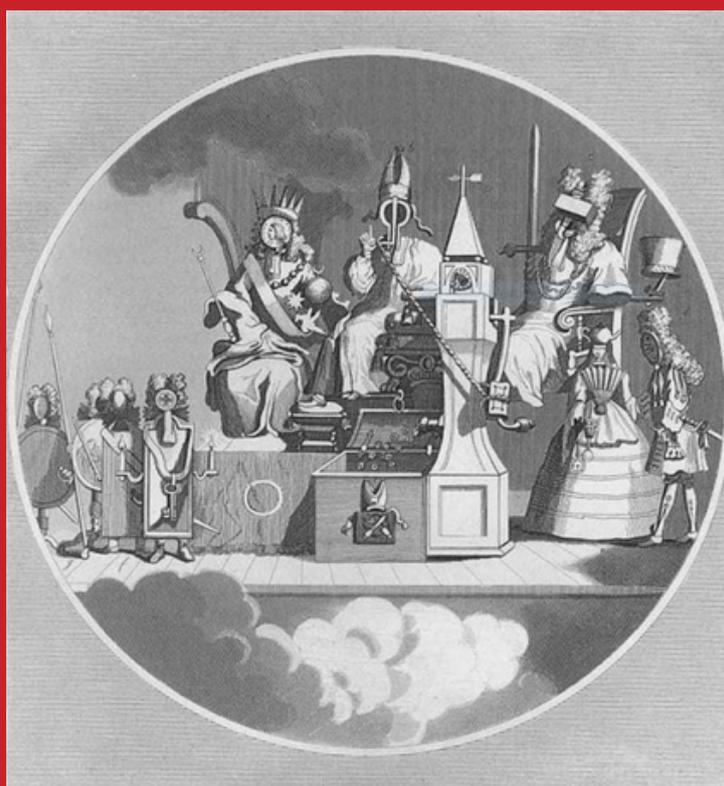


NOMOS

Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale

2021



Rivista telematica registrata presso il Tribunale di Roma
ISSN 2279-7238



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Direzione della Rivista

Comitato scientifico

Giuliano Amato, Luisa Avitabile, Gaetano Azzariti, Salvatore Berlingò, Raffaele Bifulco, Roberto Borrello, Fernanda Bruno, Gian Pietro Calabrò, Roberta Calvano, Piero Alberto Capotosti, Giulia Caravale, Beniamino Caravita di Toritto, Paolo Carnevale, Sabino Cassese, Stefano Ceccanti, Enzo Cheli, Augusto Cerri, Achille Chiappetti, Claudio Chiola, Francesco Clementi, Claudio De Fiores, Giuseppe de Vergottini, Gianni Ferrara, Mario Galizia, Giuseppe Guarino, Sandro Guerrieri, Fulco Lanchester, Sergio Lariccia, Vincenzo Lippolis, Alberto Lucarelli, Massimo Luciani, Nicola Lupo, Michela Manetti, Francesco Manganaro, Andrea Manzella, Sergio Marchisio, Francesco Mercadante, Stefano Merlini, Raffaella Messinetti, Franco Modugno, Laura Moscati, Roberto Nania, Valerio Onida, Elisabetta Palici di Suni, Valeria Piergigli, Alessandro Pizzorusso, Giorgio Rebuffa, Paolo Ridola, Francesco Rigano, Stefano Rodotà, Michele Scudiero, Teresa Serra, Massimo Siclari, Luisa Torchia, Lara Trucco, Massimo Villone

Comitato scientifico internazionale

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

Direttore responsabile

Fulco Lanchester

Comitato di Direzione

Paola Bilancia, Marco Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Fernanda Bruno, Giulia Caravale, Paolo Carnevale, Rino Casella, Ignazio Castellucci, Stefano Ceccanti, Anna Chimenti, Daniele Chinni, Ines Ciolli, Antonio D'Andrea, Andrea De Petris, Giovanni Di Lorenzo, Alessandra Di Martino, Roberto D'Orazio, Gianluigi Fioriglio, Matteo Frau, Francesco Gaspari, Fabio Giglioni, Giorgio Grasso, Silvia Illari, Vincenzo Lippolis, Andrea Longo, Michela Manetti,

Roberto Miccù, Lorenzo Federico Pace, Paola Piciacchia, Giuseppe Pisicchio, Paolo Ridola, Antonio Riviezzo, Guido Rivosecchi, Maria Grazia Rodomonte, Umberto Ronga, Massimo Siclari, Teresa Serra, Pietro Selicato, Alessandro Torre, Astrid Zei, Antonio G. Zorzi Giustiniani.

Comitato di Redazione

Giulia Aravantinou Leonidi, Veronica Apaia, Simone Benvenuti, Ilenia Bernardini, Francesco Brancaccio, Enrico Campelli, Claudia Di Andrea, Ludovica Durst, Laura Frosina, Alessandro Gigliotti, Maria Cristina Ivaldi, Gavina Lavagna, Maria Rita Magnotta, Luigino Manca, Mara Maracci, Paolo Mezzanotte, Giammaria Milani, Jan Sawicki, Paolo Scarlatti, Maria Francesca Serra, Mario Sirimarco, Giuliaserena Stegher, Michele Surdi, Giovanni Terrano

Responsabili di sezione

Saggi: Direzione

Note e interventi: Astrid Zei

Convegni e focus: Paola Piciacchia

Giurisprudenza della Corte costituzionale: Paolo Carnevale, Roberto Borrello

Cronache dall'estero: Giulia Caravale

Recensioni: Laura Frosina

Responsabile comunicazione (inglese-francese): Veronica Arpaia

Documentazione normativa: Giuliaserena Stegher, Marco Mandato

Segreteria di Redazione

Coordinamento: Andrea Fiorentino, Emanuele Gabriele, Rosa Iannaccone, Rosario Strabone

Membri della redazione: Mario Altomare, Corrado Antonucci, Domenico Bruno, Francesca Caleca, Daniele Casanova, Claudia Ceffa, Ylenia Citino, Giovanni Comazzetto, Giuliano Costa, Michele Crisafi, Ilaria De Cesare, Armando De Crescenzo, Anna Maria De Luca, Federica Dieni, Agata Giuseppina Di Guardo, Maria Frisina, Angelica Gerosa, Maria Chiara Girardi, Anna Alba

Giuli, Arianna Gravina Tonna, Mario Iannella, Marco Mandato, Chiara Mari, Federico Micari, Andrea Michieli, Andrea Nisticò, Francesca Rossi, Adolfo Russo, Gianmatteo Sabatino, Giulia Santomauro, Chiara Spiniello, Federico Vaccaro, Maryna Vahabava, Valeria Vanacore, Giulia Vasino, Barbara Verzicco, Silvio Roberto Vinceti

Comitato di Redazione della sezione Osservatorio sulla Corte costituzionale

Coordinatore: Daniele Chinni

Membri della redazione: Simone Barbareschi, Stefano Bargiacchi, Dorinda Caccioppo, Eleonora Canale, Alessandro De Nicola, Jacopo Ferracuti, Andrea Giubilei, Lorenzo Madau, Leonardo Pace, Domiziano Pierantoni, Alessandra Prozzo, Francesco Severa, Camilla Storace



Nomos. Le attualità nel diritto

Indice generale

- **Indice n. 1/2021** I
- **Indice n. 2/2021** XI
- **Indice n. 3/2021** XVII



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Indice

SAGGI

- [Lorenzo Chieffi, *La sperimentazione animale tra aperture europee e restrizioni statali una nuova puntata del tormentato rapporto tra scienza e diritto*.....](#) 1
- [Stefano Margiotta, *Certezza del diritto e il diritto positivo*.....](#) 19
- [Mario Sirimarco, *Oltre il nichilismo: il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi*.....](#) 55
- [Enrique Guillén López, *Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incerti umbre*.....](#) 81
- [Francesco Bocchini, *La legge n. 21 del 28 febbraio 2021 e l'art. 81 Costituzione: profili costituzionali*.....](#) 103
- [Chiara Mari, *I nuovi lineamenti organizzativi delle università non statali*.....](#) 129
- [Rosa Iannaccone, *“Borrar todo tu legado será nuestro legado”: alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future*.....](#) 157

AUTOBIOGRAFIE DI GIURISTI

- [Peter Häberle, *Scienza e dottrina giuridica, natura e cultura, musica e amicizia: uno schizzo autobiografico*.....](#) 199
- [Fulco Lanchester, *Uno schizzo autobiografico esemplare*.....](#) 217

IL SISTEMA ELETTORALE IN SENSO STRETTO: QUALI PROSPETTIVE IN ITALIA?

- [*Fulco Lanchester, Introduzione Convegno 28 aprile: Il sistema elettorale in senso stretto: Quali prospettive in Italia?.....*](#) 221
- [*Roberto Borrello, La disciplina del sistema elettorale in Italia: sulla necessità di una palingenesi*](#) 225
- [*Nicola Colaianni, Osservazioni minime su legge elettorale e riforma dei partiti.....*](#) 231
- [*Augusto Cerri, Spunti e riflessioni sulle questioni di costituzionalità relative alle leggi elettorali*](#) 239
- [*Pino Pisicchio, Appunti sull'ennesima \(necessaria\) riforma elettorale*](#) 243
- [*Massimo Siclari, Considerazioni sulla possibilità di una modifica delle regole elettorali*](#) 247
- [*Lara Trucco, Tendenze involutive del sistema elettorale politico in Italia.....*](#) 251
- [*Fulco Lanchester, Conclusioni finali*](#) 277

QUANDO L'EUROPA TRADÌ SÉ STESSA. E COME CONTINUA A TRADIRSI NONOSTANTE LA PANDEMIA

- [*Fulco Lanchester, L'Europa tra Weltanschauung federalista e decisione politico-giuridica*](#) 279
- [*Stefano Ceccanti, PER UNA CRITICA DEL BEL TESTO DI ALESSANDRO SOMMA: CONSENSI E DISSENSI. NOTA IN MERITO AL VOLUME DI A. SOMMA, Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia, Bari, Laterza, 2021, pp. 200*](#) 283
- [*Astrid Zei, Nota in merito al volume di A. Somma, Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia, Bari, Laterza, 2021, pp. 184.*](#) 289
- [*Alessandro Somma, L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*](#) 295

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE

- [*Carlo Colapietro - Simone Barbareschi, Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*](#) 301
- [*Nannerel Fiano, Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo? Riflessioni a margine della sent. cost. n. 41 del 2021*](#) 327
- [*Elena Malfatti, Ri-costruire la ‘regola’ del cognome: una long story a puntate \(e anche un po’ a sorpresa\)*](#) 349
- [*Federica Mannella, Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili” Nota alla sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale*](#) 361
- [*Giovanna Pistorio, L’operatività multilivello della leale collaborazione. nota all’ordinanza n. 182 del 2020 della Corte Costituzionale*](#) 371

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA. SCHEDE DI LETTURA

- [Ordinanza n. 4 del 2021](#) 393
- [Sentenza n. 9 del 2021](#) 395
- [Sentenza n. 14 del 2021](#) 399
- [Sentenza n. 17 del 2021](#) 401
- [Ordinanza n. 18 del 2021](#) 405
- [Sentenza n. 22 del 2021](#) 407
- [Sentenza n. 28 del 2021](#) 409
- [Sentenza n. 30 del 2021](#) 411
- [Sentenza n. 32 del 2021](#) 413
- [Sentenza n. 33 del 2021](#) 415
- [Sentenza n. 35 del 2021](#) 419
- [Sentenza n. 37 del 2021](#) 423
- [Sentenza n. 39 del 2021](#) 427
- [Sentenza n. 41 del 2021](#) 431
- [Sentenza n. 46 del 2021](#) 433
- [Sentenza n. 48 del 2021](#) 435
- [Sentenza n. 56 del 2021](#) 437

• Sentenza n. 59 del 2021	439
• Sentenza n. 68 del 2021	441
• Ordinanza n. 79 del 2021	443
• Sentenza n. 84 del 2021	445

NOTE E COMMENTI

• Enzo Cheli, <i>NOTA IN MERITO AL VOLUME DI P. ARMAROLI, Conte e Mattarella. Sul palcoscenico e dietro le quinte. Un racconto sulle istituzioni, Lucca, Edizioni La Vela, 2020, pp. 243</i>	447
• Giacomo Galazzo, <i>Sulla prassi ormai stabilizzata delle promulgazioni “con osservazioni”, in particolare riferimento al caso del decreto “sicurezza-bis”</i>	451
• Remo Trezza, <i>La revocabilità per facta concludentia del consenso all’anonimato e il diritto a conoscere le proprie origini “in espansione” (nota a Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824)</i>	483
• Astrid Zei, <i>Karlsruhe e Next generation EU: la decisione del 26 marzo 2021</i>	495
• Laura Frosina, <i>Le elezioni catalane del 14 febbraio tra pandemia e secessione Note a margine di un incerto e controverso appuntamento elettorale</i>	505
• Rosa Iannaccone, <i>La convenzione costituente cilena: un importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo</i>	519

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL’ESTERO

• Francesca Rossi, <i>L’Europa mette in stand-by i Balcani mentre la gestione del covid-19 e dei vaccini diventa sempre più un affare politico</i>	537
• Paola Piciacchia, <i>Oltre la crisi sanitaria. L’ultimo anno del quinquennato Macron tra riforme, scadenze elettorali, riposizionamento dei partiti, slanci securitari e valori della Repubblica</i> ..	571
• Astrid Zei, <i>L’ombra lunga di Karlsruhe sul sogno di un “momento hamiltoniano” per l’UE</i> ..	587
• Enrico Campelli, <i>L’instabilità parlamentare e le sue inevitabili ripercussioni: le ipotesi di un insolito perimetro di maggioranza e le crescenti tensioni sociali</i>	601

- [Rosa Iannaccone, *Il Messico si prepara alle “elezioni più grandi e complesse della sua storia” mentre il Presidente affronta gli organi elettorali*.....](#) 617
- [Giulia Caravale, *Il Nord Irlanda: un problema della Brexit di difficile soluzione*](#) 655
- [Simone Benvenuti, *In un quadro caratterizzato dalla conflittualità interistituzionale tra Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento, la Corte costituzionale ceca dichiara incostituzionali alcune disposizioni della legge elettorale e delimita i poteri emergenziali d*.....](#) 673
- [Imira Galimova, *La Russia fra le proteste e le nuove leggi controverse approvate dalla Duma in vista delle imminenti elezioni*](#) 683
- [Laura Frosina, *Sobrevivir o gobernar? La difficile tenuta del Governo di coalizione dinanzi alle crescenti tensioni politiche, sociali e territoriali*](#)
709
- [Giulia Aravantinou Leonidi, *Build Back America. I primi cento giorni della presidenza Biden tra continuità e progresso*](#) 729
- [Simone Benvenuti, *In difficoltà nella gestione della crisi pandemica, il Governo ungherese irrigidisce la strategia sul fronte europeo, mentre il dibattito interno è dominato dalla riforma delle fondazioni di interesse pubblico e della governance universi*](#) 745

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

- [Marco Mandato e Giuliaserena Stegheer, *La nascita del Governo draghi tra ruolo tutorio del capo dello stato e dinamiche partitiche*](#) 761

CRONACHE DAL CYBER-SPAZIO

- [Flavia Zorzi Giustiniani, *Il Position Paper della Germania sull'applicazione del diritto internazionale nel cyberspazio e il rapporto finale dell'Open-ended Working Group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international ssecurity*](#) 813

CRONACHE DALL'ORDINAMENTO SPORTIVO

- [Francesca Serra, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*](#) 799

RASSEGNE CRITICHE

- [Gabriele Maestri, *\(Far\) contare i voti e la partecipazione riconsiderando l'uguaglianza, in tempi più o meno ordinari \(Riflessioni a partire da due recenti monografie di Daniele Casanova e Maria Francesca De Tullio\)*](#) 819
- [Francesco Severa, *Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema*](#) 845
- [Chiara Spiniello, *Carte costituzionali e legislazioni elettorali: le ragioni di un inesauribile rapporto. Riflessioni sparse, in chiave comparata, a partire da alcuni recenti studi sul tema.*](#) 857

RECENSIONI

- [Mariangela Barletta, *Recensione a A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis, 2020, pp. 212.*](#) 877
- [Gianluca Briganti, *Recensione a M. Corradino, *L'Italia Immobile*, Milano, Chiarelettere, 2020, pp. 216*](#) 855
- [Lucio Adalberto Caruso, *Recensione a A. Lollo, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020, pp. 218*](#) 891
- [Arianna Gravina Tonna, *Recensione a B. Caravita e altri, *A centocinquant'anni da Roma capitale. Costruire il futuro della Città eterna*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, pp. 174*](#) 907
- [Elenora Iannario, *Recensione a A. Celotto, *La quarantena dei diritti. Come una pandemia può sospendere le nostre libertà*, Roma, Historica-Giubilei Regnani, 2020, pp. 117*](#) 915

- [Francesco Negozio](#), *Recensione a P. Pustorino, Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, 2°ed., Bari, Cacucci, 2020, p. 272. 921
- [Adolfo Russo](#), *Recensione a P. Armaroli, Effetto Draghi. La metamorfosi di una Repubblica*, Lucca, Edizioni La Vela, 2020, pp. 243 927
- [Sergio Spatola](#), *Recensione a A. D’Attorre, L’Europa e il ritorno del ‘politico’. Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 272. 935
- [Rosario Strabone](#), *Recensione a E. Cavasino, Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 383 941
- [Riccardo Stupazzini](#), *Recensione a G.M. Flick, M. Flick, Elogio della foresta. Dalla selva oscura alla tutela costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 128..... 949
- [Serena Vantin](#), *Recensione a F.H. Llano Alonso, Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2018, pp. 238..... 953

DOCUMENTAZIONE ITALIANA

A cura di Felice Besostri

- LETTERA APERTA ALLA SIGNORA PROF. MARTA CARTABIA
- Atto Senato 1662

A cura di Marco Mandato e Giuliaserena Stegher

A) Crisi di Governo e formazione dell’Esecutivo Draghi

- Proposte di risoluzioni presentate alla [Camera](#) e al [Senato](#) sulle [comunicazioni](#) del Presidente Giuseppe Conte
- [Dimissioni del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte](#)
- [Calendario delle consultazioni al Palazzo del Quirinale](#)

- [Convocazione](#) del Presidente della Camera Roberto Fico per il [conferimento](#) del mandato esplorativo
 - [Dichiarazione](#) del Presidente della Camera Roberto Fico
 - [Calendario](#) delle consultazioni del Presidente della Camera Roberto Fico
 - [Dichiarazione](#) del Presidente Mattarella a seguito de fallimento del mandato esplorativo
 - [Convocazione](#) del Prof. Mario Draghi per il [conferimento](#) dell'incarico di formare il nuovo Governo
 - [Dichiarazione](#) del Presidente del Consiglio dei Ministri incaricato Prof. Mario Draghi
 - [Calendario](#) delle consultazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri incaricato Prof. Mario Draghi
 - [Scioglimento](#) della riserva del Presidente Mario Draghi
 - [Illustrazione](#) della composizione del Governo da parte del Presidente Mario Draghi
 - Cerimonia di [giuramento](#) del Governo Draghi al Palazzo del Quirinale
 - Cerimonia di [insediamento](#) del Governo Draghi a Palazzo Chigi
 - [Dichiarazioni programmatiche](#) rese dal Presidente del Consiglio Mario Draghi al Senato
 - [Replica](#) del Presidente del Consiglio Mario Draghi a seguito del dibattito sulle dichiarazioni programmatiche alla Camera
- B) Emergenza da Covid-19
- [Delibera del Consiglio dei Ministri 13 gennaio 2021](#) Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili
 - [Decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2](#) Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di

svolgimento delle elezioni per l'anno 2021

- Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla [L. 12 marzo 2021, n. 29](#)
- [Dpcm 2 marzo 2021](#) Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»
- [Decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30](#) Misure urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena
- [Decreto-legge 13 marzo 2021, n. 31](#) Misure urgenti in materia di svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19
- [Decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41](#) Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19
- [Decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44](#) Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici
- [Delibera del Consiglio dei Ministri 21 aprile 2021](#) Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili
- [Decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52](#) Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19
- [Comunicazioni del Ministro della salute sulle ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 e proposte di risoluzione nn. 1, 2, 3 e 4](#)
- [PNRR, Comunicazioni del Presidente Draghi in Parlamento](#)

- [Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza](#)
- C) Mozioni di sfiducia presentate al Senato nei confronti del Ministro della salute
- [Atto n. 1-00341](#)
 - [Atto n. 1-00342](#)
- D) Regolamenti parlamentari
- [Proposta di modificazione del Regolamento relativa all'adeguamento del Regolamento del Senato alla modifica costituzionale del numero dei parlamentari](#) (CALDEROLI)
 - [Proposta di modificazione del Regolamento relativa all'adeguamento del Regolamento del Senato alla modifica costituzionale del numero dei parlamentari](#) (ZANDA)
- E) Partiti
- Nuovo [Statuto](#) del Movimento 5 Stelle
 - Nuovo [Codice etico](#) del Movimento 5 Stelle
 - [Discorso programmatico](#) del neo segretario del Partito democratico Enrico Letta
- F) Corte costituzionale
- [Sentenza n. 37/2021](#)

Lorenzo Chieffi*

La sperimentazione animale tra aperture europee e restrizioni statali: una nuova puntata del tormentato rapporto tra scienza e diritto**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indifferenza della Costituente per il benessere degli animali. – 3. La progressiva affermazione dei diritti animali. – 4. La funzionalizzazione degli animali al benessere dell'uomo. – 5. Il necessario impiego del modello animale nelle fonti derivate europee. – 6. L'avvio di una procedura di infrazione a causa delle eccessive restrizioni alla sperimentazione animale introdotte dalla legge italiana. – 7. L'ambiguità della regolamentazione vigente in Italia. – 8. Segue: le incertezze interpretative di una giurisprudenza del Consiglio di Stato. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Una recente disputa, avviata a seguito della pubblicazione su diffusi organi di stampa di alcuni articoli di segno opposto¹, sulla opportunità di avviare una sperimentazione su primati non umani, ha riproposto una mai sopita polemica tra scienziati e *mass media*, accusati dai primi di offrire eccessivo spazio, in modo acritico, ad una informazione incompleta, incurante degli straordinari progressi compiuti dalla ricerca proprio grazie all'impiego di test su animali.

La risonanza consentita da questi giornali a larga diffusione alla tesi animalista, contraria a questo tipo di ricerche, appariva tanto più ingiustificata in presenza di studi ritenuti essenziali per la verifica degli effetti del vaccino anti-coronavirus, prima di avviare la profilassi su volontari umani e successivamente su larga scala. Tale indagine non avrebbe potuto, infatti, prescindere

* Professore Ordinario di Diritto Pubblico e Costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il lavoro riproduce la relazione svolta nel corso del Convegno organizzato dall'Università degli Studi di Cagliari, su piattaforma Zoom, il 25 gennaio 2021, sul tema «Ricerca biomedica tra diritto alla salute e valori costituzionali».

¹ Ad alcuni interventi della Senatrice a vita E. CATTANEO (*La «Recovery» per la ricerca. Perché ci servono i test sugli animali*, in *La Stampa* dell'11 dicembre 2020; *I potenziali vaccini per fronteggiare il Covid sono testati sugli animali*, in *D-La Repubblica* del 18 aprile 2020), aveva fatto seguito una lettera, pubblicata sempre su *La Stampa* di Torino, il giorno 12 dicembre 2020, a firma del Presidente della LAV, Lega Anti-vivisezione, G. FELICETTI, indirizzata al Ministro Speranza, dal titolo *Salviamo gli animali dalla sperimentazione*.

dall'impiego come cavie proprio di questi esseri viventi² con caratteristiche respiratorie molto simili a quelle dell'uomo.

L'inadeguatezza dell'informazione fornita dimostrerebbe, come rilevato da più parti, una scarsa attenzione per le stesse regole introdotte dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti³ che si propongono di evitare, «nella pubblicazione di notizie su argomenti scientifici, un sensazionalismo che potrebbe far sorgere timori o speranze infondate» e di dare conto, «se non v'è certezza relativamente ad un argomento, delle diverse posizioni in campo e delle diverse analisi in ossequio al principio di completezza della notizia». Per questo documento di natura deontologica, pur dovendo essere assicurata ad ogni giornalista la più ampia libertà d'informazione e di critica (art. 1), una corretta diffusione di notizie sanitarie e scientifiche dovrà essere sempre preceduta da una previa verifica delle «fonti qualificate, sia di carattere nazionale che internazionale», attraverso l'indispensabile ricorso ad «enti di ricerca italiani e internazionali» (art. 6, lett. b).

Da qui la denuncia, da parte della scienziata milanese Elena Cattaneo⁴, di un diffuso *negazionismo* intorno alla sperimentazione animale che trovava, a suo giudizio, pure riscontro all'interno della legislazione vigente, d. lgs. n. 26 del 2014⁵, e in una recente giurisprudenza cautelare del Consiglio di Stato⁶ che era giunta a sospendere per molti mesi l'esecutorietà dell'autorizzazione concessa dal Ministero della salute allo svolgimento di una sperimentazione su primati non umani.

Una persistente vischiosità antiscientifica, di cui permangono tracce in diversi settori della società, potrebbe rischiare, secondo la Senatrice a vita, di rallentare gli sviluppi della ricerca, allontanando gli stessi finanziamenti europei, costringendo gli scienziati ad emigrare in Paesi più ospitali e aperti a questo tipo di indagine.

² Dalle notizie apparse su autorevoli riviste scientifiche, poi riportate dalla stessa stampa quotidiana, è infatti emerso un diffuso ricorso alla sperimentazione su animali, quali topi, ratti, scimmie, e primati non umani, come i macachi, per verificare gli effetti dei vari vaccini utilizzati per consentire l'immunizzazione di massa: *Coronavirus, il vaccino cinese funziona sui macachi: test sull'uomo entro un anno*, 6 maggio 2020, in *ilmessaggero.it*; *Coronavirus, vaccino Pomezia-Oxford: «test incoraggiante», a settembre potrebbe partire la produzione*, 28 aprile 2020, *ivi*; *ReiThera, il vaccino italiano funziona in fase 1*, 5 gennaio 2021, *ivi*.

³ Cfr. il *Testo unico dei doveri del giornalista* nella versione del 22 gennaio 2019 che detta norme deontologiche in materia di «Informazione e malattia».

⁴ Intervento della Sen. E. CATTANEO, indirizzato al Ministro della salute, F. SPERANZA, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, resoconto stenografico della 279^a seduta pubblica, 2 dicembre 2020.

⁵ Che, oltre a rimarcare l'eccezionalità dell'impiego di primati non umani, possibile solo previa autorizzazione del Ministero della salute (art. 8), contiene una serie di divieti con riguardo: all'allevamento di cani, gatti e primati non umani destinati alla sperimentazione (art. 10, n. 5), allo svolgimento di sperimentazioni per test tossicologici destinati a ricerche su sostanze d'abuso (art. 5, n. 2, lett. b ed e), a ricerche sugli xenotrapianti (art. 5, n. 2, lett. d), allo svolgimento di esercitazioni didattiche svolte nei corsi universitari destinati alla formazione in medicina veterinaria, nonché all'alta formazione di medici e di medici veterinari (art. 5, n. 2, lett. f), con esclusione quindi della formazione di biologi, farmacisti, biotecnologi.

⁶ Cons. St., in sede giurisdizionale (Sez. terza), ord. 8 ottobre 2020, n. 5914.

2. *L'indifferenza della Costituente per il benessere degli animali*

La sopravvalutazione dei diritti animali, di cui esistono come abbiamo visto diversi esempi nella normativa vigente e in alcune pronunce giurisprudenziali, non sembra tuttavia trovare fondamento all'interno del nostro testo costituzionale e neppure nei suoi lavori preparatori.

L'esigenza di assicurare la massima protezione dell'uomo, negli sviluppi della ricerca biomedica, in grado di interferire con il suo benessere e autonomia di decisione, indusse il Costituente a porre soprattutto in risalto i limiti alla sterilizzazione e a quelle pratiche sperimentali che fossero in grado di condurre alla reificazione dell'individuo.

Coerentemente alla impostazione personalista che si intendeva riconoscere al nostro Testo fondamentale, il dibattito in Assemblea Costituente, lungi dal prendere in esame l'impiego degli animali nella ricerca, si indirizzò piuttosto all'approfondimento, più in generale, dell'utilità del *metodo sperimentale* per il progresso della società e la sua crescita economica.

In questa direzione si inoltrò, ad esempio, la proposta avanzata da alcuni Costituenti⁷, tutti esperti nelle scienze ingegneristiche, che proposero l'introduzione di un art. 29 bis a norma del quale la «Repubblica promuove la ricerca scientifica e la sperimentazione tecnica e ne incoraggia lo sviluppo»⁸. Per l'on. Firrao, che illustrò l'emendamento da lui presentato, la sperimentazione svolgeva una «fondamentale» funzione per rendere possibile, «nei tentativi di applicazione delle conoscenze scientifiche», una «ricerca paziente e fiduciosa» che avrebbe condotto alla «soluzione di particolari problemi» e alla realizzazione di «risultati economici di singolare interesse». Numerosi sarebbero stati, infatti, per questo esponente della Democrazia cristiana, gli «esempi di nuovi metodi, nuovi tipi e nuovi cicli di produzione che dagli esperimenti di laboratorio» erano «passati alle grandiosi applicazioni industriali, con una rapidità impressionante»⁹.

La questione della sperimentazione animale non fu neppure affrontata in occasione della discussione dell'art. 26 del progetto di Costituzione, poi divenuto art. 32.

Il dibattito sul diritto fondamentale alla salute fu preceduto dal ricordo delle atrocità compiute dai medici nazisti¹⁰ e delle discriminazioni introdotte dal Manifesto della razza degli scienziati fascisti del 1938¹¹, così da porre in Costituzione un limite invalicabile a qualunque sperimentazione che fosse svolta senza il necessario consenso del paziente, ridotto a cavia, a

⁷ On.li Giuseppe Firrao, Democratico cristiano, Gaetano Colonetti, Democratico cristiano e Umberto Nobile, del Partito comunista, in A.C., 30 aprile 1947. Le citazioni dei lavori preparatori della Costituzione sono tratte dai volumi pubblicati a cura della Camera dei Deputati, Segretariato generale, dal titolo *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970.

⁸ In seguito, ripreso con modificazioni, in sede di coordinamento finale, per consentire l'approvazione dell'art. 9, 1° co., nella sua versione definitiva: «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica».

⁹ On. G. FIRRAO, A.C., 30 aprile 1947, 3423.

¹⁰ Che avviarono sperimentazioni su individui, di qualunque età, come dimostrava l'ossessione di Josef Mengele per i gemelli, soprattutto se appartenenti alla religione ebraica o a popolazioni ritenute inferiori alla razza ariana. Peraltro, l'impiego dell'essere umano come cavia di sperimentazioni, che non avrebbero prodotto alcun beneficio per i sottoposti, prese avvio nel 1939 dal Progetto *Action T4* (abbreviazione di *Tiergartenstrasse 4* di Berlino, ove aveva sede la *Gemeinnützige Stiftung für Heil- und Anstaltspflege*, ente pubblico per la salute e l'assistenza sociale) destinato ai disabili e ai malati psichiatrici, che condusse alla morte di numerosi cittadini tedeschi.

¹¹ Che ispirò la legislazione a difesa della razza adottata tra il 1938 e il 1939 e, inoltre, la modifica dell'art. 1 cod. civ. attraverso l'introduzione di un terzo comma a norma del quale «le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali» (poi abrogato dall'art. 1, R.D.L. 20 gennaio 1944, n. 25 e dall'art. 3 del D. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 287), con l'effetto di privare gli ebrei di una piena capacità giuridica, equiparandoli a delle *non-persone* prive di soggettività, con cui oggi generalmente qualifichiamo gli animali.

vantaggio esclusivo dell'altrui benessere. La forte condanna per la reificazione dell'individuo, aggravata dalla scriminante razziale, implicitamente comprendeva anche il rifiuto di un metodo scientifico incurante del benessere umano che non contemplasse preliminarmente lo svolgimento dei necessari test su esseri animali, come previsto dalle ricorrenti prassi scientifiche.

La peculiarità dell'intento perseguito dal Costituente, contro ogni deriva eugenetica di impostazione utilitarista e scienziata, si proponeva perciò principalmente di affermare la centralità della persona umana e dei suoi diritti inderogabili, dall'integrità psico/fisica, all'autodeterminazione, riservatezza, dignità, intorno a cui costruire l'edificio costituzionale.

E così, per l'on. Aldo Moro, la garanzia introdotta dall'art. 32 Cost. atteneva, soprattutto, ad un «problema di libertà individuale che non poteva non essere garantito dalla Costituzione», nel pieno rispetto della «dignità umana», proprio attraverso il divieto di imporre «obbligatoriamente ai cittadini pratiche sanitarie» in assenza di una «disposizione legislativa».

L'impostazione personalista e antropocentrica del dibattito alla Costituente, di una scienza al servizio del benessere umano, aveva perciò indotto a trascurare una qualunque attenzione alla condizione degli animali, considerati al più, in quanto esseri viventi, parte di un contesto ambientale, se non addirittura paesaggistico, di cui erano certamente una importante componente, così da trovare protezione nell'art. 9 Cost.

Una loro subordinazione agli interessi dell'uomo costituiva l'inevitabile conseguenza di consolidate prassi scientifiche conosciute in quel frangente storico¹², certamente favorevoli alla sperimentazione animale, oltreché di persistenti pregiudizi, di derivazione giudaico-cristiana, che inducevano le diverse forze politiche a dedicarsi soprattutto alla «salvezza spirituale ed eterna dell'uomo» considerato «quale unico padrone dell'intero creato»¹³. Il destino che veniva riservato agli animali, come strumenti al servizio dell'uomo, induceva al più ad esprimere nei loro riguardi un sentimento di compassione¹⁴.

3. La progressiva affermazione dei diritti animali

L'evidente disattenzione mostrata dai Padri della Repubblica per il benessere animale non ha tuttavia impedito una successiva lettura del testo costituzionale più attenta agli interessi di questi protagonisti della natura che ci circonda.

¹² L'importanza della sperimentazione animale nella letteratura scientifica prodotta nella prima parte del '900 è molto bene sintetizzata in CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, 17 aprile 1997, 9 ss. reperibile all'indirizzo <http://bioetica.governo.it>.

¹³ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005, 17.

¹⁴ Cfr. F. RESCIGNO, op ult. cit., 44, a giudizio della quale l'«animalismo compassionevole» conduceva l'uomo ad un atteggiamento basato sull'«etica del dovere» piuttosto che su un'«etica dei diritti», di mero rispetto, di pietà verso un oggetto, quale era considerato l'animale, ad un dovere «indiretto verso la stessa umanità» di non provocare inutili sofferenze allo stesso, da cui sarebbe potuta derivare una offesa per la stessa «sensibilità dell'uomo (162)».

Soprattutto a merito di una significativa spinta del diritto europeo¹⁵ e di quello internazionale¹⁶, la progressiva maturazione nella società di una maggiore sensibilità per la salvaguardia di tutte le componenti del creato ha spinto ad una interpretazione evolutiva dei principi fondamentali a favore della tutela degli interessi animali.

Gli indiscutibili progressi realizzati dalle conoscenze scientifiche, nel campo della medicina veterinaria e dell'etologia, che hanno evidenziato una precipua sensibilità di questi viventi e, soprattutto, «capacità di reagire agli stimoli del dolore»¹⁷, hanno conseguentemente indotto a sviluppare particolare attenzione per il loro benessere, senza tuttavia mettere in alcun modo in discussione la portata personalista dell'ordito costituzionale che pone l'uomo in cima al catalogo assiologico in esso contenuto.

Una maggiore percezione, rivelata dagli studi condotti dalle scienze della vita, delle capacità relazionali delle cd. persone non umane, in quanto esseri senzienti, ha perciò indotto la legge sia statale¹⁸ che regionale¹⁹ e la stessa giurisprudenza²⁰ a sanzionare comportamenti degradanti e crudeli perpetrati nei loro riguardi.

Senza affatto pervenire al riconoscimento di alcuna soggettività, che deriva per l'essere umano dall'acquisizione al momento della nascita della capacità giuridica (art. 1 c.c.), una più intensa tutela oggi attribuita agli animali, come entità meritevoli comunque di protezione,

¹⁵ Dal Trattato di Maastricht del 1992, al Trattato di Amsterdam del 1997, contenente il Protocollo sulla protezione ed il benessere degli animali, in quanto esseri senzienti, al Trattato di Lisbona del 2007 (art. 5 ter) che all'art. 13, della versione consolidata del TUE e TFUE, prevede l'esplicita tutela del benessere degli animali pur «rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali (...)», alle stesse fonti derivate, come la Direttiva 86/609/CEE, la Decisione 1999/575/CE, fino alla più recente Direttiva 2010/63/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 settembre 2010 «sulla protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali».

¹⁶ Cfr. Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Animale, proclamata a Parigi presso la sede dell'UNESCO il 15 ottobre 1978 e la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987, ratificata dall'Italia con la legge n. 201 del 2010.

¹⁷ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, cit., 2.

¹⁸ Tra le più rilevanti: legge n. 281/1991, in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo; legge n. 189/2004, sul divieto di maltrattamenti degli animali, nonché impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate; fino al più recente d. lgs. n. 26/2014, recante attuazione della Direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. Il Titolo IX bis del c.p., che si occupa dei «Dei delitti contro il maltrattamento degli animali», contiene gli artt. 544 *bis* (Uccisione di animali), 544 *quater* (Spettacoli o manifestazioni vietati), 544 *quinqüies* (Divieto di combattimenti tra animali), 544 *sexies* (Confisca e pene accessorie). Altre disposizioni del codice penale sono contenute negli artt. 727 (Abbandono di animali) e 727-*bis* (Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette).

¹⁹ A mero titolo di esempio cfr. art. 2 Statuto della Calabria, art. 5 Statuto delle Marche, art. 6 Statuto del Piemonte che riconosce esplicitamente i «diritti animali». Per le leggi regionali cfr., tra le tante, la l.r. Piemonte n. 39/2000, sul riconoscimento dei cd. «cani di quartiere» che potranno vivere e circolare liberamente in tale ambito cittadino, a condizione di non provocare pericolo per la pubblica incolumità e di aver ricevuto la necessaria profilassi, la l. r. Sardegna n.21/1994 (Norme per la protezione degli animali e istituzione dell'anagrafe canina), la l.r. Lazio n. 34/1997 (Tutela degli animali di affezione e prevenzione del randagismo), la l.r. Toscana n. 59/2009 (Norme per la tutela degli animali), la l.r. Lombardia n. 33/2009 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità), la l.r. Puglia n. 2/2000 (Norme sul controllo del randagismo, anagrafe canina e protezione degli animali da affezione), la l.r. Campania n. 34/2019 (**Disposizioni volte a promuovere e a tutelare il rispetto ed il benessere degli animali d'affezione e a prevenire il randagismo**).

²⁰ Con riguardo all'elemento soggettivo, il delitto di cui all'art. 544-ter c.p. si configura per la Cass. pen., Sez. II n. 24734/2010, «**come reato a dolo specifico, nel caso in cui la condotta lesiva dell'integrità e della vita dell'animale, che può consistere sia in un comportamento commissivo come omissivo, sia tenuta per crudeltà, e a dolo generico quando essa è tenuta, senza necessità**». Sul reato di maltrattamento degli animali cfr. anche le seguenti pronunce della Sez. III della Cass. pen. n. 9668/1999, n. 46291/2003, n. 32837/2013, n. 5235/2017, n. 3674/2018, n. 10163/2018, n. 16755/2019 e n. 22579/2019.

conduce a considerarli soprattutto oggetto di «doveri di non maleficenza» da parte dell'uomo²¹. Il grado di intensità di questo atteggiamento protettivo potrà variare in relazione ad una maggiore affinità con l'uomo della specie zoologica considerata²² o per la presenza di tradizioni e costumi diffusi all'interno di un corpo sociale, con riferimento soprattutto agli animali di affezione, cani e gatti, destinatari, in alcuni contesti, di maggiore considerazione²³. Una «rilevanza giuridica»²⁴ che, lungi dal renderli titolari di diritti assimilabili a quelli della persona, ne riconosce una sfera di garanzia attraverso il «concreto aiuto esterno» offerto da quest'ultima²⁵.

Questa primazia dei diritti dell'uomo, unico titolare di diritti soggettivi, non potrebbe neppure essere intaccata dal riconoscimento in Costituzione²⁶, attraverso una sua revisione²⁷, di una maggiore tutela degli interessi animali.

Per una sorta di ridimensionamento delle *barriere di specie*, prende forma in capo all'uomo un «impegno responsabile verso altri esseri, umani e non umani», più attento, nell'interpretazione offerta dal Comitato Nazionale per la Bioetica (da ora in poi CNB)²⁸, «alla questione ineludibile dei conflitti interspecifici, capaci di stabilire i necessari e invalicabili limiti etici, atti a orientare e a regolare il nostro rapporto con il mondo vivente». In un'era altamente tecnologizzata, in grado pure di interferire sull'incedere casuale degli eventi naturali, al punto da condurre ad inedite forme di ibridazione tra diverse specie viventi, il rispetto del mondo animale intende, soprattutto, sollecitare atteggiamenti di *self restraint*.

²¹ H. TRISTARAM ENGELHARDT JR., *Manuale di Bioetica*, tr. it. Milano, 1999, 167. Anche F. RESCIGNO, *Gli esseri animali quali «res senzienti»*, in *Biolaw Journal*, 2/2019, 687, è costretta ad ammettere che «il diritto alla vita degli esseri animali si presenta allo stato attuale diritto relativo, un diritto *prime facie*, non assoluto, in quanto esistono delle circostanze in cui esso può essere disatteso, poiché il bilanciamento con alcuni interessi umani comporta inevitabilmente la soggezione del primo ai secondi». Anche per il CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, 17 aprile 1997, cit., 36, «la questione non è sui diritti degli animali, quanto piuttosto sui doveri che abbiamo verso di essi proprio perché uomini».

²² Ed in particolare con i primati non umani tra cui si annoverano proprio i macachi sottoposti alla sperimentazione avviata dalle Università di Torino e di Parma su cui si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sez. terza), con ordinanze n. 230/2020 e n. 5914/2020, oltre che con sentenza n. 863/2021.

²³ La protezione assicurata nel mondo occidentale agli animali di affezione non corrisponde ad abitudini diffuse in altre parti del nostro pianeta. Come riportato da F. CERUTTI, *Alla vigilia del festival di Yulin, la Cina conferma ufficialmente che i cani sono compagni di vita e non cibo*, in *La Stampa*, 30 maggio 2020, «solo recentemente il Ministero dell'Agricoltura cinese ha pubblicato la versione finale dell'«Elenco delle Risorse Genetiche di Bestiame e Pollame», che esclude i cani dall'impiego alimentare». Sono infatti 30 milioni i cani che ogni anno vengono ancora uccisi in tutta l'Asia. Tale decisione dovrebbe indurre a modificare alcune prassi che, invero, vedono i cinesi, per il 20%, ancora consumare, seppure occasionalmente, la carne di animali domestici: «il tutto nonostante gli avvertimenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che ricorda come questo tipo di commercio diffonda malattie come la rabbia e aumenta il rischio di colera».

²⁴ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, cit., 105.

²⁵ F. RESCIGNO, op. ult. cit., 124.

²⁶ Sull'esempio di quanto previsto dalla Costituzione federale della Confederazione Svizzera che all'art. 80 contiene una disciplina sulla protezione degli animali e dalla Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania che all'art. 20a (*Protezione dei fondamenti naturali della vita*) statuisce che «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto».

²⁷ Attraverso l'integrazione dell'art. 9 e dell'art. 117 Cost.: cfr. disegni di legge presentati al Senato della Repubblica nel corso della XVIII legislatura d'iniziativa della Sen. L. DE PETRIS (Atto Senato n. 83), delle Sen. L. DE PETRIS, M. CIRINNÀ, G. GIAMMANCO e P. NUGNES (Atto Senato n. 212), del Sen. G. PERILLI (Atto Senato n. 1203) e della Sen. M.A. GALLONE (Atto Senato n. 1532).

²⁸ CNB, *Bioetica e scienze veterinarie. Benessere animale e salute umana*, 30 novembre 2001, reperibile all'indirizzo <http://bioetica.governo.it/>, 17

In applicazione del cd. principio di *responsabilità*²⁹, oltre che di *proporzionalità* e di *precauzione*, tale condotta improntata ad una maggiore cautela verso la vita animale si propone essenzialmente di porla al riparo da un suo sfruttamento e impiego per finalità giudicate irragionevoli, pure dannose per la stessa salute umana. I numerosi episodi di diffusione di malattie e di epidemie contagiose interspecie, causa dell'effetto *spillover* (come l'avaiaria, la Sars, la Mers, l'encefalite spongiforme bovina e lo stesso coronavirus), provocate da incaute forme di promiscuità tra uomo e animale o dalla presenza di allevamenti non rispettosi delle regole igieniche e nutrizionali, dimostrano clamorosamente come la natura, alterata nella sua evoluzione, possa reagire violentemente.

Grazie alla maturazione di un apprezzabile «antropologismo riflessivo»³⁰ ne è quindi derivato un salto qualitativo degli ambiti di protezione degli animali che ha condotto al superamento di una concezione cartesiana, certamente prevalente al tempo della Costituente, che induceva a considerarli come congegni meccanici, come «orologi, privi di anima, di pensiero e di sensazioni, esclusivamente sottomessi al determinismo delle leggi naturali e, pertanto, incapaci di sentire dolore»³¹.

Senza voler affatto trascurare gli importanti stimoli culturali provenienti da una consistente letteratura filosofica che, prendendo spunto dal *neoutilitarismo* benthamiano (1780)³², si è più recentemente articolata nello *specismo* di Richard Ryder³³, nell'*animalismo utilitarista* di Peter

Singer³⁴, nel *giusnaturalismo* (del «valore inerente») di Tom Regan³⁵, nell'*etica della capacità* di Martha Nussbaum³⁶ o della *vulnerabilità* e della *cura* di Luisella Battaglia³⁷, fino a giungere al *welfarismo* di D.M. Broom e K.G. Johnson³⁸, la tesi dominante, coerente con la capienza interpretativa del disposto costituzionale, perviene al più a riconoscere a questi esseri viventi una *meritevolezza di tutela*, affatto parificabile agli ambiti di protezione dei diritti soggettivi la cui titolarità è riservata esclusivamente all'uomo.

²⁹ Cfr. H. JONAS, *Il Principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, a cura di P.P. PORTINARO, tr. it., Torino, 2009.

³⁰ Che a giudizio di G. BERLINGUER, *Presentazione del parere del CNB, Bioetica e scienze veterinarie. Benessere animale e salute umana*, cit., 5, vuole esprimere la «consapevolezza» che l'agire dell'uomo «influisce come non mai, nello spazio del globo e nei tempi della trasformazione biologica, per modificare, creare e distruggere altre specie viventi, e con ciò stesso per alterare quello stesso equilibrio nel quale è avvenuta la sua comparsa e la sua evoluzione come specie oggi ampiamente dominante».

³¹ CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 29.

³² J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, (1780), tr. it., Torino, 1998.

³³ Cui si deve l'elaborazione dello *specismo* «per indicare l'attitudine, analoga al razzismo e al sessismo, ad una iniqua discriminazione sulla base dell'appartenenza alla specie». Tale teoria, per R. RYDER (ripreso da CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 28), «pone per la prima volta un problema di giustizia interspecifica, la questione della correttezza morale del nostro comportamento nei confronti degli altri esseri viventi».

³⁴ Sostenitore della cd. «teoria del valore» che considera lo *specismo* come «un pregiudizio o atteggiamento di prevenzione a favore degli interessi dei membri della propria specie e a sfavore di quelli dei membri di altre specie» (P. SINGER, *Liberazione animale*, tr. it., Milano, 1991, 22). Nell'estendere la nota categoria kantiana (l'uomo come fine e mai come mezzo) anche agli animali, in quanto dotati di «valore intrinseco», l'Autore giunge ad equiparare questi ultimi a quanti, pur appartenendo al genere umano, sono privi (come neonati colpiti da «un'estesa e irreparabile lesione cerebrale» o dementi senili: i cd. «casi marginali») di adeguate capacità relazionali. Usare la differenza, in relazione all'appartenenza alla «*specie homo sapiens* (...) per garantire un diritto alla vita al neonato e non agli altri animali, è» per P. SINGER (34), «naturalmente, puro specismo» privo di giustificazioni.

³⁵ T. REGAN, *I diritti animali*, tr. it. Milano, 1990, 331.

³⁶ L. BATTAGLIA, *I diritti animali. Quale fondazione teorica per un'etica animalista?*, in E. GRANITO - F. MANZIONE (a cura di), *Per una storia non antropocentrica. L'uomo e gli altri animali*, Salerno, 2010, 293.

³⁷ M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, tr. it, 2002, 36.

³⁸ Che prende le mosse dall'esigenza di «conoscere il benessere animale» al fine di configurare «corretti atteggiamenti normativi». La «concezione welfarista rappresenta un "animalismo debole" rispetto agli intenti liberazionisti dell'"animalismo" forte» ma certamente utili per indurre a «modificare il trattamento sociale degli animali»: CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 36.

4. *La funzionalizzazione degli animali al benessere dell'uomo*

L'impiego degli animali per soddisfare i molteplici bisogni dell'uomo, per la sua alimentazione, per l'abbigliamento, per la sperimentazione di farmaci, vaccini, per finalità terapeutiche, grazie alla *ippo* o *pet therapy*, anche a costo di un loro sacrificio, impedisce il pieno trasferimento «sul piano giuridico» degli sviluppi assiologici del pensiero animalista che vorrebbe, nelle sue espressioni più radicali, giungere al completo annullamento delle barriere di specie, al punto da condurre, per taluni, finanche all'obbligatorietà del vegetarianismo³⁹.

Pur dovendo essere assicurata, grazie agli spazi esegetici consentiti dalla normativa vigente, attenzione al benessere degli animali, al riparo da irragionevoli trattamenti degradanti e inutili sofferenze, non se ne potrebbe, tuttavia, impedire il loro impiego per soddisfare «esigenze umane considerate vitali»⁴⁰, «non altrimenti perseguibili»⁴¹, in presenza cioè di un «vantaggio sufficientemente apprezzabile da un lato, per giustificare il male che si deve sopportare dall'altro»⁴². E così, per lo stesso Codice di deontologia medica (art. 48), una lodevole aspettativa di progresso della scienza ippocratica, a beneficio della salute dell'uomo, non potrebbe non contemplare un impiego sperimentale dell'animale, pur essendo poi consentito dalla legge (n. 413 del 1993) il ricorso, per gli stessi ricercatori che rifiutassero di accedere a questo modello per ragioni etiche o religiose, all'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza.

Ma al di fuori di questo legittimo rifiuto di ricorrere all'impiego sperimentale di cavie animali, costante è l'attenzione nel mondo scientifico sull'importanza di questa pratica per l'evoluzione della medicina, anche veterinaria⁴³. Numerosi sono stati, infatti, i riconoscimenti internazionali, a cominciare dai premi Nobel, assegnati a quanti avevano svolto ricerche che prevedevano questa prassi procedurale. Per il CNB, pur dovendo assicurarsi il massimo riguardo per l'animale e per il suo benessere, sarebbe certamente ingiustificata l'introduzione di eccessivi divieti diretti ad ostacolarne l'impiego nella sperimentazione «ancora oggi insostituibile per il progresso delle

³⁹ Come ricorda il CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., p. 31, «sia l'animalismo utilitarista di P. Singer – che afferma l'esistenza di “interessi animali” – sia l'animalismo giusnaturalista di T. REGAN – che afferma l'esistenza di “diritti animali” – sono ugualmente tesi a dimostrare l'obbligatorietà del vegetarianismo e l'illiceità di ogni impiego degli animali (caccia, pelliccia), ivi compresa la finalità di sperimentazione».

⁴⁰ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, cit., 6, a giudizio della quale (274) la necessaria «convivenza» tra diritti umani, assoluti, e diritti animali, relativi, potrebbe condurre al più, «attraverso un accorto uso del principio di proporzionalità», a «situazioni di eguaglianza parziale, per cui rimarrebbe una posizione di preferenza per l'uomo che, pur permettendo ad altri esseri di godere di protezione da un sistema da sempre sostanzialmente autoreferenziale, resterebbe comunque portatore di interessi dominanti non compromettibili da quelli degli animali».

⁴¹ F. RESCIGNO, op. ult. cit., 151.

⁴² H. JONAS, *Sulla sofferenza*, in *La Rassegna Mensile di Israel*, vol. LXXVIII, n. 1-2, gennaio-agosto 2012, 16. Cfr. anche R. TONIATTI, *Presentazione. Sul bilanciamento costituzionale fra libertà religiosa e protezione degli animali*, in P. LERNER - A. MORDECHAI RABELLO, *Il divieto di macellazione rituale (Shechitá Kosher e Halal) e la libertà religiosa delle minoranze*, Trento, 2010, XIII ss.

⁴³ Come riconosciuto dal CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 52, «sulla base della predicibilità degli effetti (...) gli animali hanno largamente beneficiato dei progressi terapeutici raggiunti» proprio attraverso la ricerca sperimentale svolta utilizzando il modello animale.

conoscenze e delle terapie in medicina»⁴⁴, in quanto «metodo conoscitivo per studiare gli organismi viventi e in particolare l'uomo»⁴⁵.

Per l'organo di consulenza del Parlamento e del Governo, invero, lo sviluppo «della conoscenza avanza attraverso l'uso di modelli animali che hanno consentito la scoperta e la messa a punto di farmaci e trattamenti per la larghissima parte di patologie umane»⁴⁶. La stessa ricerca di un vaccino efficace a contrastare la diffusione del Covid-19, che ha inferto innumerevoli danni sanitari ed economici per la popolazione mondiale, ha pure dimostrato l'importanza di questi test, prima di poter avviare la sperimentazione, su larga scala, su volontari umani⁴⁷.

La presenza nella legislazione italiana di alcuni impedimenti a questo tipo di ricerche, che saranno approfonditi più avanti, avrebbe l'effetto di ostacolare gli scienziati nella realizzazione delle necessarie collaborazioni internazionali e, soprattutto, nell'accesso ai fondi europei, con l'effetto di isolare il nostro Paese «dal resto d'Europa in un settore di fondamentale importanza»⁴⁸.

5. *Il necessario impiego del modello animale nelle fonti derivate europee*

In linea con i cataloghi assiologici elaborati dal costituzionalismo occidentale contemporaneo, che colloca gli animali su di un piano gerarchicamente subordinato all'essere umano⁴⁹, la direttiva 2010/63/UE del P.E. e del Consiglio del 22 settembre 2010 prevede l'impiego dei primi per finalità di ricerca, sia pure dettando regole per la loro protezione mediante il ricorso a procedure particolarmente rigorose e trasparenti.

L'intento, pure richiamato dalla Corte Costituzionale italiana, è stato principalmente quello di pervenire ad un giusto punto di equilibrio tra «sviluppi della ricerca», da una parte, e la «massima tutela degli animali che possono essere coinvolti nelle sperimentazioni»⁵⁰, dall'altra.

Un maggiore interesse per una parte così importante dell'*habitat* umano costituisce l'inevitabile conseguenza, per il n. 6 dei Considerando della Direttiva, di una accresciuta consapevolezza offerta dalle nuove conoscenze scientifiche con riferimento «ai fattori che influenzano il

⁴⁴ CNB, *Sperimentazione animale con riferimento ai divieti posti dal d.l. 26/2014 in merito agli xenotrapianti e alle sostanze di abuso*, 27 marzo 2020, p. 2, reperibile all'indirizzo <http://bioetica.governo.it/>. Per S. GARATTINI, dell'Istituto Mario Negri di Milano, intervista in *La Stampa-Tuttoscienze* del 6 maggio 2015, la totale preclusione dell'impiego di animali nella sperimentazione evidenzia una evidente ipocrisia: «Si parla di animali sacrificati per la scienza, quando per ogni topo utilizzato per i test (..) si uccidono 300 animali per scopi alimentari. E, per ogni primate per la ricerca, 600 mila animali muoiono per essere utilizzati come cibo. Senza contare i numeri a sette e otto zeri degli animali uccisi con la derattizzazione».

⁴⁵ CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 3.

⁴⁶ CNB, *ibidem*.

⁴⁷ Per E. CATTANEO, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 279ª seduta del 2 dicembre 2020, 89, che richiama i numerosi studi pubblicati su prestigiose riviste internazionali, come *Nature* e *Science*, «non si può prescindere dal valutare infezioni e vaccini in primati non umani». Per la farmacologa milanese è assolutamente inderogabile «l'apporto della sperimentazione animale» negli studi condotti dalla comunità scientifica nazionale, «in questi mesi di lotta contro il tempo (...), per conoscere e affrontare il Covid-19».

⁴⁸ CNB, *Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 4.

⁴⁹ Per F. D'AGOSTINO, allora Presidente del CNB, *Presentazione del parere su Sperimentazione sugli animali e salute dei viventi*, cit., 6, è indubbio che, «tra tutte le forme di vita, quella umana possiede un primato, non solo fattuale, ma soprattutto assiologico e che tale primato costituisca una giustificazione, peraltro non illimitata, della subordinazione all'uomo di ogni altro vivente». In senso conforme G. PELEGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2018, 21.

⁵⁰ Corte Cost., sent. n. 166/2004.

benessere degli animali, nonché alla loro capacità di provare ed esprimere dolore, sofferenza, angoscia e danno prolungato». Questa precipua attenzione ha pure indotto la stessa UE⁵¹ a disporre, in altra sede normativa, il «divieto degli *animal testing* cosmetici in modo progressivo», considerata la sproporzione tra benefici per l'uomo e gli elevati costi per il benessere animale.

L'indispensabile svolgimento delle ricerche, per lo sviluppo di farmaci e vaccini, la conservazione della specie, la formazione del personale biomedico e veterinario (art. 5 della Direttiva 2010/63/UE), dovrà in ogni caso condurre ad una minimizzazione del «possibile danno» che ne potrebbe derivare per gli animali, così da commisurarli ai «benefici attesi dal progetto» sperimentale (n. 39 dei Considerando).

L'utilità di indagini di questo tipo per il benessere umano, animale e la salvaguardia dell'ambiente (n. 10 dei Considerando) ha, pertanto, indotto la fonte europea a disciplinare dettagliatamente le procedure di sperimentazione, nel rispetto dei principi di trasparenza, di competenza del ricercatore, di adeguatezza degli impianti e delle attrezzature (nn. 15 e 29 dei Considerando), del «valore intrinseco» degli animali (n. 12 dei Considerando)⁵² e in applicazione del cd. *sistema delle 3 R: Replace, Reduce e Refine*⁵³.

Nei casi in cui sarà possibile, se ne dovrà poi consentire la sostituzione «con altri metodi che non ne prevedano l'uso» (n. 10 dei Considerando), a condizione ovviamente di non pregiudicare gli obiettivi della ricerca.

6. L'avvio di una procedura di infrazione a causa delle eccessive restrizioni alla sperimentazione animale introdotte dalla legge italiana

Nonostante l'ampia protezione accordata dalla direttiva europea del 2010 al benessere degli animali impiegati nella ricerca, il successivo d. lgs n. 26 del 2014⁵⁴, attuativo dell'art. 13, comma 1, lett. c) e f) della legge comunitaria n. 96 del 2013, ha ristretto ulteriormente i margini di impiego di questo modello sperimentale⁵⁵.

⁵¹ Regolamento (CE) n. 1223/2009 del Parlamento Europeo.

⁵² Che dovrebbe indurre a trattare gli animali «come creature senzienti» e a limitarne l'impiego ai «settori che possano giovare in ultimo alla salute degli uomini e degli animali o dell'ambiente» (n. 12 dei Considerando).

⁵³ Cfr. n. 11 dei Considerando e art. 4 della stessa Direttiva 2010/63/UE. Con questo trinomio (sostituzione, riduzione, perfezionamento), «formulato da William Russell e Rex Burch nel volume *The Principles of Human Experimental Technique* (1959) (...) si intende rispettivamente: 1) la sostituzione degli animali impiegati nella sperimentazione con metodiche alternative oppure, ove non fosse possibile, l'impiego di animali con il più basso sviluppo neurologico; 2) la “riduzione” del numero di animali alla quantità minima necessaria per ottenere dati scientificamente attendibili; 3) il “perfezionamento”, ovvero il raffinamento di procedure che consentano di ridurre al minimo sofferenza, stress e danni per gli animali»: CNB, *Metodologie alternative, Comitati etici e obiezione di coscienza alla sperimentazione animale*, 18 dicembre 2009, 6, reperibile all'indirizzo <http://bioetica.governo.it/>. Cfr. anche P. BINETTI, *Diritti o tutela degli animali?*, in ID. (a cura di), *Diritti o tutela degli animali? Uno sguardo antropologico sull'animalismo*. Roma, 2020, 10 ss.

⁵⁴ La presenza di pareri divergenti, tra le forze politiche rappresentate in Parlamento, aveva pure contribuito a ritardare l'approvazione di questo decreto legislativo oltre il limite temporale, del 1° gennaio 2013, fissato dalla direttiva europea.

⁵⁵ La Corte Costituzionale, sent. n. 166 dell'11 giugno 2004 (cfr. anche sent. del 18 luglio 2013, n. 212), ha escluso la possibilità per le Regioni di regolamentare con una propria disciplina legislativa la sperimentazione animale. Per la Consulta, invero, tale attività rientra nella più ampia materia della «ricerca scientifica» riservata dalla Costituzione alla potestà legislativa concorrente «nella quale, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., spetta al legislatore nazionale determinare i principi fondamentali». Da qui, l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, 3 e 4 della l.r. Emilia Romagna n. 20/2002 (recante «Norme contro la vivisezione»)

Le limitazioni, che hanno provocato vibrante proteste da parte delle più autorevoli espressioni del mondo scientifico, dall'Accademia Nazionale dei Lincei⁵⁶ allo stesso CNB, per gli irragionevoli impedimenti che ne sarebbero derivati per il corretto sviluppo della ricerca, hanno in particolare interessato gli studi sugli xenotrapianti, realizzati per il trasferimento di uno o più organi tra animali di specie diverse (art. 5, n. 2, lett. d), e l'impiego di sostanze d'abuso (art. 5, n. 2 lett. e). In particolare, la presenza di queste preclusioni, avrebbe ostacolato l'esecuzione di trapianti considerati, dal CNB, «indispensabili per consolidare l'efficacia e la tossicità dei composti antitumorali ai fini della traslazione in studi clinici», nonché lo svolgimento di studi di nuove sostanze di abuso per comprendere il «meccanismo d'azione e trovare antidoti», di difficile realizzazione con metodi alternativi.

Ulteriori pregiudizi sarebbero pure derivati dal divieto di sperimentazioni su animali nell'ambito di corsi universitari, rivolti a biologi, farmacisti, biotecnologi, con l'unica eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria, nonché dell'alta formazione universitaria dei medici e dei medici veterinari (art. 5, n. 2 lett. f), cui si aggiunge pure l'interdizione all'allevamento di cani, gatti e primati non umani per la realizzazione di questo tipo di procedure⁵⁷.

Questo irragionevole aggravamento degli spazi consentiti in Italia alla ricerca, in deroga alla normativa sovranazionale, ha quindi indotto la Commissione europea ad avviare nel 2014 una procedura di infrazione (n. 2016/2013) ai sensi dell'art. 258 TUE, per aver riscontrato una grave violazione dell'art. 2 della Direttiva del 2010, recante «Misure nazionali più rigorose», e a concedere nel 2017 un termine di due mesi per la modifica della predetta disposizione normativa⁵⁸. L'eccessivo contenimento della ricerca, introdotto dalla legislazione italiana, era infatti intervenuto oltre il periodo di tolleranza, fissato dalla normativa europea a beneficio degli Stati membri, che avrebbe consentito, previa comunicazione alla Commissione, la proroga della vigenza delle rispettive discipline legislative dirette a assicurare una protezione più intensa agli animali, purché contenuta entro, e non oltre, il 1° gennaio 2013.

E così, con l'intento di porre rimedio alla palese violazione del diritto derivato, compiuta a seguito dell'introduzione, da parte del d. lgs. n. 26/2014, dei suddetti limiti, da cui sarebbero potute derivare pesanti sanzioni economiche, il Governo italiano è ricorso, con successivi interventi legislativi, ad un'irrituale e ripetuta deroga-sospensione della vigenza delle disposizioni contestate, per rendere possibile fino al 1° gennaio 2022 le sperimentazioni vietate⁵⁹.

nella parte in cui vietavano, nel territorio regionale, non solo l'allevamento, ma anche «l'utilizzo e la cessione a qualsiasi titolo di cani e gatti, a fini di sperimentazione» oltre che la «vivisezione a scopo didattico su tutti gli animali, salvo, casi autorizzati».

⁵⁶ Per l'Accademia Nazionale dei Lincei-Commissione salute, *La Sperimentazione sugli animali è necessaria nella battaglia contro il coronavirus*, 8 aprile 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.lincci.it/>, questi divieti sono «assurdi».

⁵⁷ Con il paradossale effetto che «i cani si possono utilizzare per la ricerca biomedica ma non si possono allevare (fatto invece possibile in tutto il resto d'Europa)»: *Sperimentazione, Italia si adegua alle norme UE*, 24 febbraio 2016, in www.anmvioggi.it.

⁵⁸ Cfr. Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, XVII legislatura, Disegni di legge e relazioni, Documenti, Doc. LXXIII, n. 9, 337, reperibile all'indirizzo https://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/073/009_RS/00000022.pdf e CNB, *Sperimentazione animale con riferimento ai divieti posti dal d.l. 26/2014 in merito agli xenotrapianti e alle sostanze di abuso*, cit., 2, nota 2.

⁵⁹ Cfr. art. 4, n. 5 (Proroga di termini in materia di salute) del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea» (c.d. Decreto *milleproroghe* 2021).

7. *L'ambiguità della regolamentazione vigente in Italia*

I limiti introdotti dall'art. 5 del d. lgs. n. 26 cit. rappresentano un ulteriore esempio della incapacità, talora mostrata dal legislatore italiano, di assecondare le più diffuse evidenze scientifiche, con l'effetto di incorrere in irragionevoli scelte dettate da suggestioni etiche, sull'onda della emozione e della compassione cieca, se non addirittura di tipo ideologico o populista, giustificate da mera convenienza politica, al fine di ricavare l'auspicato consenso elettorale.

E così, a fronte di una prolungata inerzia di questo organo nell'adottare la necessaria regolamentazione diretta a colmare i persistenti vuoti normativi che impedivano la corretta applicazione di taluni rimedi terapeutici, nel campo della procreativa⁶⁰, negli stadi terminali dell'esistenza umana⁶¹, in altra direzione abbiamo pure assistito ad una produzione legislativa eccessivamente dettagliata, invasiva e pervasiva dell'autonomia del malato⁶² o, comunque, come nel caso qui esaminato, dell'esercizio della libertà di ricerca⁶³, con l'effetto di eccedere dagli ambiti riservati in Costituzione alle decisioni delle maggioranze politiche.

All'incapacità talora mostrata dalle Assemblee legislative ad accompagnare correttamente le conquiste della scienza ha poi posto rimedio l'intervento sostitutivo del giudice del caso di specie.

Nonostante gli indubbi benefici di questa supplenza giudiziaria, per consentire di soddisfare i diritti dei soggetti istanti, non di meno sono anche evidenti i pericoli che potrebbero derivare da una possibile asimmetria dei giudicati, inevitabili in un sistema di *civil law* non informato ad una rigida applicazione della regola del precedente giurisprudenziale.

In numerosi casi, solo all'esito di ripetute sollecitazioni dei giudici di merito, è poi sopraggiunta, grazie ad una interpretazione costituzionalmente orientata, una regolamentazione normativa a tutela dei diritti dei soggetti coinvolti che non rinvenivano congrua protezione,

⁶⁰ Disciplinata soltanto nel 2004 dalla legge n. 40 che, nella sua originaria versione, più volte censurata dalla Corte Costituzionale (sentt. n. 151 del 2009, n. 162/2014, n. 96/2015, n. 229/2015 e n. 84/2016), oltre a pregiudicare l'autonomia e il diritto alla salute della donna, veniva a comprimere eccessivamente la libertà del medico di decidere, secondo scienza e coscienza, le terapie da adottare in coerenza alla fisiologia della paziente.

⁶¹ Nonostante la presenza di una diffusa istanza per la legittimazione dell'aiuto al suicidio, cui ha posto rimedio, in assenza di un intervento legislativo, la stessa Corte Costituzionale con sent. n. 242/2019.

⁶² Al punto da attivare varie forme di turismo (procreativo, eutanascico) di quanti preferivano ricorrere a sistemi sanitari di altri Stati per godere dell'autonomia di decisione, impedita nel nostro Paese.

⁶³ In aggiunta agli impedimenti per una corretta sperimentazione sugli animali, di cui si discute in questa sede, ulteriori restrizioni continuano ad interessare la ricerca sugli embrioni sovranumerari crioconservati, pure in presenza di un loro definitivo abbandono da parte dei soggetti interessati, determinato da una molteplicità di motivi (quali, aver già soddisfatto il desiderio di genitorialità, una precaria condizione psico-fisica della donna che le impedisca di avviare la gestazione, la separazione tra i coniugi o la morte di uno di essi). Tale preclusione costringe i ricercatori italiani a ricorrere a cellule staminali embrionali reperite all'estero oppure a emigrare in Paesi più aperti a questo tipo di ricerche. Al riguardo, la Corte Costituzionale, sent. n. 84 del 2016, sollecitata a prendere posizione sul divieto di sperimentazione su embrioni, contenuto nell'art. 13 della legge n. 40, ha preferito rimettere alla discrezionalità del legislatore la decisione finale in coerenza con le più diffuse «evidenze scientifiche (...) e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale».

proprio a causa dell'inerzia del Parlamento⁶⁴ o per l'inadeguatezza della disciplina da questi introdotta⁶⁵.

Con attenzione soprattutto all'impiego di conoscenze specialistiche, che interessano settori del sapere umano in continuo divenire, tale intervento delle Assemblee legislative avrebbe certamente richiesto un atteggiamento di maggiore prudenza, di *self restraint*, attraverso l'elaborazione di una normativa per principi, duttile, a maglie larghe⁶⁶, proprio con l'intento di scongiurare una irragionevole invasione in campi che non competono loro⁶⁷.

Dopo aver delineato la regolamentazione essenziale della materia, comprensiva del corredo sanzionatorio per i trasgressori, una legislazione che si proponga di non fuoriuscire dal proprio raggio d'azione, dovrebbe infatti rimettere, più opportunamente, proprio alle competenze tecnico-scientifiche il compito di adattare la norma al singolo caso di specie, attraverso l'impiego del cd. *soft law*, comprensivo di Linee guida, Protocolli, Norme di buona pratica clinica, Codici deontologici.

Come emerge chiaramente da una esplicita giurisprudenza costituzionale, la discrezionalità politica e legislativa ritrova, ragionevolmente, il suo limite proprio nelle «acquisizioni scientifiche e sperimentali che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica»⁶⁸. Ne deriva, per questo giudice, l'inammissibilità di scelte legislative, dirette a intervenire in questi campi del sapere umano, basate su «pure valutazioni di discrezionalità politica» che non prevedono «l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organizzazioni – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati»⁶⁹.

Nella direzione indicata dalla Consulta, proprio per scongiurare il fenomeno, certamente gravoso per il benessere dell'individuo oltre che per le stesse casse dello Stato, della cd. *medicina difensiva*, la nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (8 marzo 2017, n. 24, cd. legge Gelli-Bianco) ha opportunamente rimesso alle Linee guida e alle Buone pratiche clinico-assistenziali (artt. 5 e 6 che introduce l'art. 590 *sexies* c.p.)⁷⁰ il compito di definire le procedure terapeutiche e sperimentali, sottraendole opportunamente ad ingiustificate invasioni da parte di maggioranze politiche.

⁶⁴ Per l'assenza, ad esempio, rilevata dal giudice del caso «Englaro» (Corte Cass., Sez. I civ, sent. n. 21748 del 2007) di una apposita regolamentazione del diritto all'autodeterminazione del malato terminale, di indiscutibile rilievo costituzionale (ex. artt. 13 e 32, 2° comma), il cui esercizio è stato reso oggi possibile attraverso le disposizioni anticipate di trattamento introdotte dalla legge n. 219 del 2017.

⁶⁵ Che hanno indotto, ad esempio, i giudici del processo incidentale a sollecitare la Consulta a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, così da indurla ad annullare diverse sue parti. Cfr. *infra* nota n. 61.

⁶⁶ Per riprendere l'importante intuizione di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 58 e ID., *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in *Nuova Scienza*, 1991, n. 1/1991, 49.

⁶⁷ L'intento di evitare una inopportuna trascinazione della politica in un settore della conoscenza che non gli compete appare evidente nell'art. X della Legge Fondamentale dell'Ungheria a norma del quale «Lo Stato non ha il diritto di decidere in questioni di verità scientifiche; solo gli operatori delle scienze hanno diritto a valutare le ricerche scientifiche».

⁶⁸ Corte Cost. sentt. n. 338/2003, n. 282/2002, n. 338/2003, n. 151/2009 e n. 169/2017.

⁶⁹ Corte Cost. sent. n. 338/2003. Cfr. anche sentt. n. 274/2014, n. 9/2009, n. 282/2002, n. 116/2006 e n. 169/2017. Per la dottrina R. BIN, *La Corte e la scienza*, 19 marzo 2004, reperibile all'indirizzo <http://www.robertobin.it/>, a giudizio del quale «nei fatti della scienza, insomma, il legislatore non può ingerirsi, ma di essi deve necessariamente tenere conto».

⁷⁰ Elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché da società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco tenuto dal Ministro della salute (art. 5, legge n. 24 del 2017).

Analoga cautela non sembra essere stata, invece, perseguita dal legislatore del 2014 che, eccedendo dagli spazi ammissibili, ha voluto piuttosto introdurre rigorosi limiti alla ricerca su animali, con l'effetto di pregiudicare eccessivamente lo svolgimento di sperimentazioni certamente utili al benessere dell'uomo.

8. *Segue: le incertezze interpretative di una giurisprudenza del Consiglio di Stato*

A conferma delle incertezze che attraversano periodicamente gli sviluppi interpretativi del diritto sono le conclusioni interlocutorie cui erano, in un primo momento, giunte le ordinanze del Consiglio di Stato (sez. III giurisdizionale, nn. 230 e 5914 del 2020) che, attraverso l'inversione dell'onere della prova, rispetto a quanto stabilito dal giudice di primo grado⁷¹, avevano accolto l'istanza presentata dalla Lega Anti Vivisezione (LAV) e dalla Onlus *Oltre la sperimentazione animale* (OSA).

Il provvedimento cautelare era venuto, seppure in via temporanea, a sospendere la decisione del giudice di *primae curae* (TAR Lazio, Sez. III *quater*, sent. n. 5771/2019) che aveva consentito la sperimentazione su primati non umani⁷², attraverso una corretta valorizzazione dell'istanza delle parti resistenti (Ministero della Salute, Università degli studi di Parma e Università degli studi di Torino) basata su un parere del Consiglio Superiore della sanità e su una autorizzazione dello stesso Ministero della salute, entrambe espressione, per questo giudice, «di discrezionalità tecnica e, in quanto tali, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, sindacabili in sede giurisdizionale solo se viziati da manifesta irragionevolezza o illogicità».

Nel mettere in discussione le conclusioni cui era pervenuto il TAR Lazio, il giudice dell'Appello (Cons. St., Sez. III giurisdizionale, ord. n. 5914/2020) perveniva ad una decisione che, con argomentazioni che entravano «nel merito scientifico»⁷³, aveva finito per invadere una competenza tecnica che non gli spettava, con riguardo ai modelli sperimentali da utilizzare, per di più in presenza di una chiara apertura da parte del legislatore all'impiego di primati non umani (art. 8, d.lgs. n. 26/2014⁷⁴), sia pure giustificata da motivazioni eccezionali.

⁷¹ Per il Cons. St., Sez. III giurisdizionale, ord. n. 5914/2020, «contrariamente a quanto assunto dal giudice di primo grado è necessario che sia chi sperimenta a dover provare che non esistono alternative ad una sperimentazione invasiva sugli animali e foriera di sofferenze che la normativa europea e nazionale sul benessere animale, anche nella sede di sperimentazione, prescrive di evitare o ridurre entro rigorosi parametri fisiologici».

⁷² Attraverso lo svolgimento del progetto di ricerca che riguardava lo studio dei «meccanismi anatomo-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale». Con ord. n. 230/2020, il Cons. St., Sez. III giurisdizionale, provvedeva invece a sospendere in via cautelare l'impugnato decreto di autorizzazione della sperimentazione, in difformità all'ordinanza cautelare del TAR Lazio, sede di Roma, Sez. III, n. 7130/2019, che aveva invece respinto l'istanza di sospensione avanzata dalla LAV-Lega Antivivisezione Ente Morale Onlus. Per quest'ultimo giudice sarebbe ricaduto proprio sulla LAV l'onere di fornire la prova «della esistenza di metodiche scientifiche alternative (...) rispetto a quelle previste dalla sperimentazione contestata che consentono di raggiungere i medesimi risultati di ricerca applicata o traslazionale».

⁷³ Conferenza dei Rettori delle Università italiane (CRUI), *Documento per affermare la centralità della ricerca e della sperimentazione animale*, 27 novembre 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.research4life.it/wp-content/uploads/Documento-CRUI-sulla-sperimentazione-animale.pdf>.

⁷⁴ A norma del quale «Il Ministero può autorizzare, in via eccezionale, l'impiego di primati non umani di cui all'allegato I, quando è scientificamente provato che è impossibile raggiungere lo scopo della procedura utilizzando specie diverse dai primati non umani e nell'ambito delle procedure che perseguono uno degli scopi di cui all'articolo 5, comma 1, lettera a), quando condotta nell'interesse della salute dell'uomo o delle specie animali di cui al presente articolo ovvero lettera b), numero 1),

Nonostante la mole e autorevolezza scientifica di pareri e autorizzazioni di natura tecnica⁷⁵, depositati agli atti del processo, per i giudizi di Palazzo Spada la richiesta di sperimentazione appariva carente con riguardo alla esistenza di «prove sul metodo alternativo», sulla originalità e innovatività della ricerca, tale da richiedere un approfondimento «scientifico analitico e motivato (...) sul profilo della prova scientifica della insostituibilità dei primati non umani», nonché sull'osservanza dei «principi di “riduzione e di “perfezionamento”, che pure figurano nella normativa europea e italiana di riferimento»⁷⁶.

Soltanto l'integrazione di queste ulteriori prove avrebbe potuto consentire, per questo giudice, una conduzione della ricerca «nel comprovato rispetto delle condizioni per la sperimentazione su tali specie di animali vivi». Da qui il conferimento all'IRCCS «Fondazione Bietti» di un supplemento di indagine sull'applicazione delle inderogabili condizioni per lo svolgimento della ricerca.

Il giudice amministrativo, nel trascurare una attenta valutazione della ragionevolezza scientifica e della regolarità procedurale delle prove adottate dalla parte resistente, di cui non vi era traccia nella motivazione del provvedimento d'urgenza, aveva quindi deciso di prendere tempo, in sostanza di *decidere di non decidere*, sottoponendo, all'organo tecnico incaricato di un ulteriore approfondimento, quesiti sulla regolarità del metodo scientifico impiegato per lo svolgimento del progetto di ricerca, nonostante le indiscutibili evidenze allegate agli atti del processo.

Nel mettere in discussione l'istruttoria compiuta dal Ministero della salute, cui spettava la concessione dell'autorizzazione alla sperimentazione, e lo stesso parere tecnico elaborato dal Consiglio Superiore di Sanità, il Consiglio di Stato sembrava eccedere dai suoi compiti, per invadere un campo più opportunamente riservato dalla legge agli organi tecnici, coerentemente alla tradizionale divisione dei poteri tra giurisdizione ed amministrazione.

Attraverso un «anomalo esercizio dei poteri istruttori», l'ordinanza del Consiglio di Stato, sembrava incorrere –per riprendere un passaggio della giurisprudenza costituzionale per un caso analogo a quello qui esaminato- in «un'indebita interferenza nella sfera di attribuzione spettante al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci»⁷⁷, con l'effetto di dare fiato a tesi animaliste più estremiste e intransigenti, sostenute dalla LAV, pure considerate dalla stessa Consulta, in una pronuncia del 2004⁷⁸, «largamente minoritarie e non recepite né dal legislatore nazionale, né da quello europeo».

relativamente alla profilassi, alla prevenzione, alla diagnosi o alla cura delle malattie, del cattivo stato di salute o di altre anomalie o dei loro effetti sugli esseri umani, ovvero lettera c) quando è condotta allo scopo di evitare, prevenire, diagnosticare o curare affezioni umane debilitanti o potenzialmente letali ovvero lettera e)».

⁷⁵ Provenienti da organismi tecnici, quali il Consiglio Superiore di Sanità, l'Organismo preposto al benessere animale dell'Università di Parma, pure confortati dalle relazioni di due scienziati, componente e relatore pro-tempore o comunque esperto, di cui si era espressamente avvalso il Ministero della salute per la concessione della autorizzazione alla sperimentazione, e da note e pareri dell'Avvocatura dello Stato, a sua volta basati su relazioni di autorevoli istituzioni scientifiche.

⁷⁶ Si tratta di principi preordinati per questo giudice amministrativo ad «evitare o ridurre entro rigorosi parametri fisiologici» sperimentazioni «invasive sugli animali e fonti di sofferenze».

⁷⁷ Corte Cost. sent. n. 121/1999, adottata in occasione dell'esame del cd. caso «Di Bella», riguardante l'impiego di una terapia alternativa, a base di somatostatina, ideata dal medico modenese per la cura dei tumori, rivelatasi poi del tutto inadeguata. In analoga direzione cfr. anche Corte Cost. sent. n. 185/1998, ord. n.385/1998 e sent. n. 188/2000.

⁷⁸ Corte Cost. sent. n. 166 del 2004.

Per il giudice costituzionale è, infatti, indiscutibile il «ruolo essenziale» delle competenze tecniche, nella consapevolezza «delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono», certamente non sostituibili «nelle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi»⁷⁹.

Nella inderogabile veste di *peritus peritorum*, il giudice del caso di specie non potrebbe, pertanto, che rivolgersi ad esperti che lo aiutino a ricercare la legge di copertura scientifica su cui fondare il suo libero e autonomo convincimento. Soltanto attraverso un'autonoma verifica della plausibilità della «ipotesi applicativa»⁸⁰ sostenuta dalle parti potrà poi giungere all'elaborazione di una autonoma conclusione⁸¹, ricorrendo ad una approfondita, argomentata e soprattutto convincente motivazione⁸².

9. Considerazioni conclusive

Nonostante il successivo accoglimento da parte del Consiglio di Stato delle ragioni degli sperimentatori⁸³ e conseguente rigetto, in sede di esame del merito della controversia, dell'appello intrapreso dalle associazioni animaliste, le incertezze interpretative emerse nella fase cautelare del processo costituiscono evidente prova di un difficile rapporto tra scienza e diritto. L'ulteriore approfondimento chiesto dal giudice del gravame ad un Istituto di ricerca, l'IRCCS «Fondazione Bietti», sulla correttezza del metodo scientifico impiegato per la sperimentazione sui macachi, pure in presenza di indiscutibili evidenze scientifiche alla base dell'autorizzazione concessa dal Ministero della salute, ha certamente interferito con i propositi della ricerca che ha subito un grave rallentamento, per almeno venti mesi.

⁷⁹ Corte Cost. sent. n. 188 del 2000. L'importanza della consulenza tecnica, necessaria per un esame della cd. *ragionevolezza scientifica* (S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, 16 giugno 2014, in *Forum dei Quad. Cost.*, n. 6/2014, 1 ss. e S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2020, 355 ss.), ha recentemente condotto la Consulta a modificare le «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale» con deliberazione dell'8 gennaio 2020 attraverso la previsione [art. 4, comma 7 (Interventi in giudizio)] che «nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio» e, inoltre [art. 4-ter n. 1 (*Amici curiae*)], che «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte Costituzionale un'opinione scritta», pur non assumendo la qualità di parte nel giudizio. Sentito il giudice relatore, sarà compito del Presidente, ammettere con decreto «le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (art. 4-ter n. 3). Ed infine [art. 14-bis (Esperti)], laddove la Corte ritenesse «necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti».

⁸⁰ F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2013.

⁸¹ Per la Cass. pen., Sez. IV, sent. 11 aprile 2008 n. 15282, in <http://www.dirittosanitario.net/fullscreen.php?newsid=1345>, «la difficile ponderazione (...) che si muove tra le categorie giuridiche, le informazioni scientifiche e le acquisizioni fattuali» non potrebbe che essere «affidata alla responsabilità del giudice che, naturalmente, al fine di acquisire le conoscenze tecniche e scientifiche necessarie alla comprensione degli accadimenti, si avvarrà della collaborazione di periti e consulenti».

⁸² In questa sede vengono richiamate alcune riflessioni già sviluppate in L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, 5 aprile 2017, in *Federalismi.it*, n. 7/2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁸³ Cons. St., in sede giurisdizionale (Sez. terza), 8 febbraio 2021, n. 7021. Per questo giudice la verifica effettuata dalla consulenza tecnica affidata all'IRCCS «Fondazione Bietti» aveva, infatti, evidenziato come «l'obiettivo del progetto non potrebbe essere raggiunto con metodologie effettuate direttamente sull'uomo e che non sussistono metodi alternativi o la possibilità di effettuare la sperimentazione su un numero inferiore di macachi». Da qui la conclusione sulla legittimità della sperimentazione, a condizione che la stessa sia condotta «assicurando di infliggere alle cavie la minore sofferenza possibile».

Nonostante gli indubbi benefici di una significativa giurisprudenza ordinaria e soprattutto costituzionale, impegnata a valorizzare principi fondamentali rimasti per troppo tempo in ombra, non sono mancate, in altra direzione, decisioni, anche di tipo cautelare, come nel caso qui esaminato, che hanno invece destato più di una perplessità per l'insufficiente considerazione riservata nel dispositivo finale a consolidate evidenze scientifiche nel campo della biomedicina⁸⁴, della genetica comportamentale⁸⁵ e della geofisica⁸⁶.

Ad analoghi dubbi hanno condotto altre pronunce che, trascurando una consolidata letteratura scientifica, sono pervenute, su istanza di parte, a mettere in discussione gli obiettivi precauzionali perseguiti dalla legislazione sulle vaccinazioni, sia pure non obbligatorie, nella parte in cui hanno evidenziato la possibile correlazione tra la causa (il vaccino trivalente ed esavalente⁸⁷) e l'effetto invalidante (autismo, ma in alcuni casi anche poliomielite ed encefalite) utilizzando perizie tecniche che attestavano una «ragionevole»⁸⁸ o «attendibile» probabilità scientifica «circa la sussistenza del legame fra i due eventi»⁸⁹.

Questi numerosi episodi di inadeguatezza del prodotto giurisprudenziale, oltre che -come abbiamo già visto- legislativo, che non dovranno certamente condurre a trascurare gli indubbi progressi interpretativi pure realizzati nel corso degli anni, evidenziano comunque la persistenza di ricorrenti derive antiscientifiche che, accompagnate da una scarsa attenzione riservata dai Governi alla ricerca⁹⁰, potrebbero contribuire a frenare la competitività e modernizzazione del nostro Paese, favorendo, per di più, la *fuga dei cervelli* verso luoghi più ospitali e stimolanti.

⁸⁴ In occasione, ad esempio, dei noti casi della terapia Di Bella e di quella Stamina. All'avvio, autorizzato con ordinanza da parte numerosi giudici di merito (*ex multis*: Pret. Catania, ord. dell'8 gennaio 1996; Pret. Enna, ord. del 6 ottobre 1995; Pret. Genova, ord. 20 febbraio 1995; Pret. Lecce, Sez. di Maglie, ord. dell'11 febbraio 1998; Pret. Bari, ord. dell'1 giugno 1999) della cura a base di somatostatina fecero seguito le pronunce della Corte Costituzionale (sentt. n. 185/1998, n. 121/1999, n. 188/2000 e ord. n. 279/2003) che ammisero, per ragioni pietose e compassionevoli, la possibilità di accedere a questa terapia, anche in deroga alla legge vigente, a quanti l'avessero già avviata. In analogia a quanto deciso sul caso «Di Bella», la Corte Costituzionale (sent. n. 274/2014), sollecitata ancora una volta dai giudici del caso di specie (tra i tanti: Trib. Venezia, sez. lav., giudice Margherita Bortolaso, caso Carrer, ord. 30 agosto 2012; TAR Brescia, ord. 5 settembre 2012, n. 414; Trib. Matera, Sez. lav., ord. 8 ottobre 2012, n. 1012/2012; Trib. Mantova, ord. 2 maggio 2013, tutte reperibili nel sito internet <http://www.biodiritto.org>), giudicò pure legittima la decisione assunta dal legislatore di «non interrompere» il trattamento con cellule staminali mesenchimali «nei confronti dei pazienti che di fatto l'avevano già avviato».

⁸⁵ Che avevano indotto, per l'accertamento del colpevole del reato di omicidio, la Corte d'Assise di Appello di Trieste, 1° ottobre 2009, n. 5, ad applicare un esimente, attraverso il conferimento di particolare rilievo alla presenza nel DNA dell'imputato, di cui era stata accertata la colpevolezza, di alleli in grado –secondo la teoria scientifica sposata dal giudice- di comprovare la proclività alla violenza dello stesso.

⁸⁶ Con riguardo al caso L'Aquila, sulla prevedibilità degli eventi tellurici, su cui si pronunciò il Trib. di L'Aquila, sent. n. 380 del 22 ottobre 2012, giud. Billi, in <http://www.penalecontemporaneo>, che giunse, utilizzando una legge di copertura scientifica assai discutibile, alla condanna, per reato di omicidio colposo e di lesioni colpose plurime, di tecnici accusati di aver incautamente influenzato, con notizie fuorvianti, il comportamento delle vittime del terremoto, rimaste intrappolate nelle case. Sul punto cfr. L. SIMONETTI, *La scienza in Tribunale*, Roma, 2018, 141 ss.

⁸⁷ L'obbligatorietà per i minori di età compresa tra zero e sedici anni e per i minori stranieri non accompagnati (come disposta dal d. l. 7 giugno 2017, n. 73, recante «Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale», modificato dalla legge di conv. 31 luglio 2017, n. 119) riguarda le seguenti vaccinazioni: anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite e anti-varicella. Tutte le altre vaccinazioni (anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica e anti-rotavirus), considerate volontarie, sono comunque incentivate dal S.S.N. anche attraverso la previsione della loro gratuità.

⁸⁸ Trib. Rimini, sent. n. 886 del 15 marzo 2012, in <http://www.biodiritto.org/images/>. Cfr. anche Trib. Rimini, sent. n. 148 del 2010, ruolo n. 2010\0474, cron. n. 2012/886, in <http://www.mednat.org/> e Trib. Milano, sent. del 23 settembre 2014, in <http://it.blastingnews.com>.

⁸⁹ Trib. Pesaro, sent. dell'11 novembre 2013, in <http://www.biodiritto.org/>.

⁹⁰ Come dimostra l'inadeguatezza del supporto finanziario ad essa dedicato. Dai dati forniti dalla Commissione UE, 2020/COM (2020) 150 *final* del 26 febbraio 2020, relativi la strategia Europa 2020, come riportati dal Servizio studi della

Senza alcuna intenzione di trasformare il giurista in medico, biotecnologo, farmacologo, ingegnere, ecc.⁹¹, una maggiore comprensione delle applicazioni tecnologiche consentirebbe di affinare tecniche di elaborazione e di interpretazione della norma giuridica per consentire la migliore risoluzione delle questioni scientifiche portate all'attenzione del legislatore e dello stesso giudice.

In questa prospettiva sarebbe certamente utile, sin dalla formazione universitaria, un approccio interdisciplinare delle questioni tecniche, reso possibile da insegnamenti quali la Bioetica, la Biopolitica o il Biodiritto, solo per fare qualche esempio, anche applicati allo studio delle tradizionali materie curriculari dei corsi di laurea in Giurisprudenza e in Scienze giuridiche, a cominciare proprio da quelle processualistiche.

Camera dei Deputati (*Ricerca, sviluppo e innovazione*, 6 luglio 2020, reperibile all'indirizzo <https://www.camera.it/>), risulta che, con riferimento all'obiettivo di *Research&Development* stabilito nel PNR (1,53 % del PIL), l'Italia abbia compiuto negli ultimi anni progressi limitati (...). Nel 2018 l'intensità di R&S è stata pari all'1,39 % del PIL. La spesa pubblica per R&S è in calo dal 2013, e nel 2018 ha raggiunto lo 0,5 % del PIL, il secondo livello più basso tra i Paesi dell'UE-15. Sebbene la spesa per R&S delle imprese sia in aumento negli ultimi anni (nel 2018 ha raggiunto lo 0,86 % del PIL), il livello rimane nettamente al di sotto della media dell'UE (1,41 %). Di conseguenza, il numero di ricercatori ogni mille persone attive occupate dalle imprese è pari solo alla metà della media UE (2,3 % contro 4,3 % nel 2017)».

⁹¹ Per R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., l'affinamento delle tecniche di interpretazione del fenomeno scientifico non dovrà affatto provocare «un mutamento importante nella formazione professionale del giudice (e degli avvocati stessi), che certo non devono trasformarsi in scienziati, ma devono essere in grado di capire il loro modo di procedere».



Stefano Margiotta*

Certezza del diritto e diritto positivo**

SOMMARIO: 1. Sul concetto di certezza del diritto. – 2. Prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche e Stato costituzionale. – 3. Funzioni del diritto e prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche. – 4. Certezza del diritto ed economia. – 5. La “certezza del diritto” nei testi di norme primarie. – 6. Il concetto di certezza del diritto nella giurisprudenza. – 7. Certezza del diritto, valori costituzionali e diritto comunitario. – 8. Dimensione oggettiva della certezza del diritto, chiarezza dei testi normativi, semplificazione dei precetti giuridici.

1. Sul concetto di certezza del diritto

Il significato, molto probabilmente, più attuale e condiviso – e che questo studio condivide – dell’espressione “certezza del diritto” è quello di obiettiva prevedibilità delle conseguenze che l’ordinamento giuridico determina per i nostri comportamenti¹.

Questo significato mi pare compendiare, direttamente o indirettamente, i vari profili che di quell’espressione gli studiosi e la giurisprudenza (della Corte costituzionale, del Consiglio di Stato, della Corte di Giustizia dell’Unione europea e della Corte di giustizia dei diritti dell’Uomo) hanno, di volta in volta, messo in risalto².

Tale significato comprende, anzitutto, i principi di affidamento delle persone nell’ordinamento e di stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo (anche con riguardo alla salvaguardia dei

* Avvocato patrocinante davanti alle Magistrature superiori.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Il concetto di certezza del diritto, sfuggente in una prospettiva filosofica così come in teoria generale, si esprime, da un punto di vista giuspositivistico soprattutto in termini prevedibilità, vale a dire come «possibilità diffusa di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti, nonché l’ambito temporale in cui tali conseguenze giuridiche verranno in essere» (così G. GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Q&G*, 2012, 311; vedi anche G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*).

² Per le varie concezioni, in buona parte qui riportate, vedi S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo, Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 131. Come lo stesso Autore riconosce «si tratta, come risulta già dalla semplice menzione, di aspetti in parte connessi, ma dotati anche di autonomia concettuale». In realtà pare a chi scrive che si tratti di aspetti riconducibili al tema della prevedibilità, che, a sua volta è l’elemento cruciale che collega il valore della certezza del diritto alla funzione sociale dello stesso (vedi *amplius* par. 3). A proposito dei vari significati che l’espressione certezza del diritto è venuta ad identificare, tra la vasta letteratura italiana in argomento, E. ALLORIO, *Certezza del diritto dell’economia*, in *Rivista del diritto dell’economia*, 1956, 1198; M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto*, Torino, UTET, 1966; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, 575; M. CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto – Discipline privatistiche/ sezione civile*, Torino, Utet, 1988; F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, ESI, 2018, 59 e ss. Vedi inoltre la Nota bibliografica in calce.

diritti quesiti). Principi talora definiti espressione della «certezza del diritto in senso soggettivo»³ e «corollario del principio di certezza del diritto»⁴ e che la Corte Costituzionale ha frequentemente applicato quando si è trattato di dichiarare l'illegittimità costituzionale di irrazionali norme irretroattive, talvolta “mascherate” da norme d'interpretazione autentica. Ed infatti l'idea di un ordinamento dagli effetti imprevedibili comprende quella dell'instabilità determinata da norme che scombinano relazioni giuridiche già assestate o che minacciano irragionevolmente diritti ormai quesiti.

Quel significato comprende, inoltre, l'idea (più volte espressa dalla giurisprudenza comunitaria - vedi *amplius* il p. 6) di necessaria chiarezza della norma, elemento necessario per attribuirvi significati univoci e, di conseguenza, per attuare il principio di legalità all'azione dei poteri pubblici (esigenza più volte espressa sia dalla giurisprudenza della CEDU che da quella comunitaria)⁵. Infatti formulazioni di testi normativi vaghe o ambigue favoriscono comportamenti disomogenei se non addirittura arbitrari (e quindi imprevedibili) da parte delle autorità pubbliche (amministrative e giudiziarie) mentre norme dal significato univoco e dal contenuto sufficientemente determinato ne sono garanzia di uniformità dei comportamenti e delle decisioni⁶.

Anche il concetto di “certezza del diritto” inteso come accessibilità alle prescrizioni giuridiche ed effettiva comprensione del loro significato da parte dei loro destinatari non è che un profilo del concetto di prevedibilità degli effetti delle prescrizioni giuridiche. Ed infatti se queste prescrizioni non sono accessibili non può prevedersi quali saranno i comportamenti che le persone terranno (non essendoci alcuna assicurazione che essi conoscano o comprendano allo stesso modo quelle prescrizioni) né gli interessati possono prevedere quali saranno le conseguenze giuridiche dei propri comportamenti (non essendo in grado di accedere o di comprendere le prescrizioni giuridiche)⁷.

Infine il significato di “certezza del diritto” sopra indicato rimanda al concetto di effettività dell'ordinamento, vale a dire al grado di concreta osservanza delle norme giuridiche da parte dei destinatari delle stesse e di garanzia che, in mancanza, effettivamente interverranno le Autorità

³ Vedi par. 6 e Note 57 e ss. Il principio di affidamento può essere definito espressione della certezza del diritto in senso soggettivo perché viene in rilievo in casi in cui una situazione giuridica soggettiva o almeno una legittima aspettativa viene lesa da episodi di instabilità dell'ordinamento. La dottrina dà talora al concetto di certezza del diritto in senso oggettivo o in senso soggettivo un significato diverso: così per M. CORSALE, *op. cit.*, 1, per certezza del diritto «in senso soggettivo s'intende la convinzione della verità di un asserto, mentre in senso oggettivo s'intende l'attitudine di un asserto a garantire la sua corrispondenza ad uno stato di cose». Per M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, Giappichelli, 2003, 24 e s. la «dimensione soggettiva [della certezza del diritto] garantisce un'aspettativa dei singoli di prevedibilità e controllabilità delle conseguenze della propria azione da un lato e della prevedibilità e controllabilità delle decisioni giuridiche provenienti da qualche soggetto pubblico (legislatore, amministrazione, giudice) dall'altro» mentre «la certezza del diritto colta nella sua dimensione oggettiva si risolve in qualità del sistema giuridico». F.F. PAGANO, *op. cit.*, 65 afferma che «affidamento e certezza del diritto ... [sono] due principi [che] operano su piani differenti, avendo ... una comune matrice assiologica», *op. cit.*, 56 e ss. sottolinea l'autonomia del principio della certezza rispetto alla tutela dell'affidamento (lo stesso Autore, d'altro canto ammette - *op. cit.*, 62 - che la certezza del diritto si pone in una dimensione oggettiva, quindi più ampia rispetto a quella soggettiva e, di conseguenza, necessariamente più ristretta del principio di affidamento).

⁴ Vedi par. 6 e Note 76 e ss..

⁵ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, Giuffrè, 2010, 19 e ss. dice del nesso consustanziale tra certezza del diritto e legalità amministrativa. Sul tema, in una prospettiva penalistica, A. FALLONE, *Il principio di legalità e la certezza del diritto*, in *Riv. pen.*, 2008, 705.

⁶ Connessa a questo profilo è la funzione nomofilattica che spesso gli ordinamenti attribuiscono alle Supreme Corti.

⁷ Vedi par. 6 e Nota 72.

che l'ordinamento predispone per assicurare quell'osservanza (o meglio per assicurare che quanto preannunciato dalle prescrizioni giuridiche, anche in termini sanzionatori o premiali, effettivamente si avveri). Evidenti ragioni, brevemente esposte nel successivo p. 3, di psicologia sociale e di sociologia del diritto spiegano come l'effettività di una prescrizione giuridica (e quindi il fatto che possa prevedersi che quanto in essa indicato corrisponderà a quanto in concreto avverrà), dipende in larga misura dal fatto che le conseguenze (usualmente di carattere sanzionatorio, ma talora anche premiale) che le prescrizioni giuridiche minacciano (o promettono) per scongiurare la possibilità di venire disattese, si realizzino in concreto ed in tempi coerenti con la loro funzione. Se i destinatari delle norme sanno che queste conseguenze non si avvereranno (o ritengono che troppo spesso non si avvereranno) viene a mancare una delle principali leve psicologiche che li induce ad osservarle e, in questa situazione, nessuno potrà prevedere se la persona con la quale entriamo in relazione vorrà o meno effettivamente comportarsi secondo quanto le prescrizioni giuridiche stabiliscono (molto sarà lasciato all'eventualità che condivida il significato di quelle prescrizioni o che le convenga, per qualche ragione, comunque osservarle).

Questi ultimi profili del concetto di certezza del diritto sono di carattere oggettivo, nel senso che costituiscono caratteri intrinseci che devono contrassegnare l'ordinamento per favorire la realizzazione, nei limiti e con le precisazioni che si diranno in seguito, del valore della certezza del diritto.

La prospettiva di questo studio è quella del diritto positivo, ciò che è bene sottolineare perché la materia è spesso, per sua natura, oggetto di studi di filosofia e teoria generale del diritto, di sociologia giuridica, nonché, per certi limitati versi, anche di psicologia, antropologia ed etnografia giuridiche; ciò nonostante alcuni profili di tali discipline influiscono sul tema trattato, come si vedrà - molto brevemente - subito appresso.

2. Prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche e Stato costituzionale

È stato espresso l'orientamento dottrinale⁸ secondo il quale l'attuale "Stato costituzionale", e anzi, lo Stato costituzionale in genere, impedirebbe e, addirittura, per certi versi, contraddirebbe l'aspirazione alla certezza del diritto, nel senso della obiettiva prevedibilità degli effetti delle prescrizioni normative. Si contesta di conseguenza che la certezza del diritto sia un valore effettivamente preservabile, quantomeno date le effettive modalità di funzionamento degli ordinamenti giuridici, la complessità della società, dell'economia, della tecnologia e del diritto nei nostri tempi.

Le ragioni sarebbero molteplici e possono essere riassunte nelle seguenti.

Anzitutto, viene rilevato che gli Stati costituzionali sono retti da Carte fondamentali «ricche di termini vaghi e indeterminati, valutativi, che rimandano a concetti etico-politici (libertà, eguaglianza, dignità, democrazia, ...)», il che determina valutazioni, anche di carattere soggettivo,

⁸ G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, 517.

tra interessi diversi e «compromessi[o] tra diverse visioni della società», «interpretazioni espansive (e comunque che rifiutano l'interpretazione letterale)», principi che «vengono usati come punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme (regole, o principi a loro volta) (questa è la dimensione «nomogenetica» dei principi)». Inoltre il giudizio di validità della legge non è rimesso ad una valutazione solo formale (il rispetto di una procedura), ma ad una valutazione di compatibilità e di congruenza sostanziale tra legge e principi rilevanti, il che può richiedere complesse e controverse valutazioni, anche di natura eticosostanziale⁹. Tutto ciò condurrebbe ineluttabilmente a impedire di realizzare qualsivoglia aspirazione di certezza del diritto.

Tanto più che per un verso, nel caso dell'Italia, «la Corte costituzionale affianca al suo ruolo di legislatore negativo... un ruolo sempre più preponderante di co-legislatore (sentenze additive, sostitutive)»¹⁰, e di «autorità interpretativa» il che assicura un pronto adeguamento del diritto legislativo ai principi costituzionali (senza passare dal “vuoto” legislativo che sarebbe prodotto da una sentenza di puro e semplice accoglimento), ma rende – anche se in misura diversa – il diritto meno “certo” e meno facilmente conoscibile. Per altro verso la continua evoluzione delle prescrizioni giuridiche che derivano dall'applicazione dei principi costituzionali e gli esiti, spesso di carattere soggettivo, dell'attività interpretativa (che nella prospettiva sopra descritta diviene anche “creatrice” di nuove norme) non sono neppure controbilanciati dall'attribuzione di una qualche particolare efficacia al giudicato di determinati organi giudiziari rispetto ad altri (contrariamente ai sistemi anglo-sassoni imperniati sulla regola dello *stare-decisis*): la dottrina che legge la relazione tra Stato costituzionale e certezza del diritto in termini di incompatibilità afferma che ogni giudice è chiamato, quando è possibile, ad interpretare le disposizioni di legge in modo conforme ai principi costituzionali – a loro volta soggetti alle incertezze e alle tensioni di cui sopra – tendendo così «a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso» senza alcuna garanzia di non dare un'interpretazione ed applicazione di quei principi diversa da quella dei suoi colleghi, e con l'ulteriore rischio di assumere le sembianze del conflitto o della concorrenza tra diversi organi sulla migliore interpretazione della Costituzione, e della legge alla luce della Costituzione (guerre tra Corti)¹¹.

Inoltre lo Stato costituzionale è strutturalmente aperto all'integrazione normativa sovranazionale (artt. 10, 11, 117, Cost.), il che determina la proliferazione di fonti di produzione delle norme e, a sua volta, aumenta «la complessità delle operazioni di individuazione del diritto, e porta costi in termini di certezza» senza contare gli ostacoli che ciò determina, in molte materie, all'opera di codificazione o di “semplificazione”. Infatti, per tutte quelle materie che sono regolate dal concorso di più ordini di norme, ciascuno dei quali ha la propria fonte nella potestà normativa attribuita ad una determinata Istituzione, indipendente rispetto alle altre, quell'opera non potrà che limitarsi a quanto proveniente da un'Istituzione senza potere compendiare l'intero “*corpus*” di disposizioni che disciplina la materia in questione.

⁹ Le citazioni sono tratte da G. PINO, *op. cit.*, 536, e ss..

¹⁰ G. PINO, *op. cit.*, 539.

¹¹ G. PINO, *op. cit.*, 538.

Ora, senza respingere la validità in linea di principio delle considerazioni di cui sopra pare tuttavia che esse, trasposte sul terreno del diritto positivo, manifestino almeno due limiti.

In primo luogo solo in talune controversie s'impone il coinvolgimento di principi costituzionali nell'applicazione delle prescrizioni giuridiche per essere queste prescrizioni lacunose, in contrasto con quei principi o bisognevoli dei loro richiami; infatti l'ordinamento non è evidentemente costituito solo da principi costituzionali che è lasciato alla discrezionalità dei giudici attuare; esso è anzi in assoluta prevalenza composto da una profusione di prescrizioni, generali e specifiche, di natura primaria e secondaria. In secondo luogo se va preso atto della difficoltà e, anzi dell'impossibilità, di realizzare compiutamente il valore della certezza del diritto in uno Stato costituzionale (e del resto non solo in uno Stato costituzionale) la tesi che pare avversare l'aspirazione alla certezza del diritto, se letta nell'ottica del diritto positivo, si concentra su situazioni tutto sommato estreme – quasi patologiche –, quale quella di una concorrenza tra giudici per l'affermazione, l'uno contro l'altro, delle proprie istanze interpretative, creatrici di nuove norme. Senonché queste situazioni non sono quelle ordinarie né caratterizzanti lo stato (o il possibile stato) dell'ordinamento. Sono inoltre situazioni che potrebbero essere efficacemente contrastate dall'impiego di una tecnica normativa adeguata, da una tempestiva azione nomofilattica della Corte di Cassazione in un equilibrato assetto tra poteri e ordini dello Stato.

Né d'altro canto l'impossibilità di realizzare compiutamente l'obiettivo della certezza del diritto esclude che esso possa costituire, sia pure nell'inevitabile (e, anzi, auspicabile) divenire dell'ordinamento giuridico, almeno una direttrice (un criterio di orientamento, se si preferisce) ed un valore di cui tenere conto (e, molto probabilmente quando sia necessario, da bilanciare, con altri valori – vedi parr. 7 e 8).

Semmai, come si vedrà meglio oltre, alcuni principi della Costituzione implicano il valore della certezza del diritto, almeno in alcuni degli aspetti considerati nel precedente p. 1.

3. Funzione del diritto e prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche

Le ragioni che fanno ritenere essere “certezza del diritto” anzitutto «conoscibilità *ex ante* delle conseguenze che l'ordinamento giuridico determinerà per i nostri comportamenti» (vedi par. 1), corrisponde anche, e forse soprattutto, all'essere il diritto, in definitiva, un «ordinamento della condotta umana»¹² che ha la sua primaria «funzione» nell'«orientamento sociale» o, se si vuole, di modellistica sociale¹³.

«Le norme giuridiche sono» infatti anzitutto «modelli simbolici eteronomi»¹⁴ (coloro cui sono indirizzati sono generalmente estranei al loro processo di elaborazione). Esse si aspettano che i loro destinatari vi si conformino grazie alla struttura che le caratterizza (una regola di comportamento che si chiede di seguire, associata a conseguenze per chi non vi si adegua) e ai

¹² Così H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 42.

¹³ Vedi V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1999, 117, 123, 130. Vedi anche M. REHBINDER, *Sociologia del diritto*, Padova, Cedam, 1982, 146 e ss. e E. ADAMSON HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, Bologna, Il Mulino, 1973, 389.

¹⁴ V. FERRARI, *op. cit.*, 47.

poteri pubblici che dovrebbero costituire garanzia dell'effettività delle medesime. Le norme, facendo affidamento su tali loro caratteristiche (e questi poteri), contano di far scattare nei destinatari un meccanismo psicologico di persuasione (al quale affidano le loro possibilità di avere effettivamente successo) che li induce a conformarvisi¹⁵: la mente di questi ultimi collega il modello di comportamento indicato dalla prescrizione giuridica (premessa) alla conseguenza che la stessa promette che si avvererà nel caso di inosservanza (sanzione) o, più raramente, in caso di osservanza (premio)¹⁶. Il diritto in altri termini cerca di svolgere la funzione di cui sopra, quella cioè di influenzare i comportamenti dei destinatari delle prescrizioni giuridiche («orientamento sociale»), tramite «strategie puramente psichiche» dove gioca un ruolo determinante (insieme all'onerosità/esigibilità del modello di comportamento proposto e alla circostanza che il destinatario della prescrizione giuridica la comprenda e la condivida) l'«aspettativa» dell'avverarsi delle conseguenze promesse dalla prescrizione giuridica secondo che il modello di comportamento indicato sia o meno seguito¹⁷.

Ne deriva l'importanza decisiva del fatto che il destinatario della prescrizione giuridica comprenda il modello di comportamento da essa indicato e le conseguenze dell'osservanza o meno della prescrizione giuridica e creda che queste conseguenze effettivamente si avvereranno (peraltro in tempi sufficientemente brevi da potere essere, con una certa immediatezza, collegate «psichicamente» alla propria condotta)¹⁸.

Infatti, se i destinatari delle norme non comprendono le conseguenze annunciate in caso di inosservanza delle stesse o le ritengono, in concreto, non prevedibili (casuali) o non effettive (la sanzione non verrà applicata; il premio promesso non sarà dato) l'ordinamento non potrà contare (o potrà farlo in modo molto modesto) sul meccanismo psicologico sopra accennato che induce («persuade») i destinatari della norma ad osservarla. Di conseguenza, il diritto vedrà frustrata la sua aspirazione a svolgere la funzione che gli è propria (o almeno tra quelle più sue proprie), vale a dire, appunto, quella di orientamento dei comportamenti sociali¹⁹.

Strumentali allo svolgimento della funzione del diritto sopra indicata sono dunque la capacità di «troncare in radice quanti più dubbi sia possibile sulle premesse condizionanti» - la qualità dei «messaggi normativi» svolgendo in quel gioco un ruolo spesso decisivo - e la stabilità dei modelli giuridici (cioè la percezione da parte dei destinatari delle norme, che non verranno modificate «in itinere» le conseguenze minacciate o promesse per chi, rispettivamente, rifiuta o accetta di seguire

¹⁵ V. FERRARI, *op. cit.*, 7.

¹⁶ Anche se non necessariamente «qualsiasi norma giuridica singolarmente presa è articolata secondo questo schema» (così V. FERRARI, *op. cit.*, 50).

¹⁷ Lo schema elementare proposto resta valido anche qualora le conseguenze non derivino direttamente dalla prescrizione giuridica che propone il modello di comportamento ma da altre prescrizione dell'ordinamento.

¹⁸ V. FERRARI, *op. cit.*, 126, evidenzia che il destinatario della norma la osserva se ne condivide il contenuto o ritiene la disobbedienza troppo pregiudizievole ai propri interessi; può essere indotto a disobbedirvi se non la condivide e ritiene che la disobbedienza sia possibile o opportuna.

¹⁹ Le considerazioni svolte nel testo riecheggiano quelle dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia UE, (conclusioni del 9 luglio 2020, causa 526/19): «esiste l'imperativo della certezza del diritto e della prevedibilità della legge, in particolare per i singoli, che devono essere in grado di prevedere almeno in una certa misura quale sia il regime giuridico applicabile e di adattare il loro comportamento di conseguenza. Le deviazioni impreviste e quindi imprevedibili dal significato naturale delle parole rendono la navigazione in qualsiasi sistema giuridico come camminare sulle sabbie mobili. La mancanza di stabilità giuridica nell'interpretazione favorisce un atteggiamento cinico verso le regole e l'inosservanza della legge: perché preoccuparsi della legge se qualcosa potrebbe significare qualcos'altro da un giorno all'altro?».

il modello di comportamento proposto dalla norma). Di contro se le conseguenze dell'osservanza o inosservanza delle prescrizioni giuridiche non sono comprese o se i destinatari sanno che probabilmente verranno modificate, il meccanismo psicologico immaginato dal creatore della prescrizione giuridica («legislatore») non scatterà nel modo previsto e l'emanazione delle norme determinerà effetti sui comportamenti dei loro destinatari diversi, imprevedibili o distorti²⁰.

Sullo sfondo delle varie concezioni della certezza del diritto pare dunque esservi l'aspirazione ad una situazione di fatto in cui è diffusa ed estesa la prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche capace di guidare il comportamento dei suoi destinatari mentre «tutti gli altri caratteri ... sono accessori e contingenti e come tali costituiscono parte integrante non del concetto bensì delle varie concezioni normative della certezza»²¹.

Si può pertanto convenire con chi²², in termini forse inusualmente categorici, ha affermato che «il diritto come regola di comportamento nasce per dare certezze» e «il diritto incerto come diceva Bobbio e prima ancora Lopez de Onate non è neppure diritto ... Infatti, i cittadini chiedono non regole ma richiedono regole certe che siano tali da garantire loro la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti e di conoscere quindi in anticipo cosa dal diritto sono autorizzati a fare e cosa in base al diritto sono liberi di fare così da poter programmare le azioni future».

Ciò evidentemente non significa che per svolgere la sua funzione primaria sopra descritta l'ordinamento giuridico debba essere “statico”, nonostante che un certo grado di staticità (o meglio “stabilità”) possa essere considerata condizione di “certezza”²³.

Da un lato la vita propone spesso situazioni nuove, imprevedibili e sempre mutevoli, almeno nelle circostanze e nelle condizioni che di volta in volta le caratterizzano, così che anche la migliore tecnica normativa e il legislatore più tempestivo ad adeguare le norme alle novità del tempo, non escludono la necessità dell'attività d'interpretazione i cui esiti difficilmente possono essere sempre prevedibili. Inoltre la produzione normativa, anche quando fa uso della migliore tecnica, dovrà scegliere tra gli estremi di una normazione per principi, norme e clausole generali (la determinazione dei cui effetti rimandando evidentemente alla capacità e sensibilità del

²⁰ In effetti – riferisce G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Esi 2006, 19 - la dottrina tedesca (Schulz) «pensa non tanto alla certezza del diritto come assicurata dal legislatore e dal testo legislativo quando all'attendibilità delle soluzioni offerte da chi amministra la giustizia».

²¹ Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, 120 e ss..

²² M. IMMORDINO, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in A.M. SANDULLI (a cura di), *Atti del Convegno su Codificazione, semplificazione e qualità delle regole (Roma, 17-18 marzo 2005)*, Milano, 2005, 255.

²³ Pare potersi affermare che le esigenze di efficienza economica del sistema privilegiano interpretazioni “statiche” delle norme mentre il riconoscimento di diritti emergenti privilegia interpretazioni di carattere “evolutivo” (vedi oltre, nel testo). Del resto (così G. ALPA, *op. cit.*, par. 8), «in un mondo investito da un ritmo di cambiamento sempre più veloce non è possibile pensare al diritto come ad un sistema statico né come a un sistema costruito more geometrico bensì dobbiamo abituarci all'idea di un diritto mobile. Tuttavia occorre ragionare in modo che, non potendosi sopprimere, all'incertezza sia fissata una soglia fino alla quale essa possa salire per non compromettere l'intero sistema». Per F.F. PAGANO, *op. cit.*, 13, il problema della tutela dell'affidamento (nel presente scritto intesa come profilo della certezza del diritto nella sua dimensione soggettiva) si pone come “armonizzazione di sicurezza statica dei diritti e sicurezza dinamica degli stessi». Pertanto riconoscere il valore della certezza del diritto non significa che si debba cristallizzare l'ordinamento ad un certo momento storico. Esso non è incompatibile con interpretazioni adeguatrici dell'ordinamento medesimo in relazione alla variabilità e all'evoluzione delle fattispecie sottoposte all'esame del giudice. Quel valore però impone che insieme alle ragioni che spingono verso interpretazioni lontane dal testo normativo siano valutate le istanze proprie di quel valore: prevedibilità degli effetti delle norme, tutela dell'affidamento

soggetto, giudice o altro operatore del diritto, chiamato a farne applicazione nel caso concreto, darà esiti spesso incerti, specie in assenza di meccanismi del genere dello *stare decisis*²⁴) e una normazione dettagliata che pretenda di prendere in considerazione le varie fattispecie che il legislatore ritiene possano verificarsi e che per ciascuna fissi una definizione e detti una disciplina (il che tuttavia moltiplica le questioni sui “confini” delle varie fattispecie considerate dalla prescrizione giuridica, rende difficilmente adattabile la disciplina all’evoluzione sociale e alle circostanze inevitabilmente non previste - per quanto ci si sia impegnati a prevedere i vari casi essi non esauriranno mai quelli che la “natura” saprà offrire -, rende il testo normativo di difficile lettura e di faticosa comprensione nonché alimenta il rischio di aporie).

Del resto, solo affrontando il tema della certezza del diritto in modo approssimativo potrebbe confondersi quello che è un principio relativo, un valore, con un (impossibile) principio assoluto²⁵ essendo, come ebbe ad affermare anche la Corte Costituzionale, «l’assoluta, ‘illuministica’ certezza della legge sempre più ... assai vicina al mito» avendo «la più certa delle leggi ... bisogno di ‘letture’ ed interpretazioni sistematiche»²⁶.

Considerazioni queste ultime da tenere tanto più per vere se proprio Hans Kelsen, il più celebre esponente del positivismo formalista, ammette che l’interpretazione di una legge non conduce necessariamente ad un’unica decisione “esatta” o “giusta”, bensì, possibilmente, a varie decisioni aventi tutte il medesimo valore in quanto conformi allo schema rappresentato dalla legge da applicarsi. «Soltanto una di queste decisioni corrispondenti a norme individuali parimenti possibili entro lo schema indicato dalla legge diventerà diritto positivo nell’atto della sentenza, e ciò accadrà appunto a seguito di una scelta discrezionale compiuta dall’organo che applica il diritto». E la circostanza che in questo processo di produzione del diritto il giudice sia «relativamente libero in questa attività (sebbene i suoi limiti siano generalmente più ristretti rispetto a quelli del legislatore) ... comporta ovvie difficoltà per le tesi della certezza-prevedibilità assoluta»: se il giudice “crea”, nel caso concreto, diritto in maniera relativamente libera rispetto alle norme che è chiamato ad applicare, com’è possibile prevedere esattamente il contenuto dei suoi provvedimenti?²⁷.

Senonché proprio l’adozione di adeguate tecniche normative può opportunamente contenere la discrezionalità del giudicante entro circoscritti limiti da un lato, e, dall’altro, non costringerlo a cercare soluzioni “oltre” il testo normativo determinando con questo esiti contrastanti, imprevedibili, talora avvertiti come espressione di regole impraticabili.

Il brocardo di tradizione romanistica «*in claris non fit interpretatio*»²⁸ è perciò divenuto, nelle formulazioni di alcuni moderni teorici dell’argomentazione giuridica²⁹, la presa d’atto

²⁴ R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 441.

²⁵ Vedi M. LONGO, *op cit.*, 126. Cfr. anche C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore - Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, 262 e ss., nonché, a proposito della prevedibilità delle pronunce dei giudici, V. MARINELLI, *Dire il diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, 151 ss.

²⁶ Cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 24 marzo 1988.

²⁷ H. KELSEN, *Lineamenti...*, cit., 21.

²⁸ Questa locuzione pare in realtà rinvenirsi per la prima volta in un testo veneziano del Settecento (*Mantissa Decisionum Sacrae Rotae Romanae ad theatrum veritatis*, Venezia, 1726) mentre ai giuristi dell’antica Roma possono essere ascritte espressioni soltanto simili (Paolo, *Dig.* 35.25.1); vedi sul punto S. MUSUELLI, *In claris non fit interpretatio*, in *Riv. Dir. Rom.*, 2002, 422.

²⁹ Cfr. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 124 ss..

dell'esistenza di “casi facili”, che ricorrono quando il caso è disciplinato da disposizioni il significato linguistico delle quali è talmente evidente da non richiedere attività interpretativa, e «casi difficili» che ricorrono quando, essendo incerto il senso del testo della legge, non si trova direttamente in essa la loro disciplina, cosicché quel testo va interpretato – il suo significato deve essere determinato – prima che la legge possa essere applicata al caso concreto.

La “certezza del diritto”, nel senso di assoluta prevedibilità degli effetti delle norme, non costituisce dunque una situazione realizzabile e, tutto sommato, nemmeno desiderabile (in quanto sarebbe foriera di eccessiva rigidità dell'ordinamento, reso incapace di adattarsi alle novità del tempo senza specifici e tempestivi interventi del legislatore). Ciò tuttavia non significa che essa non costituisca un valore di cui tenere conto perché, come si è spiegato, è strumentale alla funzione stessa del diritto quale “fattore di orientamento sociale”.

In altri termini, l'irrealizzabilità dell'ideale della certezza del diritto, non significa che, solo per questo, esso non costituisca un valore³⁰ al quale i diritti storici possono approssimarsi (più o meno notevolmente) senza avere la pretesa, o l'illusione, di realizzarlo completamente³¹. D'altronde il recepimento – peraltro irrealizzabile in termini assoluti – del canone di certezza del diritto nei senso di certezza dello Stato “legale” in contrapposizione alla certezza dello Stato “sociale” significherebbe nel campo dei diritti della personalità e dei c.d. diritti sociali introdurre un elemento di rigidità dell'ordinamento molto probabilmente contrastante con gli artt. 2 e 3, comma 2, della Costituzione che, al contrario, imprimono nell'ordinamento giuridico, in quel campo, caratteri aperti all'evoluzione della Società³².

Incompatibile con il valore e l'aspirazione alla certezza del diritto (nel senso e nei limiti sopra descritti) è la prospettiva³³ che, in critica alle teorie del positivismo giuridico, afferma dover essere il diritto un prodotto della continua ricerca da parte della giurisprudenza, il che significa tuttavia – in assenza di istituti quali quello dello *stare decisis* – auspicare l'impèro di un diritto incerto. Si tratta di prospettiva che pare quasi un'inammissibile scorciatoia per conseguire l'obiettivo di introdurre norme giuridiche per una via impropria una volta che per quella naturale - quella dell'intervento legislativo - non lo si riesca a realizzare. È forse vero che «la certezza è ... una delle principali garanzie di salvaguardia di alcuni valori tipicamente liberali»³⁴, molti dei quali sono da tempo oggetto di critica ma è anche vero che essa, nei limiti sopra considerati, pare essenziale

³⁰ In linea di principio il valore della certezza del diritto prescinde dalla necessità di un diritto scritto (è possibile che in piccole comunità anche un diritto puramente consuetudinario possa svolgere adeguatamente la sua funzione sociale), ma, in pratica, così non può evidentemente essere in società complesse per la quali le modalità di formulazione e comunicazione dei testi normativi è uno degli aspetti cruciali; si tratta di un aspetto tecnico, ma che finisce inevitabilmente per influire direttamente sull'effettività delle norme e sulle concrete *chances* che l'intenzione del legislatore sia realizzata tramite le prescrizioni normative. Si prescinde dall'ipotesi di società che sono impostate su un diritto “scritto” lasciato non effettivo a vantaggio di pratiche locali, più o meno lecite e talora illecite dal punto di vista del diritto scritto, le quali in ultima analisi vanno a costituire il vero “diritto” di quella comunità. Addirittura, neppure di “diritto” potrebbe parlarsi «quando la devianza dal soggetto dalla regola» neppure «implichi reazione alcuna all'interno della comunità» (R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, 19).

³¹ Cfr. V. MARINELLI, *op. cit.*, 142 e s. In effetti (V. FERRARI, *op. cit.*, 150) «il valore della certezza rappresenta [solo] un ideale al quale i diritti storici possono avvicinarsi più o meno notevolmente».

³² Vedi, sul tema, e sulla distinzione tra “Stato sociale di diritto” e “Stato legale di diritto”, M. IMMORDINO, *op. cit.*, 30.

³³ M. COSSUTTA, *La critica della geometria legale: note sulla questione dell'interpretazione*, in *Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2019, 1, 95 ss. Per il superamento dell'ideale “geometrico” del sistema positivo, ma in una prospettiva affatto diversa da quella dell'Autore appena citato, vedi A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *rivistaaic.it*, 2014.

³⁴ S. BERTEA, *La concezione...*, cit., 12.

alla funzione del diritto sopra descritta (quella cioè di orientamento sociale), e non merita perciò, in sé, connotazioni negative, non apparendo un diritto instabile e insicuro una variante “democratica” del diritto.

4. *Certezza del diritto ed economia*

È necessario fare cenno alle ragioni per le quali gli economisti (gli economisti che si occupano dell'economia del settore pubblico in particolare) e alcune Istituzioni, nazionali e sovranazionali, affermano l'incertezza del diritto condizionare negativamente l'economia nazionale e impedire scelte efficienti e razionali nell'economia pubblica³⁵ con inevitabili conseguenze sul piano della ricchezza del Paese. Si tratta di un aspetto, evidentemente, cruciale dal momento che non attiene al lucro o alla convenienza di gruppi di imprenditori privati (non è peraltro desiderabile frustrare le ambizioni di chi decida di intraprendere una meritevole attività economica la quale, sperabilmente, genererà una ricchezza da potere poi, comunque, in parte, redistribuire) ma alla sostenibilità di attività funzionali al perseguimento di interessi generali.

Infatti solo in un contesto normativo connotato da un sufficiente grado di “certezza” è possibile fare scelte di economia e finanza pubblica capaci di soddisfare esigenze di economicità, efficienza, idoneità al conseguimento meno costoso ed efficiente degli obiettivi dei decisori pubblici i quali, sia quando si tratta di azioni di amministrazione attiva che quando si tratta di imposizioni di carattere puramente finanziario, fanno le proprie scelte in base ad elementi afferenti alla misura del prelievo da imporre ai privati, al mercato e all'ammontare della spesa pubblica da sostenere cercando di conseguire obiettivi finanziari che alterino il meno possibile gli equilibri dell'economia, anzi cercando di utilizzare in misura ottimale le variabili e le dinamiche economiche per il conseguimento degli obiettivi medesimi. Situazioni di imprevedibilità del quadro normativo, sia sotto il profilo dell'instabilità dell'ordinamento che sotto il profilo dell'oscurità delle disposizioni che lo compongono, impediscono ai decisori pubblici di stimare correttamente i presupposti e gli effetti economici delle loro scelte. Inoltre norme di incerto significato ostacolano la realizzazione di obiettivi economici o infrastrutturali pubblici anche perché il sistema (in senso lato) produttivo, quando ingiustificati ed eccessivi ostacoli si frappongono al suo funzionamento, è incapace di fornire alle Amministrazioni pubbliche, tramite il sistema fiscale, la provvista necessaria alle loro azioni.

D'altro canto gli economisti sottolineano come «sul piano della teoria generale, è assai dubbio che regole di diritto caratterizzate da oscurità interpretative e da oggettiva incertezza di contenuti possano svolgere la funzione di supporto giuridico al funzionamento dell'economia di

³⁵ Le opinioni degli studiosi di economia del settore pubblico compendiate in questo paragrafo sono in buona parte tratte da F. ZACCARIA, *La perdita della certezza del diritto: riflessi sugli equilibri dell'economia e della finanza pubblica*, Pavia, Dipartimento di economia pubblica e territoriale, www.siepwweb.it, 2003. Per l'approccio al tema di questo paragrafo da un punto di vista giuridico, C. MIRABELLI, *Il rischio da diritto. Il costo dell'incertezza ed alcune possibili economie*, in *La certezza del diritto - Un valore da ritrovare - Atti del convegno, Firenze, 2-3 ottobre 1992*, Milano, Giuffrè, 1994, 39. Vedi anche, per ulteriori approfondimenti, la Nota bibliografia in calce.

mercato»³⁶, sfavorito sotto almeno tre aspetti: la razionalità del comportamento degli operatori; l'aumento delle risorse da allocare in occasione delle operazioni economiche, tale che può giungere a sconsigliarne l'attuazione; la creazione di disuguaglianze tra i partecipanti al mercato. Si tratta, tutti, di elementi contrari a quelli "ideali" richiesti per il funzionamento del mercato (razionalità delle scelte degli operatori e parità tra essi).

In effetti un buon grado di certezza del diritto, nel senso di conoscere il prevedibile risultato dei comportamenti di ciascuno dal punto di vista del diritto, permette agli operatori economici di agire in modo razionale ed efficiente; norme incerte determinano condotte disparate e producono significative diseconomie per la necessità di allocare risorse specifiche in relazione alla prevedibile espansione del contenzioso e alla difficile prevedibilità dei comportamenti che, in una situazione di confusione normativa, terranno le Autorità pubbliche: sotto il primo profilo l'aumento del contenzioso determina l'accrescere dei costi di transazione diretti a risolvere i problemi che presumibilmente insorgeranno (procedure e strumenti di carattere transattivo; arbitrati) e il necessario accantonamento di fondi da stimare in relazione al grado di probabilità che insorga un contenzioso giudiziario e ai suoi esiti, ovvero alla probabilità che intervengano provvedimenti giudiziari imprevisti o siano introdotte modifiche normative che sconvolgono il quadro giuridico in presenza del quale era stato elaborato il piano economico (questi oneri quando sono gravi o imponderabili rischiano di determinare la rinuncia all'operazione economica³⁷).

Sotto il profilo dei comportamenti delle Autorità pubbliche, senza regole che ne circoscrivano con chiarezza i poteri e gli obiettivi, saranno da attendersi atti spesso tra loro disomogenei, fino ad apparire arbitrari; inoltre secondo gli economisti che si occupano dell'economia del settore pubblico, in presenza di situazioni di incertezza del diritto le Amministrazioni (quando specifiche ragioni, lecite o meno, non suggeriscano atteggiamenti di dialogo particolarmente favorevoli al privato) tendono ad adottare provvedimenti improntati al massimo grado di rigidità e di «vantaggio»³⁸ per l'Amministrazione, a maggior ragione quando l'ordinamento, mentre prevede gravi conseguenze per atti illegittimi a favore del privato (ad esempio, un'eccessiva dilatazione, fino a renderla indeterminata, della fattispecie penale dell'abuso d'ufficio tale da comprendere quasi ogni caso di provvedimento amministrativo illegittimo), non sanziona o sanziona in modo molto lieve atti e comportamenti illegittimi che riguardano ritardi nel rilascio dei provvedimenti, ingiustificati limiti e condizioni all'esercizio delle attività economiche, inutile estensione di vincoli, illegittimi pareri negativi, illegittimi dinieghi dei provvedimenti richiesti o illegittime revoche o annullamenti d'ufficio.

Tutte queste diseconomie, a parità di impiego di risorse e di fattori della produzione da parte delle imprese, influiscono sulle funzioni di domanda e di offerta (determinano dal punto di vista dell'impresa una modificazione delle funzioni di offerta e, dal punto di vista del consumatore, una modificazione delle funzioni di domanda) e determinano, sia pure indirettamente, una perdita di efficienza della produttività delle imprese. E poiché ogni operazione economica che presupponga uno scambio tende a massimizzare i benefici netti delle parti, è anzi possibile che

³⁶ F. ZACCARIA, *op cit.*, 18.

³⁷ Cfr. F. ZACCARIA, *op cit.*, 11 s.

³⁸ F. ZACCARIA, *op cit.*, 16.

solo per effetto dei costi che derivano dall'incertezza del diritto, l'intrapresa economica risulti non più conveniente.

Va inoltre sottolineato che l'economia di mercato funziona al meglio³⁹ quando le varie parti sono in una posizione sostanzialmente paritaria quanto ad elementi di conoscenza sugli effetti giuridici dei loro comportamenti e delle loro scelte. La certezza del diritto è un presupposto essenziale per realizzare questa posizione di effettiva parità in quanto assicura che i vari operatori economici possono allo stesso modo prevedere gli effetti, sul piano del diritto, delle loro azioni⁴⁰. Di contro, leggi "oscure" favoriscono da un lato situazioni di disparità di conoscenza tra operatori (asimmetria nella quantità e qualità di informazione appannaggio dei vari operatori sul mercato; asimmetria nella conoscenza del significato delle norme, nell'applicazione che ne fanno le Autorità pubbliche e nel comportamento che esse di fatto tengono) per la conclusione di operazioni economiche – la circostanza che non vi sia una distribuzione omogenea delle informazioni fa sì che alcuni operatori economici si trovino in condizione di vantaggio rispetto ad altri («*adverse selection*»⁴¹). Dall'altro lato, in situazioni di confusione normativa, alcuni operatori, secondo le loro disponibilità economiche e le loro reti di relazioni, possono, a differenza di altri, influenzare i comportamenti delle Autorità pubbliche. Queste disparità "falsano" il mercato e lo allontanano dalla situazione di ottimale allocazione delle risorse, vale a dire quella situazione in cui non si può migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro ("equilibrio paretiano" della dinamica delle forze del mercato). Condizione necessaria per il corretto funzionamento del mercato – per evitarne anzi il fallimento – è quindi non (evidentemente) la mera esistenza di «regole di diritto», ma l'esistenza «di regole di diritto dotate di attendibile interpretazione ed inserite in un contesto normativo di conoscibilità e di certezza»⁴².

È inoltre necessario che i soggetti passivi degli obblighi fiscali abbiano conoscenza dei relativi loro obblighi prima di concludere un'operazione⁴³ dovendo le norme, preventivamente individuate dagli operatori del mercato e sulle quali essi hanno fatto affidamento in seguito ad uno studio approfondito sulla fattibilità dell'operazione, non essere radicalmente modificate in corso d'opera compromettendo così non solo la buona riuscita dell'operazione stessa, ma anche l'affidabilità degli operatori economici nell'ordinamento giuridico (e, in definitiva, nel cd. "sistema Paese").

In altri termini occorre scongiurare, per quanto possibile, che chi ha posto in essere determinati comportamenti nella prospettiva di intraprendere una certa iniziativa economica, veda sconvolgere, per l'instabilità dell'ordinamento, la previsione delle conseguenze giuridiche di questi comportamenti.

Se gli economisti paventano le conseguenze sopra sinteticamente cennate, sono, d'altronde, molti i documenti di Organi del più alto grado dell'Unione europea o di sue Istituzioni che

³⁹ «In un convegno all'indomani dall'entrata in vigore della Costituzione si postulava la stabilità del diritto dell'economia dovendo essere certi i rapporti economici che esso regola... L'intervento pubblico nell'economia funziona se è prevedibile e se garantisce la parità sostanziale dei contraenti» (così G. ALPA, *op. cit.*, par. 6).

⁴⁰ F. ZACCARIA, *op. cit.*, 17.

⁴¹ F. ZACCARIA, *op. cit.*, 11.

⁴² F. ZACCARIA, *op. cit.*, 19.

⁴³ Vedi Corte giust. UE, 27 settembre 2007, causa 409/04.

riconoscono l'inevitabile nesso tra sviluppo economico e certezza del diritto, intesa nel senso ampio fatto proprio da questo scritto.

La Commissione europea, nella Comunicazione 23 luglio 2019, n. 2019/C247/01, spiega il principio della certezza del diritto nel senso che «le norme devono essere chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, affinché gli interessati possano orientarsi nelle situazioni e nei rapporti giuridici»; la stessa, nel Parere 2 marzo 2018, n. 2018/C081/05, sottolinea come «la certezza del diritto sia un importante fattore di sostegno di un clima commerciale favorevole agli investimenti in generale» e, nel Parere 9 aprile 2014, n. WP217, ammette come la difficile prevedibilità di quegli effetti «può indebolire la posizione degli interessati e imporre inutili oneri normativi alle imprese e ad altre organizzazioni operanti a livello transfrontaliero». D'altronde secondo la Banca centrale europea «un livello sufficiente di certezza del diritto è necessario, per permettere agli operatori di sviluppare le proprie attività» (Par. 6 novembre 2013 n. 2014/C109/02 – si tratta del Parere sulla regolamentazione del cd. *bail in*, istituto che nelle intenzioni dovrebbe, tra l'altro, «contribuire alla certezza del diritto, alla coerenza e alla prevedibilità, scongiurando soluzioni adottate in funzione del singolo caso»).⁴⁴

A quanto sopra si aggiungono le numerose prese di posizione dell'Organismo per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) a conferma del nesso tra qualità della regolazione e sviluppo economico⁴⁵, e le affermazioni del Consiglio di Stato - Adunanza generale, parere n. 2 del 25 ottobre 2004 - che sottolinea come «una normazione 'di qualità' implica sia coerenza e chiarezza da un punto di vista giuridico-formale (regole leggibili sia per gli operatori che per i cittadini), che essenzialità e minore onerosità da un punto di vista economico-sostanziale (una regola interviene solo quando è indispensabile e se i benefici da ottenere sono superiori ai costi)».

5. La “certezza del diritto” nei testi di norme primarie

Il richiamo al concetto di “certezza del diritto”, talora rimodulato in quello di “certezza dei rapporti giuridici” e di “certezza della disciplina applicabile”, si rinviene nei lavori parlamentari che, negli ultimi vent'anni, hanno avuto ad oggetto iniziative legislative di semplificazione e riordino dell'assetto normativo di varie materie e nei testi normativi (per lo più leggi di delegazione) che riguardano questo tema. Essi, anche quando non citano esplicitamente il valore della “certezza del diritto”, invocano spesso la “chiarezza” del dettato normativo e la “univocità” del significato della terminologia impiegata, che sono, come si è visto, aspetti della certezza del diritto⁴⁶.

⁴⁴ Sugli effetti negativi per gli operatori economici di norme con effetto retroattivo la Corte di Giustizia UE, ha affermato che «il principio di certezza del diritto ... s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro» (sentenza 15 dicembre 1987, causa 326/85 – vedi per approfondimenti e riferimenti più recenti il par. 6).

⁴⁵ P. MADDALENA, *Raccomandazioni dell'OCSE in tema di qualità delle regole*, in *Atti del convegno su Codificazione, semplificazione...*, cit., 252. Vedi anche P. MADDALENA, *op. cit.*, 247.

⁴⁶ La costituzione tedesca con il richiamo ai principi dello Stato di diritto negli artt. 20 e 28 ha elevato la certezza del diritto, sia in senso soggettivo che oggettivo, a suo valore-principio: in J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, *Contributo al seminario “La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici”*, Roma, 6 novembre 2009, in *cortecostituzionale.it*, par. 3, si legge

Spesso la “certezza del diritto” è evocata nei preamboli dei decreti (decreti legge, in genere) che recano interpretazioni autentiche di norme d’applicazione controversa, a giustificazione dell’urgenza dell’intervento legislativo. Così è, ad esempio, il caso del D.L. 30 dicembre 2008, n. 208, convertito dalla legge 27 febbraio 2009, n. 13, dove il Governo giustifica il ricorso alla decretazione d’urgenza (si tratta di misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell’ambiente) «considerata l’urgenza di garantire la certezza del diritto in relazione al diffuso contenzioso in materia di danno ambientale».

Talvolta l’obiettivo della “certezza del diritto” emerge esplicitamente anche nel testo normativo, soprattutto quando si tratta di definire gli obiettivi⁴⁷ che leggi di delegazione pongono a se stesse e al legislatore delegato. Ciò avviene ora nell’ottica di evitare comportamenti tra loro difformi da parte delle autorità pubbliche, ora nell’ottica di assicurare “certezza delle regole giuridiche” da applicare - vale a dire certezza sul comportamento che la norma richiede -, contro la possibilità che complessi normativi quasi inestricabili determinino esiti imprevedibili dei processi d’applicazione delle disposizioni interessate (vedi il concetto di certezza del diritto indicato al par. 1). Esempi sono la legge 28 gennaio 2016, n. 11, che, nell’art. 1, comma 1, lett. d), nel delegare il Governo l’attuazione di alcune direttive comunitarie in materia di contratti pubblici⁴⁸ pone le finalità di conseguire una «drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti e un più elevato livello di certezza del diritto...»), la legge 7 agosto 2015 n. 124, che collega direttamente la certezza del diritto (che qualifica “principio”) all’esatta e uniforme applicazione delle norme (“nomofilachia”) nell’ambito della delega al Governo ad emanare norme primarie in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (art. 20, lett. n), legge cit.)⁴⁹.

In alcuni casi, come, ad esempio, quello della legge 11 marzo 2014, n. 23, le leggi di delegazione richiamano il concetto di certezza del diritto sotto il profilo della prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche con particolare riguardo alla piena salvaguardia del principio di legalità (che viene intaccato quando disposizioni incerte, vaghe o contraddittorie, determinano comportamenti disomogenei ed imprevedibili da parte delle Amministrazioni pubbliche): l’art. 3 di quella legge delega il Governo ad introdurre norme per il raggiungimento degli obiettivi, tra l’altro, «di certezza del diritto nonché di uniformità e chiarezza nella definizione delle situazioni

(con richiamo a precedenti della giurisprudenza tedesca) che «ogni interpretazione conforme alla costituzione incontra il proprio limite laddove entrerebbe in contrasto con la lettera e la volontà chiaramente riconoscibile del legislatore». Infatti i principi dello Stato di diritto, vale a dire l’assoggettamento dei pubblici poteri e delle persone solo alla volontà obiettiva della legge implicano, per evitare di risultare svuotati di contenuto, che la legge abbia i caratteri della certezza, precisione, stabilità. Per rendere noto ai consociati i propri indirizzi interpretativi, la Corte di Cassazione francese nelle sue relazioni annuali annuncia l’avvento di una svolta in modo che i privati e i poteri pubblici non siano colti di sorpresa (così G. ALPA, *op cit.*, 49; vedi anche F.F. PAGANO, *op. cit.*, 79) e «non appare singolare che ... si sia proposto il 1 settembre 2001 di modificare l’art. 34 della Costituzione francese ... disponendo che ‘la loi est certaine et son application prévisible par les citoyens’” (così G. ALPA, *op cit.*, 51).

⁴⁷ Per come sono formulate queste norme il termine “obiettivo” pare più appropriato di quello di “criterio direttivo”.

⁴⁸ Si tratta delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali. La delega è stata eseguita con l’emanazione del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016).

⁴⁹ Si ricordano anche le affermazioni del (pur remoto) art. 38, della L. 27 luglio 1967, n. 685 secondo il quale andava «riaffermata la sostanziale importanza che in uno Stato di diritto, e per lo stesso sviluppo economico, presentano la certezza del diritto ed una efficiente tutela giurisdizionale».

giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti e delle funzioni e dei procedimenti amministrativi».

Nel caso delle normative finalizzate alla ratifica di convenzioni internazionali prevale, quando esse lo contemplano esplicitamente, il valore della certezza del diritto, sotto il profilo della certezza - cioè della facile ed univoca individuazione - della normativa applicabile. Questi, ad esempio, sono i casi delle leggi 6 marzo 2006, n. 137 e n. 138⁵⁰ che, nell'art. 17, affermano l'intento di «promuovere la trasparenza e la certezza del diritto per le imprese che operano sul mercato», rispettivamente, centroamericano e della comunità andina, e dell'Unione europea, e della L. 21 febbraio 1989, n. 98 (ratifica ed esecuzione della convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale), che nel preambolo riafferma il fine «di realizzare una unione più stretta tra i suoi membri, in particolare nel rispetto della certezza del diritto...» - cfr. inoltre la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata a New York il 2 dicembre 2004 volta a recepire il principio del diritto internazionale consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati generalmente riconosciuto, delimitandone l'ambito di operatività al fine di garantire «la certezza del diritto, in particolare nei rapporti tra gli Stati e le persone fisiche e giuridiche» (così il preambolo).

6. *Il concetto di certezza del diritto nella giurisprudenza*

La giurisprudenza della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione fa spesso applicazione del “principio della certezza del diritto” quando si tratta di sancire il principio dell'affidamento, quando si tratta di affermare l'intangibilità di rapporti esauriti (certezza dei rapporti giuridici), e quando qualcuna delle parti in giudizio tenta di rimettere in discussione situazioni giuridiche sulle quali si è formato il giudicato, ovvero rispetto alle quali si sono realizzate prescrizioni estintive o decadenze dal relativo diritto d'azione - istituti che la Suprema Corte mette in relazione appunto con la certezza del diritto⁵¹ – (principio di certezza del diritto talora qualificata come “in senso soggettivo” – vedi par. 1). Raramente la Suprema Corte impiega il “principio della certezza del diritto” anche in chiave interpretativa e nel senso più ampio descritto al par. 1 di «obiettiva prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche»; ciò è avvenuto per motivare il rigetto di interpretazioni di carattere eccessivamente ampio o indiretto che avrebbero fatto sì che le norme intrepreatate avrebbero finito coll'avere effetti imprevedibili rispetto a quanto indicato dal testo delle medesime – vedi ad esempio la sentenza della Corte di Cassazione 23 luglio 2019, n. 19800 e l'ordinanza della stessa Suprema Corte 8 ottobre 2019, n. 25071 che, anche in considerazione di «esigenze di certezza del diritto» hanno

⁵⁰ Ratifica ed esecuzione dell'Accordo di dialogo politico e di cooperazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e le Repubbliche di Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Panama, dall'altra; ratifica ed esecuzione dell'Accordo di dialogo politico e di cooperazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Comunità andina e i suoi Paesi membri, dall'altra.

⁵¹ Spesso la Corte di Cassazione afferma costituire la certezza del diritto la *ratio* fondante la previsione di termini decadenziali (per tutte, Cass., 27 marzo 2017, n. 7801).

affermato la necessità di interpretazioni, rispettivamente, restrittive o letterali⁵² del testo normativo.

Peraltro, al di là degli episodi sopra richiamati è la stessa funzione nomofilattica propria della Suprema Corte, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti (artt. 363 e 374 c.p.c.; art. 99, c. 3, c.p.a.) - a richiamare il concetto di “certezza”, nel senso più ampio indicato al par 1, vale a dire di obiettiva prevedibilità degli effetti delle prescrizioni giuridiche: grazie all'esercizio della funzione nomofilattica gli effetti di norme suscettibili di interpretazione e di applicazione incerte divengono, in quanto ne sono resi uniformi l'interpretazione e l'applicazione, prevedibili⁵³.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale

Le parti che partecipano al processo di giustizia costituzionale (i ricorrenti o quelle che nel giudizio *a quo* hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale) evocano abbastanza spesso, anche se non sempre del tutto a proposito⁵⁴, la violazione del “principio della certezza del diritto”, anche nella sua dimensione “oggettiva”, a sostegno della tesi della illegittimità della legge della cui validità, in quel processo, si discute.

La Corte Costituzionale, quando ha dato rilievo al valore della certezza del diritto lo ha invece finora inteso quasi sempre solo nella sua dimensione “soggettiva”⁵⁵ e cioè associato all'esigenza di assicurare stabilità alle situazioni giuridiche soggettive e all'ordinamento giuridico che disciplina quelle situazioni evitando, di conseguenza, il ricorso a norme di interpretazione autentica che tali in realtà non sono o a norme retroattive che sconvolgono equilibri già assestati⁵⁶; la legittimità costituzionale di queste ultime è infatti subordinata al superamento del vaglio della loro ragionevolezza⁵⁷.

⁵² Cass., 23 luglio 2019, n. 19800 che richiama, peraltro, Corte giust. CE 3 dicembre 1998, causa 247/97.

⁵³ Corte dei Conti, Sez. riunite, 22 settembre 2016, n. 22; Corte dei Conti, Sez. riunite, 1 giugno 2011, n. 10. Per Corte dei Conti, Sez. Autonomie, Delib., 30 ottobre 2019, n. 26, «una legittimazione *ex post* a condotte amministrative non in linea con quanto espresso in sede nomofilattica ... nell'interpretare una legge al tempo vigente, rischia di porsi in contrasto con un principio di certezza del diritto a cui è funzionale la nomofilachia, ove legislativamente ammessa». L'evidenziazione dello stretto nesso tra certezza del diritto in senso più ampio e funzioni della Corte dei Conti in funzione consultiva si rinviene inoltre in una serie di pronunce della Corte dei Conti – Sez. regionale di controllo - che definiscono la funzione consultiva della Corte medesima come “ancillare” alla certezza del diritto (così Corte dei Conti Campania, Sez. Contr., delibere 25 febbraio 2020, n. 17, 12 febbraio 2020, n. 13, 23 gennaio 2020, n. 7, 13 gennaio 2020, n. 1, 14 ottobre 2019, n. 197, 14 ottobre 2019, n. 196). La Corte di cassazione richiama le esigenze di certezza del diritto a giustificazione dell'istituto della riunione di procedimenti relativi a cause connesse nelle Ordinanze 26 maggio 2021, n. 14578, 24 maggio 2021, n. 14099, 20 maggio 2021, n. 13841.

⁵⁴ A volte la violazione del principio della certezza del diritto viene denunciata dalle parti del processo costituzionale solo per sostenere l'irragionevolezza dell'interpretazione o dell'applicazione della norma pretesa dalla controparte.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 21 novembre 2019, n. 241 sulla sicurezza giuridica e la fiducia nella stabilità delle norme declinazioni “soggettive” dell'indispensabile coerenza di un ordinamento giuridico, e della certezza del diritto che esso deve assicurare.

⁵⁶ Come è stato precisato dalla Corte Costituzionale, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di incertezza nell'applicazione del diritto», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto» (sentenza n. 311 del 26 novembre 2009), o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore» (ancora sentenza n. 311 del 2009), «a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini (sentenze n. 103 del 2013 e n. 78 del 2012)» – così Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210. Vedi anche, recentemente, Corte cost. 6 luglio 2020, n. 133.

⁵⁷ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 236; Corte cost., 1 dicembre 2017, n. 250; Corte cost., 12 luglio 2019, n. 174. Sul tema F. AMATUCCI, *La certezza del diritto come fondamento del divieto di retroattività della legge tributaria*, in *Dir. e pratica trib.*, 1995, II, 3.

Parimenti il valore della certezza del diritto è spesso associato dalla Corte Costituzionale all'esigenza di salvaguardare il principio di affidamento delle persone nell'ordinamento giuridico - ovvero «la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio»⁵⁸. Esigenza tanto più grave quando si rimettono in gioco «rapporti esauriti»⁵⁹ o si modifica «retroattivamente il significato della disposizione interpretata, nel quale le persone (“contribuenti”, nel caso della sentenza) «avevano riposto fiducia»⁶⁰, ledendo così «l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto»⁶¹.

Infatti – spiega l'alta Corte - «l'intervento legislativo diretto a regolare situazioni pregresse è legittimo a condizione che vengano rispettati i canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche» né «la norma successiva ... può ... tradire l'affidamento del privato sull'avvenuto consolidamento di situazioni sostanziali»⁶².

Di conseguenza sono legittime le norme di interpretazione autentica quando chiariscono «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo»⁶³, in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto», o ristabiliscono «un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore»⁶⁴ «a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale»⁶⁵. Di contro sono invece incostituzionali le norme

⁵⁸ Così Corte cost., 21 novembre 2019, n. 241. Vedi anche Corte cost., 21 giugno 2017, n. 143. Spesso la Corte Costituzionale (così Corte cost., n. 241, cit.; analogamente Corte cost., 1 dicembre 2017, n. 250) ha riconosciuto e ribadito corrispondere a principio costituzionale e a parametro di legittimità costituzionale delle norme primarie il rispetto del principio del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica e la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio trovano copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.. Essi sono «principi connaturati allo Stato di diritto», in quanto «declinazioni soggettive dell'indispensabile coerenza di un ordinamento giuridico, e della certezza del diritto» salvo, in base a principi costantemente ribaditi, non potendo essere ciò affermato «in termini assoluti e inderogabili», poiché anche «l'affidamento è soggetto al normale bilanciamento proprio di tutti i principi e diritti costituzionali» (da ultimo sentenza n. 108 del 9 maggio 2019); con la conseguenza che non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole per i destinatari la disciplina di rapporti di durata, a condizione che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando del tutto, con riguardo alle situazioni sostanziali fondate su discipline precedenti, l'affidamento nella sicurezza giuridica (sentenze n. 149 e n. 16 del 27 giugno e 24 gennaio 2017, n. 203 del 21 luglio 2016). La declinazione soggettiva del principio della certezza del diritto limita la possibilità per il legislatore di modificare retroattivamente il regime delle prescrizioni dei determinati diritti attraverso una norma solo apparentemente interpretativa (Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78). Con riguardo al limite dei “rapporti esauriti” vedi, per tutte, Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

⁵⁹ Vedi Corte cost., n. 10 del 2015 cit., secondo la quale l'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto ha riguardo agli effetti procurati dalle decisioni della stessa Corte.

⁶⁰ Corte cost., 10 aprile 2014, n. 92. Corte cost., 26 febbraio 2015, n. 21; Corte cost., 10 aprile 2014, n. 92.

⁶¹ Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92; C. cost., 20 maggio 2012, n. 166.

⁶² Secondo Corte cost., 1 aprile 2010, n. 124, che richiama Corte cost., 5 febbraio 1999, n. 24, la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica, quindi, non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 21 ottobre e 30 settembre 2011, n. 209 dell'11 giugno 2010 e n. 24 del 30 gennaio 2009). La Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi attinenti tra l'altro, «alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica» e della tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico» (sentenza n. 209 del 2010 cit. – vedi anche sentenza 23 maggio 2008, n. 172; sentenza 26 novembre 2009, n. 311; sentenza 26 gennaio 2012, n. 15). Sul tema F.F. PAGANO, *op. cit.*, 170 ss.

⁶³ Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15. L'espressione è stata fatta propria anche della Corte di cassazione: vedi Cass., 17 maggio 2021, n. 13182.

⁶⁴ Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311; Corte cost., 29 maggio 2013, n. 103; vedi anche Corte cost., 16 luglio 2015, n. 174.

⁶⁵ Corte cost., 17 dicembre 2013, n. 308.

che si autoqualificano di interpretazione autentica ma che in realtà modificano retroattivamente un quadro normativo che non ha necessità di essere chiarito. La Corte Costituzionale afferma in questi casi che il principio della tutela del legittimo affidamento delle persone nella stabilità dell'ordinamento è riconosciuto e tutelato sia dalla Costituzione italiana (come espressione del principio di ragionevolezza e certezza del diritto, ex art. 3 Cost.), che dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, con la conseguenza che la sua lesione comporta la violazione non solo della Costituzione (art. 3 Cost.) ma anche di quella Convenzione (art. 11, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁶⁶). Ed infatti, affermano i giudici costituzionali⁶⁷, una norma solo apparentemente di interpretazione autentica non può finire con l'infrangere la necessità della certezza del diritto, che imporrebbe al giudice, una volta che una determinata interpretazione sia divenuta diritto vivente, di non disattendere tale orientamento, per non incorrere nel «*default de sécurité juridique*» (difetto di certezza giuridica) sanzionato dall'art. 6 della Convenzione⁶⁸.

Al rilievo riconosciuto dalla Corte Costituzionale al valore della certezza del diritto nella sua dimensione “soggettiva” non corrisponde la considerazione della dimensione “oggettiva” di quel valore; sotto il profilo cioè della chiarezza ed univocità del dettato normativo il valore della certezza del diritto non ha quasi mai costituito un parametro di legittimità costituzionale⁶⁹. Solo in qualche occasione l'Alta Corte ha riconosciuto l'esistenza del «valore costituzionale comportante la chiarezza normativa e la certezza nell'applicazione del diritto da parte di tutti i sottoposti alla legge» (sentenze n. 384 del 10 novembre 1994 e n. 94 del 30 marzo 1995), qualificato «principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale ... la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge» (sentenza 26 gennaio 2012, n. 15⁷⁰), inserito la certezza del diritto (in senso oggettivo) tra i «principi dell'ordinamento giuridico dello Stato» cui deve conformarsi la legislazione regionale (sentenza n. 174 del 7 luglio 1986), affermato essere la certezza del diritto principio che è essenziale per il sistema delle fonti (in quella occasione venne escluso anche in base a tale principio che norme abrogate “rivivano” in caso abrogazione delle norme abroganti, «con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore ...

⁶⁶ Corte cost., 20 marzo 2019, n. 57.

⁶⁷ Corte Cost., 4 luglio 2013, n. 174.

⁶⁸ Vedi anche Corte cost., 26 settembre 2014, n. 227.

⁶⁹ Per l'illegittimità costituzionale di una norma che determina situazioni di incertezza rilevanti sul piano costituzionale - certezza del diritto associata, in quel caso, all'esigenza di veridicità dei conti, nonché al principio di chiarezza e univocità delle risultanze di amministrazione - vedi Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18. L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 16 s. affermava alla fine degli Ottanta del secolo scorso, non difettare «persino decisioni in cui la Corte costituzionale assume ad oggetto del proprio giudizio lo specifico problema della chiarezza del dettato legislativo e della legislazione giungendo da ultimo a decisioni di accoglimento motivate con l'assenza di tale essenziale requisito delle leggi impugnate» (l'Autore cita le sentenze nn. 245 e 292 del 1984). Si è trattato peraltro, è bene sottolinearlo, di casi piuttosto isolati dove il tema della compromissione del valore della certezza del diritto non era l'unico elemento che ha determinato la pronuncia dell'Alta Corte.

⁷⁰ Con questa decisione la Corte funzionalizza la norma – retroattiva per natura – di interpretazione autentica alla certezza del diritto nel senso di assegnare alla disposizione interpretata «un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario» (vedi anche le sentenze, richiamate dalla sentenza n. 94, cit., n. 271 e n. 257 del 21 ottobre e 30 settembre 2011, n. 209 dell'11 giugno 2010, n. 24 del 30 gennaio 2009).

con ricadute negative in termini, appunto, di certezza del diritto» - sentenza 24 gennaio 2012, n. 137¹).

È peraltro degno di essere notato che le sentenze della Corte Costituzionale 30 marzo 1995, n. 94 e 3 dicembre 2015, n. 253 - vedi anche la sentenza 28 luglio 2004, n. 286 – non hanno dichiarato inammissibile la deduzione, tra i parametri di legittimità costituzionale, di quello (insieme ad altri) della chiarezza normativa e di certezza delle norme – la questione di legittimità costituzionale venne anzi dichiarata infondata, tra l'altro, proprio perché «non risultano violati i principi di chiarezza normativa e di certezza del diritto evocati dalla ricorrente».

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La giurisprudenza della CEDU richiama esplicitamente il concetto di certezza del diritto sotto il profilo dell'inammissibilità di situazioni di *«default de sécurité juridique»* (difetto di certezza giuridica) che gli Stati firmatari la Convenzione hanno l'obbligo di evitare. Questo principio, in ragione delle competenze della CEDU, ha avuto per lo più applicazione, con riguardo ai diritti dell'Uomo sanciti dagli articoli 6, 7 (dedicato alla materia penale) ed 8 della Convenzione, in relazione a situazioni di incertezza giuridica procrastinate troppo a lungo che finivano col consentire (nell'ambiguità del quadro giuridico) comportamenti imprevedibili o arbitrari da parte di Autorità pubbliche in pregiudizio dei predetti diritti⁷².

In qualche occasione la CEDU ha peraltro condannato gli Stati firmatari la Convenzione per *default de sécurité juridique* affermando «che il principio della certezza giuridica costituisce principio implicito nell'ambito della Convenzione, nonché uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto», intendendolo e applicandolo per reagire a situazioni di incertezza giuridica determinate dall'oscurità della legislazione o dal conseguente manifestarsi di contrasti giurisprudenziali insanabili⁷³. Affermazioni che riecheggiano quelle espresse in una decisione di qualche decennio prima secondo la quale «l'espressione 'prevista dalla legge', ai sensi del par. 2 dell'art. 8 della Convenzione, esige che la legge deve essere accessibile all'interessato, il quale inoltre deve poterne prevedere le conseguenze nei propri confronti» con la precisazione che «per assicurare il rispetto del criterio di prevedibilità, occorre tenere conto anche delle istruzioni o delle pratiche amministrative che non hanno forza di legge, purché gli interessati ne abbiano una sufficiente conoscenza»⁷⁴.

⁷¹ Pres. Quaranta; rel Cassese. Si trattava nella specie di dichiarare l'inammissibilità di richieste referendarie aventi il fine dell'abrogazione della legge n. 270 del 2005, allo scopo di restituire efficacia alla legislazione elettorale in precedenza vigente, introdotta nel 1993: in quella occasione è stata respinta «la tesi della reviviscenza di disposizioni a séguito di abrogazione - referendaria - fondata su una visione "stratificata" dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti con la conseguenza che, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili...».

⁷² Così nel caso della sentenza della Corte europea diritti dell'uomo 24 aprile 2018, in Dir. Pen. e Processo, 2018, 7, 974, sulla carente normativa utilizzata dalla polizia slovena per ottenere informazioni sull'utente di un indirizzo IP, e nel caso della sentenza della stessa Corte europea 15 gennaio 2015, ricorso n. 68955/11, sulla eccessiva discrezionalità lasciata dalla legge croata all'autorità giudiziaria per l'ascolto segreto di conversazioni telefoniche, legge che non determinava con ragionevole chiarezza i limiti alla discrezionalità dell'autorità di ordinare intercettazioni telefoniche né, di conseguenza, forniva sufficienti garanzie contro possibili abusi.

⁷³ Il conflitto di giudicati tra supreme magistrature dello Stato non pregiudica la certezza del diritto se non si protrae a lungo (CEDU, 20 ottobre 2011, ricorso n. 13279/05, in Giornale Dir. Amm., 2012, 3, 294).

⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1987 (M), in *www.leggiditalia.it*.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, almeno a partire dalla fine degli anni Novanta, afferma spesso «il principio della certezza del diritto» che fa parte «dei principi generali del diritto comunitario»⁷⁵. La Corte afferma questo principio nelle sue varie sfaccettature: nel senso di richiedere che «le norme giuridiche siano chiare e precise; di richiedere che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti»⁷⁶; di richiedere che nelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione, la normativa degli Stati membri sia formulata in modo non equivoco al fine di consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici nazionali di garantirne l'osservanza⁷⁷; nel senso che «pur potendo una nuova norma giuridica applicarsi direttamente», senza attendere un periodo transitorio tra vecchia e nuova disciplina, «un legislatore nazionale violerebbe i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento qualora adottasse, in modo improvviso e imprevedibile, una nuova legge che sopprime un diritto di cui godevano fino a tale momento i soggetti passivi, senza lasciare a questi ultimi il tempo necessario per adattarsi, e ciò senza che lo scopo da conseguire lo imponga»⁷⁸.

Con riguardo alla dimensione soggettiva della certezza del diritto le Istituzioni comunitarie hanno spesso affermato che essa ha il suo corollario – che «riguarda tutti i soggetti nei confronti dei quali le competenti istituzioni dell'Unione europea abbiano fatto sorgere fondate aspettative fornendo loro assicurazioni precise, incondizionate e concordanti» nonché «conformi alle norme applicabili»⁷⁹ - nella tutela del legittimo affidamento⁸⁰ delle persone nella stabilità dell'ordinamento giuridico: coloro che hanno avviato rapporti giuridici sulla base di un determinato quadro giuridico non dovrebbero subirne modifiche gravi ed imprevedibili, e qualsiasi situazione di fatto deve essere di regola valutata alla luce delle norme giuridiche vigenti al momento in cui essa si è prodotta⁸¹. Tale corollario vieta, di conseguenza, salvo deroghe giustificate, non solo norme retroattive che modificano profondamente l'assetto di rapporti

⁷⁵ Corte giust. UE, Sez. VI, 28 febbraio 2019, causa 14/18 – analogamente, Corte giust. CE, 15 febbraio 1996, causa 63/93, punto 20; 7 giugno 2007, causa 76/06, punto 79; 18 novembre 2008, causa 158/07, punto 67; 8 dicembre 2011 nel procedimento 81/10. Vedi anche Corte giust. CE, 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, e 11 luglio 1990, causa 323/88.

⁷⁶ Così UE, 30 aprile 2020, causa 184/19 che richiama Corte giust. UE, 11 settembre 2019, causa 676/17, punto 50 e giurisprudenza ivi citata.

⁷⁷ Così Corte giust. UE, causa 184/19, cit. che richiama, sul punto Corte giust. UE, 9 luglio 2015, causa 183/14, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

⁷⁸ Così Corte giust. UE, causa 184/19, cit., che richiama, sul punto, Corte giust. UE, 9 giugno 2016, causa 332/14, punto 58.

⁷⁹ Punto 39 della Introduzione alla Comunicazione 23 luglio 2019, n. 2019/C247/01.

⁸⁰ Numerose sono le sentenze della Corte di giustizia che accostano il principio della certezza del diritto alla necessaria tutela dell'affidamento (cfr., per tutte, Corte giust. UE, 26 marzo 2020, cause riunite 496/18 e 497/18).

⁸¹ Corte giust. UE, 16 luglio 2020, cause riunite 133/19, 136/19 e 137/19; per Corte giust. CE, 22 febbraio 1984, 70/83 «la legislazione comunitaria dev'essere certa e la sua applicazione dev'essere prevedibile per gli amministrati. Il posticipare l'entrata in vigore di un atto che ha portata generale, dopo la scadenza del termine inizialmente contemplato, può di per sé ledere detto principio». Inoltre per quanto concerne specificamente i termini di decadenza, dalla sua giurisprudenza risulta che, per adempiere alla loro funzione di garanti della certezza del diritto, essi devono essere stabiliti in anticipo ed essere sufficientemente prevedibili (Corte giust. UE, 26 marzo 2020, cause riunite 496/18 e 497/18).

giuridici in corso (ciò che come si è visto è spesso affermato anche dalla Corte Costituzionale⁸²) ma anche sconvolgimenti repentini della disciplina giuridica di rapporti in essere, non preceduti da una conveniente fase transitoria che consenta alle persone di adeguarvisi⁸³. Il “corollario” di cui sopra (vale a dire il profilo della tutela dell’affidamento delle persone nella stabilità dell’ordinamento) è da applicarsi per la Corte di Giustizia UE non solo agli atti normativi ma anche ai provvedimenti amministrativi: revoche di provvedimenti amministrativi legittimi sono perciò tendenzialmente (vi sono pur sempre casi di deroga legittima) vietati e persino l’annullamento d’ufficio di atti illegittimi non è ammesso in modo indiscriminato ma solo agli esiti di un bilanciamento tra l’esigenza di non dare seguito ad un atto contrario alla legge e l’esigenza di tutelare chi vi ha fatto affidamento confidando sulla sua legittimità, bilanciamento da svolgersi considerando una serie di parametri quali la natura dell’illegittimità dell’atto, se tale atto ha creato un’aspettativa nel suo destinatario (ciò ad esempio non accade se la ragione dell’illegittimità dell’atto sia evidente⁸⁴ - o comunque non vi fosse ragione di fare qualsivoglia affidamento sullo stesso⁸⁵ - e, evidentemente, nel caso in cui l’atto illegittimo sia stato ottenuto con mezzi fraudolenti dal beneficiario), l’impatto che la revoca avrebbe sul destinatario dell’atto originale e su terzi, il tempo trascorso tra il provvedimento iniziale e il successivo annullamento⁸⁶.

La Corte di Giustizia dell’Unione europea attribuisce anche alla dimensione oggettiva della certezza del diritto (anche se con minor frequenza rispetto a quanto non avvenga per la sua dimensione soggettiva) il valore di «principio generale» o «fondante» dell’Unione⁸⁷ che afferma essere connaturato allo Stato di diritto ai cui principi devono ispirarsi l’Unione europea e gli Stati membri dopo i Trattati di Amsterdam e di Lisbona⁸⁸: ciascuno deve dunque essere messo in

⁸² La stretta connessione tra il principio di certezza del diritto e il divieto di retroattività delle norme è stata evidenziata con chiarezza nelle sentenze della Corte giust. CE, del 25 gennaio 1979, causa 98/78 e causa 99/78. Nello stesso senso si vedano anche Corte giust. CE, 15 luglio 1993, causa 34/92; 24 settembre 2002, cause riunite 74 e 75/00; 26 aprile 2004, causa C376/02; 15 luglio 2004, causa 459/02; 12 maggio 2011, causa 161/06.

⁸³ Ciò non impedisce, evidentemente, in linea di principio, la possibilità per uno Stato membro di modificare una legge precedente con effetto immediato, senza prevedere un regime transitorio (Corte giust. UE, 9 giugno 2016, causa 332/14, punto 56) né che una nuova norma giuridica si applichi a partire dall’entrata in vigore dell’atto recante la medesima (Corte giust. UE, 30 aprile 2020, causa 184/19).

⁸⁴ Cfr. Corte giust. CE, 20 giugno 1991, causa 365/89.

⁸⁵ Cfr. Corte giust. CE, 3 marzo 1982, causa 14/81.

⁸⁶ Corte giust. CE, 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59. La Corte pertanto agli esiti del bilanciamento, ha talora censurato la revoca di legittime misure amministrative che avevano determinato l’insorgere di posizioni giuridiche soggettive (Corte giust. CE, 12 luglio 1957, cause 7/56 e 3-7/57 e 22 settembre 1983, causa 159/82. Nello stesso senso si veda anche la sentenza del Tribunale di primo grado UE, 20 novembre 2002, causa T251/00, dove il giudice europeo ribadisce che «la revoca retroattiva di un atto legittimo con il quale siano stati attribuiti diritti soggettivi o analoghi vantaggi è contraria ai principi giuridici generali» (sentenze della Corte 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3/57-7/57 e 22 settembre 1983, causa 159/82, punto 8; sentenze del Tribunale di primo grado UE, 27 marzo 1990, causa T-123/89, punto 34, e 5 dicembre 2000, causa T-197/99, punto 53) ora ha riconosciuto la legittimità della soppressione dell’atto (Corte giust. CE, 20 giugno 1991, causa 365/89, sull’annullamento di un provvedimento della Commissione che è stato ritenuto legittimo dal giudice europeo anche perché intervenuto dopo tre mesi dalla comunicazione dalla prima decisione, termine che soddisfa il requisito della ragionevolezza dell’atto di annullamento).

⁸⁷ Del resto al «principio della certezza del diritto non osta in linea di massima a che, nell’ambito della tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea... le autorità e i giudici nazionali di uno Stato membro applichino ‘per analogia’, alle controversie relative al rimborso di restituzioni all’esportazione indebitamente corrisposte, un termine di prescrizione derivante da una disposizione nazionale di diritto comune, a condizione, tuttavia, che un’applicazione siffatta risultante da una prassi giurisprudenziale sia stata sufficientemente prevedibile, cosa che spetta al giudice del rinvio verificare» - Corte giust. UE, 5 maggio 2011, causa 201/10.

⁸⁸ Cfr. M. PARODI, *L’Unione europea nel ruolo di garante dello Stato di diritto. Prime riflessioni sul nuovo quadro giuridico introdotto dalla Commissione Europea*, in *Federalismi.it*, 2014, 5 ss.

grado di valutare e prevedere, in base alle norme generali dell'ordinamento, le conseguenze giuridiche della propria condotta, e ciò è un obiettivo al quale lo Stato deve necessariamente tendere per garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

È in particolare comunemente affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸⁹ che i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento richiedono, da un lato, che «le norme giuridiche siano chiare e precise»⁹⁰ e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli⁹¹.

Dal canto suo, la Sezione Grande della Corte, ribadisce che «il principio della certezza del diritto ... esige che i diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione siano attuati in modo sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile da consentire agli interessati di conoscere esattamente i loro diritti e obblighi e di prendere i provvedimenti del caso e di avvalersene, eventualmente, dinanzi ai giudici nazionali» – vedi *supra* – (la Corte precisa che «l'instaurazione di una semplice prassi, priva di effetti giuridici vincolanti nei confronti delle persone interessate, non soddisfa tali requisiti»)⁹².

Sotto il profilo del diritto positivo l'aspetto, forse più rilevante della giurisprudenza comunitaria sta, peraltro, nel fatto che il valore (qualificato come si è visto «principio fondante dell'Unione») della certezza del diritto anche nella sua dimensione “oggettiva” (chiarezza, precisione, obiettiva prevedibilità dell'applicazione delle norme) è stato applicato quale parametro di legittimità di atti - normativi ed amministrativi – e di comportamenti - di Stati membri e di organi dell'Unione europea⁹³.

Il principio di certezza del diritto diviene, in particolare, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, un limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nell'attuare le direttive comunitarie⁹⁴: le misure nazionali adottate nei settori di competenza del diritto comunitario, devono essere formulate in modo non equivoco (i cittadini devono poter comprendere le leggi cui sono sottoposti, i giudici nazionali garantirne l'osservanza⁹⁵) e, nelle

⁸⁹ Cfr. Corte giust. UE, 30 aprile 2020, causa 184/19.

⁹⁰ Vedi in tal senso Corte giust. UE, 11 settembre 2019, causa 676/17, punto 50 e giurisprudenza ivi citata.

⁹¹ Vedi Corte giust. CE, 15 febbraio 1996, causa 63/93. Vedi anche Corte giust. UE, 14 aprile 2005, causa 110/03; 21 giugno 2007, causa 158/06; 10 settembre 2009, causa 201/08. Infatti l'esigenza «che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti» (ovvero la loro «applicazione sia prevedibile per gli amministrati» - così Corte giust. UE, 7 giugno 2005, 17/03) – precisa la Corte – è particolarmente sentita quando le norme «possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese» - così Corte giust. UE, 17 luglio 2008, 347/06. Nello stesso senso Corte giust. UE, 7 giugno 2005, causa 17/03, punto 80; Corte giust. UE, 12 dicembre 2013, causa 362/12. Secondo la Corte - sentenza 30 aprile 2020, causa 184/19 - nelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione, la normativa degli Stati membri deve essere formulata in modo non equivoco al fine di consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici nazionali di garantirne l'osservanza (vedi anche Corte giust. UE, 9 luglio 2015, causa 183/14, punto 32 e giurisprudenza ivi citata, nonché 30 aprile 2020, causa 184/19).

⁹² Corte giust. UE, Grande Sez., 7 ottobre 2019, causa 171/18; Corte giust. UE, 11 luglio 2019, causa 180/18; Corte giust. CE, 16 gennaio 2003, causa 439/01.

⁹³ Sul tema D. MARESCA, *European Legal Principles Applicable to Infrastructures Regulation, in Regulation of Infrastructure Market*, Berlino, Springer, 2013, 26 ss..

⁹⁴ Per M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Unione europ.*, 2019, 767, «la certezza del diritto è un principio che in ambito comunitario si declina come limite alla discrezionalità delle Istituzioni, nei profili della stabilità degli atti nel tempo, della tutela del legittimo affidamento, del parametro nella redazione, interpretazione e applicazione delle norme nell'effettività del sistema di tutela multilivello».

⁹⁵ Cfr. Corte giust. CE, 9 aprile 1987, causa 120/88 e 26 febbraio 1991, causa 119/92.

materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri deve avere una formulazione non equivoca⁹⁶. Lo Stato membro che avesse attuato direttive europee in modo confuso con norme d'incerto significato che non ne assicurano l'effettiva corretta applicazione da parte delle persone e dei pubblici poteri (P.A. e giudici) non ha perciò adempiuto ai suoi obblighi verso l'Unione, tanto che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha talora censurato la trasposizione di direttive nel diritto nazionale mediante atti normativi non chiari o ambigui⁹⁷.

Ne deriva che una normativa nazionale in materia comunitaria (attuativa di regolamenti o di direttive) confusa ed oscura, e dunque contrastante coi principi dei Trattati di cui sopra, determina la responsabilità dello Stato membro per infrazione nei suoi obblighi comunitari e il rischio di disapplicazione di quella normativa ovvero di inefficacia dell'atto amministrativo adottato da un'Autorità nazionale in base ad essa⁹⁸.

Ne sono derivate le raccomandazioni sulla tecnica normativa da impiegare per adempiere all'obbligo degli Stati membri di assicurarsi che le norme nazionali che recepiscono le direttive dell'Unione europea siano chiare e precise.

Ne sono anche derivate le affermazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'obbligo degli Stati membri di eliminare disposizioni interne quando risultano in contrasto con sopravvenute disposizioni comunitarie⁹⁹ (sarebbe inaccettabile l'incertezza che deriverebbe dalla persistente presenza di norme interne e comunitarie contrastanti tra loro) e le affermazioni della Corte Costituzionale sulla necessità «di depurare l'ordinamento nazionale da norme incompatibili con quelle comunitarie, essendo ancorata al valore costituzionale comportante la chiarezza normativa e la certezza nell'applicazione del diritto da parte di tutti i sottoposti alla legge»¹⁰⁰.

Il principio della certezza del diritto nel senso di obiettiva prevedibilità degli effetti delle prescrizioni giuridiche inoltre, per la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, contribuisce a determinare un criterio interpretativo: nel caso in cui emergano dubbi circa la portata letterale di una norma, questi devono essere risolti scegliendo l'interpretazione più favorevole all'individuo¹⁰¹ specie quando le disposizioni normative «poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese»¹⁰² (questa lettura del principio di certezza

⁹⁶ Corte giust. CE, 30 gennaio 1985, causa 143/83. Il principio di certezza del diritto ha trovato applicazione in relazione a norme di diritto positivo degli Stati membri come nel caso di una successione di decreti ministeriali francesi che generava una situazione di incertezza giuridica sulla possibilità di commercializzare in Francia determinati prodotti il che costituiva di per sé un ostacolo ingiustificato all'applicazione dell'art. 28 TFUE (libera circolazione delle merci) - Corte giust. UE, 28 gennaio 2010, causa 333/08.

⁹⁷ Così Corte giust. CE, 21 giugno 1988, causa 257/86, *Commissione c. Repubblica Italiana*.

⁹⁸ Sul tema vedi peraltro S. VALAGUZZA *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1112.

⁹⁹ Cfr. Corte giust. UE 30 novembre 2006, causa 32/05; Corte giust. UE 16 ottobre 2003, causa 455/01.

¹⁰⁰ Così Corte cost. 30 marzo 1995, n. 94. Vedi anche Corte cost. 10 novembre 1994, n. 384.

¹⁰¹ Cfr. Corte giust. CE, 9 luglio 1981, causa 169/80.

¹⁰² Corte giust. UE, 5 luglio 2012, causa 318/10, sottolinea che «una regola che non soddisfa le esigenze del principio di certezza del diritto non può essere considerata proporzionata agli obiettivi perseguiti».

del diritto ha trovato terreno fertile soprattutto nel settore delle imposte¹⁰³ e del diritto dei consumatori¹⁰⁴).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato alla luce della giurisprudenza dell'Unione europea

La giurisprudenza del Consiglio di Stato accoglie e approfondisce il valore, denominato spesso «principio», della certezza del diritto, ripetutamente posto tra quelli «euro-unitari»¹⁰⁵ ovvero qualificato «di preminente interesse costituzionale»¹⁰⁶.

Quel valore è spesso accostato, come avviene comunemente (vedi *supra*), al principio di affidamento delle persone nella stabilità dell'ordinamento e delle posizioni giuridiche acquisite¹⁰⁷, ma, altrettanto spesso, è spiegato nel senso ampio indicato nel precedente par. 1, di «obiettiva prevedibilità degli effetti giuridici delle norme». Del «principio della certezza del diritto», il supremo organo di giustizia amministrativa dice esigere «che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministratori»¹⁰⁸. Particolarmente esplicita al riguardo è la sentenza 9 novembre 2018, n. 6330¹⁰⁹, che dopo avere sollevato questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha annullato un provvedimento della CONSOB che aumentava il prezzo di acquisto da praticare in occasione di un'OPA obbligatoria sulla base della considerazione che esso era stato emanato in base ad una disposizione italiana eccessivamente ambigua nell'ammetterlo (la presenza di una – non determinabile in termini di sufficiente chiarezza – situazione di «collusione»)¹¹⁰. Vale la pena di riportare uno stralcio di questa decisione.

Ogni riflessione deve prendere le mosse dal principio di certezza del diritto, condizione a priori del diritto e di ogni sistema normativo. La Corte di giustizia - attingendo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri - ne ha più volte ribadito la natura di principio generale dell'Unione Europea, e come tale facente parte del diritto primario (*ex plurimis*, sentenza 11 luglio 1990, causa 323/88).

La certezza del diritto impone innanzitutto che le norme di legge siano chiare e precise, in modo che i cittadini che ne sono destinatari siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza (sentenza 3 giugno 2008, causa 308/06; 9 luglio 1981, causa 169/80; 13 febbraio 1996, causa 143/93; 21 giugno 2007, causa 158/06; 10 settembre 2009, causa 201/08). Tale esigenza si rende ancor più pressante

¹⁰³ Per tutte, sentenza del Tribunale di primo grado UE, 22 gennaio 1997, causa T115/94, secondo la quale «questa necessità di certezza del diritto s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare conseguenze finanziarie, al fine di consentire agli interessati di riconoscere con esattezza l'estensione degli obblighi ch'essa impone (v. sentenze della Corte 9 luglio 1981, causa 169/80, punto 17, 22 febbraio 1984, causa 70/83, punto 11, e 15 dicembre 1987, causa 325/85, punto 18)».

¹⁰⁴ La sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1996, causa 143/93 ha escluso che potessero trovare applicazione alcuni regolamenti della Commissione in materia di tariffa doganale comune formulati in modo da non consentire ai destinatari della normativa di conoscere con certezza i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza.

¹⁰⁵ Cons. Stato, 5 settembre 2019, n. 6101.

¹⁰⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 297.

¹⁰⁷ Per tutte, Cons. Stato, 26 maggio 2021, n. 4057.

¹⁰⁸ Cons. Stato, 5 dicembre 2017, n. 5736.

¹⁰⁹ Pres. Santoro; Est. Simeoli.

¹¹⁰ Vedi S. DEL GATTO, *Il potere di rideterminazione del prezzo da parte della Consob in caso di collusione e il problema della certezza del diritto in caso di provvedimenti delle autorità indipendenti*, in *Riv. regolazione mercati*, 2018, 295.

quando le disposizioni normative possono «avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese» (sentenza 5 luglio 2012, causa 318/10).

Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, risulta connesso, in chiave rafforzativa e integrativa, al principio di legalità secondo cui, atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'Unione Europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative (sentenza 22 marzo 1961, causa 42/59); al divieto di retroattività delle norme, diretto a garantire che individui e imprese possano prevedere in anticipo le conseguenze legali delle proprie azioni, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati (sentenze 24 settembre 2002, cause riunite 74/00 P e 75/00; 22 dicembre 2010, causa 120/08; 15 luglio 1993, causa 34/92; 26 aprile 2004, causa 376/02); al principio di legittimo affidamento, secondo cui coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative (8 aprile 1988, causa 120/86). Il principio di certezza del diritto (con i suoi corollari), nella giurisprudenza europea, ha dunque una latitudine molto estesa, concernendo sia gli atti amministrativi sia gli atti legislativi, e venendo in rilievo sia come strumento interpretativo sia come parametro di legittimità degli atti normativi e amministrativi dell'Unione. In ambito europeo, è significativo lo spostamento d'accento subito dalla legalità, che da principio di regolazione delle fonti è divenuto piuttosto principio di certezza oggettiva del diritto e addirittura principio di prevedibilità soggettiva delle conseguenze, per permettere all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici. Anche nell'ordinamento italiano, l'affermazione e il radicamento dei principi "impliciti" della certezza del diritto e del legittimo affidamento può contare su di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, amministrativa e costituzionale, che ne attesta - sia pure sulla scorta di percorsi ermeneutici differenti - la sua compatibilità con i caratteri propri del diritto pubblico: le aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o comportamenti dei pubblici poteri, poteva ragionevolmente confidare nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, devono trovare specifiche forme di tutela, sul presupposto che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (*ex plurimis*: sentenze della Corte costituzionale n. 349 del 1985, n. 822 del 1988, n. 155 del 1990, n. 39 del 1993) «Il principio di certezza del diritto, opera[ndo] come una bussola ermeneutica orientata al soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici, impone che i contenuti della funzione amministrativa... - per quanto non particolareggiati dalla fonte primaria - siano ricavabili attraverso l'ausilio di "indici normativi di sistema" idonei a riempire di contenuto le manifestazioni di indirizzo legislativo non circostanziate» (così Cons. Stato, n. 6330, cit.).

7. Certezza del diritto, valori costituzionali e diritto comunitario

Quanto è stato sin qui considerato evidenzia l'ormai consolidato riconoscimento del rilievo costituzionale del profilo del concetto di certezza del diritto nella sua dimensione soggettiva (o

certezza del diritto in senso soggettivo), consistente nella tutela dell'affidamento nella stabilità dell'ordinamento ed espressione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione (come si è visto l'ingiustificata violazione del principio della certezza del diritto in senso soggettivo può determinare, salvo il bilanciamento con altri principi costituzionali, l'illegittimità costituzionale della norma che rende la legge "instabile"). Ciò tuttavia non sempre ha avuto modo di dispiegarsi come quel riconoscimento implicherebbe.

Se infatti la certezza del diritto, in senso soggettivo, è un limite costituzionale alla discrezionalità del legislatore, deve esserlo, a maggior ragione, in sede giudiziaria, quando si tratta di valutare la fondatezza di interpretazioni lontane dal testo normativo che sovvertono applicazioni consolidate dello stesso, e, nei processi davanti alla Corte Costituzionale, quando si tratta di decidere se accogliere o meno una questione di legittimità costituzionale, che implica di manipolare l'ordinamento in modo imprevedibile¹¹¹. Ne deriva che tanto più sarà, se del caso, forte la necessità di salvaguardare i principi costituzionali perché grave è la lesione inferta loro dalla legge di cui sia denunciata l'incostituzionalità, tanto più la questione di legittimità costituzionale sarà degna di accoglimento nonostante lo "sconvolgimento" dell'assetto normativo che implicasse. Ne deriva a sua volta che tra i valori in gioco, di cui si può prospettare si tenga conto quando si tratta di vagliare la legittimità di norme sottoposte al giudizio dalla Corte Costituzionale e le conseguenze di declaratorie d'accoglimento, v'è anche quello della certezza del diritto in senso "soggettivo".

L'interesse alla certezza del diritto in senso soggettivo potrebbe d'altro canto costituire uno dei valori da bilanciare con la tutela degli altri, tradizionali, interessi di rilievo costituzionale così che un certo livello di tutela di questi interessi potrebbe risultare sacrificato, per quanto costituzionalmente accettabile, se necessario per assicurare (per quanto possibile, trattandosi pur sempre di un valore relativo) quel profilo di "certezza" (vale a dire per tutelare l'affidamento nella stabilità dell'ordinamento). In altri termini le ragioni, imperniate sull'articolo 3 della Costituzione, che fanno della certezza del diritto in senso soggettivo un valore ("principio") di rilievo costituzionale non sono (o non dovrebbero essere) insensibili a problemi di instabilità dell'ordinamento generati da determinate operazioni ermeneutiche o pronunce di illegittimità costituzionale¹¹².

Al rilievo costituzionale ormai concordemente accordato alla dimensione soggettiva del valore della certezza del diritto, non corrisponde un analogo chiaro riconoscimento da parte della Corte Costituzionale del valore della certezza del diritto nel senso ampio indicato nel par. 1, che comprende la sua dimensione oggettiva. In effetti la compromissione di questa dimensione del valore della certezza del diritto ha tratti molto diversi da quelli della compromissione della certezza del diritto nella sua dimensione soggettiva. In quest'ultimo caso si sconvolgono

¹¹¹ Questa esigenza affiora in alcune pronunce della stessa Corte Costituzionale: cfr. Corte cost., sent. 10/2015, cit. che come si è visto ebbe ad affermare che l'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto «ha riguardo agli effetti procurati dalle decisioni della stessa Corte».

¹¹² L. PEGORARO, *op. cit.*, 4, prende atto come non pochi commentatori già all'epoca (si era alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso ma la situazione non è cambiata) rilevassero come proprio l'eccezione di costituzionalità determinasse una fase di incertezza.

irragionevolmente situazioni già stabilite dalla legge e si lede il principio di affidamento delle persone nella stabilità dell'ordinamento, mentre la compromissione della dimensione oggettiva della certezza del diritto (complessi normativi inestricabili, norme oscure, non pubblicate o che si danno come inapplicabili) impedisce, per molti versi, che maturi un qualsivoglia affidamento.

La diversità delle situazioni generate da una legge “instabile” da quelle generate da complessi normativi di incerto significato (in questo caso a differenza che nel primo, non si è realizzata alcuna situazione di “affidamento”) non basta tuttavia ad escludere il notevole rilievo giuridico anche di questa seconda situazione. Anzi, al di là della constatazione che norme o complessi normativi contrari alla dimensione oggettiva del valore della certezza del diritto (norme c.d. oscure¹¹³, non applicate, non reperibili) non realizzano la funzione propria dell'ordinamento (vale a dire quella di orientamento sociale - vedi par. 3 -), s'impone di approfondire quali siano le conseguenze sul piano del diritto positivo dell'eventuale accadere di questa situazione.

Infatti l'evoluzione del quadro giuridico (soprattutto comunitario) illustrata in precedenza esclude che l'esigenza di prevedibilità degli effetti delle norme giuridiche (certezza del diritto nel senso più ampio che comprende anche il profilo oggettivo) possa ridursi a un “mero auspicio” indifferente al diritto positivo. Né alla riconosciuta natura del principio della certezza del diritto in senso (anche) oggettivo come principio generale e fondante dell'Unione europea è, evidentemente, indifferente il diritto interno.

Come si è visto, il recepimento di direttive comunitarie e l'attuazione di regolamenti comunitari con norme “oscuere” si risolvono, sul piano del diritto comunitario, in violazioni del diritto dell'Unione europea con quanto notoriamente ne deriva (conseguenze sanzionatorie per il nostro Paese; censura di atti della Pubblica Amministrazione emanati sulla base di norme interne in contrasto con il diritto comunitario¹¹⁴ – vedi *supra*).

Sul piano del diritto interno, in materie oggetto di disciplina comunitaria, la violazione del principio della certezza del diritto in senso oggettivo può determinare azioni di responsabilità contro gli Stati membri secondo quanto notoriamente affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e da qualche tempo contemplato esplicitamente dalla legge (art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 12 novembre 2011 sul «risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari»). Inoltre, il Consiglio di Stato ha in qualche occasione annullato provvedimenti amministrativi che si fondano su norme relative a settori di rilievo comunitario, formulate in modo così ambiguo da non offrire sufficiente chiarezza e prevedibilità sui modi ed ambiti della loro applicazione (Consiglio di Stato, n. 6330, cit.). Quando poi l'incertezza delle norme si risolve in imprevedibilità ed eccessiva discrezionalità dei comportamenti della P.A. potrebbe realizzarsi la violazione dei diritti sanciti dalla CEDU e, di conseguenza, l'incostituzionalità di queste norme (come noto la Convenzione opera di regola da norma interposta nell'incidente di legittimità

¹¹³ Qui si dice “Norme oscure” riproponendo la nota espressione di M. AINIS, *La legge oscura*, Bari, Laterza, 2002. Per M. IMMORDINO, *op. cit.*, 81, la legge oscura tradisce quella che è la funzione della legge.

¹¹⁴ Vedi F. SICILIANO, *op. cit.*, 144 e ss. sull'annullamento dell'atto amministrativo “anticomunitario”; D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 723.

costituzionale, e può determinare l'incostituzionalità della legge che vi contrasti) o la condanna dell'Italia per atti di pubblici poteri che sulla base di quelle norme abbiano violato questi diritti.

Va aggiunto che l'applicazione del valore – divenuto “principio” in sede comunitaria – della certezza del diritto in senso oggettivo pone la questione della suscettibilità o no di estensione di questo “principio”, e dei suoi limiti, in materie non comprese tra quelle in cui l'Unione europea ha competenza normativa. Leggi di delegazione o norme primarie che prevedono l'emanazione di norme secondarie impongono talora (cfr. art. 20, comma 8, legge n. 59 del 1997) il rispetto dei principi della normativa comunitaria, tra i quali, appunto, quello della certezza del diritto, anche in senso “obiettivo”, è uno di quelli “fondanti” (vedi supra)¹¹⁵. D'altronde a seguito dei Trattati di Lisbona e di Amsterdam¹¹⁶ «l'Unione si fonda sui principi [“valori” nel Trattato di Lisbona]...dello Stato di diritto» e intende «promuovere nel resto del mondo...[lo] Stato di diritto»¹¹⁷, espressioni che richiamano l'agire dello Stato nel suo complesso, non confinato alla materia sulle quali l'Unione europea ha specifiche competenze regolatorie. Con questi Trattati anche l'Italia si è impegnata a rispettare i principi dello Stato di diritto e, da un lato, tra questi “principi” v'è per comune convinzione quello della certezza del diritto in senso oggettivo (per il diritto tedesco è scontato che i principi dello Stato di diritto evocati negli artt. 20 e 28 della Costituzione tedesca implicano il principio di certezza del diritto in senso ampio¹¹⁸) mentre, dall'altro lato, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea a partire dal 1991 e dalla nota sentenza Francovich¹¹⁹ riconosce l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario (sia esso lo Stato-Legislatore, lo Stato Amministrazione o lo Stato - Giudice) non solo in caso di inesatto recepimento di direttive ed attuazione dei regolamenti dell'Unione ma anche di nel caso di lesione dei principi generali dei

¹¹⁵ Per E. CASTORINA, “Certezza del diritto” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”, in *Atti del Convegno su “Il parametro nel sindacato di legittimità costituzionale delle leggi”* (Palermo, 29-30 maggio 1998), in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1206, il principio della certezza del diritto approda in ambito comunitario sospinto dal necessario rispetto dei principi dello Stato di diritto contemplato dai Trattati.

¹¹⁶ Il Trattato di Lisbona ha introdotto nel Trattato sull'Unione europea l'art. 1 *bis* secondo il quale «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto». L'art. 1 del Trattato di Amsterdam sostituisce il par. 1 della lett. F) del Trattato sull'Unione europea stabilendo che «l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».

¹¹⁷ Nuovo art. 10 A del Trattato dell'Unione europea introdotto dal Trattato di Lisbona.

¹¹⁸ Vedi Nota 46. La Costituzione spagnola prevede il principio della *seguridad jurídica* (art. 9, c. 3 - vedi M. IMMORDINO, *op. cit.*, 65) che tuttavia pare riguardare più che altro il tema della stabilità dell'ordinamento e della salvaguardia del principio di affidamento e di legalità che come si è visto costituiscono solo alcuni dei profili del concetto di certezza del diritto.

¹¹⁹ Corte giust. UE, 19 novembre 1991, cause 6 e 9/90, Francovich e altri c. Repubblica italiana. Al proposito vedi A. BARONE - R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, 146; A. CAMPESAN - A. DAL FERRO, *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, 313; S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, 689; M. ORLANDI, *Responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai cittadini dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 456; F. RUSSO SPENA, *La Corte di giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 163. Sul tema anche E. ADOBATI, *Precisati dalla Corte di giustizia l'ambito e l'applicabilità del principio della responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per la violazione di obblighi comunitari*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 215; G.F. CARTEI, *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 733; G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, 321; L. MANZELLA, *Responsabilità dello stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, 428. Sul tema in generale, F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2012.

Trattati (il predetto art. 4, comma 43, è perciò stato censurato dalla dottrina¹²⁰ perché impropriamente riduttivo dove prevede l'azione di responsabilità solo per «mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari»).

Si apre con ciò agli studiosi e agli operatori del diritto la prospettiva di affrontare un nuovo campo di indagine, finora poco esplorato: se la compromissione della dimensione oggettiva della certezza del diritto da parte di Autorità pubbliche nazionali possa o no generare, anche nelle materie non disciplinate dal diritto dell'Unione, conseguenze sulla legittimità degli atti posti in essere dalle stesse ovvero potenziali ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione dei Trattati.

D'altronde se è vero che raramente la Corte Costituzionale ha dato diretto rilievo al valore della certezza del diritto nel senso ampio indicato al par. 1, è anche vero che un novero sempre più ampio di principi costituzionali (il diritto di difesa, l'effettività di vari diritti della personalità, l'intangibilità del giudicato, il principio del giudice naturale, della tassatività della legge penale, della riserva di legge in determinate materie) è collegato alla necessità di rispettare esigenze imposte dal valore della certezza del diritto, anche se la compromissione di questo valore – proprio per essere sufficiente, ai fini della definizione del giudizio di legittimità costituzionale, la considerazione di quei principi - non è entrata direttamente nella valutazione dei giudici costituzionali¹²¹.

E se è anche vero che norme “oscuri”, non applicate o non reperibili, a differenza della legge irragionevolmente retroattiva non ledono posizioni giuridiche soggettive consolidate è anche vero che esse sono il presupposto per la realizzazione di diseguaglianze e di comportamenti incoerenti e contraddittori delle persone e dei pubblici poteri.

Infine l'accoglimento, risultante da alcune pronunce della Corte Costituzionale¹²², del valore della certezza del diritto anche in senso oggettivo nel novero dei principi generali dell'ordinamento, potrebbe renderlo rilevante nell'attività di interpretazione delle norme ai sensi ex art. 12 disp. prel. cod. civ.: potrebbe cioè determinare il rigetto di interpretazioni che, per le incertezze di cui sarebbero foriere, contrasterebbero con «il preminente interesse pubblico della certezza del diritto» (cfr. le sentenze predette della Corte Costituzionale).

¹²⁰ F. FERRARO, *Responsabilità dello Stato [dir. UE]*, in *Enciclopedia giuridica Treccani - diritto on line*, treccani.it, Istituto della enciclopedia italiana, 2014.

¹²¹ Tuttavia per M. IMMORDINO, *op. cit.*, 22, la Corte Costituzionale avrebbe «pur in mancanza di espressa copertura costituzionale ... utilizzato costantemente il principio di certezza del diritto sia pure in combinato disposto con altre disposizioni costituzionali quale parametro del giudizio di costituzionalità». Sempre M. IMMORDINO, *op. cit.*, 82 ricorda come «esistono precetti della Costituzione che presuppongono la chiarezza del dettato legislativo sicché, sia pure di riflesso, possono essere lesi da una legge oscura» (l'Autrice cita il principio di ragionevolezza, di legalità, di determinatezza delle norme penali).

¹²² Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13; Corte cost., 9 novembre 2018, n. 196. Per M. IMMORDINO, *op. cit.*, 20, la certezza nella sua dimensione più vasta ed assorbente si configura come principio informatore della disciplina di ogni rapporto giuridico non solo quello intercorrente tra cittadini ma anche tra cittadino e poteri pubblici.

8. Dimensione oggettiva della certezza del diritto, chiarezza dei testi normativi, semplificazione dei precetti giuridici

La realizzazione, per quanto possibile ed auspicabile, di un certo grado di certezza del diritto nella sua dimensione oggettiva dipende in larga misura (cfr. parr. 1 e 3) dalla possibilità di individuare in modo univoco la fonte normativa applicabile, dalla facilità di accesso alla stessa¹²³ e dalla conoscibilità del precetto giuridico, a sua volta, in buona parte, dipendente dalla proprietà e dalla univocità del linguaggio impiegato dal legislatore¹²⁴. Riflettono questa esigenza i plurimi tentativi di semplificazione e miglioramento della “qualità” dell’ordinamento consistenti:

- nella previsione degli istituti (art. 14, commi 1-11, L. n. 246 del 28 novembre 2005) dell’analisi di impatto della regolamentazione e della valutazione d’impatto della regolamentazione
- nell’istituzione di strumenti di semplificazione, di miglioramento della qualità della regolazione nonché di monitoraggio e valutazione della stessa (l’art. 1 del decreto-legge n. 4 del 10 gennaio 2006, convertito dalla legge n. 80 del 9 marzo 2006 e il Comitato interministeriale di indirizzo per le politiche di semplificazione e di qualità della regolazione; gli Uffici delle Camere specificamente dedicate allo studio e all’osservazione delle tecniche normative impiegate e da impiegare - Osservatorio sulla legislazione e Comitato per la legislazione alla Camera; Servizio per la qualità degli atti normativi al Senato, ecc. -);
- nelle numerose direttive statali¹²⁵ e regionali¹²⁶ sulla tecnica da seguire per la redazione degli atti normativi culminate nell’art. 13-bis della legge n. 400 del 1988 – introdotto dall’art. 3 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - sulla «chiarezza dei testi normativi» che intende dettare «disposizioni [che] ... costituiscono principi generali per la produzione normativa» che «non possono essere derogate, modificate o abrogate se non in modo esplicito»;
- nel sistema del “taglia-leggi” (art. 14, commi 12-24, della legge 28 novembre 2005, n. 246; decreto legge 27 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 13; decreto-legge 22 dicembre 2008, n. 200, convertito dalla legge 18 febbraio 2009, n. 9), completato da quello c.d. “salva-leggi” (decreto legislativo 1 dicembre 2009, n. 179);

¹²³ Per il decisivo apporto dell’informatica e di internet per la conoscibilità delle norme, vedi E. DI SALVO, *Il contributo dell’informatica per la certezza del diritto con particolare riferimento agli usi civici*, in *Nuovo dir. agr.*, 1990, 349; G. DI GENIO, *Internet come fonte di cognizione e certezza del diritto*, in *Nuove autonomie*, 2007, 637; L. DE VITA, *Internet come ulteriore strumento di pubblicazione normativa e certezza del diritto*, in *Corti salernitane*, 2013, 282; P. PASSAGLIA, *Pubblicazione telematica degli atti normativi e certezza del diritto: tra sviluppo tecnologico e vincoli costituzionali*, in *Neldiritto*, 2012, 793.

¹²⁴ Per M. IMMORDINO, *op. cit.*, 36, «esiste una stretta interdipendenza tra certezza del diritto e qualità della normazione, primaria e secondaria» e «al riguardo rileva in primo luogo il fattore linguistico»; per L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 278, «condizione della certezza è che i testi che la formulano [le regole giuridiche] così come le fonti di cognizione da esse individuate ed i documenti normativi oggetto d’interpretazione da esse regolata siano redatti con rigore e precisione in termini non vaghi né ambigui né aperti alle valutazioni».

¹²⁵ Vedi la Lettera circolare dei Presidenti delle Camere e del Presidente del Consiglio dei Ministri «sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi» del 20 aprile 2001.

¹²⁶ Vedi le Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi - Manuale per le Regioni promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome, in *consiglio.regione.toscana.it*.

- nella serie, pur da tempo interrotta, di leggi di semplificazione per una progressiva graduale complessiva codificazione dell'ordinamento per settori, da attuarsi secondo tecniche variate nel tempo (art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 - c.d. "legge Bassanini"; legge 8 marzo 1999, n. 50; legge 29 luglio 2003, n. 229; legge n. 246, cit.)¹²⁷.

Gli esiti di questi tentativi sono stati spesso deludenti¹²⁸.

È potenzialmente efficace - ed è spesso stata, efficace - per la realizzazione, per quanto possibile ed auspicabile, della certezza del diritto nella sua dimensione oggettiva, la "formula" della codificazione normativa (vedi per deleghe legislative riguardanti una pluralità di materie, art. 20, L. n. 57 del 1999, cit.; artt. 3 e ss., L. n. 246 del 2005, cit.)¹²⁹. Questa "formula" nel tempo ha servito ragioni ideologiche e politiche tra loro molto diverse (poco avevano in comune le finalità alla base delle codificazioni giustinianee, delle codificazioni canonistiche, dei codici conseguenti alla rivoluzione francese, di quelli dell'Ottocento e dei primi decenni del Novecento). Ai nostri giorni si legge non di rado che questa "formula" corrisponderebbe ad una superata concezione illuministica «ragione-dominio del mondo-libertà-felicità», che non esiste più un sapere di sfondo comune capace di rispecchiarsi in un testo normativo unitario, che «l'esperienza della codificazione attuata negli anni Ottocento e fino alla metà del Novecento si basa su un'idea di forte unità del soggetto che produce le norme e di applicabilità delle norme prodotte in tutto l'ambito territoriale in cui opera» così che all'«idea di codificazione si accompagna quella di monopolio delle fonti del diritto da parte del soggetto che procede alla pubblicazione»¹³⁰.

Ciò che è in effetti innegabile è che le codificazioni dell'Ottocento e della prima parte del Novecento muovevano da una premessa ormai venuta meno: quella dell'unitarietà del sistema di produzione delle fonti normative chiuso al suo apice nella figura del legislatore statale: ciò non corrisponde, evidentemente, alla situazione attuale caratterizzata dalla proliferazione, non solo del numero delle leggi - e dalla loro sovrapposizione le une sulle altre senza reciproco coordinamento - ma anche delle stesse Autorità con poteri normativi nazionali (vari "Garanti" e "Commissari"), regionali e locali (regioni, province autonome...), sovranazionali o internazionali (U.E., O.N.U., O.I.L., W.T.O., e così via) e che impedisce che possa replicarsi un sistema di

¹²⁷ Nonostante questi tentativi, l'obiettivo di un'effettiva semplificazione dell'ordinamento, nell'ottica di migliorarne il grado di certezza sotto il profilo oggettivo, è lungi, per ragioni di carattere formale, politico-amministrativo e, soprattutto, socio-culturale, dall'essersi avvicinato.

¹²⁸ Sui pericoli di semplificazioni normative eseguite in modo non sufficientemente ponderato vedi la raccolta di saggi in tema di semplificazione normativa e manovra "taglia-leggi" di P. CARNEVALE, *Le cabale della legge*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

¹²⁹ Il Governo potrebbe essere chiamato a breve ad esercitare le deleghe oggetto dei disegni di legge C-1812 e S-1338, relativi a leggi di delegazione in molte materie volte a «garantire la certezza dei rapporti giuridici e la chiarezza del diritto» tramite la «semplificazione e la codificazione» di quelle.

¹³⁰ Vedi A. PAJNO, *Una codificazione per frammenti*, in *Atti del convegno su Codificazione...*, cit., 154, secondo il quale il diritto codificato del secolo scorso nella misura in cui si avvicina a tale ideale vi riesce non perché costruito da norme generali e astratte ma perché la società era sostanzialmente stabile e le norme raccolte in codici e uniformemente interpretate dai giudici secondo una comune ideologia ben rispondevano alle esigenze del tempo. Queste riflessioni rispecchiano in parte quelle di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, 38 che afferma che il codice esprime una società uniforme mentre *élites* di settori di società emergenti esigono statuti e leggi speciali.

A parere di chi scrive la crisi del codice è tuttavia da imputare - non tanto alla cd. società pulviscolare ma - soprattutto alla debolezza della politica che, incapace di grandi progetti, si riduce a legiferare per emergenze quando non, addirittura per esigenze puntuali di carattere elettorale (in qualche caso, addirittura, il testo di legge è lasciato volutamente ambiguo perché solo così - un testo cui le varie parti politiche possono attribuire il senso che più conviene - si è riusciti a conseguire un consenso parlamentare o governativo).

Codici che compendi tutto l'ordinamento o quasi. Si sarebbe così passati da un sistema “a catena” dove ogni norma proviene da un “motore” che traina l'azione creatrice del diritto ad un sistema “a rete” composto da più sistemi giuridici, ciascuno dei quali con una sua propria mobilità, tra loro interconnessi e per alcuni aspetti compenetrati per il rinviare l'uno all'altro, spesso in apparente concorrenza tra loro nel regolare una stessa situazione giuridica o, se non altro, ad interferire l'uno sull'applicazione dei principi dell'altro¹³¹. La mobilità che caratterizza il sistema “a rete”, che origina dall'esterno dei vari sistemi giuridici “in rete” «impedisce alla scienza giuridica di sviluppare il suo progetto di auto-fondazione del diritto» anche perché il contesto giuridico dei singoli sistemi e delle norme che li compongono «cambia continuamente in relazione ai punti di vista e ai percorsi sistemici»¹³².

Senonché questi limiti, se escludono che la “formula” della codificazione possa realizzare completamente (l'impossibile obiettivo de) la “certezza del diritto” nel senso ampio indicato al par. 1 non la rendono inutile; quella formula è infatti tutt'ora funzionale a realizzare le esigenze di orientamento sociale proprie dell'ordinamento giuridico e alla soddisfazione almeno parziale di esigenze ad essa connesse (appunto sotto il profilo dell'accessibilità e della conoscibilità della regola di comportamento oggetto delle prescrizioni giuridiche). Per un verso, se l'attuale assetto delle fonti di produzione del diritto impedisce la costruzione di un sistema unitario del tipo “a catena”, proprio della dogmatica tradizionale, è possibile e utile costruire micro-sistemi, che in piccola scala riproducono al loro interno e mantengono in vita nella sostanza la struttura della dogmatica tradizionale. Per altro verso, i limiti della codificazione che la teoria generale mette in evidenza nell'attuale epoca di multicentrismo delle fonti normative scontano la considerazione che, per buona parte dei fenomeni o gruppi di fenomeni che la legge regola (“materie”), quei limiti non si manifestano o si manifestano in modo molto affievolito. Molte infatti sono le materie dove la competenza legislativa dello Stato è esclusiva: in tutti questi casi l'interferenza di altri sistemi normativi è tutto sommato trascurabile. Piuttosto è da dire che le aspirazioni di conoscenza e accessibilità della norma, quando non possono essere realizzate da Autorità con competenze normative, possono essere realizzate da Enti ed Istituti pubblici che svolgono attività editoriale con metodologia “scientifica”. Essi possono, dove non può lo Stato nell'esercizio di potestà normative primarie, svolgere attività di coordinamento, integrazione, compendio, divulgazione, aggiornamento e annotazione delle disposizioni, da varie fonti di produzione derivanti, concorrendo a comunicare il quadro regolatore d'insieme delle varie materie.

¹³¹Il tema dei rapporti tra ordinamento è particolarmente avvertito, con riguardo agli ordinamenti nazionali e comunitario: al riguardo Corte giust. CE, 20 marzo 1997, causa 24/95 - afferma il principio di certezza del diritto in chiave di effettività delle norme comunitarie che non possono essere vanificate dal diritto interno (il principio in questione perciò esclude che norme nazionali possano impedire il recupero di aiuti illegittimi). In argomento si veda anche la vicenda della recente discussa giurisprudenza comunitaria e costituzionale, sui pretesi limiti alla regola dell'intangibilità dei rapporti esauriti relativa al c.d. caso Taricco: la regola indicata dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2015 (causa 105/14), secondo la quale andrebbero disapplicate le disposizioni interne (nel caso, sulla prescrizione dei reati) che abbiano l'effetto di impedire l'irrogazione di sanzioni penali effettive e dissuasive di gravi frodi ai danni dell'UE non è, secondo la Corte Costituzionale (sentenza n. 115 del 31 maggio 2018) applicabile nel nostro ordinamento perché contrastante con il principio di determinatezza in materia penale.

¹³² F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Editoriale Jaca book, 1990, 60.

Pertanto, nonostante quei limiti, la “formula” della codificazione normativa, risolve in gran parte il problema dell’ipertrofia normativa (foriera di per sé di fenomeni di incertezza¹³³ se non altro con riguardo all’individuazione della fonte applicabile) e favorisce la coerenza e la conoscibilità di norme, riunite in unico “luogo”, congegnate insieme¹³⁴, nello stesso contesto socio-temporale, più o meno dallo stesso gruppo di esperti di diritto, condizioni che favoriscono l’ordinato inquadramento delle varie disposizioni in pochi principi informatori dell’intero “codice”¹³⁵; il contributo alla certezza del diritto conferito da sapienti opere di codificazione giuridica non può dunque essere messo in discussione anche se con connotazioni ed efficacia, inevitabilmente, diverse, rispetto a quelle che storicamente le hanno precedute¹³⁶.

Accanto al tema della semplificazione e del coordinamento dei testi normativi e dei rapporti tra fonti (semplificazione normativa e codificazione c.d. “a diritto costante” o “invariato”) v’è quello, distinto, ancorché connesso, dell’intervento sulla sostanza dei precetti giuridici per semplificarli: non si tratta tanto di norme che ledono principi di affidamento né di complessi di norme mal scritte o non coordinate che finiscono coll’aver contenuto incerto, ma di norme che appesantiscono le persone o gli Uffici di inutili adempimenti, li aggravano di procedure o controlli contraddittori, sovrapposti, irrazionali, chiamano i funzionari ad interpretazioni di norme o all’individuazione di modalità di applicazione delle stesse che avrebbero soluzioni incerte anche in sede accademica e giudiziaria e che, quindi, a maggior ragione, paralizzano l’azione del funzionario pubblico e sconcertano gli operatori economici e le persone che ne sono i destinatari¹³⁷.

Si tratta in questi casi anche di scegliere tra l’adozione di precetti giuridici di contenuto poco determinato, e che andrà poi determinato dal giudice e dall’interprete con esiti spesso diversi, o di precetti che collegano ad una fattispecie ben individuata effetti rigidamente fissati e predeterminati destinati a compiersi in modo automatico (dunque discipline standardizzate, determinazione di importi forfettari, e così via)¹³⁸.

¹³³ La convinzione che l’ipertrofia normativa sia tra le ragioni dell’incertezza del diritto è comune: per tutti C. PINOTTI, *La certezza del diritto tra pluralità delle fonti, giurisprudenza creativa e inflazione legislativa*, in *Riv. Corte conti*, 2019, fasc. 1, 21 e M. IMMORDINO, *op. cit.*, 10.

¹³⁴ Già alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, L. PEGORARO, *op. cit.*, 15 ricordava come la Corte frequentemente raccomandò al legislatore di emanare leggi “organiche”, coerenti”, meditate” in quanto «spiegazioni giustificate dell’esigenza di certezza del diritto» e metteva in relazione l’incertezza del diritto con la proliferazione delle leggi e l’oscurità del linguaggio normativo.

¹³⁵ Negli esempi delle grandi codificazioni del passato l’opera dei giuristi non era del resto così spesso disturbata da problemi di discontinuità governativa, *spoils system*, leggi speciali, eccezionali o emergenziali che interrompono la coerenza dell’ordinamento – o del suo ramo che si va “codificando”.

¹³⁶ All’aspirazione di certezza e prevedibilità del diritto cui aspiravano i codici dell’Ottocento e del primo Novecento si riflette, nei Paesi di *common law*, nella regola dello *stare decisis*.

¹³⁷ M. IMMORDINO, *op. cit.*, 101, sottolinea il nesso tra certezza del diritto e legislazioni sulla semplificazione amministrativa. Per l’Autrice (*op. cit.*, 96) «non ci sono dubbi che», almeno a seguito dell’evoluzione della normativa decorrente dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990 «il principio di certezza ... sia ormai penetrato nel diritto amministrativo quale principio fondante il diritto amministrativo di garanzia ... infatti sembra di tutta evidenza che gli obblighi posti a carico dell’amministrazione soddisfino ... condizioni della certezza giuridica». Considerazioni critiche sull’attuazione della semplificazione normativa col sistema del taglia-leggi sono contenute nell’opera di P. CARNEVALE, *Le cabale...*, cit.

¹³⁸ Il DDL C1812 (art. 3) prevede non solo di «semplificare il linguaggio normativo», ma anche la «semplicità della disciplina relativa a ogni attività o gruppo di attività, eliminare i «provvedimenti autorizzatori, gli adempimenti e le misure incidenti sulla libertà di iniziativa economica ritenuti non indispensabili», «semplificare i procedimenti relativi ai provvedimenti autorizzatori, agli adempimenti e alle misure mantenuti in vigore», «ridurre il numero delle fasi e delle amministrazioni intervenienti, anche

Sotto questo ultimo profilo l'evidente miglioramento del livello della prevedibilità degli effetti delle norme, che pure porta i benefici effetti indicati in precedenza (par. 4) si confronta con quello della tutela dei diritti. Le tecniche di semplificazione dei precetti normativi manifestano infatti, spesso, la tensione tra soluzioni "certe" ma standardizzate, e soluzioni rimesse, salvo la fissazione di alcuni principi di massima, agli esiti degli accertamenti e della valutazione del giudice, ciò che potenzialmente permette di conseguire la piena giustizia sostanziale nel caso concreto ma che finisce – specie in assenza di una regola come quella anglosassone dello *stare decisis* – col dare luogo a effetti imprevedibili perché rimessi di volta in volta all'andamento e ai tempi del giudizio e alle capacità e sensibilità del giudicante¹³⁹.

Emerge con ciò il problematico confronto che si avverte spesso nei tentativi di semplificazione dei precetti normativi: esigenze di "certezza del diritto" sotto il profilo della facile prevedibilità degli effetti delle norme grazie a soluzioni standardizzate, automatismi, determinazioni *a forfait* di valori (ad esempio risarcimenti *a forfait*) da un lato, e il pericolo che frettolose semplificazioni rischino di divenire irragionevoli o compromettere inammissibilmente interessi di rilievo costituzionale dall'altro; discrezionalità del legislatore da una parte e, dall'altra, sindacato della Corte Costituzionale.¹⁴⁰

Il cennato frequente tentativo del legislatore di impegnarsi in operazioni di semplificazione del tipo appena cennato nell'ottica della certezza del diritto in senso obiettivo rende questo "problematico confronto" di notevole attualità. La Corte Costituzionale che dovesse essere chiamata a decidere della legittimità di scelte di semplificazione del legislatore, in parte compromettenti l'aspirazione alla piena realizzazione della giustizia sostanziale nel caso concreto a vantaggio di un maggior grado di prevedibilità degli effetti delle norme, potrebbe allora plausibilmente decidere di considerare, tra gli elementi di valutazione, anche il valore della certezza del diritto nel senso, indicato all'inizio di questo studio, di obiettiva prevedibilità degli effetti delle prescrizioni giuridiche.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Oltre agli scritti citati nelle Note, l'articolo tiene conto dei seguenti contributi che si raccomandano per opportuni approfondimenti: *Atti del convegno dell'Associazione nazionale magistrati amministrativi su Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica* (Roma, 8 febbraio 2019), relazioni di G. ALPA, M. LUCIANI, G. PATRONI GRIFFI, in *Lo Stato*, 2019, 12, 333; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Atti delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa - Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica* (Castello di Modanella - Rapolano Terme / Siena, 8 – 9 giugno 2018), in *Federalismi.it*, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è*

...individuando discipline e tempi uniformi per tipologie omogenee di procedimenti», «estendere l'ambito delle attività liberamente esercitabili senza bisogno di alcun adempimento».

¹³⁹ M. CORSALE, *op. cit.*, par 5.1., sottolinea il necessario contemperamento delle esigenze di giustizia e certezza.

¹⁴⁰ Vedi le sentenze della Corte Costituzionale n. 194 del 9 novembre 2018 e n. 150 del 16 luglio 2020 sull'illegittimità costituzionale di formule per la determinazione in modo eccessivamente standardizzato del risarcimento del danno conseguente ad alcuni casi di illegittimo licenziamento.

un mito?, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2017; C. CARIA, *Dialogo intorno a «La certezza del diritto» - Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Riv. filosofia dir.*, 2019, 163; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 81 ss.; M. CAVINO, *Corte costituzionale e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 1999, 2359; M. CORSALE, *Certezza del diritto e legittimazione*, in *Sociologia dir.*, 1984, 1, 155; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073; P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità - Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. costit.*, 1999, 2347; F. FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, 89; L. FULLER - A. PORCIELLO, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, Pisa, ETS, 2016; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le regioni*, 1986, 1090; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in *Federalismi*, 2018, 5, 2; L. LONGHI, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Federalismi*, 2018, 5, 2; L. LONGHI, *La certezza del diritto oggi tra sovranità legislativa e democrazia giurisdizionale*, in *Nomos*, 2019, 1, 1; L. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Foro it.*, 1956, IV, 73/74-77/78; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore - Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MARCHESELLI, *Affidamento e certezza del diritto: limiti ai mutamenti giurisprudenziali*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, 319; M. MISCIONE, *Certezza del diritto*, in *Lavoro giur.*, 1995, 897; L. PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in M. JORI - L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Scritti per U. Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997; G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; A. RAMOS VAZQUEZ - C. FAVA, *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia*, Milano, Cedam, 2017; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 549; S. PRADUROUX, *Certezza del diritto*, in *Digesto civ. [aggiornamento-2014]*, Torino, Utet, 65; G. RAGUCCI, *L'etica del legislatore tributario e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, 441; R. ROLLI, *Overruling nel diritto vivente contro jus superveniens*, in *Contratto e impresa*, 2013, 3; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Le fonti del diritto - Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Plus, 2006, 129; S. SEPE - E. CROBE, *Legislazione flessibile. Certezza del diritto, legalità, buon governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; E. SINA, *Certezza del diritto e leale cooperazione - Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 907; U. TASCOTTI - I. MEGALI, *L'incertezza del diritto*, Canterano, Aracne, 2019; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in C.E. PALIERO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016.

Sulla qualità della regolazione, tema al quale è stata dedicata un'ampissima produzione di scritti si vedano gli *Atti del Convegno* a cura di R. ZACCARIA "La buona scrittura delle leggi" (Palazzo Montecitorio, Sala della Regina, 15 settembre 2011). Vedi anche L. DI MAJO, *Tra semplificazione e semplicità. Brevi riflessioni per un ordinamento giuridico...di qualità*, in *Cultura giuridica e diritto vivente, Rivista on line*, 2014 e in M. DI MASI - M. FALCONE - M.C. LOCCHI (a cura di), *Proposte per un diritto del*

terzo millennio, in *Atti del Convegno "Visioni del giuridico"*, Univali, 2015; L. DI MAJO, *Sulla qualità della legislazione: profili critici e nuove prospettive nella stagione delle riforme*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016.

Sul tema dei riflessi dell'accoglimento del principio della certezza del diritto tra i principi euro-unitari e i suoi riflessi nel diritto interno: F. CAMPODONICO, *L'applicabilità del principio di certezza del diritto alla normativa nazionale: la CGUE «propone» un criterio generale?* (Nota a Corte giust. Unione europea, 21 marzo 2019, n. 702/17), in *www.dpce.it*, fasc. 2, 2019; C. FIGLIOLIA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra il principio di certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, 925; V. POLI, *Funzione nomofilattica e certezza del diritto: la vincolatività delle decisioni del giudice superiore nazionale-comunitario*, in *Foro it.*, IV, 2000, 219; F. SALERNO, *Giurisdizione comunitaria e certezza del diritto dopo il trattato di Nizza*, in *Riv. dir. internaz.*, 2002, 5.

ABSTRACT

L'articolo, dopo aver spiegato come un certo grado di certezza del diritto sia necessario per assicurarne la funzione sociale, dimostra che il valore della certezza del diritto - ormai accolto tra i principi di rilievo costituzionale nella sua dimensione c.d. soggettiva (cioè tutelare l'affidamento, evitare norme che destabilizzano retroattivamente l'ordinamento, ecc.) - sta acquistando rilievo nel diritto positivo, specie a seguito dell'evoluzione del diritto comunitario e della giurisprudenza comunitaria, anche nella sua dimensione c.d. oggettiva (chiarezza, conoscibilità, effettività delle norme).

The article, after having explained how a certain degree of legal certainty is necessary to ensure its social function, demonstrates that the value of legal certainty - now accepted among the constitutional principles in its so-called subjective dimension (i.e. custody, avoiding rules that retroactively destabilize the legal system, etc.) - is gaining importance in positive law, especially following the evolution of the European Union law and jurisprudence, also in its so-called objective dimension (clarity, knowability, effectiveness of the law).

PAROLE CHIAVE: certezza diritto, legge, interpretazione, teoria generale, costituzione.

KEYWORDS: legal certainty, law, interpretation, general theory, constitution.



Mario Sirimarco*

Oltre il nichilismo: il realismo cristiano di Giuseppe Capograssi**

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. Una filosofia dell'individuo. - 3. L'inabitabilità della casa neohegeliana. - 4. La fenomenologia del presente. - 5. La pedagogia della crisi: oltre il nichilismo. - 6. Capograssi nostro contemporaneo.

1. Premessa

L'importanza crescente di Giuseppe Capograssi nella storia della cultura giuridica e politica italiana è inversamente proporzionale alla sua generale notorietà tra i non addetti ai lavori. Eppure non mancano i dati per rendersi conto della portata etica e culturale del filosofo di Sulmona.

Quando i giuristi cattolici, all'indomani della «catastrofe» della seconda guerra mondiale (a cui, lo vedremo, Capograssi dedica pagine di straordinaria profondità sia nella elaborazione di una pedagogia della crisi sia in una prospettiva filosofica che può essere ancora d'aiuto a leggere la contemporaneità¹), si ritrovarono per riflettere sulla ricostruzione costituzionale, in quella esperienza conosciuta come Codice di Camaldoli, ebbero in Capograssi un punto di riferimento autorevole, indiscusso, essenziale; nonostante la sua firma non compaia poi sul testo pubblicato, per tutta una serie di ragioni, nessuno ha mai potuto dubitare della matrice capograssiana di alcuni degli argomenti trattati².

Quando si trattò di presentare al lettore italiano la traduzione della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo, Capograssi venne chiamato a scriverne la *Prefazione* e quando nel 1948 alcuni intellettuali, tra cui Gaetano De Sanctis, pensarono di lanciare un appello per la libertà, dopo lo

* Ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Milano, Giuffrè, 1959, successivamente in G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, a cura di S. Cotta, Milano, Giuffrè, 1969 e ora in G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. Mercadante, Milano, Bompiani, 2008.

² F. MERCADANTE, *Introduzione* a G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, cit. Per una ricostruzione, a questo punto definitiva, della questione rinvio a G. CAMPANINI, *Giuseppe Capograssi. Nuove prospettive del personalismo*, Roma, Studium, 2015. L'Autore, che ha avuto modo di consultare l'Archivio Paronetto donato all'Istituto Sturzo, è arrivato alla conclusione che, specialmente con riferimento alla *Premessa* e al capitolo sullo Stato (inseriti nel vol. VII delle *Opere*), siamo in presenza «di un testo capograssiano nella sostanza ma non nella forma» (98).

«sciagurato ventennio», riunendo laici e cattolici, chiamarono Capograssi a redigere il manifesto *Europa, cultura e libertà*, firmato tra gli altri da Croce, Einaudi, De Sanctis, Silone, Parri³.

E quando il Presidente della Repubblica del tempo, Gronchi, su suggerimento del ministro Guido Gonella e nonostante le titubanze dell'interessato, dovette procedere alla nomina dei giudici della Corte costituzionale di sua competenza, pensò a Capograssi, primo e unico filosofo del diritto come giudice, purtroppo per pochissimo tempo, della Suprema Corte⁴. E non fu certamente casuale questa nomina. Capograssi non era solo un filosofo di riferimento per tanti cattolici impegnati in politica e nel governo, ma era anche il filosofo che in pieno idealismo aveva saputo coniugare le esigenze della scienza giuridica e della filosofia del diritto costruendo un ponte tra due mondi che si volevano antitetici. Quello che potrebbe essere visto come il più "metafisico" filosofo del diritto riconosceva, infatti, la centralità della scienza giuridica e quindi del lavoro del giurista nella formazione dell'esperienza giuridica⁵, contribuendo a quella necessaria *actio finium regundorum* tra scienza e filosofia del diritto, tanto avvertita dalla cultura giuridica del tempo⁶. Ma che ha ben chiaro, naturalmente, il ruolo della filosofia del diritto⁷.

C'è, infine, un altro significativo episodio che permette di cogliere, forse ancor meglio, la eccezionalità del filosofo che abbiamo di fronte. Racconta Eugenio Cannada Bartoli, importante processualcivilista, che, da giovane laureato, gli fu consigliato da Pietro Piovani di seguire le

³ F. MERCADANTE, *Introduzione*, cit., p. XI. Questo scritto di Mercadante, oltre ad essere, come al solito, intenso dal punto di vista letterario, rappresenta, a mio avviso, uno dei più importanti lavori su Capograssi ponendosi come un punto di obbligato passaggio per quanti intendano muoversi nell'oceano di pensiero di Capograssi per trovarvi una sorta di guida. Cfr. G. MORELLI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo in Giuseppe Capograssi*, in F. MERCADANTE (a cura di), *Due convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona 2006)*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁴ Una testimonianza in G. LOMBARDI, *Ricordo di Giuseppe Capograssi*, in "Ius", IV/1956. Per una ricca biografia di Capograssi, arricchita da diversi inediti, si rinvia a M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia*, Milano, Giuffrè, 2011. Altrettanto preziosa la ricostruzione biografica fatta da G. LOMBARDI, *Premessa*, a G. CAPOGRASSI, *Pensieri a Giulia*, Milano, Giuffrè, 1978 e C. VASALE, *Contributo alla biografia di Capograssi*, in *Due convegni*, cit. Merita una citazione anche la nota biografica curata da G. PAPPONETTI, *I sogni antichi di Giuseppe Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁵ E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza*, in R. ORECCHIA (a cura di), *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Milano, Giuffrè, 1976, 82-83: «La filosofia dell'esperienza giuridica riuscì, attraverso la tesi della interiorità della scienza nell'esperienza, a superare proprio ciò che più indisponeva e tuttora indisponibile il giurista nei confronti della filosofia del diritto: la pretesa del filosofo di insegnargli un lavoro che, generalmente, conosce meglio di lui». Capograssi «insegna che il filosofo del diritto per cogliere il valore dell'esperienza giuridica deve seguire anche e soprattutto il lavoro del giurista e riesce a dare a tale lavoro tutto il significato speculativo che effettivamente ha». Cfr. G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, Il mulino, 1988, 275-276.

⁶ Un'ottima ricostruzione delle diverse posizioni sul problema del rapporto tra scienza giuridica e filosofia del diritto in A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974. Nella filosofia giuridica italiana merita di essere ricordata la tesi di Cammarata ricostruita da T. SERRA, *Angelo Ermanno Cammarata e la critica gnoseologica della giurisprudenza*, ESI, Napoli, 1988. Sulla complessa personalità di Cammarata, filosofo ma anche fine giurista, sia consentito rinviare a M. SIRIMARCO, *Tra Tito e De Gasperi: l'esperienza triestina di A.E. Cammarata*, in *Elite e Storia. Semestrale di studi storici*, 1/2003.

⁷ G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *La vita etica*, cit.: «questa opera di cogliere nell'eccezionale il nuovo normale che si profila, e nell'occasionale il nuovo permanente che comincia, è cosa che spetta, che dovrebbe spettare direttamente, più che al giurista di diritto positivo, a colui che cerca di studiare speculativamente il diritto, al cosiddetto filosofo del diritto, il quale se ha qualche cosa da fare, accanto agli altri che lavorano nel campo della cultura giuridica, ha da fare quello che in genere fa il filosofo, il quale assiste al continuo nascere della vita nelle sue forme essenziali e nelle sue forme storiche, e cerca di darne notizia, di dare notizia delle nuove esigenze, delle nuove direzioni e dei modi nuovi con i quali l'esperienza si va configurando: toccherà poi allo scienziato del diritto, al giurista teorico e pratico di esprimere in concetti istituiti sistemi le nuove produzioni della vita, una volta arrivate a maturità, o anche per farle arrivare a maturità. Non si è mai saputo bene quale sia la funzione della filosofia del diritto considerata come disciplina autonoma, ma forse era vera l'idea così vecchia che essa fosse inventrice e promotrice di giustizia; era vera nel senso che questa vecchia idea può indicare questa funzione, che colui che specula sul diritto dovrebbe avere, di essere l'annunziatore del nuovo che nasce, della eccezione che sta per diventare regola».

lezioni di Filosofia del diritto di Capograssi e con sua grande meraviglia si trovò a dividere il banco col professor Emilio Betti anch'egli intento a seguire il suo coetaneo, ma accademicamente più giovane, collega filosofo⁸. Non mi sembra una scena abbastanza usuale nelle aule universitarie italiane!

Questi veloci esempi certamente aiutano a capire perché Capograssi sia stato definito come il «Socrate cattolico»⁹ e considerato il successore di Antonio Rosmini e Giovambattista Vico, come l'erede della nostra più gloriosa tradizione filosofica¹⁰. Tutto ciò nonostante la ritrosia del personaggio, il suo carattere schivo e riservato, la sua proverbiale e francescana modestia («un dilettante, che ha soltanto origliato alla porta dei filosofi»¹¹), direi anni luce lontano dal target del filosofo contemporaneo che vive e concede in pillole, e naturalmente dietro compenso, la sua presunta saggezza sui media e social media. Non a caso Francesco Mercadante lo ha definito uno scrittore postumo¹², in parte ancora “inedito” (come ama dire conversando di Capograssi, che non ha direttamente conosciuto ma che ha amato e ama più di un qualsiasi devoto allievo), che ha ancora tanto da dire, che può essere ancora punto di riferimento per nuove generazioni di studiosi.

Ed Enrico Opocher, un filosofo che ha sviluppato in modo originale alcune tematiche capogrossiane tanto da poter essere definito un allievo e «continuatore»¹³, ha colto la sua «inattuale attualità» chiarita in questi termini: «credo che Capograssi sia oggi estremamente inattuale ed al tempo stesso sorprendentemente attuale. Può sembrare un paradosso. Ma, in realtà il pensiero di Capograssi è portatore di una testimonianza che costituisce per il nostro tempo una specie di pietra di inciampo. La ‘moralità’ o, se si preferisce, la ‘filosofia’ dei nostri tempi è [...] lontanissima dalla sua [...] Lo è nella filosofia che si è sempre più allontanata dalla vita fino a rivendicare e a teorizzare la sua totale estraneità a ciò che la vita comporta ed esprime nell’interiorità della coscienza e che, sul piano morale, sembra addirittura vagheggiare un’etica senza verità. Lo è nella vita che sembra ad ogni livello stritolare sempre più l’individuo e distruggerne i centri vitali a incominciare dalla famiglia, nella morsa dell’automatismo e, quindi, di una alienazione ben più radicale di quella denunciata dal marxismo. Ma questa ‘inattualità’ di Capograssi nasconde una profonda conferma della sua prospettiva»¹⁴. Colpisce soprattutto la sua straordinaria capacità di

⁸ E. CANNADA BARTOLI, *A lezione da Capograssi in compagnia di Emilio Betti*, in *Due convegni*, cit., 608.

⁹ A. C. JEMOLO, *Prefazione* a G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, Roma, 1976. Anche E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit., 14, riprende questa definizione: “egli muoveva sempre con i suoi interlocutori, dalla periferia dell’esperienza e, attraverso una serie di domande apparentemente banali, puntava, come attraverso una serie di cerchi sempre più stretti, al cuore della coscienza fino ad evocare i massimi problemi della vita e della morte”.

¹⁰ Cfr. V. FROSINI, *Capograssi: la struttura dell’esperienza giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1996, 593.

¹¹ È come dice di sé in G. CAPOGRASSI, *Sull’attualità di Vico*, in *Opere*, IV, 397. In altre occasioni invece si è autodefinito, per Mercadante come espressione ironica del suo celestinismo, «scriba», «amanuense», «archivista» ed anche «ignorante».

¹² F. MERCADANTE, *Introduzione*, a G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, cit., p. VI: «Né colleghi, né discepoli, né studiosi sapranno dove e come leggere i suoi libri: e non li leggeranno che in un secondo tempo».

¹³ T. SERRA, *Quid ius? Riflessioni sul diritto e le sue trasformazioni*, a cura di M. Sirimarco, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2008.

¹⁴ E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit., p. 49. Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991, 26, «per la sua riconduzione di senso comune, esperienza, teoria scientifica e teoresi filosofica a una coerente unità di senso, il pensiero di Capograssi è oggi valido forse più di ieri, quando restò in gran parte isolato». E direi anche, a volte sottovalutato: F. D’AGOSTINO, *La filosofia del diritto in Italia negli ultimi settanta anni*, in *Cosmopolis. Rivista di Filosofia e Teoria politica*, n. 2/2019, ricorda che Giovanni Tarello invitava i giovani studiosi a non leggere Capograssi definendo le sue riflessioni come *fumisterie*. Abbastanza liquidatorio e ingiusto sembra anche il giudizio di L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica*

continuare a parlarci, di continuare ad essere sempre una guida intellettuale, colpisce il suo essere nostro contemporaneo.

Rischia, allora, di essere estremamente riduttivo, se non adeguatamente precisato, definire Capograssi come filosofo del diritto. In tutto il suo pensiero, infatti, «non si affaccia il filosofo, ma il giurista, o se si vuole il filosofo si affaccia come giurista [...] E non è senza ragione, poiché nel diritto egli ha visto l'individuo creare se stesso, uscire dalla sua brutale empiricità, costruire la sua azione, che [...] dalla gioiosa e spensierata aurora si incammina attraverso il sacrificio alla consapevole volontà di se medesima, riconoscere gli altri, formare la sua esperienza, che è appunto il diritto, farsi persona, diventare stato, scrivere la sua storia»¹⁵. E quindi l'essere stato qualificato come filosofo del diritto ha contribuito probabilmente in qualche modo a offrire di Capograssi una immagine riduttiva, come una sorta di filosofo di categoria, “per giuristi”. Forse non comprendendo che «il metodo del pensare riduttivo-partecipativo, che il Capograssi ha avuto il merito di applicare alla filosofia del diritto, fa di questa, per la prima volta, non una filosofia seconda, alla maniera in cui Aristotele intendeva questa espressione, ma un vero e proprio accesso originario e diretto al centro dell'esperienza, all'essere, come, secondo un detto celebre, si può accedere al centro da qualunque punto della circonferenza»¹⁶.

Ma se Capograssi non ha il posto che invece merita nella storia della filosofia italiana del secolo passato, parte, o gran parte, delle responsabilità sono da attribuire alla cultura cattolica che, non solo non ha riconosciuto e continua a non riconoscere i suoi meriti, ma che spesso ha relegato «nei recinti accademici un'eredità che poteva essere preziosa specialmente per tutti coloro che non avessero voluto strumentalizzare la religione alla politica. Nulla poteva essere più fruttuoso di un pensiero che aveva operato con estrema lucidità la difficile distinzione del patologico e del fisiologico in una esperienza tragica dello Stato contemporaneo, che ha segnato un cambiamento irreversibile nei rapporti tra la politica e i valori del mondo umano»¹⁷.

nell'Italia del Novecento, Roma-Bari, Laterza, 1999, 84, per il quale Capograssi era amato e apprezzato solo perché assecondava e concelebrava la filosofia dei giuristi.

¹⁵ S. SATTÀ, *Giuseppe Capograssi*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968, 416, testo poi ripubblicato nel 2005 dalla casa editrice Ilisso di Nuoro.

¹⁶ P. PRINI, *Giuseppe Capograssi e la fondazione della metafisica civile*, in ID., *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, Laterza, 1997, 205. Questa centralità del giuridico nell'esperienza umana serve a capire la distanza tra Capograssi, che pur ne accoglie alcune suggestioni, e Blondel. La filosofia di quest'ultimo infatti è “rifiutata perché incapace di comprendere che non c'è filosofia dell'azione che non sia filosofia dell'azione giuridica. Una filosofia dell'azione non va costruita e ricercata, perché già esiste: la filosofia dell'azione è il diritto. Ed è anche, in tutti i sensi, filosofia attiva: di salvezza, di redenzione. Proprio perché conosce l'azione nel suo vero essere, proprio perché sa spogliare l'azione dal suo accidentale, il consapevole diritto salva l'azione, le impedisce di abortire. La salva costringendola all'essenziale” (P. PIOVANI, *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, Giuffrè, 1951, 72).

¹⁷ P. PRINI, *Giuseppe Capograssi*, cit., 215. Sul rapporto non facile tra Capograssi e la cultura cattolica credo che molto debba ancora essere ricercato e scritto. Soprattutto sull'influenza del filosofo di Sulmona sulla formazione e sul pensiero di alcuni importanti esponenti di quel mondo. Penso, per esempio, ad Aldo Moro le cui *Lezioni di filosofia del diritto* tenute a Bari, e raccolte inizialmente nel volume *Lo Stato*, Cedam, Padova, 1943, sembrano ispirarsi alla filosofia di Capograssi, come del resto aveva notato N. BOBBIO, *Il giovane Aldo Moro*, in ID., *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano, 1997. Sul legame Capograssi-Moro, è tornato recentemente P. RIDOLA, *Capograssi, lo stato e i Costituenti*, in AA.VV., *Giuseppe Capograssi e l'impegno dei cattolici in politica*, Sulmona, 2020, per il quale, di contro a tanta parte del pensiero cattolico del tempo, «il tema dello Stato è invece assai presente nel pensiero del giovane Moro, che sembra alieno dal pregiudizio di formazioni sociali che debbono essere difese dalla sopraffazione dello Stato, e piuttosto incline a sottolineare la dimensione comunitaria della statualità. Mi sembra di poter cogliere in questo approccio, della dimensione della socialità come fondativa e costitutiva della statualità, approccio peraltro decisivo per inquadrare il contributo di Moro in Assemblea costituente, evidenti suggestioni capogrossiane». Mi sembra una tesi molto convincente e molto utile anche per ricostruire uno dei temi più

2. Una filosofia dell'individuo

L'individuo (quello definito, di volta in volta, statistico, empirico, comune, l'individuo nella sua concretezza, «l'individuo anonimo perduto nella folla anonima di questi tempi»¹⁸) è il fulcro della riflessione capograssiana. Francesco Mercadante giustamente lo ha definito il «filosofo dell'individuo», ma anche filosofo dello Stato e delle autonomie sociali¹⁹. L'individuo come teatro della storia, come concreto, proprio perché nell'individuo «giungono alla luce e si fanno evidenti quali problemi incarnati, decisivi per il destino dell'uomo e di ogni uomo, tutti i problemi dell'esistere. I (cosiddetti) piccoli come i grandi: dalla frivolezza all'impegno, dal lavoro al riposo, dal diritto alla politica, dal male alla speranza, dalla storia a Dio»²⁰.

Il mistero dell'individuo, per dirla con Salvatore Satta (altro insigne giurista e notevole scrittore che avuto in Capograssi, definito forte e dolce amico, un punto di riferimento certo), è, allora, il filo conduttore del pensiero capograssiano; mistero perché «nulla sembra più inconcepibile del finito che condiziona l'infinito: e in realtà nulla è più misterioso di questo individuo che a guardarlo quasi svanisce, inserito com'è in cose che appaiono più grandi di lui, quali la società, lo Stato, la storia, insomma la Vita. La tentazione di sopprimerlo, di risolvere anche lui nell'infinito o in qualcosa che gli rassomigli è più che naturale. E infatti si pone il problema – eterno problema – della sua esistenza. Esiste veramente l'individuo?»²¹.

controversi sulla formazione di Moro e per comprendere la posizione del giovane costituente che mi sembra possa essere vista come una posizione di mediazione tra le diverse componenti dell'arcipelago cattolico. Alla base di questa mediazione c'è proprio l'atteggiamento verso lo Stato e il tentativo di attenuare le tesi antistatualistiche presenti in molti suoi colleghi di partito. In questo compito essenziale svolto da Moro in Assemblea costituente non secondario è il riferimento alla riflessione di Capograssi, una riflessione, sostiene Ridola, «meno condizionata dalla elaborazione, mediata dalle encicliche sociali della Chiesa, del principio di sussidiarietà, la quale sembrava relegare lo stato ad un ruolo ausiliario, o residuale, nella ordinata disposizione delle formazioni sociali» (79) e «sarà Moro, tra i costituenti di parte cattolica, a condividere l'approccio capograssiano del riferimento imprescindibile al ruolo dello Stato, inteso non come apparato coattivo, ma come esperienza, storica e concreta, di un gruppo sociale organizzato» (81). Direi, insomma, che in Moro la condivisione della necessità di superare il pregiudizio antistatualistico affonda capograssianamente la sua genesi nella struttura stessa della esperienza comune, come esperienza giuridica, dell'individuo e del suo percorso nella vita etica dove costruisce, come tappe essenziali, come modalità dell'esperienza, il diritto e lo Stato. Ricordo che le sue lezioni baresi di filosofia del diritto, che poi negli anni successivi Moro riprenderà come una specie di introduzione al corso di Istituzioni di diritto e procedura penale alla Sapienza, partano proprio dal tema della vita e della esperienza. Sulla figura di Moro cfr., M. SIRIMARCO, *Tra l'amore e il dolore. Note sulla filosofia giuridica di Aldo Moro*, in corso di stampa e ID., *Il diritto penale dal volto umano. Introduzione alla filosofia giuridica di Aldo Moro*, in ID. (a cura di), *Itinerari di cultura giuridica e politica. Omaggio a Francesco Tritto*, Roma, Aracne, 2007. Sui temi solo velocemente accennati in questa nota, rinvio anche a F. MERCADANTE, *Fiat aequilitas. L'individuo tra diritti e bisogni*, cit., 1196 ss., che si sofferma, tra l'altro, sulla polemica Capograssi-Dossetti.

¹⁸ Di cui si propone di tracciarne una storia in G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, ora in *La vita etica*, cit., uno dei suoi capolavori, dove trova sistemazione la sua etica. Con la consueta finezza così ha scritto P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista di diritto agrario*, 2006, 15, Capograssi “sente l'esigenza di scendere dall'usuale piedistallo dei filosofi e di fare della vita quotidiana delle strade e dei mercati il suo banco normale di lavoro, ponendo in essa – nel suo turbine di ogni giorno – il proprio osservatorio privilegiato, mettendosi dalla parte dell'uomo della strada, quel povero pellegrino della storia umana, assolutamente anonimo, assolutamente ignorato, entità insignificante senza poteri e senza lustro, spesso perseguitato dagli eventi, ma pur sempre frammento indispensabile della complessità sociale precisamente con le sue passioni e le sue sofferenze, con le grandezze e le miserie di cui ogni vita individuale è portatrice”.

¹⁹ Tra i tanti lavori che Francesco Mercadante ha dedicato a Capograssi rinvio al fondamentale saggio *Fiat aequilitas. L'individuo tra diritti e bisogni*, in *Due convegni*, cit. Cfr., anche, ma la bibliografia è su questo aspetto ormai vastissima, U. POMARICI, *L'individuo oltre lo Stato. La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Napoli, Editoriale scientifica, 1996.

²⁰ S. COTTA, *Introduzione a G. CAPOGRASSI, Incertezze sull'individuo*, cit., p. IX.

²¹ S. SATTA, *Giuseppe Capograssi*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, 415. Sul rapporto Satta-Capograssi, cfr. F. MERCADANTE, *Il 'giurista Capograssi' nell'interpretazione di Salvatore Satta*, in *Quaderni sardi di filosofia e scienze umane*, 15/16, 1986-87.

La centralità dell'individuo anonimo statistico permette di cogliere un primo nucleo problematico, che occorre velocemente sviluppare per meglio cogliere il suo pensiero, che riguarda il superamento dell'iniziale idealismo²², se mai Capograssi sia stato un vero idealista, o più in generale il suo rapporto inevitabile con l'idealismo, tema che riguarda tanti intellettuali e filosofi, e filosofi del diritto in particolare, del tempo (e che tocca inevitabilmente anche il problema dei rapporti col regime fascista²³).

Richiamando velocemente i tratti essenziali della Filosofia del diritto italiana della prima metà del secolo passato, come moltissimi autori hanno fatto²⁴, e in particolare degli anni in cui Capograssi inizia il suo percorso di ricerca, mi sembrano essenzialmente tre i punti fermi da sottolineare: la strabordante egemonia dell'idealismo di Croce e Gentile sul piano filosofico e culturale, il grande peso di un filosofo come Giorgio Del Vecchio sul piano accademico e la straordinaria originalità e solitudine della personalità di Giuseppe Capograssi. Lontano dagli idealisti nonostante evidenti contatti, e non crociano nonostante la presenza di Croce, non giusnaturalista nonostante sicure assonanze, non delvecchiano nonostante la collaborazione e la stima accademica. E si potrebbe continuare. Non positivista, non marxista, non misticista, non bergsoniano, non giusnaturalista... La figura di Capograssi, insomma, si staglia alta con la sua autonomia e, ripeto, originale solitudine e con la sua capacità di cogliere o spesso anticipare fermenti nuovi, fenomenologici ed esistenzialistici, ermeneutici di matrice europea.

²² In uno scritto del 1913, due anni dopo la tesi di laurea di stampo dichiaratamente crociano, l'angustia della proposta idealistica è già chiara al giovane studioso: «E c'è già qualche segno di un prossimo – e forse più maturo – esame dell'etica hegeliana. A chi scrive pare che occorrerà ripensare seriamente quest'etica, per fare una filosofia della pratica nella quale siano veramente libertà moralità e spirito. L'etica crociana non ci soddisfa più e non ci appaga: essa ora comincia a rivelare il suo vizio profondo e la sua intrinseca immobilità: già spuntano qua e là, denegazioni, critiche, ribellioni. Bene a proposito perciò appare la traduzione della filosofia giuridica di Hegel [...] Là dentro vi è viva e vera l'indicazione razionale del compiuto processo dello spirito: vi è il più nobile tentativo di pensare tutto lo spirito etico, che è irrequietudine, lotta, passaggio, farsi continuo». Mi sembra un programma di ricerca ben chiaro. Ecco perché, per esempio, F. TESSITORE, *Capograssi nello storicismo*, in ID., *Contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, Roma, 2000, sostiene che in un certo senso la critica capogrossiana «è una critica interna alla problematica idealistica». Per un quadro completo sull'idealismo italiano, da ultimo, T. SERRA, *A partire da Hegel. Momenti e figure dell'idealismo italiano*, Padova, Cedam, 2009, 158 ss., per la quale la filosofia dell'individuo di Capograssi ha svolto una funzione di guida alla correzione dell'attualismo gentiliano di Cammarata indirizzandolo verso il recupero dell'individualità concreta. Sempre utile, per l'altro versante neo-hegeliano, A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., il quale sostiene che «benché i temi affrontati dal Capograssi e lo stesso concetto di esperienza giuridica come totalità onnicomprensiva di tutti i momenti della vita del diritto, attestassero chiaramente la consonanza con la contemporanea filosofia del diritto ispirata all'idealismo storicistico, nondimeno i presupposti del pensiero di questo autore erano al di fuori dell'immanentismo idealistico e potevano essere rintracciati, di volta in volta, in Vico, Agostino, Blondel, Rosmini, secondo una prospettiva culturale assai personale» (343). Cfr., anche, V. FROSINI, *L'idealismo giuridico*, in *La filosofia del diritto in Italia nel XX secolo*, cit., 15 che ricorda, a proposito di Croce, che pur non avendo avuto un'influenza pari a quella di Gentile nel pensiero giuridico italiano, la sua efficacia «è stata simile [...] a quella di una buona purga, essendo servita a liberare quel pensiero dai vecchi umori e dai residui di una cultura mal digerita». Ma la bibliografia su questi temi è naturalmente sterminata.

²³ Capograssi, al di là del giuramento che comportò una "partecipazione indiretta" e che pesò terribilmente sulla sua coscienza, ebbe sempre verso il fascismo un atteggiamento di diffidenza e di distacco. Nei *Pensieri a Giulia* dei giorni immediatamente prima e subito dopo la marcia su Roma, si intravede una sorta di speranza sulla possibilità di rinnovamento per cacciare "la mala gente" annidata nei centri di potere. Ma le speranze sono prestissimo deluse e i suoi rilievi critici sono netti sia sul tipo di regime che si sta instaurando sia sulla figura di Mussolini. Sul piano del pensiero filosofico e politico la distanza è ancora più netta perché, come ha scritto P. PRINI, *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, cit., p., 204, «la filosofia dell'esperienza comune, svolta da Capograssi durante il ventennio fascista, è una delle contestazioni critiche più rigorose dello Stato onnipotente e totale». Per una puntuale ricostruzione della posizione di Capograssi durante lo "sciagurato ventennio" rinvio alla puntuale ricostruzione storica e filosofica di F. MERCADANTE, *Introduzione*, cit., p. XXXII ss.

²⁴ Ho ripreso soprattutto la ricostruzione di S. COTTA, *Cinquant'anni di Filosofia giuridica in Italia*, in ID., *Diritto Persona Mondo umano*, Torino, Giappichelli, 1989. Ma meritano di essere ricordate le relazioni gli atti del convegno, *La filosofia del diritto in Italia nel XX secolo*, cit.; e ancora T. SERRA, *A partire da Hegel*, cit. e F. D'AGOSTINO, *La filosofia del diritto in Italia*, cit.

Certamente non sono mancate altre figure di spicco nel campo neohegeliano (Teresa Serra ha in modo brillante e completo il quadro del tempo analizzando alcuni importanti filosofi²⁵), così come non sono mancati filosofi di spessore nel campo neogiustiniano e delvecchiano, ma «obbiettivamente la loro attività si svolge entro l'orizzonte segnato, in un modo o nell'altro da quei tre maestri. Questi ultimi condizionano in maniera decisiva l'orientamento della ricerca giusfilosofica di quegli anni»²⁶. E questo spiega perché nel secondo dopoguerra quelle egemonie si spengono inevitabilmente sul piano teoretico e si intravedono all'orizzonte nuove sensibilità filosofiche in linea con tutto ciò che si stava muovendo nella cultura europea.

Ma soprattutto, i filosofi del diritto che vivono la stagione dell'idealismo si trovano ad affrontare il difficile se non impossibile compito di superare la ben nota riduzione idealistica del diritto, alla economia in Croce, alla politica in Gentile. Tentativi destinati a fallire perché, come è stato detto, «per superare le negazioni neo-hegeliane del diritto era necessario rinunciare all'idea di apportare una correzione interna al loro sistema, mantenendone l'architettura esterna. La casa neo-hegeliana è inabitabile per il giurista, il quale del resto si limitava già allora a prestarle un omaggio verbale, quando non se ne disinteressava del tutto. Occorreva perciò abbandonarla e le ragioni per farlo non mancavano a chi intendeva [...] rivendicare la specificità dell'attività giuridica»²⁷. Occorreva, soprattutto, superare il punto di partenza dell'idealismo l'*io trascendentale*, «inteso quale superbo e libero creatore tanto della verità quanto di ogni realtà – così di quella dell'altro quale semplice non-io come di quella delle relazioni inter-umane»²⁸.

Nell'etica capograssiana, con la sua filosofia dell'individuo comune, del soggetto senza soggettivismo, del concreto dell'esistenza si ha il netto, radicale superamento del punto di partenza idealistico. Utilissima ancora la ricostruzione di Cotta che ha insistito molto più di altri sulla radicale rottura tra Capograssi e l'idealismo: «in apparenza, sul piano lessicale, tutto sembra immutato rispetto alle impostazioni precedenti, ma la sostanza è radicalmente diversa. Il punto di partenza è sempre lo stesso soggetto, con la sua attività [...] e la sua volontà. Ma il soggetto non è più l'idealistico *io trascendentale* [...] bensì è l'io comune, testimone sicuro dell'universale esperienza della coesistenza del reale, condizionante il pensare e l'agire umani. Di conseguenza, l'azione non è affatto l'atto puro o impuro dei vari prassismi [...] creatore dell'universo, bensì è il momento che rivela al soggetto la sua realtà e la sua relazione con la realtà del mondo»²⁹.

²⁵ T. SERRA, *A partire da Hegel*, cit., diffusamente.

²⁶ S. COTTA, *Cinquant'anni di Filosofia giuridica in Italia*, cit. 4. Si tratta di una tesi molto drastica ma abbastanza condivisibile. Il solo Widar Cesarini Sforza, mi sembra, possa essere in qualche modo recuperato, e in parte lo si è fatto: penso soprattutto alla sua opera *Il diritto dei privati* che si presenta certamente come un testo di notevole attualità e probabilmente uno dei tentativi meglio riusciti di superare l'idealismo. Ma il discorso meriterebbe un approfondimento che non è possibile fare in questa sede.

²⁷ S. COTTA, *Cinquant'anni di Filosofia giuridica in Italia*, cit., 17.

²⁸ S. COTTA, *Cinquant'anni di Filosofia giuridica in Italia*, cit., 18. Cfr. T. SERRA, *A partire da Hegel*, cit., 164: «L'idealismo, nella sua versione attualistica, non è stato esente dalla critica del rischio dell'identificazione dell'Io con l'Atto creatore, quindi del rischio della divinizzazione dello stesso Io come Pensiero; ciò comporta di conseguenza che, risolvendosi tutto nel Pensiero, il particolare, che solo nella totalità finisce con l'avere realtà, viene a vanificarsi».

²⁹ S. COTTA, *Cinquant'anni di Filosofia giuridica in Italia*, cit., 19-20. Ed ecco la piena sintonia col rinnovamento filosofico europeo: «si è ormai fuori dell'egemonia dell'idealismo e si è invece in sintonia con i nuovi orientamenti della contemporanea filosofia europea. In primo luogo, va registrata la partecipazione a quel vasto movimento di "riscoperta dell'oggetto" di cui Husserl ha segnato una tappa fondamentale di contro alla soggettività assoluta dell'idealismo. Da ciò derivano l'accettazione di contro al formalismo della ragione kantiana, d'un metodo fenomenologico di osservazione del reale, che trova in Blondel e in Bergson i punti di riferimento più diretti, e quindi un anti-intellettualismo che, come in Scheler, riscatta le ragioni del sentimento dalla condanna kantiana. Ne consegue una riproposizione del rapporto tra l'essere e l'esistere che presenta singolari

Detto in altri termini, Capograssi e l'idealismo presentano un elemento comune cioè concepiscono il soggetto non come un ente naturalmente dato, ma come lo spazio e il luogo di una attività. Ma mentre nell'idealismo, gentiliano, la dialettica è immanente all'atto che è soggettivo, «per cui il soggetto già in sé contiene quella totalizzazione o dover essere che deve divenire. In Capograssi questa stessa dialettica si fa nel soggetto allusiva nei confronti di un atto che costituisce il limite della soggettività finita». Ecco perché «la contrapposizione fondamentale rimane allora quella che si può riconoscere tra una riflessione che sviluppa all'estremo limite le proprie premesse immanentistiche ed un pensiero intimamente legato ad una prospettiva di tipo trascendentistico»³⁰.

Riassumendo i termini della questione, si può sostenere conclusivamente che, da un iniziale hegelismo, dove la presenza del momento religioso si cerca di conciliare con l'immanenza della costruzione idealistica, il pensiero di Capograssi percorra un itinerario diverso per approdare ad una visione dove, la centralità del momento religioso e trascendente, che si è affermato nella sua vita e nella sua filosofia, diventa chiaramente e teoreticamente inconciliabile con qualsiasi ipotesi immanentistica³¹.

consonanze con il tema di Heidegger, sebbene se ne differenzi per la valorizzazione dell'esperienza comune. Ma sia il contatto, diretto o indiretto, che il parallelismo tematico con codesti grandi pensatori sono innestati in feconda originalità di riflessione sulla tradizione più schietta della metafisica cristiana: quella di S. Agostino, S. Tommaso e Rosmini liberati dalle incrostazioni degli innumerevoli commentatori».

³⁰ G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, Cedam, 1976, 104. Scrive ancora Zaccaria: «Capograssi sembra cogliere alcune premesse idealistiche (identificazione del tutto con l'Assoluto, comprensività del tutto, parte come palesarsi dell'essere), ma per riportarle alla sua prospettiva: l'individualità – che costituisce la più reale manifestazione della parte – acquista significato, proprio se inserita in una totalità che la trascende, senza negarla o disconoscerla; il finito empirico rivela il suo valore nel rapportarsi ad un infinito metaempirico» (39). Nelle prospettive idealistiche «il soggetto è sempre inteso come soggetto universale, come spirito assoluto, idealisticamente rappresentante tutti i soggetti e ricomprendente in se stesso l'empirico e l'universale, e perciò continuamente esposto, secondo Capograssi, al rischio di superare i limiti dell'individualità singola» (p. 44). Cfr. F. TESSITORE, *L'origine della concezione capograssiana dello Stato tra idealismo e storicismo*, in *Due convegni*, cit., 114, per il quale l'idea che il diritto come fatto spirituale (e dello spirito come atto nel suo dinamismo), se rappresenta «il punto massimo di adesione di Capograssi all'idealismo, segna anche il punto di partenza di Capograssi dall'idealismo, proprio in nome dello spirito come attività dell'uomo, addirittura dello spirito identificato con l'uomo».

³¹ Ha sottolineato questo aspetto, col solito acume, A. DEL NOCE, *L'autorità come valore costitutivo del mondo umano*, in *Due convegni*, cit., 553-554: «Dobbiamo parlare di un hegelismo iniziale, nettamente immanentistico, a cui sarebbe successivamente sopravvenuta la conversione religiosa? Non saprei: certo la devozione che mostra oltre che per Silvio Spaventa, per suo fratello Bertrando, potrebbero farlo pensare. D'altra parte, occorre però ricordare che in quegli anni il conflitto era tra idealismo e positivismo, e non pochi pensavano, e successivamente penseranno, a una conciliazione tra idealismo e cattolicesimo [...] Mi sembra che nei primi scritti di Capograssi domini la preoccupazione di una conciliazione tra idealismo filosofico e religioso. Con le *Riflessioni a questo et et* si sostituisce l'*aut aut* tra immanenza e trascendenza». Su questa linea interpretativa anche E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit., 35: «Dell'idealismo [...] Capograssi conserva nel suo pensiero, come una cangiante crisalide: la prospettiva antropocentrica che pone il soggetto al centro dell'esperienza, un senso acutissimo della mobilità dello spirito del quale il soggetto è portatore, il profondo senso dell'unità dei problemi, la ricerca continua del concreto ed il conseguente disprezzo per il pensiero astratto, il culto per il mondo della storia [...] Ma l'influenza dell'idealismo sul pensiero di Capograssi viene addirittura capovolta in tutti i campi dalla decisa tesi capograssiana della individualità dello spirito e quindi del soggetto individuale come centro dell'esperienza e della storia. È l'antropocentrismo cristiano che si sovrappone a quello idealistico e lo soverchia, e trasfigura il significato idealistico delle consonanze delle quali parlavo e che perciò restano, per l'appunto, morte, per quanto splendide, crisalidi».

3. *L'inabitabilità della casa neohegeliana*

Contribuisce alla rottura con l'idealismo, quindi, soprattutto la riscoperta di Dio e il suo ritorno alla religione tradizionale. Nelle pagine dei *Pensieri a Giulia*, lo abbiamo accennato, questo tema è ampiamente sviluppato in termini straordinariamente mistici e letterari. Non è importante capire se siamo di fronte ad una conversione che ha una data precisa, rintracciabile nel dicembre del 1918 quando inizia il suo fidanzamento con Giulia, o se, invece, siamo di fronte all'ultima tappa di un percorso di ripensamento iniziato anni prima³² (ma raggiunto e completato solo grazie a Giulia³³), importante è prendere atto del cambiamento radicale che questo evento provoca, non solo in termini biografici, ma anche e soprattutto in termini filosofici.

Nella sua vita cambia tutto, tutto quello che era nero diventa bianco, dice, e aggiunge, a dimostrazione della radicalità del cambiamento: «Ero veramente un uomo finito, senza speranza e senza verità, senza regola e senza letizia, senza vita e senza amore. Ero un disertore della vita e della verità e della norma: e facevo la vita randagia e fuggiasca e orribile del disertore. Ed ecco che a poco a poco per le sue vie coperte, dolci, insensibili, il Signore delle Misericordie ha voluto (per il prodigio della sua Carità) chiamarmi a sé: quanto ha aspettato, Giulia mia, quanto ha patito, quanto ha lavorato, prima di avere nelle sue mani, docile il mio spirito notturno! [...] E poi, contemporaneamente, ha ispirato nel mio cuore stanco e vergine, l'amore per te, questo amore che si è ora immedesimato con la mia vita» (n. 29).

In termini filosofici, è il momento pascaliano dell'esistenza nel percorso della vita etica, è il momento in cui l'individuo, solo e lontano dal clamore e dalle distrazioni, si trova con se stesso e si rende conto che tutto è destinato a non durare, a sparire; non dura la sua vita, non durano le relazioni sociali, non durano le istituzioni. Si rende conto che la liberazione che è andato cercando e che cerca faticosamente con la sua azione nel mondo storico non è avvenuta. È il momento in cui l'individuo scopre che questa liberazione non è avvenuta soprattutto per la sua indigenza, per la sua imperfetta costituzione; scopre che i mali sociali hanno la loro radice nell'individuo stesso.

³² Mi sembra che sottolinei maggiormente questa prima idea Mercadante nella *Introduzione* più volte citata, più propenso all'altra ipotesi M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi (1889-1956)*, cit., 21-22, per il quale «da lettura dell'*Epistolario ascetico* di Rosmini avvenuta nel 1912 era stata per Capograssi una profonda e per certi aspetti radicale esperienza spirituale, una vera illuminazione che gli aveva indicato nell'ascesi rosminiana, l'essenziale premessa per la soluzione di quel problema che gli stava a cuore, il rapporto fra la scienza, il pensiero e la fede. Problema che lo richiamava a quelle esigenze di profondo rinnovamento critico del cattolicesimo tradizionale che si erano espresse in occasione della vicenda del modernismo».

³³ I primi mesi dell'epistolario testimoniano il cammino non sempre agevole che ha portato Capograssi a riscoprire la fede grazie alla presenza di Giulia senza la quale le difficoltà del percorso non sarebbero state superate. Riporto alcuni Pensieri, che dimostrano l'intrecciarsi e il confondersi dell'amore per Giulia e della fede in Dio; n. 8: «qualche volta io non mi abbandono interamente, totalmente, perduto a Lui, e la mia nemica, l'irrequietezza, mi salta allora alle spalle a flagellarmi senza respiro. Oramai io voglio che questo più non accada: io voglio tenermi stretto, aderente, legato, fuso, alla Divina Misericordia del Signore: voglio riposare e abbandonarmi tutto in Lui. Voglio fare come te, o Giulia, che sei come le grandi montagne le quali ai piedi e ai fianchi hanno le nuvole, la folgore, la tempesta, il lampo, ma alla cima hanno solo l'azzurro del cielo, e la pace delle grandi altitudini candide. *Pacem summa tenent*. Così voglio essere. Come vedi, voglio essere sempre più te, voglio trasferirmi sempre più in te, voglio confondere e placare la mia tempesta nella tua serenità, nell'azzurro pacato e profondo che corona la cima del tuo spirito». E ancora n. 17: «tu sei stata a riportarmi al Signore Misericordioso; che tu, che mediante te, il Signore ha lavorato il mio spirito ansioso e arido, e mi ha portato all'amara contrizione dell'averlo lasciato, e alla soave emozione del perdono, e alla ineffabile, profonda, sovraumana consolazione del congiungersi con la sua Divina Sostanza». Per un approfondimento, cfr. G. LOMBARDI, *Dall'ombra della morte alla luce della speranza. La crisi spirituale di Capograssi ricostruita attraverso i "Pensieri a Giulia"*, in *Due convegni*, cit. e P. PRINI, *Autobiografia e storia del mondo nei "Pensieri a Giulia"*, in *Due convegni*, cit.

È il momento in cui l'individuo si rende conto di essere «arrivato al limite estremo del suo essere, del relativo, del finito»³⁴. È il momento in cui prende coscienza che per tutta la sua vita non ha fatto altro che lottare con tutte le sue forze e non disperare del finito ma, di fronte a tutte le negatività, al male e alla morte, «nasce uno sperare in qualche cosa, in qualche aiuto che sta oltre il relativo della vita». È il momento, insomma, in cui l'individuo disperando del finito e sperando nell'infinito si accorge dell'esistenza di Dio.

E questo avvenimento, se inteso con coerenza, in particolar modo per il cristiano, in tutta la sua portata, cambia inevitabilmente il modo di intendere la vita dell'individuo a partire dalla considerazione dei bisogni essenziali (eguaglianza amicizia speranza) che solo nella prospettiva cristiana trovano compiutezza. Ed è comunque un avvenimento che, anche quando lo si neghi, come avviene nelle diverse forme di nichilismo, ateismo, irreligiosità o secolarizzazione, comunque costringe a fare i conti con questa presenza-assenza³⁵.

Nell'ambito di quella che si potrebbe chiamare filosofia cattolica (in modo direi abbastanza problematico), la filosofia di Giuseppe Capograssi rappresenta uno dei tentativi più importanti e riusciti di coniugare, o comunque di interpretare in termini diversi i rapporti tra cristianesimo e modernità, secondo quella linea di pensiero che ritiene che «la filosofia cattolica, piuttosto che trattarsi nei falsi concetti dell'antimodernismo o del postmoderno, ha rilevato una direzione diversa della modernità – quella teologica da Cartesio a Rosmini, accanto e contro quella atea da Cartesio a Nietzsche – aprendo la strada alla fondazione di una metafisica civile, finalmente libera dalla mistificazione degli assoluti terrestri»³⁶. In questa prospettiva filosofica che rifiuta di considerare la filosofia moderna come processo verso, grazie alla morte di Dio, all'assoluta

³⁴ G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *La vita etica*, cit., 657.

³⁵ Nell'ultimo capitolo di *Introduzione alla vita etica*, cit., una delle pagine più belle della sua opera, che ha per titolo *Suicidio e preghiera*, il tema trova ampio spazio. Non basta annunciare che Dio è morto o negare in altri modi la religione assoluta perché l'avvento del Cristianesimo, con Dio che si fa misericordiale, tutta la vita è orientata verso questa «rivelazione di follia». Si può affermare o negare questa religione, come si fa quotidianamente, «ma il centro della vita diventa quella presenza o quell'assenza [...] Sparisce Dio; ma appunto resta la traccia di Dio che non c'è più, resta [...] vuoto il posto di Dio; sparisce la promessa, ma resta la traccia di questa promessa di vita eterna [...] Ormai so che c'era Dio, anche se mi dicono che è morto; ormai so che c'era la promessa della vita eterna, anche se non è più creduta» (139). Domina ormai nella storia una profonda esigenza di infinito, come paradigmaticamente dimostra ancora una volta Leopardi che rappresenta «l'individuo moderno colto nella sua volontà essenziale. Vuole che tutta la vita sia giovinezza (la giovinezza che voleva Leopardi, cioè la vita eterna), un intenso pieno illimitato infinito godimento, non lo è e dispera. Ma dispera perché non ha la vita eterna. L'individuo Leopardi non si ferma a questa disperazione: la trasforma in poesia celeste» (140). Su questa compresenza, non dialettica, di assenza/presenza ha riflettuto in un saggio profondo e in parte inesplorato I. MANCINI, *Suicidio e preghiera (Teologia del paradosso in Giuseppe Capograssi)*, in *Due convegni*, cit.

³⁶ P. PRINI, *La filosofia cattolica del Novecento*, cit., p. VII. Su questa tesi ha riflettuto a lungo Augusto Del Noce in diversi importanti contributi. Per esempio, in *Teosofia di Rosmini*, in A. DEL NOCE, *Da Cartesio a Rosmini*, Milano, Giuffrè, 1992, 539-540, scrive: «effettivamente da Leibniz a Nietzsche vi è una linea ininterrotta di dissoluzione del pensiero metafisico-teologico [...] però, una più approfondita revisione, conseguente, a mio giudizio, alla necessità di situare l'ateismo nella storia della filosofia, porta a distinguere nel pensiero moderno due direzioni essenziali: quella che parte da Cartesio e che recupera e va sino agli esiti che si sono detti; e un'altra che procede anch'essa da Cartesio e che recupera progressivamente, approfondendole, le grandi tesi tradizionali del pensiero greco-cristiano; essa ha storicamente inizio con Malebranche, il continuatore agostiniano di Cartesio che trovò il suo proseguimento piuttosto in Italia che in Francia, prima in Vico, poi nella cultura savoirdoppiemontese da Gerdil a Gioberti, e appunto in Rosmini». Si veda naturalmente, A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna, Il mulino, 1964. Riconosce N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei*, Bologna, Il mulino, 2001, 105, che «Hegel e poi Gentile, i padri dell'idealismo, vedono nel Cartesio del *cogito* l'inizio della filosofia moderna, la vittoria del soggettivismo sull'oggettivismo, dell'immanenza dell'assoluto sulla trascendenza. Del Noce, al contrario, ricostruisce nel Seicento un asse rappresentato da Cartesio (delle *Meditazioni*), da Malebranche, da Pascal e da Vico, che rappresenterebbe il momento della Riforma (non Controriforma o Restaurazione) cattolica contro la sfida della modernità: lo scientismo meccanicistico e il libertinismo ateo. Una nuova risposta partendo dalla virtualità della tradizione».

immanenza si riscopre anche l'importanza della filosofia italiana e di due autori, capograssiani come Vico e Rosmini.

L'accettazione e la centralità dell'individuo sono un indizio essenziale di una filosofia che si colloca nella modernità. È l'individuo anonimo statistico che agisce e che fa la storia, che vive dentro di sé la catastrofe la guerra i totalitarismi pagando in prima persona ma che resiste e continuamente ricostruisce il mondo storico, che ha dentro di sé la speranza che lo proietta oltre la disperazione del finito, verso un infinito come compimento della vita etica.

Tutta la sua visione dello Stato è compresa nell'orizzonte della modernità; emblematici i riferimenti costanti ai classici della libertà, ai cattolici liberali, a Rosmini, a Gioberti, a Manzoni ai quali resterà sempre legato³⁷; sono molto significativi anche gli innumerevoli *Pensieri* dedicati a sottolineare, pur evidenziandone i limiti, l'importanza della modernità³⁸.

Per questi (ed altri) motivi, molti autori hanno pensato di collocare senza ombra di dubbio Capograssi nella corrente del personalismo, pur rimarcando sempre il dato della sua filosofica originalità³⁹. In un recente lavoro, Giorgio Campanini ha ripreso questa tesi, da tempo da lui sostenuta, parlando di un personalismo cristiano di intensa ispirazione religiosa. E, poiché il termine persona compare abbastanza raramente nei testi capograssiani (compare in particolare con riferimento a Rosmini ma non, per esempio, nel saggio *Incertezze sull'individuo* che è tra i più significativi per cogliere la sua filosofia dell'individuo), propone la sostituzione del termine individuo con quello di persona, a suo dire quasi sempre interscambiabili, perché, in definitiva, «in Capograssi l'iniziale punto di partenza è rappresentato dall'individuo, ma lo sbocco finale dalla persona»⁴⁰. Un personalismo non ortodosso, dunque, un po' alla Blondel, ma comunque un personalismo, un «umanesimo personalista»⁴¹, soprattutto per la sua valenza antitotalitaria, per il

³⁷ F. MERCADANTE, *Introduzione*, cit., p. XXX. Per M. D'ADDIO, *Giuseppe Capograssi*, cit., 34: «Il liberalismo di Capograssi ha certamente una forte connotazione etico-politica (Tocqueville), un preciso radicamento nell'etica e nella filosofia cristiana (Manzoni, Rosmini), ed assume pertanto un atteggiamento critico nei confronti delle interpretazioni utilitaristiche (Bentham, Stuart Mill) o individualistiche ed industrialistiche (Spencer); è caratterizzato infine da un vivo interesse per le questioni sociali, la cui soluzione diventa determinante nella vita dello Stato moderno». E ancora: «Capograssi proponeva un cattolicesimo profondamente rinnovato da un continuo confronto con il pensiero moderno, con le esigenze più vive e le acquisizioni più importanti della civiltà e della società moderna, facendo valere in questo confronto i principi e le verità essenziali dell'esperienza religiosa cristiana, secondo il motto paolino *veritatem facere in charitate*» (49). Su questo terreno avviene probabilmente la rottura con gli ambienti della Cattolica e con padre Gemelli, come emerge dai citati lavori di Mercadante e D'Addio.

³⁸ Per esempio: «è possibile [...] negare tutto quanto quello che è la storia dello spirito moderno? È possibile togliere fede e negare valore, alla bontà stessa della civiltà moderna? A quello che di vero, di vivo, di profondo, di vitale ha provveduto e ha costruito il pensiero e l'arte moderna? Non è possibile procedere in queste negazioni: se si nega tutto il patrimonio della cultura moderna, si deve anche negare tutto il pensiero, tutta la civiltà e tutta la storia» (G. CAPOGRASSI, *Pensieri a Giulia*, cit., n. 520). Per P. PIOVANI, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in ID. (a cura di), *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1976, 251, capire la modernità dall'interno è stata istanza profonda capograssiana. Cfr. anche G. MARINO, *Analisi azione diritto uomo comune. Cinque saggi per Giuseppe Capograssi*, Massa, Napoli, 2006, 149.

³⁹ G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, cit., 58 parla di un originale personalismo sviluppato «secondo le forma di un singolare spiritualismo, che riprende fondamentali temi idealistici, capovolgendoli ed originalmente rivisitandoli in nome della fedeltà alla tradizione cristiana e di una umanistica e neoromantica difesa, attraverso il diritto, della individualità concreta». Il sigillo alla collocazione personalista viene dato da G. ACOCELLA, *Giuseppe Capograssi*, in *Enciclopedia della persona nel XX secolo*, a cura di A. Pavan, ESI, Napoli, 2008. Anche G. GALEAZZI, *La neoscolastica, Maritain e le filosofie neoclassiche*, in *Le filosofie del Novecento*, a cura di G. Fornero e S. Tassinari, Milano, Bruno Mondadori, 2002, colloca Capograssi nel personalismo cristiano.

⁴⁰ G. CAMPANINI, *Giuseppe Capograssi. Nuove prospettive del personalismo*, cit., 26.

⁴¹ G. CAMPANINI, *Giuseppe Capograssi. Nuove prospettive del personalismo*, cit., 40.

suo richiamo alla dimensione della relazionalità e quindi della centralità della giuridicità nella vita e nella difesa della vita.

Mi sembra però che la questione essendo relevantissima meriti qualche, seppur rapida, considerazione e precisazione. Tralasciando le traversie che il termine persona ha subito nella storia del pensiero e alla sua rinascita col cristianesimo⁴², e tenendo conto delle diversissime valenze del personalismo, esso si caratterizza però, nelle sue linee generali, per una netta distinzione/opposizione, che è essenzialmente assiologica soprattutto in Gabriel Marcel ma anche in Maritain⁴³, tra individuo e persona, dove individuo è elemento statistico materiale naturalistico passivo inautentico chiuso egoistico di contro alla persona che è attività spiritualità autenticità apertura relazionalità⁴⁴.

Non è così in Capograssi che parla di individuo anonimo e statistico, reso senza individualità dalle diverse forme di totalitarismo e di massificazione, ma che resiste come soggetto di tutta la vita. E anzi, lamentando il fatto che la cultura filosofica non abbia studiato in modo adeguato questo individuo statistico⁴⁵, sostiene che «esistere ed essere individuo sono la stessa cosa» e che questo individuo, pezzo della stessa stoffa degli altri pezzi (che solo esteriormente si determina per negazione dagli altri individui grazie ad una serie di accidenti, *forma, figura, locus, stirps, nomen, patria, tempus*), scopre un *quid* interno, un punto dove vanno a confluire quegli accidenti esterni. Questo *quid* è il suo determinarsi come «una vita positiva nella sua individualità, come una vita che in tanto agisce, in quanto nella sua azione non fa altro che realizzare porre presentare determinare in tutti i modi questo suo essere individuale o individualità»; questo *quid* è, dunque, il fine profondo che l'individuo nel suo agire si propone: «se mi guardo a fondo veggo che c'è in me, io sono una volontà profonda la quale [...] è certo che non vuole altro che porsi come una vita unica e unitaria, che perché unica non si confonde con nessun'altra, e che perciò raccoglie e

⁴² Efficacemente ricostruite da S. COTTA, *Persona*, in *Diritto Persona Mondo umano*, cit., 59 ss.

⁴³ J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Brescia, Morcelliana, 1963, 20: «l'essere umano è preso tra due poli: un polo materiale, che non concerne, in realtà la persona vera e propria, ma piuttosto l'ombra della personalità o ciò che noi chiamiamo, nello stretto senso della parola, l'individualità; e un polo spirituale, che concerne la *personalità vera e propria*. È al polo materiale, e all'individuo divenuto centro di tutto, che si riferisce il detto di Pascal [“l'io è odioso”]; è al polo spirituale, al contrario, e alla *persona*, fonte di libertà e di bontà, che si riferisce il detto di San Tommaso [“la persona è ciò che v'è di più nobile e di più perfetto in tutta la natura”]». Cfr., tra i tanti, P. VIOTTO, *La riflessione sulla persona in Jacques Maritain*, in *Alpha Omega*, n. 3/2004, sul tema, abbastanza controverso, della influenza di Maritain sui cattolici italiani, M. PAPINI, *Maritain nella cultura dei cattolici italiani*, in *il Mulino*, n. 2/1997 e, sulla sua sostanziale marginalità accademica di contro al suo successo quale ispiratore di molti costituenti cattolici, cfr. A. RIGOBELLO, *Jacques Maritain e la riflessione filosofica in Italia*, in *Angelicum*, n. 1/1987.

⁴⁴ S. COTTA, *Persona*, cit., 67, per il quale sono essenzialmente due le prospettive che contrappongono individuo e persona: «La prima prospettiva comporta la prevalenza del criterio 'valutativo' su quello conoscitivo [...] Persona e individuo sono materialmente il medesimo dato esistenziale, che tuttavia va apprezzato positivamente o negativamente (svelandosi autentico o inautentico) a seconda che abbia o non abbia valore [...] L'opposizione non è strutturale (non siamo di fronte a due enti, ma a uno solo), bensì assiologica: persona è categoria etica [...] La seconda prospettiva definitoria comporta la prevalenza del criterio dell'agire su quello dell'essere [...] Sotto questo profilo l'individuo è presentato come un dato naturalistico, come passività. Così si esprime drasticamente Maritain: 'in quanto individui, siamo sottomessi agli astri'. Invece la persona è definita dal suo agire, dal suo dinamico farsi». Cfr. G. LIMONE, *Persona. La pietra scartata dai costruttori di teorie. La paradoxia di un'idea radicale come contraddizione virtuosa*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, n. 2/2006.

⁴⁵ G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, in *La vita etica*, cit., 538-39: «è un fatto che l'individuo, l'individuo cosiddetto empirico, non è studiato come tale in genere dalla cultura contemporanea. È un fatto che le ricerche e le meditazioni di questo tempo trascurino questo oggetto di studio. Si studiano i gruppi che gli individui formano, e specialmente quell'insieme di gruppi, che viene chiamato società; si studia la persona, l'uomo, l'individuo in genere: sono temi nobili, nobili soggetti di meditazioni, cose che hanno valore. Ma questo povero individuo empirico è trascurato, non è considerato, tutti lo considerano come oggetto trascurabile di studio».

dà unità e significato a quelle circostanze e accidenti, che perciò diventano contrassegnanti. L'individuo è proprio questa volontà costitutiva, la quale ha per oggetto e per direzione proprio questo trasformare il fatto negativo e accidentale dell'individuo in vera e propria individualità»⁴⁶. Individuo, volontà costitutiva, individualità: siamo nel cuore della sua filosofia dell'esperienza.

Ma se questa volontà è costitutiva all'individuo e se la individualità è «lo svolgimento faticoso del germe che ha in seno»⁴⁷, non può esserci separazione o contrapposizione tra individuo e persona come emerge anche dagli scritti, fondamentali, che Capograssi dedica a Rosmini (e che certamente contribuiscono a riabilitarne il pensiero spesso dimenticato dalla cultura cattolica)⁴⁸.

Per Capograssi, il tutto del pensiero di Rosmini si può sintetizzare nella tesi che «l'individuo è persona» (a cui poi si ricollega, come è noto, tutto il problema del diritto) e la persona è «l'individuo nei suoi atti culminanti di vita come atto di amore, avidità di unione, volontà di affermazione» o ancora meglio «potenza di affermare tutto l'essere». La prosa capograssiana raggiunge livelli altissimi in queste pagine: «Affermare significa riconoscere, cioè volere che l'essere nelle infinite sue posizioni sia e sia nella sua pienezza; cioè amare l'oggetto connaturale dell'amore l'essere; e sentire l'unione con l'essere cioè arrivare alla pienezza dell'appagamento, alla felicità. La persona è questo destino, è questo infinito destino, in quanto individualità empirica. È l'individualità vivente nella sua particolarità carnale temporale e spaziale, nella sua realtà più limitata e più sua, nella sua vita emozionale di dolore e di piacere, che arriva a trovare nel suo cuore più segreto nella parte più segreta di sé stessa una aspirazione infinita che investe l'essere in tutte le sue forme e che fa la sua forza la sua pace e il suo problema. Qui è la connessione profonda tra individualità empirica e infinito che costituisce la persona [...] l'individuo è sé stesso in quanto è questo destino, questa spinta verso il suo infinito destino, che regge organizza e spiega tutto il suo sé stesso empirico e non empirico. Perciò l'individuo è persona»⁴⁹.

⁴⁶ G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, cit., 530 ss. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, in *Opere*, I, cit., 193: «Per diventare personalità l'uomo ha bisogno di porsi come coscienza di sé stesso in quanto uomo, di fare un vero e proprio sforzo per liberarsi dalla molteplicità che forma la sua individualità empirica e trasformare tutta la sua esperienza secondo la sua umanità. Per essere personalità non basta all'uomo di pervenire alla coscienza del suo cogito o del suo volere, ma gli è necessario di vedere sé stesso nella realtà di mettere nella sua azione non il suo fine empirico ma sé stesso come ragione vivente ed umanità concreta. Perciò la personalità è vera individualità perché è coscienza della propria universalità rintracciata ed individualizzata nella propria esperienza concreta». E ancora nel saggio, che è una sorta di compendio di tutta la sua etica, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, cit., 664, questa ricerca della individualità diventa il bisogno essenziale, che sintetizza i tre bisogni che caratterizzano la vita dell'individuo (bisogno di uguaglianza, bisogno di amicizia, bisogno di speranza): «quello per cui l'individuo è uomo: in ultima analisi il bisogno incessante di superare sé stesso, e perciò di non accettare il già fatto, di lavorare per modificarlo, di non accettare i dati, e quindi di costruire ed elaborare un'altra e nuova realtà, la quale supera e trasforma i dati stessi e la sua stessa natura».

⁴⁷ G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, cit., 537: «Questo germe ha in sé tutte le virtù del germe, che non vuole germinare, e che per germinare ha bisogno di tutto il mondo della vita; e forse è esso che costituisce il vero principio di individuazione, la vera positività della *petreitas*, perché è proprio questa la forza sempre nuova e fresca, che pone, che dà la vita, che alimenta incessantemente l'incessante formarsi dell'esperienza».

⁴⁸ Si vedano in particolare i saggi espressamente dedicati a Rosmini, che però è presente in tanta parte dell'opera capograssiana: *Per Antonio Rosmini* del 1935, *Il diritto secondo Rosmini* del 1940 e *Il diritto dopo la catastrofe* del 1950, tutti ripubblicati in *La vita etica*, cit.

⁴⁹ G. CAPOGRASSI, *Il diritto secondo Rosmini*, in *La vita etica*, cit., 759-760. Ritorna anche l'amato Leopardi in queste pagine, accomunato a Rosmini nella inattuale sfida al tentativo di ridurre l'individuo alla sua dimensione empirica. Anche Leopardi come Rosmini vede «col suo primo sguardo, col suo sguardo anteriore per così dire alla sua riflessione, riconosce la santità della vita, la pura essenza di amore della vita, e la pura bellezza delle cose e delle creature: anche egli vede la persona come esigenza di un destino infinito [...] Ma Leopardi si ferma a questo: la sua natura angelica, la sua sete di infinito erano tali che non sopportava il tempo: egli conosceva e voleva solo la vita eterna. E poiché la sua esperienza era e non poteva non essere nel tempo, per eccesso di fede nella vita concluse, ma solo in sede riflessa, per il valore negativo della vita [...] È paradossale

Questa premessa, per Capograssi, permette di cogliere la tesi centrale e, direi, soprattutto l'attualità, della filosofia giuridica rosminiana secondo cui il diritto è la persona. Che significa «che tutta l'esperienza concreta e storica del diritto, le autorità le leggi le obbedienze che la compongono, mettono capo a questo unico punto vivo che è la persona»⁵⁰.

Conclusivamente su questo punto si può dire, con Cotta, che «è certamente vero che la riflessione cristiana – oltre ad aver fissato la valenza semantica del termine – ha posto un accento ancor più preciso e vigoroso sulla persona, in quanto ne ha fatto la nozione che esprime la congiunzione, per partecipazione e analogia, dell'uomo col Dio personale. Ma è altrettanto vero che tale riflessione non traccia alcuna distinzione tra individuo e persona. Ogni singolo uomo – senza distinzione di età, sesso, posizione sociale, razza e cultura – e non soltanto la persona è immagine e somiglianza di Dio»⁵¹.

4. *Una fenomenologia del presente*

Anche la collocazione di Capograssi nell'ambito dell'esistenzialismo necessita di alcune puntualizzazioni perché, come è noto, la definizione di esistenzialismo è uno dei temi più controversi della storia della filosofia soprattutto per la difficoltà di inquadrare in una unitaria prospettiva filosofica opzioni teoriche estremamente divergenti se non antitetiche. Non a caso è stato proposto, stante la inutilizzabilità storiografica dell'espressione, di parlare di «esistenzialisti» o di «filosofia dell'esistenza» o, ancora meglio, di «atmosfera» di pensiero che, «anziché essere una scuola o un corpo sistematico di dottrine ruotanti intorno a un ben preciso nucleo teorico», mette insieme «una serie di autori, i quali in un determinato momento della loro elaborazione teorica [...] si sono trovati a essere partecipi di essa, sebbene, in seguito, alcuni di essi abbiano intrapreso altre strade»⁵². Come, emblematicamente, dimostra il percorso di Heidegger.

A creare questa atmosfera contribuiscono una serie di «consonanze» che troviamo anche in Capograssi: il tema centrale dell'esistenza come «modo d'essere proprio dell'uomo» che si presenta come *rapporto* con l'essere concependo «l'esistenza non come una realtà compiuta e autosufficiente, ma come un'entità qualificata dalla *trascendenza*, ossia aperta a un oltre»

che tutti e due il poeta e il filosofo si siano incontrati nella loro inattualità sulla soglia stessa del mondo moderno, che nel suo tratto caratteristico non è che un accanirsi affannoso per sprofondare l'individuo come tale nella sua nuda empiricità, per togliere all'individuo come tale ogni speranza d'infinito, per convincerlo che la sua sola sorte è di essere, nel suo in sé e per sé, in quanto individuo, mortale e morto. Proprio sulla soglia di questo mondo vengono questi due italiani a cantare in prosa e in verso uno dei più alti inni che siano stati cantati a questa povera realtà che è l'individuo e, quello che è più, a porla al centro di tutta l'esperienza concreta e storica» (781-782). Per un approfondimento su Rosmini, cfr. C. VECCHIET, *Dall'essere alla persona. Contributo ad un'interpretazione fenomenologico-realistica dell'ontologia personalista di Antonio Rosmini*, in *Divus Thoms*, n. 2/2011.

⁵⁰ G. CAPOGRASSI, *Il diritto secondo Rosmini*, in *La vita etica*, cit., 761.

⁵¹ S. COTTA, *Persona*, cit., 71. Cfr. A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, cit., 519: «Preferisco il termine individuo a quello di persona perché il secondo è oggi troppo spesso usato in un senso per cui l'aspetto comunitario diventa del tutto prevalente. Del resto, questa preferenza è condivisa da molti; ricordo il Capograssi e due studiosi cattolici a lui strettamente associati, per affinità di esperienza morale, Sergio Cotta e Gabrio Lombardi».

⁵² G. FORNERO, *L'esistenzialismo come atmosfera culturale e filosofica*, in *Le filosofie del Novecento*, cit., 631-632. Cfr., anche per una ricostruzione storica, tra i tanti, N. ABBAGNANO, *Scritti esistenzialisti*, Torino, Utet, 1988, 503, per il quale è esistenzialismo ogni filosofia che si concepisca ed eserciti come analisi dell'esistenza, e P. PRINI, *Storia dell'esistenzialismo*, Roma, Studium, 1989.

(certamente non sempre intesa in senso tradizionale) e quindi dalla sua accettazione della finitudine⁵³.

Esistenzialismo nel senso di una filosofia che coincide con la vita, di una filosofia che all'idea di incomunicabilità e di inevitabile scacco dell'esistenza e alle visioni variamente immanentistiche, contrappone un realismo profondamente cristiano: «La verità [...] che i maestri del pensiero moderno si sforzano con ogni modo di nascondere a sé stessi e agli altri, è che la vita è infelicità, vista con gli occhi del loro sistema. La sola maniera per comprendere l'individuo è di vederlo traverso Dio. Solo vedendo Iddio si comprende l'individuo: e poiché noi in questo non possiamo che intravedere Iddio, così noi possiamo intravedere quell'abisso di pace e di infinito, che è l'individuo»⁵⁴.

Anche Teresa Serra ha parlato di esistenzialismo a proposito di Capograssi, partendo, opportunamente, dalla distinzione tra un esistenzialismo negativo di matrice heideggeriana e un esistenzialismo positivo di matrice cattolica che affrontano in modo diverso la questione teoretica e pratica dell'identità, dell'altro e della relazione (e quindi del significato del giuridico nella vita): nel primo si sottolinea l'estraneità della relazione e l'estraneità dell'altro e di conseguenza l'insignificanza e la valenza alienante eteronoma e inautentica del giuridico, nel secondo si esalta, invece, la strutturale coesistenza dell'esistenza e la centralità del diritto come una delle modalità della coesistenza stessa⁵⁵.

Emblematico di questo approccio esistenzialistico in senso lato, il suo intenso e appassionato, dicotomico e continuo dialogo con Leopardi, definito come «pallido, disperato amante di Dio», che «morì per aver troppo amato Dio e per non averlo trovato». E ancora: «Soltanto quando gli uomini sanno ritrovare Iddio, solo allora questa sequela di albe e di crepuscoli, di sole e di stelle, di nascita e di morte che chiamiamo vita, acquista un senso, prende una fisionomia, diventa una cosa degna di essere vissuta. Un nostro grande spirito, un grande poeta infelice, che è andato tutta la vita ramingando alla questua di Dio, e non l'ha trovato, ed è morto di disperazione e nella disperazione, chiedeva alla luna che cosa facesse in cielo, e poi chiedeva a sé stesso che cosa facesse sulla terra, e concludeva con disperata tristezza che a chi nasce è funesto il dì natale. Il

⁵³ G. FORNERO, *L'esistenzialismo come atmosfera culturale e filosofica*, cit., 638 ss., che aggiunge, «quanto si è detto spiega perché l'esistenzialismo, nel momento stesso in cui si collega a Kierkegaard, prenda le distanze da tutte quelle filosofie, non solo ottocentesche, ma anche novecentesche che: a) misconoscono la finitudine esistenziale. Identificando l'uomo con una qualche realtà assoluta (l'Io, l'Idea, la Natura ecc.); b) risolvono la singolarità dell'individuo in un processo impersonale o totalizzante (lo Spirito, la dialettica della Storia ecc.) nel cui ambito il problema del singolo cessa di avere importanza; c) ignorano le situazioni-limite dell'esistenza (la nascita, il dolore, la morte ecc.) e gli stati d'animo che le accompagnano (la paura, l'angoscia ecc.); d) usano la categoria della necessità come strumento interpretativo privilegiato, non rendendosi conto che l'unica categoria adeguata per descrivere l'esistenza è la *possibilità*; e) negano l'iniziativa e la scelta, riducendo l'esistenza a un momento necessario dello Spirito o a un veicolo altrettanto necessario di impulsi e di strutture; f) manifestano una concezione ottimistica del reale fondata sulla credenza nell'ordine perfetto del mondo e nel progresso infallibile della Storia, concepita, quest'ultima, come una linea ascendente di passaggi obbligati, mettenti capo a un risultato finale (la libertà, il comunismo ecc.) garantito da forze immanenti o trascendenti (l'Idea, la Provvidenza, la Dialettica, l'Evoluzione ecc.)».

⁵⁴ 13 G. CAPOGRASSI, *Pensieri a Giulia*, cit., nr. 1104. Cfr. E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit. 36 ss., per il quale le maggiori assonanze esistenzialistiche sono con gli esistenzialisti francesi che attraverso Pascal e Agostino aprono l'esistenza alla speranza riscoprendo, come Capograssi, Dio.

⁵⁵ T. SERRA, *Quid ius?*, cit., 154-155. Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit. e P. SAVARESE, *Il diritto nella relazione*, Torino, Giappichelli, 2000.

povero, grande Leopardi, che sapeva tutte le cose e tutte le scienze, tutta la poesia e tutta la filosofia, ignorava la scienza povera e infinita della Verità»⁵⁶.

Con tutte queste precauzioni si può avvinare Capograssi all'esistenzialismo in un senso molto generico soprattutto tenendo conto che «se ci proiettiamo in anni lontani, in cui ancora non era di moda, è giusto dire che l'antitesi di Capograssi a Croce è in nome dell'esistente contro lo storicismo»⁵⁷.

Alla fine, se proprio si vuole trovare una categoria nella quale meglio inquadrare, e sintetizzare, il suo pensiero, non resta che attenersi alle sue parole, e quindi parlerei di un realismo cristiano coerentemente sostenuto già dai primi saggi importanti; un realismo inteso come fenomenologia del presente, per dirla con Tessoro, come ricerca del concreto, dell'individuo nella vita quotidiana, come osservazione della realtà, come raccolta e descrizione dei fatti.

5. *La pedagogia della crisi: oltre il nichilismo*

Il diritto occupa, lo abbiamo accennato, un posto centrale nell'etica capograssiana. Il diritto non inteso positivisticamente o formalisticamente come un assetto insieme di norme e di istituti, ma come espressione della vita, come esperienza. Capograssi, come Rosmini, vede nel diritto l'uomo, la sua azione e, quindi, con Vico, la storia. La giuridicità, o meglio, l'esperienza giuridica, acquista, infatti, in Capograssi il significato di segno e di sintomo dello stato dell'umanità, la prova che l'individuo esiste e resiste⁵⁸. Ma, soprattutto, l'esperienza giuridica è la preparazione dell'esperienza morale, «sono la stessa esperienza etica, l'una richiama l'altra»⁵⁹; entrambe, esperienza giuridica ed esperienza morale, contribuiscono a dare il senso della sua filosofia pratica che è quello di un «esorcismo metafisico» contro la presenza del Male, che indica la morte spirituale e la perdita dell'identità dell'agente: la filosofia del diritto diventa la difesa dell'azione, della vita dell'individuo che agisce⁶⁰.

Questi temi troveranno occasione di riflessione in nuova prospettiva con l'emergere della catastrofe.

Capograssi è, infatti, il filosofo che meglio di altri ha descritto la crisi del secolo passato e del mondo contemporaneo, le tragedie e le miserie dei totalitarismi, ma che ha saputo anche individuare dei segni di speranza indicando all'individuo la necessità di essere se stesso, di non

⁵⁶ G. CAPOGRASSI, *Pensieri a Giulia*, cit., rispettivamente nr. 513, 462, 49. Cfr. M. D'ADDIO, *Capograssi e Leopardi*, in *Due convegni*, cit.

⁵⁷ A. DEL NOCE, *L'autorità come valore costitutivo del mondo umano*, cit., p. 559. Sul problema dello storicismo e dello storicismo in Capograssi, cfr. F. TESSITORE ...

⁵⁸ 7 Cfr. G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *Incertezze sull'individuo*, cit., 119.

⁵⁹ G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, cit., 45-46: «Lo Stato e il diritto mi ricordano che sono qualche altra cosa, oltre a quello che voglio essere [...] C'è qualche cosa che è più profonda di me. Sono uomo. Vale a dire, sono tutti i fini e tutti gli interessi che fanno umana la vita [...] Non c'è nessun lavoro intellettuale da fare, nessuna ricerca. C'è soltanto da resistere alle profonde tendenze che tenderebbero a gettarsi, e a fermare le correnti della vita, o nel piacevole o nell'utile o in uno degli altri fini costitutivi dell'umanità della vita e a subordinare tutti gli altri fini a quest'uno; e quindi, riportata l'anima nel proprio dominio, nel dominio di sé stessa, lasciarsi vivere secondo le inclinazioni della volontà, che vuole appunto vivere la vita nella totalità e nell'ordine dei suoi interessi e dei suoi fini umani. Perciò la morale è virtù e libertà [...] L'esperienza morale è proprio l'esperienza nella quale l'uomo vive nella pace della sua natura totalmente spiegata in tutte le sue forze e le sue direzioni».

⁶⁰ Cfr. V. FROSINI, *Capograssi: la struttura dell'esperienza giuridica*, cit., 593.

lasciarsi massificare e omologare, di preservare la propria personalità e dispiegare le proprie potenzialità di umanità, per evitare il pericolo, sempre latente del resto, della scissione tra individuo e individualità che impedisce il perseguimento della personalità e lascia, come vedremo, l'individuo in balia e nella disponibilità dei detentori del potere, che lo piegano ai propri fini, col rischio che l'uomo diventi «superfluo» secondo l'ammonimento sempre attuale espresso da Hannah Arendt⁶¹.

Inevitabile, quindi, il confronto col nichilismo e con il nichilismo giuridico di conseguenza, un confronto sempre presente nel pensiero capograssiano ma che assume toni più intensi «dopo la catastrofe».

Ci sono due momenti che segnano un primo e un dopo nel suo pensiero. Il primo, con una cesura davvero radicale, è quello dell'amore per Giulia e della riscoperta di Dio, come abbiamo visto, e che rappresenta del resto la sua prima reazione al nichilismo. Il secondo momento, in questo caso non in rottura con la sua precedente riflessione, ma come occasione per orientarla verso la sua piena maturazione e compiutezza e di proiettarla nel futuro, è dato dalla percezione, prima, e dalla constatazione, poi, della catastrofe. In questa prospettiva assume ancor più rilievo il suo confronto/scontro con Nietzsche e con le ragioni del nichilismo europeo. Ma inevitabilmente tutta la sua etica assume un tono decisamente diverso rispetto alla riflessione precedente⁶².

Questa fase del suo pensiero è aperta da un saggio del 1942, *Il significato dello Stato contemporaneo*, dove la registrazione della crisi in atto con la percezione della imminente catastrofe è in sintonia con la profezia di Nietzsche: «tuttavia vi era qualche osservatore che vedeva la fragilità di quella solidità e in mezzo a quella pace viveva come in una prossima certezza di catastrofe. Uno dei più chiaroveggenti è stato Nietzsche, che è uno di quelli a cui bisogna guardare per rendersi conto della storia interiore dei nostri tempi. Ora Nietzsche vide in questo mondo così apparentemente pieno niente altro che il vuoto, la mancanza, la totale assenza di cose credute e sperate, anzi la certezza che non c'è nessun valore e in definitiva che la vita non ha valore. Con quella sua sensibilità non si sa se di malato o di angelo Nietzsche vede il segreto nihilismo delle forze della storia e della cultura europea e prevede ed invoca la catastrofe»⁶³.

⁶¹ Sul pensiero della Arendt, anche per coglierne interessanti nessi con la filosofia capograssiana, cfr. T. SERRA, *Virtualità e realtà delle istituzioni. Ermeneutica, diritto e politica in Hannah Arendt*, Torino, Giappichelli, 1997. Sarebbe interessante approfondire i tratti di tangenza tra questi due pensatori, non classificabili in determinate scuole o correnti, sui temi del totalitarismo, della condizione umana e dell'agire.

⁶² Lo ha notato, con riferimento alla *Introduzione alla vita etica*, E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit., 47, per il quale la nuova concezione etica capograssiana è «molto più concreta e puntuale di quella precedente. Le pagine sull'aurora dell'azione, sullo stato come guerra, sul diritto come egoismo, sull'esperienza morale come ripugnanza e sulla società come oppressione, sono profonde novità che in buona parte discendono dalle sue nuove meditazioni. Mentre tutta l'ultima parte non è che una commossa risposta all'angoscia dell'individuo contemporaneo immerso in un contesto storico che minaccia di distruggerlo».

⁶³ G. CAPOGRASSI, *Il significato dello stato contemporaneo*, ora in *La vita etica*, cit., 1215-1216. Cfr. anche *Ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La vita etica*, cit., 571: «Solo qua e là dei poeti sentivano e testimoniavano il dolore nascosto sotto l'ordine di quella vita e solo un pallido mattoide sentì, come egli stesso disse, l'astrazione di quella vita e predisse un avvenire terribilmente concreto. Il quale è avvenuto, e ha fatto capire a noi posteri, che la crisi di quel mondo era proprio la mancanza di crisi». Cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista. Il nichilismo perfetto*, Torino, Giappichelli, 2006 e *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo Noia Globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2004, 41, per il quale «nella condizione contemporanea, la profezia filosofica di Nietzsche trova [...] un pieno compimento nel procedere tecno-scientifico», e il postumanesimo «registra l'affermazione della figura di uomo annunciata da Nietzsche nel trapasso verso il super-uomo, l'oltre-uomo, svelatosi il post-

Il nichilismo, così come tematizzato da Nietzsche⁶⁴, come pensiero del nulla, come venir meno della verità, dell'unità, del fine, del valore, della risposta al perché, spiega la catastrofe, spiega come è stato possibile considerare l'uomo un essere disponibile, malleabile, addomesticabile, annientabile, e spiega pure come è stato possibile che lo Stato e il diritto siano degenerati a strumenti di morte dopo che l'individuo nel corso della storia li ha concepiti invece per tutelare la sua vita. Il nichilismo giuridico è diretta conseguenza del nichilismo filosofico, e, giustamente, non è possibile «trattare compiutamente del nichilismo se non ci si interroga su quello giuridico», come non è possibile per il giurista «illustrare il nichilismo nel suo campo se non si cerca di elaborare una posizione complessiva sulla sua matrice e genesi»⁶⁵. Nichilismo giuridico è la constatazione del diritto ridotto alla pura forza, è l'affermazione del più rigido positivismo,

uomo, esito della pienezza del nichilismo, finora solo annunciato in profezie filosofiche ed oggi concretizzato e vissuto nella spiegazione scientifica dell'uomo» (36). Nella condizione attuale, qualificata da un processo di globalizzazione legato al convincimento che l'uomo sia «una entità spiegabile scientificamente», «si raggiunge così la pienezza del nichilismo giuridico [...] che senza differenze ontologiche accomuna l'uomo e il non-umano nell'ibridazione del biologico e del macchinale [...] L'uomo viene configurato come post-uomo, entità omogenea alle cose ed ai viventi non umani, che non istituiscono il diritto, non esercitano la terzietà del giudizio giuridico e certo non sono giudicati secondo norme istituite dal terzo legislatore» (11). Quindi la principale conseguenza è il venir meno del nesso tra diritto e libertà dell'uomo.

⁶⁴ A livello introduttivo, F. VOLPI, *Il nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2009 e V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012. Per i necessari approfondimenti, la trilogia (pubblicata da Armando Editore) di V. POSSENTI, *Nichilismo e metafisica. Terza navigazione* (2004), *Il realismo e la fine della filosofia moderna* (2016), *Ritorno all'essere. Addio alla metafisica moderna* (2019); K. LÖWTH, *Il nichilismo europeo. Considerazioni sugli antefatti spirituali della guerra europea*, Roma-Bari, Laterza, 1999 e, naturalmente, M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 2003. Sul 'problema' della interpretazione di Nietzsche, cfr. J.P. FAYE, *Il vero Nietzsche. Guerra alla guerra*, il melangolo, 1998. Sono tante le pagine nicciane di Capograssi da dove emerge l'attenzione per un filosofo non facile da maneggiare in quel tempo. Capograssi ne riconosce la grandezza e l'importanza anche per la filosofia giuridica oltre alla acutezza profetica nel cogliere la catastrofe. Resta naturalmente la siderale distanza tra una concezione del nichilismo che, attraverso l'annuncio della 'morte di Dio', sostiene la fine della metafisica occidentale e quella di chi, come Capograssi, riscopre la fecondità di quella metafisica anche se allora (come oggi) lacerata dal nichilismo nelle sue varie forme. Per rappresentare questa distanza mi sembra significativo ricordare le due diverse letture del tema della compassione. In Nietzsche la compassione, così come elaborata dall'etica cristiana, non è altro che la negazione della vita poiché essa «ostacola in grande misura la legge dell'evoluzione, che è la legge della selezione» e quindi «da compassione è la pratica del nichilismo» (F.W. NIETZSCHE, *L'Anticristo*, Sant'Angelo di Romagna, Rusconi, 2010, 7-8). Per Capograssi, invece, proprio il venir meno o l'abolizione del sentimento cristiano della compassione è indizio per cogliere il nichilismo che ha generato la catastrofe: «rare volte ha accaduto che l'uomo sia stato posto alla mercé dell'altro uomo così completamente in esperienze così razionalmente organizzate ad hoc. In questa posizione di dominio assoluto dell'uomo sull'uomo, senza timore di nessuna forza umana (sparito il timore di Dio, che solo poteva trattenere la creatura scatenata nella sua feroce voluttà di sangue), l'uomo ha freddamente trattato la tortura, il dolore, l'agonia dell'altro uomo come un'impresa industriale [...] Bisogna forse concludere che la compassione non è nella storia dell'animo umano un punto di partenza ma un punto di arrivo. Arrivare alla compassione è insomma, per lo meno in germe, arrivare alla carità: cioè al culmine della vita morale, in cui, bisogna dire di fronte alle terribili esperienze attuali, l'umanità misteriosamente supera sé stessa» (G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 491). Tutto ciò perché Capograssi è ben consapevole del significato profondo della compassione ai fini della costruzione del rapporto umano, emblematicamente e universalmente rappresentato da Lucia e dall'Innominato: «il rapporto di oppresso e oppressore, di schiavo e di padrone, è veramente la nascita del rapporto umano; non in quanto tale (in quanto tale è la negazione del rapporto umano), ma solo in quanto nasce la pietà nell'uno e nell'altro dei poveri protagonisti del povero dramma». Pietà che sorge solo con l'invocazione di Dio (e cioè col contrapporre alla forza dell'oppressore un'altra forza) che genera una pretesa di misericordia che crea il rapporto umano (G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, III, cit., 164-165). Sulla cosiddetta "dialettica schiavo-padrone", discutendo le tesi di Hegel e Kojève, è ritornato, poco prima di morire, R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna, il Mulino, 2019, 175 ss., a cui si rinvia per le opportune puntualizzazioni teoriche.

⁶⁵ V. POSSENTI, *Il nichilismo giuridico*, cit., 14. Per questo autore «il nichilismo giuridico è un affare della tarda modernità e della postmodernità, quando il razionalismo moderno si è rovesciato in sfiducia nella ragione: in tal modo il soggetto si è trovato a non avere più una sua terraferma su cui posare i piedi. Quella stessa ragione che riteneva di poter trovare il fondamento di tutto, di illuminare con la sua luce l'intero, ora indietreggia e si limita all'indifferenza verso il significato e la ricerca del vero» (10).

dell'esclusivo e totale dominio della volontà umana che produce le norme dal nulla (e che nel nulla possono essere ricacciate)⁶⁶.

È stato sostenuto da diversi autori che la filosofia capograssiana rappresenti oggi una risposta al nichilismo e che Capograssi ci sia in qualche modo contemporaneo⁶⁷; è stato sostenuto che egli, attraversando le ragioni del nichilismo, ne arrivi al superamento compiendo un percorso che da Nietzsche riporta ad Hegel, un percorso cioè «non da Hegel a Nietzsche, per dirla alla Löwith, non secondo il piano inclinato della deriva della modernità che culminerebbe con Hegel, per poi giungere al nichilismo attraverso Schopenhauer, Marx, Nietzsche e Heidegger e gli irrazionalismi dei diversi colori»⁶⁸. In altri termini, secondo questa tesi, grazie al suo mai dimenticato idealismo, almeno sottoforma del metodo della dialettica hegeliana⁶⁹, Capograssi ha potuto attraversare il nichilismo superandolo.

Naturalmente è pienamente da condividere la tesi che la filosofia capograssiana rappresenti, ancora oggi, una delle risposte più efficaci al nichilismo ma, mi sembra, che Capograssi segua un percorso diverso, tutto interno a quel pensiero cattolico a cui facevo riferimento nelle pagine precedenti. È l'apertura verso la speranza, verso l'infinito, verso Dio e sul piano giuridico verso la dimensione rosminiana del diritto come persona a far uscire dal nichilismo. Per questo assumono rilievo centrale i saggi scritti dopo il 1942 e in particolare il fondamentale *Il diritto dopo la catastrofe* del 1948 (ed è un vero peccato che Capograssi non abbia potuto completare quella risistemazione della sua filosofia del diritto a cui stava lavorando negli ultimi tempi, come invece era avvenuto sul piano della morale e della politica⁷⁰). Questa nuova prospettiva aiuta a superare alcune obiezioni sul suo tentativo di superare il nichilismo, in particolare penso alla ricostruzione critica fatta da Natalino Irti.⁷¹

⁶⁶ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 7. Il giurista marsicano, come è noto, ha riflettuto a lungo sul nichilismo giuridico. Da ricordare, tutti editi da Laterza, *Il salvagente della forma* (2007), *Diritto senza verità* (2011) a cui ha fatto seguito, *L'uso giuridico della natura* (2013), dove ha sviluppato anche i temi emersi nel suo ormai celebre dialogo con Emanuele Severino (*Dialogo su diritto e tecnica*, del 2001).

⁶⁷ G. MARINO, *Analisi azione diritto uomo comune*, cit., 155.

⁶⁸ A. LUONGO, *Capograssi e la critica del nichilismo europeo. Da Nietzsche a Hegel*, Torino, Giappichelli, 2013, 12. Questo autore ricorda, a tal proposito e da altro punto di vista, la posizione di Bruno Montanari, allievo di Cotta, che misura la distanza tra Capograssi e il suo maestro proprio facendo riferimento a questo mai sopito idealismo. In definitiva, Capograssi non si sarebbe liberato fino in fondo del modello dialettico e «la conseguenza è tale per cui l'indipendenza dell'individuo dallo Stato e il radicamento del diritto nell'esperienza esistenziale dell'individuo finiscono per avere rilievo filosofico e giuridico come momenti di un processo dialettico il cui esito riconciliativo è nel primato dell'ordinamento giuridico (o, anche, della loro possibile pluralità) che attribuisce significato sociale e comune all'individuo come soggetto di diritto» (B. MONTANARI, 'Soggetto umano-soggetto giuridico'. *Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*, in *Teoria e Critica della Regolazione sociale*, Quaderno 1, *Il senso del diritto. Ricordando Sergio Cotta*, Università di Catania, 2008). Per un altro allievo di Cotta, F. D'AGOSTINO, *La filosofia del diritto in Italia negli ultimi settanta anni*, cit., la distanza tra i due filosofi è data dal fatto che in Capograssi non si compie il passaggio alla dimensione ontologica per ancorare la dimensione giuridica e quindi la sua resta una antropologia originale ma «eterea» nelle sue configurazioni dottrinali.

⁶⁹ A. LUONGO, *Capograssi e la critica del nichilismo europeo*, cit. Ma ricordo di contro la tesi di I. MANCINI, *Suicidio e preghiera (teologia del paradossale in Giuseppe Capograssi)*, in *Due convegni*, cit., p. 943, secondo cui «nessuno ha recitato più di lui il *de profundis* per la dialettica [...] che gli pare una riconciliazione solo a parole e per nozioni, mentre a lui preme di salvare l'azione e la sua vitalità».

⁷⁰ E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, cit.

⁷¹ N. IRTI, *Il nichilismo giuridico*, cit., 109, per il quale la formula esperienza giuridica contiene inganni e leggerezze e Capograssi non riesce a superare il nichilismo ma ne rimane inevitabilmente legato: «Capograssi fa confluire unità totalità razionalità dell'esperienza, chi vuole un'individua e concreta azione vuole insieme il tutto. La volontà è sempre volontà del tutto [...] la volontà totale è rivelatrice, non già di una verità eterna, ma di un assetto storico: il valore si risolve nella forza di società e *suum*, di sovranità e proprietà [...] La mistica interiorizzazione della volontà legislativa nella volontà individuale, che così impara il

Ma seguiamo il discorso capograssiano.

Come è stata possibile la catastrofe? Alla radice della crisi c'è per Capograssi l'affermazione di una particolare e falsa concezione dell'umanità secondo la quale essa «non ha valore per sé: l'individuo non è (più) un essere intelligente e morale che ha una legge e una sua verità: non è che un astratto paradigma di forze, un'astratta capacità di obbedienza, una forza puramente passiva»⁷², che ha valore solo se e in quanto funzionale ad uno scopo prefissato e imposto dal gruppo dominante. Un individuo, insomma, privato della sua individualità e diventato un essere di cui avere la piena disponibilità.

Corollario drammaticamente dirompente di questa tesi è la convinzione che non tutti gli uomini sono uguali con buona pace del secolare travaglio con cui si stava cercando di affermare la verità cristiana secondo la quale, invece, «ogni uomo è uomo». Da qui alle conseguenze che ci hanno fatto capire la portata della catastrofe il passo è breve: chi non partecipa allo scopo è un *quid facti* dannoso da sopprimere; l'individuo può essere plasmato in quanto essere disponibile soprattutto perché il processo di disindividualizzazione si compie non facendogli vivere la vita che vuole e non facendolo pensare in modo autonomo; si dà vita ad «un mondo sociale di secondo grado» per questi individui la cui umanità è ridotta a passività; si crea quindi una nuova morale che mette da parte il vecchio precetto di non fare male all'altro e, con conseguenze che si proiettano ai nostri giorni⁷³, ci si avvale di una tecnica che ha sviluppato sempre più la sua sofisticata potenza distruttiva diventando strumento di dominio, verso gli uomini e verso la natura. E proprio l'alleanza tra scienza e tecnica, che conduce in realtà alla consacrazione della supremazia della tecnica, è la conseguenza dell'affermazione della «rivoluzione del nichilismo» che fa della tecnica non uno strumento di progresso ma di dominio.

Ma come è stato possibile che questa falda idea si sia potuta annidare, quasi «banalmente»⁷⁴, in così tanti uomini? È stato possibile perché «qualche cosa manca nella vita e nell'animo di molti nostri contemporanei per cui, in questo stato di carenza, è stato possibile l'introdursi e il diventare valida nell'azione e nella pratica, di una tale idea dell'uomo, che nega l'uomo [...] il punto centrale della crisi è una carenza, ma in questo appunto consiste il male, in un venir meno del positivo della vita, e quindi in un rimanere la vita fondata sul vuoto [...] e con tutto il mondo dell'essere, è colato a picco Dio che lo creava lo ordinava gli dava le sue leggi e il destino e lo garentiva»⁷⁵.

In questo vuoto ha potuto agire lo Stato, o meglio i gruppi che se ne sono impossessati utilizzandolo come mezzo e che hanno perseguito i loro fini utilizzando come strumento il diritto,

valore del proprio volere, si denuda, e si scopre obbedienza, soggiacere di una ad altra volontà. L'appello alla esperienza giuridica serve soltanto a nobilitare una forza della volontà, a nasconderla come volontà ed a rappresentarla come verità».

⁷² G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 483.

⁷³ M. SIRIMARCO, *Percorsi di filosofia della crisi ecologica*, Roma, Edizioni Nuova Cultura, 2012.

⁷⁴ G. CAPOGRASSI, *Significato dello stato contemporaneo*, cit., 1228: «nulla di più orribile della 'banalizzazione' che ha subito l'individuo moderno, perduto nei futili sogni del benessere e dell'aspra ascesi del guadagno o della superbia di che crede di aver creato il mondo».

⁷⁵ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 493. E questo vuoto va riportato a un fatto che Nietzsche, «profeta della catastrofe», aveva previsto: «da rivolta dell'istinto, dell'incoscienza, dell'oscuro, dell'immaturo, del violento contro tutte le cose opposte a queste, si può dire contro la ragione il pensiero lo spirito la moralità. Entrato l'uomo nella sfera dell'istinto, dell'oscuro tendere, del torbido aspirare, tutto quello che è pensiero idea fede nell'invisibile, destino e valori fondamentali della vita e quindi Dio, sono caduti. E al loro posto sono subentrate forze naturali o pseudo-forze naturali assolutezzate o deificate» (494). Prima tra tutte la razza ...

diventato pertanto mezzo del mezzo. Lo Stato, perdendo il suo ruolo di *moderamen* contro la deriva assolutistica del potere, ha trovato questo vuoto e «si è insediato in esso: ha trovato l'individuo disoccupato e l'ha occupato attirandolo nella sua azione ma soprattutto [...] esso si è accorto che questo nihilismo della coscienza moderna portava il nihilismo della vita sociale, questo vuoto si traduceva in un vuoto sociale, nella società come vuoto, nella quale il vincolo sociale era cessato»⁷⁶. E quindi interviene un fatto nuovo rispetto al mondo moderno che Capograssi vede come uno dei tratti essenziale dello Stato contemporaneo e cioè lo Stato si pone come creatore del mondo sociale sostituendosi alle libere determinazioni dell'individuo: «lo Stato anteriore lasciava fare, nel senso che supponeva la società, supponeva la costruzione della realtà sociale misteriosamente elaborata nel segreto e nell'inconscio dell'esperienza concreta, lo Stato contemporaneo riprendendo l'opera proprio alle origini, pretende di scoprire le origini, di sorprendere il mistero delle fonti [...] si impianta nel mezzo del mondo concreto come intelligenza e volontà e disegna i piani della Storia».⁷⁷ Ma, diventato strumento di quelle forze, lo Stato perde la sua essenza e diventa mero strumento, puro apparato coattivo, mera esterioresità: «nell'atto stesso dell'esaltarlo, del porlo come assoluto di fronte all'individuo, le forze storiche hanno ridotto lo Stato a puro apparato coattivo, cioè lo hanno rilevato per quello che è, quando nessuna legge di verità lega gli uomini: gruppi di uomini che cercano di piegare ai loro disegni gli altri uomini»⁷⁸.

E il diritto? Che ne è del diritto nella crisi? Perché l'ordinamento, pensato per essere la difesa della vita, non è stato in grado di arginare la catastrofe? Lo abbiamo accennato, il diritto diventa mezzo del mezzo, «e qualunque scopo che un gruppo dominante impone alla vita diventa diritto [...] Il diritto è proprio la politica della forza [...] non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità. Il diritto è lo scopo che vince nella storia. Il diritto è la forza»⁷⁹.

Questo snaturamento del diritto rispetto alla sua originalità è iscritto, costitutivamente, in un falso principio che caratterizza il diritto moderno, cioè che esso sia fondato sulla volontà dello Stato sovrano. Falso principio che ha dimostrato la sua carica dirompente quando lo Stato non si è posto più come rappresentante della società ma ha preteso di essere il creatore del mondo sociale. E le idee di sovranità, di libertà, di legge e di esperienza giuridica ne sono uscite radicalmente trasformate. La sovranità è stata concepita sempre più come sovranità assoluta; la libertà intesa solo come l'esiguo spazio che la legge statale lasciava alla autonomia dell'individuo e delle formazioni sociali; la legge giuridica ridotta a volontà onnipotente e onnipresente di coloro che detengono lo Stato, e tutta la esperienza giuridica è diventata terreno delle invenzioni della politica perdendo ogni legame «con i principi e i fini costitutivi della coscienza e del mondo umano della storia»; ecco perché «la vera crisi è che la vita è senza ordinamento giuridico, e

⁷⁶ G. CAPOGRASSI, *Il significato dello Stato contemporaneo*, cit., 1216. Sulla idea dello Stato come *moderamen* cfr. G. CAPOGRASSI, *Considerazioni sullo Stato*, in *La vita etica*, cit.

⁷⁷ G. CAPOGRASSI, *Il significato dello Stato contemporaneo*, cit., 1217-1218.

⁷⁸ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 498.

⁷⁹ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 499-500.

l'ordinamento giuridico è senza vita»⁸⁰. Ecco, appunto, il nichilismo giuridico se con nichilismo giuridico si intende una concezione del diritto che riconduce l'essenza della giuridicità alla forza con la sola garanzia della forma, del salvagente della forma per dirla con Irti.

Per uscire dal nichilismo non c'è altra via che «reintegrare nell'ordine giuridico la vita umana il tutto il suo effettivo contenuto», come ha cercato di fare la Dichiarazione dei diritti dell'uomo, riscoprire il nesso tra diritto e libertà che non è altro che «il principio di lasciare che la vita si svolga secondo la profonda verità del suo destino» per permettere all'individuo «di adeguare perfettamente e rendere attuale l'umanità potenziale ed implicita che è nella sua vita».

E in questa visione, il faro è naturalmente Rosmini con la sua affermazione che la persona, cioè l'individuo nella pienezza della sua individualità, è il diritto. E mi sembra che Rosmini sia sempre più presente in questo itinerario dell'ultimo Capograssi anche e soprattutto rispetto alla intenzione accennata di rivedere, in una sorta di descrizione o topologia, la sua filosofia dell'esperienza giuridica «dopo la catastrofe» e di fronte alla dimensione del potere politico e del potere della tecnica. Negli *Appunti sull'esperienza giuridica*, scritto incompleto e poco studiato, ma straordinariamente importante, nella prospettiva indicata, la visione del giuridico di Rosmini è alla base della idea sulla intrinseca connessione del diritto con l'economia e la morale e di quella definizione del diritto come «ordinamento universale perché affermazione universale di giustizia» (da qui anche la sua attenzione crescente per il tema dei diritti dell'uomo⁸¹) perché solo quando l'individuo è visto nel suo rapporto con l'assoluto il diritto «diventa la persona stessa cioè questa attività dell'individuo diretta all'assoluto, illuminata dalla verità, chiamata alla felicità, in relazione di partecipazione e di amore con tutto l'essere e quindi tale che diventa inviolabile la sua attività, inviolabile ogni rapporto che lo lega alle cose, inviolabile la sua attività diretta al suo destino»⁸².

6. Capograssi nostro contemporaneo

Ma i pericoli per l'individuo non sono cessati, la crisi è ancora in atto, in forme e modalità diverse e Capograssi ne percepisce i sintomi in alcune pagine fortemente premonitrici dei suoi saggi della maturità, dove parla della società di massa, della invadenza della tecnica e dell'automatizzazione della vita umana, della distrazione dell'individuo rispetto ai bisogni fondamentali, della necessità per l'individuo del suo legame con la vita della terra e degli altri

⁸⁰ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., 503 ss.: «quando lo Stato, rigettati da sé questi fini e questi valori, ha preso e posto effettivamente la sua pura e nuda volontà, il suo assoluto arbitrio come diritto, come il diritto, l'ordine giuridico ha perso ogni fondamento; è apparsa l'inconsistenza di questo ordinamento giuridico fondato sopra un puro fatto». Cfr. altri due fondamentali saggi di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952) e *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in *La vita etica*, cit.

⁸¹ G. CAPOGRASSI, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e il suo significato* (1950), ora in *La vita etica*, cit.

⁸² G. CAPOGRASSI, *Appunti sull'esperienza giuridica*, in *Opere*, cit., III, 439-440. Questo recupero della filosofia rosminiana per uscire dal nichilismo, nelle diverse forme assunte nel corso del Novecento, è al centro del tentativo portato avanti con notevole sforzo teoretico da Augusto Del Noce, indubbiamente una delle figure filosoficamente più importanti nel panorama italiano del Novecento, in diversi scritti tra cui il capolavoro *Il problema dell'ateismo*, cit. Cfr. F. MERCADANTE, *Rosmini, Augusto Del Noce e la filosofia cristiana nel XXI secolo*, in *Da Cartesio a Rosmini, da Vivo a Del Noce. Saggi su Augusto Del Noce nel trentesimo anniversario della scomparsa*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3-4/2019 (a questo doppio numero monografico si rinvia per una ricostruzione del pensiero di Del Noce ad opera dei suoi più autorevoli studiosi e allievi).

esseri⁸³. Ritornano in queste pagine un tema e una preoccupazione. Negli ultimi giorni della sua esistenza terrena, alcune sue pagine e diverse testimonianze, confermano come egli fosse tormentato dal tema della frivolezza e soprattutto da tutte le sue conseguenze sul piano della vita etica, a partire, ed ecco la preoccupazione, dal rischio concreto che l'individuo possa distrarsi dai bisogni essenziali, i soli che lo spingono a perseguire la sua individualità: e senza questa tendenza all'individualità l'individuo rischia di essere più facilmente preda delle più o meno nuove forme di totalitarismo⁸⁴.

Al di là delle implicazioni teoretiche lucidamente toccate in quanto parte di quella visione nichilistica a cui abbiamo accennato (e che meriterebbero ben altro spazio di trattazione)⁸⁵, Capograssi, vichianamente, vede in questi segni un vero grande rischio che si possa ripetere nella storia l'affermazione di quelle false idee dell'umanità e della vita che procedono proprio dal privare l'individuo della sua individualità.

Il vero rischio per l'individuo è la passività, l'inerzia, la non partecipazione. Il vero rischio è che da protagonista della storia e del mondo l'individuo si trasformi in un suo ospite; un ospite marginalizzato, automatizzato e robotizzato, asservito ad un potere che si costituisce sempre più lontano dalla realtà esistente concentrando tutta la sua forza nel creare un consenso senza controllo da parte dei cittadini. L'uso acritico della tecnologia, il diffondersi della virtualità e

⁸³ G. CAPOGRASSI, *Agricoltura diritto e proprietà*, in *La vita etica*, cit. Su questo saggio, cfr. M. SIRIMARCO, *L'unione delle vite. Spunti capograssiani su diritto e vita*, in ID., *Percorsi di filosofia della crisi ecologica*, cit.

⁸⁴ In uno dei suoi capolavori, *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, III, il tema è trattato nel capitolo finale significativamente intitolato *Suicidio e preghiera* si legge: «Questi divertimenti dell'individuo, il diventare elemento di un meccanismo crudele e gigantesco, il distrarsi nelle avventure del gioco e della guerra, non sono che un resistere alla tentazione di disperare del finito, un allontanare il momento della disperazione [...] In sostanza quale è il segreto di questi sistemi se non questo, di cercare di far dimenticare all'individuo sé stesso? [...] In sostanza tutto il segreto è di far cessare l'individuo di essere individualità vivente, di essere secondo la vecchissima parola, così desueta, così dimenticata e perfino così derisa, un'anima, e di farlo diventare una funzione, oppure un complesso di atti, secondo la definizione dell'individuo dato dalle filosofie moderne, le quali interpretavano perfettamente così (ma non lo sapevano!) lo spirito e il sistema dei divertimenti odierni». Se a questo, aggiungiamo con Capograssi, un sistema politico che deresponsabilizza l'individuo rispetto ai problemi del vivere comune (che è alla base della crisi delle odierne democrazie rappresentative) «il divertimento è quasi perfetto» (146). Un'emozionata, oltre che autorevole testimonianza, di questi interessi dell'ultimo Capograssi, cfr. S. SATTÀ, *op. cit.*, 427: «Giunto alla fine si accorse che questi [eguaglianza, amicizia, speranza] erano i bisogni dell'individuo serio, mentre esiste anche l'uomo frivolo e ha i suoi non meno fondamentali bisogni. Subito gli apparve l'urgenza di studiare con assoluta serietà questi bisogni, e fedele al suo metodo si tuffò nella contemplazione della vita frivola, si mise ad ascoltare alla radio i reso-conti delle partite di calcio, si fece portare le riviste a rotocalco, interrogò coloro che vivevano nel mondo, e poiché la frivolezza non è solo in queste cose, ma anche nelle opere apparentemente serie che si presentano come opere di scienza, si mise ad analizzare queste opere».

⁸⁵ Questa società dei divertimenti maschera uno degli aspetti più drammatici (e folli), oltre che filosoficamente più complessi, del nichilismo così come magistralmente enunciato da Nietzsche nella teoria dell'eterno ritorno, visto infatti come la forma più estrema di nichilismo. E cioè questa società poggia sull'idea che la vita del tempo sia l'unica realtà e «poiché è unica è essa stessa eterna» con le drammatiche (e insostenibili per dirla con Milan Kundera) conseguenze che Capograssi coglie in una delle sue pagine più belle su Nietzsche: «Tutto è già stato e sarà ancora come è già stato. Qui la disperazione diventa l'essenza stessa delle cose, poiché tutto si risolve qui in un movimento essenzialmente inutile, che non porta a nulla, che non finisce mai di muoversi e di essere inutile. E allora accade l'invitabile, per questo individuo che ha visto lucidamente l'essenza della vita. L'individuo si adegua all'universo che ha scoperto. Questo universo come un folle si muove in un automatismo infinito ed inconcludente, e l'individuo assume la stessa forma dell'universo. E Nietzsche ci dà con tutto sé stesso, con il santo sacrificio di sé stesso, l'esempio dell'individuo eroicamente coerente con la coscienza, che ha del suo destino e del destino universale della vita. La sua pazzia, prima di essere una malattia, è la profonda soluzione che dà con tutto sé stesso, con la sua vita stessa al problema della vita. Si andava cercando questo eterno nel tempo, e si ottiene. Come la vita universale si muove in un continuo moto di distruzioni e di rifacimenti che saranno distrutti, che è tutta la sua sete e tutto il suo fine, così la vita individuale si converte nell'almanaccare del folle, nel ritornare perenne del maniaco sulla stessa idea, che è come la vita sorda e soffocata della pianta» (G. CAPOGRASSI, *Introduzione alla vita etica*, cit., 152). Follia, diversa dalla sana follia del cristianesimo, e suicidio, dunque, in luogo della via della preghiera (e di Cristo) la sola che conduce alla pienezza della vita etica.

l'affermarsi di una globalizzazione senza globalismo nascondono, infatti alcuni grandi pericoli: il rischio del dissolvimento della vita nell'apparenza della vita, della riduzione all'immagine e dell'allontanamento dalla realtà⁸⁶.

Una simile condizione dell'uomo contemporaneo comporta conseguenze dirompenti sul piano della politica, intesa come la intendeva Hannah Arendt, che non a caso guarda alla *polis* greca, come luogo di incontro, di confronto, di partecipazione. Le conseguenze sono la progressiva spoliticizzazione e de-responsabilizzazione del cittadino verso la sfera pubblica, la degenerazione degli istituti rappresentativi, il venir meno della reciprocità democratica che deve caratterizzare il corretto rapporto fra governati e governanti⁸⁷. La conseguenza è la politica abbandonata alla sola logica del potere «che non vede altro che questo, e perciò fa suoi mezzi non solo gli individui, sopprimendoli come ostacoli, ma principi idee verità che vuota di ogni valore e riduce a pure immagini verbali»⁸⁸.

Capograssi era consapevole di molti di queste tematiche che sono oggi al centro della riflessione giuridica e politica: «Il pericolo è che invece di prendere la via lunga di portare l'esperienza così automatica com'è ad arricchire la vita spontanea ed intangibile dell'individuo [...] si voglia portare l'individuo alla vita automatica dell'esperienza, renderlo omogeneo all'automatismo dell'esperienza organizzata; si voglia invece di umanizzare l'esperienza, automatizzare l'individuo [...] sopprimere, rendere impossibili, spegnere le profonde vocazioni umane dell'individuo, quelle che hanno dato vita a tutte le invenzioni e alla sfere concrete della vita storica, dall'economia alla religione, che sono quelle che ne fanno un essere intelligente morale e libero, fonte di tutte le novità le scoperte e le imprevedibili creazioni della storia»⁸⁹.

La via da seguire per l'individuo è quella di vivere la vita pazientemente e secondo le idee che fanno l'umanità della vita secondo quel modello universalizzato da Renzo Tramaglino, contrapposto al dottor Faust (che pretendendo di portare in termini assoluti la vita relativa è costretto a scendere a patti con demonio) o al 'superuomo' di Nietzsche (come il solo capace di sopportare il pensiero terribile dell'eterno ritorno e che supera l'uomo tradizionale nella prospettiva della trasvalutazione di tutti i valori).

Il protagonista della storia resta sempre, e la catastrofe lo conferma nella sua paradossalità, l'individuo. L'individuo comune, anonimo, statistico, perduto nella folla dei nostri tempi, ha un nome, è Renzo Tramaglino, «l'uomo ateoretico, che non conosce altro che il suo povero sogno di fondare una famiglia, e invece di chiedere aiuto al demonio lotta col demonio invoca contro di lui l'aiuto degli uomini e con parole che gli uomini non capiscono l'aiuto di Dio, e resta fedele

⁸⁶ M. SIRIMARCO, *Ancora su apocalittici ed integrati: ovvero tra Hermes e Narciso*, in ID. (a cura di), *Informatica diritto e filosofia*, Roma, Aracne, 2007.

⁸⁷ Cfr. T. SERRA, *La democrazia redenta. Il cammino senza fine della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2001, che ha dedicato tanti lavori a questi temi come ho ricostruito e discusso nel mio, *Democrazia e tecnologia (nella filosofia giuridica e politica di Teresa Serra)*, in G. SORGI - P. SAVARESE (a cura di), *Filosofia politica e diritto: questioni di confine. Scritti in onore di Teresa Serra*, Milano, Franco Angeli, 2017.

⁸⁸ G. CAPOGRASSI, *Considerazioni sullo Stato*, in *Opere*, III, cit., 346.

⁸⁹ C. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 118.

alla sua vocazione e ottiene che tutta la storia si muova ad aiutarlo in questa opera che crea il mondo umano della storia»⁹⁰.

Capograssi era altresì consapevole, ed anche questo lo rende nostro contemporaneo, che, a differenza di tanti odierni cantori di sciagure, la crisi, pedagogicamente intesa, contiene anche elementi di speranza: «è necessario avere la follia o la stoltezza di essere persuasi, che ognuno di noi può e perciò deve trasformare il mondo; che ognuno di noi, che uno qualunque di noi può, se riesce a salvare l'umanità in sé stesso, a realizzare pienamente l'umanità in sé, a vincere veramente il male, a credere veramente in Dio, può salvare la storia; salverà la storia. La vecchia Europa, in quella parte donchisciottesca di essa, che costituisce veramente la sua grandezza, non è stata altro che questa follia [...] manteniamoci fedeli a questa follia»⁹¹.

ABSTRACT

Questo saggio affronta alcune delle tematiche essenziali della filosofia di Giuseppe Capograssi cercando innanzitutto di chiarire la sua particolare, originale e solitaria, concezione, difficilmente inquadrabile nelle correnti di pensiero del suo tempo. Una volta tratteggiato, seppur a grandi linee, il suo realismo cristiano, o fenomenologia del presente, si discute dell'attualità della sua etica che ha saputo cogliere, nel passaggio dallo stato moderno allo stato contemporaneo, i tratti di una crisi che è ancora presente, in forme e modalità diverse. In particolare, il pensiero del grande filosofo può essere di aiuto per affrontare alcune questioni teoretiche e pratiche attuali, soprattutto sul terreno della riflessione filosofica sul diritto di fronte alle sfide lanciate dal nichilismo giuridico.

This paper addresses some fundamental issues of Giuseppe Capograssi's philosophy and tries to clarify his specific, original and solitary conception which is distinct from the schools of thought of his time. Having described his christian realism, or phenomenology of the present, albeit in broad terms, the paper discusses the modernity of his ethics which, in the transition from the modern State to the contemporary one, has captured the elements of a crisis that is still present in different forms and modalities. Particularly, the thought of the great philosopher can help to tackle some current theoretical and practical questions, especially in the field of the philosophical reflection on how the law has to face the challenge posed by the juridical nihilism.

⁹⁰ G. CAPOGRASSI, *Significato dello Stato contemporaneo*, cit., 1225-1226. Per una riflessione sulle presenze manzoniane in Capograssi, cfr. S. ACCARDO, *Capograssi e Manzoni*, Milano, Giuffrè, 1993. E i *Promessi sposi* lo accompagneranno negli ultimi suoi giorni di vita.

⁹¹ G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 121 e, sulla incredibile follia della religione cristiana, il capitolo *Suicidio e preghiera*, in *Introduzione alla vita etica*, cit., 131 ss. Cfr. V. FROSINI, *Un dialogo con Capograssi*, in ID., *Saggi su Kelsen e Capograssi*, Milano, Giuffrè, 1988, che ricorda alcuni frammenti di una delle sue ultime conversazioni con il grande maestro un'altra delle sue straordinarie suggestioni letterari: «Don Chisciotte è ritenuto folle, ma la sua è una santa follia, perché è proprio la follia dei santi; è, cioè, la credenza nell'ideale, la fede, la contraddizione e il paradosso della vita. Don Chisciotte è salvo perché crede; e finché crede, egli è Don Chisciotte, e non un qualunque hidalgo di provincia [...] Don Chisciotte è in realtà il vero eroe dello spirito, che porta la croce della sua unicità, che è solo con se stesso, anche se scortato da Sancho».



Enrique Guillén López*

Un pequeño ensayo sobre un gobierno de coalición gobernando en tiempos de incertidumbre**

SOMMARIO: 1. Una cuestión primordial: los fines del estado. – 2. Estado, sociedad y pandemia. – 3. Los derechos. – 4. Gobierno. Cuestiones de legitimidad. Gobierno de coalición. – 4.1. El gobierno. Una contextualización. Crisis del estado social. Partidos precarios y gobernanza. – 4.2. El gobierno de coalición y la oposición. – 5. Gobernar. – 5.1. Gobierno, saber e incertidumbre. – 5.2. La necesidad de actuar. – 5.3. Gobierno vs. Gobernanza. – 5.3.1. Gobernar la crisis. – 5.3.2. Gobernar la crisis como una oportunidad. – 5.3.3. Gobernar y juzgar. – 5.3.4. Gobernar y cogobernar. – 6. Conclusiones.

1. Una cuestión primordial: los fines del estado

El punto de partida de este análisis es la pandemia del Covid-19 que ha golpeado en nuestro mundo de una manera muy importante. No cabe cifrar su impacto solo en sus consecuencias inmediatas y más dolorosas (el número de víctimas que ha dejado¹) sino en el modo en que está obligando a revisar nuestra forma de relacionarnos, de entendernos².

En particular, en el modelo jurídico-político que compartimos ha tenido repercusiones muy importantes que tienen que ver con las funciones que esta catástrofe ha obligado a asumir al Estado, las necesidades sociales que él y – solo él – tiene que cubrir. En este sentido puede decirse que hay una nueva conceptualización de muchas de las ideas que habían venido circulando en el discurso dominante. 2020 será recordado por el desastre que obligó a cambiar todo el Plan

* Profesor Titular de Derecho constitucional, Universidad de Granada.

** Este texto, basado en una ponencia impartida en las Jornadas sobre División de poderes en el Estado de partidos organizadas en noviembre de 2020 por el Centro de Estudios de Partidos de la UNED dirigido por María Salvador, será también incluido, junto con las demás ponencias, en una monografía cuya edición ya está en marcha.

¹ Que, por cierto, es una de las cuestiones batalladas. La primera de la larga serie que seguirá.

² En este sentido, es, a mi juicio, evidente, lo siguiente: 1) hemos virado de lo presencial a lo digital; En este sentido por vez primera en la historia estar en nuestras casas no ha significado estar aislados. La persona, que es siempre el referente del derecho, no efectúa esta transformación de la noche a la mañana y sin efectos traumáticos. Los que se hayan producido aun están por identificar plenamente. Ahora mismo solo contamos con indicios. 2) Nuestra dependencia de las tecnologías se ha acrecentado; 3) Se ha producido una nueva brecha que marca la distancia entre las personas que no han necesitado salir para continuar siendo productivos con el sistema y los que han mantenido o incluso acrecentado su presencia en las calles y establecimientos (repartidores, empleados de limpieza, reponedores de combustibles; empleados en supermercados...); 4) Se ha producido un replanteamiento de las relaciones entre los humanos y la naturaleza.

Normativo Anual³. Pero sobre todo por haberse operado una transformación que ha afectado, al menos puntualmente, a nuestro modelo civilizatorio tal y como lo hemos entendido hasta diciembre del año 2019. Esta reconfiguración tiene un alcance que excede con mucho de mis posibilidades. Ni siquiera la tengo todas conmigo al emprender una pesquisa mucho más modesta, circunscrita exclusivamente al derecho constitucional. Aun en este caso resulta palmario lo desbordante del objeto.

Así deberíamos comenzar constatando que pese a que algunas – pocas – cosas continúan pareciéndose a sí mismas, la nueva narrativa obliga a otorgarles un significado distinto. Forma de gobierno, sistema de fuentes, derechos fundamentales, división territorial del poder; potestades legislativas, reglamentarias, jurisdiccional...nuestro instrumental está obligado a una reformulación para adecuarse a la gran novedad. Es un momento de gran tensión entre el ser y el deber ser; entre la obligación de prescribir y ordenar lo fáctico conforme a unos principios – lde propiciar estructuras capaces de resolver los conflictos de acuerdo con valores constitucionales – y la natural tendencia a que sea la realidad la fuente de todas las exigencias. Desde este punto de vista se puede observar, entiendo, la polémica pretensión de quienes claman por una cada vez mayor restricción de los derechos fundamentales. Ese es uno de los problemas existenciales, podríamos llamarlos, de los estados excepcionales: que solo se declaran en contextos en los que hay una base social relativamente amplia, no solo capaz de soportar la limitación de sus derechos, sino que pugna por ampliar las restricciones. «La realidad», se nos dice, «tiene razones que la razón del derecho ignora».

Así a bocajarro podríamos decir que la crisis sanitaria obliga a repensar el entero entramado jurídico-político y que ya no nos vale con seguir ese funcionamiento inercial, ese continuismo, que es propio de los momentos en los que las pautas aquilatadas demuestran ser eficaces. Ya hace tiempo que el constitucionalismo está librando una batalla por su supervivencia bajo condiciones extremas⁴. Una serie de sucesivas crisis han mermado sus presupuestos culturales (por ejemplo, la doble y conectada esperanza en la razón y en el futuro que lo acompaña desde la Ilustración) que ya no pueden mantenerse cuando a su vez declina la confianza en la mejora de las condiciones económicas. El concepto de clase media ha venido desapareciendo desde hace años con la crisis del Estado social y con él buena parte del sueño colectivo. Las fracturas son enormes; la vulnerabilidad y el reconocimiento como conceptos vertebradores del discurso dominante presentan junto con su obvia acepción positiva una capacidad de exclusión innegable que tiene que ver, entre otras cuestiones, con sus conexiones con la sentimentalidad de la que se han adueñado los medios de comunicación para hacer caja. A este respecto cabe añadir que la opinión pública como institución está inmersa en un proceso delicadísimo de reformulación, que requiere

³ Solo hay que ver las diferencias entre las previsiones establecidas en el Plan Anual Normativo 2020 que aprobó el gobierno y figura en el Portal de transparencia y la actividad efectivamente desarrollada.

⁴ Título de una monografía que recientemente ha visto la luz al cuidado de R. ALBERT y Y. ROZNAI, *Constitutionalism Under Extreme Conditions*, Springer, 2020. Cfr. tb. F. BALAGUER CALLEJÓN, *El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas* en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (eds.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

también cambios normativos decididos pero extraordinariamente prudentes y garantistas⁵. Y en medio de todo esto llega un virus que la ciencia sigue sin controlar.

En este sentido, pensando en un elemento de articulación – no precisamente en una teoría que aun está por hacer – creo que la pandemia ha puesto ante nosotros sin delicadeza ninguna la cuestión de los fines del Estado y su capacidad para cumplirlos. Es una pregunta sobre el sentido del Estado y sobre la Constitución como su encarnación jurídico-política.

¿Para qué ha de servir el Estado en tiempos de pandemia? La doctrina (Schmitt-Assman) habla «de la existencia de una responsabilidad de garantía por parte del Estado a resultas de la cual los poderes públicos, dentro de los límites que establece el Derecho constitucional, tienen que actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección»⁶. La normativa es coherente con este planteamiento y así, por ejemplo, el artículo 2.a) de la Ley 8/2011⁷, refiere que son servicios esenciales los necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas. El Estado es, al menos y sobre todo, esto.

Así pues, entre las responsabilidades de garantía atribuidas al Estado está la de atajar un grave riesgo para la salud e integridad física de los habitantes de su territorio sin descuidar que las personas que han de tener un futuro puedan disfrutarlo con unas mínimas condiciones (en particular de equidad)⁸. Ese es, pues, su fin cuando se declara una pandemia como el Covid-19, y lo es aun cuando las circunstancias específicas de propagación de una pandemia hagan muy difícil el empeño. Siendo imposible avanzar por la bienintencionada propuesta de Ferrajoli de una Constitución mundial, observando ese epítome del fracaso del internacionalismo representado por la gestión de la OMS, quedándose la UE de nuevo por debajo de las expectativas que el sueño europeo convoca⁹, solo queda el instrumento históricamente concebido para satisfacer las necesidades sociales. El Estado se ha vuelto a hacer fuerte por carecer de alternativa. Ciertamente hemos podido decir durante años que estaba en crisis pero nada ha llegado para sustituirlo. Volvemos al Estado, pues, para pedirle que sea Estado – para que actualice la visión hobbesiana y nos provea de seguridad, en este caso y en el paradigma constitucional, de seguridad

⁵ Lo que no es muy apreciable en la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

⁶ E. SCHMIDT-ASMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 170.

⁷ Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

⁸ Hay que precisar, por si no quedara completamente claro, que es extremadamente complejo de conseguir. Ya en su mera enunciación he añadido un aspecto relevante: vida vs economía no son los dos extremos de la decisión posible; no es correcto plantearlo así. La realidad se revela tan compleja y los principios a observar tan densos, tan determinantes, que las soluciones propuestas no podrán dejar de ser contestables (nunca, sean las que sean y de quien quiera que sea la responsabilidad). Hay que ser enteramente conscientes de que no estamos ante posiciones fijas sino ante escenarios en los que el mejor procedimiento será aquél que permita aflorar de forma abierta todas las perspectivas en juego.

⁹ Sin embargo, creo que en este apartado específico es preciso resaltar algo que no ha sido destacado suficientemente en las descripciones que hasta el momento se ha hecho de las acciones de gobierno sobre la crisis. Me refiero a toda la actividad de la UE para mantener en todo momento abastecidos los mercados de los productos esenciales. Los llamados corredores verdes han funcionado a la perfección y, al menos, y puede que solo desde este punto de vista, la gestión de la crisis ha sido un éxito indiscutible. Cfr. Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales 2020/C 86 I/01. Diario Oficial de la Unión Europea L CI86/1, 16 de marzo del 2020.

humana¹⁰. Y con el Estado y ante una pandemia irrumpe de forma definitiva el interés general y el gobierno del mismo¹¹. Sin otra opción, entiendo, durante la crisis sanitaria se ha hecho evidente que la separación entre instituciones públicas y sector privado que satisface intereses, necesidades y derechos de los ciudadanos es meramente instrumental y que es necesario, en este momento, un funcionamiento armónico dirigido por quien determina de forma primaria el interés general¹², lo que en modo alguno significa desconocer la capital función desempeñada por particulares¹³.

En definitiva, se exige al Estado, en el momento de su aparente canto del cisne, que dé su do de pecho.

2. Estado, sociedad y pandemia

De acuerdo con lo anterior el existencial cometido al que está emplazado el Estado, aquel órgano que tiene encomendada la función de dirección política (art. 97 CE), y en particular, el Presidente del Gobierno como órgano que dirige y coordina la acción de los miembros del mismo (art. 98 CE) es proveer de seguridad a los ciudadanos, de seguridad humana.

¹⁰ Sobre este concepto, Cfr. *Teoría y práctica de la Seguridad Humana. Aplicación del concepto de seguridad humana y el Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad de los Seres Humanos*.

¹¹ Sobre la articulación de intereses públicos, privados e interés general, son de suma utilidad las palabras de SCHMIDT-ASMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit.,165-166.

¹² Concretamente en sectores como la sanidad o en la atención a mayores, que son atendidos por centros de titularidad pública o privada la normativa ha procedido a encuadrar su actuación conforme a las mismas reglas, considerándolos bajo el paraguas de «operadores de servicios esenciales» (art. 18.2 del Real Decreto 463/2020).

¹³ En lo que se refiere la forma en la que los poderes públicos reconocen y cuentan con la función desempeñada por el asociacionismo en la satisfacción de necesidades sociales hay que destacar la intervención normativa para asegurar una muy pronta percepción de subvenciones a los actores del llamado tercer sector de acción social. Real Decreto-ley 33/2020, de 3 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo a entidades del Tercer Sector de Acción Social de ámbito estatal en cuya Exposición de motivos se indica: «Resulta innegable que en la provisión del bienestar social las entidades del Tercer Sector de Acción Social vienen desempeñando, desde hace décadas, un papel de creciente importancia, en colaboración y con el impulso y el apoyo de las administraciones públicas. Actualmente, la acción de las entidades del Tercer Sector de Acción Social constituye un apoyo fundamental para la realización efectiva de los derechos sociales, especialmente entre la población en riesgo de exclusión social».

Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En concreto se señala en el art. 1: «Primero. Objeto y ámbito de aplicación. Constituye el objeto de la presente Orden el establecimiento de medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información para todos los centros de servicios sociales de carácter residencial (centros residenciales de personas mayores, personas con discapacidad u otros centros de servicios sociales de análoga naturaleza), ya sean de titularidad pública o privada, y que se encuentren en territorio nacional. A los efectos de lo previsto en la presente Orden, los centros de servicios sociales de carácter residencial de titularidad privada tendrán la consideración de operadores de servicios esenciales con los efectos previstos en el artículo 18.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19». En materia de establecimientos sanitarios cfr. el Artículo 1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. «Mantenimiento de actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030». La referida determinación se lleva a cabo en la Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En este sentido el sistema ha mostrado carencias. Hemos observado con impotencia como la pandemia ha escapado de su control. A su primera ola le están sucediendo otras y en el momento en el que se corrigen estas líneas la esperanza de normalidad todavía es un acto de fe.

Desde el punto de vista jurídico-político una de las cuestiones más relevantes que a mi juicio se están poniendo de manifiesto durante es la crisis tiene que ver con las relaciones Estado y sociedad, una cuestión que presenta múltiples y complejos matices derivados fundamentalmente de que para asegurar el fin que corresponde al Estado es necesario controlar de una manera muy incisiva el comportamiento social¹⁴, alterando en alguna medida la relación habitual entre derechos y deberes.

Ciertamente, durante los momentos normales, la libertad, las libertades, el juego recíproco de los derechos, son la seña de identidad de nuestros sistemas constitucionales. Sin embargo, en épocas de crisis deben comparecer otras categorías cuya invocación constitucional es por diferentes razones mucho más tangencial, lo que no les aboca, ni mucho menos, a la insignificancia. No se trata, evidentemente, de olvidar que son los derechos los que identifican los modelos jurídico-políticos en la tradición cultural occidental pero sí de reconocer que deberes y responsabilidades son piezas clave para la superación de las crisis. Digámoslo claro: las recomendaciones, que se han revelado como una pieza clave de la respuesta jurídica propuesta en las norma, no pueden cumplir mínimamente su función si no se han asentado previamente las categorías de deberes y responsabilidad¹⁵.

Pero la afortunadamente larga sombra que viene proyectando el constitucionalismo como constructo ideológico basado en la desconfianza del poder y en la garantía de la autonomía de las personas hace que el derecho no pueda presentarse meramente como el orden coactivo capaz de exigir el cumplimiento de los deberes. La observancia generalizada de las normas solo puede concurrir si se considera por la mayoría legítima¹⁶. En este contexto de catástrofe sanitaria se ha hecho evidente que si la ciudadanía no llega a apreciar como aceptables las limitaciones impuestas (si no llega a asumir que se estaban restringiendo derechos pero no lesionándolos) no hubiera sido posible controlar la desobediencia. Una manifestación clara de esta convicción se ve en la propia estructura de las fuentes reguladoras que en muchos casos tienen una exposición de

¹⁴ De hecho esta circunstancia ha permitido una reordenación de la taxonomía de los modelos sociales y políticos: de un lado estarían los capaces de ejercer una compulsión directa efectiva o de estimular los resortes de la responsabilidad social colectiva; y de otro los que muestran más debilidades en ambas esferas. Entre los segundos se incluirían las democracias occidentales, con un sustrato claramente individualista, raíz a su vez de todo el sistema de derechos y libertades. El modelo exitoso se localizaría en el Este: China, Japón, Corea. Oriente, en definitiva, se contempla como un paradigma de eficacia. Ver en este sentido las observaciones de Byung Chul Han. Sobre la fascinación por el modelo Chino nos habla ya J. L. REQUEJO PAGÉS, *La agonía de la democracia*, Oviedo, KRK, 2020, 17.

¹⁵ Cfr. de manera paradigmática la Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía:

«Artículo 9. Principio de precaución. 1. En tanto se mantenga la actual situación de crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19, todos los ciudadanos deberán desarrollar sus actividades, de cualquier índole, conforme al principio de precaución con objeto de prevenir la generación de riesgos innecesarios para sí mismos o para otros y de evitar la propagación del virus causante de la pandemia. 2. La ciudadanía deberá colaborar activamente en el cumplimiento de las medidas sanitarias preventivas establecidas en esta orden. 3. Se recomienda a todas las personas que permanezcan en casa».

¹⁶ Podríamos señalar con Requejo, las especiales dificultades que presenta este aspecto ya que estamos en un momento en el que la democracia suele declinarse como una «ensoñación que exime al ciudadano de la obediencia a la ley que le disgusta, legitimándole para cuestionar la legalidad a cada instante y exigir su revisión permanente, en un procedimiento legislativo siempre abierto e inacabado». *La agonía de la democracia*, op. cit. 27.

motivos desusadamente extensa¹⁷. Además de ser indiscutiblemente un elemento de contextualización del eventual control jurisdiccional, tales exposiciones quieren llevar a la ciudadanía por los caminos no enfrentados de la ética de la convicción y de la responsabilidad. Han intentado aportar una racionalidad última a las decisiones (que en algunas ocasiones han estado lejos de apreciarse como un conjunto dotado de unidad, coherencia y plenitud) En definitiva, contar con los destinatarios de la norma en un estado de emergencia es fundamental para asegurar la eficacia de la misma, un concepto clave en el estudio de las fuentes del Derecho.

3. *Los derechos*

Pero en cualquier caso esta apelación a los deberes y a las responsabilidades no nos debe llevar a olvidar que el concepto clave de la agenda de gobierno, de la ejecución, es el de derechos, incluso durante las crisis. Si no estaríamos poniendo en jaque el entero modelo constitucional¹⁸.

Es fácilmente comprensible, así, que buena parte de las polémicas producidas en relación con la gestión de la crisis sanitaria hayan basculado en torno a problemas relativos a derechos¹⁹. Veamos: de su centralidad estructural se ha derivado directamente una afectación negativa de algunos derechos para garantizar el único que no se considera limitable (el que protege la vida y la integridad física) En este sentido habría que decir que es seguramente la primera vez en la historia en la que el riesgo de perder la vida de un número significativo de personas (especialmente vulnerables, de un lado, e improductivas, desde el punto de vista económico) se ha puesto por encima de toda otra consideración para paralizar las economías de todos los países.

Así las cosas, la preservación del derecho a la vida y a la salud ha sido el presupuesto que ha habilitado a los poderes públicos a adoptar una gran batería de medidas limitativas de otras esferas. El ejercicio de estas potestades ha puesto coto a procesos electorales²⁰ (art. 23 CE), a reuniones y manifestaciones (art. 21 CE), a asistencia a actos de culto (art. 16 CE). Con ser importantes estas afectaciones a condiciones como las de elector, ciudadano comprometido, o fiel, o mucho me equivoco, o no han sido estos aspectos los que han sido percibidos por las

¹⁷ Un ejemplo muy evidente lo encontramos en la Orden de la Junta de Andalucía de 14 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas específicas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19, en los centros docentes universitarios y en los colegios mayores y residencias universitarias de la localidad de Granada que cuenta con más de tres páginas justificatorias y apenas una de disposiciones. Tal circunstancia no hace sino respetar el sentido del artículo 129.1 de la Ley 39/2015 que establece: «En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios».

¹⁸ Esto marca completamente la forma en la que el estado debe intervenir para responder a una crisis sanitaria. En efecto, el estado administrador que exige una pandemia no puede ser equivalente al Estado que en el XIX administraba desde la posición de subordinación del individuo.

¹⁹ Podría decirse que el triunfo de la idea de derechos es en buena medida causante de que las decisiones a tomar hayan estado inmersas en un proceso de cuestionamiento constante.

²⁰ Decreto 7/2020, de 17 de marzo, del Lehendakari, por el que deja sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco del 5 de abril de 2020, debido a la crisis sanitaria derivada del Covid-19, y se determina la expedición de la nueva convocatoria; y Decreto de la Presidencia de la Xunta 45/2020, do 18 de marzo, polo que se deixa sen efecto a celebración das eleccións ao Parlamento de Galicia do 5 de abril de 2020 como consecuencia da crise sanitaria derivada do COVID-19.

personas del montón como más intrusivos. Es cuando con el paraguas de las limitaciones al derecho de circulación y la obligatoriedad de las medidas de distanciamiento social se suspenden viajes, reuniones, fiestas, se cierran bares, se impiden besos en la calle, cuando resulta modificada toda una forma de vida que tiene como distintivos básicos el hedonismo y la seducción²¹. Puede observarse así la diferencia sustancial que media entre gobernar una pandemia en función del papel de los derechos ocupen y en función del tipo de derechos que una sociedad considere más representativos de su forma de vida. Es evidente que las potestades públicas son mucho mayores en contextos en los que la autonomía individual no está bien definida. También parece claro que las sociedades que tienen en tan alta estima el placer y la atracción van a resultar mucho más afectadas (personal y colectivamente) por medidas como las dictadas desde el mes de marzo de 2020 que, por ejemplo, aquellas cuyos ritmos no estén tan marcados por el consumo y la diversión²².

Pero el derecho a la vida y a la integridad física no solo ha generado tensiones en sus relaciones con otros derechos. Digamos que también en su fuero interno también se ha visto envuelto en convulsiones provocadas por circunstancias como las del acceso a los respiradores artificiales en aquellos momentos en los que había más necesitados que mecanismos²³. Ello ha llevado a discutir seria y profundamente sobre el sentido de la titularidad de los derechos, discusión que dista de estar acabada. Básicamente se planteó así: ¿tener la misma cualidad jurídica de persona, titular de derechos, puede suponer un distinto nivel de prestaciones por parte de los poderes públicos que tienen encomendada su protección? ¿Es menos titular del derecho a la vida un anciano al que se posterga en un respirador para conectar a una persona con más esperanza teórica de vida? No es medicina. Son derechos. No es mera técnica. Es política²⁴.

Reparemos también en otro aspecto. Los derechos, que anteriormente tenían a un sujeto básicamente unitario por categoría de referencia ahora exigen considerar – entre otras; no hay pretensión alguna de exhaustividad – las necesidades de mayores, de menores, de menores en

²¹ G. LIPOVETSKY, *Gustar y emocionar. Ensayo sobre la sociedad de seducción*, Barcelona, Anagrama, 2020.

²² Un «toque de queda» (por utilizar la fórmula popularmente adoptada) no es muy incapacitante, por ejemplo, en entornos rurales con personas que han dedicado su jornada a labores agrícolas pero tampoco en una ciudad mediana en los años 50 españoles, con pocos locales abiertos y apenas dinero de sobra para gastar. En cambio, hoy las actuaciones de parlamentos y gobiernos han atacado a la línea de flotación de los países, a la diversión como concepto y a toda la economía que genera en torno a él una enormidad de recursos.

²³ Pueden verse así el «Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-COV-2»; y las «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos» de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. Acerca de esta última cuestión es muy interesante el trabajo de P. DE LORA, «No es respirador para viejos? ‘Sobre la ética del bote salvavidas’ y la COVID-19», *Letras Libres*, Marzo de 2020. Resulta interesante plantear que estos criterios no han sido integrados formalmente en el ordenamiento en una fuente del Derecho, con buen criterio, desde nuestro punto de vista, porque muy complejo tendría el Tribunal constitucional en la eventualidad de un control de la misma no responder de la misma manera en que lo hizo su homólogo alemán (BverfG, 1 BvR 357/05 de 15.02.2006) cuando tuvo que evaluar la «Ley de Seguridad Aérea» (Luftsicherheitsgesetz). Cfr. J. HABERMAS, *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los Derechos Humanos*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, 105-121.

²⁴ Contrariamente al punto del Manifiesto «En salud, ustedes mandan pero no saben» que señala «Asimismo, deben ser sólo las autoridades sanitarias, ‘sin ninguna injerencia política’, las que establezcan las prioridades de actuación con respecto a otras enfermedades, cambios organizativos y previsiones adecuadas a cualquier patología, sea cual sea la edad de los pacientes y su nivel socio-económico».

condiciones desfavorecidas²⁵, de mujeres en situación de riesgo por violencia de género²⁶, de personas sin hogar o aquejadas por diversas discapacidades²⁷; de personas con problemas de salud (entre los que cabe incluir las diversas drogodependencias²⁸), de inmigrantes en situación irregular. Un seguimiento de la ingente normativa dictada desde el primer Estado de alarma muestra fácilmente cuántas categorías hay que diferenciar para ordenar la realidad y, en concreto, la movilidad, así como el juego muy especial que tiene que tener la noción de la vulnerabilidad para examinar la incidencia objetiva y real de la pandemia en ciertos colectivos²⁹.

El paradigma de la vulnerabilidad, ya pujante antes de la pandemia, se ha erigido, en efecto, como uno de los principales imperativos en la actuación de los poderes públicos³⁰. Podemos apreciar su sentido y la forma en que se manifiesta reparando en las residencias de personas mayores y la forma en la que ha impactado la Covid. No son solo las tremendas cifras de mortalidad sino las circunstancias que han rodeado el fin de la vida de tantos mayores³¹. Si se coloca el foco en esta situación concreta es posible advertir la enorme complejidad que ha de tener en cuenta una eficiente ejecutoria de la crisis sanitaria. Por ejemplo, es evidente que la salud y la integridad física de estas personas es un derecho que requiere una actuación activa y de vigilancia por parte de quienes están a su cuidado. Pero debe ser también contemplado que la medida de aislamiento físico del exterior y confinamiento en sus habitaciones – que puede entenderse desde el punto de vista epidemiológico más adecuada – es posible que deteriore las condiciones anímicas de personas (por tanto su integridad moral) que se saben, ciertamente, al final de su vida y que necesitan del contacto con sus seres más queridos³².

²⁵ Esta perspectiva está presente, por ejemplo, en decisión política que ha insistido en mantener la presencialidad en la educación obligatoria. Cfr. Orden EFP/561/2020, de 20 de junio, por la que se publican Acuerdos de la Conferencia Sectorial de Educación, para el inicio y el desarrollo del curso 2020-2021.

²⁶ Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.

²⁷ Pensemos, por ejemplo, en la problemática de las personas hipoacúsicas a las que las mascarillas no les permiten leer los labios. Cfr. la regulación de las mascarillas transparentes en la Orden CSM/115/2021, de 11 de febrero, por la que se establecen los requisitos de información y comercialización de mascarillas higiénicas.

²⁸ La apertura de los estancos prevista en el artículo 10.1 del Decreto 463/2020.

²⁹ M. PRESNO LINERA, «Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 86-87, 2020.

³⁰ Considerar la vulnerabilidad como uno de los paradigmas puede servir no solo para evaluar este menesteroso presente sino para comprobar que los problemas actuales son un afloramiento violento de deficiencias sistémicas en las que no se había reparado debidamente.

³¹ Pocas disposiciones pueden causar más pavor que el quinto de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: «Concurrencia de situaciones excepcionales.

1. Cuando concurra alguna de las situaciones excepcionales que se relacionan a continuación, todos los centros residenciales objeto de esta Orden deberán comunicarla de inmediato a las correspondientes Consejerías de Servicios Sociales y de Sanidad de la comunidad autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a la situación concreta:

a) Imposibilidad, por ausencia de medios personales, materiales, circunstancias físicas o de otra índole, para cumplir con lo indicado en la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio- sanitarios, y especialmente en lo relativo a las normas de aislamiento.

b) *Imposibilidad para gestionar adecuadamente la conservación y retirada de cadáveres por acumulación y/o ausencia de servicios funerarios disponibles.*

c) Cualquier otra circunstancia análoga que ponga en grave peligro la integridad y sostenimiento del servicio que se presta».

³² En otras palabras, estaríamos hablando de contemplar la alternativa entre morir de pena o morir de Covid, por ejemplo cuando un anciano tiene 90 años. Esta matizada visión, que es un afortunado signo de los tiempos, ha encontrado desde el

No podemos soslayar el papel del principio de igualdad. En una crisis, que exige una proliferación de medidas restrictivas de derechos (por ejemplo, los relativos a la libertad de empresa al determinar el cierre de algunas actividades consideradas al tiempo como no necesarias y posiblemente favorecedoras de los contagios) el principio de igualdad va a desempeñar una posición determinante. Desde luego, desde el punto de vista meramente jurídico, tienen que quedar acreditadas que todas las diferencias de tratamiento cuentan con una justificación objetiva y razonable, algo que es ciertamente muy complicado ya que las urgencias con las que las medidas tienen que adoptarse son campo abonado para el error. En este sentido hemos podido comprobar como se han sucedido en muy poco tiempo correcciones de las normas originarias que pretendían subsanar imprevisiones³³. En cualquier caso es constante el goteo de agravios y muchos de ellos cuentan con razones suficientes que tendrán que ser examinadas en el planteamiento de los recursos judiciales correspondientes³⁴.

El capítulo de afectaciones de derechos no se acaba, obviamente, aquí. Evidentemente destacan con voz propia las cuestiones relativas al derecho a la circulación (objeto especial de las medidas restrictivas establecidas durante los Estados de Alarma) y en especial la difícil precisión entre las medidas de limitación del derecho a la libertad de circulación y las de la libertad deambulatoria. Al respecto se ha planteado una polémica rica, con una proyección práctica evidente ya que en definitiva se trataba de ver si el estado de alarma era suficiente base jurídica o era necesario pasar al estado de excepción³⁵.

comienzo un hueco normativo como puede verse con la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Todavía está en cuestión, sin embargo, la respuesta y así puede verse en el modo en que en el Acuerdo 78/2020, de 3 de noviembre, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara el nivel de alerta 4 para todo el territorio de la Comunidad de Castilla y León y se adoptan medidas sanitarias preventivas de carácter excepcional para la contención de la Covid-19 en la Comunidad de Castilla y León (BOCYL no 229/2020, de 4 de noviembre) no ha sido ratificado por el Auto de la Sala de lo contencioso del TSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2020 por entender que la intensidad restrictiva de los derechos de los mayores en residencias excede de la que podría acordarse por una disposición de ese rango. Se esté o no de acuerdo con lo que dispone lo cierto es que el auto pone en énfasis en la especial situación de vulnerabilidad de este colectivo: «Las personas mayores, que viven en centros residenciales, son ciudadanos como los demás con los mismos derechos y cuya especial vulnerabilidad frente a la enfermedad transmisible de que se trata merece la adopción de cuantas medidas de toda índole sean precisas para hacer efectiva su protección, no necesariamente mediante una restricción mayor que el resto de los ciudadanos de sus derechos fundamentales» (FD 4º).

³³ Por ejemplo, la sucesión de normas ordenadoras, sobre todo de las diferentes fases de la desescalada o la Corrección de errores de la Orden de 8 de noviembre de 2020, por la que se modulan los niveles de alerta 3 y 4 como consecuencia de la situación crítica epidemiológica derivada del COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁴ Puede verse, por ejemplo, en la circunstancia de que el Decreto del Presidente 9/2020, de 8 de noviembre, por el que se establecen medidas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aplicación del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 permita continuar abiertas a las librerías y no a los establecimientos de venta de discos. Pero pensemos en otros supuestos como los confinamientos domiciliarios en pequeñas localidades rodeadas de montañas y espacios para el paseo solitario, ¿tiene sentido la restricción? ¿Puede considerarse como válida la razón de no hacer aun más gravosa moralmente la situación de quienes no tenían la suerte de vivir en condiciones tan favorables? ¿Es la cohesión social argumento suficiente para obligar a quienes no ponen en peligro la salud pública a quedarse en casa?

³⁵ Irrumpió así el debate limitar derechos/suspender derechos, que consumió una buena parte de los esfuerzos de la comunidad científica durante los primeros períodos de vigencia del Estado de Alarma con contribuciones como las de M. ARAGÓN o P. CRUZ (Sobre esto, cfr. J.F. SÁNCHEZ BARRILAO Y E. GUILLÉN LÓPEZ, *La crisis sanitaria originada por el COVID-19 y el Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma para abordarla*, en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (eds.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, op. cit.

Y no debemos dejar de observar la afectación de un derecho más instrumental como es el que reconoce el derecho a comunicar y recibir una información veraz (art. 20.1 d). Se han leído amargas y fundadas críticas por parte de ciertos profesionales de la información -especialmente de la imagen- quejándose de no haber podido informar debidamente de lo ocurrido. Los cambios en la conceptualización de la opinión pública, los efectos que sobre esta han tenido las redes sociales, la proliferación de discursos disolventes (como el negacionista); la actuación y el control de los medios de comunicación clásicos, los condicionamientos derivados de su financiación pública o privada y su repercusión en el tratamiento de la información han adquirido perfiles nuevos y más inquietantes con la pandemia.

4. Gobierno. Cuestiones de legitimidad. Gobierno de coalición

4.1. El gobierno. Una contextualización. Crisis del estado social. Partidos precarios y gobernanza

El gobierno que surge de las elecciones de 2019 nace en un contexto de crisis de los partidos clásicos³⁶ que entronca con una transformación mucho más amplia. Efectivamente, en el momento actual, el Estado ya no es proveedor directo de servicios, Ha ganado la partida la idea de estado garante³⁷. Eso significa que no son los partidos la realidad última que puede servir de referente, la que expresa el pluralismo tal y como establece el artículo 6 CE. Pueden ganarse las elecciones pero no se admite en igual medida que durante los tiempos dorados del Estado de partidos la capacidad de establecer de acuerdo con su programa la definición de los intereses generales. Es la sociedad civil (sociedades mercantiles, asociaciones, agrupaciones de intereses...) la que ha suplantado a las asociaciones políticas que en buena medida son consideradas como obstáculos en el logro de una acción de definición coral de los intereses generales, legítima y eficaz. De esta forma la verticalidad resulta anatemizada; las medidas requieren ser consensuadas. La lectura de la democracia pasa a ser, no la del gobierno del que tiene la legitimidad democrática ganada en las urnas para determinar cómo debe ser regulado un sector del ordenamiento, sino la de aquel método que supone el pacto del que son finalmente responsables autores y destinatarios de las normas (sin que se sepa diferenciar bien estas dos categorías). Ya no hay gobierno³⁸ sino gobernanza³⁹. Evidentemente esto desplaza la lógica electoral como detonante de las transformaciones políticas puesto que la variabilidad que se observa en la sociedad civil es mucho más paulatina. Frente a lo antojadizo de las urnas aparecería la verdadera y estable constitución

³⁶ De los partidos clásicos (previsibles, articulados, controladores estrictos de la disensión interna) propios de un modelo de democracia representativa a los partidos contemporáneos («gestores de la ocurrencia» en palabras de J.L. REQUEJO, *De la esencia y valor de la democracia, cien años después*, REDC, n.º 118, 2020, p. 315), en cuanto que enganchados de forma permanente a sus bases, que son a los líderes lo que el macro concepto Pueblo a los nuevos teóricos de la democracia directa.

³⁷ L. PAREJO ALFONSO, *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del estado social de soberanía limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³⁸ Si acaso solamente en algunas esferas como puede ser la seguridad y, aun así, en esos casos, la ley de seguridad privada (la ley 5/2014, de 4 de abril) admite la implicación de la «sociedad civil».

³⁹ N. OFUJL, *Du gouvernement à la Gouvernance : Ce que signifie l'acquisition de la confiance*, *Annales Fac. Strasbourg*, n.º 8.

material⁴⁰ que no podemos olvidar que, en el fondo, no es sino una traslación de las fuerzas de poder presentes en la sociedad. La sociedad civil capaz de influir no es la sociedad civil clásica del constitucionalismo que actúa a través de los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales, asociaciones bien acabadas y controladas que además han de hacer digeribles sus pretensiones en el marco de un discurso global, de un proyecto de país. Hoy son otras estructuras menos predecibles o encuadrables las que se entretajan con el Estado. Suelen expresar también el predominio de la idea de decisión eficaz frente a decisión política⁴¹ lo que supone un descrédito de la política frente a lo técnico, en definitiva el predominio de la tecnocracia frente a la democracia.

4.2. *El gobierno de coalición y la oposición*

Apenas es necesario recordar las circunstancias que han rodeado la formación del nuevo gobierno pero sí que es importante dejar de manifiesto que una parte del espectro político de este país lo considera ilegítimo desde su nacimiento; esto es, carente de la legitimidad de origen que es el presupuesto para poder cuestionar la legitimidad de ejercicio. Este gobierno sería pues, una continuación perversa de una operación que se gestó con la moción de censura que materialmente pudo ser considerada como inconstitucional no siendo la carencia de mecanismos para impugnarla un óbice definitivo para tal juicio⁴². Gobernar con un gobierno al que se le niega su legitimidad es en sí una circunstancia lo suficientemente grave y que necesita ser consignada para apreciar la salud de nuestra democracia. Para unos está en crisis porque el gobierno pretende destruir la constitución; para otros está en crisis porque una parte de la oposición cree que el gobierno es ilegítimo.

El Gobierno de Pedro Sánchez es el primer gobierno de coalición de nuestra historia reciente y es, por tanto, también el primero al que le toca en suerte declarar un Estado excepcional, que supone por esencia una reordenación de potestades en una dirección unificadora. Este ejecutivo está compuesto por miembros de diferentes partidos e independientes no han ahorrado a la ciudadanía desde su inicio discrepancias de criterio⁴³ tanto sobre cuestiones existenciales de nuestra forma de Estado (como la inviolabilidad del Monarca) como sobre el cumplimiento del programa de gobierno. Un gobierno en el que hay tentativas de apoyarse para sacar sus proyectos de leyes en fuerzas políticas distintas a las que se integran en el ejecutivo⁴⁴.

⁴⁰ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Contra la constitución material*, en F. BALAGUER CALLEJÓN, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁴¹ T. KIMURA, *L'évolution des prises de décision : du choix politique au choix efficace*, *Annales Fac. Strasbourg*, nº 8.

⁴² F. SIMÓN YARZA, *De la investidura convulsa a la moción de espíritu destructivo*, *Revista española de derecho constitucional*, nº 116, 2019, 111-136.

⁴³ Cfr. entre otros los problemas aventados en el proceso de elaboración de la Ley de Libertad sexual, sobre la orientación de la reforma laboral, sobre la ley trans, o las medidas de fomento del derecho a la vivienda.

⁴⁴ Este gobierno de coalición tiene dos almas: la de quienes mantienen un espíritu sustancialmente conservador de lo existente y la de quienes entienden que es necesaria una transformación antropológica radical para encarar con éxito los grandes retos que se presentan en materias como la relación del humano con la naturaleza (medio ambiente, cambio climático) e igualdad y no discriminación (igualdad de género, reconocimiento de diferentes identidades). Es este elemento el que provoca las mayores

Pues bien, este gobierno tiene que gestionar una crisis sanitaria que tiene todos los visos de convertirse en el inicio de una nueva era. Cobra aquí todo el sentido que se declinan los principios del constitucionalismo de crisis que se derivan de los artículos 55.1 y 116 CE⁴⁵. Provisionalidad, dirección política gubernamental, eficacia, proporcionalidad control político del Congreso. Durante el constitucionalismo de crisis el binomio unidad/pluralismo se vence hacia el primero de los términos. La forma de gobierno se inclina hacia el ejecutivo; el sistema de fuentes hacia el reglamento⁴⁶; la estructura territorial del Estado hacia el centro; los derechos hacia sus márgenes... Los riesgos que el sistema corre son muchos. Demasiada crítica tenderá a mermar la eficacia; demasiado énfasis en la unidad de acción puede privar el debate de elementos necesarios para poder valorar todas las alternativas. No es raro que se apele al carácter balsámico de la ciencia y de la técnica para encontrar algún asidero firme. Los comités de expertos que nunca existieron son su vergonzante expresión⁴⁷.

En suma, el conflicto, esencia de la política, se exagera los momentos calamitosos⁴⁸. Y la agenda pasa a estar dominada solo por este hecho; el resto de las iniciativas – las postergadas, las finalmente emprendidas – encuentran su sentido a partir de él. El foco se fija en el paréntesis que supone la excepcionalidad. El gobierno al que corresponda dirigir la política en este período resultará marcado. Si el gobierno es de coalición la marca será, probablemente, indeleble.

Pero no escapará de esta dinámica la oposición. No podemos soslayar que el gobierno es plural cuando el parlamento es plural y que ello hace difícil el consenso tanto para gobernar como para oponerse a la acción de gobierno. Parece evidente, si bien suelen olvidarlo quienes hacen una oposición que se limita a la contestación. Ante, por ejemplo, una moción de censura, adecuadamente concebida como constructiva, controlar al gobierno revela dificultades parecidas a las que tiene un gobierno de coalición en dirigir la política.

5. Gobernar

Ciertamente gobernar es una función extremadamente compleja y no cabe su descomposición artificial en las tres previsiones que refiere el artículo 97: dirigir la política, que está muy lejos de constituir una potestad strictu sensu, y dos que sí se identifican expresamente como tales: la ejecutiva y la reglamentaria.

distorsiones decisionales y comunicativas, constituyendo último nexo de unión la convicción de los socios de gobierno de que las fuerzas situadas a la derecha del PSOE no comparten en absoluto los presupuestos básicos.

⁴⁵ Y que tan bien desgranó P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

⁴⁶ Si bien procede recordar que son de naturaleza legislativa los decretos del gobierno que declaran el estado de alarma (STC 83/2016).

⁴⁷ En la Resolución del Gobierno de 28 de diciembre de 2020 dictada en respuesta al expediente remitido por el Consejo de transparencia figura: «En primer lugar, señalar que, bajo la denominación de ‘Comité Científico Técnico COVID-19’, no se ha producido la creación o existencia de un órgano colegiado, en los términos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público». Cfr. la Resolución 666/2020 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

⁴⁸ «Las discusiones sobre la constitucionalidad del confinamiento, el cierre de negocios, la protección de datos o el reforzamiento de los Ejecutivos no son una cortina de humo. Todo lo contrario, poseen un significado constitucional central al margen del resultado que se obtenga en la valoración de las medidas concretas. Discusiones que además han de completarse de manera urgente a través del derecho constitucional de la Unión», A. FARAHAT, *Contra el anhelo apocalíptico. En defensa de una esperanza práctica en tiempos de crisis*, *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 33, 2020.

Voy a hacer una serie de precisiones, a mi juicio fundamentales, para caracterizar lo que yo entiendo que debe ser el objeto de este trabajo que es reparar concretamente y encuadrar bajo parámetros ciertos –más que valorar- la acción de gobierno bajo la crisis sanitaria.

5.1. *Gobierno, saber e incertidumbre*

La función de gobierno exige conocer el objeto que se aborda; el campo social al que se han de dirigir las indicaciones para lograr la consecución de los intereses generales de acuerdo con lo establecido en el marco constitucional. Esta debería haber sido la contribución de la ciencia durante la crisis del Covid-19. Pero, en este sentido, ha de indicarse que la acción de gobierno se ha visto lastrada. La ciencia no le ha aportado el conocimiento suficiente de la realidad a gobernar⁴⁹. Sería una lista bastante extensa la de las noticias con avales científicos que se han sucedido durante estos meses desacreditándose unas a otras; en relación con la utilidad de las mascarillas, sobre la inmunidad de rebaño, sobre la transmisibilidad animales-humanos, sobre la permanencia de anticuerpos entre los infectados, sobre el papel de los asintomáticos... Puede decirse así que estamos ante un escenario canónico de sociedad del riesgo⁵⁰ en cuanto que referido a «situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en un sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el curso de los acontecimientos o sus consecuencias (incertidumbre en sentido estricto)»⁵¹. La incertidumbre es la categoría esencial de este período. La incertidumbre, el gran tabú del derecho, debe ser gobernada por el derecho⁵².

En conclusión, la ciencia no ha esclarecido el panorama como cuando los físicos y astrónomos demostraron con datos la posibilidad de la exploración del espacio como opción política. Ciencia y tecnología no son suficientes para despejar la incertidumbre radical que es la categoría definitoria⁵³ que, mal que le pese, el derecho tiene que como principal reto. La responsabilidad política es de quien tiene que asumirla pero carece de todo sentido entender que los errores derivan en exclusiva de que quien toma las decisiones no sabe⁵⁴.

⁴⁹ En este sentido, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020*, REDC, en prensa.

⁵⁰ U. BECK, *La sociedad del riesgo (hacia una nueva modernidad)*, Barcelona, Paidós, 1998.

⁵¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit., 166. Tal y como señala en la página siguiente (167): «Las exigencias impuestas hasta ahora a las decisiones públicas de determinación y firmeza no pueden, así, trasladarse a las decisiones tomadas en situaciones de inseguridad». Pensemos por ejemplo en las medidas de desescalada que comenzaron tras el fin del Estado de Alarma. Ahora, a todo pasado, es fácil verlas como precipitadas pero se adoptaron en un contexto en el que concurrían razones para contenerlas pero también para tratar de salvar la campaña de verano.

⁵² Sobre la relación ontológica del derecho y el Estado con la seguridad Cfr. E. GUILLÉN LÓPEZ, *La anfibia constitucional del concepto de seguridad*, en *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, op. cit., 291-311.

⁵³ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit. (citando a Zacher), 177.

⁵⁴ Hago referencia al manifiesto «En salud, ustedes mandan pero no saben», firmada por más de 109.000 personas en el momento de hacer la consulta (21 de octubre).

5.2. *La necesidad de actuar*

En acusado contraste con ese aspecto de gobernar un problema técnicamente desdibujado, incompleto y marcado por una gran inestabilidad, está la necesidad acuciante de actuar. A la descripción, por tanto, debe seguirle la adopción de medidas y aquí sí que nos encontramos con una capacidad de los poderes públicos capaz de abrumar. En particular, la técnica no ha mostrado flancos a la hora de demostrar que es útil para poder realizar un control absoluto de cualquier persona que tenga un dispositivo móvil. Todas las posibilidades son técnicamente posibles si bien el orden público europeo⁵⁵ no da indicio alguno que permita amparar el seguimiento singular⁵⁶. Sabemos de la gravedad de la situación, no sabemos exactamente cómo conjurar la amenaza y el poder público cuenta con instrumentos técnicos capaces de ejercer un control inaudito sobre la población. El miedo (en este caso a perder la vida o ver resentirse la salud) puede operar aquí de forma análoga a como lo hace con la seguridad⁵⁷.

5.3. *Gobierno vs. gobernanza*

El gobierno de las crisis, el marco normativo con el que resolverlas, el discurso que las hace comprensibles para el gran público, no se actualiza tanto como la narrativa que explica la gestión política de la normalidad. Tiene lo anterior una explicación evidente ya que la palabra crisis lleva insita una desviación de la regla. Por ello no es raro que cuando se acaezcan no haya normativa prevista al efecto (totalmente, como por ejemplo en el caso del golpe de estado del 81⁵⁸) o que sea flagrantemente insuficiente. También por eso también es habitual que la respuesta se retrotraiga a momentos muy anteriores en los que no estaban vigentes algunos de los tropos que marcan el discurso contemporáneo. Se entiende así que cuando hay un episodio seriamente amenazador se espere un gobierno de verdad, no el conjunto de instituciones y relaciones sociedad/Estado que generen la suficiente confianza como para que autónomamente se resuelvan y concilien en armonía las relaciones sociales. En otras palabras, gobernar en una crisis es algo serio que se parece bastante a lo que tradicionalmente se entiende por gobernar; se aleja por tanto de esa idea de compromiso constante, de interlocución múltiple y escasamente jerarquizada que significa la gobernanza.

⁵⁵ Orden público europeo en STEDH *Louidizou contra Turquía* de 23 de marzo de 1995 §75, (remitámonos ahora a nuestro marco regional, sin descuidar que en otros ámbitos no tendrán tantas dificultades para escapar de los «escrúpulos» de los juristas).

⁵⁶ Sobre la cuestión, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *La doctrina del TEDH sobre la interceptación de datos y comunicaciones masiva y secreta*, en prensa.

⁵⁷ Respecto a esto deberíamos hacer explícita la idea que expresa con toda claridad Pedro Cruz: «Se impone la necesidad, puede que más imperiosa que nunca, de saber, llegado el momento y en cuanto haya que actuar, tanto la razón por la que habría de sacrificarse un bien jurídico preciado, como la que justificaría que no se sacrificara en ningún caso so pena de privar de su identidad y su razón de ser a comunidades forjadas tras tantos esfuerzos colectivos». Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual*, *Revista de Derecho constitucional europeo*, no. 27, enero-junio de 2017. Cfr tb. M. NUSSBAUM, *La monarquía del miedo: Una mirada filosófica a la crisis política actual*, Barcelona, Paidós, 2019.

⁵⁸ Se advirtió la necesidad de dictar la ley orgánica a la que remitía el artículo 116 CE una vez producido el frustrado golpe de estado de 23 de febrero de ese año.

5.3.1. *Gobernar la crisis*

Efectivamente en las situaciones excepcionales (que son también de miedo) no es posible confiar solo en la responsabilidad social ni en la capacidad seductora de las recomendaciones. Ya hemos visto su relevancia a la hora de plantear las relaciones entre Estado y sociedad pero ahora se requiere normar y ejecutar.

Las exigencias de gobernar en momentos de crisis solo se pueden satisfacer con toda una batería exhaustiva de medidas; se requiere pues una hipernormatividad⁵⁹ que evite en un seguimiento actualizado del pensamiento de Kelsen a las bandas de cuatreros –en el contexto que tenemos de referencia, esos grupos de vecinos que increpaban a los que circulaban durante el confinamiento desconociendo si estos van o vienen de su trabajo o lo hacen obligados por alguna dolencia de tipo físico o psíquico. La proliferación normativa no es una opción en tiempos como los que nos ha tocado vivir. Apuntala la autoridad, permite la resolución de problemas complejos por quien tiene la capacidad de preverlos (la seguridad jurídica) y cuenta con la legitimidad democrática de origen, y minimiza el número y la intensidad de los conflictos –que en cualquier caso e inevitablemente serán muy intensos ya que no cabe acción jurídica en el ámbito de la restricción de derechos que quepa imponerse sin el apoyo de la potestad sancionadora⁶⁰.

Así las cosas el gobierno ha procedido a gobernar mucho, a normar en numerosas ocasiones de forma unilateral⁶¹ y de manera muy incisiva. Un ejemplo de esta forma de actuación lo han constituido las medidas adoptadas para controlar el precio de venta al público de mascarillas⁶².

Una acción normativa tan abrumadora, tan incisiva, ha sometido a tensiones al sistema de fuentes: los principios de jerarquía, de competencia, la idea de ley material y ley formal, la reservas de ley han sido nociones implicadas en las principales controversias jurídicas. La mayoría de la doctrina (dogmática y jurisprudencial) creo que ha sacado de todas ellas la renovada idea de que la ley es insustituible; que es perturbar gravemente aquilatados principios constitucionales admitir, por ejemplo, la posibilidad de restricciones de derechos fundamentales a través, exclusivamente de reglamentos⁶³.

Y por último en este apartado repaso ha de afirmarse la necesidad absoluta de que la administración se adecue a la perfección a los principios que el artículo 103 CE postula: sobre

⁵⁹ Recordemos que el Código COVID, que en su edición electrónica con gran eficacia ha elaborado el BOE solo sobre el derecho estatal y europeo, cuenta en el momento en que se redactan estas líneas con 2083 páginas.

⁶⁰ Que es un aspecto que ha presentado importantes problemas Cfr. R. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Problemática sobre el régimen sancionador en el Estado de Alarma*, *Diario La Ley*, N° 9632, 14 de Mayo de 2020.

⁶¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, op. cit. 29. (Abandonando siquiera sea de forma temporal otros paradigmas como el de administración-red; sabiendo fuera de juego aquellos principios que pretenden consagrar normativamente alguna forma de previsibilidad, como la confianza legítima).

⁶² Resolución de 22 de abril de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos de 21 de abril de 2020, por el que se establecen importes máximos de venta al público en aplicación de lo previsto en la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19. Por cierto, que hay cuestiones de estrategia de gran relevancia como se pudo ver en el caso de Italia. Cfr. un reflejo de la misma en E. JULIANA, *Cubanos, rusos, chinos y turcos*, *La Vanguardia*, 3/IV/2020.

⁶³ Ello en este contexto aboca al Estado de alarma como instrumento prácticamente exclusivo de gobierno de la catástrofe sanitaria porque en este el TC ya ha operado (de forma sumamente discutible pero, por el momento, incontestable) la transformación de los Reales Decretos que lo declaran en ley material.

todo el de eficacia (para lo que se prevé la jerarquía y la coordinación). En materia económica, de servicios sociales y de sanidad no caben dilaciones: pueden suponer riesgos que no es dable asumir en un sistema que sitúa a la persona como el centro. En este sentido si seguimos la pista de la ejecución de la normativa sobre dos de las iniciativas más importantes que se han puesto en marcha como son los ERTES y el Ingreso Mínimo Vital podemos establecer un balance positivo respecto de los primeros siendo, en cambio, claramente deficiente la gestión del IMV⁶⁴.

5.3.2. *Gobernar la crisis como una oportunidad*

Cualquier crisis es una oportunidad para cambios sustanciales y estructurales⁶⁵. Resulta incontestable la necesidad de reorientar nuestro modelo productivo ya que es muy obvia la dificultad de seguir apoyándonos en el turismo y la hostelería cuando las limitaciones de la circulación y los confinamientos amenazan con convertirse en eventualidades más que probables en nuestro futuro inmediato y por un tiempo indeterminado⁶⁶. Aun cuando termine la pandemia no será fácil dejar atrás el miedo, sentimiento con las consecuencias sociales que tan bien ha analizado Martha Nussbaum⁶⁷.

No es, sin embargo, poco reto para un país cambiar arraigadas dinámicas. Las formas de producción de la riqueza no se improvisan; los agentes están familiarizados con unas pautas de comportamiento, con unos sectores, y no es nada fácil operar una transformación sustancial hacia otro modelo que descansa, como parece ser el caso, en sectores emergentes como las TIC o las energías renovables⁶⁸. Ni siquiera revalorizar antiguas actividades como la industria o las propias del sector primario (como la agricultura y la ganadería) se logra sin un esfuerzo de planificación y ayuda económica por parte de los poderes públicos que asegure la mínima posibilidad de éxito.

⁶⁴ Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Por lo que se refiere a los ERTES, cfr. Real Decreto-ley 8/2020, medidas extraordinarias frente al impacto económico y social. Unas cifras sobre su incidencia pueden ser reveladoras. Según el Servicio de Estudios de UGT, a finales de abril llegaron a estar registrados en un ERTE 3.386.785 personas.

Sobre el IMV, y según los datos que también proporciona UGT, a mediados de agosto de 2020, de 714.000 solicitudes presentadas solo habían obtenido respuesta 32.629, el 4,57% (menos de un 5%, por tanto).

⁶⁵ También es verdad que resulta sorprendente pese a todo que se intente mantener una agenda ambiciosa. ¿A qué lógica obedece poner en marcha una nueva ley orgánica de educación (Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) cuando según la mayoría de los comentaristas es lamentable la falta de consenso que tienen siempre las reformas educativas en este país, considerándose, además, como una de las causas claras del fracaso en este ámbito? ¿Se trata, simplemente, de asumir que pese a todo hay que seguir gobernando? ¿Es la oportunidad de un ministerio –y en este caso de su titular- de reivindicar su acción? ¿Cabe pensar que es una posibilidad de afectar transversalmente a aspectos que tienen una proyección muy específica para fraguar los diferentes equilibrios políticos como pueden ser de forma muy destacada la lengua en los territorios bilingües o las relaciones Iglesia-Estado? ¿Es parte de la estrategia que permite diversificar los centros de atención de la ciudadanía de modo que no se quede anclada mentalmente en el espacio descorazonador de la pandemia?

⁶⁶ Se plantea aquí solo la cuestión desde su vertiente económica. Si ampliamos la óptica es fácil coincidir con quienes venían tiempo advirtiendo del carácter «depredatorio» del turismo, en especial, de su capacidad de transformar nuestras ciudades en espacios con grandes dificultades de habitabilidad para sus vecinos.

⁶⁷ *La monarquía del miedo*, op. cit.

⁶⁸ Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica.

Pero en cualquier caso la crisis sanitaria, se presenta, desde este punto de vista como una oportunidad para repensar por completo nuestro modelo; para hacer planteamientos mucho más radicales que los que afloraron durante la crisis económica anterior, en la que fueron claramente minoritarios y marginales los que suponían una auténtica contestación del sistema que la había provocado. Considerando así que el gobierno cuenta en su coalición con un partido que lleva como seña de identidad la transformación de la sociedad en un sentido pretendidamente progresista y liberador⁶⁹ no resulta extraño que, al calor de la necesidad, se hayan emprendido o impulsado medidas capaces de alterar profundamente el status quo. Entre estas cabe señalar las siguientes⁷⁰: la suspensión explícita de la actividad de los prostíbulos o clubes de alterne en las Islas Baleares⁷¹, La Rioja⁷², Castilla-La Mancha⁷³, Murcia⁷⁴, Extremadura⁷⁵ y Cantabria⁷⁶; la modificación de la movilidad urbana⁷⁷ y el fomento de otras formas de desplazamiento con el objeto de reducir la siniestralidad y mejorar los indicativos medioambientales; el repoblamiento de la España vacía; la regulación de la actividad de los repartidores⁷⁸; las políticas controladoras de las casas de apuestas y el juego en general⁷⁹; las intervenciones para asegurar una opinión pública libre y combatir lo que se ha dado en llamar infodemia⁸⁰; el tratamiento de cuestiones identitarias que es como se presenta el borrador de anteproyecto de Ley para la igualdad plena efectiva de las personas trans.

⁶⁹ Y que cuenta como referente ideológico a alguna doctrina que tiene, a su vez, como lectura de cabecera a C. SCHMITT. CFR. C. MOUFFE, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999.

⁷⁰ Aunque algunas no sean medidas gubernamentales, como las referidas a la movilidad ciclista, la narrativa está marcada por la dirección política del gobierno.

⁷¹ Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de junio de 2020 por el que se aprueba el Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad (Anexo XIX).

⁷² Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de noviembre de 2020, por el que se lleva a cabo la refundición de las medidas sanitarias preventivas vigentes para la contención de la Covid-19 (Anexo Duodécima 32).

⁷³ Decreto 24/2020, de 19 de junio, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (Artículo 24.3).

⁷⁴ Orden de 9 de octubre de 2020 de la Consejería de Salud, por la que se adoptan medidas generales de carácter temporal, para hacer frente a la epidemia de COVID-19 en la Región de Murcia (art. 4.5).

⁷⁵ Resolución de 4 de septiembre de 2020, del Vicepresidente Segundo y Consejero, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo de 2 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, por el que se establecen las medidas básicas de prevención en materia de salud pública aplicables en Extremadura (Capítulo II, Quinto).

⁷⁶ Resolución por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad (art. 17.7).

⁷⁷ Real Decreto 970/2020, de 10 de noviembre, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre y el Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, en materia de medidas urbanas de tráfico, que pretende, según se establece en la Exposición de Motivos, rebajar el límite de velocidad de circulación genérico en vía urbana de 50 km/h a 30 km/h para aquellas calles que cuentan con un solo carril por sentido de circulación, para lograr un impacto positivo en la reducción de la siniestralidad vial, especialmente en los colectivos de personas vulnerables. Esta modificación garantiza al mismo tiempo, la fluidez de los desplazamientos realizados en las grandes avenidas de la ciudad así como, la reducción del impacto negativo en la calidad del aire de las ciudades.

⁷⁸ La clase repartidora como se denominaba en un artículo homónimo de Andrea Rizzi en El País.

⁷⁹ Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

⁸⁰ Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas (2020/2009(INI)).

5.3.3. *Gobernar y juzgar*

A Fleiner le corresponden estas palabras: «la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas»⁸¹. En otras palabras, las autoridades administrativas tienen un margen en el cumplimiento de la ley que solo cuando es traspasado debe ser controlado conforme a parámetros jurídicos. Se trata de un delicado e inestable equilibrio.

El equilibrio citado se hace aun más complejo de mantener durante períodos regidos por la excepcionalidad ya que, tal y como se mantiene en este trabajo, es necesario que los poderes normativos actúen mucho y con celeridad, siendo la ejecutividad de la administración un valor en sí. No es extraño en este sentido (aunque sí excesivamente ambiguo y, en este sentido, jurídicamente inaceptable) que los RD de marzo y de octubre señalen que: «Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno». Al apartado anterior el nuevo Decreto de octubre añadía «...ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa»⁸².

Tal previsión no puede entenderse sin reparar en que han sido numerosos los casos en los que los Jueces de lo Contencioso y los TSJ, tras la reforma operada sobre el artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dictaron Autos no ratificando las medidas restrictivas de derechos. El vigente Decreto opta por la suspensión de la vigencia durante el Estado de Alarma de un sistema que ciertamente se ha manifestado muy poco propicio al mantenimiento del equilibrio mencionado ya que, en definitiva, supone una confusión de lógicas políticas y jurídicas.

En efecto, la potestad normativa (la legislativa y la reglamentaria, derivación ambas de la función de dirección política) corresponde a los órganos políticos que asumen la responsabilidad por ello ante la opinión pública. Los supuestos de autorización, convalidación o ratificación en el proceso de producción de normas (por ejemplo art. 86, 93 o 94 CE) obedecen a una lógica compacta desde el punto de vista del principio democrático: quieren compensar el déficit del órgano decisor (desde el punto de vista de su legitimidad de origen y de las reglas procedimentales con las que opera) con el apoyo de la institución política que mejor encarna el pluralismo. En definitiva, un órgano político decide una vez autorizado por otro (autorización de tratados internacionales); un órgano político depende de otro para la convalidación de la norma (Decretos-Leyes). En definitiva, de acuerdo con los principios del sistema de fuentes (y el principio de

⁸¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, 219.

⁸² Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. (Disposición Adicional 2ª).

división de poderes) los reglamentos no están sometidos a autorización previa o a ratificación⁸³. Potestad reglamentaria (art. 97) y potestad jurisdiccional (art. 117 CE) están en diferente plano.

En el origen de este problema está la confusión entre medida/acto singular y norma. El ordenamiento cuenta con múltiples casos en los que necesita de una intervención judicial para autorizar la restricción sobre un derecho (el caso más evidente será seguramente la autorización judicial para entrar en un domicilio ex art. 18.2 CE). Y este parece ser el caso de la previsión de la LO 3/1986 cuyo artículo 3 establece: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». ¿Qué tiene que ver este caso con aquella medida de carácter general por la que una Comunidad Autónoma decide dictar una Orden para suspender las clases presenciales de una Universidad con el objeto de reducir los contactos? Colocando al juez de lo contencioso en la tesitura de dictar un auto ratificando esas medidas lo hacemos partícipe de un proceso de definición normativo de lo que significa, por ejemplo, la autonomía universitaria⁸⁴.

Sin embargo, no ha sido este el entendimiento ni de las instituciones con potestad normativa ni de los Tribunales que han aceptado la lectura que los primeros han hecho, dando lugar a que el ciudadano y – esa es seguramente una de sus principales consecuencias – no sepa a quien atribuir la decisión última y, por tanto, cuál es la vía para exigir responsabilidad. Tener una nutrida nómina de responsables eventuales (el Ministerio que aprueba una orden transcribiendo un acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud; la Consejería de Salud correspondiente que dicta una Orden dando cumplimiento a lo anterior; y el Tribunal correspondiente que se faja en un Auto con las sutilezas derivadas de delimitar o limitar derechos) equivale a hacer muy dificultosa la exigencia de responsabilidad. ¿A quién habría que imputar el desacierto de la medida cuando se emplazan los intereses generales? El poder político siempre escurrirá el bulto para atribuir la decisión a quien no puede ser objeto de responsabilidad política. Y no nos olvidemos de que ya en el ámbito de las distorsiones relativas exclusivamente al control judicial podría ocurrir que la Sala de lo contencioso del TSJ que dicte un auto ratificando las medidas limitativas de los derechos fundamentales fuera luego emplazada para dictar sentencia sobre el fondo del asunto⁸⁵.

5.3.4. *Gobernar y cogobernar*

Tanto en los momentos álgidos de la crisis como sobre todo en lo que se ha dado en llamar la desescalada la realidad plural -territorialmente hablando, ahora- de nuestro país se ha impuesto. La palabra que mejor expresa esta circunstancia es «cogobernanza».

⁸³ En ese sentido también J. M. Baño León, en *Confusión regulatoria en la crisis sanitaria*, Almacén de Derecho.

⁸⁴ J. M^a BAÑO, *Confusión regulatoria en la crisis sanitaria: Los jueces no están para cogobernar sino para controlar la actuación de la Administración en juicio contradictorio*, op. cit.

⁸⁵ Cfr. en ese sentido el trabajo pleno de matices de L. POMED SÁNCHEZ, *Algunas notas sobre los estados de alarma declarados en 2020*, en prensa.

En este sentido se podrían aislar diferentes fases, siendo la primera la que comienza con el decreto de 14 de marzo que determina la concentración del poder en manos del Gobierno⁸⁶ y la última, por el momento, la del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, en cuyo el Preámbulo se establece: «Tanto las limitaciones a la permanencia de grupos de personas, como las referidas a la entrada y salida de territorios serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva lo determine, la cual también podrá modular, flexibilizar y suspender la aplicación de estas medidas». La concreción específica se prevé en el art. 2 con el siguiente tenor: «1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación. (...) 2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto. 3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11...».

Hemos pasado pues, del gobierno a la cogobernanza de una forma en absoluto pacífica. La transición se produce en el momento de la desescalada, cuando se hace fuerte la capacidad reivindicativa de las Comunidades Autónomas que reclaman la posibilidad de luchar contra la pandemia sin desconocer todo el sistema de distribución territorial del poder.

De aquí que el gobierno de la crisis pase a ser ejercido bajo el paraguas de la cogobernanza⁸⁷ establecido en la Orden de 3 de mayo, originando una serie de problemas de importante calado y que revelan lo lejos que las Comunidades Autónomas están de asumir una lógica federal y, en especial, la lealtad que le es propia. Efectivamente desde el momento en el que la Comunidades vieron reconocido un margen para relajar las normas restrictivas de derechos surgieron dudas razonables de si eran los indicadores sanitarios u otros motivos los que estaban tras de esas decisiones⁸⁸. De otra parte, creo que se puede decir que las Comunidades Autónomas confiaban en pilotar (y rentabilizar políticamente) una desescalada sin retorno, esto es, en ir gestionando la transición a una normalidad (o a la «nueva» normalidad configurada en el plan del gobierno de 28 de abril). Cuando la realidad se tuerce y reaparece la necesidad de tomar medidas restrictivas, las Comunidades (en especial, la de Madrid) afirman la ausencia de cobertura jurídica para tomar

⁸⁶ El sentido de la LOEAES no permitiría otra cosa según algunos autores: Cfr. «La dicción literal de los artículos 9 y 10 LOEAES, y la propia ubicación del estado de alarma como parte del Derecho de excepción, llevan a entender que su declaración produce una completa suspensión del principio autonómico, mediante la organización de la gestión de la catástrofe a través de un mando único gubernamental, de tintes casi militares, en lo que se refiere a la unidad de mando y al cumplimiento de las órdenes impartidas —único medio demostrado de responder de la manera más eficaz a la mayor crisis que puede afrontar una sociedad y el Estado que la sustenta, como es la guerra—, que suprime la capacidad de decisión de las autoridades autonómicas y locales afectadas y en el que todos recursos actúan bajo las órdenes de una única autoridad», J.J. HERBÓN COSTAS, *El mando y gestión del estado de alarma* en P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA, (eds.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

⁸⁷ Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad. Desde entonces la cogobernanza se mantiene como uno de los mantras de la temporada. Nuevamente es invocado en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁸⁸ En este sentido podrían invocarse en un nuevo contexto, diferente al acostumbrado, los artículos 149.1.1º y 139 CE.

medidas restrictivas de derechos (y lo defienden de esta manera en los procesos en los que solicitan la ratificación judicial de sus propias disposiciones⁸⁹).

De esta forma el gobierno acaba asumiendo de nuevo la iniciativa. Una iniciativa, entiéndase bien, que supone en su estadio final, por el momento, retomar el control para que la gobernanza no tenga marcha atrás. Al principio se hace de forma indirecta intentando que las decisiones formalmente adoptadas por la conferencia sectorial de sanidad (Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁹⁰) sean, tal y como se establece en la Orden del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020, trasladadas al ordenamiento de las CCAA. Y al final, y tras la serie de Autos de los TSJ en los que se declara la inidoneidad de las resoluciones de las CCAA para limitar derechos, directamente, a través de la Declaración del Estado de Alarma (en Madrid)⁹¹ y en todo el Estado⁹² (Decreto de octubre). El decreto de octubre, que configura como autoridades competentes delegadas a quienes ostenten la presidencia de las Comunidades Autónomas, está en las antípodas del de 14 de marzo⁹³ y ha sido valorado de forma muy distinta por parte de la doctrina⁹⁴. Creo que las dos posiciones que se enfrentan – la de que da lugar a 17 estados de alarma en contradicción flagrante con el artículo 116; y la de que es coherente con la lógica de un sistema prácticamente federal cuya constitución no impide la declaración de este estado excepcional para un solo territorio⁹⁵ – no son descabelladas. Pero me interesa más destacar que va a ser, seguro, una de las pruebas de fuego a las que se va a someter nuestro modelo autonómico. Su futuro y líneas de evolución se va a jugar, en buena medida, en la valoración que los ciudadanos, la sociedad, hagan del uso de la autonomía política durante los períodos de excepción.

⁸⁹ Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública).

⁹⁰ Sesión de 16 de julio de 2020 en el que se aprueba el «Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19». En su sesión de 30 de septiembre, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordó, una serie de medidas relacionadas con la restricción del contacto social en municipios especialmente afectados por una elevada propagación de la epidemia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁹¹ Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁹² Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. En este caso se ha de indicar que no se establecía autoridad competente delegada alguna. «Artículo 4. Autoridad competente. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno».

⁹³ Otras manifestaciones de la cogobernanza se abren paso en la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, con previsiones como la del artículo 14 (Tercer Párrafo) según el cual: «Asimismo, transcurridos cuatro meses de vigencia de esta prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del Estado de Alarma, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos».

⁹⁴ Cfr. deteniéndose en perfiles no suficientemente explorados, F. BALAGUER CALLEJÓN *La pandemia y el Estado autonómico*, en prensa.

⁹⁵ Art. 7 LO 4/1981; «A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad».

6. Conclusiones

El cambio al que se ha sometido el derecho a raíz de la pandemia ha sido radical, revolucionario, podríamos decir. En todas sus dimensiones ha resultado conmocionado. Si apreciamos que el derecho constitucional es el que establece sus coordenadas básicas, constitutivas, debemos constatar que el sistema de fuentes, los derechos fundamentales, la forma de gobierno, la estructura territorial del poder presentan ahora unos perfiles inéditos. Igualmente se puede aseverar que las potestades atribuidas a los principales actores del equilibrio institucional, Gobierno, Parlamento y Poder judicial, se han alejado de su dibujo tradicional. Tantas subversiones solo pueden encajarse adecuadamente en el marco de una teoría de la Constitución, de las constituciones, y de las funciones del Estado que no olvide cuál es el sentido fundamental de esta estructura, el Estado, y de sus normas supremas, las Constituciones.

Llegado el momento de volver a proponer una función del Estado puede ser plausible engarzarlo con los servicios esenciales de la ley de infraestructuras críticas que aparecen repetidamente evocados en la normativa Covid, incluso en el RD 463/2020 (Art. 18). Este es el paradigma desde el que perseguir el interés general cuando se declara una pandemia, un interés general que no resiste simplificaciones. La racionalidad se encuentra en un proceso de discusión colectiva en el que, de cualquier manera, instituciones y ciudadanos no se encuentran en la misma posición.

Es determinante en el discurso sobre cualquier acción de gobierno en un período de excepcionalidad la categoría de los derechos fundamentales, que es inescapable en su sentido más aquilatado. En especial procede poner el énfasis en la diversidad de sus titulares y en la consustancialidad del concepto de vulnerabilidad.

También respecto a los derechos fundamentales se ha de reparar en diferentes aspectos de distinto signo: a) La igualdad y no discriminación en la lógica controladora de cualquier acción tiene un gran papel dada la ingente actividad normativa; b) Se ha producido una importante especulación en torno al contenido y delimitación recíprocos de dos derechos: la libertad personal (ex art. 17 CE y la libertad de circulación del artículo 19 CE); c) Ha habido igualmente una polémica en torno a los conceptos de restricción y suspensión de los derechos provocada por el conocido hecho de que el Estado de alarma no permite la segunda de las capacidades; y d) la articulación de un sistema previsto en las disposiciones sectoriales ordinarias que datan de 1986 para el control de la actividad normativa restrictiva de los derechos fundamentales en materia de salud lleva a una intervención preventiva o ratificatoria por parte de la jurisdicción contenciosa que ha marcado buena parte de las soluciones adoptadas.

Una crisis sanitaria requiere volver al gobierno en tiempos de gobernanza; esto es, cuando ya parecían haberse instalado de forma generalizada la gobernanza y la «administración red» como paradigmas, reaparece la necesidad de que los poderes públicos intervengan actuando, tomando decisiones, que se pueden caracterizar por su número – ingente –, su amplitud – se proyectan sobre ámbitos normalmente inmunes a la acción del poder y muy definitorios de las relaciones

sociales⁹⁶ – y la rapidez – la elaboración en un tiempo record –. De un lado eso justifica la previsión contemplada en los Decretos que declaran el estado de alarma de que la producción de normas no está sometida a procedimiento administrativo alguno (por ejemplo, permite la inobservancia, entiendo del artículo de la ley 39/2015 sobre la participación de los afectados en las disposiciones administrativas que les afecten). Sin embargo, la obligada vuelta a una lógica anterior explica –pero sin suficiencia, ahora – que no se hayan atendido suficientemente alguno de los principios que piensan en la justificación de la racionalidad de la decisión más a partir del procedimiento seguido que de la bondad o error ínsito en la solución finalmente adoptada. Me refiero en este sentido al principio de transparencia, uno de los buques insignias del derecho a una buena administración⁹⁷, consagrado legislativamente en leyes como Ley de Transparencia⁹⁸, o la ley 39/2015⁹⁹, y – en el ámbito específico – en la Ley General de Salud Pública de 2011¹⁰⁰ (art. 3 f))¹⁰¹.

Gobernar y juzgar tienen tiempos diferentes y responden, en un modelo que afirma la división de poderes, a una lógica distinta. Durante la pandemia ha habido una judicialización excesiva, a mi juicio, de ciertos aspectos. En algún sentido es comprensible puesto que un modelo de intervención sustancialmente restrictiva sobre los derechos fundamentales en un estado de derecho conduce al juez como garante de los mismos. Pero resulta muy distorsionante el sistema que finalmente ha dado alas a que las disposiciones reglamentarias autonómicas de control de la pandemia hayan de ser autorizadas o ratificadas por los jueces. Tan extraño resulta que para evitar la posible disparidad en las resoluciones y proporcionar seguridad jurídica ha habido que modificar la LJCE. Y de su disfuncionalidad es evidencia también que se haya suspendido la aplicación del sistema en el Decreto que declara en octubre el tercer estado de alarma. Una clarificación del marco normativo parece, pues, inexcusable.

La crisis sanitaria ha sido la ocasión para que vuelva a aflorar el sempiterno problema territorial español. El Gobierno ha optado por la cogobernanza como criterio rector. El Decreto de octubre pone a las CCAA ante su hora histórica; del uso que hagan de su autonomía política, de la manera en que entiendan la lealtad federal, dependerá el veredicto ciudadano y en este sentido constituirá una de las claves para la conformación futura de nuestro modelo de distribución territorial del poder.

⁹⁶ Dejar de estrecharse las manos, de besarse; ocultar el rostro; ajustar su horario de comidas o de vuelta a casa; colocar una distancia a veces insuperable entre seres queridos y familiares; trabajar, en caso de poder, desde casa; despedir a los nuestros de una manera que jamás hubiéramos imaginado.

⁹⁷ Art. 41 CDFUE.

⁹⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁹⁹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰⁰ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

¹⁰¹ A juicio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno han sido atendidas una buena parte de las demandas de información.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Francesco Bocchini *

La legge n. 21 del 28 febbraio 2021 e l'art. 81 Costituzione: profili costituzionali

SOMMARIO: 1. Programma della ricerca. – 2. Dalla normativa europea relativa al principio dell'equilibrio di bilancio prevista dal Trattato di Maastricht del 1992 al Trattato di stabilità del 2013 (*Fiscal Compact*). – 3. La normativa italiana di attuazione del Trattato di stabilità e l'interpretazione dell'art. 81 Cost. nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali. – 4. La compatibilità del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato di stabilità con la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020. – 5. ... e dell'art. 81 Costituzione con la legge 28 febbraio 2021, n. 21. – 6. Riflessioni sistematiche valutative: le nozioni di «tempo finanziario» e di «flessibilità temporale».

1. Programma della ricerca.

La legge 28 febbraio 2021, n. 21 ha dato piena e diretta esecuzione alla decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 che ha deliberato di accettare, con modifiche, la proposta della Commissione europea, nota come *Next Generation Eut*¹. Quest'ultima è ispirata, sostanzialmente, ad una politica economica di *deficit spending* di ascendenza keynesiana, con la conseguente «sospensione», di fatto, dell'applicazione del Trattato

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi del Molise.

¹ Per una illuminante ricostruzione sui raccordi fra ordinamento comunitario e ordinamenti degli Stati e delle attuali impostazioni della Corte costituzionale convergenti con quelli della Corte comunitaria v. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*³, Milano, Giuffrè, 2015, 81 ss. Invero il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 310 e 311) pone, sostanzialmente, il divieto di erogare spese correnti oltre le entrate, ricorrendo al debito comune. A sua volta, il *Fiscal Compact* ha posto non solo il principio del pareggio di bilancio, ma, anche, l'obbligo degli Stati dell'Unione di rientrare dal debito formatosi nel corso degli anni. Sta di fatto, però, che, prima, la crisi finanziaria del 2008 e, poi, la crisi economica e finanziaria seguita alla pandemia da Covid-19, hanno indotto il Consiglio europeo, da un lato, ad andare oltre le politiche di *deficit spending* di ascendenza keynesiana, con la conseguenza che non solo è stato abbandonato il principio del pareggio di bilancio per l'Unione europea e per gli Stati membri, ma la stessa Unione europea ha fatto ricorso nel mercato dei capitali ad un indebitamento senza precedenti e, dall'altro lato, a valle, sono stati posti in essere prestiti e sovvenzioni a favore degli Stati membri, autorizzando, implicitamente, gli stessi Stati ad abbandonare la politica del pareggio di bilancio con obbligo di restituzione, entro il 2058, data finale di scadenza dei bond europei emessi con la garanzia di tutti gli Stati membri¹. In relazione a tale dilatazione del debito dell'Unione europea e degli Stati membri, del tutto, nuova nella storia dell'Unione, il Consiglio europeo, con la decisione n. 2053/2020, ha chiarito che occorre fare fronte con le risorse proprie degli Stati membri, oltre che con le risorse ricavabili dal bilancio dell'Unione europea non più annuale, ma pluriennale (2021-2027), a tale indebitamento. Tale evoluzione del quadro istituzionale ha indotto la dottrina (A. CERRI, *La crisi economica e le prospettive europee*, in *Nomos*, 2-2014, 2) a prospettare il problema «se i nuovi vincoli 'pattizi' o, pur illuminate regole giurisprudenziali dettate dall'Unione europea, possono davvero sostituire il timone che guida verso il benessere comune», tenendo conto che i vincoli europei sono nati in un contesto diverso da quello attuale e questa circostanza ne riduce il valore normativo.

sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria (in seguito, *Fiscal Compact*) per gli anni 2021 e 2022. Pertanto, a prima vista, la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 ed il *Fiscal Compact* sembrano andare in direzione opposta, mostrando una discordanza, almeno apparente, tra una politica di bilancio ispirata all'austerità ed una politica di bilancio di *deficit spending* che, viceversa, consente un massiccio ricorso alla spesa non bilanciata dalle entrate e, quindi, all'indebitamento comune, a monte da parte dell'Unione europea, e, a valle, da parte degli Stati membri, ben oltre le soglie del *Fiscal Compact*, che imponeva il principio imperativo dell'equilibrio di bilancio².

Il lavoro ha ad oggetto l'esame di questo complesso quadro normativo che si è andato evolvendo nel tempo, al fine di verificare se sia possibile armonizzare vuoi la normativa comunitaria previgente con la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 e vuoi la legge n. 21 del 28 febbraio 2021, con la quale l'Italia ha attuato la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020, con l'art. 81 Cost. che, come detto, ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio di bilancio, in attuazione del *Fiscal Compact*³.

2. Dalla normativa europea relativa al principio dell'equilibrio di bilancio prevista dal Trattato di Maastricht del 1992 al Trattato di stabilità del 2013 (*Fiscal Compact*).

Il lavoro muove dall'esame della normativa europea, tenendo conto della sua evoluzione storica. Tale rappresentazione diacronica sembra preferibile rispetto a quella sincronica che isola le singole norme dal processo storico della loro evoluzione e che si esaurisce nell'osservazione statica del singolo fotogramma normativo, che, se avulso dall'esperienza giuridica storica, è privo di capacità segnaletica della complessiva normativa come sviluppatasi nel tempo⁴.

² F. LANCHESTER, *Le trasformazioni geopolitiche, l'integrazione europea e l'eredità del federalismo statunitense e tedesco*, in F. LANCHESTER (a cura di), *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, Giuffrè, 2012, XXII ss., ha, acutamente, osservato che la persistente scissione tra federalismo come tecnica del rapporto tra centro e periferia sulla base dei principi di competenza e di sussidiarietà, da un lato, e, di legittimità democratica, dall'altro, indebolisce, però, in maniera pericolosa la legittimazione complessiva dei singoli sistemi politico-costituzionali e della stessa costruzione europea e dei ceti politici che agiscono all'interno delle varie arene. L'autore osserva che Parlamenti e governi nazionali non decidono più perché non possiedono elementi costitutivi della *sovranità* tradizionale, sebbene la legittimità e la legittimazione si allocchino, ancora, a livello nazionale. Ne viene fuori un affievolimento obiettivo del politico e una destrutturazione delle decisioni in cui il modello europeo di Stato sociale risulta sotto scacco a causa del processo di globalizzazione.

³ Per una ampia ricostruzione dell'inquadramento delle dinamiche economiche nella direzione costituzionalmente rilevante della tutela dei diritti della persona e della garanzia dell'uguaglianza v. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 154 ss. che ha osservato che lo sviluppo dinamico dei diritti, imposto dalla complessità dei fini fondamentali che orienta gli assetti dello Stato costituzionale contemporaneo, ha comportato la «stratificazione» di molteplici significati (K. Hesse) e l'ampliamento delle «funzioni» dei diritti (N. Luhmann); ID., *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 139 ss.

⁴ Per una illuminante ricostruzione sui fattori di unità e di frammentazione in Europa tra economia e cultura e sulla fine della sovranità statale ed il trionfo della democrazia universale v. S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi*, 22-2015, 4 ss. che ha osservato che il superamento della crisi del processo di integrazione europea e la costruzione dell'Europa unita saranno un obiettivo mancato fino a quando si darà credito a un solo rigido approccio di teoria economica.

Partendo, quindi, dall'esame normativa comunitaria, la prima enunciazione del principio di equilibrio di bilancio risale al Trattato di Maastricht del 1992 e l'evoluzione successiva della normativa può essere, meglio, compresa se viene, a sua volta, divisa in due periodi⁵.

Il primo periodo va dal Trattato di Maastricht del 1992 al 2013, anno nel quale è entrato in vigore il *Fiscal Compact*, mentre il secondo periodo decorre dal 2013 sino alla decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 attuata in Italia con la legge 28 febbraio 2021, n. 21.

Venendo alla rappresentazione del primo periodo, il Trattato di Maastricht del 1992 prevedeva il rispetto da parte degli Stati membri di due regole fondamentali recanti i seguenti limiti quantitativi ai bilanci degli Stati membri: a) un rapporto di deficit annuale netto rispetto al Pil che deve essere inferiore al 3 per cento; b) un indebitamento generale degli Stati membri che deve essere inferiore al 60 per cento del Pil nazionale.

A distanza di cinque anni dal Trattato di Maastricht, è stato concluso nel 1997 il Patto di stabilità e crescita che statuisce il principale fondamento giuridico della regolamentazione delle politiche di bilancio, vincolando gli Stati aderenti all'adozione di discipline e politiche di bilancio più stringenti per rafforzare, nel suo complesso, la stabilità finanziaria dei singoli Paesi e dell'Unione europea.

Tale Patto ha avuto l'obiettivo di rendere sempre più credibile lo sforzo di risanamento dei debiti sovrani e di mantenere sostenibili nel medio e nel lungo periodo le finanze pubbliche. Invero la partecipazione all'unione monetaria avrebbe dovuto contenere i costi di indebitamento e la fissazione dei limiti in caso di disavanzi eccessivi per i singoli Stati membri in modo da non compromettere la stabilità della moneta euro. L'accordo prevedeva, quindi, limiti al deficit entro un massimale del 3% del prodotto interno lordo e all'indebitamento sul Pil che doveva rimanere nel limite del 60%, anche se questi limiti non erano vincolanti.

Questa normativa iniziale del 1997 viene nel 2005, meglio specificata e razionalizzata⁶. In particolare, entra, nell'ordinamento europeo, con i Regolamenti nn. 1055 e 1056 del 2005, in materia di sorveglianza e di orientamento, la nozione di saldo strutturale di bilancio⁷.

Al tempo stesso viene introdotto l'ulteriore parametro dell'obiettivo di medio-termine che varia da Paese a Paese e che corrisponde ad un risultato di bilancio tale da garantire un margine di sicurezza rispetto alla soglia del 3 per cento del Pil stabilito dal Trattato volto ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche in un arco di tempo non più annuale, ma pluriennale. In concreto, in base alle regole definite nei ricordati regolamenti europei, gli Stati membri devono registrare un saldo di bilancio strutturale corrispondente all'obiettivo di medio-termine o in rapida convergenza ad esso (con una correzione annuale del saldo strutturale pari almeno a 0,5

⁵ Per una efficace analisi delle nozioni di Stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali accolte nei Trattati comunitari v. S. STAMMATI, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di Stato europea*, in *Rassegna parlamentare*, 1-2005, 2 ss. Per una acuta analisi della teoria costituzionale italiana v. S. LA RICCIA, *Riflessioni sulla storia costituzionale italiana*, in *Nova juris interpretatio in hodierna gentium*, *Quaderno*, 1-2008, pp. 73 ss.

⁶ Regolamenti (CE) nn. 1055 e 1056 del 2005.

⁷ La nozione di saldo strutturale di bilancio viene definita come il saldo di bilancio pubblico calcolato al netto degli effetti del ciclo economico (o componente ciclica) e delle misure temporanee.

punti percentuali di Pil). L'annualità dell'esercizio cede il passo all'obiettivo di medio-termine, entro il quale l'equilibrio di bilancio deve realizzarsi.

Intanto, anche, il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in data 13 dicembre 2007, viene modificato a Lisbona ed il nuovo testo entra in vigore il 1° dicembre 2009.

Nel Trattato di Lisbona la regolamentazione delle politiche di bilancio trova fondamento sia nell'articolo 121, che disciplina la sorveglianza da parte dell'Unione delle posizioni di bilancio degli Stati membri e il coordinamento delle politiche economiche, sia nell'articolo 126 che disciplina l'accelerazione della procedura per i disavanzi eccessivi, attraverso il c.d. braccio preventivo (*preventive arm*)⁸ e il c.d. braccio correttivo (*corrective arm*)⁹.

Ma, a distanza di quattro anni, la normativa cambia ancora. Il 25 marzo 2011 è approvato il c.d. Patto *Euro Plus*, sottoscritto da 23 Paesi dell'Unione europea (i 17 che hanno adottato l'euro oltre a Bulgaria, Danimarca, Estonia, Lettonia, Polonia e Romania), a margine del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, avente ad oggetto l'individuazione dei punti essenziali per promuovere la competitività della zona euro.

L'obiettivo di tale Patto è il rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche degli Stati partecipanti e la loro convergenza verso più elevati livelli di competitività. Le disposizioni contenute nell'accordo, aventi natura programmatica, vincolano gli Stati ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti nazionali, le regole di bilancio nel quadro dei principi indicati da tale Patto. In concreto, «gli Stati membri partecipanti al Patto si impegnano a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'Unione europea fissate nel Patto di stabilità e crescita. Si prevede, inoltre, che gli Stati membri manterranno la facoltà di scegliere lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere, a condizione che questo strumento abbia una natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio, Costituzione o normativa quadro)¹⁰. Si prevede, altresì, che l'esatta forma della ricordata regolazione sia decisa da ciascun Paese (ad esempio potrebbe assumere la forma di 'freno all'indebitamento', regola collegata al saldo

⁸ La procedura di allarme preventivo (il c.d. braccio preventivo o procedura di *early warning*) è prevista dal Regolamento CE, n. 1466/1997 e si concreta nella richiesta da parte del Consiglio allo Stato membro di adottare le misure necessarie per evitare che il disavanzo diventi eccessivo, ai sensi dell'art. 121, commi 3-4, Trattato, dovuto ad una deviazione significativa dal percorso di riavvicinamento all'obiettivo di medio-termine. La Commissione rivolge allo Stato membro l'avvertimento previsto dall'art. 121 Trattato. Successivamente, il Consiglio adotta una raccomandazione in cui sono indicati gli interventi che lo Stato dovrà effettuare nei successivi cinque mesi che sono ridotti a tre mesi se la situazione è, particolarmente, seria. Il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, può adottare una decisione in cui constata l'assenza di interventi efficaci da parte dello Stato.

⁹ La procedura correttiva (il c.d. braccio correttivo) si verifica nel caso in cui vi sia uno scostamento rispetto all'obiettivo di medio-termine che rappresenti un grave inadempimento degli obblighi relativi alla politica di bilancio. In tal caso, si avvia la procedura correttiva per i disavanzi eccessivi, prevista dal Regolamento CE n. 1467/1997, così come modificato dal Regolamento UE n. 1177/2011, in base alla quale il Consiglio stabilisce, ex art. 126 Trattato sul funzionamento, l'esistenza di un disavanzo eccessivo. Lo Stato sottoposto a tale procedura invia al Consiglio ed alla Commissione un «programma di partenariato economico» previsto dal Regolamento UE n. 473/2013, in cui indica gli interventi e le riforme strutturali da attuare per correggere il disavanzo, sul quale le istituzioni adottano un parere. Inoltre lo Stato deve adottare un «piano di azione correttivo», in base al Regolamento UE, n. 1176/2011 e deve fornire, su richiesta della Commissione, informazioni aggiuntive sullo stato della propria economia. Nell'ipotesi nella quale lo Stato non ottemperi alle raccomandazioni del Consiglio ed il disavanzo persista, in base al Regolamento UE, n. 1173/2011, le istituzioni possono adottare sanzioni amministrative, quali la conversione di un deposito fruttifero in infruttifero, la costituzione di un deposito infruttifero, ovvero, l'irrogazione di una ammenda.

¹⁰ Per una efficiente ricostruzione dei rapporti tra Costituzione e democrazia v. A. A. CERVATI, *Riforme costituzionali e principi in tema di sfida pubblica e di interessi privati*, in *Aperta contrada*, 2012, 14 ss.

primario o regola di spesa), ma a condizione che garantisca la disciplina di bilancio a livello sia nazionale che subnazionale».

L'evoluzione normativa, sin qui descritta, consente di affermare che, al di là del possibile deficit annuale di bilancio, il debito complessivo del bilancio di ogni Stato deve essere «sostenibile», quanto meno, nel «medio-termine». E ciò perché la necessità di mantenere le finanze pubbliche sane, sostenibili ed evitare disavanzi pubblici eccessivi è per i governi di fondamentale importanza per salvaguardare la stabilità dell'euro. Invero, una finanza sostenibile, quanto meno nel medio e lungo periodo, è una preconditione essenziale per assicurare un contesto finanziario sano, solido e stabile nel lungo periodo, come tale atto a supportare la fiducia degli investitori e degli operatori economici per il rafforzamento della crescita economica dell'Unione e per la competitività del mercato europeo.

Ma a distanza di sei mesi l'Europa torna a legiferare. In data 13 dicembre 2011 entra in vigore il c.d. *Six Pack*¹¹ che integra e modifica, ancora, l'originario Patto di stabilità e crescita del 1997.

L'obiettivo di tali misure è il rafforzamento del coordinamento economico e di bilancio dell'Unione europea e, in particolare, dell'area euro. Il *Six Pack* si compone di cinque regolamenti e di una direttiva. Due regolamenti del *Six Pack* sono destinati ai soli Paesi dell'area euro, mentre gli altri tre regolamenti e la direttiva riguardano tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

Tali atti introducono un complesso di regole più penetranti, prevedendo, altresì, un sistema di sorveglianza e vigilanza economico-finanziaria. Essi mirano a rendere più efficace la disciplina del Patto di stabilità e crescita, rafforzandone la parte preventiva e, specialmente, quella correttiva¹².

L'Unione vuole, così, fondare il controllo delle finanze pubbliche sul nuovo concetto della politica di bilancio «prudente», la cui funzione è agevolare il percorso di convergenza verso il rispetto dell'obiettivo di medio termine. A tal fine, si dettano regole per rafforzare ed agevolare il rispetto dell'obiettivo di medio-termine, fissando un limite massimo per l'evoluzione temporale della spesa pubblica.

Passa un anno circa e il 2 febbraio 2012 è sottoscritto da 17 Paesi dell'eurozona (a cui si sono aggiunti la Lettonia, il 1° gennaio 2014 e la Lituania, il 1° gennaio 2015) il Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, ratificato con la legge 23 luglio 2012, n. 116, ed entrato in vigore l'8 ottobre 2012. Il suo obiettivo è quello di mobilitare risorse finanziarie e concedere, a precise condizioni, un sostegno alla stabilità finanziaria dei Paesi membri contraenti, che, pur avendo un debito pubblico sostenibile, trovino temporanee difficoltà a finanziarsi sul mercato. Tale strumento mira a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e

¹¹ Il *Six Pack* è composto dai Regolamenti nn. 1173, 1174, 1175, 1176 e 1177/2011 e dalla direttiva n. 2011/85/UE.

¹² G.L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Il Filangieri, Quaderno*, 2011, 38 ss. osserva che i vincoli di bilancio per gli Stati membri si fondano, a differenza del passato su un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, rileva il rafforzato sistema dei controlli preventivi, che si espleta con scadenze temporali precise (il c.d. semestre europea) e attiene non solo alle finanze pubbliche ma, anche, ai principali indicatori macro-economici. Ciò dovrebbe consentire la tempestiva individuazione di scostamenti rispetto agli impegni dei singoli Stati in tema di riforme strutturali e di riduzione del *deficit* e del debito. L'applicabilità di sanzioni, nel caso del mancato rispetto degli impegni in discorso, conferisce agli stessi impegni natura giuridica vincolate. In secondo luogo, a differenza del passato nel quale ogni decisione in ordine all'esistenza del disavanzo eccessivo, ai tempi e ai modi per porvi rimedio e, in difetto, alla scelta delle sanzioni da applicare spettava al Consiglio, organo politico, con il Trattato di Lisbona e le successive normative ogni decisione è adottata dalla Commissione e il Consiglio può solo opporsi sempre che si formi al suo interno una maggioranza qualificata in senso contrario.

quella degli Stati membri. Il sostegno finanziario è condizionato dalla natura dello strumento adottato che assume, nel caso dei prestiti, la forma di un programma di aggiustamento macroeconomico, specificato in un apposito *memorandum* mentre esso è meno stringente nel caso della concessione di linee di credito ai Paesi in condizioni economiche e finanziarie, fondamentalmente, sane ma colpiti da avversi *shock* economici.

A distanza di venti anni dal Trattato di Maastricht, durante i quali la normativa europea, come si è detto, è cambiata, più volte, divenendo, sempre più severa sulla carta, l'Unione europea, su iniziativa della Germania, arriva alla conclusione che l'austerità nelle politiche di bilancio degli Stati membri non è sufficiente a garantire la stabilità della moneta unica, ma occorre una disciplina più stringente con riguardo sia al deficit annuale dei bilanci statali, sia al rientro dell'indebitamento globale maturato in tutto il ventennio (1992-2012), a dispetto di una normativa sempre più severa.

In questa prospettiva di crescente ed astratta severità normativa il 2 marzo 2012 viene sottoscritto il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*), entrato in vigore il 1° gennaio 2013 e ratificato dall'Italia con legge 23 luglio 2012, n. 114. Inizia, così, quello che abbiamo definito il secondo periodo della normativa di austerità. Tale periodo si caratterizza per la presenza di due elementi distintivi: da un lato, sono conferiti maggiori poteri alle istituzioni europee¹³ e, dall'altro, è prevista l'applicazione automatica delle sanzioni¹⁴.

Nel 2012 l'Italia, dopo aver ratificato il *Fiscal Compact*, attraverso la legge 23 luglio 2012, n. 114, costituzionalizza il principio dell'equilibrio di bilancio mediante l'approvazione della legge rafforzata del 24 dicembre 2012, n. 243. L'art. 81, comma 1, Cost. prevede, infatti, che «lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse

¹³ Invero il *Fiscal Compact* contiene una serie di regole chiamate «regole d'oro» che sono vincolanti nell'Unione europea con la scopo di garantire il rispetto del principio del pareggio di bilancio. Invero l'obiettivo è di garantire un controllo sulla politica di bilancio al fine di coordinare le decisioni riguardanti la spesa pubblica di competenza dei singoli governi nazionali. In tale prospettiva il coordinamento delle politiche di bilancio nazionali, a livello europeo, è considerato una precondizione del completamento del processo di integrazione europea e la necessaria strada per superare la crisi del debito sovrano. Pertanto l'unione di bilancio potrebbe essere, accanto all'unione economica e monetaria, un elemento fondamentale per una maggiore integrazione economica. In particolare, il *Fiscal Compact* si propone di: a) impegnarsi ad applicare e ad introdurre, entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato, con norme costituzionali o di rango equivalente, la «regola aurea» per cui il bilancio dello Stato deve essere in pareggio o in attivo e qualora il rapporto debito pubblico/Pil superi la misura del 60%, le parti contraenti si impegnano a ridurlo mediamente di 1/20 all'anno per la parte eccedente tale misura. Il ritmo di riduzione, tuttavia, dovrà tener conto di alcuni fattori rilevanti, quali la sostenibilità dei sistemi pensionistici e il livello di indebitamento del settore privato; b) impegnarsi a coordinare, meglio, la collocazione dei titoli di debito pubblico, riferendo, preventivamente, alla Commissione e al Consiglio sui piani di emissione dei titoli di debito; c) considerare un'altra parte contraente inadempiente nel caso di violazione degli obblighi stabiliti dal patto di bilancio e, quindi, consentire alla medesima parte di adire la Corte di giustizia dell'UE, anche, in assenza di un rapporto di valutazione della Commissione europea; d) ricorrere, ad opera delle parti contraenti, alle cooperazioni rafforzate nei settori che sono essenziali per il buon funzionamento dell'eurozona, senza recare alcun pregiudizio al mercato interno; e) determinare congiuntamente, da parte del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali delle parti contraenti, come previsto dal Titolo II del Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali allegato al TFUE, l'organizzazione e la promozione di una conferenza dei presidenti delle Commissioni competenti dei parlamenti nazionali e delle competenti Commissioni del Parlamento europeo, al fine di dibattere le questioni connesse all'ordinamento delle politiche economiche.

¹⁴ La letteratura è ampia. V. C. PINELLI, *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, in *gruppodipisa*, 1 ss.; R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania*, in *Il Filangieri, Quaderno*, 2011, 205 ss. F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Diritto Pubblico*, 1-2014, 45 ss.; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 1-2014, 52 ss.; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, *Il Filangieri, Quaderno*, 2011, 24 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1-2014, 2 SS.

e delle fasi favorevoli del ciclo economico» (art. 81, comma 1, Cost.). Ma il nuovo testo dell'art. 81, comma 2, Cost. prevede che «il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali». Tuttavia, ancora una volta, a Bruxelles non c'è pace tra gli ulivi! E, così, nel 2013 l'Unione europea torna a legiferare.

In data 27 maggio 2013 entra in vigore il *Two Pack*¹⁵ che, attraverso due regolamenti, rafforza la sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che affrontano o sono minacciati da serie difficoltà per la propria stabilità finanziaria. E tale monitoraggio prevede, altresì, la valutazione dei progetti di bilancio per assicurare la correzione dei disavanzi eccessivi degli Stati membri dell'eurozona. Il *Two Pack* si articola in due proposte di regolamento enunciate in una Comunicazione della Commissione europea del 23 novembre 2011 aventi ad oggetto le misure che comprendono, da un lato, meccanismi di sorveglianza più stringenti degli Stati membri che si trovano o rischiano di trovarsi in difficoltà, in relazione alla loro stabilità finanziaria nella zona euro, e, dall'altro lato, disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi. Tali proposte relative ai soli Stati della zona euro si fondano sull'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Pertanto, vengono rafforzate, ulteriormente, l'integrazione e la convergenza economica fra gli Stati membri della zona euro.

In conclusione, l'evoluzione del quadro normativo qui descritto nei suoi tratti essenziali rende evidente che il principio guida europeo è rappresentato dalle cc.dd. «finanze pubbliche sane» (*Sound fiscal policy*) in attuazione dell'articolo 119, par. 3, del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea. Tale nozione prescrive l'andamento delle finanze pubbliche sia nel breve periodo (*stabilità* della politica di bilancio) sia nel lungo periodo (*sostenibilità* della politica di bilancio). Invero, nel breve periodo, le finanze pubbliche *stabili* sono caratterizzate dalla capacità delle pubbliche amministrazioni di far fronte con le proprie «entrate» alle proprie spese. Nel lungo periodo le finanze pubbliche *sostenibili* richiedono il rispetto del vincolo di bilancio, quanto meno, in un arco temporale medio-lungo. E una deviazione dai principi di stabilità e di sostenibilità può rendere il contesto macroeconomico di un Paese instabile, influenzando negativamente sulle stesse prospettive di crescita economica e sull'inflazione del Paese e sulla stabilità della stessa moneta (euro). Questa politica di bilancio si giustifica in un contesto di unione monetaria. Una sola moneta significa che l'indebitamento eccessivo di uno Stato incide negativamente sul valore della moneta in modo da danneggiare gli Stati «virtuosi».

L'illustrazione fin qui svolta dell'evoluzione della normativa dell'Unione dal Trattato di Maastricht al *Fiscal compact* si giustifica con la necessità di rendere evidente che la politica di austerità dell'Unione è durata, sulla carta, circa un trentennio dal 1992 al 2020. Ma occorre, ora, verificare come tale rigidità normativa si sia tradotta nell'ordinamento italiano.

¹⁵ Regolamenti nn. 472 e 473/2013. Sull'inquadramento della *governance* economica europea v. F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'unione europea*, in *Rivista AIC*, 2-2013, 2 ss; G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 1-2012, 9 ss.

3. *La normativa italiana di attuazione del Trattato di stabilità e l'interpretazione dell'art. 81 Cost. nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali e nella prassi legislativa.*

Viene, ora, all'esame la normativa nazionale di attuazione del *Fiscal Compact*.

La costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio da parte dell'Italia è stata attuata con la legge costituzionale n. 1 del 2012¹⁶ che ha modificato il testo originario dell'art. 81 Cost. e, poi, con la legge rafforzata 24 dicembre 2012, n. 243, che ha dato attuazione al nuovo testo dell'art. 81 Cost., suscitando un articolato dibattito dottrinario.

Sembra possibile ricostruire, sul piano sistematico, quattro orientamenti della dottrina: a) un primo orientamento evidenzia il carattere flessibile che la nuova disciplina di bilancio conserverebbe, tenendo conto «delle fasi avverse del ciclo» ed, in ogni caso, garantendo il finanziamento delle prestazioni essenziali, a tutela dei diritti fondamentali; b) un secondo orientamento più rigoroso tende a interpretare l'espressione «equilibrio di bilancio» contenuta nell'art. 81 Cost. come «pareggio di bilancio»; c) un terzo orientamento «fiscalista» (nel linguaggio del diritto comunitario «politica fiscale» sta per «politica di bilancio») ritiene sussista una «supremazia» dell'art. 81 Cost. nei confronti degli altri principi costituzionali onde i livelli essenziali delle prestazioni garantirebbero diritti sociali, ma condizionatamente al pareggio di bilancio; d) un quarto orientamento ritiene che il principio del pareggio del bilancio debba essere fondato costituzionalmente non su vincoli procedurali, ma su rigide regole numeriche. Pertanto, il disavanzo non può superare il 3% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato e l'indebitamento pubblico non può superare il 60% del prodotto interno lordo ai prezzi di mercato che precluderebbero al legislatore la scelta di politiche economiche di *deficit spending*, a carattere keynesiano.

Il primo orientamento¹⁷ osserva che il tratto tipico del novellato art. 81 Cost. è la sua flessibilità¹⁸. Infatti, il carattere duttile e dinamico della nuova disciplina di bilancio traspare sia dalla disposizione del comma 1 dell'art. 81 Cost., secondo cui lo Stato assicura l'equilibrio di bilancio tenendo conto delle fasi del ciclo economico, sia dalla disposizione del comma 2 dell'art.

¹⁶ La letteratura è ampia. V., in particolare, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 1-2012, 108 ss.; P. DE IOANNA, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitive di difficile composizione*, in *Astrid Rassegna*, 7-2015 8 ss.; R. DICKMANN, *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in *Federalismi*, 10-2012, 3 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, 3-2012, 2 ss.

¹⁷ M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Relazione al Convegno «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012»*, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, 18 ss.; ID., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, 3-2013, 34 ss.

¹⁸ L'espressione è di N. D'AMICO, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, in *Istituto Bruno Leoni*, 107-2011, 2. L'autore osserva che si tratterebbe di un'espressione «meno precisa e meno vincolante» rispetto a quella di «pareggio di bilancio», che cela «la evidente intenzione del nuovo legislatore costituzionale di consentire una «flessibilità» nella gestione della finanza pubblica che, altrimenti, sarebbe stata preclusa». La successiva adozione della l. n.243/2012 sembrerebbe, poi, nel dare attuazione al nuovo art. 81 Cost., aver sgombrato il campo da taluni dubbi interpretativi individuando, quantomeno, una prima definizione, pur flessibile, di «equilibrio» di bilancio. V. A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2-2012, 2 ss.; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. «pareggio di bilancio»*, in *Rivista AIC*, 2-2012, 2 ss.; M. BERGO, *Pareggio di bilancio «all'italiana». Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi*, 6-2013, 8 ss.; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazione in Cammino*, 25 ottobre 2011, 520 ss.; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 3-2012, 10 ss.; ID., *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2-2013, 12.

81 Cost. che consente il ricorso all'indebitamento in considerazione degli effetti del ciclo ed al verificarsi di eventi eccezionali.

Tali margini di flessibilità si fonderebbero su tre argomenti.

In primo luogo¹⁹, il testo definitivo delle legge costituzionale si discosta molto da alcune delle prime ipotesi di revisione dell'art. 81 Cost. che prendevano le mosse da una concezione molto più rigida del «pareggio» (e non dello «equilibrio») di bilancio²⁰.

In secondo luogo, le più significative previsioni della l. cost. n. 1/2012, contenute nel comma 1 dell'art. 81 Cost. secondo il quale «l'equilibrio tra le entrate e le spese» del bilancio statale è assicurato «tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» e nel comma 2 dell'art. 81 secondo il quale l'indebitamento è consentito «al fine di considerare gli effetti del ciclo economico», appaiono ulteriori indici di flessibilità. Invero la prima previsione normativa comporta che le esigenze di equilibrio di bilancio siano diverse nella fase della recessione e nella fase espansiva dell'economia. Pertanto, possono essere reperite, anche sul mercato finanziario, le risorse eventualmente necessarie per le politiche anticicliche e per il sostegno della domanda effettiva. La seconda previsione comporta, a sua volta, che l'indebitamento è consentito non solo per fronteggiare le circostanze eccezionali, ma anche per moderare gli effetti del ciclo economico.

Il terzo argomento si collega all'orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 1 del 10 gennaio 1966, secondo la quale «il precetto costituzionale attiene ai limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa che deve essere contrassegnata non più dall'automatico pareggio di bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e la spesa»²¹. Questo orientamento si ispira ad una concezione «dinamica» e «flessibile» del bilancio che tiene conto di politiche anticicliche. Ne consegue, sul piano della legittimità costituzionale, una sostanziale flessibilità del quadro concettuale e prescrittivo che consente alla nuova disciplina del bilancio di conservare l'originaria duttilità²².

¹⁹ M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., 17 ss.

²⁰ Vedi, oltre al disegno di legge governativo (A.C. n. 4620, Berlusconi e altri), ad esempio, p.d.l. cost. AC n. 4526, XVI legislatura, a firma Beltrandi e altri; p.d.l.c. AC 4594, XVI legislatura, a firma Merloni e altri, p.d.l. cost. AC 4596, XVI legislatura, a firma Lanzillotta e altri.

²¹ V., sul punto, Corte costituzionale del 25 ottobre 2013, n. 250 che ha affermato che il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria, «consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche». Vi è, così, per la Corte costituzionale del 6 dicembre 2017, n. 247 un impiego delle risorse pubbliche in un ottimale rapporto tra efficienza ed equità volto a garantire «l'equilibrio tendenziale del bilancio». La Consulta, partendo da queste premesse, ha ritenuto, così, che nell'art. 81 Cost. vi possa essere un principio di anticiclicità del bilancio in quanto l'art. 81 Cost. consente l'indebitamento per contrastare le fasi avverse del ciclo economico al fine di assicurare le risorse accertate e disponibili per gli investimenti (Corte costituzionale del 23 maggio 2018, n. 101; Corte costituzionale del 25 marzo 2018, n. 61).

²² Sulla scissione del nesso potere-funzione con la conseguente impossibilità di ricondurre la classificazione materiale delle funzioni a quella formale degli atti v. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, 478 ss.; F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 17-1967, 690 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I, Milano, Giuffrè, 1972, 150 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, 707; C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, 124; G. RIVOCCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, Cedam, 2003, 37 ss.

Venendo al secondo orientamento²³ esso auspica un'applicazione più rigorosa dell'art. 81 Cost., ritenendo che la locuzione «equilibrio di bilancio» avrebbe dovuto essere sostituita con la nozione di «pareggio di bilancio» perché la precedente versione dell'art. 81 Cost. non era stata capace di arginare la crescita incontrollata della spesa pubblica e del debito. Infatti, le politiche dei governi e le stesse interpretazioni della Corte costituzionale non erano state in grado di frenare l'aumento della spesa pubblica e del debito²⁴. Questo orientamento conclude che il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio si è talmente «scolorito» rispetto alle intenzioni inizialmente dichiarate che è sparito dal testo finale dell'art. 81 Cost. ogni riferimento all'*enforcement* quando vi sia una violazione delle nuove regole.

Il terzo orientamento²⁵ affronta il problema in una diversa prospettiva e, cioè, nell'ottica della tutela dei più deboli, ponendo in evidenza la correlazione strutturale tra pareggio di bilancio e Stato costituzionale, a tutela dei diritti umani fondamentali, che, pur comportando una rilevante spesa pubblica, non possono essere sacrificati per motivi finanziari. Pertanto, si osserva che il pareggio di bilancio, con le connesse regole sul controllo dei disavanzi e sulla riduzione dell'indebitamento, può considerarsi espressione di esigenze coesenziali allo Stato costituzionale, proprio perché coerenti con l'idea stessa di «Costituzione» come patto politico intorno a un nucleo di valori e di «diritti a prestazione» fondamentali destinato ad essere attuati nel tempo²⁶.

Il quarto orientamento²⁷ rinviene nella riforma dell'art. 81 Cost. una vera e propria «messa al bando» delle politiche di tipo keynesiano determinando una rottura con il fondamento socialdemocratico della Costituzione. Si osserva che tali politiche sono «scardinate» attraverso limitazioni fattuali e procedurali imposte dal nuovo impianto costituzionale snaturando e rendendo impraticabile, di fatto, l'indebitamento nella sua autentica declinazione keynesiana ovvero quale intervento pubblico di stimolo dell'economia deciso con libera discrezionalità nell'ambito di politiche fiscali espansive²⁸ caratterizzate da un sistema di spesa pubblica non coperto da corrispondenti entrate pubbliche.

In particolare, si è osservato²⁹ che la revisione dell'art. 81 Cost. determina un radicale mutamento nella forma di Stato per i significativi riflessi che la scelta di costituzionalizzazione del pareggio di bilancio determina nei confronti del sistema delle autonomie regionali e locali e

²³ N. D'AMICO, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, cit., 2; G. ALFANO, *L'art. 81 della Costituzione e la «legge finanziaria»*. *Sistematica disapplicazione della norma da parte dei suoi naturali destinatari*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 4-2008, 8 ss;

²⁴ A. PACE, *Pareggio di bilancio: qualcosa si può fare*, in *Rivista AIC*, 3-2011, 1 ss. osserva che la nostra Costituzione nell'affermare, all'art. 81, il principio dell'annualità nei bilanci e dei consuntivi approvati dalle Camere, dispone che con «la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese». L'autore osserva, acutamente, che la Corte costituzionale, nell'interpretazione di questa disposizione costituzionale, pur negando che essa costituzionalizzi il principio del pareggio di bilancio, ha, ripetutamente, sottolineato che la norma costituzionale in questione esprime il principio del tendenziale equilibrio finanziario del bilancio dello Stato. Il che significa che, mentre l'obbligo di «copertura» va osservato nei confronti delle spese che incidono su un esercizio in corso, lo stesso rigore non sarebbe richiesto, per la Consulta, per gli esercizi futuri.

²⁵ A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., 8 ss.

²⁶ Per un'efficace analisi della «durezza normativa» della Costituzione democratica in relazione ai vincoli europei v. A. D'ANDREA, *La svolta costituzionale dell'Italia: dall'approdo democratico alla difficoltà del presente*, in *Consulta online*, 13 marzo 2020, 11.

²⁷ O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *e Stato costituzionale*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 1-2016, 8 ss; ID, *Fondamenti e implicazioni della norma costituzionale sul pareggio di bilancio*, in A. RUGGERI, (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, 558 ss.

²⁸ O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Napoli, Jovene, 402 ss.

²⁹ F. BILANCIA, *NOTE critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2-2012, 3 ss.

rispetto alla garanzia affievolita dei diritti fondamentali. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio viene assunta quale «strumentale occasione» per modificare a regime la forma di Stato, ponendo le premesse giuridiche per il superamento, di fatto, dell’impianto sociale della c.d. «economia oggi sociale di mercato».

Non è agevole individuare un’opinione dominante, ma sembra prevalere l’orientamento favorevole ad una lettura «flessibile» dell’art. 81 Cost. che tende a temperare il principio del pareggio del bilancio valorizzando il più liberale principio di equilibrio di bilancio che lascia maggiore spazio a politiche espansive.

Questa evoluzione in senso sociale della dottrina è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Invero la Consulta aveva, già, osservato nella sentenza n. 1 del 1966 che l’obbligo della «copertura» va osservato «nell’ambito di una visione generale dello sviluppo economico del Paese e della situazione finanziaria dello Stato». Infatti «una puntualità rigorosa per la natura stessa delle cose non è richiesta dalla *ratio* della norma per gli esercizi futuri. Rispetto a questi, del resto, la legge di spesa si pone come autorizzazione al Governo, che la esercita non senza discrezionalità». E la Consulta tende a rispettare questa discrezionalità del Governo «in relazione alla situazione economica e al programma di sviluppo del Paese, sui quali a Corte potrà portare il suo esame ma nei limiti della sua competenza».

Tale orientamento è confermato dalla sentenza della Consulta n. 384 del 1991 che riconosce che l’obbligo della copertura deve essere osservato «nell’ambito di una visione generale dello sviluppo economico del Paese e della situazione finanziaria dello Stato».

La natura «dinamica» del principio dell’equilibrio di bilancio³⁰, già individuata dalla Consulta nelle sentenze richiamate, è stata, poi, precisata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 250 del 2013 che ha osservato che il principio dell’equilibrio di bilancio «consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche. Detto principio impone all’amministrazione un impegno non circoscritto al solo momento dell’approvazione del bilancio, ma esteso a tutte le situazioni in cui tale equilibrio venga a mancare per eventi sopravvenuti o per difetto genetico conseguente all’impostazione della stessa legge di bilancio».

In questa sentenza n. 250/2013 la Consulta ha chiarito che «il principio dell’equilibrio del bilancio ha contenuti di natura sostanziale: esso non può essere limitato al pareggio formale della spesa e dell’entrata (sentenza n. 1 del 1966), ma deve estendersi –attraverso un’ordinata programmazione delle transazioni finanziarie– alla prevenzione dei rischi di squilibrio, che derivano inevitabilmente dal progressivo sviluppo di situazioni debitorie generate dall’inerzia o dai ritardi dell’amministrazione».

Da ultimo, questa visione dinamica del principio di equilibrio di bilancio è confermata nella sentenza n. 4 del 2020. In questa sentenza la Consulta osserva che «un esame complessivo dei parametri costituzionali vigenti in *subiecta materia* consente di chiarire che: a) l’equilibrio dei conti è un presupposto della sana gestione finanziaria, del buon andamento e della corretta e ponderata programmazione delle politiche pubbliche (artt. 81 e 97 Cost.); b) in tale prospettiva i deficit

³⁰ M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit, 22 ss.; G. RIVOSECCHI, *Il bilancio nel diritto pubblico italiano*, in *Nomos*, 3-2020, 25 ss.

causati da inappropriate gestioni devono essere recuperati in tempi ragionevoli e nel rispetto del principio di responsabilità, secondo cui ciascun amministratore democraticamente eletto deve rispondere del proprio operato agli amministrati.; c) lo stato dell'indebitamento e delle eventuali passività dell'ente applicate agli esercizi futuri» (sentenza n. 49 del 2018) poiché la trasparenza dei conti risulta «elemento indefettibile per avvicinare in senso democratico i cittadini all'attività dell'Amministrazione, in quanto consente di valutare in modo obiettivo e informato lo svolgimento del mandato elettorale, e per responsabilizzare gli amministratori» (sentenza n. 49 del 2018); d) quando le risorse proprie non consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite deve essere lo Stato ad intervenire con apposito fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante e con ulteriori risorse aggiuntive ai fini di promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni (art. 119, terzo, quarto e quinto comma, Cost.); e) gli enti territoriali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento, con modalità equilibrate in rapporto al generale contesto macroeconomico (art. 119, sesto comma, Cost.)».

In conclusione la Consulta osserva che «tenuto conto dell'accentuata mutevolezza del 'tempo finanziario' che determina continue sopravvenienze di natura fattuale e normativa, è proprio il rispetto del principio dell'equilibrio dinamico ad assicurare la bilanciata congiunzione tra il principio di legalità costituzionale dei conti e l'esigenza di un graduale risanamento del deficit, coerente con l'esigenza di mantenere il livello essenziale delle prestazioni sociali durante l'intero periodo di risanamento». In buona sintesi la Consulta ritiene che «il principio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile, essendo intrinsecamente collegato alla continua ricerca di una stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate» (sentenza n. 18 del 2019)³¹.

L'esame della dottrina e della giurisprudenza consente di affermare che, sul piano dell'interpretazione, è prevalso un orientamento molto liberale e, per utilizzare un'espressione della Consulta, «un'interpretazione dinamica» del principio dell'equilibrio del bilancio.

³¹ La Corte costituzionale nella sentenza del 20 luglio 2020, n. 152 conferma questo orientamento «dinamico» chiarendo che «le scelte allocative di bilancio proposte dal Governo e fatte proprie dal Parlamento, pur presentando natura altamente discrezionale entro il limite dell'equilibrio di bilancio, vedono naturalmente ridotto tale perimetro di discrezionalità dalla garanzia delle spese costituzionalmente necessarie, inerenti all'erogazione di prestazioni sociali imprescindibili (*ex plurimis*, sentenze n. 62 del 2020, n. 275 e n. 10 del 2016). Ciò comporta che il legislatore deve provvedere tempestivamente alla copertura degli oneri derivanti dalla pronuncia, nel rispetto del vincolo costituzionale dell'equilibrio di bilancio in senso dinamico (sentenze n. 6 del 2019, n. 10 del 2015, n. 40 del 2014, n. 266 del 2013, n. 250 del 2013, n. 213 del 2008)». Ed, in particolare, osserva che «da maggior spesa a carico dello Stato, che la presente pronuncia comporta, non si risolve – come in tesi dell'INPS – in «violazione dell'art. 81 della Costituzione», poiché, nella specie, vengono in gioco diritti imprescindibili della persona. Ciò, in linea di principio e sia pur con più attenuata declinazione, è riconosciuto, anche, dall'Avvocatura generale dello Stato, che ritiene «condivisibile l'affermazione secondo cui il vincolo di bilancio non può avere prevalenza assoluta sugli altri principi costituzionali»; e, in coerenza con tale premessa, auspica un «contemperamento» dei valori costituzionali sottesi alla norma denunciata «con il principio di bilancio costituente anch'esso un valore costituzionale».

4. *La compatibilità del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato di stabilità con la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020.*

Occorre, ora, verificare come l'Unione europea e gli Stati membri abbiano fronteggiato la pandemia da Covid-19, in presenza di un quadro normativo e dell'Unione europea e dei singoli Stati nazionali, incentrato su una politica economica contraria ad ogni manovra di *deficit spending*³².

Partiamo dall'esame delle motivazioni ufficiali contenute nella decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 che rappresenta la nuova normativa relativa alla politica di bilancio dell'Unione e degli Stati nazionali. Tali motivazioni si collegano alle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 che aveva, a sua volta, approvato il piano c.d. *Next Generation EU* e le linee di fondo per la negoziazione del nuovo Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 rivedendo, senza stravolgerle, le proposte formulate dalla Commissione europea.

Un esame attento dei trenta Considerando che precedono la decisione del Consiglio europeo n. 2053/2020 conduce all'enucleazione di due osservazioni.

La prima osservazione è che il Consiglio europeo non si pone come prioritario il problema del rispetto del principio del pareggio di bilancio e dell'Unione e degli Stati membri previsto dalla normativa dettata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dal *Fiscal Compact* che non trovano neanche menzione nella motivazione della decisione.

La seconda osservazione è che il Consiglio europeo si pone, però, il problema che relativo all'ammontare delle risorse con le quali l'Unione europea può finanziare il Piano del *Next Generation EU*, così, ambizioso e gravoso per le finanze dell'Unione.

Di qui una duplice scelta. La prima scelta, che appare nei primi quindici, considerando, è la presa d'atto che le risorse finanziarie dell'Unione non consentono né prestiti, né sovvenzioni agli Stati membri, né «politiche» economiche ambiziose (cfr. Considerando nn. 1 e 4) «ferma restando la necessità dell'Unione di una rigorosa disciplina di bilancio». Ma una «rigorosa politica di bilancio» presuppone, nella logica dell'Unione, nuove risorse proprie adeguate senza le quali non è possibile adottare una politica che conceda sovvenzioni e prestiti agli Stati membri. Da questa premessa logica discende una prima conclusione. In questo momento storico il gettito dell'I.V.A. non è sufficiente per consentire finanziamenti ambiziosi, ma, d'altro canto, l'istituzione di nuove imposte dell'Unione non può avvenire senza limiti. Né, secondo il Consiglio europeo, è possibile, come risulta dai Considerando nn. 11 e 12, aumentare la soglia dei massimali dei contributi da parte dei singoli Stati membri all'Unione, posto che la storia recente dei bilanci degli Stati membri dimostra l'esistenza di debiti sempre maggiori e la pandemia in atto non consente l'aumento dei contributi degli Stati membri a favore dell'Unione.

A questo punto - e siamo al Considerando n. 14 - compare nella motivazione della decisione la crisi da Covid-19 per far fronte alla quale il Consiglio europeo riconosce che siano necessarie «risorse finanziarie di entità eccezionale». Da questo punto in poi il filo conduttore della motivazione della decisione diventa, da un lato, lo «eccezionalità dell'evento» e, dall'altro, «l'eccezionalità della risposta

³² Per una efficace ricostruzione del rapporto tra il Trattato costituzionale europeo e gli ordinamenti costituzionali nazionali v. F. G. PIZZETTI, *Trattato «costituzionale» europeo e ordinamenti costituzionali nazionali: profili di un rapporto circolare di continua e reciproca «relazione-integrazione»*, in *Il Filangieri*, 1-2005, 40.

finanziaria dell'Unione». Infatti, la motivazione della decisione n. 2053/2020 nei Considerando da n. 15 a n. 22 prosegue rilevando che l'aumento dei massimali dei contributi degli Stati membri è necessario ma non è sufficiente per finanziare un piano di intervento come il *Next Generation EU*, onde la conclusione è che sia necessario per l'Unione fare ricorso al mercato dei capitali, attraverso un vero e proprio indebitamento non coperto da entrate.

Invero nel Considerando n. 22 la presa di posizione del Consiglio europeo è netta: è indispensabile che «il potere della Commissione di contrarre prestiti allo scopo di far fronte alle conseguenze della crisi COVID-19 sia eccezionale, temporaneo e limitato». E ciò perché il Consiglio ammette nel Considerando n. 22 che, «di norma, l'Unione non dovrebbe usare i prestiti contratti sui mercati dei capitali per finanziare spese operative». E nel linguaggio del Consiglio «spese operative» sta per «spese correnti» e non per spese per investimenti.

Pertanto, il Consiglio ritiene che le spese per investimenti debbano rappresentare la regola di ogni utilizzazione da parte dell'Unione e degli Stati membri dei prestiti ottenuti dall'Unione sul mercato dei capitali. Occorre, però, arrivare al Considerando n. 24 per trovare, finalmente, un riferimento alla politica di bilancio prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Si legge che, ai sensi dell'articolo 311, 4 comma, TFUE sarà adottato un regolamento del Consiglio che stabilirà misure di esecuzione del sistema delle risorse proprie dell'Unione. Ma il Consiglio ritiene che solo la previsione di Quadro finanziario pluriennale potrà consentire il rientro da un indebitamento di così grande portata.

In una visione globale la motivazione della decisione del Consiglio n. 2053/2020 presenta due «convitati di pietra». Il primo convitato di pietra è il *Fiscal Compact* che non è mai menzionato nella decisione. Il secondo convitato è un indebitamento dell'Unione europea sul mercato dei capitali, senza precedenti nella storia (750 miliardi di euro). Ma i due convitati di pietra non sono mai citati nei trenta. Considerando che precedono la decisione. In particolare, colpisce che il Consiglio non richiami il principio contenuto nell'art. 2 TUE che avrebbe potuto rappresentare una «valida stampella» della decisione, perché l'art. 2 cit. promuove «una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla *solidarietà* e dalla parità tra donne e uomini».

Quale che sia stata la motivazione della decisione del Consiglio europeo n. 2053/2020 si pone il problema della sua compatibilità con il quadro normativo previsto dai ricordati Trattati. Per comprendere tale compatibilità appare opportuno muovere da quella che rappresenta, nei Considerando della predetta decisione, l'unica ancora di riferimento utile, vale a dire il Considerando n. 22 nel quale il Consiglio europeo chiarisce che il potere della Commissione europea di indebitarsi sul mercato dei capitali deve essere «*eccezionale, temporaneo e limitato*» perché «di norma, l'Unione non dovrebbe usare i prestiti contratti sui mercati dei capitali per finanziare spese operative».

Questo riferimento ci consente di congiungere il novello potere della Commissione al potere che la Commissione si era ritagliata, in passato, all'ombra del *Fiscal Compact* e dei Trattati in tutti i casi di eccezionalità. In realtà, la Commissione europea aveva attuato, prima della decisione n. 2053/2020, nella prassi, una interpretazione del tutto «blanda» delle norme dei Trattati. È stato correttamente

osservato³³ che la disciplina contenuta nel Patto di stabilità e crescita, rispetto alle regole stabilite inizialmente, si è evoluta, dando risultati positivi in termini di finanze pubbliche ma lasciando aperte una serie di criticità. Invero la loro effettiva applicazione è stata, in gran parte, rimessa alla discrezionalità della Commissione europea, nell'ambito delle trattative con gli Stati membri, mentre la decisione in ordine alle sanzioni ha sempre scontato una marcata politicità, essendo rimessa al Consiglio europeo. Insomma, l'affermazione secondo cui il Patto di stabilità e crescita comporta un rigido automatismo nell'applicazione delle regole fiscali era stata smentita dalla prassi.

Infatti, la procedura per disavanzi eccessivi non aveva mai condotto all'adozione di sanzioni nei confronti degli Stati europei sfruttando significativi elementi di flessibilità, la cui operatività era rimessa alla scelta discrezionale della Commissione³⁴. Tale flessibilità era funzionale alla sostanziale tolleranza nei confronti dei singoli Stati nell'applicazione della rigorosa disciplina di bilancio. Essa operava sia con riferimento alla valutazione del rispetto dei parametri del coordinamento delle politiche di bilancio, sia con riferimento ai tempi chiesti agli Stati per l'allineamento o il rientro dai *deficit* di bilancio e dall'indebitamento.

La flessibilità, a sua volta, era figlia della «eccezionalità, della temporaneità e della limitatezza» del potere della Commissione. È questa eccezionalità, allora, l'unico filo rosso che è possibile tendere tra Trattati e decisione n. 2053/2020, pur dovendo riconoscere che si tratta di un «filo rosso tenue».

In breve, il potere della Commissione di derogare alla normativa europea, così austera, è stato il «cavallo di troia» che ha espugnato la «cittadella» del rigore del *Fiscal compact*. Così quando la crisi ha colpito l'Unione europea nel 2009 la Commissione ha concesso agli Stati membri il tempo sufficiente per rientrare dai disavanzi eccessivi. Pertanto, la flessibilità ha iniziato ad operare sul «fattore tempo»³⁵ con la conseguenza che, di fatto, ha operato una «sospensione» del Patto di stabilità e crescita. In particolare, tale sospensione è stata concessa tra il 2010 e il 2011 a venti Stati, in genere, per tre³⁶ o quattro³⁷ o cinque anni³⁸. Così stavano le cose quando è arrivata la pandemia da Covid 19.

Le osservazioni svolte consentono, allora, di capire che la decisione del Consiglio europeo n. 2053/2020 se sembra discostarsi dalla normativa contenuta nel *Fiscal Compact* e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non ha rappresentato una rivoluzione rispetto al «diritto vivente» nella prassi applicativa della normativa europea di stabilità, come abbiamo cercato di dimostrare. E ciò perché, come si è osservato, tale normativa non è stata, realmente, applicata, nella prassi, non essendo mai stata irrogata alcuna sanzione prevista dal *Fiscal Compact*.

Quest'ultimo, allora, è stato sì applicato, ma non nella sua parte precettiva, bensì nella sua parte derogatoria, che consentiva di «deviare» alle regole dello stesso. Ciò è derivato, secondo la dottrina³⁹, dal «peccato originale» della Commissione europea quando ha esaminato nel 2002 e 2003 la situazione debitoria esorbitante della Germania e della Francia chiudendo entrambi gli

³³ C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la «flessibilità temporale» nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, in *Federalismi*, 19-2020, 454 ss.

³⁴ R. BARATTA, *I vincoli imposti dal fiscal compact ai bilanci nazionali*, in *Federalismi*, 17-2014, 3 ss.

³⁵ C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la flessibilità «temporale» nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, cit., 457.

³⁶ Danimarca (2011-2014), Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Olanda, Slovenia (2010-2013).

³⁷ La procedura è stata sospesa dal 2010 al 2014 per l'Austria, Belgio, Repubblica Ceca, Slovacchia.

³⁸ Irlanda (2011-2016), Regno Unito (2010-2015).

³⁹ C. DOMENICALI, *La Commissione europea e la flessibilità «temporale» nell'applicazione del Patto di Stabilità e Crescita*, cit., 456.

occhi. E, così, si è attuata, nella prassi, lentamente, una disapplicazione o una lenta «eutanasia» normativa dell'originaria severità prevista dai Trattati.

La tecnica ermeneutica utilizzata non è stata priva di «abilità interpretativa», perché, invece di reprimere, con il braccio correttivo i *deficit* dei bilanci statali, che presupponevano un termine perentorio per l'adempimento o, al massimo, un adempimento nel medio-termine, la Commissione ha preferito allungare i termini per l'adempimento a dismisura per evitare l'irrogazione di sanzioni.

Tale interpretazione, con brillante eufemismo, veniva definita «flessibilità temporale» o «deviazione temporanea dall'obiettivo di medio-termine, in casi eccezionali». Con il passare del tempo i casi eccezionali sono diventati sempre più frequenti e la flessibilità temporale ha dilatato, nel tempo, oltre il ragionevole, il rispetto del principio del pareggio di bilancio. La tela di Penelope della normativa europea, così puntualmente tessuta di giorno, sembra essere stata abilmente «disfatta», di notte, ad opera della Commissione europea, in sede di applicazione.

Tutte le osservazioni svolte sin qui consentono, quanto meno, di capire che il Consiglio europeo ha trovato già «aperta la strada» per disattivare in «casi eccezionali» la rigorosa normativa europea del *Fiscal Compact*.

Ciò detto in ordine alla normativa europea, analogo problema è posto, in sede nazionale, con riguardo alla compatibilità tra l'art. 81 Cost. e la legge n. 21/2021 che viene, ora, all'esame.

5. ... e dell'art. 81 Costituzione con la legge 28 febbraio 2021, n. 21.

È stato correttamente osservato⁴⁰ che il nodo cruciale nell'attuazione pratica dell'art. 81 Cost. e della legge n. 243 del 2012 di attuazione dell'art. 81 Cost. concerne l'ammissibilità di politiche keynesiane nell'ordinamento italiano, in presenza di siffatta norma costituzionale.

L'esame puntuale della prassi relativa all'attuazione dell'art. 81 Cost. ha evidenziato che, come nell'Unione europea, la Commissione europea ha «edulcorato» l'astratta severità normativa dei Trattati così nell'ordinamento italiano, il Parlamento, a partire dal 2014, ha riconosciuto che il debito italiano non solo non è diminuito, ma è aumentato, sensibilmente, anche in virtù delle autorizzazioni dallo stesso Parlamento approvate a maggioranza assoluta. Basti pensare, si è osservato⁴¹, a ragione, che nel dicembre del 2013, ossia alla vigilia della prima applicazione delle nuove regole di bilancio, il debito pubblico italiano era pari a 2.068 miliardi di euro (pari al 129% del Pil) mentre alla fine del 2016 si è attestato a 2.217 miliardi di euro (pari al 132,8% del Pil).

Merita consenso l'osservazione⁴² che la risoluzione delle Camere con cui è stata concessa per ben quattro volte l'autorizzazione allo scostamento ha finito per dare «copertura parlamentare» non solo all'indebitamento dovuto a eventi eccezionali, ma, altresì, all'indebitamento strutturale e a quello collegato al ciclo economico. Quanto, poi, al controllo costituzionale delle leggi di

⁴⁰ N. LUPO-R. IBRIDO, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra Fiscal Compact e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2-2017, 243 ss.

⁴¹ N. LUPO-R. IBRIDO, *ivi*, cit., 244 ss.

⁴² N. LUPO-R. IBRIDO, *ivi*, cit., 222 ss.

bilancio la relativa debolezza in ordine al test di idoneità è diretta conseguenza della complessità degli accertamenti tecnici e delle analisi econometriche necessarie per stabilire per es. se una certa misura di debito sia capace di rimediare agli effetti dannosi causati dagli «eventi eccezionali» occorsi⁴³.

In ordine, poi, alla «necessità» dell'intervento della Consulta, il controllo della Corte costituzionale è circoscritto dall'ampia discrezionalità valutativa riconosciuta al legislatore nelle scelte di politica economico-finanziaria. Il giudice delle leggi, infatti, ha poca idoneità a stabilire se una riduzione delle spese correnti sia da preferire al ricorso all'indebitamento o all'aumento dell'imposizione fiscale in quanto misura più breve nel tempo se non violando in questo controllo di proporzionalità i limiti esterni delle proprie attribuzioni costituzionali invadendo, altresì, il terreno riservato alle opzioni politico-legislative.

Inoltre, i controlli di proporzionalità della Corte costituzionale aventi ad oggetto le leggi di bilancio presentano particolare problematicità per il loro carattere tecnico-finanziario con particolare riguardo alla individuazione dei parametri di eccezionalità⁴⁴.

6. Riflessioni sistematiche valutative: le nozioni di «tempo finanziario» e di «flessibilità temporale».

Le osservazioni svolte consentono, ora, una valutazione di carattere sistematico in ordine alla costituzionalità della legge n. 21 del 2021 in relazione all'art. 81 Cost. e alla legge rinforzata n. 243 del 2012⁴⁵.

Secondo l'opinione dominante⁴⁶ «l'equilibrio di bilancio» previsto e disciplinato dall'art. 81 Cost. costituisce una fattispecie ben distinta dalla fattispecie di «pareggio di bilancio» in guisa che la norma costituzionale consente l'adozione sia di politiche di bilancio restrittive e di austerità, sia di politiche di bilancio di tipo keynesiano espansive⁴⁷. Si ritiene, infatti, che una lettura complessiva e non meramente letterale dell'art. 81 Cost. porti alla conclusione che la norma costituzionale nel suo complesso si presenti «neutra» rispetto alle numerose politiche di bilancio

⁴³ G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2-2013, 19 e 14 ss.

⁴⁴ Corte costituzionale del 27 luglio 2016, n. 184; Corte costituzionale del 7 febbraio 2017, n. 80; Corte costituzionale del 11 ottobre 2017, n. 247; Corte costituzionale del 10 gennaio 2019, n. 17.

⁴⁵ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 190 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 187 ss.; A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*⁴, Torino, Giappichelli, 2018, 252 ss.; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme e dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1089 ss. In giurisprudenza v. Corte costituzionale del 11 dicembre 1974, n. 276 che costituisce la pronuncia in cui, per la prima volta, si rinviene in una decisione della Consulta l'espressione «diritto vivente» che viene definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come «il 'sistema giurisprudenziale' formatosi nel difetto di espresse disposizioni. Tale sentenza segna, quindi, l'ingresso nella giurisprudenza costituzionale di questo sintagma che viene adottato, successivamente e, sempre più spesso, sino ad imporsi nel linguaggio del giudice delle leggi. V., specialmente, Corte costituzionale del 11 novembre 2005, n. 418.

⁴⁶ N. LUPO-R. IBRIDO, *LE deroghe al divieto di indebitamento tra Fiscal Compact e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, cit., 220.

⁴⁷ Sull'incerto confine tra politica economica e politica monetaria v. A. MANZELLA- C. PINELLI-L. GIANNITTI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *Astrid*, 19-2015, 15 ss.

che il Parlamento voglia attuare. È stato osservato⁴⁸ che la nuova disciplina prevista dalla riforma costituzionale del 2012 conserverebbe all'art. 81 «in buona misura l'originaria duttilità voluta dai Costituenti».

Questo orientamento della dottrina appare illuminante perché trova riscontro autorevole nella giurisprudenza costituzionale la quale, come abbiamo già osservato, in numerose sentenze e, da ultimo, nelle sentenze nn. 4 e 120 del 2020, ha enunciato una nozione «dinamica» di bilancio che trova riscontro in una attenta lettura da parte della Consulta della normativa contenuta nell'art. 81 Cost. e nella legge di attuazione n. 243 del 2012. Infatti, la Corte costituzionale operando una lettura complessiva della normativa non limitata al solo primo comma dell'art. 81 Cost. perviene alla conclusione che si ha equilibrio di bilancio, anche, quando il bilancio dell'esercizio si chiude con un *deficit*, sì notevole, ma compatibile con l'obiettivo di ridurre il *deficit* nel medio-termine. D'altra parte, va tenuto presente che l'obiettivo di medio-termine non è fissato dai Trattati con norme imperative precise, ma è determinato dalla Commissione europea attraverso due parametri di contenuto elastico che variano da Stato a Stato⁴⁹.

Sul piano sistematico si può rilevare che il Parlamento italiano nell'autorizzare l'abbandono del principio del pareggio di bilancio formale e, anche, dello stesso principio di equilibrio di bilancio, ha fatto ricorso ad una «flessibilità temporale» che sembra aver mandato «in soffitta» i Trattati.

Invero la nozione di flessibilità temporale sembra introdurre una nozione di «tempo finanziario» diversa e distinta dal tempo «naturale», di carattere storico e cronologico. Ma questa nozione di «tempo finanziario» che consente di violare la regola del pareggio di bilancio formale va approfondita. Invero la nozione del tempo sul piano del diritto si colora in modo funzionale perché, come avrebbe osservato Norberto Bobbio⁵⁰, il diritto non è un sistema chiuso e indipendente rispetto al sistema sociale considerato, nel suo complesso, ma è un sottosistema che si colloca accanto, sovrapponendosi, da un lato, e sottoponendosi, dall'altro, ad altri sistemi (economico, culturale, e politico). Esso si distingue dagli altri sistemi per la sua funzione. Ora in

⁴⁸ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., 34 ss., 18; C. PINELLI, *Interpretazione e interpreti dell'equilibrio di bilancio*, in *Astrid*, 6-2015, 5 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, cit., 5 ss.; G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, cit., 9 ss.; D. CABRAS, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Quaderni costituzionali*, 1-2012, 113 ss.

⁴⁹ Il primo parametro dell'obiettivo di medio-termine è definito in relazione a tre criteri: a) potenziale di crescita dell'economia; b) livello del debito; c) passività implicite. In particolare, tale obiettivo viene definito applicando una metodologia di calcolo che si fonda, essenzialmente, su tre elementi: a) il saldo di bilancio che consente di stabilizzare il debito al livello del 60% del Pil; b) lo sforzo fiscale supplementare necessario, per i Paesi con un livello di debito elevato; c) la presenza di costi valutati in relazione al valore attuale dell'incremento di spese legate all'evoluzione demografica (passività implicite), come risultanti dal c.d. indicatore. Pertanto il perseguimento dell'obiettivo di medio termine dovrebbe garantire un margine di sicurezza rispetto al valore-limite del 3 per cento del Pil per il *deficit* che viene indicato nel quadro del braccio correttivo del Patto di stabilità, consentendo che tale valore non sia oltrepassato nel corso di un normale ciclo economico, evitando, al tempo stesso, il rischio di politiche pro-cicliche. Il percorso verso l'obiettivo di medio-termine dovrebbe assicurare, altresì, la convergenza, nel medio-termine, verso livelli sostenibili nel rapporto debito/Pil. Il secondo parametro dell'obiettivo di medio-termine preso in considerazione dalla Commissione europea è rappresentato dalla durata del periodo di tempo del *medio tempore* che può variare da Stato a Stato (tre, cinque o più anni). La durata del *medio tempore* per ogni Stato è prevista dalla Commissione in base ad una valutazione globale relativa al saldo strutturale di bilancio che segue l'andamento della spesa, al netto delle misure discrezionali, in materia di entrate. Pertanto la valutazione dei progressi ottenuti dagli Stati membri verso il raggiungimento dell'obiettivo di medio-termine effettuata dalla Commissione e dal Consiglio dell'Unione europea varia per ogni singolo Stato e nella durata e nel contenuto.

⁵⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 2007.

una visione funzionalistica del diritto accanto e non in sostituzione della visione strutturalista, anche il «tempo» è una fattispecie che, come tutte le fattispecie, presenta caratteri di «elasticità» e «relatività», in considerazione delle finalità ultime della norma giuridica. La normativa giuridica può dettare, così, una disciplina che consente di misurare il tempo, secondo un metodo convenzionale imposto dalla normativa giuridica stessa, rispetto al tempo naturale di carattere storico-cronologico imposto in modo assoluto dal calendario.

In realtà la nozione del tempo nel suo aspetto teorico è stata analizzata dalla dottrina costituzionalista con molta difficoltà perché non è agevole ricostruire uno spazio proprio della dimensione temporale nel diritto costituzionale⁵¹. Il solo studio⁵² dedicato direttamente al problema reca una ricostruzione che, partendo da premesse teoriche generali, ha esaminato gli aspetti più specifici del riferimento del testo costituzionale a dimensioni temporali.

Nonostante la nostra riflessione riguardi gli organi dell'Unione europea, appare interessante ricordare gli studi di diritto costituzionale in ordine al tempo. A riguardo, la dottrina⁵³ ha distinto il tempo della Costituzione, dal tempo nella Costituzione. Il tempo della Costituzione, che è il tempo nel quale la Costituzione è stata posta in essere, è un tempo storico e non giuridico, laddove il tempo nella Costituzione è un tempo «giuridico». Quest'ultimo conduce alla dicotomia tra tempo astratto delle norme e tempo concreto delle istituzioni. In questa prospettiva la dottrina⁵⁴ ha chiarito che il rapporto del giurista con il tempo non deve essere quello storico.

Questa riflessione che condividiamo è che il tempo storico non è il tempo giuridico. Effettivamente se si guarda alla norma dall'esterno, allora il tempo rimane storico e non può essere classificato come giuridico. Se si esamina, invece, non la norma astratta ma il funzionamento delle istituzioni previsto dalle singole norme particolari, trova spazio un tempo giuridico, perché il problema del rapporto con la dimensione temporale è ricondotto a quello dell'efficacia non delle norme astratte, ma delle singole norme particolari. In questa prospettiva che concerne l'efficacia delle singole norme particolari e, quindi, il comportamento delle istituzioni acquista rilevanza la nozione del tempo in senso giuridico.

Mentre gli storici o i sociologi si preoccupano di collocare i fenomeni nel tempo reale che regolano il comportamento delle istituzioni, i giuristi sembrano «giocare con il tempo» e ne ignorano la dimensione assoluta ed autonoma perché considerano il tempo come fattispecie relativa al comportamento delle istituzioni previsto dalle singole norme particolari⁵⁵. Così ogni decisione è il risultato di un rapporto concreto con il tempo nel quale la norma astratta che prevedeva quel comportamento delle istituzioni può essere arricchita o sostituita dal ragionamento delle istituzioni o del giudice che non può prescindere da una valutazione concreta

⁵¹ M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1-1992, 40.

⁵² T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano 1978, 785 ss. In Germania il tema è stato, invece, affrontato, sotto vari profili. In particolare si è occupato del rapporto tra il tempo e la Costituzione, P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassung* (1974), ora, in *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialenzu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin 1978, p. 59 ss.

⁵³ M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, cit., 73 ss.

⁵⁴ M. D'AMICO, *ivi*, cit., 49.

⁵⁵ M. D'AMICO, *ivi*, cit., 56; U. SCARPELLI, *L'interpretazione. Premesse alla teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Società, norme e valori. Scritti in onore di R. Treves*, Giuffrè, Milano, 1984, 141 ss.

delle situazioni e delle «fattispecie viventi»⁵⁶. Le Costituzioni si illudono di fermare il tempo ritenendo che esso sia una nozione astratta dall'esperienza giuridica. Ma se si adotta una nozione relativa di tempo, considerato espressione dell'assetto sociale, è difficile sostenere che il diritto utilizza il tempo come nozione astratta ed assoluta, essendo, per il diritto, indispensabile la relativizzazione temporale in relazione al comportamento delle istituzioni previsto dalle singole norme giuridiche.

Si è ritenuto che porre l'accento sulle dimensioni temporali che vivono le istituzioni serve, anche, ad accentuare il fatto che mentre le scienze politologiche rimangono ancorate al tempo dei fatti inteso come tempo storico, limitando il proprio contributo alla descrizione dei medesimi, le discipline giuridiche devono estrarre dai fatti regole di comportamento delle istituzioni, con la concretezza necessaria rappresentata dall'analisi del comportamento delle istituzioni⁵⁷ da un lato e la «flessibilità del tempo» giuridico dall'altro.

Se si esamina, allora, il «tempo finanziario» nella prospettiva dell'art. 81 Cost. e la relativa legge di attuazione, si può ipotizzare che il «tempo finanziario» non corrisponda al tempo storico cronologico dell'esercizio di bilancio, ma è sorretto da finalità che possono dilatare l'annualità del tempo di bilancio, per es. in casi eccezionali.

Questa lettura è avvalorata da un'altra riflessione. Il bilancio stesso è una fattispecie che si caratterizza da un essenziale principio di relatività nel senso che tutte le valutazioni di bilancio sono in funzione dello scopo ultimo delle valutazioni di bilancio. Il carattere funzionale della disciplina del bilancio giustifica, anche sul piano teorico, la ragione per la quale il diritto può orientare il bilancio al perseguimento non dell'obiettivo dell'esercizio annuale o finanche dell'obiettivo di medio-termine, la cui flessibilità di tempo e di contenuto, diventa, allora, fisiologica⁵⁸.

Queste riflessioni sistematiche valutative, nel loro complesso, confidiamo che possano dimostrare che la legge n. 21/2021 di attuazione della decisione del Consiglio europeo n. 2030/2021 non sia incompatibile con l'art. 81 Cost.

Vi è, poi, un'ultima riflessione sistematica. La normativa contenuta nella legge n. 21 del 2021 costituisce, a sua volta, attuazione di una normativa comunitaria. E in tutti i casi nei quali la normativa nazionale costituisce esecuzione di una normativa dell'Unione, come per esempio la decisione n. 2053/2020, non si pone un problema di costituzionalità⁵⁹. La Corte costituzionale nella sentenza n. 284/2007 ha, infatti, affermato che «l'asserita esistenza nell'ordinamento interno di un diritto vivente, formatosi in conseguenza di un'erronea applicazione dei parametri di valutazione forniti dalla Corte di giustizia, non vale certo a trasformare in questione di costituzionalità una questione di compatibilità della legge nazionale con norme comunitarie provviste di effetto diretto».

⁵⁶ M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, cit., 71; P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassung*, 56 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 39 ss.

⁵⁷ M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, cit., 71; P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassung*, 59 ss.

⁵⁸ R. BARATTA, *I vincoli imposti dal fiscal compact ai bilanci nazionali*, cit., 4 ss.

⁵⁹ Corte costituzionale del 18 luglio 2007, n. 284. Per un'ampia analisi sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento statale e sulla loro reciproca integrazione in base ad un *principium ordinis che appartiene al diritto comunitario*, v. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁵, cit., 83 ss.

L'unico spazio di scrutinio costituzionale è dato dall'esame della barriera al diritto comunitario rappresentato dai controlimiti derivanti dalle norme fondamentali della nostra Costituzione, che neanche la normativa unionista può violare⁶⁰. Invero non può porsi una questione di costituzionalità di una legge rispetto all'art. 81 Cost. se la legge italiana costituisca applicazione di un «diritto vivente» comunitario.

Da ultimo, un'associazione di cittadinanza attiva denominata *Bündnis Bürgerwille* ha proposto ricorso alla Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) per impugnare la ratifica della decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 per violazione delle norme dei Trattati che impongono il pareggio di bilancio, contestando l'indebitamento comune previsto nell'ambito del *Next Generation EU*. In particolare, il ricorso deduce che il Piano *Next Generation EU* potrebbe diventare il primo passo verso l'istituzione di uno strumento permanente per l'emissione di debito comune dell'Unione europea. E l'indebitamento comune, secondo il ricorrente, si concreterebbe nel pericolo che, se alcuni Stati membri dovessero risultare insolventi, la Germania potrebbe subire, di riflesso, un ulteriore indebitamento, che, in ultima analisi, ricadrebbe sui cittadini tedeschi. Di qui la domanda contestuale alla Corte di adottare una misura cautelare per impedire, *medio tempore*, la firma della legge di ratifica da parte del Presidente della Repubblica tedesca.

La Corte costituzionale federale, in un primo tempo, ha sospeso, in via provvisoria, nelle more dell'esame del ricorso cautelare, il procedimento di ratifica ed ha ordinato al Presidente federale di non firmare la legge tedesca di ratifica della decisione del Consiglio europeo, fino a quando la Corte non avesse esaminato la legittimità costituzionale del provvedimento già approvato dalle due Camere tedesche, il Bundestag e il Bundesrat⁶¹. Successivamente, la Corte, esaminato il ricorso cautelare, con ordinanza cautelare definitiva del 15 aprile 2021, ha respinto la domanda cautelare.

La Corte costituzionale tedesca ha osservato, in relazione al *fumus boni iuris*, che il ricorso cautelare, pur non risultando irricevibile, appariva, sulla base di un esame sommario, infondato in relazione alla violazione dell'art. 79 (3) della Costituzione tedesca. *Tanto premesso in ordine al fumus boni iuris, la Corte ha osservato che, nel bilanciamento tra gli opposti interessi, la richiesta ordinanza andava rigettata.* Ma è interessante l'ultima parte della motivazione dell'ordinanza di rigetto perché la Corte non esclude che nella causa principale di merito, attraverso un ulteriore esame della questione, possa porsi un problema di costituzionalità.

Invero, secondo la Corte, la decisione del Consiglio europeo sulle risorse proprie potrebbe «portare un indebitamento permanente che produrrebbe un'assunzione di rischi per decisioni

⁶⁰ Per una efficace ed ampia ricostruzione della teoria dei «controlimiti» v. A. CARIOLA, *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma: la giustizia, in specie quella costituzionale* in *Consulta online*, 3-2017, 443 ss. il quale pone il problema, nell'ambito del dialogo tra le Corti, dell'identificazione del custode dei controlimiti, ricordando l'obbligo del giudice statale di individuare il diritto europeo «giusto». V., inoltre, A. SAIITA, *Fiscal Compact tra Costituzione, Trattati e politica*, in *Rivista AIC*, 4-2017, 8 ss. In giurisprudenza v. Corte costituzionale del 27 dicembre 1973, n. 183; Corte costituzionale del 18 aprile 1991, n. 168; Corte costituzionale del 13 luglio 2007, n. 284; Corte costituzionale del 29 ottobre 2014, n. 238; Corte costituzionale del 11 marzo 2015, n. 30; Corte costituzionale del 1 aprile 2015, n. 49; Corte costituzionale ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24; Corte costituzionale del 31 maggio 2018, n. 115.

⁶¹ A. ZEI, *Karlsruhe e Next Generation Eu: la decisione del 26 marzo 2021*, in *Nomos*, 1-2021, 1 ss.

prese da altri Stati membri, e questi rischi potenziali potrebbero incidere sul bilancio del Bundestag».

Inoltre, la Corte tedesca adombra anche il pericolo che un giudizio principale troverà il dovuto approfondimento che il Parlamento federale tedesco non abbia abbastanza potere parlamentare di controllo delle decisioni che riguardano l'impiego corretto da parte degli Stati membri dei fondi elargiti dall'Unione. E non è escluso, conclude la Corte, che nel giudizio di merito possa essere rilevata una violazione da parte della legge di ratifica.

I nodi dello Stato di diritto, alla fine, vengono sempre al pettine della storia.

E non si vuole, qui, alludere alla presenza di Stati membri caratterizzati da qualche deficit democratico, ma di «nodi» rappresentati dal fatto che la visione diacronica del diritto insegna che non sempre è possibile versare il «vino nuovo» negli «otri vecchi», perché, talora, la «storia» irrompe sulla scena del diritto e impone, perciò, di costruire o utilizzare nuovi otri per il nuovo diritto. È già molto che gli «otri vecchi» prevedano la possibilità del «diritto novello», ipotizzando una «società più solidale» rispetto alle esigenze dei cittadini dell'Unione europea (art. 2 TUE), in grado di superare l'austerità contabile della previgente normativa comunitaria.

ABSTRACT (IT.)

La legge 28 febbraio 2021, n. 21 ha dato piena e diretta esecuzione alla decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 che ha deliberato di accettare, con modifiche, la proposta della Commissione europea, nota come *Next Generation Eu* ispirata, sostanzialmente, ad una politica economica di *deficit spending* di ascendenza keynesiana, con la conseguente «sospensione», di fatto, dell'applicazione del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*) per gli anni 2021 e 2022. Il lavoro esamina questo complesso quadro normativo che si è andato evolvendo nel tempo, al fine di verificare se sia possibile armonizzare la normativa comunitaria previgente con la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020 e, a valle, armonizzare la legge n. 21 del 28 febbraio 2021, con la quale l'Italia ha attuato la decisione del Consiglio europeo n. 2053 del 14 dicembre 2020, con l'art. 81 Cost. che, come detto, ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio di bilancio, in attuazione del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria (*Fiscal Compact*).

PAROLE CHIAVI: Parlamento. Corte Costituzionale. Consiglio europeo. Interazione degli organi costituzionali. Rapporti tra ordinamento interno e internazionale.

ABSTRACT (ENG.)

The law of 28 February 2021, n. 21 gave full and direct execution to the decision of the European Council n. 2053 of 14 December 2020 which resolved to accept, with modifications, the proposal of the European Commission, known as the inspired *Next Generation Eu*, substantially, to an economic policy of deficit spending of Keynesian descent, with the consequent «suspension», in fact, of the application of the Treaty on stability, coordination and governance in the Economic and Monetary Union (c.d. *Fiscal Compact*) for the years 2021 and 2022.

The work examines this complex regulatory framework which has evolved over time, with a view to examining whether it is possible to harmonise the Community's prior legislation with European Council

Decision No. 2053 of 14 December 2020 and downstream, harmonize the law n. 21 of 28 February 2021, with which Italy has implemented the decision of the European Council n. 2053 of 14 December 2020, with art. 81 Cost. which, as I said, has constitutionalised the principle of budgetary balance, in implementation of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in Economic and Monetary Union (Fiscal Compact).

KEYWORDS: Parliament. Constitutional Court. European Council. Interaction of constitutional institutions. Relations between national and international order.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Chiara Mari*

I nuovi lineamenti organizzativi delle università non statali

SOMMARIO: 1. La nozione di università non statali: i nodi problematici. – 2. Il disegno organizzativo e il rapporto di lavoro dei docenti. – 3. Gli obblighi di trasparenza e di pubblicità. – 3.1. I diversi orientamenti. – 3.2. I tentativi di composizione. – 4. Il regime giuridico dei contratti. – 4.1. Le criticità degli affidamenti ‘senza gara’. – 5. L’utilizzo della forma societaria. – 5.1. La partecipazione in fondazioni e società. – 5.2. La trasformazione in società di capitali. – 5.2.1. Un caso di studio. – 5.3. I vantaggi e gli svantaggi del modello societario. – 6. La questione del finanziamento. – 7. I profili critici dei nuovi lineamenti organizzativi. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *La nozione di università non statali: i nodi problematici*

Nell’ambito del sistema universitario italiano, le università non statali (c.d. private o più correttamente libere) rappresentano un modello organizzativo particolare¹ che a volte si avvicina e si sovrappone al disegno delineato per le università statali, in altre occasioni se ne discosta in modo anche significativo. La nozione di università non statale è, in effetti, complessa ricomprendendo un ‘arcipelago’ di realtà diverse² che sono difficilmente riconducibili ad unità³ e che si distinguono dalle università statali per limitati aspetti correlati essenzialmente alle forme di finanziamento e all’autonomia organizzativa⁴.

*Assegnista di ricerca in diritto amministrativo, Sapienza Università di Roma.

¹ In Italia operano oggi 97 istituzioni universitarie, di cui 67 università statali, 19 università non statali legalmente riconosciute e 11 università telematiche non statali legalmente riconosciute, 9 istituti superiori a ordinamento speciale. I dati sono tratti dal sito del Ministero dell’università e della ricerca, www.miur.gov.it, 2021.

² A. SANDULLI, *L’arcipelago delle Università non statali*, in *Munus*, n. 3/2015.

³ In tema di definizione di ‘università non statali’ è stato evidenziato: «La definizione in negativo di “università non statali” svela certamente l’incapacità di trovare un’espressione migliore per coagulare una realtà che si presenta a sua volta articolata. In questa tipologia di soggetti, infatti, non si trovano né soggetti definibili propriamente ed esclusivamente privati, né solo soggetti pubblici di natura non statale. Si trovano così comprese università fondate sulla libera iniziativa di uno o più soggetti privati, ma anche università fondate da soli soggetti pubblici espressivi di territori di dimensione locale o di categorie di interesse locale oppure università miste che vedono il coinvolgimento di privati a fianco di soggetti pubblici non statali [...] La difficoltà di tenere assieme tutte queste differenze ha indotto legislatore, dottrina e giurisprudenza a utilizzare una qualificazione in negativo per distinguerle dalle università pubbliche cosiddette statali, dal momento che l’altra espressione utilizzata dal legislatore, le libere università, non comprende completamente la gamma di soggetti che qui si vogliono includere.» F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario*, in G. PIPERATA (a cura di), *L’università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 42.

⁴ È stato affermato che «all’interno della nozione di università, la distinzione tradizionale tra università statali e non statali resta rilevante soltanto a taluni limitati fini (pur significativi: tra cui, principalmente, quello dell’accesso al finanziamento pubblico e quello della ontologica autonomia organizzativa). Per il resto, la nozione di università non statale sembrerebbe costituire una non nozione, nel senso che nel suo ambito si raccolgono realtà talvolta molto diverse tra loro: essa è una gran

Muovendo da tale premessa nelle note che seguono si analizzano alcuni aspetti organizzativi delle università non statali recentemente delineati al fine di comprenderne le criticità anche nell'ottica della differenziazione rispetto alle università statali⁵. A tal fine occorre prendere le mosse da una breve ricostruzione della disciplina di riferimento per poi analizzare alcuni aspetti problematici che meritano particolare attenzione.

Si può partire da un cenno storico: le università nascono tradizionalmente nel periodo medioevale come formazioni spontanee della società civile; solo in un secondo momento l'istruzione universitaria diviene prerogativa dello Stato⁶. Pertanto, la concezione che le università possano essere anche istituzioni con profili di specialità non necessariamente riconducibili allo Stato, trova fondamento secondo alcune ricostruzioni nelle stesse origini dell'istituto⁷. Partendo da tale assunto si possono ricostruire le tappe fondamentali dell'evoluzione del quadro normativo degli istituti universitari c.d. liberi, rilevanti per comprenderne il sistema di *governance*⁸.

Le università non statali sono state, in effetti, disciplinate dal regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592 (c.d. testo unico sull'università) secondo il quale l'istruzione può essere impartita sia nelle «università regie» sia nelle «università libere»⁹ soggette ad un accreditamento da parte dello Stato al fine del rilascio dei titoli di studio con valore legale. L'evoluzione legislativa successiva¹⁰ non ha inciso su questa impostazione duale fino ad arrivare alle leggi 9 maggio 1989, n. 168 («Istituzione del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica») e 29 luglio 1991, n. 243 («Università non statali legalmente riconosciute») che hanno precisato le funzioni essenziali di tali università specificando che gli atenei non statali operano nell'ambito dell'art. 33 della Costituzione¹¹ – che prevede, come noto, l'autonomia delle istituzioni universitarie – e dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili¹².

calderone, che consente di dire ciò che non si è, ma non ciò che si è», A. SANDULLI, *Le università non statali: regimi e tipi*, in E. CHITI - G. GARDINI - A. SANDULLI (a cura di) *Unità e pluralismo culturale*, Vol. VI, Studi, *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, Firenze University Press, 2016, 130.

⁵ Sull'evoluzione del sistema si veda A. BARETTONI ARLERI, *L'autonomia finanziaria e contabile delle Università*, Roma, Minerva Medica, 1990.

⁶ M. BELLOMO, *Saggio sull'Università. Nell'età del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1999.

⁷ M. COPPOLA, *Libere Università e forma societaria: un connubio possibile*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1/2020, 289 e ss.; A. ROMANO, *Le Università italiane: dal Medio Evo alla prima Età moderna*, XI Convegno Annuale CODAU 2011, in www.codau.it dove si evidenzia che «è ben difficile comprendere una società (nella sua complessa problematicità) senza conoscerne la storia, ovvero gli elementi caratterizzati del suo divenire»; F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturale*, Milano, Giuffrè, 1991, 2 dove si evidenzia: «com'è noto, le università hanno una duplice origine, talora spontanea, talora *ex rescripto principis*. Potrebbe essere questa la giustificazione della perdurante convivenza dei due aspetti anche nelle nostre istituzioni». Si fa, inoltre, riferimento alla «natura spontanea, oggi si direbbe libera o privatistica», delle università.

⁸ Su questi temi si veda A. PALETTA, *Il governo delle Università*, Bologna, il Mulino, 2004.

⁹ Art. 1 del testo unico sull'università del 1933.

¹⁰ Cfr. S. CASSESE, *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 819 e ss.; F. MERLONI, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹¹ L'art. 33 della Costituzione prevede: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sulla istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad essa piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

¹² Si veda l'art. 1 della l. n. 243/1991 secondo il quale le università: «operano nell'ambito delle norme dell'articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili».

Il tema è stato, poi, ripreso in occasione della riforma degli ordinamenti didattici universitari. Infatti, il d.m. del Ministro dell'Istruzione 3 novembre 1999, n. 509, poi sostituito dal decreto 22 ottobre 2004, n. 270, ha individuato i requisiti strutturali, organizzativi e di qualificazione dei docenti delle università statali che devono essere seguiti anche dalle università libere al fine di garantire gli stessi *standard* di didattica e ricerca. In effetti, le università non statali rilasciano titoli accademici di valore legale identico a quelli rilasciati dalle università statali e, dunque, per gli aspetti relativi alla didattica ed alla scelta dei docenti devono seguire necessariamente le regole pubblicistiche¹³. Solo per completezza si evidenzia che con il d.m. 17 aprile 2003 («Criteri e procedure di accreditamento dei corsi di studio a distanza delle università statali e non statali e delle istituzioni universitarie abilitate a rilasciare titoli accademici»), emanato sulla base dell'art. 26, comma 5, della legge 27 dicembre 2002 n. 289¹⁴ è stata prevista anche la possibilità di istituzione di università c.d. telematiche che erogano insegnamenti a distanza e che applicano solo in parte la disciplina delle università non statali¹⁵.

Il punto di riferimento fondamentale è oggi rappresentato dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240 («Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario») c.d. legge Gelmini con la quale si è avviato il processo di 'aziendalizzazione' delle università con la revisione sia delle modalità di reclutamento sia del modello organizzativo e di *governance*. La riforma ha riguardato le università in generale e, dunque, per la disciplina con esse compatibile, anche le università libere.

In particolare, viene ad esempio prevista l'adozione di un codice etico per evitare i conflitti di interesse, vengono separati nettamente i poteri del Consiglio di amministrazione e del Senato accademico e sono previste regole per la modifica degli statuti¹⁶. In altri termini la riforma si è preoccupata di ridisegnare il modello di organizzazione delle università attraverso una ridefinizione dei compiti ed un'attenzione ai problemi correlati ai conflitti di interesse, alla durata delle cariche ed alla valutazione che incide anche sulla struttura delle università libere come poi si dirà¹⁷. Inoltre, è stato ridisegnato anche il modello di accesso al ruolo di docente prevedendo il meccanismo dell'abilitazione scientifica nazionale e delle successive procedure di chiamata per l'assunzione, riferibile anche alle stesse università libere.

¹³ Sulla ricostruzione dell'evoluzione della disciplina si veda F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2008, 739 che evidenzia: «Ma, preso per buono che i padri costituenti intendessero negare il passato, postunitario e fascista, e passare dall'autarchia all'autonomia, è possibile passare all'autonomia pur mantenendo il finanziamento statale e il valore legale dei titoli di studio come sembra affermare la l. n. 168, secondo la quale le università “in attuazione dell'art. 33 Cost., hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile; esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti”?».

¹⁴ L'art. 26, comma 5, l. n. 289/2002 prevede: «Con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, adottato di concerto con il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, sono determinati i criteri e le procedure di accreditamento dei corsi universitari a distanza e delle istituzioni universitarie abilitate a rilasciare titoli accademici».

¹⁵ Le università telematiche rappresentano un modello peculiare che non è univocamente ricompreso nella nozione di atenei non statali. Per un approfondimento si veda F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario*, op. cit., 52.

¹⁶ C. FACCHINI - L. SACCONI - M. FIA, *La governance delle università italiane dopo la Riforma Gelmini: un'indagine empirica sui processi decisionali*, in *Econometica*, n. 68/2019.

¹⁷ Si veda per una analisi comparata, G. CAPANO - A. PITONI - G. VICENTINI, *Do policy instruments matter? Government's choice of policy mix and higher education performance in Western Europe*, in *Journal of Public Policy*, 2020, 40, 375-401.

Infine, il d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19 («Valorizzazione dell'efficienza delle università e conseguente introduzione di meccanismi premiali nella distribuzione di risorse pubbliche sulla base di criteri definiti *ex ante* anche mediante la previsione di un sistema di accreditamento periodico delle università») ha previsto le modalità di accreditamento delle università libere anche al fine del rilascio di titoli di studio con valore legale.

In tale quadro normativo in continua evoluzione, la definizione in concreto della disciplina applicabile alle università non statali correlata alla esatta individuazione della loro natura giuridica è stata oggetto di differenti orientamenti giurisprudenziali¹⁸. In particolare, sono state delineate una tesi pubblicistica che, prediligendo il rilievo del controllo statale e del valore legale dei titoli di studio, qualifica le università libere come enti pubblici e le assimila alle università pubbliche; una tesi privatistica che invece considera tali università come soggetti privati e, dunque, diversi rispetto alla università statali. Recentemente sembra prevalere la tesi che sposta l'ago della bilancia verso un modello organizzativo che predilige l'utilizzo di modelli privatistici e che esclude l'applicazione di regole generali come quelle dei contratti pubblici e della trasparenza.

In tale contesto, si ritiene interessante, sotto il profilo giuridico, cercare di fare il punto sulla situazione considerando alcuni nodi problematici ed essenziali che riguardano l'organizzazione delle università non statali con particolare attenzione al rapporto di lavoro dei docenti; alla trasparenza e alla pubblicità; ai contratti; all'utilizzo della forma societaria; al finanziamento. Tali temi sono, in effetti, determinanti per delineare i nuovi lineamenti organizzativi delle università non statali e per verificare se vi sia una tendenza alla sempre maggiore diversificazione rispetto agli atenei statali e se questa sia giustificabile o comporti profili critici.

2. Il disegno organizzativo e il rapporto di lavoro dei docenti

L'università non statale è una 'realtà composita' formata da strutture oggettive (organizzazione) e soggettive (docenti e studenti) con funzioni di istruzione e ricerca¹⁹.

L'analisi della posizione delle università non statali nell'ambito dell'organizzazione del sistema universitario italiano deve, dunque, necessariamente partire da una ricostruzione dei profili generali relativi al loro disegno organizzativo e al rapporto di lavoro dei docenti, per poi arrivare a considerare i profili specifici relativi alla trasparenza, ai contratti, alla forma societaria e al finanziamento.

¹⁸ Per una ricostruzione del problema si veda L. FERRARA, *Le Università "libere": enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, fasc. 3, 2295-2328.

¹⁹ Consiglio di Stato, parere 9 maggio 2019, n. 1433.

Va da subito evidenziato che l'istituzione, l'organizzazione e il rapporto del lavoro dei docenti delle università libere sono sottoposti ad un controllo pubblico²⁰ volto a garantire il rispetto di *standard* di qualità di insegnamento e di ricerca²¹.

Il controllo si esplica attraverso diverse modalità. Ad esempio, di recente si è introdotta una forma di valutazione *ex ante* denominata accreditamento. In effetti, l'istituzione di una nuova sede universitaria e l'istituzione di corsi di studio sono sottoposti ad un accreditamento «finalizzato a verificare e certificare la presenza di alcuni requisiti minimi di in termini di ordinamento degli studi, trasparenza, possesso di docenti, condizioni strutturali e di sostenibilità economico finanziaria»²².

Tale accreditamento è disposto con decreto ministeriale sentita l'Agenzia nazionale per la valutazione del sistema universitario (ANVUR)²³, a seguito della verifica del rispetto di requisiti idonei a garantire una adeguata qualità dell'attività didattica e di ricerca svolta.

Merita, inoltre, di essere ricordato che già l'art. 200 del testo unico del 1933 prevedeva che il Ministero verificasse che lo statuto della nuova università libera fosse rispondente all'interesse generale degli studi e dell'istruzione superiore²⁴.

In sostanza tali vecchi e nuovi controlli sono necessari dal momento che dette università rilasciano titoli di studio aventi valore legale e, dunque, occorre «valutare se l'istituzione di una nuova Università» e la permanenza nel sistema di una università già istituita «risponda(no) all'esigenza di soddisfare un pubblico interesse»²⁵.

La necessaria verifica del Ministero per l'istituzione di una università libera e la vigilanza sulla permanenza dei requisiti sembrano determinare, ad una prima analisi, un avvicinamento al modello di matrice statale considerato il controllo sulla rispondenza all'interesse generale all'istruzione.

In realtà, si è ritenuto che il condizionamento ministeriale relativo alla costituzione delle università libere ed al rilascio dei titoli di studio non implichi una 'pubblicizzazione' degli istituti ma sia pienamente compatibile con l'autonomia privata e con l'utilizzo di forme organizzative privatistiche. In effetti, nel nostro ordinamento anche soggetti privati, quali alcune tipologie di fondazioni e associazioni, possono essere assoggettate ad un controllo preventivo della autorità pubblica sulla loro costituzione²⁶. Detto controllo non incide, dunque, sulla natura privata degli

²⁰ R. DE MUCCI - M. SORCIONI, *La babele delle università*, Roma, Ideazione, 1996, 17: «Il regime di autonomia rinvia quasi immediatamente alla dicotomia pubblico-privato [...]. In Italia, per esempio, esistono università cosiddette libere (non statali) – e ve ne sono di analoghe un po' ovunque – che sono comunque subordinate a vincoli ordinamentali e controlli strettissimi da parte dello Stato».

²¹ Si veda sulla disciplina delle università non statali A. MARI, *Organizzazione e funzionamento delle università*, Milano, IPSOA, 2005, 11.

²² Come si legge sul sito del Ministero dell'università e della ricerca, www.miur.gov.it.

²³ Ai sensi degli artt. 7 e 8 del d.lgs. n. 19/2012.

²⁴ L'art. 200 del testo unico del 1933 prevede che: «L'Ente o gli enti promotori della istituzione di una università o di un istituto superiore libero debbono rassegnare al ministro lo schema del relativo statuto, allegando una motivata relazione ed un documentato piano finanziario. Il ministro accerta se lo schema, nel suo complesso, sia rispondente all'interesse generale degli studi e dell'istruzione superiore [...]».

²⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3291.

²⁶ Al riguardo il Consiglio di Stato, parere 9 maggio 2019, n. 1433 ha specificato: «Emerge, dunque, che il momento genetico, di costituzione del nuovo soggetto giuridico, è ampiamente condizionato da penetranti poteri pubblicistici, che ne eterodeterminano forme e contenuti, in deroga all'autonomia privata e al regime previsto dal libro V del codice civile. Ci si domanda se tale spiccata specialità di regime e la presenza di tali poteri ministeriali, estesi, come si è visto, a pregnanti profili

enti essendo un requisito necessario per il solo perseguimento dell'interesse pubblico nella specie relativo all'istruzione universitaria²⁷. In altri termini, anche se l'attività relativa all'istruzione ha una finalità pubblica che va garantita, questa non configura in automatico la natura giuridica pubblica delle università libere e non esclude l'utilizzo significativo di modelli privatistici a differenza di quanto avviene nelle università statali.

Ulteriore profilo che evidenzia l'incidenza del controllo pubblico sulle Università non statali attiene all'organizzazione interna. In particolare, già l'art. 6 del testo unico del 1933 prevedeva gli organi necessari che devono essere costituiti nell'ambito delle università: rettore, senato accademico, consiglio di amministrazione, presidi delle facoltà e delle scuole, consigli delle facoltà e delle scuole. Tale disposizione si applica anche alle università libere come espressamente previsto dall'art. 199 del medesimo testo unico²⁸, anche se le procedure di scelta dei titolari degli organi possono essere speciali o diverse rispetto alle università statali.

Una tendenza diversa sembra, però, espressa nella disciplina della legge n. 240/2010 che, come sopra ricordato, ha rivisto l'organizzazione delle università. Anche l'art. 2 della legge n. 240/2010 dispone quali sono gli organi che devono essere necessariamente presenti nelle Università (rettore, senato accademico, consiglio di amministrazione, collegio dei revisori dei conti, nucleo di valutazione, direttore generale) facendo, però, espresso riferimento alle sole 'università statali'²⁹. Inoltre, la norma prevede che gli istituti di istruzione universitaria a ordinamento speciale adottano proprie modalità di organizzazione seppur nel rispetto dei principi di semplificazione, efficienza, efficacia e trasparenza³⁰. Sulla base di una interpretazione letterale

di merito, che condizionano geneticamente la nascita stessa del soggetto e della persona giuridica e la sua fisionomia, siano compatibili con l'autonomia privata che dovrebbe connotare il contratto societario e la speciale procedura di costituzione della società di capitali prevista dal codice civile. La Sezione fornisce una risposta positiva a tale dubbio applicativo, sul rilievo per cui non costituisce affatto una novità nel nostro ordinamento giuridico la subordinazione della costituzione stessa dell'ente privato a un atto di controllo preventivo dell'autorità pubblica, *sub specie* di autorizzazione o di approvazione dello statuto o di iscrizione in appositi elenchi, condizionanti l'attribuzione della personalità giuridica. Così avviene, ad esempio, per le fondazioni e per le associazioni che vogliono erigersi ad enti morali, secondo la disciplina del libro I del codice civile (artt. 12, 33, ora art. 3 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, 2330, 2331)».

²⁷ In proposito è stato sottolineato: «Certo, vi sono sintomi che fanno pensare ad elementi di pubblicità. Il riconoscimento delle università è opera dello Stato e, in particolare, avviene con decreto ministeriale. È lo Stato, dunque, che decide l'ampiezza e i caratteri della nozione di *universitas* e che istituisce gli atenei e li autorizza a rilasciare titoli di studio aventi valore legale. Ma ciò potrebbe essere determinato dal profilo funzionale (il rilascio di titoli di studio aventi valore legale) piuttosto che da quello relativo al regime giuridico. Si tratta di un indirizzo, quello funzionale, assai vicino, come si vedrà tra breve, alla posizione assunta dal Consiglio di Stato». A. SANDULLI, *Le università non statali: regimi e tipi*, in E. CHITI - G. GARDINI - A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, op.cit., 124.

²⁸ L'art. 199 del testo unico sulle università del 1933 prevede: «Alle università e agli istituti superiori libere si applicano le norme contenute nel titolo I, sezioni I, II e III, salvo il disposto degli articoli seguenti» e, dunque, anche le norme sugli organi ed in particolare l'art. 6.

²⁹ Art. 2, comma 1 l. n. 240/2010: «1. Le università statali, nel quadro del complessivo processo di riordino della pubblica amministrazione, provvedono, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, a modificare i propri statuti in materia di organizzazione e di organi di governo dell'ateneo, nel rispetto dei principi di autonomia di cui all'articolo 33 della Costituzione, ai sensi dell'articolo 6 della legge 9 maggio 1989, n. 168, secondo principi di semplificazione, efficienza, efficacia, trasparenza dell'attività amministrativa e accessibilità delle informazioni relative all'ateneo, con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi: a) previsione dei seguenti organi: 1) rettore; 2) senato accademico; 3) consiglio di amministrazione; 4) collegio dei revisori dei conti; 5) nucleo di valutazione; 6) direttore generale».

³⁰ Art. 2, comma 3, l. n. 240/2010: «3. Gli istituti di istruzione universitaria a ordinamento speciale adottano, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, proprie modalità di organizzazione, nel rispetto dei principi di semplificazione, efficienza, efficacia, trasparenza dell'attività amministrativa e accessibilità delle informazioni relative all'ateneo di cui al comma 1 del presente articolo, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 6, comma 9, della legge 9 maggio 1989, n. 168».

della disposizione e alla luce di una interpretazione giurisprudenziale³¹ sembra, dunque, che gli organi ivi previsti debbano essere necessariamente presenti nelle sole università statali.

Ad ogni modo, si ritiene che la predeterminazione degli organi di un ente non riguardi la natura giuridica privata dal momento che il nostro ordinamento impone la predeterminazione normativa degli organi anche alle società di capitali e ad altri soggetti privati³². Pertanto, anche se il disegno organizzativo delle università libere è, in parte, soggetto ad un controllo pubblico, questo non incide, però, sulla natura di tali istituzioni. Del resto, l'eventuale predeterminazione degli organi è volta principalmente a garantire gli *standard* di insegnamento ma non comporta una riconduzione soggettiva delle università libere nella sfera pubblicistica³³ o una completa assimilazione alle università statali.

L'influenza pubblica sulle università libere è, invece, evidente nella modalità di assunzione dei professori³⁴. Tali docenti sono, in effetti, assoggettati alle medesime regole di reclutamento delle università statali³⁵ al fine di garantire la stessa qualità di insegnamento e di consentire anche la mobilità tra università pubbliche e private. In proposito, già l'art. 207 del testo unico del 1933 prevedeva, anche al fine della interscambiabilità dei professori tra università pubblica e privata³⁶, l'applicazione nelle selezioni degli atenei non statali della disciplina di diritto pubblico.

Anche la legge n. 240/2010 relativa al reclutamento dei docenti trova applicazione ai docenti delle università non statali dal momento che non vi è una espressa deroga all'applicazione di detta disciplina come avviene, ad esempio, per l'organizzazione interna come sopra ricordato³⁷.

Pertanto, i docenti delle università libere sono reclutati sulla base delle procedure di chiamata disciplinate dalla legge n. 240/2010 come avviene per i docenti delle università statali e sono

³¹ Tar Lombardia, Milano, sentenza 26 settembre 2018, n. 9148.

³² Come specificato anche dal Consiglio di Stato nel parere 9 maggio 2019, n. 1433: «la Sezione esclude che queste previsioni normative siano di ostacolo alla configurazione di una libera università privata come società di capitali, atteso che la predeterminazione normativa del tipo di organi necessariamente presenti all'interno dei diversi tipi di enti, nonché la previsione delle loro funzioni essenziali, è fenomeno giuridico anch'esso già ampiamente conosciuto e presente nel nostro ordinamento giuridico, sia per gli enti di cui al libro I del codice civile (art. 16), sia per le stesse società di capitali, secondo quanto previsto dal libro V del medesimo codice (ad es., artt. 2328, primo comma, nn. 9 – 11, sezioni VI e VI-bis del capo V del titolo V del libro V, artt. 2363 – 2409-*noviedecies*)».

³³ Sugli *standard* minimi per il rilascio dei titoli di studio si veda F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 351 e 352: «Si garantisce [...] un grado minimo di efficacia della formazione universitaria e di preparazione culturale e professionale, il tutto, com'è noto, ai soli fini di consentire l'accesso all'impiego pubblico di operatori adeguatamente preparati e, nel medesimo tempo, consentire ai lavoratori la partecipazione agli esami per l'esercizio di professioni regolamentate».

³⁴ Si veda M. CAMMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 177.

³⁵ Si v. la sentenza del Tar Bolzano, sez. I, 2 aprile 2019, n. 89 che ha riconosciuto la finalità pubblica delle università libere con riferimento al sistema di reclutamento dei docenti.

³⁶ L'art. 207 dispone: «Ai posti vacanti di professore possono trasferirsi col loro consenso professori di ruolo appartenenti ad Università o ad Istituti di cui alle tabelle A e B o ad Università e Istituti superiori liberi. Il parere del Consiglio superiore, prescritto dagli artt. 93 e 94 è provocato dal Ministro, su richiesta dell'Università o Istituto».

³⁷ In giurisprudenza è stato evidenziato che: «La l. n. 240 del 2010 di riordino del sistema universitario è da ritenersi applicabile a tutte le istituzioni comprese nel sistema, salvo deroghe espresse che ne limitino l'applicazione ad alcune specifiche istituzioni (si veda, ad esempio, l'art. 2 relativo agli organi e all'articolazione interna, la cui disciplina, stante il tenore letterale della norma, è applicabile alle sole università statali). I ricercatori delle università italiane, comprese le università non statali e quelle telematiche, godono dello stato giuridico pubblicistico disegnato dalle norme legislative e regolamentari vigenti in materia per il personale docente e ricercatore delle università statali. Ne consegue che trovano applicazione, anche con riferimento alle predette università, le norme di cui agli artt. 18 e 24 della L. n. 240 del 2010». Tar Lombardia, Milano, sentenza 26 settembre 2018, n. 9148.

assoggettati al medesimo *status* giuridico e trattamento economico³⁸. Ciò trova giustificazione, come già detto, nell’ottica di garantire adeguati *standard* di insegnamento anche nelle università libere³⁹ al fine dello svolgimento di un servizio di interesse generale relativo all’istruzione superiore. La qualità dell’insegnamento può essere, in effetti, garantita soprattutto mediante adeguate procedure di reclutamento che devono essere applicate, dunque, da tutte le istituzioni universitarie, pubbliche o private.

Pertanto, in relazione al reclutamento dei docenti e al loro trattamento giuridico ed economico non si riscontra alcuna differenziazione delle università libere rispetto alle università statali.

A conclusione di questo paragrafo si può affermare che il controllo pubblico sulle università libere è strettamente correlato alla finalità di garantire la qualità dell’istruzione – mediante l’accreditamento, la scelta dei docenti e della tipologia degli organi – ma ciò di per sé non sembra sufficiente a ricondurre totalmente tali soggetti nella sfera pubblicistica né implica una piena assimilazione alle università statali. In altri termini, come poi meglio si dirà, il controllo non è volto ad una uniformazione rispetto alle università statali ma è dovuto alla sola finalità di garanzia della qualità di insegnamento e, dunque, non esclude l’utilizzo di modelli organizzativi privatistici, anche innovativi come ad esempio il modello societario.

Pertanto, una volta delineati i tratti essenziali del disegno organizzativo delle università non statali, vanno analizzate e approfondite alcune questioni specifiche che da una parte denotano la tendenza all’utilizzo di modelli privatistici peculiari e, dall’altra tendono ad escludere l’applicazione di regole pubblicistiche a cui sono soggette, invece, le università statali.

3. Gli obblighi di trasparenza e di pubblicità

3.1. I diversi orientamenti

L’applicazione degli obblighi di pubblicità nei confronti delle università non statali costituisce un tema controverso. Sono state assunte, però, posizioni che possono contribuire a configurarle in un’ottica di differenziazione rispetto agli atenei statali e, dunque, occorre innanzitutto ricostruire i diversi orientamenti emersi sul punto per poi delinearne i profili critici.

In generale, la definizione delle modalità di applicazione del principio di trasparenza è correlata alla esatta definizione ‘a monte’ della natura giuridica degli enti ed alla loro riconduzione nell’ambito delle pubbliche amministrazioni.

³⁸ È stato al riguardo confermato che: «Al personale docente delle università non statali, infine, si applicano le disposizioni sul reclutamento e sullo *status* giuridico contemplate dalla l. n. 240/2010». A. SANDULLI, *Le università non statali: regimi e tipi*, in E. CHITI - G. GARDINI - A. SANDULLI (a cura di), *Unità e pluralismo culturale*, op.cit., 124.

³⁹ Il Consiglio di Stato ha al riguardo evidenziato: «il reclutamento del personale docente delle università non statali secondo criteri analoghi a quelli del personale docente delle università statali, con la previsione di requisiti omogenei nella docenza, è misura di garanzia degli *standard* qualitativi degli atenei non statali, e trova, quindi, specifica giustificazione nel servizio di interesse generale che esse svolgono [...]. Anche recentemente, a prescindere dalla questione della natura giuridica delle università non statali (non rilevante nella presente sede) questo Consiglio, in sede consultiva, ha parimenti richiamato l’identico regime pubblicistico, operante anche per gli atenei non statali, in materia di reclutamento e gestione dei rapporti di lavoro dei docenti e dei ricercatori (Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere n. 1433 del 14.5.2019)». Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 marzo 2020, n. 2085.

In particolare, si è posto il problema dell'applicabilità alle università libere del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 («Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni») che ha imposto alle amministrazioni di promuovere la massima trasparenza ed accessibilità nell'ottica della lotta alla corruzione. L'art. 2 *bis* del d.lgs. n. 33/2013 estende, in effetti, l'applicabilità della disciplina alle sole «amministrazioni pubbliche» – come elencate nell'ambito della nozione generale dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che non ricomprende, però, espressamente le università libere⁴⁰ – e ad altri soggetti privati in controllo pubblico ivi richiamati⁴¹ tra i quali non vi sono questi atenei.

Al riguardo l'orientamento giurisprudenziale ha scelto una interpretazione restrittiva escludendo tali università dall'applicazione della disciplina sulla base di una ricostruzione che parte dalla individuazione della nozione di ente pubblico non attribuibile agli atenei liberi privati.

Significativa è la pronuncia del Consiglio di Stato 11 luglio 2016, n. 3043⁴² secondo la quale l'individuazione della nozione di ente pubblico deve avvenire in base a criteri non «statici» e «formali», ma «dinamici» e «funzionali»⁴³. Pertanto, il concetto di ente pubblico «muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato»⁴⁴.

Detto diversamente, il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica per determinati fini non implica l'automatica sottoposizione dello stesso alla disciplina generale prevista per la pubblica amministrazione. Tale ente può essere, in effetti, considerato come pubblico ai fini dell'applicazione di una determinata disciplina ed essere considerato come privato da altre norme e per diverse finalità⁴⁵. In sostanza, si è fatto riferimento alla c.d. nozione

⁴⁰ P. CANAPARO, *Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: i nuovi confini della trasparenza pubblica e il diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del d.lgs. n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, n.5/2016.

⁴¹ L'art. 2 *bis* del decreto n. 33/13 dispone: «1. Ai fini del presente decreto, per “pubbliche amministrazioni” si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. 2. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche; c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni. 3. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

⁴² Si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato 26 maggio 2015, n. 2660.

⁴³ Si veda A. DE ANGELIS, *Quale “status” per le università non statali? Una lettura alla luce della recente giurisprudenza amministrativa*, in *Nomos*, n. 2/2016.

⁴⁴ Si veda M. RAMAJOLI, *Sulla natura giuridica delle università libere*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla l. n. 240/2010*, Torino, Giappichelli, 2020, 111 e ss.

⁴⁵ In altri termini, «appurato che la nozione di ente pubblico cui si deve fare riferimento è funzionale e variabile, la circostanza che talvolta le università private siano state ritenute enti pubblici dalla giurisprudenza non è di per sé sufficiente per ritenere che lo siano sempre», M. MAROTTA, *La natura giuridica delle Università non statali, considerazioni a margine di Consiglio di Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043* in www.ildirittoamministrativo.it.

funzionale di ente pubblico che, dunque, va individuato sulla base della finalità della disciplina da applicare a prescindere dalla veste formale assunta dall'organizzazione.

In tale contesto, si è ritenuto, in particolare, che le università libere non siano assoggettate agli obblighi di trasparenza non potendo qualificarsi in termini di enti pubblici. La conclusione è fondata su due presupposti principali che verranno di seguito brevemente presi in considerazione.

In primo luogo, l'art. 33 della Costituzione riconosce alle università «il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato». Pertanto, ai centri istituiti dai privati deve essere garantita una natura appunto privata per rispettare il principio di autonomia sancito dalla Costituzione⁴⁶.

In secondo luogo, si può ritenere che l'art. 1 della legge 29 luglio 1991, n. 243 stabilisce che le università non statali legalmente riconosciute siano sottoposte alla disciplina delle università statali solo «in quanto compatibile»⁴⁷. Tale applicazione può avvenire ad una duplice condizione: che la disciplina sia espressione di un principio generale della legislazione in materia universitaria (condizione positiva) e sia compatibile con il principio costituzionale del pluralismo (condizione negativa). Nel caso del decreto n. 33/2013 entrambe le condizioni – positiva e negativa – non sono integrate poiché, da un lato, la disciplina sulla trasparenza non è espressione di un principio generale afferente la materia universitaria, ma di un principio riferibile all'intero settore dell'attività amministrativa; dall'altro lato, tale disciplina implica l'introduzione di forme di controllo (pubblicistico e collettivo) che contraddicono il principio costituzionale della libertà di iniziativa dei privati nel settore dell'insegnamento, comprimendolo in modo eccedente i limiti sostanziali cui fa riferimento la costituzione.

La complessa ricostruzione fin qui ricordata è volta, dunque, a valorizzare i tratti differenziali dell'autonomia organizzativa delle università libere rispetto a quelle statali, basandosi sulla natura privatistica dell'organizzazione e ciò si esplica anche attraverso l'applicazione di un regime relativo alle esigenze di trasparenza non assimilabile a quello generale delle pubbliche amministrazioni, nel cui ambito sono inserite invece le università statali.

La soluzione giurisprudenziale che esclude l'applicazione degli obblighi di trasparenza e pubblicità da parte delle università libere non è, però, univocamente condivisa, come sopra ricordato.

In particolare, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) con l'atto di segnalazione n. 7 del 23 luglio 2019 si è espressa in senso contrario anche se ha ritenuto necessario proporre una modifica normativa al fine di includere chiaramente le università non statali tra i soggetti tenuti all'applicazione delle misure anticorruzione e trasparenza.

La finalità della ricostruzione dell'ANAC, richiamata nella segnalazione, è quella di evitare per tutte le università, che hanno un ruolo determinante nel nostro ordinamento, fenomeni di *mala gestio* potenzialmente lesivi degli interessi della collettività.

⁴⁶ L. MAZZAROLLI, *Il principio costituzionale di autonomia universitaria alla luce della recente evoluzione normativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/1997; A. SACCOMANNO, *Autonomia universitaria e costituzione*, Milano, Giappichelli, 1989.

⁴⁷ L'art. 1 della legge n. 243/1991 dispone, come già ricordato: «Le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili».

Nello specifico, secondo l'Autorità non rileva tanto la natura giuridica soggettiva delle università, ma lo svolgimento di funzioni pubblicistiche per le quali si richiede l'applicazione della disciplina sulla trasparenza. Basti considerare che la nuova formulazione del decreto n. 33/2013, introdotta dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, applica la disciplina ivi contenuta anche ai soggetti di diritto privato che svolgono funzioni pubbliche.

Seguendo tale diversa interpretazione potrebbe essere, dunque, superata la posizione restrittiva sopra richiamata applicando anche alle università libere la disciplina sulla trasparenza, ma questa soluzione non è esente dai dubbi e dalle criticità appresso evidenziati per cui occorre trovare nuovi punti di equilibrio tra le diverse esigenze particolari e collettive.

3.2. *I tentativi di composizione*

Una volta ricostruiti i due orientamenti occorre porre l'attenzione sulle criticità correlate alla applicazione alle università libere degli obblighi di trasparenza e sulle possibili soluzioni.

In effetti, in assenza di una specifica disciplina al riguardo, l'esclusione dell'applicazione della normativa sulla trasparenza alle università libere, riconosciuta almeno in ambito giurisprudenziale, potrebbe portare semplicemente a ritenere che l'ordinamento si muova verso la delimitazione nell'ambito del sistema universitario italiano di un modello che tende a differenziarle in modo sempre più accentuato dalle università statali. Il che tuttavia richiede un'attenta riflessione, riguardo non solo all'organizzazione, ma anche alle funzioni e ai compiti, che, come si è visto, in alcuni casi – a cominciare dalla gestione del personale docente – non sono differenziati.

Per cominciare, manca una finalità chiara e condivisa posta alla base dell'applicabilità degli obblighi di pubblicità agli atenei non statali. In effetti, appare evidente che mentre in giurisprudenza si predilige l'ottica dell'autonomia in applicazione del dettato costituzionale, l'ANAC predilige la finalità della lotta alla corruzione⁴⁸. Pertanto, sarebbe opportuno che venisse individuata – anche in sede legislativa – la finalità che si vuole ottenere applicando gli obblighi di trasparenza anche ad enti aventi natura soggettiva privatistica. La definizione di tale finalità è, in effetti, essenziale per determinare l'apertura alla trasparenza da parte delle università libere⁴⁹ ed individuarne i relativi ambiti e le relative modalità applicative.

Occorre considerare, inoltre, che l'applicazione generalizzata degli obblighi di trasparenza così come delineati nel decreto n. 33/2013 sembra comportare oneri eccessivi per tali università libere incidendo significativamente sull'autonomia e sulle modalità organizzative e relativi costi

⁴⁸ La trasparenza viene, in effetti, considerata una sfida comune alla quale occorre far fronte per garantire l'accessibilità e di conseguenza anche la lotta alla corruzione. OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, 23. Sul tema si veda anche "La lotta alla corruzione", Camera dei deputati, Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁴⁹ L'applicazione della disciplina sulla trasparenza può essere influenzata, come avviene, per la partecipazione procedimentale dall'«obiettivo primario scelto dal legislatore [...] in altri termini lo scopo perseguito concretamente nelle normative di attuazione del principio della partecipazione determina l'entità dell'apertura dell'azione amministrativa ai privati». M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 1991, 61.

aggiuntivi. Andrebbe, dunque, effettuato un bilanciamento⁵⁰ tra necessità di rispetto della legalità e imposizione di obblighi che possono sembrare incompatibili con la natura autonoma e privatistica di un determinato soggetto. In tale contesto, si potrebbero individuare – in sede legislativa o nell’ambito degli stessi regolamenti degli atenei – solo ambiti specifici di applicazione nei confronti delle università non statali invece della applicazione generalizzata degli obblighi di trasparenza con una mera ‘aggiunta’ di queste università nell’elenco dei soggetti sottoposti all’applicazione del decreto trasparenza.

Sarebbe, in definitiva, auspicabile una composizione tra i due diversi orientamenti analizzati applicando le regole sulla trasparenza secondo modalità compatibili con l’organizzazione privatistica e con le peculiarità delle università libere.

4. *Il regime giuridico dei contratti*

Tra i temi e problemi emersi nel dibattito scientifico vi è la questione se le università libere rientrino o meno nell’ambito di applicazione soggettiva del codice dei contratti pubblici. Il tema principale riguarda la riconducibilità delle università libere al concetto di organismo di diritto pubblico, o meglio a quali tratti della nozione si possa agganciare la posizione di tali atenei soprattutto in relazione al controllo ministeriale.

Al riguardo il Consiglio di Stato nel parere n. 2427 del 26 ottobre 2018, reso in relazione alla sottoposizione della LUMSA (Libera Università Maria SS. Assunta) al codice dei contratti, si è interrogato proprio sulla riconducibilità delle università libere nella nozione di organismo di diritto pubblico⁵¹ – come noto introdotta, sulla scia delle direttive comunitarie, per ricondurre figure ibride nell’ambito di applicazione del codice dei contratti – e, in particolare, ha approfondito la sussistenza di uno dei requisiti che denotano la fattispecie e ad esso riconducibili: l’influenza pubblica dominante⁵².

⁵⁰ Basti considerare l’accesso civico «introdotto a tutela dell’interesse generale ad un controllo generalizzato sulle pubbliche amministrazioni ed esercitabile da chiunque, in assenza di una specifica legittimazione». Si v. G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *Federalismi.it*, n.1/2017, 17 e 18 dove si evidenzia che «l’accesso civico ex d.lgs. 97/16 con ogni probabilità verrà accolto con molta resistenza da parte delle pubbliche amministrazioni, del tutto impreparate a dare attuazione forma di trasparenza così avanzata, le quali sfrutteranno appieno la propria discrezionalità nell’operare il bilanciamento quando la richiesta di accesso civico verrà ad incrociare uno degli interesse-limite previsti dall’art. 5bis».

⁵¹ Ente dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale e che, a tal fine, viene sottoposto a forme di influenza pubblica. È definito dall’art. 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. codice dei contratti pubblici) nel modo seguente: «qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell’allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

⁵² Sui requisiti dell’organismo di diritto pubblico si veda A. PINCINI, *Organismi di diritto pubblico*, in A. CLARIZIA (a cura di), *Note sui contratti pubblici alla luce del nuovo codice (aggiornate al decreto correttivo, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Roma, Ed. La Sapienza, 2017, 87.

Detta influenza si esplica, in particolare, nel controllo sulla gestione che implica una qualche forma di potere dell'amministrazione sulla approvazione dei bilanci e sugli atti organizzativi di un ente.

Secondo il parere richiamato tale modello non può, però, essere ricondotto ai rapporti tra ministero ed università dal momento che questo non si occupa dell'approvazione dei bilanci e degli atti puntuali di organizzazione dell'ente. L'università non è, dunque, assoggettata ad un controllo incisivo dalla parte pubblica inteso in termini aziendalistici come verifica sui bilanci e sugli atti compiuti.

In particolare, nel parere si specifica che: «la vigilanza ministeriale e gli altri poteri previsti dalla legge speciale costituiscono un potere di vigilanza estrinseca e formale e non integrano quel controllo intrinseco e sostanziale sulla gestione che è richiesto»⁵³ per configurare la dominanza pubblica.

Dato che difetta uno dei requisiti per configurare l'organismo di diritto pubblico, l'università libera non rientra nell'ambito dei soggetti tenuti all'applicazione delle procedure di evidenza pubblica per la stipula dei contratti.

In proposito non viene ritenuta rilevante neanche l'antica disposizione dell'art. 51 del testo unico sulle università del 1933 che fa riferimento all'applicazione delle regole di evidenza pubblica⁵⁴. In effetti, secondo il Consiglio di Stato, tale disposizione è implicitamente abrogata poiché: è riferita alla disciplina contrattuale precedente al codice dei contratti che attualmente è l'unica fonte normativa per individuare i soggetti tenuti ad applicare le regole di evidenza pubblica; si riferisce inoltre ad un sistema caratterizzato da un controllo statale «rigido e pervasivo» sulle università libere ora superato⁵⁵.

Pertanto, si riconosce, oggi, una evidente differenziazione delle università libere che sono per questo escluse dall'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sui contratti pubblici nonostante una norma esplicita, seppur risalente, prevedesse il rispetto dell'evidenza pubblica. Tale interpretazione che deriva principalmente dal riconoscimento della carenza di un controllo pubblico incisivo sulle università libere che ora non riguarda in alcun modo la gestione e l'attività economica⁵⁶, merita un adeguato approfondimento per valutarne i reali effetti come si vedrà nel paragrafo successivo.

⁵³ Punto 7 del parere.

⁵⁴ L'art. 51 del testo unico del 1933 dispone: «Fino al limite di lire 20 milioni le spese possono essere eseguite in economia, secondo le norme stabilite dal regolamento interno di cui all'art. 44. Tutte le spese eccedenti il limite anzidetto sono effettuate in seguito a gara pubblica o a licitazione privata, su deliberazione del Consiglio di amministrazione».

⁵⁵ L. SACCHI, *Codice dei contratti pubblici e università non statali: il caso Lumsa*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 3/2019, 397.

⁵⁶ La ricostruzione è peraltro in linea con l'orientamento dello stesso giudice amministrativo che ha escluso la natura di enti pubblici delle università non statali partecipanti al consorzio universitario CINECA. Tale esclusione ha consentito di negare la sussistenza in capo allo stesso consorzio del requisito della partecipazione totalitaria pubblica per la configurazione come soggetto *in house*. In tale caso è stato evidenziato che la presenza di alcuni regimi pubblicistici non può determinare la equiparazione tra università ed enti pubblici. Cfr. la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. Per un commento si veda M. NUNZIATA, *Gli affidamenti al Cineca tra concorrenza ed in house providing: ulteriori sviluppi pro-concorrenziali dello scenario universitario*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.07-08, 2015, 2133.

4.1. *Le criticità degli affidamenti ‘senza gara’*

La ricostruzione delineata evidenzia che le università non statali non sono necessariamente soggette all'evidenza pubblica e, seppur condivisibile, comporta profili problematici.

Innanzitutto, come già si è detto, un ente può essere soggetto ad un regime pubblicistico solo per determinate finalità pur mantenendo una natura giuridica privata e tale principio può trovare applicazione anche in relazione ai contratti pubblici. Pertanto, l'elemento fondamentale per determinare la disciplina applicabile alle università libere è costituito dalla esatta individuazione della natura del controllo pubblico che non è tanto incisivo da determinare la 'cattura' di una figura 'ibrida' come queste università nell'ambito di applicazione soggettivo del codice dei contratti pubblici⁵⁷.

Va, però, evidenziata la difficoltà di escludere in generale l'applicazione del codice dei contratti pubblici a tutti gli atenei non statali che presentano, come già ricordato, regole diverse sia in relazione ai finanziamenti, sia in relazione all'istituzione da parte di soggetti pubblici e privati⁵⁸. Di conseguenza, in assenza di una chiarificazione normativa, si rischia che l'applicazione venga effettuata solo caso per caso⁵⁹ con conseguenti riflessi anche in ordine alla certezza dei rapporti giuridici.

In secondo luogo, è evidente che l'esclusione determina conseguenze rilevanti dal momento che le università libere possono operare senza 'gara' e, dunque, con modalità meno vincolate rispetto a quanto avviene per gli atenei statali. Pertanto, a tal proposito, sarebbe necessario individuare 'a monte' la finalità dell'applicazione delle regole di evidenza pubblica a detti atenei prima di individuare 'a valle' se una università debba applicare o meno il codice dei contratti pubblici⁶⁰, come peraltro emerso in relazione al tema dell'applicabilità delle regole sulla trasparenza.

⁵⁷ Come si legge nel punto 4.2. del parere n. 2427 del 26 ottobre 2018: «nel settore della disciplina dei contratti pubblici è stata appositamente introdotta una figura, ampia ed elastica, quella di organismo di diritto pubblico, pensata proprio allo scopo di “catturare” le figure “ibride” della cui natura soggettiva si discute e che presentano, anche nel raffronto tra i diversi ordinamenti giuridici interni agli Stati membri dell'Unione, una eterogeneità di declinazioni e configurazioni».

⁵⁸ «Tra gli atenei non statali: vi sono atenei di tradizione storica e di nuova costituzione; atenei che vantano una origine di tipo totalmente pubblicistico, di solito legata agli enti locali, miste pubblico-privato oppure che derivano da iniziativa esclusivamente privatistica; atenei laici e di tendenza o ideologicamente orientati; atenei che hanno alla base una fondazione privata finanziatrice che sostanzialmente ne guida le sorti o che invece hanno assetti diversi; atenei che puntano molto sulla ricerca e meri esamifici; e così via». A. SANDULLI, *Le università non statali: regimi e tipi*, in E. CHITTI - G. GARDINI - A. SANDULLI, (a cura di) *Unità e pluralismo culturale*, op. cit., 123.

⁵⁹ M. CALABRÒ, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.* TAR, fasc.5, 2005, 1769 che prospetta al riguardo la soluzione di individuare caso per caso l'applicabilità dell'evidenza pubblica: «ci si domanda, in altri termini, se non venga in rilievo in tali ipotesi la figura giuridica, emersa di recente ed invero non ancora ben delineata, del c.d. “organismo di diritto pubblico in parte qua”, la quale - attraverso un'analisi di tipo puntuale e non categoriale - sembrerebbe estendere l'obbligo (solo in parte qua, appunto) della soggezione alle procedure ad evidenza pubblica anche a quei soggetti che, pur non essendo in astratto qualificabili organismi di diritto pubblico, si trovino a rivestire tale configurazione solo in una o più determinate fattispecie concrete. Tale impostazione implicherebbe l'impossibilità di addivenire ad una risposta univoca circa la sussistenza o meno, in capo alle università non statali, dell'obbligo di utilizzare le procedure ad evidenza pubblica, dovendosi a tal fine procedere ad una valutazione caso per caso, fondata sulla provenienza, pubblica o privata, delle risorse finanziarie poste alla base della singola procedura di appalto».

⁶⁰ È stato evidenziato che il giudice: «mostra una adesione solo formale alla nozione funzionale di ente pubblico: anziché procedere ad una analisi specifica della *ratio* della disciplina per verificare se la funzione assoluta porti con sé un particolare ambito soggettivo di applicazione». M. RAMAJOLI, *Sulla natura giuridica delle università libere*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla l. n. 240/2010*, op. cit., 128.

Ad ogni modo, pur con le criticità sopra delineate si riscontra una tendenza a riconoscere che le università libere, pur essendo in parte soggette ad un controllo pubblico, possono mantenere la loro autonomia privatistica e peculiarità anche in un settore rilevante come quello delle procedure contrattuali con particolare riferimento all'ambito di esclusione soggettivo della disciplina; ma appare evidente che il tema non può essere declinato allo stesso modo in riferimento all'ambito di applicazione oggettivo, quando le stesse università utilizzano specifiche risorse pubbliche per finanziare determinate attività.

5. *L'utilizzo della forma societaria*

L'utilizzo di strumenti privatistici nell'ambito dei modelli organizzativi delle università non statali – e in parte anche statali – è stato oggetto negli ultimi anni di specifica normazione, cui sono seguite esperienze e riflessioni, che si sono spinte, come fra un momento si dirà, oltre quelli che in passato venivano concepiti come 'invalicabili confini'. Uno di questi 'confini' riguarda l'utilizzo della forma societaria che bisogna, dunque, considerare al fine di cercare di cogliere i nuovi lineamenti degli assetti organizzativi degli atenei liberi.

5.1. *La partecipazione in fondazioni e società*

L'utilizzo di forme organizzative private per il perseguimento della finalità pubblica di istruzione⁶¹ si riscontra innanzitutto nella possibilità di partecipazione delle università non statali in fondazioni e in società commerciali.

Le università libere possono, in effetti, dar vita alla costituzione di diversi soggetti – come fondazioni o società – per il perseguimento di finalità strumentali o collaterali rispetto a quelle istituzionali⁶².

In particolare, le università possono costituire fondazioni, con la partecipazione di altri atenei, enti o amministrazioni e soggetti privati, allo scopo di svolgere «attività strumentali di supporto alla didattica e alla ricerca» delle stesse università, ai sensi dell'art. 59, comma terzo, della legge 23 dicembre 2000, n. 388⁶³.

L'obiettivo della norma è quello di creare strutture di supporto all'università che, utilizzando forme e risorse privatistiche mediante il coinvolgimento di finanziatori esterni, operino in modo

⁶¹ Si v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁶² F. GIGLIANI, *Pubblico e privato nel sistema universitario*, op. cit., 65.

⁶³ L'art. 59, comma terzo, l. n. 388/2000: «3. Per le finalità di cui al presente articolo, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, una o più università possono, in luogo delle aggregazioni di cui alla lettera c) del comma 2, costituire fondazioni di diritto privato con la partecipazione di enti ed amministrazioni pubbliche e soggetti privati. Con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri e le modalità per la costituzione e il funzionamento delle predette fondazioni, con individuazione delle tipologie di attività e di beni che possono essere conferiti alle medesime nell'osservanza del criterio della strumentalità rispetto alle funzioni istituzionali, che rimangono comunque riservate all'università». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, 43.

snello ed efficiente⁶⁴. Tale svolgimento delle attività strumentali e di supporto da parte delle fondazioni può consentire alle università di concentrarsi sulla loro specifica missione (c.d. *core business*), rappresentata dalla didattica e dalla ricerca, raggiungendo più agevolmente *standard* elevati di qualità.

Inoltre, le università possono prendere parte o costituire anche società commerciali per svolgere funzioni collegate a quelle istituzionali e, in particolare, per promuovere o trasferire innovazioni tecnologiche o risultati della ricerca. La partecipazione o costituzione di società da parte degli atenei è volta, dunque, ad una possibile «utilizzazione industriale dei risultati della ricerca»⁶⁵. In tal modo l'università viene correlata con il mondo produttivo e l'attività di ricerca viene sostenuta economicamente anche da soggetti privati interessati agli esiti della stessa in un'ottica di collaborazione.

La correlazione tra università e attività di impresa mediante società incontra, però, limiti dovuti alla missione degli atenei volta alla promozione dell'istruzione e della ricerca. Al riguardo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 giugno 2011, n. 10 ha specificato che le università, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, possono costituire o acquisire quote di società ma per il solo perseguimento dei propri fini istituzionali⁶⁶.

Detto diversamente, l'attività di impresa delle università è ammessa non in termini generali, ma soltanto se contribuisce alla promozione di fini istituzionali di istruzione e ricerca⁶⁷. Il limite della funzionalizzazione è, in effetti, necessario per evitare distorsioni della concorrenza che potrebbero essere provocate dalla attività imprenditoriale svolta da società correlate alle università e, dunque, che beneficiano di finanziamenti pubblici.

Ad ogni modo, in questo caso, come per i temi analizzati nei paragrafi precedenti, viene posta l'attenzione sul perseguimento della finalità pubblica relativa al raggiungimento di una attività

⁶⁴ E' stato evidenziato al riguardo che: «l'università con una struttura di supporto snella ed efficace presso la quale possono essere trasferite tutta una serie di attività strumentali, da svolgere anche con l'apporto finanziario di privati, non solo può avere l'effetto di liberare le università da vincoli e pesantzze operative che attualmente ne frenano l'azione, ma può finalmente assicurare forme flessibili e trasparenti di coinvolgimento nelle attività di formazione e di ricerca delle varie risorse istituzionali, economiche ed imprenditoriali presenti sul territorio, consentendo in pratica di costruire 'dal basso' un vero e proprio nuovo modello organizzativo del sistema universitario del nostro paese, significativamente diverso da quello attuale. Ciò, naturalmente, a condizione che il mondo universitario sappia cogliere e sfruttare a pieno tutte le potenzialità offerte dalla nuova normativa». D. MARCHETTA, *Le nuove fondazioni universitarie*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2001, n. 8, 761. Si veda anche G.M. RICCIO, *Le fondazioni universitarie. Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, n. 3, 20141.

⁶⁵ Art. 2, comma 1, l. e) del d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297 («Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori»). La disciplina di riferimento è contenuta nel d.m. del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca del 10 agosto 2011, n. 168 («Regolamento concernente la definizione dei criteri di partecipazione di professori e ricercatori universitari a società aventi caratteristiche di *spin off* o *start up* universitari in attuazione di quanto previsto dall'art. 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240»).

⁶⁶ Nella pronuncia si legge: «Ad avviso del Collegio, il limite non è di mera compatibilità, ma di stretta strumentalità. L'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata, sol perché compatibile, ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento. Non si può pertanto trattare di un'attività lucrativa fine a sé stessa, perché l'università è e rimane un ente senza fine di lucro. Entro i limiti sopra disegnati, deve ammettersi che l'università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d.lgs. n. 163/2006), non solo in via diretta, ma anche mediante apposita società (come consentito dalla stessa Autorità di vigilanza sin dalla deliberazione 18 aprile 2007 n. 119)».

⁶⁷ S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, n.12, 1456.

universitaria di qualità che può essere perseguita anche mediante il supporto dello strumento societario.

Le forme organizzative richiamate – fondazioni e società – confermano, dunque, la tendenza all'utilizzo, da parte delle università in particolare di quelle non statali, di modelli privatistici per lo svolgimento della finalità pubblica di istruzione e ricerca.

Tali modelli possono essere utili per il raggiungimento di elevati *standard* di qualità nell'attività universitaria che può implicare il ricorso crescente a strumenti organizzativi privati che, in alcune ipotesi, differenziano significativamente le università libere dalle università statali, a partire dalla trasformazione in società di capitali che si passa ad esaminare.

5.2. *La trasformazione in società di capitali*

Un ulteriore tema controverso affacciato di recente alla ribalta riguarda la possibile trasformazione delle università libere in società di capitali⁶⁸.

L'ammissibilità di tale trasformazione non è espressamente prevista in sede legislativa ma è stata affrontata nella giurisprudenza che, va detto subito, ha ritenuto la suddetta operazione conforme alla disciplina di riferimento relativa alle università⁶⁹.

In particolare, sono stati esaminati due profili: la possibilità astratta delle università non statali di acquisire la forma di società di capitali alla luce della disciplina di riferimento; gli eventuali limiti ai quali le università libere trasformate in società di capitali dovrebbero sottostare e, dunque, la disciplina in concreto applicabile⁷⁰.

In relazione al primo aspetto, è stato evidenziato che l'art. 33 della Costituzione nel richiamare la libertà di insegnamento non impone né una determinata forma giuridica, né una esclusione nel perseguimento anche del fine di lucro. Del resto, la nozione di «libertà di scuola» comprende non solo il contenuto dell'insegnamento, ma anche la forma organizzativa prescelta che «ben può condizionare l'effettività della libertà (anche dei contenuti stessi dell'insegnamento)».

Anche la legge ordinaria non ha mai sancito un divieto espresso delle università nel perseguimento del fine di lucro. Sulla base di tale ricostruzione nel parere espresso sul punto dal Consiglio di Stato si evidenzia che «la forte unitarietà del sistema universitario, che vede assieme, appaiate sin dai primi articoli le Università pubbliche e quelle private, non basta di per sé considerata, a giudizio della Sezione, a generare per sommatoria, un 'principio' (implicito e non

⁶⁸ La legislazione disciplina espressamente la sola possibilità di trasformazione delle università in fondazioni. In effetti, l'art. 16 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria»), convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133 dispone che: «1. In attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, nel rispetto delle leggi vigenti e dell'autonomia didattica, scientifica, organizzativa e finanziaria, le università pubbliche possono deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, 43.

⁶⁹ In sede di parere relativo alla natura giuridica delle università non statali ed alla loro possibile trasformazione in società di capitali. Per un approfondimento si veda M. LAVATELLI, *L'Università e il ricorso alle forme privatistiche*, in A. MARRA (a cura di), *Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla l. n. 240/2010*, Torino, Giappichelli, 2020, 134 e ss.

⁷⁰ Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza di sezione del 9 maggio 2019, n. 1433 del 14 maggio 2019. Si veda anche il parere interlocutorio n. 370 del 7 febbraio 2019.

espresso) di divieto del fine di lucro e della forma di società di capitali per le libere università»⁷¹. Pertanto, dalla circostanza che l'ordinamento universitario sia unitariamente composto da università statali e non statali, non si può desumere un principio che vieti alle università libere il perseguimento del fine di lucro, neanche in maniera implicita.

Una volta escluso il divieto del perseguimento del fine di lucro da parte delle università libere, si passa a verificare il secondo aspetto: se in concreto sia ammissibile la trasformazione delle università libere in società di capitali sulla base della disciplina relativa alla istituzione, organizzazione, rapporto dei dipendenti, soppressione, caratterizzate da una forte impronta pubblicistica. L'analisi di tale aspetto viene svolta tenendo in considerazione alcune disposizioni del testo unico del 1933 relative al controllo pubblico sulle libere università, a partire dalla loro istituzione.

L'istituzione di nuove università libere è infatti soggetta, come sopra ricordato, ai sensi degli artt. 200 e 201 del testo unico, all'approvazione del Ministero che valuta «l'interesse generale degli studi e dell'istruzione superiore» dell'università da istituire oltre a conferire valore legale ai relativi titoli di studio. Tale controllo preventivo dell'autorità pubblica non viene ritenuto nello stesso parere richiamato incompatibile con la forma giuridica della società di capitali dal momento che si verifica anche per altri soggetti dell'ordinamento quali alcune tipologie di fondazioni ed associazioni.

Un'ulteriore disposizione che incide sull'autonomia privata è costituita dall'art. 201 del testo unico del 1933 che impone un contenuto minimo dello Statuto delle università libere individuando alcuni soggetti dell'organizzazione che devono essere necessariamente presenti: rettore, senato accademico, consiglio di amministrazione, preside delle facoltà e delle scuole, consigli delle facoltà e delle scuole. Anche tale disciplina è ritenuta compatibile con la trasformazione in società di capitali poiché la stessa organizzazione delle società è predefinita dal codice civile che ne individua gli organi⁷².

Vengono presi in considerazione, poi, i temi del reclutamento dei docenti delle università libere che è lo stesso delle università statali e del potere di “soppressione” delle università da parte del Ministero.

Al riguardo, si ritiene che la circostanza che nelle università libere i docenti siano sottoposti ad un regime pubblicistico – come per le università statali – e i dipendenti ad un regime privatistico sia pienamente compatibile con la forma giuridica della società di capitali poiché attiene alla sola qualità dell'insegnamento e non al modello organizzativo. Anche la possibilità del Ministero di soppressione delle università non incide sulla natura giuridica prescelta dal momento che è legato al controllo sulla funzionalità dell'università e sul rispetto degli *standard* di insegnamento e, dunque, attiene agli ordinari poteri pubblici di revoca⁷³.

Da ultimo il parere si preoccupa della peculiarità di tali forme societarie relativa alla possibilità di fallimento. In proposito, si ritiene irrilevante la circostanza che l'università in forma societaria

⁷¹ Cfr. punto 11.3 del parere sopra richiamato del Consiglio di Stato, n. 1433 del 14 maggio 2019.

⁷² Cfr. ad esempio gli artt. 2328, secondo comma, nn. 9-11; artt. 2363-2409 *noviedecies* del codice civile. Lo stesso vale per gli obblighi sulla tenuta della contabilità e sulla trasmissione al Ministero del bilancio di esercizio che si verificano anche per altri soggetti privati in ragione del rilievo dell'attività svolta nel settore di riferimento.

⁷³ Come, ad esempio, nel caso di revoca del riconoscimento del titolo di studio e della ‘equipollenza’.

possa essere soggetta a fallimento dal momento che si tratta di conseguenze giuridiche ‘naturali’ legate al regime di diritto privato scelto.

Alla luce delle considerazioni ricordate la forma societaria viene ritenuta utilizzabile anche per le università libere⁷⁴. In relazione a tale aspetto viene, dunque, riconosciuta una evidente specificità di tali università, rispetto agli istituti statali, le quali possono, dunque, scegliere la forma organizzativa che ritengono maggiormente utile per perseguire i propri scopi, a cominciare da quello relativo all’istruzione.

Occorre evidenziare che questo orientamento sembra trascurare la posizione giuridica dei destinatari del servizio offerto dalle università libere, a cominciare ovviamente dagli studenti. In effetti, ci si è concentrati prevalentemente sulla natura giuridica soggettiva privatistica delle università libere e sulla legittimazione degli organi accademici ad assumere decisioni in ordine alla trasformazione, ma non si è fatto riferimento, ad esempio, all’affidamento degli studenti che si iscrivono a queste università sulla garanzia di poter portare a termine il percorso di studio con la certezza del raggiungimento del risultato (ad esempio nel caso di fallimento). È evidente che bisogna considerare gli ulteriori limiti che gli aspetti appena accennati pongono, proprio in relazione ai tratti funzionali legati alla valenza pubblica delle attività didattiche, che non possono ammettere interruzioni legate a decisioni cui i destinatari del servizio non concorrono⁷⁵.

La trasformazione in società di capitali richiede, dunque, un ulteriore approfondimento sui vantaggi e le criticità che si prospettano. Può essere utile al riguardo partire da un caso di studio, relativo all’università telematica Pegaso, che rappresenta una delle rare ipotesi di adozione del modello societario finora portate avanti.

5.2.1. *Un caso di studio*

Un esempio di trasformazione di una università in società è costituito dall’università telematica Pegaso che è stata recentemente trasformata in società e del quale possono essere analizzati i tratti essenziali a partire dalla modalità di adozione del modello societario.

La trasformazione è avvenuta seguendo un’articolata procedura: delibera del consiglio di amministrazione; inoltre al Ministero dell’università e ricerca (già MIUR) dell’atto di trasformazione; parere del Consiglio di Stato; modifica dello statuto⁷⁶.

Dallo statuto emerge chiaramente che l’università ha una forma di diritto privato ma utilizzata per svolgere le stesse funzioni di ricerca, studio, formazione e istruzione delle università pubbliche.

⁷⁴ «Ciò il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile alla luce del quadro normativo in materia di università private, il cui esame [...] evidenzia la inesistenza, nell’ordinamento giuridico, di una qualsiasi norma o principio che espressamente o implicitamente vieti la costituzione o trasformazione delle università private in forma di società di capitali» B. GILBERTI, *L’amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. Riflessioni a margine di un recente caso in tema di università*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, 2019.

⁷⁵ Sul rilievo del servizio pubblico in tema di università si veda F. GIGLIONI, *Pubblico e privato nel sistema universitario*, op.cit., 84.

⁷⁶ Università telematica «Pegaso», decreto del 25 giugno 2019 del Presidente del Consiglio di Amministrazione sulla modifica dello Statuto.

In relazione agli elementi privatistici, lo statuto viene denominato «statuto della società» e si specifica che è istituita l'università telematica Pegaso s.r.l. e che trovano applicazione, per quanto non previsto dallo statuto, le vigenti norme sulle società a responsabilità limitata⁷⁷.

Sempre con riferimento agli aspetti privatistici, emblematico è l'art. 2 dello statuto relativo all'organizzazione dove si legge: «l'Università è promossa e sostenuta dalla società Università telematica pegaso s.p.a. (...) che ne assicura il perseguimento dei fini istituzionali e procede ai relativi mezzi e servizi specifici, necessari ed indispensabili e strumentali per il funzionamento e perseguimento dei fini anzidetti».

Sono state, dunque, costituite due società: una s.p.a. che promuove e sostiene l'università vera e propria che assume la forma di s.r.l.

Nonostante le finalità istituzionali relative alla istruzione e formazione tipiche delle università vengano perseguite nella forma privatistica, sono comunque mantenuti alcuni elementi tipici del settore universitario espressamente richiamati nello statuto: riconducibilità nell'ambito delle istituzioni del testo unico del 1933; autonomia ai sensi dell'art. 33 della Costituzione; composizione degli organi e delle strutture.

Basti considerare che l'art. 1 indica espressamente che: «l'Università appartiene alla categoria delle istituzioni previste dall'art. 1, comma 2 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore approvato dal regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592, ed è dotata di personalità giuridica» e che «l'Università è autonoma ai sensi dell'art. 33 della Costituzione» ed esplica la propria autonomia «in conformità alle leggi ed ai regolamenti generali e speciali dell'ordinamento universitario e nei limiti del presente statuto».

La commistione tra pubblico e privato è, maggiormente evidente in alcuni articoli relativi alla organizzazione. In particolare, l'art. 4 prevede che l'Università sia formata da organi che corrispondono a quelli delle Università statali (tra gli altri Consiglio di amministrazione, rettore, senato accademico, nucleo di valutazione, consigli di facoltà, Dipartimenti) ma questi «sono organi dell'università oltre a quanto previsto dal codice civile».

Pertanto, l'analisi di alcune disposizioni dello statuto dimostra che si tratta senza dubbio di una forma 'ibrida' che in parte riprende la disciplina e l'organizzazione delle università statali e in parte se ne discosta aderendo al modello societario. In particolare, vengono applicate disposizioni pubblicistiche e privatistiche in relazione alla organizzazione universitaria fermo restando l'obiettivo pubblicistico del perseguimento di una istruzione di qualità.

5.3. I vantaggi e gli svantaggi del modello societario

Una volta ammessa la conformità alla legge della trasformazione delle università libere in società di capitali occorre interrogarsi, come detto, sui possibili vantaggi e criticità della forma societaria soprattutto in relazione all'insegnamento universitario e alla posizione degli studenti.

⁷⁷ Art. 29 dello Statuto dell'Università Pegaso: «per quanto non previsto da questo statuto, si applicano le vigenti norme sulle società a responsabilità limitata».

Una prima criticità è data dal rischio che, in mancanza di un'apposita disciplina di riferimento e di adattamento, le nuove università libere costituite nella forma di società di capitali possano incontrare difficoltà nella prassi applicativa nella gestione del nuovo modello. A tal fine si auspica un aggiornamento della disciplina di riferimento che possa indicare nel dettaglio le modalità di trasformazione; le regole da applicare una volta assunta la forma societaria.

I vantaggi sembrano essere costituiti, invece, dalla maggiore flessibilità dello strumento societario da un punto di vista organizzativo e dalla possibilità di reperire i fondi sul mercato. In particolare, l'agire nell'ottica della concorrenza mediante la ricerca di contributi privati potrebbe aiutare il raggiungimento di elevati *standard* di qualità dell'insegnamento, pur nel rispetto delle modalità di controllo pubblico previste dalla legge. In effetti, la contribuzione economica all'istruzione implica, secondo alcune ricostruzioni, un aumento delle aspettative dei contribuenti rispetto all'attività svolta⁷⁸ in termini di efficacia ed efficienza che, per tale ragione, tende a raggiungere un elevato livello qualitativo. Ad ogni modo le criticità ed i vantaggi andranno valutati nell'applicazione concreta dei modelli societari che per ora si riscontrano in limitati casi, come quello sopra analizzato, che peraltro attiene ad una università telematica.

A conclusione di questo paragrafo, si può evidenziare che tra università e forma societaria vi sia un possibile connubio del quale andranno però verificate in sede di applicazione concreta, considerati i rari casi di trasformazione, i punti di forza e di debolezza, i limiti e le potenzialità senza perdere di vista la necessità di garantire una didattica e ricerca di qualità anche nei confronti degli studenti.

6. La questione del finanziamento

Un ultimo tema determinante che differenzia le università libere dagli atenei statali riguarda il finanziamento dello Stato che potrebbe determinare, pur nel rispetto dell'autonomia universitaria, una connotazione pubblica significativa⁷⁹. Tanto che il testo unico del 1933 escludeva espressamente il contributo pubblico alle università libere disponendo: «le Università e gli istituti superiori liberi non hanno contribuito a carico del bilancio dello Stato» (art. 4). Solo successivamente la l. 18 dicembre 1951, n. 1551 ha previsto la possibilità di concedere un contributo alle università libere, per bilanciare il costo dovuto all'introduzione di disposizioni volte ad ampliare le esenzioni tributari per gli studenti meritevoli⁸⁰.

⁷⁸ Con riguardo al costo dell'istruzione universitaria è stato evidenziato che «la richiesta di corrispettivi più consistenti avrebbe come effetto indotto maggiori pretese da parte degli studenti e quindi uno stimolo al miglioramento dell'efficienza dell'attività didattica che certo non è di per sé in contraddizione con l'autonomia delle università». D. SORACE, *L'Autonomia universitaria negli anni novanta: problemi e prospettive*, op.cit., 159.

⁷⁹ F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2008, 739 evidenzia che: «Parlare di autonomia funzionale sembra pertanto del tutto improprio. Più corretto sembrerebbe parlare di autonomia nell'ambito di una funzione predeterminata dall'etero finanziamento e dalla necessaria uniformità del risultato per quanto riguarda i titoli di studio».

⁸⁰ L'art. 10 della legge n. 1551/51 prevede: «ferme restando le destinazioni ai fini particolari previsti dalla presente legge, gli statuti delle Università e degli Istituti superiori liberi determinano l'ammontare delle tasse, soprattasse e contributi, che non può, comunque, essere inferiore a quello stabilito per gli studenti delle Università e degli Istituti superiori statali».

La possibilità di contribuzione alle università libere per compensare le spese poste dallo Stato, non solo per agevolazioni tributarie degli studenti ma anche per l'adeguamento del trattamento retributivo dei docenti, è stata presa in considerazione anche nelle successive riforme. In particolare, la legge 29 luglio 1991, n. 243 prevede che lo Stato può concedere contributi alle università autorizzate a rilasciare titoli di studio con valore legale⁸¹. Inoltre, l'art. 12 della legge n. 240/2010 prevede che lo Stato finanzia annualmente con una quota anche le università libere al fine di garantire gli *standard* di insegnamento⁸².

Alla luce della ricostruzione normativa va, dunque, valutato se e come il contributo pubblico incide sulla autonomia delle università libere⁸³, anche rispetto alle università statali.

In proposito si evidenzia innanzitutto che il sistema dei contributi non implica una effettiva limitazione dell'autonomia delle università libere dal momento che consente, al contrario, di promuovere il principio del pluralismo: le università non statali anche mediante i finanziamenti sono inserite a pieno titolo nel sistema di istruzione nazionale⁸⁴. In altri termini le università libere, anche in quanto destinatarie di fondi pubblici, sono evidentemente parte del sistema di istruzione come le università statali. Pertanto, l'istruzione universitaria può essere garantita da entrambi i "tipi" di atenei.

Inoltre, nelle università libere i contributi pubblici non sono necessariamente determinanti per lo svolgimento delle attività – che si basa per la maggior parte su contributi privati – e, dunque, non può parlarsi, di un controllo tanto incisivo da determinare, anche sotto questo aspetto, una totale pubblicizzazione delle università libere⁸⁵.

I contributi pubblici, dunque, non incidono significativamente sul bilancio delle università libere la cui attività ha una connotazione di «oggettiva imprenditorialità» che impone l'esigenza di attrarre capitali di investimento, per «potenziare e migliorare l'offerta formativa dei servizi»⁸⁶.

⁸¹ L'art. 2 della legge n. 243/91 prevede: «lo Stato può concedere contributi, nei limiti stabiliti dalla presente legge, alle università e agli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti che abbiano ottenuto l'autorizzazione a rilasciare titoli di studio universitario aventi valore legale, ai sensi dell'articolo 6 della legge 7 agosto 1990, n. 245».

⁸² L'art. 12, l. n. 240/2010 prevede: «1. Al fine di incentivare la correlazione tra la distribuzione delle risorse statali e il conseguimento di risultati di particolare rilievo nel campo della didattica e della ricerca, una quota non superiore al 20 per cento dell'ammontare complessivo dei contributi di cui alla legge 29 luglio 1991, n. 243, relativi alle università non statali legalmente riconosciute, con progressivi incrementi negli anni successivi, è ripartita sulla base di criteri, determinati con decreto del Ministro, sentita l'ANVUR, tenuto conto degli indicatori definiti ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 gennaio 2009, n. 1. 2. Gli incrementi di cui al comma 1 sono disposti annualmente, con decreto del Ministro, in misura compresa tra il 2 per cento e il 4 per cento dell'ammontare complessivo dei contributi relativi alle università non statali, determinata tenendo conto delle risorse complessivamente disponibili e dei risultati conseguiti nel miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse. 3. Le previsioni di cui al presente articolo non si applicano alle università telematiche ad eccezione di quelle, che sono già inserite tra le università non statali legalmente riconosciute, subordinatamente al mantenimento dei requisiti previsti dai provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettere a) e b)). Per una ricostruzione si veda V. BERLINGÒ, *La nuova disciplina amministrativa, finanziaria e contabile degli Atenei ed i suoi riflessi sulla autonomia universitaria*, in *Federalismi.it*, n. 4/2015. Più in generale, G. CATALANO - P.A. MORI - P. SILVESTRI - M. TODESCHINI, *Chi paga l'istruzione universitaria?* Milano, FrancoAngeli, 1993.

⁸³ L. CAVALLINI CADEDDU, *L'autonomia delle Università. Aspetti finanziari e contabili*, Torino, Giappichelli, 1998, 39 dove si evidenzia che «il carattere strumentale dell'autonomia universitaria rende fondamentale, insieme agli altri suoi aspetti, anche quelli legati alla disciplina finanziaria e contabile, ed ai controlli, che all'autonomia si contrappongono direttamente, nel garantire l'effettivo esplicarsi della libertà».

⁸⁴ A. BARETTONI ARLERI - F. MATARAZZO, *Università degli studi* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XLV, 1992.

⁸⁵ Si veda quanto indicato dal Consiglio di Stato nel parere sopra richiamato relativo all'esclusione dell'applicazione del codice dei contratti pubblici alle università libere.

⁸⁶ Come si è visto nel parere relativo alla trasformazione delle università libere in società di capitali sopra analizzato.

Infine, va evidenziato che una quota di contributo statale versato deve essere riservata agli studenti capaci e meritevoli privi di mezzi mediante borse di studio o esenzioni. Pertanto, il finanziamento pubblico è volto in questo caso a consentire una garanzia del diritto allo studio degli studenti rispetto alla contribuzione, alla organizzazione e al funzionamento delle università libere.

È evidente, dunque, che il finanziamento pubblico non implica un controllo sulle università private identico a quello esercitato sulle università statali, ma serve principalmente a ricondurle nell'ambito del sistema di istruzione mediante la garanzia di una tutela 'economica' degli studenti mediante borse di studio e dei docenti con l'equiparazione della retribuzione. La restante parte della attività può essere, invece, svolta con fondi privati che vengono acquisiti dalle università anche sul mercato e attraverso forme di *fund raising* più o meno strutturate.

In tale contesto anche il sistema di finanziamento comporta una significativa differenziazione – rispetto agli atenei statali – delle università libere che si gestiscono con fondi propri solo in minima parte coadiuvati da risorse pubbliche⁸⁷.

Si pone, dunque, l'ulteriore questione se i 'limiti' del finanziamento pubblico possano incidere sullo svolgimento delle funzioni di istruzione da parte delle università libere ed ancora se la gestione con fondi propri possa costituire un vantaggio per la promozione della qualità dell'insegnamento.

Per rispondere all'interrogativo può evidenziarsi che il reperimento di fondi sul mercato può essere uno strumento utile per promuovere l'istruzione universitaria e l'organizzazione efficiente delle università. In effetti, in questo modo si evitano le possibili distorsioni presenti nelle università statali che consistono nel possibile rischio di una scarsa attenzione alle spese e alla distribuzione delle risorse che sono principalmente a carico pubblico⁸⁸.

La possibilità di raccogliere risorse proprie da parte delle università può, dunque, favorire un migliore utilizzo e controllo sulle risorse che comporta la possibilità di evitare sprechi e utilizzare i fondi in maniera razionale ed efficiente⁸⁹.

Alla luce dell'analisi effettuata emerge che la possibilità di 'autofinanziarsi' costituisce un ulteriore elemento che delinea una specificità delle università libere rispetto alle università statali che hanno un regime sul punto del tutto diverso.

⁸⁷ In proposito è stata evidenziata la «tendenza che si va affermando in Europa è quella di una compartecipazione di fonti di finanziamento pubbliche e private (*co-sharing*) per il finanziamento delle istituzioni di istruzione superiore, che appare peraltro giustificata dal punto di vista teorico, dalla combinazione di benefici pubblici e privati del servizio formativo». T. AGASISTI - G. CATALANO, *Il finanziamento pubblico delle Università con modelli formula-based: aspetti metodologici ed esperienze applicative in alcuni paesi europei*, 5, in G. BROSIO - G. MURARO, *Il finanziamento del settore pubblico*, Franco Angeli, 2006.

⁸⁸ Per una analisi comparata si veda T. AGASISTI - G. CATALANO, *Governance models of university system-towards quasi-markets? Tendencies and perspectives: A European comparison* in *Journal of Higher Education Policy and Management*, vol. 28, no. 3, November 2006, 245-262.

⁸⁹ S. CASSESE, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Il Foro Italiano*, 1993, V, 82 dove si evidenzia che: «il finanziamento a totale carico del contribuente produce, in secondo luogo, insufficiente attenzione per i problemi della produttività e del rendimento. L'Università, presa nel circolo vizioso assistenziale non bada alle spese, né bada ad una razionale distribuzione delle spese. Per porre termine a queste distorsioni, occorre dare la possibilità alle università di raccogliere risorse proprie. Si possono evitare sprechi se c'è controllo di chi paga».

7. I profili critici dei nuovi lineamenti organizzativi

I temi fin qui analizzati evidenziano una tendenza a ricondurre le università non statali nell'ambito di una varietà di modelli che implicano una crescente differenziazione rispetto a quello più omogeneo delle università statali, e ciò soprattutto sotto il profilo degli assetti organizzativi.

In effetti, dalle analisi condotte dalla scienza giuridica e alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali emerge che i tratti peculiari delle università libere possono essere così sintetizzati: carenza di un controllo pubblico penetrante sulla gestione e sulle decisioni in relazione all'aspetto organizzativo e finanziario; mancato assoggettamento alle procedure di evidenza pubblica ed alle regole sulla trasparenza; possibilità di scegliere autonomamente la forma giuridica compresa quella della società di capitali.

Questi lineamenti presentano, però, profili problematici legati principalmente al concreto svolgersi delle attività, questioni rese ancor più complesse proprio in relazione al ricordato carattere variegato dei soggetti ricompresi nella nozione di 'università non statali'.

In primo luogo, si pone l'interrogativo di come conciliare il regime differenziato che tende all'uso crescente di modelli e regole privatistiche con il rilievo pubblicistico delle università libere nell'ambito del sistema dell'istruzione superiore⁹⁰. Alla luce di quanto analizzato appare evidente che per risolvere la questione occorre far riferimento soprattutto alla finalità che si intende perseguire: se si condivide l'idea che la finalità delle università libere sia la promozione dell'istruzione e la ricerca non si vede perché essa non possa essere perseguita anche con modelli privatistici o speciali, fermo restando il controllo pubblico in sede di accreditamento per garantire gli *standard* di qualità elevata di insegnamento e per il rilascio dei titoli di studio. Pertanto, muovendosi sempre su questa scia, il nodo problematico da sciogliere per il riconoscimento di una aumentata differenziazione di tali università non è quello dell'ingerenza della forma giuridica privatistica nell'ambito dello svolgimento di funzioni pubbliche di istruzione, ma quello della determinazione di adeguate, effettive ed efficaci forme di controllo sul rispetto degli *standard*. In altri termini, è necessario salvaguardare la 'sostanza' di ciò che è l'università degli studi libera mediante adeguate forme di verifica sul perseguimento dell'interesse pubblico all'istruzione più che imporre limiti alla 'forma' prescelta (come quella societaria)⁹¹.

Superato l'ostacolo dell'ammissibilità di diversi e nuovi modelli organizzativi privatistici, potrebbero sopraggiungere difficoltà nell'applicazione concreta dei principi accordati dall'ordinamento proprio in considerazione del fatto che le università non statali sono molto diverse tra di loro. Non sembra infatti percorribile semplicemente la ricerca e l'applicazione

⁹⁰ Sul tema generale riferito all'organizzazione si vedano, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011 soprattutto 35 e ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977 soprattutto 202 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000.

⁹¹ Lo Stato non si occupa del «merito delle attività in esse (università) svolte, salvo per quanto attiene alla definizione di *standard* qualitativi e al controllo del loro rispetto. Va poi considerato che l'obiettivo dell'istruzione universitaria è anche quello della preparazione delle professioni. [...] La Costituzione prevede peraltro a tal fine strumenti che consentono di raggiungere l'obiettivo senza sovraccaricare il significato della "statalità" delle università e delle scuole in generale, tanto è vero che sono utilizzabili anche nei confronti delle scuole e delle università non statali». D. SORACE, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *Diritto pubblico*, 1996, 144.

uniforme di un unico criterio funzionale⁹² con la conseguente omogeneità delle forme di monitoraggio e vigilanza. La concreta implementazione di tale tendenza alla differenziazione andrebbe, dunque, considerata in relazione alle singole realtà universitarie attraverso un intervento chiarificatore in sede legislativa, che non lasci come ora la decisione sull'ammissibilità o meno delle specifiche soluzioni organizzative adottate soltanto alla decisione del giudice e, dunque, caso per caso.

Ulteriore profilo critico riguarda l'individuazione degli effetti dell'ammissibilità di un modello sempre più differenziato delle università libere nell'ambito del sistema nazionale di istruzione. Si pone, in particolare, l'interrogativo se tale differenziazione possa sminuire il rilievo delle università non statali – che si ricorda affiancano le università statali in una ottica unitaria e paritaria – nel sistema universitario.

Per tentare di rispondere alla domanda va evidenziato che la scelta di un regime differenziato delle università libere non comporta un «abbassamento della considerazione di tali enti da parte dello Stato»⁹³ che restano determinanti per l'interesse generale ad una istruzione universitaria di qualità. In effetti, il rilievo pubblico delle università libere è indubbio poiché insito nella stessa funzione di insegnamento e, dunque, prescinde dalla forma giuridica privatistica e dal regime individuato⁹⁴. Del resto, anche le regole relative agli *standard* di qualità ed ai controlli vengono determinate non in relazione all'analogia soggettiva con le università statali, ma in relazione alla tipologia oggettiva di attività di insegnamento e, dunque, di una specifica funzione⁹⁵ di sicuro rilievo pubblicistico. In tale quadro, la cura dell'interesse pubblico all'istruzione svolta da un soggetto con un regime che si avvicina sempre di più ai modelli privatistici, ma utilizzando alcune forme tipiche delle università statali come le procedure di scelta dei docenti e l'organizzazione necessaria oltre che i controlli, non ne diminuisce il rilievo per l'ordinamento generale.

Non va inoltre dimenticato che la scelta del modello organizzativo viene considerata espressione della libertà di insegnamento sancita dalla Costituzione nonché dell'autonomia e può contribuire alla promozione dell'insegnamento universitario nell'ottica del pluralismo⁹⁶. Pertanto, il modello organizzativo privatistico se opportunamente utilizzato può comportare vantaggi –

⁹² «Ne deriva la difficoltà di applicazione uniforme del criterio funzionale, dal momento che questo richiede, per la sua attuazione, un tessuto sufficientemente omogeneo sul quale operare: sicché, in relazione al caso di specie, pareva più idoneo l'approccio case by case adottato dal TAR Lazio». A. SANDULLI, op. cit., 127

⁹³ L. MAZZAROLI, *Le Accademie in Italia tra un precario presente e un incerto futuro*, in *Dir. Amm.*, fasc.2-3, 2001, 373 che evidenzia al riguardo anche: «non è che venga meno la correlazione tra rilevanza attribuita dallo Stato a dati soggetti – in ragione delle finalità di interesse generale ritenute proprie di essi – e ingerenza dello Stato nella loro organizzazione e nel loro funzionamento. Ma appare sempre più seguita l'opinione che tale rilevanza, e la specialità del regime giuridico che ne consegue, non necessariamente deve tradursi nell'attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico agli enti considerati».

⁹⁴ L. MAZZAROLI, *Le Accademie in Italia tra un precario presente e un incerto futuro*, op. cit., 373: «sembra, invero, indubitabile che, nel nostro ordinamento – quale era e quale è – l'istruzione superiore costituisca non solo un servizio pubblico, ma un servizio necessariamente pubblico [...]».

⁹⁵ In proposito è stato evidenziato: «Che si tratti di un ente pubblico, di una libera università in forma non lucrativa ovvero di una libera università in forma di impresa non fa distinzione; le regole in materia di qualità si applicano a ciascuno di tali soggetti indifferentemente. D'altronde, l'assoggettamento delle libere università ad un registro di regole sostanzialmente analogo a quello delle università pubbliche in termini di qualità e relativi controlli è espressione non già di una comunanza di essenza (che resta costituzionalmente distinta nei termini anzidetti) ma del comune oggetto dell'attività svolta. In altri termini, regole in materia di sistemi di accreditamento e verifica della qualità si applicano non già in virtù di una possibile analogia soggettiva ma operano sull'attività in quanto tale, trattandosi di norme che regolano l'esercizio della funzione, non l'operatore». B. GILBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra liberalità e funzione*, op. cit., 88.

⁹⁶ E. CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano, Giuffrè, 1992.

come il reperimento di fondi sul mercato in situazioni di crisi economica; un'organizzazione maggiormente trasparente e snella⁹⁷ – che possono contribuire all'aumento per l'intero sistema degli *standard* di qualità dell'insegnamento e della ricerca attraverso una maggiore efficienza ed efficacia delle strutture ferma restando la ricerca di forme di tutela *ex ante* dell'affidamento dei destinatari del servizio a cominciare dagli studenti.

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, nell'ambito del sistema delle università libere si riscontra una tendenza crescente alla ammissibilità dell'uso di modelli privatistici e di regole diverse rispetto a quelle delle università statali. Tale tendenza implica che la finalità pubblica dell'istruzione universitaria di qualità possa essere perseguita mediante figure soggettive 'ibride'⁹⁸ che utilizzano nuove forme privatistiche come il modello societario oltre a regole sempre più diverse da quelle delle università statali, come per i contratti pubblici e la trasparenza. In particolare, secondo tale tendenza, una volta individuate le funzioni fondamentali e gli *standard* di qualità di ricerca e insegnamento – assoggettabili ad un controllo e valutazione pubblici – le università non statali devono poter 'scegliere liberamente' la propria forma organizzativa⁹⁹ anche mediante trasformazione in società di capitali e di reperimento dei finanziamenti sul mercato¹⁰⁰ nell'ottica dello sviluppo della qualità dell'istruzione; devono poter seguire regole diverse da quelle delle università statali anche in relazione a determinati procedimenti.

L'utilizzo di 'nuove' forme organizzative sembra comportare una sempre maggiore differenziazione delle università libere dalle università statali che presenta, però, difficoltà nella concreta applicazione dovute sia ai diversi tipi di università non statali sia alla mancata definizione

⁹⁷ Per una analisi in ambito europeo si veda G. CAPANO - A. PITRONI - G. VICENTINI, *Do policy instruments matter? Government's choice of policy mix and higher education performance in Western Europe*, in *Journal of Public Policy* (2020), 40, 135-401.

⁹⁸ G.P. CIRILLO, *La Pubblica Amministrazione e le "società intermedie"*, in *Foro Amm.*, II, fasc. 12, 1 marzo 2017, 2509 dove si fa riferimento al: «disfacimento ineluttabile del rigido confine tra pubblico e privato, tra interesse generale e interessi particolari, dove non solo il privato trasmette al pubblico strumenti e forme di azioni (contratto, impresa, società, associazione, fondazione), ma il pubblico si presenta in forme soggettive ibride. Di questo processo la giurisprudenza amministrativa è ben consapevole, laddove a proposito dell'applicabilità della normativa sulla trasparenza e sulle università libere, ha ritenuto che l'individuazione dell'ente pubblico va fatta sulla base di criteri non statici e formali, ma dinamici e funzionali».

⁹⁹ Ciò, d'altronde, sembra in linea con quanto osservato dalla scienza giuridica in relazione alla nuova *governance* delle università. Del resto, tale cambiamento corrisponde alla evoluzione dei rapporti tra l'università e il controllo pubblico: «Se dunque si comparano le università di oggi a quelle di ieri, si colgono i segni di una trasformazione profonda e complessiva. Le università covano una missione pubblica, ma la natura di quella missione è profondamente diversa. Lo Stato mantiene il controllo delle università, ma le forme di quel controllo sono molto cambiate. L'ancoraggio nazionale delle università permane, ma il carattere esclusivo di quell'ancoraggio tende a venir meno». S. BATTINI, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc.2, 2011, 359.

¹⁰⁰ S. CASSESE, *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, 819 dove si evidenzia che: «debbono essere previste funzioni fondamentali, per svolgere le quali l'università viene costituita. Ma, al di là di queste, l'università deve, poi, poter scegliere liberamente: per esempio decidere se organizzarsi in prospettiva di accordi con le industrie private, oppure per svolgere ricerca prevalentemente all'interno delle università [...]. Lo stesso vale per l'organizzazione di base. Sotto questo profilo devono essere previsti alcuni organi 'costituenti'; ma poi questi debbono essere liberi di sperimentare. Non vi è possibilità di realizzare le altre autonomie (quella didattica, quella scientifica, ecc.), se non vi è garanzia dell'attribuzione di entrate a destinazione non finalizzata e autonomia nella destinazione della spesa e nella scelta di ordinamenti contabili diversi da quello dello Stato, salvo naturalmente riferire al Tesoro».

di una nozione precisa di atenei liberi. Pertanto, per delineare concretamente tale tendenza si auspica un intervento del legislatore che possa risolvere la questione della natura giuridica delle università non statali in maniera chiara e definitiva, evidentemente nei tratti essenziali incompressibili. L'individuazione dei lineamenti di base su cui possano svilupparsi modelli differenziati secondo la tendenza sopra richiamata può essere, dunque, operata soltanto in sede legislativa¹⁰¹ tenendo conto della variegata tipologia di atenei non statali e ripensando la concezione che considera distinte la dimensione privatistica e quella pubblicistica nell'ambito delle università libere, per un reale sviluppo del sistema nazionale universitario¹⁰².

ABSTRACT

Nell'ambito del sistema universitario italiano, le università non statali rappresentano un modello organizzativo particolare che a volte si avvicina e si sovrappone al disegno delineato per le università statali, in altre occasioni se ne discosta in modo anche significativo. L'articolo analizza alcuni aspetti organizzativi delle università non statali recentemente delineati – con particolare attenzione all'utilizzo del modello societario e all'esclusione dell'applicazione delle regole sulla trasparenza e sui contratti – al fine di comprenderne le criticità anche nell'ottica della differenziazione rispetto alle università statali. I nuovi lineamenti organizzativi per essere adeguatamente attuati richiedono, però, un intervento del legislatore che possa chiarirne gli ambiti di applicazione definendo innanzitutto la natura giuridica di tali università.

In the Italian university system, non-state universities represent a particular organizational model that sometimes approaches and overlaps the design outlined for state universities, on other occasions it differs significantly from it. The article analyzes some organizational aspects, recently outlined, of non-state universities – with particular attention to the use of the corporate model and the exclusion of the application of the rules on transparency and contracts – in order to understand the critical issues also in terms of differentiation from state universities. In order to be properly implemented, however, the new organizational features require an intervention by the legislator who can clarify the areas of application by defining first of all the legal nature of such universities.

PAROLE CHIAVE: università non statali – nuovi lineamenti organizzativi – modello societario – trasparenza e contratti – ruolo del legislatore

KEYWORDS: non-state universities – new organizational features – corporate model – transparency and contracts – role of the legislator

¹⁰¹ Così come già avviene per i nove «istituti superiori ad ordinamento speciale». Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Scuola Normale Superiore di Pisa; IUSS, Istituto universitario di studi superiori di Pavia; SISSA, Scuola Superiore di Studi avanzati di Trieste; IMT, Istituzioni, mercati, tecnologie di Lucca; GSSI, Gran Sasso Science Institute de L'Aquila; Università per stranieri di Perugia; Università per stranieri di Siena; Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria. Si veda l'elenco disponibile sul sito Cineca, www.cineca.it.

¹⁰² In relazione allo sviluppo del sistema universitario è stato evidenziato: «Pare allora opportuno provare a rivalutare il principio d'autonomia universitaria, riconosciuta nella Costituzione della Repubblica italiana sin dal 1948 (art. 33, co. 6°, Cost.), con norme capaci di restituire libertà alle università dai vincoli procedurali, siano essi posti da leggi, regolamenti o anche solo da "linee guida", qualora si rivelino norme obsolete o soffocanti». G. AJANI - R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *L'Università: un'Amministrazione pubblica particolare* in *Federalismi.it*, n. 14/2017, 11.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Rosa Iannaccone*

**“Borrar todo tu legado será nuestro legado”:
alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future.**

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. Il regime cileno: tra dittatura personalista e regime militare 3. La Costituzione di Pinochet: dall'autoritarismo militare al neo-autoritarismo civile 4. Forma di governo e tipo di Stato: l'eredità di una dittatura 5. Uno spiraglio verso una reale democrazia? Dall'*Acuerdo Nacional* al sistema elettorale *binominal* 6. La riforma del 2005: la “*vieja-nueva*” *Constitución* 7. Il dibattito successivo: la visione di una nuova Costituzione 8. Il processo costituente della Presidente Bachelet 9. Un sistema elettorale proporzionale 10. “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*” 11. I limiti alla Convenzione Costituente 12. Sul funzionamento della Convenzione 13. Conclusioni: prospettive future

1. Introduzione

In linea con quanto affermato da Zanatta, la *decade dorata* dell'America Latina è finita e il continente si trova in una fase in cui il reflusso non solo economico, ma anche democratico sembra possibile. I cittadini chiedono inclusione, opportunità, efficienza e trasparenza, caratteristiche di cui le democrazie di quest'area non abbondano. Inoltre, ben oltre l'appartenenza ideologica dei singoli governi, ciò che distingue i vari Paesi e rende più o meno ottimisti sul loro futuro è il grado in cui la democrazia soddisfa i criteri basilari dello Stato di diritto. Per la maggior parte di questi, però, è evidente il contrasto tra economie in vorticoso crescita, forte mobilità sociale e sistemi politici e istituzionali fragili e inefficienti.¹ Tale situazione deriva anche dal fatto che, storicamente, in America Latina, la cultura politica ha avuto un carattere patrimoniale e, sebbene questo schema sia stato permanentemente in “riforma”, non è stato sostanzialmente modificato né dalla modernità né dalle aspettative riconosciute alla democrazia. Come sottolinea Wolf², le società “patrimoniali” sono caratterizzate da meccanismi che bloccano le loro capacità trasformative, per cui mostrano una mancanza di differenziazione strutturale tra centro e periferia e un alto grado di esclusione e segregazione, per cui una delle costanti storiche del patrimonialismo è la predominanza del centralismo politico sotto l'egida

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, “Sapienza” Università di Roma

¹ Cfr. L. ZANATTA, *Una nuova fase per l'America Latina*, il Mulino, Fascicolo 1, gennaio/febbraio 2015, 145 e ss.

² E. WOLF, *Peasant Wars of the Twentieth Century*, New York, Harper and Row, 1969.

dell'Esecutivo.³ Inoltre, si tratta di Paesi che non avendo vissuto pienamente lo Stato sociale sono stati caratterizzati, soprattutto in seguito alle politiche neoliberali degli anni '80 e all'esacerbamento delle divisioni sociali che ne è derivato, da continue rivendicazioni dal basso.⁴ Queste ultime hanno permesso la nascita di una nuova ondata di costituzionalismo, definito *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, il cui obiettivo principale consiste nel cercare di risolvere il problema della disuguaglianza sociale. Il nuovo costituzionalismo latinoamericano è stato definito “senza genitori” proprio perché le Costituzioni fondatrici di quest'area, più vicine al liberalismo conservatore che a quello rivoluzionario, non sono state, nella maggior parte dei casi, il frutto di processi costituenti democratici ma elitari e proprio questo aspetto differenzia l'attuale costituzionalismo⁵, caratterizzato, invece, dalla presenza di Assemblee costituenti.⁶

Tale fenomeno si inserisce, per giunta, in un contesto globale caratterizzato dalla crescente permeabilità dello Stato agli agenti globali, che agiscono nella sfera finanziaria e comunicativa. Ciò ha determinato due grandi crisi del costituzionalismo nel XXI secolo che danno luogo a altrettanti processi di involuzione democratica: uno “esterno”, nel senso che avviene al di fuori dei processi politici statali, attraverso l'imposizione di condizioni economiche che limitano la capacità d'azione dello Stato; l'altro “interno” in quanto colpisce il nucleo stesso dei processi politici statali, attraverso l'interferenza nei processi elettorali e nel dibattito pubblico in generale dei mezzi di comunicazione di massa, in particolar modo delle grandi piattaforme che gestiscono i *social network*.⁷

In questo contesto, la normazione costituzionale che sta avvenendo in America Latina è il risultato anche di una lotta di classe, in cui sono stati presenti per la prima volta nuovi soggetti e, in particolare, i movimenti sociali e i popoli indigeni, che hanno deciso di agire per instaurare un nuovo assetto politico, economico e sociale, in quanto l'ordine costituzionale vigente non solo soffocava le loro aspirazioni di uguaglianza e giustizia, ma non li considerava come soggetti.⁸ Proprio per tale motivo, nelle Costituzioni di Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) e Bolivia (2009) l'anima politica sembra prevalere sulla vocazione giuridica, per cui sono presenti elementi quali la garanzia di un processo partecipativo, la costruzione della legittimità popolare, la tutela del potere costituente inteso, nel suo insieme, come attività che modella il corpo politico e la sua fisionomia. Inoltre, dato che la vocazione primaria di tale costituzionalismo è la proiezione nelle leggi fondamentali del pluralismo sociale, la loro stesura è stata caratterizzata dal coinvolgimento, più o meno attivo a seconda delle varie esperienze, della società nella sua

³ Cfr. R. ZAMORANO FARÍAS, *Sistemas de gobierno en América Latina. El caso chileno* in “Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, n. 38, gennaio-giugno 2018, 4-5.

⁴ Per approfondimenti sul neoliberalismo e, in generale, sui modelli di sviluppo e le politiche pubbliche applicate in America Latina si consiglia il volume P. VIDAL MOLINA (a cura di), *Neoliberalismo, Neodesarrollismo y Socialismo bolivariano. Modelos de desarrollo y Políticas públicas en América Latina*, Ariadna Ediciones, Santiago del Cile, 2019

⁵ Sulle varie fasi del costituzionalismo in America Latina appare esaustivo e sintetico R. GARGARELLA, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”* in Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 27, n. 1, 2018, 109-129

⁶ Cfr. R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano* in Aa. Vv., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, 20 e ss.

⁷ Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI* in Nomos - Le attualità nel diritto, n. 2, luglio - agosto 2018.

⁸ Cfr. A. MOLINA SÁNCHEZ, *Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo* in Crítica Jurídica, n. 35, gennaio/giugno 2013, 316.

interezza. Data la loro origine e il processo costituente che li ha caratterizzati, i testi del nuovo costituzionalismo latinoamericano sono percepiti dalla popolazione, non come un momento di equilibrio o di programmazione verso il futuro, ma come scialuppe di salvataggio, essenziali per non lasciare nessuno indietro. È evidente la volontà di rompere con il sistema politico, economico e sociale del passato e la dimensione simbolica di questa nuova fase è stata caratterizzata dalla differenza tra lo Stato da distruggere e lo Stato da costruire, dalla rottura democratica con il vecchio e dal sostegno della democrazia materiale rispetto a quella formale, e ciò si è riflesso nel linguaggio utilizzato nelle Costituzioni.⁹ Questi testi hanno una natura che può essere definita rivoluzionaria, che risiede nello sforzo decolonizzatore e nella volontà di recuperare la tradizione indigena, contadina e afro-discendente come componente essenziale per la costruzione di un nuovo ordine costituzionale.¹⁰

In questa ondata di ri-costituzionalizzazione vissuta dall'America Latina si inserisce l'attuale processo costituente cileno e, in questa sede, l'obiettivo è illustrarne non solo le caratteristiche e le possibili prospettive ma anche le origini più lontane.

In Cile, a partire dalla rivolta studentesca del 2011, la richiesta dei cittadini di un cambiamento costituzionale ha assunto, attraverso le mobilitazioni sociali, una nuova dimensione. Il dibattito che, fino a quel momento, era stato ristretto a pochi è divenuto un'ulteriore richiesta all'ordine del giorno per costruire una cittadinanza veramente democratica, dove i diritti fossero rispettati e le persone potessero incanalare le loro preferenze attraverso il sistema politico.¹¹ Diverse forze all'interno della società civile – studenti, donne, popoli indigeni, lavoratori – hanno promosso la necessità di un cambiamento costituzionale, di diversa entità. Oltre alla già citata mobilitazione studentesca del 2011, preceduta dalla “*revolución pingüina*” del 2006¹², ne sono una dimostrazione l’“*estallido social*” dell'ottobre 2019 – scoppiato in seguito all'aumento del prezzo del biglietto della metropolitana di Santiago, e estesosi, in breve tempo, a tutto il Paese – e i successivi incontri cittadini¹³ celebrati in alcune *comunas*.¹⁴ Proprio l’“*estallido social*” è particolarmente significativo per comprendere quanto fosse radicato in Cile il problema costituente. Come è evidente dallo slogan utilizzato dai manifestanti, “*No es por 30 pesos, es por 30 años*”, non è possibile limitare tale evento a una reazione all'aumento del prezzo dei trasporti in quanto si è trattato di una risposta al malcontento della popolazione causato dall'origine autoritaria e illegittima della Costituzione

⁹ Cfr. R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 25-26.

¹⁰ Cfr. A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura* in Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Suplemento especial VII, 2020, 8 e ss.

¹¹ Cfr. C. HEISS, *La Constitución de 1980 como obstáculo a una ciudadanía democrática en Chile* in Ciudadanías para la Democracia. Reflexiones desde la problemática constitucional y constituyente chilena del siglo XXI, (a cura di) S. GREZ TOSO, D. OPAZO ORTIZ, P. VIDAL MOLINA, Santiago del Cile, Ariadna Ediciones, 2018, 49.

¹² Per approfondimenti sulle mobilitazioni studentesche cilene si riportano i seguenti articoli: M. I. Picazo, C. Pierre, *La educación como derecho social: la construcción del referencial de acción pública del movimiento estudiantil chileno* in Revista Uruguaya de Ciencia Política, vol. 25, 99-120, dicembre 2016; C. BORRI, *El movimiento estudiantil en Chile (2001-2014). La renovación de la educación como aliciente para el cambio político-social* in Altre Modernità. Otros movimientos sociales. Política y derecho a la educación, Università di Milano, aprile 2016.

¹³ Si tratta dei cosiddetti “*cabildos*” e per una ricostruzione storica di tale fenomeno si rimanda al contributo di C. GUERRERO LIRA, *Orígenes históricos de los cabildos representativos* (21- 26) nel volume AA.VV., *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Universidad de Chile, Santiago, 2019.

¹⁴ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Editorial Universitaria, Santiago del Cile, 2020, 9.

del 1980, da un sistema economico neoliberale deficitario di diritti economici e sociali e da un sistema politico elitario, incapace di canalizzare le richieste popolari¹⁵. Il processo costituente, quindi, è il risultato di due elementi principali. Da un lato, la crisi del neoliberalismo causata dalla sua incapacità di soddisfare i bisogni e le aspettative che ha generato in una parte consistente della popolazione e, dall'altro, la crisi del sistema di democrazia ristretta, protetta e a bassa intensità esistente in Cile. Numerosi scandali legati alla corruzione, al finanziamento illecito dei partiti, al budget delle Forze Armate e dei *Carabineros* hanno contribuito ad aumentare il discredito, già crescente, nei confronti dell'élite politica e delle istituzioni statali, che si è manifestato negli alti e crescenti tassi di astensione alle elezioni e nelle bassissime percentuali di approvazione e di fiducia nei confronti dei politici e delle istituzioni.¹⁶

C'è un momento, nella storia dei Paesi, in cui si genera una profonda crisi che porta alla creazione di nuovi testi costituzionali. Le crisi sono manifestazioni del malessere esistente nella società ma sono anche fari di speranza nella legge, nella giustizia, nella possibilità di rinnovamento giuridico e istituzionale e nella costruzione di nuove società basate sul rispetto dei diritti di tutti.¹⁷ La richiesta di una nuova Costituzione in Cile non è recente, ma affonda le sue radici nella sanguinosa dittatura militare di Augusto Pinochet, nella mai realmente compiuta transizione alla democrazia e, soprattutto, nella concessa *Constitución Política*, questioni che verranno esposte e chiarite nel corso di questo articolo e che sono particolarmente evidenti nello slogan, che ha caratterizzato la recente campagna referendaria per l'approvazione di una nuova Legge fondamentale, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”.

2. Il regime cileno: tra dittatura personalista e regime militare

Al fine di comprendere le motivazioni che hanno portato la maggior parte della popolazione cilena ad esprimersi, il 25 ottobre 2020, a favore di una nuova Costituzione appare fondamentale realizzare, seppur sommariamente, una ricostruzione storica degli eventi che hanno condotto all'instaurazione del regime militare di Augusto Pinochet e alla conseguente entrata in vigore della Legge fondamentale che si vuole sostituire (la *Constitución Política de la República de Chile* del 1980).

Come noto, infatti, tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70, di pari passo ad importanti cambiamenti nel mondo del dopoguerra, si osservò, in tutta l'America Latina, un'ondata di

¹⁵ Per approfondimenti sull'*estallido social* del 2019 si rinvia a R. PIZARRO HOFER, *Chile: rebelión contra el Estado subsidiario* in *El trimestre económico*, vol. LXXXVII (2), n. 346, aprile-giugno 2020, 333-365; O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening* in *Law and Critique*, 31:7-39, 8-39, aprile 2020 e al volume E. CARRASCO JIMÉNEZ, *Nueva Constitución en CHILE o el desmantelamiento político-jurídico del modelo (A propósito del estallido social 18/O)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

¹⁶ Cfr. S. GREZ TOSO, *Rebelión popular y proceso constituyente en Chile* in AA. VV. *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Santiago, Universidad de Chile, 2019, 13-14.

¹⁷ Cfr. M. CARBONELL, *Los Retos Del Constitucionalismo En El Siglo XX* in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, 49.

costituzionalismo democratico e sociale¹⁸, che in Cile scomparve con il colpo di Stato-rivoluzione del 1973.¹⁹

Tra il 1969 e il 1973, le forze armate furono protagoniste di alcuni episodi che condizionarono il sistema politico. Nell'ottobre del 1969 si ammutinarono per chiedere una maggiore attenzione al budget militare e, in sottofondo, era già chiara la volontà di realizzare un colpo di Stato; esattamente un anno dopo fu assassinato, dall'estrema destra, il nuovo comandante in capo dell'Esercito, che aveva manifestato l'intenzione di tutelare il processo istituzionale che portò all'elezione, da parte del Congresso, di Salvador Allende come Presidente della Repubblica. Parallelamente, apparvero i primi focolai di una linea apertamente di estrema destra in seno alle forze armate. Inoltre, durante il suo mandato, Allende dovette ricorrere all'esercito in due occasioni: dopo la rivolta generale del 1972, con lo scopo di preparare le elezioni legislative del marzo 1973, e dopo la rivolta dei camionisti del 26 luglio 1973. Infine, il 29 giugno del 1973 vi fu un tentativo di golpe che, sebbene fallì, rappresentò una prova generale di ciò che sarebbe avvenuto poco dopo e servì ai golpisti per valutare la resistenza che avrebbero opposto i partiti politici, i sindacati e i cordoni industriali delle città. A prescindere da questa pressione, il colpo di stato del 11 settembre 1973 non fu solo una rottura della tappa democratica, drammaticamente rappresentata dal bombardamento del *Palacio de la Moneda* e dalla morte di Salvador Allende, ma anche l'inizio di un periodo di governo autoritario inedito per il Cile.²⁰ Lo stesso giorno, “i Comandanti dell'esercito, della marina, dell'aviazione e dei carabinieri si autocostituirono come Giunta di governo, assumendo il comando supremo della nazione e impegnandosi a garantire «la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial» e a rispettare «la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone». Il senso di questa disposizione fu poi chiarito dal decreto-legge n. 128 del 12 novembre 1973, che precisò che la Giunta aveva assunto il potere costituente, oltre al potere legislativo e al potere esecutivo, e che la Costituzione del 1925 rimaneva in vigore solo nelle parti in cui non fosse stata modificata mediante decreti-legge”.²¹ Il ruolo affidato, fin dall'inizio, alla Giunta militare rende evidente che, anche se il regime cileno diventò per un buon periodo un regime personalistico furono le forze armate a prendere le decisioni fondamentali, in particolar modo nella fase iniziale e finale del periodo autoritario.²² I primi anni del governo del generale Augusto Pinochet furono caratterizzati da una bassa istituzionalizzazione e da un ultraliberismo economico. Negli anni successivi al colpo di Stato, il governo promulgò diversi *Acta*

¹⁸ In Cile tale ondata democratizzatrice fu definita dal suo principale promotore e ideologo, il Presidente Salvador Allende, la *vía chilena al socialismo* ossia un percorso pacifico e democratico verso il socialismo attraverso mutamenti radicali nel campo sociale, economico e di politica internazionale. Il governo si impegnò a ridistribuire la ricchezza nazionale e a migliorare le condizioni dei ceti meno abbienti e dei lavoratori, anche attraverso una serie di nazionalizzazioni come quella delle banche, del sistema sanitario e dell'istruzione. A tal proposito si rimanda al volume AA. VV., *A cincuenta años del triunfo de Allende y la Unidad Popular*, Revista Anales Séptima Serie, N° 18, 2020.

¹⁹ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 482, 2014, 107-108.

²⁰ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, Editorial Tecnos, 2013, 159.

²¹ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, 3.

²² Cfr. F. DEVOTO, *Riflessioni e congetture sulle transizioni politiche nel cono sud a confronto: Argentina, Brasile, Cile, Uruguay* in F. BRETagna, L. Tedoldi (a cura di), *Transizioni in Europa e in America Latina (1945-1995)*. *Storiografia, politica, istituzioni*, Biblion Edizioni, 2018, 150.

Constitucionales – relativi alla creazione del *Consejo de Estado* come corpo consultivo del Presidente, alle basi essenziali dell’assetto istituzionale, ai diritti e ai doveri costituzionali – che, a guisa di “leggi fondamentali”, ebbero lo scopo di costituire il corpo giuridico del regime. Questa situazione, tecnicamente molto complessa, fu riconsiderata per adottare una soluzione più operativa, basata sulla realizzazione di una Legge fondamentale unica.²³ In tutte le dittature militari, infatti, sin dall’inizio, vi sono alcuni settori che pensano ad una certa propria transitorietà, a “fare pulizia” per poi tornare a governi democratici e, così come avvenne per altri regimi, anche quello cileno conobbe due limitazioni ossia l’affievolimento dell’appoggio a modelli corporativi e fascisti – in quanto non erano accettati dal mondo occidentale di quegli anni ed erano poco adattabili alla situazione politica e al livello di sviluppo economico del momento – e il carattere militare-istituzionale dei colpi di stato, che ridussero le possibilità di dittature cesaristiche, anche nei casi più orientati verso quella soluzione come quello cileno. In tale contesto, le opzioni più praticabili per i militari consistettero o nella completa restaurazione della democrazia o in un progetto di democrazia autoritaria limitata, protetta e sorvegliata, detta anche “democratura”. In Cile si decise di percorrere questa seconda strada e, proprio per questo, furono introdotti organismi di vigilanza e restrizioni ad alcuni diritti, come il diritto di sciopero, e furono esclusi alcuni attori politici in ragione della loro ideologia²⁴ – in particolare, l’articolo 8 della Costituzione dichiarò incostituzionali non solo i partiti politici di carattere totalitario ma anche quelli che promuovevano una lotta di classe. La Costituzione che entrò in vigore, dopo la fine ufficiale della dittatura, infatti, non può essere definita realmente democratica in quanto ispirata al modello di democrazia protetta, che diffida delle persone, dei partiti e delle istituzioni rappresentative. Ciò ha reso il Cile una “democrazia semi sovrana” caratterizzata da istituzioni, create dalla dittatura, che hanno limitato il potere delle autorità elette dal popolo.

Nel 1973 la Giunta di Governo convocò un gruppo di costituzionalisti, la *Comisión Constituyente*, presieduta dal giurista Enrique Ortúzar, che operò dal 24 settembre al 24 ottobre, che fu poi ribattezzata *Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República* (CENC), con il decreto supremo n. 1064 del 25 ottobre dello stesso anno. Tale Commissione, che concluse i propri lavori il 5 ottobre 1978, ebbe il compito di studiare, elaborare e proporre il progetto di una nuova Costituzione Politica della Repubblica (CPR) e le sue leggi complementari. Il 10 novembre 1977 Pinochet inviò alla CENC un *memorandum* in cui chiedeva di configurare una “*nueva democracia, cuyos caracteres más importantes he sintetizado bajo los términos de autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social*”.²⁵ L’obiettivo doveva essere, quindi, preservare l’essenza del potere delle forze armate e dei gruppi della destra cilena che le sostenevano ma, al tempo stesso, restaurare la legalità costituzionale, inserendo elementi democratici e pluralisti in un assetto costituzionale che avrebbe dovuto conservare marcati tratti autoritari. Sulla base di questo testo, il Consiglio di Stato – istituito con il decreto legge n. 1319 del 9 gennaio 1976 e di cui erano membri due dei tre ex Presidenti allora in vita (Arturo Alessandri Rodríguez e Gabriel González Videla) – elaborò, tra il novembre 1978 e il 1° luglio 1980, un rapporto con 150 indicazioni, da

²³ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 161.

²⁴ Cfr. F. DEVOTO, *Riflessioni e congetture sulle transizioni politiche nel cono sud a confronto*, cit., 143 e ss.

²⁵ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, Chile, aprile- novembre 2016, 24 e ss.

cui risultarono rilevanti cambiamenti al testo elaborato dalla CENC.²⁶ A redigere, in ultima istanza, la Costituzione fu la Giunta Militare, che, dopo averla approvata, la sottopose, attraverso il decreto n. 3465, a plebiscito popolare.

Il plebiscito si svolse l'11 settembre 1980 e fu realizzato in un momento in cui il Paese si incontrava in stato d'assedio, le garanzie costituzionali erano sospese, i partiti politici erano stati messi fuorilegge o dissolti dal regime, non esisteva un'anagrafe elettorale né un censimento aggiornato della popolazione, non vi era un *Tribunal Calificador de Elecciones* né alcuna istanza che avrebbe potuto accogliere i ricorsi in caso di manipolazione o brogli e il regime aveva il controllo assoluto della televisione e della maggior parte degli altri mezzi di comunicazione.²⁷ Inoltre, il corpo elettorale era chiamato solo ad approvare l'intero testo, votando sì, oppure a rigettarlo, votando no.²⁸ Con il 67,04% dei voti a favore, il 30,19% contrari e il 2,77% nulli, la Costituzione del 1980 fu approvata in un plebiscito senza alcun tipo di controllo e senza che l'opposizione potesse organizzare una reale campagna contro la proposta della dittatura²⁹ e – dopo essere stata promulgata dal Presidente il 21 ottobre dello stesso anno e pubblicata sul *Diario Oficial* tre giorni dopo – entrò in vigore l'11 marzo 1981.³⁰ Questo stesso giorno, il generale Pinochet giurò come Presidente della Repubblica, per il periodo che sarebbe terminato il 10 marzo 1989.

In seguito all'entrata in vigore della CPR, l'ex presidente del Senato, Patricio Aylwin, e altre 46 personalità, presentarono una denuncia di illegittimità e irregolarità del plebiscito, chiedendone l'annullamento al *Colegio Escrutador Nacional*. La denuncia si basava sulla mancanza di trasparenza nel conteggio dei voti e sul fatto che alcuni votanti avevano espresso la propria preferenza in più seggi, creando un clima di mancanza di garanzie e alterando il risultato elettorale. Il Collegio respinse la richiesta, dichiarando di non essere competente a pronunciarsi sulla qualifica del plebiscito, in quanto titolato solo ad effettuare il conteggio dei voti.³¹

3. La Costituzione di Pinochet: dall'autoritarismo militare al neo-autoritarismo civile

Michele Massa ha messo in rilievo come in alcune situazioni – non per forza eccezionali – “la questione di quale sia la Costituzione, e cosa essa stabilisca, diventa essa stessa un problema: ad esempio, quando domande come «qual è il catalogo dei diritti fondamentali vigente qui e oggi?», o «quali sono i principi costituzionali fondamentali che regolano i nostri rapporti economici?», sollecitano risposte complesse e nient'affatto univoche. In queste situazioni, anche quando è in vigore uno specifico testo costituzionale, diventa indispensabile andare oltre”.³² Tali parole descrivono esattamente l'attuale situazione cilena caratterizzata dal fatto che a definire il sistema istituzionale sia una Costituzione, concessa e autoritaria, redatta dal regime del generale Pinochet.

²⁶ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 4.

²⁷ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 161.

²⁸ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 26.

²⁹ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 176.

³⁰ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 4.

³¹ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 27.

³² M. MASSA, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione* in *Quaderni costituzionali*, fascicolo 2, giugno 2020, 275.

La Legge fondamentale, infatti, è stata il culmine di una rivoluzione restauratrice di un capitalismo di nuovo tipo – opera di una dittatura di classe reattiva alla “*vía chilena al socialismo*” intrapresa dal governo popolare (1970-1973) – e proprio per questo è stata concepita come un sistema di istituzioni caratterizzato da “*enclavos autoritarios*” e *instituciones “contramayoritarias”*, volte a mantenere inalterato lo *status quo* ereditato dal periodo dittatoriale. In definitiva, si trattava di una Costituzione di difesa³³ che ha instaurato una democrazia protetta, così come affermato da Ceccanti, considerando le modifiche apportate al testo costituzionale fino al 1997. A rendere tale il Cile sarebbero state, in particolare, una serie di previsioni costituzionali tra le quali: l’articolo 9 che oltre a definire il terrorismo “contrario ai diritti umani”, sanciva che, per coloro che fossero stati accusati di tale reato, era esclusa la possibilità di indulto; l’articolo 19, comma 15, che, pur riconoscendo il diritto di associazione, proibiva le organizzazioni “contrarie alla morale, all’ordine pubblico e alla sicurezza dello Stato”; l’articolo 27, comma 4, che prevedeva che il Presidente avrebbe dovuto “conservare l’indipendenza della Nazione, custodire e far custodire la Costituzione e le leggi” e, anche se per i parlamentari non era contemplato un obbligo analogo, l’articolo 57, comma 5, sanciva la decadenza da tale incarico per coloro che avessero incitato o favorito l’alterazione dell’ordine pubblico o il cambiamento dell’ordine giuridico. Inoltre, la CPR introduceva una serie di obblighi per i partiti: tra i quali, quello di registrazione pubblica degli iscritti, la pubblicità del bilancio e la democrazia interna; il divieto di ricevere finanziamenti esteri sotto qualsiasi forma e alcuni vincoli relativi alle finalità (“sono incostituzionali i partiti, i movimenti o altre forma organizzative i cui obiettivi, atti o condotte non rispettino i principi di base del regime democratico e costituzionale, mirino allo stabilirsi di un sistema totalitario, come quelli che facciano uso della violenza, che la propugnino o che incitino ad essa come metodo di azione politica”). Inoltre, era prevista l’incompatibilità tra l’essere dirigenti di associazioni e segretari nazionali o regionali di partiti politici.³⁴ A rendere ancora più evidente il fatto che la democrazia cilena era stata pensata come una democrazia protetta sono l’articolo 90 della CPR – che da una parte, definisce le forze armate come essenziali per la sicurezza nazionale e garanti dell’ordine istituzionale e, dall’altra, specifica che le forze dell’ordine e della pubblica sicurezza hanno lo scopo di dare efficacia al diritto e di garantire l’ordine pubblico e la sicurezza – e il conseguente articolo 95, che istituì il Consiglio di Sicurezza Nazionale, competente ad assistere il Capo dello Stato per tutti i problemi relativi alla sicurezza nazionale, a formulare pareri su fatti, atti o materie che a suo giudizio potessero compromettere i fondamenti istituzionali o la sicurezza nazionale (art. 96, CPR). Era stato, così, distrutto il principio per cui il potere civile detiene il controllo sul potere militare.³⁵

Dalle modalità con le quali è stata redatta ed è entrata in vigore e dal suo contenuto è derivato un *deficit* di legittimità della Costituzione, e in generale dell’intero sistema politico-istituzionale, che ha comportato, fin dall’inizio, la nascita di un discorso politico e sociale incentrato sulla

³³ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 134 e ss.

³⁴ S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, Giappichelli, 2004, 116 -117

³⁵ *Ivi*, 118

necessità di una sua profonda riforma. È, infatti, proprio questo *deficit* di legittimità a spiegare le numerose riforme costituzionali, che si sono susseguite in Cile a partire dal 1989.

Il primo ciclo riformista (1989-2005) si è instaurato nella contrapposizione democrazia-dittatura, propria delle transizioni alla democrazia, e fu principalmente volto ad eliminare quei dispositivi antidemocratici che avevano la funzione di essere una difesa dell'ordine ereditato. In particolare, tale situazione fu ridimensionata notevolmente attraverso l'ultima riforma costituzionale significativa, quella del 2005, arrivata molto in ritardo rispetto all'inizio di tale discussione. Infatti, il contenuto prescrittivo della riforma, che si analizzerà nel dettaglio successivamente, era presente nel discorso costituzionale già a partire dagli anni '80, come è evidente dai documenti del Gruppo di Studi Costituzionali, dall'Accordo Nazionale e dai numerosi progetti di riforma costituzionale elaborati nel corso degli anni. Il testo risultante mantenne alcune delle "enclavi autoritarie" e delle istituzioni "contromaggioritarie", lasciando, prevalentemente, inalterata la parte dogmatica del testo costituzionale, ossia la Costituzione economica e sociale e il suo tetto ideologico neoliberale.³⁶ Il superamento, seppur parziale, del vizio di legittimazione nell'origine della CPR, in linea con quanto affermato da Olivetti, è avvenuto, non solo grazie alle riforme costituzionali, ma anche attraverso una corretta pratica democratica, accompagnata e sostenuta da buoni risultati economici. Il giurista mette, però, in evidenza come non siano state realmente affrontate alcune questioni controverse quali il sistema pensionistico, il sistema sanitario, il sistema educativo, scolastico e universitario e i diritti delle popolazioni indigene. In particolare, nei primi tre ambiti sono state mantenute nella loro essenza le scelte politiche liberiste compiute durante la dittatura, per cui è rimasta inalterata la prevalenza dell'elemento privato su quello pubblico. Per quanto riguarda, invece, le rivendicazioni dell'etnia mapuche, queste pur avendo avuto in parte accoglienza, restano un tema divisivo.³⁷

Proprio per questo motivo, dopo le riforme che possono essere definite di "prima generazione" – concernenti la transizione politica, la democrazia e la rimozione delle "enclavi autoritarie" –,³⁸ nel dibattito costituzionale cileno è stata avvertita l'esigenza di avviare un secondo ciclo di riforme, *che può essere considerato ancora in corso e probabilmente si concluderà con l'entrata in vigore della nuova Costituzione*, che ha posto, oltre il definitivo superamento dell'eredità autoritaria, anche questioni che non erano state considerate nella prima fase quali il decentramento e il governo regionale, il regime politico, il controllo orizzontale dei poteri, l'inclusione della società nei meccanismi decisionali e i diritti economici e sociali. Tali riforme, che è possibile definire di "seconda generazione", sono coincise, prevalentemente, con la richiesta di un nuovo testo costituzionale³⁹ in quanto la continuità delle istituzioni del modello originale è spiegata, non solo dai dispositivi previsti a tal fine, ma anche dai vari accordi stipulati tra i partiti del vecchio regime, i loro avversari e una potente rete di interessi economici.⁴⁰ Infatti, a rendere complesso il rapporto dei cileni con la propria Costituzione è stata la confusione tra il piano dell'efficacia e quello della

³⁶ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 103 e ss.

³⁷ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 9 e ss.

³⁸ F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 114.

³⁹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional* in C. FUENTES (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Fuentes (editor), 2010, 81.

⁴⁰ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 24.

legittimità del testo, a causa del patto politico tacito stipulato dalle due coalizioni, posteriormente al patto espresso relativo alle riforme del 1989. A ciò bisogna aggiungere che il segno distintivo della transizione cilena è la permanenza, fino al 1998, dell'ex dittatore nella vita politica del Paese, prima come comandante in capo dell'Esercito, poi come senatore di diritto e successivamente protetto dal cosiddetto statuto per gli “*expresidentes*”, fortemente antirepubblicano, incorporato nell'ordinamento cileno attraverso una riforma costituzionale (Legge n. 19.672) del 2000 e attualmente in vigore.⁴¹ Le azioni politiche dell'ex dittatore hanno avuto conseguenze molto negative sulla formazione della cultura civica dei cileni contribuendo a mantenere la divisione del passato, giustificando le ferite prodotte e danneggiando l'immagine delle istituzioni e dei partiti politici.⁴² Inoltre, il Cile è stato retto, fino al 2015, dal sistema elettorale *binominal* caratterizzato da una formula *sui generis* in base alla quale, nel caso di due liste maggioritarie, si rendeva equivalente la forza elettorale di chi otteneva un terzo dei voti con chi ne otteneva più del 50%, senza però riuscire a raddoppiare i voti dell'altra lista. Secondo Ramirez Arrayas, il sistema elettorale cileno conteneva distorsioni tali da renderlo incostituzionale e arbitrario: incostituzionale in quanto violava la CPR, non essendo un sistema proprio di un regime politico democratico, basato sul principio della maggioranza, sulla sovranità popolare e sul diritto all'uguaglianza del suffragio; e arbitrario perché, sovrarappresentando la seconda forza elettorale e impedendo alle forze politiche minori di ottenere rappresentanza, risultava privo di razionalità giuridico-politica.⁴³

Alla luce di quanto detto sin ora, è possibile affermare, in sintesi, che quella cilena è stata una transizione alla democrazia ma solo per quanto possibile.⁴⁴ Vi è stato, infatti, il passaggio dall'autoritarismo militare al neo-autoritarismo civile, in uno scenario in cui è prevalso, a partire dal 1990, un discorso che ha articolato lo Stato, la politica e la società come scissione, accompagnato dal binomio “ordine” e mercato.⁴⁵ Infatti, malgrado le modifiche ottenute dalle opposizioni, i meccanismi di salvaguardia, contenuti nella Costituzione, sono stati tali da rendere il processo per smantellare l'assetto istituzionale molto lungo. Le negoziazioni, infatti, non finirono con il passaggio di consegne ai governi civili e dopo la transizione negoziata si aprì un'altra fase di lunga transizione definibile *stop and go* o *paso a paso*. Inoltre, strettamente legate al passaggio da un regime politico ad un altro ci sono anche altre trasformazioni, come quelle economiche o etnico-giuridiche, che qualificano il tipo di democrazia risultante ed evidenziano come le transizioni possano essere non concluse o, comunque, lasciare dei nodi irrisolti. La seconda questione, in particolare, evidenzia la necessità di fare i conti con l'eredità dei regimi militari sul piano dei diritti umani. Ma, il caso cileno, mostra ancor oggi le conseguenze del regime anche sul piano economico: è evidente come un modello di economia di mercato di impronta liberista, che implicò un forte ridimensionamento del sistema di welfare precedente, rimane

⁴¹ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 103-102.

⁴² Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 29.

⁴³ Cfr. J. A. RAMIREZ ARRAYAS, *Chile: la incostitucionalidad del sistema electoral* in (a cura di) M. CARDUCCI, *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie. Africa e America Latina*, Giuffrè Editore, 1999, 222.

⁴⁴ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 103.

⁴⁵ Cfr. R. ZAMORANO FARIAS, cit., 20.

ancora, per molti aspetti, in vigore, dopo quasi trent'anni di governo democratico.⁴⁶ Infatti, nonostante il Paese stia attraversando da decenni un processo politico volto ad una maggiore inclusione e partecipazione, dato che è prevalsa la crescita economica vi è stata una brutale emarginazione di importanti gruppi sociali.

In Cile, si è consolidato, quindi, un modello che ha stabilizzato, da una parte, l'esclusione e la povertà e, dall'altra, la democrazia rituale.⁴⁷ Inoltre, la via negoziata della transizione e il problema costituzionale, precedentemente illustrati, hanno contribuito ad alimentare il crescente distanziamento tra società ed istituzioni⁴⁸ e le numerose riforme non sono riuscite a saldare il debito originario della Carta fondamentale dimostrando come non sia possibile farlo nel quadro della Costituzione del 1980.⁴⁹

4. *Forma di governo e tipo di Stato: l'eredità di una dittatura*

La Costituzione del 1980 prevedeva una consistente partecipazione statale nell'economia, con una forte protezione delle garanzie individuali legate all'attività economica e ai diritti di proprietà. Conteneva, infatti, un preciso decalogo di garanzie individuali tutelate attraverso un appello speciale e veloce (il *recurso de protección*), stabiliva come principi fondamentali la tutela della libera concorrenza e l'assoluta autonomia della Banca Centrale e considerava indispensabili le forze armate, e in particolare il Consiglio di Sicurezza Nazionale (Cosenza).⁵⁰

La democrazia protetta non si limitava ai principi e ai diritti ma aveva conseguenze ben precise anche sul piano dell'organizzazione costituzionale: la CPR stabilì un sistema presidenziale caratterizzato da elementi di squilibrio a favore dell'Esecutivo e in cui alcune istituzioni – quali le forze armate, il Cosenza e la Corte Suprema – essendo sottratte all'immediata operatività del principio democratico ed essendo dotate di una relativa autonomia, avevano, da una parte, lo scopo di garantire un certo grado di continuità con il regime autoritario⁵¹ e, dall'altra, facevano parte di un complesso sistema di *control y chequeo* sull'Esecutivo. Di tale funzione vennero investiti anche la *Contraloría General de la República* e il *Tribunal Constitucional*, che, insieme al *Consejo de Seguridad Nacional* e la Corte Suprema, erano dotati di un potere di veto nei confronti del Presidente.⁵²

Passando ad analizzare nello specifico la forma di governo, è necessario premettere che, essendo stata disegnata a misura di un dittatore e di una società ibernata dal terrore, tendeva a un "*caudillaje presidencial*" nel quale il Presidente della Repubblica, oltre ad essere il Capo di Stato e di governo, e quindi a detenere tutte le funzioni esecutive, aveva una notevole ingerenza nel potere

⁴⁶ Cfr. F. DEVOTO, *Riflessioni e congetture sulle transizioni politiche nel cono sud a confronto*, cit., 142 e ss.

⁴⁷ Cfr. R. ZAMORANO FARIAS, *Sistemas de gobierno en América Latina. El caso chileno*, cit., 25.

⁴⁸ Cfr. C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y "momento constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile* in *Revista Anales*, séptima serie, n. 10, 2016, 111.

⁴⁹ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 100.

⁵⁰ Cfr. J. SALDAÑA, *Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008* in C. FUENTES (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Fuentes (editor), 2010, 86.

⁵¹ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Chile*, cit., 5.

⁵² Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 46 e ss.

legislativo, non solo attraverso la funzione di iniziativa e di promulgazione delle leggi, ma anche attraverso una notevole potestà regolamentaria “*en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes* (art, 32, c. 8, CPR).⁵³ Oltre alla previsione di un mandato presidenziale molto lungo, pari ad otto anni, tra i poteri conferiti al Presidente spiccano: la possibilità di convocare un plebiscito; la facoltà di dissolvere le camere (una sola volta e non nell’ultimo anno di mandato); la facoltà di nominare ministri, intendenti, governatori, ambasciatori e sindaci; il potere di definire l’urgenza legislativa; l’iniziativa esclusiva in materia di bilancio, di processi di negoziazione collettiva, di sicurezza sociale e di creazione di nuovi servizi pubblici. Inoltre, venne eliminata la capacità del Senato di incidere nella nomina degli ambasciatori e nella promozione degli ufficiali.⁵⁴ Il Presidente interveniva anche nella nomina dei giudici e designava i comandanti in capo delle forze armate e quello dei Carabinieri; disponeva delle forze di aria, mare e terra; assumeva il comando supremo in caso di guerra; e dirigeva le relazioni internazionali. Non poteva essere accusato per gli atti della propria amministrazione, salvo che nel caso in cui avessero “compromesso gravemente l’onore o la sicurezza della Nazione” o “infranto apertamente la Costituzione e le leggi” e in questi casi, per la sua destituzione era richiesta l’approvazione di 2/3 dei senatori in carica.⁵⁵

Riguardo all’assetto del potere Legislativo, invece, la *Junta de Gobierno*, stabilì che la Camera dei deputati sarebbe stata composta da 120 deputati mentre il Senato da due senatori per ognuna delle tredici regioni. Oltre ai senatori eletti, la Costituzione del 1980 impose anche nove senatori designati e un numero variabile di senatori vitalizi. I senatori designati sarebbero stati tutti gli ex Presidenti che erano stati in carica per più di sei anni. In tal modo, venne garantita la designazione del generale Pinochet, al termine del suo incarico di capo dell’Esercito nel 1998, otto anni dopo la “transizione democratica”. I senatori vitalizi, definiti anche istituzionali, invece, sarebbero stati 4 ex comandanti delle forze armate e dei Carabinieri designati dal *Consejo de Seguridad Nacional*, 3 rappresentanti nominati dalla Corte Suprema (2 ex magistrati e un pubblico ministero) e un ex rettore e un ex ministro nominati dal Presidente della Repubblica. Tale assetto aveva lo scopo di evitare che vi fossero maggioranze contrarie al settore minoritario, rappresentato dalla destra, e permise alle forze armate di avere un’incidenza diretta nella vita politica del Paese.⁵⁶

Il ruolo predominante dell’Esecutivo e l’importanza attribuita alle forze armate erano evidenti anche dalle disposizioni che regolavano il tipo di Stato, ossia “i mutevoli rapporti che si stabiliscono tra centro e periferia all’interno di un ordinamento statale”⁵⁷. Il presidenzialismo eccessivo, infatti, costrinse l’intero assetto istituzionale a dipendere dall’Esecutivo e ciò intensificò il tradizionale centralismo cileno⁵⁸, che attribuiva al Presidente la facoltà di designare persone di sua fiducia per gli incarichi di intendente a livello regionale, governatore a livello

⁵³ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile* in Jornada sobre orientación y método del Derecho Constitucional, 2005, 6.

⁵⁴ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 47.

⁵⁵ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit. 6-7.

⁵⁶ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 48 e ss.

⁵⁷ F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, 317.

⁵⁸ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 30.

provinciale e sindaco a livello comunale.⁵⁹ La logica sottesa alla regionalizzazione imposta dalla dittatura consisteva nel garantire un capillare controllo del territorio da parte del potere centrale, tanto che lo stesso Pinochet arrivò ad affermare che i sindaci non erano i rappresentanti dalla popolazione dinanzi al Presidente ma, al contrario, i rappresentanti del Presidente di fronte alla popolazione.⁶⁰ Vennero istituite entità corporative a livello regionale, i *Consejeros Regionales de Desarrollo* presieduti dall'intendente, e a livello comunale, i *Consejos de Desarrollo Comunal* presieduti dall'*alcalde*, a cui partecipavano, i governatori, un rappresentante delle forze armate e uno dei Carabinieri e i rappresentanti degli organismi pubblici e privati della regione. Il sindaco era designato dal rispettivo *Consejo Regional de Desarrollo* tra una terna di nomi proposta dal *Consejo Comunal*. Con questa formula si conferì un importante peso alle corporazioni in modo da departicizzare la designazione degli organi locali. Il Presidente aveva, inoltre, la prerogativa di designare alcuni dei sindaci di 16 *comunas* chiave, generalmente quelli dei comuni più rilevanti in termini demografici.

Uno degli argomenti più dibattuti dalla Commissione, che elaborò il testo costituzionale, fu il meccanismo di elezione del potere legislativo in quanto, come si apprende dai dibattiti e come è evidente da varie disposizioni adottate in diversi ambiti, vi era una forte diffidenza verso i partiti e un forte preoccupazione per i governi di minoranza e il sistema elettorale scelto fu il sistema *binominal*, di cui si parlerà più dettagliatamente nel successivo paragrafo.

L'obiettivo di tutelare le eredità della dittatura fu perseguito anche prevedendo un quadro rigido di riforme alla Costituzione. Il nuovo assetto istituzionale, infatti, non solo generò un sistema presidenziale forte con "controlli esterni", ma stabilì anche un meccanismo per evitare riforme successive attraverso la creazione delle cosiddette leggi costituzionali organiche, che necessitavano di una supermaggioranza per essere approvate, e l'attribuzione di uno *status* speciale alle norme in alcune materie ritenute critiche, come il sistema economico, i mezzi di comunicazione, la formazione delle leggi e l'approvazione dei trattati. Per quanto riguarda l'*iter legis* delle riforme costituzionali, in base all'originario dettato costituzionale (art. 127), i progetti di riforma potevano essere presentati dal Presidente, attraverso un messaggio, o da un membro del *Congreso Nacional*, attraverso una mozione, ed erano previste tre modalità di approvazione con *quorum* diversificati e un diverso ruolo del Presidente nella fase della promulgazione. La prima, di carattere generale, riguardava le leggi organiche che necessitavano l'approvazione dei 3/5 (60%) dei membri di entrambe le camere. Nel caso in cui il Presidente si opponeva alla promulgazione le camere avrebbero potuto superare il veto con una maggioranza dei 3/4 (75%) e, in tal caso, il Presidente poteva, in ultima istanza, convocare un plebiscito (art. 128) e, in seguito all'approvazione, aveva anche la facoltà di effettuare delle osservazioni parziali al testo, che dovevano essere approvate dalla maggioranza assoluta dei membri delle camere. Un secondo procedimento riguardava le riforme in materia di plebiscito e quelle volte alla riduzione delle facoltà presidenziali e all'aumento di quelle del Congresso, che necessitavano dell'appoggio dei 2/3 delle camere (66,6%) e per cui non era possibile ricorrere ad un plebiscito. Il terzo *iter* faceva riferimento ai progetti riguardanti le basi dell'assetto istituzionale, le forze armate e il *Consejo de*

⁵⁹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 49.

⁶⁰ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 30.

Seguridad Nacional (capitoli I, III, VIII, IX, XII e XV, CPR) che necessitavano dell'approvazione dei 2/3 di entrambe le camere e delle due legislature successive, con lo stesso *quorum*.⁶¹

Le disposizioni appena illustrate sono state definite dalla dottrina *enclaves autoritarios* per indicare che si tratta di modalità istituzionali volte a consolidare l'ingerenza nel processo politico delle forze armate e a garantire, paradossalmente in un regime presidenzialista, un pareggio politico tra governo e opposizione, attraverso leggi con *quorum* speciali che incidevano sul dominio del principio maggioritario come regola di decisione parlamentare. Affianco a tali disposizioni, erano state previste anche una serie di *instituciones "contramayoritarias"*, di cui si è parlato precedentemente, come il Potere Giudiziario, la Banca Centrale e il Tribunale Costituzionale, con lo scopo precipuo di proteggere l'eredità autoritaria e neoliberale essendo a difesa dei cosiddetti "*ordines*", rispettivamente, *l'orden social y económico* e *l'orden constitucional*.⁶²

In base a quanto illustrato, è possibile affermare che la Costituzione del 1980, nel momento stesso in cui prefigurava l'uscita dalla dittatura, conteneva significative limitazioni al futuro regime democratico.⁶³ Tale volontà, è ancora più evidente nella seconda parte del testo. La Legge fondamentale, infatti, oltre a contenere un corpo costituzionale vero e proprio, riguardante l'organizzazione dei poteri e dei vari organi statali, conteneva un secondo corpo formato da disposizioni transitorie che, oltre a stabilire le regole del gioco per portare a termine il processo di transizione politica⁶⁴, congelavano la parte organizzativa. In particolare, era previsto che, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, avrebbe avuto inizio un mandato presidenziale della durata di 8 anni, il cui titolare sarebbe stato il generale Pinochet – menzionato esplicitamente nella XIV disposizione transitoria – che avrebbe avuto i poteri previsti dalle stesse norme transitorie e residualmente dalle norme "a regime" della Carta costituzionale. Per lo stesso periodo di tempo, la XVIII disposizione transitoria attribuiva alla Giunta di governo il potere costituente, il potere legislativo e una serie di rilevanti attribuzioni, mentre la XX disposizione dichiarava inapplicabili le norme costituzionali sul Congresso, mantenendo in funzione il Consiglio di Stato. Infine, era previsto (XXVII e XXVIII disposizione transitoria) che 90 giorni prima della scadenza del mandato presidenziale si sarebbe tenuto un plebiscito in cui il popolo avrebbe potuto confermare il candidato indicato dai Comandanti in capo delle forze armate e dell'arma dei Carabinieri per un ulteriore mandato di 7 anni, durante i quali la CPR sarebbe stata applicata interamente, o prorogare, per un anno, il mandato del Presidente in carica. In quest'ultimo caso, 90 giorni prima della scadenza della proroga si sarebbero tenute elezioni presidenziali e parlamentari pluraliste, secondo le norme previste dalla Costituzione, dando così inizio alla contestuale piena vigenza della parte organizzativa della Legge fondamentale.⁶⁵

⁶¹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 48 e ss.; Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 176.

⁶² Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 97-98.

⁶³ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 2020, 5.

⁶⁴ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 176.

⁶⁵ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 5-6.

5. *Uno spiraglio verso la democrazia? Dall'Acuerdo Nacional al sistema elettorale binominal*

Nell'agosto del 1983 si ebbero le condizioni opportune per l'avvio di un'apertura politica: la pressione popolare, frutto del malcontento causato dal peggioramento delle condizioni economiche delle classi media e popolare, causò una serie di proteste continuative, sulla cui scia rinvigorirono i partiti, che iniziarono nuovamente ad occupare il centro della scena politica. L'incapacità del regime autoritario di distruggere completamente il sistema partitico si spiega con l'erronea supposizione che l'adesione partitica, soprattutto alla sinistra, dipendeva esclusivamente della povertà e della frustrazione, per cui la prosperità la avrebbe debilitata. Oltre alla debolezza di tale supposizione, la sopravvivenza delle strutture partitiche era dipesa sia dal fatto che i partiti erano riusciti a stabilire una presenza importante in una moltitudine di istituzioni della società civile, che dalle forti radici che l'identificazione con i principali partiti aveva storicamente nella società cilena, in quanto l'adesione partitica si trasmetteva di generazione in generazione. Nonostante ciò, anche a causa dell'esilio di molti dei leader più importanti, i partiti di sinistra e del centro erano caratterizzati da numerose divisioni interne. Inoltre, il fallimento della strategia di *Alianza Democrática*, basata sulla mobilitazione pacifica al fine di avviare una negoziazione con il regime, favorì, almeno in un primo momento, il *Partido Comunista* e il conglomerato che dirigeva, ossia il *Movimiento Democrático Popular*, che promuoveva una doppia strategia: l'unità politica della totalità delle forze contrarie al regime di Pinochet e l'insurrezione e la violenza politica.

In tale contesto, nell'agosto del 1985, venne concluso l'*Acuerdo Nacional*, un gran patto politico sottoscritto da tutti i partiti dell'*Alianza Democrática* e da alcuni partiti della destra non implicati direttamente con il regime (il *Partido Nacional* e il *Movimiento de Unión Nacional*). Si trattava di un pacchetto di riforme costituzionali, considerate indispensabili, da approvare appena le condizioni politiche lo avessero reso possibile, di cui le più urgenti erano un nuovo procedimento per emendare la Costituzione e un differente sistema per la successione presidenziale. La prima azione comune di tutti i settori non appartenenti all'estrema destra e non alleati del governo consolidò, quindi, una strategia di transizione politica riformista e graduale e apparve chiaro, fin dall'inizio, che la transizione sarebbe stata realizzata con le regole del gioco proprie del regime.

L'equilibrio tra i sottoscrittori dell'*Acuerdo Nacional* e il Governo ebbe un punto di flessione quando il generale Pinochet annunciò la convocazione del plebiscito, previsto dalla XXVIII disposizione transitoria. A ciò seguì, nel febbraio 1988, la formazione di quella che fu la più ambiziosa unione dell'opposizione cilena: il "*Comando del No*", formato da sedici partiti. Il candidato alla Presidenza proposto fu, naturalmente, Pinochet⁶⁶ ma la sua candidatura fu rifiutata, il 5 ottobre 1988, dal 54,86% dell'elettorato. È al plebiscito del 1988 "che si deve la vera e propria ri-costituzionalizzazione della Repubblica cilena e la chiusura della parentesi autoritaria iniziata nel 1973. Nella consultazione, che, a differenza del plebiscito del 1980, ebbe luogo in condizioni

⁶⁶ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 161- 162.; per ulteriori approfondimenti sulla transizione avviata in Cile, a seguito del plebiscito del 1988, e sull'0imbatto che questa ebbe su vari aspetti della vita dei cittadini si indicata il volume *El Chile de la postdictadura 1988 - 2018*, AA. VV., Revista Anales Séptima Serie, N° 15, 2018.

di sostanziale correttezza, nelle quali alle forze di opposizioni fu consentito di manifestare le loro opinioni nello spazio pubblico e nei media, il No al prolungamento del regime di eccezione risultò chiaramente prevalente⁶⁷ e ciò aprì la strada ad un'importante riforma, quella del 1989, che ebbe come obiettivo principale realizzare lo spazio costituzionale democratico minimo per permettere alle istituzioni e al funzionamento democratico di fiorire, dopo il letargo della dittatura e senza che vi fosse l'attivazione di un reale potere costituente.⁶⁸ La complessità del procedimento di riforma, previsto dalla CPR, sembrava averla resa estremamente rigida ma la pratica cilena ha dimostrato il contrario: la riforma del 1989 fu solo la prima di una lunga serie.⁶⁹

Una volta consumata la sconfitta del progetto continuatistico del generale, nella prima metà del 1989, si svolse un'intensa negoziazione tra la *Concertación Democrática* (conglomerato nel quale entrarono a far parte i partiti del *Comando del No*), *Renovación Nacional* (partito di destra lontano dal regime) e Pinochet, al termine della quale venne raggiunto un accordo di riforma costituzionale⁷⁰, volto a gettare le basi per l'imminente "transizione concordata".⁷¹

Il calcolo strategico dei negoziatori consistette, non nel cercare una riforma di tutti gli aspetti critici della CPR, ma nel ridurre i limiti per le riforme future in modo che queste potessero essere più significative. Ciò venne realizzato attraverso due meccanismi: ridurre i *quorum* necessari previsti dalla Costituzione e ampliare il numero di senatori elettivi. Per quanto riguarda il regime, invece, la sua principale preoccupazione fu mantenere i privilegi delle forze armate, in particolare la loro rilevanza politica – attraverso la designazione dei senatori – e la loro autonomia – grazie all'inamovibilità dei comandanti e al conferimento del carattere organico alle loro norme interne.⁷² Inoltre, nonostante il risultato del plebiscito, Pinochet, approfittando del cavillo costituzionale che gli permetteva di conservare l'incarico di comandante in capo dell'Esercito, mantenne in vigore la legge di amnistia del 1978 e, al termine del suo mandato nel marzo 1998, si assicurò, in quanto ex Presidente, la carica di senatore vitalizio.⁷³

Dato che nel 1989 il Congresso non era stato eletto, la prima riforma costituzionale fu realizzata seguendo la stessa logica che aveva portato alla redazione della Costituzione, ossia attraverso la convocazione di un plebiscito.⁷⁴ Conformemente a quanto previsto dalle disposizioni transitorie, la *Junta de Gobierno* agì svolgendo la funzione di *Congreso Nacional* e il testo di riforma, contenente 54 modifiche, fu approvato dal corpo elettorale, il 30 luglio 1989, con una maggioranza del 85%. Venne sostituito l'articolo 8 della CPR, che sanciva l'incostituzionalità dei partiti politici caratterizzati da una dottrina "*de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases*", con una disposizione che assicurava un reale pluralismo politico; vennero modificate alcune disposizioni relative al *Consejo de Seguridad*, ma le norme riguardanti le *Fuerzas Armadas y de Orden* furono mantenute integralmente; e si stabilì che solo il periodo presidenziale che avrebbe avuto inizio l'11 marzo 1990 sarebbe durato quattro anni, senza possibilità di rielezione nel periodo

⁶⁷ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 6.

⁶⁸ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit., 2.

⁶⁹ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 176.

⁷⁰ Cfr. *Ivi*, 164.

⁷¹ Cfr. J. SALDAÑA, *Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008*, cit., 86.

⁷² Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 57-58.

⁷³ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 163-164.

⁷⁴ Cfr. *Ivi*, 176.

immediatamente successivo.⁷⁵ I meccanismi per realizzare una riforma costituzionale vennero ridotti a due: il primo procedimento prevedeva l'approvazione dei 3/5 (60%) dei membri del Congresso mentre per il secondo – riguardante le basi istituzionali, i diritti e doveri costituzionali, il *Tribunal Constitucional*, il *Consejo de Seguridad Nacional* e le norme relative alla riforma costituzionale – era richiesta l'approvazione dei 2/3 (66,6%) dei deputati e senatori in carica. In caso di veto da parte del Presidente, il Congresso avrebbe potuto superarlo approvando nuovamente il testo con una maggioranza dei 2/3 e in tal caso il Presidente avrebbe dovuto promulgare la riforma, a meno di non convocare un plebiscito. Come già accennato, un altro aspetto fondamentale della riforma in questione fu la composizione del Senato: venne stabilito l'aumento del numero dei senatori eletti da 26 a 38 – per cui ogni regione avrebbe costituito una circoscrizione con il diritto ad eleggere due rappresentanti, ad eccezione di sei regioni che sarebbero state divise in due circoscrizioni senatoriali –, ciò permise la riduzione dell'influenza dei senatori designati dal 25% al 19,7%. Secondo la configurazione originaria del testo, invece, i senatori designati erano fondamentali per l'approvazione delle leggi che prevedevano un *quorum* qualificato, ossia le riforme costituzionali e le leggi organiche. Inoltre, si stabilì che non sarebbe stato nominato un sostituto in caso di vacanza di un seggio, vitalizio o designato.⁷⁶

In vista dell'avvio del pieno funzionamento costituzionale, l'8 maggio 1988, venne emanata la *Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios* (Legge n. 18700) che disciplinava uno degli argomenti più discussi in sede costituente ossia il sistema elettorale. La Legge in questione trattava tutte le procedure per la preparazione, lo svolgimento, il controllo e la verifica delle elezioni dei vari poteri e dei plebisciti e definì il “sistema *binominal*”, previsto dalla Costituzione per l'elezione dei membri del Congresso Nazionale.⁷⁷ Si trattava di un *unicum* a livello comparato in quanto non può essere definito in base alle classiche formule elettorali. Il sistema binominale, infatti, funzionava come un sistema maggioritario solo nel caso in cui una delle liste elettorali otteneva un numero di voti doppio rispetto alla seconda lista e, al contrario dei sistemi maggioritari, non sovrarappresentava la prima forza ma la seconda. Inoltre, non è possibile definirlo proporzionale in quanto non riproduceva una relazione equa tra la percentuale di voti ottenuta e la rappresentanza parlamentare.⁷⁸ Il governo castrense instaurò un sistema elettorale che modificò radicalmente non solo la precedente formula elettorale ma anche le istituzioni competenti in materia e il disegno delle circoscrizioni elettorali: la Costituzione del 1925 prevedeva un sistema proporzionale con formula D'Hont e 28 distretti che eleggevano da 1 a 18 deputati, per un totale, fino al 1973, di 150 membri.⁷⁹ Successivamente al plebiscito del 1988, le autorità militari ridisegnarono le circoscrizioni favorendo le zone rurali, tradizionalmente più conservatrici⁸⁰, in modo che i 20 distretti rurali meno popolati avrebbero eletto 40 deputati

⁷⁵ Cfr. *Ivi*, 163.

⁷⁶ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 58 e ss.

⁷⁷ Cfr. FLACSO -CHILE, *Una reforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, Flacso-Chile, Santiago, 2006, 7.

⁷⁸ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Consideraciones y Alternativas al Sistema Electoral Vigente* in “Revista de Derecho Público”, 1990, 140-141.

⁷⁹ Cfr. J. A. RAMIREZ ARRAYAS, *Chile: la incostitucionalidad del sistema electoral*, cit., 222.

⁸⁰ Si trattò di un'azione di gerrymandering, “ovvero il ritaglio territoriale artificioso dei collegi, consiste nella pratica di modificare *ad hoc* i confini degli stessi in modo da favorire o sfavorire un determinato partito”. (F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, 186.)

mentre i 7 distretti più popolati solo 14.⁸¹ In base al sistema binominale, tanto nelle circoscrizioni senatoriali (19) quanto nei distretti dei deputati (60), venivano eletti solo due rappresentanti, l'ampiezza più piccola immaginabile per un sistema proporzionale. Nello specifico, dei due seggi da attribuire, il primo era assegnato alla candidatura più votata della lista più votata mentre il secondo al candidato più votato della seconda lista. Se si verificava, però, che le prime due candidature di una lista ottenevano un totale di voti corrispondente almeno al doppio di quelli raggiunti dalle altre liste, entrambi i seggi sarebbero stati assegnati alla prima lista.⁸² Il sistema implicava che, nel caso in cui le coalizioni a concorrere fossero state due, una coalizione per assicurarsi un seggio doveva ottenere il 33,4% dei voti mentre se avesse voluto ottenere entrambi i seggi avrebbe dovuto raggiungere almeno il 66,7% dei voti. Invece, nelle circoscrizioni in cui concorreva una terza coalizione, che raggiungeva circa il 10% dei voti, la seconda lista più votata necessitava di una percentuale più bassa (circa il 30%) per ottenere un seggio. In base a questo sistema, più erano le coalizioni più diminuiva il numero di voti necessario per ottenere un seggio ed era praticamente impossibile per una terza forza riuscire ad ottenerne uno.

Tale formula elettorale derivò anche dal fatto che la rottura della democrazia cilena nel 1973 era stata motivata anche dalla frammentazione e della polarizzazione del precedente sistema partitico, diretta conseguenza, secondo alcuni, del sistema elettorale. Come riportato da Francisco Cumplido Cereceda: «*el sistema electoral de representación proporcional favoreció en Chile el multipartidismo y éste contribuyó a la falta de mayorías estables de gobierno que permitieran el cumplimiento de los programas de gobierno*». Proprio per questo, durante la discussione sul sistema elettorale, i membri della commissione legislativa si preoccuparono di creare un sistema che frenasse la polarizzazione e la frammentazione del sistema partitico e che combinasse il suo funzionamento con il regime presidenziale. Il nuovo sistema elettorale avrebbe dovuto contribuire al funzionamento efficiente del sistema politico, generando un sistema di partiti pragmatico e moderato, e, allo stesso tempo, avrebbe dovuto impedire alla maggioranza, di essere tanto forte da promuovere cambiamenti istituzionali radicali. Il sistema binominale avrebbe dovuto, quindi, generare effetti maggioritari garantendo però l'esistenza di una minoranza che fungesse da contrappeso.⁸³ Di conseguenza, l'attuale organizzazione del sistema partitico, non è solo il prodotto dell'inerzia politica che ha caratterizzato il sistema cileno, ma anche del sistema elettorale in vigore fino al 2015, che, funzionando come una "camicia di forza", ha trasformato il sistema multipartitico cileno in un sistema organizzato in due grandi coalizioni⁸⁴, ossia la *Concentración de Partidos por la Democracia*, che unisce il centro-sinistra, e l'*Alianza por Chile*, che riunisce, invece, i partiti di centro-destra⁸⁵, entrambi caratterizzati dall'assenza di democrazia interna e da un controllo totale dell'apparato partitico nella definizione delle liste elettorali.⁸⁶

⁸¹ Cfr. J. A. RAMIREZ ARRAYAS, *Chile: la incostitucionalidad del sistema electoral*, cit., 223-224.

⁸² Cfr. FLACSO -CHILE, *Una reforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, cit., 7.

⁸³ Cfr. E. VON BAER, *Sistema binominal: consensos y disensos* in A. FONTAINE, C. LARROULET, J. NAVARRETE, I. WALKER (editori) *Reforma del Sistema Electoral Chileno*, Santiago, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica y Cieplan, 2009, 181 e ss.

⁸⁴ Cfr. *Ivi*, 186.

⁸⁵ Cfr. J. A. RAMIREZ ARRAYAS, *Chile: la incostitucionalidad del sistema electoral*, cit., 224.

⁸⁶ Cfr. R. ZAMORANO FARIAS, *Sistemas de gobierno en América Latina. El caso chileno*, cit., 19.

Per quanto riguarda le critiche che sono state mosse al sistema elettorale binominale, tra le più consistenti vi è proprio quella secondo cui tale sistema non ha prodotto alcun effetto proporzionale ma, al contrario, ha solo favorito le due grandi coalizioni a scapito dei partiti più piccoli che non ne facevano parte. Altri autori, hanno sostenuto che sia stato concepito esclusivamente con lo scopo di favorire i partiti di destra e permettergli di continuare ad influenzare il sistema cileno. In questo senso, Angell sostiene che “*la idea era que la derecha, ahora reconocida como una minoría, se aseguraría la representación en el Congreso más allá de su resultado electoral*”. Tuttavia, da un punto di vista empirico, la letteratura mostra che il sistema ha favorito indistintamente sia la *Concertación* che l’*Alianza*, a seconda dell’esito delle elezioni.⁸⁷ “Il sistema politico delineatosi col plebiscito del 1988 e con le elezioni del 1990 è stato dunque caratterizzato da un bipolarismo fra destra e centro-sinistra, che fino al 2010 è stato segnato dal dominio elettorale del centro-sinistra, ma che dalle elezioni del 2010 in poi ha visto prodursi l’alternanza”⁸⁸, infatti, “parallelamente all’indebolimento dell’egemonia del centro-sinistra che risultò evidente nel secondo decennio del XXI secolo, si era verificata una trasformazione della destra cilena, la quale aveva gradualmente attenuato e poi abbandonato la propria identificazione con la dittatura”.⁸⁹ Appare opportuno evidenziare, inoltre, che il Cile, oltre ad aver affrontato le difficoltà ereditate dalla dittatura, di cui si è in parte già parlato, e le ripetute accuse di corruzione, a carico dei diversi partiti, è caratterizzato da una forte disaffezione elettorale, di cui è un indicatore significativo l’esigua iscrizione nelle liste elettorali dei giovani, prima che diventasse automatica nel 2009, e ciò ha favorito lo sviluppo di tendenze personaliste. Il Paese, inoltre, rappresenta un esempio calzante del fatto che le condizioni economiche possono guidare e definire i comportamenti e le preferenze degli elettori.⁹⁰

6. La riforma del 2005: la “vieja-nueva” Constitución

Alcuni settori dell’*élite* politica, accademica e sociale rimasero delusi dall’assetto costituzionale del 1980 e ciò motivò, non solo il processo di riforma del 1989, ma soprattutto quello del 2005, e un considerevole numero di riforme parziali alla Costituzione,⁹¹ anche perché né gli accordi che aprirono la strada al ritorno della democrazia né i successivi eliminarono del tutto le “*enclaves autoritarias*”, utilizzate, nel corso degli anni, come merce di scambio tra i rappresentanti del regime militare e i loro oppositori. Nello specifico, tra il 1990 e il 2003 sono state realizzate 14 riforme costituzionali, le più importanti sono state quelle relative alle condotte terroriste (*Ley* n. 19.055, 1° aprile 1991) – le cosiddette “*Ley Cumplido*”, che ebbero lo scopo di facilitare la concessione di indulti e di libertà a coloro che erano stati processati per atti terroristici⁹² –, alle modifiche dei governi regionali e municipali (*Ley* n. 19.097, 12 novembre 1991) e la riduzione del mandato

⁸⁷ Cfr. E. VON BAER, *Sistema binominal: consensos y disensos*, cit., 2009, 191 e ss.

⁸⁸ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 7.

⁸⁹ *Ivi*, 8.

⁹⁰ Cfr. R. ZAMORANO FARIAS, *Sistemas de gobierno en América Latina. El caso chileno*, cit., 19-20.

⁹¹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 54.

⁹² Cfr. J. SALDAÑA, *Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008*, cit., 85-86.

presidenziale da 8 a 6 anni (*Ley* n. 19.295, 4 marzo 1994).⁹³ Successivamente, oltre alla riforma del 2005 – che fu quella che ebbe maggior rilievo nel panorama costituzionale e della quale si parlerà approfonditamente in seguito – dal 2007 al 2012 sono state effettuate altre riforme incentrate su aspetti puntuali quali la creazione dei “*territorios especiales*” dell’isola di Pasqua e dell’arcipelago di Juan Fernández, l’obbligo per lo Stato di finanziare il secondo livello di istruzione (2007), il suffragio inteso come un diritto dei cittadini e la loro iscrizione automatica nei registri elettorali (2009), la modernizzazione dello Stato e la creazione di meccanismi di trasparenza (2010), l’obbligo per lo Stato di fornire assistenza giuridica alle persone senza sufficienti risorse (2011) e lo sviluppo di diritti nei nuovi territori (2012).⁹⁴

Come anticipato, la riforma più significativa realizzata in Cile fu quella del 2005 (*Ley* n. 20.050, 26 agosto 2005), che ponendo fine a diversi lasciti della Giunta Militare costituì, tanto per la sua intensità quanto per l’estensione dei suoi contenuti, un punto di flessione nella storia della Costituzione del 1980, comparabile solo alla cosiddetta “*Reforma de la Transición*” del 1989.⁹⁵ Dopo una lunga e diversificata trattativa, iniziata nel 2000, l’amministrazione Lagos passò alla storia per aver apportato 58 modifiche alla Carta fondamentale⁹⁶, che incisero sull’equilibrio dei poteri e sul ruolo delle forze armate nella vita politico-istituzionale del Paese.⁹⁷ Per comprendere il consenso che questa riforma accolse, dopo non poche peripezie, basti pensare che venne approvata all’unanimità dalla camera bassa e con la sola opposizione di tre senatori designati al Senato.⁹⁸

Per quanto riguarda l’equilibrio dei poteri, la riforma comportò l’eliminazione dei senatori designati e vitalizi, rendendo il Senato completamente rappresentativo e alterando, quindi, i rapporti di forza tra le coalizioni. Vennero aumentate le competenze di controllo della Camera dei Deputati, costituzionalizzando la possibilità di istituire commissioni d’inchiesta, con il voto favorevole dei 2/5 dei suoi membri⁹⁹ – fino a quel momento tale facoltà era prevista solo nel Regolamento della Camera e la sua applicazione era stata notevolmente limitata. Con la riforma del 2005, inoltre, si conferì all’opposizione la possibilità di controllare il governo, stabilendo che un 1/3 dei membri di una camera avrebbe potuto richiedere ai funzionari dell’Amministrazione e al personale delle imprese statali di consegnare documentazione e fornire informazioni, senza avere la possibilità di sottrarsi a tali richieste. Inoltre, lo stesso *quorum* venne previsto anche per convocare un ministro “*a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo*” (art. 48, CPR) e, se prima questi poteva non rispondere positivamente a tale richiesta, successivamente alla riforma, la “*asistencia del Ministro será obligatoria y deberá responder a las preguntas y consultas que motiven su citación*” (art. 51, CPR).¹⁰⁰ Sempre nell’ottica di riequilibrare i rapporti tra i vari organi, venne ridotto il mandato presidenziale da sei a quattro anni e ciò ebbe l’effetto di

⁹³ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 61.

⁹⁴ Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, cit., 177.

⁹⁵ Cfr. J. M. DÍAZ DE VALDÉS, *La reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes* in *Actualidad Jurídica*, n. 20, luglio 2009, Tomo I, 61.

⁹⁶ Cfr. J. SALDAÑA, *Reformas constitucionales en el Chile democrático: análisis de tendencias 1992-2008*, cit., 87.

⁹⁷ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 62.

⁹⁸ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit., 3.

⁹⁹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 62.

¹⁰⁰ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit., 9-10.

ridurre i tempi dell'agenda governativa¹⁰¹ ma, ancora più rilevante fu il fatto che, costituzionalizzando la coincidenza tra la durata del mandato presidenziale e quello parlamentare, si eliminò l'influenza del Capo di Stato, di fatto, su due legislature, contribuendo ad indebolirne l'incidenza all'interno del proprio partito.¹⁰²

Si ridusse notevolmente anche l'ingerenza delle forze armate nel sistema politico permettendo la rimozione dei comandanti in capo, eliminando la disposizione che le definiva “*garantes del orden institucional*” e stabilendo che il *Consejo de Seguridad Nacional* sarebbe stato esclusivamente un organo consultivo, privo della facoltà di convocarsi autonomamente, spettando tale potere al solo Presidente. Inoltre, si ampliò il numero di membri del Cosena includendovi il presidente della Camera così che la maggioranza dei rappresentanti divenne di estrazione civile. Infine, si eliminò la partecipazione delle forze armate, non solo nel Senato, ma anche nel Tribunale Costituzionale in quanto si stabilì che i suoi membri, aumentati da 7 a 10, sarebbero stati nominati unicamente dal Congresso. Gli venne conferita, inoltre, la competenza a risolvere i ricorsi di inapplicabilità, prima appannaggio della Corte Suprema, e si aumentò il suo potere di veto in materia costituzionale.

Altre riforme riguardarono il sistema elettorale, il potere legislativo e la disciplina degli stati d'eccezione. Venne eliminato il riferimento al *sistema electoral binominal* presente nella Costituzione rendendo così possibile una sua modifica attraverso la sola riforma della *Ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios*. In materia di potere legislativo, furono eliminati i concetti di *legislatura ordinaria* e *extraordinaria*, stabilendo un'unica legislatura della durata dell'intero anno¹⁰³ e, di conseguenza, il Presidente venne privato del potere di convocare una legislatura straordinaria, che era stato uno dei pilastri del controllo dell'Esecutivo sul Legislativo. L'articolo 32 della CPR, però, quasi in forma compensatoria, incluse tra le attribuzioni speciali del Capo di Stato “*pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad prosible*”.¹⁰⁴ Infine, si stabilì che il Presidente per dichiarare lo stato d'assedio, in caso di guerra civile o grave turbamento interno, avrebbe avuto bisogno dell'assenso del Senato, che doveva esprimersi entro 5 giorni, invece di 10. Inoltre, la durata di tale periodo venne ridotta da 90 a 15 giorni e la sua proroga prevista solo per fondati motivi.

Il 17 settembre 2005, nel *Palacio de la Moneda*, il Presidente Ricardo Lagos promulgò il testo riformato della CPR che, a partire da questa data, non avrebbe più contenuto la firma del generale Pinochet. Si produsse, allora, un dibattito politico e accademico su se, in seguito a tale atto e alle riforme promosse, fosse terminata o meno l'esperienza della Costituzione del 1980.¹⁰⁵ A tal proposito, Francisco Zuñiga Urbina parla di “*vieja-nueva*” *Constitución* e di *Constitución de “1980/2005”* per indicare che, in seguito alla riforma costituzionale del 2005, il Cile possedeva in parte, sul piano politico-istituzionale, una nuova Costituzione, ma, allo stesso tempo perduravano alcuni *enclaves autoritarios* significativi (binominalismo, leggi “super-maggioritarie, autonomie costituzionali contromaggioritarie) ed era rimasta in vigore la “vecchia” Costituzione concessa,

¹⁰¹ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 62.

¹⁰² Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit., 7-8.

¹⁰³ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 62-63.

¹⁰⁴ Cfr. J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, cit., 8.

¹⁰⁵ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 63-64.

autoritaria e neoliberale per quanto riguardava il piano economico-sociale.¹⁰⁶ La Costituzione del 1980, infatti, anche dopo le modifiche, possedeva un nitido carattere neoliberale espresso nella formula dello Stato sussidiario; nell'ampia ricezione dei diritti civili di carattere patrimoniale coperti da una protezione giudiziale straordinaria e urgente, attraverso il ricorso di *amparo* davanti ai tribunali superiori di giustizia; nelle "autonomie costituzionali" intese come dispositivi contromaggioritari indirizzati a difendere l'"ordine costituzionale"; nella previsione di "supermaggioranze" e di *quorum* speciali per dotare di stabilità il funzionamento di alcuni istituti della parte dogmatica della Costituzione (in materia di previdenza sociale, salute, educazione, insegnamento, limitazione alla libertà di acquistare beni, proprietà mineraria, Stato imprenditoriale) e della parte organica della Costituzione (le basi dell'Amministrazione di Stato, il *Congreso Nacional*, le *Fuerzas Armadas y de Orden*, il *Tribunal Constitucional*, il *Banco Central*, la *Contraloría General de la República* e la *Administración Interior*). È però necessario specificare che, a detta del giurista, la definizione di *ortogada, autoritaria y neoliberal* non risultava più totalmente applicabile alla Costituzione ma, allo stesso tempo, era imprescindibile tenere in considerazione il *deficit* di legittimità che ancora la macchiava.¹⁰⁷

7. Il dibattito successivo: la visione di una nuova Costituzione

Nonostante le numerose riforme realizzate alla Costituzione cilena e nonostante la profondità di quella del 2005, il dibattito circa la sua legittimità non si sopì anzi iniziò ad essere caratterizzato anche dalla proposta di una nuova Carta fondamentale.¹⁰⁸ Inizialmente, si instaurò un dibattito circa i reali effetti della riforma del 2005, soprattutto in riferimento al grande problema della legittimità e del carattere giuridico-morale vincolante della CPR. Il Presidente Lagos affermò che, con la promulgazione della riforma, poteva dirsi terminata la transizione democratica mentre, secondo alcuni, la transizione si era, in realtà, conclusa molto prima con la fine del governo del Presidente Aylwin, in seguito al ritiro di Pinochet dal comando dell'Esercito. Secondo la maggior parte della dottrina, invece, la transizione non poteva dirsi ancora conclusa in quanto le riforme realizzate non aveva modificato gli elementi essenziali della Costituzione ossia la sua filosofia ispiratrice, così come concretizzata nella parte dogmatica del testo (I e II capitolo), e il presidenzialismo rinforzato. Inoltre, alcuni autori hanno sostenuto che anche la riforma del 2005, così come le precedenti, era stata semplicemente un "*proceso de cosmética constitucional iniciado en 1989 destinando a darle verosimilitud a la transición desde el autoritarismo a la democracia*".¹⁰⁹

Il primo effetto concreto di tale dibattito furono le dichiarazioni di alcuni senatori del Partito Democratico Cristiano e del Partito Socialista che, già tre settimane dopo l'approvazione della riforma, pianificarono apertamente la necessità di introdurre nuove modifiche costituzionali. A partire dal 2006, si osservò, inoltre, un'esplosione di mozioni parlamentari per promuovere

¹⁰⁶ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 98.

¹⁰⁷ Cfr. *Ivi*, 111-112.

¹⁰⁸ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 99.

¹⁰⁹ Cfr. J. M. DÍAZ DE VALDÉS, *La reforma Constitucional del año 2005.*, cit., 36 e ss.

riforme al testo costituzionale.¹¹⁰ Successivamente, dal 2013, il discorso assunse un'ottica che superava la tradizionale dicotomia democrazia-dittatura, che aveva caratterizzato fino a quel momento la transizione e le più importanti riforme costituzionali del periodo 1989 - 2005. Le frontiere del dibattito pubblico iniziarono ad includere il problema costituente, e questo fu, in gran parte, il risultato dei movimenti sociali, che agirono come catalizzatori rivendicando una nuova Costituzione redatta da una vera Assemblea costituente.¹¹¹

L'8 settembre del 2008 il senatore Eduardo Frei Rui-Tagle, membro del Partito Democratico Cristiano, sorprese gli altri attori politici sostenendo, durante la propria campagna elettorale, la necessità di una nuova Costituzione. La proposta di Frei fu particolarmente rilevante in quanto rompeva con una tradizione in cui erano i settori di sinistra a pianificare la necessità di un nuovo testo costituzionale. Era la prima volta che un rappresentante dell'*establishment concertacionista*, non solo utilizzava tale tema, ma lo convertiva in un argomento della propria campagna. La proposta di Frei fu presentata dinanzi la Camera dei Deputati, il 3 dicembre 2008, e, in questa occasione, si pianificò la necessità di procedere a partire da alcune riforme considerate imprescindibili che avrebbero dovuto: ridurre il presidenzialismo, equilibrando il potere del Congresso; promuovere la trasparenza e la partecipazione cittadina (processo legislativo, *interpelación programada*, primarie obbligatorie); riformare il governo regionale; prevedere il voto per i cileni residenti all'estero, garantire l'uguaglianza di condizioni tra i candidati partitici e quelli indipendenti; introdurre una nuova concezione dei diritti fondamentali rafforzando i diritti economico-sociali; eliminare le leggi organiche; e riformare gli ambiti legati alle forze armate. Per quanto riguarda la modalità in cui la nuova Carta fondamentale sarebbe stata redatta, lo stesso Frei, inizialmente, suggerì di procedere attraverso riforme graduali realizzate dal Congresso, l'anno seguente propose di istituire un'*alta comisión presidencial* – ampia e pluralista, che avrebbe incluso sia rappresentanti delle forze politiche che esperti – per lo studio di una nuova Costituzione che sarebbe stata sottoposta alla discussione nazionale il 18 dicembre 2000, giorno del *Bicentenario Nacional*. Anche il candidato presidenziale indipendente, Marco Enríquez-Ominami, propose, riforme significative al regime politico, tra le quali: una forma di governo semipresidenziale; l'introduzione del referendum revocatorio e dell'iniziativa legislativa popolare; la maggiore democratizzazione nel governo regionale; la rappresentanza indigena al Congresso; la riforma del sistema elettorale. Il candidato non si espresse, però, sul tipo di processo da utilizzare per la loro realizzazione. Jorge Arrate, candidato presidenziale della sinistra extraparlamentare, promosse, invece, la redazione di una nuova Costituzione attraverso un'Assemblea costituente e tra i temi che affrontò nel suo programma vi furono: democratizzare il potere; porre fine alla discriminazione; ridefinire il diritto di proprietà, riprendendone la funzione sociale prevista dalla Costituzione del 1925; introdurre un sistema elettorale proporzionale; garantire la rappresentanza della popolazione indigena e delle donne e il suffragio dei cileni residenti all'estero; introdurre la possibilità per i membri dei sindacati di candidarsi al Congresso e l'elezione diretta dei consiglieri regionali.

Appare evidente che la questione fondamentale riguardò gli attori che avrebbero dovuto portare avanti il processo costituente e il meccanismo di ratifica, piuttosto che il contenuto della

¹¹⁰ Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 65.

¹¹¹ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 129-130.

nuova Costituzione. Una prima linea, che è possibile definire di “riformismo graduale”, fu quella adottata, inizialmente, da Eduardo Frei. Tra gli argomenti messi in rilievo da chi appoggiò tale posizione vi erano: l’incertezza dello scenario che si sarebbe aperto convocando un’Assemblea costituente e i limiti posti dalla Costituzione in tal senso; le esperienze degli altri Paesi latinoamericani e i pericoli della democrazia plebiscitaria; e il fatto che l’agenda del governo doveva occuparsi prioritariamente di questioni economiche e sociali. Successivamente Frei adottò la strategia del “cambiamento graduale dall’alto”, consistente nella promozione di una nuova Costituzione attraverso un dibattito nazionale: il Presidente avrebbe convocato una commissione di alto livello per definire la struttura e la forma di una nuova Carta fondamentale, che sarebbe, poi, stata sottoposta alla cittadinanza. Il candidato Jorge Arrate, invece, adottò la posizione del “cambio consultivo dall’alto”, consistente nel prevedere una quarta urna alle elezioni (oltre quelle per l’elezione del Presidente, dei senatori e dei deputati) in cui i cittadini avrebbero espresso la loro volontà riguardo una nuova Costituzione e un’Assemblea costituente. Una quarta alternativa, quella del “cambio strategico dal basso”, prevedeva una strategia di pressione sociale, in quanto la CPR non contemplava la convocazione popolare di un plebiscito. Infine, un quinto percorso, quello del “cambio plebiscitario dall’alto”, consisteva nella convocazione di un plebiscito – in cui il corpo elettorale avrebbe deciso se convocare un’Assemblea costituente – da parte del o della Presidente, in base all’argomentazione per cui la volontà sovrana del popolo risiede nella massima autorità che lo rappresenta. A promuovere questa alternativa fu il *Movimiento por Asamblea Constituyente de Chile* secondo cui “*En la Constitución de 1980 el ejercicio de la soberanía que reside en la nación se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas, y también por las autoridades que esta Constitución establece. De esta manera, el régimen actual es semirrepresentativo, abriéndose la puerta para realizar la consulta plebiscitaria en virtud del poder constituyente originario, que reside en el Presidente de la República. La reglamentación del plebiscito se encuentra en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980, a saber las disposiciones 19, 20, 21, 23, 27, 28, y 29. Estas disposiciones se complementan con aquellas de la ley de inscripción y servicio electoral y la ley de votaciones populares y escrutinios*”.¹¹²

8. Il processo costituente della Presidente Bachelet

Il 17 gennaio 2010 divenne Presidente il candidato di centro destra, Sebastián Piñera, e ciò rinviò la discussione sulla nuova Costituzione fino all’elezione, il 15 dicembre 2013, della candidata socialista Michelle Bachelet. Quarant’anni dopo il colpo di stato si chiuse un ciclo storico-politico, quello della dittatura prima e della transizione poi, e se ne aprì un altro. Nel 1973 era stata interrotta la lunga continuità delle istituzioni repubblicane, istituendo un ordine costituzionale concesso, autoritario e neoliberale e, di conseguenza, si era verificata una frattura nell’anima nazionale e una tremenda perdita di vite umane. Un trauma collettivo non risolto dalla successiva volontà di riconciliazione, per cui l’unica soluzione apparve l’inizio di un nuovo ciclo, con una nuova Costituzione garante dei diritti umani, sistematicamente violati durante la

¹¹² Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, cit., 66 e ss.

dittatura.¹¹³ “La Presidente aveva annunciato l’avvio di un processo costituente nel corso della campagna elettorale che alla fine del 2013 la portò per la seconda volta al Palazzo della *Moneda*, argomentando la sua proposta sulla base dell’origine autoritaria della Costituzione, in conseguenza della quale la cittadinanza non si sarebbe riconosciuta in essa. Una volta insediata, nel 2014, la Presidente Bachelet tentò di costruire un percorso che andasse oltre la dialettica politica fra destra e sinistra, coinvolgendo sia alcune organizzazioni sociali e più in generale i cittadini, sia avvalendosi dell’opera di esperti. Il percorso costituente avviato da Michelle Bachelet si è articolato in una pluralità di fasi¹¹⁴, ma non è stato regolato da una legge, bensì da un decreto presidenziale”¹¹⁵ (n. 3, 2 dicembre 2015).

Il dibattito per il cambio costituzionale, si svolse per la maggior parte del 2016 e il governo si impegnò a facilitare la più ampia partecipazione possibile. Si trattò di un’opportunità storica, nessuno dei precedenti testi costituzionali era stato redatto in modo tanto democratico, e per la prima volta i cittadini poterono esprimersi sul tipo di società e di Paese che aspiravano a costruire. La Presidente stessa, in occasione dell’inizio di tale processo, affermò “*Chile nació a la vida independiente buscando una Constitución que le permitiera afianzar su soberanía y realizar sus anhelos. Así ha sido siempre en nuestra historia. Cuando cambia el país, sus ciudadanos, sus posibilidades de desarrollo y la sociedad ha buscado adecuar su Carta Fundamental. Esto es normal y es expresión de la madurez cívica de un pueblo*”.¹¹⁶ Il progetto risultante, elaborato dal governo senza pubblicità né partecipazione, fu reso noto solo il 6 marzo 2018, negli ultimi giorni della presidenza, generando non poche critiche, e la Costituzione che disegnavano non vide mai luce. Il tentativo di Bachelet scontò, fin dall’inizio, la freddezza del centro-destra cileno, che si era dichiarato disponibile a discutere riforme costituzionali ma contrario all’entrata in vigore di una nuova Carta fondamentale.¹¹⁷

Passando ad analizzare la *propuesta de reforma constitucional presentada por el gobierno de Michelle Bachelet*¹¹⁸ (Boletín n. 11.617-07), il principale cambiamento introdotto consistette nella definizione della repubblica cilena come “*Estado de Derecho democrático y social*” (art. 2). L’aspetto più innovativo

¹¹³ Cfr. F. ZÚÑIGA URBINA, *Nueva Constitución para Chile. Las “bases” y las nuevas ideas políticas-constitucionales*, cit., 26-27.

¹¹⁴ Le tappe previste dal Governo furono: una prima fase, chiamata “*educación cívica*”, seguita dalla nomina di un *Consejo Ciudadano de Observadores*, in cui si cercò di rispettare le “quote” dei settori politici e ciò venne criticato in quanto riproducesse le distorsioni tipiche del sistema politico cileno, inclusa la mancanza di parità di genere. Tale Consiglio, che aveva il compito di garantire l’imparzialità del processo costituente, fu composto da 17 membri del mondo civile, della comunicazione e da esperti costituzionalisti che dovevano rappresentare il pluralismo nazionale in campo ideologico, e fu presieduto dall’avvocato e costituzionalista Patricio Zapata. La tappa successiva consistette nei cosiddetti “*Encuentros Locales Autoconvocados*” e nei “*Cabildos Provinciales y Regionales*” che avevano lo scopo di coinvolgere la cittadinanza per discutere il contenuto della nuova Costituzione. Questa fase, che è possibile definire partecipativa, e a cui prese parte chiunque fosse interessato e avesse compiuto 14 anni, ebbe lo scopo di avviare un processo di educazione civica e di espressione delle preferenze attraverso il dibattito su alcuni temi (valori, principi, diritti, doveri, responsabilità e assetto istituzionale) ma non riguardò il meccanismo di approvazione del nuovo testo. I partecipanti, infatti, furono invitati a ordinare in base al livello di importanza che gli attribuivano 19 valori, 26 diritti e 21 doveri. Le successive fasi consistettero nell’organizzazione, sotto la supervisione del Consiglio degli Osservatori, dei contenuti emersi nei precedenti passaggi in un documento chiamato “*Bases ciudadanas para la nueva Constitución*” che sarebbe stato il testo a partire dal quale sarebbe stata elaborata la nuova Costituzione. Infine, il Congresso Nazionale, eletto alla fine del 2017, avrebbe deciso, con una maggioranza dei 2/3 di entrambi i rami del Congresso, il meccanismo attraverso il quale sarebbe avvenuto il cambiamento costituzionale. (Cfr. C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y “momento constituyente”*, cit., 116; Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 17.)

¹¹⁵ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 10.

¹¹⁶ Cfr. *Proceso Constituyente en Chile: Reflexiones desde las Regiones. Documento de Trabajo*, cit., 10.

¹¹⁷ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 11.

¹¹⁸ Consultabile al seguente indirizzo:

<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>

fu l'aggettivo sociale, inteso come un principio politico che avrebbe dovuto guidare l'azione dello Stato. Un altro importante cambiamento fu il riconoscimento costituzionale dei popoli indigeni (art. 4), che si rifletteva anche nella definizione di una quota a loro riservata nella rappresentanza parlamentare (art. 5). Un altro capitolo in cui furono realizzati profondi cambiamenti fu il terzo ("De los derechos fundamentales, garantías y deberes constitucionales") in quanto si stabilì una garanzia generale di tutela dei diritti fondamentali da parte dello Stato (art. 19, c. 1); fu eliminata la tutela della "vita del nascituro", utilizzata per giustificare la criminalizzazione dell'aborto (articolo 19, c. 1). Vennero introdotti importanti cambiamenti nei diritti sociali incorporando garanzie per rafforzare il diritto alla salute (art. 19, c. 13) e all'istruzione (art. 19, c. 14). Inoltre, la libertà di lavoro venne sostituita dal diritto al lavoro e dalla tutela giuridica del suo esercizio (art. 19, c. 23), prevedendo la parità di retribuzione tra uomini e donne e la libertà di scegliere un sistema pensionistico statale (art. 19, c. 25). Infine, vennero previsti nuovi diritti tra i quali: il diritto dei bambini e degli adolescenti al rispetto della loro integrità e del loro sviluppo morale, fisico, psicologico e sessuale, e ad essere trattati secondo il loro grado di maturità e la loro progressiva autonomia (art. 19, c. 3); l'uguaglianza di uomini e donne davanti alla legge (art. 19, c. 3), garantita anche attraverso l'obbligo per lo Stato di adottare le misure legislative e amministrative necessarie ad eliminare qualsiasi discriminazione; il diritto di vivere in abitazioni dignitose e l'accesso ai servizi di base (art. 19, c. 5); i diritti culturali e linguistici dei popoli indigeni e la tutela del loro patrimonio culturale, sia materiale che immateriale (art. 19, c. 32). Venne, inoltre, eliminato l'articolo che impediva ai leader sindacali di candidarsi alle elezioni. La riforma non modificò la forma di governo presidenziale e le modifiche introdotte in tale ambito riguardarono aspetti specifici dell'iper-presidenzialismo cileno: il mandato presidenziale venne nuovamente esteso a 6 anni senza però possibilità di rielezione (art. 24); fu previsto un nuovo potere presidenziale per richiedere la destituzione di deputati o senatori (art. 31, c. 14); venne costituzionalizzata la responsabilità del Presidente in caso di mancanza di servizio (art. 38), concetto sviluppato dalla dottrina nazionale e dalla giurisprudenza. Un altro importante cambiamento, in questo ambito, fu la riduzione delle questioni di esclusiva iniziativa del Presidente: vennero eliminati i paragrafi 5 e 6 dell'articolo 66 relativi, rispettivamente, alla contrattazione collettiva e alla previdenza sociale. Per quanto concerne il *Congreso Nacional*, invece, venne fissato un limite alla rielezione dei suoi membri a due volte (art. 51); eliminata la nomina di deputati e senatori da parte del partito politico in caso di vacanza del seggio, tornando al sistema di elezioni complementari previsto dalla Costituzione del 1925; previsti nuovi poteri esclusivi della Camera dei Deputati (art. 52, par. 2, let. c). Il cambiamento principale in materia riguardò la modifica dei *quorum*: venne eliminato il *quorum* qualificato (maggioranza assoluta dei deputati e dei senatori in carica), il *quorum* per le leggi organiche fu ridotto alla maggioranza assoluta (art. 67) e venne stabilito un *quorum* unico per la modifica della Carta fondamentale pari ai 3/5 dei parlamentari, eliminando i 2/3 necessari per alcune materie (art. 130). Vi fu, quindi, un deciso progresso nella rimozione di ciò che alcuni autori hanno definiti "*cerrojos constitucionales*". Furono introdotti meccanismi di democrazia partecipativa quali l'iniziativa popolare di legge (art. 66, c. 2), che consentiva al 5% dei cittadini di presentare progetti di legge al Congresso, e il diritto dei cittadini ad assistere al dibattito legislativo (art. 69, ultimo comma). Infine, per quanto riguarda il Tribunale Costituzionale fu

modificato il meccanismo per la designazione dei suoi membri coinvolgendo tutti i poteri dello Stato: la Corte Suprema avrebbe definito una lista di tre candidati, di cui uno proposto dal Presidente, e le camere ne avrebbero eletto uno a maggioranza dei 2/3 (art. 93, c. 2). Venne aumentato il *quorum* previsto per dichiarare incostituzionale un disegno di legge, ai 4/5 dei suoi membri, ed eliminato il controllo preventivo per la risoluzione di tali conflitti. Inoltre, gli venne attribuita la competenza a risolvere le azioni di protezione, introdotte dall'articolo 20.¹¹⁹

Secondo alcuni, il processo costituente realizzato da Bachelet non era stato altro che una manovra politica volta ad impedire la reale espressione della sovranità popolare attraverso la convocazione di un'Assemblea Costituente, in quanto aveva di fatto consegnato la direzione del processo alle stesse forze sociali e politiche che per un quarto di secolo avevano beneficiato del sistema neoliberale. Inoltre, fin dall'inizio la "Costituzione Bachelet" sarebbe stata condannata all'irrealizzabilità in quanto la Presidente aveva subordinato il processo per la sua approvazione agli irraggiungibili *quorum* sovramaggioritari stabiliti dalla CPR per la propria riforma.¹²⁰

Con l'insediamento di Sebastián Piñera al *Palacio de la Moneda* il 10 marzo 2018, per il suo secondo mandato, il processo costituente fu archiviato, nonostante alcuni tentativi delle Camere, nelle quali il centro-sinistra e il *Frente Amplio* avevano la maggioranza.

9. Un sistema elettorale proporzionale

Per quanto la morte del generale, avvenuta alla fine del 2006, aveva segnato, anche simbolicamente, la fine del passato autoritario, persisteva un'ultima anomalia del costituzionalismo pinochettista rappresentata dal singolare sistema elettorale binominale, a cui si pose fine, durante la seconda presidenza Bachelet, con la Legge n. 20.840 del 2015.¹²¹ Una riforma tanto profonda del sistema elettorale, come quella avvenuta in Cile, non è un fenomeno comune nelle democrazie avanzate¹²² ma, al contrario, è una costante nelle democrazie latinoamericane, basti pensare che Paesi come il Messico hanno vissuto la propria transizione alla democrazia attraverso una serie di riforme alla legislazione elettorale.

Fin dall'inizio degli anni '90, la modifica del sistema elettorale fu un'istanza dei gruppi vicini alla *Concertación de Partidos por la Democracia*. La letteratura¹²³ ci fornisce una serie di fattori da prendere in considerazione al fine di comprendere perché la fine di tale sistema sia avvenuta proprio nel 2015, tra i quali il cambiamento dell'assetto politico del Congresso e la supremazia, sia in quanto al numero dei seggi che nell'opinione pubblica, della coalizione di centro-sinistra

¹¹⁹ Cfr. V. SOTO MARTÍNEZ, *Análisis comparativo entre la Constitución vigente y el proyecto de reforma constitucional de Michelle Bachelet*. Serie Minutas N° 155-19, 29-11-2019, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 3 e ss.

¹²⁰ Cfr. S. GREZ TOSO, *Rebelión popular y proceso constituyente en Chile* in AA. VV. *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Santiago, Universidad de Chile, 2019, 15.

¹²¹ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 9.

¹²² Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, Santiago, Sociedad de Políticas Públicas, 8.

¹²³ Vedasi, in particolare, D. NOHLEN, *La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada* in *Revista de ciencia política*, vol.26, n.1, 2006, 191-202; E. ALVARADO ESPINA, *Exclusión, oligarquización y desafección política. Los efectos del sistema binominal en la democracia chilena. Un análisis contextual de las elecciones parlamentarias (2001-2013)* in *Revista Enfoques*, Vol. XIII, n. 22, 2015, 11-37; FLACSO -CHILE, *Una reforma necesaria. Efectos del Sistema Binominal*, Flacso-Chile, Santiago.

Nueva Mayoría, salita al potere dopo il primo governo di centro-destra. Rilevante fu, anche, l'aumento dell'incertezza sul comportamento elettorale e sul livello di sostegno ai partiti politici tradizionali, che si iniziò a manifestare con forza dopo l'entrata in vigore della registrazione automatica degli elettori e la trasformazione del voto da obbligatorio a volontario, che ebbe i suoi primi effetti nelle elezioni comunali del 2012 e nelle elezioni presidenziali e parlamentari del 2013.

Un'analisi della Legge n. 20.840 del 2015, che modifica la legge n. 17.800 del 1988, rivela le significative differenze del sistema elettorale previsto e spiccano, oltre l'applicazione di un sistema proporzionale con formula D'Hont, l'aumento del numero dei parlamentari, la riduzione del numero delle circoscrizioni elettorali e l'abbassamento della soglia legale per la costituzione di un partito politico.¹²⁴ Come anticipato, la riforma comportò una riduzione del numero di distretti elettorali per i deputati, da 60 a 28, che avrebbero eletto 155 deputati, invece dei 120 esistenti a partire dal 1990, e ogni distretto avrebbe eletto da 3 a 8 deputati, a differenza dei 2 previsti precedentemente. Per quanto riguarda il Senato, ne fu aumentato il numero dei membri da 38 a 50, che sarebbero stati eletti in 15 circoscrizioni. Queste ultime avrebbero territorialmente coinciso con le differenti regioni e avrebbero avuto un'ampiezza variabile da un minimo di 2 senatori ad un massimo di 5.¹²⁵

La Legge n. 20.840 perseguì una serie di obiettivi, tra i quali l'aumento della proporzionalità, cercando di migliorare la parità di voto, l'inclusione di nuove forze politiche e delle donne, l'aumento della concorrenza e la certezza dei risultati.¹²⁶ In particolare, venne introdotto un sistema di quote¹²⁷, per cui i partiti avrebbero dovuto avere almeno il 40% di candidate, e vennero eliminate le barriere previste per le candidature indipendenti.¹²⁸

10. “Borrar todo tu legado será nuestro legado”

Il 25 ottobre 2020¹²⁹ si è svolto quello che può essere definito l'evento elettorale più importante per il Cile, dopo il plebiscito che ha aperto la strada alla transizione verso la

¹²⁴ Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, cit., 8-9.

¹²⁵ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (a cura di), *Ley N°20.840, pone fin al sistema electoral binominal creando un sistema proporcional inclusivo*, reperibile al seguente indirizzo: https://www.bcn.cl/historiapolitica/elecciones/detalle_eleccion?handle=10221.1/63227&periodo=1990-2022

¹²⁶ Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, cit., 9.

¹²⁷ A tal proposito si consiglia G. DAZAROLA L., *Leyes de cuotas de género. Experiencia Extranjera y resultados de su aplicación en Chile*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria, dicembre 2018.

¹²⁸ A tal proposito si consiglia G. DAZAROLA L., *Candidaturas Independientes fuera de pacto. Requisitos y particularidades para su materialización*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN, Asesoría Técnica Parlamentaria, settembre 2018.

¹²⁹ Si riportano alcuni editoriali sia cileni che iberoamericani sull'argomento: CIPER, [La convención constituyente y el ejemplo de los 33 mineros](#), 22/11/2019; EL SIGLO, [El Editorial: Plebiscito decisivo](#), 23/10/2020; LA JORNADA, [Chile ante la oportunidad de reconstruir](#), 25/10/2020; EL PERIÓDICO, [Incierto futuro de la nueva Constitución chilena](#), 26/10/2020; EL TIEMPO, [Adiós, Pinochet. Los chilenos decidieron, por gran mayoría, sepultar la Constitución heredada de la dictadura](#), 26/10/2020; CIPER, [El problema de las tres comunas: cómo evitar que las elites dominen la constituyente](#), 26/10/2020; EL PAÍS, [Chile se reinventa](#), [El proceso constituyente representa un buen síntoma de vitalidad democrática](#), 26/10/2020; EL COMERCIO, [Editorial: Reescribir la historia. Chile avanza hacia una nueva Constitución y abre un período de enorme incertidumbre en el país](#), 26/10/2020; FOLHA DE SAO PAULO, [Novo Chile. País rejará Constituição por justa demanda popular; que não ceda ao populismo](#), 26/10/2020; EL MUNDO, [Chile mira al futuro con un plan arriesgado](#), 27/10/2020.

Appare opportuno evidenziare che il Governo cileno ha messo a disposizione dei cittadini un sito web (<https://www.gob.cl/procesoconstituyente/>) attraverso il quale, oltre ad informarsi sulle varie tappe del processo

democrazia il 5 ottobre 1988. La posta in gioco era la fine, dopo 32 anni, di una democrazia incompleta: come si è precedentemente illustrato, i gradualisti cambiamenti realizzati non sono riusciti a porre fine all'eredità autoritaria che incombe sul sistema politico cileno e la Costituzione Politica del 1980 ha continuato ad essere messa in discussione, da gran parte della cittadinanza, soprattutto a causa della sua mancata legittimità di origine, non essendo stata il risultato di un processo di deliberazione e di approvazione democratico, trasparente ed egualitario.¹³⁰ Quella che è stata definita “la Costituzione di Pinochet”, inoltre, ha consacrato un regime caratterizzato da evidenti elementi in contrasto con la democrazia¹³¹ e un sistema neoliberale deficitario di diritti economici e sociali.

La richiesta di un nuovo testo costituzionale, da tempo presente nel dibattito pubblico cileno e diventata particolarmente evidente durante la presidenza Bachelet, sembrava essersi assopita con l'inizio della successiva presidenza, quella di Sebastián Piñera, nel marzo 2018. Il Neopresidente affermò, fin da subito, di non avere in programma la redazione di un nuovo testo costituzionale, ma solo l'approvazione di una serie di riforme volte al modernizzare la CPR. Ciò permise di interpretare la richiesta di una nuova Legge fondamentale più come una richiesta sollevata dagli studiosi e dai circoli elitari che dai cittadini. Tuttavia, la rivolta dell'ottobre 2019, il cosiddetto “*estallido social*”, ha riaperto il dibattito e la prospettiva di una nuova Costituzione è riapparsa come un'innegabile e diffusa richiesta popolare.¹³² Nell'estate del 2019 l'ipotesi dell'attivazione di un processo costituente appariva dunque irrealistica ma, come già messo in rilievo, le proteste iniziate a Santiago e i loro successivi sviluppi hanno mutato radicalmente questo quadro, da una parte, evidenziando la scollatura esistente tra consistenti settori della società e la classe politica nel suo insieme (in primo luogo fra le forze al momento al governo, ma non solo) e, dall'altra, costringendo le forze politiche ad aprire un processo costituente.¹³³ La rivolta, esplosa in seguito all'aumento del costo del biglietto della metro di Santiago¹³⁴ e allargatasi rapidamente a tutto il Paese, fu, fin dall'inizio, una manifestazione per una vita degna e per il rispetto dei diritti umani e, in particolare, per diritti quali il diritto alla salute, all'educazione, al lavoro, alla pensione e alla casa ma anche per il diritto all'accesso all'acqua e a vivere in un ambiente sano.¹³⁵ Di fronte alla violenza associata alle manifestazioni, lo Stato ha risposto con

referendario, avrebbero potuto trovare informazioni relative al funzionamento degli organi costituenti e alla storia costituzionale del Paese. Sono, inoltre, stati pubblicati on line diversi volumi con accesso gratuito riguardanti il plebiscito costituzionale, tra questi si riportano [Glosario Constituyente Abreviado. Guía básica de conceptos y preguntas sobre el cambio constitucional](#), Editorial Usach, 2019; [¿Hoja en blanco? Hacia una nueva Constitución chilena. Lo que debemos saber](#), A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, Editorial Universitaria, 2020

¹³⁰ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco? ...*, cit., 5.

¹³¹ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)* in “Análisis Carolina”, n. 50, ottobre 2020, 1.

¹³² Cfr. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening* in *Law and Critique*, 31:7–39, 8-39, aprile 2020, 11.

¹³³ Cfr. M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 12.

¹³⁴ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 2.

¹³⁵ Cfr. AA.VV., *Proceso Constituyente Chile 2020: lectura fácil*, Universidad de Chile, Núcleo Desarrollo Inclusivo, Líderes con mil capacidades Chile, Red de Inclusividad Urbana, 2020, 5-6.

l'intervento delle forze armate, che ha comportato gravi violazioni dei diritti umani, e con una serie di leggi volte ad aumentare la repressione, come quella che istituì il coprifuoco¹³⁶.

L'*estallido social* ha segnato l'inizio di un momento costitutivo nella storia cilena e ciò è dimostrato dal fatto che tutti i dispositivi che, fino a quel momento, avevano tenuto in piedi la "Constitución tramposa", fornendo agli eredi del regime un veto per impedire un reale cambiamento costituzionale, improvvisamente svanirono e, il 14 novembre 2019, senza preavviso né ulteriori spiegazioni, i rappresentanti della maggior parte dei partiti politici si riunirono per decidere il futuro costituzionale del Paese.¹³⁷ Le trattative si svolsero a porte chiuse e, dopo 15 ore di negoziati, il giorno seguente, il Presidente del Senato annunciò il raggiungimento di un accordo, l'"Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución"¹³⁸, in cui si concordò di uscire dalla crisi realizzando la pace e la giustizia sociale attraverso un'inoppugnabile procedura democratica.¹³⁹ Tale accordo fu sottoscritto, dopo tese trattative, da tutto l'arco partitico, da destra (*Unión Demócrata Independiente*) a sinistra (*Frente Amplio*), e aprì la possibilità di una sostituzione costituzionale democratica.¹⁴⁰ Tra i 12 punti che lo componevano vi era lo svolgimento di un plebiscito – categoricamente respinto appena tre anni prima non solo dai pensatori conservatori ma anche da alcuni giuristi e intellettuali di centro-sinistra¹⁴¹ – in cui i cittadini avrebbero deciso non solo sulla redazione di un nuovo testo costituzionale ma anche, in caso di vittoria dell'opzione "apruebo", se ciò sarebbe avvenuto attraverso un organo composto per metà da parlamentari e per metà da membri eletti, la *Convención Mixta Constitucional*¹⁴² o attraverso un'Assemblea completamente eletta, la *Convención Constitucional*.

Al momento della realizzazione dell'"Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución", la Costituzione prevedeva che "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República" e che "La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley" (art. 6) per cui, dato che la CPR era fondamento della legittimità e della validità dell'intero ordine istituzionale, ogni produzione normativa da parte degli organi statali vi doveva rimanere leale e fedele. Inoltre, stabiliva che "los

¹³⁶ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a R. IANNACCONE, *Crisi e riforme istituzionali in America Latina. Tra denunce di golpe di stato e stabilizzazione del caudillismo* in *Nomos - Le attualità nel diritto*, n. 3, settembre- dicembre 2019.

¹³⁷ Cfr. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, cit., 28.

¹³⁸ Disponibile al seguente indirizzo: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

¹³⁹ Cfr. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, cit., 28.

¹⁴⁰ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 2.

¹⁴¹ Ad esempio, Francisco Zúñiga si era opposto all'idea di un referendum in tal senso sostenendo che si trattava di una scappatoia costituzionale che avrebbe portato a cesarismi o autoritarismi, riducendo il Parlamento alla condizione di complice del Presidente nei tentativi di quest'ultimo di schiacciare le minoranze politiche. Anche Patricio Zapata ha sostenuto che il referendum non era nient'altro che una scorciatoia (Cfr. F. ATRIA, *Constituent Moment, Constituted Powers in Chile* in *Law and Critique*, n. 3, 51–58, marzo 2020, 55.)

¹⁴² La differenza principale tra i due organi collegiali costitutivi risiede proprio nella loro composizione. In particolare, la *Convención Mixta Constitucional* (CMC) sarebbe stata composta da 172 membri, metà membri del Congresso e metà cittadini. I primi sarebbero stati eletti in una sessione plenaria parlamentare mentre i secondi direttamente dal popolo, secondo le regole per l'elezione dei rappresentanti. I membri del Congresso eletti nella CMC non avrebbero perso il loro mandato parlamentare, ma sarebbero stati esonerati dalla partecipazione alle commissioni e alle sessioni plenarie. (Cfr. C. ZILLA, F. F. N. SCHREIBER, *The Constitutional Process in Chile. The South American Country Is Searching for a New Social Contract* in *SWP Comment*, n. 17, aprile 2020, 2.). Appare evidente che, qualora avesse vinto tale opzione, la leadership, e quindi il controllo, dei lavori sarebbe stata assunta da coloro che già ricoprivano la funzione di parlamentare in quanto avrebbero avuto come vantaggio la loro esperienza previa nell'elaborazione di norme giuridiche.

órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (art. 7). Ogni ente statale, quindi, doveva operare solo nell’ambito delle competenze determinate dall’ordinamento giuridico e nei modi che esso prevedeva e, anche in circostanze straordinarie, non potevano attribuirsi competenze diverse da quelle previste. In base a quanto illustrato, una riforma costituzionale non avrebbe potuto sostituire completamente la Costituzione, dato che tutte le riforme ne dovevano rispettare la continuità e l’identità,¹⁴³ e qualora fosse stata realizzata, violando tale principio, avrebbe costituito un atto al di fuori del quadro costituzionale.¹⁴⁴ Come sottolinea Zagrebelsky, il potere di revisione costituzionale non è il potere costituente, ma si tratta di un potere costituito che, basandosi sul dettato costituzionale stesso, se lo contraddice o lo sostituisce interamente diventa un potere nemico della Costituzione per cui non può invocarla come base per la sua validità.¹⁴⁵

Proprio in ragione di quanto appena illustrato, il 24 dicembre 2019, è stata emanata la legge n. 21.200 che ha riformato la Costituzione vigente, inserendo una seconda parte al XV capitolo, intitolata “*Del procedimiento para elaborar una nueva Constitución*”. In base a tale riforma, il Presidente della Repubblica avrebbe convocato, il 26 aprile 2020, un Plebiscito Nazionale in cui, in linea con quanto stabilito nell’Accordo di novembre, i cittadini avrebbero ricevuto due schede: la prima conteneva la domanda *¿Quiere usted una Nueva Constitución?* e le opzioni “*Apruebo*” o “*Rechazo*”, mentre sulla seconda i votanti avrebbero segnato la loro preferenza per l’organo incaricato di redigere la Costituzione ossia una *Convención Mixta Constitucional* o una *Convención Constitucional*. La legge stabilì anche che, in caso di vittoria dell’“Approvo”, l’elezione dei membri dell’Assemblea Costituente – che indipendentemente dal tipo di assemblea si sarebbero chiamati “*Convencionales Constituyentes*” – si sarebbe tenuta in concomitanza con le elezioni dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali per l’anno 2020.¹⁴⁶ A seguito della pandemia da Covid-19, il 26 marzo 2020, il calendario è stato modificato con una nuova riforma costituzionale (legge n. 21.221), per cui il plebiscito in entrata si è svolto il 25 ottobre 2020 e l’elezione dei membri del Congresso, dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali, che inizialmente doveva tenersi il 25 ottobre 2020, è stata rinviata all’11 aprile 2021.¹⁴⁷ Il 6 aprile le elezioni sono state nuovamente rimandate al 15 e al 16 maggio, dopo che una precedente legge – la *Ley 21317* che “*Amplía A dos días las próximas elecciones municipales, de Gobernadores regionales y de Convencionales Constituyentes, fija reglas especiales para su desarrollo, y señala inscripción de Candidaturas en los términos que indica* – aveva stabilito che si sarebbero svolte in due giorni, ossia l’11 e il 12 aprile, e non in uno, come stabilito fino a quel momento dal testo costituzionale.

¹⁴³ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile*, cit., 440-4411.

¹⁴⁴ *Ivi*, 452.

¹⁴⁵ *Ivi*, 439.

¹⁴⁶ Cfr. *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia consultabile al seguente indirizzo <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>

¹⁴⁷ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 4.

Lo scoppio della pandemia ha reso ulteriormente evidente la necessità di una nuova Costituzione in quanto lo Stato di diritto neoliberale ha dimostrato le sue carenze nel garantire persino il livello minimo di assistenza ai propri cittadini. Inoltre, l'Esecutivo, dopo aver dichiarato, il 18 marzo 2020, l'*Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe* – regolato dalla Costituzione (artt. 39-45) e dalla Legge Organica Costituzionale n. 18.415 – ha utilizzato i propri poteri per far approvare con urgenza alcuni progetti di legge in materia di sicurezza, volti a contrastare le proteste, e ha bloccato le iniziative in materia sociale tra cui quelle che prevedevano un maggiore accesso ai benefici sociali e alla tutela lavorativa. Ciò è stato possibile proprio grazie a quanto previsto dalla CPR, che attribuisce poteri eccessivi al Presidente della Repubblica; sancisce un sistema economico neoliberale che privilegia la libertà d'azione dei cosiddetti “gruppi intermedi” rispetto allo Stato; non garantisce i diritti economici, sociali e culturali; e, al fine di assicurare “l'uguaglianza formale”, acutizza le disuguaglianze, in quanto non stabilisce diritti specifici per gli appartenenti a gruppi svantaggiati. Il neoliberalismo, come sistema di governo, applica e generalizza i principi economici e di mercato a tutte le sfere della vita per cui lo Stato interviene solo per garantire il mantenimento delle condizioni del libero mercato. La Costituzione, quindi, assicura libertà e non diritti e ciò è particolarmente evidente nel settore della salute per cui i cittadini, ad esempio, hanno la libertà di scegliere un piano sanitario, ma non gli è garantito l'accesso ai servizi sanitari. Questi aspetti, già notevolmente problematici in situazioni ordinarie, in un contesto pandemico, come quello attuale, hanno esacerbato gli effetti negativi della disuguaglianza vissute in Cile dalla popolazione carceraria, dalle donne, dai lavoratori informali, dalle persone con disabilità, dai migranti, dalle popolazioni indigene e dagli appartenenti alla comunità LGBTQ⁺.¹⁴⁸

Il 25 ottobre 2020 “l'ampio successo dei voti favorevoli, il 78,27% per il primo quesito e il 78,99% per la prima opzione proposta nel secondo, con una partecipazione elettorale considerata straordinaria in Cile (7.562.173 di votanti, che rappresentano il 50,9% degli aventi diritto, il tasso più elevato dalla abolizione, nel 2012, del voto obbligatorio), ha aperto la strada alla elezione di una “Convenzione costituzionale”, che sarà pertanto costituita esclusivamente da membri eletti dal popolo.”¹⁴⁹ Quest'ultima, a norma di quanto previsto dalla Costituzione riformata, dovrà elaborare e approvare un testo, entro un termine massimo di 9 mesi dalla sua installazione – prorogabile, una sola volta, per 3 mesi –, che sarà trasmesso al Presidente, incaricato di convocare un plebiscito costituzionale nazionale, entro 3 giorni, attraverso il quale i cittadini potranno approvarlo o respingerlo. In tal caso, il suffragio sarà obbligatorio per coloro che hanno un domicilio elettorale in Cile e i cittadini che non voteranno saranno puniti con una multa da 0,5 a 3 unità fiscali mensili. Infine, nel caso in cui i cittadini dovessero approvare la proposta, l'attuale Costituzione sarà abrogata a partire dalla data di pubblicazione del nuovo testo, mentre, nel caso in cui quest'ultimo dovesse essere respinto, rimarrà in vigore.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. B. SEPÚLVEDA HALES Y L. VIVALDI MACHO, *¿Puede una nueva Constitución fortalecer la respuesta del Estado ante las emergencias?* in AA. VV., *Estado, pandemia y crisis social*, Revista Anales Séptima Serie, N° 17, 2020, 74 e ss.

¹⁴⁹ E. BINDI, T. GROPPI, A. PISANESCHI, *Osservatorio sul processo costituente cileno. Presentazione* in Dpce online, 27 novembre 2020, 1.

¹⁵⁰ *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, cit.

La “ratifica” della Legge fondamentale a mezzo referendum popolare rappresenta l’applicazione del principio, elaborato, durante la Rivoluzione francese, da Condorcet, per cui il popolo non delega il diritto di accettare o di rifiutare la propria Costituzione¹⁵¹ in quanto ha sempre il diritto a rivederla, riformarla o cambiarla perché una generazione non può sottomettere alle proprie leggi le generazioni future.¹⁵² Da ciò deriva anche che il contenuto della Costituzione debba essere coerente con il suo fondamento democratico, per cui è necessario che: preveda meccanismi di partecipazione diretta; garantisca i diritti fondamentali, compresi quelli sociali ed economici; stabilisca procedure di controllo di costituzionalità, attivabili dai cittadini; e generi regole che limitino non solo il potere politico ma anche quello economico.¹⁵³

11. I limiti alla Convenzione Costituente

La riforma costituzionale ha stabilito, all’articolo 135, alcune disposizioni speciali che limitano l’organo costituente sia per quanto riguarda i suoi poteri nei confronti degli altri organi dello Stato che per quanto concerne la redazione del testo. In particolare, tale articolo sancisce che “*la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes*” (c. 1) e che “*Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución*” (c. 3). È, quindi, esclusa espressamente la possibilità che la Convenzione possa arrogarsi facoltà proprie di altri organi, assicurando il regolare funzionamento dello Stato e la piena vigenza della Costituzione del 1980 in quanto “*mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla*” (c. 2).¹⁵⁴

Vale la pena notare che le proposte della Commissione tecnica, designata dai partiti politici nel novembre 2019 per guidare l’istituzionalizzazione del processo costituente, sono state riconosciute sia dalla legge di riforma costituzionale che dal decreto presidenziale che ha indetto il plebiscito. Queste esprimono i principi fondamentali – già contenuti in tutte le Costituzioni cilene, così come in ogni Stato di diritto – che devono essere irriducibilmente presenti nella cosiddetta “pagina bianca” che sarà la base per la redazione della nuova Costituzione.¹⁵⁵ La legge 21.200 ha, infatti, previsto che “*el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (art. 135, c. 4).¹⁵⁶

Viene contraddetto, quindi, quanto teorizzato da Sieyès a proposito del potere costituente originario. Come è noto, questi riteneva il potere detenuto dall’Assemblea costituente, in quanto

¹⁵¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Costituzioni e costituzionalismo* in Diritto Pubblico comparato, G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, Giappichelli Editore, Torino, 2016, 150-151.

¹⁵² Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 121.

¹⁵³ Cfr. R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo..*, cit., 19.

¹⁵⁴ *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, cit.

¹⁵⁵ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco?..*, cit., 23.

¹⁵⁶ *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, cit.

rappresentante della Nazione, un potere sovrano, non vincolato da alcuna norma giuridica precedente. Da ciò deriva che un'Assemblea costituente deve ritenersi libera di stabilire, all'interno della Costituzione, l'idea di legge che ritiene adeguata senza subire alcun controllo o limitazione e svolgere, contestualmente, le funzioni dei poteri costituiti.¹⁵⁷ La tesi tradizionale, quindi, è che il potere costituente non incontra alcun limite giuridico ma, essendo un potere di mero fatto, ha solo quei limiti che il suo detentore riterrà di osservare. Invece, nell'ottica del costituzionalismo moderno e soprattutto all'interno del nuovo ordine mondiale, tracciato dalle Dichiarazioni internazionali dei diritti, vi sono dei limiti, rappresentati soprattutto dal rispetto dei diritti fondamentali e dal principio di sovranità popolare, che tendono a limitare il potere costituente.¹⁵⁸ È possibile affermare che in Cile si sia andati addirittura oltre tale visione in quanto, da una parte, la Convenzione agirà come un organismo incaricato dalla Costituzione vigente stessa e da essa limitato per alcuni aspetti e, dall'altra, sono stati previsti dei limiti sostanziali al contenuto del nuovo testo costituzionale, che dovrà contenere almeno quattro articoli ovvero sia il Cile è una Repubblica; è una democrazia; rispetta le sentenze esecutive; rispetta e promuove gli impegni assunti internazionalmente, vincolandosi a compiere i trattati internazionali vigenti e quelli che ha ratificato, non solo relativamente alla tutela dei diritti umani.

Il caso cileno, inoltre, mostra anche che, “se è vero che la via del “potere costituente” attraverso la rottura o la discontinuità costituzionale con il precedente regime è stata ed è nella prassi la via di gran lunga prevalente, è anche vero che talune costituzioni disciplinano espressamente la revisione totale della costituzione”¹⁵⁹ o che, come avvenuto in Cile, vengono modificate a tal fine, riportando il potere costituente nell'alveolo del potere costituente derivato¹⁶⁰.

12. Sul funzionamento della Convenzione

A proposito del contenuto che avrà la nuova Costituzione parte della dottrina ha parlato di “*hoja en blanco*”, accusando di poca lungimiranza gli attuali legislatori. A tal proposito è possibile sostenere che, in realtà, un contenuto minimo vi sia, ossia quello precedentemente illustrato previsto dal quarto comma dell'articolo 135. A tal proposito, però, appare opportuno evidenziare che, in base a quanto disposto dal primo comma dell'articolo 136 (*De la reclamación*)¹⁶¹, non è stata attribuita a nessun organo terzo la competenza a giudicare nel merito i lavori della Convenzione

¹⁵⁷ Cfr. H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad...*, cit., 436-437.

¹⁵⁸ Cfr. G. MORBIDELLI, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit., 153.

¹⁵⁹ *Ivi*, 152.

¹⁶⁰ Per il costituzionalismo classico la supremazia del potere costituente originario sui poteri costituiti è essenziale, poiché è radicato nella Nazione (Popolo) e si manifesta ogni volta che è necessario creare una nuova Costituzione. Il potere costituente derivato, invece, è stabilito dalla Costituzione stessa – che indica espressamente anche gli organi competenti della revisione costituzionale o della sua riforma – e, di solito, si manifesta attraverso la procedura di riforma stabilita dalla stessa Costituzione. (Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco?..*, cit., 10.)

¹⁶¹ “*En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración*” e “*ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo*”

Costituente e l'aderenza delle sue decisioni all'*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución* e alle leggi costituzionali emanate per la sua applicazione.

Secondo un'altra parte della dottrina, ad essere realmente una "pagina bianca" è la disciplina dei lavori della Convenzione che non si baserà su un testo previo, ma solo su poche regole fondamentali, stabilite dall'articolo 133 della Legge n. 21.200, intitolato "*Del funcionamiento de la Convención*"¹⁶², ossia: l'Assemblea si riunirà a giugno 2021, entro 15 giorni dall'entrata in vigore del decreto presidenziale che la convoca, in un luogo stabilito dal Presidente stesso o nella sede del Congresso (c. 1). Tale articolo, inoltre, sancisce che "*en su primera sesión, la Convención deberá elegir a un Presidente y a un Vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio*" (c. 2) e "*deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio*" (c. 3).¹⁶³ Quindi, oltre che per l'elezione del Presidente e del Vicepresidente, la regola basilica per il funzionamento della Costituente è quella del *quorum* dei 2/3, che non potrà in alcun modo essere sostituito, così come dovranno rimanere invariati le procedure e il funzionamento previsto per i suoi lavori (c. 4). Sulle motivazioni che hanno portato all'approvazione di tale maggioranza la dottrina non è concorde. Secondo alcuni, si tratta di un'eredità diretta dei lavori costituenti nordamericani ed è giustificata dal fatto che ogni Legge fondamentale, dato che determina le condizioni del patto sociale, deve riflettere il consenso più ampio possibile sulle linee guida per la convivenza politica, sociale ed economica.¹⁶⁴ Altri hanno messo in evidenza come tale decisione sia in linea con la consapevolezza, assunta in occasione dell'Accordo del 2019, di trovarsi in un momento costitutivo. I partiti di destra, infatti, non solo hanno appoggiato un referendum costituzionale, al quale si erano sempre opposti¹⁶⁵, ma hanno anche accettato di rinunciare al loro potere di veto unilaterale, sostituendolo con il veto reciproco implicito nella regola dei 2/3, chiaramente non per considerazioni legate all'ingiustizia insita nelle disposizioni precedenti, quanto per considerazioni prettamente politiche.¹⁶⁶ Il rischio implicito nella previsione di una maggioranza qualificata è quello di non riuscire a trovare un accordo su determinate materie di natura propriamente costituzionale. In tal caso è presumibile che queste saranno regolamentate, successivamente all'eventuale entrata in vigore della nuova Costituzione, dal Legislativo, in base alle procedure che saranno previste per l'applicazione del potere costituente derivato.

La legge n. 21.200 prevede, come anticipato, la possibilità di interpellare la Corte Suprema in caso di violazione delle norme procedurali applicabili alla Convenzione, contenute nella legge e negli accordi generali della Convenzione (art. 136, c. 1). A farlo dovranno essere almeno 1/4 dei membri dell'Assemblea costituente e a giudicare, entro 5 giorni, saranno cinque membri della Corte Suprema, estratti a sorte, in occasione di ogni ricorso (c. 2). La procedura per la presentazione e la risoluzione dei reclami sarà stabilita in un *Auto Acordado* adottato dalla Corte

¹⁶² Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 4.

¹⁶³ *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, cit.

¹⁶⁴ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco?...*, cit., 39-40.

¹⁶⁵ Per approfondire le posizioni sostenute dai partiti politici cileni, non solo appartenenti alla destra, prima dell'inizio dell'ultimo processo costituente si suggerisce l'articolo C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y "momento constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile* in *Revista Anales*, séptima serie, n. 10, 2016.

¹⁶⁶ Cfr. F. ATRIA, *Constituent Moment, Constituted Powers in Chile*, cit., 56.

stessa, che non sarà soggetta al controllo stabilito dall'articolo 93 della CPR (c. 3), e la sentenza, che potrà solo eventualmente annullare l'atto, dovrà essere emanata entro dieci giorni dalla presentazione della questione. Contro le decisioni di cui al presente articolo non è ammessa alcuna azione o ricorso. (c. 4).¹⁶⁷

Dato che la riforma costituzionale del 24 dicembre 2019 aveva lasciato in sospeso diverse questioni, sulle quali le parti non avevano raggiunto un accordo, il 24 marzo 2020, è stata emanata la legge n. 21.216 che ha introdotto tre disposizioni transitorie con l'obiettivo di stabilire regole speciali volte a disciplinare i requisiti per presentare candidature indipendenti e le modalità per garantire la parità di genere, sia nelle candidature che nella formazione dell'organo costituente. Per quanto riguarda l'elezione dei candidati indipendenti, è stato previsto che questi potranno presentarsi singolarmente, come indipendenti in liste partitiche o in liste formate da due o più candidati indipendenti, che saranno valide esclusivamente nel distretto elettorale in cui hanno dichiarato la loro candidatura. In particolare, la XXIX disposizione transitoria ha stabilito, al quarto comma, che *“cada candidato o candidata que conforme la lista, considerado individualmente, requerirá el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,4 por ciento de los que hubieren sufragado en el distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, con un tope de 1,5 por ciento por lista de quienes hubieren sufragado en el distrito electoral respectivo”*¹⁶⁸ prevedendo una percentuale di cittadini inferiore rispetto a quella prevista, per lo stesso tipo di candidature, dall'art. 13 della *Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios* (n. 18.700) pari allo 0.5%.¹⁶⁹ Al successivo comma è contenuto il rimando proprio a questa legge per quanto riguarda la dichiarazione e l'iscrizione delle liste formate da candidati indipendenti¹⁷⁰ e appare particolarmente problematica, data l'attuale pandemia dal Covid-19, la previsione, contenuta all'articolo 14 della legge n. 18.700, in base alla quale *“el patrocinio de candidaturas independientes deberá suscribirse ante notario por ciudadanos con derecho a sufragio que declaren bajo juramento o promesa no estar afiliados a un partido político legalmente constituido o en formación, y cuyos domicilios electorales registrados en el Registro Electoral correspondan al distrito o circunscripción senatorial, según se trate de elecciones de diputados o senadores. Será notario competente cualquiera del respectivo territorio”*¹⁷¹. Ciò, rappresenta un fattore significativo di disuguaglianza tra i candidati partitici e quelli indipendenti in quanto è presumibile, data l'attuale circostanza, che molti cittadini non si recheranno presso un notaio per consegnare la propria firma e questo potrebbe ulteriormente incrementare il naturale predominio che i candidati partitici avranno all'interno della Convenzione Costituente.

¹⁶⁷ Cfr. *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, cit.

¹⁶⁸ *Ley 21216 Modifica la Carta Fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una Nueva Constitución Política de la República*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia consultabile al seguente indirizzo <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143661>

¹⁶⁹ Cfr. *DFL 2 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n°18.700, Órgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia consultabile al seguente indirizzo <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108229>

¹⁷⁰ Cfr. *Ley 21216 Modifica la Carta Fundamental...*, cit.

¹⁷¹ Cfr. *DFL 2 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n°18.700...*, cit.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto regolamentato dalla legge 21.216 ossia la parità di genere¹⁷² è previsto che le liste dei partiti politici, dei patti elettorali o di quelli indipendenti, dovranno indicare, nell'ordine dei candidati in ogni circoscrizione elettorale, come primo nominativo quello di una donna seguito da quello di un uomo e mantenendo tale alternanza. Il sistema previsto per l'elezione della Convenzione è, quindi, orientato al raggiungimento della parità di rappresentanza tra uomini e donne per cui nei distretti con un numero pari di seggi si eleggerà un numero uguale di uomini e donne, mentre nei distretti con un numero dispari di seggi, non potrà risultare una differenza tra uomini e donne superiore ad un seggio.¹⁷³

È possibile affermare che le recenti riforme alla Costituzione cilena abbiano introdotto, nella Legge fondamentale, un nuovo concetto di rappresentanza, più complesso e attuale, che non si esaurisce nella concezione di rappresentanza politica¹⁷⁴ intesa come esistenza di un rapporto fiduciario tra rappresentante e rappresentato. Si sta facendo riferimento alla cosiddetta rappresentanza sociologica o descrittiva elaborata da Sartori, il quale ha sostenuto che “nel significato sociologico diciamo che qualcuno è «rappresentativo di» per dire che egli impersona talune caratteristiche esistenziali del gruppo, della classe, o della professione dalla quale proviene e appartiene.”¹⁷⁵ Secondo Sartori, nel caso della rappresentazione sociologica la caratteristica differenziale è la somiglianza, la coincidenza, l'*idem sentire* tra rappresentante e rappresentato per cui il metodo di designazione del rappresentante è accessorio. Dal momento che ciò che deve essere garantito è la somiglianza, il requisito fondamentale è che chi rappresenta sia rappresentativo, rispecchiando fedelmente (personificando) le aspirazioni o le singolarità del collettivo.¹⁷⁶ Elemento centrale della rappresentanza, quindi, non è solo l'autorizzazione o la responsabilità dei delegati di fronte agli elettori ma la somiglianza, sociologica appunto, tra rappresentanti e rappresentati.

In Cile si è deciso di applicare tale concezione in due momenti ossia quello che precede l'elezione, essendo prevista la parità nelle nomine, e nella distribuzione dei seggi e ciò renderà la Convenzione la prima Assemblea costituente a garantire la parità – tra il 45% e il 55% – di donne e uomini. Tale concezione della rappresentanza è stata a lungo applicata solo parzialmente in quanto, fino alla fine di dicembre, non era stata approvata una riforma che trasformasse in legge l'impegno assunto dalla classe politica di istituire seggi riservati alle popolazioni indigene, di cui, secondo il censimento realizzato nel 2017, si dichiara parte il 12,5 % della popolazione.¹⁷⁷ L'importanza di tale questione è evidente sia in quanto si tratta di una parte consistente della popolazione, le cui rivendicazioni sono state un elemento fondamentale dei movimenti sociali,

¹⁷² Per ulteriori approfondimenti è possibile fare riferimento all'articolo V. UNDURRAGA, *Engendering a constitutional moment: The quest for parity in the Chilean Constitutional Convention*, I•CON, vol. 18, n. 2., 466–470, 2020.

¹⁷³ Cfr. Ley 21216 *Modifica la Carta Fundamental.*, cit., Ministerio Secretaría General de la Presidencia consultabile al seguente indirizzo <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143661>

¹⁷⁴ Sul concetto di rappresentanza politica si rimanda a F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo* in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze University Press, 2006.

¹⁷⁵ G. SARTORI, *La rappresentanza politica* in BIBLIOTECA DEL SENATO “GIOVANNI SPADOLINI”, La lezione di Sartori. La rappresentanza politica, 2018, 11.

¹⁷⁶ Cfr. M. ZAFRA VÍCTOR, *El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori* in *Revista Española de Ciencia Política*, n. 39, novembre 2015, 43-66, 50.

¹⁷⁷ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 4.

sia in ottica comparativa sincronica. Infatti, negli ultimi trent'anni, in America latina sono state elaborate nuove Costituzioni, originali e innovative nel panorama comparato: dalla Costituzione "cittadina" del Brasile, del 1988, sino alla Costituzione "plurinazionale" della Bolivia, del 2009, passando per Colombia, Venezuela, Ecuador, nonché per le riforme di Argentina, Messico, Uruguay, Cile e Nicaragua.¹⁷⁸ Queste esperienze, per quanto sono state per diversi aspetti problematiche e sono sorte all'ombra del populismo latinoamericano, hanno "contribuito all'emersione effettiva delle nuove soggettività riconosciute dalle Costituzioni del trentennio, realizzando quel "giro decolonial", che ha significato appunto emancipazione dai condizionamenti oppressivi ed escludenti di un diritto di matrice coloniale e non autoctona".¹⁷⁹ Quanto appena affermato è particolarmente evidente in quello che è stato definito, dal giurista ecuadoregno Ramiro Ávila Santamaría, il *constitucionalismo andino*, risultante dalle recenti costituzioni di Ecuador e Bolivia, essendo caratterizzato dalla volontà di passare da una forma di Stato tradizionale, neoliberale, a uno Stato del *Buen Vivir*, con chiari riferimenti alla cultura indigena. Questo salto paradigmatico è evidente in quelle che possono essere definite le "originalità" contenute da queste Costituzioni ossia i riferimenti alla *Pacha Mama*, alla Plurinazionalità, alla Democrazia Comunitaria, alla Giustizia Indigena e all'Interculturalità.¹⁸⁰

Come anticipato, il 21 dicembre è stata promulgata la Ley 21.298 che ha previsto la presenza di 17 seggi per i popoli indigeni, in particolare: sette seggi per i Mapuche, due per gli Aymara e uno per ciascuno degli altri popoli (Rapa Nui, Quechua, Atacameño, Diaguitas, Collas, Kawéskar, Yaganes e Changos).

13. Conclusioni: prospettive future

Nonostante l'ampio accordo raggiunto sia in occasione dell'*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución*, il 15 novembre 2019, che per l'approvazione delle due leggi di riforma costituzionale (la Ley n. 21200 del 24 dicembre 2019 e la Ley n. 21216 del 20 marzo 2020), alcuni attori politici e analisti della destra ritengono che il cambiamento costituzionale non sia una risposta adeguata al malcontento sociale, che, piuttosto, dovrebbe essere affrontato attraverso politiche sociali, senza modificare la struttura politico-istituzionale del Paese. Secondo tali settori, la rivendicazione di una nuova Costituzione non deve essere ritenuta un'istanza della rivolta del 2019 ma una manovra delle élite politiche. Le principali cause del malcontento sociale, quindi, dovrebbero essere riconosciute nel rallentamento subito dall'economia negli ultimi anni e nella crisi di aspettative dei settori intermedi, che temono che la contrazione economica li riporti alla povertà, e non ad una critica strutturale della disuguaglianza e del modello neoliberale.¹⁸¹ Nonostante tali posizioni, il processo costituente cileno è ormai pienamente avviato e appare evidente, dato il

¹⁷⁸ M. CARDUCCI, *Costituzionalismo emancipatorio e "ciclo progressista" in America latina*, Dpce, Fascicolo 1, gennaio/marzo 2018, 107.

¹⁷⁹ *Ivi*, 121.

¹⁸⁰ Cfr. D. LASCARRO-CASTELLAR, J. MEJÍA TURIZO, *Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas* in Revista de la Facultad de Derecho, n. 46, gennaio/giugno 2019, 13.

¹⁸¹ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit, 4.

risultato del referendum di ottobre, la volontà della popolazione di avere una nuova Costituzione che, a differenza di quella attualmente in vigore, possa realmente essere, utilizzando le parole di Zapata Larraín, una *Casa de todos y todas*. Tale cammino è stato ostacolato, non solo dalle élite contrarie al cambiamento¹⁸², ma, come è stato illustrato nei precedenti paragrafi, anche dai limiti giuridici e istituzionali previsti per le riforme dalla “Costituzione di Pinochet”, dalla lealtà di alcuni settori politici e sociali verso quest’ultima e dalla diffidenza nei confronti di un nuovo processo costituente derivante dalle precedenti esperienze rientranti nell’alveolo del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Secondo parte della dottrina, infatti, accettando e promuovendo l’uso ricorrente di plebisciti e referendum¹⁸³, al fine di far progredire le agende politiche e sociali, il nuovo costituzionalismo latinoamericano ha innalzato a livello costituzionale una delle caratteristiche fondamentali del populismo ossia l’appello diretto dei leader alle masse per il raggiungimento dei propri obiettivi. In realtà, più che un elemento di questa ondata di costituzionalismo, appare opportuno considerare quanto appena affermato una sua possibile degenerazione, che si inserisce in un discorso più ampio e globale – che non può essere trattato in questa sede. Bisogna, inoltre, considerare che secondo il neocostituzionalismo il progresso democratico deve avvenire, non attraverso il rapporto diretto tra il leader e le masse ma nel quadro e nei limiti previsti dalla Costituzione.¹⁸⁴

Negli ultimi tre decenni, il Cile è rimasto ancorato al proprio assetto costituzionale e si è distinto per essere politicamente molto stabile. Alla fine, però, questa stabilità si è trasformata in rigidità e si è spezzata nel 2019. La crisi di legittimità e di fiducia in cui si trovava il sistema politico non poteva che essere superata da un atto collettivo che simboleggiasse il rinnovamento politico e che avesse lo scopo di creare una comunità.¹⁸⁵ Quanto le aspettative della popolazione cilena saranno soddisfatte dipenderà principalmente dalla misura in cui la Convenzione Costituente intenderà la sua funzione come esercizio del potere costitutivo del popolo per il popolo.¹⁸⁶

È presumibile sostenere, alla luce di quanto illustrato nel corso di questo articolo, che al centro dei dibattiti per la nuova Costituzione ci saranno temi quali il regime politico, il tipo di Stato, le forme di partecipazione politica e i diritti dei cittadini. In particolare, per quanto riguarda il regime politico, l’azione dei costituenti dovrebbe essere volta a moderare l’iper-presidenzialismo

¹⁸² Per approfondire le diverse posizioni assunte dagli attori politici in occasione del referendum costituzionale si può far riferimento al volume “*La casa de todos y todas. La Nueva Constitución que Chile merece y necesita*” (Ediciones UC, 2020) del giurista Patricio Zapata Larraín in cui tale tema è trattato, nello specifico, nel primo capitolo “*¿Quiere usted una Nueva Constitución? Apruebo o Rechazo?*” e a cui è dedicato un intero capitolo dal titolo “*El debate constituyente en Chile?*”.

¹⁸³ A proposito dell’incremento dell’utilizzo dello strumento referendario nelle democrazie contemporanee e delle problematiche che ne conseguono – nello specifico, riguardo ai referendum secessionisti svoltisi nel 1980 e nel 1995 nel Québec, al referendum indipendentista del Montenegro del 2006, a quello scozzese del 2014 e alle consultazioni popolari incostituzionali svoltesi in Catalogna nel 2014 e nel 2017 – si veda L. FROSINA, *Profili giuridici e aspetti problematici del referendum di secessione. Un’analisi comparata* in Nomos - Le attualità nel diritto, n. 3, settembre- dicembre 2017. “(..) è possibile osservare come nella fase attuale di piena crisi della politica e della democrazia rappresentativa, e finanche di delegittimazione delle istituzioni, si stia assistendo a una significativa espansione della democrazia diretta e, in particolare, della democrazia referendaria, di cui i referendum indipendentisti sono una delle tante espressioni. I referendum vengono utilizzati sempre più frequentemente per offrire un punto di snodo ai fenomeni e ai movimenti separatisti, al fine di risolvere conflitti territoriali e superare, così, eventuali situazioni di incapacità decisionale e/o di stallo politico-istituzionale che possono insorgere nei sistemi di democrazia rappresentativa”. L. FROSINA, *Profili giuridici..*, cit, 34.

¹⁸⁴ Cfr. R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo..*, cit., 20 e ss.

¹⁸⁵ Cfr. C. ZILLA, F. F. N. SCHREIBER, *The Constitutional Process in Chile..*, cit., 4.

¹⁸⁶ Cfr. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile’s Constitutional Awakening*, cit., 36.

attraverso la revisione delle norme che conferiscono all'Esecutivo l'iniziativa esclusiva in alcune materie, la gestione dell'agenda legislativa – attraverso la dichiarazione dello stato di emergenza e il potere regolamentare – anche in direzioni diverse da quelle indicate dalla legge, e il potere di veto. Anche la richiesta di moderare il centralismo politico, fiscale e amministrativo, dovrebbe essere un elemento di discussione. Per quanto riguarda, invece, la partecipazione politica, quanto già avvenuto per la regolamentazione della Convenzione Costituente e la profonda critica all'elitarismo delle istituzioni da parte della società civile, suggerisce che parte della discussione potrebbe essere incentrata sulla redistribuzione del potere e su misure di inclusione politica – in particolare, meccanismi di azione positiva per le donne, per le popolazioni indigene, per le persone con disabilità e altre categorie di cittadini emarginati – e su meccanismi di deliberazione e partecipazione popolare, vincolanti per le istituzioni. Infine, in relazione ai diritti, vi è già un intenso dibattito sulla possibilità di incorporare diritti sociali più solidi e applicabili, essendo una questione che è stata al centro delle mobilitazioni. Presumibilmente, la possibilità di fare progressi su questi temi dipenderà dalla distribuzione dei seggi tra membri indipendenti e membri partitici e quindi dalla capacità di raggiungere accordi tra le forze politiche e le organizzazioni della società civile. Infine, è possibile affermare che, data la composizione paritaria della Convenzione, è molto probabile che i dibattiti saranno segnati da un approccio di genere ed è auspicabile che, date le premesse, il dibattito costituzionale sia aperto alla cittadinanza e alla società civile organizzata, attraverso meccanismi non solo di divulgazione, ma anche di partecipazione.¹⁸⁷

Trattando ancora del possibile contenuto della nuova Costituzione, bisogna tener presente che nessuna Costituzione politica può essere separata dalla storia istituzionale del proprio Paese. Molte disposizioni attualmente vigenti in Cile risalgono, infatti, non solo al 1925 ma anche al 1833 e, addirittura, al 1828 e fanno parte del patrimonio costituzionale, definito da alcuni Costituzione storica. Diritti essenziali come il diritto alla vita, all'uguaglianza, al giusto processo, alla libertà di opinione, di movimento e di associazione, il diritto al lavoro e alla proprietà, solo per citarne alcuni, risalgono ai primi testi del 1812. Inoltre, difficilmente il nuovo testo costituzionale non prenderà in considerazione le risoluzioni della Corte Suprema, che nell'ultimo secolo e mezzo ha contribuito allo sviluppo dell'ordinamento cileno e alla tutela dei diritti sociali, e non prevedrà istituti come: il *recurso de protección* (1976), che mira a limitare gli abusi da parte dei singoli e dell'amministrazione e tutela i diritti fondamentali; la magistratura, guidata dalla Corte Suprema; la *Contraloría General de la República*, che dal 1927 emette pareri aventi ad oggetto gli atti dell'amministrazione ed è stata costituzionalizzata nel 1943; la Banca Centrale, creata nel 1925 e inserita in Costituzione nel 1980, che ha acquisito un ruolo essenziale per la stabilità monetaria; il Tribunale Costituzionale, istituito nel 1970 e indispensabile nella contemporaneità.¹⁸⁸

Infine, appare opportuno, per poter comprendere pienamente la portata innovativa del processo costituente in corso, analizzare, seppur concisamente, i processi che hanno portato alla nascita delle Costituzioni precedenti a quella del 1980. Per quanto riguarda le Costituzioni

¹⁸⁷ Cfr. C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 8-9.

¹⁸⁸ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco?...*, cit., 37 e ss.

storiche più rilevanti (1828, 1833, 1925) solo la Costituzione liberale del 1828¹⁸⁹, influenzata da un precoce ed effimero liberalismo democratico sotto l'influenza francese, americana e della Costituzione di Cadice, è stata frutto di un potere costituente originario democratico, per gli *standard* dell'epoca¹⁹⁰ che si manifestò attraverso una Convenzione appositamente designata per redigere la Carta fondamentale. Allo stesso modo, la Costituzione del 1833¹⁹¹ fu elaborata dalla cosiddetta Grande Convenzione, composta da venti cittadini e sedici deputati, e la sua stesura finale fu affidata a un comitato di redazione composto da sette membri.¹⁹² Questa Costituzione conservatrice, frutto del potere costituente delle forze armate e di un settore dell'oligarchia (*peluconomismo-estanquero*), fu concepita come una riforma alla costituzione del 1828, nonostante la presenza di una clausola che ne bloccava la revisione per otto anni. Anche la Costituzione del 1925¹⁹³ fu presentata come una riforma al testo costituzionale anteriore e fu il risultato di un potere costituente relativamente democratico, frutto formale di una sottocommissione di riforma designata dal Presidente Alessandri Palma. Nonostante tale testo fu ratificato in seguito ad un referendum, è necessario tenere in considerazione che ebbe luce per la pressione dell'esercito e aveva come obiettivo ristabilire l'autorità presidenziale e l'ordine. Per quanto riguarda, infine, la Costituzione del 1980, dalla nostra ricostruzione appare evidente che il suo processo di elaborazione non è stato democratico, per cui, in questo quadro storico costituzionale, l'unica esperienza che appare comparabile diacronicamente ad un'Assemblea costituente, seppure con enormi limiti, è il Congresso Costituente eletto per la discussione e l'approvazione della Costituzione del 1828. Così come avvenuto per il processo costituente in corso, il momento costituente ottocentesco non fu preceduto da una rottura, una rivoluzione o un crollo del sistema politico, ma al contrario si trattò di uno sforzo di liberalismo democratico per dotare lo Stato nazionale di una Costituzione "*racional normativa*".¹⁹⁴

Come si è cercato di mettere in rilievo nel corso di questa disamina, il processo costituente cileno è caratterizzato da numerose e notevoli peculiarità e per alcuni aspetti si tratta un *unicum* nel panorama comparativistico internazionale. Si è trattato di un percorso che non ha comportato una rottura, una guerra civile, una rivoluzione o un colpo di Stato, ma di una specifica riforma costituzionale che consentirà, se i cittadini lo vorranno, la sostituzione integrale della Costituzione del 1980. Inoltre, il fatto che l'organo costituente sarà integrato in modo paritario fa intravedere la volontà di ripensare, seppur in parte, la democrazia. A tale decisione, infatti, appare sottesa la visione, condivisa e generalizzata, di una democrazia che promuova l'uguaglianza di tutte le

¹⁸⁹ Per un quadro generale sulla Costituzione del 1828 si consiglia *Constituciones políticas. Constitución Política de la República de Chile* a cura della Biblioteca del Congreso Nacional de Chile reperibile al seguente indirizzo: https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/18432

¹⁹⁰ Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 144.

¹⁹¹ Per un quadro generale sulla Costituzione del 1833 si consiglia *Constituciones políticas y Actas constitucionales. Constitución de la República chilena, jurada y promulgada el 25 de mayo de 1833* a cura della Biblioteca del Congreso Nacional de Chile reperibile al seguente indirizzo: https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/17685

¹⁹² Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco?...*, cit., 13-14.

¹⁹³ Per un quadro generale sulla Costituzione del 1925 si consiglia *Constitución Política de 1925* a cura della Biblioteca del Congreso Nacional de Chile reperibile al seguente indirizzo: https://www.bcn.cl/ecivica_restringido/cconst

¹⁹⁴ Per un quadro più ampio e dettagliato non solo sulle Costituzioni storiche cilene ma anche sul processo di formazione dello Stato cileno, a partire dal periodo coloniale, e sul suo processo di democratizzazione si rinvia a A. R. HYBEL, *The Making of Flawed Democracies in the Americas. The United States, Chile, Argentina, and Peru*, Palgrave – Macmillan, 2020.

persone al di là del sesso, della classe sociale e dell'appartenenza etnica, non solo da un punto di vista formale, e l'idea di popolo non come entità astratta e omogenea ma concreta, espressione di una comunità diversificata e caratterizzata da necessità diverse.

Il processo costituente cileno appare, a chi scrive, un'enorme possibilità per il costituzionalismo contemporaneo e per la democrazia, il banco di prova per realizzare un assetto istituzionale e normativo che tuteli le minoranze, che promuova la parità e la giustizia sociale e che si inserisca in un contesto più ampio quale quello globale.

ABSTRACT

Il presente contributo si pone l'obiettivo di illustrare le motivazioni storiche e sociali che hanno portato la maggior parte della popolazione cilena ad esprimersi, il 25 ottobre 2020, a favore di una nuova Costituzione. La richiesta di una nuova Costituzione in Cile non è recente, ma affonda le sue radici nella sanguinosa dittatura militare di Augusto Pinochet, nella mai realmente compiuta transizione alla democrazia e, soprattutto, nella concessa *Constitución Política de la República de Chile* (CPR) del 1980, questioni che verranno esposte e chiarite nel corso di questo articolo. Inoltre, verrà illustrata l'evoluzione istituzionale e costituzionale cilena successiva alla fine della dittatura militare, evidenziandone le conquiste e le numerose criticità e, nella parte finale del suddetto contributo, dopo aver esposto gli eventi che hanno condotto al plebiscito del 25 ottobre, verranno analizzate la composizione e il funzionamento della futura Convenzione Costituente e la possibile evoluzione di questo percorso durato più di trent'anni.

The aim of this article is to explain and clarify the historical and social reasons behind the vote of the majority of the Chilean population in favor of a new Constitution. The demand for a new constitution has its roots in the past, more specifically in the dictatorship of Augusto Pinochet, in the missed Chilean transition to democracy and, above all, in the granted *Constitución Política de la República de Chile* (CPR) of 1980. The article will explore each one of these historical developments and more recent events that led to the plebiscite of the 25th October 2020. Furthermore, the article will describe the institutional and constitutional evolution of Chile following the end of the military dictatorship, its achievements and numerous criticisms. In the final part of the contribution the composition and functioning of the future Constituent Body and the possible evolution of these changes, that started thirty years ago, will be discussed.

PAROLE CHIAVE: processo costituente cileno, *Constitución Política de la República de Chile*, transizione democratica, Asamblea Costituente, *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

KEYWORDS: Chilean constituent process, *Constitución Política de la República de Chile*, democratic transition, Constituent Assembly, *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.



Scienza e dottrina giuridica, natura e cultura, musica e amicizia* Uno schizzo autobiografico di Peter Häberle, Bayreuth

Dalla data della mia nascita, il 13 maggio 1934, a Göppingen (Württemberg), quasi ai piedi del Kaiserberg “Hohenstaufen”, sono cresciuto in una famiglia colta, borghese e particolarmente amante della musica. Mio padre, il dottor Hugo Häberle, era un internista di successo, mia madre Ursula, nata Riebensahm, di discendenza ugonotta per via dei suoi nonni prussiani, si occupava, come si usava all’epoca, della casa, una grande casa aperta a molti ospiti, che venivano non solo dalla Svevia. Ricordo il giardino pubblico di fronte alle porte della città, che doveva servire da fonte di sostentamento, soprattutto durante la guerra: una grande fattoria coltivata, con numerosi alberi da frutto e arbusti, dove si allevavano molti animali, ovvero capre, conigli, galline e anatre (dalle 6.30 del mattino fino alle 7 di sera). Desideravo essere un contadino!

Nel 1940 mia madre morì dando alla luce mia sorella Ursula: una catastrofe per tutti e cinque i figli e per mio padre. Tutti noi fratelli suonavamo strumenti musicali, violino, flauto e pianoforte, frequentemente insieme. Fortunatamente, anche per noi, nel 1946 mio padre sposò una “nuova madre” affettuosa e colta. Nel frattempo, nel 1943, una seconda catastrofe colpì la nostra famiglia: mio fratello maggiore, Rolf, morì in Russia all’età di 20 anni. Quando arrivò la notizia della sua morte, vidi, per la prima volta, mio padre piangere. La seconda volta che non riuscì a trattenere le lacrime fu quando l’altro mio fratello, Manfred, tornò dalla guerra, con l’uniforme a brandelli ma sano (maggio 1945). In seguito sarebbe diventato un medico.

Anche io ho vissuto la guerra nel nostro prato: i cacciabombardieri americani sparavano sui contadini nei campi. Zone della città di Göppingen furono ridotte in macerie dopo due ondate di attacchi e tra le vittime ci furono stimati insegnanti di scuola. Noi bambini conoscemmo le forze di occupazione americane dal lato amichevole: i soldati americani ci viziavano con dolci (la carestia dopo la guerra fu grande). La *Amerike House* in città funzionò molto bene.

Già nel 1948, la mia nuova madre, Liesel, mi portò dalla mia insegnante di pianoforte, la signora Erika Alle, che era una pedagoga di talento. Lei mi fece conoscere da subito, ma gradualmente, R. Schumann, W.A. Mozart, F. Schubert, J.S. Bach e più tardi F. Chopin e M. Ravel. Questo gettò le basi per i concerti che, molto più tardi, tenni sia a Marburg, Augsburg e Bayreuth, che all’estero (ad esempio a Roma, Granada e Città del Messico). La mia insegnante più tardi aggiunse compositori come I. Stravinsky, D. Shostakovitch e S. Prokofiev. Da quel momento, iniziai ad ammirare la cultura russa, indipendentemente dal regime politico dell’epoca.

* La preparazione di questo schema mi è stata suggerita dal Professor F. Balaguer, al quale sono molto grato.

Al liceo Hohenstaufen di Göppingen sono stato fortunato: ricordo ancora con grande gratitudine degli eccellenti insegnanti. Tedesco, storia, latino e chimica, oltre alla musica, erano le mie materie preferite. Come punto culminante, feci l'esperienza di uno scambio scolastico con la Francia, che mi cambiò la vita. Un giovane francese venne a casa dei miei genitori a Göppingen nel 1952, e nella primavera del 1953, poco dopo il conseguimento del diploma (con il premio Scheffel), potetti soggiornare per un mese presso una distinta famiglia a Parigi e successivamente in Auvergne. È da questo periodo che deriva il mio attaccamento alla cultura francese, soprattutto alla sua musica (J.B. Lully, J.P. Rameau, H. Berlioz, C. Debussy) e alla sua lingua (solo l'italiano è ancora più musicale, G. Gabrieli, A. Vivaldi e D. Scarlatti, così come V. Bellini, G. Verdi e G. Puccini non potevano che essere italiani!).

Il passo verso l'Università lo avrei fatto a Tubinga (nel semestre dell'estate del 1953), la città di F. Hölderlin (e di G.W.F. Hegel). Mi concentrai subito sugli studi giuridici. A quel tempo, però, non notai colleghi che erano già grandi, come ad esempio O. Bachof e G. Dürig, ma notai T. Eschenburg, al cui seminario di scienze politiche ebbi il coraggio di tenere una lezione sul sistema di governo in Francia. Nel 1954 mi trasferì volontariamente a Friburgo/Br (dove viveva mio fratello maggiore). La città del sud del Baden, con la sua meravigliosa cattedrale e le sue vecchie strade, mi affascina ancora oggi. La vicinanza alla Foresta Nera, l'apertura alla Svizzera e ai Vosgi costituivano un privilegio per il giovane studente. La Facoltà di Giurisprudenza fiorì in quel periodo. Bisogna menzionare per il diritto penale H. H. Jescheck, per il diritto civile F. v. Hippel, per la filosofia del diritto Erik Wolf. Partecipai a quasi tutti i seminari che venivano offerti, compreso quello del politologo A. Bergstraesser, uno dei grandi esperti di Goethe. Naturalmente, il punto più alto sarebbe stato il seminario di K. Hesse. Nel 1956 tenne la sua famosa conferenza inaugurale (*La forza normativa della Costituzione*) e iniziò a costruire, quella che R. Herzog chiamò più tardi, la "Scuola di Friburgo". Rimasi impressionato dalla struttura del suo pensiero, specialmente dalle sue sessioni di seminario. Senza una parola di troppo, combinando la nobiltà teorica e la vicinanza al caso concreto. Ero affascinato, soprattutto, dal suo modo di pensare "costituzionalmente". R. Smend e H. Heller erano i classici del Seminario di Hesse. I seminari del fine settimana nella Foresta Nera furono molto stimolanti. C'erano studenti che poi sono diventati professori, come A. Hollerbach¹. Un successivo seminario, sul tema del finanziamento dei partiti statali (E 20, 56)², ci portò al BVerfG di Karlsruhe. In quella occasione ascoltammo l'allora "giurista ufficiale" della SPD, A. Arndt, in veste di avvocato. Un altro viaggio ci portò a Berna, al seminario dell'allora famoso professore di diritto costituzionale svizzero H. Huber, con le giovani promesse R. Bäumlín e J. P. Müller, che poi diventarono colleghi.

Trascorsi un solo semestre invernale (1955/56) a Bonn, spinto dall'interesse per la politica. C'erano nientemeno che i due professori di diritto costituzionale U. Scheuner e E. Friesenhahn. Andavo spesso al Bundestag come uditore. Successivamente, studiai, per circa cinque mesi, a Montpellier (1956/1957) come borsista del governo francese. Il preside della facoltà di diritto, G. Péquignot, mi fece conoscere l'opera del grande giurista M. Hauriou – e ciò, successivamente,

¹ Del suo lavoro recente, vorrei menzionare: A. HOLLERBACH, *Öffentliches Recht an der Universität Freiburg in der frühen Nachkriegszeit, Aus Anlaß des 100. Geburtstags von Konrad Hesse am 29. Januar 2019*, Mohr Siebeck, 2019.

² Cfr. P. HÄBERLE, *Unmittelbare staatliche Parteienfinanzierung unter dem GG, JuS 1967*, pp. 64 e ss.

ebbe conseguenze positive per la mia tesi di dottorato. Nel 1957 superai il mio primo esame di stato di diritto. Poi, con l'appoggio della *Studienstiftung des Deutschen Volkes*, iniziai a lavorare sul tema che avevo scelto per la mia tesi di dottorato con K. Hesse, che sarebbe poi diventato giudice della Corte Costituzionale Federale³: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*⁴. Fu completato nel 1961 e poi apparve in tre edizioni (1962, 1972, 1983). Le traduzioni estere seguirono, decenni dopo, in Italia⁵, Spagna⁶ e Perù⁷ (1993/1997/2003).

Completai la mia pratica forense nella zona di Friburgo. Grazie ai buoni voti degli esami, potei scegliere le “tappe”: il miglior notaio della Foresta Nera, il ben gestito ufficio distrettuale di Emmendingen (i compiti erano, per esempio, la stesura di uno statuto cimiteriale e la stesura delle allocuzioni) e soprattutto l'eccellente giudice di prima istanza a Waldkirch, Dr. G. Mall, così come la sezione civile della Corte regionale superiore di Karlsruhe a Friburgo. Allo stesso tempo, nel novembre 1961, accettai il posto di assistente di ricerca di H. Ehmke, che era appena stato nominato Professore all'università (mi aveva letteralmente “recuperato” da Amburgo, dove ero un avvocato tirocinante nell'ufficio del procuratore minorile). Anche il seminario di Ehmke era attraente (Cfr. il mio ricordo di H. Ehmke in JöR 66, 2018, pp. 487-493). Viaggiammo in Israele (1962) insieme ai componenti del Seminario, a Bonn, di E. Friesenhahn, allora giudice costituzionale. Fu probabilmente il primo viaggio di giuristi provenienti dalla Germania. Fummo ricevuti con grande ospitalità. Nella lontana terra d'Israele ci furono momenti commoventi, per esempio al lago di Tiberiade e al Mar Rosso (in quel periodo, Gerusalemme non era ancora accessibile).

La pratica forense, che apprezzai in quanto prova della prassi in tutta la sua diversità, durava, in quel periodo, tre anni e mezzo. Nel 1964 superai il temuto secondo esame di stato a Stoccarda, che in Germania mi qualificava per diventare giudice (il Ministero degli Interni del Baden-Württemberg mi offrì un posto di funzionario, immediatamente dopo l'esame orale). Prima di allora (1962) avevo trascorso un semestre stimolante all'Istituto di Scienze Amministrative di Speyer. Lì incontrai, ad una conferenza, il grande sociologo A. Gehlen e partecipai anche ad uno dei suoi seminari. Rimasi molto colpito dalla sua erudizione e dal suo intuito.

Già nel 1965, il percorso verso il lavoro di abilitazione iniziò a Friburgo. Scelsi il tema “L'interesse pubblico come problema giuridico”. H. Ehmke, che insieme a K. Hesse, mi incoraggiò e guidò bene, mi dedicò un tempo adeguato. Sfortunatamente, Ehmke entrò in politica a Bonn già nel 1967, dove avrebbe poi avuto successo come ministro federale durante W. Brandt. L'approvazione del lavoro di abilitazione e la sua presentazione alla facoltà di Friburgo il 1° febbraio 1969 furono un successo. Il testo appare, nella sua prima edizione, nel 1970 mentre la seconda edizione è stata pubblicata nel 2006⁸, terminò in poco tempo, fino ad essere oggi disponibile come e-book (molti anni dopo, sono tornato scientificamente alla problematica del

³ Su di lui, Cfr. P. HÄBERLE- M. KILIAN - H.A. WOLFF (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2. Aufl. 2018, pp. 1039 y ss.

⁴ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG.*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962, 1972, 1983

⁵ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carrocci Editore, 1993

⁶ P. HÄBERLE, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, 2003

⁷ P. HÄBERLE, *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial PUCP, 1997

⁸ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, Mohrsie Beck, 1969, 2006

bene comune, soprattutto alla “giurisprudenza del bene comune”). Subito dopo la presentazione del lavoro alla facoltà di diritto di Friburgo, ebbi l'onore di ricevere un invito dall'Università di Tubinga per sostituire, per due semestri, il grande professore di diritto costituzionale G. Dürig⁹. Il suo Commentario alla Legge fondamentale, in particolare riguardo l'articolo 1 GG, rimane, tutt'oggi, un testo classico, anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale.

La fortuna della prima cattedra arrivò qualche mese dopo. Le chiamate da Marburg e Mannheim arrivarono quasi contemporaneamente, all'inizio dell'estate del 1969. Un po' impreparato e ingenuo, decisi per Marburgo. La meravigliosa città, il famoso castello, le rive del Lahn e i bellissimi dintorni mi attirarono con la loro magia. Certo, non sapevo che, a Marburgo, la generazione del '68 aveva causato molti conflitti e disordini. Alcune lezioni furono gravemente interrotte, altre furono mantenute, come mi era già successo, nel breve semestre estivo del 1969, come supplente di G. Dürig a Tubinga – dove ebbe origine la mia amicizia con il grande professore di diritto civile J. Esser e con G. Dürig. Io stesso, in seguito, ebbi difficili discussioni con gli studenti di Marburgo (anche come decano, dal 1974 al 1976). Tuttavia, il mio seminario rimase sereno.

Ci sono anche cose positive da menzionare: alcuni studenti molto aggressivi lessero e studiarono molto, non solo Karl Marx, Lenin e Mao; erano molto motivati e animavano le lezioni. Naturalmente, ci fu spesso un conflitto di lealtà tra il mio legame con i miei colleghi, da una parte, e il mio interesse pedagogico per gli studenti, dall'altra. I piacevoli seminari del fine settimana con accompagnamento musicale, per esempio a Dörnberg (Assia settentrionale), rimasero tranquilli. Molto presto fui avvicinato da studenti di talento, che ora sono professori affermati e persino emeriti, e che hanno anche discepoli di successo: H. Schulze-Fielitz, M. Morlok e I. Pernice. La casa dei genitori di Pernice a Marburgo, accanto alla mia casa, nella parte alta della città, ebbe un atteggiamento amichevole con me. Abbiamo avuto molti concerti di musica a casa.

Gli anni a Marburgo furono scientificamente produttivi anche in retrospettiva. Potei concepire la “Società aperta degli interpreti costituzionali” (1975)¹⁰, un'idea, ancora oggi, audace; successivamente trasferii questa idea alla “società aperta dei costituenti” a livello globale (2014)¹¹. In precedenza, molto presto nella mia carriera, potei tenere una relazione alla riunione del 1971 della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* a Regensburg, i cui temi chiave erano: “i diritti fondamentali nello Stato sociale”, “il diritto del welfare” e “la protezione dei diritti fondamentali attraverso il processo” (*status activus processualis*). Traduzioni del documento di Ratisbona sono state pubblicate, quasi 50 anni dopo, in Perù e in Brasile.

Nonostante le turbolenze del 1968, fui in grado di riprendere la tradizione dei concerti in casa a Marburgo, per la gioia generale dei miei colleghi e studenti. Un punto culminante del seminario fu la conferenza del famoso G. Burdeau dalla Francia, con il suo successivo contributo in JöR 32 (1983), p. 1 e successive: “Alternance et continuité”. Anche K. Hesse e sua moglie accettarono il mio invito a Marburgo e furono festeggiati con un concerto in casa (1975). Con il civilista H. G. Leser e la sua famiglia mantenni una grande amicizia fino alla sua morte. Ha lavorato in modo

⁹ Su di lui, Cfr., *Juristische Vignette zum 100. Geburtstag von Günter Dürig*, in *Zeitschrift für Lebensrecht*, 29, 2020, pp. 145 e ss.

¹⁰ P. HÄBERLE, *Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, JSTOR, 1975

¹¹ P. HÄBERLE, *Offene Gesellschaft der Verfassungsgeber*, JSTOR, 1990

particolarmente intenso sul diritto comparato, con particolare attenzione agli Stati Uniti e al Giappone. Era uno studioso della vecchia scuola.

Nel 1972 ricevetti una chiamata a Bochum. A quel tempo, la Facoltà di Giurisprudenza aveva molti talenti, come E. Schmidt-Aßmann e H. U. Erichsen. Ma alla fine rifiutai la chiamata. La Germania del nord mi era troppo estranea, per quanto attraente sarebbe stata la vicinanza ai Paesi Bassi e alla Gran Bretagna. La morte di mio padre nello stesso anno colpì profondamente me e i miei fratelli. Fortunatamente, l'amicizia iniziata a Bochum con la coppia Schmidt-Aßmann (poi a Heidelberg) continua ancora oggi.

Il periodo successivo ad Augusta durò dal 1976 al 1981. Dire addio a Marburg fu più difficile di quanto pensassi. Inizialmente sono stato attratto dalla famosa Freie Reichsstadt Augsburg e dal suo bellissimo centro storico e, naturalmente, dallo spirito della famiglia Mozart. Presi un appartamento nel centro della città, ma cominciai a sentire la mancanza della natura, che amo così tanto. Sfortunatamente, l'università era alla periferia della città. La Facoltà di Giurisprudenza, però, era giovane e dinamica. Potei tenere le mie apprezzate lezioni per le matricole e organizzare un seminario. Diedi anche lezioni all'*Hochschule für Politik* (1978/80). Tuttavia, il clima alla Facoltà di Giurisprudenza di Augsburg era offuscato perché due colleghi erano in competizione tra loro nell'elezione a Rettore dell'università. Passando ad un altro tema, fu un onore per me essere il nuovo co-editore dell'AöR. Per decenni sono stato informalmente responsabile della sezione "notizie sui libri". Particolarmente degna di nota in quel periodo fu la visita di amici e colleghi svizzeri di Berna: P. Saladin e J. P. Müller. In un seminario congiunto affrontammo la lotta per una nuova costituzione federale per la Svizzera (parola chiave: "revisione totale", su cui si sarebbe poi basato il mio lavoro in FS Maurer, 2001). La mia espressione "*Werkstatt Schweiz*" (1990), la Svizzera come laboratorio o officina, dice tutto.

Scientificamente, scoprii il tema della "cultura" già durante il mio soggiorno ad Augusta. Mi fu d'ispirazione per la preparazione di un discorso per il tradizionale "Festival della Pace di Augusta": *Kulturpolitik in der Stadt - ein Verfassungsauftrag* (La cultura politica nella città - un mandato costituzionale, pubblicato come libro nel 1979)¹² - così come *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat* (Diritto costituzionale culturale nello Stato federale, 1980)¹³ originariamente scritto per una conferenza universitaria a Innsbruck. Un altro argomento era la *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung* (Giurisprudenza costituzionale commentata, 1979)¹⁴, una raccolta delle mie rassegne delle decisioni della Corte Costituzionale Federale, che ho mantenuto per molti anni. Era in preparazione anche l'antologia *Verfassung als öffentlicher Prozess* (La Costituzione come processo pubblico, 1978; 2a edizione 1996; 3a edizione 1998)¹⁵. Il mio trattato *Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft* (Il diritto ecclesiastico dello Stato come diritto religioso della società costituita, 1976)¹⁶ suscitò molte polemiche. Oggi vedo alcune cose più chiaramente: la stessa "legge

¹² P. HÄBERLE, *Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag*, Decker & Müller, 1979

¹³ P. HÄBERLE, *Kulturböhe im Bundesstaat—Entwicklungen und Perspektiven*, Archiv des öffentlichen Rechts, JSTOR, 1999

¹⁴ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Bad Homburg, 1979

¹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Dunker e Humboldt, 1978, 1996, 1998

¹⁶ P. HÄBERLE, *Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft*, DÖV, 1976

della chiesa di Stato” tedesca ha ancora senso, ma il quadro generale deve essere il “diritto costituzionale religioso” che include, per esempio, i trattati dello Stato con la comunità ebraica o musulmana così come la legislazione dell’UE in materia. Nel frattempo, il termine “diritto costituzionale religioso” si è stabilito nella letteratura ed è diventato indipendente dall’autore (*Tulit alter honours*). Anche il mio concetto di “riserva parlamentare” (1972) è diventato comune.

Devo anche il concetto di *Möglichkeitsdenkens* (*Pensare alle possibilità*, 1977) al mio periodo ad Augusta. Infine, gettai le basi per il volume parallelo alla *Kommentierten Verfassungsrechtsprechung* (*Giurisprudenza costituzionale commentata*), cioè l’antologia *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft* (*Scienza del diritto costituzionale commentata*, 1982)¹⁷, che apparve già nel periodo di Bayreuth. Attualmente, la cultura della recensione giuridica in Germania è, purtroppo, in declino (quali sono le ragioni? mancanza di perseveranza per una lettura coscienziosa?) L’idea di uno “Stato costituzionale cooperativo” nacque già nel 1978 (FS Schelsky), previamente considerata come un contributo al dibattito nella riunione della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* a Basilea (1977). Il volume *Die Verfassung des Pluralismus* (*La costituzione del pluralismo*, 1980)¹⁸ fu pubblicato un po’ più tardi e sono già state realizzate diverse edizioni all’estero.

La strada per Bayreuth si aprì con una chiamata all’università che vi era appena stata fondata (1981), che fu costruita in modo esemplare, soprattutto grazie al mio collega e amico dei tempi di Marburgo, W. Schmitt Glaeser. Quasi contemporaneamente ricevetti una chiamata a San Gallo, che fece molto scalpore all’epoca: un professore di diritto costituzionale tedesco, svevo, in Svizzera! Fu una decisione difficile per me. San Gallo era ed è attraente, sarei stato più vicino ad amici svizzeri come P. Saladin e J.P. Müller e più tardi D. Thürer, E. Kramer e J. N. Druey; ma sarei dovuto rimanere in Svizzera permanentemente e persino acquisirne la cittadinanza. Perciò, con rammarico, rifiutai San Gallo ma successivamente riuscii a convertire la chiamata per la Cattedra di Diritto Pubblico in una cattedra permanente di filosofia del diritto¹⁹ (in seguito fui nominato “senatore onorario” dell’Università). Oggi sono ancora un membro della molto attiva associazione svizzera dei professori di diritto costituzionale.

Da Bayreuth viaggiai a San Gallo ogni due settimane per tre giorni nel semestre estivo. Da allora è rimasto il collegamento con la Svizzera – anche grazie ad una fondazione di San Gallo, presieduta da B. Ehrenzeller. Ammiro l’umiltà e la diversità di un paese apparentemente piccolo, così come la natura “pragmatica” del diritto costituzionale svizzero, a cui si fa spesso riferimento. Ho osservato l’arte del potere costituente in molte nuove costituzioni cantonali, compreso il progetto privato Kölz/Müller (1984), e, infine, nella costituzione federale del 1999. Come redattore del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, potei documentare ripetutamente la “*Werkstatt Schweiz*”²⁰, ma anche nella Svizzera stessa, per esempio nella *Neue Zürcher Zeitung* e nella *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (fino al 2017). Allo stesso modo nel JöR documentai i *Textstufen in*

¹⁷ P. HÄBERLE, *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, Dunker e Humboldt, 1982

¹⁸ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts, 1980

¹⁹ v. P. HÄBERLE, *Rechtsphilosophischen Nebenstunden*, in *St. Gallen, Cfr. Kleine Schriften*, Dunker e Humboldt, 2002, pp. 328 e ss

²⁰ v. P. HÄBERLE, *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene*, JöR 34, 1985, pp. 303 e ss.

österreichischen Landesverfassungen (livelli testuali nelle costituzioni dei Länder austriaci, JöR 54, 2006). Presto apparve il mio *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* (Il diritto comparato nel campo di forza dello Stato costituzionale, 1992).

Ma mi sto anticipando. Prima di tutto, era importante adattarsi bene alla piccola Bayreuth. Questo funzionò (nonostante Richard Wagner, “l’eterno Bach” e “il divino Mozart” siano ancora la misura della musica). La mia casa era ed è in campagna, a pochi passi dall’Università. La facoltà di “Diritto ed Economia” era giovane e dinamica, e a quel tempo ancora gestibile. Il professor Schmitt Glaeser riuscì ad attirare diversi professori affermati a Bayreuth, come il noto giuslavorista W. Gitter. La mia conferenza inaugurale fu sul tema: “*Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*” (*I preamboli nel testo e nel contesto delle costituzioni*, FS Broermann, 1982). Le conferenze inaugurali sono un genere specifico della letteratura accademica. Possono delineare programmaticamente piani di ricerca futuri: per i preamboli costituzionali, per esempio, l’idea che siano culturalmente analoghi a prologhi, preludi e aperture; linguisticamente vicini al cittadino; che siano festosi e che elaborino o formulino il passato, il presente e il futuro. Mi occupai ripetutamente dei problemi del linguaggio (specialmente nelle costituzioni) (per esempio nel 1989 e nel 1990, e più recentemente al primo Colloquio della Fondazione nell’Università di San Gallo, nel 2005).

La mia attività accademica a Bayreuth incluse la apprezzata “conferenza per le matricole” per gli studenti del primo anno (la iniziai con le parole: “Avete scelto la più bella carriera del mondo, mi congratulo con voi”). Potei anche continuare a Bayreuth il mio seminario, che andava avanti da anni. Diedi lezioni di *Diritti fondamentali*, saltuariamente di *Diritto amministrativo generale*, *Diritto locale*, *Filosofia del diritto* filosofia del diritto e, occasionalmente, “Diritto dello Stato ecclesiastico”. Il seminario era ed è un’istituzione permanente durante ogni semestre, fino ad oggi nel 2020, aperto a studenti di tutti gli anni, dottorandi e dottori di ricerca. Tra i partecipanti, dei precedenti anni, ci sono l’ultimo presidente della Corte Costituzionale Federale, A. Voßkuhle, e l’attuale giudice federale Dr. M. Herr, che è stato un mio studente di dottorato. Diversi membri successivi del Bundestag e alti funzionari, così come avvocati di successo, sono stati spesso studenti per molti semestri nel mio seminario (ad esempio C.CH. Dressel, 1970), che è stato arricchito da viaggi a “Karlsruhe” e alla Corte di Giustizia di Lussemburgo, così come alla Corte Costituzionale bavarese a Monaco. Il seminario è stato e rimarrà una parte fondamentale della mia attività scientifica. In esso i miei nuovi approcci scientifici sono messi alla prova, contribuendo ad ispirare pedagogicamente giovani studenti. Naturalmente, questo funziona esclusivamente come un evento in presenza. Il mio seminario è esistito come un’istituzione permanente fino ad oggi (da 50 anni ormai), e ora continua insieme al professor M. Kotzur, che a tal fine fa il lungo viaggio da Amburgo e dal suo Europa-Kolleg alla piccola Bayreuth.

Dalla piccola Bayreuth intensificai i miei contatti con l’estero, in ampiezza e apertura (per citare F. Hölderlin), una dialettica personale e gratificante. Posso identificarmi con questa Bayreuth fino ad oggi²¹. Il *Bayerische Verdienstorden* (2007) appartiene a questo contesto – in giusto equilibrio con l’Ordine al Merito “Grande Ufficiale” della Repubblica Italiana (1996) e la *Österreichischen*

²¹ Cfr. P. HÄBERLE, *Die europäische Stadt – Das Beispiel Bayreuth*, in *BayVBl.* 2005, pp. 161 e ss.

Ehrenzeichen für Wissenschaft und Kunst I. Klasse (2010). L'appartenenza a diverse accademie nazionali e straniere (Heidelberg, Monaco, Salisburgo e Cordoba in Argentina) deve essere menzionata come segno della mia gratitudine. Soprattutto, mi hanno arricchito le riunioni interdisciplinari dell'Accademia Bavarese delle Scienze di Monaco.

In questa piccola e apparentemente remota Bayreuth, potei sperimentare la felicità della riunificazione tedesca (1989) in un modo speciale. Quella che per decenni era stata la “zona di confine” si è trovata improvvisamente nel cuore della Germania grazie all'apertura della frontiera. Con i miei studenti di seminario, ho anche partecipato alle famose manifestazioni del lunedì a Lipsia (autunno 1989). L'entusiasmo della gente era grande ovunque, nelle strade e in tutto il paese, quasi euforico. Dopo la caduta del muro di Berlino, il famoso violoncellista M. L. Rostropovich eseguì la Suite per violoncello n. 2 di Johann Sebastian Bach al Checkpoint Charlie. Un'opera classica trasmessa in televisione a Berlino. Un abitante del posto dava delle banane ai tedeschi dell'Est che arrivavano con la Trabant. L'accesso finalmente libero a Weimar e Lipsia, per esempio, è stato un evento culturale che ci ha reso tutti felici. I colleghi e gli studenti della Germania meridionale probabilmente non hanno avuto l'opportunità di godere di cose così positive.

Io stesso ho lavorato per la riunificazione²² come membro di una commissione del Consiglio della Scienza che doveva valutare le università della Germania dell'Est. In alcuni casi, questo è stato un compito umanamente difficile (per esempio, con sorpresa di tutti, un collega svizzero ha riconosciuto un collaboratore della Stasi in un professore della Germania Est che lo aveva spiato a Zurigo). Più tardi ho tenuto corsi introduttivi sul sistema giuridico della Germania occidentale al castello di Thurnau. Il compito di valutare le università era complicato, perché non si poteva affermare che tutto ciò che le persone avevano accumulato nelle loro biografie personali nel corso dei decenni fosse falso e senza valore. Richiedeva tatto e empatia. H. Kohl, il “cancelliere dell'unità”, che sarebbe stato poi ingiustamente ridicolizzato, ha giustamente previsto “paesaggi in fiore”. In effetti, esistono oggi, anche se molte delle difficoltà di allora sembrano essere ora in primo piano e il lavoro della “Treuhand” in materia economica è giustamente criticato (parola chiave: “liquidazione”). Nella JöR ho potuto documentare e commentare le costituzioni dei nuovi Länder (Cfr. JöR 41,1993; 42,1994; 43,1995). Allo stesso tempo, ho pubblicato sui processi di sviluppo degli ex stati socialisti²³. La documentazione precisa dei testi costituzionali è indispensabile per la teoria dello sviluppo graduale dei testi

Guardando indietro, ho lavorato scientificamente su tre linee fondamentali senza poter fornire, di seguito, una “biografia” dettagliata del lavoro (gli inizi, sotto forma di garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali dal 1962 - a quel tempo era nuova la teoria del “carattere duale” dei diritti fondamentali e la necessità di modellare tutti i diritti fondamentali, così come la mia relazione alla riunione della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* a

²² Anche scientificamente, attraverso il mio lavoro P. HÄBERLE, *Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands – Ein wissenschaftlicher Diskussionsbeitrag im Vormärz 1990*, JZ 1990, pp. 358 e ss. Con il progetto della costituzione della “tavola rotonda” della RDA, si può reperire la documentazione in JöR 39, 1990, pp. 319 e ss.

²³ Documentazione di progetti costituzionali e costituzioni degli ex paesi socialisti europei e asiatici in JöR 43, 1995, pp. 105 e ss.; 44, 1996, pp. 321 e ss.; 45, 1997, pp. 177 e ss.; 46, 1998, pp. 123 e ss.

Regensburg, nel 1971, *Diritti fondamentali nello stato sociale*, lo *status activus processualis* e il tentativo di strutturare la dimensione della partecipazione sono menzionati almeno tra parentesi):

In Europa, sotto forma di teoria costituzionale europea, come prima linea fondamentale: *Europäischen Verfassungslehre*. La prima edizione è stata pubblicata quasi contemporaneamente al mio pensionamento (2001/2002, 7a edizione 2011²⁴, 8a edizione insieme a M. Kotzur, 2016²⁵). È stato preceduto da *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1991) - il successivo “*ius commune americanum*” (2003, Città del Messico)²⁶ è una formulazione parallela - e il volume *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien* (1999). Volli mantenere il titolo di “*Europäische Verfassungslehre*”. Lavori più piccoli, per esempio su “*Europäische Öffentlichkeit*” (Spazio pubblico europeo, 2000)²⁷, “*Europäische Gemeinwohl*” (*Bene comune europeo*, 2002) furono già presentati come conferenze a Berlino e nel Liechtenstein e poi pubblicati. Il modello del giurista europeo come “servitore della legge” è parte di questo. Thomas Mann già aveva parlato dell’Europa come “comunità culturale” e della “Germania europea”. Una sua teoria è quella dell’UE come “comunità costituzionale” (2001). In questa comunità, la Legge fondamentale tedesca è solo una costituzione parziale (2001). Più recentemente, ho definito la scienza giuridica europea come una scienza culturale (2017). Il mio libro sulla *Europäische Rechtskultur* (*Cultura giuridica europea*, 1994)²⁸ è oggi un luogo comune. Un discorso speciale (2003) è stato dedicato ai vari progetti di costituzione dell’UE, come in precedenza al “*nationalen Europaverfassungsrecht*” (*Diritto costituzionale europeo nazionale*, 1995), cioè alle clausole europee nelle costituzioni nazionali o negli statuti regionali.

L’approccio degli studi cultural-scientifici è la seconda linea fondamentale, basata sulla *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (*Dottrina costituzionale come scienza culturale*, 1° edizione, 1982, 2° edizione, 1998²⁹). La cultura è diventata il tema della mia vita. Il razionalismo critico di Popper (1902 - 1994) può quindi essere affrontato in termini di contenuto. Attualmente, tutto questo non è così nuovo come lo era quasi 40 anni fa. Molti altri autori parlano ora anche di “cultura costituzionale”, di “costituzione come cultura” o di “cultura della costituzione”. Ci sono anche fondazioni dedicate alla cultura giuridica³⁰. Per me, natura e cultura (quest’ultima come “seconda creazione”) sono legate tra loro, ma anche diritto e cultura (i diritti specifici della natura, come in Ecuador, non sono più un’utopia oggi). Non esiste una “libertà naturale”, ma solo una libertà culturale. La citazione “*Natura artis magistra*” è pertinente. Ricordiamo anche il detto di Goethe: “la natura e l’arte sembrano fuggire l’una dall’altra e ritrovarsi prima che sia percepibile” - Goethe divenne un “*Hausgott*” (“dio domestico”) in giovane età. Ho anche cercato di comprendere il

²⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011

²⁵ P. HÄBERLE – M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, 8., aktualisierte und erweiterte Auflage, 2016

²⁶ P. HÄBERLE, *México y los Contornos de un Derecho Constitucional Común Americano: Un Ius Commune Americanum*, in *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Peter Häberle and Markus Kotzur, traduzione a cura di Héctor Fix-Fierro, UNAM, 2003

²⁷ P. HÄBERLE, *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit? Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. Dezember 1999*, De Gruyter, 2000

²⁸ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Nomos, 1994

²⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker und Humblot, 1998. Tradotta in spagnolo (*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, 2000), in italiano (*Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, 2001) e in giapponese (in: *Kobe Law Journal*. Vol. 50, No. 4, März 2001).

³⁰ La antologia P. Häberle, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, 1982, segna la lunga storia dello sviluppo del tema attraverso la riflessione di molti autori.

federalismo e il regionalismo dalla prospettiva della scienza culturale (1996/97): come esempio di pluralismo culturale, la separazione verticale dei poteri è solo un aspetto parziale.

La Svizzera in particolare vive le tre manifestazioni della cultura nel diritto: cultura popolare, culture alternative e alta cultura (del vero, del buono e del bello), che è già espressa nella costituzione bavarese del 1946 (art. 131, par. 2). Qui l'alta cultura è mostrata insieme al "senso di responsabilità per la natura e l'ambiente", in un emendamento costituzionale, come base della vita nel contesto degli scopi educativi³¹. Si può parlare di "mezzi di sussistenza culturali", della cui importanza si è più che mai consapevoli in questo periodo di pandemia globale di coronavirus. Esperienze comunitarie specifiche sono possibili solo nella cultura vissuta (funzioni religiose, serate teatrali, concerti, cinema, festival).

Seminari congiunti nel Liechtenstein con G. Batliner, il suo ex capo di governo, mi insegnarono ad apprezzare il "piccolo" a Vaduz (metà anni 80). Da ciò nasce una teoria costituzionale sui piccoli stati (1997) e sul "territorio statale" (1993). Osai fare un'incursione diretta nella "bella letteratura" con il libricino *Das Grundgesetz der Literaten* (*La legge fondamentale degli scrittori*, 1983)³². Il saggio *Zeit und Verfassung* (*Tempo e Costituzione*, 1974³³, Lima 2017), così come la formulazione della connessione interna tra dignità umana e democrazia pluralista (1987) raggiungono una prospettiva filosofica. Infine, realizzai alcune incursioni nel tema "riferimenti a Dio" (1987), così come le utopie (1987), "*Musik und Recht*" (*Musica e Diritto*, JÖR 60 (2014) e il tema *Poesie und Verfassung* (*Poesia e Costituzione*, JÖR 65, 2017).

La terza linea fondamentale è stata ed è il confronto culturale costituzionale (1982), che talvolta raggiunge una dimensione globale. Ho tentato questo finalmente negli "studi preliminari" di una teoria costituzionale universale del 2013: *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur* (*Lo stato costituzionale cooperativo - dalla cultura e come cultura*), nel libro *Die Kultur des Friedens* (*La cultura della pace*, 2017)³⁴ e nell'*Afrikanischen Verfassungs- und Lesebuch* (*Costituzione e libro di letture africane*, 2019)³⁵. Da segnalare anche la piccola monografia *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat* (*La cultura della memoria nello stato costituzionale*, 2011)³⁶. Il libro *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*³⁷, rappresentò una nuova prospettiva per comprendere il diritto processuale costituzionale come diritto costituzionale concreto (1976/2014) fu una nuova prospettiva, così come l'idea di descrivere la Corte costituzionale federale della Germania come un "tribunale cittadino" (1997). I *Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (*Metodi e principi dell'interpretazione costituzionale*, 2000)³⁸ furono una questione ricorrente.

Le tre linee o aree tematiche che ho delineato si sovrappongono in molti modi e sono state possibili solo dopo che altri temi parziali erano stati esplorati. Possiamo citare la tesi del contesto

³¹ Cfr. P. HÄBERLE, *Erziehungszielen und Orientierungswerten im Verfassungsstaat*, una precoce monografia del 1981.

³² P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz der Literaten: der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der schönen Literatur*, Nomos, 1983

³³ P. HÄBERLE, *Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis*, JSTOR, 1974

³⁴ P. HÄBERLE, *Die »Kultur des Friedens« - Thema der universalen Verfassungslehre.: Oder: Das Prinzip Frieden*, Dunker e Humboldt, 2017

³⁵ P. HÄBERLE, *Afrikanischen Verfassungs- und Lesebuch*, Dunker e Humboldt, 2017

³⁶ P. HÄBERLE, *Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat*, Dunker e Humboldt, 2019

³⁷ P. HÄBERLE, *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht — im Spiegel der Judikatur des BVerfG*, JSTOR, 1976

³⁸ P. HÄBERLE, *Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation - ein Problemerkatalog*, Revue européenne de droit public = European review of public law = Eur. Zeitschrift des offtl. Rechts = Rivista europea di diritto pubblico, ISSN 1105-1590, Vol. 12, N° 3, 2000,

(1979), il diritto comparato come “quinto” metodo di interpretazione (1989, un articolo di frequente citazione) e il paradigma dello sviluppo dei livelli testuali (1989)³⁹, con la differenziazione dei livelli testuali nei paesi in via di sviluppo (1990). Una breve osservazione sulla tesi del contesto (1979), sviluppata in più occasioni⁴⁰ e compresa oggi attraverso la seguente precisazione, come: “interpretazione attraverso il pensiero riflessivo”, illuminando le connessioni, con l’arricchimento reciproco di testo e contesti e il confronto costituzionale come scienza del contesto (2007). A proposito dei *Klassikertexte im Verfassungsleben* (*Testi classici nella vita costituzionale*, 1981, Brasilia, 2016) si può dire che i testi classici sono testi costituzionali in senso lato e la loro analisi da questa prospettiva è molto produttiva. È opportuno segnalare anche il piccolo testo *Das Menschenbild im Verfassungsstaat* (*L’immagine dell’uomo nello Stato costituzionale*), che ha raggiunto quattro edizioni in 20 anni (1988/2008). Infine, va notato il tentativo di interpretare il contratto intergenerazionale come un contratto sociale concepito nel tempo (1998) e di vedere l’invecchiamento e l’età delle persone come un problema dello stato costituzionale (1993) e di classificare l’economia sociale di mercato come una “terza via” (1993).

Questi approcci sono stati sviluppati in una serie di monografie che sono state gradualmente elaborate: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (*Le garanzie dei giorni festivi come elementi di identità culturale dello Stato costituzionale*, 1987)⁴¹, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (*La domenica come principio costituzionale*, 1988/2006)⁴², *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* (*Inni nazionali come elementi di identità culturale dello stato costituzionale*, 2007/2013)⁴³, *Nationalflaggen, bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole* (*Bandiere nazionali, elementi di identità civica democratica e simboli di riconoscimento internazionale*, 2008)⁴⁴. Cercai anche di utilizzare questo approccio culturale del diritto comparato in relazione a singoli paesi come Croazia (1991), Ucraina (1996), Kenya (2010), Georgia (JöR 58, 2010), Argentina (JöR 60, 2012) e Tunisia (2014). Lo stesso vale per la Svizzera (per esempio JöR, 40, 1997) e per i piccoli Stati (1993). Anche in relazione alla “Primavera Araba” e alla “Carta cinese 08” (entrambe in JöR 60, 2012), forse troppo ottimisticamente, ma ormai parte della mia precomprensione scientifica e ancora oggi indispensabile.

In tutto questo, sono stato aiutato dal fatto che, come successore di G. Leibholz (1901 - 1982), divenni l’editore del *Jahrbuchs des öffentlichen Rechts* dal 1983. Potei commissionare articoli specifici, pubblicare buoni manoscritti inviati e promuovere giovani talenti. Nella JöR fondai due nuove sezioni (dopo una lunga lotta con la casa editrice di Tubinga): *La dottrina del diritto costituzionale negli autoritratti* – con contributi, per esempio di W. von Simson (1908), uno dei miei mentori di Friburgo: *Lo Stato come esperienza*, JöR 32, 1983, pp. 31 e seguenti, più tardi di T. Oppermann e W. Schmitt Glaeser – così me “Profili di giudici” – per esempio, T. Ritterspach: “H. Höpker Aschoff, il primo presidente del BVerfG”, JöR 32, 1983, pp. 55 ss.. Smisi di editare il JöR,

³⁹ P. HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, FS Partsch, 1989, pp. 555 e ss.

⁴⁰ Per esempio: P. HÄBERLE, *Die Verfassung im Kontext*, in D. THÜRER e altri (a cura di), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001, pp. 17 e ss.

⁴¹ P. HÄBERLE, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Dunker e Humboldt, 1987

⁴² P. HÄBERLE, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip* (*La domenica come principio costituzionale*, Dunker e Humboldt, 1988

⁴³ P. HÄBERLE, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Dunker e Humboldt, 2007

⁴⁴ P. HÄBERLE, *Nationalflaggen, bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, Dunker e Humboldt, 2008

volontariamente per fortuna, in occasione del mio 80° compleanno nel 2014, dopo 30 anni. Mi sono succeduti cinque colleghi come co-editori. D'altra parte, il premio Max Planck per la ricerca assegnatomi nel 1998 rese possibile, con l'aiuto dell'Università di Bayreuth, fondare la *Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht* (Centro di ricerca per il Diritto costituzionale europeo) e di continuarla fino ad oggi.

Attraverso i viaggi e la cooperazione accademica, per esempio come *visiting professor*, mi sono progressivamente aperto ai seguenti paesi: Italia dal 1983 al 2002 (quasi ogni anno a marzo, come ospite dell'Istituto Goethe di Roma e come *visiting professor* in una delle tre università; più recentemente sono diventato membro dell'associazione italiana dei costituzionalisti). Spagna dalla metà degli anni '80 ad oggi, soprattutto a Granada. L'anfrizione ideale è ancora F. Balaguer con la sua "nuova scuola di diritto costituzionale" a Granada – con discepoli molto bravi come, per esempio, M. Azpitarte, J. M. Porrás, Augusto Aguilar e E. Guillén e colleghi come G. Cámara Villar (1953) –, così come la sua rivista; degna di nota è anche la creazione della Fondazione P. Häberle a Granada, nel 2011; così come il Dottorato *Honoris Causa* di Granada che ho ricevuto nel 2000. A Roma, fino ad oggi, ho sviluppato un'amicizia molto stretta e solida con A. A. Cervati, A. D'Atena, P. Ridola, F. Lanchester e A. Schillaci. Vari colloqui e congressi sono stati tenuti in mio onore e di questo sono molto grato. A Torino, ho avuto l'opportunità di conoscere e apprezzare Jörg Luther, come "italiano tedesco". La sua morte improvvisa nel marzo 2020 ha gettato tutta la nostra cerchia internazionale di amici in un profondo dolore. J. Luther proveniva da Marburgo e divenne professore di diritto costituzionale in Italia. Abbiamo fatto alcuni viaggi accademici molto piacevoli, per esempio a Marburgo, Spira e in Brasile. Per ultimo, ma non meno importante, eravamo uniti dalla musica: J. Luther era un violoncellista di prima classe. Abbiamo dato piccoli concerti insieme a Granada, Catania e Torino.

Devo il mio rapporto con la Grecia, oltre alla mia conoscenza con P. Dagoglou, all'amicizia con D. T. Tsatsos ad Atene, il "greco tedesco", che ha idealmente collegato la Germania con la Grecia nella sua persona – analogamente a W. Skouris. Ho ricevuto il mio primo Dottorato *Honoris Causa* a Salonico (1994). In precedenza, avevo tenuto conferenze ad Atene e Salonico negli anni '80. D.T. Tsatsos era un "genio dell'amicizia" che venne persino a Bayreuth per la mia conferenza d'addio nel 2002 (il tema era: "la scienza giuridica come stile di vita") così come K. Hesse con sua moglie e ospiti illustri dall'Ucraina, Italia, Spagna e altri paesi. La ricongiunzione con Montpellier grazie a un congresso tenuto lì in mio onore nel 2014 è stata toccante – A. Viala/S. Pinon –. Il ponte con il Portogallo grazie ai colleghi J. Miranda, J.J.G. Canotilho e V. Pereira ha anche dimostrato di essere scientificamente e umanamente molto fermo.

Alla fine avvenne il "salto" in America Latina. La scintilla iniziale fu la traduzione della mia opera: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (La società aperta degli interpreti costituzionali, 1975)⁴⁵ di G. Mendes (1955) (1997), che sarebbe poi diventato un importante magistrato e presidente del Supremo Tribunale Federale del Brasile. Questa impostazione, per esempio, ha fornito un supporto teorico all'istituto brasiliano dell'"*amicus curiae*". Più tardi ho potuto sviluppare un'amicizia scientifica con I. Sarlet (Porto Alegre) e M. A. Maliska (Curitiba). Da allora,

⁴⁵ P. HÄBERLE *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, JSTOR, 1995

molti dei miei libri e articoli sono stati tradotti e pubblicati, soprattutto in Brasile, ma anche in Perù e Colombia (per esempio *La constitución como cultura*, Bogotá, 2002). Il conferimento, in Brasile, dell'ordine “*Cruzeiro do Sul*” (2011) nel suo più alto grado, è stata una gioia straordinaria. Va menzionata anche la monografia su di me di R. C. Amaral (*Peter Häberle e a Hermenêutica Constitucional*, 2004)⁴⁶ e il libro pubblicato in mio onore (2019) che ha co-editato con C. P. Biagi e A. P. Gontijo. Recentemente ho sviluppato un rapporto di amicizia con la professoressa M. R. Santiago a San Paolo. Lei si prodiga molto per la ricezione delle mie teorie in Brasile. Qual è la ragione di questo eco amichevole? Forse il mio approccio scientifico-culturale?

Non meno rilevante è stato ed è il mio legame personale e accademico con l'illustre e nobile professore di diritto costituzionale D. Valadés a Città del Messico. Grazie a lui, è stata pubblicata in Messico una raccolta di interviste scientifiche (dalla Croazia al Messico passando per Romania, Perù, Argentina e Spagna)⁴⁷. Il premio internazionale Fix-Zamudio dell'Università Nazionale Autonoma del Messico (2014) è stato un riconoscimento e un sostegno inaspettato per il centro di ricerca di Bayreuth.

L'intervista scientifica è un genere particolarmente utile della letteratura scientifica. Si è sviluppato soprattutto all'estero e permette una conversazione più libera con accenti molto personali e idee spontanee (“prove e errori”). Sono sempre stato molto felice di potermi esprimere in questo modo. Dal mio punto di vista, la monografia è tuttora il genere letterario scientifico più importante. Purtroppo, sta diventando sempre più raro per molti professori tedeschi di diritto costituzionale nei loro ultimi anni (manca il “terzo libro”). Il “pubblica o perisci” porta a un'abbondanza di piccoli saggi e contributi a colloqui. Il mio desiderio: *L'università tedesca non deve morire* (2007) è ancora valido.

Le relazioni con l'Argentina non sono meno strette. Sono incentrate su professori di Buenos Aires: R. G. Ferreyra e G. Zaffaroni. Il primo ha anche fondato un seminario permanente di grande successo che è regolato da un proprio statuto. Ai margini di questo “cerchio sacro” ho anche ricevuto un Dottorato *Honoris Causa* dall'Università statale di Buenos Aires (2009). È stata appena pubblicata un'edizione latinoamericana del mio libro *Die Kultur des Friedens* (*La cultura della pace*). Tra le mie opere minori alcune sono state dedicate alla libertà delle arti e delle scienze (1985) e anche allo “sport” (1993).

Ho una lunga amicizia con il Perù grazie a D. G. Belaunde e al suo discepolo C. Landa a Lima (devo loro un Dottorato *Honoris Causa* della *Pontificia Universidad Católica del Perú* a Lima, 2002). Il Prof. Landa ha trascorso quasi un anno come “humboldtiano” presso la mia Cattedra a Bayreuth. Più recentemente ho incontrato un dottorando di grande successo: Jorge Luis León Vásquez. Rappresenta la nuova generazione di latinoamericani, per così dire, e ora insegna come professore a Lima. La sua Tesi di Dottorato è degna di nota: “Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo. Una contribución a la teoría de Peter Häberle sobre la jurisdicción

⁴⁶ R. CAIADO AMARAL, *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*, Imprenta: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2004

⁴⁷ D. VALADÉS (a cura di), *Conversaciones Académicas con Peter Häberle*, Mexico, 2006; versione portoghese, Brasília, 2008; 2° edizione, 2017, Messico. È possibile reperire alcune interviste anche in: *Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis*, 2016, p. 263 e ss., così come in W. GRAF VITZTHUM (a cura di), *Kleinen Schriften*, 2002, pp. 375 e ss.

constitucional como *función social* y el derecho procesal constitucional como *derecho del pluralismo y la participación*”, 2016. È stato diretto dal Prof. M. Kotzur ad Amburgo.

Potei visitare altri due continenti in un’occasione: l’Africa e il Giappone. In Sudafrica tenni anche conferenze nelle università per persone di colore durante il periodo della segregazione razziale (1981). In Giappone fui docente invitato a Tokyo (1999) e una raccolta di miei saggi ebbe due edizioni (2000/2006); c’è già una buona “letteratura derivata”, anche in Corea del Sud. Prima di ciò, due giovani professori giapponesi hanno fatto un soggiorno di ricerca a Bayreuth come invitati: T. Hatajiri e N. Inoue (conoscevo già il famoso professore di diritto costituzionale H. Kuriki di Friburgo). Oggi sono legato al Sudafrica attraverso lo scambio scientifico con H. Botha (Università di Stellenbosch), che soggiornò durante il mio ultimo semestre estivo a Bayreuth (2002).

Fortunatamente, non trascurai completamente l’Europa dell’Est⁴⁸. In Estonia collaborai al processo costituente⁴⁹, così come in Polonia (a Varsavia e Poznan⁵⁰). Anni dopo l’*“annus mirabilis 1989”*, un viaggio in Ucraina mi ha portato a Kiev e poi in Georgia. A Tbilisi ho ricevuto il mio ultimo Dottorato *Honoris Causa* (2009). Ho ancora buoni contatti con l’allora rettore dell’Università G. Khubua di Tbilisi, e più tardi con B. Cantaria, anche lui della Georgia. Lo stesso vale per il Prof. Z. Posavec a Zagabria (Croazia). In un’occasione ha invitato tutti i membri della mia Cattedra e gli studenti del mio Seminario a Dubrovnik (compreso il Prof. Kotzur). Le visite annuali al mio insegnante K. Hesse⁵¹ a Friburgo e i viaggi con la coppia K. e I. Hesse in Svizzera e in Francia (Borgogna e Parigi) erano sempre il momento più rilevante dell’anno (dal 1969 al 2005).

In tutto questo, non ho dimenticato di due compiti: da un lato, la formazione degli studenti di dottorato e post-dottorato. A questi ultimi si aggiunse A. Blankenagel di Monaco. A Bayreuth maturarono nel seminario gli odierni docenti L. Michael (Düsseldorf) e M. Kotzur (Amburgo) e più recentemente l’attuale professore J. J. Vassel (Düsseldorf). Tutti i miei discepoli mi hanno superato nei loro rispettivi campi. La responsabilità di formare giovani ricercatori (anche in “lezioni di prova”) è tanto bella quanto grande per un professore tedesco (*Cfr. Lettere pedagogiche*, 2011). Bisogna rendere loro giustizia sotto ogni aspetto, ma anche trasmettere la propria scienza come modello, specialmente l’arte di lavorare nel campo della ricerca di base. Inoltre, è importante dare loro l’opportunità di pubblicare prima di preparare il loro lavoro di abilitazione. Come insegnante, si è responsabili almeno fino a quando il candidato è nominato professore per la prima volta in un’altra università. Chiaramente, frequentemente si deve lavorare duramente per questa nomina: attraverso un alto livello di impegno e prendendo sul serio le relazioni personali.

D’altra parte, è importante coltivare l’appartenenza alla prestigiosa *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, che è una specie di “casa” per uno come me. Quando vi entrai nel 1969 (prima

⁴⁸ *Cfr.* P. HÄBERLE, *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa*, *AöR* 117, 1992, p. 169 e ss.

⁴⁹ *Cfr.* alcuni tentativi provvisori e specifici del progetto di costituzione dell’Estonia, P. HÄBERLE in *JöR* 43, 1995, pp. 170 ss. (anche in P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, pp. 693 e ss.).

⁵⁰ *Cfr.* Alcuni principi di politica costituzionale per configurare la “capacità europea” della Polonia, in P. HÄBERLE, *Die Verwaltung*, 28, 1995, pp. 249 e ss. (anche in P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996/1998, pp. 738 e ss.; così come in P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 305 e ss.).

⁵¹ *Cfr.* K. HESSE *Ausgewählten Schriften*, 1984, HOLLERBACH E P. HÄBERLE (a cura di)

conferenza a Berna), conobbi, con il dovuto rispetto, i grandi dell'epoca, come U. Scheuner e P. Lerche, anche H. H. Rupp (con cui divenni, successivamente, membro del consiglio direttivo)⁵². L'allora ancora piccola cerchia di colleghi aveva una sorta di atmosfera familiare, anche se a volte ci furono anche discussioni aspre. Colleghi rinomati come U. Scheuner erano soliti iniziare la discussione; la loro corretta impostazione da parte del rispettivo presidente era ed è un'arte in sé. Nei miei scritti ho preso molto presto e volentieri in considerazione discorsi eccezionali di altri. Negli anni '70, la disputa tra scuole (C. Schmitt/R. Smend/H. Heller/H. Kelsen) era ancora latente, e si percepivano alcuni antagonismi di parte. Entrambi si sono un po' sbiaditi oggi e si sono ritirati in secondo piano. In relazione a questo tema, H. Schulze-Fielitz scrisse l'importante libro "*Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*" (2013)⁵³.

Infine: come scienziato bisogna riconoscere i propri limiti (stiamo "sulle spalle dei giganti" e quindi vediamo un po' più lontano). Per quanto riguarda il genere dei commenti, contribuì solo una volta a un commentario, in Svizzera (commentario all'art. 6 della Costituzione federale svizzera)⁵⁴.

Non senza orgoglio devo menzionare i numerosi Seminari e Colloqui onorari che mi sono stati dedicati nel corso della mia vita accademica. Il primo fu in Svizzera: a Disentis (Grigioni) in occasione del mio 60° compleanno (1994) sotto la direzione di T. Fleiner (1938) con molti romani come ospiti – come A. A. Cervati, A. D'Atena, P. Ridola e il presidente del Tribunale di Roma A. Baldassarre. Erano presenti anche P. Saladin, J.P. Müller e K. Hesse. Gli atti del Congresso sono stati pubblicati in T. Fleiner-Gerster (ed.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft* (La società multiculturale e multietnica, 1995)⁵⁵. Il 65° compleanno è stato seguito da un colloquio a Baden-Baden, organizzato dalla casa editrice Nomos, che ha portato al libro: M. Morlok (ed.) *Die Welt des Verfassungsstaates* (2001)⁵⁶. Il 70° compleanno è stato segnato dalla pubblicazione commemorativa spagnola *Derecho constitucional y cultura* (a cura di F. Balaguer, 2004)⁵⁷ e la pubblicazione commemorativa tedesca *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag* (2004)⁵⁸ presentata a Wissenschaftskolleg zu Berlin, dove ho soggiornato durante il 1992/1993 (un anno molto stimolante al quale devo la monografia *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*⁵⁹, 1995, che è stata tradotta in cinque lingue). Il mio 75° compleanno mi regalò il volume *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht, Späte Schriften* (La comparazione costituzionale in prospettiva europea e cosmopolita, ultimi scritti, 2009)⁶⁰ a cura di M. Kotzur e L. Michael. Infine, per il mio 80° compleanno, ho ricevuto un'altra pubblicazione

⁵² Cfr. P. HÄBERLE, *Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung* in FS H. Maier, 1990, pp. 327 e ss.; E FS Tsatsos, 2003, pp. 164 e ss.

⁵³ H. SCHULZE-FIELITZ, *Schulze-Fielitz, H: Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 2013

⁵⁴ B. EHRENZELLER e altri (a cura di) *Die Schweizerische Bundesverfassung*, 2002, 3ª edizione del 2014, pp. 155 e ss.

⁵⁵ T. FLEINER-GERSTER (a cura di), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, Fribourg: Institut du Fédéralisme, 1995

⁵⁶ M. MORLOK (a cura di), *Die Welt des Verfassungsstaates*, Nomos, 2001

⁵⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, 2004

⁵⁸ A. BLANKENNAGEL - P. HÄBERLE - I. PERNICE - H. SCHULZE-FIELITZ - K. MARKUS (a cura di), *Verfassung Im Diskurs Der Welt: Liber Amicorum Für Peter Häberle Zum Siebzigsten Geburtstag: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, 2004

⁵⁹ P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Nomos, 1995

⁶⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht, Späte Schriften*, Dunker e Humboldt, 2009

commemorativa (a cura di A. Blankenagel: *Den Verfassungsstaat nachdenken. Eine Geburtstagsgabe* (2014)⁶¹ così come un e-book sul congresso tenutosi a Lisbona (*O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*, a cura di V. Pereira e F. Balaguer, 2015⁶²; nel 2007 avevo ricevuto un *Dottorato Honoris Causa*). L'“album” curato da F. Balaguer (*Peter Häberle. Ein Portrait*, 2014)⁶³ fu qualcosa di molto speciale. Ora stanno per essere pubblicati gli Atti del colloquio di Amburgo (2019), organizzato in modo esemplare da M. Kotzur e F. Balaguer. I libri commemorativi, ai quali ho dedicato un articolo specifico (“*Festschriften im Kraftfeld ihrer Adressaten*” AöR, 1980) erano e rimarranno un argomento scientifico a sé stante e non devono essere lasciati morire.

Le amicizie scientifiche – per esempio con H. Maier e M. Stolleis, P. Cruz Villalón, A. López Pina, E. Mikunda e H. Maurer, così come W. Graf Vitzthum e quelli menzionati anteriormente – sono la più grande felicità per un ricercatore. Combinano la dimensione personale e quella oggettiva in un modo unico: il compito di una “eterna ricerca della verità”. Se ci sono elementi artistici, sia nello stile linguistico che nell'esecuzione congiunta di pezzi musicali (per esempio con L. Michael come violinista e con J. Luther a Torino come violoncellista, così come con H. Hofmann come violoncellista al Congresso di Konstanz nel 1982), la felicità è completa. Quante volte ho potuto vivere tutto questo! Non posso esprimere la mia gratitudine a parole. Alla mia età, ogni giorno di realizzazione è un regalo (questo vale anche per le traduzioni dei miei testi in più di 15 lingue, più recentemente in arabo e inglese: M. Kotzur, ed., *Peter Häberle on Constitutional Theory*, 2018)⁶⁴ La ricezione di scritti costituzionali in altri sistemi costituzionali (“migrazioni”) richiede una formulazione teorica specifica, ad esempio la designazione di “mediatori della ricezione” come i tribunali e i colleghi accademici, così come l'elaborazione dei diversi contesti. Nessun testo senza contesto! Ho trattato la questione degli elementi di un “modello di ricezione giuridica” in un articolo pubblicato su *Juristenzeitung* nel 1992.

I “giorni di realizzazione” sono necessari per un progetto finale: strutture di una teoria costituzionale universale. Grazie alla giurisprudenza universale, come sta emergendo in tutto il mondo, per esempio nei tribunali internazionali e nel canone dei metodi giuridici. Anche nell'incorporazione dei principi generali del diritto nel diritto internazionale, quest'ultimo inteso come “diritto costituzionale dell'umanità” con le sue costituzioni parziali, e il grande potenziale del modello di stato costituzionale cooperativo per unire la prospettiva scientifico-culturale. Il valore costituzionale fondamentale “umanità” è una base “ultima” di validità del diritto internazionale. Metodologicamente, è necessario un moderato ottimismo, il “principio di speranza” anche qui, come precomprensione culturale ottimista. Per alludere a Hegel, le costituzioni parziali sono da intendersi come “il loro tempo catturato nel pensiero”. Si tratta delle seguenti aree:

⁶¹ A. BLANKENAGEL (a cura di), *Den Verfassungsstaat nachdenken. Eine Geburtstagsgabe*, Dunker e Humboldt, 2014

⁶² V. PEREIRA, F. BALAGUER (a cura di), *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*, Instituto de Ciências jurídico-políticas, 2014

⁶³ F. BALAGUER (a cura di), *Peter Häberle. Ein Portrait*, Aranzadi, 2014

⁶⁴ M. KOTZUR (a cura di), *Peter Häberle on Constitutional Theory: Constitution As Culture and the Open Society of Constitutional Interpreters*, Nomos, 2018

- Culture del preambolo (diritto nazionale, regionale, internazionale) - il loro linguaggio specifico e il loro potere normativo.
- Lo spazio pubblico (nazionale, regionale, internazionale) dall'attuale stato di natura "selvaggia" delle reti sociali fino allo stato culturale regolato.
- Il canone delle fonti del diritto (parole chiave: pluralismo delle fonti del diritto, il loro *numerus apertus*, 1997).
- Principi generali del diritto (nazionale e internazionale).
- I diritti umani come diritti dell'umanità in tutte le loro molteplici dimensioni conosciute, compreso lo *status corporativus* (1989), cioè il lato collettivo dei diritti fondamentali. Cfr. l'articolo 19.3 della Legge Fondamentale, l'articolo 2 della Costituzione italiana ("formazioni sociali") e l'articolo 9.2 della Costituzione spagnola ("gruppi").
- Il diritto costituzionale della pace, nei suoi aspetti internazionali, europei e nazionali - la cultura della pace.
- Diritto costituzionale culturale (nazionale e globale), per esempio la protezione nazionale e universale dei beni culturali e dei simboli come le bandiere e gli inni, così come la diversità linguistica.
- Scopi educativi (universali e nazionali), per esempio pace, democrazia e ambiente. Parole chiave: principi costituzionali "come" obiettivi educativi.
- Una dottrina costituzionale del lavoro umano come cultura.
- L'economia, intesa strumentalmente come al servizio delle persone e della loro dignità, elementi dell'economia sociale di mercato.
- La salute come bene pubblico e privato.
- Il cambiamento climatico come una tematica delle costituzioni nazionali e del diritto internazionale.
- Le giurisdizioni indipendenti come elementi della separazione dei poteri (nazionale, regionale e universale).
- La responsabilità di tutti per "un solo mondo" soprattutto in tempi di pandemia di coronavirus.

Il "diritto costituzionale nazionale mondiale" esiste già in modo selettivo (analogamente al diritto costituzionale nazionale europeo, art. 23 LF): per esempio nel Preambolo, nell'art. 1.2 e negli artt. da 24 a 26 della LF, negli artt. 10 e 11 della costituzione dell'Italia, nell'art. 7 della costituzione del Portogallo, nel preambolo costituzionale della Spagna e nel preambolo della costituzione federale della Svizzera (1999): "rafforzare l'indipendenza e la pace con solidarietà e apertura al mondo". Fa parte della visione del mondo dello Stato costituzionale. Le percezioni nazionali della costituzione come ordine giuridico fondamentale, come "stimolo e limite" o la costituzione come cultura, devono essere proiettate anche sul mondo e sull'umanità. Già oggi esiste un'interrelazione universale tra tutte le costituzioni parziali del nostro mondo. È ancora da scoprire. Un costituzionalismo universale basato su costituzioni parziali nazionali e internazionali (JöR 62, 2014) sarà possibile e "necessario".

Bayreuth, settembre 2020

(Traduzione e note a cura di Rosa Iannaccone)



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Fulco Lanchester

Uno schizzo autobiografico esemplare

Le biografie dei giuristi sono strumenti che aiutano a comprenderli e a situarli. Esse costituiscono un'impresa affidata molto spesso ad allievi, che ovviamente riflettono anche su sé stessi, o attuata da studiosi più "esterni", che dovrebbero valutare in maniera più asettica l'autore analizzato e la sua attività.

Il campo si sta sempre più specializzando, superando la ritrosia che i giuristi della cosiddetta famiglia romano-germanica hanno avuto per un genere letterario molto praticato, invece, negli ordinamenti di *common – law*. In argomento il *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (a cura di I. Biocchi e altri, Bologna, Il Mulino, 2013) costituisce un esempio nazionale, che ha una corrispondenza in altri ordinamenti [ad es. il *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (Hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, a cura di M. Peláez, Sargoza, Talleres Ed. Cometa, 2005-2008); il *Dictionnaire historique des juristes français XIe-XXe siècle*, par J.-L. Halpérin, J. Krynen, P. Arabeyre, Paris, PUF, 2007, I ed.; II, 2015; e gli *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland, Österreich, Schweiz*, a cura di P. Häberle, M. Kilian, H. Wolff, Berlin-München-Boston, de Gruyter, 2014 I ed.; II 2018].

Il taglio differente delle opere testé citate evidenzia – come ovvio – diverse prospettive metodologiche, su cui si potrà riflettere in modo più organico in altra occasione, ma la prospettiva risulta quella di analizzare i giuristi come singoli e come gruppo, al fine di verificare il loro contributo in modo interattivo alla dinamica teorica e pratica dell'ordinamento di riferimento.

Nel mondo anglo-americano, se la biografia è uno strumento classico per inquadrare l'azione delle Corti, anche l'autobiografia scritta direttamente o mediata attraverso l'intervista risulta ben praticata. Ricordo, a questo proposito, le memorie del *Chief Justice* Earl Warren (*The Memoirs of Earl Warren*, Garden City, NY, Doubleday, 1977, pubblicate postume); o quella del giudice della Corte suprema William Douglas (*Go East, Young Man: The Early Years; The Autobiography of William O. Douglas*, New York, Random House, 1974); fino ad arrivare ai recenti volumi delle *giudici* costituzionali Sonia Sotomayor (*My Beloved World*, New York, Knopf, 2013) e Ruth Bader Ginsburg (*The Last Interview and Other Conversations*, Brooklyn – London, Melville, 2020).

È certo, invece, che l'autobiografia dei giuristi costituisca un genere poco frequentato sia in Italia, sia in altri ordinamenti di *continental law*. Nello stesso mondo giuridico tedesco esso ha pochi esempi. Tra questi ricordo, ad es., i *curricula* e le autodifese di Ernst R. Huber recentemente

pubblicati nell'ambito del volume sui rapporti dello stesso con Carl Schmitt (v. C. Schmitt-E. R. Huber, *Briefwechsel 1926-1981: mit ergänzenden Materialien*, Hrsg von E. Grothe, Berlin, Duncker und Humblot, 2014), ma anche i preziosi scritti autobiografici di Hans Kelsen, *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, a cura di M.G. Losano (interventi del 1927 e 1947). D'altro canto lo stesso Carl Schmitt ha contribuito alla redazione della sua autobiografia sia accogliendo studiosi (penso a Joseph W. Bendersky); sia fornendo materiale rilevante attraverso i suoi *Tagebücher*, fonte di informazioni sulla sua opera e sui suoi contatti; sia con il deposito di documenti archivistici (ad es. la corrispondenza); sia infine anche attraverso le interviste da lui rilasciate (si v. *Un giurista davanti a sé stesso*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza, 2005).

Di recente è opportuno segnalare una inversione di tendenza in materia attraverso la testimonianza diretta di due colossi del mondo giuspubblicistico tedesco, entrambi membri del Comitato scientifico della rivista *Nomos-Le attualità nel diritto*: Dieter Grimm e Peter Häberle.

Nel 2017, in occasione del suo 80° genetliaco Dieter Grimm ha fornito un'importante testimonianza nel volume *Ich bin ein Freund der Verfassung*. (Wissenschaftsbiographisches Interview von O. Lepsius, C. Waldhoff und M. Roßbach mit D. Grimm, Tübingen, Mohr – Siebeck, 2017), in cui egli ripercorre le tappe della sua formazione così come le posizioni scientifiche sia dalla cattedra che dalla posizione di giudice del *Bundesverfassungsgericht*.

Nomos-Le attualità nel diritto pubblica invece, in questo numero, nella traduzione italiana curata da Rosa Iannaccone, lo "schizzo autobiografico" di Peter Häberle, che è stato prima promosso e poi tradotto in spagnolo da Paco Balaguer sulla *Revista de derecho constitucional europeo*, 2020, n. 34, luglio-dicembre. L'interesse per la lettura della intensa biografia intellettuale di Häberle nel contesto italiano non ha bisogno di giustificazioni, vista la sua fama e i suoi legami intensi ed affettuosi anche con il nostro mondo giuspubblicistico ed in particolare con la nostra Rivista.

Vorrei notare però perlomeno due cose su questo contributo dell'allievo di Konrad Hesse, e quindi di Rudolf Smend, che si è aperto al diritto post-statuale e multiculturale globale.

In primo luogo, il titolo da lui dato alla propria autobiografia richiama non soltanto gli interessi e i contatti giuridici di Häberle, ma anche lo stretto collegamento con la cultura musicale, che simbolicamente supera barriere e confini. Il messaggio rivelatore delle ragioni di questo *Skizze* viene infatti da Richard Wagner (1813-1893), che nel 1842 pubblicò appunto *Un messaggio ai miei amici: uno schizzo autobiografico* (*Eine Mitteilung an meine Freunde: autobiographisches Skizze*, ora in *Sämtliche Schriften und Dichtungen*, Leipzig, Breitkopf und Hartel, vol.1°, 1871, pp.4 e ss.). In esso Wagner, legato – com'è noto – a Bayreuth, città dove Häberle è divenuto professore emerito, cercò di giustificare le prospettive dell'opera in generale e della sua produzione in particolare. Anche Häberle vuole, dunque, trasmettere un messaggio amicale e pieno di senso al reticolo degli innumerevoli contatti che egli possiede in Europa e nel mondo ibero-americano. Esso si avvicina idealmente alla prospettiva wagneriana recuperabile nel successivo *Oper und Drama* (1851), dove il celebre compositore teorizza la rottura dei confini fra le arti, che si sarebbero dovute esprimere attraverso la musica, per mezzo della creazione di un solo oggetto artistico, ovvero l'opera d'arte totale.

In secondo luogo, vorrei sottolineare come – attraverso la descrizione sintetica, ma intensa dell'ambiente culturale e familiare in cui egli si è formato, dei suoi maestri, dei suoi studi, delle

opere, degli allievi e degli amici fino alla maturità – il testo di Häberle certifica la spinta etica sempre presente accanto alla magistrale sapienza tecnico – giuridica che lo caratterizza (su questo rinvio a F. Lanchester, *Jonas e la capretta: la lezione etico-giuridica di Peter Häberle* in *Verfassung-Gemeinwohl-Frieden: nachgedacht aus Anlass des 85. Geburtstages von Peter Häberle*, Baden-Baden, Nomos, 2020, pp. 31-33).

In questa prospettiva il messaggio biografico di Häberle costituisce – dunque – uno strumento capace di favorire, attraverso la sintesi della sua opera, la comprensione non soltanto dello stato e della dinamica delle strutture istituzionali e normative, ma anche della comunità professionale che le interpretano.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Fulco Lanchester*

Introduzione Convegno 28 aprile. Il sistema elettorale in senso stretto: Quali prospettive in Italia?***

SOMMARIO: 1-Premessa. – 2. Le ragioni di un dibattito. – 3. L'alternativa teorica e la realtà sistemica. – 4. Una normativa in mano ad una partitocrazia senza partiti. – 5. La stella polare del costituzionalismo.

1. Premessa

Porto innanzitutto i saluti da parte della Rivista Nomos – Le attualità nel diritto che con la Fondazione Paolo Galizia e il Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia ha organizzato questo seminario.

Partecipano all'incontro di oggi:

Carlo Amirante, emerito di Diritto pubblico comparato a Napoli; Gaetano Azzariti, ordinario di diritto costituzionale alla Sapienza; Felice Besostri, avvocato e docente universitario; Roberto Borrello, ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Siena; Augusto Cerri, emerito di Istituzioni di diritto pubblico a Roma; Nicola Colaiani, già ordinario di Diritto ecclesiastico, magistrato e deputato; Matteo Cosulich, associato di Diritto costituzionale a Trento; Massimo Luciani, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico a Roma; Pino Pisicchio, associato di Diritto pubblico comparato a Bari; Massimo Siclari, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico a Roma Tre; Lara Trucco, ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Genova.

L'argomento trattato oggi non costituisce certo una novità: la rivista Nomos si occupa di legislazione elettorale da anni e lo certifica in modo concreto la sequenza dei cinque incontri effettuati nell'ultimo biennio, che ricordo partendo dall'ultimo:

a-28 settembre 2020- Dopo il referendum: legislazione elettorale, bicameralismo, regolamenti parlamentari (relatori Cheli, Brescia, Ceccanti, Parrini, Fornaro, Iezzi, Rampelli, Magi, Sisto);

b-14 maggio 2020- La legislazione elettorale ai tempi del Coronavirus (relatori Brescia, Azzariti, Borrello, Luciani, Carnevale, Fornaro, Magi, Massari, Sisto, Spadacini, Besostri);

c-18 novembre 2019- Riforma elettorale, riduzione dei parlamentari, referendum (relatori: Azzariti, Besostri, Biondi, Cerri, Lippolis, Massari);

d-13 giugno 2019- I costi della politica: un problema sempre aperto (relatori: Rampelli, Zanda, Azzariti, Borrello, Tarli Barbieri).

* Già Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso "La Sapienza".

** In occasione del Convegno "La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia" del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista Nomos. Le attualità nel diritto e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà".

Il panel di oggi è meno politico e più accademico per ragioni che risulteranno evidenti dalla mia breve introduzione sul tema.

Poi cederò la parola a Felice Besostri per una sintetica analisi delle possibili incostituzionalità del Rosatellum nella versione post-referendum; indi gli interventi ed una mia sintetica conclusione.

2. Le ragioni di un dibattito.

Le ragioni di questo ulteriore incontro stanno nella attuale situazione storico-spirituale. La sindemia del Covid 19 si è sovrapposta alla crisi politico- parlamentare del 2018, dove prima si è costituita una inedita alleanza di bipopulismo di governo gialloverde e poi una giallorosa, entrambe presiedute da un esterno al mondo politico - partitico (Giuseppe Conte).

Il Governo Conte 2 è ora sostituito da un governo di unità nazionale presieduto da Mario Draghi, che dovrebbe gestire la sindemia sanitaria (con le fondamentali conseguenze economiche), ma anche accompagnare il sistema al semestre bianco, all'elezione del nuovo Capo dello Stato e alle elezioni politiche.

In questo contesto il convitato di pietra è la legislazione elettorale e in particolare il sistema elettorale in senso stretto, caratterizzato da un singolare ipercinetismo, che contrassegna il caso italiano in questa seconda fase della storia della Costituzione repubblicana.

Se partiamo dal referendum del 18 aprile 1993, possiamo citare in sequenza una serie di atti normativi (comprendendo in essi anche le sentenze della Corte costituzionale) secondo la denominazione latineggiante introdotta da Giovanni Sartori: Mattarellum (1993), Porcellum (2005), Consultellum I (sent.1/2014 della Corte cost.), Italicum (2015), Consultellum II (sent. Corte cost.35/2017), Rosatellum I (2018), Rosatellum II (2020) ai sensi del decr. Legisl. n. 177 del 2020 che – dopo il referendum costituzionale del 20 settembre 2020 – ha ridefinito i collegi elettorali di Camera e Senato, in attuazione della delega operata dalla legge n. 51 del 2019.

Sette sistemi elettorali in senso stretto nel corso di 30 anni costituiscono un primato negativo che evidenzia, appunto, la patologia di un ipercinetismo elettorale compulsivo, non riscontrabile in alcun altro ordinamento democratico occidentale.

3. L'alternativa teorica e la realtà sistemica.

Il sistema elettorale in senso stretto costituisce- com'è noto-una norma di regime, ovvero è uno strumento di riproduzione che dipende dalle stesse forze politiche che lo generano nei limiti della forma di Stato, condizionando anche la forma di governo.

Rappresentare o governare è l'alternativa della querelle che contrappose il filosofo John

S. Mill e l'economista Walter Bagehot in Gran Bretagna negli anni Sessanta del secolo XIX, in coincidenza con il tema dell'allargamento del suffragio e l'inizio della politica di massa. Mill pensava che le elezioni servissero a rappresentare gli indirizzi esistenti nel Paese e che poi l'indirizzo politico si sarebbe individuato in Parlamento; Bagehot riteneva, invece, che l'atto elettivo fosse un complesso di scelte unitario (scelta di un rappresentante, di un partito, di un programma di una squadra di governo, di un leader).

La risposta ad una simile alternativa non è però né semplice, né schematicamente prescrittiva. Sono le condizioni concrete dei singoli ordinamenti che aiutano a formularla in base alla loro omogeneità sociale e politica.

Il circuito democratico definito dalla nostra Costituzione (artt. 1,3,48,49,56,57,92,94) individua nelle votazioni elettive lo strumento principale per l'esplicazione della sovranità popolare. La legislazione elettorale che le regola comprende vari cassetti. Il primo relativo all'elettorato attivo e passivo è individuato direttamente dalla Costituzione; il secondo relativo al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi è affidato prevalentemente alle forze politiche parlamentari nell'ambito dei principi e delle norme costituzionali, che prevedono anche l'art. 72, comma 4 (ovvero la discussione del tema in Assemblea); il terzo relativo alla legislazione elettorale di contorno si occupa di temi relativi all'organizzazione della procedura elettiva, alla comunicazione, al finanziamento, al rimborso delle spese elettorali, ecc.

Il primo ed il terzo cassetto si connettono con la forma di Stato di democrazia pluralista; il secondo costituisce appunto una norma di regime, condizionata dai partiti politici, ma con i limiti della forma di Stato, come evidenziato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale dell'ultimo decennio.

Per quanto riguarda i tempi degli interventi il Codice di condotta elettorale del Consiglio di Europa (2002) prevede che nuove regole in materia debbano essere introdotte almeno un anno prima delle elezioni. La Francia si è significativamente adeguata a questa previsione nel 2019 con la Legge 2019-12.

Il mercato elettorale costituisce dunque un'area dove il singolo avente diritto al voto per esprimere in maniera cosciente ed autonoma la propria volontà chiede e riceve informazioni e stimoli da altri individui e gruppi. L'organizzazione elettorale e le garanzie (volte alla tutela della libertà, alla personalità e alla segretezza del voto) devono collegarsi con una normativa che tuteli al massimo l'eguaglianza delle opportunità tra i concorrenti.

In sostanza si rischia di parlare sempre e solo di meccanismo di trasformazione dei voti in seggi e poco di comunicazione elettorale, finanziamento e rimborso delle spese e soprattutto di selezione infrapartitica delle candidature (già proposta in periodo costituente da Costantino Mortati).

4. Una normativa in mano ad una partitocrazia senza partiti.

Dicevo che la legislazione elettorale e, in particolare, il sistema elettorale in senso stretto vengono condizionati dai partiti politici. Nel nostro ordinamento esiste, però, oramai da tempo una partitocrazia senza partiti, generata dalla decadenza delle antiche famiglie politiche, dal formarsi di nuove fratture e dalla crisi di partecipazione che ha generato forte astensionismo e volatilità elettorale. In un simile contesto, dove la crisi dello Stato sociale potenzia le difficoltà della democrazia rappresentativa, cosicché la tendenza è quella a concentrare la riproduzione della rappresentanza nelle mani del Capo politico (cito la legge 270/2005) sulla base di interessi partigiani, svuotando ancor più la sostanza delle previsioni costituzionali.

Come e perché è nata questa peculiare situazione e quali sono correttivi per risolverla?

La crisi finanziaria del 2008 ha ibernato nel 2011 il circuito partitico parlamentare di un ordinamento che non si era stabilizzato dopo la fine della prima fase della storia della Costituzione repubblicana (1948-1993). Al bipartitismo imperfetto pre-1994 era seguito il bipolarismo imperfetto (Berlusconi-Prodi), per poi evolversi – dopo l'intervento degli organi di garanzia interni ed esterni che hanno caratterizzato i governi Monti e Letta – nel bipersonalismo imperfetto, caratterizzato dalla azione di Renzi e dal fallimento del referendum costituzionale del 2016.

Come si è detto con le elezioni del 2018, la crisi è risultata conclamata con il costituirsi di un'alleanza bipopolista di governo (M5S e Lega) e poi di una Giallo-rosa (M5S -PD) in funzione anti-Salvini, presiedute entrambe da Giuseppe Conte. In occasione del governo Conte II l'accordo tra i partiti contraenti aveva prospettato una modifica elettorale di tipo proporzionalistica con clausola di esclusione, come contraltare della diminuzione dei parlamentari e dell'incremento della iniziativa legislativa popolare.

Dopo circa un anno e mezzo di silenzio sul tema del sistema elettorale (derivante soprattutto dalla posizione di chi aveva richiesto l'accordo sul proporzionale), il nuovo segretario del Pd ha cambiato prospettiva prospettando un rilancio del Mattarellum. Subito dopo all'interno del partito democratico si sono fatti di nuovo vivi i sostenitori di sistemi a "doppio turno" con premio di maggioranza, che evidenziano progetti che paiono più messaggio infrapartitici o infracoalizionali che sistemici.

La realtà è che il centro-destra "di opposizione e di Governo" con il Rosatellum II ha tutte le garanzie di vincere alla "grande" con un premio implicito ben maggiore di quello che gli offrirebbe il sistema a doppio turno di coalizione con premio di maggioranza.

5-La stella polare del costituzionalismo. C'è quindi da mettere in conto l'alta probabilità di un'inazione in materia di sistema elettorale in senso stretto, che sarà acuita dall'instabilità senza sanzione che dai primi di agosto caratterizzerà il semestre "bianco".

È per questo che oggi discutiamo il tema in forma ampia, ma la situazione induce ad iniziare il dibattito da una analisi delle opportunità della via giurisdizionale che nell'ultimo decennio (così come in precedenza) ha obbligato all'innovazione.

La Costituzione è indubbiamente sotto sforzo da molto tempo, ma interpreta i valori del costituzionalismo occidentale e su di essa si deve continuare ad investire come stella polare. Certo lo devono fare soprattutto i soggetti politicamente rilevanti (e non solo quelli italiani, ma anche quelli europei) altrimenti c'è il rischio di arrivare al punto di rottura.



Roberto Borrello*

La disciplina del sistema elettorale in Italia: sulla necessità di una palingenesi**

L'odierno incontro rappresenta, in questa sede, che non mi stanco di definire un vero e proprio Osservatorio permanente, una nuova occasione di riflessione e confronto sul tema elettorale, divenuto, nel tempo, uno snodo particolarmente problematico dell'ordinamento costituzionale italiano.

Il profilo suggerito dal nostro Organizzatore per la discussione, è quello di focalizzare l'attenzione, a fronte della vastità della materia, sul sistema elettorale in senso stretto.

Tale meccanismo, nell'alveo più ampio della legislazione elettorale in senso generale, lo ricordo a me stesso, comprende la combinazione di tre tipologie di criteri: a) il tipo di scelta (ordinale o categorica); b) il tipo collegio (unico o plurimo) e la sua dimensione (uninomiale o plurinomiale); c) il tipo di formula adottata (maggioritaria o non maggioritaria)¹. A tutto ciò si aggiungono altri elementi di contorno, come il tipo di quorum e le eventuali soglie di esclusione esplicita per l'accesso alla ripartizione dei seggi².

Come ricorda Fulco Lanchester, dagli anni novanta in poi dello scorso secolo, è stato in effetti il sistema elettorale in senso stretto a essere coinvolto nella ben nota "tempesta perfetta", che ha visto un brusco passaggio da un pluriennale assetto pacifico e stabile, attestato sul registro proporzionale puro, a un andamento parossistico (ipercinetismo di tipo compulsivo³), sostanziatosi nel passaggio a modelli misti a tendenza prevalente maggioritaria e a modelli proporzionali con forti correttivi (premi di maggioranza e soglie di sbarramento). La continua variazione del sistema elettorale in senso stretto ha visto, altresì, il concorso eterogeneo -sul piano della garanzia della legalità costituzionale e nel quadro della delineazione dei limiti negativi di

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Siena.

** Intervento al Convegno "La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia" del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà".

¹ Vedi per tutti F. Lanchester, *Il sistema elettorale in senso stretto dal "Porcellum" all' "Italicum"*, in *Dem. Dir.* 2015, p. 15.

² *Lc. Cit.*

³ F. Lanchester, *L'ipercinetismo pericoloso e inconcludente*, in *Rass. Parl.*, 2017, n. 3, pp. 721ss. e, da ultimo v. l'audizione del 5 marzo 2020 dinanzi presso la Camera dei deputati su *Le riforme costituzionali all'esame del Parlamento*, https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/003/377/Prof.Lanchester_05.03.2020_.pdf, p. 9.

“sistema” della legislazione in materia- da parte della Corte costituzionale, originandosi così autonomi, ulteriori modelli di “risulta” (c.d. Consultellum).

La legge n. 165 del 2017 (c.d. Rosatellum-bis⁴), sorta sulle ceneri dei preesistenti sistemi elettorali conformati a costituzione, avrebbe dovuto rappresentare un ritorno ad un assetto tendenzialmente stabile rispetto al delicato meccanismo in esame, cuore del funzionamento della forme di stato di democrazia pluralista. Le vicende in atto sembrano invece smentire nettamente tale speranza, delineando, anzi, l’innescò di un processo degenerativo ancora più grave ed accentuato.

In primo luogo, sin dall’inizio erano stati evidenziati profili di incostituzionalità anche della normativa nuova di zecca, che testimoniavano una pervicace tendenza del legislatore a continuare, in forme diversamente articolate, ma non per questo meno inquietanti, l’atteggiamento già stigmatizzato dalla Corte nelle sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, consistente soprattutto nella volontà di mantenere uno stretto controllo sugli effetti del voto “in uscita”, per correggere l’eventuale esclusione di candidati ritenuti importanti nelle strategie di “gruppo”, con ricadute sul principio della conoscibilità e del carattere diretto del voto stesso.

In particolare, tra i profili su cui si era soffermata l’attenzione della dottrina sul c.d. Rosatellum-bis, possiamo menzionare: a) il voto congiunto senza scorporo, in possibile violazione dell’art. 3 Cost. rispetto alla sovra-rappresentazione dei votanti per il candidato dell’uninomiale; b) la trasmissione del voto per il candidato dell’uninomiale alle liste che lo appoggiano o da una lista sotto la soglia per l’accesso alla rappresentanza ad un’altra lista che, invece, la supera; c) la trasposizione dei seggi dai livelli superiori ai collegi plurinominali, che può comportare, a causa delle c.d. liste corte, che il voto espresso dall’elettore nei confronti di candidati presenti in una lista di una circoscrizione, vada a candidati della medesima lista di altre circoscrizioni, con violazione del principio della conoscibilità del candidato; d) il fenomeno delle pluricandidature; e) la discriminazione tra liste coalizzate e non⁵. Era stato, al riguardo, efficacemente osservato come “il testo di legge approvato dal Parlamento realizza un sistema elettorale che, da un lato, si rivela incapace di garantire governabilità e, dall’altro lato, finisce nondimeno per indebolire ulteriormente la rappresentatività parlamentare”⁶.

In un quadro nel quale si rinnovavano, quindi, seri dubbi sul rispetto della legalità costituzionale, si è poi venuta ad innestare la revisione costituzionale del numero dei parlamentari, che ha introdotto un duplice ordine di nuove problematiche: a) la necessità di intervenire in via

⁴ La legge, secondo la consuetudine della denominazione mediante la latinizzazione maccheronica del suo autore (iniziata ironicamente con Mattarella da Sartori, ma poi proseguita, essenzialmente, a livello giornalistico), vedeva designata come “bis”, essendo stato abbandonato un precedente progetto, di cui era proponente sempre lo stesso Ettore Rosato, che prevedeva una suddivisione dei seggi per il 50% assegnati tramite collegi uninominali e per il 50% con metodo proporzionale con sbarramento al 5%.

⁵ Vedi già, in sede di audizione presso il Senato, nella fase di approvazione della normativa, le considerazioni di L. Spadacini, *La proposta di riforma elettorale e i suoi profili di illegittimità costituzionale* (19 ottobre 2017), https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/005/575/PROF_SPADACINI.pdf. Vedi poi A. Apostoli, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, p. 8 e ss.

⁶ A. Apostoli, op. cit., p. 10.

immediata sulla legge elettorale, a prescindere dal suo contenuto di merito, per superare l'impossibilità di funzionamento di un meccanismo tarato sul numero preesistente dei parlamentari: b) la valutazione degli esiti della riduzione del numero dei parlamentari sul funzionamento di tale meccanismo, ancorché ritarato, in ordine alle già manifestate criticità in termini di incostituzionalità (nel senso di un loro eventuale aggravamento).

Quanto al primo profilo, l'intervento di messa in sicurezza (inteso ad evitare quella "paralisi del funzionamento dell'organo"⁷ paventato dalla Corte costituzionale, alla stregua di *horror vacui* rispetto alla continuità ed infettibilità del funzionamento delle istituzioni supreme dello Stato⁸), è stato attuato in due tempi, mediante la legge 27 maggio 2019 n. 51, che ha introdotto una formula frazionaria in grado di rapportarsi alla variabilità del numero dei parlamentari e, successivamente, mediante la nuova determinazione dei collegi uninominali e plurinominali, attuata mediante il d.lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, in esecuzione della delega contenuta nella stessa legge n. 51 del 2019. Non può non sottolinearsi al riguardo come la vicenda abbia messo in luce la problematicità delle revisioni costituzionali c.d. puntuali che, pur apparentemente circoscritte, richiedono, a causa della organicità e connettività del tessuto costituzionale, interventi complementari e collaterali, di riequilibrio del sistema, viste le ripercussioni "circostanti", come nella specie, sulla forma di governo e sulla stessa forma di stato⁹. Ricordava un illustre deputato dell'Assemblea costituente, Vincenzo Mazzei, che la Costituzione è come un castello di carte: puoi provare a spostare delicatamente qualche carta, ma se sposti quella sbagliata cade tutto e bisogna ricominciare da capo¹⁰.

La circostanza che la legge elettorale non sia stata, sia pure per un breve periodo, al momento dell'entrata in vigore della legge sul taglio dei parlamentari, in grado di assolvere alla sua funzione, evidenzia un vulnus a principi supremi ex sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale. Tale circostanza suggerirebbe qualche riflessione (ma il tema in questa sede non può essere affrontato per ragioni di spazio) sulla opportunità di introduzione di un controllo preventivo di costituzionalità sulle revisioni costituzionali (per altro conosciuto nel diritto comparato¹¹) per evitare la tipologia di criticità rilevata.

Per quanto riguarda il secondo profilo, la dottrina ha da subito ritenuto, in via maggioritaria, che l'operazione compiuta sul Rosatellum (divenuto, gloriosamente Rosatellum-Ter), sulla base dei due interventi normativi del 2019 e del 2020, abbia determinato una amplificazione dei profili di incostituzionalità preesistenti, proprio a causa del mantenimento del meccanismo di

⁷ Di *black out* istituzionale possibile parla L. Trucco, *Riduzione dei parlamentari: il seguito elettorale in una prospettiva comparata, quid novum?*, in Consulta online, fasc. spec. n. 1 del 2021, p. 51.

⁸ Vedi, con riferimenti F.A Santulli, *La proposta di modifica del sistema elettorale: appunti su A.C. 2329*, in Osservatorio AIC n. 2 del 2021, p. 77.

⁹ Vedi A. Ruggeri, *Note minime in tema di revisioni costituzionali ad oggetto eccessivamente circoscritto (traendo spunto dal "taglio" dei parlamentari)*, in Consulta online, fasc. n. 3 del 2010, p. 509 e ss.

¹⁰ Si consenta il rinvio a R. Borrello, *Il contributo di Vincenzo Mazzei all'Assemblea costituente*, in Nomos-le attualitàdel diritto.it, fasc. n. 3 del 2018, p. 33.

¹¹ Sulla modellistica vedi L. Pegoraro, *Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución*, in Revista De Las Cortes Generales 1999, p. 7 e ss. e S. Baldin, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all'Est europeo*, Trieste, 2000, p. 117 e ss.

funzionamento, già in sé problematico nel suo assetto originario, ora rapportato ad un numero inferiore di parlamentari. Sono stati così posti in evidenza alcuni profili, quali un più elevato effetto implicito di sbarramento a danno delle forze minori prima in grado di accedere alla rappresentanza¹², l'aumento dell'effetto distorsivo del voto unico e la perduranza degli effetti di slittamento dei voti verso altre circoscrizioni rispetto a quelle originarie per esigenze di incapienza delle liste¹³.

Come è stato giustamente osservato, la soluzione del Rosatellum-Ter, che ha avuto la funzione di scongiurare gravi disfunzioni di livello strutturale dell'ordito costituzionale, non può, tuttavia, rappresentare, anche per le ragioni sopra esposte, che una soluzione transitoria, essendo necessaria una revisione complessiva della legge elettorale che tenga conto proprio degli effetti che la riduzione del numero dei parlamentari ha determinato, soprattutto sul rapporto tra rappresentanza e territorio¹⁴.

Le ipotesi messe sul tappeto in sede parlamentare sono partite dal ben noto disegno di legge di cui il primo firmatario è l'On.le Brescia¹⁵, che propone un modello proporzionale, caratterizzato da circoscrizioni e collegi esclusivamente plurinomiali, con soglia di sbarramento al 5% alla Camera e al 15% a livello regionale per il Senato. È stato inserito un "diritto di tribuna" per le forze politiche sottosoglia, che abbiano ottenuto alla Camera almeno tre quozienti in almeno due regioni ed al Senato almeno un quoziente in ogni circoscrizione regionale. Anche per tale progetto di legge, peraltro allo stato già accantonato, sono stati messi in luce quei profili di incostituzionalità che possiamo dire, secondo quanto sopra si è ricostruito, sono il frutto di un vizio antico della classe politica, ancora una volta accentrati sul sistema delle liste bloccate, ora aumentate fino ad otto candidati e dal sistema delle pluricandidature, che permetterebbero di candidarsi fino a cinque collegi plurinomiali, consentendo, come già si rilevava più sopra, di cercare di assicurare comunque l'elezione degli esponenti di primo piano dei partiti¹⁶.

Si è manifestato, d'altro canto, anche un filone neomaggioritario, che si è, dapprima, espresso con l'ipotesi di ripristino del c.d. Mattarellum¹⁷ e, con un'operazione inversa rispetto al p.d.l. Brescia, mediante una valorizzazione della componente uninominale del Rosatellum¹⁸. Una seconda fase è stata rappresentata dal tentativo di trasformare in via referendaria, nella necessaria modalità manipolativa, la legge n. 165 del 2017 in un modello interamente maggioritario, bocciato

¹² Vedi ancora F. Lanchester, *Audizione...*cit., p. 9; F. Biondi, *Riduzione del numero dei parlamentari, legge elettorale e garanzia della rappresentanza politica: la difficile quadratura del cerchio*, in *Studium Iuris* fasc. n. 4 del 2020, p. 8; A. Mazzola, *La parziale neutralità della L. n. 51 del 2019*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 22 del 2020, p. 206 e ss.

¹³ I. Tantulli, *La legge 27 maggio 2020 n. 51: una normativa elettorale applicabile indipendentemente dal numero dei parlamentari. Soluzioni nuove, problemi antichi*, in *Osservatorio AIC* fasc. n. 5 del 2019, p. 138 e G. Tarli Barbieri, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, fasc. n. 3 del 2020, p. 216 e ss.

¹⁴ Vedi già M. Volpi, *La riduzione del numero dei parlamentari ed il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1 del 2020, p. 65. e R. Tarchi, *Prefazione* al Fasc. spec. N. 1/2021 di Consulta online, *Il seguito del referendum sul "taglio dei parlamentari". Riflessioni in chiave comparata*, p. 10.

¹⁵ AC 2329. Vedi, anche con caratteristiche simili, il p.d.l. A.C. 2352, c.d. Democratellum, basato su collegi di dimensioni ridotte.

¹⁶ Vedi ancora F.A. Santulli, *La proposta di modifica del sistema elettorale...*cit., p. 88 e ss e G. Azzariti, *La modifica del sistema elettorale secondo la proposta di legge dell'attuale maggioranza*, in *Consulta online, Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, 8 giugno 2020.

¹⁷ AC 2346

¹⁸ AC 2589

dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 10 del 2020 per “eccessiva manipolatività”: Da ultimo si è avuta notizia di un non ancora definito sistema a doppio turno, con soglia per la vittoria al primo turno del 40% dei votanti ed un secondo turno cui accedono le due coalizioni (o i due partiti) meglio piazzati al primo turno, con un “premio” alla coalizione (o partito) vincente fino al 55% dei seggi presenti in Parlamento¹⁹.

A conclusione di queste note, che hanno inteso ricostruire in sintesi e porre in rilievo l’ancora perdurante assetto schizofrenico ed instabile della nostra legislazione elettorale, ritornano in mente le fondamentali riflessioni di Costantino Mortali nel volume sulle forme di governo del 1973²⁰, nel quale ricordava come la scelta razionale tra sistemi maggioritari e proporzionali non può essere effettuata sulla base di opzioni ideologiche o fideistiche, ma occorre tenere conto delle caratteristiche del sostrato sociale (omogeneo o eterogeneo) nell’ambito del quale il sistema elettorale stesso è chiamato ad agire.

Tale insegnamento dovrebbe guidare qualsiasi scelta voglia farsi per un, comunque imprescindibile, nuovo intervento sul sistema elettorale in senso stretto (fermi restando le necessarie integrazioni della legislazione elettorale di contorno e gli interventi sulla regolamentazione dei partiti sul piano della trasparenza, democraticità interna e previsione di elezioni primarie per le candidature). Il quadro attuale vede, invece, una situazione -non particolarmente rassicurante e ben distante dallo spirito della visione mortatiana- caratterizzata ancora dalla pervicace volontà delle forze politiche di non abbandonare l’atteggiamento puramente tattico sulla materia elettorale²¹, costruito sulla volontà di attuare la perpetuità delle proprie rendite di posizione e caratterizzata da un ormai pluriennale distacco dalla fondamentale funzione di raccordo con la società civile per raccoglierne e razionalizzare la domanda politica ex art. 49 Cost.

È in tale prospettiva che ogni volta riemergono, in ogni proposta di riforma, i marchingegni “partitocratici” sopra descritti (e stigmatizzati in sede dottrina alla stregua del quadro di riferimenti fissati dalla Corte costituzionale). Solo una profonda palingenesi istituzionale e sociale potrebbe forse consentire l’uscita da quello che sembra un vicolo cieco. Le condizioni per tale palingenesi sussistono, in genere, dopo i grandi eventi traumatici e questo, senza retorica, è ben noto che è avvenuto in Italia negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale. La pandemia globale sarà in grado di creare, fuori dai suoi effetti perversi, questo spirito nuovo nella (ri)costruzione degli attrezzi fondamentali della democrazia?

¹⁹ Vedi C. Fusani, *Doppio turno con premio e coalizioni, Letta prepara la legge elettorale per il ritorno alle urne*, in *Il Riformista*, 3 Aprile 2021

²⁰ C. Mortali, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova 1973.

²¹ Come ricorda E. Cheli, *Quale riforma elettorale?*, 9 dicembre 2020, <https://www.rivistailmulino.it/a/quale-riforma-elettorale>, che evidenzia la necessità di restituire “al sistema elettorale la sua funzione primaria e naturale di regola del gioco diretta non tanto a favorire una vittoria o una sconfitta di parte, quanto il buon funzionamento complessivo delle istituzioni rappresentative”.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Nicola Colaianni*

Osservazioni minime su legge elettorale e riforma dei partiti **

SOMMARIO: 1. Riflessi della riduzione del numero dei parlamentari sulla rappresentanza. - 2. L'azione giudiziaria sul rosatellum. - 3. L'iniziativa parlamentare di modifica del rosatellum. - 4. Legge elettorale e riforma dei partiti.

1. *Effetti della riduzione del numero dei parlamentari sulla rappresentanza*

I dubbi di legittimità costituzionale della legge 165/2017 (cosiddetto rosatellum II) sono stati da tempo individuati e riguardano l'uguaglianza e la stessa personalità del voto, messi in crisi dalla mancanza di meccanismi simili allo scorporo, come nel mattarellum, o al voto disgiunto. Non ha giovato, evidentemente, alla coerenza costituzionale la mancanza di effettiva discussione intorno alla legge, approvata in articolo unico attraverso un voto di fiducia, neanche si trattasse di un provvedimento di iniziativa governativa: dubbia legittimità, a piana lettura dell'ultimo comma dell'art. 72 Cost., di questo procedimento (ma nell'ordinanza n. 197/2020 la Corte costituzionale sembra di diverso avviso). A quei dubbi si aggiungono altri, prodotti dalla legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari specialmente per quanto concerne l'elezione del Senato.

Maggiormente noto è il caso anomalo del Trentino-Alto Adige/Südtirol, che la riforma dell'art. 57 Cost. ha scisso nelle due province autonome (non solo quanto alle competenze legislative e amministrative, ai sensi degli artt. 116 – 117 Cost., ma) anche al fine della ripartizione dei seggi in Parlamento. Di conseguenza, poiché il numero minimo di tre seggi senatoriali è previsto per ciascuna provincia, a quella regione vengono attribuiti complessivamente sei seggi senatoriali, cioè, per esempio, due in più dei quattro attribuiti al Friuli-Venezia Giulia o all'Abruzzo, che hanno una popolazione non di poco superiore. Il Trentino-Alto Adige/Südtirol, quindi, è stato toccato solo marginalmente dalla riduzione del numero dei seggi, senza che questo trattamento più

* Già consigliere della Corte di cassazione e professore ordinario di diritto ecclesiastico nell'Università di Bari.

** Intervento al Convegno "La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia" del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista Nomos. Le attualità nel diritto e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà".

favorevole trovi giustificazione negli accordi internazionali con l'Austria né nella tutela della minoranza linguistica tedesca, che non è più numerosa di quella friulana o di quella sarda, pure tutelata con la legge n. 482/1999 e il d. lgs. 16/2016, oltre che per statuto: il che non ha impedito che il numero dei senatori sardi, per esempio, scendesse proporzionalmente da otto a cinque. Di conseguenza trentini e sudtirolesi si vedono rappresentati da un senatore ogni 150.000 cittadini circa, la metà di quelli occorrenti ai friulani (300.000) e ancora meno di quelli occorrenti ai sardi o agli abruzzesi (330.000). La questione era stata sollevata dalla regione Basilicata ma nell'ambito di un conflitto tra poteri dello stato, giudicato ovviamente inammissibile dalla corte costituzionale (ordinanza n. 198/2020) e non riproposto in termine quale conflitto di attribuzione tra la Regione e lo Stato.

Ma significativa è anche la disuguaglianza che la riduzione del numero dei parlamentari senatori comporta in riferimento alla elezione di candidati secondo il sistema dei collegi uninominali. Con la riduzione a solo 74 essi in cifra assoluta hanno registrato un proporzionale incremento, assai notevole, del numero dei cittadini rappresentati, giunto vicino al milione nella maggior parte delle regioni (900.000 circa in Lombardia o nel Lazio, 830.000 circa in Campania o in Sicilia) e superandolo abbondantemente in Abruzzo (1.300.000) o nel Friuli-Venezia Giulia (circa 1.200.000). La disuguaglianza del voto dei cittadini a seconda della Regione in cui risiedono è evidente: il voto di ciascun friulano o abruzzese vale meno di quello di un siciliano o di un lombardo. Dappertutto, poi, l'incremento della popolazione dei collegi rende più "lontano" dagli elettori il candidato nei collegi uninominali e, quindi, maggiormente difficoltosa la sua conoscibilità effettiva, nella storia personale e politica, in base al requisito stabilito dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017: benchè non vada sottaciuto che, in mancanza del voto disgiunto come nel mattarellum, la scelta del candidato uninominale, siccome legata inevitabilmente alla lista con cui egli è apparentato, è condizionata dal criterio dell'appartenenza.

Inoltre, la riduzione del numero dei parlamentari produce l'effetto di aumentare in cifra assoluta il valore percentuale delle soglie di sbarramento. L'effetto è particolarmente sensibile al Senato, che in ogni collegio plurinominali vede eletto un numero ristretto di parlamentari: a parte la Val d'Aosta, che ne ha uno solo, tre regioni (Umbria, Basilicata e Molise) ne hanno due e altre cinque (Friuli, Liguria, Marche, Abruzzo e Sardegna) tre. La conseguenza è una inevitabile riduzione dell'incidenza del sistema proporzionale, perché i due soggetti politici maggiori prevarrebbero non solo nelle regioni che eleggono proporzionalmente due soli senatori ma anche in quelle con tre seggi: qui, infatti, il soggetto elettoralmente più forte, che conquista il primo seggio, guadagnerebbe probabilmente anche il terzo seggio, il secondo venendo attribuito all'altra forza politica. Ciò significa che il Senato potrebbe risultare composto da due o tre soggetti politici potenzialmente in grado di essere veramente nazionali, mentre gli altri (pure intorno al 15-16 per cento, come alcune forze politiche secondo i sondaggi attuali) finirebbero per essere rappresentati solo in regioni con numerosi seggi, come la Lombardia o il Lazio, diventando delle forze regionali.

La concentrazione della rappresentanza in Senato in due o tre forze politiche, di contro al carattere maggiormente variegato di quella nella Camera, potrebbe implicare, inoltre, l'effetto di maggioranze eterogenee, che, pur non essendo a rischio di illegittimità, la Corte costituzionale considera da evitare (sentenza n. 35/2017).

2. *L'azione giudiziaria sul rosatellum*

Sotto il profilo giudiziario – cioè di un'azione di accertamento dell'effettività dell'uguaglianza del voto e della rappresentatività, nel corso della quale ottenere che si sollevi una eccezione di illegittimità costituzionale – questi dubbi non potrebbero essere sollevati perché si tratta di effetti non collegati direttamente alla legge ma derivati dalla legge di revisione costituzionale.

È a questa, al limite, che si dovrebbe far risalire il dubbio di costituzionalità in riferimento al principio fondamentale o supremo del pluralismo. Ma si tratta di ipotesi insostenibile, non potendo il tasso di pluralismo politico, ricavabile dagli artt. 3 e 49 Cost., misurarsi sul numero dei parlamentari se non nel caso in cui questo scenda al di sotto di una soglia minima ragionevolmente necessaria perché la rappresentanza sia pluralistica e inclusiva: e non è il caso di un numero comunque ragguardevole, come quello di 400 deputati e 200 senatori.

D'altro canto, gli effetti distorsivi indicati dipendono non dal numero ridotto di parlamentari in sé ma dalla combinazione di questo numero con la legge elettorale vigente e, quindi, potrebbero essere modificati e addirittura annullati, fermo quel numero, grazie alla modificazione di altre norme costituzionali (come da iniziativa legislativa già presa) o della legge elettorale: ciò che rientra nell'ampia discrezionalità del legislatore ed è sottratto all'intervento giudiziario della corte.

Non vi si sottraggono, invece, le questioni che potrebbero essere sollevate su altre norme

della legge elettorale. In particolare, quelle sulla soglia di sbarramento del 3% prevista per le liste non coalizzate, superiore a quella dell'1% per le liste che si coalizzano, e sulla nullità del voto disgiunto tra candidato nel collegio uninominale e lista cui il candidato non è collegato (art. 59-bis comma 3 d.p.r. n. 361/1957). Si tratta, tuttavia, di un percorso ad ostacoli. Invero, il divario delle soglie di sbarramento ai fini dell'attribuzione dei seggi, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", può essere giustificato dalla necessità di "evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare" (Corte cost. 1/2014), secondo una costante giurisprudenza della Corte, che perciò appare difficilmente scalfibile. Quanto poi alla nullità del voto disgiunto, che indubbiamente lede il principio del voto personale e diretto, costringendo l'elettore che sceglie il candidato a votare indirettamente anche per la lista cui esso è collegato – e viceversa –, c'è da valutare la dubbia autoapplicatività della normativa di risulta da una dichiarazione di illegittimità costituzionale della detta sanzione. Sarebbe necessario, invero, un intervento additivo per stabilire – con una dizione analoga a quella dei primi due commi dell'art. 59-bis cit. – che entrambi i voti sono comunque validi a favore, l'uno, della lista e, l'altro, del candidato nel collegio uninominale, pure ad essa non collegato.

Insomma, l'esperimento per una volta ancora della via giudiziaria al fine di raddrizzare il sistema elettorale non sembra trovare, per questo o quel motivo, la strada spianata. Ciò anche per un prevedibile self restraint, dopo due interventi profondamente demolitori, della Corte, che già nella sentenza n. 35/2017 ha dovuto colmare la lacuna di autoapplicatività della normativa di risulta con la regola del sorteggio, ricavandola con qualche imbarazzo, di cui è spia la sottolineatura del potere del legislatore di sostituirla con altra "più adeguata", dalla porzione di norma non toccata dall'accoglimento della questione di costituzionalità. In definitiva, la via giurisdizionale appare opportuna in quanto idonea a conseguire un adeguamento costituzionale della legge elettorale non tanto per le possibilità di successo intrinseche quanto per la capacità di

stimolare le forze politiche rappresentate in Parlamento ad imboccare con determinazione quella direzione e, più in generale, di sensibilizzare l'opinione pubblica del paese ad un tema cruciale per l'effettività della tenuta democratica e pluralistica.

3. L'iniziativa parlamentare di modifica del rosatellum

Sullo specifico versante parlamentare si segnala innanzitutto il disegno di legge C. 2328 Fornaro, che modifica l'art. 57 cost. trasformando la base di elezione del Senato da regionale a circoscrizionale. In tal modo si eviterebbero gli effetti perversi che la riduzione del numero dei senatori produce sulla rappresentanza del pluralismo sociale e politico. Certo, combinato con la proposta di unificazione dell'età per l'elettorato attivo e passivo per entrambi i rami del Parlamento, che pure sembra circondata da ampio consenso, finirebbe per fare di Camera e Senato dei doppioni risuscitando questioni risalenti: continuare con un bicameralismo, a quel punto, più che perfetto, da fotocopia, o approdare al monocameralismo; differenziare le competenze delle due Camere, riservando la fiducia solo a quella dei deputati? Ma, avendo il pregio del carattere puntuale ed essendo sottoscritta anche da un rappresentante di ciascun gruppo parlamentare, la proposta dovrebbe godere di una corsia privilegiata. In realtà, così non è stato finora perché la sua discussione è stata abbinata a quella sulla proposta di legge C- 2329, primo firmatario il presidente della prima commissione Brescia, naturalmente destinata ad un cammino più accidentato dal momento che ha per oggetto la riforma della vigente legge elettorale.

Certo, individuare un sistema elettorale che attui, non si dice pienamente ma il più

approssimativamente possibile, le esigenze di rappresentatività e di conoscibilità dei candidati, indicate come imprescindibili dalla Corte costituzionale, è oggetto di ampio dibattito. Che potrebbe anche evidenziare come una soluzione accettabile (ed in effetti auspicata, per esempio da Gaetano Azzariti) sia pur sempre quella della legge elettorale utilizzata per il Senato fino alle elezioni del 1992, e abbandonata dopo il referendum del 1993, dei piccoli collegi uninominali, in cui i candidati sono perfettamente conoscibili, assegnati con sistema non maggioritario ma proporzionale in modo da assicurare la giusta rappresentanza a tutte le liste. Anche in questo sistema, comunque, la scelta dell'elettore non era effettiva: mancando il carattere maggioritario, infatti, il seggio non è assegnato al candidato più suffragato nel singolo collegio ma a quello che consegue la maggiore percentuale di voti rispetto a quella dei colleghi di lista candidati in altri collegi della circoscrizione. Di conseguenza, i vertici dei partiti (e non, per esempio, i loro iscritti o elettori attraverso elezioni primarie) hanno il potere di assegnare i candidati – non sempre espressione del territorio - ai collegi, previsti dai sondaggi come “sicuri”: i quali corrispondono, quindi, ai primi posti nel sistema a liste bloccate (ed ugualmente non determinate da un voto segreto degli elettori e/o iscritti ai partiti).

Questo limite, noto ormai come quello dei parlamentari “nominati”, produce di fatto un vincolo di mandato, escluso dalla Costituzione, dell'eletto rispetto ai vertici dei partiti. Esso, tuttavia, mentre è connaturato nel sistema con collegi uninominali è eliminabile nel sistema proporzionale con la reintroduzione delle preferenze. Questa possibilità, per teorica che sia, rafforza la scelta del sistema proporzionale, che già s'impone per realismo politico: infatti, esso

non segna una rottura ma è una evoluzione di quello attualmente vigente, confermandone – secondo la citata proposta di legge - le liste bloccate e le soglie di sbarramento (il che evita una pregiudiziale contrarietà dei partiti che avevano votato il rosatellum) ma eliminandone la parte maggioritaria (e così andando incontro alle forze meno rappresentative, cui offre altresì il contentino del diritto di tribuna).

Le soglie di sbarramento (5% sul piano nazionale o, alternativamente, 15% su quello regionale) sono piuttosto alte ma tendenzialmente allineate a quelle del sistema elettorale tedesco, addotto a termine di confronto dalla Corte costituzionale, sicchè non appaiono a rischio di incostituzionalità. L'esperienza dimostra che non servono, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte a proposito di quelle previste dalla legge elettorale della Lombardia (sentenza n. 193/2015), ad “evitare la frammentazione della rappresentanza politica e contribuire alla governabilità” in quanto le coalizioni realizzate dai partiti allo scopo di superarle sono effimere e destinate a dissolversi in Parlamento: ad esempio, nell'attuale legislatura Leu, nata dall'aggregazione di Art. 1 e Sinistra italiana, si è disgregata di fronte al governo Draghi, sostenuto dalla prima formazione e non dalla seconda (che per giunta si è divisa al proprio interno, lasciandone all'opposizione solo una particella). Ciononostante, essendo frutto di un compromesso tra proporzionalisti e non, sembra che non se ne possa fare a meno, ancorchè nella proposta indicata le soglie di sbarramento vengano temperate del diritto di tribuna, conseguibile con almeno tre quozienti circoscrizionali in almeno due regioni alla Camera e con un solo quoziente al Senato.

Questo emendamento non vale, tuttavia, a compensare effettivamente ed ugualmente la perdita di rappresentanza delle liste sotto soglia perché di fatto, secondo alcune proiezioni, i piccoli partiti avrebbero la possibilità di conseguire il diritto solo nelle circoscrizioni con il più alto numero di seggi: innanzitutto, quindi, in Lombardia, il voto dei cui elettori avrebbe un peso specifico maggiore di quello degli elettori di regioni con più basso numero di seggi (ancorchè magari una lista sotto soglia consegua in queste ultime regioni una percentuale di voti superiore a quella conseguita dalla stessa lista in Lombardia): di nuovo, quindi, il vizio della disuguaglianza del voto.

Il difetto più vistoso della proposta sta, comunque, nella mancanza di scelta dei candidati da parte degli elettori, del resto già esclusi dalla partecipazione alla formazione delle liste. Certo, il difetto di previsione è ampiamente coperto dalla discrezionalità del legislatore, si può osservare, ma non, tuttavia, nelle regioni più popolose, in cui i componenti di ogni lista possono arrivare al massimo di otto: numero che si fatica a ritenere “esiguo” come richiesto dalla Corte costituzionale al fine della “effettiva conoscibilità” dei candidati.

Pur con questi difetti, del resto emendabili magari non totalmente ma con ulteriori compromessi nel corso della discussione, si deve riconoscere che il sistema proporzionale così proposto soddisfa l'esigenza basilica giustamente ricordata da Lara Trucco: quella della “semplicità”, che dovrebbe essere propria di ogni sistema elettorale. Il sistema proporzionale è semplice, perché sedimentatosi nella cultura e nella sensibilità politica degli elettori grazie alla sua storia nonché alla sua utilizzazione attuale non solo in molti altri paesi europei ma anche in Italia per le elezioni europee e per quelle regionali e comunali (sia pure con la previsione di premi di maggioranza).

4. *Legge elettorale e riforma dei partiti*

Ponendosi, infine, a parte fori, dal punto di vista dell'elettore, è agevole rilevare che il difetto di sistema più sentito dalla generalità dei cittadini è la mancanza del diritto di scegliere i candidati. Una vistosa incoerenza, peraltro, rispetto ad un sistema di partiti sempre più personalizzati, sicché all'identificazione dei partiti attraverso un leader nazionale – nonché a livello regionale e comunale con l'elezione diretta di sindaci e presidenti - non corrisponde analoga identificazione nelle elezioni politiche a livello locale. L'elettore non ha più influenza sulla scelta dei parlamentari da eleggere, visto che il suo voto si limita ad un atto di adesione ad un certo partito ed in effetti il candidato ottiene un mandato soltanto in virtù della sua appartenenza al partito dell'elettore. Nonostante questo evidente deficit democratico è finora maggioritario tra le forze parlamentari il no alle preferenze, o meglio alla preferenza unica come ormai introdotta e ben sperimentata alle ultime elezioni con sistema proporzionale nel 1992. Sembra così che non ci siano vie di fuga dalla proteiforme democrazia plebiscitaria – la “democrazia del pubblico”, di cui parla Bernard Manin - che contempla una convocazione periodica del popolo solo per dare un'investitura a chi è stato scelto dai vertici dei partiti senza dibattito interno.

Ciò spiega perché qualsiasi proposta di riforma della legge elettorale in senso stretto appare insoddisfacente: risente, infatti, del vizio di fondo della mancanza di democrazia all'interno dei partiti, funzionale al sistema di partitocrazia senza partiti, ricordato nell'introduzione da Fulco Lanchester. Nessuna forza politica, invero, ha portato concretamente avanti una proposta di legge in merito che preveda una procedura democratica per scegliere i candidati: o – suggeriva

Leopoldo Elia - con metodi di selezione interna garantita, come in Germania, o con primarie, come in USA. Il che fa ragionevolmente dubitare che alle elites dei partiti interessi che gli elettori partecipino attivamente e democraticamente a questo procedimento. Esse, invero, sono impegnate piuttosto ad allentare i legami con il proprio tradizionale elettorato di riferimento per trasformarsi in partiti “pigliatutto”, secondo la definizione di Otto Kirchheimer, nella spasmodica ricerca, attraverso meccanismi simili alle campagne pubblicitarie commerciali, di consensi in fasce dell'elettorato diverse. Il costo è una messa in sordina dei temi forti, caratterizzanti, sicché, come osserva Colin Crouch nel suo secondo libro sulla postdemocrazia, “l'esperienza diretta delle antiche lotte per l'inclusione e l'esclusione si è ridotta a semplice ricordo delle sofferenze di generazioni precedenti”. Si punta, invece, sui temi che i sondaggi indicano come prevalenti nell'opinione pubblica: così, per esempio, i partiti di sinistra puntano sui diritti civili più che su quelli sociali, quelli di destra su un europeismo molto temperato piuttosto che sul nazionalismo o sovranismo, quelli un tempo secessionisti si battono per un regionalismo prepotente con indebolimento dei poteri centrali, ecc. Non si può dire che sia la notte in cui tutte le vacche sono nere ma l'essere anche i partiti ormai “prigionieri del presente” (De Rita e Galdo) ne annulla le differenze ideologiche determinate dai grandi indirizzi politici. Un presentismo dal respiro corto li spinge ad intromettersi piuttosto nelle discussioni sui social media a riguardo, per fare esempi recenti, delle opinioni su un disegno di legge espresse estemporaneamente da un cantante in una manifestazione canora o della riduzione del numero delle squadre partecipanti al campionato di calcio di serie A.

Alla deideologizzazione dei partiti consegue la sempre minore affiliazione degli elettori, drasticamente inferiore a quelli di un passato anche non remoto, che ne mina alla base il tradizionale “zoccolo duro” e produce il fenomeno della estrema volatilità del voto. Il che si nota non solo nei grandi partiti di massa per effetto del declino della classe o della religione, che per lungo tempo ne avevano formato la core constituency, ma anche nei piccoli, pur caratterizzati da un residuo di militanza talvolta intensa. Che perciò agli elettori davvero interessi utilizzare strumenti statuari per ottenere delle candidature di qualità e rendere più forte e rappresentativo il Parlamento è ragionevolmente revocabile in dubbio. Anzi è molto probabile che si sia tra loro diffusa l’idea dell’inutilità del Parlamento, come effetto non solo della consapevolezza che i centri di poteri economico e finanziario per effetto della globalizzazione sono dislocati altrove ma anche delle ricordate nuove strategie dei partiti per accumulare consenso.

Questa marginalizzazione del Parlamento si è vista di recente nell’approccio all’emergenza della pandemia, quando si è scelto di trattarla non come materia di “profilassi internazionale”, rientrante nella competenza esclusiva dello Stato, ma come materia di salute e, quindi, di legislazione concorrente tra Stato e Regioni. Di conseguenza, il Governo (soprattutto quello Conte, in maniera maggiormente sorvegliata e consapevole del problema quello Draghi) si è relazionato non con il Parlamento ma con le Regioni, e specificamente con i loro presidenti di fatto trattati come “governatori”, tanto in sede di Conferenza Stato – Regioni quanto in trattative bilaterali. E nei casi di inottemperanza regionale alle ordinanze e ai dpcm ha preferito ricorrere come un soggetto qualunque al Tar (Calabria) o sollevare, conflitto di attribuzione (Val d’Aosta) invece che utilizzare i poteri sostitutivi previsti dall’art. 120 Cost, che, presupponendo la supremazia dello Stato, tengono in gioco il Parlamento. La deviazione costituzionale ha suscitato critiche tra gli studiosi ma nessun allarme tra le forze politiche a dimostrazione della scarsa considerazione sostanziale che in esse desta il Parlamento, pur nell’ossequio formale all’istituzione e alle convenzioni democratiche.

Si capisce, quindi, che in tale situazione la legge elettorale di stampo proporzionale non venga considerata una priorità, pur alla sua approvazione una forza di governo determinante nel secondo governo Conte, il pd, avendo condizionato la sua conversione alla riduzione del numero dei parlamentari avversata nelle prime tre votazioni. Certo non è semplicemente dalla legge che ci si possa aspettare come effetto necessario la riforma democratica dei partiti. Pensarlo sarebbe un’illusione tanto quanto lo fu (e ancora lo è) pensare che la legge, che portò nel 1993 ad adottare il sistema maggioritario, avrebbe realizzato la stabilità governativa: previsione completamente fallita, come dimostrano i sedici governi succedutisi in poco più di venticinque anni. Ma il sistema proporzionale, che già realizza una democrazia inclusiva tendenzialmente di tutte le forze politiche attive nel paese, può rimuovere un ostacolo a quella riforma o almeno frenare la deriva dei partiti verso il populismo: correggendone i difetti del leaderismo, del partito-persona, e indirizzandoli, almeno, verso la scelta democratica dei candidati e il successivo controllo sugli eletti nell’interesse della collettività nazionale.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

**Convegni
2021**

Nomos 1-

ISSN 2279-7238



Augusto Cerri*

Spunti e riflessioni sulle questioni di costituzionalità relative alle leggi elettorali**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Problema del contraddittorio in un giudizio di accertamento sulla costituzionalità di una legge. – 3. Interesse ad agire, rapporti fra causa dedotta nel giudizio *a quo* e questione di costituzionalità. – 4. Alcune osservazioni sul “pieno merito”.

1. Premessa

Vorrei soffermarmi su alcuni aspetti, di rito e di merito, delle questioni di costituzionalità sollevate dagli attori nei giudizi in corso, senza pretendere di essere completo ed esaustivo. Su alcuni punti queste stesse osservazioni andrebbero approfondite.

2. Problema del contraddittorio in un giudizio di accertamento sulla costituzionalità di una legge

Si è discusso, negli anni '50, sull'individuazione di una controparte in azioni di accertamento dell'incostituzionalità di una legge. Il problema sorge anche per le azioni di responsabilità in seguito a sentenza dovuta, come si diceva, a dolo o colpa grave del giudice, mentre nelle azioni contro la pubblica amministrazione era già consolidato il principio per cui controparte dovesse essere l'organo o l'ente cui si imputa l'atto o il comportamento¹.

Questa discussione muove dalla premessa, invero pacifica, che, in linea di massima, un'azione giudiziaria deve essere proposta nei confronti di una controparte. Solo nei casi previsti dalla legge è possibile un'istanza al giudice, al di fuori di una contesa; si tratta di ipotesi che, per lo più, rientrano in quella che era la “volontaria giurisdizione”, categoria ormai desueta nel sistema

* Professore emerito di Diritto pubblico nell'Università “La Sapienza” di Roma.

** Intervento svolto in occasione del Convegno “La legge elettorale in senso stretto: quali prospettive in Italia?” del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dalla Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”.

¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950. Non è molto distante la problematica discussa da F. CARNELUTTI, *Accertamento penale preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 178 ss.

legislativo, anche se serpeggiante dietro quelli che il codice di procedura in vigore chiama “procedimenti in camera di consiglio”. È interessante notare, del resto, che in ordinamenti estremamente raffinati, come quello canonico, il contraddittore, talvolta, viene “costruito”, per rendere possibile un processo proficuo (penso a figure come quella del *defensor vinculi*, dell’*advocatus diaboli*). Il problema suddetto è risolto ora dalla prassi. Le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato di appartenenza per leggi o per decisioni giudiziarie violative delle norme CEDU sono proposte nei confronti della “Repubblica italiana” di cui il Governo, attraverso l’Avvocatura dello Stato, assume la difesa².

Ciò avviene anche nelle azioni promosse contro atti legislativi o del giudice per violazione “sufficientemente caratterizzata” del diritto dell’Unione Europea³. Ciò avviene anche, nel diritto interno, per azioni promosse in ipotesi di dolo o colpa grave del giudice⁴.

3. Interesse ad agire, rapporti fra causa dedotta nel giudizio a quo e questione di costituzionalità

È pacifica, dopo le sentenze n. 1 del 2014 e n. 37 del 2017, l’ammissibilità di azione di accertamento dell’incostituzionalità di una legge, a condizione che sia l’unico mezzo, praticabile ed efficace, per farla valere; non, dunque, ad es., quando l’incostituzionalità della legge può esser fatta valere efficacemente all’interno del procedimento elettorale. Ciò vale, in particolare, per le elezioni politiche, in relazione alle quali il rimedio della “verifica dei poteri” delle singole camere (art. 66 Cost.) non solo può risultare tardivo ma, comunque, non soddisfa il diritto di azione/difesa. Il carattere “necessario” del rimedio si collega al requisito dell’interesse ad agire, particolarmente esigente, come è noto, nelle azioni di accertamento. È vero, però, che le dette sentenze avevano introdotto un ulteriore requisito che risiede nella circostanza che il *petitum* della detta azione di accertamento non avrebbe dovuto esaurirsi nella pura dichiarazione dell’incostituzionalità della legge; ciò perché, altrimenti, verrebbe meno il carattere incidentale della questione, la quale diverrebbe, invece, oggetto principale della domanda.

La pratica giurisprudenziale ha inteso con prudente larghezza questo requisito, ritenendo sufficiente indice di questa eccedenza dell’azione originaria rispetto alla questione di costituzionalità una richiesta dichiarazione di spettanza del diritto e, magari, una pronuncia sulle spese.

È da dire che nella più recente giurisprudenza questo requisito ulteriore tende a svanire: mi riferisco, in particolare alle sentenze n. 46 e 48 del 2021 che, anche in questo contesto, intendono

² Cfr., ad es., ECHR, sez. I, Affaire R.B. ET M. c. Italie (*Requête no 41382/19*).

³ Cfr., ad es., ECJ, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *A. Francovich e a. c. Rep. italiana*; 5 marzo 1996 cause C. 46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA c. Deutschland e The Queen c. Secretary of Transport, ex parte Factortrame Ltd e altri*; ECJ, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; Grande sez., 13/6/2006; causa C-173/03, *Fallimento Tragbetti Mediterraneo c. Repubblica italiana*, etc.

⁴ Art. 4 legge n. 117 del 1988. Nel caso, lo Stato è rappresentato dal Presidente del Consiglio.

la incidentalità e la rilevanza secondo il criterio generale e semplice della applicabilità della norma al caso all'esame del giudice *a quo*.

Ed è interessante osservare come questa ulteriore evoluzione sia preannunciata dalla sentenza n. 114 del 2018 quando rileva che il riparto di giurisdizione fra giudice tributario e ordinario non può comportare una diminuzione delle garanzie che sussisterebbero ove la giurisdizione fosse di un giudice unico, secondo una linea di ragionamento condivisa da chi scrive. Nel presente contesto, il riparto di giurisdizione fra giudice *a quo* e Corte, che giudica sulla pregiudiziale⁵ costituzionale, non può comportare un depauperamento delle garanzie che sussisterebbero ove tale pregiudiziale fosse conosciuta, *incidenter tantum*, da detto giudice, come avviene, ad es., nei sistemi nei quali il sindacato di costituzionalità non è accentrato ma diffuso.

4. Alcune osservazioni sul “pieno merito”⁶

Condivido le critiche generali che sono state rivolte alla legge elettorale in vigore: per quel che concerne il voto congiunto, la soglia di sbarramento in ipotesi di lista coalizzata etc.

In particolare, mi sembra difficilmente superabile l'obiezione che attiene agli effetti di “*malapportionement*” che si producono nel riporto complessivo dei voti locali in sede nazionale e nel ricollocamento di questi nelle sedi locali. Il *malapportionement* è un vizio radicale che attiene al principio di eguaglianza nel voto e risiede nel rapporto fra eletti ed elettori. Non ha nulla a che fare, dunque, con il sistema proporzionale che, invece, attiene al rapporto fra voti e seggi. Il *malapportionement* esiste, del resto, anche in un sistema rigidamente maggioritario, come insegna la giurisprudenza americana. Questo vizio radicale probabilmente deriva piuttosto dalla normativa di attuazione di grado legislativo nel suo affrettato collegamento con le legge di revisione, pur essendo vero che anche questa deve rispettare i principi supremi del sistema, fra i quali rientra, senza dubbio, quello di un voto libero ed eguale. Tralascio citazioni, trattandosi di cose ben note.

Aggiungerei che la giurisprudenza della Corte offre valido supporto alla questione di costituzionalità relativa all'abuso delle questioni di fiducia, coltivata⁷ nel giudizio *a quo*.

La Corte ha valutato con una certa severità la questione di fiducia posta su leggi di bilancio⁸ o su leggi in materia finanziaria ed ha salvato queste leggi con argomenti desunti anche dagli obblighi comunitari o dal coinvolgimento delle commissioni nella fase preparatoria⁹.

⁵ Si tratta propriamente di questione e non di causa pregiudiziale. Il problema venne animatamente discusso negli anni '50 del secolo scorso. Cfr., ad es., L. MONTESANO, *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro it.*, IV, 1952.

⁶ Con questa espressione intendo significare un giudizio sul contenuto di una domanda/istanza come posta (cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, ad es., 3.2.9.1.)

⁷ Cfr., ad es., ordinanze n. 17 del 2019; 60 del 2020, sulla legge di bilancio. V. anche ordinanze 274, 275 del 2019; n. 66, 67 del 2021, sulla conversione del decreto-legge. Tali precedenti attengono a conflitti tra poteri nei quali emergono anche i limiti di legittimazione ad agire del singolo parlamentare, delle minoranze, dei gruppi parlamentari, etc. Tutte cose che perdono di senso in una questione posta in via incidentale nel corso di azione di accertamento.

⁸ Nel caso si trattava di maxi-emendamenti: N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte la Corte costituzionale, (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019. Non è escluso, peraltro, che questioni di fiducia poste su tutti i punti discussi della legge possano avere effetti equivalenti. D'altra parte, nei conflitti relativi alla procedura di conversione dei decreti-legge si lamentava il tempo ristretto per la discussione degli emendamenti. V. nota che precede.

⁹ Mi riferisco alle ordinanze n. 17 del 2019 e 60 del 2020.

L'adeguatezza dei tempi di discussione emerge anche nelle sentenze sugli emendamenti in sede di conversione di decreto-legge¹⁰. La legge di bilancio è legge di necessaria iniziativa del Governo e le leggi in materia finanziaria esigono un reciproco coordinamento ed un coordinamento fra parti e tutto che solo il Governo può garantire (ricordo Costantino Mortati). Rispetto ad esse il potere di emendamento esprime una sorta di iniziativa *minor* incidentale che è inseparabile dalla funzione legislativa (ricordo Cervati). D'altra parte, la gestione dell'economia e della finanza pubblica è, *in re*, parte essenziale della politica di ogni governo.

Del tutto diversa è la posizione delle leggi elettorali e bastano alcune osservazioni per rendersene conto.

L'iniziativa legislativa parlamentare in questa materia è piena e, anzi, quella del governo sembra essere del tutto eccezionale.

La "questione di fiducia" elimina un potere di emendamento parlamentare che fa parte non di una iniziativa incidentale e minore ma di una iniziativa tendenzialmente principale.

La questione di fiducia esercita una coartazione sulla volontà del parlamentare, perché abbina due quesiti eterogenei, non essendo il sistema elettorale *in re* parte essenziale della politica di un governo. E l'abbinamento di quesiti eterogeni, in difetto di un potere di emendamento e di disaggregazione, viola il principio di sovranità popolare, come insegna la giurisprudenza della Corte in tema di *referendum* abrogativo (non è il caso di citazioni specifiche, trattandosi di giurisprudenza notissima).

Il Governo si legittima in base alle istituzioni vigenti e, dunque, solo eccezionalmente e con cautela può assumere iniziative sulle leggi che fondano la sua legittimazione.

Ciò a tacere del fatto che una questione di fiducia, fuori da questioni che facciano parte del programma presentato alle Camere e su cui il Governo ha ottenuto la fiducia, sembra essere, di per sé, anomala rispetto alle prerogative parlamentari.

¹⁰ V. note n. 7 e 8 che precedono.



Pino Pisicchio*

Appunti sull'ennesima (necessaria) riforma elettorale

La cinematografia è piena di narrazioni che hanno a base il loop temporale: lo stesso giorno si ripete con i medesimi accadimenti per un tempo infinito. Nei film, tuttavia, c'è una morale: ogni nuovo giorno aggiunge un qualcosa alla consapevolezza del protagonista, che lo proietta verso una conoscenza superiore.

Nel caso dell'eterno dibattito italiano sulla legge elettorale, si allestisce almeno da ventotto anni il medesimo loop. Ma è ancora dubbio se l'approdo possa essere quello di una più alta consapevolezza.

A due anni dal nuovo turno elettorale per il rinnovo della rappresentanza nel Parlamento, dunque, l'unica certezza è data dalla riconfigurazione dei collegi elettorali approvata sul finire del 2020 in ossequio alla legge 27 maggio 2019, n. 51. Com'è noto l'intervento si proponeva di intervenire-delegando una Commissione di esperti- per procedere al rimodellamento dei collegi indicati dalla legge 165 del 2017, il cosiddetto Rosatellum, per rendere agibile la normativa elettorale ancora vigente nel nuovo contesto caratterizzato da una diversa numerosità della rappresentanza parlamentare. In altri termini: in mancanza di nuove norme elettorali, in caso di elezioni uno strumento a cui far ricorso con minime manomissioni ci sarebbe. E non è poi detto che questo "recovery" alla fine non potrebbe rivelarsi come l'ultima chance, considerata la complessità del quadro politico.

In verità non si può negare che nel corso dello scorso anno un certo attivismo parlamentare sul tema ci sia stato, in particolare da parte della Camera dei Deputati¹.

* Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato Università degli Studi Internazionali di Roma

¹ Nella seduta del 27 febbraio 2020 la I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati deliberò lo svolgimento di un'indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 2329 Brescia, recante «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di soppressione dei collegi uninominali e di soglie di accesso alla rappresentanza nel sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali plurinominali». L'indagine impegnò la Commissione dal 27 maggio al 30 giugno 2020 per un numero complessivo di 7 sedute dedicate all'approfondimento dell'argomento discusso da 18 esperti.

Nella seduta del 27 febbraio 2020 la I Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati deliberò lo svolgimento di un'indagine conoscitiva nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 2329 Brescia, recante

«Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di soppressione dei collegi uninominali e di soglie di accesso alla rappresentanza nel sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali plurinominali». L'indagine impegnò la Commissione dal 27 maggio al 30 giugno 2020 per un numero complessivo di 7 sedute dedicate all'approfondimento dell'argomento discusso da 18 esperti.

La proposta in campo, infatti, condivisa dalla maggioranza del governo Conte bis e firmata dal presidente della Commissione Affari Costituzionali Brescia, sembrava muoversi nella logica dell'adattamento possibile della rappresentanza alle nuove assemblee parlamentari, dopo la riduzione. La logica dell'impianto restava fedele alla legge elettorale vigente, sostanzialmente procedendo alla rimozione della quota di eletti nei collegi uninominali. La parte rimanente avrebbe potuto combaciare con il numero dei parlamentari da eleggere nel nuovo Parlamento.

Se l'adesione dei partiti che sostenevano il governo (Pd, Cinque Stelle, Leu e Italia Viva) andava ad un impianto nettamente proporzionale, nulla veniva detto della modalità di traduzione del consenso in rappresentanza. Nessuna esplicita opzione, infatti, era stata espressa dalle forze politiche in ordine allo strumento del voto di preferenza o del collegio uninominale, anche se appariva chiara la propensione del Movimento Cinque Stelle per il voto di preferenza². L'avvento della nuova segreteria nel PD sembrerebbe modificare l'asse delle propensioni verso una scelta decisamente diversa, con una predilezione per il modello sperimentato dal 1994 al 2001, il cosiddetto *Mattarellum*³, anche se più recenti pronunce degli organi di direzione del partito avrebbero ribadito le opzioni espresse nel recente passato⁴. Forse apparirebbe troppo dichiarare che l'argomento segna un impasse, tuttavia non appare improprio registrare l'affievolimento dell'attenzione che la questione sollevò a ridosso della riforma costituzionale.

Ciò che spinge verso l'adozione di uno specifico sistema elettorale stricto sensu oltre la coerenza d'impianto ordinamentale è anche la cultura di un popolo, la sua storia, la sua peculiare attitudine a partecipare al processo politico. Per cui i sistemi elettorali maggioritari saranno ritenuti più consonanti con culture politiche omogenee, mentre i sistemi proporzionali forniranno una più appropriata risposta in contesti frammentari, caratterizzati da una forte eterogeneità economica, culturale, etnica.

Esiste, inoltre, una chiara interdipendenza tra stabilità dei sistemi elettorali e stabilità del sistema politico, riscontrabile anche con l'analisi empirica nell'orizzonte vasto dei paesi democratici: laddove gli ordinamenti elettorali appaiono più antichi e non sottoposti a modifiche (si pensi ai paesi di Common law, ma anche alla Francia e alla Germania), la tenuta complessiva

² Cfr. Il fatto Quotidiano del 3 settembre 2020: F.Q., *Legge elettorale*, M5S: "Chiederemo di tornare alle preferenze. I cittadini e non i partiti devono scegliere chi mandare in Parlamento"

³ Cfr. Repubblica del 16 marzo 2021: S. BUZZANCA, *Letta pensa al Mattarellum, ma deve fare i conti con il no del M5S*

⁴ Cfr. AffariItaliani.it, 14 maggio 2021, a commento degli esiti della Direzione del Partito Democratico: *Legge Elettorale, nel Pd torna la voglia di proporzionale*

del sistema appare più salda, a differenza di quanto non accada in realtà dove l'attività manipolativa del legislatore è più intensa (Italia in primis).

Chiarito che, come ricordava il matematico Arrow⁵, non è possibile indicare il sistema elettorale ideale, cerchiamo di comprendere se possa delinearsi, tenendo conto dei fattori in campo (maggioranza di governo disomogenea, riduzione di più di un terzo della rappresentanza parlamentare, scissura tra eletti ed elettori, forma partito in grave crisi), uno strumento in grado di soddisfare le esigenze fondamentali poste ad una democrazia rappresentativa. In cima alle quali sicuramente si situano un soddisfacente grado di rappresentanza, una plausibile stabilità di governo e, aggiungerei, la condivisione più ampia possibile tra le forze parlamentari, considerato il valore centrale nell'ordinamento della legge elettorale.

Perché è necessario che la lealtà costituzionale che i soggetti politici protagonisti nelle assemblee parlamentari esprimono, non prescinda da un atteggiamento di reciproca legittimazione che si manifesta attraverso la condivisione delle regole del gioco fondamentali.

Va ancora ricordato, allora, che il nostro ordinamento è stato sottoposto ad uno stress molto forte con il ricorso ripetuto a nuove leggi elettorali: cinque in ventotto anni a cui potrebbe aggiungersi una sesta con la riforma di cui ci occupiamo. Una legge elettorale ogni 4/5 anni rappresenta di per sé una ragione di instabilità istituzionale: è un caso unico tra le democrazie occidentali, e si configura come l'impropria risposta alle carenze della forma-partito e alle insufficienze generali della politica che cerca riparo nella rimodellazione delle regole elettorali, per due volte smentita dalle sentenze della Corte Costituzionale, nella passata legislatura.

Allora la prima domanda che appare importante porsi intorno alla questione elettorale, è di natura procedurale: chiedo a me stesso innanzitutto se non appaia opportuno prevedere una maggioranza speciale per gli interventi normativi in materia di legge elettorale: potrebbe rappresentare un contributo alla stabilizzazione di norme eccessivamente manipolate con effetti negativi anche sulla forma di governo. L'intervento avrebbe un significato importantissimo: eviterebbe quello che il prof. Lanchester definisce, con il suo ormai celeberrimo e tranciente giudizio, l'ipercinetismo elettorale compulsivo, un'anomalia che va corretta, anche alla luce della storia elettorale del nostro sistema politico. Non va, infatti, dimenticato quanto peso abbia nella costruzione di nuovi e creativi sistemi elettorali il principio filosofico dell'eterogenesi dei fini, per cui chi cambia le regole per avvantaggiarsene alla fine perde sempre.

Nel merito della proposta di impianto nettamente proporzionalistico che tenne banco lo scorso anno nel dibattito alla Camera (e che resta l'opzione probabilmente più valida per assemblee parlamentari così ridimensionate nel numero), occorrerà dire che l'ipotesi di riforma si faceva carico di tentare un minimo di convergenza in un ordinamento elettorale italiano che si presenta con caratteristiche duali: da un lato Comuni, Regioni, rappresentanza italiana al Parlamento Europeo, operano in ambiente propriamente proporzionale, seppur assistito, a livello di enti Locali, dagli elementi di disproporzionalità rappresentati da soglie di ingresso per la rappresentanza nelle assemblee e premi di maggioranza, mentre per l'Europa vige il cospicuo – e per certi aspetti illogico – sbarramento del 4%. Sul piano della rappresentanza nazionale, invece, il sistema misto vigente, che si intende superare, continua a contenere il 34% circa di regola

⁵ Cfr. K. ARROW, *Scelte Sociali e Valori Individuali*, Etas, 2003 (pr.ed.it. 1951)

maggioritaria. La divaricazione più significativa che marca la dualità, è rappresentata dalla presenza del voto di preferenza in tutti i livelli elettorali tranne che per la Camera e il Senato.

Le modalità attraverso cui il sistema elettorale traduce il consenso delle liste in rappresentanza parlamentare, hanno cessato dal 1993 di includere il voto di preferenza (salvo l'inapplicata legge del 2015, il cosiddetto Italicum che prevedeva, l'espressione di voti di preferenza dopo il capalista bloccato), privilegiando il collegio uninominale o la lista bloccata. Questa scelta di esclusione del voto di preferenza dal livello elettivo delle Assemblee Parlamentari, variamente motivata, ha inciso significativamente sulla formazione della rappresentanza delle assemblee legislative, svellendone le radici territoriali, con un grave pregiudizio anche sul piano dell'autonomia del parlamentare per il metodo cooptativo con cui i capi partito hanno composto le liste, ponendo questioni anche intorno alla compatibilità di quei comportamenti con l'art. 67 della Costituzione.

Apparirebbe, pertanto, utile una riflessione sulla modalità di scelta dei parlamentari valutando opportunamente il valore del voto di preferenza, al fine di tonificare il circuito rappresentativo, e garantire l'allineamento all'ordinamento elettorale di tutti gli altri livelli.

L'unica scelta che sarebbe utile per il legislatore non fare, infine, è quella di rinunciare a scegliere, avendo riguardo al delicato implicarsi di maggioranza a sostegno del governo e maggioranza necessaria per la riforma: in quel caso lo stallo rappresenterebbe forse una riduzione del danno per qualche parlamentare uscente, nell'auspicio di un rientro con la cooptazione nelle liste bloccate, ma sicuramente divaricherebbe ancora di più il rapporto già lasco tra rappresentanti e rappresentati.

Massimo Siclari*

Considerazioni sulla possibilità di una modifica delle regole elettorali**

Dalle relazioni svolte da chi ha parlato prima di me emerge un quadro piuttosto articolato di quelli che sono i dubbi che suscita l'attuale legislazione elettorale, sotto il profilo di legittimità costituzionale. Ma, pur condividendo alcune delle perplessità manifestate, rimango della convinzione che un intervento della Corte costituzionale debba comunque sempre rappresentare un'ultima *ratio*, specialmente in tema di elezioni politiche¹.

Con questo non si vuole negare il rilievo e l'opportunità di precedenti interventi della Corte in materia, giustificati anche dall'«esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato», come evidenziato nella sent. n. 1 del 2014, ove si sottolineava, altresì, che se non si effettuasse tale sindacato «si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato»² (un ordine di idee che, sia detto *per incidens*, ricorda da vicino quanto affermato quando si dichiarò l'ammissibilità del sindacato sulle leggi costituzionali³).

Tuttavia, è indubbio che qualsiasi intervento della Corte non possa colpire che alcuni aspetti della legge (dovendo in ogni caso lasciare in piedi un impianto normativo sufficiente ad assicurare il rinnovo delle Camere⁴) e non sia abilitato a riscriverla.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi Roma Tre.

** Lo scritto sviluppa, con integrazioni, il contributo al Convegno *on line* promosso dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea (Sapienza Università di Roma) in collaborazione con la Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà" e la rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* sul tema: *Il sistema elettorale in senso stretto: quali prospettive in Italia*.

¹ Al riguardo, sia consentito rinviare a M. Siclari, *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 942 s. (anticipato in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2016, fasc. 2).

² Corte costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1, § 2 del *Considerato in diritto*.

³ V. infatti Corte costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146, § 2.1 del *Considerato in diritto*: «Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si porrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore».

⁴ Sul punto, cfr., ancora, Corte costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1, § 6 del *Considerato in diritto*: «La normativa che resta in vigore per effetto della dichiarata illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione è "complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo", così

Comunque, se la giurisdizione costituzionale dovesse ancora una volta occuparsi delle regole elettorali sarebbe grave, perché ci troveremmo di fronte ad un'ulteriore testimonianza della perdita di ruolo del Parlamento nel sistema costituzionale, da un lato, e, dall'altro, della scarsa consapevolezza del proprio ruolo da parte dei parlamentari⁵. Una legge costituzionale, come quella che ha previsto la riduzione del numero dei parlamentari (approvata anche dall'elettorato nello scorso settembre), ne è stata una chiara dimostrazione, così come lo sarebbe l'eventuale approvazione del disegno di legge costituzionale che prevede l'abbassamento dell'età necessaria per far parte dell'elettorato attivo del Senato della Repubblica, la cui seconda lettura, più volte calendarizzata, è stata altrettante volte rinviata⁶. Tale approvazione farebbe venir meno uno degli ultimi residui della differenziazione tra le due camere e, correlativamente, una delle ultime ragioni del mantenimento di un sistema bicamerale.

La ridotta rappresentatività del futuro Parlamento a legislazione elettorale invariata è stata lamentata da molti studiosi che si sono pronunciati a favore dell'introduzione di un sistema proporzionale per riparare a tale ridimensionamento. Tale esigenza pareva avvertita in sede parlamentare, ove, almeno due volte, la fiducia al governo è stata votata anche sulla base dell'impegno a «promuovere e contribuire a pervenire a una riforma elettorale [...] di impianto proporzionale»⁷.

Ma ormai, come è stato ricordato, appare del tutto abbandonata l'idea di una nuova legislazione elettorale. Sembra prevalere l'idea che per le prossime elezioni sarà sufficiente utilizzare la disciplina vigente, con tutti i difetti che sono stati ricordati. Ma riemerge, ogni tanto, l'ipotesi di reintrodurre un sistema maggioritario. Ciò la dice lunga sulla cultura istituzionale diffusa, incapace com'è di tener conto dell'esperienza offertaci dal ricorso a sistemi

come richiesto dalla costante giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, sentenza n. 13 del 2012). Le leggi elettorali sono, infatti, “costituzionalmente necessarie”, in quanto “indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali” (sentenza

n. 13 del 2012; analogamente, sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, n. 13 del 1999, n. 26 del 1997, n. 5 del 1995, n. 32 del 1993, n. 47 del 1991, n. 29 del 1987), dovendosi inoltre scongiurare l'eventualità di “paralizzare il potere di scioglimento del Presidente della Repubblica previsto dall'art. 88 Cost.” (sentenza n. 13 del 2012)». Tali statuizioni sono state di recente ribadite da Corte costituzionale, 31 gennaio 2020, n. 10, con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità della richiesta di *referendum* di alcune norme elettorali vigenti.

⁵ Al riguardo, cfr., da ultimo, V. Lippolis, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia, ne Il Parlamento nell'emergenza pandemica* a cura di V. Lippolis e N. Lupo. *Il Filangieri*, Quaderno 2020, Napoli Jovene 2020, pp. 3 ss. (e spec. p. 12, ove si osserva che un rendimento soddisfacente della funzione di controllo e indirizzo delle Camere «dipende dalla presenza in Parlamento di una maggioranza che non sia sempre disposta ad appiattirsi sulle posizioni del Governo e di un'opposizione non solo declamatoria e pregiudiziale»), P. Aquilanti, *Nella decadenza del Parlamento la crisi della democrazia*, ne *L'Espresso*, 23 maggio 2021, p. 63. Più in generale, cfr. le stimolanti osservazioni del recente volume di G. Azzariti, *Diritto e barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 71 ss.

⁶ L'ipotesi è di abbassare a diciotto anni, l'età per eleggere i senatori: AC XVIII Legislatura — Disegni di legge e relazioni — Documenti, n. 1511-1647-1826-1873-B, Proposta di legge costituzionale approvata, in un testo unificato, in prima deliberazione, dalla Camera dei Deputati il 31 luglio 2019 (v. stampato Senato n. 1440) approvata, senza modificazioni, in prima deliberazione, dal Senato della Repubblica il 9 settembre 2020 – *Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica* (<https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1511.18PDL0114280.pdf>).

⁷ Come può leggersi testualmente nelle Comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri Giuseppe Conte sulla situazione politica in atto AS XVIII Legislatura – Assemblea –293ª Seduta pubblica –19 Gennaio 2021, Resoconto stenografico, p. 15 (<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1202084.pdf>). Cfr. il Discorso d'insediamento del II Governo Conte alla Camera dei deputati, AC, XVIII Legislatura — Discussioni — Seduta di lunedì 9 settembre 2019 — n. 222, Resoconto stenografico, p. 17 (<https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/assemblea/html/sed0222/stenografico.pdf>).

tendenzialmente maggioritari in passato, che, se hanno moderatamente contribuito alla continuità di governo (anche se essa è dipesa prevalentemente dalla coesione delle maggioranze parlamentari), non sono certo stati utili a superare la frammentazione del quadro politico (pur essendo pressoché del tutto scomparsi i soggetti politici esistenti prima del 1994). Insomma, il bipolarismo coatto introdotto dopo i referendum del 1993 ha mostrato tutti i suoi limiti e non se ne può avere alcuna nostalgia.

2. In conclusione, a meno di un imprevedibile quanto repentino cambiamento del costume politico consolidatosi negli ultimi decenni, non appare ipotizzabile che si pervenga ad una legge elettorale che consenta di ridurre gli effetti negativi conseguenti all'entrata in vigore della Legge costituzionale n. 1 del 2020.

Come è emerso da quanto ho esposto in precedenza, sarei favorevole ad una legge elettorale proporzionale o anche una legge uninominale. In entrambi i casi si rinsalderebbe il rapporto con l'elettorato seriamente compromesso da un'attività politica che si svolge quasi esclusivamente attraverso i canali radiotelevisivi o i *social network*, senza che vi sia un reale dialogo tra rappresentanti e rappresentati e tra i rappresentanti stessi. Sappiamo tutti che parlando genericamente di proporzionale o di uninominale utilizziamo delle etichette che potrebbero condurre a diverse soluzioni. Al riguardo mi sembra interessante la proposta – avanzata in questa sede da Gaetano Azzariti – di riconsiderare il sistema che ha regolato le elezioni per il Senato prima del *referendum* del 1993.

Infine, qualunque sia la scelta che si farà al riguardo, se rimanessero in vita gli annosi timori circa la governabilità, intesa come stabilità nel tempo dei governi (pur se non vi è alcun dubbio che non in base alla durata si debba valutare la qualità di un esecutivo⁸), sarebbe auspicabile l'introduzione dell'istituto della sfiducia costruttiva, peraltro oggetto di un'articolata proposta di revisione presentato al Senato⁹ e che dovrebbe essere prima o poi presa in esame dalla Commissione affari costituzionali alla quale è stata assegnata.

⁸ V. quanto affermato dal Presidente Draghi nelle Comunicazioni svolte al Senato in occasione del voto di fiducia: «La durata dei governi in Italia è stata mediamente breve, ma ciò non ha impedito, in momenti anche più drammatici, di compiere scelte decisive per il nostro futuro. Contano la qualità delle decisioni e il coraggio delle visioni, non i giorni di tempo: il tempo del potere può essere sprecato anche nella sola preoccupazione di conservarlo», AS – XVIII Legislatura – Assemblea – 298ª Seduta pubblica – 17 febbraio 2021, Resoconto stenografico, p. 13 (<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01208137.pdf>).

⁹ AS – XVIII Legislatura – Disegno di legge costituzionale n. 2114 – *Modifiche alla Costituzione per l'introduzione del Cancellierato mediante fiducia a Camere riunite, sfiducia costruttiva e revisione della disciplina di nomina e revoca dei Ministri*, comunicato alla Presidenza il 3 marzo 2021.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Lara Trucco*

Tendenze involutive del sistema elettorale politico in Italia**

SOMMARIO: 1. Premessa. – I. DAL PASSATO AL PRESENTE – 2. Il sistema di votazione. – 3. Il sistema di assegnazione dei seggi. – 4. Segue. Il formato circoscrizionale. – II. ...ALL'IMMEDIATO FUTURO – 5. I perduranti dubbi di incostituzionalità del sistema. – 6. Segue. ...ed il “taglio”. – 7. Il moto “verticista” e la forma di governo “leadercratica”. – 8. Alcune conclusioni sommarie.

1. Premessa

Desidero innanzitutto rivolgere un sentito ringraziamento al Prof. Fulco Lanchester, per avere organizzato l'incontro di studio di cui qui si raccolgono gli atti e, quindi, i Colleghi Gaetano Azzariti, Felice Besostri, Augusto Cerri,

Matteo Cosulich, Massimo Luciani, Pino Pisicchio e Massimo Siclari, per l'occasione offertami di dialogo e confronto, su di un tema di perdurante attualità.

Iniziativa tanto più encomiabile perché capace di “rianimare” il dibattito in materia elettorale e, per suo tramite e più ampiamente, sulle riforme istituzionali promesse (e non ancora mantenute) nel corso della campagna referendaria che ha portato al cd. “taglio del numero di parlamentari”¹, sia che avessero vinto i “no”, sia, a maggior ragione, se a vincere fossero stati, come notoriamente sono stati, i “sì”².

Nell'ambito dell'odierno incontro sul “sistema elettorale in senso stretto: quali prospettive in Italia”³, il mio intervento si propone di passare in rassegna dapprima talune criticità del

* Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale presso l'Università di Genova

** Intervento in occasione del Convegno “La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia” del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista Nomos. Le attualità nel diritto e dalla Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”.

¹ Del resto, che ciò fosse necessario lo si era già esplicitato nel paragrafo della nota di aggiornamento del “DEF del 2018”, allorquando, nell'ambito delle linee di azione del Governo, alla “riduzione del numero dei parlamentari”, erano stati per l'appunto affiancati altri interventi volti al “miglioramento dell'efficacia dell'attività del Parlamento (e cioè, principalmente: il potenziamento degli istituti di democrazia diretta, la soppressione del CNEL e l'introduzione del ricorso diretto alla Corte costituzionale sulle deliberazioni assunte dalle Camere in materia di elezioni e cause di ineleggibilità e incompatibilità dei membri del Parlamento).

² V. G.U. n. 240 del 12 ottobre 2019: “Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera”, recante: “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”.

³ V. la legge 3 novembre 2017, n. 165, recante “Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali” (nel prosieguo: Rosatellum-bis).

Rosatellum-bis ereditate dal passato (p. I), per poi porsi nell'orizzonte temporale delle (prossime) elezioni politiche (p. II). L'analisi muoverà, pertanto, dall'idea di un probabile re-impiego, nella prossima tornata di voto, del Rosatellum-bis, ora “riproporzionalizzato”⁴.

Del resto, ormai ci troviamo a ridosso del “semestre bianco” presidenziale (art. 88, 2° c., Cost.) ed a seguire dell’“anno inerziale” che precede le elezioni politiche che, com'è noto, la Commissione di Venezia vorrebbe al riparo da modifiche sostanziali dei meccanismi di voto da parte del legislatore ordinario, con la conseguenza di non far apparire remota la possibilità che alle elezioni politiche del 2022 si voti proprio col Rosatellum-bis “riproporzionalizzato”. Di qui il paradosso (solo apparente) per cui nonostante l’“iperincinetismo elettorale compulsivo” (F. Lanchester) determinato da “intérêts partisans conjoncturels” (§65)⁵ ci affligga ormai da anni, proprio ora che, invece, specialmente a seguito della suddetta riforma costituzionale, il sistema avrebbe necessitato e necessiterebbe di “être amélioré” (§65)⁶, il legislatore pare essersi assopito, lasciando il sistema ordinamentale in balia di eventi perlopiù imperscrutabili (cfr. P. Pisicchio).

I

DAL PASSATO AL PRESENTE

2. *Il sistema di votazione*

Muovendo, dunque, dai problemi provenienti dal passato, non sembra possibile sorvolare sull'infausta serie di criticità che, sin dalla sua introduzione, continuano a tormentare il voto estero, al punto da portare ad interrogarsi sulla stessa opportunità di un suo generale ripensamento...e, comunque, sulla necessità di rimediare a talune delle sue principali lacune funzionali. Intoppi, che, com'è noto, riguardano soprattutto l'organizzazione dell'Anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE) e lo svolgimento delle stesse operazioni di voto, specie al di fuori dei confini nazionali. Tali interventi migliorativi, peraltro, potrebbero costituire “il fronte” di un più generale ammodernamento del sistema di votazione⁷, intercettando input e sollecitazioni del periodo pandemico, e particolarmente l'esigenza, manifestata ormai da tempo dallo stesso giudice costituzionale e da cui non pare potersi (più) prescindere, di agevolare e preservare il momento democratico (anche) in periodi di lockdown (cfr., ad es., la sent. n. 242 del 2012). Dal

⁴ Pertanto, nello specifico, faremo in questa sede nostra l'ipotesi dell'applicazione, nelle prossime elezioni politiche, delle norme contenute nei

- testi unici delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica come modificati dalla legge n. 165 del 2017, cit.; della

- legge 27 maggio 2019, n. 51, recante “Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari”; nonché del

- d. lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, di “Determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, a norma dell'articolo 3 della legge 27 maggio 2019, n. 51”.

⁵ V. il “Codice di buona condotta in materia elettorale” adottato dalla Commissione di Venezia il 18-19 ottobre 2002 CDL-STD (2003)034.

⁶ *Ibidem*

⁷ Peraltro, una trattazione a parte meriterebbe il delicato tema dell'utilizzo dei dati personali e della diffusione di contenuti “sensibili” – specie in campagna elettorale – attraverso piattaforme online e social.

che la sfida di un voto “personale ed eguale, libero e segreto” (art. 48, 2° c., Cost.) che, anche se espresso a distanza da luoghi non presidiati, presenti garanzie analoghe e, secondo i migliori auspici, superiori rispetto a quello “tradizionale” (cfr. C. Amirante).

Sul piano “operativo”, un supplemento di attenzione va poi riservata al rendimento avuto dai cd. “tagliandi antifrode” (introdotti dai commi 18 e 19 del Rosatellum-bis), se non altro in ragione dei rallentamenti dei lavori e degli “assembramenti” ai seggi che hanno prodotto, oggi, all’evidenza, da evitare. Soprattutto, essi, a conti fatti, hanno faticato a scongiurare la “pratica” delle cd. “schede ballerine” e, più in generale, le manovre fraudolente che, attraverso la loro introduzione si sarebbero volute e dovute definitivamente estirpare, confidandosi, pertanto, anche a questo riguardo, in un intervento tempestivo da parte degli organi competenti⁸.

Ma, al di là delle incongruenze e dei malfunzionamenti di aspetti e meccanismi organizzativi, nei meandri dell’atto stesso di suffragio, una qualche riflessione andrebbe fatta, specie alla luce del principio di preservazione della volontà dei votanti, sull’opportunità di tenere in debito conto le “strategie” di voto operate dagli elettori che più di frequente hanno portato a decretarne la nullità, procedendo, tra l’altro, a meglio dettagliare le “istruzioni per l’uso” inserite “in carattere maiuscolo” (al comma 5) entro “un apposito rettangolo” nella parte esterna delle schede elettorali, introdotte, del resto, dal Rosatellum-bis proprio al fine precipuo di “proteggere” il voto dai rischi di invalidità.

3. Il sistema di assegnazione dei seggi

Portando ora l’attenzione sul sistema di assegnazione dei seggi, tra le questioni di maggior momento, anche sul piano mediatico, ai rammenterà come vi sia stata quella dei cd. “seggi orfani”, dati dalla mancanza di un numero di candidati in taluni collegi e circoscrizioni sufficiente a coprire tutti i seggi acquisiti. Effetto collaterale, questo, dovuto principalmente alla previsione, da parte del Rosatellum-bis, accanto al meccanismo delle pluricandidature (v. infra, il §5), di liste bloccate “cortissime” e “limitate” (cd. “truncated list”). La possibilità, infatti, di candidarsi in più collegi (sino a cinque plurinominali, in aggiunta ad uno uninominale) nella scorsa tornata ha prosciugato quel bacino di candidature da cui attingere nella prospettiva, effettivamente presentatasi, di eventuali ripescaggi. Se a ciò si aggiunge che la legge prevede un tetto massimo di quattro candidati per lista, a fronte di una media comunque bassa di seggi da attribuire nei collegi plurinominali di Camera e di Senato (cfr., infra, il §6), si coglie il fatto che erano, per così dire, già “i numeri” a decretare l’impossibilità, da parte di singole liste, di fare – pur col pieno dei voti – gli “assi piglia tutto”. Ad oggi, poi, nonostante l’intervenuta diminuzione del numero di seggi da assegnare nei vari territori, da un lato, e la conservazione del tetto massimo di quattro candidati da (poter) presentare in lista, dall’altro lato, abbiano ridotto le probabilità del ripresentarsi di

⁸ Ciò pare essere stato dovuto, perlopiù, ad aspetti di ordine organizzativo (ad es., alla sovrabbondanza di tagliandi rispetto al numero di schede) ed al mancato impiego di metodi tecnicamente avanzati (tali, ad es., da ovviare alla possibilità di “segnare” le schede elettorali) finendo così per perpetuare la possibilità di risalire all’identità dei votanti (tanto da far talora rimpiangere le garanzie dell’autenticità, quantomeno, del supporto, offerte dal sistema “a timbro” tradizionale (!)).

quell'impasse, a mantenere, comunque, viva l'eventualità è la ridetta perdurante possibilità di candidarsi in più collegi. Anzi, a ben vedere, il fatto che la multicandidatura non sia stata "riproporzionalizzata" nel suo ammontare massimo, finisce ora per amplificarne la portata, rendendo tanto più verosimile l'ipotesi del suo (ri)presentarsi nel prossimo futuro.

Ora, mantenendo ancora l'attenzione su questo versante, si rammenterà come la volta

scorsa sia stato il Movimento 5 Stelle ad arenarsi, in Sicilia, avendo ottenuto un risultato elettorale oltre le migliori attese, con la metà all'incirca del totale dei voti e la conquista dei due terzi dei seggi in palio. Ebbene, il fatto che alla Camera dei deputati il conteggio e l'assegnazione dei seggi avvengano a livello nazionale, ha reso possibile porre rimedio all'overbooking dei seggi senza soverchie difficoltà, consentendo di andare a "pescare" direttamente tra le candidature piazzatesi comparativamente meglio nelle altre circoscrizioni (secondo il meccanismo meglio noto come "slittamento dei seggi" o "traslazione dei seggi"). Più complessa, invece, è stata la ricerca di una qualche soluzione per il Senato, dato che qui, il vincolo dell'elezione su base regionale (art. 57 Cost., e art. 1, c. 1, del Rosatellum- bis) avrebbe voluto e vorrebbe l'assegnazione dei seggi confinata nell'ambito delle singole circoscrizioni regionali. Il fatto che poi, invece, nell'occasione non è avvenuto, essendosi andati a pescare il "seggio orfano" addirittura in Umbria, rende più che mai stringente il monito circa la necessità di premunire il sistema adeguatamente, procedendo ad una considerazione delle norme in questione al più presto⁹, nella prospettiva, indicata, peraltro, da tempo dallo stesso giudice costituzionale, di garantire sempre e comunque la costituzione di un organo rappresentativo «completo e funzionante» (Corte cost., sent. n. 44 del 1961).

4. *Segue. Il formato circoscrizionale*

Più in generale, la menzionata previsione dell'elezione del Senato su base regionale (ex art. 57 Cost.) è stata ed è messa sotto tensione dalla dinamica di assegnazione dei seggi "top- down" (dall'alto verso il basso) e "ad imbuto" (dal generale al particolare) che caratterizza (spec. la parte proporzionale) lo stesso Rosatellum-bis, il quale presuppone proprio il suddetto meccanismo di "slittamento" tra collegi e circoscrizioni, in modo ampiamente autonomo dai confini territoriali tracciati in sede di apportionment (cfr. A. Cerri).

Si deve soprattutto a ciò, quindi, la discrasia, "alla (prima) prova dei fatti", tra il numero di seggi ripartiti in ciascun collegio plurinomiale ex ante e quello effettivamente assegnato alle parti in lizza, ex post. E questo, tra l'altro, producendo incrinature del rapporto tra popolazione legale

⁹ In quest'ottica, si potrebbero tenere presenti, riadattandone i contenuti, le soluzioni prospettate in passato allorquando, complici anche allora norme intorcinate e lacunose, la mancata assegnazione di ben undici seggi rese monca la composizione dell'organo parlamentare per la più parte della XIV Legislatura (cd. "seggi fantasma"). Nello specifico, era stato proposto di applicare le norme del d.P.R. 5 gennaio 1994, n. 14, recante il "Regolamento di attuazione della legge 4 agosto 1993, n. 277, per l'elezione della Camera dei deputati", il quale dispone che qualora dopo le operazioni di scrutinio "non possa procedersi alle proclamazioni dei candidati di una o più liste per insufficienza di candidature in tutte le circoscrizioni", i seggi non assegnati debbano essere distribuiti "fra le altre liste" migliori perdenti (art. 11); anche se poi, la soluzione percorsa fu la predisposizione di una legge di interpretazione autentica delle norme elettorali controverse. Nel caso di specie è stata presa, altresì, in considerazione la possibilità di una elezione suppletiva.

e numero di seggi attribuiti ai territori di riferimento (cd. “quoziente di rappresentanza”) a detrimento dello stesso principio di eguaglianza formale e sostanziale del voto (artt. 3 e 48 Cost.); e correlativamente delle previsioni dello stesso Rosatellum-bis che vogliono che in ciascun collegio plurinomiale “sia assegnato, di norma, un numero di seggi non inferiore a tre e non superiore a otto” (art. 1, c. 3) e che la popolazione di ciascun collegio possa scostarsi dalla media della popolazione di non oltre la soglia, già elevata, del “venti per cento in eccesso o in difetto” (art. 3, lett. c)).

Vero è poi che, nel ragionarsi del meccanismo in questione, si è guardato a quella giurisprudenza costituzionale in cui la Corte ha concluso, in passato, per la sua compatibilità con le norme costituzionali, riconoscendo al legislatore un ampio margine di discrezionalità in materia (sent. n. 271 del 2010). Va però subito osservato come qualche problema in più potrebbe porsi alla luce della più recente giurisprudenza resa dallo stesso giudice con riguardo all’analogo congegno previsto dall’Italicum, rispetto al quale la stessa, re melius perpensa, al fine di scongiurare il rischio di un «sostanziale aggiramento del significato della norma costituzionale», ha ritenuto necessaria «fin tanto che ciò sia ragionevolmente possibile» l’adozione di soluzioni volte ad impedire il salto tra una circoscrizione e l’altra, nonché la dimostrazione della natura residuale «per ragioni matematiche e casuali» dello stesso meccanismo traslativo (sent. n. 35 del 2017).

Ad ogni modo (anche) al fine di ovviare ulteriori chiamate in causa del giudice delle leggi, resta l’auspicio di un pronto intervento da parte del legislatore, al fine di definire la questione, con la predisposizione di meccanismi meglio atti a mantenere l’assegnazione dei seggi all’interno delle circoscrizioni regionali, arginando così la tendenza del meccanismo traslativo del Rosatellum-bis «a farsi “regola”» (secondo, del resto, quanto indicato, ancora una volta, dalla Consulta, nella sent. n. 35 del 2017, cit.).

II ...ALL’IMMEDIATO FUTURO

5. I perduranti dubbi di incostituzionalità del sistema

Guardando ora al presente con un occhio all’immediato futuro, rinvio a chi, prima di me, ha illustrato in modo puntuale i singoli profili di dubbia legittimità costituzionale del sistema elettorale vigente (F. Besostri), evidenziando le criticità del voto “congiunto e fuso” e del rendimento disproporzionale del sistema (con particolare riguardo al disegno dei collegi elettorali ed ai connessi “vantaggi” ottenuti dal dato coalizionale). Anche se non va escluso che possa essere il complesso dei meccanismi menzionati ad attingere ad un livello di irragionevolezza tale da condurre la Corte ad una ennesima dichiarazione di incostituzionalità del sistema elettorale ampiamente inteso, specie per la difficoltà, nel suo insieme, di intravedervi l’espressione di un suffragio “con voto diretto ed eguale”, secondo quanto dichiarato dalle stesse norme di legge (art. 1, c. 1, T.U. Cam.) e voluto dalla Costituzione (art. 48, c. 2 e artt. 56 e 57 Cost.).

Ad ogni modo, volendo mantenere l'attenzione su profili specifici, merita di tornare a rimarcarsi la criticità della “multicandidabilità” a motivo, altresì (cfr. supra, il §3), della sua attitudine a disorientare il votante, sino al punto da spezzare (anche nelle sue forme più “soft”, come quella del Rosatellum-bis) lo stesso legame di responsabilità politica tra elettore ed eletto. Inoltre, non pare possibile continuare a trascurare le problematicità derivanti dalla perpetuazione delle liste bloccate (nella parte proporzionale del sistema). Ed infatti, al di là dei profili di dubbia costituzionalità del combinato con la ridetta multicandidatura, anche su di un piano di mera opportunità, dovrebbe risultare ormai sufficientemente comprovato che la presenza di meccanismi in cui spetta immediatamente al livello apicale della politica fissare l'ordine di elezione dei candidati, specie in mancanza di precise regole di reclutamento, presta agevolmente il fianco a condizionamenti in termini di “negoziante” di candidature inadeguate, data la facilità di garantirne l'elezione, collocandole “utilmente” in lista. Là dove, invece, è la presenza semmai di sistemi “aperti” e “fluidi”, nell'ambito dei quali le scelte vengono prese garantendosi pari, libere (specie in termini di segretezza) e consistenti capacità di incidenza del voto individuale sugli esiti finali a rendere maggiormente percorribile un “reclutamento” non coatto, meritocratico e, comunque, autenticamente “rappresentativo” (cfr. M. Siclari).

È noto, del resto, come la nostra Corte costituzionale pur assecondando, nel tempo, la scelta di affidare alle stesse formazioni politiche il delicato compito di indicare l'ordine di presentazione delle candidature (nella creduta valorizzazione dell'art. 49 della Costituzione), ha posto la condizione che l'elettore debba essere “pur sempre libero e garantito nella sua manifestazione di volontà, sia nella scelta del raggruppamento che concorre alle elezioni, sia nel votare questo o quel candidato incluso nella lista prescelta, attraverso il voto di preferenza” (sent. n. 203 del 1975). Affermazione da cui peraltro ad oggi pare men che meno possibile prescindere, data la netta affermazione, ribadita, com'è noto, a più riprese ed ancora di recente dalla stessa Consulta del carattere “inviolabile” e fondamentale” del suffragio (sent. n. 1 del 2014, sent. n. 35 del 2017 cit., e sent. n. 48 del 2021).

6. *Segue. ...ed il “taglio”*

La riduzione del numero di parlamentari, dunque, è andata a gravare su di un background già instabile, incidendo profondamente sulla fisionomia stessa della rappresentanza politica, non esclusa, in particolare, quella territoriale (cfr. N. Colaiani). E, questo, sin dal piano “quantitativo”, se solo si pensa all'aumento del rapporto (da all'incirca 96mila a 151mila) del numero di abitanti per deputato e (da all'incirca 188mila a 302mila unità) per senatore, con la conseguenza di indebolire di essa la portata, ovvero il legame tra elettori ed eletti¹⁰. Nemmeno, poi, il versante della rappresentatività dell'organo parlamentare è stato risparmiato, essendo, del resto, anche qui, determinato, in primis, “dai numeri” (di rilievo non trascurabile) l'innalzamento

¹⁰ Si osserva, peraltro, l'ulteriore aumento che un siffatto rapporto subirebbe se dovesse andare in porto la proposta di modifica dell'art. 58, c. 1, Cost. che porta da 25 a 18 anni l'età per eleggere i senatori, in ragione dell'estensione numerica dell'elettorato attivo di questo ramo del Parlamento.

della soglia implicita di elezione del consenso necessario per essere eletti e, d'altro canto, la diminuzione della capacità dei singoli elettori di influire sul risultato dell'elezione, con l'esito complessivo di rendere asfittico (essendoci meno spazio) l'ingresso in Parlamento, a scapito delle probabilità di un qualche esito "proiettivo" dell'elezione.

Ma ancora altri elementi militano a favore di una torsione "selettiva" della resa del sistema ampiamente inteso. Così, nell'ambito di un'offerta elettorale ora tanto ridotta, l'accresciuta estensione territoriale dei collegi uninominali, a fronte della diminuzione della media di seggi nei singoli, vari collegi e circoscrizioni (solo quattro per l'elezione della Camera e tre per quella del Senato, a fronte, rispettivamente, dei sei e cinque precedenti). Nonché, non in ultimo, l'operare di un "meccanismo premiale nascosto" di cui beneficiano, in particolare, le prime due forze politiche vincenti. Congegno, peraltro – a cui contribuisce (ancora più) generosamente, non essendo stata "riproporzionata" (rectius: fissata) al ribasso la soglia di sbarramento del 3% dei voti validi – funzionante sia da filtro per le liste più deboli non coalizzate, sia da cinghia di trasmissione dei voti delle liste minori coalizzate con un consenso superiore all'1%, a beneficio della cifra elettorale nazionale della coalizione di appartenenza¹¹.

Ebbene, è noto come le dinamiche appena menzionate abbiano reso vieppiù stringente, già a far data dalla campagna referendaria, l'esigenza di garantire un "recupero", in certa misura, della natura proporzionale del sistema¹². Proposta di cui si condividono le motivazioni, specie muovendo dalla constatazione della sussistenza nell'intelaiatura costituzionale di "tracce" di un "filo rosso" proporzionalista da cui non parrebbe possibile prescindere (cfr. G. Azzariti), se non al prezzo di controindicazioni sistemiche che potrebbero, a questo punto come non mai, risultare insostenibili¹³. E, ciò, anche a non voler considerare il rigoroso monito della Corte costituzionale,

¹¹ Secondo una rinnovata edizione, dunque, delle c.d. "liste civetta", concepite, cioè, non per vincere la competizione, ma col precipuo intento di distrarre voti a beneficio delle formazioni politiche coalizzate e del candidato uninominale che ne è espressione.

¹² Cfr. le linee programmatiche concordate tra i partiti di maggioranza il 4 settembre 2019, dipoi confermate dalle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio il 9 settembre 2019, in occasione del voto di fiducia all'Esecutivo, e all'indomani della consultazione referendaria, l'impegno comune siglato il 7 ottobre 2019 dai capigruppo della maggioranza di Camera e Senato su alcuni punti specifici concernenti il seguito della riforma costituzionale in questione "da offrire anche al dialogo con le opposizioni".

¹³ In particolare, limitandoci qui a segnalare la "mappatura essenziale" degli indicatori orientati a favore dell'opzione proporzionalistica da parte della nostra Carta fondamentale, non può essere sottovalutato l'intento dei costituenti di segnare una cesura netta rispetto alla dittatura che, come s'è visto, aveva fatto dell'"arma maggioritaria" (unitamente al partito unico) lo strumento decisivo per la creazione e il mantenimento del regime. Prospettiva, questa, con la quale si sposa il ruolo centrale attribuito ai "partiti" in un "concorso" generale tra di essi, al fine di veicolare la partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale. Nemmeno trascurabili sono le ragioni che hanno portato ad inserire l'esplicita menzione della proporzionale in Statuti speciali di Regioni in cui si forti sono le ragioni delle minoranze linguistiche. Se si passa, poi, a fissare l'attenzione sul dato normativo costituzionale, può allegarsi

- l'art. 3 della Costituzione, là dove promuove l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica del Paese, stabilendo che la Repubblica sia organizzata in modo da tutelare gli interessi di tutte le classi lavoratrici (e non solo di alcune). Sempre nel senso dell'"inclusione" nella rappresentanza politica, si possono poi leggere

- l'art. 5 della Costituzione, consacrante, com'è noto, il principio di "unità nazionale", e

- l'art. 67 Cost., che sancisce il principio della rappresentanza unitaria da parte di ciascun eletto. Più decisamente, però, a parte anche quanto può ricavarsi dal principio fondamentale "di tutela delle minoranze", vanno citate le norme costituzionali volte a salvaguardare la rappresentanza politica delle componenti sociali minoritarie, tutelando «in qualche modo, gli interessi delle minoranze popolari, qualificate o meno», in forma "razionale", ovvero su base

«proporzionale» e non semplicemente "relativa, ridotta e irregolare" (v. gli artt. 6 e 8 della Costituzione, per quel che riguarda le minoranze territoriali e gli artt. 50, 71, 75 e 123 della Costituzione rispetto a gruppi, più o meno vasti, di elettori).

per cui «in una forma di governo parlamentare, ogni sistema elettorale, se pure deve favorire la formazione di un governo stabile, non può che esser primariamente destinato ad assicurare il valore costituzionale della rappresentatività» (sent. n. 35 del 2017, cit.). Il che, mentre giustifica un approccio non pregiudizialmente ostile a sistemi d'indole maggioritaria, osta, invece, al perseguimento di riforme elettorali “organiche” sganciate dal più ampio contesto istituzionale (come del resto dimostra l'esperienza delle Regioni a statuto ordinario).

Nell'ottica, pertanto, di interventi “puntuali”, pur nella convinzione dell'opportunità che ad una fase “*destruens*” debba seguire un periodo “*construens*”, l'auspicio è che nel breve periodo l'attuale sistema venga depurato da tutti “gli orpelli” (spec. multicandidature e blindature del voto) che (un po' come avviene nei labirinti) ne impediscono una resa lineare ed inclusiva, nella prospettiva della semplicità e comprensibilità dei relativi effetti e, in ultima analisi, dell'imparzialità e del suo carattere genuinamente competitivo.

7. Il moto “verticista” e la forma di governo leadercratica

Del Rosatellum-bis si vuole ora considerare quell'ulteriore caratteristica data dalla capacità di innescare, in prima battuta, una sorta di “effetto trascinamento” (indotto dai meccanismi di “fusione” del voto) in senso ascendente dalla parte proporzionale verso quella uninominale.

Un siffatto moto “verticista” tende infatti a conferire una maggiore visibilità ai candidati nei collegi uninominali e soprattutto ai leader delle forze politiche in campo, a fronte del sostanziale dileguamento del voto e di un problematico anonimato della generalità degli eletti specie nei collegi plurinominali, motivandone la considerazione alla stregua di un sistema proporzionale “a trazione” maggioritaria leaderistica. Se a ciò si aggiunge la possibilità di stringere coalizioni tra liste di partiti senza capo, né programma in comune (art.1 c. 7), ma solo programmi elettorali di partito “con il nome e cognome della persona indicata come capo della forza politica” (art. 4, c. 1, lett. c)), ci si avvede di talune delle principali origini della presenza, allo stato, nel nostro Paese, di una cd. “leadercrazia”. Regime leadercratico che ha visto e vede come leader, perlopiù, gli stessi capipartito con le loro segreterie di partito, col risultato del consolidamento di taluni tratti “arbitrari” all'interno delle stesse formazioni politiche (cfr., supra, il §5), le quali, per vero, già non erano scevre da questo tipo di criticità, tanto da portare, come si ricorderà, ancora in tempi recenti, lo stesso giudice costituzionale ad intervenire nel tentativo estremo di immettere nel circuito partitico un po' di linfa “democratica” (sent. n. 35 del 2017, cit.).

In tale rinnovato contesto il “taglio” non ha potuto, quindi, che ulteriormente deteriorare la situazione, debilitando, da un lato, “le basi” delle stesse forze partitiche, le quali si trovano ad oggi legittimate in modi e forme eteree e volatili (cfr. Luciani) ed acuendo, dall'altro lato, ancora di più la distanza di elettori e “corpi intermedi” dalla sfera di governo. Di qui l'esigenza, a cui per

- Inoltre, di rilievo è “principio di rappresentanza proiettiva di secondo grado”, recato dagli artt. 72, c. 3, e 82, c. 2, della Costituzione, dove, nel regolarsi, rispettivamente, le commissioni legislative e quelle d'inchiesta, si stabilisce che la loro composizione debba rispecchiare la proporzione dei vari gruppi parlamentari. Previsioni, queste, sintomo dell'esistenza di un medesimo principio (di rappresentanza proporzionale) di primo grado, dato che la sua attuazione al “secondo livello” ne presupporrebbe anche l'attuazione al primo e più immediato piano di riparto dei seggi, ossia quello elettorale.

vero “i piani alti” non paiono prestare la dovuta attenzione, quantomeno di un dibattito sull’opportunità di mettere mano ad una legge sui partiti politici. Questione (ri)avviata almeno a far data dalla fine della cd. “guerra fredda”, col venire meno di equilibri e paralisi che questa portava con sé, e quando, pertanto, è parso che la società fosse finalmente matura per un ampio “salto di qualità”, non essendovi, del resto, più alcuna ragione per continuare a bloccare le dinamiche evolutive dell’art. 49 Cost. e, più, in generale, uno sviluppo in senso migliorativo della democrazia (anche elettorale) italiana.

In questa prospettiva, il tempo sembra dare ragione all’idea che, all’epoca, sia stato facendosi propria una visione miope ed incapace di mettere a fuoco gli effetti benefici che, in un’ottica di più lungo periodo, la messa a punto di meccanismi di legittimazione delle formazioni politiche radicate e muoventi (almeno tendenzialmente) “dal basso” ed “aperte” al confronto e al dialogo tra le parti avrebbe potuto comportare, a beneficio della qualità del circuito rappresentativo, e della credibilità del più generale quadro democratico.

Rilevando, in un simile scenario, la sostanziale “irrilevanza” di quelle previsioni dello stesso Rosatellum-bis che, nel deliberato intento di favorire una certa “moralizzazione” dell’attività politica, richiedono prova della sussistenza di taluni “elementi minimi di trasparenza” dei partiti, movimenti e dei gruppi politici organizzati che intendano procedere alla propria candidatura (art. 4).

8. *Alcune conclusioni sommarie*

Ora, l’affievolimento del ruolo politico-rappresentativo del Parlamento, la perdurante difficoltà per gli elettori di farsi un’idea del “destino” del proprio voto, le diverse (e talora financo “arbitrarie”) chances di taluni candidati di godere dei meccanismi stessi di blindatura e, soprattutto e più in generale, l’impossibilità per il corpo elettorale di non rieleggere chi non si è rivelato all’altezza del ruolo ad esso affidato paiono non costituire premesse “ideali” per un qualche miglioramento della situazione.

Men che meno, poi, aiuta la vigenza di forma di governo perdurantemente “a debole razionalizzazione”. Là dove a questo riguardo risulta avere peccato di un certo ottimismo l’idea di poter risolvere i problemi “di governabilità” col percorrimto della semplice “scorciatoia elettorale”, occorrendo, infatti, probabilmente, intervenire su altri versanti e tra questi, in particolare, le riforme costituzionali e dei regolamenti parlamentari. Diversamente e più nello specifico, si è continuato a confidare nella capacità taumaturgica dei meccanismi premiali di rimediare alle conseguenze della cronica debolezza della nostra forma di governo. E ciò, sebbene l’applicazione, sul campo, ormai da tempo, di congegni simili non pare avere prodotto esiti apprezzabili né sulla tenuta, né sull’efficienza dell’azione di governo. Quantunque al sistema di elezione dovrebbe domandarsi – e da questo pretendersi – non tanto la governabilità – ma semmai di dar forza al circuito democratico- rappresentativo, sapendo garantire un’adeguata rappresentanza parlamentare e, quindi, una congrua incidenza del voto individuale. Col risultato, tutto questo, di arrivare a quel “premio nascosto” nelle pieghe del sistema di cui si diceva (cfr.,

supra, il §6) e, più ampiamente, alla predisposizione di un sistema elettorale quale il Rosatellumbis inidoneo (cfr. M. Cosulich) «a bilanciare» la «necessaria rappresentatività» con la «stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro» (Corte cost., sent. n. 35 del 2017, cit.).

È stato ed è così che il nostro Paese, dinnanzi alla complessità delle sfide attuali globali, si trova oggi in una condizione di maggiore fragilità rispetto ad altri, in quanto alla situazione di grave e generalizzata crisi (ora) pandemica, è andata sommandosi l'incapacità, per l'appunto, negli anni di fare le riforme istituzionali necessarie a mettere il sistema istituzionale in grado di agire con efficacia e tempestività nel processo di elaborazione ed attuazione delle politiche. Obiettivo, questo, che oltretutto sembra oggi ancor più utopistico da raggiungere secondo le schematiche del parlamentarismo del XX secolo.

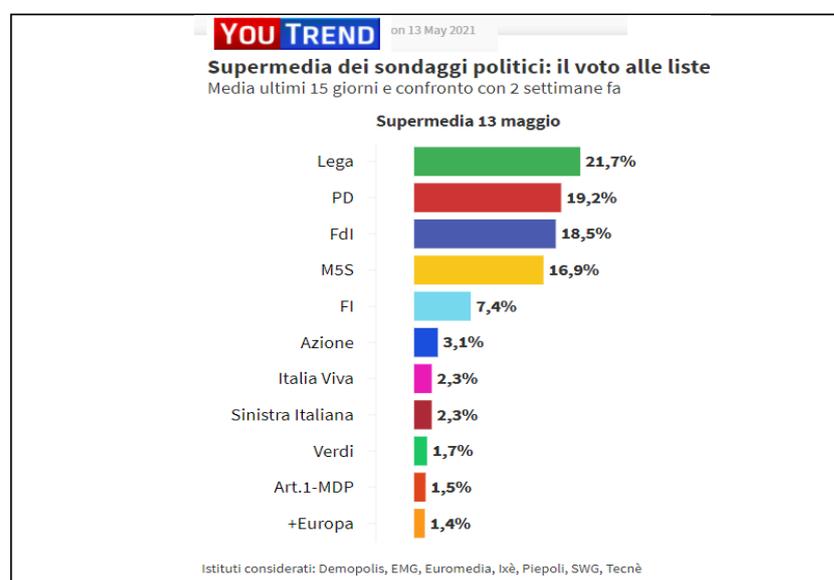
Di fronte dunque ad una situazione, si direbbe, in tutti i sensi “emergenziale”, il momento attuale potrebbe costituire un utile momento di transizione verso soluzioni più solide e aggiornate sia sul piano della legittimazione politica, sia su quello dell'impianto istituzionale, secondo quanto del resto promesso ancora prima del voto in cui decisiva, già nelle intenzioni di allora, avrebbe dovuto essere la presentazione di “un progetto di nuova legge elettorale” per Camera e Senato, al fine di garantire se non altro “il rigoroso rispetto dei principi della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia”¹⁴.

Dal che l'opportunità (se non vera e propria necessità, anche al fine ora di ricomporre alcune inevitabili “sfasature” prodottesi all'indomani del “taglio” nel tessuto costituzionale e che hanno ricadute su tutti gli organi costituzionali¹⁵) dell'apertura, nella prima legislatura utile, di una fase in grado di invertire la tendenza, rivitalizzandosi e perfezionandosi nel contempo in tutti i suoi tratti il momento elettorale popolare, uscendosi dalla logica della “fotografia” del presente, per entrare in quella dell'indicazione razionale e “costituzionalmente orientata”, della rotta e degli obiettivi programmatici esplicitati ed al possibile condivisi, di più lungo periodo¹⁶.

¹⁴ Così nelle linee programmatiche del 4 settembre 2019, cit. p. 10 del cd. “accordo dei ventinove punti”.

¹⁵ Così, solo per menzionare gli aspetti più lapalissiani, l'elezione di cinque giudici della Corte costituzionale (art. 135 Cost.), quella di un terzo dei membri del Consiglio superiore della magistratura (art. 104 Cost.), nonché l'elezione (in chiave numerica e con riguardo al “peso” dei delegati regionali) e la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica (artt. 83 e 90 Cost.). Ancora, sono stati toccati i quorum di garanzia e tutte le circostanze in cui sono richieste maggioranze qualificate e valori numerici assoluti, specie a tutela delle minoranze (artt. 62, 64, 72, 73, 79 e 94 Cost.) e della stessa organizzazione interna del Parlamento, non escluse le dinamiche procedurali delle Camere (con la riduzione, tra l'altro, dei componenti e, correlativamente, dei quorum deliberativi delle commissioni parlamentari). Last but not least, nemmeno la revisione costituzionale è al riparo, dato che il taglio ha trascinato con sé la diminuzione del numero di parlamentari necessario per mettervi mano (art. 138 Cost.).

¹⁶ Che poi, ancora una volta decisiva, nel dare incentivo alle ridette riforme favorendo, al contempo, il più ampio coinvolgimento delle forze politiche come della società civile, possa verosimilmente essere la prossima elezione alla suprema carica dello Stato, è dato di vederlo dalla media sondaggistica reperibile in www.youtrend.it del 13 maggio. A tale riguardo, muovendo dai dati ivi contenuti, si è cercato di ricavare e proporre in forma grafica la maggioranza parlamentare di cui, allo stato, goderebbero le forze di centrodestra: l'elevato livello di approssimazione di quanto prospettato deriva vuoi dal metodo matematico utilizzato: e cioè a dire, la “riproporzionalizzazione” dei risultati delle elezioni politiche del 4 marzo 2017 dapprima nei due rami del parlamento numericamente ridotti e poi quindi tenuto conto dell'attuale consenso di cui godono le singole forze partitiche; vuoi, correlativamente, dal fatto di avere presupposto il ripetersi delle dinamiche di voto nei collegi uninominali e plurinominali della volta scorsa (quando, invece, è verosimile che le cose vadano in modo differente, con la conseguenza, in particolare, di vedere diversamente distribuita la “quota premiale”. A quest'ultimo proposito, posto che di essa continuerà a godere la forza (coalizione) meglio piazzata, sarà interessante vedere se (come la volta scorsa), essa andrà (anche) a beneficio della lista vincente o, invece, della coalizione seconda arrivata: il che, peraltro, già in campagna elettorale



potrebbe risultare determinante sulla scelta di PD e M5S se presentarsi da soli o coalizzati. La scelta fatta nell'ambito della simulazione è andata nella direzione della semplificazione del quadro politico, tenuto conto della convenienza delle forze minori di coalizzarsi (trovandosi "a rischio soglia" del 3%); in quest'ottica, si è immaginata un'ampia coalizione di centro-sinistra (anche se è verosimile che le cose possano andare diversamente), la quale tuttavia, nonostante tutto (anche una eventuale alleanza col M5S) al momento risulterebbe soccombente rispetto alla coalizione di centro-destra... benché non vada trascurato il ruolo strategico che potrebbe svolgere Forza Italia nello "sparigliare le carte", al limite fungendo da "ago della bilancia".

CAMERA DEI DEPUTATI

AL 4 MARZO 2017							
COMPARAZIONE	630 SEGGI			400 SEGGI			
	SEGGI	PR OP.	DIS PR.	SEGGI	PR OP.	DIS PR.	
CENTRO D: 37,1	265	234	+31	168	149	+19	
LEGA: 17,4%	125	110	+15	79	70	+9	
FI: 14%	104	88	+16	66	56	+10	
FR. D'IT.: 4,4%	32	28	+4	20	18	+2	
NOI -UDC: 1,3%	4	8	-4	3	5	-2	
M5S: 32,7	227	206	+21	144	131	+13	
CENTRO S.:22,8%	122	144	-22	78	490	-12	
PD: 18,7%	112	118	-6	71	75	-4	
+EU: 2,6%	3	16	-13	2	10	-8	
INSIEME:0,6%	1	4	-3	1	2	-1	
CIV. POP.:0,5%	2	3	-1	1	2	-1	
SVP – PATT:0,4%	4	3	+1	3	1	+2	
LEU: 3,4%	14	21	-7	9	14	-5	
ALTRO:4%	2	25	-23	1	16	-15	



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

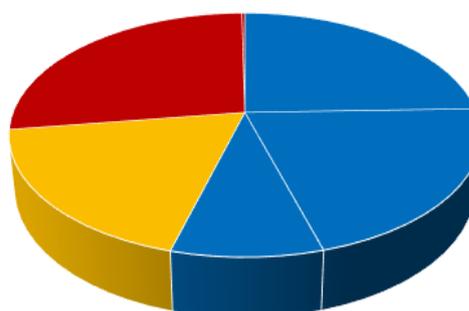
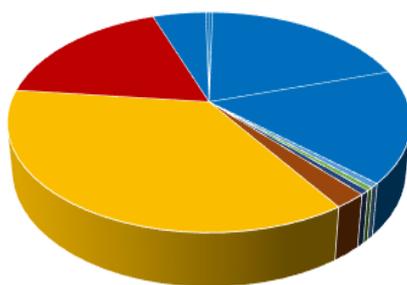
AL 13 MAGGIO 2021

400 SEGGI

	SEGGI	PROP	DISPR.
CENTRO D.: 47,6%	217	191	+26
LEGA: 21,7%	98	87	+11
FR.D'IT.: 18,5%	84	74	+10
FI: 7,4%	35	30	+5
M5S: 16,9%	74	66	+8
CENTRO S.: 31,5%	108	128	-20
ALTRI: 4%	1	15	-14

CAMERA DEI DEPUTATI 4 MARZO 2017
630 SEGGI

CAMERA DEI DEPUTATI 13 MAGGIO 2021
400 SEGGI



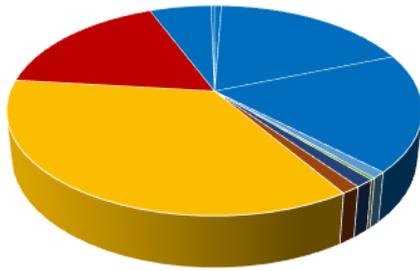
■ Altro 4% ■ Lega 17,4% ■ Insieme 0,6% ■ FI 14% ■ SVP 0,4% ■ +Eu 2,6%
 ■ UDC 1,3% ■ LEU 3,4% ■ M5S 32,7% ■ PD 18,7% ■ Fr.IT 4,4% ■ Civ.Pop.0,5% ■ Lega 21,7% ■ Fr.d'IT 18,5% ■ FI 7,4% ■ M5S 16,9% ■ Centro-SIN 31,5% ■ Altri 4%

SENATO DELLA REPUBBLICA

AL 4 MARZO 2017							
COMPARAZIONE	315 SEGGI			200 SEGGI			
	SEGGI	PRO P.LE	DISP R.tà	SEGGI	PRO P.LE	DIS PR.	
CENTRO D.: 7,5%	137	118	+19	87	75	+12	
LEGA: 17,6%	58	55	+3	37	35	+2	
FI: 14,4%	57	45	+12	37	29	+8	
FR. D'IT.: 4,3%	18	14	-4	11	9	+2	
NOI-UDC: 1,2%	4	4	--	2	2	--	
M5S: 32,2	112	102	+10	71	64	+7	
CENTRO S.: 22,9%	60	72	-12	38	46	-8	
PD: 19,1%	54	60	-6	34	38	-4	
+EU: 2,4%	1	7	-6	2	5	-3	
INSIEME: 0,5%	1	2	-1	--	1	-1	
CIV. POP.: 0,5%	1	2	-1	--	1	-1	
SVP – PATT: 0,4%	3	1	+2	2	1	+1	
LEU: 3,3%	4	10	-6	3	7	-4	
ALTRO: 4,1%	2	13	-11	1	8	-7	

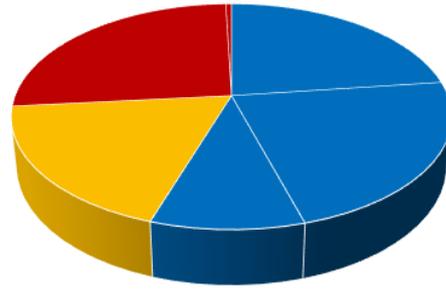
AL 13 MAGGIO 2021			
200 SEGGI			
	SEGGI	PROP	DISPR.
CENTRO-D. 47,6%	110	95	+15
LEGA 21,7%	46	43,4	+2
FR. D'IT. 18,5%	45	37	+9
FI 7,4%	19	14,8	+4
M5S 16,9%	37	34	+3
CENTRO-S. 31,5%	52	63	-11
ALTRI 4%	1	8	-7

SENATO 4 MARZO 2017
315 SEGGI



Altro 4,1% Lega 17,6% Insieme 0,5% FI 14,4% SVP 0,4% +Eu 2,4%
UDC 1,2% LEU 3,3% M5S 32,2% PD 19,1% Fr.IT 4,3% Civ.Pop. 0,5%

SENATO 13 MAGGIO 2021
200 SEGGI



Altro 4% Lega 21,7% Fr.d'IT 18,5% FI 7,4% M5S 16,9% Centro-SIN. 31,5% Altri 4%



Matteo Cosulich*

**“Much Ado About Nothing”, ovvero dell’inutile
compressione dell’eguaglianza del voto
nella vigente legislazione elettorale parlamentare****

L’invito a riflettere sul sistema elettorale in senso stretto risulta oggi particolarmente gradito, in quanto sul “meccanismo di trasformazione dei voti in seggi”¹ paiono incentrarsi i più significativi profili problematici, anche in termini di legittimità costituzionale, della vigente legislazione elettorale parlamentare. Più specificamente, come già si è avuto modo di osservare all’indomani dell’entrata in vigore della legge 3 novembre 2017, n. 165², quest’ultima risulta particolarmente irrispettosa del principio di eguaglianza del voto, nelle sue molteplici declinazioni. Si tratta di una caratteristica che tuttora connota la legislazione elettorale della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica in quanto non è stata in alcun modo attenuata dalla novella apportatavi dalla legge 27 maggio 2019, n. 51 al fine di renderla immediatamente applicabile nell’eventualità (probabile allora, ormai realizzata) di una riduzione del numero dei parlamentari, successivamente disposta dalla legge cost. 19 ottobre 2020, n. 1.

In questa sede, ci si propone dunque di osservare dall’angolo visuale del principio di eguaglianza – “punto di vista privilegiato” nell’analisi dei sistemi elettorali³ – la vigente legislazione elettorale parlamentare, vale a dire il d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 “Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione della Camera dei deputati” e il d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533 “Testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione del Senato della Repubblica”, come modificati e integrati sino ad oggi (d’ora in poi, rispettivamente t.u. Camera e t.u. Senato). Il che richiede di avventurarsi nel garbuglio delle *technicalities* elettorali, tanto più

* Professore associato confermato di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Trento.

** Intervento in occasione del Convegno “La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia” del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dalla Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”

¹ F. LANCHESTER, *Il sistema elettorale e la novella dell’art. 122 della Costituzione*, in A. FERRARA (a cura di), *Verso una fase costituente delle Regioni? Problemi di interpretazione della legge cost. 22 novembre 1999, n. 1*, Milano, Giuffrè, 2001, 28, secondo la ricostruzione proposta dall’A. fin dall’inizio degli anni Ottanta del secolo scorso (F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, il Mulino, 1981, 85-86).

² M. COSULICH, *Il tramonto dell’eguaglianza (del voto). Considerazioni critiche sulla legge n. 165 del 2017*, in *Critica del Diritto*, 2, 2017, 30.

³ M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, Editori Riuniti, 1991, 32. A sua volta, l’eguaglianza del voto si pone quale “principio fondamentale del sistema costituzionale” (A. CERRI, *Il diritto elettorale e la sua storia nel Trentino-Alto Adige con riferimento alla tutela delle minoranze*, in *le Regioni*, 1997, 327).

apparentemente inestricabile quanto più ci si spinge al suo interno, sino ad addentrarsi nel sistema elettorale in senso stretto, dove ogni dettaglio può assumere una rilevanza decisiva con riferimento al funzionamento complessivo della legislazione elettorale⁴ (par. 2). Ma proprio la riconduzione dei minuti dettagli del sistema elettorale in senso stretto ai principi costituzionali in genere e a quello d'eguaglianza in ispecie consentirà di sgrovigliare l'accennato garbuglio, disvelandone le caratteristiche. Si potrà così osservare nitidamente la vigente legislazione elettorale, consentendone una visione che peraltro – può anticiparsi – non risulterà particolarmente piacevole in termini di legittimità costituzionale, alla luce delle varie possibili declinazioni del principio di eguaglianza del voto (parr. 3, 4, 5). Alla sgradevole sensazione così procurata al lettore si cercherà di porre rimedio suggerendo, conclusivamente e conformemente al tema del presente Seminario, alcune possibili prospettive di riforma dei sistemi elettorali in senso stretto delle Camere del Parlamento, anche al fine di renderli più rispettosi dei principi costituzionali, massime di quello di eguaglianza (par. 6).

Sia il sistema elettorale della Camera dei deputati sia quello, assai simile, del Senato della Repubblica possono essere qualificati come “misti”⁵, in quanto i rispettivi seggi sono assegnati in parte con una formula maggioritaria e in parte con una formula proporzionale. Più specificamente, fatti salvi i parlamentari spettanti alla circoscrizione Estero (otto deputati *ex art.* 56, co. 2 Cost. e quattro senatori *ex art.* 57, co. 2 Cost.), i tre ottavi dei seggi sono assegnati in collegi uninominali in ciascuno dei quali “risulta eletto il candidato che ha riportato il maggior numero di voti validi” (art. 1, co. 2 t.u. Senato; analogamente art. 1, co. 2 e art. 77, co. 1, lett. *b* t.u. Camera), secondo i dettami del *plurality system* britannico. I restanti cinque ottavi dei seggi vengono ripartiti (a livello nazionale alla Camera, regionale al Senato) col metodo del quoziente tra le liste o le coalizioni di liste che superano le clausole di sbarramento previste dalla vigente legislazione elettorale (art. 83, co. 1, lett. *e* e lett. *f* t.u. Camera; art. 17, co. 1, lett. *b* t.u. Senato); liste presentate in piccoli collegi plurinominali (nei quali si assegnano “di norma” da tre a otto seggi alla Camera, da due a otto al Senato), individuati nell’ambito delle circoscrizioni (regionali o infraregionali alla Camera; necessariamente regionali al Senato, *ex art.* 57, co. 1 Cost.) attraverso l’aggregazione di collegi uninominali contigui (art. 1, co. 3 t.u. Camera; art. 1, co. 2-*bis* t.u. Senato)⁶.

Tra la lista (o la coalizione di liste) presentata nel collegio plurinominali e i candidati concorrenti nei collegi uninominali inclusi in quest’ultimo è stato introdotto un legame inscindibile: ciascuna lista o coalizione di liste deve presentare, “a pena di inammissibilità”, una candidatura in ogni collegio uninominale (art. 18-*bis*, co. 2-*bis*, secondo periodo t.u. Camera, cui

⁴ Si veda R. BALDUZZI, *Art. 34 legge n. 81/1993*, in *Commentario della Costituzione*, 1996, 1090.

⁵ A. CHIARAMONTE, *Tra maggioritario e proporzionale. L’universo dei sistemi elettorali misti*, Bologna, il Mulino, 2005, 9. Con riferimento ai sistemi misti con voto “unico” e “fuso in senso stretto” si veda L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 408.

⁶ Rispetto alle modalità di assegnazione dei seggi ora descritte nel testo, fanno eccezione la Valle d’Aosta/ *Vallée d’Aoste* e il Trentino-Alto Adige/ *Südtirol*: l’unico seggio, sia alla Camera sia al Senato, spettante alla prima viene infatti assegnato in un collegio uninominale coincidente con la Regione utilizzando il *plurality system* (artt. 92-93 t.u. Camera; art. 1, co. 2 t.u. Senato); quanto al secondo, tutti i sei senatori ad esso spettanti sono eletti in altrettanti collegi uninominali a maggioranza relativa (art. 1, co. 2 t.u. Senato), mentre per la Camera il numero di collegi uninominali ivi costituiti corrisponde alla metà dei deputati assegnati alla circoscrizione coincidente con la Regione stessa, “con arrotondamento all’unità pari superiore” (art. 1, co. 2 t.u. Camera).

rinvia l'art. 9, co. 2 t.u. Senato), mentre non è contemplata la possibilità di presentare direttamente candidati soltanto nei collegi uninominali. Altrimenti detto: non vi può essere una lista o coalizione che non abbia un proprio candidato in ogni collegio uninominale, come pure non vi può essere un candidato in un collegio uninominale che non sia collegato a una lista o coalizione. Le previsioni ora richiamate paiono volte a consentire esclusivamente una peculiare modalità di votazione: su una sola scheda, l'elettore, con un unico voto, sceglie sia la lista nel collegio plurinominale, sia il candidato nel collegio uninominale che essa ha presentato (art. 58, co. 2, secondo periodo t.u. Camera; art. 14, co. 2, secondo periodo t.u. Senato). Può dunque ragionarsi di “voto congiunto obbligatorio”⁷ nell'ambito di una scelta categorica attribuita all'elettore.

Non è dunque ammesso il voto disgiunto: se l'elettore vota per una lista nel collegio plurinominale e per un candidato nel collegio uninominale, non collegato alla prima, il voto è nullo (art. 59-*bis*, co. 3 t.u. Camera, cui rinvia l'art. 14, co. 3 t.u. Senato). Se l'elettore sceglie soltanto una lista, il suo voto si trasferisce automaticamente al corrispondente candidato uninominale (art. 58, co. 2, secondo periodo t.u. Camera; art. 14, co. 1, secondo periodo t.u. Senato); viceversa se l'elettore indica soltanto il candidato uninominale, il voto si trasferisce alla lista che l'ha presentato (art. 58, co. 3, primo periodo t.u. Camera; art. 14, co. 2, primo periodo t.u. Senato). Qualora il voto sia espresso esclusivamente a favore di un candidato uninominale, presentato da più liste (vale a dire, da una coalizione di liste), la legge n. 165 si cava d'impaccio ricorrendo all'insolito istituto del trasferimento *pro quota* del voto a tali liste: i voti a favore di un candidato uninominale collegato a più liste coalizzate “sono ripartiti tra le liste della coalizione in proporzione ai voti ottenuti da ciascuna nel collegio uninominale” (art. 58, co. 3, secondo periodo t.u. Camera; art. 14, co. 2, secondo periodo t.u. Senato); questi ultimi voti sono evidentemente espressi da altri elettori, con buona pace per il carattere personale dell'unico voto che l'elettore ha voluto esprimere, quello nel collegio uninominale.

Il carattere marcatamente categorico della scelta rimessa all'elettore trova conferma nella mancata previsione del voto di preferenza: le liste per la Camera e per il Senato sono bloccate e vengono redatte, “a pena d'inammissibilità”, secondo un “ordine alternato di genere” tra candidate e candidati (art. 18-*bis*, co. 3, ultimo periodo t.u. Camera, cui rinvia l'art. 9, co. 2 t.u. Senato). In tal modo la mancata previsione del voto di preferenza e dunque l'impossibile introduzione dell'istituto della doppia preferenza di genere non impedisce di “promuovere (...) le pari opportunità tra donne e uomini” nell'accesso alle “cariche elettive” (art. 51, co. 1, secondo periodo Cost.); obiettivo perseguito dalla vigente legislazione elettorale parlamentare anche attraverso la fissazione di un tetto massimo per genere del 60% a livello nazionale per le candidature uninominali e per le posizioni di capolista delle liste presentate nei collegi plurinominali (art. 18-*bis*, co. 3.1 t.u. Camera, cui rinvia l'art. 9, co. 2 t.u. Senato).

La riconduzione del sistema elettorale della Camera dei deputati e di quello del Senato della Repubblica alla famiglia dei sistemi elettorali misti può essere ulteriormente precisata alla luce della constatazione che nell'uno e nell'altro la maggior parte dei seggi è assegnata con il metodo del quoziente, vale a dire con una formula proporzionale, mentre la restante parte viene attribuita in collegi uninominali a maggioranza relativa. Possono quindi essere definiti in termini di sistemi

⁷ Così F. BESOSTRI, *Intervento*, in questo *Webinar*.

proporzionali a correzione maggioritaria. Proprio su quest'ultima, corrispondente alla quota minoritaria di seggi assegnati in altrettanti collegi uninominali, occorre concentrare la nostra attenzione alla luce di una giurisprudenza costituzionale che negli ultimi anni non ha mancato di sottoporre la legislazione elettorale parlamentare a uno scrutinio di ragionevolezza, di per sé riconducibile al principio di eguaglianza (del voto)⁸. All'esito dello scrutinio in discorso sono stati notoriamente dichiarati costituzionalmente illegittimi quegli istituti della legislazione elettorale che, al fine di conseguire “un obiettivo di rilievo costituzionale, qual è quello della stabilità del Governo del paese”, sacrificano “valori costituzionalmente protetti” mediante “una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica” (sent. n. 1 del 2017, punto 3. *in diritto*; adde sent. n. 35 del 2017, punto 9.2. *in diritto*). Istituti di tal fatta, privilegiando eccessivamente l'obiettivo della governabilità⁹, appaiono infatti immemori del suo carattere assiologicamente subordinato rispetto al principio di rappresentatività democratica¹⁰, e risultano dunque costituzionalmente illegittimi, in quanto irragionevoli.

Ora, se l'eccessiva compressione dell'eguaglianza del voto al fine di favorire la governabilità è risultata costituzionalmente illegittima, *a fortiori* risulterà tale detta compressione laddove non sia finalizzata all'obiettivo della “stabilità del Governo del paese”. Proprio questo sembra essere il caso della vigente legislazione elettorale parlamentare che attribuisce un elevatissimo numero di piccolissimi premi (così possono essere letti i seggi singolarmente assegnati in ciascun collegio uninominale) alle liste o alle coalizioni che localmente risultano detentrici della maggioranza relativa dei voti. Ma detti premi risultano assolutamente casuali rispetto all'obiettivo della governabilità: possono favorirla, se attribuiti alle forze vincenti a livello nazionale, ma anche sfavorirla, se assegnati a forze politiche maggioritarie nel collegio uninominale, ma sconfitte a livello nazionale. Sembra così riproposi, *mutatis mutandis*, la disciplina introdotta dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270 per l'elezione del Senato, che attribuiva alle liste o alle coalizioni vincenti nelle singole Regioni “premietti” che ben potevano rivelarsi inutili (*rectius* controproducenti) ai fini della governabilità, qualora fossero attribuiti alle forze politiche sconfitte a livello nazionale e dunque minoritarie in Senato¹¹. Tanto è vero che la Corte costituzionale ha reputato tale disciplina massimamente irragionevole (e dunque costituzionalmente illegittima), in quanto non soltanto caratterizzata dagli stessi profili d'illegittimità che viziavano la disciplina del premio nazionale previsto per la Camera, ma caratterizzata anche da “inidoneità (...) al raggiungimento dell'obiettivo perseguito” (sent. n. 1 del 2014, punto 4. *in diritto*).

Con riferimento alla vigente legislazione elettorale, lo scenario ora prospettato non sembra costituire soltanto un'ipotesi di scuola. Se si prendono in considerazione i risultati elettorali del 4 marzo 2018, può constatarsi come alcuni seggi uninominali siano stati attribuiti a forze politiche

⁸ In tal senso si veda già L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, 313.

⁹ Vedi criticamente C. AMIRANTE, *Un rimedio peggiore del male: la “doppia” riforma elettorale e costituzionale*, in ID. (a cura di), *Tra riforma costituzionale e italicum*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 19.

¹⁰ Si delinea così “la preponderanza, se non la primazia, della rappresentatività sulla governabilità” (A. GRATTERI, *La formula e il risultato. Studio sulla rappresentanza proporzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2019, 89; corsivo dell'A.).

¹¹ Come si ebbe occasione di osservare a suo tempo: R. BALDUZZI, M. COSULICH, *In margine alla nuova legge elettorale politica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 5193-5198.

che non sono risultate vincenti a livello nazionale, non contribuendo dunque alla governabilità del paese. È ben vero che nell'attuale XVIII legislatura il susseguirsi di tre differenti maggioranze parlamentari, rispettivamente corrispondenti ai governi Conte I, Conte II e Draghi, rende disagiata identificare forze politiche stabilmente all'opposizione. Tuttavia, se anche volessimo restringere l'analisi alle forze politiche che non hanno mai fatto parte della maggioranza parlamentare nell'attuale legislatura, sarebbe comunque possibile individuare seggi uninominali attribuiti loro, senza favorire in alcun modo la pur mutevole governabilità, nella temperie politica degli ultimi anni: ad esempio, alla Camera dei deputati, Fratelli d'Italia ha così ottenuto il seggio corrispondente al collegio uninominale di Latina, a quello di Piacenza e a quello di Vibo Valentia¹², peraltro grazie ai voti dell'intera coalizione di centrodestra, sfarinatasi all'indomani delle elezioni.

Anche se la valutazione di conformità della vigente legislazione elettorale parlamentare al principio costituzionale di eguaglianza del voto venisse effettuata secondo i meno stringenti canoni della più risalente giurisprudenza costituzionale, detta legislazione risulterebbe egualmente viziata, ad avviso di chi qui scrive. In particolare, detti canoni escludevano comunque forme di voto multiplo o di voto plurimo¹³ (Corte cost., sent. n. 43 del 1961, punto 2. *in diritto*). Com'è noto, quest'ultimo è rinvenibile nelle discipline che "attribuiscono all'elettore più voti in relazione alla sua situazione familiare o culturale"¹⁴. Ora, formalmente le vigenti leggi elettorali di Camera e Senato si guardano bene dal prevedere il voto plurimo: "ogni elettore dispone di un voto" statuisce l'art. 4, co. 2 t.u. Camera, cui rinvia l'art. 27 t.u. Senato. Tuttavia se si esamina con attenzione la disciplina legislativa, il mancato ricorso al voto plurimo non sembra poi così certo. Al riguardo può infatti reputarsi che il voto plurimo sia riscontrabile, secondo la lettura tradizionale, quando alcuni elettori dispongono di due voti e altri di un voto solo; a ben vedere, però, alla medesima nozione di voto plurimo potrebbero ricondursi anche quelle discipline elettorali ai sensi delle quali alcuni voti vengono conteggiati due volte e altri una volta soltanto.

Ma proprio in tal senso dispone la vigente legislazione elettorale parlamentare, laddove non prevede né il voto disgiunto né lo scorporo¹⁵: da un lato l'elettore non può disgiungere il suo voto, vale a dire non può scegliere un candidato non collegato alla lista prescelta¹⁶; dall'altro i voti utilizzati per l'elezione uninominale non vengono scorporati ai fini del calcolo della cifra elettorale di collegio plurinomiale di ogni lista che ha presentato i candidati nei collegi uninominali inclusi nel collegio plurinomiale (art. 77, co. 1, lett. *c* e lett. *d* t.u. Camera; art. 16, co. 1, lett. *c* e lett. *d* t.u. Senato). Detta cifra viene quindi utilizzata come addendo nelle addizioni le cui somme determinano la cifra elettorale circoscrizionale (art. 77, co. 1, lett. *f* t.u. Camera) o regionale (art. 16, co. 1, lett. *f* t.u. Senato) e la cifra elettorale nazionale di ogni lista (art. 83, co. 1, lett. *a* t.u. Camera; art. 16-*bis*, co. 1, lett. *a* t.u. Senato); ogni lista che supera la clausola di sbarramento partecipa alla ripartizione proporzionale dei seggi, rispettivamente sulla base della sua cifra

¹² Si vedano i risultati elettorali al sito [internet ww.elezionistorico.interno.gov.it](http://internet.ww.elezionistorico.interno.gov.it).

¹³ Vedi G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale contemporaneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 120-121.

¹⁴ U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, Milano, Giuffrè, 1954, 144.

¹⁵ Sul quale si veda G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali (Camera e Senato)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, X, 2017, 905.

¹⁶ Vedi *supra* par. 2.

elettorale regionale (art. 17, co. 1, lett. *a* t.u. Senato) e della sua cifra elettorale nazionale (art. 83, co. 1, lett. *f* t.u. Camera). Di conseguenza, i voti dei candidati eletti nei collegi uninominali col *plurality system* vengono nuovamente impiegati per la ripartizione proporzionale degli altri seggi attribuiti con il metodo del quoziente. Tali voti vengono quindi utilizzati due volte: per l'elezione maggioritaria e per quella proporzionale¹⁷; i voti dei candidati sconfitti nei collegi uninominali vengono invece utilizzati soltanto una volta, per l'elezione proporzionale. Il che appare assai poco rispettoso del principio di eguaglianza del voto.

Nella stessa direzione, la vigente legislazione elettorale del Senato si spinge fino a disciplinare modalità di assegnazione dei seggi nelle quali alcuni voti vengono utilizzati due volte e gli altri non vengono mai impiegati. Si fa qui riferimento all'applicazione della legge n. 165 del 2017 all'elezione dei senatori molisani. Poiché al Molise spettano costituzionalmente due senatori (art. 57, co. 3 Cost.), l'applicazione di un sistema elettorale misto lì risulta tutt'altro che agevole, alla luce della considerazione che, al Senato, l'assegnazione dei seggi si esaurisce a livello regionale (art. 17, co. 1, lett. *a* t.u. Senato). Tuttavia la legislazione elettorale ignora semplicemente il problema, prevedendo un collegio uninominale nella Regione Molise (art. 1, co. 2, secondo periodo t.u. Senato); di conseguenza in Molise vi è un solo seggio destinato all'assegnazione con formula proporzionale (tabella B.2 d.P.R. 23 dicembre 2020 col quale sono stati determinati i collegi elettorali di Camera e Senato). Il che apre la strada a una serie di costruzioni ossimoriche di crescente bizzarria: la coincidenza territoriale fra il collegio uninominale e il collegio plurinominale che dovrebbe essere costituito “di norma, dall'aggregazione di collegi uninominali contigui” (art. 1, co. 2-*bis*, primo periodo t.u. Senato); il collegio plurinominale in cui si assegna un solo seggio (art. 9, co. 4, terzo periodo t.u. Senato); la ripartizione “con metodo proporzionale” di un solo seggio fra le liste (art. 1, co. 2-*bis* secondo periodo t.u. Senato); la lista “composta (...) da un solo candidato” (art. 9, co. 4, terzo periodo t.u. Senato); tale lista con il candidato collocato “secondo un ordine alternato di genere” (art. 9, co. 4, quarto periodo t.u. Senato).

Al di là degli ossimori ora menzionati, va sottolineato come le modalità di elezione dei senatori molisani risultino ancor più difficilmente compatibili di quelle degli altri parlamentari col principio di eguaglianza del voto. In Molise, infatti, i voti utilizzati per eleggere il candidato nel collegio uninominale a maggioranza relativa vengono nuovamente conteggiati come voti di lista per ripartire con formula proporzionale l'altro seggio. Il che significa che il seggio proporzionale sarà assegnato alla lista o alla coalizione che ottiene più voti in Molise, vale a dire alla lista o alla coalizione che ha presentato il candidato eletto nel collegio uninominale, in quanto più votato degli altri. Di conseguenza, i voti di tale lista o coalizione verranno conteggiati due volte (l'una per eleggere il candidato col maggioritario, l'altra per assegnare con formula proporzionale l'unico seggio disponibile), mentre i voti per le altre liste o coalizioni (e per i candidati uninominali da esse presentati) non verranno mai conteggiati. Altrimenti detto, verrà applicato due volte consecutive, agli stessi voti, la formula dell'elezione a maggioranza relativa (*plurality system*). Così è avvenuto in occasione delle elezioni senatoriali del 4 marzo 2018¹⁸: con gli stessi, identici voti

¹⁷ Così A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2017, 10, al sito internet www.osservatorioaic.it.

¹⁸ Vedi *supra* nt. 12.

(71.067, per l'esattezza) è stato eletto il candidato del M5S della "lista" presentata nel "collegio plurinominale" Molise 1 e il candidato del M5S nell'unico collegio uninominale, Campobasso; collegio uninominale coincidente, come si è detto, col collegio sedicente "plurinominale" Molise 1.

La vigente legislazione elettorale parlamentare appare contrastante col principio di eguaglianza del voto anche se esso viene inteso nel più tradizionale significato di "parità di condizione dei cittadini nel momento in cui il voto è espresso (c.d. uguaglianza «in entrata»)"¹⁹; significato che vale a escludere, quantomeno, quei fenomeni di *malapportionment*²⁰ che la giurisprudenza costituzionale statunitense sanziona oramai dal 1964, anche richiamandosi al principio di eguaglianza, attraverso un'interpretazione estensiva dell'*equal protection clause* del XIV emendamento²¹.

Ma il *malapportionment* sembra rinvenibile nella disciplina elettorale della Camera e del Senato, a partire dalle novelle introdotte dalla legge n. 165 del 2017. Al riguardo, si rammenti che nella vigente legislazione elettorale parlamentare i tre ottavi dei seggi sono assegnati in altrettanti collegi uninominali, in ciascuno dei quali i voti ivi espressi esauriscono i loro effetti (salvo naturalmente essere di nuovo conteggiati per la ripartizione proporzionale, come si è visto), determinando l'elezione del candidato più votato²². Assume allora rilevanza l'ampiezza dei collegi uninominali, in quanto se essi fossero "marcatamente disomogenei quanto a consistenza demografica" si determinerebbero "gravi vizi di costituzionalità"²³, derivanti dall'attribuire al voto espresso in un collegio uninominale meno popolato un peso "in entrata" significativamente maggiore rispetto a quello proprio di un voto espresso in un collegio più popolato.

Quella ora delineata costituisce un'eventualità resa possibile dalla disciplina dettata dalla legge n. 165 del 2017 (e ribadita dalla legge n. 51 del 2019) per la definizione dei collegi uninominali. La legge n. 165, nella "Delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali" (così la rubrica del suo art. 3) detta il seguente principio e criterio direttivo: "la popolazione di ciascun collegio uninominale (...) può discostarsi dalla media della popolazione (...) dei collegi uninominali della circoscrizione di non oltre il 20% in eccesso o in difetto" (co. 1, lett. c per la Camera; co. 2, lett. c per il Senato). Il medesimo principio e criterio direttivo è rinvenibile nell'identica delega al Governo disposta dall'art. 3 legge n. 51 del 2019 che espressamente rinvia all'ora riportata lett. c. Di conseguenza il legislatore delegato ben poteva definire in una stessa circoscrizione collegi uninominali che differiscono tra loro sino al 40% della popolazione; percentuale talmente alta da configurare proprio quella marcata disomogeneità demografica tra collegi uninominali di cui si ragionava poc'anzi.

Così, per quanto riguarda gli attuali collegi uninominali, determinati dal d.lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, può notarsi come nella circoscrizione corrisponde alla Regione Lombardia, al Senato coesistono il collegio uninominale di Milano con 1.053.246 abitanti e quello di Pavia con 766.913

¹⁹ E. GROSSO, *Art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, I, 2006, 970.

²⁰ Vedi F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, 1993, 1129 e I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, 113.

²¹ G. BOGNETTI, *Malapportionment, ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1966, 115.

²² Vedi *supra* par. 2.

²³ G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali*, cit., 917, nt. 108.

abitanti²⁴, vale a dire con una popolazione inferiore di oltre il 27%. In altre parole, presumendosi un rapporto pressoché costante fra elettori e abitanti, per l'elezione dei senatori lombardi nei collegi uninominali poco meno di tre potenziali voti pavesi equivalgono a quattro potenziali voti milanesi. Di peggio avviene, sempre in Lombardia, per la Camera dei deputati: nella circoscrizione Lombardia 1 coesistono il collegio uninominale di Sesto San Giovanni con 504.498 abitanti e quello di Legnano con 340.468²⁵, vale a dire con una popolazione inferiore di quasi il 33%. Altrimenti e più efficacemente detto, nella circoscrizione in discorso, per eleggere un deputato nel collegio uninominale, tre voti potenziali di Sesto San Giovanni equivalgono a poco meno di due voti di Legnano. Il che sembra configurare casi di *malapportment*, introdotti dalla legislazione delegata sulla base della disciplina dettata dalla delega legislativa; l'una e l'altra dunque sospette di ledere il principio di eguaglianza del voto anche nella sua interpretazione restrittiva proposta all'inizio del presente paragrafo. Non per nulla, il più avveduto legislatore elettorale del 1993 prevedeva uno scostamento percentuale massimo pari esattamente alla metà, vale a dire al 10%, in eccesso o in difetto, sia alla Camera (art. 7, co. 1, lett. *b* legge 4 agosto 1993, n. 277) sia la Senato (art. 7, co. 1, lett. *e* legge 4 agosto 1993, n. 276).

La vigente legislazione elettorale parlamentare risulta non soltanto scarsamente rispettosa del principio di eguaglianza del voto, come si è visto, ma anche incapace di favorire la formazione di stabili maggioranze²⁶, come sembrano confermare le travagliate vicende della presente legislatura, l'unica nella quale le Camere siano state elette con la disciplina elettorale novellata dalla legge n. 165 del 2017. Le complesse – e talvolta probabilmente illegittime – *technicalities* che caratterizzano la vigente legislazione elettorale parlamentare, applicate a un formato partitico tripolare, hanno determinato una contenuta sovrarappresentazione della coalizione di maggioranza relativa (il centrodestra con il 37% dei voti alla Camera e il 37,5% dei voti al Senato ottiene rispettivamente il 42,5% e il 43,8% dei seggi), nonché della forza politica singolarmente più forte, ma seconda classificata in quanto presentatesi da sola (il M5S col 32,7% dei voti alla Camera e il 32,2% dei voti al Senato ottiene rispettivamente il 36,5% e il 36% dei seggi). Sovrarappresentazione cui corrisponde una qualche sottorappresentazione delle altre forze politiche: così il Pd e i suoi alleati minori ottengono il 22,9% dei voti alla Camera e il 23% dei voti al Senato, cui corrisponde il 18,8% e il 18,5% seggi; LeU col 3,4% dei voti alla Camera e il 3,3% al Senato ottiene rispettivamente il 2,3% e l'1,3% dei seggi²⁷. L'ora descritto disallineamento – sostanzialmente prodotto dalla disciplina elettorale – tra le percentuali dei voti ottenuti e quelle dei seggi assegnati non ha peraltro favorito in alcun modo la stabilità governativa, come le vicende dell'ultimo triennio ampiamente confermano. La stessa coalizione di centrodestra, premiata in termini di

²⁴ Senato della Repubblica, Servizio studi, Camera dei deputati, Servizio studi, XVIII legislatura, *Dossier 1 dicembre 2020, Determinazione dei collegi uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*, 79, al sito internet www.temi.camera.it.

²⁵ *Op.ult.cit.*, 66.

²⁶ Così il legislatore “sacrifica i principi di eguaglianza del voto e di rappresentatività sull'altare della stabilità senza però che essa venga effettivamente raggiunta” (D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 341).

²⁷ Le percentuali dei seggi assegnati sono state elaborate muovendo dai dati disponibili al sito internet www.elezionistorico.interno.gov.it, senza tener conto né dei seggi attribuiti in Valle d'Aosta né di quelli assegnati nella circoscrizione Estero.

seggi soprattutto nei collegi uninominali grazie al convergere dei voti degli elettorali delle forze politiche che la forma(va)no, è venuta meno subito dopo le elezioni.

L'incerto quadro politico odierno sembra riproporre il rawlsiano “velo di ignoranza”²⁸ che vanificava le capacità predittive delle forze politiche nel periodo costituente; il che dovrebbe indurre a privilegiare sistemi elettorale proporzionali come appunto avvenne allora. Tanto più che la riduzione del numero dei parlamentari, disposta dalla legge cost. n. 1 del 2020, tende di per sé ad amplificare gli effetti distorsivi delle correzioni in senso maggioritario. Sembra forse giunto il momento, dopo un quarto di secolo, di prendersi una pausa rispetto alla (vana) ricerca di *technicalities* elettorali capaci di assicurare artificialmente la stabilità governativa per ricercare quest'ultima nella pur faticosa dialettica parlamentare tra forze politiche rappresentate proporzionalmente ai voti ottenuti²⁹. *Last but not least*, ridurre il grado di manipolazione dei voti nella loro trasformazione in seggi consentirebbe – finalmente – un più rigoroso rispetto dei principi desumibili dal testo costituzionale in materia elettorale.

Un passo nella direzione ora indicata pare essere rappresentato dalla proposta di legge n. 2329 presentata nel gennaio 2020 alla Camera dei deputati e attualmente in discussione presso la sua I Commissione (Affari costituzionali); si tratta della cosiddetta proposta Bresca, dal cognome del presentatore, presidente della Commissione stessa. Il p.d.l. n. 2329, novellando il t.u. Camera e il t.u. Senato, intende abrogare la previsione dell'elezione di tre quindi dei parlamentari in collegi uninominali con formula maggioritaria³⁰. Di conseguenza, (quasi)³¹ tutti i candidati si presenterebbero in collegi plurinominali e la ripartizione di (quasi) tutti i seggi avverrebbe con formula proporzionale – applicata a livello regionale al Senato, a livello nazionale alla Camera – fra le liste (non più coalizzabili fra loro) che hanno superato le clausole di sbarramento, rimodulate dalla p.d.l. n. 2329³². Pur rammentando la possibile influenza che le caratteristiche del sistema elettorale adottato esercitano sulle scelte compiute dagli elettori, e dunque con tutte le cautele del caso, sembra potersi affermare che sistemi elettorali come quelli previsti dal p.d.l. n. 2329 avrebbero determinato, nelle elezioni del 4 marzo 2018, una ripartizione dei seggi non molto dissimile a quella che si è registrata e comunque non così radicalmente differente da determinare un diverso quadro politico nelle Camere del Parlamento. Ci si potrebbe dunque conclusivamente chiedere se sia valsa la pena di introdurre con legge n. 165 del 2017 sistemi elettorali così poco

²⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1971, trad. it. a cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1997, *passim*, spec. 128-129.

²⁹ Al riguardo si vedano le considerazioni di G. AZZARITI, *Legge elettorale e democrazia d'investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di democrazia*, in questa *Rivista*, 3, 2015, 23-24 e di M. SICLARI, *Prime considerazioni sul parziale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei riguardi della legge n. 52 del 2015, alla luce del comunicato emesso dalla Corte, il 25 gennaio 2017*, *ivi*, 1, 2017, 8, nonché G. PISICCHIO, *Intervento*, in questo *Webinar*.

³⁰ Detta modalità di elezione viene mantenuta soltanto per i parlamentari valdostani e per i senatori eletti nella Regione Trentino-Alto Adige/*Südtirol*.

³¹ Vedi *supra* nota precedente.

³² Viene introdotta una clausola di sbarramento del 5% dei voti validi espressi a livello nazionale, sia alla Camera sia al Senato. Per l'elezione di quest'ultimo, in alternativa è prevista la clausola del 15% dei voti validi espressi in almeno una Regione; tale clausola alternativa, alla Camera, si applica soltanto alle liste “rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una Regione ad autonomia speciale il cui Statuto o le relative norme di attuazione prevedano una particolare tutela di tali minoranze linguistiche”. Per garantire il “diritto di tribuna” viene peraltro previsto che se, alla Camera, una lista ottiene almeno tre quozienti in almeno due Regioni, essa ha diritto a un seggio per ogni quoziente ottenuto. Al Senato, a ciascun quoziente nella circoscrizione regionale corrisponde comunque un seggio.

rispettosi del principio costituzionale di eguaglianza del voto³³. Se si volesse parafrasare Shakespeare, potrebbe dirsi: molta incostituzionalità (nella disciplina elettorale) per nulla (in termini di stabilità governativa).

³³ Si noti come la legislazione elettorale che qui si è commentata si inserisca in politiche del diritto sostanzialmente immemori del principio di eguaglianza, nelle sue varie accezioni (si veda C. AMIRANTE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, Torino, Giappichelli, 2016, XVII-XXVIII).



Fulco Lanchester*

Conclusioni finali**

Nel corso di questo dibattito, in cui non sono stati coinvolti i politici in senso stretto, abbiamo sentito più voci. Ma anche i giuspubblicisti appaiono in affanno e consapevoli della difficoltà di operare interventi in materia elettorale dopo che si è passati dalle aule parlamentari all'attività referendaria, per arrivare- negli ultimi tre lustri all'azione giurisdizionale.

Adriano Sofri su "Il foglio" del 4 Maggio ha commentato la nostra riunione (I costituzionalisti hanno sempre messo in guardia sul sistema elettorale), descrivendo inerzia e sostanziale irrilevanza dei cosiddetti esperti, che osservano da lontano un dibattito oramai loro sfuggito.

L'osservazione di Sofri ha elementi di realtà per cui la riprendo nel corso di queste brevi considerazioni finali, ma forse imputa troppa colpa agli esperti, quando è in realtà la condizione sistemica che non permette la concretizzazione del dibattito. Come sostiene l'ormai celebre antropologo dell'Università del Connecticut Merrill Singer in *Introduction to Syndemics*.

A Critical Systems Approach to Public and Community Health (San Francisco, Jossey-Bass, 2009), in epoca sindemica, dove la pandemia interagisce con gli altri elementi costitutivi del sistema con effetti diversificati a seconda delle condizioni dello stesso, per comprendere la situazione in argomento bisogna fare prima di tutto riferimento alla situazione concreta dei sistemi investiti da una malattia. Per quanto riguarda il caso della rappresentanza in campo politico bisogna guardare alla storia costituzionale e alla storia della Costituzione italiana.

In questa prospettiva la recente ripubblicazione del volumetto di Costantino Mortati su *La legge elettorale cecoslovacca* (Milano, Wolters Kluwe-Cedam, 2020) conferma i limiti dell'azione individuale e di categoria in questo ambito, ma evidenzia anche come i problemi di oggi fossero presenti già in periodo costituente.

Nel profumo del costituzionalismo c'è dunque la consapevolezza dei limiti degli esperti, ma anche della necessità di ritornare a quel dibattito.

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza de "La Sapienza".

** In occasione del Convegno "*La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia*" del 28 aprile 2021 organizzato dalla Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto* e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà".



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Fulco Lanchester*

L'Europa tra Weltanschauung federalista e decisione politico-giuridica**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'opera di Somma. – 3. I fenomeni geopolitici e le trasformazioni contemporanee. – 4. Il federalismo tra *Weltanschauung* e tecnica politico-giuridica. – 5- Gli esempi statunitense e tedesco. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Alessandro Somma ha scritto un bel volume su un tema molto attuale sia per la scienza giuridica che per il dibattito politico.

Quando l'Europa tradì stessa e come continua a tradirsi nonostante l'epidemia (Laterza, 2021) è il titolo invitante dell'ultima opera di Somma ed è per questo che la rivista *Nomos* ha preso l'iniziativa di presentarla quest'oggi collegandosi con la Fondazione Paolo Galizia – Storia e libertà e il Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia dell'Università di Roma Sapienza. Mio compito è quello di introdurre in modo sintetico il dibattito odierno, cui partecipano Gaetano Azzariti, ordinario di Diritto costituzionale a Giurisprudenza; Stefano Ceccanti, ordinario di Diritto pubblico comparato a Scienze politiche; Paolo Ridola, ordinario di Diritto pubblico comparato a Giurisprudenza; e Astrid Zei, associata di Diritto pubblico comparato a Scienze politiche. Lo farò presentando velocemente l'autore e non astenendomi dal formulare un sintetico giudizio sull'opera.

2. L'opera di Somma

Ho incontrato Alessandro Somma, oggi ordinario di Diritto privato comparato a Giurisprudenza e prima ricercatore al Max Planck Institut, durante il primo lustro di questo millennio. In particolare mi colpì il suo ampio e documentato volume su *I giuristi e l'asse culturale Roma - Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista* (Klostermann, 2005), edito nello stesso anno in cui con Mazzacane e con Stolleis curò il volume *Korporativismus in der südeuropäische Diktaturen* (idem, 2005), ricerca estesa anche alla Francia in *Le droit sous Vichy* (con B. Durand e J.P.Crom sempre Klostermann, 2006).

* Già Professore ordinario di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato presso "La Sapienza".

** Intervento introduttivo a proposito del volume di A.S OMMA, Quando l'Europa tradì stessa e come continua a tradirsi nonostante l'epidemia, Roma, Laterza, 2021.

Al di là del ragionato e brillante manuale di *Diritto comparato* (Laterza, 2014; Giappichelli, 2019), la linea di ricerca di Somma continua con *Economia di razza: dal fascismo alla cittadinanza europea* (Ombre corte, 2009); *La Germania e l'economia sociale di mercato* (Torino, Centro di ric. e doc. Einaudi, 2014); *La dittatura dello spread – Germania, Europa e crisi del debito* (Roma, Derive/Approdi, 2014); *L'altra faccia della Germania: sinistra e democrazia economica nelle maglie del neoliberalismo* (Derive/Approdi, 2015); *Europa a due velocità: post politica dell'Unione europea* (Reggio Emilia, Imprimatur, 2017) e infine *Sovranismi: Stato, popolo conflitto sociale* (Roma, Derive/Approdi, 2018). Tutte queste opere evidenziano un punto di unione comune, ovvero l'idea che il mercato capitalistico sia caratterizzato dalla prospettiva apparentemente apolitica della concorrenza e che lo Stato nella versione di massa sia intervenuto per condizionare i risultati dello stesso mercato contro la democrazia. In questa linea l'indirizzo tedesco dell'economia sociale di mercato ad avviso di Somma penetrerebbe le sue radici nei regimi autoritari degli anni 20/30 e sarebbe oggi propagata in Europa dall'egemonia tedesca nel continente. Per sostenere questo anche nel volume di cui ci occupiamo oggi -ma pure in numerosi saggi pubblicati nel corso dell'ultimo lustro- Somma evidenzia come l'Europa sia stata condizionata dai vincoli di bilancio e di stabilità tedeschi, che - come un nodo scorsoio - stringono e soffocano coloro che non sono efficienti. Si tratta del problema dei cosiddetti pigs, divenuto conclamato dopo la crisi del 2008, che ha dato luogo alla battaglia politico- giuridica dello stesso Giuseppe Guarino nei primi anni decennio scorso ai tempi del Governo Monti, frutto del commissariamento del circuito partitico – parlamentare italiano. Eppure, questa impostazione, portata avanti in maniera coerente e intelligente, non convince totalmente per due ragioni fondamentali che accenno soltanto. In primo luogo, perché trascura i fenomeni geopolitici, che hanno condizionato e condizionano lo sviluppo del modo di produzione capitalistico; in secondo luogo, perché le categorie utilizzate sono, a volte, influenzate dalla sensibilità implicitamente privat-comparatistica delle analisi operate.

3. I fenomeni geopolitici e le trasformazioni contemporanee

Per quanto riguarda il primo aspetto, la crisi di partecipazione che porta all'intervento dello Stato nell'economia è anche uno degli aspetti della crisi dell'eurocentrismo derivante dalla guerra civile europea scoppiata nel 1914. Si appalesava ciò che aveva previsto Tocqueville nel 1848 e che un secolo dopo certificherà Raymond Aron, ovvero l'emarginazione dell'Europa in favore di USA ed URSS.

I Trenta gloriosi (1945-1975), su cui si sofferma più volte Somma, sono un fenomeno di sviluppo

che si attua sotto l'ombrello statunitense ed entra in difficoltà con lo spostamento progressivo degli assi geopolitici dall'Atlantico al Pacifico agli inizi degli anni Settanta. Somma identifica la conclusione di un'epoca con la fine di Bretton Woods (1971), ma non la connette con simili fenomeni, che comportano la necessaria perdita di ruolo dello Stato sociale e il conseguente abbandono del keynesismo con l'avvento del liberismo hayekiano. Il crollo del socialismo reale,

strozzato da difficoltà economiche e dalla gerontocrazia partitocratica, incrementa l'era delle privatizzazioni planetarie e la nascita (o il ritorno) di nuovi soggetti (ad es. Cina ed India) sulla scena. In questa prospettiva, però, sostenere che lo Stato sociale fosse garantito dal bipolarismo planetario risulta scivoloso, perché rischia di far trascurare gli sviluppi reali del processo di globalizzazione e un dramma che solo apparentemente richiama le tensioni del primo decennio del secolo scorso. D'altro canto, il neoliberalismo (Thatcher; Reagan) decolla prima del crollo del

socialismo reale del l'economicismo concorrenziale scatta con lo spostamento dell'asse geopolitico dall'atlantico al Pacifico.

In questa prospettiva la costruzione europea, come ribadisce nel 2009 il BVerfG nella parte narrativa del Lisboa Urteil, non è più sotto l'ombrello USA e si trova sotto l'influenza di una Germania riunita e democratica, che ha valutato – al di là di Kohl – la prospettiva europea più sul piano economico che su quello politico-pubblicistico. L'allargamento degli anni '90 e dei primi anni del terzo millennio a mio avviso denuncia proprio una rinuncia a una necessaria prospettiva egemonica della Germania, impegnata da problemi interni (la riunificazione) e non pronta (come anche altri però) al necessario salto di qualità.

Il secondo piano dell'analisi sta proprio nel problema relativo al "balzo" europeo che viene impedito da remore di tipo plurimo, sia a destra che a sinistra, da schieramenti che vedono le famiglie politiche continentali di tipo tradizionale indebolirsi con la nascita di nuove fratture (globalisti-sovrani ad es.). L'idea è che il luogo della democrazia sia lo Stato nazionale e che uscirne costituisca il suo abbandono anche nella prospettiva federale e non solo in quella della governance sovranazionale.

4. *Il federalismo tra Weltanschauung e tecnica politico- giuridica*

A questo punto dico subito che ho apprezzato l'analisi delle differenti interpretazioni del federalismo presenti in Europa, operata da Somma, che si è aperto a questa prospettiva, ma che ritengo che la stessa non distingua in modo sufficiente l'analisi della *Weltanschauung* e quella tecnico- giuridica. Non mi attardo, ma essendo allievo dell'*Alma Universitas Ticinensis*, dove ha operato ed opera il Movimento federalista europeo di Mario Albertini e Francesco Rossolillo, ho sempre

considerato necessario distinguere, con Alexander Marc (in AA.VV., *Le ederalisme, Paris, Puf, 1956*), una prospettiva di federalismo come visione del mondo ed un'altra di tipo politico – giuridico relativa all'organizzazione federale. La prima può essere o di impianto laico (partendo da Kant e proseguendo con Proudhon, Agnelli e Cabiati, Lionel Robins e Spinelli); o invece cattolica, con forti radici tedesco-bavaresi che in Italia si condensano, ad es., negli scritti di Egidio Tosato sulla sussidiarietà e il personalismo, richiamato in modo intenso ma astratto proprio da Marc.

Altro è invece il tema dell'organizzazione federale che necessariamente implica la persistenza, anche nell'ambito del mondo internazionalizzato e globalizzato, della categoria Stato e sovranità, anche se viste in senso borroso (sfocato) come evidenziato dal dibattito degli ultimi decenni. Richiamo per questa lezione l'impianto concettuale di Mario Albertini, allievo di Bruno Leoni (partecipe della Mont Pelerin Society), ma anche quello di Sergio Pistone e di Lucio Levi. In una simile prospettiva lo Stato federale costituisce la risposta per un continente europeo sempre meno rilevante dal punto di vista economico e politico a livello globale. Senza una simile risposta non risulta sostenibile l'equilibrio tra libertà ed uguaglianza nell'ambito di un circuito democratico che la prospettiva burocratica del government non garantisce, al di là di quanto possa dire uno studioso intelligente come Sabino Cassese su *The Global Polity*, presentato proprio in questa Sala delle Lauree alcuni anni fa (v. Nomos- leattualitaneldiritto.it, 2012, n.2). Non esiste quindi una sovranità sovranazionale (Somma, p.32), ma una sovranità federale al cui interno deve esserci un demos capace di determinare gli elementi essenziali della politica federale.

In questa linea l'esempio statunitense, ben presente ai federalisti degli anni Cinquanta del secolo scorso, si collega al dibattito tedesco della seconda metà dell'Ottocento sulla natura del Bund (l'alternativa tra confederazione o federazione non ancora chiarita), sciolta dalla scelta prussiano-egemonica della RV del 1871 e dalla interpretazione dottrinale in questo senso degli anni Ottanta-Novanta del secolo XIX.

5. Gli esempi statunitense e tedesco

La Germania lo sa perfettamente. Il dibattito sulla *Kompetenz-Kompetenz* di Waitz, Meyer, Haenel e la contrapposizione con Seydel si connette con il significativo scritto di Johan Kaspar Bluntschli su *Die Gründung der Amerikanischen Union von 1787* (Berlino, Habel, 1872, ma prima edizione 1867) ed evidenzia come il passaggio da un'organizzazione del diritto internazionale pubblico come la Confederazione a una istituzione del Diritto pubblico interno come la federazione necessiti proprio il riconoscimento della *Kompetenz-Kompetenz* ad un soggetto determinato. Qui siamo ancora nell'ambito di un necessario ragionamento formale sulla sovranità statale, che può anche ignorare il memento schmittiano che sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione, ma che evidenzia la sua fundamentalità ancora oggi, per superare le ambiguità degli anni Novanta del secolo scorso. In questa prospettiva, proprio Bluntschli ricordò già nel 1867 la famosa frase di Washington che – di fronte a chi negli anni Ottanta del secolo XVIII lo invitava a utilizzare la sua influenza per far fronte al caos della Confederazione nel periodo postbellico – rispose che *influence is not government* ovvero che *Einfluss is nicht Regierung* (*The writings of George Washington*, Boston, Russel, vol. IX, p. 204). Ed è bene ricordare che lo stesso Luigi Einaudi fece riferimento al caso americano proprio nel 1918 per criticare l'ipotesi della Società delle Nazioni (La Società delle Nazioni è un ideale possibile?, in *Corriere della sera*, 5 gennaio 1918, sotto lo pseudonimo di Junius), ripreso anche da Giovanni Agnelli e Attilio Cabiati nella loro opera *Federazione europea o Lega delle Nazioni?* (Milano, Bocca, 1918). La citata frase di Washington, che ha avuto una utilizzazione anche nel dibattito tedesco sul parlamentarismo (se ne servì Hugo Preuss significativamente negli anni Novanta del secolo XIX in *Die Organisation der Reichsregierung und die politischen Parteien*, in *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, L. Albertin Hrsg mit C. Müller, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 169), evidenzia la necessità del salto di qualità del processo di unificazione europeo che, proprio ai tempi della Convenzione europea, fece auspicare a Giuliano Amato speriamo che sia femmina, ossia che il prodotto fosse una Costituzione e non un nuovo Trattato.

6. Conclusioni

Sappiamo come è andata a finire e l'esperienza contemporanea della sindemia non tranquillizza, al di là delle automistificazioni sul Recovery Plan, anche perché le elezioni tedesche e francesi incombono e i segnali interni alla Germania confermano le ipotesi riduttive di quella che dovrebbe essere la potenza trainante l'ipotesi federale. Su questo ha, dunque, ragione Somma: l'Unione Europea nel profilo attuale risulta inadeguata alla bisogna e azzarda di essere annullata rispetto alle necessità del contesto geopolitico mondiale. Il progetto europeo rischia, quindi, ancora una volta di non decollare, ma è anche evidente che se si costruirà lo farà in maniera altra rispetto all'ispirazione delle Costituzioni democratiche sociali della seconda ondata di democratizzazione. La scelta dell'allargamento su base economica degli anni Novanta è stata miope, indebolendo l'aspirazione federalista. La terza ondata ha scongelato fratture e ne ha prospettato delle nuove. La sindemia dovrebbe costringerci a pensare europeo, ma è necessario che appaia un federatore. È proprio di fronte alle difficoltà che è richiesta la capacità di raccogliere i segni della condizione storico spirituale, cercando di rilanciare il progetto europeo nella democrazia.



Stefano Ceccanti*

**Per una critica del bel testo di Alessandro Somma:
consensi e dissensi****

Il testo di Alessandro Somma “Quando l’Europa tradì se stessa”, che è uno dei libri più stimolanti sulla materia usciti in questo periodo, si compone, dal mio punto di vista, di tre tipi di osservazioni: condivisibili, non condivisibili, da chiarire in termini di sviluppo.

Anzitutto quelle condivisibili, a partire da una solida tensione federalista europea, su cui non mi soffermo puntualmente dandole positivamente per acquisite, se non tornandoci in conclusione. Il fine quindi è comune, anche se l’autore ed io abbiamo vari dissensi sui mezzi.

Ora passerei a quelle non condivisibili, che vado ora a commentare per ordine.

Per prima cosa non mi ha mai convinto per intero la teoria, riproposta nel volume a pag. VII, che l’Urss e le cosiddette democrazie popolari avrebbero avuto comunque un effetto positivo sulle democrazie liberali perché le avrebbero spinte ad avere una sensibilità sociale. Qui è opportuno distinguere bene tra forze politiche e Stati. Per le prime la sensibilità è endogena, nasce da una crisi dello Stato liberale oligarchico, dalla sua incapacità di integrazione di larghe fasce di popolazione. Questo accade ben prima del consolidarsi dei regimi politici delle cosiddette democrazie popolari. Le forze politiche di matrice socialdemocratica e popolare hanno tale sensibilità nel proprio Dna, non la attingono da fuori e l’hanno declinata dentro al costituzionalismo liberale, fuori da scorciatoie illusorie. Ovviamente, però, se ci spostiamo in termini di realismo politico sul livello degli Stati retti da democrazie liberali la tesi può essere considerata giusta, quella concorrenza ha aiutato a valorizzare il patrimonio genetico di quelle forze, delle loro componenti più aperte alle riforme sociali.

In secondo luogo non mi sembra neanche convincente la tesi che dagli anni ’80 dalla crisi delle ricette economiche precedenti sia scaturito un indirizzo univoco cosiddetto liberista (ibidem): vi sono state diverse linee politiche tra i vari Governi sia in relazione alle forze sociali ed economiche (con in alcuni casi accordi di sistema) sia di merito. Per dirla con una battuta non si può confondere Hayek con Giddens. Va presa sul serio, come sostengono tra gli altri Dilmore e Salvati, la profonda differenza, prima e dopo gli anni ’80, che separa i filoni di liberalismo inclusivo (*embedded*) che intendono addomesticare il mercato da quelli di liberalismo

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l’Università di Roma “Sapienza”

** Intervento a proposito del volume di A. SOMMA, *Quando l’Europa tradì se stessa e come continua a tradirsi nonostante l’epidemia*, Roma, Laterza, 2021

fondamentalista (*unfettered*) che intendono ridurre al minimo i condizionamenti delle istituzioni e delle forze sociali. La tesi di Somma sarebbe sostenibile solo se si ritenesse che i mezzi adottati durante i cosiddetti Trenta Gloriosi, e più esattamente l'intervento dello Stato in economia soprattutto come gestore diretto, costituissero l'unico modo di incarnare le finalità sociali. Ma come sappiamo produttore, regolatore e fornitori di servizi non di mercato possono e debbono essere soggetti diversi, pur in un quadro di welfare robusto. Quella tesi non è quindi sostenibile né in termini costituzionali né in termini politici. Si possono dare finalità sociali perseguite con modalità di intervento pubblico più o meno diretto, con lo Stato nelle vesti di gestore parziale e non monopolistico, regolatore, incitatore, e così via. Le Carte costituzionali, costruite e sorrette per lo più dalle forze politiche di centrodestra e di centrosinistra, tagliano gli estremi di un'economia completamente statalizzata e di una affidata a determinismi di mercato, ma per il resto lasciano ampiamente libere le maggioranze politiche sul piano degli strumenti, tanto quanto è accaduto con gli strumenti dell'integrazione a cominciare dal Trattato Cee e il piano Werner, come sottolinea lo stesso autore (p. 39 e p. 70). Il punto di equilibrio è dato dai conflitti politici, dalle egemonie culturali e dai rapporti di forza, è un processo aperto. Né era realmente ipotizzabile che anche la Costituzione portoghese, scelta appunto come caso paradigmatico, potesse davvero svilupparsi fuori da una logica di equilibrio tra democrazia e mercato, come si ricostruisce appunto alla p. 76 e ss. al di là di alcune formule lessicali imposte dai militari di estrema sinistra, ma prive di consenso sociale a differenza della volontà di integrarsi nell'allora Cee.

In terzo luogo sulla ricostruzione del federalismo di ispirazione cristiana mi sembra che esso dia il giusto spazio a quello di matrice tedesca (fermo restando che a me pare un forzatura ritenerlo in sostanza una variante del liberismo, come dimostra anche la citazione riassuntiva del modello di p. 109), ma manca l'analisi di quello, decisamente prevalente anche per gli influssi su De Gasperi e Schuman, che risale a Maritain (che peraltro influiva anche su Adenauer non meno degli autori tedeschi) e, in parte minore, anche a Mounier e al gruppo di Esprit. Il taglio del federalismo di matrice maritainiana è più spostato in chiave politica che non prettamente economica, sul principio di sussidiarietà orizzontale e verticale, sull'idea di una fedeltà plurima della persona a più livelli di appartenenza e non è affatto confessionalista. Non è definibile come liberista, anche se apprezzava il gradualismo dell'integrazione funzionale, il mercato unico come elemento di un processo federale politico e, soprattutto, non opponeva europeismo e atlantismo. In particolare suggerirei di tenere presente "L'Uomo e lo Stato" del 1951, di cui ricorre proprio quest'anno il settantesimo anniversario, in cui Maritain presenta in modo più sistematico la riconciliazione con la democrazia attraverso gli Stati Uniti, che poi ritroviamo in modo narrativo nelle "Riflessioni sull'America", opera successiva del 1958: il primo capitolo demolisce il mito della sovranità una e indivisibile che la Rivoluzione aveva "conservato, ma trasferito dal re alla nazione" e l'identificazione tra diritto e Stato. Anche per questo è un errore ricostruire il pensiero di Delors, debitore di Mounier ancor più che non di Maritain, come liberista (p. 80). Delors è sempre stato sostenitore dell'integrazione politica, del coordinamento stretto tra politica fiscale e monetaria (come peraltro si riconosce a p. 85), ed era uno dei teorici della seconda sinistra che

criticava lo statalismo ma in nome di finalità sociali da interpretare in chiave di sussidiarietà orizzontale e verticale.

Da qui discende anche una diversa valutazione politica del piano Marshall: se per federalisti di orientamento diverso da quello liberale si intendono quelli maritainiani e anche socialisti, essi non avevano affatto l'obiettivo di "impedire la saldatura tra europeismo ed atlantismo" perché erano al tempo stesso sia europeisti sia atlantisti (p. 35) e, peraltro, il tasso di crescita dei Paesi europei fu superiore a quello degli Usa, nonostante le critiche sui divari tra aspettative e risultati di cui si parla a p. 34. La critica risente del fatto che la sinistra comunista e socialista italiana, a differenza dei socialisti di quasi tutti i paesi Ue e dei socialdemocratici italiani, recuperò il dissenso prima sull'Europa e solo dopo sull'atlantismo (come si vede a p. 59 a proposito della Cgil), ma anch'essa alla fine dovette convenire già negli anni Settanta sull'indissolubilità di quei due aspetti. Peraltro, come sottolineato in sede politica da Giorgio Napolitano al momento della svolta del Pci, la *conventio ad excludendum* sul Governo per le forze antiatlantiche non è ricostruibile come "esclusione" (come ancora si propone a pag. 36), ma come un'obiettivo autoesclusione. Il caso italiano è anomalo perché coinvolse anche i socialisti (come ricorda l'Autore richiamando le riserve di Basso a p. 46), ma il Psi non solo si autoescluse dal Governo in quella fase ma fu anche espulso dall'Internazionale Socialista.

In quarto luogo anche la ricostruzione del federalismo liberale sembra un po' unilaterale. Non è un blocco come sembra si voglia sostenere a p. 17, perché dentro di esso si sono mossi filoni diversi, più o meno aperti alle istanze sociali, confluendo anche, non abusivamente, nelle Carte costituzionali compresa la nostra, e alcuni giudizi non possono essere negati, come quelli di Robbins sulla crisi dovuta più al nazionalismo che non al capitalismo come tale (p. 13) e sul fatto che non ci possa essere unione monetaria senza unione fiscale (p. 14). La prospettiva liberaldemocratica della costruzione europea non soltanto rappresenta un fatto positivo per lo sviluppo dei diritti civili, economici e sociali come la storia dimostra, ma resta anche una cassetta degli attrezzi preziosa. Lo è in particolare la concorrenza, che resta un principio di sana competizione capace di superare le tendenze monopolistiche del mercato e offrire a tutti ampie opportunità di partecipazione alla vita sociale ed economica.

In quinto luogo sembra obiettivamente semplicistico criticare la politica di allargamento ad Est perché essa si basava anche sulla richiesta di privatizzazione, vista la precedente economia quasi per intero statalizzata, e perché non postulava una immediata facile convergenza sui diritti sociali che sarebbe stata incompatibile con l'adesione desiderata da tutti (p. 95).

In sesto luogo mi sembra che la costruzione di strutture come l'Ufficio Parlamentare di Bilancio, dovuta alla riforma costituzionale del 2012 sulla scia del two pack, vada letta in modo del tutto diverso da come si fa a p. 130: è stata tutt'altro che una spolticizzazione, è stata la premessa per una maggiore autonomia di decisione politica del Parlamento rispetto al Governo, che in precedenza deteneva il monopolio informativo.

In settimo luogo non riproduco qui le osservazioni critiche della ricostruzione relativa al Mes, che secondo Somma resterebbero soggette a una condizionalità forte e su cui ho più volte argomentato in senso contrario, anche perché nel frattempo mi sembra che su questo si sia

ampiamente argomentato in entrambe le direzioni, e soprattutto nelle istituzioni statali e comunitarie sia prevalsa la tesi opposta a quella dell'autore. Mi limito però a ribadire che è in ogni caso non sostenibile anche la tesi minimale di Somma, secondo la quale anche ammesso che le condizionalità possano essere deboli esse potrebbero comunque rafforzarsi in itinere perché nessun tribunale potrebbe accettare la tesi di una riscrittura unilaterale di regole già stipulate (p. 165).

Rispetto al terzo tipo di osservazioni, quelle da chiarire in termini di sviluppo perché, come tali, suscettibili di letture diverse, troviamo anzitutto l'osservazione che si è ridotta la sovranità sulle politiche fiscali e monetarie (p. VIII), ma tale considerazione a quale esito conduce? Ad una nostalgia verso il passato o a invocare che esse si sviluppino sulla nuova dimensione di scala europea? Parrebbe, proseguendo nella lettura, giustamente la seconda, dato che si rileva positivamente l'inizio di forme di indebitamento comune (p. IX). Del resto negli Usa è a livello federale che si usa il debito, non a livello di singoli Stati. Se così è, però, non si possono descrivere gli interventi europei come elementi negativi per il Paese che li riceve, come se fossero ispirati da una volontà negativa. Anzitutto perché non va negata una specificità italiana, una particolare incapacità a spendere in modo efficace risorse che ci vengono assegnate, ma poi, ancor più, perché in realtà le Raccomandazioni Paese non sono ispirate ad un intento di aumentare i divari (p. IX), ma di implementare riforme che sono viste come necessarie anche da un ampio consenso interno che fa fatica a rimuovere veti.

Anche la constatazione che i regolamenti modificativi del Patto di stabilità e crescita passarono dall'utilizzare il vincolo definito comunemente stupido (a partire da quanto dichiarato da Prodi) dell'indebitamento nominale per passare a quello strutturale, al netto degli effetti del ciclo, su cui l'Italia ebbe un ruolo decisivo, quello che è stato usato con la riforma costituzionale del 2012, andrebbe valutata in modo non neutro ma positivo, perché giustamente flessibile e di ispirazione keynesiana (p. 102).

Né obiettivamente possono esistere piani B, di socialismi nazionali, nel caso di fallimento dell'Europa unita, come temuto, pur giustamente a pag. IX: fuori dal successo saremmo solo spettatori del confronto mondiale tra Usa e Cina.

Fa bene, in conclusione, Somma a riproporre le ragioni di un compromesso rinnovato tra capitalismo e democrazia (p. 184), ma mentre lui descrive come dominanti quelle cosiddette liberiste, sottovaluta invece al tempo stesso quelle ben più forti di carattere nazionalistico, a cominciare dal fallimento della Ced fino ad arrivare alle resistenze sul ruolo della Bce sull'assunzione dell'obiettivo della piena occupazione. Vanno quindi "ritrovate le ragioni di un federalismo alimentato da valori" non "alternativi" ma complementari a quelli esclusivamente liberali, come si fece storicamente negli Stati nazionali e come va fatto più decisamente sul piano dell'Unione.

Il federalismo di Somma deve assumere come avversari non i liberisti, che sono molti di meno, ma i nazionalisti ben più potenti nei vari Paesi, dai Governi, ai Parlamenti, a qualche Corte costituzionale come quella tedesca (giustamente criticata alle pagg. 158-159), compresi alcuni nazionalisti di sinistra, specie in Francia, che si è battuta per il mantenimento della politica fiscale

a livello nazionale e che è pur assente dagli imputati di p. 92. Sinistra francese anche per questo da anni non più pervenuta.

In altri termini Somma sembra essere prigioniero di una contraddizione: per un verso parla ancora di un “pensiero dominante” (p. 172), liberista e nazionalista, però poi lui stesso ci fa vedere che esso non lo è più, rimarcando la prospettazione ormai evidente di una vera politica di bilancio federale con entrate e uscite (p. 171). Scherzosamente potrei concludere che non è vigente la legge di Murphy: poste queste novità non andrà tutto nel peggiore dei modi come invece sarebbe accaduto se quel pensiero, criticato dall’Autore, fosse ancora davvero dominante.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Astrid Zei**

I nodi di una costruzione ‘meravigliosamente ambigua’**

Quando *l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia* è un'opera che impone Alessandro Somma quale interlocutore necessario in un dibattito a più voci sul futuro dell'Unione europea.

Il libro ricostruisce la genesi, lo sviluppo, le battute d'arresto e le attuali prospettive dell'Unione europea analizzando in chiave diacronica le diverse anime del federalismo europeo, di quell'ordinamento la cui natura fu fortunatamente definita come “meravigliosamente ambigua” nel volume curato da R. Bieber, J.P. Jacqué e J.H.H. Weiler, *L'Europe de demain: une Union sans cesse plus étroite* (Bruxelles, 1985), osservato non nella sua dimensione prettamente giuridico-organizzativa, bensì in quella dinamica di formazione, mutamento e dissoluzione di modelli.

La riflessione sul processo di integrazione europea, che non può fare a meno di variegati apporti disciplinari, si arricchisce così di un contributo prezioso che lumeggia le strutture e le forze sociali che ne hanno sin qui promosso lo sviluppo.

Il volume si confronta con le origini dell'Europa ripercorrendo le suggestioni che hanno animato il federalismo cattolico, quello neoliberale e quello socialista tra le due Guerre e il dibattito attorno al Manifesto di Ventotene. Si sofferma poi ad analizzare la creazione del mercato comune, l'unione monetaria, le politiche attuate per la gestione delle crisi del debito ed infine le prospettive aperte con il varo del programma *Next Generation EU*, proponendo una ricostruzione che mette a fuoco i reali rapporti di forza intergovernativi e gli orientamenti ideologici dei principali attori politici sottesi alle modifiche dell'organizzazione istituzionale.

Con incedere elegante, e al contempo molto sostenuto, Somma argomenta una tesi, che è quella di una vistosa torsione nella progettazione e ancor di più nella costruzione dell'Europa unita, che abbandonata troppo presto l'idealità di una Europa solidale diviene e resta essenzialmente una costruzione atta a presidiare la libertà del mercato unico.

Somma ci ricorda che la realizzazione di un mercato comune è uno dei principali obiettivi perseguiti sin dall'istituzione della Comunità economica europea e che la sua centralità non è venuta meno man mano che l'integrazione comunitaria è stata arricchita di ulteriori aspetti, e

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università di Roma “Sapienza”

** Intervento a proposito del volume di A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa e come continua a tradirsi nonostante l'epidemia*, Roma, Laterza, 2021

neppure a seguito della creazione dell'Unione europea. Ma la disamina dei successivi sviluppi, che pure hanno visto un ampliamento degli obiettivi dell'Unione europea e che hanno spinto i giuristi ad elaborare i fondamenti di un diritto costituzionale europeo e dell'Unione che ricomprende la tutela di diritti civili, economici e sociali, è molto severa, e forse in parte persino ingenerosa.

Un intenso afflato polemico percorre la ricostruzione dei momenti salienti del processo di integrazione europea che denuncia la pervasività di una concezione ordoliberal, che impegna le istituzioni ad un intervento attivo atto ad assecondare dinamiche competitive a scapito dei legami di solidarietà. Al progetto europeo si rimprovera la rinuncia ad una politica redistributiva idonea a colmare le differenze che caratterizzano le economie regionali europee, che un mercato concorrenziale tende per sua natura ad esasperare. Ciò comporta anche la conseguenza che le crisi esogene che si registrano in Europa tendono a colpire in modo asimmetrico, penalizzando i Paesi economicamente e finanziariamente più deboli.

L'impatto del *Libro Bianco* lanciato da J. Delors sul completamento del mercato interno viene forse sottostimato, giacché l'Autore scrive che “si finì per promuovere, in luogo dell'armonizzazione massima come premessa per la libera circolazione dei fattori produttivi, un sistema incentrato sul mutuo riconoscimento delle discipline nazionali” (p. 84). Quando però nel 1985, la Commissione adottò il *Libro Bianco* era già chiaro che il principio del mutuo riconoscimento avrebbe assunto un ruolo complementare rispetto ad una più decisa politica di armonizzazione delle disposizioni nazionali che disciplinano i requisiti per la produzione e il commercio di prodotti e servizi nel mercato interno.

L'*Atto Unico europeo*, in particolare, venne concepito come uno strumento capace di imprimere una decisiva accelerazione alla realizzazione del mercato interno offrendo al legislatore nuovi strumenti di intervento con l'obiettivo di giungere, entro la fine del 1992, alla eliminazione di tutti gli ostacoli al commercio intracomunitario. Fino ad allora, questa politica di ravvicinamento delle legislazioni era affidata alle direttive adottate sulla base dell'art. 100 del Trattato CEE, che richiedevano l'approvazione unanime del Consiglio dei Ministri delle Comunità europee. Con il nuovo art. 100° del Trattato CE venne introdotta la possibilità di adottare delle “misure di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati nazionali” funzionali alla realizzazione di “uno spazio senza frontiere interne” per la libera circolazione delle merci e dei servizi, impegnando, al contempo, le istituzioni europee a garantire un elevato livello di protezione in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori.

E' vero che le disposizioni fiscali, quelle relative alla libera circolazione delle persone e alla tutela dei diritti e degli interessi dei lavoratori dipendenti venivano escluse dal vasto ambito di applicazione dell'art. 100A - limiti concepiti, peraltro, in chiave teleologica e non come limiti di materia - , ma con questa nuova base normativa la realizzazione del mercato interno venne affidata ad una strategia che contemplava, in negativo, una rinuncia da parte degli Stati ad imporre misure restrittive per gli scambi, e, in positivo, una politica di armonizzazione normativa all'interno dell'Unione europea. Ciò proprio al fine di evitare che il principio del mutuo riconoscimento potesse alimentare un sistema di concorrenza tra sistemi diversi di regolazione, conferendo un ingiusto vantaggio competitivo ai mercati nazionali più liberalizzati e sregolati.

Somma sottolinea come gli sviluppi successivi dell'Unione europea siano stati accompagnati ad una complessità decisionale che di fatto ha visto la prevalenza del metodo intergovernativo sul metodo comunitario, e ciò prima ancora che le crisi finanziarie del 2008-2009 e poi del 2011-2012 imponessero una nuova agenda politica al fine di salvaguardare la stabilità nell'area Euro.

Soprattutto, la disciplina della politica economica e monetaria avviata con il Trattato di Maastricht e successivamente declinata anche con strumenti internazionalistici e con disposizioni ad hoc, come il *Six Pack* e il *Two Pack* hanno finito per affidare il controllo e le procedure per deficit eccessivo sostanzialmente al Consiglio.

La politicizzazione dell'Unione europea si è accentuata in momento caratterizzato da una crisi della politica, alimentando una crisi di fiducia che è anche una crisi di identità dell'UE.

Quale appare, ora, il futuro dell'Unione europea?

Nel 1997 nella prefazione alla traduzione italiana del classico di K.C. Wheare, *Del governo federale* (Bologna, 1997), J. Pinder scriveva *tranchant* che “i federalisti europei si attendono che, presto o tardi, la logica delle loro proposte riuscirà ad imporsi quanto più diventerà evidente che nella sua forma attuale l'Unione europea è troppo inefficace e antidemocratica per poter affrontare le sfide che l'Europa ha di fronte oggi e dovrà affrontare in futuro” (p. 34).

Il Trattato di Lisbona ha segnato un'importante tappa nel cammino del processo di integrazione europea per le innovazioni introdotte. Gli anni immediatamente successivi dovevano impegnare le istituzioni europee nell'attuazione del Trattato attraverso un'intensa attività normativa e amministrativa, atta anche a precisare attraverso la prassi applicativa la sua reale portata innovativa.

Le violente crisi che negli ultimi dodici anni hanno scosso l'Unione europea - la crisi economica apertasi nel 2008, la crisi finanziaria e le speculazioni che hanno minacciato la stabilità dell'eurozona, la crisi legata all'immigrazione, la crisi politica della Brexit, e da ultimo la crisi sanitaria cagionata dalla pandemia e le sue conseguenze - hanno alimentato una crescente diffidenza nei confronti dell'Unione e la volontà di preservare la potestà regolativa degli Stati membri e la loro identità costituzionale.

In molti Paesi si sono progressivamente affermate posizioni politiche improntate all'euroscetticismo e finanche alle proposte di recedere dall'Unione europea.

Questi sovranismi, che a volte si manifestano nei toni e nelle iniziative portate avanti in nome di un populismo irriverente e scomposto, e in altri casi si ammantano dei contributi delle Corti attente a presidiare l'identità costituzionale nazionale e a vigilare sul rispetto dei controlimiti al processo di integrazione europea, oggi appaiono come i maggiori ostacoli ad un'evoluzione in senso federale del processo di integrazione europea.

L'elegante giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, sulla quale Somma si sofferma (p. 156-158), nonostante un generale *favor* nei confronti dell'Unione europea (*Europafreundlichkeit*), a più riprese ha imposto una lettura restrittiva degli strumenti e degli istituti atti a realizzare il progetto d'integrazione. Soprattutto a partire dalla sentenza Lisbona il sindacato sui controlimiti ha svolto una funzione essenzialmente sospensiva e propulsiva, a presidio dei poteri di indirizzo e controllo del Bundestag sulle dinamiche del processo di integrazione politica e monetaria dell'UE.

Le maggiori resistenze rispetto ad una evoluzione verso un modello federale di tipo solidale, sia esso o meno “alimentato da valori alternativi a quelli allineati all’ortodossia neoliberale” (p. 184), sono ancora oggi da rinvenirsi nella volontà degli Stati di non rinunciare ad una parte della sovranità nazionale.

Ora però si apre una nuova stagione per il progetto europeo. La costituzione del Fondo per la ripresa (*Recovery Instrument*) promossa dal Cancelliere tedesco Angela Merkel e dal Presidente della repubblica francese Emmanuel Macron segna il superamento del principio del divieto di indebitamento dell’UE, che in passato era stato difeso molto tenacemente soprattutto dalla Germania.

Somma riconosce che l’apertura verso l’indebitamento dell’Unione non è contemplata dal federalismo di matrice neoliberale, che mira semplicemente alla spoliticizzazione dell’ordine economico, e tuttavia sostiene che ciò non dice nulla circa un eventuale ripensamento dell’ispirazione di fondo della costruzione europea (p. 170).

Il Vice-Cancelliere tedesco Olaf Scholz (SPD), in un’intervista resa a maggio dello scorso anno al settimanale *Die Zeit*, aveva commentato il progetto franco-tedesco auspicando la creazione di una politica fiscale fortemente integrata, funzionale ad un rafforzamento dell’Unione, quale passo necessario per affrontare le sfide emergenti, in uno scenario geopolitico mondiale dominato dai maggiori Paesi extraeuropei. L’assunzione di debiti da parte dell’Unione europea, da ripagare in un periodo medio-lungo, per finanziare gli investimenti negli Stati maggiormente colpiti dalla crisi veniva paragonata al c.d. compromesso del 1790, che negli Stati Uniti sancì l’accordo circa la proposta formulata dall’allora Segretario di Stato Alexander Hamilton, incentrata sul trasferimento dei debiti pubblici degli Stati membri alla Federazione, e sulla decisione di finanziare il debito statunitense attraverso l’emissione di titoli federali, la cui elevata credibilità nel mercato finanziario nazionale e internazionale avrebbe aumentato il credito pubblico e privato. Hamilton portò avanti il suo disegno nella convinzione che la responsabilità in solido per i titoli del debito avrebbe rafforzato la tenuta del modello federale, risultando pertanto funzionale tanto allo sviluppo economico del nascente mercato nazionale, quanto alla costruzione dello Stato americano.

Citando Hamilton, che all’epoca presentò il suo piano per una “*more perfect union*” anche come “un grande progetto politico”, Scholz ha contribuito ad alimentare l’idea che il piano *Next Generation EU* possa divenire un importante banco di prova per i futuri sviluppi dell’Unione europea.

Finora, come sottolinea Somma, “l’Unione europea ha dato vita ad un’area monetaria incompleta, tale in quanto persegue la convergenza in luogo dell’integrazione fiscale: sebbene condizioni fortemente le politiche di bilancio dei Paesi membri, non possiede un bilancio unico o un meccanismo anche solo lontanamente accostabile ad un bilancio unico” (p. 136).

Oggi attraverso l’imponente dotazione a corredo di *Next Generation EU* la politica di coesione europea si impone al centro dell’agenda politica per fronteggiare la più grave crisi che si sia abbattuta sull’Europa dopo la Seconda Guerra. L’Italia e la Spagna sono i principali beneficiari dei contributi a fondo perduto stanziati nell’ambito del piano, assorbendo rispettivamente il 20,4% e il 20,6% del totale.

Come sottolinea Gian Paolo Manzella in un bell'editoriale pubblicato di recente sulla Rivista *Federalismi.it* (*Il "tempo" della politica di coesione*, n. 13/2021), la coesione oggi si colloca "nello spirito del tempo" (p. vii), ed è "molto di più di che una semplice azione di distribuzione di risorse", anche perché le modalità condizionali legate all'attuazione delle politiche di coesione, che sono proprie dei sistemi federali, risultano funzionali ad una maggiore efficacia dei processi di spesa delle amministrazioni nazionali, a migliorare la capacità di gestione dei programmi di investimento, e all'attuazione di politiche "trasformative" atte ad accrescere la competitività e l'inclusione (*ibidem*).

Next Generation EU è stato concepito tuttavia come una soluzione temporanea. Lo scorso 15 aprile, con una decisione attesa con grave apprensione nelle Cancellerie europee, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha autorizzato la ratifica della Decisione del Consiglio sulle risorse proprie del 14 dicembre 2020, consentendo così all'avvio del Piano. I giudici tuttavia si sono pronunciati per il momento solamente sulla richiesta di misure cautelari presentata dai ricorrenti, respingendola, e riservandosi un esame approfondito circa la natura *ultra vires* della Decisione e su un'eventuale violazione dell'identità costituzionale tedesca che richiederà tempi molto più lunghi.

Se è vero che il Tribunale costituzionale federale ha anticipato che una violazione dell'identità costituzionale tedesca appare "non molto probabile", questi ha affermato pure molto chiaramente a quali condizioni la Decisione sulle risorse proprie possa dirsi legittima: a tal fine bisognerebbe escludere anzitutto la costruzione di "meccanismi duraturi" che conducano ad una condivisione di responsabilità per le determinazioni assunte da altri Stati. In secondo luogo, risulterebbero inammissibili le eventuali obbligazioni che avessero un "significato strutturale" per la disciplina del bilancio del Bundestag. Infine, bisognerebbe garantire che il parlamento possa "influenzare sufficientemente la tipologia e le modalità di gestione delle risorse messe a disposizione". Condizioni, dunque, che sembrano inficiare l'idea di proseguire nella direzione di una Unione più stretta tra gli Stati membri attraverso strumenti di condivisione del debito e della fiscalità senza procedere ad una revisione delle basi giuridiche iscritte nei Trattati.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Alessandro Somma *

L' Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi **

Sono molto grato alla Rivista Nomos, che con il suo Direttore Fulco Lanchester, e in collaborazione con la Fondazione Paolo Galizia e il Master in istituzioni parlamentari Mario Galizia, ha voluto dedicare un momento di riflessioni critiche sulle tesi che ho esposto nel volume “Quando l’Europa tradi se stessa”. E ovviamente sono molto grato ai colleghi che hanno raccolto l’invito a riflettere: Gaetano Azzariti, Stefano Ceccanti, Paolo Ridola e Astrid Zei.

Tutti loro hanno fornito spunti capaci di stimolare ulteriori considerazioni attorno a un tema che evidentemente non autorizza a formulare giudizi definitivi, e che quindi richiede confronti serrati anche e soprattutto con chi è ispirato da sensibilità ideali non coincidenti con la mia.

Nell’introdurre questo incontro Lanchester ha notato come la pandemia in corso abbia definitivamente messo in luce l’incompletezza della costruzione europea: il suo mostrarsi sotto forma di progetto che “non decolla”. Ebbene, io sono invece convinto che quel progetto sia per molti aspetti pienamente realizzato, ovvero che esso sia in fin dei conti una storia di successo. Ovviamente non lo sarebbe se l’Europa avesse inteso divenire una comunità politica impegnata nel mantenimento dell’equilibrio tra capitalismo e democrazia, ovvero se fosse stata ispirata dal proposito di promuovere emancipazione sociale e individuale: affidando ai pubblici poteri il compito di intervenire nell’ordine economico al fine di redistribuire risorse dalle persone e dai territori ricchi alle persone e ai territori in difficoltà, ricorrendo nel merito a modalità alternative a quelle presidiate dal mercato. Così però non è stato, dal momento che il federalismo cui si ispira l’Unione è quello di matrice neoliberale: il federalismo che contempla il trasferimento al livello sovranazionale delle prerogative necessarie e sufficienti ad assicurare il funzionamento del meccanismo concorrenziale, e a monte la neutralizzazione del conflitto redistributivo alimentato dai meccanismi solidaristici tipici delle comunità nazionali.

Certo, come ha sottolineato Azzariti, non è sempre stato così, anche se fin dall’inizio vi sono state spinte in questo senso, come rilevato da Ridola. L’Europa nasce in una fase storica connotata da un approccio keynesiano alla disciplina dell’ordine economico, e questo conduce a non dare attuazione a propositi che pure si erano indicati nel Trattato di Roma. Lo ricaviamo in particolare considerando le prescrizioni circa la libera circolazione dei capitali, inizialmente

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza de “La Sapienza”.

** Intervento dell’Autore in occasione della presentazione del volume A. SOMMA, *Quando l’Europa tradi se stessa e come continua a tradirsi nonostante l’epidemia*, Roma, Laterza, 2021.

rimaste sulla carta perché incompatibili con quell'approccio: quella libertà impone agli Stati di attirare investitori abbattendo i salari e la pressione fiscale sulle imprese, sottraendo loro le risorse indispensabili a sostenere la domanda e a finanziare il welfare.

Il Trattato menzionava del resto la stabilità dei prezzi come obiettivo di politica economica, obiettivo la cui esaltazione connota l'ortodossia neoliberale, ma menzionava nel contempo la piena occupazione, tipica finalità di matrice keynesiana. Inoltre, sebbene la messa in comune delle politiche monetarie venne fin da subito indicata come un obiettivo della costruzione europea, era diffusa la volontà di giungervi solo dopo aver individuato una politica fiscale e di bilancio comune: ovvero dopo aver deciso se privilegiare la piena occupazione o la stabilità dei prezzi.

Il favore per l'approccio keynesiano alla disciplina dell'ordine economico venne meno nel corso degli anni Settanta, l'epoca in cui naufragò il sistema monetario negoziato a Bretton Woods e si avvertirono in tutta la loro drammaticità le conseguenze dello shock petrolifero provocato dalla Guerra del Kippur prima e dalla Rivoluzione iraniana poi. Il favore per una soluzione neoliberale alla crisi economica provocata da questi eventi si consolidò nel corso degli anni Ottanta, efficacemente definito da Azzariti il "terribile decennio", quando il crollo del blocco socialista fece venir meno la necessità di alimentare l'equilibrio tra capitalismo e democrazia presidiato dalle politiche di piena occupazione. Di qui la scelta di definire una politica monetaria comune ispirata dal solo proposito di promuovere la stabilità dei prezzi, con ciò determinando il segno delle politiche fiscali e di bilancio nazionali: queste restavano formalmente di competenza dei singoli Stati, i quali erano però tenuti a controllare debito e deficit con modalità incompatibili con il proposito di sostenere la domanda e promuovere un welfare effettivamente capace di produrre emancipazione sociale e individuale.

A questi eventi hanno fatto riferimento Azzariti e Ridola nel momento in cui hanno descritto il percorso che ha condotto alla moneta unica e dunque al Trattato di Maastricht, non a caso introdotto dall'Atto unico europeo: lo strumento con il quale si è data attuazione alla libera circolazione dei capitali. Il tutto da ritenersi il fondamento del cosiddetto vincolo esterno, ovvero del meccanismo cui rinvia il federalismo adottato dalla costruzione europea quando la neutralizzazione del conflitto redistributivo e la spolticizzazione del mercato sono divenute la sua ragion d'essere. Un vincolo che si regge oramai su una trama di istituzioni e norme concepite per impedire alla costruzione europea di assumere compiti diversi da quelli concernenti il presidio dell'ortodossia neoliberale: tanto da autorizzare la conclusione che essa rappresenta oramai un dispositivo irrimediabile.

Evidentemente questa lettura non è condivisa da chi reputa che la costruzione europea sia o almeno possa divenire un motore di politiche sociali, come ritenuto in particolare da

Zei. Ma anche molti tra coloro i quali non sono affetti da inguaribile ottimismo sono convinti di trovarsi nell'imminenza di una svolta: la crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria imporrà un nuovo inizio, e questo sarà all'insegna di un rinnovato equilibrio tra capitalismo e democrazia. Il tutto preannunciato dalle misure adottate dall'Unione per fronteggiare l'emergenza prima e per favorire la ripartenza poi.

Proprio considerando queste misure si ricavano però indizi definitivi di come l'attuale crisi, come del resto la recente crisi del debito sovrano, sia utilizzata come occasione per rinsaldare piuttosto che riformare il dispositivo neoliberale. Lo abbiamo visto con il cosiddetto Mes

sanitario, che pure studiosi come Ceccanti hanno sottolineato essere attivabile con condizionalità ridotte se non addirittura in assenza di condizionalità: una simile possibilità si fonda unicamente su impegni politici, mentre nessun appiglio di rilevanza giuridica si può ricavare dalla disciplina del Meccanismo, incontrovertibilmente volta ad assicurare che qualsiasi forma di assistenza finanziaria sia concepita come la contropartita di “rigorose condizionalità”. Lo stesso dicasi per il Next generation Eu e in particolare per la sua componente principale: il Dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Il Dispositivo viene finanziato attraverso debito comune e questo ha ispirato le più appassionate retoriche europeiste: è stato visto come l’indizio di un “momento hamiltoniano” dell’Unione, ovvero come l’avvio di una politica fiscale e di bilancio finalmente accentrata. A ben vedere si tratta di un meccanismo se possibile più insidioso del Mes, dal momento che l’utilizzo delle sue risorse è condizionato al rispetto di quanto stabilito di anno in anno in sede di Semestre europeo: la procedura di norma utilizzata per imporre la redazione di leggi di bilancio pensate per il raggiungimento dell’obiettivo di medio termine, quindi del pareggio nel caso dell’Italia. La predisposizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza ha poi messo in luce che tra le condizionalità ben possono rientrare riforme negoziate in modo poco trasparente con la Commissione: riforme di chiara matrice neoliberale, se non altro perché volte a sostenere l’offerta e più in generale a promuovere la concorrenza. Il tutto mentre l’entità delle risorse messe a disposizione con il Dispositivo per la ripresa e la resilienza è davvero irrisoria: la Banca centrale europea ha calcolato che per un Paese come l’Italia, al netto dei trasferimenti, vale poco più di trenta miliardi in sette anni.

Certo, il discorso muterebbe sostanzialmente, ove accadesse quanto ipotizzato da coloro i quali discutono di momento hamiltoniano: che il Patto di stabilità e crescita non tornerà in vigore, almeno non con le attuali caratteristiche. Difficilmente però si troverà un consenso attorno a una sua riforma non di mera facciata, mentre si moltiplicano le voci di chi chiede di procedere quanto primo a un ripristino di quel Patto. Così come si sente invocare con crescente insistenza una decisa attenuazione, se non addirittura la cessazione, del programma di acquisto dei titoli del debito sui mercati secondari avviato dalla Banca centrale europea: a bene vedere, pur con tutti i suoi limiti, l’unica misura di un qualche impatto significativo sui Paesi in difficoltà.

La verità è che l’ispirazione neoliberale dell’Unione europea è presidiata da quanto potremmo definire in termini di mercato delle riforme: un meccanismo costitutivo della

costruzione europea ricalcato sull’esperienza del Piano Marshall, quando l’assistenza finanziaria destinata dagli Stati Uniti alla ricostruzione del Vecchio continente è stato subordinata all’ancoraggio all’occidente capitalista. Così è stato per tutti i momenti qualificanti lo sviluppo della costruzione, a partire dall’allargamento a sud: quando il Portogallo venne indotto ad accettare prestiti dal Fondo monetario internazionale condizionati alla realizzazione di riforme volte a impedire l’attuazione della Carta fondamentale nata dalla Rivoluzione dei garofani. Lo stesso è avvenuto in occasione dell’allargamento a est, finanziato dalla Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo con fondi vincolati alla cancellazione di tutto quanto fosse in odore di socialismo reale. Per non dire dell’assistenza condizionata fornita in occasione della crisi del debito sovrano ai Paesi che hanno accettato come contropartita di mortificare lo Stato sociale, adottare piani di liberalizzazione e privatizzazione, e precarizzare e svalutare il lavoro. E di

mercato delle riforme si può parlare anche in riferimento all'utilizzo dei Fondi strutturali e di investimento europei, nati per bilanciare le conseguenze negative della libera circolazione dei capitali, poi divenuti anch'essi un espediente impiegato per promuovere "una sana governance economica".

Se così stanno le cose, occorre riflettere su un diverso momento che la costruzione europea sta vivendo in tutta la sua drammaticità: non quello hamiltoniano, bensì il "momento Polanyi". Il fondatore dell'antropologia economica aveva analizzato le vicende che avevano caratterizzato i primi decenni del Novecento, mettendo in luce come la pressante richiesta di protezione sociale fosse la conseguenza di una espansione dei mercati particolarmente minacciosa per la società. Polanyi aveva poi rimarcato come la prima implicasse un ripristino della dimensione nazionale: la risocializzazione dei mercati doveva necessariamente invertire la tendenza alla loro denazionalizzazione, come sappiamo funzionale e impedire scelte incompatibili con l'assolutizzazione del principio di concorrenza. E aveva infine sottolineato come la protezione sociale potesse essere assicurata nel rispetto dell'ordine democratico, come avvenuto con il New Deal, ma anche in un tutt'uno con la sua soppressione: come drammaticamente realizzato dai regimi fascisti.

Regimi che lo stesso Polanyi denuncia aver realizzato la cancellazione delle libertà politiche al fine di riformare quelle economiche, e in ultima analisi per rendere storicamente possibile il funzionamento del capitalismo.

Ebbene, l'Europa in quanto dispositivo neoliberale ha promosso a tal punto l'espansione dei mercati, da aver provocato le richieste di protezione sociale e di recupero della dimensione nazionale che da tempo sono all'ordine del giorno. In alcuni casi queste richieste hanno trovato ascolto presso chi ha avviato preoccupanti compressioni dell'ordine democratico: come i casi ungherese e polacco, opportunamente stigmatizzati da Lanchester, documentano al meglio. Ciò non autorizza però a ritenere che questo debba essere l'esito inevitabile dei processi di rinazionalizzazione, come sembra invece sostenere Ceccanti: i casi appena ricordati non concernono una reale messa in discussione del modo neoliberale di intendere l'ordine economico, che anzi finisce per essere presidiato dalla promozione dei valori premoderni in ultima analisi impiegata per ricomporre e neutralizzare i conflitti provocati dalla modernità capitalista.

La soluzione è allora quella indicata da quanto potremmo definire in termini di costituzionalismo antifascista, non a caso condiviso dai Paesi che hanno conosciuto dittature fasciste e che ne sono usciti recuperando la democrazia economica accanto alla democrazia politica: concependo un intervento dei pubblici poteri nell'ordine economico finalizzato a promuovere l'emancipazione sociale e individuale se del caso contro il funzionamento della concorrenza, e non invece per presidiarne il funzionamento. Il tutto riassunto nel principio di parità sostanziale, per il quale l'uguaglianza deve essere assicurata fuori dal mercato attraverso il welfare, ma anche e soprattutto nel mercato equilibrando la debolezza sociale con la forza giuridica. Sostituendo così alla polverizzazione del potere economico in quanto fine ultimo del neoliberalismo dettato della volontà di neutralizzare il conflitto sociale, la garanzia di un confronto equilibrato tra poteri e contropoteri economici, ovvero di un conflitto sociale le cui armi siano redistribuite dai pubblici poteri.

Insomma: se il neoliberalismo minaccia la società promuovendo la denazionalizzazione dell'ordine economico, la risposta non può essere il superamento della dimensione nazionale dell'ordine politico. Questa è al momento l'unico strumento capace di promuovere un accettabile equilibrio tra capitalismo e democrazia: strumento e non fine, esattamente come occorrerebbe valutare la costruzione europea, da accogliere o rigettare considerando la sua capacità o meno di promuovere emancipazione sociale e individuale. E non in virtù di un non meglio definito sovranazionalismo o cosmopolitismo, da stigmatizzare tanto quanto il nazionalismo cui pretende di sostituirsi.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Carlo Colapietro* - Simone Barbareschi**

**Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio:
le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e
risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020.
Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione**

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. - 2. Allo zenit della giurisprudenza costituzionale della crisi. - 3. I topoi ricorrenti nelle recenti decisioni in tema di diritti sociali. - 4. I limiti della pensione di inabilità al vaglio della Corte costituzionale. - 4.1. Il rapporto tra le quaestiones e lo strano caso dell'inammissibilità differita (con accertamento dell'incostituzionalità) della richiesta sull'art. 12 della legge n. 118/1971. - 5. Cenni alla funzione della pensione di inabilità e dell'indennità di accompagnamento. - 6. L'illegittimità della disposizione sul c.d. incremento al milione e il possibile superamento della teoria delle rime obbligate in materia di diritti sociali. La trasmutazione del tempo. - 7. Considerazioni critiche sull'implicita prevalenza del principio del pareggio di bilancio nella sent. n. 152 del 2020.

1. *Una breve premessa*

La sentenza 23 luglio 2020, n. 152, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sulla disciplina della pensione di inabilità, rappresenta una preziosa occasione per tornare ad indagare la giurisprudenza costituzionale al tempo della crisi economica. La decisione consente, infatti, di soffermarsi sulla stagione idealmente inaugurata, più di un lustro fa, con le decisioni nn. 10 e 70 del 2015, permettendo di verificare il consolidarsi di alcune strategie argomentative e decisionali, nonché, anche in prospettiva futura, di riflettere sui limiti invalicabili alla regressione se non addirittura allo smantellamento dello Stato sociale¹, che nei mesi prossimi rischia di subire un'ulteriore involuzione in ragione degli effetti della crisi pandemica ancora in corso.

A tal proposito, si deve subito anticipare che, pur inserendosi con alcune novità all'interno di filoni giurisprudenziali consolidati, sia per ciò che attiene alle argomentazioni sia con riferimento alla tecnica decisoria utilizzata per l'accoglimento della questione, la sentenza n. 152/2020 presenta un'indubbia rilevanza sul piano della garanzia dei diritti fondamentali dei più bisognosi, in ragione dell'attenzione prestata alla concreta condizione di coloro che, spesso all'ombra della società, vivono una condizione di gravissima disabilità.

Corre l'obbligo di rilevare che questo contributo è stato pensato molto tempo prima della sua conclusione, subito dopo il deposito della decisione che ne costituisce il cuore. La riflessione,

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre».

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre»;

Il contributo è frutto della riflessione comune dei due Autori. Ad ogni modo, i paragrafi 1, 3, 5 e 7 sono da attribuire a Carlo Colapietro, mentre i paragrafi 2, 4, 4.1 e 6 sono da attribuire a Simone Barbareschi.

¹ Sulla necessità di riformare lo Stato sociale senza smantellarlo, in quanto il mantenimento dello Stato sociale di diritto o, *rectius*, di un *Welfare State* "compatibile" e "sostenibile", rappresenta in ogni caso la forma più evoluta dello Stato contemporaneo, la sola in grado di coniugare libertà e giustizia sociale, sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 394 ss.

tuttavia, è stata alimentata e anche segnata profondamente dagli eventi della vita e della pandemia per Covid-19, durante i quali si è spesso assistito ad una intersezione tra discorso pubblico e vicende private. Nella stesura delle prime parole del testo, chi scrive si è trovato in profonda sintonia con quella dottrina sensibile proprio al tema dei diritti sociali, che ha segnalato una «grande fatica, anche personale, a tenere in uno stesso scritto il prima e il dopo, il fuori e il dentro l'emergenza»².

L'emergenza ha segnato le esistenze di molti, ma anche restituito qualcosa: ha messo in evidenza quelle *priorità costituzionali*³, prendendo in prestito una locuzione di Lorenza Carlassare, a cui lo Stato non può abdicare e che dovrebbero essere presidiate dagli studiosi del diritto pubblico.

È proprio con questa consapevolezza che nelle pagine seguenti si ricostruirà, senza alcuna pretesa di esaustività, la giurisprudenza inaugurata con le due decisioni del 2015, per poi analizzare *funditus* la recente sentenza sulla pensione di inabilità.

2. *Allo zenit della giurisprudenza costituzionale della crisi*

A seguito della riforma dell'art. 81 della Costituzione, per effetto della legge cost. n. 1/2012, la dottrina ha iniziato a chiedersi come la Corte costituzionale si sarebbe posizionata sul bilanciamento tra il principio del pareggio di bilancio e la tutela dei diritti sociali al tempo della crisi economica⁴, che non costituisce un dato giuridico, ma piuttosto il sostrato fattuale in cui si inseriscono le pronunce in tema di diritti di prestazione: un dato che però può incidere sul bilanciamento degli interessi perché in grado di trovare un referente nel nuovo testo costituzionale⁵.

A prima vista, analizzando le più recenti decisioni del giudice delle leggi, si potrebbe pensare che la giurisprudenza riproponga un atteggiamento ondivago⁶ nella definizione del rapporto tra diritti costituzionali ed esigenze finanziarie. Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, lo studio delle decisioni mostra l'esistenza di alcuni *tòpoi* fondamentali e costanti, indipendentemente dal dispositivo e dalle tecniche decisorie adottate nelle singole pronunce.

Per orientarsi risulta imprescindibile un'analisi delle due sentenze che sono allo *zenit* della recente giurisprudenza sul rapporto tra risorse economiche e diritti: la n. 10 e la n. 70 del 2015⁷.

² B. PEZZINI, *Risorse e diritti: qualche spunto per tornare a parlare di diritti ed effettività dei diritti sociali*, in *Bilancio, comunità, persona*, n. 1/2020, 37.

³ Cfr. L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalimo.it*, n. 1/2013.

⁴ Cfr., *ex multis*, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quaderno 2011, Napoli, 2012, 211 ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, su *Rivista AIC*, n. 1/2014; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", su *www.cortecostituzionale.it*, 2013, 12 ss.; GIU. SERGES, "Norme tecniche" e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'art. 81 della Costituzione, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, spec. 279 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti sociali*, in C. COLAPIETRO – M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, Torino, 2014, 100.

⁵ Sul punto si veda M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2019, 116; M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 27.

⁶ Diffusamente sulla giurisprudenza sino a metà degli anni '90 sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., 370 ss. e *passim*.

⁷ Il che non vuol dire che prima del 2015 il giudice delle leggi non abbia affrontato il tema del rapporto tra diritti e risorse alla luce dei mutamenti costituzionali e dell'aggravarsi della situazione economica. Si richiamano a tal proposito, le sentt. nn. 223/2012, 116/2013, 310/2013, 7/2014, 154/2014 e 219/2014, sulle quali si rinvia, *ex multis*, alla ricostruzione di M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Giappichelli, Torino, 2016, 32 ss. e M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, cit., 118 ss. Si tratta di un'altalenante

Con la prima di queste decisioni la Consulta si è pronunciata sulla illegittimità costituzionale della c.d. *Robin Hood Tax*, ossia quell'imposizione fiscale, introdotta con il d.l. n. 112/2008, che prendeva come base imponibile il reddito straordinario delle imprese petrolifere, generato da una situazione congiunturale del mercato, facendo sì che in un momento di crisi finanziaria diffusa le società operanti nel settore petrolifero avessero ampi margini di profitto.

Alla base del tributo vi era una chiara finalità solidaristica e distributiva⁸ ma nella dottrina, specie quella tributaristica, si erano evidenziati sin dall'introduzione della suddetta normativa numerosi dubbi di costituzionalità⁹. La Corte arriva alla declaratoria d'illegittimità costituzionale sulla base degli artt. 3 e 53 della Cost., nonostante il giudice *a quo* avesse proposto molteplici parametri ulteriori.

Tuttavia, com'è noto, i giudici della Consulta non si limitano ad una sentenza di accoglimento semplice ma, «ricorrendo ad una tecnica decisionale ormai archiviata», giungono a manipolare temporalmente la decisione, stabilendo che, a seguito di un bilanciamento tra gli artt. 53 e 24 Cost., da un lato, e gli artt. 81, 3 e 2 Cost., dall'altro, gli effetti caducatori sarebbero stati limitati al futuro, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, eliminando così qualsiasi effetto retroattivo¹⁰.

Il risultato si fonda su due schemi argomentativi: il primo concerne l'irragionevolezza della

giurisprudenza, come evidenzia anche nelle sue osservazioni L. PACE, *La Corte costituzionale fa proprie le "ragioni della crisi" e rinnega se stessa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2013, 4993 ss.

⁸ Si trattava, infatti, di un prelievo aggiuntivo, qualificato come addizionale, all'imposta sul reddito di società (Ires): cfr. S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consultaonline*, 2015, 232.

⁹ Si vedano G. MARONGIU, *Robin Hood Tax: Taxation without "constitutional principles"*, in *Rass. Trib.*, 2008, 1335 ss. e D. STEVANATO, *La "Robin Hood Tax" e i limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2008, 841 ss., i quali avevano in particolar modo criticato la base imponibile di riferimento e il fatto che, pur essendo introdotta quale misura congiunturale, era stata strutturata quale modifica permanente del sistema impositivo.

¹⁰ Cfr. S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, cit., 232; I. M. PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccesso di sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusituzionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 4. Il mutamento di prospettiva è rispetto ad un consolidato indirizzo della giurisprudenza costituzionale che fin dalle sue prime sentenze ha affermato la natura retroattiva della dichiarazione d'incostituzionalità (*ex plurimis*, cfr. *considerato in diritto* n. 5 della sent. n. 127/1966): come è noto, infatti, l'efficacia ordinaria delle pronunce di incostituzionalità opera *ex tunc*, salvi comunque i cc.dd. rapporti esauriti, sulla base del combinato tra art. 136 Cost., legge cost. n. 1/1948 ed art. 30, 3° comma, legge n. 87/1953. Che questa sia l'efficacia *naturale* delle sentenze che dichiarano incostituzionale una norma ormai nessuno dissentiva più; ancora dibattuto, invece, è la possibilità che vi siano delle eccezioni a questa regola, ovvero la possibilità per la Corte di regolare gli effetti delle sue pronunce di accoglimento (sul tema cfr., tra gli altri, i lavori monografici di R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano, 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997 e M. RUOTOLO, *La dimensione costituzionale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000). Per le tesi che hanno contrapposto i più importanti costituzionalisti si rinvia al volume AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989: a favore della possibilità di modulazione si espressero, tra gli altri, C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, *ivi*, 39 ss., il quale coglie che «da disponibilità degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale rappresenta o dovrebbe rappresentare (...), non voglio dire l'essenza perché forse andrei troppo in là, ma certamente un aspetto fondamentale del ruolo e della funzione della Corte costituzionale nel presente momento storico. (...) si sta gradualmente passando da un tipo di giustificazione dell'agire della stessa Corte che si basava prevalentemente sull'assolutezza del valore, a un tipo di legittimazione che vede indirizzare verso il giudice delle leggi anche *istanze di congruenza rispetto al fatto*. Questo passaggio è scandito dalla sempre più marcata presenza del canone della *ragionevolezza*, che non è soltanto il canone debole, neutro ed emancipato dalla sfera del valore, ma è anche potenzialmente il mezzo attraverso il quale i diversi valori entrano *finalmente* in rapporto l'uno con l'altro, disponendosi ad essere misurati, ed a subire gli esiti eventualmente sfavorevoli di bilanciamenti che sta alla virtù oggettivanti della ragionevolezza rendere plausibili ed accettabili» (corsivo aggiunto). In tal senso anche F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema, ivi*, 17, il quale annovera tra le cause modulative degli effetti delle sentenze di accoglimento proprio il bilanciamento dei valori. Per le ulteriori tesi sul tema si rinvia a M. CAREDDA – M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 5, nota 11 e se si vuole C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 259 ss.

disposizione legislativa, tanto sotto il profilo del conflitto logico della stessa, quanto dell'eccessiva compressione del principio costituzionale di eguaglianza¹¹; il secondo schema attiene, invece, alla considerazione delle conseguenze derivanti dall'accoglimento della questione, ossia dei possibili effetti della declaratoria d'illegittimità.

Con riferimento a quest'ultimo elemento sembrerebbe che la scelta della Corte di limitare gli effetti della sentenza solo *pro futuro* trovi le sue ragioni nella «dichiarata necessità di *bilanciare* la conformità sostanziale a Costituzione con le conseguenze in termini finanziari che una normale sentenza di accoglimento avrebbe avuto sul bilancio dello Stato»¹² (corsivo nostro). La decisione si presenterebbe, allora, come una vera svolta in quanto la Corte avrebbe ritenuto le sue decisioni soggette all'art. 81 Cost., al pari delle scelte legislative¹³.

Parte della dottrina ha sottolineato che la Consulta già altre volte aveva tenuto conto degli effetti delle sentenze, giungendo ad affermare il principio di gradualità rispetto alle risorse finanziarie¹⁴, ma, fino a questa pronuncia, il tema della limitatezza delle disponibilità finanziarie sarebbe rimasto *esterno* ad un bilanciamento vero e proprio; sino ad allora le risorse economiche avrebbero costituito un dato *di fatto* con cui si doveva scontrare l'esito della ponderazione, che era solo tra interessi costituzionali paritari ed aveva come unico scopo quello di sancire la prevalenza dell'uno o l'altro interesse all'interno di una tecnica di composizione, senza mai giungere ad una lesione del nucleo essenziale del diritto. La gradualità era frutto dell'unione dell'esito del bilanciamento tra interessi costituzionali con la quantità di risorse disponibili¹⁵. Per la prima volta, con la sentenza n. 10/2015, sembrerebbe che l'art. 81 Cost. sia interpretato come un *valore* idoneo a prevalere sulle altre norme costituzionali, come quelle che disciplinano il funzionamento della Corte e soprattutto sul diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), in quanto si sancisce che la dichiarazione d'incostituzionalità non troverà applicazione neanche nel giudizio *a quo*¹⁶.

Più nello specifico, l'equilibrio finanziario non sarebbe rimasto esterno al bilanciamento in

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 70/2015, *Considerato in diritto* 6.1. Cfr. I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccesso di sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusizionismo costituzionale*, cit., 5 ss.: a parere della Corte l'intento del legislatore di sanzionare «sovraprofiti» conseguiti da particolari soggetti durante un periodo di congiuntura economica si è tradotta in una disciplina giuridica incoerente con quello scopo. L'irrazionalità emergerebbe dal fatto che la base imponibile è formata dall'intero reddito della società, anziché essere circoscritto ai profitti ulteriori; peraltro, la natura permanente dell'imposta in questione sembra non permetterne una limitazione al periodo di crisi per il quale era stata pensata, quindi si presenterebbe in contrasto con la *ratio legis*. Si tratta di due profili strettamente connessi: il giudizio di irragionevolezza sul bilanciamento effettuato dalla norma dipende dal giudizio sulla struttura dell'imposta; quest'ultimo è funzionale ad accertare l'irragionevolezza del bilanciamento: la mancanza di un limite temporale ad un regime contributivo differenziato rende discriminatorio il bilanciamento tra il principio redistributivo e quello di eguaglianza, il quale sarebbe eccessivamente sacrificato a causa della mancanza di qualunque limite temporale.

¹² S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, cit., 233.

¹³ Cfr. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 maggio 2015, 1. L'A. sottolinea che le prime avvisaglie di quest'impostazione possono essere colte nella sent. n. 88/2014, ove nel punto 6 del Considerato in diritto si afferma che «Il nuovo sistema di finanza pubblica disegnato dalla legge cost. n. 1/2012 ha dunque una sua interna coerenza e una sua completezza, e pertanto è solo alla sua stregua che vanno vagliate le questioni di costituzionalità sollevate nei confronti della legge». In tal modo la Corte avrebbe lasciato intendere che il principio dell'equilibrio di bilancio avrebbe potuto essere elemento attivo del bilanciamento e non più una precondizione o una finalità a cui dovevano mirare il legislatore *in primis* e poi la Corte.

¹⁴ Cfr. sent. n. 455/1990 e R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 102 e 107 ss.

¹⁵ Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 9. Cfr. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, cit., 2; si ricorda anche la felice espressione di «bilanciamento ineguale» di M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 126 il quale sostiene che tra diritti e risorse finanziarie non vi è una parità assiologica, i primi rappresentando il fine dell'agire statale, i secondi solo i mezzi.

¹⁶ I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, cit., 3, la quale sottolinea che, per assurdo, la Corte qualche mese prima, con la sent. n. 238/2014 aveva qualificato l'art. 24 come «intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia».

quanto la stessa Corte afferma che «l'applicazione retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale [ciò che è a presidio dell'art. 24 Cost.] determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.»¹⁷.

In realtà la presa di posizione della Corte costituzionale nella sent. n. 10 del 2015 sembra essere più il risultato di valutazioni connesse alle peculiarità del caso che non l'avvio (come confermato dalla successiva giurisprudenza) di una posizione destinata a conformare i giudizi di costituzionalità; da qui la necessità di depotenziarne la carica innovativa¹⁸.

Difatti, alla base della pronuncia vi è l'idea che, per garantire il rispetto dei vincoli sovranazionali e costituzionali, si sarebbe dovuto introdurre una nuova manovra con effetti *compensativi*, con duplici conseguenze: da una parte, sarebbe venuto meno l'effetto redistributivo e solidaristico della *Robin Hood Tax* e, dall'altra, si sarebbe accentuata la situazione di disparità nella distribuzione delle risorse, in quanto alle società sarebbero stati restituiti i sovra-profitti, facendo gravare la decisione sui consumatori finali di prodotti petroliferi, ai quali sarebbe stato accollato il peso del tributo. Per tali motivazioni il giudice delle leggi sostiene che l'estensione degli effetti anche al passato avrebbe prodotto, mediante una lesione dei principi di solidarietà *ex art. 2 Cost.* ed eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost., un'incostituzionalità ancor maggiore¹⁹.

Stabilendo la non retroattività della pronuncia la Corte compie un bilanciamento tra esigenze finanziarie e solidarietà (sulla base degli artt. 2 e 3 Cost.), da un lato, e diritto di azione in giudizio e principio di eguaglianza dall'altro.

Quindi, ciò che sembra aver ispirato l'intervento *pro praeterito* è un approccio *normativo-sostanziale*, volto a comporre i valori in gioco sulla base di un principio di giustizia in concreto²⁰. Analizzando il percorso motivazionale emerge la volontà del giudice delle leggi di rendere

¹⁷ Considerato in diritto n. 8. In tal senso, S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, cit., 235 ss: «in concreto si nega per il passato qualunque soddisfazione di quei principi e diritti costituzionali che solo astrattamente la Corte riconosce: insomma, un vero e proprio bilanciamento tra diritti e risorse, attuato tramite la manipolazione degli effetti temporali». Si noti che illustre dottrina ha recentemente riproposto la soluzione di una modulazione degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale, come alternativa al bilanciamento tra diritti e vincoli di bilancio, che avrebbe dovuto rimanere ineguale: tale dottrina continua a sostenere che «l'art. 81 Cost. [anche a seguito della modifica del 2012] è inapplicabile alle sentenze della Corte costituzionale (...) quando si bilanciano esigenze finanziarie e diritti fondamentali, quello che si può praticare è, tutt'al più, un bilanciamento ineguale, nel quale le prime soccombono sempre, salvo si dimostri che il loro sacrificio implica il sacrificio di altri ("controinteressati") diritti fondamentali. Maggiormente produttivo sarebbe allora riflettere sull'opportunità di un più frequente rinvio alla discrezionalità del legislatore o sulla modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento» (M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, 34). La letteratura aveva comunque già posto in rilievo i limiti di tale *modus decidendi* della Corte: si vedano C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza nella crisi dello Stato sociale*, cit., 95 ss., il quale sostiene che queste tecniche decisorie riducono ma non eliminano il problema del costo delle sentenze e R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, cit., 56 ss. Sulla sentenza n. 10/2015 cfr. ancora R. PINARDI, *Modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *ConsultaOnline*, 2015, 227-228 ss.

¹⁸ C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, cit., 266 ss.

¹⁹ Cfr. Considerato in diritto n. 8. Si veda R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *federalismi.it*, n. 4/2015, 8 ss., il quale sottolinea che la modulazione degli effetti temporali è perfettamente compatibile con i poteri di altri giudici costituzionali europei e che non sarebbe comunque *ad libitum*, bensì guidata da un ragionevole bilanciamento di valori, senza il quale avremmo avuto un irreparabile sacrificio di alcuni di questi (artt. 2, 3, comma 2, e 81 Cost.).

²⁰ C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, cit., 266. Cfr. C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità* (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015), in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 9: il quale sottolinea che la ricerca di una soluzione ispirata a giustizia emerge dalla decisione che, per l'appunto, libera le imprese da un'imposizione illegittima ed, allo stesso tempo, opera per il passato una compensazione, al fine di non dar luogo ad un aggravamento del bilancio dello Stato. A parere dell'A. il giudice delle leggi andrebbe anche incontro al legislatore in quanto limita il suo onere di regolazione solo al futuro.

trasparenti e immediatamente intelligibili gli argomenti alla base della modulazione nel tempo dell'accoglimento, così da consolidare la legittimazione della sua operazione²¹.

In particolare, la Corte si pone il problema degli effetti che la pronuncia di incostituzionalità semplice è in grado di creare su gli altri principi costituzionali, trasformandocosi la regolazione degli effetti temporali della pronuncia da argomento-tema *esterno* alla pronuncia in un elemento della decisione²²: «la Corte costituzionale, considerando la Costituzione come un insieme unitario di principi e diritti fondamentali, ha ben presente l'esigenza generale che l'eliminazione delle leggi incostituzionali non produca situazioni di "maggiore incostituzionalità", ed a tal fine può modulare le proprie decisioni anche sotto il profilo temporale, ed in piena coerenza con i principi della Costituzione, in modo da scongiurare, attraverso un bilanciamento tra valori costituzionali che l'illimitata espansione di un principio costituzionale – il quale diverrebbe "tiranno" – determini il sacrificio di un altro parimenti riconosciuto e protetto»²³.

Alla base del bilanciamento tra tali interessi vi è certamente il principio di proporzionalità, rispetto al quale viene modulata l'efficacia temporale della sentenza²⁴.

A tal proposito, dalla motivazione sembrerebbe che il controllo di *stretta proporzionalità*, cui viene sottoposta la modulazione degli effetti nel tempo, per avere esito positivo debba presentare due presupposti-condizioni: «in primo luogo *l'impellente necessità* di tutelare uno o più principi costituzionali, i quali altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di accoglimento; in secondo luogo che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto *strettamente necessario* per assicurare il contemperamento dei valori in gioco»²⁵. Così, al fine di evitare l'ingiustizia sostanziale che verrebbe in essere con una mera pronuncia di accoglimento, dando luogo all'obbligo di una manovra finanziaria aggiuntiva e, soprattutto, ad un pregiudizio alle esigenze di solidarietà sociale che erano alla base della *Robin Hood Tax*, la Corte costituzionale limita gli effetti "naturali" delle sue sentenze.

Si deve convenire allora con quanti hanno sostenuto che «la decisione d'incostituzionalità *pro futuro*, dunque, sembra essere dovuta non solo all'effetto di squilibrio dei conti che altrimenti si sarebbe prodotto, ma anche alle ragioni che lo avrebbero determinato. Sembra, insomma, che la Corte, dinanzi ad una sentenza (potenzialmente) di spesa, non si sia fermata alla considerazione del buco finanziario ma si sia interrogata su che cosa, grazie a quella spesa, si andasse a realizzare»²⁶.

Per concludere relativamente a tale pronuncia, non si può non sottolineare che l'accentuazione del percorso motivazionale è espressione di una duplice esigenza: da una parte, la necessità di

²¹ C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, cit., 267.

²² A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 2: «il problema sotteso alle decisioni intese direttamente a modulare i propri effetti nel tempo, che è determinato da un evento che se si può dire ulteriore e esterno rispetto alla risoluzione della questione di costituzionalità, e cioè dagli effetti che la dichiarazione di illegittimità costituzionale (...) può avere in danno di altri diritti e principi costituzionali non coinvolti nella *questio*».

²³ C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, cit., 268. L'A. sottolinea che tale modulazione è oggetto di contemperamento con l'affermato principio del nostro ordinamento per cui le sentenze della Corte hanno effetti retroattivi. La Corte durante tutta la decisione mostra che i suoi interventi regolativi devono essere valutati alla luce del principio di proporzionalità, sembrando giungere alla recezione degli *standards* in cui tale giudizio si articola nelle giurisprudenze superiori di altri Stati da ormai molto tempo. In particolare, sembra fare uso della proporzionalità in senso stretto, intesa quale raffronto costi-benefici che dall'atto, in questo caso la decisione e non la legge, derivano.

²⁴ Cfr. A. PIN – E. LONGO, *La sentenza n. 10/2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o "realistico"?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 2, dove si afferma che «la Corte dopo aver sottoposto il legislatore allo scrutinio di proporzionalità [forse sarebbe meglio dire di ragionevolezza] vi sottopone se stessa».

²⁵ C. MAINARDIS, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali principio di proporzionalità*, cit., 4.

²⁶ M. CAREDDA – M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, cit., 12.

rendere palese l'interesse costituzionale che soggiace alle *valorizzazione delle risorse finanziarie*; dall'altra, la sottoposizione della stessa pronuncia del giudice delle leggi ad uno stretto controllo di proporzionalità, che guida il bilanciamento diretto e l'individuazione della regola concreta da parte della Corte²⁷.

Il secondo aspetto che si vuole porre in luce, all'interno di un uso più ampio del controllo di ragionevolezza, concerne la sanzione della natura permanente dell'addizionale. In particolare, «la mancanza di un limite temporale al regime contributivo differenziato previsto dal legislatore, rende discriminatorio, e dunque irragionevole, il bilanciamento tra il principio di eguaglianza (...) e il principio redistributivo»²⁸. Insomma, senza voler sostenere paragoni tra l'interesse in questione (di natura patrimoniale)²⁹ e quello delle decisioni che si porranno in rassegna nel prosieguo, sembrerebbe riconfermata la necessaria temporalità di misure restrittivamente incidenti nella sfera economica dei cittadini.

Tutto ciò premesso, è d'uopo soffermarsi sulla sentenza n. 70/2015, che rappresenta un ulteriore tassello relativo al «tormentato rapporto tra Corte costituzionale e Legislatore nella delicata materia della c.d. sentenze di spesa»³⁰.

Con tale decisione la Corte ha dichiarato incostituzionale, per violazione degli artt. 3, 36, comma primo, e 38, comma secondo, della Costituzione il blocco della rivalutazione automatica, in relazione agli anni 2012 e 2013, rispetto alle pensioni di importo complessivo superiore a tre volte il minimo sociale (ovvero 1.217 euro).

La decisione si concentra sul carattere funzionale della disciplina della perequazione automatica rispetto all'art. 38, secondo comma, Cost. e 36 Cost³¹: «l'identificazione tra principio di adeguatezza e adeguamento al costo della vita si traduce in un *vincolo costituzionale per il legislatore*, di carattere *assoluto* circa l'an e, invece, *relativo*, ossia soggetto allo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza, circa il *quantum*»³².

Il trattamento di quiescenza viene delineato come una forma di «retribuzione differita» con la necessità che sia proporzionato alla quantità e qualità di lavoro effettuato e idoneo a garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia. Il legislatore può certamente intervenire a modificare la disciplina sulla base di esigenze meritevoli di tutela, a condizione che non siano pregiudicati tali criteri e si basino su un «bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili ed ai mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa»³³; in altre parole la discrezionalità del legislatore deve essere circoscritta dalla ragionevolezza, la quale «consente di perseguire, predisporre e conseguire un progetto di eguaglianza sostanziale, conforme al dettato dell'art. 3, secondo

²⁷ Più in generale sul controllo di proporzionalità e il bilanciamento degli interessi, temi che richiederebbero un'autonoma trattazione, si rinvia a M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 179 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; ID., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

²⁸ I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccesso di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, cit., 5 ss.

²⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 10.

³⁰ A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in federalismi.it, n. 10/2015, 2.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 70/2015, *Considerato in diritto* n. 8. Si leggano le critiche di A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., 4 e A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 1.

³² A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., 4 e A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, cit., 6 ss.

³³ *Considerato in diritto* n. 8.5.

comma, Cost. così da evitare la disparità di trattamento in danno dei destinatari di trattamenti pensionistici»³⁴.

La Corte considera, quindi, i pensionati come una classe omogenea di soggetti, tale per cui la distinzione tra coloro che avrebbero continuato a valersi del meccanismo perequativo e coloro che ne sono esclusi (momentaneamente) sarebbe stata in contrasto con l'art. 3 Cost³⁵.

La motivazione pone l'attenzione sulla sospensione a tempo indeterminato della perequazione o delle misure volte a bloccarlo con frequenza. A parere della Corte ciò comporterebbe un contrasto con i canoni di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, in quanto sarebbe incrinato lo scopo di tutela a cui volge quello stesso sistema, ossia l'adeguamento del potere d'acquisto delle pensioni. Il legame tra sospensione e ragionevolezza era stato già esplicitato in un monito rivolto al legislatore con la sent. n. 316/2010, nella quale si era affermato che la sospensione *sine die* o la reiterazione di misure interruttive espone la normativa a pesanti frizioni con i principi di *ragionevolezza* e *proporzionalità*, poiché anche le pensioni di maggior entità potrebbero risultare non sufficienti in considerazione del mutamento del potere d'acquisto della moneta³⁶.

Inoltre, la Corte sottolinea che non sarebbe esplicitata la finalità solidaristica dell'intervento, poiché nel disporre l'eliminazione di qualsiasi meccanismo perequativo «si limita a richiamare genericamente la “contingente situazione finanziaria”, senza che emerga dal *disegno complessivo* la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto del bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi»³⁷ (corsivo aggiunto).

Più nello specifico, vi sarebbe un interesse, costituzionalmente tutelato mediante una prestazione previdenziale adeguata, dei pensionati, specialmente quelli più svantaggiati, alla conservazione del potere d'acquisto. «Tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome delle esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»³⁸.

La Corte giunge, quindi, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, del d. l. n. 201/2011, in quanto non avrebbe reso palese nella disciplina l'ineludibile vincolo di scopo, ossia la finalità *endo-solidaristica* dell'intervento legislativo, che diviene essenziale quando si va incidendo (anche) sulle pensioni medio-basse³⁹.

Parte della dottrina ha criticato il tema del vincolo di motivazione, portando alcuni a sostenere che dentro un apparente *obiter* della Corte si celerebbe in realtà l'introduzione di un principio nuovo, quello della necessaria motivazione dell'atto legislativo, indispensabile ai fini del vaglio di costituzionalità relativo alla composizione di interessi⁴⁰.

Anche in questo caso, comunque, la Corte fonda la sua decisione attorno a due cardini: l'interruzione a tempo indeterminato del sistema perequativo e la mancanza di un vincolo esplicito di destinazione delle risorse risparmiate.

³⁴ Considerato in diritto n. 8.3. Tale passaggio è stato particolarmente criticato da A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., 4, il quale ha sostenuto che la Corte costituzionale avrebbe dato luogo a una contaminazione tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost., nonché ad un assorbimento recessivo della problematica dell'eguaglianza sostanziale in quella formale.

³⁵ E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di vincoli previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2015, 5. Per una critica a tale posizione, A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, cit., 6 e 10, il quale sostiene che beneficiari dell'estensione da parte della pronuncia non sono solo i titolari di “pensioni basse”, ma anche quanti si avvalgono di pensioni molto elevate (cc.dd. pensioni d'oro). Dietro la misura a protezione delle fasce più basse della popolazione si celerebbe quindi la tutela anche di coloro che nulla hanno da temere circa l'incremento del costo della vita.

³⁶ E. MONTICELLI, *Il complesso dibattito in materia di vincoli previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015*, cit.

³⁷ Considerato in diritto n. 10.3.

³⁸ Considerato in diritto n.10.5.

³⁹ Cfr. A. C. SCACCO, *Finalità solidaristica endo-previdenziale: questa sconosciuta (nota a sent. 70/2015)*, in *problemidellavoro.org*, 2 maggio 2015.

⁴⁰ G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *www.giuristidiamministrazione.com*, 15 maggio 2015, 2.

3. *Topòì ricorrenti nelle recenti decisioni in tema di diritti sociali*

I *topòì* sanciti nelle sentenze “eterozigoti” del 2015⁴¹ sono riscontrabili anche in successive pronunce⁴².

Innanzitutto, si deve fare riferimento alla sentenza n. 178 del 2015 sul blocco degli adeguamenti stipendiali. Pur attenendo in modo specifico ad un elemento incondizionato, ossia la libertà di contrattazione sindacale, dei diritti di seconda generazione, si tratta di una decisione non meno rilevante delle altre due (la 10 e la 70) dello stesso anno, sia per le argomentazioni adottate dal giudice delle leggi, sia per gli esiti processuali e decisori che la caratterizzano. Inoltre, come si evidenzia in chiusura della motivazione⁴³, non si può dubitare dell’impatto della sentenza sulle finanze statali.

In questa pronuncia, la Corte costituzionale ricorre all’*escamotage* dell’illegittimità costituzionale sopravvenuta – non senza attirare su di sé l’attenzione della dottrina⁴⁴ – per modulare gli effetti temporali della decisione di accoglimento. Indipendentemente da condivisibili valutazioni su alcuni elementi della decisione – come il carattere recessivo del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e un’accezione atipica dello *ius superveniens* costituzionale – la decisione si caratterizza per una riconferma di alcune costanti poc’anzi riferite. In particolare, nelle argomentazioni che conducono all’illegittimità costituzionale della normativa che limitava l’accesso alla contrattazione collettiva e congelava i trattamenti retributivi nel settore pubblico (d.l. n. 78 del 2010 e del d.l. n. 98 del 2011) la fa da padrone il *tempo*, quale fattore in grado di incidere sulla legittimità delle misure restrittive della contrattazione economica. Difatti, per la Corte costituzionale le «questioni di legittimità costituzionale devono essere esaminate alla stregua del quadro normativo appena delineato, caratterizzato da disposizioni susseguitesi nel tempo, legate da un evidente nesso di continuità, al fine di perseguire un dichiarato obiettivo di contenimento della spesa»⁴⁵. Proprio il fluire del tempo conduce alla dichiarazione di irragionevolezza dell’intervento legislativo di reiterata sospensione della contrattazione collettiva per violazione dell’art. 39, comma 1, Cost. e all’introduzione di un’innovativa illegittimità costituzionale sopravvenuta: è il carattere sistematico e protratto della restrizione della libertà sindacale a rendere irragionevole il bilanciamento con le esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all’interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.).

Si vuole porre poi in evidenza la sentenza n. 173/2016⁴⁶, con la quale la Corte costituzionale

⁴¹ L’espressione è di M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 10, che nelle pagine successive della sua analitica e condivisibile indagine evidenzia le costanti metodologiche delle decisioni costituzionali sul rapporto tra diritti e risorse: a) il principio di gradualità; b) la considerazione dei costi delle pronunce; c) la modulazione degli effetti temporali; d) il bilanciamento; e) la doppia pronuncia.

⁴² Cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., 174 ss., anche con riferimento alla modulazione degli effetti temporali e alla nozione dinamica di bilancio nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale all’esito di giudizi in via principale; M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, cit., 132 ss. Per una ricostruzione complementare e che pone l’accento su differenti profili della giurisprudenza della crisi si veda S. SCAGLIARINI, *Il bilanciamento tra diritti e risorse finanziarie nella più recente giurisprudenza costituzionale*, *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, n. 2/2019, 337 ss.

⁴³ Corte cost., sent. n. 178 del 2015, *Considerato in diritto* nn. 17 e 18.

⁴⁴ Da ultimo, F. ABRUSCIA, *Aspetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 289 ss.; precedentemente, *ex multis*, si erano espressi scetticamente: M. MOCCHIGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 settembre 2015; L. MADAU, *L’incidenza del nuovo art. 81 Cost. sui giudizi di legittimità costituzionale*, in www.contabilità-pubblica.it, 3 dicembre 2015, 26 ss.; S. LA PISCOPIA, *Analisi critica dello ius superveniens costituzionale: nota minima alla sent. n. 178 del 2015 sul cosiddetto sblocco degli stipendi pubblici*, in www.contabilità-pubblica.it, 15 settembre 2015.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 178 del 2015, *Considerato in diritto* n. 7.

⁴⁶ Si vedano su questa decisione R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 173/2016*, in *Foro it.*, n. 11/2017, parte I, 3205; R. FABOZZI, *Perequazione, contributo di solidarietà ed esigenze di bilancio: un difficile equilibrio*, in *Giur. cost.*, n. 5/2016, 1847; L. PEDULLÀ, *Le “pensioni d’oro” quale paradigma del difficile bilanciamento tra diritti di prestazione ed equilibrio economico-finanziario*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 settembre 2016; G. FROSECCHI, *The italian post-crisis case law - A review of the crucial constitutional judgments on labour*

si è espressa sull'incostituzionalità dei commi 483 e 486 dell'art. 1 della legge n. 147/2013. In particolare, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del contributo di solidarietà (previsto dal comma 486) e del blocco (*rectius*: attenuazione) della perequazione automatica dei trattamenti pensionistici (disciplinato dal comma 483).

Come illustrato precedentemente, il tema della rivalutazione delle pensioni era stato oggetto di scrutinio con la sentenza n. 70/2015 (richiamata in motivazione), dalla quale la decisione in oggetto si differenzia per gli esiti, giungendo ad affermare la non fondatezza della questione, in considerazione della «rimodulazione nell'applicazione della percentuale di perequazione automatica sul complesso dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo di cui all'art. 43, comma 1, della legge n. 448 del 1998, con l'azzeramento per le sole fasce di importo superiore a sei volte il trattamento minimo INPS e per il solo anno 2014»⁴⁷. Insomma, la disposizione non risulta irrazionale né sotto il profilo strutturale, né sotto il profilo temporale.

Ai nostri fini, la parte della decisione che risulta maggiormente rilevante riguarda il contributo di solidarietà *ex* art. 1, comma 486, della legge n. 147/2013, disposto per il triennio 2014-2016 su tutti i trattamenti pensionistici obbligatori, eccedenti determinati multipli del trattamento minimo INPS⁴⁸. A tal proposito, si deve sottolineare che la Corte costituzionale, rigettando le censure di illegittimità prospettate, ha escluso che il prelievo avesse natura di imposta, poiché non acquisito dallo Stato né destinato alla fiscalità generale, bensì prelevato direttamente dall'INPS e dagli altri enti previdenziali coinvolti, che – anziché versarlo all'erario quali sostituti di imposta – lo trattengono nelle loro gestioni, con chiare finalità solidaristiche endo-previdenziali «anche per quanto attiene ai trattamenti dei soggetti cosiddetti “esodati”»⁴⁹.

L'argomento decisivo sembra rinvenuto dalla Corte nella finalità solidaristica cristallizzata nell'art. 2 Cost.⁵⁰, che, insieme ad altri indici – quali l'incidenza sulle pensioni più elevate, la sua sostenibilità, l'utilizzo *una tantum* e il rispetto del principio di proporzionalità – consente al comma 486 di superare lo scrutinio “stretto” di costituzionalità⁵¹.

Sembra evidente, allora, che la Corte non considera lesivo del dettato costituzionale l'intervento che sia espressione di una *ratio* redistributiva del sacrificio imposto, volto a rimediare a situazioni disomogenee e collegato a sicuri “margin di resistenza” rispetto alla crisi economica⁵².

Insomma, il *leitmotiv* è quello della motivazione, o meglio della giustificazione, delle scelte normative che incidano, innegabilmente, sulla sfera giuridica di alcuni cittadini⁵³.

Di particolare interesse risulta anche la sentenza n. 240/2016⁵⁴, in tema di riconoscimento dei benefici combattentistici previsti dalla legge n. 1746 del 1972 anche ai militari impiegati in missioni di pace per conto dell'Onu, ove non si esclude del tutto la possibilità di un bilanciamento tra risorse finanziarie e diritti sociali, ma solo nell'ipotesi in cui le prime siano rispondenti a reali interessi/diritti costituzionali e non espressione di un mero dato numerico. Infatti, nella parte

rights, in *Revue de Droit du Travail*, n. 4/2018, 326; G. GUIGLIA, *La Corte costituzionale e l'adeguatezza delle pensioni al tempo della crisi*, in *federalismi.it*, n. 18/2016.

⁴⁷ *Considerato in diritto* n. 6.3.

⁴⁸ Pari al 6% sugli importi lordi annui superiori da 14 a 20 volte il minimo INPS annuo; del 12% sulla parte eccedente l'importo lordo annuo di 20 volte il trattamento minimo INPS; infine, del 18% su importi superiori a 30 volte il suddetto trattamento minimo.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 173/2016, *Considerato in diritto* n. 9.

⁵⁰ L. PEDULLÀ, *Le “pensioni d'oro” quale paradigma del difficile bilanciamento tra diritti di prestazione ed equilibrio economico-finanziario*, cit., 5.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 173/2016, *Considerato in diritto* nn. 11.1 e 11.2.

⁵² Cfr. G.M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *federalismi.it*, n. 10/2015, 3, relativamente agli argomenti alla base della sentenza n. 70/2015.

⁵³ Cfr. Corte cost., sent. n. 173/2016, *Considerato in diritto* n. 11.1.

⁵⁴ La decisione è fuggacemente segnalata come una positiva inversione di tendenza da M. LUCIANI, *Diritti sociali e crisi economica*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, FrancoAngeli, Milano, 2017, 21.

motiva volta a respingere un'eccezione della difesa dello Stato, si legge che se «appartiene alla discrezionalità legislativa, col solo limite della palese irrazionalità, stabilire i modi e la misura dei trattamenti di quiescenza, nonché le variazioni dell'ammontare delle prestazioni, attraverso un bilanciamento fra valori contrapposti che contemperino le esigenze di vita dei beneficiari con le concrete disponibilità finanziarie e le esigenze di bilancio (sentenza n. 372 del 1998), nondimeno la prospettazione del rilevante impegno finanziario derivante per le casse dello Stato dell'accoglimento della questione sollevata *non può di per sé rappresentare una preclusione all'accoglimento*, ma semmai un elemento da tenere in considerazione, ove dettagliatamente documentato dallo Stato, nel bilanciamento degli interessi coinvolti nel giudizio costituzionale»⁵⁵ (corsivo aggiunto).

Ancora, un vivace dibattito è stato alimentato dalla sentenza n. 275/2016⁵⁶, rispetto alla quale la letteratura ha valorizzato soprattutto il passaggio per cui «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Nell'economia di questo scritto, e per non ripetere quanto già detto altrove⁵⁷, si deve evidenziare che questa certamente dirimente decisione, per le sue affermazioni inequivoche, in realtà rileva più con riferimento alla esplicitazione della necessaria garanzia del contenuto minimo del diritto, come è ovvio che sia, sulle risorse finanziarie, che non ai fini della definizione di un più generale "schema" del rapporto tra quest'ultime e i diritti fondamentali *tout court*.

Un'ulteriore conferma dell'impostazione prospettata può essere rinvenuta nella sentenza n. 124 del 2017, con la quale la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il limite massimo per gli emolumenti e le retribuzioni a carico delle finanze pubbliche (previsto dall'art. 23-ter del d.lgs. 6 dicembre 2011, n. 201 e dall'art. 13, comma 1, del d.lgs. 24 aprile 2014, n. 66), nonché il divieto per le amministrazioni e gli enti pubblici di erogare, a beneficio di soggetti già titolari di trattamenti pensionistici presso gestioni previdenziali pubbliche, trattamenti economici onnicomprensivi superiori a 240.000 euro (art. 1, comma 489, della legge 27 dicembre 2013, n. 147). La sentenza presenta numerosi spunti in ordine al rapporto tra risorse finanziarie e diritti sociali. In particolare, si deve porre in luce che la motivazione sembra prendere le mosse da una prospettiva ineguale del bilanciamento tra tali interessi⁵⁸: nella consapevolezza del carattere limitato delle risorse finanziarie, la Corte costituzionale giunge ad affermare che «nel settore pubblico non è precluso al legislatore dettare un limite massimo alle retribuzioni e al cumulo tra retribuzioni e pensioni, a condizione che la scelta, volta a bilanciare i diversi valori coinvolti, non sia manifestamente irragionevole»⁵⁹. Il divieto di cumulo e il tetto massimo alle retribuzioni pubbliche non sarebbero incostituzionali in quanto volti a tutelare (in modo ragionevole) molteplici valori costituzionali, come la parità di trattamento, il diritto ad una prestazione previdenziale proporzionata ad un effettivo stato di bisogno, nonché la solidarietà tra le diverse generazioni che interagiscono sul mercato del lavoro.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 249/2016, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵⁶ Si vedano A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 gennaio 2017; L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, 2339 ss.; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *federalismi.it*, n. 10/2017; L. MADAU, *"E' la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2017; M. PICCHI, *Tutela dei diritti sociali e rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: la Corte costituzionale chiede al legislatore di motivare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.

⁵⁷ Si veda C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020; S. BARBARESCHI, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati*, in *federalismi.it*, n. 13/2018. Accenna anche alla problematica della definizione del contenuto minimo essenziale dei diritti sociali M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, cit., 135.

⁵⁸ Secondo la felice espressione coniata da M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 125 ss.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 124/2017, *Considerato in diritto* n. 8.3.

Insomma, «la disciplina (...) scrutinata persegue finalità di contenimento e complessiva razionalizzazione della spesa, in una prospettiva di garanzia degli altri interessi generali coinvolti, in presenza di risorse limitate»⁶⁰.

Particolarmente interessanti risultano due passaggi, strettamente connessi tra di loro, della decisione: in primo luogo, il fattore tempo, nonostante la prospettiva di lungo periodo in cui si inserisce la normativa, sembra attenuare il peso della relazione tecnica, che aveva indotto la letteratura a sostenere che con la sentenza n. 70/2015 la Corte avrebbe richiesto al legislatore un particolare onere motivazionale. I giudici costituzionali “sorprendentemente” affermano che «la disciplina in esame, pur dettata dalla difficile congiuntura economica e finanziaria, trascende la finalità di perseguire risparmi immediati e si inquadra in una prospettiva di lungo periodo. Pertanto, la circostanza che la relazione tecnica non computi i risparmi attesi non è di per sé sintomatica dell’irragionevolezza della norma». A tale asserzione si lega quella immediatamente successiva, per cui l’impossibilità di quantificare preventivamente il risparmio dell’Erario non implica un’insussistenza di tali effetti e non intacca la *ratio* della disciplina. Nello specifico, la tutela di interessi di natura generale emergerebbe anche dal vincolo di destinazione che grava sulle risorse risparmiate, destinate al Fondo per l’ammortamento dei titoli di Stato⁶¹.

Successivamente, con la sentenza n. 250/2017, la Corte costituzionale si è nuovamente pronunciata sull’illegittimità costituzionale dell’art. 24, commi 25 e 25-*bis*, del d.lgs. 6 dicembre 2011, n. 201 (così come convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), nonché dell’art. 1, comma 438, della legge n. 147 del 2013. Come è noto, si tratta del seguito giurisprudenziale della decisione n. 70/2015. Il precedente, infatti, oltre ad aver sollevato un vivace dibattito in dottrina, è alla base dell’adozione da parte del Governo del d.l. 21 maggio 2015, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2015, n. 109, a modifica e introduzione dei citati commi dell’art. 24 del d.lgs. n. 201 del 2011, e del naufragato tentativo di modifica del processo costituzionale perseguito dal d.d.l. A.S. n. 1952/2015⁶².

Sulla novella legislativa si erano concentrate le quindici ordinanze di rimessione giunte alla Corte costituzionale, imperniate tutte attorno a due grandi questioni: la possibile violazione del giudicato costituzionale (*ex art. 136 Cost.*) da parte della nuova disciplina sulla perequazione; la proporzionalità della nuova disciplina sull’ammontare delle pensioni, alla luce delle indicazioni contenute nella sentenza n. 70/2015⁶³.

Dei molteplici profili rilevanti della decisione, che si conclude con un dispositivo di non fondatezza, in questa sede si ritiene d’uopo evidenziare giusto alcuni passaggi significativi, che si inseriscono perfettamente nei *luoghi* che si sono delineati precedentemente. Difatti, per dipanare le due questioni di cui si è detto, la Corte ricorre ancora all’argomento del tempo e a quello della funzionalità del bilancio. La decisione si presenta, anzi, come una vera e propria spiegazione sul peso costituzionale del succedersi delle discipline; un vero e proprio trattato sul “tempo” e sulla “temporaneità” delle limitazioni dei diritti previdenziali. Non a caso si tratta di locuzioni che ricorrono molteplici volte nel testo della sentenza, che nel salvare il blocco della rivalutazione per

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 124/2017, *Considerato in diritto* n. 8.4.

⁶¹ Cfr. art. 23-*ter*, comma 4, d.l. n. 201 del 2011 ed art. 1, comma 474, della legge n. 147 del 2013.

⁶² Sul punto si veda A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: “nuovi” poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 dicembre 2015.

⁶³ Cfr. F. MEDICO, *Il legislatore nel letto di Procuste delle pensioni: brevi riflessioni a margine della sentenza n. 250/2017*, in *federalismi.it*, n. 4/2018, 3. Si esprime criticamente sulla decisione, G. GRASSO, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250 del 2017 della Corte costituzionale. Qualche spunto di riflessione critica*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018; valuta criticamente gli argomenti addotti in motivazione, sotto il profilo della bilanciamento degli interessi, I. MASSA PINTO, *Il giudicato costituzionale non comporta un “esproprio” della potestà legislativa: il principio di (non ir)ragionevolezza come tutela del contenuto essenziale dei diritti (e non come ricerca dell’ottima proporzione) nel bilanciamento tra diritti ed esigenze finanziarie (nota alla sent. n. 250 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2018.

le pensioni superiori a sei volte il minimo INPS utilizza *a contrario* le medesime argomentazioni alla base della sent. n. 70 del 2015: da una parte, si sostiene che «nell'attuazione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità dei trattamenti pensionistici tali esigenze sono preservate attraverso un sacrificio parziale e temporaneo dell'interesse dei pensionati a tutelare il potere di acquisto dei propri trattamenti. L'osservanza di tali principi trova conferma nella scelta non irragionevole di riconoscere la perequazione in misure percentuali decrescenti all'aumentare dell'importo complessivo del trattamento pensionistico, sino a escluderla per i trattamenti superiori a sei volte il minimo INPS. Il legislatore ha dunque destinato le limitate risorse finanziarie disponibili in via prioritaria alle categorie di pensionati con i trattamenti pensionistici più bassi»; dall'altra, l'attuazione dei principi cristallizzati nella sentenza n. 70 si deduce dalle relazioni tecniche che accompagnano il disegno di legge di conversione del d.l. n. 65/2015, in cui il rispetto del pareggio di bilancio si salda con la solidarietà intergenerazionale⁶⁴.

Nell'ultimo triennio, all'interno di alcune decisioni emesse all'esito di giudizi costituzionali in via principale, la Corte costituzionale ha affermato nuovamente il vincolo di destinazione gravante sui bilanci pubblici nella garanzia dei diritti fondamentali, delineato nella sentenza n. 275/2016⁶⁵, nonché consolidato gli approdi sulla nozione di equilibrio dinamico di bilancio, che rafforzano la visione "funzionalistica" delle risorse, che ben emerge nelle richiamate precedenti pronunce, adottate invece su impulso dei giudici *a quibus*⁶⁶.

Sulla base di quanto ora si è provato ad esporre, si può affermare conclusivamente che le decisioni della giurisprudenza della crisi presentano alcune costanti, che possono essere identificate nell'argomento della *destinazione-motivazione della legge*, nel *fluire del tempo* come fattore in grado di incidere sul bilanciamento tra interessi, o meglio come coefficiente idoneo a rendere insopportabile la compressione di un diritto fondamentale, nonché in una *concezione del bilancio "costituzionalmente orientata"*⁶⁷.

4. I limiti della pensione di inabilità al vaglio della Corte costituzionale

Alla luce delle coordinate che si sono provate a tracciare nei paragrafi precedenti, si può ora passare in rassegna la sentenza n. 152 del 2020 (red. Morelli), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost., nella parte in cui dispone che il c.d. incremento al milione a favore degli invalidi civili totali sia concesso «ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni» anziché «ai soggetti di età superiore ai diciotto anni».

La decisione sostitutiva trae origine dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello, sezione lavoro, all'interno di un giudizio civile promosso dal padre tutore di una donna di 47 anni affetta, sin dalla nascita, da tetraparesi spastica. Per meglio comprendere le esigenze tenute in considerazione dal giudice delle leggi è certamente utile evidenziare che, in conseguenza della malattia di cui soffre, la disabile è costretta a vivere su una sedia a rotelle, o

⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 270/2015, *Considerato in diritto* n. 6.5.2. Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. SCIARRA, *Il principio di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2019, 270 ss.

⁶⁵ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 62 e 72 del 2020, con commento di F. BOCCHINI, *Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze additive di prestazione della Corte Costituzionale*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3/2020, spec. 12 ss.

⁶⁶ Sul punto si veda, in particolare, la sent. n. 4/2020 e il commento di R. PESCATORE, *Dalla regola tecnica alla rilettura dei principi costituzionali: le ragioni dell'autonomia, della sana gestione finanziaria e della solidarietà nella sentenza n. 4/2020 della Corte costituzionale*, in *Diritto & Conti - Bilancio Comunità Persona*, 5 luglio 2020. Sulla giurisprudenza in questione si deve richiamare il testo di A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, spec. 13 ss.

⁶⁷ L'espressione è di A. LONGO, *Una concezione costituzionalmente orientata del bilancio: riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, cit.

meglio su un'unità posturale, risulta totalmente priva di autonomia nel compimento dei più elementari atti quotidiani (come lavarsi, vestirsi, alimentarsi, etc.) e dispone di limitatissime possibilità comunicative verso l'esterno.

Come si evince dall'ordinanza di rimessione, la donna nel giudizio di primo grado aveva citato l'Istituto nazionale previdenza sociale (INPS) sostenendo che l'ammontare della pensione di inabilità *ex* art. 12 legge n. 118/1971 percepita fosse insufficiente a garantirle il soddisfacimento dei primari bisogni della vita e chiedendo la proposizione di una questione di legittimità costituzionale diretta a modificare l'entità del beneficio in misura non inferiore al minimo previsto dall'art. 38 della legge n. 448/2001 (c.d. maggiorazione sociale al milione) ovvero all'assegno sociale previsto dall'art. 3, comma 6, della legge n. 335/1995 o comunque di una somma tale da assicurarle un decoroso mantenimento⁶⁸.

Poiché i numeri spesso parlano più di molte parole, la palese insufficienza della pensione di inabilità a garantire il minimo vitale della persona è di immediata evidenza: dall'ordinanza di rimessione emerge, infatti, che il suo ammontare è pari ad euro 282,55 per tredici mensilità per il 2018 e ad euro 285,66 al mese per il 2019⁶⁹.

Si deve evidenziare che, confondendo le *rationes* dei diversi benefici previsti dalla legge a favore di coloro che vivono una condizione di disabilità, l'INPS chiedeva il rigetto del ricorso in ragione della titolarità da parte della donna dell'indennità di accompagnamento, disciplinata dall'art. 1 della legge n. 18/1980, poiché in concreto la stessa avrebbe percepito un importo complessivo tale da assicurarle un dignitoso mantenimento.

Con delle motivazioni in buona parte contraddette dalla decisione costituzionale in commento, il Tribunale riteneva manifestamente infondata e inammissibile la questione di legittimità prospettata dagli avvocati della ricorrente, per tre ordini di motivi: in primo luogo, in quanto alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 87/1953, sarebbe preclusa ogni valutazione «di natura politica» e relativa all'«uso del potere discrezionale del Parlamento», così che il giudice delle leggi non avrebbe potuto sovrapporre la propria decisione, mediante una rideterminazione dell'ammontare della pensione di inabilità; in secondo luogo, muovendo da una prospettiva meramente programmatica delle disposizioni costituzionali, si sostiene che l'attuazione dell'art. 38 Cost. presuppone il necessario intervento del legislatore, che deve tener conto – nell'esercizio della sua discrezionalità – degli altri interessi costituzionali rilevanti e, in particolare, delle esigenze di finanza pubblica; da ultimo, poiché sarebbe privo di ogni fondamento logico il richiamo all'assegno sociale in qualità di *tertium comparationis* rispetto alla pensione di inabilità, in quanto i due istituti assolverebbero a funzioni differenti⁷⁰.

Ciononostante, come anticipato, nel corso del giudizio di gravame venivano sollevate le due questioni di legittimità costituzionale che sono alla base della sent. n. 152/2020. Difatti, la Corte di Appello di Torino dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 118 del 1971, «nella parte in cui attribuisce al soggetto totalmente inabile, affetto da gravissima disabilità e privo di ogni residua capacità lavorativa, una pensione di inabilità (...) insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali, in relazione agli artt. 3, 38, comma 1, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost.», nonché dell'art. 38, comma 4, della legge n. 448 del 2001 «nella parte in cui subordina il diritto degli invalidi civili totali, affetti da disabilità gravissima e privi di ogni residua capacità lavorativa, all'incremento previsto al raggiungimento del requisito anagrafico del 60° anno di età, in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, Cost.».

⁶⁸ Si veda l'Ordinanza di rimessione della Corte di appello di Torino del 3 giugno 2019, iscritta al n. 240 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 2, prima serie speciale, dell'anno 2020, 1-3.

⁶⁹ Ordinanza di rimessione della Corte di appello di Torino del 3 giugno 2019, cit., 9.

⁷⁰ Ordinanza di rimessione della Corte di appello di Torino del 3 giugno 2019, cit., 5.

4.1. *Il rapporto tra le quaestiones e lo strano caso dell'inammissibilità differita (con accertamento dell'incostituzionalità) della richiesta sull'art. 12 della legge n. 118/1971*

Si deve anzitutto precisare che la stessa formulazione delle questioni di legittimità costituzionale deve aver posto ai giudici costituzionali alcuni problemi interpretativi, già in sede di ammissibilità, poiché le richieste contenute nell'ordinanza della Corte di Appello sembrerebbero avere natura ancipite, non emergendo chiaramente il rapporto intercorrente tra queste, leggibile tanto in termini di alternatività/esclusione, quanto di consequenzialità, né il verso dell'intervento proposto dal giudice rimettente⁷¹.

Tuttavia, nel *Considerato in diritto* si richiama un consolidato indirizzo per cui è equivoca, e quindi inammissibile, solo la questione che presenta un'alternatività insuperabile con gli strumenti ermeneutici⁷²; non senza criticità, dunque, i due dubbi di legittimità costituzionale vengono ricostruiti dal giudice delle leggi in termini di principale/subordinato⁷³. Si legge, infatti, che «la motivazione complessiva dell'ordinanza di rimessione – pur non toccando una formale e testuale qualificazione delle due questioni sollevate, rispettivamente, come “principale” (la prima) e “subordinata” (la seconda) – fa, comunque, emergere, con chiara evidenza, il *nesso sequenziale* che ne caratterizza la prospettazione» (corsivo aggiunto)⁷⁴.

Nondimeno, come si vedrà, tale ricostruzione dei *petita* assume un rilievo essenziale nel complesso argomentativo della decisione, costituendo il necessario presupposto *logico* della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, della legge n. 448/2001⁷⁵.

Tutto ciò posto, deve essere rilevato che l'Avvocatura dello Stato e la difesa dell'INPS nel corso del giudizio hanno altresì eccepito l'inammissibilità delle due questioni per discrezionalità del legislatore, in quanto sia la rimodulazione dell'ammontare della pensione di inabilità, sia la modifica del requisito anagrafico per l'accesso all'incremento al milione sarebbero rientrate nella sfera decisionale esclusiva del Parlamento⁷⁶. La lettura delle argomentazioni del giudice delle leggi sulle proprie possibilità di intervento (perché di questo si parla) suscita alcune perplessità: difatti, dapprima, la Corte costituzionale dichiara non fondata l'eccezione sull'art. 12, comma 1, della legge 118/1971, sostenendo che nell'ordinanza di rimessione non viene contestata la discrezionalità del legislatore nella determinazione della pensione di inabilità, ma piuttosto la manifesta inadeguatezza della sua misura, ritenuta lesiva del contenuto minimo essenziale del diritto all'assistenza sociale; qualche riga dopo, invece, si afferma che – nonostante la palese insufficienza della pensione – un intervento manipolativo risulterebbe invasivo della discrezionalità legislativa.

Non si possono non rilevare quindi le aporie, logiche e formali, derivanti da quello che è stato definito come un vaglio di inammissibilità bi-fasico sulla prima questione⁷⁷: il primo di manifesta

⁷¹ Difatti i punti 15 ss. dell'Ordinanza di rimessione si limitano a sostenere la rilevanza e non manifesta infondatezza delle due questioni, senza indicare la relazione tra esse, né esplicitamente le modalità di intervento del giudice delle leggi. Ovviamente, però, che nell'un caso si chiedesse la rideterminazione della pensione e nell'altro l'equiparazione dell'ammontare a quello risultante dall'incremento al milione si scorge nelle righe dell'atto.

⁷² All'interno della decisione si richiamano le sentt. n. 75 e 58 del 2020, nonché l'ord. n. 104 del 2020, ma sul punto è necessario rinviare – per ciò che concerne la giurisprudenza più recente – anche alle decisioni nn. 175 e 9 del 2018.

⁷³ Cfr. sul punto V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, su *Rivista AIC*, n. 4/2020, 559, la quale – all'interno di un'analitica e puntuale ricostruzione della vicenda – evidenzia con rigore che la Corte di Appello di Torino non aveva specificato il rapporto tra le due *quaestiones*, limitandosi a collocarle su un piano di sostanziale parità.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 2.2.1.

⁷⁵ Sul punto si veda *infra*.

⁷⁶ È sufficiente richiamare in questo caso il *Considerato in diritto* n. 2.1 della decisione.

⁷⁷ Ancora V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., 560 e 564.

inammissibilità *in limine litis*; differito il secondo in ordine alla possibilità di un intervento manipolativo da parte della Corte costituzionale.

Inoltre, un ulteriore rilievo può essere mosso al ragionamento sull'adeguatezza della pensione *ex art. 12, comma 1, della legge n. 118/1971*: sposando sostanzialmente le tesi del rimettente⁷⁸, con parole dirompenti e del tutto condivisibili, la Corte costituzionale giunge a sostenere che «l'importo mensile della pensione di inabilità, di attuali euro 286,81, è innegabilmente, e manifestamente, insufficiente ad assicurare agli interessati il “minimo vitale” e non rispetta, dunque, il limite invalicabile del nucleo essenziale e indefettibile del “diritto al mantenimento”, garantito ad “ogni cittadino inabile al lavoro” dall'art. 38, primo comma, Cost.»⁷⁹. La Corte richiama quindi il *tòpos* del nucleo essenziale del diritto, per il quale però vale ancora oggi quanto affermato molti anni addietro da autorevole dottrina: di fronte ad una sua lesione – ossia una profonda frattura tra lo *ius positum* e valori impressi nel testo costituzionale – non vi è spazio per la discrezionalità politica, bensì solo «giurisdizione in nome della Costituzione»⁸⁰.

Ovviamente, e sarebbe impossibile non convenire sul punto con il giudice delle leggi, la concreta determinazione del nuovo importo della pensione di inabilità non può che spettare al legislatore, «attesa anche la pluralità di soluzioni prospettate come possibili dalla Corte rimettente, in correlazione alle varie (per di più solo latamente omogenee) grandezze di riferimento». Tuttavia, una volta accertata la lesione dell'*an* e del *quid*⁸¹ del diritto all'assistenza sociale, la Corte costituzionale non dovrebbe tirarsi indietro dall'intervento (manipolativo) sulla disposizione, altrimenti rischia di abdicare alla sua funzione di tutore della legalità costituzionale. A tal proposito, come è noto, nei decenni passati sono stati forgiati dalla giurisprudenza costituzionale degli schemi decisionali volti a contemperare l'indefettibile garanzia della Costituzione con la discrezionalità del legislatore: il riferimento è ovviamente alle sentenze *additive di principio*⁸², che hanno l'indubbio pregio di consentire una tutela dei diritti nell'immediato dal parte del giudice comune, a scapito della certezza del diritto, e alle sentenze *additive di meccanismo*, che invece hanno come unico destinatario il Parlamento⁸³. In ogni caso, seppur con i peculiari strumenti ora indicati, la sanzione del *vulnus* (certamente accertato nelle righe della sentenza) avrebbe giovato in termini di coerenza dell'impianto decisionale e argomentativo della decisione.

5. Cenni alla funzione della pensione di inabilità e dell'indennità di accompagnamento

Prima di passare all'analisi della seconda questione, dichiarata fondata dal giudice delle leggi, sembra necessario soffermarsi su alcuni passaggi del *Considerato in diritto* della decisione

⁷⁸ Sul punto si veda il *Considerato in diritto* n. 3.3, che si apre con l'affermazione per cui «è condivisibile quanto esposto in premessa dal giudice a quo».

⁷⁹ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 3.3.

⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in A.A. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e art. 81, n. c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, 124.

⁸¹ Per dirla con le parole di F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 69 ss.

⁸² Tale soluzione viene patrocinata anche nel commento di V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., 563. In generale sulle additive di principio si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996 e più recentemente ID., *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in A. SOMMA - A. FUSARO - G. CONTE - V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, Roma TrE-press, 2018, 385 ss.

⁸³ Sul punto si veda anche la ricostruzione contenuta nel Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale dal titolo *La tipologia delle tecniche decisorie attraverso gli scritti della dottrina* (a cura di Danilo Diaco), reperibile su www.cortecostituzionale.it, 2016, 24; nonché A. SPADARO, *I limiti strutturali del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità*, su *Rivista AIC*, n. 4/2019, 158, il quale propone di distinguere tra «additive di principio monodirezionali [rivolte solo al legislatore (non auto-applicative): nn. 51/2005, 160/2008], bidirezionali [rivolte al legislatore e ai giudici (auto-applicative): nn. 222/2004, 77-254/2007, 113/2011 121] e tridirezionali [rivolte al legislatore, ai giudici e alla PA (auto-applicative): n. 158/2001]».

certamente significativi sul piano della garanzia dei diritti dei disabili, anche in ragione dell'impostazione *pedagogica* assunta dalla Corte costituzionale. Ci si riferisce ai passaggi in cui si ricostruisce la *ratio* della pensione di inabilità. Infatti, l'affermazione della palese insufficienza dell'ammontare del beneficio nell'assicurare agli interessati il minimo vitale poggia tanto sulla comparazione con altre provvidenze, quanto sul differente interesse tutelato dalla pensione di inabilità e dall'indennità di accompagnamento.

Con riferimento al primo profilo, in modo *tranchant* il giudice delle leggi si spinge a sostenere che «la semplice comparazione con gli importi riconosciuti per altre provvidenze, avvinte da analoga matrice assistenziale e prospettate come grandezze di raffronto, conferma che la misura della pensione di inabilità non è idonea a soddisfare la soglia (...) dello stesso minimo vitale»⁸⁴, richiamando subito dopo l'entità più cospicua di alcuni istituti in attuazione dell'art. 38, comma 1, Cost.

Con riguardo al secondo profilo, come si ricorderà, nel giudizio di merito l'INPS aveva sostenuto che la domanda della ricorrente dovesse essere respinta in quanto percettrice dell'indennità di accompagnamento prevista dall'art.1 della legge n. 18/1980.

Nell'asserire l'insufficienza a garantire la dignità della persona umana dei 286,81 euro mensili, a favore del disabile che si trova in una condizione di assoluta e permanente impossibilità di svolgere attività lavorativa, la Corte costituzionale (ri)afferma con decisione il carattere infungibile e, anzi, complementare dei due benefici. Più precisamente, si chiarisce in modo inequivoco che, se la pensione di inabilità è diretta a sopperire alla situazione di bisogno di colui che non può, in ragione delle sue menomazioni, accedere al mondo del lavoro, l'indennità di accompagnamento assolve ad una funzione di garanzia «diretta a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana»⁸⁵.

Invero già nella sentenza n. 346 del 1989⁸⁶, richiamata in decisione, la Corte costituzionale aveva sancito tale principio, giungendo a dichiarare l'illegittimità costituzionale del combinato risultante dagli artt. 1, comma 1, della legge 11 febbraio 1980, n. 18 e 1, comma 4, della legge 30 marzo 1971, n. 11, nella parte in cui escludeva che potesse concorrere con lo stato di totale inabilità, con diritto all'accompagnamento, la cecità parziale. Nella succitata pronuncia si sottolinea, infatti, che in caso di pluriminorazione non è vietato il cumulo delle relative provvidenze economiche, purché il riconoscimento delle relative invalidità avvenga sulla base di «malattie o minorazioni diverse, e ciò al fine di evitare l'attribuzione al soggetto di più prestazioni assistenziali per la stessa causa». Tale regola generale – peraltro già discutibile laddove «la separata considerazione delle singole minorazioni conduca ad un'insufficiente individuazione delle complessive esigenze di assistenza del soggetto che ne è affetto» – non può senz'altro applicarsi nei confronti dell'indennità di accompagnamento, la quale risponde ad un'esigenza ulteriore ed aggiuntiva rispetto allo stato di totale inabilità al lavoro, dal momento che appresta una specifica provvidenza alle persone impossibilitate a deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore, oppure che necessitano di assistenza continua, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, proprio per consentire loro di far fronte «alle esigenze di accompagnamento e di assistenza che quella condizione comporta».

Pertanto, la possibilità di cumulo delle prestazioni assistenziali connesse all'invalidità con l'indennità di accompagnamento si giustifica in ragione della diversa funzione di tali provvidenze: mentre, infatti, le prime sono volte a sopperire alla «condizione di bisogno di chi a causa dell'invalidità non è in grado di procacciarsi i necessari mezzi di sostentamento», la seconda è

⁸⁴ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 3.3.

⁸⁵ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 3.4.

⁸⁶ Sulla quale si rinvia a R. BELLÌ, *L'indennità di accompagnamento e l'esercizio dei diritti inviolabili nonostante la disabilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/1994, 1702-1709.

diretta, invece, a garantire «ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana». E l'assicurare tali condizioni rientra tra «i doveri inderogabili di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost., oltre ad assumere rilievo nell'ambito dei «compiti di assistenza posti allo Stato dall'art. 38, 1° comma, Cost.»⁸⁷.

In sostanza, le differenti *rationes* alla base delle provvidenze consentono di valutare due volte la medesima minorazione, tanto ai fini delle conseguenze negative che da essa derivano nell'espletamento delle ordinarie funzioni vitali (con conseguente diritto all'indennità di accompagnamento *ex* art. 1 della legge n. 18/1980), quanto in ordine alla menomazione della capacità lavorativa (con l'attribuzione della pensione di inabilità)⁸⁸.

6. L'illegittimità della disposizione sul c.d. incremento al milione e il possibile superamento della teoria delle rime obbligate in materia di diritti sociali. La trasmigrazione del tempo

Venendo ora alla seconda questione, l'art. 38, comma 1, della legge 28 dicembre del 2001, n. 448, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)» prevede in via generale la maggiorazione del c.d. “incremento al milione” di lire a favore dei titolari di trattamenti pensionistici non elevati ovvero dell'assegno sociale che abbiano compiuto i sessanta anni di età. In sostanza, si dispone che una volta raggiunta tale soglia anagrafica le pensioni siano innalzate sino all'ammontare di euro 516,46 al mese. L'aumento è comunque subordinato a stringenti requisiti reddituali ed è stato oggetto di numerosi aggiornamenti e interventi interpretativi nel corso degli anni; per tali ragioni, l'importo della maggiorazione sociale è pari, per l'anno 2020, a euro 651,51 e, per l'anno in corso, ad euro 652,02.

Il quarto comma dell'art. 38 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, oggetto del secondo dubbio di costituzionalità sollevato dalla Corte di Appello di Torino, estende il beneficio incrementativo agli invalidi civili totali di età superiore ai sessanta anni. Il giudice *a quo* dubita della ragionevolezza di quest'ultimo requisito per la concessione dell'“incremento al milione” agli invalidi civili totali, sotto un duplice profilo: da una parte, perché la condizione di gravissima disabilità, nel maggior numero dei casi, si viene manifestando ben prima del compimento dei sessanta anni, ovvero costituisce una patologia che contraddistingue l'intera esistenza della persona, come nel caso del giudizio principale; dall'altra, in ragione del fatto che la disposizione attribuirebbe il beneficio all'ultrasessantenne indipendentemente da ogni patologia invalidante, mentre lascerebbe privo della tutela il totalmente inabile di età compresa tra i 18 e i 59 anni.

Tutto ciò posto, non si può non rilevare che l'accoglimento della questione si gioca, come anticipato nelle pagine precedenti, sulla ricostruzione del rapporto tra la seconda questione e quella sull'art. art. 12 della legge n. 118/1971, già dichiarata inammissibile: il ragionamento della Corte costituzionale oscilla continuamente dal piano della “conseguenzialità strutturale” delle richieste del giudice *a quo* a quello del loro “legame logico”.

A tal proposito, non si può non evidenziare la discrasia tra il passaggio in cui si afferma che «stante il mancato accoglimento della questione che precede» viene in rilievo l'esame della

⁸⁷ Sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO – F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 86 ss., in cui si rileva come la pronuncia rappresenti un vero e proprio ponte di passaggio tra la giurisprudenza costituzionale sul tradizionale diritto all'assistenza con le correlate provvidenze economiche e il profilo della garanzia della dignità e dello sviluppo della persona umana, che porta all'emersione del «nuovo diritto alla socializzazione» (su cui cfr. anche S. SCAGLIARINI, «L'incessante dinamica della vita moderna». *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO – G. SCALA – G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 247, nota 48).

⁸⁸ *Amplius*: G. IACONE – G. BUCCELLI, *L'invalidità civile*, Cedam, Padova, 2008, spec. 44 ss.

questione «sollevata in via subordinata dalla Corte rimettente»⁸⁹ (*consequenzialità strutturale*) e quello successivo, secondo cui «decisivo e assorbente è poi, comunque, il rilievo che l'assegno riconosciuto agli inabili, ex art. 12 della legge n. 118/1971 è, per quanto innanzi detto, largamente insufficiente a garantire loro mezzi necessari per vivere»⁹⁰ (*legame logico*). Difatti, proprio le considerazioni sulla prima questione consentono alla Corte costituzionale di giungere alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, con una sentenza decisamente *straordinaria*, sia per il ragionamento a suo fondamento, sia per la tecnica decisoria impiegata.

Con riferimento al primo profilo, non si può non notare che il ragionamento compiuto dalla Corte *sembrerebbe* riconducibile ad uno schema usuale nell'ipotesi di additive di prestazione: come si è visto anche nella ricostruzione della più recente giurisprudenza, non è rara la dichiarazione del contrasto con la Costituzione per violazione del canone della ragionevolezza nel raffronto tra classi di soggetti che richiedono forme omogenee di tutela. Nell'affermare l'illegittimità dell'art. 38, comma 4, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 nella parte in cui prevede che il beneficio dell'«incremento al milione» sia concesso agli invalidi civili di età superiore a sessanta anni, anziché ai soggetti di età superiore ai diciotto anni, la Corte appare sfruttare tutte le potenzialità del giudizio di ragionevolezza-eguaglianza: nel corso della sua esistenza, addirittura sin dalla nascita, l'inabile civile totale si trova in una situazione di impossibilità «lavorativa che non è certo meritevole di minore tutela rispetto a quella in cui si troverebbe al compimento del sessantesimo anno di età»⁹¹. A prima vista, si è al cospetto di un ragionamento ineccepibile: l'art. 3 Cost. guida la sostituzione, anzi sembra imporla.

Tuttavia, viene da pensare che la Corte sia ben consapevole che una siffatta operazione, forse inattaccabile sul piano della ragionevolezza «esterna», celi un tradimento della *ratio* della disposizione sanzionata, con un inevitabile riflesso in termini di coerenza «interna»⁹²: mediante l'estensione ai disabili tra i 18 e i 59 anni, la sentenza trasforma il beneficio incrementativo in una misura strutturale.

Tali risultati sono (*rectius*: devono ritenersi) legittimati dalle considerazioni svolte in ordine alla prima questione di costituzionalità: il giudice delle leggi si trova dinnanzi ad una lesione del contenuto minimo del diritto all'assistenza sociale e la *reductio ad legitimitatem* richiede l'intervento del Parlamento nella determinazione di un nuovo ammontare della pensione di inabilità. Nonostante ciò, la Corte non si arrende e decide di rimediare all'inadeguatezza della misura ex art. 12 della legge n. 118/1971 in via indiretta, agendo sull'istituto dell'«incremento al milione»⁹³.

Per la prima volta, quindi, con la decisione n. 152/2020 il giudice delle leggi supera la teorica crisafulliana delle rime obbligate in un settore, quello dei diritti finanziariamente condizionati, in cui da sempre la tensione con la discrezionalità legislativa e l'incessante tentativo di contemperare l'esigenza di «rendere giustizia costituzionale» con le scelte allocative del Parlamento (spesso segnate dalla limitatezza delle risorse disponibili), costituiscono un nodo cruciale della giustizia costituzionale italiana.

Di tale svolta è ben consapevole il giudice costituzionale, dal momento che in chiusura sottolinea che «resta ovviamente ferma la possibilità per il legislatore di rimodulare, ed

⁸⁹ Corte cost. sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 4.

⁹⁰ Corte cost. sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 4.3.1.

⁹¹ Corte cost. sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 4.3.

⁹² Pur ribaltandosi la prospettiva, nel testo si ricorre alle figure dell'irragionevolezza intrinseca ed estrinseca, per le quali si rinvia *amplius* a G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 192 ss; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 15. B. CARAVITA, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, 259 ss. Una lucida ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul controllo di ragionevolezza, nelle sue diverse declinazioni, è oggi contenuta in L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 150 ss.

⁹³ Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, Anticipazione n. 4/2020, 14 s.

eventualmente di coordinare in un quadro di sistema, la disciplina delle misure assistenziali vigenti (...). Infatti, l'eliminazione della barriera anagrafica che condiziona l'adeguamento della misura della pensione di inabilità al soddisfacimento delle esigenze primarie di vita, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore»⁹⁴.

Com'è noto, da circa un quinquennio, con non sempre eguale intensità e identici argomenti a sostegno, la Corte costituzionale ha ritenuto possibile valicare il limite della discrezionalità legislativa in un ambito altrettanto delicato rispetto a quello in esame, la materia penale, che l'art. 25, comma 2, Cost. affida al monopolio parlamentare. Nel registrare queste novità la dottrina ha sostenuto che il giudice delle leggi disporrebbe di un margine di intervento assai più ampio rispetto al passato, accontentandosi oggi di rime "possibili", "adeguate" o agendo finanche a rime "libere"⁹⁵.

L'elemento comune a queste decisioni (come le sentt. nn. 222/2018 e 40/2019⁹⁶) risiede in un precedente monito rimasto inascoltato dal legislatore, la cui inerzia, protratta nel tempo, legittimerebbe un intervento sostitutivo "sciolto" da parte della Consulta. Inoltre, proprio la presa di coscienza dell'insopportabile apatia delle Camere e il contestuale tentativo di instaurare una «collaborazione istituzionale»⁹⁷ con queste, sono alla base dell'innovativa tecnica decisoria introdotta nel c.d. Caso Cappato (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019), riproposta con l'ord. n. 132/2020 sul reato di diffamazione a mezzo stampa⁹⁸ e recentemente replicata per la disciplina del c.d. ergastolo ostativo (ord. n. 97/2021)⁹⁹: si tratta, come è noto, della formalizzazione dello schema monito-pronuncia sostitutiva "a rime libere", attraverso una vera e propria messa in mora del Parlamento. Il mancato intervento legislativo nei *tempi*, dettati nell'ordinanza di rinvio della trattazione, sembrerebbe dar luogo ad un alleggerimento del peso della discrezionalità legislativa, facendo pendere l'ago della bilancia dalla parte dei diritti¹⁰⁰.

⁹⁴ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 9.

⁹⁵ Si vedano, *ex multis*, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 645-654; A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale. Nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 100 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 264 s.; D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate". Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019, 696 ss.

⁹⁶ All'interno di tale *trendis* contraddistingue la prima decisione che *allenta* il vincolo della discrezionalità legislativa, ossia la sentenza n. 236/2016, che, pur non essendo preceduta da un monito al Parlamento, provvede alla sostituzione della forbice edittale della pena prevista dal secondo comma dell'art. 567 c.p., ritenuta manifestamente irragionevole per sproporzione, con quella del primo comma. Tuttavia, questa decisione non si distacca totalmente dal precedente orientamento, sottolineandosi in dottrina come la soluzione raggiunta rappresenti comunque «l'unica a rime obbligate» (A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale. Nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale*, cit., 109) ovvero che giustificazione risieda in «un giudizio "per linee interne" sulla coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il medesimo reato di alterazione di stato» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali, federalismi.it*, n. 3/2021, 91).

⁹⁷ Così la Corte costituzionale nelle ultime righe del *Considerato in diritto* n. 11 dell'ord. n. 207/2018.

⁹⁸ Cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più canto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato* (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020), in *ConsultaOnline*, n. 2/2020, 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 agosto 2020, 103 ss.

⁹⁹ A tal proposito, si deve rilevare che tale decisione è stata depositata nelle more della pubblicazione del presente articolo. Tuttavia, pur riproponendo lo schema inaugurato con il c.d. caso Cappato, ad una prima lettura l'ordinanza non sembrerebbe prospettare, in modo nitido e già da ora, un accoglimento "chirurgico" per l'ipotesi di mancato intervento del legislatore (sul punto, si vedano le riflessioni di A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consultaonline*, n. 12 maggio 2021, spec. 389 ss.

¹⁰⁰ La possibilità per la Corte di riappropriarsi della sua anima giurisdizionale, attraverso tecniche decisorie interpretative in luogo di quelle sostitutive, è messa in evidenza da GIU. SERGES, *Le due notevoli "prime volte" della sentenza Cappato (con qualche riflessione critica sulla tecnica decisoria adottata)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2019, p. 3025 ss. (il testo è disponibile anche su

Differenziandosi dall'orientamento in materia penale ora sintetizzato, come già segnalato in dottrina, nella sentenza n. 152/2020, la Corte costituzionale approda alla sostituzione *per saltum*¹⁰¹, rinvenendo una rima adeguata nella disciplina dell'incremento al milione, senza passare per una decisione monitoria ovvero per un'ordinanza di rinvio dell'udienza a data certa. Si tratta, quindi, di un *unicum* nella sua specie, anche all'interno del panorama più ampio della recente giurisprudenza costituzionale. Il fondamento di tale approdo risiede nella accertata violazione del contenuto irretrattabile del diritto costituzionale: a fronte di una così profonda lesione dei diritti costituzionali, sembra dire la Corte, è necessario apprestare una tutela *hic et nunc*, salva ogni diversa valutazione del legislatore.

Affiora dunque una soluzione peculiare, potenzialmente dirompente, sia perché amplia a dismisura le possibilità di intervento rispetto alle scelte legislative anche in materia di diritti sociali, sia per l'indiretta e notevole incidenza sulle finanze dello Stato che l'avvio di un *trend* in tal senso potrebbe comportare.

Al riguardo, siano consentite alcune brevi riflessioni sul punto.

La prima a mo' di premessa: si è tentati di dire che la lotta per i diritti, specie quelli civili e sociali, non possa essere ingabbiata in rigidi formalismi o pesanti feticci, che rischiano di compromettere la tutela di prerogative costituzionali e le libere scelte individuali. In quest'ottica, il superamento delle rime obbligate non appare altro, a dispetto di quanto affermato dalla stessa Corte, che una reazione al fallimento di un approccio collaborativo con il Parlamento, anche rispetto a vicende tragiche come quella di Fabiano Antoniani.

Tuttavia, chi scrive non può dirsi totalmente persuaso che il *tempo* – elemento certamente in grado di plasmare i formanti e le vicende giuridiche – possa attenuare il valore della discrezionalità legislativa, sino finanche ad azzerarla, a seguito di un'illegittimità accertata ma non dichiarata¹⁰². La discrezionalità del Parlamento o c'è o non c'è, soprattutto rispetto a fattispecie penali introdotte nell'ordinamento antecedentemente al testo costituzionale: dal 1948 al 2018 sono passati settanta anni, un periodo più che sufficiente per intervenire nelle Assemblee parlamentari. Si dirà che le potenzialità della scienza sono mutate nel *tempo*, ma le cronache mostrano un radicamento profondo dei problemi oggi portati davanti alla Corte. Tanto più, se lo scorrere delle lancette fosse in grado di logorare il macigno della discrezionalità, lo dovrebbe essere dall'entrata in vigore delle disposizioni, non dal *momento* indicato dal giudice delle leggi.

Insomma, appare poco convincente l'affermazione per cui, in tema di libertà personale, il tempo possa influire nel bilanciamento degli interessi davanti al giudice delle leggi, con applicazione dei relativi *standard* valutativi, risultando talvolta idoneo a far prevalere i diritti sulla discrezionalità legislativa. Piuttosto, e non è una questione meramente terminologica, sembrerebbe un elemento esterno ad esso, in grado di legittimare soluzioni innovative,

academia.edu); sia permesso rinviare anche a S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte* (Nota a ord. n. 1/2018 della 1° Corte d'Assise di Milano), in *federalismi.it*, n. 10/2018, 7 ss.

¹⁰¹ Cfr. V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., 565.

¹⁰² *Contra*: A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale. Nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale*, cit., 102, per il quale nello spezzare le catene composte da decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, la Corte «sceglie di tornare sui propri passi ed accogliere questioni precedentemente rigettate per non invadere la discrezionalità del legislatore, indicando autonomamente la disciplina legittima. In queste circostanze, è come se la discrezionalità del legislatore entrasse nell'opera di bilanciamento svolta dalla Corte: nella prima decisione, essa prevale sugli altri valori coinvolti; mentre, nella seconda, recede. Questo perché, tra una pronuncia e l'altra, lo scorrere del tempo ha appesantito e aggravato, come un interesse che si accumula, il valore che in un primo momento è risultato recessivo, spostando verso quest'ultimo l'ago della bilancia a discapito della discrezionalità legislativa». Tali riflessioni prendono le mosse da F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2008, 150 e 159.

consentendo il prevalere della garanzia della Costituzione sulla funzione legislativa¹⁰³.

La seconda riflessione attiene agli sviluppi virtuosi che il ricorso ai modelli decisionali di più recente emersione potrebbe presentare, invece, nel delicato bilanciamento tra diritti sociali e risorse finanziarie, tenuto conto dei *topoi* ripercorsi in questo scritto. Difatti, il fluire del tempo può incidere sul *test* di proporzionalità avente ad oggetto la compressione dei diritti previdenziali e assistenziali, come ben emerge nella sentenza n. 70/2015.

In questo settore, l'applicazione del “modello Cappato” non solo potrebbe risultare utile nelle ipotesi di un'incostituzionalità (prospettata) per mancato reperimento delle risorse a garanzia del diritto sociale entro il termine stabilito¹⁰⁴ (il che presuppone l'avvenuto accertamento di un'incostituzionalità, la cui immediata sanzione però rischia di compromettere altri interessi, come il bilancio statale), ma anche per il caso in cui la non fondatezza della questione sia affermata “allo stato”¹⁰⁵, potendo un *successivo* giudizio – in ragione della reiterazione delle misure sospensive e limitative dei diritti – condurre ad un accoglimento¹⁰⁶. Ovviamente, tale uso della tecnica decisoria introdotta dalle pronunce nn. 207/2018 e 242/2019 sembrerebbe tradirne l'asserito profilo collaborativo, accentuandone il carattere sostitutivo rispetto alla progettualità del Parlamento. Infine, a favore di questa suggestione sembra deporre il fatto che la non fondatezza non preclude un secondo scrutinio di merito sull'*identica* questione; viceversa, l'inammissibilità per l'esistenza di uno spazio riservato alla politica dovrebbe ostacolare la rivalutazione della domanda.

In ogni caso, se si accetta tale ricostruzione non si può escludere che, una volta ravvisata la lesione del contenuto minimo essenziale del diritto, la Corte costituzionale possa agire nell'immediato a “rime adeguate”, come nel caso della sentenza n. 152/2020.

7. Considerazioni critiche sull'implicita prevalenza del principio del pareggio di bilancio nella sent. n. 152/2020

In particolare, le battute conclusive della decisione n. 152/2020 si prestano ad alcune considerazioni sul rapporto tra *risorse finanziarie* e *diritti fondamentali* nella giurisprudenza costituzionale, così da vagliare la conferma o meno di alcune costanti precedentemente

¹⁰³ In questo senso, acutamente, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, cit., 374 ss., secondo nei casi richiamati la Corte costituzionale effettuerebbe un vero e proprio bilanciamento fra la funzione di garanzia costituzionale e la funzione legislativa. Più nello specifico, l'A. sostiene che «in tale bilanciamento prevale inizialmente la funzione legislativa quando la funzione giurisdizionale non può che esplicitarsi in scelte che incidono sulla discrezionalità del legislatore, con la conseguente inammissibilità della questione. Qualora il legislatore non dovesse intervenire e la Corte fosse nuovamente investita della questione, essa compie ancora una volta il bilanciamento fra la funzione di garanzia costituzionale e la funzione legislativa; bilanciamento nel quale, tuttavia, incide, quale elemento esterno il *fattore tempo*». Anche in questo caso, l'A. valorizza (ma nella prima parte del suo ragionamento) le posizioni espresse da F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 148 s.

¹⁰⁴ Cfr. B. PEZZINI, *Risorse e diritti: qualche spunto per tornare a parlare di diritti ed effettività dei diritti sociali*, in *Bilancio, comunità, persona*, cit., 50 la quale sollecita acutamente una riflessione sul punto, riproponendo la tesi avanzata da M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, cit., 16 s. prima dell'affermazione del “modello Cappato”. Cfr. M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, cit., 231.

¹⁰⁵ Si tratterebbe insomma di un ragionevole bilanciamento o di una ragionevolezza “a tempo”.

¹⁰⁶ Ovviamente, in quest'ultima ipotesi, si renderebbe necessario un ulteriore ripensamento della dicotomia tra decisioni di merito e decisioni processuali, accentuandone la fungibilità, ben oltre quanto già avvenuto nella vicenda Cappato.

Per completezza, non si può non rilevare che, mentre il presente scritto vedeva la luce, è stata depositata la sent. n. 41/2021, che – pur rilevando un (palese) contrasto tra l'art. 106, comma 2, Cost. e le disposizioni del d.l. n. 69/2013 che consentono l'attribuzione a un magistrato onorario delle funzioni di giudice collegiale – ha posticipato al 2025 l'efficacia caducatoria dell'accertamento di incostituzionalità. Tale tecnica decisoria, adottata per evitare che una pronuncia di accoglimento potesse paralizzare, o comunque mettere in ancor più grave crisi, l'essenziale funzione pubblica della giustizia, potrebbe costituire un valido strumento per far fronte alla reiterata compressione dei diritti di prestazione.

richiamate.

Dopo aver, infatti, modificato la portata della pensione di inabilità, con un conseguente nuovo esborso a carico dello Stato, la Corte costituzionale decide di *modulare gli effetti temporali* della decisione di accoglimento, limitandone l'efficacia esclusivamente *pro futuro*.

Il potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento e la ponderazione tra diritti ed esigenze di bilancio sono temi antichi, ma mai sopiti, della giurisprudenza costituzionale, che devono essere necessariamente affrontati anzitutto in una prospettiva di sistema¹⁰⁷: sempre più, a livello giurisprudenziale, si può constatare un incremento del riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive – riconducibili sia ai diritti di libertà, sia ai diritti di prestazione – non contemplate nel diritto positivo¹⁰⁸; tuttavia, una volta presa coscienza che il tema della limitatezza delle risorse risulta trasversale¹⁰⁹, non si può non evidenziare che ad un aumento degli *iura* corrisponde una minore garanzia degli stessi proprio in ragione del legame con le risorse economiche¹¹⁰.

Più in generale, si può affermare che la proclamazione della loro inviolabilità si scontra con le ragioni connesse ad un altro principio cardine dei sistemi liberaldemocratici, che entra in gioco allorché si tratti di fare i conti con le risorse dello Stato, il principio dell'equilibrio finanziario; principio che oggi viene declinato, anche a livello costituzionale, in termini ancor più rigidi come pareggio di bilancio¹¹¹. Per tali ragioni, appare ancora imprescindibile una riflessione sulla “posizione” dell'art. 81 Cost.¹¹² rispetto alla ponderazione tra interessi di livello costituzionale.

In primo luogo, preliminarmente ad ogni riflessione, si deve distinguere il meta-bilanciamento rispetto alla norma scrutinata¹¹³ (ossia una tecnica tutta interna al giudizio costituzionale), dalla ponderazione *a posteriori* effettuata dalla Corte costituzionale in ordine agli effetti delle sue decisioni. In entrambe le ipotesi, il raffronto è volto ad affermare la prevalenza di un interesse rispetto ad un altro. Tuttavia, nel primo caso è il giudice *a quo* ad individuare i termini del conflitto; nel secondo è la Corte che si prefigura l'impatto del suo *decisum* nell'ordinamento¹¹⁴.

Invero, se il bilanciamento dei valori si presenta come una tecnica argomentativa¹¹⁵, necessaria ed affascinante per la contestuale realizzazione dei diritti sociali e delle libertà, allo stesso tempo

¹⁰⁷ Lo confermano le due recenti ricostruzioni di M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit. e M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, cit.

¹⁰⁸ Cfr., *ex multis*, sul punto A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *ConsultaOnline*, 25 gennaio 2014, 16 ss.; R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, Jovene, Napoli, III, 2014, 75 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*.

¹⁰⁹ Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 95 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, 23 ss.; S. FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957, 14 ss.

¹¹⁰ Cfr. con particolare riferimento all'attività dei giudici comuni, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *federalismi.it*, n. 16/2007, 13 ss.; R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, cit., 77 ss. Per una riflessione generale sul costo dei diritti: S. HOLMES – C. SUSTEIN, *Il costo dei diritti*, Il Mulino, 2000, nonché M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964.

¹¹¹ Sul punto sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO – A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 182.

¹¹² Cfr. A.A. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993.

¹¹³ *Amplius* sulla nozione di meta-bilanciamento: G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, 201 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, 163, 164-166.

¹¹⁴ Cfr. E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 401 e ss. Sul punto si vedano le ampie e acute riflessioni di sistema di R. PINARDI, *Diritti e risorse finanziarie: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2019, 310 ss.

¹¹⁵ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento nello stato costituzionale*, cit., 175 ss., che distingue tra il bilanciamento come tecnica e il bilanciamento come logica, quest'ultimo da intendere come un procedimento intellettuale che sovrintende ad altre tecniche argomentative, tipico dei diversi settori del diritto positivo.

mostra numerosi limiti quando rilevano le risorse economiche. Le capacità finanziarie – tanto se le si consideri come esterne alla «topografia del conflitto»¹¹⁶, quanto se declinate come uno dei poli di un «bilanciamento ineguale»¹¹⁷ – sono destinate a riscriverne la teorica e gli effetti. Di non poco momento, anche solo a livello teorico, è poi l'affermazione secondo cui la relazione risorse-diritti dovrebbe essere considerata come un raffronto tra eguali¹¹⁸.

La prima prospettiva implicherebbe che l'attuazione di un diritto non si scontri solo, all'interno del bilanciamento, con la contemporanea realizzazione di un altro diritto ma anche, al di fuori di esso, con le risorse disponibili; la seconda condurrebbe ad un abbandono del postulato per cui tra limiti esterni, non bilanciabili, e nucleo essenziale, il raffronto sarebbe solo tra protagonisti di pari livello; infine, sostenere che si tratti di interessi paritari, condurrebbe ad affermare che tra i *fini* sanciti nella nostra Carta costituzionale vi sia anche il pareggio di bilancio.

Ciò posto, nel modulare gli effetti temporali dell'accoglimento, la sentenza n. 152 del 2020 si espone ad alcune critiche, sia sul piano prettamente argomentativo, sia rispetto alle sue conclusioni «di sistema».

Innanzitutto, la Corte costituzionale sente l'esigenza di chiarire che la decisione sostitutiva a cui perviene «non si risolve (...) in una «violazione dell'art. 81 della Costituzione», poiché, nella specie, vengono in gioco i diritti incompressibili della persona»¹¹⁹. Questa affermazione, ad una prima lettura, è certamente condivisibile e di forte impatto. La stessa decisione richiama la sentenza n. 275 del 2016, nella quale si è linearmente sostenuto che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹²⁰.

Tuttavia, a parere di scrive tra le due ipotesi vi è uno scarto: infatti, un conto è affermare, come avvenuto nel 2016, che le prestazioni rientranti nel nucleo essenziale non possono essere «finanziariamente condizionat[e] in termini assoluti e generali»; un altro è asserire – come la Corte fa nella più recente sentenza – che, poiché «vengono in gioco diritti incompressibili della persona», la «maggior spesa» non si risolve in una violazione dell'art. 81 della Costituzione. Difatti, sorge il dubbio che la Corte ammetta – fuori dall'estrema ipotesi di lesione del nucleo essenziale del diritto – di concepire il bilanciamento tra diritti e risorse come un confronto tra interessi di pari livello.

Questa sensazione, purtroppo, viene confermata dopo qualche riga, quando il giudice delle leggi circoscrive l'efficacia retroattiva della sua decisione. Difatti, al *Considerato in diritto* n. 7 si legge che è proprio il contemperamento dei valori costituzionali a guidare la *limitazione diacronica degli effetti della sentenza* di accoglimento, che vengono fatti decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione.

Nonostante l'invocazione della sentenza n. 10/2015, la decisione in commento si presenta in discontinuità con essa. Infatti, la riproposizione di quel modello appare solo formale: la Corte costituzionale richiama l'inciso per cui la modulazione «risulta, quindi, costituzionalmente necessaria allo scopo di contemperare tutti i principi e i diritti in gioco, [...] garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e solidarietà, che, per il loro carattere fondate, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali (sentenza n. 264 del 2012)», ma poi non spiega quali diritti fondamentali verrebbero salvaguardati all'esito della modulazione degli effetti temporali.

Nel noto precedente del 2015 la salvaguardia delle esigenze di bilancio non era fine a sé stessa, bensì diretta ad evitare delle manovre correttive che avrebbero colpito le fasce più deboli della

¹¹⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 102 e 107 ss.

¹¹⁷ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 125 ss.

¹¹⁸ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 69.

¹¹⁹ Corte cost., sent. n. 152/2020, *Considerato in diritto* n. 6.

¹²⁰ Corte cost., sent. n. 275/2016, *Considerato in diritto* n. 11.

popolazione. Come già ricordato, la Corte veniva in questo modo affermando una nozione strumentale o funzionale dell'art. 81 all'interno del giudizio in via incidentale.

Nella sentenza n. 152/2020, invece, il giudice delle leggi non individua alcun interesse, meritevole di guarentigia, che sarebbe stato leso da una pronuncia con effetti anche nel passato. Anzi, proprio il carattere succinto della motivazione sul punto conferma che una decisione anche per il passato avrebbe rafforzato le esigenze di solidarietà ed eguaglianza¹²¹.

Questo profilo, all'esito di una decisione per molti versi sensazionale e apprezzabile, non può che destare preoccupazione, poiché la Corte sembrerebbe sposare l'idea per cui le risorse economiche possono entrare nel bilanciamento con i diritti fondamentali in una posizione paritaria.

Chi scrive non può che guardare con attenzione e non poca preoccupazione a questo *revirement* argomentativo, nella speranza che nel prossimo futuro il nostro giudice delle leggi possa tornare sui suoi passi.

¹²¹ Si vedano anche le riflessioni, in senso analogo, di V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., 568 ss.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Nannerel Fiano*

Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021

SOMMARIO: 1. Una Corte costituzionale che interviene, sotto più angoli prospettici, sul fattore “tempo”. – 2. La previsione “del tutto fuori sistema” dei giudici onorari strutturalmente inseriti presso le Corti d’Appello. – 3. La modulazione degli effetti sottesa alla sentenza n. 41 del 2021... – 4. ... e la previsione di un termine al legislatore. Un ritorno a Kelsen? – 5. Una modulazione degli effetti di natura diversa: le ragioni di tale specificità alla luce della prassi temporalmente manipolativa richiamata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 41 del 2021. – 5.1. Alcune pronunce rilevanti sotto il profilo della modulazione degli effetti nel tempo e non richiamate esplicitamente nella sentenza n. 41 del 2021. – 6. Spunti di comparazione con la tecnica decisionale della *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dalla *weitere Anwendung* della norma dichiarata incompatibile. – 7. L’incidenza del modello tedesco sulla prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale. 8. – Conclusioni: possibili soluzioni.

1. Una Corte costituzionale che interviene, sotto più angoli prospettici, sul fattore “tempo”

Il tema della modulazione degli effetti nel tempo ha conosciuto, come noto, un rinnovato dibattito in seguito all’adozione della sentenza della Corte costituzionale del 9 febbraio 2015, n. 10, del tutto innovativa nel panorama della giurisprudenza costituzionale temporalmente manipolativa in ragione della dichiarazione, *ex professo*¹, della libera disponibilità da parte del Custode delle leggi dei poteri di gestione degli effetti nel tempo.

Successivamente, specialmente con riferimento all’ultimo triennio, la Corte non ha mancato di adottare con frequenza progressiva ulteriori decisioni temporalmente manipolative, così derogando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento.

Infatti, a meno di un anno di distanza dall’adozione della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2020², n. 152, di cui si tratterà, pur sinteticamente, nei paragrafi che seguono, il Giudice delle leggi, nell’ambito del giudizio in via incidentale, ha ritenuto, secondo una modalità *sui generis* e decisamente (più) innovativa, di “fare leva” sulla dilatazione temporale degli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

* Assegnista di Ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Milano.

¹ Cfr. in questo senso M. D’AMICO, *La Corte e l’applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 2015, 1.

² La pronuncia in questione ha interessato le pensioni di invalidità; per un commento si veda V. CIACCO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”*. *Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2020.

A tal proposito, se è vero che la dottrina ha fatto riferimento ad una Corte costituzionale che, sempre più, “aggira”³ le regole del processo costituzionale alla luce di esigenze concrete che ritiene di dovere tenere in considerazione in sede di bilanciamento di principi, così qualificandosi come un “autentico potere costituente permanente”⁴, altrettanto vero è che proprio in questi ultimi anni la Corte costituzionale ha inteso forgiare – a dire il vero, nel rispetto degli “ingranaggi” che compongono il processo costituzionale – un nuovo modello decisionale, ad oggi non più corrispondente ad un *unicum*, inaugurato dalla nota “ordinanza Cappato”⁵.

In altre parole, il Giudice delle leggi sembra stia agendo sul fattore “tempo” in modo duplice, adottando una strategia di governo temporale “esterna” alle regole del processo costituzionale ed una “interna” allo stesso⁶.

Quanto alla prima modalità di gestione, la Corte costituzionale interviene sulla disciplina relativa all’efficacia delle sentenze di accoglimento, in questo modo “spacchettando”, se non ribaltando, il disposto normativo su cui si fonda la declaratoria di incostituzionalità⁷; nel secondo caso, si limita a dilatare i tempi del processo costituzionale adottando un’ordinanza di natura interlocutoria strumentale alla realizzazione di una forma di raccordo con il Parlamento nell’ottica di una – auspicata⁸ – “leale e dialettica collaborazione istituzionale”⁹.

D’altra parte, l’attuale “doppia” tendenza non deve stupire.

Come ha avuto modo di affermare la già Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2019, “il governo degli effetti delle proprie decisioni da parte delle Corti costituzionali, soprattutto *ratione temporis*, e la cooperazione con il legislatore costituiscono due facce della stessa medaglia”¹⁰; e ancora, a commento di della sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2019, n. 246, si afferma che “nello spirito di una piena collaborazione istituzionale e del tutto in conformità con la prassi delle principali Corti costituzionali europee, nel 2019 la Corte ha confermato (sentenza n. 246) che, sia pur

³ Sul tema si veda, di recente, F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *questionegiustizia.it*, n. 4/2020, 120; sulla natura del processo costituzionale la dottrina ha avuto modo di dibattere molto. Si veda, su tutti, M. D’AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 480 ss., M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Milano, Giappichelli, 1991, oltre che G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1989.

⁴ Così A. RUGGERI, *Vacatiosententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

⁵ Sul tema si veda N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2021, 89-94. Cfr. anche il recente lavoro di C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020. Inoltre, sul (recente) rapporto tra Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in un’ottica “temporale” si veda A. Giubilei, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019.

⁶ Tali strategie, se combinate, andrebbero a costituire, secondo parte della dottrina, vistose manifestazioni della tendenza della Corte costituzionale a giocare un ruolo del tutto simile a quello della direzione politica. Così A. RUGGERI, *Vacatiosententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, cit.

⁷ Rilevano, come noto, l’art. 136 Cost., l’art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 9 febbraio 1948 e l’art. 30, comma 3, della legge n. 87 dell’11 marzo 1953.

⁸ Su quella che è stata definita “l’indisponibilità di fondo” da parte del Parlamento a collaborare proficuamente con la Corte costituzionale si veda L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 2021, 243 e ss.

⁹ Per un recente commento sulla collaborazione tra Corte costituzionale e Parlamento alla luce dell’ordinanza n. 132 del 2020 si veda M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2020.

¹⁰ Cfr. M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2020, 12.

eccezionalmente, può imporsi una limitazione agli effetti retroattivi delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale”¹¹.

Vi è di più. Come segnalato nella stessa Relazione¹², la tecnica decisionale tedesca della *Unvereinbarkeitserklärung* quale forte forma di raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento rappresenta proprio il *trait d’union* delle due tendenze appena illustrate, le quali trovano proprio nella sentenza della Corte costituzionale del 17 marzo 2021, n. 41, non a caso molto vicina all’esperienza tedesca nei termini che verranno illustrati, una forma di importante sinergia.

2. La previsione “del tutto fuori sistema” dei giudici onorari strutturalmente inseriti presso le Corti d’Appello

Con la sentenza n. 40 del 2021 il Giudice delle leggi ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, in riferimento all’art. 106, commi 1 e 2, Cost., degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del decreto-legge n. 69 del 21 giugno 2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 98 del 9 agosto 2013, nella parte in cui conferiscono ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni della corte d’appello come magistrati onorari.

Ai sensi dell’art. 106, commi 1 e 2 Cost., i magistrati onorari possono esercitare le funzioni di giudice singolo, cioè a dire monocratico di primo grado, che solamente in via eccezionale e transitoria può comporre i collegi di tribunale.

In particolare, secondo il Giudice delle leggi, le disposizioni in questione non sono conformi a Costituzione laddove non prevedono che la loro applicazione sia limitata al periodo entro cui sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi indicati dall’art. 32 del decreto legislativo n. 116 del luglio 2017, ovvero entro il 31 ottobre 2025.

In buona sostanza, servendosi di una pronuncia manipolativa di tipo additivo, la Corte è intervenuta sulle disposizioni che prevedono la partecipazione, come magistrati onorari, dei giudici ausiliari presso le Corti d’appello, dichiarandone l’incostituzionalità soltanto nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi poc’anzi indicati.

A ben vedere, alla luce della tecnica (non solo temporalmente) manipolativa adottata, sembra che la Corte costituzionale abbia sì inteso colpire le disposizioni in questione, ma con un esito, in definitiva, attenuato rispetto alla vistosa illegittimità costituzionale delle disposizioni *de qua*, in tal modo incidendo negativamente sul diritto di difesa e, in generale, sulla garanzia dei diritti dei singoli.

Tanto premesso, il Giudice delle leggi accoglie le argomentazioni prospettate nelle due questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Cassazione, evidenziando come il

¹¹ Cfr. M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 13.

¹² Si veda, ancora, M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 13.

requisito della non manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale fosse “diffusamente e puntualmente argomentata nelle ordinanze di rimessione”¹³.

Prima di esporre le ragioni poste a fondamento dell'accoglimento delle questioni, il Giudice costituzionale ha inteso “premettere una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento”¹⁴, descrivendo “con cura” la storia della magistratura onoraria al fine di valorizzare fino alla sua massima estensione il significato dell'art. 106 Cost.: ebbene, se la ricostruzione delle tappe che maggiormente hanno modellato il ruolo del magistrato onorario si pone nella logica dell'identificazione dello stesso “nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale”¹⁵, la scelta operata dalla Corte di legittimare una “temporanea” sopravvivenza del vizio di legittimità costituzionale sorprende non poco.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, la sola figura di magistrato onorario compatibile con l'art. 106, secondo comma, Cost., ai sensi del quale “[l]a legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”, oltre che con la fondamentale regola generale secondo la quale le nomine dei magistrati devono avere luogo per concorso, infatti, è quella di un giudice “singolo, perché monocratico di primo grado, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi di tribunale”¹⁶.

Ad oggi, invece, e precisamente dal 2013, i giudici ausiliari di appello sono titolari di funzioni “attribuite a giudici – non già «singoli», come ancora richiedeva, e tuttora richiede, l'art. 106, secondo comma, Cost. – ma tipicamente collegiali e di secondo grado, quali erano, e sono, quelle esercitate dalle corti d'appello.”¹⁷

In questo senso il legislatore ha allontanato la disciplina *de qua* dai limiti entro cui i costituenti hanno ritenuto di ammettere (lievi) deroghe all’“esercizio della giurisdizione in capo alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso”¹⁸, interpretando estensivamente l'art. 106, comma primo.

Tale “inedita” figura di giudice onorario strutturalmente inserito presso le corti d'appello, previsto dal legislatore ordinario «[a]l fine di agevolare la definizione dei procedimenti civili, compresi quelli in materia di lavoro e previdenza» si qualifica, quanto alle funzioni esercitate, “del tutto fuori sistema e si pone in radicale contrasto con tale parametro, congiuntamente all'art. 106, primo comma, Cost”¹⁹.

Come affermato dalla dottrina, la (invalidabile) *ratio* dell'art. 106, secondo comma, consiste nell'esigenza di riservare a collegi di fatto composti da giudici professionali “(salvo eventuali casi eccezionali di sostituzione necessitata per motivi di urgenza), le funzioni giudicanti di maggior rilievo e delicatezza, come quelle di appello”²⁰.

¹³ Così Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 5 del Cons. in dir.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 6 del Cons. in dir.

¹⁵ Così Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 19 del Cons. in dir.

¹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 17 del Cons. in dir.

¹⁷ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 19 del Cons. in dir.

¹⁸ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 13 del Cons. in dir.

¹⁹ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 19 del Cons. in dir.

²⁰ Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021, 133.

Stando al Giudice delle leggi, non rileva “che la recente riforma della magistratura onoraria, avviata con il d.lgs. n. 116 del 2017, nel disegnare la figura di giudice onorario di pace riconducibile a quella di un giudice singolo, in quanto monocratico, che solo in via eccezionale e transitoria, può comporre i collegi del tribunale, non ripropone più, né affatto considera, quella del giudice ausiliario d’appello”²¹.

3. *La modulazione degli effetti sottesa alla sentenza n. 41 del 2021...*

Come si accennava nel paragrafo precedente, in occasione della sentenza n.41 del 2021, la Corte costituzionale ha adottato una pronuncia additiva, contraddistinta da una peculiare e innovativa modulazione dell’efficacia temporale: si tratta di una pronuncia caratterizzata da un termine al quale si riallaccia l’efficacia, nel tempo, della declaratoria di incostituzionalità; non solo, il modello decisionale in questione si caratterizza anche per la presenza di un forte monito al legislatore, nonostante la dottrina abbia fatto riferimento alla necessità di escludere “la valenza giuridicamente cogente del termine fissato”²².

Infatti, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, “[o]ccorre allora – come soluzione, nella specie, costituzionalmente adeguata alla protezione di tali valori – che la declaratoria di illegittimità delle disposizioni censurate lasci al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale» [...] A tal fine la *reductio ad legitimitatem* può invece farsi, con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire”²³.

Oltre al legislatore, similmente a quanto accaduto con riferimento all’ordinanza della Corte costituzionale del 24 ottobre 2018, n. 207,²⁴ e all’ordinanza della Corte costituzionale del 9 giugno 2020, n. 132,²⁵ l’altro interlocutore cui si rivolge il Giudice delle leggi sono i giudici, rispetto ai quali si afferma che “[i]n tale periodo rimane – anche con riguardo ai giudizi a quibus – legittima la costituzione dei collegi delle corti d’appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l’indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario”²⁶.

²¹ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 19 del Cons. in dir.

²² Così R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, 292.

²³ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

²⁴ Cfr. Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, p.to 10 Cons. in dir: “[r]imarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione stessa in parte qua”.

²⁵ Cfr. Corte cost., ordinanza 9 giugno 2020, n. 132, p.to 8 del Cons. in dir: “[r]imarranno nel frattempo sospesi anche i giudizi a quibus. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se eventuali questioni di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame analoghe a quelle in questa sede prospettate debbano parimenti essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate alla luce dei principi sopra enunciati, così da evitare, nelle more del giudizio di costituzionalità, l’applicazione delle disposizioni censurate (sentenza n. 242 del 2019 e ordinanza n. 207 del 2018)”.

²⁶ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

Nella recente prassi di gestione degli effetti nel tempo, sia essa posta all'interno o all'esterno del confine tracciato dal combinato disposto di cui all'art. 136 Cost., dall'art. 1 della l. cost. n. 1/1948, e dall'art. 30 l. n. 87/1953, allorché venga chiamato "in causa il legislatore", non manca, nella logica della rimozione "congiunta" del vizio di legittimità costituzionale, un richiamo all'attività dei giudici.

Tanto premesso, la pronuncia in commento si qualifica per una (vistosa) efficacia esclusivamente *pro futuro* della declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni sottoposte al vaglio del Giudice delle leggi, alla quale, tuttavia, non consegue il dispositivo "tipico" dell'efficacia *ex nunc* della pronuncia di accoglimento, dal momento che l'illegittimità costituzionale è destinata a rimanere silente per quattro anni, cioè a dire "fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116"²⁷.

Come è stato già posto in evidenza, la Corte costituzionale avrebbe richiamato, fra le altre, a rafforzamento della propria – peculiare – *ratio decidendi*, la sentenza della Corte costituzionale del 18 dicembre 2004, n. 13, con la quale era stata introdotta "in via manipolativa nella legge una clausola di decadenza"²⁸ in tema di attribuzioni dei dirigenti scolastici regionali, così valorizzando il principio "di continuità"²⁹.

In quell'occasione, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale "dell'articolo 22, comma 3, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002), nella parte in cui non prevede che la competenza del dirigente preposto all'Ufficio scolastico regionale venga meno quando le Regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con legge, attribuiscono a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche"³⁰.

Anche in quest'ultimo caso richiamato, l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità è stata "condizionata" ad un evento esterno, consistente, nella fattispecie, nell'intervento del legislatore regionale: alla base di una simile decisione si è posto il timore che, a fronte, della caducazione

²⁷ Le disposizioni dichiarate incostituzionali sono, infatti, "ultrattive".

²⁸ Così V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* In *Rivista Aic*, n. 1/2016, 8 nota 12.

²⁹ Cfr. la nota a sentenza di R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, in *federalismi.it*, 2004. A proposito del principio appena posto in evidenza, non pare di secondario rilievo considerare che, sempre nell'ambito di un giudizio in via principale, il Giudice delle leggi ha adottato Corte cost., sentenza 16 dicembre 2004, n. 432, in materia di disciplina e finanziamento della spesa sociale, in occasione della quale venne dichiarata la legittimità "a tempo" del Fondo nazionale per le politiche sociali: la ragione è consistita prevalentemente nell'esigenza di garantire ancora una volta la continuità dell'ordinamento, che avrebbe spinto già in altre occasioni il Giudice delle leggi "a non sopprimere quei trasferimenti di denaro che trovano fondamento in atti normativi precedenti la modifica del titolo V della parte II della Costituzione e che sono in grado di produrre una maggiore aspettativa nei destinatari". Cfr. E. VIVALDI, *Il fondo nazionale per le politiche sociali alla prova della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.* 2005. Peraltro, si considerino anche Corte cost., sentenza 10 gennaio 2004, n. 16 e Corte cost., sentenza 20 gennaio del 2004, n. 49, intervenute sempre in materia regionale. Per un commento si rinvia a C. SALAZAR, *L'art. 119 Cost. tra (in)attuazione "flessibilizzazione" (in margine a Corte cost., sentt. nn. 16 e 49 del 2004)*, in *Forum Quad. cost.*, 2004.

³⁰ Così il dispositivo di Corte cost., sentenza 18 dicembre 2004, n. 13.

“immediata” della disposizione, ci sarebbero stati “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione”³¹.

Tuttavia, la Corte costituzionale non aveva previsto un termine specifico con il quale orientare, dal punto di vista temporale, l'intervento del legislatore; la dottrina, a tal proposito, si riferisce ad una “clausola espressa di cedevolezza” che ha subordinato “l'eliminazione al verificarsi di un accadimento – *rectius*: di più accadimenti – futuri ed incerti”³²: nel caso della pronuncia in commento, invece, è stato posto un termine finale di vigenza della disciplina censurata che è unico e certo in quanto positivamente previsto”³³.

In secondo luogo, la sentenza n. 13 del 2004 è stata adottata nell'ambito di un giudizio in via principale, ragione per cui non è possibile ritenere che essa abbia sortito gli stessi effetti sottesi alla pronuncia in commento.

A ben vedere, come affermato peraltro da autorevole dottrina, nel caso di specie la questione interessa “norme costituzionali sostanziali comportanti anche violazione di diritti”, ben diversa da quella relativa “all'attuazione del nuovo riparto di competenza fra Stato e Regione”³⁴.

In definitiva, la ragione “principe” che si pone a fondamento della nuova tipologia di modulazione temporale *de qua* è quella di prevenire la formazione di “un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia”³⁵.

4. ... e la previsione di un termine al legislatore. Un ritorno a Kelsen?

Come affermato di recente dalla dottrina, quello che auspica la Corte costituzionale è la possibilità che non si produca l'effetto ablativo sotteso – *pro futuro* – alla decisione *de qua* alla luce “del complessivo rifacimento della disciplina della materia da parte del legislatore”³⁶.

Il Parlamento, infatti, è direttamente chiamato in causa nell'ottica, pur non espressa, di una “leale e dialettica collaborazione istituzionale”³⁷, così dando pieno seguito all'auspicio insito nel governo degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale, cioè a dire quello di irrobustire,

³¹ Cfr. Corte cost. sentenza 18 dicembre 2004, n. 13, p.to 4 del Cons. in dir. Sulla categoria della maggiore incostituzionalità si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio* a quo: *La Corte alla prova dei fatti*, in M. D'AMICO-F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 447. Con riferimento all'ordinamento tedesco si veda D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in F. S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 101.

³² Così R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., 291.

³³ Così R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., 291.

³⁴ Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* cit., 131-132.

³⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 21 del Cons. in dir.

³⁶ A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, cit.

³⁷ Cfr. Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, p.to 11 del Cons. in dir.

se mai esistente, lo spirito “di una piena collaborazione istituzionale e del tutto in conformità con la prassi delle principali Corti costituzionali europee”³⁸.

Quanto alla tempistica, il criterio orientatore scelto per la fissazione del termine coincide, come si è visto, con il 31 ottobre 2025.

Entro quella data il Parlamento è “chiamato ad intervenire”³⁹ sulla disciplina dichiarata “ora per allora” incompatibile con l’art. 106, primo e secondo comma, Cost.: “allo spirare di tale termine (ed a meno, ovviamente, di un intervento antecedente da parte degli organi legislativi) verrà meno, con la perdita di efficacia della disciplina in parola, anche il *vulnus* costituzionale accertato”⁴⁰.

Per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana, quindi, il Giudice delle leggi ha fissato un termine a partire dal quale fare decorrere gli effetti tipicamente “demolitori” della declaratoria di incostituzionalità.

La fissazione del termine è stata prevista in occasione, come noto, della ordinanza n. 207 del 2018, della ordinanza n. 132 del 2020, e, con molta probabilità, sarà prevista anche con riferimento all’ordinanza sull’ergastolo ostativo di prossima pubblicazione.

Tuttavia, nei casi richiamati il termine, come noto, ha valenza “interna” al processo costituzionale: la sua natura è interlocutoria, e funge da criterio (rigidamente) orientatore del momento in cui deve essere riassunta l’udienza davanti al Giudice costituzionale.

Nel caso di specie, invece, la riassunzione dell’udienza non è contemplata, dal momento che, come si è visto nel primo paragrafo, il Giudice delle leggi ha inteso operare sul “fattore” tempo dall’esterno, quindi derogando alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento.

Si tratta, come è chiaro, di una manipolazione degli effetti nel tempo in senso stretto, alla quale, però, si riallaccia una forte interlocuzione con l’organo detentore del potere legislativo.

L’apposizione del termine per guidare l’intervento legislativo nel contesto di una intervenuta declaratoria di incostituzionalità richiama alla mente la tecnica decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Non torna alla mente, però, solamente l’esperienza tedesca.

Infatti, in Assemblea Costituente l’On. Perassi propose un emendamento diretto “ad introdurre nel nostro sistema la possibilità, secondo il modello austriaco, di differire gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità”⁴¹.

La proposta dell’On. Perassi caldeggiava l’opportunità di far decorrere la cessazione di efficacia della legge dichiarata incostituzionale dalla pubblicazione della decisione salvo che la Corte non avesse avuto la necessità di fissare ad altro effetto un termine (comunque non superiore a sei mesi) in tal modo ponendosi in antitesi rispetto al principio generale della retroattività delle sentenze di accoglimento.

³⁸ M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 13.

³⁹ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

⁴⁰ Cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., 289.

⁴¹ M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 9.

L'emendamento di Perassi fu ispirato, come dichiarato dallo stesso, dall'emendamento di Mortati⁴², il quale portò il Costituente a considerare una peculiare modalità di estrinsecazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, molto simile alla *ratio* dell'istituto austriaco della *Fristsetzung*⁴³.

Affermava il Perassi, in tal modo conformandosi al pensiero kelseniano, che “cessando l'efficacia di una norma giuridica, si possono in certi casi presentare delle situazioni delicate, in quanto può darsi che la cessazione di questa norma dia luogo a qualche inconveniente, se non si provvede”⁴⁴.

Come noto, infatti, lo stesso Kelsen ebbe modo di affermare che sarebbe “opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali, quanto meno nel senso di lasciar sussistere tutti gli atti giuridici anteriormente posti in essere sulla base di tali norme”⁴⁵.

Inevitabile è l'accostamento con uno dei campi di applicazione delle decisioni di incompatibilità tedesche, il c.d. argomento basato sulle conseguenze giuridiche (c.d. *Rechtsfolgenargument*), che verrà analizzato nel paragrafo successivo.

Alla luce di tale timore, l'On. Perassi insistette sull'opportunità che la Corte costituzionale potesse “indicare un termine dal quale cominci ad avere effetto la cessazione di efficacia, termine al quale cominci ad avere effetto la cessazione di efficacia, termine al quale io ho messo, nel mio emendamento, il limite massimo di sei mesi”⁴⁶.

Secondo Kelsen, invece, il termine a partire dal quale sarebbe dovuta decorrere l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità doveva essere temporalmente più esteso: al fine di tutelare il bene “supremo” della certezza del diritto, sarebbe stato opportuno “contenere l'annullamento [...] entro un termine fisso stabilito dalla costituzione, per esempio da tre a cinque anni a partire dall'entrata in vigore della norma da annullare” in quanto sarebbe “estremamente increscioso dover annullare per incostituzionalità una legge e più ancora un trattato dopo che sono stati in vigore per lunghi anni senza ricevere critiche”⁴⁷.

Ora, nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto, sulla scorta delle preoccupazioni dell'On. Perassi, di evitare “qualche inconveniente”: il termine quadriennale è stato previsto proprio alla luce della necessità di escludere che “altri valori costituzionali”⁴⁸ potessero versare, in ragione della retroattività della declaratoria di incostituzionalità, in una situazione di “sofferenza”⁴⁹.

⁴² Precisamente, nella seduta del 2 dicembre 1947, in cui l'Assemblea Costituente prosegue l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo VI della Parte seconda del progetto di Costituzione: “Garanzie costituzionali”.

⁴³ Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, CEDAM, 1997, 41.

⁴⁴ Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

⁴⁵ Cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 191.

⁴⁶ Cfr. la seduta del 2 dicembre 1947.

⁴⁷ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 191.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to 22 del Cons. in dir.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to 22 del Cons. in dir.

Suscita altresì interesse il fatto che il termine individuato dal Giudice costituzionale si avvicini all'estensione temporale propugnata da Kelsen proprio al fine di tutelare il “bene supremo” della “certezza del diritto”⁵⁰.

Non è un caso, peraltro, che la pronuncia in commento segnali la preoccupazione che, a fronte dell'adozione di una declaratoria di incostituzionalità, si sarebbe verificato, “nell'immediato, un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia, e quindi anche di quella civile, dove hanno operato e operano i giudici ausiliari presso le corti d'appello”⁵¹.

Nel caso di specie, l'esigenza della tutela della certezza del diritto di kelseniana memoria corrisponde all'esigenza di tenere in considerazione l'impatto complessivo derivante dalla decisione di illegittimità costituzionale rispetto all'ordinamento giurisdizionale e rispetto al funzionamento concreto delle corti d'appello.

Ancora, pare opportuno considerare che, come è stato già segnalato, l'individuazione del “super” termine quadriennale viene fatta dipendere dall'emersione di prescrizioni già esistenti nell'attuale contesto normativo, quali “una riforma in progress della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116 del 2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma, all'esame del Parlamento (d.d.l. n. S1516, testo unificato dei d.d.l. numeri 1438, 1555, 1582 e 1714)”⁵².

Infine, la dottrina ha posto in evidenza come il “caso italiano” relativo alla magistratura onoraria si sia distinto per l'esistenza di un termine eccessivamente lungo: in realtà, il *BVerfG* ha adottato nel 2018⁵³ una pronuncia che ha conosciuto non solo la previsione di un termine biennale per l'approvazione di una disciplina sull'imposta sui beni immobili conforme a Costituzione, ma ha anche previsto l'ordine di applicazione delle norme dichiarate incompatibili fino al 31 dicembre 2024, al fine di lasciare il tempo necessario alla pubblica amministrazione per “implementare”⁵⁴ la nuova disciplina.

A ben vedere, è proprio il termine in questione, ricavato da un dato normativo già esistente, a fornire alla Corte costituzionale la *exit strategy* per dichiarare l'illegittimità costituzionale della normativa censurata solamente “nella parte in cui non prevede che essa si applichi fino al completamento del riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi contemplati”⁵⁵, in tal modo trasformando la “disciplina impugnata da permanente a temporanea”⁵⁶.

⁵⁰ Pare interessante notare che nel progetto di revisione della Parte seconda della Costituzione (Camera dei Deputati n. 3931-A e Senato della Repubblica 2583-A), presentato nel corso della XIII legislatura dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, si era previsto che “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno dalla pubblicazione della decisione”.

⁵¹ Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 21 del Cons. in dir.

⁵² Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

⁵³ Cfr. la decisione del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14.

⁵⁴ Cfr. R. SEER, *Grundsteuernach dem Urteil des BVerfG vom 10.04.2018 – Analyse und Folgerungen*, in *BB*, 2018, 1494.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

⁵⁶ Cfr. R. Pinardi, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., p. 290.

5. Una modulazione degli effetti di natura diversa: le ragioni di tale specificità alla luce della prassi temporalmente manipolativa richiamata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 41 del 2021

Il richiamo operato dal Giudice costituzionale ad altre pronunce con cui è stata “eccezionalmente”⁵⁷ operata una modulazione degli effetti nel tempo per evitare un grave pregiudizio all’amministrazione della giustizia “e quindi alla tutela giurisdizionale”⁵⁸ offre l’occasione per riflettere sulla consuetudine della Corte costituzionale di richiamare, a rafforzamento delle argomentazioni sottese al contenimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, la quasi totalità delle pronunce temporalmente manipolative, senza distinguere tra pronunce adottate nell’ambito di un giudizio in via principale o in via incidentale⁵⁹.

Come affermato da attenta dottrina con riferimento alla sentenza n. 246 del 2019, la modulazione degli effetti nel tempo con riferimento ai *solis* giudizi in via incidentale pone “problemi insolubili per il suo impatto sui giudizi a quibus”⁶⁰.

Tanto chiarito, la Corte costituzionale, a fronte di un richiamo, si diceva, *quasi* “olistico”⁶¹ delle pronunce con cui è stato governato il “fattore” temporale, sembrerebbe volere approdare ad una “naturalizzazione”⁶² della propria giurisprudenza temporalmente manipolativa, evidenziando la possibilità di inserire nell’opera di bilanciamento tra valori anche l’efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di una “possibilità questa non preclusa dall’eventualità che, in un giudizio incidentale, una dichiarazione di illegittimità costituzionale, la quale di ciò tenga conto, risulti non essere utile, in concreto, alle parti nel processo principale, atteso che la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell’ordinanza di rimessione”⁶³.

È evidente il riferimento alla “vicina” sentenza n. 10 del 2015, nella quale si afferma, a proposito dell’effettività del requisito della rilevanza, che “tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima”⁶⁴.

Tuttavia, la pronuncia in questione non prevedeva un termine come quello che contraddistingue la decisione *de qua*: la sentenza “dieci” è stata dotata di un’efficacia esclusivamente *pro futuro* e, pertanto, non può rientrare nel novero delle decisioni che operano

⁵⁷ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 22 del Cons. in dir.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

⁵⁹ Sugli inopportuni richiami effettuati dalla Corte costituzionale in Corte cost., sentenza 9 febbraio 2015, n. 10, si veda E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un’interminabile rapsodia?*, in *Giur. cost.*, 80, nota n. 3, 2015.

⁶⁰ Cfr. M. D’AMICO, *Una “vistosa” motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1/2020, 143.

⁶¹ Non sono state richiamate dal Giudice delle leggi Corte cost., sentenza 8 gennaio 1991, n. 1, in tema di pensioni del settore pubblico, Corte cost., sentenza 18 marzo 1991, n. 124, in tema di retribuzione, oltre che la nota Corte cost., sentenza 17 ottobre 1996, n. 360, e la sentenza della Corte costituzionale del 4 dicembre 2013, n. 1 (del 2014).

⁶² Cfr. M. D’AMICO, *Una “vistosa” motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 143.

⁶³ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 22 del Cons. in dir.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 7 del Cons. in dir.

una *vacatio sententiae*, cioè a dire che non soltanto consentono la “sopravvivenza degli effetti già prodotti in passato dalla norma incostituzionale”⁶⁵, ma che, addirittura, lascia che i giudici onorari possano continuare le proprie funzioni collegiali, “anche dopo la sentenza di incostituzionalità a svolgere *ordinariamente*, in base alla norma incostituzionale”⁶⁶.”

Una graduazione degli effetti nel tempo è avvenuta in modo del tutto simile con riferimento alla sentenza n. 152 del 2020, in occasione della quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’articolo 38, comma 4, della legge n. 448 del 2001 nella parte in cui stabiliva che i benefici incrementativi spettanti agli invalidi civili totali fossero concessi “ai soggetti di età pari o superiore a sessanta anni”, anziché “ai soggetti di età superiore a diciotto anni”⁶⁷.

Il governo degli effetti è stato guidato dalla logica del “contemperamento dei valori costituzionali – che viene qui in rilievo non già nel contesto dello scrutinio di costituzionalità della norma denunciata ed al fine dell’esito dello stesso, bensì nella fase successiva relativa alla delimitazione diacronica degli effetti della decisione”⁶⁸.

Stando a quanto affermato dalla dottrina, per la verità, sussiste una differenza di non poco rilievo tra la sentenza n. 10 del 2015 e la sentenza n. 152 del 2020: nel primo caso “si trattava di una maggiorazione dell’IRES applicata a imprese con ricavi superiori a 25 milioni di euro”, nel secondo caso, invece, il Giudice delle leggi ha “sbarrato” l’efficacia retroattiva in tal modo comprimendo vistosamente le “esigenze di eguaglianza e solidarietà sociale”⁶⁹.

In occasione della sentenza n. 152 del 2020, è evidente che il la Corte abbia inteso salvaguardare il principio dell’equilibrio di bilancio, al punto da affermare che “l’estensione pro futuro del cosiddetto ‘incremento al milione’ agli invalidi civili totali è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l’accoglimento *ex nunc* risponde comunque all’interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente”⁷⁰.

La Corte costituzionale ha ritenuto di “smascherare” un “nuovo volto” della rilevanza e della logica del giudizio in via incidentale, riprendendo quanto affermato in occasione della sentenza n. 10 del 2015, e di cui si è fatto cenno sopra.

Tuttavia, come intuibile, la modulazione in questione è decisamente più attenuata in quanto *ex nunc*, e non a partire da un *dies ad quem* spostato nel futuro.

Seguendo un ordine cronologico inverso, la pronuncia che rileva successivamente è la sentenza n. 246 del 2019, adottata nell’ambito di un giudizio in via principale.

In quell’occasione, il Giudice delle leggi ha fatto leva sulla possibilità di potere enucleare eccezioni al principio dell’efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità proprio alla luce necessità di procedere alla salvezza degli atti compiuti dal commissario straordinario in

⁶⁵ V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

⁶⁶ V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 135.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sentenza 23 giugno 2020, n. 152, p.to 4.4. del Cons. in dir.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., sentenza 23 giugno 2020, n. 152, p.to 7 del Cons. in dir.

⁶⁹ Si veda V. Ciacco, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, cit., 570.

⁷⁰ Così Corte cost., sentenza 23 giugno 2020, n. 152, p.to. 8 del Cons. in dir.

ragione del fatto che “l’efficacia retroattiva della presente pronuncia rischierebbe di incidere negativamente sull’azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita”⁷¹.

Come si è già sostenuto, il richiamo risulterebbe poco adeguato alla luce del fatto che la decisione appena richiamata è stata adottata nell’ambito di un giudizio in via principale.

Pare interessante notare che il Giudice delle leggi non ha fatto riferimento, nella sentenza in commento, alle due pronunce richiamate nella sentenza n. 246 del 2019, cioè a dire la sentenza della Corte costituzionale del 7 marzo 2018, n. 71 e la sentenza della Corte costituzionale del 7 marzo 2018, n. 74, al fine di fare salvi “i procedimenti di spesa in corso per evitare il pregiudizio di diritti costituzionali”, consistenti, nello specifico, nei “diritti costituzionali delle persone”⁷².

Merita un cenno particolare la sentenza della Corte costituzionale dell’8 marzo 1988, n. 266, la prima decisione costituzionale ad avere inaugurato la prassi – seppur sporadica⁷³ – della modulazione degli effetti nel tempo e richiamata per ben due volte nella pronuncia *de qua*.

In primo luogo, la rilevanza della decisione emerge in ragione della *ratio* che ha condotto il Giudice delle leggi a gestire gli effetti per la prima volta nel tempo, facendo peraltro emergere tale (rilevante) specificità nel dispositivo⁷⁴.

Secondo la Corte, “la decisione che qui si va ad assumere non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto <rallentare> la preindicata attuazione. Ciò che non può esser tollerato è la protrazione ulteriore dell’inerzia del legislatore nell’integralmente mandare ad effetto il chiaro, inequivocabile disposto di cui all’art. 108, secondo comma, Cost”.

Ebbene, se la “necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale” si è posta a fondamento dell’impossibilità di tollerare, (solamente) a far data dall’adozione della declaratoria di incostituzionalità, la disciplina non conforme a Costituzione, nel caso della sentenza n. 41 del 2021 alla caducazione immediata della disciplina censurata è stata preferita l’ultrattività della disciplina censurata al fine di lasciare al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale», segnatamente dell’art. 106, secondo comma, Cost., come e ancor più che nella ricordata pronuncia relativa alla magistratura militare (sentenza n. 266 del 1988)”⁷⁵.

⁷¹ Cfr. Corte cost., sentenza 22 ottobre 2019, n. 246, p.to 10 del Cons. in dir.

⁷² Cfr. Corte cost., sentenza 22 ottobre 2019, n. 246, p.to 9 del Cons. in dir.

⁷³ Secondo E. GROSSO, *Sentenze costituzionali di spesa “che non costino”*, Torino, Giappichelli, 1991, 67-68, anche Corte cost., sentenza 11 giugno 1986, n. 137 e Corte cost., sentenza 10 febbraio 1988, n. 179, corrispondono a quelle tipologie di “pronunzie che tentano di governare i propri effetti nel passato; si riporta anche la sentenza della Corte costituzionale del 18 maggio 1989, n. 328, in occasione della quale in Giudice delle leggi ha circoscritto l’efficacia al solo futuro. Cfr. M. D’AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, 1806.

⁷⁴ La Corte ha dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 15, primo comma, della legge 7 maggio 1981, n. 180, nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui allo stesso articolo siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione”. Sul punto si veda M. D’AMICO, *Giustizia costituzionale e tecniche decisorie*, in *Consulta Online*, 3, nt. 6, 2019.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, p.to. 23 del Cons. in dir.

Come a dire che la scelta della “sopravvivenza” della normativa non conforme all’art. 106, primo e secondo comma, sia ravvisabile nell’utilizzo dei termini “come e ancora di più” sopra evidenziati.

Rientra nel novero delle pronunce volte ad evitare che si creino pregiudizi dal travolgimento di rapporti già costituiti nel passato o atti compiuti anche la sentenza della Corte costituzionale del 9 febbraio 1989, n. 50.

Anche nel caso di specie, come noto, il Giudice delle leggi ha fatto riferimento alla “gradualità” con cui è avvenuta l’evoluzione “legislativa” per dichiarare l’impossibilità di procrastinare ulteriormente la declaratoria di incostituzionalità “dell’art. 39, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 636 del 26 ottobre 1972, nella parte in cui esclude l’applicabilità dell’art. 128 del codice di procedura civile (principio della pubblicità delle udienze) ai giudizi tributari di primo e secondo grado”⁷⁶, facendo coincidere il momento della sopravvenienza dell’illegittimità costituzionale con il “giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti”, così come indicato nello stesso dispositivo.

Interessante notare, peraltro, che la Corte costituzionale si rivela – non del tutto casualmente, verrebbe da dire – “dimentica” dell’art. 30 l. n. 87/1953 nella parte in cui afferma che il requisito della pubblicità dei processi tributari “opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall’art. 136, primo comma, della Costituzione”⁷⁷.

Inoltre, nel caso della sentenza. n. 266 del 1988 e nel caso della sentenza. n. 50 del 1989, il Giudice delle leggi aveva garantito la sopravvivenza “in deroga”⁷⁸ di norme incostituzionali “per meglio organizzare il passaggio da un regime antecedente, o addirittura precostituzionale, ad uno successivo più coerente con la Costituzione”⁷⁹.

A ben vedere, infatti, non vi può essere alcuna forma di gradualità da un sistema incostituzionale introdotto *ex novo* ad un sistema conforme a Costituzione⁸⁰, così come non vi può essere alcuna forma di adattamento o rimodellamento⁸¹.

In buona sostanza, la giurisprudenza richiamata dalla Corte costituzionale si allontana dalla peculiare gestione degli effetti di cui alla sentenza n. 41 del 2021, in quanto ad essa si è accompagnata la sopravvivenza (quadriennale) della disciplina incostituzionale: la retroattività non è stata pertanto azzerata, né limitata, bensì sostituita con un ordine di applicazione della norma incompatibile.

⁷⁶ Corte cost., sentenza 9 febbraio 1989, n. 50, p.to 2 del Cons. in dir.

⁷⁷ Corte cost., sentenza 9 febbraio 1989, n. 50, p.to 2 del Cons. in dir.

⁷⁸ V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

⁷⁹ V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

⁸⁰ Cfr. ancora V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

⁸¹ In questo senso V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, cit., 134.

E così, come lo schema Cappato ha offerto interessanti spunti di comparazione con la giustizia costituzionale tedesca, anche la pronuncia in questione si avvicina non poco (se non di più) alle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

5.1 Alcune pronunce rilevanti sotto il profilo della modulazione degli effetti nel tempo e non richiamate esplicitamente nella sentenza n. 41 del 2021

All'inizio del presente paragrafo si faceva riferimento al fatto che la Corte costituzionale non ha richiamato la totalità delle pronunce temporalmente manipolative; non solo, stupisce il fatto che il Giudice delle leggi abbia omesso di richiamare alcune pronunce che, per la verità, hanno interessato non solo la modulazione degli effetti nel tempo proprio alla luce della necessità di preservare il principio di continuità, ma anche la necessità di creare, in un contesto di governo degli effetti, un raccordo con il legislatore.

La prima, forse meno nota nel contesto della giurisprudenza temporalmente manipolativa, è la sentenza della Corte costituzionale del 17 ottobre 1996, n. 360.

In quell'occasione, la Corte costituzionale ha dichiarato la (sola) illegittimità costituzionale della disposizione del decreto legge sottoposto al suo giudizio, senza estenderne la portata, in generale, ai decreti legge iterati o reiterati⁸².

Afferma (significativamente) infatti il Giudice delle leggi che “[i] principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge reiterati [...] Restano, peraltro, salvi gli effetti dei decreti-legge iterati o reiterati già convertiti in legge o la cui conversione risulti attualmente in corso, ove la stessa intervenga nel termine fissato dalla Costituzione”⁸³.

In questo caso, sembra che la Corte sia stata indotta a “risparmiare” l'annullamento dei decreti legge reiterati alla luce del principio della certezza del diritto, nella sua veste di “tutela ordinamentale”.

Stupisce ancora di più l'assenza di un richiamo alla notissima sentenza della Corte costituzionale decisa il 4 dicembre 2013 e depositata il 13 gennaio 2014, con cui è stato dichiarato incostituzionale il c.d. *porcellum* e con cui è stata riconosciuta, come noto, una “ultrattività parziale di una legge già dichiarata incostituzionale”⁸⁴, motivo per cui la pronuncia in questione si avvicina e si allinea alla tecnica decisionale sottesa alla sent. n. 41 del 2021.

Nel caso appena richiamato, il Giudice delle leggi ha inteso premiare la continuità dell'ordinamento dello Stato relegando, ancora una volta, il nesso di pregiudizialità tra giudizio in via principale e giudizio di costituzionalità ad un ruolo del tutto marginale, se non “bilanciabile”⁸⁵,

⁸² Si veda, *amplius*, M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, Cedam, 2000, 298-299.

⁸³ Cfr. Corte cost., sentenza 17 ottobre 1996, n. 360, p.to 6 del Cons. in dir.

⁸⁴ Cfr. A. LO CALZO, *La convalida delle elezioni e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forum Quad. cost.*, 2015, 10.

⁸⁵ Cfr. S. STAIANO, *La vicenda del giudizio della legge elettorale: crisi provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

mascherando dietro la categoria dei rapporti esauriti⁸⁶ l'esigenza di far vivere ultrattivamente la norma dichiarata incostituzionale⁸⁷.

Come si accennava all'inizio del presente paragrafo, merita un cenno a parte anche l'assenza del riferimento alla sentenza della Corte costituzionale del 3 maggio 1993, n. 234⁸⁸, in tema di liquidazione dei dipendenti statali, ove il legislatore ha assunto un ruolo fondamentale nella logica della leale dialettica con la Corte.

La disciplina censurata è stata dichiarata incostituzionale poiché risultava in contrasto con i principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione sanciti dall'art. 36 Cost, "laddove ometteva di includere nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto l'indennità integrativa speciale"⁸⁹.

Tanto chiarito, una volta affermato che "la dichiarazione di incostituzionalità colpisce le norme impugnate nella parte in cui non prevedono meccanismi di computo dell'indennità integrativa speciale nei trattamenti di fine rapporto considerati" e che tali "meccanismi saranno realizzati dal legislatore secondo scelte discrezionali", il Giudice delle leggi ha dichiarato che "[p]oiché dunque l'intervento del legislatore - in forza della presente dichiarazione di illegittimità costituzionale - è necessario per reintegrare l'ordine costituzionale violato, esso deve avvenire con adeguata tempestività"⁹⁰.

A fronte della mancata previsione di un termine, la Corte costituzionale ha affermato che, nel caso in cui il legislatore non fosse intervenuto entro "ogni ragionevole limite, ovvero, se i principi enunciati nella presente decisione risultassero disattesi, [...] se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriate"⁹¹.

Come è stato affermato, evidente è la natura di pronuncia "meccanismo", non dissimile, a dire il vero, dalla sentenza n. 41 del 2021: eppure, nel primo caso menzionato, il legislatore è stato chiamato ad intervenire rapidamente, senza tuttavia essere vincolato ad un termine (quadriennale) e ricavabile dal contesto normativo esistente.

In definitiva, la sentenza n. 41 del 2021 conosce una "struttura" temporalmente manipolativa che costituisce un *unicum*: infatti, la Corte costituzionale, nei casi di modulazione temporale

⁸⁶ La dottrina ha espresso alcune criticità quanto agli effetti pratici conseguenti alla pronuncia in discorso; cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014, 9-17; G. Guzzetta, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *Forum Quad. cost.*, 2014.

Per un interessante richiamo all'esperienza tedesca si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale*, in *Forum Quad. cost.*, 2017.

⁸⁷ Si consideri come, in occasione di Corte cost., sentenza 9 aprile 2014, n. 162, p.to 11 del Cons. in dir., a fronte del vuoto normativo paventato dalla parte erariale la Corte costituzionale abbia affermato che: "in relazione al «vuoto normativo» paventato dall'interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l'identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all'accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore [...] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011)".

⁸⁸ Per un commento cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, cit., 1993.

⁸⁹ Sul punto si veda G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, 94 ss.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., sentenza 3 maggio 1993, n. 234, p.to 14 del Cons. in dir.

⁹¹ Cfr. Corte Corte cost., sentenza 3 maggio 1993, n. 234, p.to 14 del Cons. in dir.

precedenti, da un lato ha espressamente indicato in una data successiva all'entrata in vigore della norma, “ma sempre anteriore alla pubblicazione della pronuncia costituzionale”⁹², dall'altro ha salvato “gli effetti già prodotti dalla norma incostituzionale”⁹³ e, da un altro lato ancora, ha consentito una tollerabilità provvisoria di discipline incostituzionali per organizzare al meglio il (reale) passaggio ad un regime conforme a Costituzione⁹⁴.

6. *Spunti di comparazione con la tecnica decisionale della Unvereinbarkeitserklärung integrata dalla weitere Anwendung della norma dichiarata incompatibile*

La comparazione delle pronunce temporalmente manipolative della Corte costituzionale con le decisioni di incompatibilità tedesche non costituisce certamente un *novum*.

Le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono state di recente oggetto di analisi in relazione, da un lato, all'innovazione rappresentata dalla tecnica del rinvio al legislatore inaugurata con l'ordinanza “Cappato” e in seguito riprodotta, seppur parzialmente, in occasione dell'adozione dell'ordinanza. n. 132 del 2020, e, dall'altro, alla deroga rispetto all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità.

Infatti, le decisioni di incompatibilità tedesche non si connotano solamente per il fatto di prevedere un forte monito al legislatore, al fine di procedere alla “rimozione” congiunta del vizio di legittimità costituzionale: esse si connotano altresì per una forte gestione degli effetti.

L'efficacia dell'illegittimità costituzionale della norma dichiarata incompatibile si riallaccia ad un termine, coincidente con il momento ultimo entro il quale il Parlamento deve avere approvato la disciplina conforme a Costituzione, e rispetto al quale l'efficacia della declaratoria di incostituzionalità può anche essere solamente *pro futuro*.

Tanto chiarito, come noto, esistono diverse varianti delle decisioni di incompatibilità, le quali (tutte) sono contraddistinte dall'esistenza di un monito al legislatore e dalla mancata declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma incostituzionale.

Si assiste, infatti, alla dichiarazione della *sola* incompatibilità della norma censurata, così da tollerare l'esistenza di norma incostituzionali per un certo periodo di tempo.

Quanto ai modelli di *Unvereinbarkeitserklärungen*, si consideri che il *BVerfG* può adottare una decisione di incompatibilità pura, e cioè prevedere una sospensione dell'applicazione della norma incompatibile fino al termine previsto, una decisione di incompatibilità integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile sino al termine indicato oppure, ancora, una decisione di incompatibilità integrata da una regola o una disciplina transitoria individuata dallo stesso Tribunale costituzionale federale.

⁹² V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* cit., 134.

⁹³ V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* cit., 134.

⁹⁴ Cfr. ancora V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?* cit., 134.

Non vi è chi non veda come rilevi la seconda tipologia decisionale menzionata⁹⁵: nella sostanza, anche se non nella forma, l'obiettivo raggiunto risulta essere il medesimo.

Tale variante decisionale viene adottata qualora a fronte dell'adozione di una declaratoria di incostituzionalità potrebbe verificarsi una situazione di maggiore incostituzionalità, la quale necessita, per potere sortire efficacia, dell'intervento di completamento "salvifico" del legislatore.

A seconda dei casi, la riforma del legislatore avrà efficacia *ex tunc* o *ex nunc*⁹⁶.

Non solo, la variante decisionale tedesca in questione esiste in funzione dell'intervento del legislatore, il quale, come si ha avuto modo di vedere, ricopre un ruolo non secondario nel caso della pronuncia in commento.

In questo senso è possibile richiamare quanto è stato affermato all'inizio del presente lavoro, e cioè che il rapporto con il Parlamento e il governo degli effetti nel tempo sono connessi l'un l'altro: il "tempo" del legislatore si fa tutt'uno con il "tempo" della Corte costituzionale⁹⁷ grazie all'apposizione del termine "esterno" al processo e immanente all'efficacia temporale della declaratoria di incostituzionalità.

D'altra parte, il modello tedesco costituisce un raffronto interessante anche alla luce dell'esigenza che ha condotto la Corte costituzionale a prevedere una modulazione così "innovativa": il timore di effetti di natura pregiudizievole sull'ordinamento giuridico, a fronte del bilanciamento delle "circostanze"⁹⁸, ovvero il concreto pericolo di una lesione di interessi comuni di particolare rilevanza e di fondamento costituzionale, campo di applicazione classico della *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dalla *Weitergeltungsanordnung*.

Quanto alla ricostruzione dogmatico-strutturale della variante decisionale poc'anzi menzionata, nella disposizione dell'ulteriore applicabilità della norma incompatibile, il *BVerfG* struttura il dispositivo su due fasi, considerato che il fondamento della sentenza di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltungsanordnung* consiste nella dichiarazione della (mera) incompatibilità di una norma.

La dottrina italiana ha affermato, a proposito delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, che esse svolgono la funzione di ridurre al minimo l'impatto demolitorio provocato dalla declaratoria di incostituzionalità⁹⁹: più nello specifico, la variante decisionale in questione svolge proprio la funzione di realizzare una *species* particolare di graduazione degli effetti conseguenti alla

⁹⁵ P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 85.

⁹⁶ La dottrina tedesca distingue, a tal fine la *vorläufige Weitergeltungsanordnung* e la *endgültige Weitergeltungsanordnung*. Cfr. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgenverfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Lohmar, Köln, Josef Eul Verlag, 2014, 219. Cfr. anche F. HUFEN - NÖRR - STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilswirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil 1 – Rechtsgutachten*, su commissione del Ministero Federale delle Finanze, 2008, 24.

⁹⁷ M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 9.

⁹⁸ Cfr. BVerfGE 92, 158 (187). In buona sostanza, il fondamento della variante decisionale in discorso risulterebbe essere il seguente: se una legge è incostituzionale perché contraddice una disposizione costituzionale, ma la validità della norma è richiesta da un'altra disposizione costituzionale, la soluzione del "conflitto" si risolve nella valutazione del "peso" delle disposizioni costituzionali. Così M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, 183 e ss.

⁹⁹ Si veda R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 460.

dichiarazione dell'incostituzionalità di una norma¹⁰⁰, che può anche prevedere la “sopravvivenza” della norma dichiarata incompatibile per lungo tempo.

A tal proposito, sembra interessante notare che Cappelletti aveva sottolineato che nessuno può pretendere che l'applicazione della *lex inferior* si sostituisca a quella della *lex superior*¹⁰¹.

Ebbene, la *ratio* della giustizia costituzionale italiana potrebbe ammettere (e ha ammesso¹⁰²) un tale capovolgimento del rapporto tra fonti solamente in qualità di un’“interferenza solo transitoria”, “giustificata per quanto strettamente necessario ad evitare pregiudizi gravi e irreparabili a interessi costituzionali”¹⁰³.

Guardando alla sentenza n. 41 del 2021, però, sembra che la tollerabilità della norma non sia propriamente temporanea: in questo senso si potrebbe, forse, ravvisare l’eccezionalità della pronuncia in questione.

7. L'incidenza del modello tedesco sulla prassi temporalmente manipolativa della Corte costituzionale

Come oramai noto, le *Unvereinbarkeitsklärungen* sono improntate al rispetto della discrezionalità legislativa¹⁰⁴.

La discrezionalità del legislatore, con riferimento alla sentenza n. 41 del 2021, ha giocato un ruolo marginale nella scelta del modello decisionale: tuttavia, è forte e chiaro l'appello al Parlamento, così come il timore di “conseguenze eccessive”.

Quanto al raffronto tra modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento e il “modello tedesco” delle *Unvereinbarkeitsklärungen*, giustificato alla luce dell’efficacia *ex nunc* che talvolta caratterizza queste ultime, spicca la sentenza n. 10 del 2015, nella quale, come noto, il Giudice delle leggi ha fatto espressamente riferimento al sistema tedesco per affermare a chiare lettere che “il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale”¹⁰⁵.

In quel caso, la Corte costituzionale ha derogato alla retroattività della declaratoria di incostituzionalità al fine di preservare il “superprincipio” rappresentato dall’art. 81 Cost; allo stesso modo, il *BVerfG* Gadotta, di regola, decisioni di incompatibilità rispetto a norme rilevanti dal punto di vista economico-finanziario, così da rispettare non solo la discrezionalità del legislatore, ma, soprattutto e al contempo, al fine di evitare un “impatto” eccessivo¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Sulla “*abgestufteNichtigkeit*” si veda W. SANDTNER, *Die abgestufteNichtigkeit einesRechtssatzes*, in *BayVBl*, 1969, 232-233.

¹⁰¹ M. CAPPELLETTI, *Spunti da una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale*, in *Giur.cost.*, 1967, 590.

¹⁰² A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 531.

¹⁰³ Così A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 531.

¹⁰⁴ Si permetta di rinviare a N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: leUnvereinbarkeitsklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020.

¹⁰⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 9 febbraio 2015, n. 10, p.to. 7 del Cons. in dir.

¹⁰⁶ Sul punto sia consentito rinviare a N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgerichte l'arte di differire gli effetti “finanziari” delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla Grundsteuer*, in *federalismi.it*, 2018.

Dal momento che talvolta il *BVerfG* adotta le decisioni di incompatibilità al fine di promuovere la garanzia del buon andamento dell'amministrazione, non stupisce la vicinanza della sentenza. n. 246 del 2019 al modello tedesco: in quell'occasione, il Giudice delle leggi aveva fatto salvi gli effetti utili dell'azione amministrativa¹⁰⁷.

Anche la recente sentenza. n. 152 del 2020 presenta rilevanti similitudini con la tecnica decisionale della sentenza di incompatibilità.

Si consideri anche solamente che una delle primissime *Unvereinbarkeitserklärungen*¹⁰⁸ fu adottata proprio al fine di evitare che derivassero conseguenze eccessive sul piano economico, e proprio in tema di “minimo vitale”¹⁰⁹.

Ancora, in occasione della pronuncia Hartz IV, relativa al sussidio per i disoccupati e al minimo vitale, il Tribunale costituzionale tedesco ha ordinato “anche il superamento del ‘blocco di applicazione’ della norma incostituzionale fino alla novella legislativa”¹¹⁰.

A proposito di “superprincipi”, il *BVerfG* ha affermato che “secondo la giurisprudenza costante del Bundesverfassungsgericht, il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge fondamentale, se ciò contrasta con la progettazione regolare delle finanze e del bilancio oppure se la situazione costituzionale non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e se pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore per elaborare la novella (cfr. BVerfGE 120, 125 [168], con ulteriori riferimenti). Tale principi trovano applicazione anche in relazione alle prestazioni per garantire il minimo esistenziale in discussione [...]. La fissazione retroattiva di eventuali prestazioni maggiori per l'intero periodo decorrente dal 1° gennaio 2005 avrebbe del resto, alla luce del § 48 comma 1, per. 2, n° 1 SGB X, effetti fiscali insostenibili. [...]”¹¹¹.

Si è visto che in occasione della sentenza n. 41 del 2021 il Giudice delle leggi ha mostrato di volere “superare” la disciplina degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale alla luce dell'utilità che, in ogni caso, deriva dalla scure dell'illegittimità costituzionale, *anche* se dotata di efficacia meramente *ex nunc*.

Allo stesso modo, il Giudice delle leggi tedesco aveva affermato nella già richiamata sentenza del 10 aprile 2018 - 1 BvL 11/14, che l'efficacia *ex nunc* – contraddistinta dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile – della declaratoria di incompatibilità relativa ad un tributo ben poteva legittimarsi non solo alla luce di esigenze di natura economico-finanziaria ed amministrativa, ma anche alla luce del fatto che il pagamento (*pro futuro*)

¹⁰⁷ A commento della pronuncia si veda M. D'AMICO, *Una “vistosa” motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, 141-144; per un approccio critico alla pronuncia alla luce della sistematizzazione delle pronunce temporalmente manipolative che ivi viene svolta da parte della Corte costituzionale si veda R. PINARDI, *Incostituzionalità “sopravvenuta” vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche concettuali*, in *Forum Quad. cost.*, 2020.

¹⁰⁸ 1 BvR 1/52, 46/52, dell'11 giugno 1958.

¹⁰⁹ In tal senso si veda F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in *Forum Quad. cost.*, 2015.

¹¹⁰ Cfr. in questo senso M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2018, 33.

¹¹¹ Cfr. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 36, nt. 12.

dell'imposta da parte dei contribuenti sarebbe stato “ragionevole” in quanto, di fatto, oggetto di una consuetudine ripetuta nel tempo¹¹².

8. Conclusioni: possibili soluzioni.

Afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 41 del 2021, che “l'interazione dei valori in gioco evidenzia, nell'immediato, il già richiamato pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale, essendo alla Corte ben presente l'esigenza di «evitare carenze nell'organizzazione giudiziaria» (sentenza n. 156 del 1963)”¹¹³.

Ebbene, nel salvare il “servizio giustizia” la Corte costituzionale sembra abbia inciso, ora per allora, sulla garanzia dell'art. 24 Cost.

Il “paradosso” in questione rileva in quanto, a voler garantire il funzionamento dell'amministrazione della giustizia, è stato derogato il rispetto delle regole processuali che fondano l'incidentalità del sistema di giustizia costituzionale italiano.

D'altra parte, non si può negare che l'inderogabilità dell'efficacia retroattiva si ponga alla base di problematiche di rilievo costituzionale (sostanziale).

Per tale ragione, entro il tracciato di un rinnovato rapporto collaborativo tra Giudice costituzionale e legislatore, forse, a fronte della prassi che sembra stia andando consolidandosi, potrebbe ritenersi opportuna una modifica della disciplina degli effetti nel tempo, positivizzando i casi in cui possa risultare possibile alla Corte costituzionale derogare, eccezionalmente, l'incidentalità del sistema¹¹⁴.

Si potrebbe immaginare una modifica dell'art. 30, terzo comma, della l. n. 87/1953, così da conferire alla Corte costituzionale – in via eccezionale – la possibilità di differire nel tempo gli effetti sulla base di una rigorosa regolamentazione di tutti gli aspetti legati alle conseguenze della limitazione o della “sospensione” dell'efficacia retroattiva e dei casi in cui tale deroga possa avere luogo¹¹⁵.

Come rilevato dalla dottrina¹¹⁶, con riferimento all'efficacia *ex nunc*, potrebbe essere previsto, in un'ottica di ritorno alle origini della giustizia costituzionale di matrice kelseniana, che, come si è visto, interessa in modo certamente non secondario la stessa sent. n. 41 del 2021, il premio di cattura¹¹⁷.

¹¹² Cfr. Rn. 175 e ss.

¹¹³ Cfr. Corte cost., sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, Cons. in dir. p.to. 23.

¹¹⁴ Sulla difficoltà da parte del Parlamento di porre in essere interventi risolutivi cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, cit., 294. Sulla crisi, più in generale, dell'organo titolare del potere legislativo, si veda M. D'AMICO, *Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato “Quali modalità per l'esercizio delle prerogative parlamentari nell'emergenza attuale?”*, in www.senato.it, 2020.

¹¹⁵ Si permetta di rinviare a N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le Unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, cit., 303.

¹¹⁶ Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 45.

¹¹⁷ Cfr. M. SCHWENKE, *Isteine “Ergreiferprämie” nachösterreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998, 2 BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, in *DSiR*, 1999. Come noto, però, il premio di “cattura” risulta problematico in ragione della

Inoltre, alla luce della riforma delle norme integrative dei giudizi davanti alla Corte costituzionale¹¹⁸, il Giudice costituzionale potrà conoscere meglio i “fatti” che si pongono a fondamento delle sue decisioni¹¹⁹, così concorrendo, a fronte di un’eventuale modifica dell’art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, ad una modulazione degli effetti nel tempo più “consapevole”.

Come già affermato, però, entro tale tracciato risulta non solo opportuno, ma anche necessario, che Corte costituzionale e legislatore possano concorrere (in realtà, già sin d’ora) ad una rimozione congiunta del vizio di legittimità costituzionale, al punto che la pronuncia costituzionale “non possa ambire ad avere effetto, se non in modo coordinato con l’intervento di quest’ultimo”¹²⁰.

violazione del principio di uguaglianza, in quanto lo stesso premio andrebbe a beneficiare solamente il giudice *a quo* che “per primo” solleva correttamente la questione di legittimità costituzionale.

¹¹⁸ Cfr. la delibera dell’8 gennaio 2020, rubricata *Modificazioni alle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*.

¹¹⁹ Si veda, fra gli altri, M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *questionegiustizia.it*, n. 4/2020, R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 3/2020, A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *diritticomparati.it*, 2020.

¹²⁰ Cfr. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 45.

Elena Malfatti*

Ri-costruire la 'regola' del cognome: una *long story* a puntate (e anche un po' a sorpresa)

SOMMARIO: 1. Una nuova (sorprendente) 'puntata' nella vicenda del cognome materno: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 18 del 2021. – (segue): 1.1. Illegittimità costituzionale consequenziale *versus* autorimessione della questione 'pregiudiziale'. - 2. 'Dove eravamo rimasti': l'incostituzionalità non dichiarata nel 2006 (con il sottostante, irrisolto quesito), l'intervento della Corte di Strasburgo e la dichiarazione di illegittimità del 2016, come tasselli preziosi di un ragionamento da completare. - 3. Ragionando più a fondo sulla 'mossa' dell'autorimessione: un'ipotesi di lettura dell'ordinanza, in attesa dell'esito della vicenda, tra mutamento di ruolo della Corte e 'destino' dei diritti in gioco.

1. Una nuova (sorprendente) 'puntata' nella vicenda del cognome materno: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 18 del 2021

È indubbio che l'ordinanza n. 18 dell'11 febbraio 2021, di autorimessione di questione di legittimità costituzionale, presenti diversi aspetti di interesse, come dimostra indirettamente il fatto che, nel giro di poche settimane dal deposito della motivazione, essa abbia dato luogo a pregevoli commenti dottrinali¹. In questo piccolo lavoro cercherò di evidenziare qualcosa di nuovo, o almeno di parzialmente diverso, da quanto fin qui rilevato, al fine di contribuire, per quanto possibile, all'inquadramento delle questioni aperte -o ulteriormente complessificatesi- dall'intervento della Corte, e alle ipotesi di definizione dell'intera vicenda che gravita attorno all'attribuzione del cognome materno.

Come ampiamente noto, tale vicenda si è dipanata nel corso dei decenni², trovando una qualche accelerazione nella giurisprudenza sia costituzionale che sovranazionale degli ultimi anni, ed in particolare una prima risposta da parte della nostra Corte poco più di quattro anni addietro, nel senso dell'accoglimento, e dunque della dichiarazione di illegittimità della norma individuata dal giudice rimettente, desumibile da un complesso di disposizioni che implicitamente la presuppongono, e che prevede(va) l'automatica attribuzione del solo cognome paterno (sentenza

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pisa.

¹ Mi riferisco a C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 11/2021, 57; G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, *ibid.*, 161.

² A far luogo dall'ordinanza n. 176 dell'11 febbraio 1988, di manifesta inammissibilità della questione ingenerata dal rifiuto dell'ufficiale di stato civile di Mezzolombardo alla richiesta congiunta di due coniugi di imporre al figlio entrambi i loro cognomi, ritenendo -quella dell'innovazione normativa in questa materia- questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*; pur ammettendo già che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi»; la pronuncia è richiamata, non a caso, da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista.AIC.it*, fasc. n. 4/2017.

n. 286 del 21 dicembre 2016). La notevole particolarità, già allora, dell'oggetto, unitamente alla circostanza che la Corte avesse accompagnato alla pronuncia di incostituzionalità un nuovo e più pressante monito al decisore politico, dopo quello già lanciato nel 2006³, rilevando che, «in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità», consentono forse di operare qualche valutazione plausibile, o quantomeno permettono di riprendere la *long story* del cognome, concentrandosi sulla 'puntata' più recente, cercando di sottolineare i traguardi raggiunti e gli approdi ancora da conseguire; e di inframezzare la riflessione con cenni alle diverse strategie adottate (o adottabili) dalla Corte per indurre il Parlamento a una rinnovata presa in carico del problema per definire una 'regola', in questa materia, pienamente rispondente agli interessi costituzionali che vengono in gioco, nel contesto di una partita, anche di ruoli, che si gioca da sempre tra le due istituzioni repubblicane, ma che indubbiamente ha assunto connotati e sfaccettature nuove, nel frangente più prossimo.

In premessa, mi limito a sottolineare come quest'ultimo episodio -di una vicenda che si allungherà prevedibilmente ancora nel tempo⁴- risulti abbastanza sorprendente, almeno di primo acchito, giacché pareva ipotizzabile un differente epilogo, nel senso di una ulteriore pronuncia di accoglimento, sì da aggiungere un nuovo tassello al *puzzle* della 'ri-costruzione' della regola del cognome: nel 2016 erano stati infatti individuati chiaramente i valori costituzionali violati dalla norma sulla prevalenza del cognome paterno (con pregiudizio al diritto all'identità personale del minore e irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi), e solo in attesa di una rimodulazione organica della materia, che pure aveva ritenuto espressamente *indifferibile*⁵, la Corte aveva scelto (come l'impostazione della questione di allora effettivamente permetteva) di limitare la dichiarazione di incostituzionalità al frammento di norma che non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno. Nel momento in cui quindi, perdurando l'inerzia legislativa, si fosse presentato (come si è in effetti poi presentato, e dopo un lasso di tempo tutto sommato apprezzabile⁶), un dubbio specificamente rivolto dal giudice *a quo* (stavolta, il Tribunale di Bolzano) all'ulteriore frammento di norma che impedisce ai genitori⁷ di trasmettere, ancora di comune accordo, *soltanto* il cognome materno, si poteva immaginare

³ Se un vero e proprio monito è infatti desumibile dalla richiamata sent. 286/2016, una richiesta di intervento al legislatore era enucleabile già alla stregua della sentenza n. 61 del 16 febbraio 2006, e non solo per il fraseggio della Corte, che pur rimarcando come l'attuale sistema di attribuzione del cognome fosse retaggio di una concezione patriarcale della famiglia e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi ordinamentali e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna, aveva infine scelto la strada della pronuncia di incompatibilità (ovvero dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata); quanto anche per le affermazioni del Presidente *pro tempore* F. Gallo, nella Relazione sulla giurisprudenza del 2012, che aveva infine affermato come quello della sent. 61/2006 fosse un'esortazione rimasta priva di seguito, accomunandola ad alcuni altri casi che «non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia».

⁴ Cfr. sul sito ufficiale della Corte costituzionale il Registro delle ordinanze relativo alle questioni pendenti, nel giudizio in via incidentale, nel quale la vicenda riemerge con l'ordinanza n. 25 dell'11 febbraio 2021 (pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 1^a serie speciale, 3 marzo 2021, n. 9), senza che sia stata sin qui fissata la trattazione della questione sollevata dalla stessa Corte innanzi a sé.

⁵ Sent. 286/2016, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁶ La nuova ordinanza di rimessione è datata 17 ottobre 2019, dunque arriva a Corte circa tre anni dopo la sentenza del 2016, e viene portata in camera di consiglio il 14 gennaio 2021, così da rendere l'inerzia legislativa ulteriormente evidente: cfr. il *dossier* messo a disposizione sul sito ufficiale della Camera dei deputati, da cui si evince che nel corso della XVII legislatura il Parlamento ha affrontato la questione relativa alla attribuzione del cognome ai coniugi e ai figli, attraverso l'esame di una serie di proposte di legge di iniziativa parlamentare, ed in particolare che l'AS 1628, già licenziato dalla Camera dei deputati ed approvato dalla Commissione Giustizia del Senato, non è mai stato esaminato dall'Assemblea del Senato; nel corso dell'attuale XVIII legislatura risultano poi presentate, sia alla Camera che al Senato, una serie di disegni di legge - alla Camera AC 106 (Boldrini e altri); AC 230 (Gebhard e altri); AC 1265 (Dadone e altri) e AS 2129 (Schirò e altri) e al Senato degli AS 170 (Garavini e altri); AS 286 (Unterberger) e AS 1025 (Maiorino e altri) - che intervengono su tale problematica, disciplinando anche le ipotesi di assunzione del cognome nei casi di mancato accordo fra i genitori, ma nessuno di questi sembra godere di particolare attenzione, almeno alla data del 23 aprile 2021, rimanendo confinati all'esame delle due Commissioni Giustizia di Camera e Senato.

⁷ Non mi riferisco più ai coniugi, ma ai genitori, perché il figlio della coppia coinvolta nel giudizio *a quo*, stavolta, era nato fuori dal matrimonio; e tuttavia tale profilo non sembra inficiare il ragionamento ipotetico, dato che –come messo bene in rilievo da C. INGENITO, *op. cit.*, 62- è venuta meno la distinzione tra figli di genitori coniugati e figli di genitori non coniugati,

che la Corte abbattesse anche sulla nuova *quaestio* la scure della dichiarazione di incostituzionalità; ricercando eventualmente -altresì- nel proprio vasto repertorio, un dispositivo congruo per affermare l'inidoneità della previsione generale (dell'attribuzione del cognome paterno) ad operare in mancanza di accordo espresso dei genitori.

(segue): 1.1. *Illegittimità costituzionale consequenziale versus autorimessione della questione 'pregiudiziale'*

Invece la Corte -pur sottolineando come la decisione del 2016 avesse inteso solo «in via temporanea» far sopravvivere una tale previsione, dunque evidenziando ulteriormente come sotto questo profilo la pronuncia precedente fosse da considerarsi di incompatibilità⁸, e come anzi l'inconciliabilità della regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno con il principio fondamentale dell'uguaglianza sia stata da maggior tempo ancora riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale (fin dalla sent. 61/2006⁹)-cambia il fulcro del ragionamento, affermando che la previsione generale dovrebbe essere riconfermata nei casi, verosimilmente più frequenti, in cui un accordo non sia stato legittimamente espresso, e con ciò finisce per concentrare immediatamente l'attenzione sulla norma che fa prevalere il cognome paterno (sulla quale solleva di fronte a sé questione di costituzionalità): dunque la Corte esclude, sia pure implicitamente, di poter valorizzare l'elemento dell'accordo fino al punto di renderlo, nell'immediato, così centrale nella decisione da appalesare la possibilità di attribuire un unico cognome (materno, ma a questo punto anche paterno) nel caso (e solamente nel caso) in cui esso venga espressamente raggiunto; ciò che le avrebbe consentito di evidenziare in controluce, e pertanto in assenza dell'accordo medesimo, una nuova 'regola', quella del doppio cognome¹⁰. O meglio, questa nuova regola potrebbe infine anche materializzarsi, ma attraverso una strada differente, che è quella prescelta dalla Corte:(*infra*, parr. 2 e 3).

Ho l'impressione che l'operazione sarebbe stata, almeno in astratto, più linearmente praticabile utilizzando lo spartito consueto dell'illegittimità costituzionale consequenziale, rivolta alla vecchia 'regola' (dopo aver dichiarato illegittima, ovviamente, il divieto implicito censurato dal giudice *a quo*); avrebbero deposto a favore, sia considerazioni di ordine generale, sia le peculiarità del caso di specie. In termini generali, come si è fatto anche da

tutti avendo ormai lo stesso stato giuridico, ai sensi di legge. Per altro verso, la disciplina attuale del codice civile sembra favorire una certa qual maggiore libertà in materia dei figli naturali, come si sarebbe detto un tempo, con l'art. 262, comma 2, in base al quale se la filiazione nei confronti del padre è stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre; all'art. 262 c.c. è stato aggiunto con decreto legislativo n. 154 del 28 dicembre 2013 il comma 3, il quale prevede che (in caso di filiazione accertata o riconosciuta successivamente all'attribuzione di un terzo cognome) il figlio possa mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi.

⁸ Scriveva già la Corte nel 2016 al punto 3.4.2., ult. cpv., del *Considerato in diritto*, che la «diversità di trattamento dei coniugi nell'attribuzione del cognome ai figli», determinata dalla norma sulla prevalenza del cognome paterno, «in quanto espressione di una superata concezione patriarcale della famiglia e dei rapporti fra coniugi, *non è compatibile* (l'enfasi è aggiunta) né con il principio di uguaglianza, né con il principio della loro pari dignità morale e giuridica».

⁹ *Supra*, nota 3.

¹⁰ Una nuova 'regola' che conosce già, in qualche modo, una dimensione applicativa nella circolare del Ministero dell'Interno n. 7 del 17 giugno 2017 (<https://www.interno.gov.it/it/notizie/doppio-cognome-neonati-chiarimenti-e-primarie-indicazioni-operative>) la quale, volendo in realtà rendere operativa la sent. 286/2016, e dunque preventivando richieste nel senso dell'aggiunta del cognome materno a quello paterno, per un verso -valorizzando l'espressione riferita alla trasmissione *anche* del cognome materno, contenuta nella suddetta pronuncia- ne prevede unicamente la postposizione a quello paterno; per un altro, esclude qualsiasi formalità per documentare l'accordo tra i genitori, men che meno l'incontro delle volontà davanti all'ufficiale dello stato civile, riconducendo espressamente l'attribuzione del cognome a quella del nome, e perciò a un atto di esercizio della responsabilità genitoriale che implica la previa e concorde scelta dei genitori. Si potrebbe immaginare che la prassi ministeriale venga implementata ulteriormente per rispondere sia ai nuovi accordi nel senso dell'uno o dell'altro cognome, sia a un ampliamento (in mancanza di esplicitazione delle volontà) della casistica del doppio cognome.

ultimo puntualmente rilevare in dottrina¹¹, la giurisprudenza costituzionale mostra nel suo insieme di ritenere fruibile l'istituto in varie ipotesi, tra le quali ha assunto una consistenza sempre maggiore quella che fa riferimento alla *ratio decidendi* contenuta in una determinata decisione, ovvero la Corte è giunta a dichiarare illegittima (anche) una disposizione diversa da quella impugnata dal giudice rimettente, e cui fa riferimento l'ordinanza di rinvio, in quanto ritenuta analoga o simile, ed affetta di *conseguenza* dallo stesso vizio di incostituzionalità; e comunque, da tempo è emerso un ulteriore gruppo di ipotesi alle quali quella qui congetturata sarebbe stata riconducibile, ossia le ipotesi in cui l'estensione della pronuncia di incostituzionalità ad altre disposizioni è giustificata dalla considerazione che la sopravvivenza delle stesse si porrebbe in insanabile contrasto con la pronuncia di accoglimento, e soprattutto con le finalità che con essa si sono volute raggiungere. Proprio di recente, per limitarmi a un solo esempio, la dichiarazione di incostituzionalità del divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, operato con sentenza n. 186 del 31 luglio 2020, cui si è aggiunta la dichiarazione di illegittimità consequenziale di un complesso di disposizioni valutate espressamente dalla Corte come un insieme organico, espressivo di una logica unitaria, dunque *sorrette da una comune matrice*¹², dimostra -direi- l'elasticità di lettura e insieme le potenzialità applicative dell'istituto di cui alla seconda parte dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87; restituendo una volta di più l'idea di una sua consistente divaricazione, ormai, rispetto allo spirito del legislatore del 1953, in base al quale si sarebbe dovuto escludere qualsiasi intervento discrezionale della Corte, come risultava chiaramente dalla relazione alla legge di A. Tesaurò¹³.

Ancora, e più in particolare, la Corte avrebbe potuto abbinare la scelta della dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale della vecchia 'regola' alla sottolineatura della necessità di uno sviluppo ulteriore (in una prospettiva di piena coerenza e continuità) delle indicazioni già fornite *in nuce* nel 2006, avallate nella sent. 286/2016, ed ulteriormente avvalorate per il tramite di un accoglimento immediato della questione sollevata da ultimo dal Tribunale di Bolzano: l'illegittimità consequenziale sarebbe insomma potuta emergere, non come un secondo, ma addirittura come un quarto anello di una catena di pronunce collimanti. Detto in altri termini, se è vero che il sistema di attribuzione del cognome avrebbe dovuto essere rivisitato organicamente dal legislatore, come sottolineato nel 2006, già evidenziandosi la divaricazione della disciplina dagli interessi costituzionali implicati; se una scelta condivisa tra i genitori consente ormai di approdare a un doppio cognome, come si è stabilito poi con la sent. 286/2016 (scardinandosi da questo punto di vista pesantemente l'impostazione più datata e patriarcale); e se altresì un accordo tra i medesimi soggetti consentisse di prescegliere il solo cognome materno (come avrebbe potuto riconoscere la Corte nel caso odierno, valorizzando definitivamente l'idoneità strumentale dell'accordo medesimo a realizzare appieno i valori costituzionali in gioco), ben difficilmente si sarebbe potuta sostenere l'ulteriore sopravvivenza nel sistema della 'regola' che prevede l'attribuzione del solo cognome paterno, se non sostenuta essa stessa -appunto- dal consenso di entrambi i genitori¹⁴.

2. 'Dove eravamo rimasti': l'incostituzionalità non dichiarata nel 2006 (con il sottostante, irrisolto quesito), l'intervento della Corte di Strasburgo e la dichiarazione di illegittimità del 2016, come tasselli preziosi di un ragionamento da completare

La logica avrebbe indicato la strada maestra, consentendo di chiudere nelle sue diverse sfaccettature l'annosa questione: da norma di carattere generale, il cognome paterno sarebbe stato derubricato a mero frammento di norma (esigente pur sempre il consenso degli interessati), transitando viceversa al centro del sistema (in caso di

¹¹ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 101 s., con precise esemplificazioni dei vari gruppi di ipotesi.

¹² In questi termini A. RAUTI, «*Il diario degli errori*». *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo*, in *Quad. cost.*, 2020, 832.

¹³ Ripresa in E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, 147.

¹⁴ La tendenza di molte legislazioni europee va del resto nel senso dell'abbandono della regola della trasmissione del patronimico, e della valorizzazione delle scelte dei genitori o comunque della trasmissione bilaterale; cfr. C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, in DPCE, 2016, 545; C. CICERO, *Il diritto al cognome materno*, in *Dir. di famiglia e delle persone*, 2018, 245.

mancata esplicitazione delle volontà genitoriali) la nuova ‘regola’ del doppio cognome. Una sorta di disposizione a formazione progressiva, ma a contenuto pressoché vincolato, essendosi materializzato ormai il caposaldo di un ragionamento da completare: è l’eguaglianza che garantisce l’unità familiare, poiché l’unità si rafforza nella parità, che verrebbe destituita di significato se si considerasse il disaccordo un viatico del cognome paterno; e ogni madre ha acquisito indiscutibilmente il diritto a trasmettere il proprio cognome. L’ottica della Corte è tutt’affatto diversa da quella delle ordinanze del 1988, allorché si era fatto intendere che la ‘regola’ radicata nel costume sociale fosse *comunque idonea* a salvaguardare l’unità senza comprimere l’eguaglianza dei coniugi¹⁵. Non c’è più dunque la possibilità di congetturare sistemi diversi, ma altrettanto idonei a soddisfare i diritti della famiglia (dei genitori, così come dell’identità dei figli¹⁶) che si fondano sull’art. 29 Cost., come si era sostenuto nelle primissime pronunce che affrontavano il problema; né rimane aperta quella prospettiva interlocutoria che si era affacciata nel 2006, e che vedeva tutta una serie di opzioni da rimettere all’intervento del legislatore, pur segnalandosi già l’incoerenza con i principi generali dell’ordinamento e col valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna. D’altronde il diritto della madre a trasmettere il proprio cognome¹⁷ verrebbe mortificato se si trascurasse la necessità di un suo consenso a vantaggio del *partner*, ovvero a favore della eventuale riespansione della ‘regola’ tradizionale.

Ancora, c’era un’‘aggravante’ sullo sfondo del discorso da impostare nell’ord. 18/2021: la censura *medio tempore* ricevuta dalla Corte di Strasburgo, proprio al culmine della vicenda transitata nel 2006 da Roma (cui evidentemente la Corte costituzionale, con la pronuncia di inammissibilità, non aveva posto rimedio), con l’impossibilità di derogare alla regola dell’imposizione del cognome paterno che è stata infine ritenuta dai Giudici europei (gennaio 2014) *excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes*, in violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Cedu¹⁸; è il noto caso dei coniugi Cusan e Fazzo, che avevano richiesto fin dalla nascita della figlia primogenita (1999) l’attribuzione del *solo* cognome materno, e che si erano in un secondo momento visti concedere con decreto prefettizio (2012) la possibilità di *aggiungere* il cognome della donna, con un esito però ritenuto non soddisfacente dai ricorrenti, che li aveva spinti fino a Strasburgo¹⁹.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, dopo aver evidenziato che marito e moglie erano stati trattati in maniera diversa senza che il riferimento all’unità familiare potesse giustificare questo differente trattamento, e in buona sostanza messo a fuoco un problema di inadeguatezza dell’ordinamento italiano, aveva finito per chiedere al nostro Paese di adottare *réformes* nella legislazione e/o nella prassi, al fine di renderle compatibili con le conclusioni alle

¹⁵ Più esattamente, l’ord. 176/1988 (*supra*, nota 2), ventilava la possibilità di sostituire la regola vigente con un criterio diverso, raccomandando semmai che si trattasse *pur sempre* di un *criterio prestabilito* al momento dell’atto costitutivo della famiglia, non scelto in sede di formazione dell’atto di nascita ma esteso *ope legis*, altrimenti *derivandone un grave pregiudizio all’interesse alla conservazione dell’unità familiare*; la di poco successiva ordinanza n. 586 del 19 maggio 1988, riterrà poi l’utilizzo della regola radicata nel costume sociale, come *criterio di tutela dell’unità della famiglia*, pur limite all’eguaglianza dei coniugi, ma non in contrasto con l’art. 29 Cost.

¹⁶ F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell’identità. Un’opinione contro luce*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 139, legge nella vicenda del cognome una traiettoria, da un’indispensabile protezione del segno distintivo verso un più ampio rispetto del suo potere evocativo dell’intera personalità umana. Dal canto suo V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*, in questa *Rivista*, fasc. n. 1/2018, sottolinea come nella sent. 286/2016 la Corte costituzionale congiunga il diritto della madre a dare il proprio cognome al figlio a due profili: l’esatta formazione della storia parentale del figlio, mediante il riconoscimento della sua duplice discendenza, e il diritto della madre a vedersi socialmente riconosciuta e legata alla propria progenie.

¹⁷ Sostiene l’esigenza di una lettura costituzionalmente orientata della “nuova norma” che a seguito della sent. 286/2016 consente l’attribuzione ai figli anche del cognome materno, F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 189.

¹⁸ Che sia questo il passaggio chiave della pronuncia -e che dunque l’adeguamento alla disciplina internazionale (ma, a ben vedere, anche a quella costituzionale) si sarebbe potuto ottenere semplicemente escludendo l’automatismo nella attribuzione del cognome- è ben evidenziato da S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC.it*, fasc. n. 2/2017.

¹⁹ Per la ricostruzione analitica dell’*affaire Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 gennaio 2014, v. G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, 738; E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in *Consulta online*, 10 marzo 2014.

quali essa era giunta, così colmando una *défaillance* della quale era stata individuata chiaramente la causa²⁰. A sua volta la Corte costituzionale aveva poi scelto sostanzialmente di sterilizzare, nella sent. 286/2016, il riferimento a questo importante antecedente²¹, giudicando esclusivamente in base a parametri interni, e dichiarando assorbita la censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost.²²; in una fase peraltro della propria giurisprudenza, sotto questo profilo, molto diversa da quella attuale, che lascia scorgere richiami incisivi alle pronunce europee²³, e nella quale si era manifestato, a mio avviso, un sostanziale annacquamento della forza propulsiva della Cedu, controbilanciato soltanto da frequenti richiami all'art. 6 della Convenzione, nel 'settore' del processo iniquo, per tutta una serie di possibili motivi che ho cercato di spiegare in altra sede²⁴.

La sentenza europea del 2014 torna in effetti in rilievo nella trama argomentativa dell'ord. n. 18/2021, e a sua volta, credo, avrebbe potuto contribuire a giustificare un intervento più pregnante della nostra Corte. Forse però, anche per riguadagnare una qualche autonomia da questa prospettiva, per smarcarsi dunque almeno in parte dall'orizzonte di un vero e proprio 'seguito' ancora da dare alla pronuncia europea, l'ordinanza in commento (ed ecco un altro elemento sorprendente, che però probabilmente si lega a quanto fin qui nel complesso evidenziato), la Corte costituzionale fa la 'mossa' dell'autorimessione, sceglie cioè uno schema di ragionamento diverso, mostrando di credere in un rapporto di presupposizione e continenza tra la questione posta a se stessa e quella specificamente dedotta dal giudice *a quo*; nella necessità, quindi, di aggredire prima la norma nella quale si anniderebbe l'elemento di squilibrio e disparità tra i genitori (ovvero, quella che fa prevalere il cognome paterno in assenza di diverso accordo dei genitori). Tale questione viene avvertita come 'pregiudiziale', rispetto a quella posta dal Tribunale di Bolzano, e formulata in modo tale che per suo tramite si arriverebbe -in caso di accoglimento- a una pronuncia sostitutiva: la disposizione dell'art. 262, comma 1, c.c. (qui si menziona una disposizione, e non una norma desumibile da un complesso di disposizioni come nel 2016 giacché, diversamente dalla questione postasi nel giudizio precedente, per il figlio nato fuori dal matrimonio la previsione del cognome paterno all'atto del riconoscimento contestuale -e dunque in caso di mancato diverso accordo- è espressa²⁵) verrebbe dichiarata incostituzionale nella parte in cui essa impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno *anziché* dei cognomi di entrambi i genitori²⁶.

Per questa via, diversa e a mio avviso un po' tortuosa, riemergerebbe la nuova 'regola' del doppio cognome. Sarebbe tra l'altro interessante verificare come motiverebbe infine la Corte una tale pronuncia di accoglimento sostitutivo, conseguente all'autorimessione, se non valorizzando proprio la centralità (anzi l'indefettibilità) del

²⁰ «*Comptetenu de la situation constatée ci-dessus, la Cour estime que des réformes dans la législation et/ou la pratique italiennes devraient être adoptées afin de rendre cette législation et cette pratique compatibles avec les conclusions auxquelles elle est parvenue dans le présent arrêt, et d'assurer le respect des exigences des articles 8 et 14 de la Convention*» (*Affaire Cusan et Fazzo c. Italie*, § 81).

²¹ Pu richiamandola, in qualche modo *ad adiuvandum* rispetto alla propria pregressa giurisprudenza volta a valorizzare il diritto all'identità personale del minore, che nel 'nome' trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali.

²² Relegando di fatto la sentenza europea a una cornice incapace di incidere decisivamente sulla propria motivazione; sul punto sia consentito rinviare a E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forumcostituzionale.it*, 5 gennaio 2017.

²³ Nella fase attuale, come si sa, viene valorizzata assai l'ottica di cooperazione tra varie istanze giurisdizionali, interne ed europee, per la protezione effettiva dei diritti fondamentali (cfr. M. Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019. Sintesi*, 28 aprile 2020, pubblicata sul sito ufficiale della Corte, che utilizza espressamente l'espressione «collaborazione intergiurisdizionale») e in questo quadro anche i richiami alla giurisprudenza della Corte Edu paiono essere progressivamente divenuti più pregnanti.

²⁴ E. Malfatti, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. 153 ss.

²⁵ Recita infatti l'art. 262 c.c., nella seconda parte del comma 1, che «se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre»; tale disposizione deve tener conto evidentemente della dichiarazione di illegittimità consequenziale contenuta nella sent. 286/2016, che aveva esteso al caso dei soggetti non uniti in matrimonio la possibilità di attribuire ai figli il doppio cognome (*rectius*: anche il cognome materno) già riconosciuta ai coniugi.

²⁶ Sottolinea G. Monaco, *op cit.*, 164 come in sostanza la Corte venga ad ampliare il *petitum*, quando avrebbe potuto limitarsi a soddisfare la richiesta proveniente dal giudice *a quo*; e come in sede di decisione la Corte potrebbe poi ulteriormente allargare la portata della pronuncia, come aveva già fatto nel 2016 (stavolta in senso inverso, dai genitori ai coniugi, oltreché naturalmente agli adottanti).

meccanismo consensuale (*supra*, par. 1.1); tanto forse sarebbe valso, allora, spendere subito tale argomento, evitando la sospensione dello stesso giudizio in via incidentale e l'inevitabile dilatazione dell'intervallo temporale per la riassunzione del giudizio principale. Senonché, la sensazione è che la Corte abbia intravisto un'utilità specifica, nella propria scelta processuale (*infra*, par. 3).

Prima di indagare quest'ultimo punto, mi preme evidenziare, brevemente, che ritengo non insormontabili e tuttavia non trascurabili le perplessità, in punto di rilevanza, della questione auto formulata, che pure essa ha destato (e delle quali si è già scritto con contezza²⁷): tutto sommato la Corte ha motivato sufficientemente la propria ordinanza, in ordine a tale profilo, nella prospettiva prescelta di non poter decidere la questione sottoposta dal giudice ordinario senza prima aggredire la regola di prevalenza del cognome paterno; che poi la Corte ne fosse veramente convinta, o invece comprendesse perfettamente come essa potesse già considerarsi priva di una base di legittimazione, tenendo conto della sequenza delle motivazioni messe in campo, come pure dell'intervenuta condanna della Corte europea) poco conta, le strategie adottate possedendo sempre, come ovvio, una componente di imperscrutabilità. Sottolineo perciò che la motivazione non appare implausibile, pur in un provvedimento che non fa mai direttamente riferimento al requisito della rilevanza come tale, sfumandola nel diverso e pur concorrente attributo della pregiudizialità²⁸, oltretutto in una fase storica dell'esperienza della Corte che ne sta evidenziando effettivamente un "addolcimento" o comunque un'"attenuazione", un utilizzo elastico, tenendo conto delle caratteristiche sottese alla specificità e soprattutto alla "caratura" delle questioni di costituzionalità che devono essere decise²⁹.

Al netto di casi assai noti e particolari (giudizi cautelari, materia elettorale, doppia pregiudizialità costituzionale ed eurounitaria) si dovrebbe riconoscere semmai come, anche molto di recente, la Corte abbia tenuto a precisare che la rilevanza «non si identifica nell'utilità concreta di cui le parti in causa potrebbero beneficiare» ma (piuttosto) «presuppone la necessità di applicare la disposizione censurata nel percorso argomentativo che conduce alla decisione e si riconnette all'incidenza della pronuncia» della Corte «su qualsiasi tappa di tale percorso»³⁰. Dovrebbe trattarsi pertanto di una "necessaria influenza", piuttosto che non di una "mera applicabilità", nell'oscillazione di significati che storicamente sono stati attribuiti alla rilevanza³¹; il che non sembra perfettamente riscontrarsi nella fattispecie, visto che la previsione indubbiata (quella che impone, *in assenza di accordo*, l'acquisizione automatica del cognome paterno) non ha esattamente (o non ha più, rispetto al tempo in cui funzionava come principio generale in materia di cognome a prescindere dalle scelte di genitori), nel proprio perimetro di significanza, la norma su cui la Corte era stata chiamata dal Tribunale di Bolzano a pronunciarsi, e che dunque essa avrebbe dovuto 'applicare' (ovvero la norma che impedisce, pur *in presenza di accordo*, l'assunzione del cognome materno).

²⁷ Ancora G. MONACO, *cit.*, 166, che riprende la dottrina più autorevole sul punto.

²⁸ «Alla luce del rapporto di presupposizione e di continenza tra la questione specifica dedotta dal giudice a quo e quella nascente dai dubbi di legittimità costituzionale ora indicati» scrive la Corte «la risoluzione della questione avente ad oggetto l'art. 262, primo comma, c.c., nella parte in cui impone l'acquisizione del solo cognome paterno, si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice a quo». Sui rapporti tra incidentalità, pregiudizialità, rilevanza, per tutti, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale, Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

²⁹ Quest'osservazione è propria di F. DAL CANTO, *La parabola della rilevanza-pregiudizialità*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 109.

³⁰ Così espressamente la sentenza n. 254 del 26 novembre 2020, sulle disposizioni del c.d. *Jobs act* riguardanti i licenziamenti collettivi intimati in violazione dei criteri di scelta, commentata tra gli altri da F. GHERA, *La nuova sentenza della Consulta sul Jobs Act: una mezza retromarcia con monito al legislatore*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. n. 3/2020, che riprende la nota vicenda con cui la Corte di Appello di Napoli ha operato simultaneamente con rinvio incidentale alla Corte costituzionale e con rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo.

³¹ Oltretutto, a sua volta variamente intesa nei casi in cui sia la Corte a sollevare davanti a sé questione di legittimità su sollecitazione delle parti costituite in giudizio (ad esempio, sentenza n. 24 del 9 febbraio 2018) oppure d'ufficio (come nel caso *de quo*); e ancora, in relazione a un giudizio che non è necessariamente quello in via incidentale, ma può essere pure quello in via principale (ordinanza n. 114 del 7 maggio 2014, sulla quale fra gli altri A. RUGGERI, *Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane*, in *Consulta online*, 8 maggio 2014), o anche il conflitto di attribuzione (ordinanza n. 256 del 28 novembre 2016; sulla macchinosità di tale *escamotage*, non esente da problemi e sintomi dell'artificialità del doppio binario in tema di conflitti da atto legislativo, cfr. A. PUGIOTTO, *Metamorfosi e tramonto della «residualità» nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giur. cost.*, 2019, 501).

E' una Corte che, in conclusione -così come ha imparato negli ultimi anni ad attingere *dal sistema* (ad esempio, ma non solo, penale³²), «punti d'appoggio già presenti (...) particolarmente nell'ambito del settore oggetto di giudizio»³³, in nome di un'esigenza di garanzia di coerenza del medesimo, per affrontare nel merito alcune delicate questioni che in altri periodi avrebbe confinato nell'inammissibilità, e che successivamente ha invece iniziato a risolvere con una rilettura evolutiva della dottrina crisafulliana delle rime obbligate³⁴- sceglie adesso di compiere (*rectius*: compirà, se vi arriverà) un esame pieno *del sistema* nel quale la norma denunciata è inserita. E lo scrive pure espressamente (ord. 18/2021, 17° cpv. del *Considerato*).

3. Ragionando più a fondo sulla 'mossa' dell'autorimessione: un'ipotesi di lettura dell'ordinanza, in attesa dell'esito della vicenda, tra mutamento di ruolo della Corte e 'destino' dei diritti in gioco

Pare dunque esserci una componente significativa di 'autopercezione', per così dire, del ruolo della Corte, e del suo mutamento progressivo ma inesorabile, che pesa anche in questa vicenda peculiare, e che la dottrina sta peraltro, più in generale e sotto molteplici sfaccettature, attentamente indagando, come mostra la pluralità di iniziative scientifiche dedicate alla «rinnovata ricerca di centralità» della Corte, nel raccordo con tutte le giurisdizioni e «in "naturale" tensione con le sedi dell'indirizzo politico»³⁵; riecheggia cioè, nell'ordinanza in commento, quell'idea sempre più pervasiva, nella giurisprudenza costituzionale, in base alla quale l'esame di specifiche istanze di tutela attinenti ai diritti fondamentali non può essere pretermesso, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale dovendo prevalere sull'altra di lasciare spazio (un qualche spazio) alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia³⁶. Come è stato osservato acutamente³⁷, il nuovo corso giurisprudenziale sembra esaltare la centralità dei diritti fino ad affiancarla alla discrezionalità legislativa per dire, in fondo, anche qualcosa d'altro, ovvero che la violazione di tali diritti, proprio perché spesso dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un'autonoma decisione di esso, e quindi protratta nel tempo, assume una coloritura ulteriore, di *subita ingiustizia*, che sposta sulla funzione di garanzia il compito di rimediare in positivo a quanto il legislatore non è riuscito a fare³⁸.

Questo slittamento di ruolo della Corte costituzionale affiora ormai piuttosto nitidamente per tanti rivoli, nella temperie che stiamo attraversando, compresa ad esempio, da ultimo, l'intervista al Presidente Coraggio pubblicata nell'Annuario 2020³⁹, nella quale si pone l'accento su una maggiore propensione della Corte ad arrivare all'esame del merito, rispetto al passato, e sulla modifica del *contesto*⁴⁰ in cui la giustizia costituzionale si è trovata ad operare

³² Il tema è oggetto di moltissime riflessioni, tra le quali si possono ricordare V. MANES, V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019; A. PUGIOTTO, **Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena**, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC.it*, fasc. n. 2/2019, 644.

³³ Così, testualmente, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, fasc. n. 14/2020, 118.

³⁴ Cfr. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistemapenale.it*, fasc. n. 2/2021, 24.

³⁵ Così, G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccostamento e riequilibrio del sistema*, IV dell'Editoriale al numero monografico di *Federalismi.it*, fasc. n. 3/2021, che presenta una versione ampliata e aggiornata delle relazioni tenute al Convegno *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Roma, 13 novembre 2020. Tale Convegno rappresenta solo una delle più recenti iniziative (e probabilmente non l'ultima) dedicate al tema del "nuovo accostamento" del giudizio di costituzionalità.

³⁶ Ord. 18/2021, 19° cpv. del *Considerato*.

³⁷ G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, 2020, III, 159, che utilizza l'efficace espressione di «supplenza concreta».

³⁸ Ho cercato anch'io di riflettere sul 'riposizionamento' della Corte nel complessivo sistema, nel tentativo di gestire al meglio la propria partita col legislatore, con implicazioni di grossa responsabilità (e oneri, per la dottrina); cfr. E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accostamento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti*, cit., spec. 264 ss.

³⁹ Disponibile fin dal 21 aprile 2021 sul sito ufficiale della Corte. Non posso invece riferirmi alla *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2020* che verrà presentata dal Presidente alla stampa il 13 maggio 2021, allorché questo scritto sarà già stato consegnato per la pubblicazione.

⁴⁰ Riecheggia qui la felice espressione di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accostamento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bonomia University Press, 2020.

nel tempo, il quale, unitamente all'emergere di nuovi diritti e all'esigenza sempre più avvertita di garantirli, rende indispensabile e doveroso un intervento, anche quand'esso presuppone l'esercizio di discrezionalità. Davvero molta acqua è passata sotto i ponti dal 2006, allorché la Corte, occupandosi di questione del tutto analoga a quella affrontata nel 2021⁴¹, e pur riconoscendo obsoleto il criterio adottato dal nostro sistema giuridico per l'attribuzione del cognome, reputò l'intervento richiesto esulante dai propri poteri, in quanto la modifica della 'regola' fino a quel momento operante avrebbe comportato la scelta tra una serie di alternative possibili, coinvolgendo di necessità la discrezionalità legislativa⁴².

Senonché la mia ipotesi è che -pur sottotraccia- la Corte imbocchi questa strada dell'autorimessione non confidando affatto di arrivare al 'traguardo'(di rispondere a se stessa), ma sperando piuttosto di aver trovato un *escamotage* buono per ottenere (finalmente) l'intervento del legislatore: esclusa come si è visto la strada dell'illegittimità costituzionale consequenziale, invece di scommettere esplicitamente su un terzo monito, invocando una volta di più (con pennellature evidentemente diverse) una scelta del decisore politico, con un richiamo all'esigenza di un dinamismo della sede parlamentare (un monito che del tutto in teoria avrebbe potuto offrire un'ulteriore tipologia di risposta contingente al Tribunale di Bolzano, ma sarebbe risultato agli effetti, di per sé solo, insostenibile), la Corte sembrerebbe infatti aver trovato uno stratagemma efficace che le consente di ritardare (tuttavia ipotecendo) una propria, più ampia decisione; nella speranza che sia però il legislatore a prendere atto del *vulnus* ai principi costituzionali, e a somministrare la nuova 'regola' del doppio cognome accompagnandola con una disciplina analitica che prevenga complicazioni o scoraggi soluzioni "carosello"⁴³ altrimenti inevitabili (si pensi al caso di fratelli maggiori del nuovo nato cui sia già stato attribuito il cognome paterno, ai criteri di formazione dei cognomi dei figli avuti da più *partners*, ma anche semplicemente all'ordine dei due cognomi materno e paterno in rapporto alla necessità, in generale, di regolare la discendenza o di ricostruire l'albero genealogico).

La prassi sviluppata nel nostro Paese, peraltro, già ha mostrato una certa elasticità del sistema, una sua capacità 'di reggere' e ammortizzare i cambiamenti di cognome chiesti e concessi non alla nascita ma durante la vita delle persone, in varie situazioni (comprese quelle dei figli nati fuori dal matrimonio e non riconosciuti contestualmente dai genitori, ai sensi dell'art. 262, commi 2 e 3, c.c.⁴⁴); è appena il caso di ricordare, infatti, le modifiche intervenute con il decreto del Presidente della Repubblica n. 54 del 13 marzo 2012 sull'ordinamento dello stato civile, che rendono perfettamente legittime richieste di modifica del proprio cognome, *anche* (non soltanto, quindi) perché ridicolo o vergognoso o perché rivelatore dell'origine naturale; e altresì le circolari del Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari interni e territoriali le quali⁴⁵, cercando di dare coerente applicazione della stessa sent. 61/2006, oltre che del decreto del 2012, hanno prodotto un significativo squarcio nella trama ordinamentale, attraverso il quale possono transitare, ed essere eventualmente accolte, proprio le istanze concernenti il cognome materno, alla stregua di un procedimento amministrativo la cui fase istruttoria ma anche la decisione vengono incardinate sulle prefetture, con esito negativo ricorribile, secondo i principi generali, di fronte ai tribunali

⁴¹ All'epoca originandosi la questione dal caso dei due coniugi, Cusan e Fazzo, poi vittoriosi di fronte alla Corte di Strasburgo (*supra*, nel testo); stavolta invece -come evidenziato- da due genitori non uniti in matrimonio; ma sempre richiedendosi, di comune accordo all'atto della nascita del figlio, l'attribuzione del solo cognome materno.

⁴² Cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2018, II, 102.

⁴³ L'espressione è di A. FUSCO, «*Chi fuor li maggior tui?*»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. *Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorio.AIC.it*, fasc. n. 3/2017.

⁴⁴ La giurisprudenza della Corte di cassazione in questo senso è consolidata, avendo ribadito anche di recente di dover tenere, quale criterio di riferimento, unicamente l'interesse del minore, con esclusione di qualsiasi automaticità, che non riguarda né la prima attribuzione, non essendo configurabile una regola di prevalenza del criterio del *prior in tempore*, né il patronimico, per il quale non sussiste alcun *favor* in sé nel nostro ordinamento; cfr. Cass. civ., sez. VI, ordinanza n. 772 del 16 gennaio 2020, in *Italgire.giustizia.it*, massimata in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Filiazione*, n. 2.

⁴⁵ Cfr. Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari interni e territoriali, circolare n. 21 del 30 maggio 2006, circolare n. 15 del 12 novembre 2008, e circolare n. 14 del 21 maggio 2012, sempre in <http://www.interno.gov.it/>.

amministrativi regionali⁴⁶. All'indomani della sent. 286/2016, la menzionata circolare^{7/2017}⁴⁷ ha contribuito a sua volta all'inquadramento della casistica che si sarebbe implementata per effetto della nuova pronuncia, e proprio tenendo conto dei principi espressi dalla Corte è giunta a dare spazio alle scelte dei genitori dopo la chiusura dell'atto di nascita, oltre che -naturalmente- nella fase della sua formazione.

Ma è chiaro che una pronuncia dal dispositivo amplificato, rispetto a quello del 2016, avrebbe un impatto sulle richieste dei consociati prevedibilmente ben più consistente, se non addirittura dirompente, col rischio di non potersi fronteggiare adeguatamente le difficoltà operative, *in primis* quella già lucidamente indicata nel 1988, determinata dal fatto che «il sistema del doppio cognome» (sollecitato dall'allora giudice *a quo*)-in mancanza di «un correttivo per impedire che il numero dei cognomi aumenti in proporzione geometrica di generazione in generazione- consentirebbe alla madre di trasmettere il proprio cognome soltanto ai figli, non anche ai nipoti *ex filii*»⁴⁸. La Corte, in altre parole, deve essersi resa perfettamente conto che il problema, in questa materia, è più nel *quantum* e nel *quomodo*, che non nell'*an*; che esso cioè riposa nelle modalità applicative della nuova 'regola', che gli ufficiali di stato civile come pure gli uffici periferici del Ministero dell'Interno dovrebbero poter maneggiare agevolmente, senza certo dover confidare in approdi giudiziari a ogni piè sospinto. Un profilo delicato riposa altresì nel bilanciamento tra libere scelte dei genitori (che sono evidentemente le uniche che possono venire in considerazione, alla nascita) e punto di vista legittimamente espresso dal figlio il quale, una volta acquisita piena capacità d'agire, potrebbe anche -valorizzando la propria autonomia e quel suo diritto della personalità, messo in evidenza dalla Corte medesima nel 2016, un diritto che transita, attraverso i criteri attributivi del cognome in un profilo determinante l'identità personale, proiettandosi addirittura nella personalità sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.-decidere diversamente da quanto stabilito all'origine, chiedendo di modificare il proprio cognome⁴⁹ e quindi di disporre nelle forme e nei modi in cui l'ordinamento al suo livello infralegislativo -peraltro- già ora consente (*supra*).

Tutto ciò considerato, rendere più efficace l'ipotetico terzo monito di cui scrivevo poc'anzi, abbinandolo ad esempio alla sperimentazione ulteriore di una tecnica decisoria piuttosto audace e affiorata di recente, quale quella della pronuncia in due tempi che ha preso avvio dall'iconico caso Cappato⁵⁰, e ha già trovato fin qui due ulteriori applicazioni giurisprudenziali⁵¹, non sarebbe stato sicuramente, a sua volta, vantaggioso: la Corte avrebbe comunque dovuto precisare un termine, per l'intervento del legislatore, decorso il quale avrebbe prevedibilmente finito per operare l'addizione caldeggiata dal giudice *a quo*, o addirittura per compiere una manipolazione più ampia,

⁴⁶ L'emersione di questa prassi -che rivela una ridotta discrezionalità amministrativa, di sacrificio delle istanze soltanto in corrispondenza di puntuali ragioni di pubblico interesse, e nella quale viceversa emerge una particolare attenzione per le istanze concernenti minori di età- con i suoi riflessi nella giurisprudenza amministrativa è studiata e documentata in E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea*, cit., par. 3. Sull'ultima circolare del Ministero dell'Interno cfr. D. BERLOCO, *Attribuzione cognome della madre in aggiunta a quello del padre ai nuovi nati. Circolare del ministero dell'interno n. 7 del 14 giugno 2017*, in *Lo Stato Civile Italiano*, fasc. n. 9/2017, 9.

⁴⁷ *Supra*, nota 10.

⁴⁸ Ord. 586/1988, penultimo cpv. del *Considerato*.

⁴⁹ Cfr. F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giur. cost.*, 2017, 485, che rileva come, se l'attribuzione del cognome si ricollega alla costruzione dell'identità anche sociale del minore, com'era già arrivata ad ammettere la Corte nel 2016, il diritto del figlio si ponga in modo potenzialmente antagonista rispetto al diritto dei genitori a determinare di comune accordo il cognome di lui; e che forse, nella consapevolezza delle difficoltà del primo argomento, la Corte aveva ritenuto di affiancarlo con l'altro fondato sulla parità dei coniugi.

⁵⁰ Come noto la commentatissima ordinanza n. 207 del 24 ottobre 2018 chiude la propria motivazione sottolineando come la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere; reputando infine doveroso - in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale - consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma scongiurando anche, per un altro, possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale.

⁵¹ Dopo l'ordinanza n. 132 del 26 giugno 2020, in materia di responsabilità penale del giornalista, nella fattispecie della diffamazione aggravata a mezzo stampa, è del 15 aprile scorso il comunicato stampa col quale la Corte ha fatto sapere di ritenere l'ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione; ma, occorrendo un intervento legislativo, in quanto l'accoglimento immediato delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata, ha concesso un anno di tempo al Parlamento, rinviando la trattazione al maggio 2022.

nel senso della sostituzione della vecchia con la nuova ‘regola’ del cognome, con le difficoltà operative (sopra accennate) che sarebbero tuttavia rimaste all’orizzonte.

Scegliere pertanto la via dell’autorimessione può considerarsi, conclusivamente, un’abile manovra della Corte per guadagnare un tempo indefinito e indefinibile, fornendo peraltro al legislatore su un piatto d’argento (per il tramite del dispositivo dell’ord. 18/2021) la soluzione praticamente obbligata, e confidando altresì sulle capacità di quest’ultimo (o del Governo all’uopo delegato) di intervenire prima o poi organicamente in materia (oltretutto, nel procedimento pendente presso il giudice *a quo*, non pesa negativamente sulle parti l’attesa della pronuncia costituzionale, giacché l’ufficiale di stato civile aveva originariamente acconsentito alla formazione dell’atto di nascita secondo la volontà dei genitori, attribuendo al figlio unicamente il cognome della madre, e solo previo ricorso del pubblico ministero, volto alla rettificazione dell’atto medesimo, si è incardinato il giudizio di fronte al Tribunale di Bolzano).

La Corte, ben sapendo che la soluzione già offerta nel 2016 non è ancora pienamente coerente col principio della parità dei genitori (che essa, come abbiamo visto, aveva peraltro parallelamente affermato), e che il meccanismo da essa stessa instaurato non è sufficiente a ristabilire quest’ultima⁵², rincara, per così dire, la dose (*«ancora una volta, la perdurante violazione del principio di uguaglianza “morale e giuridica” dei coniugi contraddice ora come allora (...) la finalità di garanzia dell’unità familiare»; «la previsione dell’inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all’identità del minore»*), e fa capire al legislatore di essere disposta a percorrere anche l’ultimo tratto di strada, con una nuova e più articolata pronuncia di accoglimento; ma confida probabilmente in parallelo di aver colto, nel dedalo delle vie processuali, e in un armamentario ormai notevolissimo, la più confacente a gettare un ponte, a ‘collaborare’ davvero col legislatore, lasciando intendere che è il proprio interlocutore istituzionale a dover realizzare fino in fondo, con una rinnovata disciplina del cognome -che metta finalmente a tema l’eguaglianza dei genitori, i diritti dei figli, l’esigenza di disporre pur sempre l’ordinamento di uno strumento identificativo delle persone anche nella loro appartenenza a un nucleo di affetti- quell’unità familiare segnata da sempre in Costituzione.

ABSTRACT

L’Autrice commenta l’ordinanza n. 13 del 2021, con cui la Corte costituzionale torna ad occuparsi della questione del cognome, ed in particolare dell’attribuibilità ai figli del solo cognome materno, in caso di accordo tra i genitori; della scelta della Corte, di rimettere di fronte a sé questione ‘pregiudiziale’ della previsione che impone comunque la trasmissione del cognome paterno nell’ipotesi in cui l’accordo manchi, si evidenziano tutte le peculiarità, alla luce degli argomenti che avrebbero forse consentito di decidere immediatamente sul tema, ma anche delle esigenze di collaborazione con il legislatore, al fine di una rinnovata e più organica disciplina in materia.

The Author discusses Constitutional Court’s judgment No. 13 of 2021, where the Constitutional Court once again deals with the question of surname, particularly the attributable to children of the maternal surname only, in case of agreement between parents. All the peculiarities of decision of the Court to refer hersef the ‘preliminary’ question of the prevision requiring the transmission of the paternal surname, in the event that the agreement is not available, are examined, considering both arguments that would perhaps have made it possible to decide immediately on the subject and collaboration needs with the legislator, in order to renewed and more organic discipline in this field.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale; giudizio sulle leggi; attribuibilità del solo cognome materno; ‘regola’ della trasmissione del cognome paterno; autorimessione di questione.

⁵² Una ricerca empirica condotta di recente dimostrerebbe lo scarsissimo esercizio del diritto all’attribuzione alla prole del doppio cognome da parte dei genitori: cfr. A. MINÀ, *Il diritto al doppio cognome paterno-materno alla prova dei fatti: quale seguito all’intervento della Corte costituzionale?*, in *Minorigiustizia*, fasc. n. 3/2020, 185.

KEYWORDS: Constitutional Court; Judicial review of legislation; Attributable of the maternal surname only; 'Rule' of transmission of the paternal surname; Self-deferring of question



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Federica Mannella *

**Oltre un serio avvertimento al legislatore?
La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”
Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale****

SOMMARIO: 1. Premessa: diritti dei minori *v.* aspirazione alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso; 2. Le peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale: una nuova categoria di “nati non riconoscibili” senza alcun margine di tutela; 3. L’inevitabile pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa; 4. Oltre l’inammissibilità: l’incostituzionalità prospettata, con l’aggiunta di alcune indicazioni “esemplificative” al legislatore.

1. Premessa: diritti dei minori *v.* aspirazione alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso

La delicata tematica relativa alla filiazione delle coppie dello stesso sesso e dei connessi diritti dei soggetti coinvolti, figli e genitori, biologici o intenzionali che siano, cerca ancora animosamente una soluzione: considerata la persistente inerzia del legislatore, le domande di tutela sono continuamente rivolte ai giudici, chiamati a operare caso per caso nel preminente interesse di quei minori nati da progetti familiari omogenitoriali, maturati o addirittura consolidati all'estero, ai quali segue poi la richiesta di un formale riconoscimento nell'ordinamento italiano. Si deve ricordare, infatti, che è di ostacolo al realizzarsi di tali progetti in Italia la previsione dell'art. 5, l. n. 40 del 2004 che limita l'accesso alle tecniche di procreazione assistita alle coppie sposate o conviventi eterosessuali, escludendo fermamente le coppie dello stesso sesso¹ e generando, a cascata, una serie di questioni legate all'impossibilità di riconoscimento dei nati all'estero, ove il divieto non vige.

Nel coacervo di tali richieste, si possono distinguere nettamente due profili, certamente connessi ma, come si vedrà, non parimenti valutabili: da una parte, il pacifico diritto del minore

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sulle censure di incostituzionalità mosse all'art. 5, l. n. 40 del 2004; in particolare, con la sent. n. 221 del 2019 ha affermato che, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è fonte di alcuna distonia o discriminazione basata sull'orientamento sessuale, rigettando di conseguenza la questione. Sul punto si veda *infra*, par. 2, in particolare nota 8.

alla continuità dello *status filiationis* anche all'interno di famiglie omogenitoriali, e, dall'altra, la possibile configurabilità di un diritto (o meglio di una mera pretesa) alla genitorialità per le coppie dello stesso sesso che potrebbero risultare discriminate, sulla base dell'orientamento sessuale, rispetto alle coppie eterosessuali, alle quali il legislatore (anche grazie a una serie di “interventi correttivi” della stessa Corte costituzionale²) ha riservato un vasto ventaglio di possibilità ulteriori per diventare genitore in presenza di difficoltà riproduttive (dall'adozione piena, alla PMA omologa e da ultimo, anche eterologa).

Le risposte che i giudici hanno fornito negli ultimi anni, nel tentativo di tamponare la riscontrata lacuna legislativa, si sono concentrate sul primo profilo: tutte le pronunce in materia di filiazione da parte di coppie dello stesso sesso sono state rivolte a tutelare *l'interesse superiore del minore alla continuità dei rapporti genitoriali*, sia nel caso di richiesta del riconoscimento degli effetti giuridici nell'ordinamento interno dell'atto di nascita (o di adozione) straniero, sia nel caso di ricorso alla c.d. adozione in casi particolari³, declassando le richieste di genitorialità delle coppie omosessuali a mera pretesa⁴.

Il caso dal quale nasce l'attesa pronuncia della Corte costituzionale qui commentata presenta, tuttavia, come si vedrà a breve, alcune condizioni peculiari e ulteriori che non hanno consentito al Tribunale remittente di ricorrere alle soluzioni già consolidate nella precedente giurisprudenza di legittimità e di merito (in particolare ricorrendo alla *soluzione-tampone* costituita proprio dall'adozione in casi particolari) e che hanno dunque reso necessario l'intervento della Corte costituzionale.

2. Le peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale: una nuova categoria di “nati non riconoscibili” senza alcun margine di tutela

La Corte costituzionale è stata investita di una questione di legittimità costituzionale riguardante, nuovamente, alcuni articoli della l. n. 40 del 2004, concernenti la tutela giuridica del nato a seguito dell'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita. Nello specifico, i

² Cfr. Corte cost. sentt. n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015: nel primo caso la Corte ha ammesso alla riproduzione artificiale le coppie eterosessuali alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo; nel secondo caso, la Corte ha aperto l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, ricorrendo alla diagnosi pre-impianto. Entrambe le pronunce si sono mosse nella logica della valorizzazione della *finalità terapeutica* assegnata dal legislatore stesso alla PMA, senza contestare nella sua globalità l'altra scelta legislativa di fondo: quella, cioè, di escludere da tali tecniche le coppie dello stesso sesso.

³ Come ancora disciplinata dall'art. 44, lett. d), l. n. 184 del 1983 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*).

⁴ Secondo una “spinta puerocentrica”, così definita da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, definizione poi ripresa anche da G. M. FLICK, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, il quale rileva come si stia realizzando una vera e propria «rivoluzione copernicana della posizione del figlio» nei nuovi contesti familiari: «prima era la famiglia a “costituire” il minore; ora è quest'ultimo a “costituire” la prima, con il suo ruolo e il suo diritto a una “genitorialità piena”, corrispondente al suo personale *best interests*». L'A. si domanda, dunque, se sia ancora corretto fare riferimento a un “diritto a diventare genitore”, oppure se sia più opportuno mutare l'ottica di analisi, configurando un “diritto ad avere un genitore”, come, in effetti, poi confermato anche dalla sentenza in commento. Cfr. anche, Corte cost. sent. n. 230 del 2020, in cui la Corte esclude l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso.

dubbi di legittimità costituzionale, sollevati dal Tribunale ordinario di Padova, riguardavano gli artt. 8 e 9, l. n. 40 del 2004, nonché l'art. 250 cod. civ., i quali, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato da PMA eterologa, praticata all'estero da una coppia di donne nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale, consenziente alla pratica fecondativa della compagna, ma non registrabile, come tale, nell'atto di nascita italiano; il ricorrente evince dunque all'interno delle disposizioni impugnate una disparità di trattamento e di tutela rispetto ai nati da PMA eterologa utilizzata da coppie eterosessuali. Più precisamente, il fine di tali disposizioni è quello di garantire il riconoscimento del legame di filiazione, anche a seguito di PMA eterologa, nei confronti della coppia che ha prestato il consenso, assumendo la relativa responsabilità genitoriale a tutela del preminente interesse del minore; tuttavia, la stessa legge n. 40 limita la possibilità di accesso a tali tecniche riproduttive alle sole coppie, sposate o conviventi, di sesso diverso.

Accertata l'inequivocabile condivisione del progetto di PMA eterologa, maturato e realizzato all'estero con il consenso di entrambe le donne, la peculiarità del caso oggetto del giudizio incidentale, dal quale nasce la questione di legittimità costituzionale, è costituita dalle circostanze che le minori (si tratta di due gemelle) siano nate in Italia e che la dichiarazione di nascita sia stata resa esclusivamente dalla madre biologica, non potendosi registrare la presenza della madre intenzionale e del consenso alla pratica dalla stessa prestato, stante il divieto posto dall'art. 5, l. 40 del 2004⁵.

La situazione è poi aggravata – rendendo dunque per il ricorrente ineludibile il ricorso alla Corte – dal fatto che non ricorrono le condizioni per procedere neppure alla c.d. adozione in casi particolari, a causa del diniego del genitore biologico, il cui assenso è previsto dalla legge sulle adozioni quale condizione imprescindibile⁶, pur essendo stato accertato giudizialmente l'interesse delle minori alla continuità dei rapporti familiari: queste ultime, infatti, dopo la nascita, hanno convissuto con le due donne per quasi cinque anni, con il conseguente coinvolgimento di entrambe nella loro cura, crescita ed educazione, sino alla rottura del rapporto e alla conseguente esclusione della madre intenzionale dalla quotidianità familiare.

Snodo cruciale della vicenda, ben evidenziato dallo stesso remittente, sta nel fatto che i nati da PMA, praticata da coppie dello stesso sesso, in assenza delle condizioni per ricorrere all'adozione in casi particolari, sarebbero destinati a un perenne stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall'altra persona che ha contribuito al progetto procreativo, andando a costituire una *nuova categoria di nati "non riconoscibili"*⁷, che, in quanto tale, sfuggirebbe a qualsivoglia forma di tutela, come invece previsto dall'ordinamento per lo *status* giuridico dei figli a livello costituzionale, legislativo e anche delle norme Cedu. In particolare, sarebbero violati i diritti del nato al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, nonché i diritti successori, da far valere nei

⁵ Cfr., più di recente, Cass., sez. I civ., sent. 3 aprile 2020, n. 7668, nella quale è stato ribadito che non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica di procreazione assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva.

⁶ Così art. 44, comma 1, lett. d), e art. 46, l. n. 184 del 1983.

⁷ Espressione ripresa dalla Corte stessa nella sentenza in commento, punto n. 1.2. del *Ritenuto in fatto*.

confronti della coppia che si è assunta la responsabilità della procreazione, in contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu, per quanto riguarda il diritto alla vita privata del bambino e alla sua identità personale. Ne conseguirebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai nati da PMA praticata da coppia eterosessuale, ai nati da PMA praticata da coppie dello stesso sesso che hanno la possibilità di accedere all'adozione coparentale, e, addirittura, rispetto ai nati da rapporto incestuoso, per il solo fatto dell'orientamento sessuale dei genitori.

Alla luce di tali rilievi, il rimettente afferma dunque di non poter accogliere l'istanza della ricorrente, dovendo tener conto, secondo una interpretazione sistematica di tutte le disposizioni in materia, del limite posto dall'art. 5 della l. 40 del 2004, che esclude, di fatto, dalle relative tutele le coppie dello stesso sesso e, di conseguenza, anche i nati nell'ambito di tali progetti genitoriali⁸.

Non è dunque in discussione la legittimità dei limiti posti alle coppie omosessuali nella possibilità di accesso alla PMA, ma, piuttosto, *l'illegittimità dell'ingiustificabile compressione dei diritti dei nati che sconterebbero il prezzo, senza volerlo, dell'illiceità delle scelte procreative della famiglia in cui nascono*. Il remittente concentra dunque il *focus* delle proprie richieste sulla tutela del superiore interesse del minore, consapevolmente sgombrando il campo da ulteriori richieste in merito al riconoscimento di un diritto alla genitorialità di tali coppie, ma, anzi, richiamando le pretese della madre intenzionale solamente a scopo *mediato e funzionale* all'attuazione delle necessarie tutele del minore nell'ambito della sua famiglia di origine.

Il Tribunale chiede dunque una pronuncia di carattere additivo, che addirittura definisce a "rime obbligate", poiché il vuoto di tutela potrebbe essere colmato solamente estendendo anche ai nati da un progetto di PMA praticata da coppie dello stesso sesso, al di là dei limiti legislativi posti all'utilizzo di tale pratica nell'ordinamento interno, la stessa tutela che le disposizioni

⁸ Sulle censure di incostituzionalità mosse all'art. 5, l. n. 40 del 2004, cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019. A commento di tale sentenza v. M. MANETTI, *La deconstituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2019, 2613 ss.; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2019, 2622 ss. In tal senso si deve richiamare anche la sent. n. 237 del 2019, nella quale la Corte ha specificato che il legislatore, approvando la l. n. 76 del 2016 non ha previsto per le coppie dello stesso sesso né la filiazione adottiva, né per fecondazione assistita, operando nel pieno della propria discrezionalità in materia. Da ultimo, cfr. anche Corte cost. sent. 230 del 2020 cit. e il relativo commento di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio.Aic.it*, n. 2 del 2 marzo 2021, 141 s., la quale rileva: "non stupisce che nella sentenza n. 230/2020 l'inammissibilità della *quaestio legitimatis* sia stata motivata dal fatto che con le leggi n. 40/2004 e n. 76/2016 il legislatore ha già compiuto alcune valutazioni in tema di omogenitorialità (seppur, nel secondo caso, in modo pilatesco), e che il riconoscimento di tale genitorialità non è imposto dalle disposizioni costituzionali invocate dal rimettente. Ciò vuol dire non che il riconoscimento sia precluso, ma che, se si vuol garantire il diritto delle coppie dello stesso sesso di diventare genitori, tale obiettivo non può essere raggiunto né attraverso un'interpretazione para-legislativa delle disposizioni vigenti né attraverso una pronuncia più o meno manipolativa di illegittimità costituzionale. Ciò vale, peraltro, anche per il connesso profilo del *vulnus* all'interesse del minore, che deriverebbe dal mancato riconoscimento del diritto alla (bi)genitorialità, ad esempio, nel caso in cui una delle due donne unite civilmente abbia prestato il consenso alla fecondazione eterologa della compagna". L'A. evidenzia, insomma, come la Corte, pur trovandosi, in questo caso, in presenza delle condizioni necessarie per poter ricorrere alla adozione in casi particolari, abbia ancora una volta ribadito che per garantire una diversa tutela del miglior interesse del minore, con più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la madre intenzionale, sia indispensabile operare sul piano delle scelte rimesse alla discrezionalità del legislatore.

censurate già garantiscono a tutti gli altri nati da procreazione assistita, quando sia accertato l'interesse del minore in tal senso⁹.

3. *L'inevitabile pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa*

La Corte costituzionale addiviene a una pronuncia di inammissibilità, non senza evidenziare, però, ancora una volta, il vuoto di tutela per questa nuova categoria di nati non riconoscibili, che il caso oggetto del giudizio, con le sue peculiarità (e che con molta probabilità potrebbero ripresentarsi in occasioni future) ha mostrato in tutta la sua gravità e che è compito del legislatore colmare, pur negli ampi margini di discrezionalità di cui gode in materia.

La Corte modula la propria decisione evidenziando, fin dai primi passaggi, una perdurante situazione di *carenza dell'ordinamento con implicazioni costituzionali* per quanto riguarda la tutela dello *status filiationis* nelle sue molteplici implicazioni e rispetto alla quale si è già espressa in numerose, seppur differenti, occasioni.

Tale rilievo, infatti, era stato già formulato ancora prima che il legislatore intervenisse dando una regolazione sia alle tecniche di PMA, sia al più ampio tema della responsabilità genitoriale. In tal senso è richiamata la precedente giurisprudenza costituzionale che, pur misurandosi con casi diversi (si trattava di nati da PMA eterologa, praticata da una coppia eterosessuale con il consenso di entrambi, quando ancora non esisteva una disciplina omogenea in materia¹⁰ e, poi, quando era ancora vietata¹¹), ha sottolineato come, in presenza di una progetto genitoriale condiviso, con il consenso prestato da entrambi, la coppia deve assumersi comunque la responsabilità dei nati, al di là del dato meramente biologico¹², al fine di garantire in capo al nato “una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione”¹³.

La Corte, richiamando tale giurisprudenza e le carenze di tutela in essa enunciate, riconosce come il legislatore abbia effettivamente recepito le sollecitazioni rivolte con l'approvazione sia della l. n. 40 del 2004 (in particolare l'art. 9 che ha valorizzato, rispetto al *favor veritatis* e al dato meramente biologico, l'importanza determinante del consenso alla genitorialità, con l'assunzione delle conseguenti responsabilità), sia del d. lgs. n. 154 del 2013 (che ha introdotto l'istituto della responsabilità genitoriale); alla luce di tali importanti interventi legislativi la Corte non può non rilevare che “*l'evoluzione dell'ordinamento segna dunque un'ancor più accentuata consonanza*” non solo con

⁹ Come si vedrà nel paragrafo successivo, in questo caso non ricorrono le condizioni per una soluzione “a rime obbligate”, o costituzionalmente imposta, stante l'ampio margine di discrezionalità legislativa in materia: ciò non impedisce, tuttavia, alla Corte di intervenire in un secondo momento con una soluzione conforme a Costituzione per sanare il *vulnus* rilevato: in tal senso cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate?”*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2021, 59 ss., il quale definisce le “rime obbligate” un “limite relativo” all'intervento della Corte costituzionale.

¹⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 347 del 1998.

¹¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 162 del 2014.

¹² Cfr. anche, più di recente, Corte cost. sent. n. 272 del 2017.

¹³ Così, da ultimo, Corte cost. sent. n. 127 del 2020.

i diritti sanciti in Costituzione¹⁴, ma anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e soprattutto della Corte EDU¹⁵.

Ma, tale riconoscimento, evidentemente, *non basta*, come dimostra il caso in esame.

La Corte osserva, infatti, come le peculiarità del caso e la concomitanza di una serie di circostanze che ostacolano la possibilità di percorrere *soluzioni-tampone* già ampiamente arate dalla giurisprudenza, rivelano una *preoccupante lacuna dell'ordinamento* nel garantire tutela a questa categoria di minori e ai loro migliori interessi, ai fini della necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, per conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Al fine di argomentare nel modo più puntuale possibile il proprio ragionamento, la Corte torna a ribadire con fermezza, ancora una volta, che *non è rilevante* l'elusione del limite stabilito dall'art. 5, l. 40 del 2004 (come, del resto, aveva già fatto, consapevolmente, il remittente), che, pur escludendo le coppie dello stesso sesso, secondo una scelta discrezionale del legislatore, non vieta però la possibilità per tali coppie di accogliere figli. Per l'ennesima volta è dunque *esclusa l'esistenza di un diritto alla genitorialità delle coppie dello stesso sesso*, ma, specularmente, non può invece escludersi la preminente tutela del miglior interesse del minore, anche se nato a seguito di tecniche di procreazione assistita, praticata all'estero da due donne.

La carenza di tutela e il vuoto normativo appena richiamati mostrano tutto il loro peso e la loro gravità proprio in quegli ambiti, come quello oggetto di giudizio, in cui il ricorso alla adozione in casi particolari, *per come è ancora regolato*, non può trovare spazio. Se l'applicazione di tale istituto ha trovato riscontro positivo nella giurisprudenza di legittimità e di merito per sopperire alla carenza di tutela dei nati da progetti genitoriali omosessuali, esso ha da subito mostrato tutta la sua debolezza, in considerazione della *ratio* della norma nell'epoca in cui è stata approvata e delle difficoltà di rendere una interpretazione evolutiva della stessa, alla luce della varietà di casi peculiari in tema di filiazione omogenitoriale che oggi continuamente si presentano all'attenzione dei giudici e che il legislatore dell'epoca non poteva contemplare.

La stessa Corte costituzionale si era già misurata in passato con l'interpretazione delle norme vigenti in materia di adozione in casi particolari: in relazione a un caso di richiesta di adozione del figlio del *partner* nell'ambito di una coppia di fatto eterosessuale, la Corte aveva avuto modo di specificare che l'art. 44, *lett. d*), l. adozioni, rappresenta una sorta di *clausola residuale*, di valvola per tutti quei casi che non rientrano nella c.d. adozione legittimante (che ricorre quando il minore versa in stato di abbandono); essa “non recide i legami del minore con la sua famiglia di origine, ma offre allo stesso *la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che lo ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui*” (corsivi aggiunti)¹⁶.

¹⁴ Cfr. punto 2.4.1.1. del Considerato in diritto (corsivi aggiunti).

¹⁵ Cfr. punto 2.4.1.2 Considerato in diritto.

¹⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 383 del 1999. Dalle argomentazioni della Corte consegue, com'è stato rilevato, un'importante distinzione, sul piano dell'applicabilità della norma ai casi concreti, tra adozione piena e adozione particolare: cfr. G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, n. 1, 2017, 79 ss.: «solo la prima ha come presupposto indefettibile lo stato di abbandono, la seconda, invece, intende realizzare il diritto del minore ad una famiglia in casi in cui, pur se non ricorrono le condizioni per l'adozione piena del minore, è comunque

Tale interpretazione resa dai giudici costituzionali ha avuto un seguito importante nella successiva giurisprudenza di merito¹⁷, per poi essere estesa, anche dalla giurisprudenza di legittimità, ai casi di richiesta di adozione del figlio del *partner* nelle coppie dello stesso sesso, assicurando, in tal modo, il fine principale di proteggere l'interesse superiore dei minori che crescono in famiglie omogenitoriali alla continuità dei rapporti parentali¹⁸.

Anche alla luce dell'ampliamento dello spettro dei casi riconducibili nell'ambito di applicazione della norma relativa all'adozione in casi particolari, resta il fatto che il caso di specie mostra concretamente l'insufficienza del ricorso a tale istituto che, per come è ancora regolato, risulta impraticabile “proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubitatamente, la *crisi della coppia* e la *negazione dell'assenso* da parte del genitore biologico/legale” (corsivi aggiunti)¹⁹.

4. Oltre l'inammissibilità: l'incostituzionalità prospettata, con l'aggiunta di alcune indicazioni “esemplificative” al legislatore

Il quadro così delineato e argomentato dalla Corte rivela, dunque, con fermezza, *l'esistenza di un vuoto di tutela* del superiore interesse del minore che trova pieno riscontro nei principi costituzionali evocati. Non può ignorarsi, tuttavia, che il legislatore gode di un ampio margine di discrezionalità in questi ambiti sensibili e a lui spetta trovare quel ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel preminente rispetto della dignità della persona umana²⁰.

Tanto giustifica il ricorso a una sentenza di inammissibilità, con la quale la Corte conclude ritenendo di non poter porre rimedio, almeno *ora*, a tale vuoto, considerato che un suo intervento, rispetto a tale caso, peculiare anche per la sua particolare “sensibilità”, potrebbe generare *disarmonie* nel complesso del sistema: specifica infatti che un suo intervento mirato, a mezzo dunque di una sentenza additiva, volto al riconoscimento dello *status* di figlio al nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, in presenza di una crisi di coppia e in carenza dei presupposti per ricorrere all'adozione in casi particolari, porrebbe in una condizione deteriore e meno garantita gli stessi nati per i quali è invece ammissibile tale forma (come si è visto meno garantista) di adozione, in presenza dell'accordo tra i genitori e dell'assenso della madre biologica.

necessario od opportuno procedere all'adozione *dando veste giuridica a relazioni familiari già esistenti di fatto*. Si delinea così una distinzione tra adozione (piena) dei minori in stato di abbandono ai quali occorre dare una famiglia sostitutiva di quella di origine, e adozione (semplice) dei minori non in stato di abbandono per i quali è opportuno dare veste giuridica a rapporti familiari di fatto. La formalizzazione del rapporto di fatto corrisponde, infatti, all'interesse del bambino nel momento in cui offre un quadro giuridico di certezze con l'assunzione di precise responsabilità ed obblighi sia nei confronti del bambino, sia nei confronti dei terzi».

¹⁷ Cfr. Corte App. Firenze, 4 ottobre 2012, n. 1274.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. I civ., n. 12962 del 26 maggio 2016.

¹⁹ Cfr. punto 2.4.1.3. del Considerato in diritto.

²⁰ V. A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente*, in *giurcost.org*, n. 1, 2021, 203 s., il quale esprime la necessità di un complessivo rifacimento dell'impianto legislativo, in modo da dotare la relativa struttura della necessaria flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”, con particolare riguardo, sopra tutti, per il ““metadiritto” della dignità”.

Pertanto, appare indispensabile un puntuale intervento legislativo che introduca una riforma complessiva e organica che individui i mezzi più congrui e adatti al raggiungimento di un *fine costituzionalmente necessario*. Insomma, spetta alla discrezionalità legislativa il compito di prendere in considerazione e ponderare opportunamente la molteplicità di situazioni peculiari oggi esistenti, a mezzo di uno specifico e puntuale riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore anche nei confronti della madre intenzionale.

Tuttavia, alla classica pronuncia di *inammissibilità per discrezionalità legislativa* – già utilizzata in altre precedenti occasioni, ancora riguardanti il delicato tema della omogenitorialità²¹ – in questa occasione la Corte si spinge oltre il monito e aggiunge qualcosa di più, fornendo al legislatore “*in via esemplificativa*”, alcuni suggerimenti per una futura regolazione in materia, al fine di riempire quel vuoto di tutela: in particolare, la Corte fa riferimento alla possibilità di una *risrittura delle previsioni in materia* di riconoscimento dei legami affettivi stabili, ovvero all’introduzione di una *nuova tipologia di adozione*, che attribuisca la pienezza dei diritti connessi a tutti i nati da progetti familiari omogenitoriali, in modo tempestivo ed efficace²².

La Corte invoca dunque un *urgente* intervento del legislatore per sanare le rilevanti lacune della disciplina legislativa, ma, al tempo stesso, non si trattiene dal prefigurare talune soluzioni, alle quali lo stesso legislatore potrà attingere, discrezionalmente, nell’ampio ventaglio di scelte normative a lui riservate.

Non si può non rilevare come la formula decisoria prescelta dai giudici costituzionali, benché in assonanza, presenti indubbiamente un carattere ben più blando, rispetto allo schema già collaudato con le pronunce relative al c.d. caso Cappato²³ e ripreso poi in altre due recenti occasioni²⁴; nonostante la minore incisività, essa non ha comunque impedito alla Corte di fissare

²¹ Cfr. A. GIUBILEI, *L’aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 9 ss., che, con particolare riferimento alla sent. n. 230 del 2020, parla di una “classica” inammissibilità per discrezionalità legislativa”, richiamando altri precedenti esempi in tal senso.

²² In relazione alla possibilità di introdurre una nuova tipologia di adozione per le coppie dello stesso sesso, si deve rilevare che, in verità, il legislatore aveva già escluso tale possibilità: infatti, in occasione dell’approvazione della l. n. 76 del 2016 in materia di unioni civili, è significativo che sia stato stralciato dal testo definitivo l’art. 5 del d.d.l., che avrebbe specificamente previsto, per le coppie omogenitoriali, la possibilità di ricorrere all’adozione coparentale. Il legislatore ha preferito invece inserire il sintagma «resta fermo quanto previsto e *consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti» in chiusura dell’art. 1, comma 20, lasciando un certo margine di manovra ai giudici per consentire di far rientrare anche l’adozione del figlio del *partner* dello stesso sesso nell’ambito di quella nozione di “adozione in casi particolari”, ma che tuttavia sta rivelando, come si è visto, tutto la sua fragilità e inadeguatezza.

²³ Corte cost., ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019. Rileva, nell’immediato, evidenti assonanze tra la sentenza in commento e la prima pronuncia sul caso Cappato A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità legislativa* (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021), in *giurcost.org*, n. 1, 2021, 221 s.

²⁴ Ci si riferisce, in prima battuta, alla decisione riguardante le norme che puniscono con la reclusione il reato di diffamazione a mezzo stampa: la Corte, con l’ord. n. 132 del 2020, ha concesso al Parlamento un anno di tempo - rinviando la trattazione della questione alla prossima udienza del 22 giugno 2021 - per approvare una nuova disciplina che operi l’opportuno bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale. Segue poi la più recente decisione in materia di c.d. ergastolo ostativo, Corte cost., ord. n. 97 del 2021: secondo la Corte, “la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro. Ha quindi osservato che tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l’unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l’articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Tuttavia, l’accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell’attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata. La Corte ha perciò stabilito di rinviare la trattazione delle questioni a maggio 2022, per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo

alcuni punti rilevanti, che presentano, in effetti, una certa assonanza con le argomentazioni delle decisioni sopra richiamate:

- in particolare, in prima battuta, la Corte rileva l'esistenza inconfutabile di un *vulnus*, dovuto al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore;
- rispetto a tale vuoto, la Corte ritiene “di non poter *ora* porre rimedio”;
- rivolge dunque un severo monito al legislatore a intervenire “*al più presto*” per il raggiungimento di un fine costituzionalmente necessario;
- invoca, infine, l'approvazione di una disciplina organica in materia, con l'indicazione, a *titolo esemplificativo*, di alcune scelte normative che il legislatore potrebbe compiere al fine di predisporre l'adeguata tutela dei nati da PMA praticata dalle coppie dello stesso sesso, con specifico riferimento al rapporto con la madre intenzionale.

Benché tali passaggi siano contenuti in una sentenza di inammissibilità, con tutti i limiti che tale decisione comporta, non può ignorarsi come la Corte lasci intendere, ricorrendo in particolare all'uso del termine “ora”, l'opportunità di un proprio intervento decisivo, più stringente, nel prossimo futuro, al ripresentarsi di simili questioni, qualora il legislatore non provveda, nei margini della propria discrezionalità, a trovare un adeguato spazio di tutela alla nuova categoria dei c.d. nati non riconoscibili, nel momento in cui riterrà di non poter concedere altro tempo, poiché “non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia”.

Insomma, la peculiarità della sentenza commentata sta nel fatto che, pur insistendo sull'ampio margine di discrezionalità legislativa in materia, evidenzia comunque un'incostituzionalità prospettata, che il legislatore dovrebbe andare a sanare alla luce delle indicazioni esemplificative fornite dalla Corte, a pena di un futuro intervento additivo²⁵. Il fatto che la Corte abbia deciso, in tal caso, più cautamente, di non imporre un termine definitivo per l'intervento del Parlamento, ma ne invochi più semplicemente l'urgenza di attivarsi, non può escludere che la Corte possa giungere nel prossimo futuro ad un esito non dissimile da quello ottenuto nel caso Cappato.

Si tratta forse di un'occasione persa per ritardare soluzioni più nette²⁶, o invece di una scelta consapevolmente animata dalla garanzia del principio collaborativo tra Corte e legislatore, al quale viene indicata una possibile e ragionevole strada da seguire, in tempi prossimi ma non definiti con scadenza²⁷ (visto che comunque in passato l'imposizione di un termine ultimo non ha

mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi” (così Comunicato stampa della Corte cost. del 15 aprile 2021).

²⁵ Cfr. F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1645 ss., il quale evidenzia la differenza tra decisioni strettamente monitorie e quelle che pur presentando la forma del monito, esprimono qualcosa in più, vale a dire quelle di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata.

²⁶ Cfr. M. PICCHI, “*Figli di un dio minore*”: *quando lo status filiationis dipende da luogo di nascita (Brevi riflessioni sulla sentenza n. 230 del 2020)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 8 s., la quale, in occasione di altra sentenza di inammissibilità per discrezionalità legislativa in materia di rapporto tra nato e genitore intenzionale, osserva che l'impressione sia “che la Corte abbia voluto allontanare il più possibile da sé questi temi insistendo più volte sulla spettanza al legislatore delle scelte inerenti la tutela dei diritti del genitore intenzionale e dei figli, dato il suo ruolo di interprete della coscienza sociale”.

²⁷ Definisce, invece, la sentenza in commento “apodittica”, con abdicazione del ruolo di garanzia di legittimità costituzionale della Corte, A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?* in *giurcost.org*, n. 2, 2021, 375, invocando, per il caso di specie, la necessità di ricorrere a una formula decisoria come quella utilizzata dalla stessa Corte nel c.d. caso Cappato.

pagato), per evitare una dichiarazione di incostituzionalità, nel rispetto delle prerogative del potere legislativo in una materia particolarmente sensibile come quella trattata²⁸.

Intanto, nelle more di un improbabile intervento del Parlamento, i giudici continuano a misurarsi con casi simili in cerca di soluzione, stante il divieto del *non liquet*, e sarà interessante verificare come saranno utilizzate le argomentazioni rese dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento²⁹.

²⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *AA.VV., Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, 517 ss., in particolare 525 s., il quale ha rilevato che “La necessità di un intervento del legislatore in varie occasioni viene segnalata dalla giurisprudenza, sia da quella costituzionale, attraverso lo strumento dei ‘moniti’ più o meno espliciti, sia anche da quella comune e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia. D’altra parte, è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l’ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale”.

²⁹ Sono già state segnalate alcune pronunce successive, nella quali i giudici fanno riferimento alle sentt. della Corte costituzionale n. 32 e 33 del 2021: di recente, cfr. M. GATTUSO, *Cagliari e Roma: le prime due decisioni dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *articolo29.it*, 5 maggio 2021, il quale segnala, in particolare, la decisione della Corte di Appello di Cagliari, Sez. I civ., decreto del 16 aprile 2021, depositato il 29 aprile 2021., che ha confermato la necessità di iscrivere anche la madre intenzionale nell’atto di nascita. In particolare, la Corte di Appello, richiamando a sostegno le ampie argomentazioni dei giudici costituzionali, rileva che la sent. n. 32 del 2021 della Corte costituzionale non esclude che i giudici possano rendere una interpretazione costituzionalmente orientata della norma impugnata, considerato che l’art. 8, l. n. 40 del 2004 prevede che siano riconosciuti come genitori i due membri della «coppia» che hanno espresso il consenso con atti conclusivi: ne consegue che il termine “coppia”, quando indicato senza alcuna declinazione di genere, può essere riferito anche alle coppie omosessuali, secondo una interpretazione evolutiva, in tal caso ritenuta inevitabile.

Giovanna Pistorio*

**L'operatività multilivello della leale collaborazione.
Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale. ****

SOMMARIO: 1. La leale collaborazione istituzionale. – 2. Scelte di politica legislativa su prestazioni in materia di sicurezza sociale, tra vincoli europei e conformità a Costituzione. – 3. Questioni doppiamente pregiudiziali: la priorità della questione di comunitarietà. – 3.1. L'inversione dell'ordine delle priorità e la tutela delle identità costituzionali. – 4. *L'obiter dictum* nella sentenza n. 269 del 2017 e i temperamenti della successiva giurisprudenza. – 5. Il ruolo del giudice comune. – 6. Dalla “disapplicazione della disapplicazione” all'interazione dialogica tra Corti.

1. La leale collaborazione istituzionale.

Come *leitmotiv* che ricorre nella giurisprudenza costituzionale più recente, insinuandosi nei meandri più diversi ed eterogenei, il principio di leale collaborazione implica una dinamica e costruttiva interazione «fra i diversi sistemi di garanzia (...) affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti»¹. Non è certo una novità che la Corte invochi il principio di leale collaborazione².

Tuttavia, nella giurisprudenza degli ultimi anni sembra progressivamente irrompere con sempre maggiore impeto e forza per dirigere e guidare i rapporti tra i diversi organi, sul piano interno e sovranazionale.

In questo quadro di proficua cooperazione, la Corte assurge, nella sua funzione di garante della Costituzione, a direttore d'orchestra. Un direttore che, per rafforzare il proprio ruolo propulsore, coinvolge e stimola tutti gli elementi a vario titolo coinvolti per l'ottima riuscita del risultato finale che, fuor di metafora, si traduce nella migliore tutela dei diritti fondamentali. D'altra parte, se «la

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Corte cost., sent., n. 269 del 2017, § 5.2.

² Come efficacemente rammentato da R. BIN, *La leale collaborazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in www.robertobin.it, 2008, «come tutti i grandi principi, il principio di leale collaborazione non ha una data di nascita precisa. Tuttavia si può convenzionalmente fissare il momento della sua affermazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale in un *obiter dictum* con cui termina la sentenza 219/1984», ove si auspica che «nell'applicazione della legge i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscono assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle norme costituzionali».

decisione della Corte non è che un frammento di un processo e di una dinamica ordinamentale che prosegue in altre sedi (...) la necessaria cooperazione (...) deve governare i rapporti tra tutte le Istituzioni»³.

Pur potendo, dunque, in più di un'occasione, risolvere la questione mediante strumenti a propria disposizione, la Corte si è orientata, invece, in nome della leale collaborazione, verso diverse strade. Strade che privilegiano, all'immediata definizione della controversia, il sollecito intervento di altri organi, per garantire, attraverso un percorso dialogico, una tutela più efficace, adeguata, opportuna. Senza mai «abdicare a contribuire “per la propria parte”», il giudice costituzionale «pare riservarsi un ruolo di sintetizzatore della pluralità dei livelli normativi contrassegnati da un rapporto osmotico»⁴, aprendosi a un'interlocazione sempre più diretta e costruttiva con il legislatore, con la sfera politica Parlamento-Governo, con i giudici comuni, con la Corte di giustizia. Una stagione di indubbio attivismo, dunque⁵. Una stagione in cui ampliare il “contraddittorio” pare la strategia più efficace per contrastare la marginalizzazione della propria posizione nella tutela dei diritti e rafforzare così il proprio ruolo di pilastro portante dell'intera architettura ordinamentale⁶. D'altra parte, difendendo il pluralismo, la Corte riesce a difendere se stessa, ovvero l'efficacia della propria funzione di catalizzatore nella tutela di quel che rappresenta il nucleo duro dell'assetto costituzionale.

Basti pensare alle numerose “sentenze monito”. Si tratta di pronunce che contengono «“inviti” rivolti al Governo e alle Camere, in spirito cooperativo, per porre rimedio a situazioni normative problematiche, obsolete o comunque suscettibili di evolvere in un vero e proprio attrito con i principi costituzionale»⁷. Ancor più indicativa, poi, la nuova tecnica decisoria con cui il giudice costituzionale «ritiene opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni (...) a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali»⁸. L'incostituzionalità viene accertata. O, comunque, prospettata. Eppure, la Corte sceglie di non dichiararla, per evitare destabilizzanti lacune normative o «effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»⁹. A tutela della

³ Così, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, 6.

⁴ In tal senso, cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamento e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2020, 89 s.

⁵ È in tal senso che M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, 2, 11 interpreta, tra le altre, le più recenti posizioni della Corte assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, la rieditazione della dottrina delle rime obbligate, l'allentamento dell'onere di interpretazione conforme, l'approccio rispetto all'intervento di terzi in sede di giudizio di costituzionalità.

⁶ Di «marginalizzazione del proprio ruolo nella tutela dei diritti», avverso la quale la Corte ha reagito su più fronti con la più recente giurisprudenza, di cui la sentenza n. 269 del 2017 è «“figlia”», cfr. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in www.giurcost.org, 18 marzo 2020, 3.

⁷ Così, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 11, con riguardo alle sentt. nn. 20 e 40 del 2019.

⁸ Così, Corte cost., ord. n. 132 del 2020. In precedenza, sul noto caso Cappato, cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 2018. Da ultimo, cfr. ord. n. 97 del 2021. Non mancano però dubbi e perplessità sulla nuova tecnica decisoria, a fronte della disinvoltata applicazione delle regole sul processo costituzionale, ad essa sottesa o con riguardo all'eccessiva politicità della Corte, di cui ne sarebbe manifestazione. Più approfonditamente, cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 106.

⁹ Corte cost., ord. n. 97 del 2021.

discrezionalità politica, non procede, quindi, «a rime obbligate»¹⁰. Esclude, così, il ricorso a pronunce di natura manipolativa. Con una precisazione: «non può e non intende sottrarsi (...) al suo compito naturale», ovvero «quello di verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione». Ma solo laddove è possibile, tenuto conto del «confine dei suoi poteri decisorii»¹¹. Instaura, così, un dialogo con il legislatore.

Rileva, poi, in tale contesto, l'intervento, sia pur più contenuto e moderato, sui gangli nodali del rapporto Governo-Parlamento, in tema di fonti. Si pensi agli esiti derivanti dalle ingerenze sui vizi della decretazione d'urgenza¹². Stigmatizzando, poi, quella che è la «problematica prassi» derivante dal ricorso al binomio maxi-emendamento - questione di fiducia, la Corte invoca la collaborazione degli organi coinvolti per ripristinare la costituzionalità violata¹³. A tutela dunque del dibattito parlamentare, della forma di governo, della certezza del diritto, il giudice costituzionale abbandona il proprio *self restraint*, ingerendosi, sia pur timidamente, nel circuito politico. Vero è che al riproporsi della questione, sollevata da singoli parlamentari, la Corte esclude il verificarsi di «un abuso del procedimento legislativo tale da determinare quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari che assurgono a requisiti di ammissibilità»¹⁴. Tuttavia, afferma anche che, «*in altre situazioni* una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti»¹⁵. Con ogni probabilità potrebbe essere, quindi, «l'eccezionale contesto in cui la legge di bilancio è adottata», tenuto conto peraltro del necessario rispetto dei vincoli europei¹⁶ a precludere la sindacabilità della «questione di fiducia ai fini dell'approvazione senza emendamenti di un disegno di legge in seconda lettura»¹⁷. Di indubbia evidenza, in ogni caso, il monito nei confronti del Parlamento, per garantire che «il ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale»¹⁸. Ecco allora la necessità di attenersi ai «momenti essenziali dell'*iter legis*», che consentono ai parlamentari di «collaborare *cognita causa* alla formazione del testo, specie nella fase in commissione, attraverso le discussioni, la proposta di testi alternativi e di emendamenti»¹⁹. Ancora una volta, dunque, è l'invito alla collaborazione il filo rosso che garantisce il rispetto della Costituzione.

¹⁰ Secondo la nota espressione di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84, la Corte può intervenire solo laddove non c'è margine di discrezionalità legislativa.

¹¹ Corte cost., ord. n. 132 del 2020.

¹² Dalla reiterazione (Corte cost., sentt. nn. 302 del 1988 e 360 del 1996) alla sindacabilità degli emendamenti in sede di conversione (Corte cost., *ex plurimis*, decc. nn. 22 del 2012, 32 e 251 del 2014, 154 e 186 del 2015, 169 del 2017, 5 del 2018, 226 e 274 del 2019, 115 e 149 del 2020), passando per il vizio derivante dalla mancanza dei presupposti (Corte cost., *ex plurimis*, sentt. nn. 171 del 2007, 128 del 2008, 83 del 2010, 93 del 2011, 10 del 2015, 287 del 2016, 97 del 2019, 149 del 2020).

¹³ Corte cost., sentt. nn. 32 e 251 del 2014. Ci sia consentito rinviare a G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018, 302 ss.

¹⁴ Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.5.

¹⁵ Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.5.

¹⁶ Più approfonditamente sulle problematiche in questione, cfr. M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 2021.

¹⁷ Corte cost., ord. n. 60 del 2020. Poi, cfr. anche ord. n. 197 del 2020.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.1.

¹⁹ Corte cost., ord. n. 17 del 2019, § 4.1.

Una riflessione più approfondita merita, in tale sede, il rapporto tra Corte e potere giudiziario. In nome del principio di leale collaborazione, la Corte intende valorizzare il dialogo, procedendo su un doppio binario: con i giudici di ogni ordine e grado e con la Corte di giustizia. Unico lo scopo: assicurare una tutela sistemica di principi e valori costituzionali, soprattutto a fronte di possibili antinomie tra diritto interno e diritto dell'Unione europea. Passando attraverso il principio di leale collaborazione vengono così "rivisitati" il ruolo dell'efficacia diretta delle norme Ue e conseguentemente il primato e la connessa disapplicazione, ovvero i pilastri portanti alla base del processo di integrazione europea. Una rilettura ineluttabile «alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (...) che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»²⁰. A fronte quindi del possibile «concorso di rimedi giurisdizionali», derivanti dalla «sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana», si è imposta «una precisazione» giurisprudenziale per meglio armonizzare i rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale²¹.

È in tale contesto che la Corte costituzionale si è rivolta ai giudici comuni, invitandoli a una più proficua collaborazione tale da garantire alla stessa «di essere interpellata (...), di essere parte del processo interpretativo», ogniqualvolta i principi e i diritti sanciti sul piano europeo si intersecano con i principi e i diritti garantiti sul piano interno²². Solo in tal modo, la Corte, quale istanza di garanzia, evita di ritrovarsi esclusa dal circuito sovranazionale di tutela dei diritti e, in quanto essa stessa *longa manus* della Corte di giustizia, contribuisce alla formazione dell'identità europea, esprimendo la *viva vox constitutionis* nazionale nel panorama sovranazionale.

2. Scelte di politica legislativa su prestazioni in materia di sicurezza sociale, tra vincoli europei e conformità a Costituzione.

È nella nuova stagione della relazione triangolare tra giudici, Corte costituzionale e Corte di Giustizia che si inserisce la scelta della Corte di cassazione di riunire dieci ordinanze di rinvio dal contenuto affine, per sollevare, con ordinanza n. 175 del 17 giugno 2019, questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte²³. Non si tratta *solo* di un'antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione europea.

La questione è normativamente complessa e istituzionalmente contorta, a causa di un complicato intreccio di disposizioni interne e sovranazionali che coinvolge a vario titolo, il legislatore, l'amministrazione, i giudici comuni, la Commissione europea.

²⁰ Corte cost., sent., n. 269 del 2017, § 5.2.

²¹ Corte cost., sent., n. 269 del 2017, § 5.2.

²² In tal senso, cfr. D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *www.forumcostituzionale*, 2018.

²³ Non è la prima volta che la Corte di Cassazione, sulla scorta di quanto indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 2017, ha optato per l'incidente di costituzionalità; cfr. anche la precedente ordinanza n. 3831 del 16 febbraio 2018. Ordinanza di promovimento della questione sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con l'ordinanza n. 117 del 2019.

Tutto ha inizio con una scelta - *rectius* più scelte - di politica legislativa nel settore nevralgico della sicurezza sociale. Settore in cui occorre trovare un equo e ragionevole temperamento tra la spinta europeista che sollecita a valutazioni il più possibile inclusive²⁴ e il sistema nazionale ineluttabilmente irrigidito dalla limitatezza delle disponibilità finanziarie²⁵.

È in tale contesto che si inseriscono le disposizioni nazionali controverse.

L'art. 1, comma 125, della legge n. 190 del 2014, dispone che, per ogni figlio nato o adottato tra il 1° gennaio 2015 e il 31 dicembre 2017 «è riconosciuto un assegno erogato mensilmente a decorrere dalla nascita o dall'adozione, fino al compimento del terzo anno di età o di ingresso nel nucleo familiare, con lo scopo di «incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno». L'erogazione di tale beneficio viene poi rinnovata con le successive leggi nn. 205 del 2017, 136 del 2018, 160 del 2019. Nella versione originaria e nelle successive proroghe, però, siffatto assegno è riconosciuto ai figli dei cittadini italiani o di uno Stato membro dell'UE o di cittadini extracomunitari con permesso di soggiorno di lungo periodo, senza alcun riferimento ai figli di cittadini extracomunitari con permesso di soggiorno unico, ovvero di quei cittadini di Paesi terzi che, pur non beneficiando ancora dello *status* di soggiornanti di lungo periodo, sono stati ammessi in uno Stato in base al diritto dell'Unione, per svolgere attività lavorativa.

Analoga preclusione riguarda l'erogazione dell'assegno di maternità.

L'art. 74 del decreto legislativo n. 151 del 2001 prevede infatti la concessione di tale beneficio, per ogni figlio nato dal 1° gennaio 2001, o per ogni minore in affidamento preadottivo o in adozione, alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie o in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo.

Siffatte esclusioni assumono una coloritura ambigua, se non palesemente discriminatoria, qualora lette alla luce del regolamento CE n. 883/2004 del 29 aprile 2004, sul diritto alla parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale e ancor più se esaminate con riguardo alla direttiva 2011/98/UE (c.d. direttiva “permesso unico”) che, riconoscendo un insieme di benefici comuni a tutti i lavoratori, arricchisce il sistema europeo di tutela dei diritti sociali. In particolare, per quel che interessa in tale sede, la direttiva dispone la *parità di trattamento tra i cittadini nazionali e gli stranieri titolari di un permesso unico di soggiorno nei settori della sicurezza sociale* (art. 12, par. 1, lett. e), consentendo, poi, agli Stati di introdurre deroghe a siffatta parità di trattamento solo per gli stranieri di Paesi terzi che non abbiano svolto nel proprio territorio un'attività lavorativa per un periodo minimo di sei mesi e non siano registrati come disoccupati (art. 12, par. 2, lett. b).

Il 25 dicembre 2013 scade il termine per il recepimento di tale direttiva e lo Stato italiano provvede con il decreto legislativo n. 40 del 2014.

Purtroppo, si tratta di un recepimento tardivo e incompleto.

In nome di una presunta pre-conformazione, nella relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo di recepimento, si legge che «sotto il profilo della parità di trattamento dei lavoratori

²⁴ Più approfonditamente, cfr. S. SCIARRA, *Ci sarà una solidarietà europea?*, in *Rivista del diritto della Sicurezza sociale*, 2016, 1 ss.; V.M. De STEFANO, *Casual Work Beyond Casual Work in the EU: The Underground Casualization Of The European Workforce – and What To Do About It*, in *European Labour Law Journal*, 2016, 421 ss.

²⁵ In Tal senso, cfr. D. GALLO-A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in *www.rivista.eurojus.it.*, 2020, 308 s.

con i cittadini italiani, di cui all'articolo 12 della direttiva (...) le norme vigenti sono già in linea con le norme europee sia per quanto riguarda le condizioni di lavoro, la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro, che la libertà di aderire alle organizzazioni dei lavoratori e di avvalersi dei servizi resi dei centri per l'impiego». Secondo lo Stato italiano, le disposizioni vigenti sono dunque già conformi all'art. 12 della direttiva 2011/98/UE.

Tutto resta quindi immutato. Compresa le prestazioni in materia di sicurezza sociale.

Un silenzio a dir poco assordante. Un'inerzia legislativa che non resta priva di conseguenze. Tutt'altro. Inevitabili le incertezze a livello interno. Ineluttabili le sanzioni in ambito sovranazionale.

Sul piano amministrativo, nessuna perplessità in merito all'applicazione della norma che circoscrive l'erogazione dell'assegno di maternità ai soli stranieri soggiornanti di lungo periodo. Anzi, successivi atti amministrativi hanno espressamente limitato l'accesso a tali soggetti, anche per l'erogazione dell'assegno di natalità poi introdotto²⁶. Senza dubbio alcuno, quindi, l'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS) ha costantemente negato la concessione di assegni di nascita e di maternità²⁷.

Molti, invece, i giudici che, interrogandosi sull'eventuale efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva, si sono orientati su un versante diametralmente opposto.

Due le tipologie di fattispecie da distinguere. I rapporti giuridici sorti tra la scadenza del termine per l'adempimento della direttiva e l'entrata in vigore dell'atto nazionale e quelli sorti successivamente a quest'ultimo.

Per i primi, si sono espletati tre controlli. Si è acclarato il decorso infruttuoso del termine per il recepimento, senza che il legislatore vi avesse provveduto; si è poi rilevato in via ermeneutica, il carattere della norma sufficientemente preciso, chiaro, incondizionato e attributivo di diritti ai singoli; si è accertata infine la natura verticale del rapporto in cui la norma viene invocata.

Per i secondi, si è accertata l'antinomia tra l'art. 12 della direttiva e la norma nazionale di recepimento, in quanto carente e lacunosa.

Unica la soluzione: assicurare il primato della norma europea. Così, molte autorità giudiziarie hanno garantito l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva, ritenendo illegittima l'esclusione dei titolari di permesso unico di lavoro²⁸.

²⁶ In tal senso, cfr. le circolari INPS 27 febbraio 2017, n. 39; 16 marzo 2017, n. 61; 28 aprile 2017, n. 78.

²⁷ Stupisce, ma non troppo, la persistente e disinvolta applicazione della normativa nazionale ad opera dell'INPS e dei Comuni, a fronte delle recenti sentenze del Tar Puglia (Lecce) nn. 1321, 1322 e 1341 del 2020, ove viene addirittura rinnegato, in via generale, il potere di disapplicazione della pubblica amministrazione, a fronte di un'antinomia con il diritto dell'Unione, seppur in palese contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr., *ex plurimis*, CGCE, sentt. 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, § 30-31; Id., 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, § 49; Id., 12 giugno 2005, Cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *Fratelli Martini e Cargill*, specie § 101; Id., 6 marzo 2007, causa C 292/04, *Meilicke e a.*, § 34; Id., 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, § 36; di «administrative direct effect», quale corollario della primazia del diritto dell'Unione europea parla M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, 2005).

²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Tribunale di Firenze, sent. 25 gennaio 2016; Tribunale di Modena, sent. 30 settembre 2016; Tribunale di Milano, sent. 2 maggio 2017, n. 11528; Corte di Appello di Milano, sent. 28 luglio 2017, n. 1403; Tribunale di Bergamo, ord. 30 novembre 2017, n. 6422; Id., 2 marzo 2018; Corte di Appello di Torino, sent. 20 settembre 2017; Tribunale di Padova, sent. 21 febbraio 2019.

Diversa la strada percorsa dalle sezioni lavoro del Tribunale ordinario di Reggio Calabria e del Tribunale di Bergamo. Queste hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 74 del decreto legislativo n. 151 del 2001, nella parte in cui riserva l'erogazione dell'assegno di maternità alle sole donne straniere in possesso di un permesso di soggiorno di lungo periodo, per violazione degli artt. 2, 3, 10, 31, 38 e 117 della Costituzione, dell'art. 14 della Cedu e 21 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte, con ordinanza 4 maggio 2017, n. 95, dichiara le questioni inammissibili per difetto di motivazione sulla rilevanza, precisando che «il rimettente ha mostrato di non essersi posto il problema della eventuale applicabilità, anche solo per escluderla, al caso delle ricorrenti, della disciplina dettata dall' articolo 12 della direttiva 13 dicembre 2011 numero 2011/98/UE», nonostante per consolidata giurisprudenza costituzionale, egli debba «indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea». Analoga “sanzione” di inammissibilità grava nei confronti della sezione lavoro del Tribunale di Torino rispetto alla quale, la Corte, più di recente, con ord. n. 52 del 2019, ribadisce, richiamando il precedente, che «il giudice rimettente avrebbe dovuto prendere in esame la (...) direttiva 2011/98/UE – e in particolare il principio di parità di trattamento, come interpretato dalla Corte di giustizia – e valutarne l'applicabilità nel caso sottoposto al suo giudizio»²⁹. Sembra quasi che la Corte suggerisca ai giudici che la norma della direttiva ha efficacia diretta, esortandoli, finanche, a intraprendere un percorso ermeneutico che possa garantire l'erogazione agli stranieri, titolari del permesso unico, di tutti i benefici socio-assistenziali rientranti nel campo di applicazione della direttiva in esame³⁰.

Sul piano sovranazionale, non è passata inosservata l'inefficienza del recepimento italiano.

È in corso, dunque, una procedura di infrazione, ai sensi dell'art. 258 TFUE, avverso l'Italia, a fronte delle modalità, considerate inadeguate, con cui il legislatore ha provveduto all'attuazione della direttiva 2011/98/UE.

Per tale ragione, nel disegno di legge recante “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019-2020”, approvato in via definitiva dal Senato il 20 aprile 2021, si legge l'opportunità di estendere il novero dei soggetti beneficiari di prestazioni sociali, comprendendovi i cittadini extracomunitari, in possesso di permesso di soggiorno unico.

Nel frattempo, però, viene chiamata in causa anche la Corte di giustizia, su una questione simile. È la corte di appello di Genova che, quale *longa manus* del giudice europeo, instaura un processo di collaborazione dialogica con la Corte, sollevando rinvio pregiudiziale. L'istanza viene formulata nel corso di un procedimento civile instaurato a causa di una presunta discriminazione contro la cittadina di un Paese terzo, Martinez Silva, alla quale era stata negata dal Comune l'erogazione dell'assegno a favore dei nuclei familiari numerosi perché titolare di un permesso unico di lavoro e non invece di un permesso di soggiorno Ue di lungo periodo. L'autorità

²⁹ Sulla “sanzione” di inammissibilità della Corte costituzionale nelle ordd. nn. 95 del 2017 e 52 del 2019, cfr. F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 3,

³⁰ In Tal senso, cfr. A. PITINO, “Concerto” tra Corti e tutela della maternità delle donne straniere titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro, in *Corti supreme e salute*, 2018, 116.

remittente chiede se l'assegno per i nuclei familiari numerosi è riconducibile alle prestazioni di sicurezza sociale e se, in caso di risposta affermativa, in base al principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, sia possibile estendere l'erogazione di siffatta prestazione anche agli stranieri in possesso di un permesso unico. La Corte di giustizia risponde affermativamente a entrambi i quesiti. Precisa, in primo luogo, che la concessione di tale beneficio prescinde «da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del richiedente» ed «è destinata, attraverso un contributo pubblico al bilancio familiare, ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento dei figli»³¹. Aggiunge, poi, che, a fronte del mancato esercizio della facoltà di deroga da parte dello Stato italiano, in fase di recepimento della direttiva 2011/98/UE, l'articolo 12 della direttiva «deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico (...), non può beneficiare di una prestazione come l'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli minori (...)».

D'altra parte, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Qualora, dunque, lo Stato italiano avesse voluto limitare la parità di trattamento tra cittadini nazionali e stranieri, in applicazione di quanto previsto dall'art. 12, par. 2, lett. b, della direttiva 2011/98/UE, avrebbe dovuto ricorrere a una deroga espressa³².

In assenza di siffatta scelta normativa, le amministrazioni persistono a negare l'erogazione di benefici in materia di prestazioni sociali, dimenticando di essere organi nazionali obbligati, in quanto tali, a garantire il primato del diritto dell'Unione, mediante l'applicazione delle norme dotate di efficacia diretta, se antinomiche con il diritto nazionale.

I giudici continuano a disapplicare l'art. 74 del decreto legislativo n. 151 del 2001 e l'art. 1, comma 125, della legge n. 190 del 2014, con l'intenzione di rimuovere «un Comune alla volta, le discriminazioni ancora esistenti tra cittadini e stranieri rispetto alla tutela dei diritti di sicurezza sociale»³³.

In tale contesto eterogeneo, confuso, incerto, la Corte di cassazione preferisce la via del controllo di costituzionalità e solleva questione con ordinanza n. 175 del 17 giugno 2019.

Per meglio comprenderne cause ed effetti, occorre fare un passo indietro, ricostruire la precedente giurisprudenza costituzionale e dell'Unione e soffermarsi a riflettere sulla «precisazione» del giudice costituzionale, contenuta nella sentenza n. 269 del 2017.

È da tale «precisazione» che tutto ha avuto inizio.

3. Questioni doppiamente pregiudiziali: la priorità della questione di comunitarietà.

³¹ CGUE, 21 giugno 2017, C-449/16, *Martinez Silva*, § 24.

³² Anche con riguardo alla direttiva 2003/109/Ce, la Corte di giustizia si era già espressa sulla necessità che il legislatore, per avvalersi delle deroghe ivi previste in materia di prestazioni sociali, deve manifestare siffatta volontà in modo espresso. CGUE, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*. Sul tema, cfr. B. NASCIMBENE- I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 323 ss.

³³ Così, A. PITINO, «Concerto» tra Corti e tutela della maternità delle donne straniere titolari di permesso unico di soggiorno e di lavoro, cit., 120.

Sappiamo bene quale sia stato, per lungo tempo, il consolidato orientamento, nazionale e sovranazionale, in tema di doppia pregiudizialità.

A fronte di una disposizione nazionale che il giudice ritenga contemporaneamente antinomica tanto con la Costituzione quanto con disposizioni del diritto dell'Unione europea, la via da percorrere era semplice e lineare. Era indubbia la priorità da accordare al rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità.

D'altra parte, nell'Europa dei mercati, unici e ineludibili principi cardine del sistema europeo erano il primato e l'effetto diretto. L'intervento, in prima battuta, della Corte di Lussemburgo era dunque necessario e improcrastinabile, in quanto funzionale ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto ai fini dell'immediata efficace applicazione dello stesso.

Sul versante costituzionale, *nulla quaestio*. Anzi. Secondo la Corte, la questione di compatibilità comunitaria costituiva «un *pruus* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità», investendo «la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione»³⁴. L'intervento della Corte di giustizia era dunque *condicio sine qua non* per l'esame nel merito della questione. Nessuna pretesa di prevaricazione da parte del giudice costituzionale nei confronti della Corte di giustizia. Né, però, nessun segno di deferenza che potesse spingere essa stessa a esperire il rinvio pregiudiziale³⁵. Con un atteggiamento a metà strada tra «l'isolazionista e lo snob», la Corte preferiva fossero i giudici a porsi e a risolvere, con l'ausilio del giudice di Lussemburgo, i problemi di interpretazione del diritto dell'Unione³⁶. A tal punto, da sconfessare persino la sua stessa natura di organo giurisdizionale, configurandosi come organo di controllo, privo di legittimazione per il rinvio pregiudiziale³⁷. Forse in nome di un presunto «diritto all'ultima parola» o forse nel timore di dover «prendere ordini» dalla Corte di giustizia, accordare priorità alla questione di comunitarietà ben si atteggiava al ruolo che il giudice costituzionale intendeva ricoprire nei rapporti con l'ordinamento dell'Unione³⁸. Un ruolo che però, nel tempo, ha portato all'(auto)esclusione della Corte stessa dal sistema decisionale. Fatto salvo, naturalmente, il caso dei controlimiti. L'eventuale dubbio sulla lesione di principi supremi o diritti fondamentali avrebbe spinto il giudice costituzionale a intervenire fattivamente, in quanto «giurisdizione costituzionale delle libertà»³⁹. È ben noto però che, in un contesto privo di interazione e scambio, azionare i controlimiti non avrebbe significato attiva e proficua collaborazione con la Corte di giustizia, ma anzi una rottura di non poco momento. Forse per questo, i controlimiti sono rimasti a lungo un'arma disinnescata.

³⁴ Corte cost., sent. ord. 284 del 2007. Ma in precedenza, cfr. anche ordd. nn. 536 del 1995, 319 del 1996, 108 del 1998. Successivamente, cfr. ordd. nn. 415 del 2008, 100 del 2009, 227 del 2010, 75 del 2012, 216 del 2014.

³⁵ Così, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 4503.

³⁶ In tal senso, cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a "rete" di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, 2019, 9.

³⁷ Più approfonditamente, cfr. cfr. B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. H. H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Padova, 2004, 148 s.

³⁸ Per tale orientamento, cfr. Così, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 4505.

³⁹ Secondo la nota espressione di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco svizzero e austriaco)*, Milano, 1955.

3.1 *L'inversione dell'ordine delle priorità e la tutela delle identità costituzionali.*

Poi, tutto cambia. Non in modo brusco e repentino, ma con gradualità. In un lungo percorso fatto di piccoli e coordinati passi. In armonia con quella «serie progressiva di realizzazioni “concrete”» di cui si sostanzia il processo di integrazione europea, come prefigurato sin dal lontano 9 maggio 1950 nella Dichiarazione di Schuman⁴⁰. Un percorso scandito da ampliamenti istituzionali, modifiche normative, assestamenti giurisprudenziali.

L'ampliamento delle competenze dell'Unione, il maggior spazio di intervento, il cammino che conduce dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'inevitabile, quanto problematico, intreccio tra Carte costituzionali e Carta di Nizza sono i principali fattori che contribuiscono a ridisegnare i confini dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento sovranazionale. È per tale ragione che il processo di integrazione viene riletto dalle Corti, di Lussemburgo e di Roma, con lenti progressive che, rifuggendo da visioni ciecamente miopi, aprono nuovi scenari. Scenari che si inseriscono in un sistema reticolare, basato sulla collaborazione dialogica e orientato a incrementare la tutela effettiva e sostanziale dei diritti dell'uomo.

È in tale contesto che si inserisce la «rivisitazione» della sentenza *Simmenthal* da parte della stessa Corte di giustizia.

Cruciale l'evento scatenante, *rectius*, gli eventi. In Francia, con una modifica normativa del 2009⁴¹, si inverte l'ordine delle priorità nelle questioni doppiamente pregiudiziali. In Austria, con una *revirement* giurisprudenziale⁴², la Corte costituzionale tende a un accentramento di competenze, in nome di una presunta «rinazionalizzazione» della tutela dei diritti fondamentali⁴³, escludendo l'obbligo del rinvio pregiudiziale, a fronte di un'eventuale coincidenza, sul piano sostanziale, tra un diritto sancito nella Carta di Nizza e uno garantito dalla Costituzione.

Nasce così il dubbio sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della priorità accordata alla questione di legittimità costituzionale rispetto alla pregiudiziale europea e sulla possibile compromissione del rinvio pregiudiziale ad opera dei giudici comuni. Nell'ottica di una fruttuosa

⁴⁰ Così, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 5.

⁴¹ Si tratta della legge organica 10 dicembre 2009, n. 1523, relativa all'applicazione dell'art. 61-1 della Costituzione, con cui è stato inserito un nuovo capo II *bis* al titolo II del decreto legislativo 7 novembre 1958, n. 1067, di approvazione della legge organica sul *Conseil constitutionnel*, ove si prevede che «in ogni caso, il giudice, quando investito di motivi che contestano la conformità di una disposizione legislativa, da un lato, con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione e, dall'altro, con gli obblighi internazionali della Francia, deve pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione della questione di legittimità costituzionale al Conseil d'État o o alla Cour de cassation». Più approfonditamente sulla questione, cfr. N. LUPO, G. RIVOSECCHI (a cura di), *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Torino, 2012, 5 ss.

⁴² Si tratta della decisione del *Verfassungsgerichtshof* del 14 marzo 2012, U 466/11, con la quale si estende il controllo di costituzionalità alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in applicazione del principio di equivalenza tra i diritti sanciti dalla Cedu (equiparati ai diritti di rango costituzionale) e i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, precisando altresì che laddove un diritto della Carta di Nizza e uno costituzionale abbiano portata sostanzialmente coincidente non vi sarebbe, peraltro, obbligo di rinvio pregiudiziale, ex art. 267 TFUE.

⁴³ Così, A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B. e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it, 2 ottobre 2014, 7.

collaborazione, la Corte di cassazione francese prima e la Corte suprema austriaca poi si rivolgono alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale.

Unica, in entrambe le occasioni, la soluzione indicata dal giudice di Lussemburgo⁴⁴. Invertire l'ordine delle pregiudiziali è compatibile con il diritto dell'Unione. A tre condizioni e nel rispetto di un limite di carattere sostanziale, però.

Occorre, in primo luogo, assicurare che tale meccanismo non pregiudichi il ruolo del giudice comune che, quale *longa manus* della Corte di giustizia, si è sempre avvalso del prezioso strumento del rinvio pregiudiziale⁴⁵, «architave» del sistema giuridico dell'Unione⁴⁶. Invertire l'ordine delle pregiudiziali non deve, quindi, in alcun modo compromettere la funzionalità del rinvio pregiudiziale, quale strumento di dialogo nel processo di integrazione europea. Siffatto meccanismo opera, infatti, come la «“chiave di volta” del sistema giurisdizionale dell'Unione», assicurando l'effettiva operatività del rapporto di «essenziale complementarietà tra giudice dell'Unione e giudice nazionale a tutela dei diritti attribuiti dalle norme *comuni*: alla Corte di giustizia (...) la funzione nomofilattica, mentre al secondo (...) il compito di applicare uniformemente il diritto»⁴⁷.

Le tre «riserve» sono dunque poste a garanzia del giudice comune⁴⁸. L'eventuale priorità accordata alla questione di legittimità costituzionale, rispetto alla pregiudiziale europea, non osta dunque al diritto dell'Unione, purché gli organi giurisdizionali nazionali, esperito il tentativo di interpretazione conforme, «restino liberi: di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione»⁴⁹.

Il limite di carattere sostanziale è funzionale, invece, a salvaguardare la competenza della Corte di giustizia sulla validità degli atti dell'Unione e attiene, dunque, al “contenuto” della legge nazionale, oggetto della questione. Qualora si tratti di un contenuto “vincolato”, ovvero la normativa interna si limiti a trasporre le disposizioni di una normativa sovranazionale che, in quanto “totalizzante”, non lascia margini di discrezionalità agli Stati membri, non può consentirsi

⁴⁴ CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melii e Adbeli*; CGUE, 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B.* Come sottolineato dalla dottrina, i dispositivi delle sentenze sono quasi identici «con motivazioni pressoché sovrapponibili» (A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B. e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, cit., 3).

⁴⁵ In tal senso, cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4090.

⁴⁶ Da ultimo, cfr. F. FERRARO, P. DE PASQUALE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, 396.

⁴⁷ In tal senso, cfr. R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstad sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in *www.eurojus*, 2021, 1, 172.

⁴⁸ Così, R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, cit., 4090.

⁴⁹ CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melii e Adbeli*; Id., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B.*

la priorità del giudizio di costituzionalità⁵⁰. D'altra parte, un intervento del giudice costituzionale, in tal caso, potrebbe tradursi in un'usurpazione, in un'invasione di campo in un ambito della Corte di Lussemburgo. Si pensi, ad esempio, a un'eventuale dichiarazione di illegittimità di una norma nazionale, il cui contenuto coincide di fatto con quello di una norma europea. Siffatta declaratoria non potrebbe che incidere sulla competenza esclusiva della Corte di giustizia, in merito alla validità degli atti dell'Unione, pregiudicandola. Si tratterebbe infatti di una pronuncia su di una normativa formalmente nazionale, ma sostanzialmente europea, la cui forza è sempre stata inequivocabilmente indiscussa⁵¹.

Al di là di tale limite e nel rispetto delle tre condizioni, via libera dunque al prioritario rinvio di costituzionalità, rispetto alla pregiudiziale europea.

Si tratta di un'indubbia attenzione della Corte di giustizia verso le «specificità dei sistemi nazionali»⁵². Riconoscere la precedenza alla questione di costituzionalità significa infatti «attivare una dinamica interpretativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale» diventa «un'essenziale coordinata ermeneutica» del diritto dell'Unione, volta «a propiziare un movimento ascendente (dal basso verso l'alto) di elaborazione giurisprudenziale dei diritti che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri»⁵³.

Nessuna breccia al primato, dunque. Nessuna rivoluzione epocale. «Solo» la ragionevole evoluzione, graduale e progressiva, del processo di integrazione che, mediante la voce della Corte di giustizia, esprime una «diversa modalità di manifestazione della stessa *primauté* del diritto europeo»⁵⁴. Il rigore della sentenza *Simmenthal* si attenua e i pilastri portanti della costruzione europea, ovvero primato ed efficacia diretta, vengono plasmati alle esigenze del modello di integrazione, proiettato ben oltre quell'impostazione meramente mercantile che ne ha caratterizzato la nascita. Un modello in cui sembra erompere, con tutto il suo vigore, il motto dell'Unione che, *Uniti nella diversità*, tende a comporre una sempre maggiore equilibrata compenetrazione tra esigenze nazionali e interessi europei.

Emblematica di siffatto avvicinamento della Corte di giustizia alle specifiche peculiarità dei sistemi nazionali è la ragionevolezza dimostrata nella c.d. saga Taricco⁵⁵. Occasione in cui il

⁵⁰ CGUE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Mellie e Adbeli*, § 54; Id., 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A. c. B.*, § 43

⁵¹ Si pensi ai casi di pre-conformazione al diritto dell'Unione e si rammentino, a tal riguardo, le declaratorie di inammissibilità delle richieste referendarie pronunciate dalla Corte costituzionale, con sentenze nn. 41 e 45 del 2000, con riguardo a una normativa nazionale, relativa alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato. In tali occasioni, posto che la disciplina, oggetto della questione, pur essendo *formalmente* nazionale, rappresentava *sostanzialmente* una parziale e anticipata attuazione di una direttiva comunitaria, la Corte ha escluso l'ammissibilità delle richieste referendarie su di essa incidenti.

⁵² In tal senso, cfr. F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it.*, 2020, 6.

⁵³ Per tale orientamento, cfr. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2954. *Contra*, secondo R. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale*, in *www.giudicedonna.it*, 4/2017, accordare priorità alla questione di costituzionalità significa riconoscere prevalenza all'interpretazione della Carta di Nizza da parte della Corte costituzionale, provocando così una «riconformazione, sul piano ermeneutico, dei contenuti della stessa Carta, anche per il tramite delle invocate tradizioni costituzionali comuni».

⁵⁴ Così, SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., 2954.

⁵⁵ La nota saga «Taricco» si compone di diverse pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale (CGUE, 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*; Id., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*; Corte cost., ord. n. 24 del 2017, sente. n. 115 del 2018) che rappresentano, come affermato da quest'ultima, nel comunicato stampa del 31 maggio 2018, «un significativo esempio di «dialogo tra Corti», dialogo che spesso si auspica, ma con qualche dubbio che possa effettivamente

giudice di Lussemburgo ha sperimentato che, mediante un'interlocuzione meditata e collaborativa, è possibile realizzare quell'effettiva integrazione tra ordinamenti, necessaria e preziosa per la tutela dei diritti. È proprio quando sono in gioco i diritti fondamentali che l'interazione della Corte di giustizia con «il massimo custode della tradizione costituzionale nazionale», attraverso autolimitazioni e riconoscimenti reciproci, garantisce quella composizione armonica cui tende il sistema giuridico europeo⁵⁶.

È proprio in occasione di tale vicenda, peraltro, che, sul versante nazionale, la Corte costituzionale abbandona ogni rigurgito di sovranismo. Rifugge da tendenze isolazioniste. Evita lo scontro, il corto-circuito ineluttabilmente derivante dal ricorso ai controlimiti⁵⁷. Assume, così, in chiave dialogica e cooperativa, un ruolo attivo «nel laboratorio giurisprudenziale dei diritti fondamentali tutelati a livello europeo»⁵⁸. La scelta si rivela vincente. Viene salvaguardata e difesa l'identità costituzionale nazionale, senza per questo compromettere i rapporti con la Corte di giustizia. Tutt'altro. Nel sistema reticolare in cui la Corte costituzionale è, a pieno titolo e ormai definitivamente, entrata a far parte, «ha toccato con mano il peso che essa è in grado di esercitare nel “dialogo” con le corti in Europa», dimostrando «come non sempre un ruolo analogo possa essere adeguatamente svolto dai soli giudici comuni»⁵⁹.

4. Non è la prima volta che la Corte costituzionale ricorre al rinvio pregiudiziale.

Risale al 2008 il primo esperimento, ma in sede di giudizio in via principale⁶⁰. Mancando la figura del giudice *a quo*, nei giudizi in via di azione, non era chiaro se e in che modo la scelta della Corte costituzionale potesse considerarsi l'alba di un nuovo cammino o fosse una scelta (quasi) obbligata.

Nel 2013, però, in un giudizio in via incidentale⁶¹, il custode dei diritti fondamentali chiama in causa Lussemburgo⁶². Inizia davvero il dialogo. Si dischiudono nuovi scenari. Comincia a emergere l'idea che, in un sistema multilivello, in cui si intrecciano Carte e Corti, quel che conta non è «chi debba pronunciare la prima parola (...), conta invece un rapporto di apertura reciproca

svolgersi. Sul caso Taricco però, attraverso i provvedimenti della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale italiana, si è svolto effettivamente un dialogo e l'esito è stato proficuo». Sulla saga, la dottrina è amplissima; cfr., *ex plurimis*, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga” Taricco*, Milano, 2018.

⁵⁶ In tal senso, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 2019, 2, 18.

⁵⁷ Sulla questione, cfr. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2016, 2.

⁵⁸ Così, M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in www.cortecostituzionale.it, 20.

⁵⁹ Per tale orientamento, cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a “rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 6.

⁶⁰ Corte cost., ord. n. 103 del 2008.

⁶¹ Corte cost., ord. n. 207 del 2013.

⁶² Secondo la nota espressione di H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione (1930-31)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981, 277.

e di confronto tra le Corti, che consenta di individuare una soluzione comune capace di offrire la migliore risposta (...) all'esigenza di tutela dei diritti nel singolo caso concreto»⁶³.

La saga Taricco ne è chiara dimostrazione. Entrambe le Corti, di Roma e Lussemburgo, acquistano maggiore consapevolezza della concreta funzionalità del meccanismo pregiudiziale, se da esse attivato. Innegabile, dunque, che l'esito della stessa abbia spinto la Corte alla «precisazione» di cui alla sentenza n. 269 del 2017.

Tutto inizia con un *obiter dictum*.

Probabilmente incoraggiata dall'atteggiamento di maggiore apertura dimostrato dalla Corte di Lussemburgo, nell'ottica di un attivo dinamismo interpretativo, la Corte costituzionale afferma che «daddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, *debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale*, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE» e fermo restando, per il giudice comune, l'obbligo di disapplicare al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione»⁶⁴.

Anche nell'ordinamento italiano acquista cittadinanza l'inversione dell'ordine delle pregiudiziali⁶⁵.

Prima il sindacato della Corte costituzionale, poi, se del caso, nessun ostacolo al rinvio a Lussemburgo.

Accese le immediate critiche nei confronti di due profili della precisazione giurisprudenziale.

In primo luogo, la doverosità del previo esperimento della questione di costituzionalità desta perplessità di non poco momento. Pare compromessa l'assoluta e indiscussa discrezionalità di cui gode il giudice comune nell'avvalersi del meccanismo pregiudiziale, in palese contrasto con la granitica giurisprudenza sovranazionale. Ancor più inaccettabile, poi, la limitazione disposta nei confronti del giudice, autorizzato a rivolgersi alla Corte di giustizia solo per altri profili, ovvero per questioni diverse da quelle già affrontate con il vaglio di costituzionalità. Quasi immediato, però, il ridimensionamento di tali dubbi, a fronte della successiva giurisprudenza. Nel 2019, la Corte costituzionale ridefinisce i confini della relazione triangolare tra giudice comune, giudice costituzionale e giudice europeo, mitigando la “regola 269” e fugando ogni dubbio sui presunti contrasti con l'orientamento di Lussemburgo⁶⁶.

Il temperamento deriva dall'aver qualificato in termini di *opportunità*, in luogo della precedente doverosità, il prioritario ricorso alla Corte costituzionale e dall'aver precisato, poi, che in ogni caso resta ferma la possibilità per il giudice di sottoporre alla Corte di giustizia *sulla medesima disciplina* qualsiasi questione pregiudiziale a suo avviso necessaria.

⁶³ In tal senso, cfr. F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, cit., 284.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 269 del 2017, § 5.2, corsivi aggiunti.

⁶⁵ Purché siano in gioco i diritti garantiti dalla Carta di Nizza. Ben più ampia, invece, l'estensione operata in Francia (cfr. nota 41 del presente lavoro).

⁶⁶ Corte cost., sentt. nn. 20, 63, 117 e 119 del 2019.

L'approccio «269 temperato»⁶⁷ è foriero però di ulteriori nuove perplessità.

Innanzitutto, a partire dalla sentenza n. 20 del 2019, si amplia il novero degli atti europei dotati di capacità parametrica nelle questioni doppiamente pregiudiziali. Il prioritario ricorso alla Corte costituzionale, inizialmente circoscritto ai casi di presunto contrasto di una norma nazionale con un diritto sancito nella Carta dei diritti fondamentali, viene esteso a tutto il diritto derivato dell'Unione purché chiami in gioco i diritti garantiti dalla Carta. La Carta diventa una sorta di grimaldello che esplica, dunque, un rilevante «effetto di irraggiamento», capace di «estendersi sottotraccia al diritto UE attuativo dei diritti fondamentali»⁶⁸. Ragionando sull'ampiezza di quest'ultimo, i timori diventano significativi. L'eccezione espressa nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017 rischia di trasformarsi in «regola aurea»⁶⁹. Il dubbio che il nuovo orientamento giurisprudenziale inciti il giudice a prediligere il percorso nazionale in luogo di quello europeo, si alimenta smisuratamente. Indiscusso e destabilizzante l'effetto, in termini di «accentramento della tutela delle posizioni giuridiche soggettive euro-unitarie presso la Corte costituzionale»⁷⁰.

Vero è che anteporre il giudizio di costituzionalità alla questione pregiudiziale è funzionale a consentire alla Corte di riacquistare «ulteriore terreno nell'assolvimento del suo compito di garanzia dei diritti»⁷¹ nello spazio giuridico europeo, assicurando coerenza ed equilibrio⁷², e alla Costituzione di riprendere centralità, di recuperare una sorta di «predominio assiologico» nella tutela multilivello dei diritti⁷³.

Tuttavia, siffatta opportunità non può certo spingersi fino ad «allargare indefinitamente il margine di controllo della Corte costituzionale», giungendo a «un *monismo costituzionale rovesciato*», tale da consentire al giudice delle leggi di invadere gli spazi di competenza della Corte di giustizia, anche mediante un assorbimento del parametro europeo nel giudizio di costituzionalità, compromettendo così, peraltro, anche il sindacato espletato dai giudici comuni tramite la disapplicazione⁷⁴.

5. Il ruolo del giudice comune.

Molti i dubbi, tante le difficoltà, grande il disordine.

⁶⁷ Così, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, 16.

⁶⁸ In tal senso, cfr. R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta Ue: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in www.giustizjainsieme.it, 2019.

⁶⁹ Così, R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta Ue: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit.

⁷⁰ In tal senso, cfr. . CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta Ue: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit.

⁷¹ Per tale orientamento, cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una "svolta" opportuna della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2019, 13.

⁷² Per tale orientamento, cfr. L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in www.quadernicostituzionali.it, 18 dicembre 2017, 6, secondo il quale l'accentramento del sindacato in capo alla Corte è funzionale a garantire «che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento sia di segno positivo e garantisca un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

⁷³ Così, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 16, nota 44.

⁷⁴ Per tale orientamento, cfr. G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2960.

Poche e non sempre chiare le “linee guida” offerte ai giudici comuni.

Indubbia la possibilità di scegliere - in presenza di una disposizione nazionale che suscita contestualmente dubbi di costituzionalità e di conformità al diritto dell’Unione direttamente efficace, sia esso sancito nella Carta, sia nel diritto derivato ad essa connesso - tra la strada nazionale e quella europea.

Seguire il percorso europeo significa disapplicare la norma nazionale, previo rinvio pregiudiziale, se opportuno o doveroso, qualora si tratti di organo giurisdizionale di ultima istanza.

Seguire il percorso nazionale implica invece ricorrere alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità.

L’uno non esclude mai l’altro. In via alternativa e non contestuale, però.

Non convince, dunque, la proposta di disapplicazione e contemporaneo rinvio alla Corte costituzionale⁷⁵. Anche se chiara e plausibile è la *ratio*: conciliare le esigenze di immediatezza ed effettività della tutela, a garanzia del singolo e del diritto dell’Unione, con la certezza del diritto che solo una pronuncia della Corte costituzionale, con effetti *erga omnes*, è in grado di assicurare. Due gli ostacoli che precludono la percorribilità di siffatta strada. Sul piano formale, è insormontabile, a legislazione invariata⁷⁶, il difetto di rilevanza «con conseguente scardinamento delle norme a presidio dell’incidentalità del giudizio»⁷⁷. Sul piano sostanziale, viene meno la possibilità dell’interazione tra Corti che, consentendo la composizione del conflitto in via interpretativa, realizza quell’armonizzazione sistematica cui tende il processo di integrazione europea.

A fortiori, non convince la «sperimentazione di soluzioni “innovative”»⁷⁸, volte a intraprendere contemporaneamente il doppio rinvio a Roma e Lussemburgo⁷⁹. Si tratta di un’opzione «che sembra creare più problemi di quanti ne voglia risolvere»⁸⁰. Difficile e problematica è, in tal caso, infatti la gestione delle due procedure parallele, soprattutto a fronte di eventuali sovrapposizioni o divergenze di risultati. L’assai alto rischio di corto-circuiti derivante dal doppio rinvio spinge a sperare «che la Corte costituzionale trovi un modo per scoraggiare tale pratica» e indurre i giudici a seguire alternativamente il percorso nazionale o quello europeo⁸¹.

⁷⁵ In tal senso, cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 28.

⁷⁶ Auspica un intervento del legislatore della revisione costituzionale, in tema di questioni doppiamente pregiudiziali, A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti*, in www.giurcost.org, 26 marzo, 2018.

⁷⁷ Così, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, cit., § 4. Semmai, percorribile la strada proposta da F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell’Unione europea*, in www.federalismi.it, 2020, 20, vale a dire la sospensione in via cautelare degli effetti della legge nazionale, accompagnata dalla rimessione della questione di costituzionalità.

⁷⁸ Cfr. le due ordinanze con cui la Corte di appello di Napoli, il 18 settembre 2019, ha sollevato questione di costituzionalità e rinvio pregiudiziale.

⁷⁹ In tal senso, cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2020, 79.

⁸⁰ Così, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in www.europeanpapers.eu, 2020, 514.

⁸¹ Più approfonditamente sulla questione, cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit. 509 ss. Si veda, però, Corte cost., sent. n. 254 del 2020, ove a fronte di

Nell'effettuare siffatta scelta, però, nulla o quasi è come prima. È a partire dalla sentenza n. 269 del 2017 che si traccia una nuova perimetrazione dei confini tra ordinamenti e tra giudici, rispetto al passato e alla granitica giurisprudenza costituzionale e sovranazionale sul primato del diritto UE⁸².

Non è più necessariamente dirimente, nella scelta tra disapplicazione e rinvio alla Corte costituzionale, l'efficacia diretta o meno della norma dell'Unione.

Se la norma è priva di efficacia diretta, *nulla quaestio*. Esperito infruttuosamente il tentativo di interpretazione conforme, interpellare la Corte costituzionale è l'unica via.

Qualora invece la norma sia dotata di efficacia diretta, ma siano in gioco i diritti fondamentali, è comunque possibile rivolgersi alla Corte costituzionale. Ecco la novità. L'efficacia diretta della norma non obbliga più il giudice comune alla disapplicazione, ben potendo questi sollevare questione di costituzionalità, senza venir "sanzionato" con una declaratoria di inammissibilità, per difetto di rilevanza⁸³.

La presunta lesione dei diritti fondamentali incide, quindi, sul *discrimen* che orienta la scelta del giudice.

Non è più solo la *forma* che conta, ma la *sostanza*.

È l'«impronta tipicamente costituzionale», ovvero la disciplina in materia di diritti fondamentali, che caratterizzando le norme dell'Unione, a prescindere dalla fonte in cui sono

un contestuale rinvio alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale, quest'ultima non si esprime in alcun modo, in ordine alle possibili problematiche derivanti da una siffatta scelta.

⁸² CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, § 16 ss., ove si afferma che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie». Ne consegue che «che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria». Sul versante nazionale, come noto è a partire dalla sentenza *Granital* che si riconosce il primato delle norme comunitarie e la conseguente disapplicazione delle norme nazionali se antinomiche con norme europee dotate di efficacia diretta, cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, ove si legge che «le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato. Non importa, al riguardo, se questa legge sia anteriore o successiva (...). L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (...). La conseguenza ora precisata opera però, nei confronti della fonte statuale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno. Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia; e d'altronde, è appena il caso di aggiungere, essa soggiace al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità».

⁸³ Che la priorità da accordare alla questione di costituzionalità rispetto alla questione pregiudiziale è affermata in termini di scelta e non di obbligo sin dall'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, è ben chiarito da A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, cit., § 3, anche a fronte della giurisprudenza europea e, in particolare, della sentenza CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd.*, § 26, ove si legge che «il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione».

contenute, orienta il giudice nella scelta del percorso da intraprendere⁸⁴. Al «*criterio funzionale*», connesso alla natura della norma parametro che si presume violata, si affianca dunque un «*meccanismo “assiologico, valoriale”*», che implica l'opportunità di anteporre al rinvio pregiudiziale la questione di costituzionalità⁸⁵.

Opportunità che dipende anche dalla relazione che intercorre tra la normativa nazionale e quella dell'Unione europea con essa antinomica.

È in primo luogo preclusa siffatta possibilità, sulla base di quanto già rilevato, in merito al limite sostanziale sancito dalla Corte di Lussemburgo, qualora la normativa nazionale ricalchi la norma sovranazionale. A tutela delle competenze del giudice europeo.

Sul versante opposto, invece, a garanzia dell'ordine costituzionale, qualora «le esigenze di uniformità siano meno impellenti», ovvero gli Stati godano di un più ampio margine di intervento, potrebbe rivelarsi migliore la scelta di accordare priorità al rinvio nazionale⁸⁶. È, in altri termini, il «principio di prossimità» che deve guidare il giudice nella scelta tra i due percorsi, valutando la «maggiore vicinanza della fattispecie ad un ordinamento piuttosto che all'altro»⁸⁷. Indubbio, poi, in tale analisi, il rinvio alla Corte costituzionale qualora l'antinomia si sviluppi tra disposizioni nazionali ed europee, recanti principi e obiettivi, essendo più appropriato il coinvolgimento del giudice delle leggi per salvaguardare la propria funzione⁸⁸, quale organo che riesce, meglio di ogni altro, a orientare «lo sviluppo della Costituzione in una determinata direzione», assicurando efficacemente la tutela dei diritti, l'assetto democratico, il pluralismo costituzionale⁸⁹.

6. Dalla “*disapplicazione della disapplicazione*” all’*interazione dialogica tra Corti*.

È per tale ragione che, con ogni probabilità, a fronte della presunta discriminazione, in tema di prestazioni sociali, perpetrata dalla normativa nazionale a nocimento degli stranieri in possesso del solo permesso unico, la Corte di cassazione privilegia, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità.

⁸⁴ In tal senso, cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, cit., 10.

⁸⁵ Così, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 15.

⁸⁶ In tal senso, cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 519.

⁸⁷ Così, cfr. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 519.

⁸⁸ Per tale orientamento, cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2017, 9, secondo il quale laddove «si tratti di puntuali antinomie fra regole spetta al giudice comune disapplicare la regola interna», mentre laddove «l'antinomia riguarda una norma nazionale in contrasto con principi (od obiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali».

⁸⁹ Così, H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 259 s.

In un panorama eterogeneo e spesso caotico⁹⁰, non è la prima volta però che la Corte di cassazione intraprende il percorso nazionale, nel caso di questioni doppiamente pregiudiziali⁹¹.

Anche con ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831, la Suprema Corte si sottrae al dialogo diretto con la Corte di giustizia e, pur in presenza di una norma europea dotata di effetto diretto, ricorre alla «disapplicazione della disapplicazione»⁹².

Si tratta, in entrambi i casi, di una scelta attentamente ponderata, frutto di un'equilibrata riflessione.

Avrebbe potuto procedere alla disapplicazione della normativa nazionale, magari previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Disapplicazione che - come evidenziato dalla stessa Corte - avrebbe conseguito la duplice finalità a essa connessa, ovvero garantire un'immediata tutela ai soggetti interessati e assicurare la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto nazionale⁹³.

Eppure, la Cassazione esclude la percorribilità di siffatta strada.

Nel caso di specie, relativo all'erogazione delle prestazioni sociali, la Corte precisa altresì che «il meccanismo di funzionamento della non applicazione» della normativa nazionale non può realizzare «effetti analoghi a quelli derivanti dalla pronuncia di incostituzionalità», per violazione degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, della Costituzione⁹⁴.

Sembrano proprio riecheggiare le parole della Corte costituzionale pronunciate nella sentenza n. 269 del 2017, ove si afferma che, a fronte di eventuali antinomie tra il diritto interno e il diritto dell'Unione europea, finanche dotato di efficace diretta, «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale, per evitare che la disapplicazione dei giudici comuni trasmodi in un controllo diffuso di costituzionalità.

Questa la *ratio* sottesa alla scelta della Cassazione.

Appare ineludibile quindi l'intervento della Corte costituzionale.

Intervento che, a dispetto, dei paventati timori legati a un eccessivo accentramento delle competenze, si è rivelato prezioso, efficace, collaborativo.

Constatata «una connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di Cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici», la Corte riconosce la propria competenza a «salvaguardarli in una

⁹⁰ Con la sentenza n. 12108 del 2018, la Corte di Cassazione ha scelto il percorso europeo, disapplicando direttamente la norma nazionale antinamica con quella dell'Unione europea, posto che quanto indicato dalla Corte, a partire dalla sentenza n. 269 del 2017 è una «proposta metodologica» non vincolante. Sempre a fronte della non vincolatività dell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, con le sentenze nn. 13678 del 2018 e 451 del 2019, la Corte di cassazione ha invece escluso la percorribilità del percorso nazionale, sollevando rinvio pregiudiziale dinanzi al giudice di Lussemburgo. Più approfonditamente, sul tema, cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 79 s.; A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità □ dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *www.osservatorio.sullefonti*, 2018, 11. Sul rinvio pregiudiziale operato dalla cassazione con sent. n. 19598 del 2020, cfr. le osservazioni critiche di R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *www.federalismi.it*, 18 novembre 2020.

⁹¹ È a seguito di tale ordinanza che la Corte costituzionale si è poi pronunciata con l'ord. n. 117 del 2019, sollevando questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

⁹² In tal senso, cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 93.

⁹³ Cfr., sul punto, Cassazione, ordinanza n. 175 del 17 giugno 2019, § 6 del *Considerato in Diritto*.

⁹⁴ Così, Cassazione, ordinanza n. 175 del 17 giugno 2019, § 8 del *Considerato in Diritto*.

prospettiva di massima espansione»⁹⁵. Prospettiva che implica il coinvolgimento della Corte di giustizia perché «il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia salvaguardati dalla Costituzione italiana (artt. 3, primo comma, e 31 Cost.), devono, infatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)».

È nell'ottica di un «rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione» che la Corte si rivolge, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia, «in quanto depositaria del “rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati”»⁹⁶, così come indicato dall'art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. È per effetto di tale disposizione, peraltro, che il Trattato di Lisbona introduce un nuovo vincolo all'obbligo degli Stati di «assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», prevedendo espressamente che essi debbano stabilire, nei rispettivi ordinamenti, «i rimedi giurisdizionali necessari»⁹⁷. Rimedi che, come indicato anche dalla Corte di giustizia, vanno concepiti «in virtù del principio di leale collaborazione», di cui l'art. 19 TUE è sintomatica espressione⁹⁸.

Ecco allora che il giudice costituzionale sceglie la cooperazione con la Corte di Lussemburgo.

Indubbiamente defaticante per le parti, ma innegabilmente vincente in una prospettiva sistematica e ordinamentale ispirata al principio di leale collaborazione. È una via che consente di «disinnescare i potenziali conflitti tra Corti»⁹⁹ e di evitare disorientamenti, disapplicazioni eccessivamente disinvolute e finanche ribellioni dei giudici comuni, a fronte di eventuali dispositivi divergenti o addirittura antinomici provenienti da Roma e Lussemburgo¹⁰⁰.

Non era una scelta obbligata. Tutt'altro.

Sul piano formale, avrebbe potuto anteporre il parametro costituzionale interno, procedendo a un assorbimento del parametro europeo nel giudizio di costituzionalità¹⁰¹. Ma non è stata questa la strada percorsa dalla Corte. Nessuna lesione, dunque, all'autonomia del diritto dell'Unione, sia della Carta dei diritti fondamentali, sia del diritto derivato ad essa connesso.

⁹⁵ Corte cost., ord. n. 182 del 2020, §3.2.

⁹⁶ Corte cost., ord., n. 182 del 2021, § 3.2

⁹⁷ Si tratta di una disposizione di particolare rilievo, nell'ottica di una costruzione unitaria del sistema giurisdizionale, spesso però trascurata in dottrina, come efficacemente constatato da R. BARATTA, *Le pregiudiziali Randstat sull'incensurabilità per cassazione della violazione di norme europee imputabile al giudice amministrativo*, in www.eurojus, 2021, 1, 172.

⁹⁸ CGUE, 27 febbraio 2028, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, §33 e 34; Id., 8 aprile 2020, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, § 47-49, ove, peraltro, la Corte non solo richiama «la necessità della coerenza fra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione, nonché il principio dello Stato di diritto, ma soprattutto lo stretto collegamento con il principio della tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 47 della Carta, oltre che dall'art. 6 CEDU: un principio generale (...) che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (...) sancito dagli articoli 6 e 13» della Cedu e «attualmente affermato dall'art. 47 della Carta» (B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in www.eurojus, 2020, 3, 276.

⁹⁹ In tal senso, cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una “svolta” opportuna della Corte costituzionale*, cit., 31.

¹⁰⁰ Per tale orientamento, cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4098.

¹⁰¹ D'altra parte, come efficacemente rilevato da R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 509 ss., la Corte ha spesso affrontato i casi di sovrapposizione tra parametro interno e parametro sovranazionale, accordando priorità al primo.

Sul piano sostanziale, avrebbe potuto preferire il monologo al dialogo. Ma non lo ha fatto¹⁰². Anzi. Interviene per «valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia», senza rinunciare, però, a esprimere la propria voce¹⁰³. Ecco il senso del confronto, orientato alla convergenza verso un unico condiviso obiettivo: la massima valorizzazione dei diritti tramite il raggiungimento di un ragionevole equilibrio tra identità nazionali ed esigenze europee.

Instaurando così un rapporto di proficua collaborazione con il giudice europeo, la Corte si inserisce nella logica del «sistema “a rete”», con una duplice funzione. Sul piano interno, reca il proprio contributo a tutela dell'identità costituzionale nazionale. Dimostra, passo dopo passo, che quell'atteggiamento auto-isolazionista appartiene al passato. Offre al giudice comune «“un quadro di riferimento” per l'esercizio del bilanciamento» che questi è chiamato a espletare nel caso concreto¹⁰⁴. Sul piano sovranazionale, concorre alla costruzione del patrimonio europeo di protezione dei diritti fondamentali¹⁰⁵. Sembra fugato, dunque, il pericolo di una Corte costituzionale «arroccata sulle sue posizioni»¹⁰⁶, ma anche di «un *monismo costituzionale rovesciato*»¹⁰⁷. Il giudice costituzionale rifugge da invasioni di competenze, ma partecipa attivamente, con la consapevolezza di poter contribuire a ridefinire i contorni di un nuovo scenario. Scenario in cui, dunque, la Corte gioca un ruolo strategico nell'incessante attività di garanzia e di interpretazione dei diritti fondamentali. Un'attività che parte dallo Stato, a tutela dell'identità costituzionale ma che, per effetto dell'operatività multilivello della leale collaborazione, si sviluppa *oltre lo Stato*, nel contesto del sinergico attivismo determinato dal processo di integrazione europea. Siffatto dinamismo ben si attaglia, in una prospettiva di più ampio respiro, a quella «“globalizzazione” costituzionale» che, come da più parti auspicato, deve orientare la Corte «a guardare al di là», in una prospettiva universalistica del costituzionalismo¹⁰⁸.

¹⁰² Così, R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamento e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 83.

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

¹⁰⁴ In tal senso, cfr. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, cit., § 7.

¹⁰⁵ Per tale orientamento, cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a “rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 24.

¹⁰⁶ Così, R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamento e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 88.

¹⁰⁷ Così, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2960 ss.

¹⁰⁸ In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Milano, 2008, 392.



Ordinanza n. 4 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio – Giudice relatore e redattore: Augusto Barbera
decisione del 14 gennaio 2021, deposito del 14 gennaio 2021
Comunicato stampa del [14 gennaio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso [n. 101 del 2020](#)

parole chiave:

EMERGENZA SANITARIA – LEALE COLLABORAZIONE – SOSPENSIONE DELLA LEGGE IMPUGNATA

disposizioni impugnate:

- intera [legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 09/12/2020, n. 11](#) (nonché, in particolare, artt. 2, commi 4, 6, 7, 9, da 11 a 15, 18 e da 20 a 25, e 3, comma 1, lett. a)

disposizioni parametro:

- artt. 25, secondo comma, 117, secondo comma, lettere m), q), h), e terzo comma, nonché 118 e 120 della [Costituzione](#)

dispositivo:

sospensione di efficacia della legge impugnata

Con ricorso notificato a mezzo pec e depositato il 21 dicembre 2020, il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'intera legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), in riferimento agli artt. 25, secondo comma, 117, secondo comma, lettere m), q), h), e terzo comma, nonché 118 e 120 della Costituzione, e al principio di leale collaborazione.

La legge regionale impugnata, infatti, **disciplina la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica indotta dalla diffusione del virus Covid-19** ma – secondo il Governo – fa questo creando un meccanismo autonomo ed alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria, «cristallizzando con legge» una situazione che la normativa statale consente alle Regioni di gestire «esclusivamente in via amministrativa».

La materia trattata, infatti, sarebbe da ricondurre alla **competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale** (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), e di **determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali** (art. 117, secondo comma, lettera m, Cost.), oltre che a **principi fondamentali della materia tutela della salute**,

tali da imporsi anche all'autonomia speciale; tale assetto corrisponderebbe alla necessità di una **gestione unitaria della crisi**, di carattere internazionale, anche in ragione della allocazione delle funzioni amministrative, da parte del legislatore statale, secondo il principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.), e a seguito di una «parziale attrazione allo Stato»; inoltre, tale allocazione sarebbe stata rispettosa del principio di leale collaborazione, poiché i d.P.C.m. sono adottati sentito il Presidente della Regione interessata o il Presidente della Conferenza delle Regioni.

Alla luce del **grave rischio per la salute pubblica** comportato dalla adozione di misure meno rigorose di quelle statali, l'Avvocatura dello Stato ha quindi sollecitato la **sospensione della legge impugnata**, ai sensi dell'art. 35 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale). A tale riguardo, la difesa della resistente ha rilevato che l'istanza sarebbe estremamente generica e che, comunque, non sussisterebbe alcun *periculum in mora*, posto che la Valle d'Aosta è attualmente tra le Regioni in “fascia cosiddetta gialla”.

Nel provvedimento qui in esame, volto soltanto a decidere su detta istanza cautelare, la Corte osserva come, in primo luogo, vada riconosciuta la **sussistenza del *fumus boni iuris*** (ordinanza n. 107 del 2010), dato che la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.; in secondo luogo, rinviene anche i rischi «di un **grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico**» e «di un **pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini**» (art. 35 della legge n. 87 del 1953), poiché la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale dettata nell'esercizio della predetta competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze del Presidente della Giunta regionale in concreto adottate sulla base della normativa censurata.

La Corte, inoltre, rileva che, d'altra parte, i limiti propri dell'esame che è possibile condurre in fase cautelare impediscono una verifica analitica delle singole disposizioni contenute nella legge regionale impugnata, sicché la sospensione deve investire l'efficacia dell'intera legge reg. Valle D'Aosta n. 11 del 2020 nelle more della decisione delle questioni promosse, la cui trattazione è già fissata per l'udienza pubblica del 23 febbraio 2021.

Antonio Riviezzo



Sentenza n. 9 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis
decisione del 12 gennaio 2021, deposito del 29 gennaio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso n. 1 del 2020

parole chiave:

EDILIZIA E URBANISTICA – EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA – DISPARITÀ
DI TRATTAMENTO TRA CITTADINI ITALIANI O COMUNITARI E CITTADINI
NON APPARTENENTI ALL'UNIONE EUROPEA – REQUISITI PER
L'ASSEGNAZIONE DI ALLOGGI DI EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA –
RESIDENZA PROTRATTA NEL TEMPO SUL TERRITORIO REGIONALE

disposizioni impugnate:

- artt. 1, commi 1, lettera d), e 4; 2, comma 1; 4, comma 1; 8, comma 3, della [legge della Regione Abruzzo 31 ottobre 2019, n. 34](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 117, primo e secondo comma, lettere g) e h), della [Costituzione](#)
- art. 14 della [CEDU](#)
- art. 18 del [TFUE](#)
- artt. 2, comma 5, e 43, comma 1, del [d.lgs. n. 286 del 1998](#)

dispositivo:

illegittimità costituzionale - illegittimità costituzionale parziale - non fondatezza nei sensi di cui
in motivazione - estinzione del processo

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso diverse questioni di legittimità costituzionali riguardanti varie disposizioni della legge della Regione Abruzzo n. 34/2019 (*Norme per l'assegnazione e la gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica e per la determinazione dei relativi canoni di locazione*), per la lamentata discriminazione che dette disposizioni avrebbero introdotto tra cittadini italiani/comunitari e cittadini non comunitari.

La Corte costituzionale ha, innanzitutto, dichiarato l'estinzione del processo (a seguito della rinuncia del ricorrente – determinata dal mutamento del quadro normativo – accettata dalla Regione Abruzzo) limitatamente alle censure promosse nei confronti dell'art. 8, comma 3, e dell'art. 1, commi 1, lett. d), e 4, della citata legge regionale.

Il giudice delle leggi ha, poi, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della legge reg. Abruzzo che ha introdotto il comma 4.1 nell'art. 5 della legge Regione Abruzzo n. 96 del

1996. La norma colpita dalla declaratoria di incostituzionalità prevedeva, a carico dei cittadini non comunitari richiedenti alloggi residenziali pubblici, l'onere di dichiarare il **non possesso** di alloggi adeguati nel paese di origine o provenienza da parte di tutti i componenti del nucleo familiare. La Corte costituzionale ha reputato tale onere irragionevole per la palese irrilevanza e per la pretestuosità del requisito normativo, inidoneo a dimostrare tanto l'effettivo bisogno di un alloggio in Italia, quanto la situazione patrimoniale del richiedente (poiché a carico dei richiedenti è già prevista dalla normativa abruzzese la *dichiarazione della non titolarità di diritti* su alloggi all'interno del territorio nazionale o all'estero); in tal modo, risolvendosi in quell'aggravio procedimentale discriminatorio, già altre volte censurato dalla stessa Corte (si citano le sentenze nn. 186 del 2020 e 254 del 2019).

Non fondata, nei sensi di cui in motivazione, è stata dichiarata invece la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, dell'impugnata legge regionale, che ha introdotto il comma 4.2 nell'art. 5 della legge Regione Abruzzo n. 96 del 1996. Di tale articolo è stato ritenuto possibile, infatti, darne «un'interpretazione in senso conforme alla Costituzione per due distinti e concorrenti profili». Per un verso, l'onere gravante sui soli cittadini extracomunitari di presentare la documentazione reddituale e patrimoniale del Paese in cui hanno la propria residenza fiscale riguarda una situazione reddituale e patrimoniale che sfugge alle possibilità di controllo delle autorità italiane; per l'altro, la previsione che tale onere non trovi applicazione «qualora le rappresentanze diplomatiche o consolari dichiarino l'impossibilità di acquisire tale documentazione nel Paese di origine o di provenienza» deve essere interpretata nel senso che non possono gravare sul richiedente le conseguenze del ritardo o delle difficoltà nell'acquisire la documentazione in parola: va, quindi, assimilata all'impossibilità anche l'estrema difficoltà o la mancata risposta delle autorità competenti entro un congruo termine.

Da ultimo, il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge regionale impugnata, con il quale il legislatore abruzzese aveva introdotto, come meccanismo premiale, e non requisito di accesso, la residenza prolungata per almeno dieci anni in comuni della Regione Abruzzo.

Nel motivare le ragioni dell'illegittimità, la Corte richiama ampi passi della sentenza n. 44 del 2020, con la quale si è affermato che la residenza prolungata sul territorio regionale – finalizzata ad individuare il radicamento territoriale del richiedente e quindi la garanzia di un'adeguata stabilità sul territorio regionale – non può assurgere alla stregua di un requisito di accesso alla procedura di selezione, potendo, invece, rappresentare un **elemento di valutazione in sede di formazione della graduatoria**. Proprio alla luce delle affermazioni contenute nel precedente del 2020, i giudici di Palazzo della Consulta hanno valutato se il meccanismo premiale introdotto dalla norma impugnata e consistente nell'assegnazione di un punteggio alla residenza protratta sul territorio regionale fosse o non discriminatorio. Muovendo da tale prospettiva – e constatando che nel sistema di valutazione delle domande alla residenza protratta erano assegnati 6 punti, alle condizioni soggettive (reddito e numero dei componenti il nucleo familiare) 5 punti e quelle oggettive (gravità del disagio abitativo) 9 punti – la Corte costituzionale ha rilevato una «evidente» e illegittima «sopravalutazione» dell'anzianità di residenza rispetto agli altri requisiti soggetti ed oggettivi, che rispecchiano le condizioni presenti al momento della presentazione della domanda. Dal che l'illegittimità costituzionale dell'impugnato art. 4, comma 1.

Ricorda, in conclusione, il giudice delle leggi che – come già affermato nella sentenza n. 44 del 2020 – il legislatore regionale può dare rilievo alla «prospettiva della stabilità» e tale aspetto può concorrere, pertanto, a determinare la posizione dei beneficiari. Esso, tuttavia, deve «conservare un carattere meno rilevante rispetto alla necessaria centralità dei fattori significativi della

situazione di bisogno alla quale risponde il servizio, quali sono quelli che indicano condizioni soggettive e oggettive dei richiedenti. E quale potrebbe invece essere, in ipotesi, un’“anzianità di presenza” del richiedente, non genericamente nel territorio regionale, ma precisamente nella graduatoria degli aventi diritto, giacché questa circostanza darebbe evidenza a un fattore di bisogno rilevante in funzione del servizio erogato, e quindi idoneo a combinare il dato del radicamento con quello dello stesso bisogno».

Leonardo Pace



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 14 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petitti
decisione del 14 gennaio 2021, deposito del 5 febbraio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 98 del 2020

parole chiave:

GIUDIZIO ABBREVIATO – VIOLENZA SESSUALE – PROVA TESTIMONIALE DEL MINORE

disposizioni impugnate:

- art. 392, comma 1-*bis*, del [codice di procedura penale](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 111 della [Costituzione](#)

dispositivo:

infondatezza

Con ordinanza del 18 febbraio 2020, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Macerata ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, **l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio**, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, **debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato**.

L'ordinanza prende atto della circostanza che, secondo un recente orientamento giurisprudenziale del giudice di legittimità (è richiamata Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 26 luglio 2019, n. 34091), il provvedimento con cui il giudice rigetta la richiesta di ammissione all'incidente probatorio presentata ai sensi della disposizione censurata sarebbe da qualificarsi come abnorme.

Il rimettente ritiene di dubbia ragionevolezza «la previsione di imporre la anticipazione in sede predibattimentale della audizione di minorenni che siano meri testimoni rispetto ai fatti per i quali si procede», soprattutto in considerazione del fatto che ciò avverrebbe «**a prescindere da ogni valutazione in concreto in ordine alla specificità del singolo caso, alla concreta prevedibilità o meno di possibili conseguenze traumatiche della loro audizione**, alla esigenza o meno di anticipata audizione degli stessi».

L'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta in giudizio, ha chiesto declaratoria di manifesta infondatezza, poiché l'ordinanza di rimessione muoverebbe da un **erroneo presupposto**

interpretativo, consistente nell'asserito **obbligo**, per il giudice, di ammettere l'assunzione anticipata della testimonianza richiesta ai sensi della disposizione censurata. Al contrario, dalla ricostruzione del tessuto normativo in cui quest'ultima si inserisce si ricaverebbe che al giudice debba essere attribuito il **potere di valutare discrezionalmente se ammettere la testimonianza** del minore mero testimone e di stabilire le idonee modalità di assunzione, alla luce del bilanciamento che questi è chiamato a operare tra le esigenze di tutela del minore e il rispetto delle garanzie dell'indagato.

La Corte ritiene **«plausibile» l'interpretazione della disposizione** data dal giudice rimettente ma giudica **non fondata la questione**.

In effetti, come emerge dai lavori parlamentari, l'introduzione della nuova ipotesi di incidente probatorio di cui alla norma oggi censurata – ritenuto «speciale o atipico» (sentenza n. 92 del 2018) perché svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento – era rivolta soprattutto a tutelare la personalità del minore, consentendogli di uscire al più presto dal circuito processuale; e tale *ratio* giustificatrice è stata, in seguito, ulteriormente avvalorata dall'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 190-*bis*, c.p.p. L'assunzione anticipata della testimonianza del minore, attraverso il ricorso all'incidente probatorio speciale, deve essere pertanto in primo luogo ricondotta al rilievo costituzionale da attribuirsi ad «esigenze di salvaguardia della personalità del minore» (sentenza n. 262 del 1998), che nella norma censurata si traducono in una **presunzione di indifferibilità o di non ripetibilità** del relativo contributo testimoniale (sentenza n. 92 del 2018).

Inoltre, l'anticipazione della testimonianza alla sede incidentale, tanto più laddove si proceda per reati attinenti alla sfera sessuale, è **rivolta anche a garantire la genuinità della formazione della prova**, atteso che la assunzione di essa in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore (*ibidem*).

Ancora, va rilevato come l'eccezione che la disposizione censurata introduce rispetto al principio di immediatezza della prova e alla sua conseguente formazione in dibattimento risulti compensata dalla circostanza che **le modalità di assunzione anticipata della prova testimoniale del minore sono disciplinate in modo tale da garantire il diritto di difesa** della persona sottoposta alle indagini, con particolare riferimento al contributo che questi può dare alla formazione della prova nel rispetto del principio costituzionale del contraddittorio: **il combinato disposto degli artt. 398, comma 5-*bis*, e 498, commi 4 e 4-*bis*, c.p.p. attribuisce infatti al giudice procedente un vasto spettro di soluzioni, che vanno dalla possibilità di impiegare un contraddittorio pieno**, con facoltà per il pubblico ministero e per il difensore di porre domande dirette al minore, **alle forme contrassegnate da un grado via via crescente di protezione per il soggetto vulnerabile**.

L'aver quindi, in linea di principio, presuntivamente equiparato il minore vittima del reato al minore mero testimone **non trascende la sfera di discrezionalità riservata al legislatore nella conformazione degli istituti processuali** anche in materia penale (sentenze n. 137 del 2020, n. 31 e n. 20 del 2017, n. 216 del 2016), con la conseguenza che la disposizione impugnata non può essere ritenuta incostituzionale alla luce dei due parametri evocati.

Antonio Riviezzo

[Sentenza n. 17 del 2021](#)

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Nicolò Zanon
decisione del 14 gennaio 2021, deposito dell'11 febbraio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 26 del 2020](#)

parole chiave:

LIBERAZIONE ANTICIPATA - REVOCA DEL BENEFICIO - MANCATA
PREVISIONE DELLA POSSIBILITÀ DELLA REVOCA DEL BENEFICIO ANCHE
NEL CASO DI ASSOLUZIONE QUALORA SIA STATA DISPOSTA L'APPLICAZIONE
DI UNA MISURA DI SICUREZZA - DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ –
INTERVENTI CHE INCIDONO IN PEIUS SULLE FATTISPECIE CRIMINOSE O
SULLA LORO PUNIBILITÀ

disposizioni impugnate:

- art. 54, comma 3, della [legge 26 luglio 1975, n. 354](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 27, terzo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

Il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti ord. penit.), in quanto **la disposizione censurata**, riferendosi testualmente al sopravvenire di una sentenza di «condanna», **non consentirebbe la revoca della misura della liberazione anticipata nell'ipotesi di “quasi reato”, e particolarmente nel caso dell'applicazione di una misura di sicurezza.**

A parere del rimettente, in tali ipotesi la disciplina della revoca del beneficio dovrebbe essere analoga a quella della condanna per un delitto non colposo, anche tentato, data l'identità dei fatti, sia sotto il profilo dell'intenzione criminale sia di quello della pericolosità criminale rispettivamente espresse dagli autori.

In forza di tale assunto, il giudice *a quo* ritiene che la disposizione censurata si porrebbe in contrasto, per un verso, con l'art. 3 Cost., poiché riserverebbe una diversa disciplina a fattispecie analoghe e, per l'altro, con il principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), in forza del quale la magistratura di sorveglianza dovrebbe sempre poter valutare «eventuali sopravvenienze, sintomatiche in misura significativa della mancata adesione del condannato al trattamento o al progetto di risocializzazione, ed espressive, al pari di un delitto tentato, dell'intenzione criminosa e della pericolosità sociale dell'autore».

Preliminarmente la Corte costituzionale respinge l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato sull'inammissibilità della questione per mancato esperimento dell'interpretazione conforme.

A parere della difesa statale, sarebbe stato possibile revocare la misura della liberazione anticipata anche nelle ipotesi di “quasi reato”, poiché, come avrebbe avuto modo di chiarire la stessa Corte nella sentenza n. 186 del 1995, la misura in esame potrebbe essere revocata nei casi in cui, come quello all'esame del giudice rimettente, appaia incompatibile con il mantenimento del beneficio.

In realtà, il giudice delle leggi rileva che **il tentativo di interpretazione conforme è stato operato e si è concluso con esito negativo**, avendo il rimettente correttamente rilevato che la citata sentenza non avrebbe «prodotto un effetto di allargamento» – come presuppone la difesa statale – delle ipotesi di revoca della liberazione anticipata, bensì una restrizione: poiché avrebbe stabilito di considerare la condanna condizione necessaria ma non sufficiente per la revoca del beneficio, dovendosi anche valutare «le implicazioni del fatto nel caso concreto». In linea con la costante giurisprudenza costituzionale, la Corte ha ricordato che **la valutazione sulla correttezza dell'opzione ermeneutica espressa dal rimettente**, nel senso di non considerare estensibile per via interpretativa la revoca della liberazione anticipata anche al caso del “quasi reato”, è scelta che riguarda il merito della questione e non l'ammissibilità.

Merito della questione nel quale la Corte ha tuttavia ritenuto di non poter entrare, a causa del «“verso” della richiesta addizione» avendo il giudice rimettente chiesto un intervento additivo *in malam partem*.

Centrali, nelle argomentazioni della Corte sulla rilevata inammissibilità, **sono gli approdi raggiunti con la sentenza n. 32 del 2020**, nella quale, anche in virtù dell'evoluzione del principio di legalità penale grazie agli apporti della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, si è affermato che **il principio del *tempus regit actum*** – che giustificherebbe l'applicazione retroattiva di norme dell'esecuzione sfavorevoli – **può trovare applicazione per le sole modifiche delle modalità esecutive della pena e non anche per quelle che implicino una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato**. Ciò – è stato sempre rilevato nella citata sentenza n. 32 del 2020 – si verifica allorché una pena che al momento del fatto fosse suscettibile di essere «eseguita (in tutto od in parte) “fuori” del carcere», venga successivamente trasformata «in una sanzione da eseguire di norma, e pur non mutando formalmente il proprio *nomen juris*, “dentro” il carcere».

Poiché la liberazione anticipata rientra tra le misure dell'ordinamento penitenziario suscettibili di provocare una trasformazione della natura della pena idonea ad incidere sulla libertà personale

del condannato, vi è una ragione sostanziale – e non meramente processuale, ossia l'impossibilità della questione di poter trovare applicazione nel giudizio *a quo* – che impedisce alla Corte di adottare una pronuncia di accoglimento nel “verso” indicato dal rimettente. Tale ragione si identifica con il principio di riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., che demanda il potere di normazione in materia penale ad una legge ovvero ad un atto avente forza di legge.

Conclude, pertanto, il giudice delle leggi che, **«una volta stabilito che anche le norme concernenti variazioni *in peius* del trattamento in fase di esecuzione della pena possono attenersi alla “sostanza” della sanzione penale, deve riconoscersi che tali norme – senza effetto retroattivo – possono essere adottate unicamente mediante il ricorso alla legge in senso formale, o agli atti aventi forza di legge.** Per quel che qui direttamente rileva, non possono perciò derivare da interventi di questa Corte». Dal che l'inammissibilità della questione.

Leonardo Pace



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Ordinanza n. 18 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato
decisione del 14 gennaio 2021, deposito dell'11 febbraio 2021
comunicati stampa del 14 gennaio 2021 e dell'11 febbraio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanza n. 78 del 2020

parole chiave:

COGNOME PATERNO – COGNOME MATERNO – PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA –
QUESTIONE PREGIUDIZIALE - AUTORIMESSIONE

disposizioni impugnate:

- art. 262, 1° comma, del codice civile

disposizioni parametro:

- artt. 2 e 3 della Costituzione

- art. 117 della Costituzione in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia diritti dell'uomo e libertà fondamentali (CEDU), nonché agli artt. 7 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)

dispositivo:

sospensione e autorimessione

Con l'ordinanza in epigrafe la Corte ha sollevato dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 262, 1° comma, del codice civile, che detta la disciplina dell'attribuzione del cognome ai figli nati fuori dal matrimonio. L'ordinanza n. 18 del 2021 individua, infatti, una **questione pregiudiziale di legittimità costituzionale** rispetto a quanto chiedeva il Tribunale di Bolzano, e cioè di dichiarare incostituzionale la norma là dove non prevede, in caso di accordo tra i genitori, la possibilità di trasmettere al figlio il cognome materno invece di quello paterno.

La Corte si chiede infatti se, prima ancora, l'accordo dei genitori sul cognome da dare al figlio possa rimediare alla disparità fra di loro qualora, in mancanza di accordo, prevalga comunque quello paterno.

A sostegno della decisione di autorimessione della questione di legittimità, la Corte ha osservato che, qualora venisse accolta la prospettazione del Tribunale di Bolzano, in tutti i casi in cui manchi l'accordo dovrebbe essere ribadita la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno. **E poiché si tratta di un'ipotesi verosimilmente assai probabile, verrebbe ad essere così riconfermata la prevalenza del patronimico, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata riconosciuta da tempo dalla stessa Corte, che ha più volte invitato il legislatore a intervenire.**

Ancorché siano legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate e permanga conseguentemente la discrezionalità del legislatore, la Corte ha ritenuto la necessità di sollevare - in riferimento ai parametri suindicati - la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 262, 1° comma, del codice civile, **nella parte in cui, in mancanza di accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori.**

La necessità di risolvere tale questione pregiudiziale ha ovviamente comportato la **previa sospensione** del processo incidentale “principale” promosso dal Tribunale di Bolzano con ordinanza di rimessione del 17 ottobre 2019, iscritta al n. 78 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 28, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Antonio Riviezzo



Sentenza n. 22 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petiti
decisione del 26 gennaio 2021, deposito del 17 febbraio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale e in via incidentale

atti di promovimento: [ricorso n. 4 del 2020](#) e [ordinanza n. 149 del 2020](#)

parole chiave:

CONSORZI - PREVISIONE DELL'ASSOGGETTABILITÀ A LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA DEL CONSORZIO REGIONALE PER LO SVILUPPO DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE [CORAP] - DISCIPLINA DELLA PROCEDURA CONCORSUALE

disposizioni impugnate:

- art. 1 della [legge della Regione Calabria 25 novembre 2019 n. 47](#), introduttivo dell'art. 6-bis della [legge della Regione Calabria 16 maggio 2013, n. 24](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 117, secondo comma, lett. *l*), della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento

Il Presidente del Consiglio dei ministri, **in via principale**, e la Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), **in via incidentale**, lamentano la violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. *l*), della Costituzione da parte dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 25 novembre 2019, n. 47, che – aggiungendo l'art. 6-bis alla legge della Regione Calabria 16 maggio 2013, n. 24 – ha previsto l'assoggettabilità del Consorzio regionale per lo sviluppo delle attività produttive (CORAP) a liquidazione coatta amministrativa.

In tal modo, la norma regionale avrebbe infatti invaso le materie «giurisdizione e norme processuali» e «ordinamento civile», riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Nel giudizio incidentale viene evocato anche il parametro di cui all'art. 3 Cost., poiché la norma censurata avrebbe previsto per il dissesto del CORAP un ingiustificato trattamento speciale.

La Corte, preliminarmente, ha riunito i due giudizi, «avendo essi ad oggetto la stessa disposizione di legge regionale e avendo in comune il parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *l*), Cost., fermo che alla riunione non osta di per sé la differente natura – principale e incidentale – dei giudizi medesimi (ad esempio, sentenza n. 228 del 2016)».

Nel merito, i giudici – una volta acquisita implicitamente la natura di giudice *a quo* della Camera arbitrale dell'ANAC – hanno innanzitutto respinto le eccezioni di inammissibilità formulate dalle difese della Regione Calabria e del CORAP, per poi dichiarare fondata la questione sollevata in riferimento all'art. 117 Cost., dichiarando assorbita quella *ex art. 3 Cost.*

La motivazione dell'accoglimento ruota intorno all'esegesi dell'art. 2, primo comma, della legge fallimentare, a mente del quale «[l]a legge determina le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa, i casi per le quali la liquidazione coatta amministrativa può essere disposta e l'autorità competente a disporla». Ne discende che **la liquidazione coatta amministrativa si configura come una procedura concorsuale di carattere speciale**, la cui applicazione esige un'apposita previsione di legge.

La circostanza che gli enti pubblici, quand'anche esercenti attività d'impresa, siano istituzionalmente esclusi dall'ambito applicativo del fallimento (artt. 1, primo comma, della legge fallimentare e 2221 del codice civile) non implica quindi che essi siano automaticamente suscettibili di liquidazione coatta amministrativa, occorrendo pur sempre una norma di legge che lo preveda.

Né dubita la Corte della riconducibilità della previsione di strumenti concorsuali finalizzati alla liquidazione di enti pubblici economici alla competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, giurisdizione e norme processuali, sebbene vada doverosamente rilevato che «l'odierno assetto normativo appare carente di una disciplina uniforme di fonte statale idonea a consentire la risoluzione delle crisi di solvibilità degli enti strumentali vigilati dalle Regioni, e, tra questi, dei consorzi di sviluppo industriale», per cui appare necessario «un intervento regolativo dello Stato, che, tenuta ferma l'omogeneità di una disciplina pur sempre incidente sull'ordinamento civile e processuale, permetta tuttavia alle Regioni di fronteggiare situazioni critiche di notevole impatto sulle comunità territoriali».

Antonio Rivezzo



Sentenza n. 28 del 2021

Presidente e Giudice relatore e redattore: Giancarlo Coraggio
decisione dell'11 gennaio 2021, deposito del 3 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 195 del 2019](#)

parole chiave:

IMPIEGO PUBBLICO – ASPETTATIVA PER INFERMITÀ – PERIODO DI COMPORIO

disposizioni impugnate:

- art. 68, comma 3, del [d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 32 della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento parziale

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con l'ordinanza n. 195 del 3 luglio 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 68, comma 3, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione.

La norma è sospettata di illegittimità costituzionale nella parte in cui «per il caso di “gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti” non esclude dal computo dei consentiti 18 mesi di assenza per malattia i periodi non computabili secondo l'art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006-2009 - comparto Università, vale a dire i “giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie”».

Si delineerebbe in tal modo una disparità di trattamento tra le due categorie di dipendenti pubblici del sistema universitario (contrattualizzati e non).

La Corte osserva preliminarmente come «per i dipendenti pubblici, così come per i lavoratori del settore privato, la malattia come causa di sospensione del rapporto di lavoro trov[i] la sua regolazione nell'art. 2110 del codice civile, il quale, nell'affermare in via di principio la conservazione del posto di lavoro ed il relativo trattamento economico, rinvia per gli aspetti quantitativi e temporali alla legge o al contratto collettivo di riferimento. È dunque possibile che fra le due discipline emergano differenze anche sostanziali».

Ciò nondimeno – e nonostante che il rapporto di lavoro pubblico privatizzato e quello non privatizzato «present[is]no caratteristiche strutturali che con l'andare del tempo si sono sempre più differenziate, e ciò lungi dal potersi considerare una anomalia, suscettibile di censura ai sensi del principio di uguaglianza, rispond[er]e alle obiettive differenze di *status*, legate al carattere privatizzato o meno del rapporto» – va rilevato come nella fattispecie **«il mancato riconoscimento del periodo di comportamento manifest[is] una intrinseca irrazionalità** che lo rende costituzionalmente illegittimo per violazione, sotto questo diverso profilo, dell'art. 3 Cost., con assorbimento del residuo parametro (art. 32 Cost.)».

Ad avviso della Consulta, infatti, tale specifica asimmetria è la **«manifestazione di un ritardo storico del legislatore rispetto alla contrattazione** collettiva, la quale è stata in grado di tener conto del progressivo sviluppo dei protocolli di cura per le gravi patologie, e in particolare delle cosiddette terapie salvavita con i loro pesanti effetti invalidanti; ciò al contrario non è avvenuto per la disciplina normativa, che, risalente ad anni ormai lontani, non è più adeguata al contesto attuale, caratterizzato – come si è detto – dalla profonda evoluzione delle terapie».

Ed in ragione di ciò viene appunto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 68, comma 3, del d.P.R. n. 3 del 1957, «nella parte in cui, per il caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti, **non esclude dal computo dei consentiti diciotto mesi di assenza per malattia i giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie**».

Antonio Rivezzo



Sentenza n. 30 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petitti
decisione del 10 febbraio 2021, deposito del 5 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. 89 e 131 del 2020

parole chiave:

REATI E PENE – ESCLUSIONE DELLA PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUTÀ DEL FATTO

disposizioni impugnate:

- art. 131-bis, secondo comma, del [codice penale](#), come modificato dall'art. 16, comma 1, lettera b), del [decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, 77, secondo comma, e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 3, della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea \(CDFUE\), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000](#)

dispositivo:

infondatezza e inammissibilità

Il Tribunale di Torino e quello di Torre Annunziata hanno sollevato, in tempi diversi, q.l.c. sull'art. 131-bis, secondo comma, c.p., sul presupposto che **la preclusione dell'esimente di particolare tenuità per il reato di resistenza a pubblico ufficiale, in quanto collegata unicamente al titolo del reato e non alle concrete modalità del fatto, sia irragionevole e possa determinare l'infrazione di una pena ingiustificata.**

Il Tribunale di Torre Annunziata evoca anche il parametro costituzionale dell'art. 77, secondo comma, Cost. poiché assume che la disposizione censurata, introdotta in sede di conversione del d.l. n. 53 del 2019, non sia omogenea rispetto al contenuto originario e alla finalità complessiva del decreto-legge all'interno del quale è stata inserita.

Riuniti i giudizi, la Corte, in via preliminare, giudica inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Torino in relazione all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, quale parametro interposto rispetto all'art. 117 Cost. in quanto, per giurisprudenza costante, la CDFUE può essere invocata, quale parametro interposto in un giudizio di legittimità costituzionale, soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia

disciplinata dal diritto europeo, laddove il reato di resistenza a pubblico ufficiale, all'evidenza, non attiene all'ambito di attuazione del diritto dell'Unione europea.

Nel merito, giudica invece infondate le ulteriori questioni.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 77 Cost. per difetto di omogeneità, infatti, la Corte osserva come un tale difetto «rilevante [...] si determina solo quando la disposizione aggiunta in sede di conversione sia totalmente “estranea”, o addirittura “intrusa”»; ciò che non si riscontra nel caso della disposizione censurata poiché «la *ratio* dominante dell'atto urgente è chiaramente orientata – come si evince dalle finalità esplicitate nella sua premessa – verso l'obiettivo di “garantire più efficaci livelli di tutela della sicurezza pubblica”, “rafforzare le norme a garanzia del regolare e pacifico svolgimento di manifestazioni in luogo pubblico e aperto al pubblico”, tutto ciò “nel più ampio quadro delle attività di prevenzione dei rischi per l'ordine e l'incolumità pubblica”. **In quanto finalizzata ad assicurare una maggiore tutela ai pubblici ufficiali quali tramite necessario dell'agire della pubblica amministrazione, l'addizione operata dalla legge di conversione, che ha escluso l'applicazione dell'esimente di tenuità nell'ipotesi di resistenza a pubblico ufficiale, non può dirsi pertanto “estranea”, né tantomeno “intrusa”, rispetto alla materia della pubblica sicurezza, di cui variamente si occupa il d.l. n. 53 del 2019».**

Quanto invece alla violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e finalismo rieducativo della pena, la Consulta osserva, da un lato, che la «**scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell'esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale non è manifestamente irragionevole, poiché viceversa corrisponde all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione**» e, dall'altro, che in ogni caso i «*tertia* adottati dai rimettenti nella prospettiva dell'art. 3 Cost. risultano sprovvisti dell'omogeneità necessaria a impostare il giudizio comparativo».

Antonio Rivezzo



Sentenza n. 32 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Silvana Sciarra

decisione del 28 gennaio 2021, deposito del 9 marzo 2021

comunicati stampa del [28 gennaio](#) e del [9 marzo](#) 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 79 del 2019](#)

parole chiave:

STATO CIVILE – STATO GIURIDICO DEL NATO – FECONDAZIONE ETEROLOGA –
ATTRIBUZIONE DELLO STATUS DI FIGLIO

disposizioni impugnate:

- artt. 8 e 9 della [legge 19 febbraio 2004, n. 40](#)
- art. 250 del [codice civile](#)

disposizioni parametro:

- artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in riferimento agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della [Convenzione sui diritti del fanciullo](#) e agli artt. 8 e 14 della [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#).

dispositivo:

inammissibilità

Ad avviso del giudice *a quo* (Tribunale di Padova), le disposizioni impugnate **garantirebbero il riconoscimento del legame di filiazione del nato**, a seguito del ricorso a tecniche di PMA eterologa, nei confronti di entrambi i soggetti che abbiano prestato il consenso, **solo ove tali soggetti siano di sesso diverso ai sensi dell'art. 5 della legge n. 40 del 2004**; pertanto, esse lascerebbero **privo di tutela l'interesse del minore**, nato a seguito di fecondazione assistita praticata da due donne, **al riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre intenzionale**, non ricorrendo nella fattispecie concreta dedotta in giudizio neppure le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari (*ex art. 44, comma 1, lett. d, della legge 4 maggio 1983, n. 184*), a causa del mancato assenso del genitore biologico-legale.

Sempre ad avviso del giudice rimettente, tale vuoto di tutela esorbiterebbe dal margine di discrezionalità riservata in tale materia al legislatore e determinerebbe la violazione di una serie di diritti e interessi costituzionalmente e convenzionalmente garantiti.

In proposito, osserva la Corte come già in epoca antecedente all'adozione della legge n. 40 del 2004 essa avesse evidenziato «una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998); d'altronde, l'evoluzione dell'ordinamento «muovendo dalla nozione tradizionale di famiglia, ha progressivamente riconosciuto [...] rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica (sentenza n. 272 del 2017)»; ancora, sul piano sovranazionale, la Corte EDU ha ripetutamente ricondotto all'art. 8 CEDU la garanzia di legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio.

Alla luce di quanto sopra, **l'emersione decisa e incontestabile del preminente interesse del minore meriterebbe di trovare riconoscimento** a se stante anche in quelle situazioni, come quella presentata nel processo *a quo*, in cui la madre biologica decidesse di recidere il legame affettivo con la madre intenzionale; in tali casi, infatti, «pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può [attualmente] essere utilmente adottato per far valere i diritti delle minori: il mantenimento, la cura, l'educazione, l'istruzione, la successione e, più semplicemente, la continuità e il conforto di abitudini condivise».

In altri termini, la concreta vicenda dedotta nel processo *a quo* «svela una **preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi**, a fronte di quanto in forte sintonia affermato dalla giurisprudenza delle due corti europee, oltre che dalla giurisprudenza costituzionale, come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale».

Tuttavia, sebbene si sia in presenza di una grave lacuna della normativa vigente, ancora una volta la Corte evita di intervenire direttamente sulla materia, poiché un suo pronunciamento *ad hoc* «rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato». Ribadisce, piuttosto, che **spetta al Legislatore** «nell'esercizio della sua discrezionalità, [...] **al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incompressibili diritti dei minori**». Al tempo stesso, il giudice delle leggi chiosa affermando che il protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe ulteriormente «tollerabile», «tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

Antonio Rivezzo



Sentenza n. 33 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò

decisione del 28 gennaio 2021, deposito del 9 marzo 2021

comunicati stampa [del 28 gennaio 2021](#) e [del 9 marzo 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 99 del 2020](#)

parole chiave:

STATO CIVILE – FILIAZIONE – PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA –
DIVIETO DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ – PRECLUSIONE DEL
RICONOSCIMENTO DELL'EFFICACIA DEL PROVVEDIMENTO GIURISDIZIONALE
STRANIERO ATTESTANTE IL LEGAME DI FILIAZIONE DAL GENITORE
INTENZIONALE NON BIOLOGICO – DIRITTO VIVENTE

disposizioni impugnate:

- art. 12, comma 6, [legge 19 febbraio 2004, n. 40](#)
- art. 64, comma 1, lettera g), [legge 31 maggio 1995, n. 218](#)
- art. 18 [decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#)

disposizioni parametro:

- artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, della [Costituzione](#)
- art. 8 della [CEDU](#)
- artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della [Convenzione sui diritti del fanciullo](#)
- art. 24 della [CDFUE](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte di cassazione, sezione prima civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995, n. 218 e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000, «**nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico**».

Il rimettente denuncia la violazione degli articoli 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo, e all'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Come sintetizzato dalla stessa Corte costituzionale, «le questioni riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004». In particolare, il **problema di costituzionalità** concerne «**la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti, e dunque il genitore cosiddetto "biologico"; ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale pur senza fornire il proprio apporto genetico, e dunque il cosiddetto genitore "d'intenzione"**».

Il giudice delle leggi, preliminarmente, respinge le eccezioni di inammissibilità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, riguardanti, da un lato, il carattere non vincolante del parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo il 10 aprile 2019 (pure se non vi sia dubbio sul carattere non vincolante di tale parere, esso è divenuto parte del diritto convenzionale, avendo ad esso la Corte EDU fatto in più occasioni riferimento in sede contenziosa); dall'altro il mancato esperimento dell'interpretazione conforme (avendo il giudice *a quo* plausibilmente motivato sull'impraticabilità di una tale interpretazione, a causa del diritto vivente formatosi sul punto).

Sempre in via preliminare, il giudice costituzionale dichiara d'ufficio inammissibile la questione concernente la violazione dell'art. 24 CDFUE, non avendo il rimettente motivato sulla riconducibilità di tale norma nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

Anche le altre questioni – che costituiscono il cuore del problema di costituzionalità posto all'attenzione della Corte – sono state dichiarate **inammissibili**, attraverso una corposa motivazione che di seguito si cercherà di sintetizzare.

Nell'*iter* motivazionale che conduce all'inammissibilità, la Corte parte da un duplice ordine di premesse: per un verso, la contrarietà all'ordinamento della maternità surrogata, riconosciuta sia dal giudice della nomofilachia sia dalla stessa Corte, la quale ha altresì già rilevato che tale pratica offende in modo intollerabile la dignità della donna (sentenza n. 272 del 2017); per l'altro, che **le odierne questioni di costituzionalità sono «focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata» – non venendo in discussione «un preteso "diritto alla genitorialità"»** – e, quindi, sull'interrogativo se il diritto vivente «sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice a quo nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio *a quo*, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura».

Interrogativo che il giudice delle leggi scioglie nel senso che **risponde all'interesse del minore** (interesse, quest'ultimo, che nell'odierna realtà ordinamentale gode del riconoscimento di un rilievo primario fra quelli implicati in una concreta vicenda applicativa), «accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo», **ottenere un riconoscimento «anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia».**

Ciò, non solo perché tali legami sono parte integrante della stessa identità del bambino, il cui interesse non può che coincidere con il riconoscimento anche giuridico e non solo sociale, ma anche perché risponde all'interesse del minore l'affermazione in capo ai genitori (biologico e intenzionale) della

«titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali».

È per le esposte ragioni – ricorda ancora il giudice delle leggi – che la giurisprudenza di Strasburgo, con un orientamento consolidato, afferma la necessità del riconoscimento del legame giuridico con entrambi i genitori.

Nonostante la segnalata centralità, la Corte costituzionale riconosce che l'interesse del minore non possa essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro controinteresse in gioco.

Al contrario, **l'interesse del minore non può non essere bilanciato con lo «lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità»**, come del resto affermato dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU, la quale, pur mantenendo ferma la necessità di riconoscere il legame di filiazione con entrambi i genitori, lascia agli ordinamenti aderenti un certo margine di apprezzamento nel regolare la materia. In altri termini, la Corte EDU, pur riconoscendo che gli Stati possano vietare la trascrizione di atti stranieri che riconoscono al genitore intenzionale lo *status* di padre o madre, ritiene che i singoli ordinamenti debbano permettere il riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore di intenzione. Del resto, il punto di equilibrio raggiunto in sede sovranazionale corrisponde all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana.

In definitiva, nel caso di specie, **l'interesse del minore deve essere assicurato mediante «un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»**. E, continua la Corte, «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (rischio, questo, che la Corte ha già voluto scongiurare nella dichiarazione di incostituzionalità della norma che imponeva il divieto di riconoscimento dei figli nati da relazione incestuosa).

Non può a tali fini ritenersi adeguato il ricorso all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge 184 del 1983, poiché questa: non attribuisce la genitorialità all'adottante; è incerto che consenta di «stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri»; richiede, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico".

La composizione del difficile bilanciamento, che la Corte ha delineato mettendo in evidenza la necessità di tutelare la preminente posizione del minore, nato mediante maternità surrogata, e la legittima finalità perseguita dall'ordinamento di disincentivare il ricorso a quest'ultima, però, **«non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco»**. La Corte, pertanto, dichiara espressamente di doversi arrestare di fronte ad una pluralità di scelte, le quali tutte sono in grado di disciplinare la materia di «grande complessità sistematica», in modo conforme a Costituzione, pur ponendo in rilievo la necessità di porre in essere «soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore».

Leonardo Pace



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 35 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis

decisione del 9 febbraio 2021, deposito dell'11 marzo 2021

comunicato stampa dell'11 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 64 del 2020](#)

parole chiave:

ELEZIONI - SOSPENSIONE E DECADENZA DI DIRITTO PER INCANDIDABILITÀ
ALLE CARICHE REGIONALI - DIFETTO DI COORDINAMENTO E COLLABORAZIONE
TRA STATO E REGIONI NEL PROCEDIMENTO LEGISLATIVO - MANCATA PREVISIONE
DI UNA VALUTAZIONE DI PROPORZIONALITÀ TRA I PROVVEDIMENTI DI
SOSPENSIONE O DECADENZA E LA SENTENZA DI CONDANNA - DENUNCIATO
AUTOMATISMO

disposizioni impugnate:

- art. 8, comma 1, lettera a), del [decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235](#)

disposizioni parametro:

- artt. 117, primo e secondo comma, lettera h), e 122, della [Costituzione](#)

- principio di leale collaborazione

- art. 3 del Protocollo addizionale alla [CEDU](#)

dispositivo:

infondatezza

Il Tribunale ordinario di Genova ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale dell'intero articolo 8 del d.lgs. n. 235 del 2012, **c.d. "legge Severino"**, anche se dal tenore della motivazione dell'ordinanza di rimessione – come ha rilevato la stessa Corte costituzionale – l'oggetto delle questioni era circoscritto all'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 235 del 2012, ed è solo su tale disposizione che è stato condotto lo scrutinio di costituzionalità. Il giudice *a quo*, infatti, ha denunciato l'incostituzionalità della norma che prevede la sospensione di diritto dalla carica regionale (?) per coloro che hanno riportato una sentenza di condanna non definitiva per uno dei delitti previsti dall'art. 7, comma 1, lettere a), b) e c) dello stesso decreto legislativo.

Il rimettente ha sollevato **due distinte questioni, tra loro in rapporto di logica subordinazione.**

Con la prima questione, il Tribunale di Genova, chiedendo alla Corte un'ablativa secca, lamenta la violazione degli artt. 117 e 122 Cost., nonché del principio di leale collaborazione, in quanto **la disposizione censurata – pur incidendo su una materia affine a quella dell'eleggibilità e dell'incompatibilità dei consiglieri regionali, attribuita alla potestà legislativa delle regioni**

dall'art. 122, primo comma, Cost. – è stata adottata senza il previo raccordo con le regioni, in violazione del principio di leale collaborazione.

Il giudice delle leggi preliminarmente respinge l'eccezione di inammissibilità per erronea e generica indicazione del parametro evocato (il giudice *a quo* nell'indicare l'art. 117, secondo comma, lettera *e* sarebbe infatti incorso in un *lapsus calami*, risultando invece evidente, dal riferimento alla materia “ordine pubblico e sicurezza”, come il parametro di riferimento fosse la lettera *b* della medesima disposizione costituzionale) e per il tenore dubitativo della questione.

Nel merito la questione è dichiarata **non fondata**. La Corte, infatti, ritiene che **il nucleo essenziale della disciplina della sospensione di diritto dalle cariche elettive sia riconducibile, mediante il criterio di prevalenza, all'ambito materiale dell'ordine pubblico e della sicurezza**, e ciò esclude che si versi in un intreccio inestricabile di materie, di competenza statale e regionale; ipotesi, quest'ultima, che solo può giustificare, in base a quanto stabilito dalla sentenza n. 251 del 2016, il coinvolgimento delle regioni nel procedimento legislativo.

Con la seconda questione il giudice *a quo* denuncia, sotto diversi profili, la violazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, ritenendo **la disposizione censurata costituzionalmente illegittima nella parte in cui preclude al giudice di valutare in concreto la proporzionalità tra i fatti oggetto di condanna e la sospensione normativamente prevista**.

Il rimettente, nel sollevare tale questione, si è limitato ad indicare la sola norma sovranazionale; ciò, tuttavia, non ha precluso l'esame nel merito, in quanto il giudice delle leggi ha ritenuto che dal tenore della motivazione dell'atto di promovimento fosse desumibile, in modo univoco, il riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

Anche tale questione è stata dichiarata **non fondata**.

Per un verso, secondo il giudice costituzionale non sussiste la violazione dell'art. 3 del Protocollo sotto il profilo della necessità del provvedimento giurisdizionale individualizzato per determinare la limitazione, di qualsiasi tipo, al diritto di voto. L'art. 8, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 235 del 2012, da un lato, e in forza di quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo, **non ha portata né generalizzata né individualizzata, applicandosi a soggetti condannati per reati particolarmente gravi** e idonei «ad incidere sull'immagine e l'onorabilità della pubblica amministrazione»; dall'altro, «si pone in linea con le finalità che, secondo la stessa giurisprudenza della Corte EDU, possono legittimare misure di questo tipo, come quella di **proteggere l'integrità del processo democratico** mediante l'esclusione dalla partecipazione all'attività degli organi rappresentativi di individui che possono pregiudicarne il corretto funzionamento (Corte EDU, sentenza Ždanoka contro Lettonia, paragrafo 122)».

Per altro verso, non sussiste neppure il contrasto con la citata norma sovranazionale sotto il profilo della sproporzione della misura rispetto ai fatti oggetto della condanna penale, in quanto «**la sospensione dalla carica**, rigorosamente circoscritta nel tempo e destinata a cessare immediatamente nel caso di sopravvenuti non luogo a procedere, proscioglimento o assoluzione dell'eletto, **non può essere considerata inadeguata o eccedente rispetto al fine perseguito**». La norma censurata è, anzi, il frutto di un ragionevole bilanciamento tra il diritto di elettorato passivo (alla luce tanto dei requisiti per l'accesso quanto di quelli relativi al mantenimento delle cariche in questione) e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Le esigenze cautelari perseguite dalla norma censurata non vanno infatti identificate con il pericolo di reiterazione del reato, ma nella garanzia dell'oggettiva onorabilità di chi riveste la carica pubblica e, in conclusione, il bilanciamento operato dal legislatore nazionale, anche in considerazione dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto dalla normativa sovranazionale di riferimento, non presenta

«sintomi di arbitrarietà tali da determinarne il contrasto con l'art. 3 Prot. addiz. CEDU come interpretato dalla Corte EDU».

Leonardo Pace



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 37 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Augusto Antonio Barbera

decisione del 24 febbraio 2021, deposito del 12 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso n. [101 del 2020](#)

parole chiave:

SALUTE – EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19 – PROFILASSI INTERNAZIONALE – LEALE COLLABORAZIONE – ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA

disposizioni impugnate:

- Intero testo della [legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11](#); artt. 2, commi 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, comma 1, lettera a), e 4 della medesima legge regionale.

disposizioni parametro:

- artt. 25, secondo comma, 117, commi secondo, lettere m), q) e h), e terzo, 118 e 120 della [Costituzione](#)
- principio di leale collaborazione
- art. 44 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 4 ([Statuto speciale per la Valle d'Aosta](#))

dispositivo:

illegittimità costituzionale - non fondatezza

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso diverse questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11 del 2020 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), **la cui efficacia era già stata sospesa in via cautelativa dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 4 del 2021.**

Il ricorrente reputa che l'intero testo della legge reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020 si ponga in contrasto con le competenze legislative statali indicate dall'art. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma Cost., nonché con gli artt. 118 e 120 Cost., nella parte in cui alloca funzioni amministrative ad un livello di governo regionale, anche in violazione della chiamata in sussidiarietà che sarebbe stata disposta dalla normativa statale introdotta per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (nella specie i decreti-legge n. 9 del 2020 e 33 del 2020, come convertiti con modificazioni rispettivamente nelle leggi 35 del 2020 e 74 del 2020). La legge regionale impugnata si porrebbe altresì in contrasto con il principio di leale collaborazione.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, poi, riserva specifiche censure ad alcune delle misure introdotte dall'art. 2 ed impugna singolarmente l'art. 2, comma 23 e l'art. 3, comma 1, lettera a), della citata legge regionale.

Ritenute infondate le varie eccezioni di inammissibilità sollevate dalla Regione Valle d'Aosta, nell'esame nel merito delle singole censure il giudice costituzionale, innanzitutto, ribadisce e più

approfonditamente argomenta quanto già affermato nella fase cautelare, ossia che **l'ambito materiale al quale deve essere ricondotto l'intervento regionale sia quello della profilassi internazionale**. Detto ambito è comprensivo di **ogni misura atta a contrastare ovvero prevenire una pandemia sanitaria in atto e concerne norme che garantiscono** – come già affermato nella [sentenza n. 5 del 2018](#) – **uniformità di attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale**. Ciò, «non a caso», risulta confermato dalla circostanza che la profilassi internazionale e la profilassi delle malattie infettive e diffuse sono, fin dagli artt. 6 e 7 della legge n. 833 del 1978, materie fra loro strettamente legate e affidate alla competenza dello Stato, pur se la seconda di esse sia stata delegata alle Regioni; circostanza, quest'ultima, che non esclude un «ri-accentramento dell'insieme di tali funzioni, ove la pandemia imponga politiche sanitarie comuni».

In questo solco si inserisce l'art. 117, secondo comma, lettera *g*), Cost., il quale ha affidato allo Stato la cura degli interessi che emergono da una malattia pandemica di larga distribuzione geografica e, quindi, tale da dover essere reputata «internazionale», sulla base della diffusività che la connota». Materia questa che, poi, non è connotata dai tratti di trasversalità (come sostenuto dalla resistente), bensì ha un oggetto ben distinto che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina.

Il giudice delle leggi chiarisce, infatti, che, **a fronte di malattie altamente contagiose, ragioni logiche prima ancora che giuridiche** (si richiama sul punto nuovamente la sentenza n. 5 del 2018) **radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria**, in quanto ogni decisione in tale materia, seppur circoscritta nell'ambito di una competenza locale, è idonea ad esprimere un effetto a cascata sulla trasmissibilità internazionale della malattia.

A ciò la Corte aggiunge che, ai sensi dell'art. 118 Cost., l'esigenza di un'azione o di un coordinamento unitario possono, ai fini della selezione del livello di governo adeguato, far ritenere inidoneo il frazionamento delle attribuzioni su base regionale e locale. Solo un precedente indirizzo unitario può far sì, infatti, che le singole misure adottate a titolo di profilassi internazionale per contrastare la pandemia possano risultare nell'insieme razionali.

Anche «dal punto di vista storico», la profilassi delle malattie infettive è sempre stata in capo agli organi statali, allorché l'intervento fosse necessario a disciplinare l'emergenza sull'intero territorio nazionale e, nel vigore del nuovo Titolo V, l'indirizzo volto ad adattare il governo dell'emergenza anche sanitaria al carattere locale o nazionale di essa ha trovato ulteriore sviluppo nel d.lgs. n. 1 del 2018, il quale conferisce allo Stato il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti di protezione civile, previa acquisizione dell'intesa con le Regioni e le Province autonome interessate, ove l'emergenza locale possa assumere rilievo nazionale.

I tratti peculiari dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha indotto ad introdurre nuove risposte normative e provvedimenti, reputate conformi a Costituzione dalla Corte costituzionale (sul presupposto che il modello delle ordinanze contingibili e urgenti previsto dalla legislazione vigente non costituisca l'unica attuazione possibile del disegno costituzionale). Sistema, questo, che – come ricorda la stessa Corte – ha previsto, mediante i decreti-legge, misure di quarantena e restrittive la cui modulazione è affidata ai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (sulla cui legittimità – si precisa in sentenza – non verte il giudizio di costituzionalità) al fine di contenere la pandemia in base all'andamento di questa; rimanendo uno spazio di intervento tanto per il Ministro della salute nel caso di aggravamento della crisi (ai sensi dell'art. 32 della legge n. 833 del 1978), quanto per i sindaci, i quali, nelle more dell'adozione dei d.P.C.m. possono adottare misure derogatorie più restrittive

Su tali basi, **la Corte ritiene costituzionalmente illegittimi gli articoli 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3, della legge regionale impugnata**, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *q*), Cost. (e dichiara assorbite le ulteriori questioni di legittimità costituzionale proposte avverso gli artt. 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3, in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettera *m*), e terzo comma, 118 e 120 Cost. e al principio di leale collaborazione; nonché, quanto al solo art. 2, comma 23, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost.), in quanto le norme da questi espresse si mostrano invasive della competenza legislativa esclusiva statale, sovrapponendo la «catena di regolazione della regione a quella prescelta dalla competente normativa statale». La rilevata ragione di incostituzionalità rende non necessario, pertanto, la

valutazione delle censure che il ricorso rivolge specificamente alle singole previsioni contenute nell'impugnato articolo 2.

La competenza esclusiva statale in materia di “profilassi internazionale” si impone quindi anche alla Regione autonoma Valle d’Aosta, **non potendo operare in tale ambito la clausola di salvaguardia delle competenze statutarie**, enunciata dall’art. 5, comma 2, del d.l. n. 19 del 2020 e dall’art. 3, comma 2, del d.l. n. 33 del 2020, e ciò induce a concludere per l’inesistenza di uno spazio di adattamento delle previsioni statali alla realtà regionale, allorché non sia previamente stabilito da quest’ultima.

La legge statale, infatti, **non permette una politica regionale autonoma sulla gestione della pandemia, anche se di carattere maggiormente stringente**, ma la sola disciplina che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi successivamente all’adozione di un d.P.C.m. e prima che sia assunto quello successivo, seppur per mezzo di atti amministrativi, «in ragione della loro flessibilità, e non grazie all’attività legislativa regionale».

Accertato che si verte in materia affidata alla competenza esclusiva dello Stato, il giudice costituzionale non accoglie la sollecitazione della Regione ad auto-rimettere la questione sui dd.ll. n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, sia nella parte in cui questi comprimerebbero l’autonomia regionale (artt. 117 e 118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a “fonti dell’emergenza”, ovvero i d.P.C.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost.; dette questioni, sarebbero, infatti, irrilevanti.

Le altre questioni promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri sono ritenute infondate.

Non fondate sono le questioni sugli articoli 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge regionale impugnata, promosse in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettere m) e q), e terzo comma, 118 e 120 Cost., poiché (e salvo gli articoli 6 e 7 contenenti rispettivamente la clausola di invarianza finanziaria e la dichiarazione di urgenza della legge, che, pertanto, traggono copertura costituzionale dalle altre disposizioni «scampate» alla declaratoria di incostituzionalità) si limitano ad individuare gli organi chiamati a prestare la collaborazione e ad esercitare le funzioni demandate dallo Stato. La Corte rileva, infatti, che **la competenza statale volta al contrasto del contagio non può ritenersi tanto vasta da frapporti all’esercizio delle funzioni regionali, laddove esse non abbiano alcuna capacità di interferire con quanto determinato dalla legge statale**. Come non fondata è la questione promossa sulle medesime disposizioni regionali per il mancato rispetto del principio di leale collaborazione, in quanto quest’ultimo non è applicabile – contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente – alle procedure legislative.

Da ultimo, infondate sono anche le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, lettera a), della legge impugnata, in riferimento all’art. 117, secondo comma, lettera h) (sicurezza e ordine pubblico), Cost., e all’art. 44 dello statuto di autonomia. La citata disposizione regionale, che istituisce un’unità supporto e coordinamento, non solo è ascrivibile alla competenza legislativa residuale regionale in tema di ordinamento e di organizzazione degli uffici, ma non intacca in alcun modo la titolarità delle prerogative in materia di ordine pubblico, che l’art. 44 dello statuto di autonomia assegna al Presidente della Regione, per delegazione del Governo.

Leonardo Pace



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 39 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Luca Antonini
decisione del 9 febbraio 2021, deposito del 16 marzo 2021
comunicato stampa del 16 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 62 del 2020

parole chiave:

IMPOSTE E TASSE - IMPOSTA DI REGISTRO - LIMITAZIONE DEL POTERE DI INTERPRETARE IL NEGOZIO GIURIDICO DA TASSARE - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA – NORMA DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA – EFFICACIA RETROATTIVA

disposizioni impugnate:

- art. 20 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 87, lettera a), numeri 1) e 2), della legge 27 dicembre 2017, n. 205
- art. 1, comma 1084, della legge 30 dicembre 2018, n. 145

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24, 53, 81, 97, 101, 102 e 108 della Costituzione

dispositivo:

manifesta infondatezza; infondatezza

La Commissione tributaria di Bologna ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 20 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 87, lettera a), numeri 1) e 2), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 e, in subordine, dell'art. 1, comma 1084, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

Rispetto all'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986, il rimettente denuncia la violazione degli articoli 3 e 53 Cost., nella parte in cui il citato articolo «dispone che, nell'applicare l'imposta di registro secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, si debbano prendere in considerazione unicamente gli elementi desumibili dall'atto stesso, "prescindendo da quelli *extratestuali* e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi"».

La Corte costituzionale, respinta l'eccezione di inammissibilità per mancato espletamento del tentativo di interpretazione conforme, dichiara **la questione manifestamente infondata**, poiché l'odierno rimettente ha sollevato **questioni sostanzialmente analoghe a quelle già dichiarate non fondate dallo stesso giudice costituzionale con la sentenza n. 158 del 2020**.

Riguardo alle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto l'art. 1, comma 1084, della legge n. 145 del 2018, il giudice *a quo* denuncia la violazione degli articoli 3, 81 e 97, 101 nonché 102 e 108 e 24 Cost. Secondo il rimettente il citato articolo 1, comma 1084, nel disporre che l'art. 1, comma 87, lettera a), della legge n. 205 del 2017 «costituisce interpretazione autentica» dell'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986, **«avrebbe [...] imposto la retroattività di quest'ultima norma «nella sua nuova ridotta portata», ponendosi così in contrasto con i richiamati parametri costituzionali.**

Fra le diverse questioni promosse, **quella che riveste un ruolo centrale nell'impianto motivazionale della sentenza è quella per violazione dell'articolo 3 Cost., per contrasto con il principio di ragionevolezza.** Il dedotto contrasto con la citata norma costituzionale è articolato dal rimettente in tre distinti profili: *a*) il legislatore è intervenuto illegittimamente a qualificare quale legge di interpretazione autentica avente efficacia retroattiva l'intervento legislativo del 2017, al quale, invece, la giurisprudenza di legittimità aveva riconosciuto natura innovativa; *b*) il significato determinatosi in forza della norma censurata non sarebbe prevedibile stante il carattere della novità della disposizione qualificata come di interpretazione autentica; *c*) la retroattività derivante dalla qualificazione dell'intervento normativo del 2017 quale norma di interpretazione autentica non sarebbe neppure giustificato da motivi imperativi di interesse generale, posto che proprio detto intervento lederebbe i principi di parità di trattamento e capacità contributiva.

Prima di passare all'esame del merito di tali censure, il giudice delle leggi ricostruisce, anche richiamando alcuni passaggi della sentenza n. 158 del 2020, la vicenda normativa che ha portato all'adozione della norma censurata, al fine di inquadrare correttamente la natura di quest'ultima.

Innanzitutto, la Corte premette che l'art. 1, comma 1084, della legge n. 145 del 2018, non detta direttamente un contenuto che dalla stessa venga definito di interpretazione autentica, ma definisce, «esplicitandola con la forza della legge», la natura dell'intervento normativo operato dall'art. 1, comma 87, della legge n. 205 del 2017 (oggetto delle questioni decise con la pronuncia n. 158 del 2020 e dichiarate manifestamente infondata dalla sentenza in analisi). In altri termini, **l'intervento operato dalla norma censurata è volto, infatti, ad affermare il carattere di interpretazione autentica dell'intervento legislativo del 2017 – il quale non si è auto-qualificato in tal senso –** così affermandone, al contempo, l'efficacia retroattiva.

Ne discende – così continua la Corte – che al fine di operare il sindacato di costituzionalità occorre misurarsi preliminarmente con la portata normativa dell'art. 1, comma 87, lettera *a*) della legge n. 205 del 2017, precisando come non sia affatto dirimente ai fini del presente giudizio stabilire se la novella del 2017 abbia carattere innovativo o interpretativo, poiché – e richiamando alcuni specifici precedenti costituzionali – elemento decisivo è che la retroattività contestata dal giudice *a quo*, per un verso, trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e, per l'altro, non contrasti con altri valori o interessi costituzionalmente protetti.

Sulla scorta di ciò, **ad avere portata dirimente per la soluzione dei dubbi di costituzionalità non è, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, la natura innovativa dell'intervento del 2017, quanto, piuttosto, la portata sistemica che detto intervento legislativo ha assunto.**

Richiamando alcuni passi della sentenza n. 158 del 2020, la Corte ricorda come l'art. 1, comma 87, lettera *a*), della legge n. 205 del 2017, sia volto a ricondurre l'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986 «all'interno del suo alveo originario, dove l'interpretazione, in linea con le specificità del diritto tributario, risulta circoscritta agli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione (ovverossia al *gestum*, rilevante secondo la tipizzazione stabilita dalle voci indicate nella tariffa allegata al testo unico)». Nella pronuncia del 2020, infatti, la Corte ha affermato la non contrarietà a Costituzione della scelta legislativa di identificare i presupposti dell'imposta di registro nei soli effetti giuridici desumibili dal negozio contenuto nell'atto presentato per la registrazione e di escludere, invece, gli elementi *extratestuali* e gli atti ad esso collegati.

Valenza sistematica del citato art. 20 che, sempre nella pronuncia n. 158, è stata anche posta in evidenza (raccordandola all'abuso del diritto) in base alla circostanza che, «sul piano costituzionale», l'interpretazione evolutiva, incentrata sulla nozione di “causa reale”, dalla quale muoveva il rimettente,

provocherebbe incoerenze nell'ordinamento, in quanto «consentirebbe all'amministrazione finanziaria, da un lato, di operare in funzione antielusiva senza applicare la garanzia del contraddittorio endoprocedimentale stabilita a favore del contribuente e, dall'altro, di svincolarsi da ogni riscontro di “indebiti” vantaggi fiscali e di operazioni “prive di sostanza economica”».

Alla luce del quadro normativo appena delineato, **la Corte ha dichiarato infondate le questioni sollevate in riferimento all'art. 3 Cost., per violazione del principio di ragionevolezza, sotto tutti i profili.**

In primo luogo, non può reputarsi irragionevole l'aver attribuito efficacia retroattiva ad un intervento, qual è quello del 2017, che ha assunto carattere di sistema, poiché, più che selezionare uno dei significati possibili di una disposizione (ossia dell'art. 20 del d.P.R. n. 131 del 1986), ha «fissato uno dei contenuti normativi riconducibili all'interno dell'impianto sistematico della disciplina sostanziale e procedimentale dell'imposta di registro», quale imposta d'atto. In tale prospettiva a nulla rileva che prima dell'intervento contestato poteva dirsi raggiunta un'uniforme applicazione e – afferma ancora il giudice delle leggi – «la legittimità di un intervento che attribuisce forza retroattiva a una genuina norma di sistema non è contestabile nemmeno quando esso sia determinato dall'intento di rimediare a un'opzione interpretativa consolidata nella giurisprudenza (anche di legittimità) che si è sviluppata in senso divergente dalla linea di politica del diritto giudicata più opportuna dal legislatore (sentenza n. 402 del 1993)».

In secondo luogo, e per le ragioni esposte con riguardo al primo profilo, neppure è riscontrabile l'irragionevolezza declinata nel senso della non prevedibilità del significato precisato dalla norma censurata; la censura, infatti, «è infondata» e «rimane [...] integralmente assorbita dalle considerazioni appena svolte».

In terzo luogo, infondato è il contrasto con il principio di ragionevolezza discendente dall'impossibilità di giustificare la retroattività normativa in quanto la disposizione del 2017 sarebbe contraria al principio di parità di trattamento e alla capacità contributiva. Il giudice delle leggi rileva, infatti, che con la sentenza n. 158 del 2020 avrebbe dichiarato non sussistente il contrasto con gli articoli 3 e 53 Cost., e «come altresì notato dall'*amicus curiae* (l'Associazione nazionale tributaristi italiani, sezione Lombardia), nella giurisprudenza sovranazionale si riconosce che le norme della CEDU sono volte a tutelare i diritti della persona “contro il potere dello Stato e della Pubblica Amministrazione” e non viceversa, come invece, paradossalmente, rappresentato dal rimettente».

Riguardo alla violazione degli altri parametri costituzionali (81, 97, 101, 102 e 108 e 24 Cost.), la Corte ha dichiarato inammissibili le relative questioni in quanto nient'affatto o, comunque sia, non adeguatamente motivate.

Leonardo Pace

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 41 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 25 gennaio 2021, deposito del 17 marzo 2021
[comunicato stampa del 17 marzo 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze n. 84 e n. 96 del 2020

parole chiave:

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO - MAGISTRATI ONORARI - GIUDICI AUSILIARI –
NOMINA PER CONCORSO DEI MAGISTRATI ORDINARI

disposizioni impugnate:

- Artt. da 62 a 72 del [decreto-legge n. 69 del 2013](#), convertito, con modificazioni, nella [legge n. 98 del 2013](#)

disposizioni parametro:

- artt. 106, primo e secondo comma, e 102, primo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento additivo

La Corte di cassazione, con due distinte ordinanze, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale delle norme (artt. da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito in l. n. 98 del 2013) che **conferiscono ai giudici ausiliari di appello lo status di componenti dei collegi giudicanti delle sezioni della corte d'appello come magistrati onorari**, ritenendo dette norme in contrasto con gli articoli 106, secondo comma, Cost., il quale – anche alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale – stabilisce che i giudici onorari possono essere nominati solo per le funzioni attribuite ai giudici singoli, e 106, primo comma, e 102, primo comma, Cost. (evocati solo dalla prima ordinanza di rimessione), dai quali si evincerebbe **una ineludibile scelta del costituente per l'affidamento, in via generale, dell'esercizio della giurisdizione ai magistrati professionali togati**.

Il giudice delle leggi premette un'analitica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, tesa non solo a delineare la fisionomia assunta dalla magistratura onoraria nel nostro ordinamento, ma altresì a sottolineare come **l'aumento delle funzioni riconosciute a quest'ultima sia stato essenzialmente volto a ridurre la durata dei processi civili nelle corti di appello** (ricordando inoltre che con il decreto-legge n. 34 del 2020 è stato aumentato l'organico degli stessi giudici, con la possibilità di destinare questi anche ai collegi in materia penale).

La Corte costituzionale ritiene fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all'art. 106, primo e secondo comma, Cost. e dichiara assorbite quelle relative alla violazione dell'art. 102, primo comma, Cost.

Il giudice delle leggi, innanzitutto, chiarisce che il costituente, pur avendo espresso la chiara scelta della nomina dei magistrati solo a seguito dell'espletamento del pubblico concorso (così all'art. 106, primo comma, Cost.), non ha previsto in termini assoluti l'esclusività dell'esercizio della giurisdizione in capo

alla sola magistratura professionale. Recependo il modello esistente (ossia quello del vicepretore e del conciliatore onorario, giudici monocratici di primo grado addetti alla giustizia minore), si è previsto, infatti, che la magistratura onoraria potesse affiancare quella professionale «per tutte le funzioni attribuite ai giudici singoli» (art. 106, secondo comma, Cost.) e quindi escludendo volutamente dai collegi i giudici appartenenti ad essa.

Quando è stata chiamata ad esprimersi sulla possibilità che i magistrati onorari potessero far parte dei collegi, **la stessa Corte ha chiarito** (attraverso una interpretazione «funzionale, piuttosto che rigorosamente originalista») **che il giudice onorario, poiché monocratico e di primo grado, solo in via eccezionale e transitoria potesse comporre i collegi dei tribunali**. Tale lettura è stata corroborata, prima dell'intervento legislativo censurato, dalla stessa normazione ordinaria.

È stato così tracciato un «perimetro invalicabile della magistratura onoraria, identificata nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale».

Alla luce di tale quadro normativo, **le disposizioni censurate, nel prevedere che i giudici onorari, in qualità di giudici ausiliari di appello, svolgano funzioni «(nient'affatto di giudici singoli, ma) di giudici collegiali presso le corti d'appello, dove i giudici ausiliari sono strutturalmente inseriti» risultano essere «del tutto fuori sistema e si pon[gono] in radicale contrasto» con l'art. 106, commi primo e secondo, Cost.**

Accertata l'illegittimità costituzionale degli artt. da 62 a 72 del decreto-legge n. 69 del 2013, così come convertito, la Corte avverte, altresì, l'esigenza «di tener conto dell'innegabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello». **Il venir meno dell'apporto dei giudici ausiliari recherebbe, infatti, un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia e alla connessa esigenza di riduzione dei tempi della giustizia civile.**

Occorre in altri termini – e in linea con quanto già fatto dallo stesso giudice costituzionale in precedenti occasioni (fra le altre, si cita naturalmente la sentenza n. 10 del 2015) – **operare un bilanciamento tra gli interessi sottesi agli evocati parametri costituzionali e quello della tutela giurisdizionale;** bilanciamento già operato in altre occasioni dalla stessa Corte, «anche eccezionalmente modulando nel tempo gli effetti della decisione».

Nella specie, il giudice delle leggi ritiene che **la composizione di tali interessi possa avvenire «con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire».**

L'appiglio per tale operazione dalla Corte è individuato in quanto previsto per le figure di giudice onorario introdotte dal d.lgs. n. 51 del 1998. L'art. 245 di tale decreto legislativo aveva previsto, infatti, che le modifiche dell'ordinamento giudiziario, in forza delle quali tali magistrati onorari potessero essere addetti al tribunale ordinario e alla procura della Repubblica presso il tribunale ordinario, si sarebbero applicate «fino a quando non sarà attuato il complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria a norma dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione».

Sulla base di tale dato, la Corte ritiene possibile un'analoga prescrizione limitativa anche nell'attuale contesto normativo, in cui, attraverso il d.lgs. n. 116 del 2017 (nonché iniziative di ulteriore riforma all'esame del Parlamento), **è in atto una riforma della magistratura onoraria, la cui entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025.**

In forza di ciò, **la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della normativa censurata «nella parte in cui non prevede che essa si applichi fino al completamento del riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi contemplati dal citato art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017, così riconoscendo ad essa – per l'incidenza dei concorrenti valori di rango costituzionale – una temporanea tollerabilità costituzionale, rispetto all'evocato parametro dell'art. 106, primo e secondo comma, Cost.».**

Leonardo Pace



Sentenza n. 46 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 10 febbraio 2021, deposito del 23 marzo 2021
comunicato stampa del 23 marzo 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. [56](#), [57](#) e [58](#) del 2020; ordinanza n. [59](#) del 2019

parole chiave:

ENERGIA - IMPIANTI ALIMENTATI DA FONTI RINNOVABILI - PROVENTI ECONOMICI
PATUITI DAGLI OPERATORI DEL SETTORE CON GLI ENTI LOCALI -
CONSERVAZIONE DI PIENA EFFICACIA DEGLI ACCORDI

disposizioni impugnate:

- art. 1, comma 953°, della [legge 30 dicembre 2018, n. 145](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24, 41, 97, 101, 102, 111, 113 e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in riferimento agli obblighi internazionali sanciti dagli artt. 6 della [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#) e 1 del [Protocollo addizionale alla CEDU](#), nonché dell'art. 2 del Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997 (Convenzione sui cambiamenti climatici), ratificato e reso esecutivo con [legge 1° giugno 2002, n. 120](#).

dispositivo:

infondatezza e inammissibilità

Il Consiglio di Stato, con quattro diverse ordinanze, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 953°, della legge n. 145 del 2018, il quale dispone la **sanatoria generalizzata delle convenzioni adottate in difformità dalle linee guida stabilite dal d.m. del 10 settembre 2010** in relazione alle misure compensative di carattere patrimoniale in materia di produzione energetica da fonti rinnovabili.

Secondo il giudice rimettente, la disposizione impugnata contrasta con il principio di ragionevolezza (poiché, eccedendo dalle esigenze connesse all'obiettivo legittimo di adeguare per il futuro gli accordi contenenti misure compensative di carattere meramente patrimoniale, dispone per il passato la sanatoria generalizzata di accordi di segno difforme dalle direttive ministeriali), con l'art. 24 Cost. (poiché vanificherebbe gli effetti di un'azione di impugnativa per nullità di clausole), coi principi della separazione dei poteri e del giusto processo (in quanto la norma inciderebbe su processi in corso), con l'art. 41 Cost. (nella misura in cui, sostanzialmente, tramuta una libera attività di impresa in un rapporto concessorio) e con l'art. 117, primo comma, Cost. (perché comporta, in modo imprevedibile e in violazione dei principi di legalità e proporzionalità, una lesione del diritto di proprietà, ossia della legittima aspettativa degli operatori economici a ottenere la restituzione degli importi versati in esecuzione di accordi invalidi, nonché degli obblighi assunti sul piano internazionale ed europeo ai fini della massima diffusione delle energie rinnovabili).

La Corte, riuniti i giudizi per identità di oggetto, li tratta congiuntamente e rigetta tutte le q.l.c. proposte, ma con diversi dispositivi; segnatamente, dichiara inammissibili le questioni sollevate con le ordinanze nn. 58 e 59 per mancato assolvimento dell'onere di motivazione sul *fumus* incombente sul giudice *a quo*, mentre giudica infondate quelle proposte nelle ordinanze di rimessione nn. 56 e 57.

La differenza dei dispositivi, pur in presenza di analoghe censure, si spiega con la simmetrica veste processuale dei ricorrenti e degli intervenienti nei processi *a quibus* (in un caso, infatti, ricorrenti nel processo a quo sono le imprese e intervenienti gli Enti locali; nell'altro, ricorrenti sono gli Enti locali e intervenienti le imprese).

Nel merito, la Consulta ha ritenuto **ragionevole la scelta legislativa volta a riallineare le condizioni degli operatori del settore e a promuovere la tutela dell'ambiente e del paesaggio**, prescrivendo che le misure compensative siano, almeno in parte, di effettivo riequilibrio ambientale e territoriale.

Pertanto, a partire dal 1° gennaio 2019, le vecchie convenzioni dovranno essere riviste dalle parti in conformità alle prescrizioni delle Linee Guida ministeriali e le compensazioni saranno dovute se volte al riequilibrio ambientale e territoriale.

Antonio Rivezzo



[Sentenza n. 48 del 2021](#)

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Nicolò Zanon

decisione del 24 febbraio 2021, deposito del 26 marzo 2021

[comunicato stampa del 26 marzo 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 157 del 2020](#)

parole chiave:

ELEZIONI - ELEZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI - PROCEDIMENTO ELETTORALE - RIDUZIONE DEL NUMERO DELLE SOTTOSCRIZIONI - ESENZIONE DALL'ONERE DI RACCOLTA DELLE SOTTOSCRIZIONI.

disposizioni impugnate:

- art. 18-bis, primo e secondo comma, del [decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361](#)

disposizioni parametro:

- artt. 1, secondo comma; 3; 48, secondo comma; 51, primo comma, e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in relazione all'art. 3 del Protocollo addizionale alla [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#)

dispositivo:

infondatezza e inammissibilità

La normativa impugnata tratta dell'onere della raccolta delle sottoscrizioni degli elettori ai fini della presentazione delle liste di candidati alle elezioni politiche.

Ad avviso del giudice *a quo*, in estrema sintesi, il sistema vigente di riduzioni e di esenzioni da tale onere determinerebbe una «sproporzionata distorsione delle legittime finalità dell'onere [...] di raccolta delle sottoscrizioni degli elettori e della relativa esenzione per le formazioni politiche già rappresentate in Parlamento», con conseguente violazione dei parametri costituzionali sopra indicati.

Prima ancora, però, il Tribunale di Roma si preoccupa di affermare la propria giurisdizione in materia, richiamandosi alla stessa giurisprudenza costituzionale, a quella delle Corti europee, nonché comparando la situazione italiana a quella di altri sistemi giuridici affini al nostro.

Quest'ultimo punto è quello più esplorato dalla Consulta, la quale conferma il proprio più recente orientamento nel senso **che la Costituzione non escluderebbe la giurisdizione del giudice ordinario sul contenzioso che nasce nel cosiddetto procedimento preparatorio alle elezioni politiche nazionali**: l'art. 66 Cost., infatti, «non sottrae affatto al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo nella fase antecedente alle elezioni, quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione».

In secondo luogo, la Corte constata l'assenza di un rito processuale *ad hoc*, ma ritiene comunque sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, soprattutto nell'ottica di scongiurare il permanere di una "zona franca" nell'ordinamento giuridico immune dal controllo di costituzionalità.

In attesa del necessario intervento del legislatore, **l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario risulta pertanto «l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione»**, a condizione che sussista un concreto interesse ad agire in giudizio (art. 100 c.p.c.). Nel merito, ad ogni modo, la censura relativa al numero minimo di sottoscrizioni necessario per presentare liste nei collegi plurinominali **è stata ritenuta infondata alla luce dell'ampia discrezionalità spettante al legislatore in materia**, mentre quella volta ad estendere l'ambito dei soggetti esonerati dall'onere di raccolta delle sottoscrizioni è stata dichiarata inammissibile, per carenza di motivazione.

Antonio Rivezzo



Sentenza n. 56 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 9 marzo 2021, deposito del 31 marzo 2021
comunicato stampa del [31 marzo 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 134 del 2020](#)

parole chiave:

ORDINAMENTO PENITENZIARIO - DETENZIONE DOMICILIARE - RECIDIVA

disposizioni impugnate:

- art. 47-ter, primo comma, della [legge 26 luglio 1975, n. 354](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 27 della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento parziale

Con la decisione in parola **cade la preclusione assoluta all'ammissione alla detenzione domiciliare** stabilita dall'ordinamento penitenziario **per gli ultrasessantenni recidivi condannati a una pena detentiva**, che potranno quindi essere ammessi a detta misura alternativa in caso di valutazione positiva sulla diminuita pericolosità sociale del reo da parte del magistrato di sorveglianza.

La Corte costituzionale motiva l'accoglimento parziale della questione sulla base di un duplice presupposto: da un lato, il legislatore stesso sembra presumere una generale diminuzione della pericolosità sociale del reo come conseguenza diretta dell'invecchiamento; dall'altro lato, appare verosimile che «il carico di sofferenza associato alla permanenza in carcere cresca con l'avanzare dell'età, e con il conseguente sempre maggiore bisogno, da parte del condannato, di cura e assistenza personalizzate, che difficilmente gli possono essere assicurate in un contesto intramurario, caratterizzato dalla forzata convivenza con un gran numero di altri detenuti di ogni età».

A fronte di tali presupposti, la disposizione esaminata è «l'unica, nell'intero ordinamento penitenziario, che fa discendere conseguenze radicalmente preclusive di una misura alternativa a carico di chi sia stato condannato con l'aggravante della recidiva».

Nella sua formulazione attuale, infatti, il riconoscimento della recidiva, pur discendendo da un giudizio individualizzato di maggiore colpevolezza e pericolosità, è tuttavia finalizzato unicamente alla quantificazione della pena da infliggere, e dunque estraneo alla modalità di espiazione della stessa.

In tal modo, **divengono sostanzialmente irrilevanti sia il percorso rieducativo** in ipotesi intrapreso dal condannato dopo la sentenza, sia **il tempo già trascorso in carcere**, sia, infine, **la maggiore sofferenza determinata dalla detenzione su una persona di età avanzata**.

Sequitur l'irragionevolezza della norma impugnata in rapporto al «principio di umanità della pena», sancito dall'articolo 27 della Costituzione.

Antonio Riviezzo



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 59 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Silvana Sciarra
decisione del 24 febbraio 2021, deposito del 1° aprile 2021
comunicati stampa del 24 febbraio e del 1° aprile 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 101 del 2020

parole chiave:

DIRITTO AL LAVORO – STATUTO DEI LAVORATORI – LICENZIAMENTO ECONOMICO
ILLEGITTIMO – TUTELA REINTEGRATORIA

disposizioni impugnate:

-Art. 18, comma 7, secondo periodo, della [legge 20 maggio 1970, n. 300](#), come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della [legge 28 giugno 2012, n. 92](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, primo comma, 24, 41, primo comma, e 111, secondo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento sostitutivo

Il Tribunale ordinario di Ravenna, in funzione di giudice del lavoro, aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori), come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), **nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, possa – e non debba – disporre la reintegrazione del lavoratore.**

Secondo il rimettente, detta disciplina sarebbe in contrasto, innanzitutto, con l'art. 3 Cost. alla luce del «**trattamento irragionevolmente discriminatorio**» rispetto all'licenziamento per giusta causa nell'ipotesi di insussistenza del fatto: in quest'ultimo caso, la reintegrazione è obbligatoria, mentre la disposizione impugnata la renderebbe meramente facoltativa e subordinata a una valutazione in termini di non eccessiva onerosità nella fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La discrezionalità affidata al giudice nel disporre o meno la reintegrazione renderebbe l'attività di quest'ultimo assimilabile all'esercizio dell'attività d'impresa, con violazione dell'art. 41 Cost., e comprometterebbe la sua terzietà, costituzionalmente imposta dall'art. 111 Cost. La disposizione impugnata si porrebbe altresì in contrasto con l'art. 24 Cost., perché alle parti sarebbe impedito di interloquire sulla compatibilità della reintegrazione con le esigenze organizzative aziendali e perché, in particolare, il licenziamento disposto *ope iudicis* non sarebbe rispettoso delle garanzie previste dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966.

La Corte – respinte tutte le eccezioni di inammissibilità avanzate dal Presidente del Consiglio dei ministri – premette all'esame del merito la ricostruzione del quadro riformatore in tema di licenziamenti illegittimi adottato dal legislatore nel 2012, osservando in particolare come «**[a]ll'originario modello, incentrato**

sulla tutela reintegratori per tutte le ipotesi di nullità, annullabilità e inefficacia del licenziamento, fanno riscontro quattro regimi, applicabili ai rapporti a tempo indeterminato instaurati fino al 7 marzo 2015», data dopo la quale trova invece applicazione il c.d. contratto a tutele crescenti. Ripercorsi tali regimi, il giudice delle leggi rileva che **per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo connesso a ragioni economiche, produttive e organizzative, la tutela riservata al lavoratore in caso di illegittimità del licenziamento consiste di regola nella corresponsione di una indennità risarcitoria**, compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità. **La tutela reale**, accompagnata da un risarcimento fino a dodici mensilità, **è prevista per la sola ipotesi di manifesta insussistenza del fatto**, ossia quando il datore di lavoro non abbia dimostrato le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro e, infine, l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore: **la reintegrazione, tuttavia, non è obbligatoria**, secondo l'interpretazione della disposizione impugnata proposta dal giudice rimettente, avallata dalla giurisprudenza di legittimità e corroborata tanto dal dato testuale quanto dai lavori preparatori. È proprio **questa facoltà discrezionale di concedere o negare la reintegrazione** che, secondo la Corte, **contrasta con l'art. 3 Cost.**

Il giudice delle leggi rammenta come, secondo la sua oramai consolidata giurisprudenza, **il principio lavorista della Costituzione repubblicana sancisce il diritto «a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente»**, i cui modi di tutela, che non contemplano la sola reintegrazione, sono rimessi alle valutazioni discrezionali del legislatore, purché rispettosi dei principi di eguaglianza e ragionevolezza: **rispetto che, nel caso di specie, non v'è.**

La facoltatività della reintegrazione è, infatti e innanzitutto, in contrasto con il principio d'eguaglianza, dal momento che, **per il caso di insussistenza del fatto nella fattispecie di licenziamento disciplinare, è invece prevista l'obbligatorietà della reintegrazione**: è il legislatore ad annettere rilievo al presupposto comune dell'insussistenza del fatto e **le peculiarità delle due fattispecie di licenziamento non sono tali da giustificare la diversa opzione normativa, tanto più ove si consideri che per il licenziamento economico è richiesto «finanche il più pregnante presupposto dell'insussistenza manifesta».**

La Corte reputa altresì fondati i dubbi del rimettente sull'**irragionevolezza della disciplina lì dove non orienta in alcun modo il potere discrezionale del giudice** di disporre o meno la reintegrazione, a tale riguardo ritenendo che non pone rimedio alla indeterminatezza della fattispecie il tentativo della giurisprudenza di legittimità di richiamarsi alla eccessiva onerosità. La disciplina viene reputata irragionevole, inoltre, anche in relazione alla finalità di una equa distribuzione delle tutele dell'impiego enunciata dalla c.d. legge Fornero, perché **rischia di vanificare il dichiarato intento «di circoscrivere entro confini certi e prevedibili l'applicazione del più incisivo rimedio della reintegrazione e di offrire parametri precisi alla discrezionalità del giudice».**

Alla luce di tutte queste argomentazioni, e con assorbimento degli ulteriori profili di censura, la Corte dichiara l'illegittimità della disposizione impugnata **«nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, “può altresì applicare” – invece che “applica altresì” – la disciplina di cui al quarto comma [dell'] art. 18».**

Daniele Chinni



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 68 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Franco Modugno
decisione del 28 gennaio 2021, deposito del 16 aprile 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 47 del 2020](#)

parole chiave:

DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - EFFETTI RETROATTIVI -
INAPPLICABILITÀ AI CASI DI SOPRAVVENUTA DICHIARAZIONE DI
INCOSTITUZIONALITÀ DI SANZIONI AMMINISTRATIVE QUALIFICABILI COME
PENALI AI SENSI DELLA CEDU

disposizioni impugnate:

- art. 30, quarto comma, della [legge 11 marzo 1953, n. 87](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25, secondo comma, 35, 41, 117, primo comma – quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#) – e 136 della [Costituzione](#).

dispositivo:

accoglimento

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Milano dubita della legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 **nella parte in cui tale disposizione – concernente gli effetti retroattivi della dichiarazione di illegittimità costituzionale – non risulterebbe applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU** (nella fattispecie, il giudice *a quo* era chiamato a decidere in merito alla rideterminazione della sanzione amministrativa del ritiro della patente di guida a seguito di una condanna definitiva per c.d. omicidio stradale, intervenuta prima della sentenza n. 88 del 2019).

L'art. 30 della legge n. 87 del 1953 enuncia **due regole in tema di effetti nel tempo delle pronunce di accoglimento**: la prima, di ordine generale, è quella posta dal terzo comma, per cui, dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, «[l]e norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione»; la seconda, posta dal quarto comma, è una regola specifica e distinta con riguardo alla materia penale, e stabilisce che «[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Sul punto, innanzitutto, la Corte osserva che **il diritto vivente ha subito una recente evoluzione in senso migliorativo** per effetto di una terna di pronunce delle sezioni unite penali della Corte di cassazione (sentenze 24 ottobre 2013-7 maggio 2014, n. 18821; 29 maggio-14 ottobre 2014, n. 42858; 26 febbraio-15 settembre 2015, n. 37107); in base a tale interpretazione ampia l'attitudine a infrangere il giudicato penale viene «riconosciuta non solo alla pronuncia che rimuova, in tutto o in parte, la norma

incriminatrice, producendo un'abolitio criminis, ma anche a quella che si limiti ad incidere (in senso mitigativo) sul trattamento sanzionatorio».

Nondimeno, nella fattispecie si verte in materia di sanzioni amministrative e non penali e, quindi, tale interpretazione estensiva non ha attitudine a incidere sul processo *a quo*.

Osserva quindi la Corte che la revoca della patente è «nella sostanza, una sanzione interdittiva della circolazione alla guida dei veicoli a motore. Essa è la risultante di due componenti: la perdita del titolo abilitativo già posseduto [...] e l'inibizione al conseguimento di un nuovo titolo prima di un certo tempo», per cui «fin quando è pendente il termine per il conseguimento di un nuovo titolo abilitativo, l'esecuzione della sanzione perdura».

D'altro canto, è la stessa Corte di cassazione che oggi afferma l'applicabilità dei c.d. parametri Engel ricavati dalla giurisprudenza della Corte EDU per riqualificare come sostanzialmente penali le sanzioni formalmente amministrative (quale è quella in discorso); e alla luce di tali parametri non appare possibile negare che il ritiro della patente «abbia connotazioni sostanzialmente punitive (sia pur non disgiunte da finalità di tutela degli interessi coinvolti dalla circolazione dei veicoli a motore, secondo uno schema tipico delle misure sanzionatorie consistenti nell'interdizione di una determinata attività)».

Pertanto, sembra giocoforza concludere che l'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 «in quanto interpretato, come vuole la consolidata giurisprudenza di legittimità, nel senso di escluderne l'applicabilità in relazione alla sanzione amministrativa considerata» vada a porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., con conseguenziale declaratoria di illegittimità costituzionale e assorbimento delle ulteriori censure.

È vero, infatti, che nella sentenza n. 43 del 2017 la Corte aveva ritenuto che l'inapplicabilità della norma censurata alle sanzioni amministrative “convenzionalmente penali” non violasse tale parametro in virtù della «facoltà del legislatore nazionale di apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle prefigurate dalla CEDU, riservandole alle sole sanzioni “formalmente penali” per l'ordinamento interno»; successivamente «il processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha però conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in tale pronuncia» (cfr., sotto diversi profili: sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019; sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018; sentenza n. 63 del 2019; sentenza n. 112 del 2019).

In particolare, con la sentenza n. 63 del 2019, la Corte ha esteso alle sanzioni amministrative “punitive” il principio di retroattività della *lex mitior*, proprio sulla base dell'art. 3 Cost.: laddove, infatti, «la sanzione amministrativa abbia natura “punitiva”, di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicar[la] [...], qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento» (sentenza n. 63 del 2019).

E se tale principio opera già in ipotesi di semplice successione di norme (sostanzialmente) penali nel tempo, a maggior ragione esso dovrà trovare applicazione al cospetto di disposizioni affette da illegittimità costituzionale, come nel caso di specie.

Antonio Riviezzo

Ordinanza n. 79 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Angelo Buscema

decisione del 9 marzo 2021, deposito del 21 aprile 2021

[comunicato stampa del 21 aprile 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ricorso n. 24 del 2020](#)

parole chiave:

FONDO DI SOLIDARIETÀ COMUNALE – CRITERI DI RIDUZIONE DELLE RISORSE STATALI – MODALITÀ DI RIPARTO – IMU-TASI – ORDINANZA ISTRUTTORIA

disposizioni impugnate:

- art. 1, commi 554 e 849, della [legge 27 dicembre 2019, n. 160](#)
- art. 57, comma 1, del [decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124](#), convertito, con modificazioni, nella legge 19 dicembre 2019, n. 157

disposizioni parametro:

- artt. 5, 119, commi 1, 3 e 4, della [Costituzione](#)

dispositivo:

richiesta di relazioni; convocazione in audizione;
fissazione di camera di consiglio al 24 giugno 2021

Nell'ambito del processo costituzionale introdotto dalla Regione Liguria, per conto del Consiglio delle autonomie locali della medesima Regione, avverso gli art. 1, commi 554 e 849, della legge di bilancio 2020 e dell'art. 57, comma 1, del d.l. n. 124 del 2019, convertito in legge n. 157 del 2019, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario, per la risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale, «**apposita istruttoria [...] finalizzata ad acquisire ulteriori e specifiche informazioni**».

In particolare, il giudice delle leggi ha richiesto apposite relazioni al **Ragioniere generale dello Stato**, al **Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale (IFEL)** e al **Presidente della Corte dei conti** perché riferiscano: a) in merito **alla ratio, ai criteri di quantificazione e all'impatto del taglio della quota ristorativa dell'Imposta unica municipale (IMU) – Tariffa per i servizi indivisibili (TASI)**, che è fissata per gli anni 2020-2022 nella somma complessiva di euro 300 milioni, anziché nella somma di euro 625 milioni» precedentemente stanziata, anche in relazione al fabbisogno degli enti locali per l'esercizio delle funzioni loro attribuite; b) in merito alle criticità riscontrate nei **criteri di riparto del Fondo di solidarietà comunale** (al solo Presidente dell'IFEL); c) in merito **alla ratio, ai criteri di quantificazione e all'impatto del taglio delle risorse destinate per il 2020 al Fondo di solidarietà comunale**, a carico del bilancio dello Stato, pari a euro 100 milioni, in luogo degli originari

euro 563,4 milioni [...], anche in relazione al fabbisogno degli enti locali per l'esercizio delle funzioni loro attribuite.

Data la complessità delle questioni, la Corte ha disposto anche la **convocazione in audizione** del Ragioniere generale dello Stato e del Presidente dell'IFEL.

Daniele Chinni



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 84 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 13 aprile 2021, deposito del 30 aprile 2021
comunicati stampa del [10 maggio 2019](#) e del [30 aprile 2021](#)

Sede decisoria: Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 54 del 2018](#) e [ordinanza n. 117 del 2019](#)

parole chiave:

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA - ATTIVITÀ DI VIGILANZA DELLA CONSOB -
SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA - ABUSO DI INFORMAZIONI
PRIVILEGIATE – DIRITTO AL SILENZIO

disposizioni impugnate:

- art. 187 quinquiesdecies del [decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58](#)

disposizioni parametro:

- artt. 24, 111 e 117, primo comma – quest'ultimo in relazione all'art. 6 della [Convenzione europea dei diritti dell'uomo \(CEDU\)](#), e all'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del [Patto internazionale sui diritti civili e politici \(PIDCP\)](#) – nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma – in relazione all'art. 47 della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea \(CDFUE\)](#) – della [Costituzione](#).

dispositivo:

accoglimento parziale, anche consequenziale

Con tale decisione si chiude una **complessa vicenda** che vedeva la Corte inizialmente investita su un duplice fronte: l'art. 187 sexies (dichiarato illegittimo con la **sentenza n. 112 del 2019**, poiché prevedente sanzioni sostanzialmente penali e sproporzionate) e l'art. 187 quinquiesdecies (**oggetto di un rinvio pregiudiziale** e quindi scrutinato con la pronuncia in discorso) del d. lgs. n. 58 del 1998.

Il giudizio *a quo* trae infatti origine da un procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB, all'esito del quale erano state irrogate a un amministratore di una società di capitali sanzioni amministrative pecuniarie per un totale di 450.000 euro, oltre alla sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per diciotto mesi, nonché la confisca di denaro o beni, ai sensi dell'art. 187 sexies, fino a concorrenza dell'importo di 149.760 euro.

La vicenda aveva avuto altresì uno sviluppo penale, culminato con un patteggiamento per il delitto di abuso di informazioni privilegiate nella misura di undici mesi di reclusione e 300.000 euro di multa (pena sospesa).

L'incolpato aveva sostenuto davanti alla Commissione di non voler rispondere alle domande nell'esercizio del suo **diritto costituzionale al silenzio** poiché in caso contrario le sue dichiarazioni avrebbero potuto assumere un tono confessorio.

La Corte costituzionale aveva quindi preso atto che è lo stesso diritto comunitario a stabilire, a carico degli Stati, l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza

sui mercati finanziari e, pertanto, aveva chiesto alla Corte di giustizia dell'Unione europea se tale obbligo valesse anche nei confronti di chi fosse già sospettato di aver commesso un illecito amministrativo o addirittura penale; e se, in tali casi, un simile obbligo fosse compatibile con il “diritto al silenzio”, riconosciuto dalla Costituzione italiana, dal diritto internazionale e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La CGUE, con pronuncia del 2 febbraio 2021, ha ribadito la centralità del diritto al silenzio quale strumento fondamentale del giusto processo e chiarito come tale garanzia debba trovare applicazione anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi che possano culminare nell'irrogazione di sanzioni aventi carattere punitivo e sostanzialmente assimilabili a quelle di tipo penale.

Segnatamente, la CGUE ha affermato che, nell'interpretazione delle norme del diritto derivato dell'Unione, deve essere sempre preferita «quella che rende la disposizione conforme al diritto primario anziché quella che porta a constatare la sua incompatibilità con quest'ultimo» (paragrafo 50) e che **le disposizioni oggetto dei quesiti della Corte costituzionale italiana «si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale»** (paragrafo 55).

Alla luce di tale interpretazione del diritto comunitario, collimante con la ricostruzione – offerta dal giudice delle leggi in sede di rinvio pregiudiziale – della portata del diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti amministrativi, è stata quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale (anche) dell'art. 187 quinquiesdecies (dopo quella dell'art. 187 sexies) «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato».

Tale garanzia risulta infatti fondata, assieme, sull'art. 24 Cost., sull'art. 6 CEDU e sugli artt. 47 e 48 CDFUE, sebbene vada precisato che **il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici** come il rifiuto di presentarsi a un'audizione, ovvero la proposizione di manovre finalizzate a ritardarne lo svolgimento.

Seguendo la medesima *ratio*, la dichiarazione di illegittimità parziale va infine a colpire, negli identici termini, l'analoga fattispecie concernente l'esercizio del diritto al silenzio dinanzi alla Banca d'Italia.

Antonio Rivezzo



Enzo Cheli*

**NOTA IN MERITO AL VOLUME DI P. ARMAROLI, Conte e
Mattarella. Sul palcoscenico e dietro le quinte. Un racconto sulle istituzioni,
Lucca, Edizioni La Vela, 2020, pp. 243****

A giudicare dal numero delle recensioni che ha ricevuto non si può certo dire che a questo libro sia mancato il successo. Un successo, a mio avviso, ben meritato per varie ragioni. La prima ragione è che questo lavoro è per il lettore al tempo stesso utile e divertente.

Utile per le molte informazioni che offre; divertente per il modo arguto e spigliato con cui queste informazioni vengono offerte. Si può quindi dire che la prima e più evidente ragione di successo di questo libro si collega alla sua forma insolita e accattivante che l'Autore usa per combinare la sua conoscenza del diritto costituzionale e parlamentare con la curiosità del giornalista dotato di una lunga esperienza intorno ai segreti del Palazzo. E questo spiega come il lavoro non si possa classificare né come una ricerca di diritto costituzionale o parlamentare, nonostante che tragga la sua nervatura dal diritto costituzionale e parlamentare; né come un saggio di cronaca politica, nonostante che il lavoro attinga a piene mani alla materia offerta dalla cronaca politica; e, infine, neppure come un pamphlet, nonostante che in molte sue parti venga ad assumere un taglio pamphlettistico. In realtà il lavoro è tutte queste cose insieme, ma anche qualcosa di diverso, forse avvicinabile ad una sorta di rappresentazione teatrale articolata in quadri corrispondenti ai capitoli del libro; giocata su di un palcoscenico costituito dai Palazzi del potere costituzionale; resa viva dalla presenza di due attori primari, ma anche di varie comparse e di un coro rappresentato da popolo italiano cui l'Autore dà voce per offrire un commento alle scene che di volta in volta si vanno svolgendo.

Ma in realtà, al di là di questo che attiene alla veste esterna, penso che la vera ragione del successo del libro vada riferita alla novità della sua sostanza: una sostanza che riguarda le vicende del tutto inedite che nel biennio 2018-2020 hanno caratterizzato la scena politica del nostro paese e che l'Autore ripercorre ponendo sotto osservazione le relazioni ed i comportamenti dei due maggiori attori istituzionali di questa scena.

* Vicepresidente emerito della Corte costituzionale e già professore di Istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

Sergio Mattarella e Giuseppe Conte, come Armaroli mette bene in luce, sono figure che hanno alcuni aspetti in comune nella loro formazione di giuristi cresciuti nel solco della tradizione cattolica di una società meridionale, ma sono anche personalità molto diverse non solo per la loro diversa appartenenza generazionale, ma anche per il carattere e, forse, per la stessa concezione della loro funzione pubblica. Figure diverse, ma pur sempre emblematiche di quella complessa stagione politica ed istituzionale che il nostro paese ha attraversato nel corso dell'ultimo biennio. Un biennio che inizia con elezioni che vedono l'affermazione di un movimento che rifiuta la qualifica di partito partecipe di quella forma di democrazia rappresentativa su cui la nostra costituzione è stata impiantata; che sotto la spinta di questo movimento registra la nascita di due governi retti da maggioranze diverse, ma guidate dalla stessa persona; che si sviluppa in un quadro di mutamenti profondi nel tessuto sociale e politico europeo e internazionale fino a sfociare in una vicenda inattesa, quale è stata la pandemia, che ha cambiato la vita del mondo e posto i governi del pianeta davanti a problemi mai sperimentati in passato. Questo biennio viene, quindi, a rappresentare per l'eccezionalità delle vicende che lo hanno segnato una delle fasi più complesse e meno decifrabili dell'intero percorso della nostra storia repubblicana. Da qui l'utilità di un lavoro come questo che, attraverso il suo tono apparentemente scherzoso, viene ad offrirci una visione molto precisa su alcuni dei momenti più sfuggenti ed intricati della nostra esperienza costituzionale come, ad esempio, quelli che hanno segnato il passaggio tra il primo ed il secondo governo Conte.

Il fatto è che le vicende dell'ultimo biennio hanno in più occasioni sfiorato la rottura del modello di governo parlamentare di cui disponiamo determinando seri rischi per la stessa tenuta del nostro impianto istituzionale: e questo ha imposto al Capo dello Stato, in presenza di uno sfaldamento crescente nel sistema dei partiti, di dover usare i propri poteri formali e informali con particolare intensità non solo per garantire la governabilità, ma anche la sostenibilità e l'appartenenza del nostro impianto democratico al quadro delle democrazie europee più radicate. L'eccezionalità della fase che abbiamo attraversato (e che per taluni aspetti tuttora permane) emerge, quindi, in questo lavoro attraverso l'esame del rapporto che, in questa fase, è intercorso tra le due personalità destinate a rappresentare i perni fondamentali del nostro governo parlamentare, con un Presidente del Consiglio privo di esperienza politica ma molto proiettato verso una personalizzazione della sua funzione ed un Presidente della Repubblica che, pur nell'assoluto rigore delle forme adottate, si è trovato spesso nella condizione di dover esercitare un ruolo particolarmente attivo sul confine del modello tracciato in costituzione. Il confronto tra le due figure che emerge dalla analisi di Armaroli finisce, dunque, per rappresentare una visione emblematica della stagione politica che, a partire dall'inizio della legislatura in corso, stiamo attraversando, stagione segnata dalla presenza di una costituzione "forte", per il sostegno che tuttora riceve dal consenso popolare e dai suoi organi di garanzia, ma destinata a reggere un sistema politico "fragile", per la crisi che i partiti stanno attraversando e che rende impossibile la costituzione di governi stabili ed efficienti. Con la conseguenza di un Presidente della Repubblica "forte" in quanto "viva vox constitutionis" e di un Presidente del Consiglio che, nonostante il

suo attivismo, resta “fragile” in quanto chiamato ad occupare la posizione più alta nel governo del paese senza disporre del sostegno di una propria forza politica.

Infine c'è un ultimo punto che in questo lavoro va segnalato e che riguarda l'impiego da parte del suo Autore del ricorso alla psicologia come strumento che può contribuire a spiegare il funzionamento delle istituzioni pubbliche. Uno strumento che la scienza costituzionale solitamente non usa per non contaminare la continuità (e l'astrattezza) delle istituzioni con la temporaneità (e la fisicità) di chi le istituzioni è chiamato a guidare. In questo lavoro Armaroli rompe questo schema così da aiutare il lettore a comprendere che le istituzioni, pur nella loro astratta stabilità, sono pur sempre macchine che richiedono la guida di persone in carne ed ossa, con il loro carattere, le loro idee e le loro debolezze.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Giacomo Galazzo*

Sulla prassi ormai stabilizzata delle promulgazioni “con osservazioni”, in particolare riferimento al caso del decreto “sicurezza-bis**

SOMMARIO: 1. La promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 53/2019. - 2. L'importanza dello studio della prassi nella ricostruzione delle attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica. - 3. Le promulgazioni “con osservazioni”: una linea di continuità tra diversi settennati. - 4. Profili di particolare interesse nella vicenda del decreto “sicurezza-bis”: le promulgazioni “con osservazioni” quali “prestazioni di unità”.

1. La promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 53/2019

Nell'estate del 2019 il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ritenne di accompagnare la promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 53 del 14 giugno 2019, giornalisticamente noto come decreto “sicurezza-bis”, con una missiva rivolta al Presidente del Consiglio e ai Presidenti dei due rami del Parlamento. Tale atto si pose nel solco della continuità con altre iniziative che erano state intraprese nel corso del settennato: comunicazioni analoghe, infatti, erano state diramate in occasione della promulgazione della legge sul *whistleblowing*, sul “Codice antimafia”, sulla legge di conversione del decreto “terremoto”, sulla molto discussa legge di riforma della legittima difesa. Anche all'atto dell'emanazione del primo decreto “sicurezza” era seguita una simile comunicazione del Presidente. Da ultimo, una lettera del Presidente ha accompagnato la legge di conversione del decreto “semplificazione”¹.

Simili risoluzioni presidenziali presentano un'apparente anomalia rispetto allo schema che appare in prima battuta ricavabile dal combinato disposto degli artt. 73 e 74 Cost.². Da una lettura

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi di Pavia.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Si vedano i seguenti comunicati, in *Quirinale.it*: *Whistleblowing: sì del Colle, non può violare segreto indagini*, 30 novembre 2017; *Presidente Mattarella promulga legge codice antimafia e scrive a Gentiloni*, 17 ottobre 2017; *Decreto sicurezza e immigrazione: Mattarella emana e scrive a Conte*, 4 ottobre 2018; *Decreto terremoto: Mattarella promulga, ma scrive rilievi a Conte*, 25 luglio 2018; *Legittima difesa: Mattarella promulga e scrive ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio*, 26 aprile 2019; *Mattarella promulga la legge di conversione del decreto sicurezza bis e scrive ai Presidenti di Camera, Senato e Consiglio dei Ministri*, 8 agosto 2019; *Promulgazione della legge di conversione del D.L. Semplificazione e lettera ai Presidenti di Senato, Camera, e al Presidente del Consiglio*, 11 settembre 2020.

² Art. 73 Cost.: «Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione. Se le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, ne dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata nel termine da essa stabilito.

Le leggi sono pubblicate subito dopo la promulgazione ed entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, salvo che le

lineare delle disposizioni costituzionali si evincerebbe infatti che il Presidente è chiamato a fornire una motivazione esplicita della sua determinazione solo allorché si determina a esercitare il potere di rinvio della legge. La scelta in favore della promulgazione, al contrario, dovrebbe sottintendere l'assenza di rilievi critici da parte del Presidente.

Nel presente contributo si discuterà in particolare della menzionata vicenda e più in generale dell'interazione che certamente intercorre tra decisioni di questa natura e il contingente stato del contesto politico-istituzionale nel quale il Presidente della Repubblica si trova ad operare³. Questa analisi consentirà certamente di operare una nuova sottolineatura dell'importanza dello studio casistico nel contesto della complessa indagine sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica. Il caso delle promulgazioni “con osservazioni”, infatti, sembra mostrare una particolare attenzione del Presidente Mattarella alle prassi dei suoi predecessori, che risulta in un progressivo affinamento delle tecniche con le quali il Quirinale può contribuire all'armonica convivenza fra i poteri dello Stato.

2. L'importanza dello studio della prassi nella ricostruzione delle attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica

Come è noto, sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica si sono succedute nel tempo molteplici letture. Queste possono forse trovare un punto di unità nell'idea del “sovrano” schmittiano, rappresentante vivente dell'unità ontologica dello Stato⁴, ma mostrano significative divergenze, gli studiosi essendosi storicamente dovuti confrontare con una disciplina costituzionale caratterizzata da uno scarso grado di dettaglio normativo⁵. L'indagine sulle

leggi stesse stabiliscano un termine diverso».

Art. 74 Cost.: «Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione.

Se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata».

³ In argomento si vedano C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2002, 214, A. RUGGERI, *Ancora un caso di promulgazione con “motivazione”...contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, 24 luglio 2009, in *Forumcostituzionale.it*, R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 10, in *Rivistaiaic.it*, M.C. GRISOLIA, *Le esternazioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 19 ss., in *Rivistaiaic.it*. Sul caso immediatamente precedente a quello qui particolarmente in esame vedi M. FERRARA, *La promulgazione “presidenzialmente” osservata della legge sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2019, 47, in *Osservatorioaic.it*, A. MORELLI, *La promulgazione “abrogante” della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, 28 aprile 2019, in *Lacostituzione.info*.

⁴ La dottrina di Schmitt è analizzata da A. BALDASSARE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Roma-Bari, Laterza, 1985, 8 ss. Per Schmitt, unità nazionale è «unità personale e di decisione»: per questo una comunità politica non può fare a meno di avere un «sovrano» che ne costituisca il fondamento e che detenga i poteri di ultima istanza, dai quali sia reso in grado di imporsi nel conflitto politico come colui che può decidere sullo stato d'eccezione. Secondo Schmitt, «l'unità dello Stato è un'unità ontologica, rispetto alla quale il capo dello Stato è colui che la preserva o la custodisce in quanto, essendo la forza politicamente dominante, è l'espressione storica e vivente della statualità pura, dell'unità che sta realmente che sta realmente al di sopra delle parti in lotta». In argomento vedi anche A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, 468.

⁵ Sul punto L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, 166 ss., secondo il quale gli articoli della Costituzione dedicati al Capo dello Stato «concorrono piuttosto a stabilire quanto è stato escluso dal disegno costituzionale, che non a definirlo nei suoi aspetti caratterizzanti». Per una rassegna sulle ricostruzioni intorno alla figura del Presidente della Repubblica vedi F. DIMORA, *Art. 87*, in S. BARTOLE-R.BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 773 ss.

attribuzioni del Capo dello Stato è dunque uno sforzo per il quale lo studio delle sole disposizioni costituzionali è certamente insufficiente, come ci ricorda con chiarezza la celebre immagine dei poteri “a fisarmonica”⁶. La reale configurazione dell’organo nel sistema italiano dipende in effetti dalla complessa interazione tra la normativa costituzionale, il variabile stato del sistema politico-istituzionale e inevitabilmente, trattandosi di un mandato monocratico e di conseguenza “autoreferenziale”, la personalità del titolare *pro tempore* dell’ufficio⁷. Nel contesto di una forma di governo per definire la quale i costituenti hanno dunque scelto di tracciare «*tratti prescrittivi minimi*» l’analisi del dato fattuale risulta un necessario complemento della lettura del dato normativo, pena una conoscenza della Costituzione solamente «*astratta e formalistica*»⁸. Ciò non può che valere a maggior ragione per la carica presidenziale, che è stata soggetta nel corso della storia repubblicana a interpretazioni diversissime, tanto che illustri autori si sono ritrovati nel definire quella del Capo dello Stato come una figura “enigmatica”. Sul punto, può fondatamente sostenersi che i costituenti vollero consapevolmente costruire un’istituzione dalla fisionomia flessibile e per questo sempre capace di esercitare un efficace ruolo di tutela ordinamentale nel mutevole divenire del contesto politico-istituzionale⁹.

⁶ Sulla descrizione del Presidente quale figura dotata di poteri “a fisarmonica” vedi G. PASQUINO, *Per chi suonano i Presidenti della Repubblica. Capo dello Stato e Quinale nella storia della democrazia italiana*, 7 gennaio 2019, in Casadellacultura.it, che ne attribuisce la paternità a Giuliano Amato. Nello stesso senso anche E. CHELI, *Il capo dello Stato: un ruolo da ripensare?*, in *Il Mulino*, n. 3/2013, in Rivistailmulino.it.

⁷ Si vedano al proposito: M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 16; M. TEBALDI, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2005, 310 ss.; D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2011, 194; E. CHELI, *Il Capo dello Stato. Un ruolo da ripensare?*, cit.; V. LIPPOLIS-G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, Il Mulino, 2013, 9 ss, ove in particolare si sostiene il «*decisivo rilievo*» della personalità del titolare *pro tempore* della carica; G. PASQUINO, *L’elasticità del Presidente della Repubblica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2013, 111, A. GRATTERI, *La legittimazione democratica dei poteri costituzionali. Una riflessione comparata su fonti normative e prassi mutevoli*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 98, V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 216, in Rivistaaic.it. Una suggestiva ricostruzione in argomento può leggersi in G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica e la Favola di Goethe*, 11 gennaio 2012, in *Forumcostituzionale.it*, 1, che paragona l’interazione tra prerogative presidenziali e condizione del sistema politico alla vicenda del gigante di Goethe. Il gigante è apparentemente una figura di grande vigore, ma è costretto ad agire soltanto per mezzo della sua ombra e deve pertanto ricavarne la sua effettiva forza dall’inclinazione del sole. Allo stesso modo il Presidente deve agire in base alla posizione dell’«*astro che lo illumina*», che corrisponde al sistema dei partiti. Quando questo è allo zenit e dunque esprime un sistema forte e autorevole, l’«*ombra*» del Presidente è più corta ed egli non può che esercitare funzioni statiche e di mero controllo del sistema. Quando l’astro è invece al crepuscolo, e dunque il sistema politico perde di autorevolezza e forza, l’ombra si allunga e così cresce l’incidenza del ruolo presidenziale.

⁸ Le citazioni sono tratte da R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, 7. Si vedano inoltre: A. RUGGERI, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica. Introduzione all’incontro di studio, dall’omonimo titolo, svoltosi a Messina e Siracusa il 19 e 20 novembre 2010*, 2010, 4, in *Forumcostituzionale.it*, ove può leggersi che «*Nessuno è in grado di stabilire quanta parte della Costituzione e del diritto costituzionale sia fatta di norme e quanta di esperienza, quanta – piace a me dire – di regole e quanta di regolarità. Non ho però alcun dubbio che è solo da un mix equilibrato, armonico, di entrambi gli ingredienti, delle une e delle altre “regole” (latamente intese), che può venir fuori il prodotto, il diritto costituzionale appunto, nella sua strutturale complessità e varietà di forme espressive*»; G. DE VERGOTTINI, *Il ruolo del Presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D’Orazio*, in F. LANCHESTER-R. D’ORAZIO (a cura di), *Gli organi costituzionali di controllo nella storia costituzionale repubblicana. Atti del Convegno in memoria di Giustino D’Orazio. Roma, Palazzo della Consulta, 20 febbraio 2017*, Padova, Cedam, 2018, 70 che parla di «*collocazione del diritto costituzionale tra scienza giuridica e prassi politica*». Sul rapporto tra “regole” e “regolarità” vedi anche G. U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 2, in Osservatoriosullefonti.it. 2. Parlò di «*disciplina costituzionale a fattispecie aperta*» L. ELIA, *L’evoluzione della forma di governo. Relazione al Convegno su “Lo Stato della Costituzione italiana e l’avvio della Costituzione europea”, organizzato dall’Accademia Nazionale dei Lincei e svolto a Roma il 14 e 15 luglio 2003*, in *Astrid-online.it*, 2. Definisce la prassi come risultato di «*regolarità di comportamenti*» A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA-T. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2008, 11.

⁹ Sul tema vedi F. CLEMENTI, *L’eredità (e la continuità) del Presidente della Repubblica*, 28 gennaio 2015, in *Federalismi.it*. C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica in Italia. Originaria (e inesorabile?) ambiguità di un tutore che può tutto e niente*, in *Carlofusaro.it*,

La lettura di importanti dibattiti dell'Assemblea costituente restituisce in effetti la sensazione che i delegati avessero piena consapevolezza del decisivo ruolo che il concreto sviluppo delle prassi presidenziali avrebbe avuto nella interpretazione delle sue prerogative. A mostrarlo senza possibilità di equivoco è proprio una delle discussioni che si svilupparono intorno a quello che sarebbe divenuto l'istituto del rinvio presidenziale. Il 3 dicembre 1947, infatti, l'Assemblea costituente esaminava gli emendamenti agli articoli del Titolo VI, parte seconda, del progetto di Costituzione, dedicato alle garanzie costituzionali. Nel corso della discussione sull'art. 130, che riguardava il tema delle leggi di revisione costituzionale, L'On. Preti presentò un emendamento per sancire il divieto, per il Presidente della Repubblica, di rinviare al Parlamento questo tipo di provvedimenti. Per quanto qui interessa, l'intervento che l'On. Perassi svolse (a nome della Commissione dei 75) in risposta alla proposta di Preti rimane di straordinaria rilevanza: *«conviene arrivare ad inserire espressamente nella Costituzione una disposizione che vieti in maniera assoluta al Presidente di far uso di quella facoltà? (...) Io ritengo che non sia il caso di fare questa inserzione, né ritengo che sia opportuno — e su questo punto vorrei richiamare particolarmente l'attenzione dell'onorevole Preti — che su questo emendamento intervenga un voto da parte dell'Assemblea. Mi pare che sia una questione estremamente delicata, da lasciare alla prassi costituzionale. È questa che permetterà di dare al funzionamento della Costituzione quell'indirizzo che meglio corrisponde alla realtà delle cose»*.

L'On. Preti ritirò il suo emendamento. Questo dialogo, al di là del suo esito politico, pare dimostrare che fin dal momento genetico della Carta venne espressamente riconosciuto il ruolo che il concreto esercizio delle prerogative presidenziali avrebbe avuto nel delineare la fisionomia del suo intervento a valle dello svolgimento del procedimento legislativo. Autorevole dottrina, del resto, ha notato che perché possa parlarsi dell'instaurazione di una prassi si deve individuare una certa regolarità di comportamenti ed in particolare, per quanto qui interessa, si è sostenuto che tale regolarità può generarsi all'esito del dispiegamento di un indirizzo interpretativo all'interno degli spazi che il tessuto normativo costituzionale ha lasciato volutamente "aperti". Tale osservazione, come si argomenterà più oltre, sembra attagliarsi in modo particolarmente adeguato alla questione che ci occupa¹⁰.

3. Le promulgazioni "con osservazioni": una linea di continuità tra diversi settennati

passa in rassegna alcune celebri formulazioni a proposito dell'"enigmaticità" della carica presidenziale: *«un enigmatico coacervo di poteri non omogenei»* (BARILE); *«la figura «più enigmatica di tutto l'impianto costituzionale italiano»* (CHELI); *«...la più enigmatica e sfuggente fra le cariche pubbliche prevista in Costituzione»* (PALADIN). *Tre autori, lo stesso aggettivo»*. G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica*, Modena, Mucchi Editore, 2015, 11 parla del Capo dello Stato come della figura che *«offre la resistenza maggiore all'inquadramento e alla sistemazione giuridica»*.

¹⁰ Per queste considerazioni vedi A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA-T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, cit., 9 ss. Nello stesso volume si vedano anche C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica nel sistema bipolare: spunti dalla prassi più recente*, 23 ss., e T. F. GIUPPONI, *Il Governo nel sistema bipolare*, 51 ss. Si veda anche F. CLEMENTI, *L'eredità e la continuità del Presidente della Repubblica*, cit., 2.

A proposito di un'analisi casistica, è appunto possibile descrivere la vicenda del decreto “sicurezza-bis” come un coerente sviluppo delle prassi dei predecessori del Presidente Mattarella.

In primo luogo, va richiamato l'intervento che il Presidente ha svolto a Dogliani, in occasione dell'anniversario dell'entrata in carica di Luigi Einaudi: in quella occasione, infatti, egli ha sottolineato che il suo predecessore «*sapeva che i suoi atti avrebbero fissato i confini all'esercizio del mandato presidenziale, per sé e per i suoi successori*¹¹». La citazione della prassi della presidenza Einaudi appare particolarmente pertinente se si discute del rapporto tra il Capo dello Stato e le leggi. Con il primo esercizio del potere di rinvio, infatti, Einaudi scelse di non operare riferimenti ad alcuna proposta ministeriale per l'adozione dell'atto. L'iniziativa fu di straordinaria rilevanza: il Presidente della Repubblica intese affermare un'interpretazione del potere di rinvio quale attribuzione sostanzialmente e non solo formalmente presidenziale, secondo lo schema concettuale che fu tratteggiato con chiarezza in dottrina e, più di recente, recepito nella sentenza della Corte costituzionale del 18 maggio 2006, n. 200¹².

¹¹ Si veda il documento *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia in occasione dell'anniversario del giuramento e dell'entrata in carica del Presidente della Repubblica, Luigi Einaudi. Dogliani, 12 maggio 2018*, in Quirinale.it.

¹² G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 987, discutendo degli atti presidenziali, sostenne per l'appunto che solo per alcuni è necessaria la proposta governativa; gli altri, infatti, «*si emetteranno con la sola controfirma e senza proposta*». Evidenzia l'importanza del contributo della prassi einaudiana per l'affermazione della sostanziale spettanza del potere di rinvio al Presidente della Repubblica G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati. Relazione al convegno «Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo»*, Roma, LUISS – Guido Carli, 26 novembre 2010, in AssociazioneDeiCostituzionalisti.it, 2. Sul primo esercizio del potere di rinvio vedi anche A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma, Laterza, 1985, 50-51; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 210; S. GALEOTTI, *Il rinvio presidenziale di una legge (art. 74 Cost.)*. *Spunti ricostruttivi e critici*, in S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione. La concezione garantistica del capo dello stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, Giuffrè, 1992, 78-79; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 85-86. Vedi anche M. MALVICINI, *Alcune considerazioni sul primo rinvio ex art. 74 Cost. del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 4, in www.osservatoriosullefonti.it. La volontà “interventista” di Einaudi non mancò invero di suscitare frizioni con il Governo, come pare dimostrare il fatto che il Presidente del Consiglio dei Ministri De Gasperi non procedette alla controfirma dei primi atti di rinvio di Einaudi, ma a ciò delegò il Ministro competente per materia. Einaudi, però, riteneva però di dovere esercitare un'attività di sorveglianza effettiva sui lavori parlamentari. Questo convincimento è rafforzato se si considera una decisione che fu soltanto a prima vista priva di rilevanza sostanziale: Einaudi volle infatti il superamento della consuetudine statutaria che individuava il giovedì come giorno fisso settimanale per la firma dei decreti da parte del Capo dello Stato in presenza dei Ministri. A fronte di una mole di lavoro molto ingente egli ritenne che solo superando questa prassi sarebbe stato possibile, per lui ed i suoi collaboratori, condurre un'indagine sui singoli atti normativi che impedisse di svuotare il vaglio presidenziale di qualsiasi sostanzialità. Sul punto vedi in particolare L. EINAUDI, *Di alcune usanze non protocollari attinenti alla Presidenza della Repubblica italiana*, in L. EINAUDI, *Scritti economici, storici e civili*, Milano, Mondadori, 1973, 741 ss.. In questo scritto, che fu pubblicato sulla Rivista *Nuova Antologia* nel 1956, Luigi Einaudi spiegò diffusamente le ragioni di ordine politico e pratico che lo spinsero a questa valutazione: «*Tra le consuetudini, prima osservate, era quella della firma dei decreti in giorno fisso, che era il giovedì di ogni settimana; forse la sola consuetudine, che non fu rispettata durante il mio settennato. Poiché le settimane utili alle firme non sono praticamente superiori alla trentina (per i provvedimenti urgenti, pochi di numero, tutte le settimane sono buone) e poiché i decreti ed i provvedimenti sottoposti alla firma presidenziale si aggirarono sui dieci-dodici mila all'anno, la firma settimanale di 300-400 decreti, in presenza dei ministri, non poteva non ridursi ad un rito senza contenuto sostanziale. E, poiché anche, nello spirito della Costituzione italiana, sarebbe fuor di luogo che il presidente della Repubblica pensasse al "Governo", dotato di poteri suoi propri, e regolato in un "titolo" suo proprio, come al "suo governo" - solo il presidente del consiglio è scelto da lui, ma i ministri sono nominati "su proposta" del designato presidente del consiglio - così la riunione settimanale dei ministri per il rito della firma fu ritenuta da me non opportuna, in quanto poteva essere paragonata, sebbene non fosse tale, ad una seduta del Consiglio dei ministri, presieduta da chi non aveva avuto dalla costituzione siffatto incarico*». Discute in particolare di questa determinazione del Presidente Einaudi D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, cit., 367. Definiscono “interventista” la Presidenza Einaudi G. MAMMARELLA-P. CACACE, *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 41-42 che ricordano al proposito anche la vicenda che due anni dopo vide il Presidente contrapporsi con durezza alla volontà del Governo di attribuire al Ministro della Giustizia la scelta sostanziale dei giudici costituzionali di nomina presidenziale, costringendolo ad un passo indietro. Per il riferimento alla giustizia costituzionale si consideri questo passaggio di Corte cost. sent. 200/2006: «*Quanto, segnatamente, alla controfirma, pur necessaria per il completamento della fattispecie, è da rilevare – in via generale – come essa assuma un diverso valore a seconda del tipo di atto di cui*

Di notevole interesse è anche l'evidente richiamo che in un diverso incontro pubblico il Presidente Mattarella ha operato all'esperienza di un altro predecessore, Carlo Azeglio Ciampi. L'occasione, in particolare, fu data dalla domanda che un giovane studente gli pose proprio a proposito dei presupposti di esercizio del potere di rinvio, in occasione di una visita scolastica al Quirinale. Il Presidente Mattarella così rispose: «Anche se non le condivido, io ho il dovere di firmare le leggi. C'è solo un caso in cui posso, anzi devo, non firmare: quando arrivano leggi o atti amministrativi che contrastano palesemente con la Costituzione¹³». L'episodio ricordò da vicino una famosa esternazione del Presidente Ciampi, che proprio sul medesimo argomento fu sollecitato in occasione del suo intervento all'Università Humboldt di Berlino. Il 27 luglio del 2003, infatti, Ciampi sostenne che una legge dovrebbe essere rinviata solo in caso di manifesta incostituzionalità, l'ordinario controllo di legittimità spettando invece alla Corte costituzionale¹⁴. Gli argomenti utilizzati da Mattarella per rispondere al suo giovanissimo interlocutore, quattordici anni dopo, risultano perfettamente sovrapponibili: i due Presidenti, come in un ideale dialogo, sembrerebbero convergere nell'avallare una lettura del rinvio presidenziale quale vera e propria *extrema ratio*. Questi concetti, che hanno caratterizzato la prassi del Presidente Ciampi, sono ritornati anche nella immediatamente successiva esperienza del Presidente Giorgio Napolitano¹⁵ e sono stati richiamati con chiarezza nella motivazione del primo (e ad ora, unico) messaggio di rinvio del Presidente Mattarella, ove per l'appunto si evidenziano «evidenti profili di illegittimità costituzionale¹⁶» della legge che veniva rinviata alla Camere¹⁷.

rappresenta il completamento o, più esattamente, un requisito di validità. È chiaro, infatti, che alla controfirma va attribuito carattere sostanziale quando l'atto sottoposto alla firma del Capo dello Stato sia di tipo governativo e, dunque, espressione delle potestà che sono proprie dell'Esecutivo, mentre ad essa deve essere riconosciuto valore soltanto formale quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica, quali – ad esempio – quelli di inviare messaggi alle Camere, di nomina di senatori a vita o dei giudici costituzionali».

¹³ Si veda al proposito il comunicato *Incontro del Presidente Mattarella con alcune scolaresche delle scuole secondarie di secondo grado*, 26 ottobre 2017, in Quirinale.it, che riporta integralmente la dichiarazione del Presidente Mattarella: «**Domanda:** «Nello svolgimento del suo quotidiano lavoro, spesso le capiterà di dover firmare provvedimenti che non divide, come si comporta in questi casi?» **Risposta:** «Quando mi arriva qualche provvedimento, una legge del Parlamento o un decreto del Governo, io, anche se non lo condivido appieno, ho il dovere di firmarlo, anche se la penso diversamente. Devo accantonare le mie convinzioni personali perché devo rispettare quello che dice la Costituzione: che la scelta delle leggi spetta al Parlamento e la scelta dei decreti che guidano l'amministrazione dello Stato spetta al Governo. E se non firmassi andrei contro la Costituzione. C'è un caso in cui posso - anzi devo - non firmare: quando arrivano leggi o atti amministrativi che contrastano palesemente, in maniera chiara, con la Costituzione. Ma in tutti gli altri casi non contano le mie idee, perché non è a me che la Costituzione affida il compito di fare le regole con le leggi o di guidare la macchina dello Stato, ma li affida ad altri: al Parlamento e al Governo. E io ho l'obbligo di firmare, perché guai se ognuno pensasse che le proprie idee personali prevalgano sulle regole dettate dalla Costituzione. La Repubblica non funzionerebbe più...».

¹⁴ Ricostruisce l'episodio M. BREDA, *Legge sui processi, Ciampi difende la firma*, 27 giugno 2003, in Corriere.it.

¹⁵ Comunicato *Nota a proposito della Legge Alfano*, 12 ottobre 2008, in Quirinale.it, ove può leggersi: «Una volta rilevata, da parte del Presidente della Repubblica, la palese incostituzionalità dell'emendamento "blocca processi" inserito in Senato nella legge di conversione del decreto 23 maggio 2008, il Consiglio dei Ministri ritenne di adottare il disegno di legge Alfano in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato».

¹⁶ Presidente Mattarella, rinvio del 27 ottobre 2017, in Camera.it.

¹⁷ Per una disamina del primo e ad ora unico rinvio del Presidente Mattarella vedi M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno alla fisiologia istituzionale)*, 14 marzo 2018, 1 ss, in Federalismi.it, P. ROSSI, *Il Presidente della Repubblica e il rispetto degli obblighi internazionali: in margine al primo rinvio alle Camere per contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 879 ss., V. ZAMBRANO, *Il rinvio alle Camere del Presidente Mattarella della legge riguardante l'adozione di "Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine anti persona e di munizioni e submunizioni a grappolo": un'occasione per dare completa attuazione alla Convenzione di Ottawa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 9 ss., in Osservatoriosullefonti.it. Discute in chiave critica del concetto di manifesta incostituzionalità, rilevandone l'elevato tasso di soggettività, I. PELLIZZONE, *Aspetti critici della "manifesta incostituzionalità" quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del Presidente Mattarella*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 406, in Rivistaaic.it.

L'impressione dell'esistenza di una connessione tra le prassi dei diversi Presidenti risulta rafforzata se si analizza il contesto politico nel quale il Presidente Mattarella si è trovato ad operare nel caso specifico del decreto "sicurezza-bis" che qui ci occupa. Concluso il procedimento di conversione in legge del provvedimento, infatti, egli è stato destinatario di una imponente campagna mediatica che mirava a indurlo al rinvio della legge¹⁸. Per rilevante dottrina, il caso ha ricordato linearmente i numerosi "appelli a non firmare" dai quali fu caratterizzata la Presidenza Ciampi, quando i più vari soggetti si rivolgevano pubblicamente al Quirinale in occasione dell'approvazione parlamentare di leggi fortemente discusse in seno all'opinione pubblica. Ciò generò una forte sovraesposizione del Capo dello Stato, destinatario da parte di studiosi, partiti politici, nonché varie formazioni sociali, di quelle che sono state definite come vere e proprie «*tirate di giacca*¹⁹». Anche nel corso della Presidenza Napolitano l'attribuzione del rinvio presidenziale è stata argomento di accese discussioni politiche, che sono giunte addirittura a considerare il mancato rinvio di alcune leggi fra i motivi di una denuncia elevata a carico del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 90 Cost., poi archiviata²⁰. Può dunque ravvisarsi una chiara simmetria tra la fibrillazione del sistema politico-istituzionale, che certo non si è attenuata nel corso della presidenza Mattarella, e la ricerca di parte del Quirinale di strade alternative al rinvio presidenziale.

L'analisi delle prassi delle presidenze che hanno preceduto l'attuale sembrerebbe appunto confermare l'impressione di una linea di continuità che unisce i diversi settennati anche se si procede all'analisi di alcune vicende che hanno preceduto il mandato presidenziale in corso. Si considerino, sul punto, il caso della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 63 del 15 aprile 2002, cui il Presidente Ciampi fece seguire una lettera al Presidente del Consiglio On. Berlusconi nella quale, tra le altre argomentazioni, poteva leggersi della «*contraddizione contenuta nell'art. 7, comma 10, del decreto (...)*²¹» nonché gli episodi, del tutto analoghi, verificatisi nel corso della Presidenza Napolitano in occasione della legge in materia di pubblica

¹⁸ La petizione *Mattarella non firmare*, promossa da MGA – Sindacato nazionale forense, è tuttora disponibile in Change.org: essa reca oltre centodiecimila sottoscrizioni.

¹⁹ L'espressione è M. MANETTI, *I Due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo della Repubblica tra diritto e politica*, 19 settembre 2007, in AssociazioneDeiCostituzionalisti.it. Discute dell'argomento anche D. GALLIANI, *Il Capo dello Stato e le leggi*, cit., 358, del quale si ritiene di citare integralmente il seguente passaggio «*Il clima politico era poco incline al pacato dibattito. Ben presto, si sono voluti strumentalizzare, da più parti, tanto i rinvii quanto i mancati rinvii del Capo dello Stato, cui si rivolgevano l'Associazione Nazionale dei Magistrati, il Consiglio Superiore della Magistratura, parte dell'opposizione, per non dire poi di autorevoli editorialisti. Ci furono d'altro canto veri e propri appelli da parte di non pochi costituzionalisti al Capo dello Stato in merito a determinate leggi. Un rilievo certo non marginale, poi, deve anche essere attribuito ai movimenti popolari (tra i quali i cd. "girotondi") che ben presto videro proprio nel Capo dello Stato un argine a talune leggi giudicate ad personam. Si arrivò anche a delle vere e proprie veglie notturne sotto il Quirinale per chiedere al Capo dello Stato di non apporre la propria firma per la promulgazione di determinati provvedimenti*». A titolo meramente esemplificativo, si rimanda ai seguenti contenuti di stampa: *I giuristi al Quirinale. Uno strappo alla Carta*, 18 giugno 2003, in Repubblica.it; *Rogatorie. Il centrosinistra chiederà a Ciampi di non firmare la legge*, in Rainews.it; *Girotondi: la fiaccolata a Roma contro la legge Cirami*, in Radoradicale.it; *Sul lodo "l'Unità" cavalca l'appello dei giuristi. Fassino cauto: nessuno dica a Ciampi cosa fare*, 20 giugno 2003, in Corriere.it.

Ancora, si vedano C. DE FIORES, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, cit., 177-180. e R. ROMBOLI, *Il rinvio delle leggi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 10, in Rivistaaic.it.

²⁰ Comitato parlamentare per i procedimenti di accusa, XVII legislatura, seduta del 10 febbraio 2014, in Camera.it.

²¹ Comunicato *Il Presidente Ciampi ha promulgato la legge di conversione del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63 e, contestualmente, ha inviato una lettera al Presidente del Consiglio dei Ministri On. Berlusconi*, 15 giugno 2002, in Quirinale.it.

sicurezza²² nel 2009 nonché di quella del decreto-legge “incentivi”²³ del 2010. Le promulgazioni “con osservazioni” del Presidente Mattarella, dunque, risultano affluire ad una prassi ben riconoscibile e consentono anzi di descriverla come ormai, per così dire, stabilizzata.

L'innovazione che tali determinazioni presidenziali hanno introdotto nell'ordinamento non è di poco momento. A fronte di un quadro costituzionale che non sembra offrire al Presidente una “terza via” tra promulgazione e rinvio, si è pervenuti in via di prassi a una ricostruzione della promulgazione come atto che esita a un “bilanciamento” tra valutazioni di diversa natura: alcune, di natura squisitamente giuridica; altre, attinenti all'impatto che l'esercizio dei poteri presidenziali può avere sulla stabilità del quadro politico istituzionale²⁴ e volte a prevenire che il Quirinale diventi facile bersaglio di polemiche politiche. Posto che il testo costituzionale è chiaro nel descrivere il potere di rinvio in termini di facoltà (secondo l'art. 74 Cost., infatti, il Presidente «può» rinviare la legge alle Camere) il Presidente della Repubblica può dunque orientare la sua condotta scegliendo di valutare condizioni di contesto che attengono alla complessiva «*opportunità costituzionale*»²⁵ della sua risoluzione.

4. Profili di particolare interesse nella vicenda del decreto “sicurezza-bis”: le promulgazioni “con osservazioni” quali “prestazioni di unità”

Così inquadrata la ormai consolidata prassi delle promulgazioni “con osservazioni”, risultano alcuni profili di specifico interesse nel comunicato con il quale il Presidente Mattarella ha

²² Legge n. 94 del 15 luglio 2009.

²³ Legge n. 73 del 22 maggio 2010.

²⁴ Si vedano sul tema A. RUGGERI, *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”...contraria?*, 1 luglio 2002, in *Forumcostituzionale.it* e A. RUGGERI, *Ancora un caso di promulgazione con motivazione...contraria (a proposito del mancato rinvio della legge sulla sicurezza)*, 24 luglio 2009, in *Forumcostituzionale.it*. G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 9, in *Rivistaaic.it*. segnala in chiave problematica come l'interlocuzione diretta tra Presidente della Repubblica e Governo possa condurre a una marginalizzazione di fatto della discussione parlamentare. Sul punto vedi anche I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011, 206. Parla della promulgazione con “motivazione contraria” come di «*prassi ormai invalsa*» M.E. BUCALO, *L'anomala estensione dei poteri presidenziali a fronte della “ritrosia” della Corte costituzionale*, 2011, in M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZARELLA (a cura di), *Quaderni del Gruppo di Pisa. Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, Torino, Giappichelli, 2011, 247, ove si segnala che già nelle presidenze Gronchi, Segni e Pertini si erano verificati casi di promulgazioni “accompagnate” da informali interventi presidenziali presso il Governo. Su queste vicende vedi in particolare G. MOTZO, *Messaggio*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVI, Milano, 1976, 148 e G. LONG, *Presidenza Pertini, opinione pubblica, stampa*, in *Studi Parlamentari e di politica costituzionale*, 1981, 143. Si veda anche M.E. BUCALO, *La prassi presidenziale in tema di controllo sulle leggi e sugli atti con forza di legge: riflessioni sul sistema delle fonti e sui rapporti tra Presidente della Repubblica, Parlamento e Governo*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, Torino, Giappichelli, 2010, 146 ss.

²⁵ Per queste considerazioni M. AINIS, *Il rispetto della Costituzione e il cappotto del Presidente*, 8 aprile 2010, in *Ilsole24ore.it*. Si veda sul tema che il contributo di V. ONIDA, *Un veto di garanzia*, *Il Sole 24 Ore* del 21 gennaio 2006: «*Per converso il Presidente della Repubblica non è obbligato a rinviare una legge anche se possa ritenerla vizziata da incostituzionalità (quante leggi del resto, vengono poi colpite da dichiarazioni di illegittimità costituzionale da parte della Consulta!). Egli può valutare se rinviare o meno una legge in base alle più diverse motivazioni, compresa la considerazione delle ripercussioni che il rinvio può avere nei rapporti con la maggioranza legislativa o nei rapporti tra forze politiche, e comunque in base a uno apprezzamento di opportunità istituzionale difficilmente sindacabile*». Sulle considerazioni di natura politico-istituzionale che avrebbero guidato l'unico esercizio del potere di rinvio da parte del Presidente Napolitano vedi S. CALZOLAIO, *Il rinvio del presidente Napolitano sull'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, 414-415.

accompagnato la promulgazione della legge di conversione del “decreto sicurezza-bis”, che segnala una particolare attenzione del Quirinale agli obblighi internazionali a cui il legislatore deve considerarsi sottoposto. Scartata l'opzione del rinvio nella forte temperie politica nella quale il provvedimento era giunto alla sua attenzione, è parsa particolarmente attendibile la ricostruzione secondo la quale il Presidente Mattarella avrebbe voluto rivolgere queste considerazioni non solo al Governo e al Parlamento, organi ai quali pure la missiva era formalmente indirizzata, ma in verità ad una platea molto più ampia.

Si pensi in primo luogo agli operatori del diritto, ai quali la lettera del Presidente sembra aver suggerito alcuni importanti appunti per un'interpretazione conforme a costituzione della nuova disciplina. Considerazioni sulle frizioni con il diritto internazionale generate dal decreto “sicurezza-bis” si sono infatti puntualmente ritrovate nei provvedimenti assunti nel contesto di alcune, molto note, vicende giurisdizionali successive all'atto della promulgazione²⁶. Si consideri, oltre a questo, la naturale attitudine della missiva presidenziale a raggiungere l'opinione pubblica, che viene in questo modo messa a conoscenza delle problematiche generate dall'esercizio della funzione legislativa, in quello che è stata descritto come uno dei mezzi con i quali il Presidente può perseguire il principio di trasparenza della vita democratica.

Se questo è vero, è forse possibile ricostruire queste iniziative del Presidente della Repubblica nella sfera di quelle “prestazioni di unità” e dunque di quegli strumenti di alto dialogo istituzionale e civile con i quali egli può tentare di salvaguardare la complessiva stabilità della forma di governo e la tenuta dei più delicati principi costituzionali. Tale intendimento sembra del tutto coerente all'insegnamento contenuto nella celebre sentenza della Corte costituzionale del 15 gennaio 2013, n. 1, che ha descritto il Capo dello Stato come un soggetto collocato in una posizione superiore a quella delle istituzioni che fisiologicamente esprimono il contingente indirizzo politico. Egli può dunque dispiegare la sua influenza nei confronti di tutti i poteri dello Stato, per salvaguardarne allo stesso tempo la separazione e l'equilibrio. L'azione del Presidente sarebbe infine posta a presidio di quella unità che, tornando a citare la giurisprudenza costituzionale, andrebbe intesa «*non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica*»²⁷: essa può dunque consistere non solo in una funzione di mera vigilanza sul rispetto

²⁶ Su questi argomenti vedi A. PERTICI, *La promulgazione con rinvio della legittima difesa*, 29 aprile 2019, in Huffingtonpost.it, G. AZZARITI, *La promulgazione con riserva di Mattarella parla ai giudici*, 9 agosto 2019, in Ilmanifesto.it. Più in generale sulla prassi del Presidente Mattarella vedi G. BASCHERINI, *Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della Presidenza Mattarella*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, in Rivistaaic.it, G. BOGGERO, *Una promulgazione interpretativa con monito alla magistratura*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, 674 ss. Sulla valenza “persuasiva” degli interventi del Presidente Mattarella vedi M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno a una fisiologia istituzionale)*, 14 marzo 2018, in Federalismi.it.

Sulle vicende giudiziarie di cui sopra si consenta di citare G. GALAZZO, *Il decreto sicurezza-bis: possibili questioni di costituzionalità della disciplina*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 7-8, in Giurisprudenzapenale.it. Si vedano anche S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento nel caso Sea Watch (Carola Rackete)*, 3 luglio 2019, in Dirittopenalecontemporaneo.it; E. MEZZASALMA, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alle luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza penale*, 2020, 4, in Giurisprudenzapenale.it. Si consideri anche il Decreto cautelare 14 agosto 2019 del TAR del Lazio che, nella vicenda della nave Open Arms, in punto di valutazione del *fumus statui* che: «*il ricorso in esame non appare del tutto sfornito di fondamento giuridico in relazione al dedotto vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti e di violazione delle norme del diritto internazionale in materia di soccorso*».

²⁷ Su Corte cost. sent. 15 gennaio 2013, n. 1, si veda S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in sette punti della sentenza 1/2013*:

delle norme costituzionali, ma può certamente conformarsi all'idea di un' opera di attiva tutela ordinamentale da parte dell'organo che la Costituzione incarica di rappresentare l'unione della comunità nella convivenza costituzionale²⁸.

L'intento unificante dell'azione del Quirinale risulta in effetti evidente negli interventi di cui si è discusso in questo contributo: essi, come si è voluto significare più sopra, e pure nel sicuro rigore giuridico delle osservazioni, rappresentano un efficace strumento di *moral suasion* che esprime particolare accortezza all'equilibrio nell'esercizio delle delicate prerogative costituzionali con le quali il Presidente può intervenire nella vicenda del procedimento legislativo. La dottrina ha infatti evidenziato come questi interventi, piuttosto che una portata oppositiva allo sviluppo del contingente indirizzo politico esprimano invece un intento "pedagogico", mostrando il tentativo del Capo dello Stato di operare in chiave persuasiva e di dialogare con gli altri organi costituzionali, segnalando i punti di frizione che l'azione di essi può generare con i principi costituzionali che reggono il nostro ordinamento²⁹ e invitandoli a porre in proprio rimedio alle evidenziate incongruenze.

Svolte queste conclusioni può forse concludersi, in ordine al rapporto del Capo dello Stato con la legislazione, che egli può servirsi di diversi strumenti a seconda del concreto scenario che di volta in volta gli si presenta, come all'esito di un vero e proprio scrutinio di "sussidiarietà".

Un' attività di interlocuzione riservata nella fase preparatoria del procedimento legislativo³⁰, una lettera di accompagnamento alla promulgazione che sproni il legislatore a un successivo intervento correttivo o che aiuti gli operatori del diritto a ricercare un'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina e, solo in ultima istanza, l'esercizio del formale potere di rinvio delle leggi.

il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio dei poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità, 16 gennaio 2013, in Forumcostituzionale.it. Sul tema anche M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, in Rivistaaic.it. Sulla medesima pronuncia vedi anche G. SCACCIA, *Il ruolo del Presidente della Repubblica dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013*, in L. VIOLINI (a cura di) *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario annuale del Gruppo di Pisa, 14 novembre 2014*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 43 ss. secondo il quale la pronuncia rende ardua la distinzione tra l'idea di un Presidente «mediatore» e quella di un Presidente «governante». La Corte sembra infatti legittimarla ad applicare il suo scrutinio di «opportunità istituzionale» su tutte le decisioni politicamente rilevanti: ciò rischia di promuovere l'idea che il Quirinale divenga, più che il centro di un'attività di controllo costituzionale, «il luogo supremo delle sintesi decisionali». La sentenza, dunque, legittimerebbe un potere di influenza che, proprio perché privo di sicuri confini giuridici, rischia di espandersi senza controllo in un vero e proprio veto, costringendo il Governo a una sorta di «permanente coabitazione» con il Quirinale. Vedi anche G. DE VERGOTTINI, *Il ruolo del Presidente della Repubblica negli scritti di Giustino D'Orazio*, cit., 62-63.

²⁸ Sull'allontanamento della prassi presidenziale dal modello di «puro controllo» vedi M. FERRARA, *La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'innaturalità del potere di rinvio alle camere*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2019, 55, in Osservatorioaic.it. Vedi anche M. AINIS, *Napolitano, l'esploratore*, in M. BREDA (a cura di), *Il grande gioco del Quirinale. La posta in palio nell'elezione del Presidente della Repubblica*, Milano, Corriere della Sera, 2013, che parla espressamente di «desuetudine» del potere di rinvio.

²⁹ Sulla portata "pedagogica" degli interventi presidenziali più sopra descritti vedi M. CAVINO, *La pedagogia del Quirinale: Mattarella scrive a Conte*, 29 luglio 2018, in Lacostituzione.info ed anche M. FERRARA, *Promulgazione e emanazione di atti "sotto osservazione" del Presidente Mattarella*, 7 ottobre 2018, in Lacostituzione.info. La descrizione in senso "pedagogico" degli interventi del Presidente della Repubblica, con riferimento all'opera di Carlo Azeglio Ciampi, compare precedentemente anche in U. ALLEGRETTI, *Il Presidente della Repubblica tra diritto e storia*, 8 giugno 2007, in Associazioneedicostituzionalisti.it.

³⁰ Sul tema della "negoiazione legislativa" vedi C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di Governo italiana*, Torino, Giappichelli, 2018, 50 ss. Specificamente sulla Presidenza Mattarella, G. MAROLDA, *Se per "sicurezza" e per "semplificare" c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla "leale collaborazione" tra presidenza della Repubblica e Governo*, 23 luglio 2019, in Forumcostituzionale.it

Il Presidente della Repubblica, oggi, sembra dunque consapevolmente agire secondo un criterio di gradualità, che lo vede tanto più in grado di svolgere efficacemente la sua funzione unificante quanto più riesce a evitare di porre in essere atti dalla portata potenzialmente divisiva.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Gianliborio Mazzola*

Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le emergenze sanitaria ed istituzionale: rapporti Stato-Regioni – 3. Disegni di legge sull'Autonomia differenziata: stato dei lavori - 4. Ruolo della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza dei Presidenti nel corso della pandemia - 5. Modalità delle relazioni Stato-Regioni – 6. Nuove relazioni nei rapporti tra lo Stato e le Autonomie territoriali.

1. Premessa

La Commissione parlamentare per le questioni regionali ha avviato nel Marzo 2019 un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione dell'Autonomia differenziata ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

Intende fra l'altro verificare lo stato dei lavori delle diverse iniziative legislative, in tema di regionalismo differenziato ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

L'esplosione della pandemia da Covid-19, a partire dal Febbraio 2020 (che purtroppo in Italia ha prodotto oltre centomila morti, superando i tre milioni di contagi) ha reso necessario estendere il confronto più complessivamente ai rapporti fra Stato e Regioni soprattutto nel corso dell'emergenza sanitaria che è ancora in atto.

Appare opportuno iniziare dall'esame delle iniziative legislative in tema di Autonomia differenziata per sviluppare successivamente la tematica più complessiva dei rapporti Stato-Regioni nella fase attuale del regionalismo italiano.

2. Disegni di legge sull'Autonomia differenziata: stato dei lavori

Le proposte unilaterali delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, alla base delle pre-intese predisposte dalla Ministra Stefani con le Regioni interessate¹ non sono state condivise dalle amministrazioni centrali interessate.

Per i trasferimenti di materie si sono realizzati "avvicinamenti" fra le impostazioni delle amministrazioni centrali e regionali ma in moltissimi altri casi si sono riscontrate distanze notevoli

* Docente Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea dell'Università Sapienza di Roma; già Segretario Generale Assemblea Regionale Siciliana.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Sia consentito rinviare a G. MAZZOLA, *Autonomia differenziata Bozze di pre-intese*, Luiss School of Government, Working Paper Series, 2019.

fra lo Stato e le Regioni. Tali contrapposizioni hanno riguardato sia le singole materie sia l'individuazione di nuovi meccanismi finanziari per il trasferimento delle risorse; si sarebbe dovuto passare dal "consolidato" criterio della spesa storica a quello più innovativo dei costi standard².

Tali contrasti tra organismi nazionali e regionali si sono sviluppati nonostante, "sia pure con diversi gradi di elaborazione", avessero avviate iniziative in tema di Autonomia differenziata, oltre al Veneto, alla Lombardia ed all'Emilia Romagna, altre Regioni a Statuto Ordinario come ad esempio Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Lazio, Campania e Basilicata.

Per superare questo stato di stallo il Ministro, Francesco Boccia, promosse una consultazione fra tutte le Regioni, comprese quelle che non avevano avanzato richieste per la concessione dell'Autonomia differenziata ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

A conclusione di tali consultazioni, il Ministro Boccia seguì un altro indirizzo rispetto a quello della Ministra Stefani: predispose un disegno di legge di pochi articoli entro cui inserire le diverse Intese fra le Regioni ordinarie e lo Stato.

Lo schema del testo legislativo quadro fu sottoposto preventivamente al confronto con le Regioni e con gli enti locali in sede di Conferenza Unificata il 28 Novembre 2018 ed inviato al Dipartimento per gli Affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio il 3 Dicembre 2019.

È opportuno rilevare che sul testo del disegno di legge per l'attuazione dell'Autonomia differenziata proposto dal Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie Boccia emerse in sede di Conferenza "un unanime consenso" (Bonaccini) espresso dai Presidenti di Regione.

Al Ministero per gli affari regionali fu istituita una Commissione di studio per esaminare l'intera problematica dell'Autonomia differenziata nel tentativo di attuare l'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e sul testo legislativo in discussione si avviò un confronto anche con le organizzazioni sindacali.

Al fine di superare i contrasti emersi in sede di trasferimento di materie dallo Stato alle Regioni, si convenne che era necessario procedere ricorrendo ad un disegno di legge quadro, principalmente per indicare le modalità di definizione dei fabbisogni di spesa standard, quale precondizione per la fissazione dei costi standard e conseguenzialmente dei differenti criteri di ripartizione delle risorse.

Anche le Regioni considerarono la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni assolutamente "propedeutico" alla definizione ed al successivo trasferimento delle materie statali alle Regioni.

In attesa della definizione della normativa quadro nazionale sono state accantonate le richieste di Autonomia differenziata avanzate dalle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna.

Il disegno di legge quadro Boccia peraltro ha previsto che in Italia non si potrà attuare l'Autonomia differenziata se non si svilupperà un processo di perequazione infrastrutturale. La perequazione infrastrutturale, infatti, è essenziale per affrontare il tema delle diseguaglianze non

² Commissione parlamentare per le questioni regionali: seduta di Mercoledì 18 Novembre 2020: relazione depositata ed audizione del Ministro per gli affari regionali, Francesco Boccia; seduta del 6 Ottobre 2020, audizione del Presidente della Conferenza delle Regioni, Stefano Bonaccini: www.camera.it.

soltanto fra Nord e Sud ma anche fra aree del medesimo Nord, fra aree interne ed aree sviluppate ed infine fra zone di montagna (rappresentano circa il 53% dell'intero territorio nazionale) e le aree sviluppate.

Tutto ciò necessita della determinazione dei Lep, essenziali per il trasferimento delle materie fra Stato e Regioni ma anche per procedere alla perequazione infrastrutturale, come “garanzia per la rimozione di qualsiasi disuguaglianza”³.

Dal confronto sviluppatosi sulla bozza del testo legislativo elaborato dal Ministro Boccia sono emerse alcune considerazioni tendenti al miglioramento dell'originario disegno di legge.

Si è convenuto che il trasferimento delle funzioni relative a materie concernenti i livelli essenziali delle prestazioni - che, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m, debbono essere garantiti equamente su tutto il territorio nazionale – si realizzerà soltanto dopo la determinazione dei LEP.

I LEP saranno fissati, ai sensi del procedimento previsto dall'articolo 13 del Decreto Legislativo 6 Maggio 2011, n. 68 (entro un anno dall'approvazione della legge?) senza ricorrere ad un Commissario straordinario (come in un primo tempo si era ipotizzato) per coinvolgere pienamente le strutture ministeriali.

Il trasferimento delle risorse finanziarie alle Regioni potrà avvenire soltanto dopo i Decreti di trasferimento delle funzioni; si potrà invece procedere immediatamente al “passaggio” alle Regioni delle funzioni amministrative che non necessitino dell'individuazione dei Lep e non comportino “esborsi” di risorse finanziarie dal bilancio statale alle “casse” regionali.

Si sarebbe convenuto altresì di sottoporre preventivamente lo schema di Intesa preliminare ad una valutazione collegiale del Consiglio dei Ministri per consentire il più ampio confronto possibile all'interno del Governo.

Dal dibattito avviato in sede ministeriale sull'originario disegno di legge quadro in tema di Autonomia differenziata sarebbero emerse significative novità anche per quanto concerne il ruolo del Parlamento nell'esame delle Intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

Si è convenuto sull'opportunità di acquisire preventivamente le valutazioni delle Camere sulle bozze di Intesa; è emersa comunque la necessità di non tipizzare questo tipo di atti preventivi del Parlamento trattandosi di “interna corporis”.

Sulle modalità di esame dei disegni di legge di approvazione delle Intese, anche in questa ipotesi, si è stabilito di non prevedere nella normativa quadro alcuna soluzione: saranno le Camere a sceglierla nella loro Autonomia.

In uno specifico articolo il testo in esame intenderebbe regolare la perequazione infrastrutturale. Anche per ottenere il consenso di tutte le Regioni ordinarie all'avvio del processo di Autonomia differenziata, è risultato necessario regolamentare il percorso della perequazione infrastrutturale: procedendo alla realizzazione di tali interventi si dovrebbe favorire il superamento delle differenziazioni territoriali fra le diverse aree del Paese.

³ Commissione parlamentare per le questioni regionali: seduta di mercoledì 18 Novembre 2020, relazione depositata dal Ministro per gli affari regionali, Francesco Boccia: www.camera.it.

Come hanno dimostrato le recenti vicende sanitarie, l'Italia è un Paese interconnesso ed interdipendente sia in termini di flusso migratorio interno dei cittadini sia per quanto riguarda le infrastrutture anche di carattere digitale.

Per ridurre gli squilibri infrastrutturali in Italia sarà necessario ricorrere a diverse fonti di finanziamento.

Certamente una parte delle risorse destinate all'Italia dai fondi europei del Recovery Plan saranno destinati alle infrastrutture ed al superamento degli squilibri territoriali in particolare nel Mezzogiorno d'Italia. Tali previsioni sono contenute nella bozza del piano che l'Italia si appresterebbe ad inviare a Bruxelles per ottenere successivamente i finanziamenti comunitari. Tuttavia, con modalità complementari, lo Stato ha inserito nel bilancio di previsione uno specifico Fondo per la perequazione infrastrutturale. Tale fondo rientra nello stato di previsione del Ministero dell'Economia e sarà ripartito fra le Regioni secondo le proposte dei Ministri interessati.

Il disegno di legge Boccia prevedeva uno specifico articolo per regolamentare gli interventi statali del Fondo per la perequazione infrastrutturale ed il superamento degli squilibri territoriali.

Il testo legislativo stabiliva che il riparto dei fondi per la perequazione dovesse essere preceduto dalla ricognizione delle effettive dotazioni infrastrutturali presenti nel territorio italiano (si auspicava che tale censimento avvenisse prima del 30 Giugno 2021 ma la sostituzione del Governo Conte con il Governo Draghi e la prosecuzione della pandemia probabilmente non permetterà di rispettare tale termine).

Entro sei mesi dalla ricognizione infrastrutturale con decreti del Presidente del Consiglio, previa intesa con la Conferenza Unificata, si dovrebbero fissare gli standard di riferimento per la perequazione infrastrutturale finalizzati a ridurre i deficit di servizi fra le diverse aree del Paese. E' opportuno ricordare che la gran parte delle aree interne sia al Nord che al Sud necessitano di infrastrutture per collegarsi con le aree metropolitane mentre fra le opere prioritarie soprattutto per il Mezzogiorno d'Italia rientra certamente il completamento dell'alta velocità.

Il Ministro Boccia, nel corso dell'audizione presso la Commissione parlamentare per gli affari regionali⁴, ha preannunziato di avere stralciato dal disegno di legge quadro sull'Autonomia differenziata l'articolo concernente il Fondo per la perequazione infrastrutturale; tale norma è stata inserita nella legge di bilancio dello Stato per il 2021. Lo stanziamento iniziale di tale Fondo previsto dal Governo, rispettivamente per ciascuno degli anni dal 2022 al 2033, è stato fissato in 4.600 milioni.

Dopo lo stralcio della normativa sui fondi infrastrutturali, il disegno di legge quadro in tema di Autonomia differenziata si è ridotto a due soli articoli. Con le modifiche cui si è accennato in precedenza il testo in materia di Autonomia differenziata è stato trasmesso al DdG il 21 Ottobre 2020 per l'istruttoria relativa e per il successivo inserimento all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri.

⁴ Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta di mercoledì 18 Novembre 2020, audizione del Ministro per gli affari regionali, Francesco Boccia: www.camera.it.

È innegabile, comunque, che l'iter del disegno di legge Boccia si era già “raffreddato” per l'esplosione in Italia della pandemia nel Febbraio 2020, nonostante il forte ed unanime consenso delle Regioni espresso nella seduta straordinaria della Conferenza delle Regioni dell'11.12. 2019⁵.

Al secondo Governo Conte, è succeduto il Governo Draghi; il Ministro per gli Affari Regionali e per le Autonomie, Francesco Boccia, è stato sostituito dalla Ministra Maria Stella Gelmini.

La Ministra Gelmini, in una recente audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali⁶ sul disegno di legge quadro in tema di Autonomia differenziata presentato dal Ministro Boccia, nel riscontrare una forte condivisione sul testo fra le forze politiche, così si esprimeva “... la legge quadro ritengo che sia un punto di partenza importante perché dobbiamo provare ad evitare i conflitti fra lo Stato centrale e le Regioni; tuttavia dobbiamo anche andare incontro alle esigenze dei singoli territori... È chiaro che serve una cornice unitaria, serve un inquadramento nazionale sul costo standard e sui livelli essenziali delle prestazioni.” Aggiungeva inoltre “Credo... che la fatica fatta in passato per trovare una condivisione attorno a questa legge nazionale, alla legge quadro, non sia un lavoro da buttar via, ma anzi dal quale ripartire per attuare l'Autonomia differenziata”⁷.

È facile rendersi conto che, pur avendo i Governi Conte e Draghi maggioranze differenti, l'impostazione governativa in tema di Autonomia differenziata non si è modificata. In considerazione del consenso vasto ricevuto dalle forze politiche e dalle Regioni, si è concordato sulla necessità di approvare un disegno di legge quadro in tema di Autonomia differenziata nel cui ambito inserire successivamente le richieste delle singole Regioni, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione.

3. Le emergenze sanitaria ed istituzionale: rapporti Stato-Regioni

Con questo secondo paragrafo si cerca di analizzare lo sviluppo dell'emergenza sanitaria in conseguenza del coronavirus al fine anche di motivare il relativo “accantonamento” del testo legislativo in materia di Autonomia differenziata.

I rapporti fra lo Stato e le Regioni sono stati e sono “totalmente assorbiti” dalle necessità imposte dal diffondersi del coronavirus.

Tutto ciò è stata la causa della “lentezza” nell'esame del disegno di legge quadro in tema di Autonomia differenziata, insieme a qualche altro motivo concomitante che si analizza successivamente.

⁵ Conferenza delle Regioni, seduta dell'11. 12. 2019; sito ww. Statoregioni.it/it/conferenza-stato-regioni.

⁶ Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta di mercoledì 3 Marzo 2021, audizione della Ministra per gli affari regionali e le autonomie, Maria Stella Gelmini: www.camera.it.

⁷ Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta di mercoledì 3 Marzo 2021, audizione della Ministra per gli affari regionali e le autonomie, Maria Stella Gelmini: www. camera.it.

L'emergenza sanitaria a partire dal Febbraio 2020, conseguenza del coronavirus (tecnicamente virus SARS- CoV-2) si è ben presto trasformata in emergenza istituzionale, sociale ed economica⁸.

Non si intendono analizzare le innumerevoli normative statali e regionali approvate nel corso di questo periodo né tanto meno ci si sofferma sul quadro di riferimento costituzionale, nazionale e regionale essendo stata la tematica affrontata in diverse pubblicazioni⁹.

Si vorrebbe accentrare l'attenzione sullo stato dei rapporti tra Stato e Regioni sviluppatosi nel corso di questo periodo, certamente non breve, che indubbiamente sta modificando gli equilibri tradizionali tra le istituzioni.

L'emergenza sanitaria sta provocando un'alterazione dei rapporti fra centro e periferia, essendo stato necessario, così come si è verificato in diverse occasioni, risolvere rapidamente ed efficacemente i problemi legati all'emergenza.

L'emergenza sanitaria, economica e sociale ha provocato un notevole accentramento dei poteri (non soltanto in Italia ma anche in quasi tutti i Paesi Europei e del mondo) in favore degli esecutivi nazionali, ridimensionando il ruolo dei Parlamenti nazionali e degli organismi territoriali (in Italia soprattutto le Regioni)¹⁰.

La Costituzione italiana non contiene norme in tema di emergenza (a differenza di molti ordinamenti europei) né pertanto regola un eventuale stato d'emergenza. Nel corso del tempo si è dovuto ricorrere a disposizioni emergenziali di diversa natura.

Il Governo Conte, ai sensi degli articoli 5 e 25 del Decreto legislativo 1/ 2018, Codice della Protezione civile, ha utilizzato frequentemente i Decreti del Presidente del Consiglio, DPCM, per affrontare le emergenze sanitarie dettate dalla pandemia. Tutto ciò ha provocato notevoli polemiche - talvolta apparse strumentali - sulla legittimità e sull'opportunità politica dello strumento adottato. Numerosi esponenti politici e giuristi¹¹ "hanno accusato" il Governo del tempo di volersi sottrarre al confronto parlamentare mediante l'accentramento di qualsiasi potere in tema di emergenza sanitaria e di utilizzare "arbitrariamente" strumenti regolamentari, come i DPCM, anche per limitare le libertà individuali dei cittadini. È opportuno ricordare che i DPCM non richiedono il parere del sistema delle Conferenze. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 2 del Decreto Legge n.19 del 2020, è stato previsto che siano consultate le Regioni interessate dai provvedimenti

⁸ A. PIZZORUSSO, *Stato di emergenza*, *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, UTET, 1993; E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome durante l'epidemia Covid 19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020; E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della pandemia da Covid 19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020; C. CERBONE, *Vicende evolutive del regionalismo: uno studio comparato dei modelli italiano e spagnolo*, Tesi conclusiva del Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea anno accademico 2019/2020 in sito gianliborionomazzola.it; sia consentito rinviare a G. MAZZOLA, *Coronavirus, crisi o sviluppo dell'Autonomia?*, in *Nomos*, *Le attualità del diritto-Problemi giuridici dell'emergenza coronavirus*, n.1/2020.

⁹ In tema di legittimità dei DPCM fra i favorevoli si ricorda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020; fra i contrari G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020; in tema di ordinamento costituzionale sull'emergenza: F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai includibili*, *Osservatorio costituzionale*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2020; in tema di attuazione dell'articolo 120, comma II, V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid 19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, Federalismi.it.

¹⁰ C. CERBONE, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹¹ Ivi, p. 47.

normativi; qualora i DPCM riguardassero tutte le Regioni è consultato il Presidente della Conferenza Stato-Regioni.

Anche il Governo Draghi è dovuto ricorrere allo strumento di un DPCM per affrontare la prosecuzione delle conseguenze della pandemia da Covid 19. La Ministra Gelmini, nell'audizione del 3 Marzo 2021¹², ha affermato che è stato utilizzato tale strumento giuridico, tanto criticato, essendo imminente la scadenza di un precedente decreto senza la possibilità di approvare un Decreto legge da far esaminare successivamente al Parlamento.

La Ministra per gli affari regionali e per le autonomie ha tenuto a precisare che il testo del DPCM è stato il frutto di un intenso confronto anche con le Regioni (la Conferenza Stato-Regioni si è riunita per ben tre volte) ed ha evidenziato come il Governo Draghi abbia innovato rispetto al precedente Governo Conte, prevedendo che le modifiche delle restrizioni per i cittadini delle diverse Regioni iniziassero dalla settimana successiva “per non travolgere le attività economiche nel fine settimana”.

La Costituzione prevede all'articolo 32 che il diritto alla salute rappresenta un diritto fondamentale del nostro ordinamento che “deve essere garantito da ogni articolazione dello Stato”¹³.

L'articolo 117, comma 3, della Costituzione stabilisce che la “tutela della salute” rientra fra le competenze legislative concorrenti fra lo Stato e la Regione: allo Stato spetta la definizione dei principi fondamentali mentre le Regioni sono competenti per le norme di dettaglio.

Lo Stato, comunque, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere m e q della Costituzione, possiede la competenza esclusiva per i livelli essenziali delle prestazioni socio-sanitarie e per la profilassi internazionale. Alle Regioni ed alle Province Autonome “spetta” un ruolo integrativo con l'applicazione di tutte le misure coerenti con i provvedimenti statali.

Tra le altre disposizioni costituzionali è opportuno citare l'articolo 77 della Costituzione in tema di Decreti Legge dettati da condizioni di necessità ed urgenza e l'articolo 120, comma 2, per quanto concerne il potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni e degli Enti locali.

In tema di legislazione ordinaria risulta fondamentale la riforma sanitaria, legge n. 833/ 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale: tramite tale normativa si regolano le competenze dello Stato, delle Regioni e dei Sindaci in materia di emergenza e di igiene pubblica; ai sensi della riforma sanitaria, lo Stato deve individuare i principi generali del servizio sanitario nazionale mentre alle Regioni compete l'organizzazione sanitaria sul territorio regionale.

All'insorgere dell'emergenza sanitaria da Coronavirus nel Febbraio 2020, il Governo Conte realizzò soprattutto con i due Decreti legge n. 6 del 2020 (convertito in legge n.13/2020) e n. 19 del 2020 un “forte accentramento” di poteri sul Governo nazionale; soltanto con il Decreto legge n. 33 del 16 Maggio 2020, recependo le contestazioni provenienti dalle strutture territoriali, furono concessi maggiori ambiti d'intervento alle Regioni.

Con il Decreto legge n. 33 del 16 Maggio 2020 furono abrogate una gran parte delle normative del Decreto legge n. 19 del 2020 e fu previsto che “... le Regioni possano adottare, anche in

¹² Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta di Mercoledì 3 Marzo 2021, audizione della Ministra per gli affari regionali e le autonomie, Maria Stella Gelmini: [www. camera.it](http://www.camera.it).

¹³ C. CERBONE, *op. cit.*, p. 49.

deroga a quanto previsto dalle misure governative nazionali, ordinanze ed atti che rivedano.. quanto quest'ultime prevedono”¹⁴ .

Le contestazioni delle Regioni non erano state dettate dalla “sottrazione” da parte del Governo nazionale di determinate competenze regionali: ciò, in qualche modo, era la conseguenza della originaria dichiarazione dello stato di emergenza (successivamente ripetutamente prorogata) adottata con delibera del 31 Gennaio 2020; su tale dichiarazione si sono fondati i successivi Decreti Legge e DPCM promulgati dal Governo.

Le Regioni “lamentavano” lo scarso coinvolgimento sui contenuti degli atti normativi durante la fase dell’elaborazione¹⁵.

Con il Decreto Legge n. 33/2020 sono stati ristabiliti “rapporti” di leale collaborazione fra Stato e Regioni, “incrinati” dalle precedenti normative. Il nuovo tipo di relazioni ha prodotto un notevole ridimensionamento delle ordinanze regionali in contrasto con le disposizioni nazionali adottate precedentemente dai Governatori regionali.

“Tali contrasti formali avevano reso talvolta confusa l’azione istituzionale e generato incertezze per i cittadini destinatari degli atti normativi statali, regionali e sindacali”¹⁶.

Peraltro, l’emergenza sanitaria nella prima e nella seconda fase ha avuto andamenti diversi: nella prima “ondata” ha sostanzialmente investito alcune aree del Paese soprattutto del Centro-Nord mentre nella seconda “ondata” ha coinvolto tutto il territorio nazionale.

Per far fronte alla seconda emergenza sanitaria dettata dalla pandemia da Covid 19, l’Italia è stata divisa in zone (gialla, arancione e rossa) in rapporto al diverso grado di rischio. Le zonizzazioni comunque sono state aggiornate settimanalmente secondo gli indicatori elaborati dalla cabina di regia, composta da esperti sanitari di livello nazionale e da tecnici indicati dalle Regioni; la distinzione in zone dell’intero territorio, pur subendo frequenti contestazioni, è stata oggetto di un continuo confronto con le Regioni.

La differenziazione in zone si è resa necessaria anche per permettere alle attività industriali di non chiudere del tutto, a differenza di quanto era avvenuto nella prima fase con il lockdown totale. La neo Ministra Gelmini ha precisato che anche il Governo Draghi ha mantenuto la divisione del territorio nazionale in fasce perché l’alternativa sarebbe stata il lockdown totale con le relative gravissime conseguenze economiche. D’altronde recentemente anche il Presidente di Confindustria, Bonomi, ha riconosciuto che determinati settori industriali, hanno ottenuto risultati “inaspettati” per la produzione pur in presenza della pandemia.

Nella seconda fase dell’emergenza sanitaria sono stati predisposti dei protocolli di sicurezza fra sindacati ed imprese non adottati quando “scoppiò” la pandemia; in tutte le Regioni i protocolli rigorosi di sicurezza hanno permesso di non interrompere molte attività economiche.

D’altronde le Regioni (ai sensi dell’articolo 3 comma 1 del Decreto legge 19/2020) possono introdurre, con efficacia limitata, misure più restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio od in parte di

¹⁴ Ivi, p. 53.

¹⁵ E. CATELANI, *op. cit.*, p. 503.

¹⁶ C. CERBONE, *op. cit.*, p. 53; E. CATELANI, *op. cit.*, p. 503; in tema di poteri dei Presidenti di Regione: F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi del Covid-19*, 2020, in Federalismi.it.

esso; limitazioni ai comportamenti dei cittadini possono essere adottati anche dai Sindaci nei rispettivi territori comunali per motivi di sicurezza ed igiene pubblica.

Si può sostenere che, soprattutto nella seconda fase della pandemia, l'attività di raccordo fra il Governo nazionale e le Regioni sia stata continua e quotidiana anche al fine di coordinare le reti sanitarie.

Ciò ha permesso al Ministro Boccia del Governo Conte¹⁷ di ringraziare tutte le Regioni per il lavoro difficilissimo fatto insieme nel corso di questi mesi di pandemia e di estendere il ringraziamento ai Sindaci definiti dallo stesso Boccia: “le sentinelle sui territori dell'attività congiunta che lo Stato ha dovuto organizzare a più livelli”¹⁸.

Il Presidente della Conferenza delle Regioni Bonaccini ha concordato con il Ministro Boccia sostenendo che “il diverso manifestarsi dell'emergenza sanitaria sui territori e la corrispondente esigenza di risposte differenziate, nel contesto di una strategia necessariamente nazionale, ha indubbiamente costretto le istituzioni tutte a sviluppare tempestivamente una logica di reciproca complementarità all'atto di reagire alla crisi e di gestire le mutevoli situazioni emergenziali imposte dalla stessa crisi”¹⁹.

La neo Ministra per gli affari regionali e le autonomie Gelmini ha espresso identico apprezzamento per la collaborazione che sta riscontrando con le Regioni e con gli enti locali soprattutto nell'ambito delle Conferenze Stato-Regioni e della Conferenza Unificata.

È indubbio che nel corso dell'ultimo anno sono state messe a “dura prova” le tecniche di gestione della leale collaborazione.

4. Ruolo della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza dei Presidenti nel corso della pandemia

Il Presidente della Corte Costituzionale del tempo, Marta Cartabia, nell'Aprile 2020 nella relazione sull'attività della Corte nel 2019, inviava un monito che, in qualche modo, intendeva rappresentare un auspicio per la successiva azione della Corte Costituzionale “... Se c'è un principio costituzionale che merita particolare attenzione è proprio quello della “leale collaborazione” – il risvolto istituzionale della solidarietà – su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, affinché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico, condiviso obiettivo”²⁰.

La stessa Presidente Cartabia proseguiva: “La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per

¹⁷ Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta di Mercoledì 18 Novembre 2020, audizione del Ministro per gli affari regionali e le autonomie. Francesco Boccia: www.camera.it.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Commissione parlamentare per le questioni regionali, seduta del 6 Ottobre 2020, audizione del Presidente della Conferenza delle Regioni, Stefano Bonaccini: www.camera.it.

²⁰ M. CARTABIA, Relazione sull'attività della Corte Costituzionale nel 2019: www.Cortecostituzionale.it.

“navigare per l’alto mare aperto” nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini”²¹.

“Pertanto, il termine “solidarietà” costituisce il filo rosso che deve caratterizzare ogni azione dello Stato”²².

È indubbio che il sistema delle Conferenze: Stato-Regioni e Conferenza Unificata costituisce la sede di confronto “naturale” nel rapporto fra lo Stato e le Regioni.

Forse non si era pienamente consapevoli del ruolo che avrebbe potuto svolgere la Conferenza Stato-Regioni nel momento in cui fu istituita con il DPCM 12 Ottobre 1983. Nel corso degli anni si è sempre più sviluppata la necessità di individuare un organismo che potesse rappresentare una “cassa di compensazione” fra le esigenze dello Stato e delle Regioni.

Tale centralità peraltro è stata ripetutamente ribadita dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che, soprattutto dopo l’entrata in vigore della riforma del Titolo V, ha valorizzato con numerose sentenze il principio della leale collaborazione fra Stato e Regioni. Nell’ambito del sistema delle Conferenze si sono realizzati accordi, sono stati espressi pareri, sviluppando diverse altre attività attraverso cui si è cercato di attuare la “leale collaborazione”.

Non ci si intende soffermare sulle finalità e sulle realizzazioni del Sistema delle Conferenze (Stato-Regioni, Stato-Città e Conferenza Unificata) perché sono state diffusamente studiate²³.

Si intende semplicemente verificare se il principio della leale collaborazione sia stato rispettato nel corso della pandemia da Covid 19 e soprattutto quale ruolo abbia sviluppato in questa emergenza il sistema delle Conferenze.

In precedenza, le Conferenze, su richiesta del Governo nazionale, avevano espresso fra l’altro pareri sui disegni di legge governativi nel corso dell’esame dei testi legislativi da parte del Parlamento.

È opportuno precisare che il Governo non ha alcun obbligo di richiedere un parere preventivo del sistema delle Conferenze prima dell’emanazione dei Decreti Legge o dei DPCM soprattutto nel corso di una emergenza di carattere sanitario.

Nella prima fase dell’epidemia da Covid 19, per l’apparire improvviso di gravi emergenze sanitarie, il Governo Conte non richiese il parere preventivo della Conferenza Stato-Regioni ma si limitò ad una semplice “comunicazione preventiva” indirizzata al Presidente della Conferenza Stato-Regioni. La Conferenza Stato-Regioni fu coinvolta successivamente nel corso dell’esame parlamentare dei disegni di legge di conversione dei Decreti Legge.

Tali modalità di comunicazione hanno provocato spesso le “rimostranze” dei Presidenti di Regione che “hanno lamentato” la mancata consultazione. Talvolta le Regioni hanno sostenuto che, le pur limitate indicazioni al Presidente della Conferenza delle Regioni sui DPCM e sui

²¹ *Ibidem*.

²² E. CATELANI, *op. cit.*

²³ Tra gli altri Autori: I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto di federalismo sommerso*, in *Le Regioni*, 2000; R. BIFULCO, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006; S. AGOSTA, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Giuffrè, 2008; G. CARPANI, *I fattori di unificazione: il ruolo delle Conferenze e degli strumenti di concertazione*, in *Astridonline.it*, 2011; R. CARPINO, *Il Sistema delle Conferenze*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall’Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Giuffrè, 2012; sia consentito rinviare a M. CASTIELLO-G. MAZZOLA, *L’evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *Amministrazione in Cammino*, 2014.

Decreti legge da emanare, erano fornite “con un preavviso minimo rispetto alla divulgazione mediatica del contenuto degli atti”²⁴.

Tutto ciò ha provocato una “correzione” della comunicazione fra Governo e Regioni nella seconda ondata della pandemia ma soprattutto l’impegno del Governo Draghi a fornire notizie “preventivamente e tempestivamente” sulle nuove disposizioni previste dal nuovo DPCM e dai successivi Decreti legge in materia sanitaria, realizzando in questo modo un’effettiva consultazione delle Regioni.

Tra le forze politiche e soprattutto fra gli studiosi²⁵ si è aperto un confronto sul ruolo del Presidente della Conferenza delle Regioni. Ci si è chiesto se fosse sufficiente la semplice “comunicazione preventiva” al Presidente della Conferenza delle Regioni per considerare esaurito il coinvolgimento preventivo delle Regioni sulle normative da adottare in tema di pandemia.

È opportuno ricordare che la gran parte dell’attività del sistema delle Conferenze si realizza in termini di prassi e soprattutto con scarsa pubblicità.

Inoltre, le riunioni della Conferenza delle Regioni sono preventivamente precedute dagli incontri dei Presidenti delle Regioni, oltre che da commissioni interne su aree tematiche; nell’ambito delle sedute preventive, peraltro prive di qualsiasi ufficialità, i Presidenti di Regione pervengono a posizioni unitarie fra le diverse Regioni, pur avendo talvolta i diversi Governatori differenti maggioranze politiche. Le indicazioni unitarie sono espresse successivamente nel corso del confronto con il Governo nazionale.

Le perplessità per le modalità di consultazione delle Regioni - verificatesi prima della predisposizione dei DPCM o dei Decreti legge - si potrebbero concentrare su alcuni aspetti pratici più che giuridici.

Non appare chiaro se la consultazione preventiva del Presidente della Conferenza delle Regioni permettesse a quest’ultimo di sentire prontamente (dati anche i tempi molto stretti di comunicazione) gli altri Presidenti delle Regioni. Inoltre, soprattutto nella prima fase della pandemia, non si è saputo se le comunicazioni del Governo al Presidente della Conferenza delle Regioni abbiano comportato un’accettazione unilaterale delle decisioni dell’esecutivo nazionale o abbiano permesso un confronto preventivo fra lo Stato e le Regioni.

Il sistema di consultazione dello Stato con le Regioni è indubbiamente migliorato nel corso della fase autunnale della pandemia, superando le criticità del primo periodo conseguenti anche alla novità ed alla drammaticità degli avvenimenti.

Non si può negare che il Governo Conte abbia evitato due ipotesi estreme che avrebbero fortemente ridotto il ruolo delle Regioni.

Il Governo nazionale avrebbe potuto invocare la completa applicazione dell’articolo 120 della Costituzione secondo cui l’esecutivo nazionale può esercitare il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni in caso di particolari fattispecie espressamente indicate dal secondo comma dell’articolo 120 della Costituzione.

²⁴ E. CATELANI, *op. cit.*

²⁵ *Ibidem.*

Il Governo Conte avrebbe altresì potuto porre a fondamento della legislazione statale in materia di emergenza l'articolo 117, comma 2, lettera q, in tema di profilassi internazionale rientrante nella competenza esclusiva dello Stato.

Queste due soluzioni estreme sono state evitate “per non determinare una forzatura nella nostra forma di Stato”²⁶. Altri, “più maliziosamente”, hanno sostenuto che si sia trattata di una scelta politica. “Un Governo debole, sostenuto da una coalizione di centro-sinistra, non se l'è sentita di andare allo scontro con Regioni in larga parte sotto il controllo del centro-destra, oltretutto con Presidenti fortemente legittimati dall'elezione diretta” ed è stato aggiunto “Hanno preferito cercare la strada della collaborazione istituzionale che, tra l'altro, ha consentito ai due livelli di governo di praticare il “gioco del cerino”, scaricandosi addosso, a fasi alterne, le responsabilità”²⁷.

Avere permesso alle Regioni di conservare sostanzialmente i rispettivi poteri, soprattutto di carattere amministrativo, è stato necessario per affrontare determinate situazioni di emergenza; tuttavia, ha potuto provocare, soprattutto nella prima fase della pandemia, contrasti fra lo Stato e le Regioni e talvolta “confusioni” fra i cittadini.

È comunque da rilevare che nel corso dell'intero arco dell'emergenza sanitaria si è sviluppata un'intensa attività da parte della Conferenza Stato-Regioni²⁸:

- Nel 2020 la Conferenza Stato-Regioni ha tenuto 31 sedute mentre la Conferenza Unificata si sarebbe riunita per 33 sedute.
- Nel 2021 con dati provvisori al 21 Marzo 2021 la Conferenza Stato- Regioni avrebbe effettuato 5 sedute.
- Per quanto riguarda l'attività delle Conferenze dal 20 Febbraio 2020 al 18 Novembre 2020 dalla Conferenza delle Regioni sarebbero stati esaminati 199 provvedimenti e dalla Conferenza Unificata 156 provvedimenti²⁹.
- Tutto ciò ha permesso al Ministro Boccia di sostenere³⁰ che “le Conferenze sono diventate... dei luoghi di confronto istituzionale e politico e non più soltanto dei “parerifici”; dentro le Conferenze si sono realizzati molti degli accordi politici espressi in successivi provvedimenti normativi.
- Anche il Presidente della Conferenza Stato-Regioni Bonaccini ha evidenziato³¹ come lo sviluppo della pandemia abbia fatto emergere la necessità di rafforzare le sedi di raccordo fra le Regioni e tra queste ed il Governo secondo il dettato “autentico” della Costituzione. La grave crisi sanitaria ha riproposto e continua a porre il tema di una forte innovazione

²⁶ Ivi, p. 511.

²⁷ M. BORDIGON-G. TURATI, *Chi comanda in pandemia*, 2021, in LaVoce.info..

²⁸ Sedute della Conferenza Stato- Regioni del 2021 al 25/3/2021: 21/1; 25/1; 28/1; 9/2; 25/3; sito www.statoregioni.it/it/Conferenza-stato-regioni.

²⁹ Commissione parlamentare per le questioni regionali – seduta di Mercoledì 18 Novembre 2020 - Audizione del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Francesco Boccia: www.camera.it.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Commissione parlamentare per le questioni regionali- seduta del 6 Ottobre 2020- Audizione del Presidente della Conferenza delle Regioni: Stefano Bonaccini: www.camera.it.

nei meccanismi di co-decisione, tenendo conto che, oltre allo Stato, anche le Regioni sono titolari di competenze legislative.

A giudizio di Bonaccini i recenti avvenimenti hanno evidenziato come, instaurando uno spirito collaborativo, sia stato possibile offrire “soluzioni salde ed efficaci, pienamente compatibili”.

5. Modalità delle relazioni Stato-Regioni

Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del Decreto Legge n.19 del 2020, le Regioni possono introdurre, nelle more dell'adozione del successivo DPCM, misure più restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi in tutto il loro territorio o in parte di esso.

Il primo DPCM del Governo Draghi concordato con le Regioni, nel confermare la divisione in zone del Paese così come era avvenuto con i più recenti DPCM e Decreti del Governo Conte, ha ribadito che le variazioni delle diverse fasce fra le Regioni avverrà settimanalmente mediante Decreti del Ministro della Salute in rapporto alle indicazioni del Comitato tecnico scientifico.

Alle Regioni continua ad essere affidato il compito di delimitare in modo differente (es.: fissando zone rosse) singole parti del territorio regionale in cui il livello di contagi da coronavirus superi i livelli prestabiliti nazionalmente.

La recente normativa Draghi, sempre concordata nel confronto Stato-Regioni, responsabilizza quest'ultime anche per le modalità di partecipazione degli alunni alla vita scolastica in rapporto al tasso di positività del virus riscontrato nei diversi ambiti regionali.

Comunque è bene ribadire che, in tema di tutela della salute, allo Stato spettano le competenze esclusive nella fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni e di profilassi internazionale ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere m e q della Costituzione.

La Corte Costituzionale è intervenuta recentemente sull'argomento con due pronunzie entrambe relative alla legge regionale della Valle d'Aosta del 9 Dicembre 2020, n.11, con cui la Regione avrebbe voluto introdurre una propria disciplina dell'emergenza epidemiologica in difformità dalla normativa nazionale; per tali considerazioni è stata impugnata dal Governo Conte:

- Ordinanza n.4, depositata il 14 Gennaio 2021, ha sospeso in via cautelare l'efficacia della legge. E' opportuno ricordare che trattasi della prima volta in assoluto che la Corte Costituzionale abbia sospeso l'efficacia di una legge regionale in via cautelare.
- Tale potere era previsto dall'articolo 40 della legge 11 Marzo 1953, n. 87, con riguardo ai conflitti di attribuzioni tra Stato e Regioni o tra Regioni. Soltanto con l'articolo 9 della legge 5 Giugno 2003, n. 131 (legge La Loggia) il potere di sospensione è stato introdotto anche nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Si è sancito addirittura che la Corte possa sospendere l'efficacia delle leggi impuginate d'ufficio mediante ordinanza motivata quando dall'esecuzione della normativa impugnata o di parte di essa “possa

derivare il rischio di un irreparabile pregiudizio nell'interesse pubblico o nell'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave per i cittadini”.

- La Corte ha sostenuto con l'ordinanza di sospensiva n.4/2021 che “... la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera q, della Costituzione”. Inoltre, la Corte ha ritenuto sussistenti nell'eventuale attuazione della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta 9 Dicembre 2020 n. 11 sia il rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico sia il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini. Con queste motivazioni ha proceduto in via cautelare a sospendere l'efficacia della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11/2020³².
- Sentenza n. 37 del 24 Febbraio 2021 ha accolto il ricorso del Governo nazionale (sempre riferito alla legge della Regione Valle d'Aosta) soltanto limitatamente alle disposizioni con cui la legge impugnata abbia introdotto misure di contrasto all'epidemia, differenti da quelle previste dalla normativa statale. Se ne deduce che la Corte abbia ribadito che anche una Regione Speciale, come la Valle d'Aosta, “non può invadere con una sua disciplina una materia come quella avente ad oggetto il contenimento del Covid 19, diffusa a livello globale, e perciò affidata interamente alla competenza esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale”³³.

La sentenza n.37 della Corte Costituzionale del 24 Febbraio 2021 è stata citata soltanto per comprendere le successive dichiarazioni della Ministra per gli Affari Regionali, Maria Stella Gelmini.

Pur non ritenendosi questa la sede per commentare la sentenza della Corte Costituzionale che richiederebbe un approfondimento particolare che esula dal presente articolo, si procede ad un breve esame della medesima sentenza 37/2001.

La Corte stabilisce che la legge regionale impugnata “impedisce l'immediata e diretta applicabilità delle misure statali sul territorio valdostano, visto che esse per larga parte non possono trovare spazio, ove differenti dalle previsioni legislative regionali” ma la stessa Corte precisa, confermando quanto già deciso con l'ordinanza di sospensione, che “la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale (articolo 117, secondo comma, lettera q, della Costituzione) che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso ovvero a prevenirla”.

La Corte prosegue nella sentenza n. 37/ 2021 “.. La malattia Covid 19, infatti, è notoriamente presente in tutto il mondo... e pertanto quando il contagio sia diffuso sul territorio nazionale.... le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a

³² G. CICHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale: l'ord 4/2021 della Corte Costituzionale*, in Iusinitinere.it., 2021; *Uniti contro il Covid. La Corte Costituzionale boccia l'Autonomia regionale nella gestione dell'emergenza*, Luiss Open Open <https://open.luiss.it>.

³³ S. CASSESE, in *Corriere della Sera*, 27 Febbraio 2021.

disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario....”

Tuttavia, la medesima Corte, sempre nella sentenza n. 37/2021 ricorda che, ai sensi della legge 23 Dicembre 1978, n.833, (riforma sanitaria) “Le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono quindi estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie “concorrenti” della tutela della salute e della protezione civile. In particolare, spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare ai fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l’incolumità pubblica”

Addirittura, la stessa Corte successivamente prosegue “Se dunque, sono le strutture regionali ad adoperarsi per fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione e modalità di conseguimento degli obiettivi che la medesima legge statale e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coesenziali al disegno di contrasto di una crisi pandemica”.

Infine, la Corte precisa “Non è in discussione il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia... ma è da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal legislatore statale”. Si può pertanto dedurre che la Corte Costituzionale con la sentenza n37/2021 ha ribadito:

- La competenza esclusiva dello Stato in tema di pandemia rientrando nella profilassi internazionale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera q, della Costituzione.
- Il ruolo delle Regioni nell’attuazione delle misure profilattiche ai sensi della riforma sanitaria (legge 833/1978).
- L’obbligo per lo Stato di indicare i principi generali cui le Regioni debbono attenersi nell’ambito del più complessivo piano pandemico.

La stessa Ministra per gli affari regionali e le autonomie, Gelmini³⁴, ha ricordato che questa recente pronunzia della Corte sta facendo molto discutere, anche “con reazioni forti” ma non deve instaurare una “nuova stagione di conflitti tra il livello centrale ed il livello regionale”. A giudizio della Gelmini la Corte Costituzionale ribadisce “... che la competenza sanitaria rimane delle Regioni ma si aggiunge un punto, cioè si afferma che la lotta alla pandemia è di competenza dello Stato” e prosegue “... tale pronunzia... sicuramente responsabilizza lo Stato nel sostenere gli enti locali ma fa salve le competenze delle Regioni”. Lo Stato deve elaborare linee di indirizzo comuni ed una cornice entro cui affrontare il tema dell’emergenza mentre alle Regioni e alle Province Autonome spetta di adottare tutte le misure coerenti con le normative statali e di organizzare la rete sanitaria sul territorio ai sensi della riforma sanitaria (l. 833/1978).

Ricordando che la tutela della salute costituisce un bene fondamentale garantito dalla Costituzione, che lo Stato deve garantire in base a precise risultanze scientifiche, è opportuno rilevare che ne discende un quadro di competenze coordinate ed articolate sui differenti livelli di

³⁴ Commissione parlamentare per le questioni regionali- seduta di Mercoledì 3 Marzo 2021- udizione della Ministra per gli affari regionali e le autonomie: Maria Stella Gelmini:www.camera.it.

Governo che, a giudizio del Ministro Boccia, nel corso della pandemia, ha funzionato “nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e del riparto delle competenze stabilito dalla Costituzione”³⁵.

Tale sistema dinamico nel corso del coronavirus sta permettendo di contrastare le conseguenze del Covid 19, rapportando le misure alle esigenze dei territori secondo i principi di adeguatezza e responsabilità e cercando di imporre ai cittadini ed alle attività economiche i minori sacrifici possibili.

Tutto ciò richiede un’attività di raccordo fra lo Stato e le diverse realtà territoriali con un interscambio continuo di informazioni fra i diversi soggetti coinvolti.

Ciò non significa che, soprattutto nella prima fase della pandemia, non vi siano stati contrasti fra lo Stato e le Regioni; normalmente si è cercato di risolverli con la “moral suasion” ma in alcuni casi il conflitto è stato sollevato dal Governo presso i Tar nei confronti di ordinanze regionali ritenute non in linea con il quadro normativo nazionale.

In particolare, si ricordano:

- Ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri contro la Regione Marche per l’ordinanza n.1 del 25/2/2020 in tema di chiusura scuole, musei, luoghi di cultura, sospensione eventi pubblici e concorsi;
- Ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri contro la Regione Calabria per l’ordinanza n. 37 del 29/4/ 2020 concernente la riapertura di bar e ristoranti con servizio all’aperto;
- Ricorrenti Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell’istruzione e Ministero della salute contro la Regione Piemonte per l’ordinanza n.95 del 9/9/2020 in tema di misurazione della temperatura nelle scuole;
- Ricorrenti Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell’Interno contro la Regione Siciliana per l’ordinanza n. 33 del 22/8/2020 in tema di sgombero degli hot spot e dei centri di accoglienza dei migranti;
- Ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri contro la Regione Sardegna per l’ordinanza n. 43 dell’11/9/ 2020 in tema di limiti alla mobilità regionale;
- Ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri contro la Provincia Autonoma di Trento per l’ordinanza n. 49 del 26/10/2020 concernente orari di bar e ristoranti; riaperture delle palestre nelle scuole;
- Ricorrente Presidenza del Consiglio dei Ministri contro ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo 6 Dicembre 2020, n 106 che dequotava la classificazione del territorio.

La Presidenza del Consiglio in tutti questi ricorsi innanzi ai Tar è risultata vittoriosa ad eccezione dell’impugnazione dell’ordinanza della Regione Piemonte n.95 del 9/9/2020 in materia scolastica.

Nonostante questi conflitti instauratisi fra lo Stato e le Regioni non si può non riconoscere che si tratta di numeri ridotti rispetto alla gran mole di DPCM, di Decreti legge, di provvedimenti della Presidenza del Consiglio, del Ministero della Salute, di altri Ministeri, degli organi della

³⁵ Commissione parlamentare per le questioni regionali- seduta di Mercoledì 18 Novembre 2020, audizione del Ministro per gli affari regionali e le autonomie: Francesco Boccia: www.camera.it.

Protezione civile e del Commissario per la vaccinazione (esempio: lo Stato per fronteggiare a livello nazionale la pandemia fin dall'inizio ha emesso 553 provvedimenti, soprattutto da parte del Ministero della salute, della protezione civile, del Ministero dell'interno, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con una media di quasi 37 atti al mese. Il Governo Conte II ha adottato 515 provvedimenti normativi, tra cui l'ordinanza del 13 Gennaio 2021 con cui lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 30 Aprile 2021, periodo, che, a quanto pare, il Governo Draghi intende sfruttare integralmente. Il medesimo Governo Draghi in poco più di un mese ha esitato 5 Decreti legge, oltre un DPCM³⁶.

A tutta questa gran mole di normative statali di diversa natura è opportuno aggiungere le innumerevoli ordinanze regionali in tema di coronavirus.

Talvolta le polemiche insorte tra lo Stato, le Regioni ed i Comuni sono sembrate dettate maggiormente da esigenze politiche piuttosto che tecniche.

Soprattutto nella fase iniziale della pandemia, le contrapposizioni fra le scelte del Governo nazionale e quelle dei Governatori regionali o dei Sindaci sono sembrate conseguenza dei contrasti politici fra i partiti a livello nazionale e locale³⁷, anche in considerazione di competizioni elettorali a livello regionale e locale.

Si può pertanto convenire che, nonostante tutto ciò, in questo stato di emergenza sanitaria vi sia stato un confronto proficuo fra lo Stato, le Regioni ed i Comuni.

Sulle spinte contrastanti e conflittuali - in questa condizione straordinaria ed estremamente complicata della pandemia - si può affermare che siano prevalse le istanze collaborative fra le diverse articolazioni centrali e territoriali dello Stato.

6. Nuove relazioni nei rapporti tra lo Stato e le Autonomie territoriali

Nel corso della pandemia autorevoli studiosi ma soprattutto alcuni rappresentanti delle forze politiche hanno “invocato” modifiche costituzionali per limitare le competenze delle Regioni “accusate” di generare una continua conflittualità con lo Stato e soprattutto “confusione” nei servizi da erogare ai cittadini.

Si è proposto (riprendendo alcune tematiche della riforma costituzionale Renzi-Boschi respinta dal referendum costituzionale del 4 Dicembre 2016) di ridurre drasticamente la competenza legislativa concorrente (articolo 117 terzo comma della Costituzione) e di introdurre la clausola “di supremazia” per permettere allo Stato qualsiasi intervento normativo, superando le competenze regionali, qualora se ne ravvisasse l'opportunità per esigenze di carattere nazionale.

Le critiche in particolare si sono concentrate sulla riforma sanitaria (l. 833/1978) che ha comportato la regionalizzazione dell'organizzazione sanitaria. Si sono riproposte “correzioni” per “riaccentrare” presso lo Stato le competenze sanitarie, dimenticando che si pervenne alla riforma

³⁶ *Openpolis*, 19 Marzo 2021.

³⁷ Sia permesso rinviare a G. MAZZOLA, *op.cit.*, in *Nomos*, 2020.

sanitaria del 1978 per le inefficienze del precedente sistema mutualistico statale di assistenza socio-sanitaria³⁸.

In modo piuttosto “superficiale” ci si è dimenticati che negli ultimi anni i fondi per la sanità sono stati notevolmente decurtati per esigenze di bilancio imposte dai Patti di stabilità fra lo Stato e le Regioni conseguenti alla politica di austerità dell’Unione Europea.

Tutto ciò ha comportato un sostanziale ridimensionamento della sanità pubblica nei confronti della sanità privata e soprattutto una valorizzazione della grande struttura ospedaliera tralasciando l’assistenza socio-sanitaria territoriale.

I maggiori critici dell’attuale organizzazione sanitaria spesso hanno trascurato che gli interventi in tema di pandemia rientrano nella competenza esclusiva dello Stato trattandosi di profilassi internazionale ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera q, della Costituzione. Allo Stato spetta di impostare gli interventi ed alle Regioni di attuarli in uno spirito di collaborazione (in ordine di tempo l’ultimo esempio dovrebbe essere il piano di vaccinazione nazionale ripetutamente aggiornato, il coordinamento costante previsto dal Decreto attuativo del Ministro della Salute del 2 Gennaio 2021 ed i piani vaccinali delle singole Regioni).

Un esame attento ha permesso al Ministro Boccia di sostenere che da un confronto continuo con gli altri Paesi europei (Francia, Spagna, Germania, Inghilterra etc.) il nostro modello sanitario (peraltro esempio unico al mondo gratuito per tutti) ha retto in questa gravissima situazione pandemica³⁹.

D’altronde non si può trascurare che il nostro regionalismo ci impedisca di considerarci uno Stato federale (es: Stati Uniti, Germania etc.) né tantomeno uno Stato centralista (es: Francia).

In questa emergenza sanitaria, comunque, la nostra struttura statale nelle sue diverse articolazioni pare che non abbia demeritato in rapporto agli altri Stati europei, pur tenendo conto dell’elevato numero di morti e di soggetti contagiati.

Tutto ciò non significa che dall’attuale esperienza non debbano discendere alcune profonde modifiche istituzionali:

- Lo Stato, come insegna tutta l’esperienza del coronavirus, ai sensi della Costituzione (ad esempio fra l’altro con gli articoli 5, 117, 119, commi 3 e 5 ma secondo tutto il Titolo V) ha il compito “impellente” di predisporre le norme statali di principio in diversi settori in cui è prevista la competenza legislativa regionale.
- Nei settori della sanità, dell’assistenza sociale, dell’istruzione ad esempio è espressamente indicato dall’articolo 117, secondo comma, lettera m, della Costituzione che stabilisce la competenza esclusiva dello Stato nella “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”.
- Al Parlamento rimane il compito di determinare i Lep in base ai fabbisogni standard ed ai costi standard, come peraltro prescrive la legge n. 42/2009 in tema di federalismo fiscale;

³⁸ D. MARINO-M. PRIOLO, *Prime riflessioni sulla Governance della sanità in Italia dopo la riforma del Titolo V, conflitti costituzionali e divari regionali*, in *economiaepolitica*, 2021.

³⁹ Commissione parlamentare per le questioni regionali- Mercoledì 18 Novembre 2020 - audizione del Ministro per gli affari regionali e le autonomie- Francesco Boccia:www.camera.it

è fondamentale pure un adeguamento dei livelli essenziali di assistenza (Lea). Il disegno di legge Boccia tenta anche di indicare tempi e modalità per la determinazione dei Lep e dei Lea anche perché ancora questi strumenti fondamentali non sono stati predisposti per le “resistenze” delle strutture ministeriali competenti.

- Soltanto approvando tali meccanismi essenziali si potrà successivamente procedere alla concessione dell’Autonomia differenziata, ai sensi dell’articolo 116, terzo comma della Costituzione, stabilendo i costi per le diverse realtà regionali, garantendo diritti universali a tutti e superando le attuali diseguaglianze.
- Lo Stato dovrebbe tracciare le linee guida anche per i diversi settori economici (esempio ambiente, turismo etc.) entro cui le Regioni potrebbero sviluppare le normative e le politiche regionali. In tal senso rappresenterebbero “una svolta” i prossimi piani nazionali per la realizzazione degli interventi del Recovery Plan.
- La gestione delle politiche pubbliche nei diversi settori economici spetterebbe alle Regioni insieme allo Stato ed all’Unione Europea, secondo peraltro le indicazioni normative della Comunità economica europea. Tali prospettive hanno trovato notevoli resistenze all’interno delle amministrazioni statali italiane; quest’ultime hanno realizzato continui “tentativi di ritagliarsi nella legislazione e nell’azione amministrativa competenze ai danni delle Regioni, generando diffidenze, contrasti, scaricamenti di responsabilità e talvolta contenziosi presso la Corte Costituzionale”⁴⁰.
- La pandemia ha, comunque, certamente aperto delle riflessioni e delle valutazioni sulle materie che possono essere “devolute” alle Regioni con particolare riferimento ai temi connessi ai livelli essenziali delle prestazioni (sanità, organizzazione della scuola, trasporto pubblico locale ed assistenza).
- Non appare opportuno procedere a modifiche radicali della potestà legislativa concorrente (articolo 117, terzo comma, Costituzione). Attenendosi alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, bisognerebbe riportare soltanto alcune competenze nell’ambito della potestà statale (es: grandi reti di trasporto e di comunicazione; porti ed aeroporti civili; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia, ordinamento della comunicazione etc).
- Rimane comunque essenziale sviluppare l’attività di tutti gli organismi di collaborazione e di confronto fra Stato, Regioni ed enti locali come il sistema delle Conferenze. In quelle sedi, come si è potuto constatare nel corso della pandemia, si confrontano le proposte e si individuano soluzioni condivise dalle diverse articolazioni dello Stato nell’interesse dei cittadini.

Anche il Professore Sabino Cassese in recenti interviste o in un suo articolo tende a valorizzare il ruolo delle Regioni ed in particolare della Conferenza Stato-Regioni, ridimensionando anche prospettive conflittuali fra lo Stato e le Regioni espresse in precedenti scritti⁴¹.

⁴⁰ Sia permesso rinviare a G. MAZZOLA, *op.cit.*, in *Nomos*, 2020.

⁴¹ S. CASSESE, in *Corriere della Sera*, 17 Gennaio 2021; 27 Febbraio 2021; e in *Corriere del Mezzogiorno*, 5 Marzo 2021.

Ultimamente il Professor Cassese sul *Corriere della Sera*⁴², pur auspicando profonde modifiche del sistema sanitario italiano, sembra riconoscere che il buon funzionamento delle istituzioni non dipende dalla struttura accentrata o decentrata dello Stato; il regionalismo ed il riconoscimento delle Autonomie non possono significare costituzione di repubbliche indipendenti ma al contrario, in presenza di una situazione drammatica come quella della pandemia da Covid 19, debbono portare le diverse istituzioni dello Stato sia centrali che territoriali a cooperare anziché alimentare inutili “orgogli regionali”.

ABSTRACT

L'articolo si occupa dei rapporti fra lo Stato italiano e le Regioni anche durante l'attuale fase della pandemia da Covid 19: si intenderebbero confutare determinate tesi che hanno “drammatizzato” lo stato delle relazioni fra Governo nazionale ed esecutivi regionali. Il testo inizia dalle informazioni sullo stato dei lavori del disegno di legge quadro e delle diverse iniziative regionali in tema di Autonomia differenziata. Successivamente si cerca un esame “sereno” delle relazioni intercorse fra Stato e Regioni durante la grave crisi sanitaria in corso: se ne indicano le criticità ma anche i positivi sviluppi. Si auspica che sempre più si dia attuazione al principio costituzionale della “leale collaborazione” affinché il riconoscimento delle Autonomie non porti alla costituzione di repubbliche indipendenti ma alla piena collaborazione tra istituzioni centrali e territoriali dello Stato.

This article deals with the relationships between the Italian State and its Regions even during the current phase of the Covid 19 pandemic: author's intention is to refute certain theses that have "dramatized" the state of relations between the national government and regional executives. The text begins with information on development of the framework bill and the various regional initiatives on the subject of differentiated autonomy. Subsequently, the article examines the relations between the State and the Regions during the current serious health crisis of which are highlighted both critical issues and the positive developments. The hope is that the constitutional principle of “loyal collaboration” will be increasingly implemented so that the recognition of the Autonomies will not lead to the constitution of independent republics but to full collaboration between central and territorial institutions of the State.

⁴² Id., in *Corriere della Sera*, 16 Marzo 2021; e 24 Marzo 2021.

Remo Trezza*

La revocabilità per *facta concludentia* del consenso all'anonimato e il diritto a conoscere le proprie origini "in espansione" (nota a Cass. Civ., sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824)**

SOMMARIO: 1. Profili ricostruttivo-fattuali, il normo-sistema del diritto all'anonimato della madre e il filone giurisprudenzial-costituzionale. – 2. Lo *status filiationis* quale limite "parziale" al diritto all'anonimato e la revoca del consenso per comportamenti concludenti. – 2.1. Morte della madre ed "espansione totale" del diritto a conoscere le proprie origini quale diritto correlato all'identità biologico-personale del figlio. – 2.2. Profili probatori dell'azione di accertamento della maternità nell'intersezione con il diritto all'anonimato. – 3. Brevi conclusioni.

1. Profili ricostruttivo-fattuali, il normo-sistema del diritto all'anonimato della madre e il filone giurisprudenzial-costituzionale.

La questione fattuale dalla quale dipende l'intera vicenda può essere tracciata, brevemente, nei termini seguenti. Con sentenza di rigetto, la Corte di merito di secondo grado ha respinto l'appello proposto da (...) confermando così la sentenza del Tribunale di primo grado con cui si era accertato, in via giudiziale, il rapporto di filiazione tra (...) e il proprio figlio. Vertendo la questione in materia di accertamento dello *status filiationis*¹, la pronuncia del Tribunale di primo grado è stata confermata dalla Corte di Appello, la quale ha condiviso l'impostazione

* Dottorando di ricerca presso l'università di Salerno.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Sul punto, si veda E. FAZIO, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, in *Jus Civile*, n. 1/2018, pp. 31-41, il quale, in maniera assolutamente condivisibile, sottolinea che si ritiene che un rapporto sia idoneo a realizzare una dimensione di vita familiare nella concretezza storica del suo svolgimento, solo se connotato da reciproco riconoscimento e accettazione della necessaria compresenza dell'altro quale referente di un legame generativo, che si fonda sulla spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità. Di conseguenza il riconoscimento da parte dell'ordine giuridico della dignità di rapporto familiare può riguardare anche nel caso dell'esperienza generativa solo ed esclusivamente un rapporto così strutturato, sicché qualunque relazione generativa deve esprimersi nella condivisa attuazione da parte dei membri della stessa di un impegno reciproco di cure, affetti e solidarietà per il soddisfacimento di interessi comuni e individuali. Inoltre, si veda G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*. (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272), in *Forum costituzionale* (www.forumcostituzionale.it), 15 febbraio 2018, pp. 1-14, consultabile online. L'A. afferma che "Se, dunque, la coscienza sociale, così come "obiettivizzata" nelle trasformazioni dell'ordinamento, depona nel senso del carattere non assoluto dell'esigenza d'accertare la verità biologica della filiazione a fronte dei bisogni peculiari del minore, il diritto all'identità personale appare ora in tutta la sua complessità, come comprensivo, altresì, dello *status* acquisito nel tempo, diventando il tema principale del giudizio nel caso concreto: nessun automatismo può essere imposto per via legislativa stante la necessità di una valutazione ponderata degli interessi in gioco". Vedi, ancora, seppur in tema di fecondazione omologa *post-mortem*, R. TREZZA, *Fecondazione post mortem: sopravvivenza del consenso del coniuge espresso in vita, rettificazione dell'atto dello stato civile e attribuzione del cognome paterno*, in *Giustizia insieme*, 12 settembre 2019, consultabile online, pp.

secondo cui le prove raccolte avessero integrato plurimi indizi, gravi, precisi e concordanti confermativi dello *status*².

Il ricorso per cassazione, da cui promana la decisione in commento, si è snodato su due motivi, attraverso i quali la ricorrente ha lamentato che, nel bilanciamento dei contrapposti interessi del figlio di accedere alle informazioni sulle proprie radici e della madre all'anonimato, debba attribuirsi prevalenza al secondo ove la scelta iniziale dell'anonimato non sia stata revocata. Peraltro, nell'ipotesi in cui la madre sia morta e non abbia mai revocato la scelta dell'anonimato, il diritto del figlio di conoscere le generalità della madre non può più essere esercitato, anche perché il legislatore ha fissato in cento anni il termine per l'accesso agli atti³.

Il diritto della madre a mantenere l'anonimato⁴ al momento del parto – nel caso di specie invocato per impedire l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della propria madre pre-morta – trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento in una pluralità di norme che, integrandosi tra loro, ne consentono la tutela nel modo più ampio: l'art. 30, co. 1, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; l'art. 93, co. 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice in materia di dati personali); l'art. 28, co. 7, l. 4 maggio 1983, n. 184; l'allegato del D.M. 16 luglio 2001, n. 349.

Il diritto della madre all'anonimato è stato, tra l'altro, oggetto di un intervento della Consulta⁵ la quale, nel riconoscerne il fondamento costituzionale, ha evidenziato che riposa sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili.

La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale. La Corte Costituzionale, nella sentenza appena citata, ha cercato di conciliare l'esigenza di riservatezza della identità della madre con il diritto del figlio a conoscere le proprie origini⁶,

1-29; E. REGGIANI, *Fecondazione omologa post mortem e status filiationis: un'importante sentenza della Corte di cassazione*, in *Giudice donna*, n. 1/2019, pp. 1-10.

² Si legga l'art. 269, co. 2, c.c. Si veda, in tal senso, V. CORRIERO, *sub art. 269 c.c.*, in *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, a cura di M. Franzoni e R. Polli, Torino, 2018, p. 269. La legge, dunque, non prevede limiti in ordine alle prove della paternità e della maternità. Attualmente, la ricerca di paternità e maternità è più libera, in assenza di qualunque presunzione legale (cfr., in tal senso, A. M. DOGLIOTTI, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015, p. 400).

³ Si rinvia a B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/2014, pp. 709-725. Sul punto, si ricordi la sentenza Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2018, n. 3004, la quale ha accolto il ricorso del figlio di padre ignoto e di madre anonima, che aveva impugnato la decisione della Corte d'Appello di Torino, la quale aveva negato il diritto del figlio di accedere all'identità della madre, rilevando che l'intervenuto decesso di quest'ultima affievolisce certamente le ragioni di protezione di cui all'art. 93, co. 2, del Codice della *privacy* che consente di conoscere l'identità della madre decorsi 100 anni dalla data del parto, precludendo in tal modo il diritto del figlio di conoscere le proprie origini. La Corte ha rilevato che il decesso della madre che ha optato per l'anonimato produce il venir meno di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della stessa, proprio in ragione della revocabilità della scelta.

⁴ Sul diritto all'anonimato, si veda, tra tutti, C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" tra le Corti*, in *Jus Civile*, n. 6/2016, pp. 564-573; L. ZULLO, *Anonimato della partoriente e diritto dell'adottato all'accesso alle informazioni sulla famiglia di origine*, Napoli, 2018.

⁵ Cfr. Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, in www.cortecostituzionale.it.

⁶ Vedi l'art. 8 CEDU per come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 25 settembre 2012, Godelli contra Italia (ricorso n. 33783/09), consultabile in www.giustizia.it. Si consenta rinviare a R. TREZZA, *Diritto all'anonimato e diritto a conoscere le proprie origini biologiche: un approccio "sbilanciatorio-avaloriale" o "bilanciatorio-assiologico"?*, in *Giustizia insieme*, 4 ottobre 2019,

giungendo a dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 28, co. 7, L. n. 184/1983, come sostituito dall'art. 177, co. 2, d.lgs. n. 196/2003, nella parte in cui non prevedeva – attraverso un procedimento⁷, stabilito dalla legge, che assicurasse la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre (che ha dichiarato di non voler essere nominata) su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Tuttavia, una simile statuizione non ha affatto inteso comprimere in alcun modo la pienezza del diritto all'anonimato riconosciuto alla

consultabile *online*, pp. 1-25. Inoltre, si veda M. G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2017, p. 9 ss.; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Rivista AIC*, dicembre 2013, pp. 1-8; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, n. 3/2018, pp. 1-19, ove l'A. afferma che “l'unico limite che incontra il diritto a conoscere le proprie origini consiste nella decisione della madre di partorire in anonimato; la tutela dell'identità biologica retrocede rispetto all'interesse superiore dell'integrità e della salute della madre e del nascituro. (...) Ciò non significa che la donna possa disporre per qualsiasi motivo della relazione con il figlio. La disciplina sull'anonimato materno mira a garantire la salute, l'incolumità della madre e del nascituro e non può essere piegata affinché la donna possa disporre di tale relazione per motivi economici, o altruistici, nell'interesse di terze persone in cerca di genitorialità. La relazione materna è indisponibile e la madre – e lei soltanto – può decidere di riconoscere, o meno, il nato e può decidere di non essere nominata al momento del parto, mentre il figlio, ormai adulto, può chiedere che la madre naturale sia interpellata sull'eventuale volontà di rimuovere il segreto” (p. 4); C. CECCHETTI, *Il diritto a conoscere le proprie origini: il dialogo tra la Corte EDU, la Corte Costituzionale e la Corte Suprema di Cassazione*, in *Giudice donna*, n. 4/2016, pp. 1-25; N. FALBO, *Il diritto alle origini fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Spunti per una comparazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, pp. 1-37, ove l'A., nelle conclusioni, afferma che “sarebbe opportuno il riconoscimento di una valenza predominante al diritto alle origini, che sia in grado di superare la scelta dell'anonimato compiuta dalla madre, pur garantendo alla stessa l'opportuna provvisoria protezione dalle conseguenze sociali e giuridiche del parto. La piena realizzazione del diritto alle origini appare l'unica soluzione consigliabile in considerazione della sua indiscussa natura di diritto fondamentale della persona, riconosciuto come tale dai trattati internazionali sui diritti umani e dalla giurisprudenza dei moderni ordinamenti democratici” (pp. 36-37).

⁷ Si veda, sul punto, Cass. Civ., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, per la quale “in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza delle Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità”. Si veda M. FERRARI, *La rivincita del diritto all'identità personale inteso come diritto alle origini*, in *www.dirittodegliaffari.it*, 17 ottobre 2018, consultabile *online*, pp. 1-15, ove l'A. sottolinea che non pare neppure corretto considerare alla pari, così come succede ora in questa fase da considerarsi intermedia, l'anonimato dei genitori biologici e quello dei fratelli e sorelle dell'adottato. Infatti i genitori hanno la responsabilità di aver generato il figlio e, nei loro confronti, dovrebbe prevalere il *favor veritatis* in caso di istanza del figlio adulto a conoscere le proprie origini per ricostruire la propria identità e soddisfare pienamente il desiderio legittimo, umano e profondo di sapere “chi sono” e “da dove vengo”; assolutamente diverso il rapporto e la relazione con i propri fratelli che non hanno alcuna responsabilità e si potrebbero ritrovare in una situazione uguale e contraria rispetto alla situazione familiare e personale dell'istante, con la percezione dell'anonimato come una sorta di difesa dall'ignoto di cui possono non avere alcuna sete di conoscenza. L'A., inoltre, sottolinea che non debba essere la rigidità del sistema normativo a risolvere ogni conflitto bensì la flessibilità dell'esame del Tribunale per i minorenni che, con la saggezza dell'esperienza e l'equilibrio della terzietà e della estraneità ai rapporti parentali coinvolti, può adottare la soluzione più adeguata al caso concreto. Pertanto pare improcrastinabile l'obbligo del legislatore di fissare una procedura uniforme d'interpello per ascoltare tutti i soggetti potenzialmente coinvolti, ma deve restare in capo all'autorità giudiziaria la decisione finale; provenendo da un soggetto terzo e superiore tale presa di posizione potrà essere maggiormente condivisa, ovvero, se non condivisa almeno accettata e non avversata. Non è possibile perciò imporre in modo assoluto la seconda scelta della madre volta a reiterare il segreto al figlio istante e bisognoso di conoscenza; diversa sarà l'imposizione dello stesso risultato se proveniente da un'Autorità che abbia analizzato, senza filtri di segretezza, l'intera vicenda da tutte le possibili prospettive. Più di recente, si veda C. VALENTE, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: brevi note su due esperienze giuridiche a confronto*, in *www.familia.it*, 16 luglio 2020, consultabile *online*, laddove si legge che, allo stato attuale, il nostro ordinamento giuridico è caratterizzato da una propensione legislativa alla tutela dell'anonimato, anche giustificata dalla esigenza di scoraggiare l'interruzione della gravidanza e dalla necessità di garantire alla madre (e al nascituro) un parto in sicurezza, che ha trovato una misura di “contenimento” nella possibilità, riconosciuta a livello giurisprudenziale, di verificare l'attualità della scelta di anonimato; non si può che auspicare, dunque, un intervento chiarificatore del legislatore.

madre. È stata, infatti, da un lato, contemplata la possibilità di revoca di tale scelta solo se ciò corrisponde alla reale volontà della stessa genitrice e, dall'altro, è stato correttamente rilevato che la previsione della "irreversibilità" della scelta può non corrispondere affatto all'effettivo interesse della stessa madre, venendosi sostanzialmente ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione, "trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio".

2. Lo status filiationis quale limite "parziale" al diritto all'anonimato e la revoca del consenso per comportamenti concludenti.

Nell'esame degli interessi che vengono in considerazione nel caso *de quo*, la Corte ha considerato di "non secondario rilievo" il diritto all'accertamento dello *status filiationis*.

Già la Cassazione sul punto ha statuito⁸ che "il diritto del figlio ad uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto

⁸ Si vedano, in tal senso, Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2016, n. 24292, ove la Suprema Corte, pronunciandosi sul ricorso promosso da un padre biologico avverso la sentenza con cui la Corte d'appello di Torino aveva accolto la domanda della figlia di veder dichiarata la sua paternità, nonostante fossero decorsi oltre 40 anni dal momento in cui la stessa era venuta a conoscenza della vera identità del padre, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c. proposta dal padre. Nella specie, il ricorrente si lamentava della costituzionalità della mancata previsione di un termine prescrizione nell'art. 270 c.c. con conseguente effetto, qualora la domanda di dichiarazione giudiziale di paternità sia proposta con notevole ritardo, di sacrificare il diritto del presunto padre alla stabilità dei rapporti familiari maturati nel corso del tempo e di imporgli a distanza di molto tempo un accertamento coattivo del rapporto di filiazione che l'interessata avrebbe potuto richiedere decenni prima". Ad avviso della Suprema Corte, tuttavia, la questione è stata considerata manifestamente infondata, in quanto la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse della persona che si traduce nella esigenza di garantire ad essa il diritto alla propria identità e, segnatamente, alla affermazione di un rapporto di filiazione veridico" (cfr. Corte cost., 9 gennaio 2012, n. 7 e Corte cost., 21 novembre 2011, n. 322, in www.cortecostituzionale.it). A ciò consegue che l'incertezza sullo stato filiale può determinare una condizione di disagio ed un vulnus allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita; il diritto del figlio ad uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi (sul punto, vedi Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2015, n. 11887) e attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) intesi nella dimensione individuale e relazionale; ad ogni modo, non si potrebbe comunque introdurre giudizialmente un termine prescrizione o decadenziale per la dichiarazione di paternità poiché esclusivamente il legislatore potrebbe stabilire la durata del termine da sostituire all'imprescrittibilità (vedi, in tal senso, con riguardo all'articolo 263 c.c., Corte cost., 9 gennaio 2012, n. 7, in www.cortecostituzionale.it); ciò, anche a prescindere dalle notevoli difficoltà pratiche che presenterebbe ad ogni modo l'individuazione di un razionale *dies a quo*. Tale pronuncia è stata confermata da Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2015, n. 11887, la quale ha ritenuto che la condizione personale del figlio e quella dei suoi discendenti sono ontologicamente diverse e non comparabili: il diritto del figlio ad uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce uno dei componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età ma in tutto il suo svolgersi; la sfera all'interno della quale si colloca il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente a verità attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona, intesi nella dimensione individuale e relazionale, in quanto la costruzione dell'identità personale non si esaurisce in esso ma ne è fortemente incisa, come rivela la sempre maggiore attenzione delle Corti (Corte Cost., 18 novembre 2013, n. 278, in www.cortecostituzionale.it, che ha introdotto un temperamento all'assolutezza del diritto all'anonimato materno stabilito nell'art. 28, co. 7, l. n. 184 del 1983) alle istanze rivolte all'accesso sulle proprie origini e del Parlamento; la maggiore attenzione a questa specifica dimensione del diritto all'identità personale può cogliersi anche nella recente riforma della filiazione, che ha esteso il regime d'imprescrittibilità al disconoscimento di paternità, proprio in virtù della incompatibilità di qualsiasi limitazione temporale all'esercizio del diritto da parte del figlio. Inoltre, si veda Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2017, n. 4020, ove "nel caso di specie era stato accertato come la conoscenza della verità non avrebbe determinato alcun rischio di pregiudizio per il minore (come invece asserito dal ricorrente), tenuto conto che non era affatto posta in discussione l'importanza della relazione genitoriale con il padre legale; così come non era possibile compiere alcuna valutazione negativa circa il padre biologico, il quale, tra l'altro, aveva mostrato un serio interesse nei confronti del figlio".

all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi". L'incertezza su tale *status* può determinare una condizione di disagio ed un *vulnus* allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita. La sfera all'interno della quale si colloca il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente a verità attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona intesi nella dimensione individuale e relazionale⁹.

Nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto si pone comunque in posizione preminente. Quest'ultimo diritto, infatti, è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l'anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un'azione di accertamento giudiziale della maternità¹⁰.

Dunque, in tale prospettiva e per garantire ampia tutela alla donna che compie tale difficile scelta, il diritto all'anonimato non può essere in alcun modo sacrificato o compresso per tutta la durata della vita della madre. Tale regola può essere, al limite, derogata solo quando sia stata proprio la madre con la "propria inequivocabile condotta", ad aver manifestato la volontà di revocare nei fatti la scelta, a suo tempo presa, di rinuncia alla genitorialità giuridica, accogliendo nella propria casa il bambino come un figlio. Tuttavia, al di fuori del caso limite sopra enunciato, ha ricordato la Corte, la tutela del diritto all'anonimato della madre, per tutta la durata della vita della stessa, deve essere "massima".

Bisogna ancora considerare che il procedimento *ab origine*, preso in esame nel caso di specie, è stato avviato solo ed esclusivamente per l'accertamento dello *status filiationis*. Si sono, poi, innestate "ulteriori e delicate" questioni, quali, fra tutte, il bilanciamento del diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio di accedere alle informazioni sulle proprie origini¹¹, la possibilità di una rinuncia del diritto all'anonimato o di revoca della scelta a non essere nominata, le forme

⁹ Con tali articolate e condivisibili argomentazioni, la Suprema Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c. sollevata in quel giudizio dalla parte ricorrente, che aveva lamentato che la previsione di imprescrittibilità dell'azione di accertamento giudiziale della paternità o maternità, escluderebbe qualsiasi possibilità di valutazione da parte del giudice della domanda di dichiarazione giudiziale nei casi in cui l'azione sia proposta con notevole ritardo (in quella fattispecie circa quaranta anni), con l'effetto di sacrificare il diritto del presunto padre alla stabilità dei rapporti familiari maturati nel corso del tempo, imponendogli a distanza di molto tempo un accertamento coattivo del rapporto di filiazione che l'interessato avrebbe potuto richiedere prima. In realtà, proprio la previsione della imprescrittibilità dell'azione di accertamento giudiziale sia della maternità che della paternità – unitamente a quella che la prova può essere data con ogni mezzo, a norma dell'art. 269, co. 2, c.c. – dimostra come il legislatore abbia inteso assicurare una piena tutela a tale diritto, riconoscendo l'interesse all'accertamento dello *status* di filiazione corrispondente alla verità biologica, in quanto componente essenziale del diritto all'identità personale, in ogni momento della vita di una persona e quindi anche in età adulta.

¹⁰ È interessante soffermarsi sull'unica *dissenting opinion* del giudice Sajò, nel caso Godelli contro Italia, il quale, non essendo concorde con gli altri giudici, ha argomentato il proprio parere a favore del rigetto del ricorso. Il giudice in parola, attraverso una disquisizione fondata sul percorso normativo italiano in tema di anonimato, è giunto alla conclusione che la protezione dell'anonimato è una misura che concorre al diritto alla vita del bambino: nel caso di specie, la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell'anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta, la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la salute e per quella di sua madre. L'anonimato è legato all'obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, che è la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione. Vedi, sul punto, R. TREZZA, *Diritto all'anonimato*, cit., p. 8.

¹¹ Sul punto, si rinvia nuovamente a M. G. STANZIONE, *Identità del figlio*, cit., p. 9 ss.

di tale rinuncia e l'eventuale possibilità di una revoca per *facta concludentia*, la prova in giudizio di questa revoca, l'incidenza dell'evento morte del titolare del diritto all'anonimato sulla rinuncia a tale diritto e sul diritto del figlio all'informazione.

In merito alla prima questione, si sente la necessità di ribadire che il “diritto all'anonimato” non dovrebbe essere considerato alla stregua di un diritto assoluto, ma “funzionale” all'esplicazione di altre situazioni giuridiche soggettive essenziali¹² e, dunque, “rapportato al caso concreto”. In tale ottica, dunque, così come avallato anche da attenta giurisprudenza¹³, il diritto all'anonimato si affievolirebbe davanti ad altre esigenze “contro-bilanciatricie” oppure dovrebbe estinguersi in alcune circostanze. In questa direzione sembra andare una proposta di legge depositata in Parlamento¹⁴.

Sulla seconda questione, invece, bisogna fare chiarezza. La rinuncia ad esercitare il diritto all'anonimato è cosa ben diversa rispetto alla revoca del diritto medesimo. Rispetto al primo problema, va detto che la partoriente, nella sua piena autodeterminazione, può “rinunciare” *ex ante*, *ab origine*, al diritto di non essere nominata. La rinuncia è istituto che si dovrebbe innestare, in chiave temporale, prima della revoca. Quest'ultima, invece, può essere esercitata *in fieri*, ovvero durante l'esercizio pieno del diritto all'anonimato che non si è rinunciato *ab initio*. Ciò deve far riflettere sulla probabilità che una revoca “tacita” possa essere rilevante, ovvero meritevole di accoglimento, come suggerisce la sentenza in esame, al fine di far cadere/estinguere il diritto all'anonimato, seppur non rinunciato.

Sulle questioni più propriamente processuali, ovvero basate sul regime probatorio, si dirà nel prosieguo della trattazione.

2.1 Morte della madre ed “espansione totale” del diritto a conoscere le proprie origini quale diritto correlato all'identità biologico-personale del figlio.

Non si può pervenire alla stessa soluzione, invece, con riferimento al periodo successivo alla morte della madre, in relazione al quale il diritto all'anonimato in oggetto è suscettibile di essere compresso, o indebolito, in considerazione della necessità di fornire piena tutela al diritto all'accertamento dello *status* di filiazione.

¹² Sul punto, si rinvia a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. 3, Situazioni soggettive, Napoli, 2020, p. 1 ss.

¹³ Tra le ultime pronunce di legittimità vi è proprio la sentenza in esame che disquisisce proprio di “affievolimento” del diritto all'anonimato rispetto all’ “espansione” del diritto a conoscere le proprie origini biologiche. Ciò a conferma della “funzionalizzazione” degli istituti a tutela della persona.

¹⁴ Di seguito, si riporta uno stralcio del contenuto del provvedimento approvato dalla Camera (A.S. 1978). Il provvedimento modifica il codice della *privacy* con riguardo al certificato di assistenza al parto, le cui disposizioni sono coordinate con quelle introdotte dalla riforma (in particolare, quella che prevede la necessità del decorso di 100 anni per poter accedere alla documentazione contenente i dati identificativi della madre). Il vincolo dei 100 anni viene meno in caso di revoca dell'anonimato, di decesso della madre o di autorizzazione del tribunale all'accesso alle sole informazioni di carattere sanitario. In tal senso, però, bisogna chiedersi se la revoca addotta come causa di esclusione/estinzione del diritto all'anonimato debba essere intesa solo nella sua “espressività” o anche, come sembra palesarsi nel caso in esame, anche nella sua manifestazione tacita. Da qui, da ciò che si evince, è fondamentale partire per addivenire alla possibilità, instradata dalla pronuncia in commento, di estinzione del diritto all'anonimato per la sua revoca “tacita”, ovvero fondata su comportamenti che ne abbiano fatto presumere la revocabilità.

È pur vero che la Suprema Corte ha affermato che si debbano rispettare dei limiti in tal senso¹⁵, tuttavia, non vi è dubbio che, in relazione a quanto sopra illustrato con riferimento all'ampiezza del diritto all'accertamento dello *status* di figlio naturale, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete per il periodo successivo alla morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti degli eredi e discendenti della donna che ha optato per l'anonimato "non può che essere recessiva" rispetto a quella del figlio che rivendica il proprio *status*.

In conclusione, venendo meno, per effetto della morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione¹⁶, ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello *status* di figlio naturale, *ex art. 269 c.c.*¹⁷.

Nel caso di specie, dunque, l'azione di accertamento giudiziale della maternità proposta dopo il decesso della madre è pienamente ammissibile per due ordini di ragioni: è stata proposta dopo che il diritto della madre premorta a mantenere l'anonimato si fosse indebolito; in ogni caso, è stata proposta per ottenere l'accertamento della maternità nei confronti di una donna che avesse "dimostrato nei fatti" di aver superato essa stessa l'originaria scelta dell'anonimato, trattando il controricorrente come uno dei suoi figli. In tal senso, infatti, pare che la Corte abbia voluto attribuire rilevanza ai comportamenti tenuti dalla madre, ancora in vita, attraverso i quali sarebbe rinvenibile la volontà di revocare (revocabilità per *facta concludentia*) il consenso all'anonimato originariamente prestato.

Ripercorrendo quanto già detto nei due paragrafi precedenti, ovvero la distinzione tra "rinuncia" e "revoca" del diritto all'anonimato, è d'uopo, in tale occasione, soffermarsi su quali possano essere le eventuali forme da seguire per esplicitare il diritto, di cui è titolare anche la partoriente, come già ampiamente detto in precedenza, di "rinuncia". Avendo osservato che la "rinuncia" dovrebbe essere esercitata anzitempo rispetto ad una probabile "revoca", questa andrebbe esercitata nelle stesse forme nelle quali se ne esplica l'esercizio. In giudizio sarà molto più semplice provare la rinuncia che la revoca, la quale, come ammesso dalla sentenza in esame, potrà essere provata anche mediante "indici presuntivi" e relativi "nessi inferenziali". Non si dimentichi che la sentenza in commento ha proprio focalizzato l'attenzione sui precisi, gravi, concomitanti e plurimi indizi su cui fondare la revocabilità tacita del consenso all'anonimato. Infine, concordando con la pronuncia in esame, l'evento morte del titolare del diritto

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, la quale ha espressamente affermato che ogni profilo di tutela dell'anonimato non si esaurisce con la morte della madre, non dovendosi escludere la protezione dell'identità "sociale" costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato (e proprio in relazione a tale esigenza è stato statuito che il trattamento delle informazioni relative alle origini del figlio deve essere circondato da analoghe cautele e in modo corretto e lecito, senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primari rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati, come discendenti e/o familiari).

¹⁶ Come affermato da Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024 e Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838.

¹⁷ Tale soluzione si impone anche per una lettura costituzionalmente orientata della norma sopra citata – alla luce degli artt. 2 e 30 Cost., ma anche 24 Cost. – oltre che internazionalmente orientata (art. 117 Cost.). In proposito, l'art. 8 CEDU, nella lettura datane dalla Corte EDU Cfr. , in tale ottica, Corte EDU, 22 settembre 2012, Godelli c. Italia (ricorso n. 33783/09) e Corte EDU, 13 febbraio 2003, Odievre c. Francia (ricorso n. 42326/98), in www.giustizia.it. La Corte di Strasburgo, infatti, tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, non contentandosi di ordinare allo Stato di astenersi da simili ingerenze, ma aggiungendovi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata; tra questi non può non rientrare il diritto a proporre le azioni che lo stesso ordinamento nazionale offre per il riconoscimento dello *status* di figlio naturale di una persona.

all'anonimato sulla rinuncia rende “recessivo” e, dunque, “indebolito”, il medesimo diritto, in considerazione della necessità di fornire piena tutela al diritto all'accertamento dello *status* di filiazione, che pure rientra nella piena tutela *ex artt.* 2, 32 Cost. e 8 CEDU.

2.2 Profili probatori dell'azione di accertamento della maternità nell'intersezione con il diritto all'anonimato.

La ricorrente, inoltre, nel caso di specie, ha anche lamentato che i giudici del merito non avessero accertato lo stato di gravidanza di colei che si è sostenuto essere stata madre nei mesi precedenti alla nascita del figlio.

Una simile questione, già nota alla Suprema Corte, ha fatto sì che si rimarcasse il principio per il quale, in tema di mezzi probatori per accertare la paternità naturale, l'art. 269 c.c. ammette anche il ricorso ad indici presuntivi¹⁸ che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'*id quod plerumque accidit*, risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della paternità. In tal senso, dunque, risultano utilizzabili, raccordando tra loro le relative circostanze indiziarie, sia l'accertato comportamento del preteso genitore che ha trattato come figlio la persona a cui favore si chiede la paternità (*tractatus*) sia la manifestazione esterna di tale rapporto nelle relazioni sociali (*fama*) sia infine le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di parenti stretti del preteso genitore¹⁹.

¹⁸ Si rinvia nuovamente a V. CORRIERO, *sub art. 269 c.c.*, cit., p. 269. La prova, in tal caso, infatti, può essere indiretta e fondarsi su elementi presuntivi, che, valutati sulla base del canone dell'*id quod plerumque accidit*, risultino idonei, per attendibilità e concludenza, a fornire la dimostrazione della paternità. Per Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 1279, tra le varie circostanze indiziarie, vi è il c.d. “*tractatus*”, comportamento del preteso genitore che abbia trattato come figlio la persona a cui favore si chiede la dichiarazione di paternità, la c.d. “*fama*”, ossia la manifestazione esterna di tale rapporto nelle relazioni sociali, le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti del preteso genitore. Si veda anche Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2005, n. 12166, sulla indicazione di alcuni dati presuntivi di rilievo. Per contro ai fini della prova della paternità o della maternità, non assume carattere di infedeltà la dimostrazione dell'esistenza di rapporti sessuali fra la madre e il preteso padre durante il periodo del concepimento (Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2014, n. 1279 e Cass. civ., sez. I, 5 agosto 1977, n. 7193). In base al co. 4 dell'art. 269 c.c., la sola dichiarazione della madre non può costituire prova della paternità, ma, al pari della dimostrazione dell'esistenza di rapporti sessuali tra la madre e il preteso padre durante il periodo del concepimento, questi ultimi possono essere determinanti, se suffragati da altre circostanze, ancorché aventi valore meramente presuntivo (Cass. civ., sez. I, 19 ottobre 2006, n. 22490 e Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2006, n. 18224). Tra i vari elementi indiziari, il pretestuoso ed immotivato rifiuto di sottoporsi ad indagini ematologiche costituisce un comportamento valutabile dal giudice, *ex art.* 116, co. 2, c.p.c., di così elevato valore indiziaro da poter da solo consentire la dimostrazione della fondatezza della domanda (Cass. civ., sez. I, 29 novembre 2016, n. 24292 e Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1998, n. 2944). Sono stati valutati dalla giurisprudenza come elementi di prova, su cui il giudice ha potuto fondare il proprio convincimento sull'esistenza del rapporto di filiazione (Cass. civ., sez. I, 19 maggio 1988, n. 5333), alcune ipotesi tassativamente previste dal codice civile per esperire l'azione, come la convivenza dei presunti genitori all'epoca del concepimento, una paternità risultante da sentenza civile o penale (Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1988, n. 2944), l'esistenza di una inequivoca dichiarazione scritta del presunto padre (Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2005, n. 12166), il riconoscimento contenuto in un testamento (ancorché inidoneo a costituire lo status di figlio naturale, per inefficacia derivante dalla circostanza che il testatore era ancora in vita: Cass. civ., sez. I, 30 maggio 1989, n. 2646).

¹⁹ Si aggiunga che la giurisprudenza ha ripreso tali criteri, ribattezzandoli “indici presuntivi”, dall'art. 237 c.c., in tema di prove della filiazione legittima e specificamente al comma 2, seppur per provare il fatto costitutivo del possesso di stato il legislatore, in questa specifica ipotesi, espressamente ne prevede una “doverosa concorrenza” e non una “mera alternatività”, come ha inteso, invece, la Suprema Corte per il caso *de quo*.

Il principio della libertà della prova *ex art.* 269 c.c. non tollera surrette limitazioni, né mediante la fissazione di una sorta di gerarchia assiologica tra i mezzi di prova idonei a dimostrare la paternità o la maternità naturale, né conseguentemente mediante l'imposizione al giudice di merito di una sorta di ordine cronologico nella loro ammissione ed assunzione a seconda del tipo di prova dedotta avendo, per converso, tutti i mezzi di prova in materia pari valore per espressa previsione di legge²⁰.

3. *Brevi conclusioni.*

La Suprema Corte, attraverso una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente²¹ orientata, è pervenuta ad una decisione che ben ha bilanciato il diritto all'anonimato, spiegandone le ragioni e le funzioni sottese, con il diritto alla conoscenza delle origini biologiche, deducendo che in un primo caso il diritto sia "preminente" rispetto all'altro (quando la madre non sia ancora deceduta) e nel secondo caso, invece, sia "recessivo" (quando la madre sia deceduta).

La "preminenza" e la "recessività" fanno intendere che la Corte abbia ben temperato, in una maniera quanto più conforme ai principi costituzionali, gli interessi in gioco. È necessario ribadire che la procedimentalizzazione legale che consente l'interpello²², ovvero il diritto alla

²⁰ Cfr., sul punto, Cass. civ., sez. I, 24 luglio 2012, n. 12971 e Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3479.

²¹ Si rimanda, sul punto, ad alcune rilevanti pronunce della Corte EDU, la quale ha più volte sostenuto come le procedure aventi ad oggetto l'accertamento della paternità ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr. sent. Rasmussen c. Danimarca, 28 novembre 1984, serie A n. 87, p. 13, § 33, e Keegan c. Irlanda, 26 maggio 1994, serie A n. 290, p. 18, § 45). Il diritto vantato da chi chiede di avere accesso ai dati che permettono la conoscenza delle proprie origini rientra nell'ambito della nozione di «rispetto» della «vita privata e familiare» contenuta nell'articolo 8 cit. (sent. del 13 febbraio 2003, Odièvre c. France, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-III). Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo rinviene nella lettera dell'art. 8 CEDU una varietà di valori, spesso posti tra loro anche in una situazione di possibile conflitto, che si estrinsecano tutti intorno ai concetti chiave di "vita privata" e "vita familiare". In dottrina, invece, si rinvia a D. PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo (con alcuni spunti per una rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'interruzione volontaria della gravidanza)*, in *Rivista di biodiritto*, 1-19, consultabile online.

²² In merito alla procedimentalizzazione dell'interpello, si possono precisare due protocolli, ritenuti idonei dalla Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946). Il primo di essi può essere così sintetizzato. Il Tribunale per i minorenni, una volta ricevuto il ricorso del figlio, forma il relativo fascicolo, secretato sino alla conclusione del procedimento e anche oltre; alla luce della visione del fascicolo della vicenda che portò all'adozione, incarica la polizia giudiziaria di acquisire, presso l'ospedale di nascita, notizie utili alla individuazione della madre del ricorrente; ove la madre risulti in vita, incarica il servizio sociale del luogo di residenza di questa (per via consolare, in caso di residenza all'estero) di recapitare, esclusivamente a mani proprie dell'interessata, una lettera di convocazione per comunicazioni orali, indicando diverse date possibili nelle quali le comunicazioni verranno effettuate, presso la sede del servizio o, ove preferito, al domicilio di quest'ultima. Ove la madre biologica, in sede di notificazione, chieda il motivo della convocazione, l'operatore del servizio sociale dovrà rispondere "non ne sono a conoscenza", osservando in ogni caso il più stretto segreto d'ufficio; il servizio notificante informa il giudice delle condizioni psico-fisiche della persona, in modo da consentire le cautele imposte dalla fattispecie; il colloquio avviene nel giorno e nel luogo scelto dall'interessata, tra quest'ultima – da sola, senza eventuali accompagnatori – e il giudice onorario minorile delegato dal giudice togato. A questo punto, secondo le direzioni pratiche, l'interessata viene messa al corrente dal giudice che il figlio che mise alla luce quel certo giorno ha espresso il desiderio di accedere ai propri dati di origine, e viene informata che ella può o meno disvelare la sua identità e può anche richiedere un termine di riflessione. Se la donna non dà il suo consenso al disvelamento, il giudice ne dà semplice riferimento scritto al Tribunale, senza formare alcun verbale e senza comunicare il nome del richiedente; se invece la persona dà il suo consenso, il giudice redige verbale, facendolo sottoscrivere alla persona interessata, solo allora rivelando a quest'ultima il nome del ricorrente. Un altro protocollo potrebbe essere il seguente. Il Tribunale per i minorenni provvede alla convocazione del rappresentante dell'Ufficio provinciale della pubblica tutela, che consegna la busta chiusa contenente il nominativo della madre: il rappresentante dell'Ufficio della pubblica tutela viene fatto uscire dalla stanza; il giudice apre la busta e annota i dati della madre, inserendoli in altra busta, che chiude e sigilla, redigendo un verbale dell'operazione; la prima busta viene nuovamente sigillata e, siglata dal giudice con annotazione dell'operazione

revoca del consenso all'anonimato che va garantito anche *in extremis*²³, tende a tutelare una sorta di “*ius poenitendi*” traslato, però, nel campo dei diritti della persona. La madre deve sempre poter avere il diritto di riconoscere il figlio, esattamente come il figlio deve poter avere sempre il diritto di conoscere le sue origini, esplicazione autentica dell'identità biologico-personale, quando la madre sarà morta, pur nei limiti previsti (reputazione dei terzi, degli eredi, etc...)²⁴. In tal caso, però, sovvertendo quanto ha previsto la Suprema Corte nella dinamica delle limitazioni appena esposte, bisogna dire che l'identità personale sia “preminente” rispetto a quelle che possono essere soltanto “mere ragioni esterne”.

La Corte, dunque, ha affermato, contrariamente ad un suo precedente, che la c.d. “identità sociale costruita” della madre, ormai morta, non può titolare del diritto all'anonimato – altrimenti si dovrebbe addirittura disquisire di una trasmissibilità *de jure hereditatis* del diritto in questione in capo agli eredi, come pare ammettere la legge vigente –, venga a soccombere rispetto al diritto alla conoscenza delle origini biologiche del figlio.

Prima di giungere alle conclusioni, è il caso di sottolineare che il diritto all'anonimato è un diritto della persona, così come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, da quella costituzionale e finanche europea, e come tale si estingue con l'evento morte del titolare del diritto medesimo. Ciò è quello che si auspica possa recepire anche il legislatore, il quale, su tali temi, ancora non ha intrapreso una “giusta” strada. Alla morte del titolare del diritto all'anonimato, qualora questo non sia mai stato rinunciato, né revocato, vi sarà un'espansione del diritto a ricercare le informazioni biologiche da parte del presunto figlio. Quest'ultimo, avendo riacquistato pienamente il suo diritto e non avendo più l'ostacolo dell'anonimato²⁵, potrà “ricostruire” la sua “decostruita” identità personale (artt. 2, 32 Cost., 8 CEDU). Essendo il diritto all'anonimato un diritto della persona e, dunque, come tale avente carattere di “personalità”, non

compiuta, viene riconsegnata al rappresentante dell'Ufficio, a questo punto fatto rientrare e congedato. Tramite l'Ufficio dell'anagrafe, il giudice verifica la permanenza in vita della madre e individua il luogo di residenza. Il fascicolo rimane nell'esclusiva disponibilità del giudice ed è indisponibile per il ricorrente, che non potrà compulsarlo, essendo abilitato soltanto a estrarre copia del suo ricorso. Ove la madre sia individuata, il giudice, avuta nozione delle caratteristiche del suo luogo di residenza, considerando le caratteristiche personali, sociali, cognitive della donna, prende contatto telefonico con il soggetto ritenuto più idoneo nel caso concreto (responsabile del servizio sociale o comandante della stazione dei carabinieri), senza comunicare il motivo del contatto e chiedendo solo di verificare la possibilità di un colloquio con la madre in termini di assoluto riserbo. Solo ove sia concretamente possibile l'interpello in termini di assoluta riservatezza, viene delegato il responsabile del servizio sociale (ovvero un giudice perché si rechi in loco) al contatto della madre e alla manifestazione a questa della pendenza del ricorso da parte del figlio. Il responsabile del servizio o il giudice raccolgono a verbale la determinazione della madre, di conferma ovvero di revoca dell'anonimato; solo ove la madre revochi la originaria opzione per l'anonimato, il ricorso, sussistendo le altre condizioni di cui all'art. 28 della legge n. 184 del 1983, viene accolto, e il ricorrente accede al nominativo materno.

²³ Vedi, in tal senso, R. TREZZA, *Diritto all'anonimato*, cit., ove l'A. si sofferma proprio sulla “revocabilità *in extremis*” del consenso.

²⁴ Per quanto attiene il diritto all'anonimato della madre anche dopo la sua morte, si veda, in via di sintesi, Cass. civ., 9 novembre 2016, n. 22838, con la quale la Suprema Corte ha affermato che con la morte della titolare del diritto all'anonimato, quest'ultimo non si estingue, ma può essere esercitato tranquillamente dall'adottato, senza, però, arrecare pregiudizio ai terzi (familiari e discendenti della donna-madre naturale) che potrebbero essere coinvolti e verso i quali la donna nutre la “speranza della riservatezza”, salvaguardata propria dal diritto al segreto.

²⁵ Secondo la Cassazione, infatti, l'interpretazione della norma che consideri l'intervenuta morte della donna, un ostacolo assoluto al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, tra i figli nati da donne che hanno scelto l'anonimato ma non sono più in vita, e i figli di donne che possono essere interpellate sulla reversibilità della scelta fatta alla nascita. Sul punto, come già visto, si rinvia a Cass. civ. 9 novembre 2016, n. 22838.

potrà essere trasmesso agli eredi, ai quali, tutt'al più potrà essere riconosciuto il diritto alla conservazione della segretezza dei rapporti²⁶.

Pare incontestabile, allora, che oltre ad un procedimento volto a verificare la persistenza della volontà della donna di non essere nominata, occorra programmare una sistematica normativa tesa a disciplinare compiutamente la raccolta e l'accesso dei dati della partoriente, distinguendo quelli identificativi, da quelli medico-sanitari non identificativi, nonché un sistema ordinato e consapevole di scelta e revoca dell'anonimato materno²⁷. In effetti, il diritto all'anonimato non è assoluto, ma sempre assoggettabile a limitazioni “esterne” – basti pensare solo all'ambito sanitario, laddove un figlio potrebbe avere necessità di conoscere chi sia sua madre per problemi importanti di salute e di genetica – alle quali va data “preminenza” o meno in un'ottica sempre più “funzionale” al pieno ed effettivo sviluppo della persona umana nella sua integralità²⁸.

ABSTRACT

Il contributo si sofferma sul contemperamento di due diritti fondamentali della persona umana (diritto a conoscere le proprie origini e diritto all'anonimato materno) così come declinati da una recentissima sentenza della Corte di Cassazione. Si indaga la differenza tra “rinuncia” e “revoca” del diritto all'anonimato, specificando che la prima può essere esercitata *ab origine* (al momento del parto) mentre la seconda anche *in itinere* (nel corso della vita della madre). La parte centrale del contributo si focalizza sulla possibile (e augurata) ipotesi di “revocabilità” del consenso all'anonimato per fatti concludenti così da poter “espandere” il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, strettamente connesso all'identità personale del figlio. Infine, si analizzano i profili più specificamente civilistici, ove il diritto a conoscere le origini si interseca non poco con i profili probatori in tema di azione di accertamento della maternità.

The contribution focuses on the balancing of two fundamental rights of the human person (the right to know one's origins and the right to maternal anonymity) as declined by a very recent sentence of the Court of Cassation. The difference between “renunciation” and “revocation” of the right to anonymity is investigated, specifying that the first can be exercised *ab origine* (at the time of birth) while the second also in progress (during the mother's life). The central part of the contribution focuses on the possible (and desired) hypothesis of “revocability” of consent to anonymity for conclusive facts so as to be able to “expand” the right to know one's biological origins, strictly connected to the personal identity of the child. Finally, the more specifically civil profiles are analyzed, where the right to know the origins intersects not just with the probative profiles in terms of action to ascertain maternity.

PAROLE CHIAVE: diritto all'anonimato, diritto a conoscere le proprie origini biologiche, revoca, rinuncia, fatti concludenti, azione di accertamento della maternità, prova.

KEYWORDS right to anonymity, right to know one's biological origins, revocation, renunciation, conclusive facts, action to ascertain maternity, proof.

²⁶ Il trattamento delle informazioni riguardanti le origini dell'adottato deve, in conclusione, essere eseguito in modo corretto, per evitare un danno all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari). Cfr. Cass. civ., sez. VI-1, 7 febbraio 2018, n. 3004. La Corte suprema, ancora, ha avuto modo di precisare che il diritto all'identità personale del figlio, da garantirsi con la conoscenza delle proprie origini, anche dopo la morte della madre biologica, non esclude la protezione dell'identità “sociale” costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato.

²⁷ Vedi B. CHECCHINI, *Anonimato materno*, cit., p. 725.

²⁸ Si consenta rinviare, sul punto, a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child*, in *Federalismi*, n. 22/2020, p. 302 ss.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Astrid Zei*

Karlsruhe e *Next Generation EU*: la decisione del 26 marzo 2021**

SOMMARIO: 1. Un singolare dispositivo. – 2. La prassi del rinvio della promulgazione nelle more del giudizio del Tribunale costituzionale sulle leggi di ratifica dei Trattati europei. – 2.1. Una rottura del galateo istituzionale. - 2.2. Il ruolo del Presidente federale – 3. Le ragioni del ricorso. – 4. Funzione prevalentemente sospensiva e propulsiva del sindacato sui controlimiti. – 4.1. La risposta “politica” alla sentenza del 5 maggio 2020 sulla natura *ultra vires* del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP). - 5. Verso la fine del “momento hamiltoniano”?

1. *Un singolare dispositivo*

Venerdi 26 marzo il Tribunale costituzionale federale ha sospeso l’iter di ratifica della decisione del Consiglio dell’UE sulle risorse proprie [decisione (UE, Euratom) 2020/2053], che autorizza la Commissione, in via eccezionale, a contrarre temporaneamente prestiti fino a 750 miliardi di euro sui mercati dei capitali per far fronte alle conseguenze della crisi legata alla pandemia di Covid-19 e promuovere la ripresa.

La decisione è stata assunta sulla base di un ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*) sottoscritto da circa 2300 cittadini e coordinato da un’associazione di cittadinanza attiva denominata “*Bündnis Bürgerwillé*”, vale a dire “*Lega Volontà dei Cittadini*”, guidata dall’economista Bernd Lücke, Professore di Macroeconomia presso l’Università di Amburgo, e primo fondatore di *Alleanza per la Germania* (“*Alternativ für Deutschland*”) nel 2013, partito che questi ha poi abbandonato nel 2015, per fondare il partito dei *Riformatori Liberal-Conservatori* (“*Liberal-Konservativer Reformier*”, dapprima denominato “*Allianz für Fortschritt und Aufbruch*”), che finora ha registrato un consenso minimo nell’elettorato tedesco.

I ricorrenti hanno chiesto contestualmente l’adozione di una misura cautelare atta ad impedire che la ratifica tedesca possa perfezionarsi nelle more del giudizio.

La decisione dei giudici di Karlsruhe consiste in uno stringato dispositivo con cui si dispone il rinvio della promulgazione della legge in attesa di una decisione del Tribunale costituzionale federale sulla tutela cautelare. Niente di più.

Si tratta di una decisione in parte sorprendente. Non tanto nel merito, quanto nella forma.

Il § 32 della legge sul Tribunale costituzionale federale prevede espressamente la possibilità di adottare una misura sospensiva, della durata massima di sei mesi, quando ciò sia “urgente necessario per evitare un grave pregiudizio, per prevenire un pericolo imminente ovvero per un’altra importante ragione a tutela dell’interesse collettivo”, e non c’è dubbio che una volta

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

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

perfezionata la procedura di ratifica di un atto potenzialmente illegittimo le conseguenze sarebbero gravemente pregiudizievoli per l'ordinamento tedesco.

Il dispositivo del 26 marzo consiste però in una secca anticipazione, in una misura supercautelare che non è prevista espressamente dal § 32 della legge e non trova alcun fondamento normativo espresso nell'ordinamento tedesco.

Questi dispositivi, che vengono definiti “decisioni pendenti” (“*Hängebeschluss*”), sono tutt'altro che infrequenti nell'ambito della giustizia amministrativa, e trovano spazio anche nell'ambito giustizia civile. Si tratta di istituti che hanno trovato riconoscimento nella dottrina e nella giurisprudenza in quanto strumenti idonei a garantire il principio dell'effettività della tutela cautelare¹, e hanno dunque un fondamento implicito nella garanzia della tutela giurisdizionale iscritta nell'art. 19, quarto comma, LF. Queste “decisioni pendenti” costituiscono una declinazione del principio dell'elasticità ed atipicità della tutela cautelare, che si giustifica al fine di garantire l'effettività della stessa anche nelle more della decisione, così che, scorrendo la giurisprudenza amministrativa, si legge, ad esempio, che persino una telefonata da parte di un magistrato, quando ciò sia l'unico modo per conferire effettività alla decisione cautelare ed impedire un grave pregiudizio prima della pubblicazione della sentenza, si considera idonea a sortire gli effetti previsti dal § 123 del codice di giustizia amministrativa tedesco, che disciplina l'adozione delle misure sospensive².

Si tratta tuttavia di strumenti che il Tribunale costituzionale federale normalmente non utilizza.

2. La prassi del rinvio della promulgazione nelle more del giudizio del Tribunale costituzionale sulle leggi di ratifica dei Trattati europei

Non c'è dubbio che la promulgazione della legge che ratifica la decisione del Consiglio dell'UE del 14 dicembre, qualora la stessa dovesse essere giudicata illegittima, costituirebbe un pregiudizio irreparabile. È vero anche che la ratifica dei più importanti Trattati europei e di quelli conclusi dagli stati membri dell'UE allo scopo di tutelare la stabilità monetaria e finanziaria dall'area Euro è stata spesso “sospesa” in Germania a seguito dell'introduzione di un ricorso di costituzionalità.

A partire dalla sentenza Maastricht, il Tribunale costituzionale federale si è imposto come un interlocutore spesso scomodo, attento a declinare e anche a limitare l'attuazione dei Trattati nel rispetto dei limiti posti dalla Legge Fondamentale tedesca, tutelando soprattutto la centralità del Parlamento nazionale.

Nella sentenza Maastricht³ si leggeva che „dopo che i ricorrenti hanno richiesto l'adozione di una misura cautelare, al fine di impedire che la Repubblica federale tedesca fosse vincolata ai Trattati dell'UE, il Presidente federale aveva chiarito – per il tramite del Capo dell'Ufficio della Presidenza – che avrebbe firmato lo strumento di ratifica solo dopo la decisione del Tribunale costituzionale federale in merito al ricorso”, ed inoltre “il governo federale aveva assicurato che non avrebbe depositato lo strumento di ratifica prima di allora”.

Nelle more del giudizio sul Trattato di Lisbona, l'Ufficio stampa della Presidenza federale rese noto che il Tribunale costituzionale federale aveva pregato informalmente il Presidente Horst Köhler di attendere l'esito del giudizio prima della promulgazione. Questi, infatti, firmò la legge solamente l'8 ottobre 2009, dopo la pubblicazione della sentenza con cui il secondo Senato del

¹ S. KRULL, *Der „Hängebeschluss“ im System des vorläufigen Rechtsschutzes der Verwaltungsgerichtsordnung*, Hamburg, Kovac Verlag, 2016.

² Si veda la decisione del 12 gennaio 2017: [Oberverwaltungsgericht NRW, 18 B 1157/16](#).

³ Sentenza *Maastricht* del 12 ottobre 1993 ([BVerfGE 89, 155 <164-165>](#)).

Tribunale costituzionale federale accertò la legittimità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona e della legge di revisione della Legge Fondamentale. La legge sull'ampliamento dei diritti di partecipazione del Bundestag e del Bundesrat negli affari dell'Unione europea fu invece dichiarata parzialmente illegittima e fu riformulata subito dopo con l'introduzione delle numerose modifiche puntuali auspiccate dal *Bundesverfassungsgericht*, atte a garantire una più incisiva partecipazione del Parlamento tedesco alla formazione del diritto europeo.

Nel 2012, i giudici di Karlsruhe furono chiamati, attraverso numerosi ricorsi, ad esprimersi in via cautelare, ai sensi del § 32 della legge sul Tribunale costituzionale federale, sulla legittimità delle leggi di ratifica del Trattato del 2 febbraio 2012 che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (abbr. ESM), del Trattato del 2 marzo 2012 sulla stabilità, il coordinamento e la governance dell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*), della legge sulla modifica dell'art. 136 TFUE approvata 25 marzo 2011 dal Consiglio europeo, nonché sulla legge che autorizza la partecipazione finanziaria della Germania al Meccanismo europeo di stabilità. Tali leggi erano state approvate il 29 giugno di quell'anno, ma il Presidente federale Joachim Gauck fu pregato informalmente di attendere, prima della promulgazione, l'esito del ricorso.

Con la sentenza resa il 12 settembre di quell'anno il Tribunale costituzionale federale propose una particolare lettura degli impegni assunti con il Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità, subordinando la legittimità della legge di ratifica alla garanzia di un'interpretazione restrittiva e tassativa degli obblighi finanziari gravanti sulla Repubblica federale tedesca. Tali garanzie secondo i giudici dovevano essere formalizzate assieme agli altri Stati contraenti.

All'indomani della pronuncia il Presidente federale invitò il Governo federale ad ottemperare alla richiesta del Tribunale costituzionale federale, e al riguardo vi erano diverse possibilità, quali l'aggiunta di un protocollo allegato al Trattato, la sottoscrizione di una dichiarazione comune da parte di tutti gli Stati contraenti, ovvero l'opposizione unilaterale di una riserva nell'ambito del processo di ratifica.

Nell'ambito del vertice europeo che si tenne a Nicosia (Cipro) il 14 settembre 2012 il Governo tedesco propose allora agli altri Stati membri di sottoscrivere una dichiarazione comune. Il testo concordato venne trasmesso al Bundestag il 18 settembre e per essere discusso e approvato definitivamente nell'ambito del Comitato dei rappresentanti permanenti (*Coreper*) il 26 settembre 2012.

La dichiarazione comune limita la responsabilità degli Stati sottoscrittori all'importo indicato nel II Allegato al Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità e subordina ogni eventuale ulteriore stanziamento all'approvazione dei rappresentanti degli Stati e al rispetto delle procedure nazionali; inoltre, il testo impone una interpretazione delle norme del Trattato (articoli 32, quinto comma, 34 e 35, primo comma) che faccia salvo il diritto dei Parlamenti nazionali ad essere informati in maniera esaustiva, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale.

Le procedure di ratifica del Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità e del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, c.d. *Fiscal Compact* da parte della Repubblica federale tedesca si perfezionarono finalmente il 27 settembre 2012.

2.1 Una rottura del galateo istituzionale

Le comunicazioni informali che intercorrono tra il Tribunale costituzionale federale e il Presidente federale una volta introdotto un procedimento che si accompagna alla richiesta di una misura cautelare, ai sensi del § 32 della legge sul Tribunale costituzionale federale, sono state

dunque sinora sufficienti al fine di procrastinare il perfezionamento delle procedure di ratifica nelle more del giudizio.

Nei comunicati della Presidenza federale la decisione di rinviare la firma è stata sempre giustificata “in accordo con una prassi istituzionale seguita costantemente dagli organi costituzionali e nel rispetto nei confronti del Tribunale costituzionale federale”⁴.

In questa prospettiva, la decisione del 26 marzo 2021 appare singolare, e forse proprio per questo essa dice qualcosa di più di ciò che è scritto nel dispositivo.

Per provare a spiegarne il significato è bene ricordare anzitutto le vicende istituzionali immediatamente precedenti.

Del ricorso che sarebbe stato presentato dall’associazione “*Bündnis Bürgerwille*” si parlava in Germania da diverse settimane. In una intervista resa il 28 marzo⁵ lo stesso Bernd Lücke ha spiegato che una sua lettera che ne illustrava i contenuti circolava da tempo a Berlino e che il 22 marzo, prima del voto delle due Camere del Parlamento, egli stesso aveva comunicato al Tribunale costituzionale federale l’imminente deposito del ricorso.

Sebbene la richiesta di una misura cautelare avverso una legge non ancora promulgata costituisca un’eccezione legittimata dalla giurisprudenza costituzionale, il ricorso non può essere presentato prima dell’approvazione da parte del Parlamento. Il testo è stato votato dal Bundestag il 25 marzo e poco dopo era stato reso noto che il Bundesrat avrebbe deliberato il giorno successivo. Il ricorso è stato depositato immediatamente dopo il voto della seconda Camera. Il dispositivo del Tribunale costituzionale è stato pubblicato nella stessa giornata, nel tardo pomeriggio. Questi sono i fatti.

E’ inevitabile domandarsi come mai in questo caso le istituzioni non si siano conformate alla “prassi costante” ispirata da regole di correttezza istituzionale “nel rispetto delle prerogative del Tribunale costituzionale federale”. E’ lecito sospettare che in questo caso il Presidente federale avrebbe forse voluto procedere senz’altro alla ratifica, nonostante la questione pendente dinanzi ai giudici.

Una conferma forse si può rinvenire in una pronuncia del Tribunale costituzionale dell’11 ottobre 2013 che verteva sulla garanzia dell’effettività della tutela cautelare nell’ambito del processo amministrativo a fronte dell’emanazione di taluni provvedimenti esecutivi per il recupero di un credito nelle more della decisione del giudice⁶.

In quell’occasione i giudici di Karlsruhe avevano chiarito la necessità di accordare al ricorrente una tutela piena attraverso una “decisione pendente” (“*Hängebeschluss*”). L’amministrazione che agiva nel giudizio *de quo* aveva affermato nell’ambito del processo che non avrebbe adottato altre misure esecutive fino alla decisione del giudice amministrativo circa la richiesta di una tutela cautelare, ma al contempo aveva anche chiarito che non avrebbe ritirato la richiesta di un estratto patrimoniale del debitore e neppure l’ordine di arresto già emanato, benché il ricorrente paventasse un pregiudizio irreparabile per la sua credibilità creditizia. Si tratta di una pronuncia interessante perché nel dispositivo si legge che tale rimedio dovrebbe trovare applicazione nell’ambito della giustizia amministrativa ogni volta che “una autorità amministrativa, senza ragioni evidenti, non intenda rinunciare all’adozione di un provvedimento esecutivo nelle more della decisione finale sulla richiesta di una misura sospensiva, nonostante la raccomandazione informale da parte del Tribunale”. Il fine è quello di vincolare formalmente l’autorità.

Anche per questo si può pensare che la decisione del Tribunale costituzionale federale del 26 marzo tradisca una tensione nei rapporti con il Presidente federale.

⁴ Si veda ad esempio il [Comunicato stampa della Presidenza federale del 21 giugno 2012](#).

⁵ „*Man hat versucht, die Öffentlichkeit zu übertölpeln*“, nel Magazine „*Civero*“.

⁶ Decisione dell’11 ottobre 2013: [BVerfG \(Ia camera del II Senato\) -1 BvR 2616/13](#).

2.2 Il ruolo del Presidente federale

Il *Bundespräsident*, primo destinatario della decisione del 26 marzo che impone un rinvio della promulgazione della legge, appare finora come il convitato di pietra. L'ultimo comunicato stampa della Presidenza federale ci informa che a Steinmeier è stato somministrato il vaccino Astrazeneca. Nulla sulla pronuncia, nessuna presa di posizione, nessun auspicio, nessuna interlocuzione a distanza.

Il voto del Parlamento tedesco la settimana scorsa ha sancito la forte legittimazione politica della decisione sul finanziamento del *Recovery Fund* denominato *Next Generation EU*. La legge di ratifica è stata approvata dal Bundestag con una maggioranza ultra-qualificata: 495 voti a favore, 95 contrari e 72 astensioni. Il Bundesrat si è pronunciato all'unanimità.

L'ampiezza del consenso politico può spiegare la rottura del galateo istituzionale che in passato ha caratterizzato i rapporti tra il Tribunale costituzionale e il Presidente federale nelle more del giudizio. Questa forte volontà democratica investe infatti il Presidente federale di un ruolo scomodo, di garante della giusta formazione della volontà politica, per dirla con Carl Schmitt, in un difficile equilibrio dinanzi alla necessità di delimitare, ma al contempo anche garantire una sfera della giustizia vincolata alla Costituzione.

La decisione sulla richiesta di una misura cautelare probabilmente non tarderà, ma, trattandosi oltretutto di un giudizio a cognizione sommaria, e non piena, per il quale è sufficiente una ragionevole probabilità in ordine all'accoglimento della questione (e quindi alla sua fondatezza), non si può escludere un ulteriore e più lungo rinvio della promulgazione in attesa della pronuncia definitiva, così che le conseguenze del ricorso, quale che sia l'esito definitivo, appaiono comunque incerte.

3. Le ragioni del ricorso

La ratifica della decisione del Consiglio del 14 dicembre 2020 sull'incremento delle risorse proprie dell'UE da parte di tutti gli Stati è necessaria affinché la Commissione UE possa contrarre prestiti nell'ambito del programma *Next Generation EU* emettendo titoli di debito europei, rendendo così operativo lo strumento che prevede lo stanziamento di 750 milioni di euro per prestiti e contributi a fondo perduto agli Stati membri.

Il testo del ricorso non è stato divulgato, ma una sintesi è pubblicata nelle [pagine web](#) di "Bündnis Bürgerwille".

I ricorrenti paventano anzitutto la natura *ultra vires* della decisione del Consiglio, che, sebbene adottata nel rispetto della procedura prescritta dall'art. 311 TFUE per la modifica delle risorse proprie dell'UE, violerebbe il principio sancito dallo stesso articolo, secondo cui il bilancio dell'UE si finanzia tassativamente tramite risorse proprie. Dovrebbe pertanto ritenersi escluso il ricorso all'indebitamento con l'emissione di titoli del debito comuni. La decisione introduce inoltre un sistema di responsabilità solidale degli Stati nel caso in cui uno dei Paesi beneficiari divenisse insolvente, in deroga alla c.d. clausola di non salvataggio (*No Bail-Out*) iscritta nell'art. 125 TFUE che vieta all'UE, o agli Stati membri, di farsi carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali di un altro Stato membro, e ciò sia nell'ipotesi di una crisi finanziaria che dovesse affliggere la capacità di un Paese di far fronte ai suoi obblighi, sia nel caso in cui altri Stati, dopo il Regno Unito, dovessero decidere di recedere dall'UE.

In effetti, nessuno può escludere in assoluto l'ipotesi dell'insolvenza di uno Stato, soprattutto considerando l'ampio arco temporale previsto per il rimborso dei prestiti, che inizierà a decorrere dal 1 gennaio 2027 per concludersi entro il lontano 31 dicembre 2058.

I programmi di prestito agli Stati membri iscritti nel piano *Next Generation EU*, la cui erogazione è subordinata alla stipula di un accordo tra lo Stato membro e la Commissione, unitamente alla durata degli impegni assunti, violerebbero inoltre il principio della responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato; un principio, questo, che il Tribunale costituzionale nella sua giurisprudenza ha spiegato come uno degli elementi costitutivi dell'identità costituzionale tedesca, che restano indisponibili finanche al legislatore costituzionale.

È difficile prevedere l'esito del ricorso. La giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha scandito finora il processo di integrazione europea perfezionando un pervasivo sindacato sui controlimiti al diritto europeo e dilatando le vie di accesso al controllo di costituzionalità sugli atti europei, fino all'enunciazione a chiare lettere della giustiziabilità di un „diritto alla democrazia”, che si esprime attraverso il diritto di voto iscritto nell'art. 38 della Legge Fondamentale, che costituisce al contempo espressione della garanzia fondamentale della dignità dell'uomo (art. 1 LF)⁷.

Nell'interpretazione resa dai giudici di Karlsruhe, il principio democratico iscritto nell'art. 38, primo co., LF, declinato nella sua dimensione soggettiva, tutela il cittadino anche dinanzi ad una “palese e significativo superamento strutturale delle competenze” attraverso “organi, istituzioni e altre sedi dell'Unione europea”, così che, quando ricorrano queste gravi condizioni, gli atti dell'UE dovrebbero essere considerati *ultra vires*.

Quanto all'irrinunciabilità della responsabilità del Bundestag per le politiche di bilancio, il Tribunale costituzionale federale ha chiarito in diverse occasioni che l'identità costituzionale tedesca risulterebbe violata qualora il *Bundestag* non fosse più pienamente responsabile del bilancio dello Stato, e pertanto, come affermato nella sentenza del 12 settembre 2012 sul *Meccanismo europeo di stabilità*⁸, risulterebbe illegittima l'istituzione di “meccanismi duraturi iscritti nel diritto internazionale dei Trattati che comportino l'assunzione di responsabilità per le determinazioni assunte da altri Stati, soprattutto quando le stesse sortiscano effetti che non possono essere preventivamente calcolati”; pertanto, “qualsiasi forma di aiuto e di solidarietà della Federazione di grande portata che incida sulle uscite in ambito internazionale o nell'Unione europea deve essere specificamente autorizzata dal Bundestag”⁹.

4. Funzione prevalentemente sospensiva e propulsiva del sindacato sui controlimiti

Il sindacato di costituzionalità sui controlimiti al diritto europeo è stato esercitato, quasi sempre, nel rispetto dei limiti ben illustrati nella sentenza *Honeywell*¹⁰ del 6 luglio 2010 e nella sentenza *OMT* del 21 giugno 2016¹¹: essi consistono nell'accertamento di una violazione “palese” del diritto iscritto nei Trattati, nel generale *favor* nei confronti del diritto europeo (*Europafreundlichkeit*), e nel rispetto delle prerogative della Corte di Giustizia: il Tribunale

⁷ V. soprattutto la ricostruzione iscritta nella sentenza del 21 giugno 2016 *OMT – Programm* ([BVerfGE 142, 123](#)), spec. par. 165 e 186.

⁸ [BVerfGE 132, 195 <239 ss.>](#)

⁹ Così si legge da ultimo nel rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale alla Corte di Giustizia UE del 18 luglio 2017 sulle misure non convenzionali di politica monetaria adottate dalla Banca Centrale europea per difendere la stabilità monetaria nell'area Euro: v. spec. par. 129 della decisione.

¹⁰ [BVerfGE 126, 286](#).

¹¹ [BVerfGE 142, 123](#).

costituzionale federale, di fatto, finora ha considerato (quasi) sempre legittimi gli atti europei sui quali è stato chiamato a pronunciarsi, e nel tempo ha confermato piuttosto un particolare orientamento, teso a svincolare la giurisdizione costituzionale dalla funzione negativa di giurisdizione d'annullamento, per conferirle piuttosto un effetto sospensivo e propulsivo, atto ad imporre al Parlamento e al Governo l'esercizio delle rispettive prerogative in maniera tale da pervenire all'adozione di atti emendati dai vizi riscontrati dai giudici.

Fa eccezione, in parte, la sentenza del 5 maggio 2020 sulla natura *ultra vires* del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) della Banca centrale europea e della sentenza *Weiss* resa dalla Corte di Giustizia l'11 dicembre 2018.

Il Tribunale costituzionale federale, chiamato ad esprimersi sulla legittimità delle politiche non convenzionali della Banca centrale europea messe in atto per difendere la stabilità monetaria nell'area Euro, il 18 luglio 2017 aveva introdotto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE affinché verificasse la natura *ultra vires* delle misure adottate.

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Weiss*, ne aveva confermato la legittimità, limitando tuttavia la pervasività della sua istruttoria in ragione della tecnicità delle scelte compiute da un organo formato da esperti indipendenti dai Governi nazionali ed estraneo al circuito democratico dell'Unione europea.

Pronunciandosi definitivamente sulla questione, il Tribunale costituzionale federale si è invece riservato l'esercizio di un sindacato molto più penetrante rispetto alla Corte di Giustizia sugli strumenti di politica monetaria varati dal Consiglio della Banca centrale europea, per giungere alla conclusione che quest'ultimo avrebbe formalizzato le sue decisioni senza dimostrare di avere adeguatamente considerato tutti gli effetti del programma di acquisto dei titoli di Stato.

4.1 La risposta “politica” alla sentenza del 5 maggio 2020 sulla natura *ultra vires* del Public Sector Purchase Programme (PSPP)

Con la pubblicazione della sentenza del 5 maggio 2020 sulla natura *ultra vires* del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) si è registrata una tensione altissima nel rapporto tra le Corti nazionali ed europee che rischiava di interrompere quel “dialogo costruttivo” tra i giudici su cui si regge la comunità di diritto dell'Unione europea.

Con quella sentenza, che paventava una violazione del principio della responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato, alla Banca centrale tedesca risultava interdetta la partecipazione al programma di acquisto della BCE a meno che, nei successivi tre mesi, il Consiglio della BCE avesse “spiegato in maniera persuasiva con una nuova decisione che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti attraverso il PSPP non sono sproporzionati rispetto agli effetti economici e di politica fiscale ad esso riconducibili”¹². Una condizione che veniva imposta dunque ad una istituzione europea, e non ad un organo costituzionale, e che poteva condurre verso la sospensione del PSPP.

Nelle settimane successive le istituzioni tedesche hanno lavorato alacremente per risolvere l'*impasse*. La Commissione per l'Europa del Bundestag aveva organizzato immediatamente una

¹² V. par. 235 della sentenza.

serie di audizioni e quasi tutti gli esperti convocati avevano raccomandato al Bundestag di riaffermare con la massima chiarezza possibile la fiducia nelle istituzioni dell'UE, con particolare riguardo al sindacato della Corte di Giustizia e all'indipendenza della BCE e delle banche centrali, e di cercare la collaborazione della Banca centrale europea con riguardo ai rilievi sollevati dal Tribunale costituzionale federale in maniera da ottemperare alle condizioni iscritte nella sentenza del 5 maggio. Ciò che ne è seguito - che è possibile ricostruire soprattutto leggendo gli atti di indirizzo successivamente approvati dal Bundestag - sembra avere una portata più formale che sostanziale: nel corso della riunione della Banca centrale europea del 3-4 giugno "su preghiera della *Bundesbank*" - così si legge negli atti del Bundestag - sarebbero state ripercorse le circostanze, le ragioni e le condizioni che avevano indotto la BCE a ritenere gli effetti del PSPP "proporzionati" rispetto agli scopi perseguiti.

Il 2 luglio il Bundestag ha approvato una risoluzione che dà conto della funzione di controllo sufficientemente pervasiva esercitata dal Parlamento tedesco riguardo alla politica monetaria della BCE, e della documentazione esaminata sino a quel momento relativamente alla proporzionalità della politica monetaria della Banca centrale europea¹³.

Nella risoluzione venivano elencati gli istituti e gli strumenti dell'istruttoria parlamentare atti a concretizzare il principio della responsabilità del Parlamento nel quadro del processo di integrazione europea: la "*Integrationsverantwortung*" che costituisce la chiave di volta delle pronunce del Tribunale costituzionale federale sui presupposti e sui limiti dell'integrazione europea. Si dava conto, inoltre, dell'istruttoria parlamentare supplementare condotta all'indomani della sentenza, basata sulla documentazione, in parte segretata, che la Banca centrale europea, anche per il tramite della *Bundesbank*, avrebbe trasmesso al Governo tedesco, e che questi avrebbe a sua volta inoltrato al Bundestag al fine di ricostruire, sin dal principio, le valutazioni della BCE riguardo al PSPP e alla proporzionalità delle misure adottate. Il Bundestag avrebbe dunque esaminato le decisioni del Consiglio della Banca centrale europea, unitamente ai "rendiconti dalla stessa" trasmessi al Parlamento europeo, ai rapporti mensili e annuali, alle "dichiarazioni rese dai membri del direttivo e da altri membri del Consiglio della BCE" che documentano come quest'ultimo "valuti sistematicamente la proporzionalità delle decisioni di politica monetaria", dai quali evincerebbe altresì che "con riguardo al PSPP vi è stata una valutazione approfondita delle misure in questione e una ponderazione degli interessi coinvolti, tenendo conto anche delle argomentazioni di segno contrario".

Una marea di carta. Da un lato, l'apologia degli istituti già disciplinati dalle leggi e dal regolamento parlamentare con cui il Bundestag esercita le sue funzioni di indirizzo e controllo, che obiettivamente non aggiungeva nulla di nuovo. Dall'altro, un supplemento di istruttoria oggettivamente irripetibile ed irrispettoso delle prerogative della BCE, che difficilmente potrebbe trasformarsi in una prassi consolidata.

Una volta inoltrata al Bundestag la documentazione menzionata, il Ministero federale delle finanze si era dichiarato soddisfatto della comunicazione resa dal Consiglio della Banca centrale europea nella riunione del 3-4 giugno e della documentazione ricevuta, ritenendo così assolti gli impegni prescritti dalla sentenza del 5 maggio.

¹³ [Bundestag 19/20621](#).

Con la mozione approvata il 2 luglio il Bundestag ha pertanto potuto affermare che tutte le condizioni poste dal Tribunale costituzionale federale risultavano soddisfatte. Così anche quella sentenza non ha avuto ulteriori conseguenze.

5. Verso la fine del “momento hamiltoniano”?

Il Vice-Cancelliere tedesco Olaf Scholz (SPD), in [un'intervista](#) resa il 20 maggio dello scorso anno al settimanale *Die Zeit*, aveva immaginato che l'UE stesse vivendo un “momento hamiltoniano”, una fase in cui, attraverso la limitata condivisione del debito necessario per finanziare il *Recovery Fund*, sia pure basata su stringenti condizionalità di spesa, si stavano gettando le basi per giungere nel tempo ad una politica fiscale comune.

La situazione delle ex Colonie americane all'indomani della guerra d'indipendenza, largamente indebitate, parti di una Federazione ancora debole e bisognosa di una più salda base di legittimazione sarebbe comparabile alla condizione attuale sotto diversi aspetti. Olaf Scholz non è il primo ad evocare il modello hamiltoniano nel dibattito sul futuro dell'Unione europea, ma l'ha fatto in un momento cruciale della discussione politica sul finanziamento della ripresa, prima che i Capi di Stato e di governo formalizzassero l'accordo politico sul *Recovery Plan* e sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027 nell'ambito del Consiglio europeo del 21 luglio 2020.

Quando nacquero gli Stati Uniti d'America la stabilità politica, la credibilità finanziaria e la tenuta stessa dell'ordinamento apparivano largamente compromesse dall'elevato livello dei debiti contratti dagli Stati durante la guerra d'indipendenza e da un dibattito in parte teso a presidiare l'autonomia e le prerogative degli Stati. Il Primo segretario del Tesoro, Alexander Hamilton, nel mese di gennaio del 1790 presentò al Congresso un “*Report on Public Credit*” con cui propose che i debiti statali fossero trasferiti alla Federazione e che gli stessi fossero finanziati attraverso l'emissione di titoli del debito statunitense, la cui elevata credibilità nel mercato finanziario nazionale e internazionale avrebbe aumentato il credito pubblico e privato.

Molte furono le resistenze prima di giungere a quello che è noto come “compromesso del 1790”, che sancisce l'accordo tra Hamilton, da un lato, Jefferson e Madison, dall'altro, anche perché il debito accumulato dagli Stati era fortemente disuguale e di conseguenza il piano avvantaggiava alcuni più di altri.

Hamilton presentò il suo piano per una “*more perfect union*” anche come “un grande progetto politico”, nella convinzione che la responsabilità in solido per i titoli del debito avrebbe rafforzato la tenuta del modello federale, risultando pertanto funzionale tanto allo sviluppo economico del nascente mercato nazionale, quanto alla costruzione dello Stato americano.

Subito dopo, Hamilton presentò al Congresso altri tre Rapporti: la creazione di una moderna amministrazione fiscale, di una politica fiscale comune, di una Banca centrale e di una zecca furono spiegati come strumenti necessari per dare forza e stabilità allo Stato e promuovere la crescita e il benessere economico.

La comparazione è suggestiva, anche se molti sono stati gli appunti circa i reali effetti della riforma del 1790 e feroci le critiche rispetto all'eccessivo “Euromanticismo” del Vice-Cancelliere socialdemocratico¹⁴.

¹⁴ Così si è espresso Thomas MAYER, considerato uno dei più influenti economisti tedeschi, Professore emerito presso la Universität Witten/Herdecke, nell'ambito del Simposio organizzato la scorsa estate dalla Rivista “*The International Economy*”: [Did Europe Just Experience Its “Hamiltonian Moment”?](#)

Oggi vi è un ampio consenso a livello europeo e nazionale che è stato raggiunto faticosamente. Un'eventuale decisione di accoglimento da parte del Tribunale costituzionale federale sarebbe accolta come una secchiata d'acqua sporca.

Inoltre, a prescindere dal merito della pronuncia definitiva sulla legittimità della decisione del Consiglio sulle risorse proprie dell'UE, il procedimento introdotto, per la sua durata, rischia di compromettere comunque le politiche comuni per la ripresa economica. Ciò in quanto un eventuale accoglimento della richiesta di una misura cautelare imporrebbe necessariamente una lunga attesa prima della decisione di merito: se si paventasse una violazione del diritto dei Trattati, i giudici provvederebbero ad inoltrare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, così come è avvenuto nell'ambito del sindacato sulla legittimità dell'OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*)¹⁵ e del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)¹⁶ ai sensi degli artt. 19 III b TUE e 267 I TFUE, e ciò anche in ossequio al “protocollo” illustrato nella sentenza *Honeywell* del 6 luglio 2010¹⁷ atto a declinare in senso europeista (“*Europafreundlichkeit*”) il sindacato sui controlimiti al processo di integrazione europea.

Nel frattempo, si potrebbe rendere necessario individuare altre modalità di finanziamento e creare una diversa base giuridica per supportare la ripresa negli Stati membri attraverso il *Recovery Fund*.

Non è detto, comunque, che un'eventuale battuta d'arresto non possa agire da stimolo per una riforma del diritto dei Trattati atta ad avviare su basi istituzionali ancora più salde un processo che potrebbe condurre, nel lungo periodo, verso la creazione di una politica fiscale comune e di un titolo comune europeo, così come auspicato da Mario Draghi nell'ambito del Consiglio europeo che si è aperto lo scorso 25 marzo.

¹⁵ Con la decisione del 14 gennaio 2014 ([BVerfGE 134, 366](#)) il Tribunale costituzionale federale ha sospeso il procedimento teso ad accertare la legittimità del programma OMT, inoltrando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE. Quest'ultima si è pronunciata il 16 giugno 2015 ([Causa C-62/14](#)).

¹⁶ Con la decisione del 18 luglio 2017 ([BVerfGE 146, 216](#)) il Tribunale costituzionale federale ha sospeso il procedimento teso ad accertare la legittimità del programma di riacquisto generalizzato di titoli del settore pubblico, c.d. *Quantitative Easing* avviato dalla Banca centrale europea nel mese di marzo del 2015, inoltrando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE. Quest'ultima si è pronunciata l'11 dicembre 2018 ([Causa C-493/17](#))

¹⁷ [BVerfG 126, 286 <303-307>](#).



Laura Frosina*

Le elezioni catalane del 14 febbraio tra pandemia e secessione Note a margine di un incerto e controverso appuntamento elettorale**

SOMMARIO: 1. Le elezioni catalane del 14 febbraio e la persistente centralità politica della questione secessionista. – 2. Un appuntamento elettorale incerto e controverso. – 3. Chi ha vinto le elezioni? Una vittoria condivisa tra socialisti, indipendentisti e astensionisti. – 4. Il nuovo Governo catalano: i possibili scenari. – 5- ... e le possibili evoluzioni del conflitto tra secessione, costituzionalismo e federalismo

1. Le elezioni catalane del 14 febbraio e la persistente centralità politica della questione secessionista.

Il 14 febbraio, in un clima di incertezza generale e nel pieno della terza ondata della pandemia, si sono celebrate le elezioni catalane per il rinnovo dei 135 componenti il *Parlament*. L'incertezza della data elettorale, l'unicità dell'evento, l'elevato astensionismo, e la pluralità di chiavi interpretative del risultato elettorale possono considerarsi la cifra distintiva di queste elezioni che hanno avuto una straordinaria risonanza ed eco politica tanto a livello autonomico che nazionale.

Le elezioni del 14 febbraio hanno rappresentato prima di tutto un evento elettorale unico, senza precedenti nella storia catalana, perché si sono svolte durante la vigenza dello stato di allarme a livello nazionale e nel corso di un'emergenza sanitaria straordinaria, che ne ha reso a lungo incerta la data e imposto, altresì, delle modalità di organizzazione e svolgimento del tutto inedite.

La presenza di un numero più elevato di seggi allestiti anche in luoghi inconsueti (mercati o palazzetti degli sport), file separate e fasce orarie differenziate per soggetti positivi al Covid-19 e altre categorie vulnerabili, nonché un'applicazione più estesa del voto per corrispondenza, rappresentano soltanto alcune delle peculiarità organizzative adottate al fine di garantire a tutti i cittadini l'esercizio del diritto di voto in condizioni di sicurezza sanitaria. Nonostante l'adozione di queste misure di prevenzione, la paura del contagio è stata sicuramente uno dei fattori che, assieme a un sentimento diffuso di disaffezione verso la politica catalana, ha contribuito a determinare una bassissima

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate- Sapienza Università di Roma

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

partecipazione elettorale, pari al 51,29%¹, rendendo l'astensionismo uno dei protagonisti di queste elezioni e un'incognita interpretativa ulteriore per la lettura del risultato elettorale².

Un altro tratto distintivo di queste elezioni è rappresentato, infatti, dalla pluralità e dalla complessità delle questioni che si sono disputate. Nella dinamica elettorale si giocavano diverse partite che andavano oltre l'identificazione del partito vincitore e la costituzione del nuovo Governo della Generalità, dopo la parentesi politica del Governo independentista di Quim Torra, ma riguardavano anche altre questioni, quali, ad esempio: il futuro dell'indipendentismo catalano e la possibilità di aggiudicarsi una vittoria a maggioranza assoluta di voti, oltre che di seggi; la contesa tra *Esquerra Republicana de Catalunya* (Erc) e *Junts per Catalunya* (JxCat) per la *leadership* all'interno del blocco independentista; la stabilità politica del Governo minoritario Sánchez Iglesias saldamente ancorata alla collaborazione parlamentare di Erc; e, infine, la possibile ridefinizione degli equilibri interni all'area di destra dinanzi alla temuta, ma possibile, ascesa del partito di estrema destra, sovranista e antindependentista di Vox.

La partita più importante era sicuramente legata alla riapertura della irrisolta questione secessionista, mai sopita dopo la convulsa e drammatica vicenda referendaria e independentista del 2017³, ma riattualizzata e riacutizzata in occasione di queste elezioni e, soprattutto, foriera di implicazioni problematiche per il futuro dell'Esecutivo di coalizione nazionale. La questione, già oggetto di un conflitto politico-costituzionale senza precedenti con Madrid⁴, si è riproposta a distanza di tre anni con elementi di complicazione e tensione ulteriori dovuti, in particolare, alla detenzione dei politici catalani condannati, per i reati di sedizione e malversazione dei fondi pubblici, a 13 anni di reclusione dalla sentenza n. 459/2019⁵; alla pressante richiesta politica per ottenere l'indulto per tali detenuti; alla

¹ Per una consultazione dei dati elettorali si rinvia ai *resultats definitius* in Parlament2021.cat

² Parla espressamente di vittoria dell'astensionismo A. Branchadell, *La victoria de la desafección*, in *El País* del 21 febbraio 2021. Egli osserva come l'astensione, benché prevedibile, non possa essere attribuita unicamente alla pandemia ma anche alla disaffezione verso la politica catalana. A riprova di ciò evidenzia come mentre nelle elezioni svoltesi nel luglio scorso in Galizia e nel Paese Basco si sia registrato un calo della partecipazione elettorale abbastanza contenuto (di circa il 5% in Galizia e di poco più del 9% nel Paese Basco), in Catalogna, invece, l'abbassamento è stato pari al 26%, passando da un'affluenza del 79% al 53,5%.

³ Per una ricostruzione della vicenda M. Aragon Reyes, *El desafío en Cataluña: Comentario constitucional*, in *Revista electronica de Estudios Internacionales*, n. 35, 2018; M. Azpitarte Sánchez, *La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y legislativa del año 2017*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n.112, 2018, pp. 147 ss; E. Alberti Rovira, *El conflicto de Cataluña como crisis constitucional*, in *Cuadernos Monográficos de teoría del estado, derecho público y historia constitucional*, n. 10, 2019, p. 301 ss. Nella dottrina italiana v. A. Mastromarino, *La dichiarazione di indipendenza della Catalogna*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2017; A. Di Martino, *Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018; G. Poggeschi, *La Catalogna: da nazione storica alla repubblica immaginaria*, Napoli, Editoriale Scientifica 2018; sia consentito anche il rinvio a L. Frosina, *La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione dell'articolo 155 Cost.*, in *Nomos*, n.3, 2017.

⁴ R. Blanco Valdés, *La rebelión del nacionalismo catalán provoca en España una gravísima crisis política y constitucional*, DPCE on line, n. 3, 2017, p. 441 ss., che parla di gravissima crisi politico-costituzionale; e E. Vírjala Foruria, *Golpe independentista al Estado constitucional de derecho*, in Forum DPCE on line-Catalogna, che la definisce la crisi costituzionale più importante dal tentato colpo di Stato del 23 febbraio del 1981

⁵ Per una analisi di questa sentenza si consenta il rinvio a L. Frosina, *Il conflitto catalano tra giustizia e politica*, n. 20, 2019. *Prime osservazioni sulla sentenza del Tribunale Supremo sul c.d. procés*, in *Federalismi.it*, 20, 2019.

rifondazione di JxCat e all'attivismo politico di Carles Puigdemont latitante a Bruxelles⁶; alla lenta rottura consumatosi tra Jxcat ed Erc; e infine, alla esistenza di profonde divergenze, sia tra i partiti del fronte unionista che di quello indipendentista, sulle modalità di gestione di un problema che, per come impostato e affrontato dalle forze politiche, non sembra trovare facilmente una possibilità di risoluzione condivisa nel quadro dello Stato di diritto democratico spagnolo.

La speranza riposta da molti in queste elezioni era che il tema della indipendenza potesse soccombere dinanzi alla necessità di concentrarsi sulla lotta al Covid-19, che nel corso dell'anno, oltre a produrre una crisi sanitaria ed economica devastante, ha contribuito ad alimentare divisioni e disuguaglianze sociali e territoriali profonde nel Paese. In realtà i problemi derivanti dall'emergenza sanitaria si sono aggiunti a quelli della frustrazione indipendentista creando un clima di sfiducia generale, scontento e di scontro nella Comunità autonoma, come dimostrano drasticamente le manifestazioni e le tensioni sociali esplose in queste settimane per protestare contro l'arresto del rapper Pablo Hasel⁷

La pandemia e la secessione sono stati, dunque, i due poli attorno ai quali si è giocata questa singolare competizione elettorale, che ha visto contrapporsi i temi della lotta al Covid-19 e della ricostruzione economica e sociale, da un lato, e quelli della indipendenza della Catalogna, mediante il dialogo e la negoziazione o l'unilateralismo, dall'altro. Temi che hanno monopolizzato il dibattito politico elettorale e che - come vedremo - non sono riusciti a prevalere l'uno sull'altro ma si sono neutralizzati a vicenda in un gioco a somma zero.

Queste notazioni preliminari aiutano a comprendere l'ampia mole di pressioni, aspettative, problemi politici e costituzionali collegati a questo incerto e controverso appuntamento elettorale, considerato "centrale" dalle forze politiche non soltanto per l'apertura di un nuovo ciclo politico in Catalogna, ma anche per la stabilità politica del Governo e la possibilità di risolvere definitivamente un problema persistente e lacerante come quello del secessionismo catalano. La questione territoriale catalana, al di là della pluralità delle posizioni politiche e costituzionali emerse in questi anni, è entrata da circa un decennio in modo preponderante nella vita politica del Paese e non dimostra di essere

⁶ Il 25 luglio 2020 è iniziato il processo di rifondazione di JxCat, conclusosi nel mese di ottobre dello stesso anno, che ha portato alla sua scissione con PdeCat e alla creazione di un nuovo soggetto politico guidato alla presidenza da Carles Puigdemont.

⁷ Nelle ultime settimane si sono scatenate ondate di manifestazioni e proteste violente a Barcellona e in altre città della Spagna per manifestare a favore di Pablo Hasel, il rapper spagnolo condannato dall'*Audencia Nacional* a nove mesi di carcere per il messaggio di esaltazione del terrorismo e le ingiurie alla Corona e alle istituzioni contenuti nei tweet da lui pubblicati e nei testi delle sue canzoni. Il giorno dell'arresto il rapper si è chiuso nell'Ufficio del Rettorato dell'Università di Lleida, dove è stato prelevato dai *Mossos d'Esquadra*, per dare maggiore risonanza all'evento. Il suo arresto ha aperto un vaso di pandora portando a galla tensioni sociali e riaprendo un ampio dibattito sulla libertà di espressione, che ha spinto il Governo Sánchez ad impegnarsi a modificare il Codice Penale per punire con il carcere soltanto i reati legati alla libertà di opinione che costituiscano un rischio per l'ordine pubblico.

recessiva nemmeno di fronte a un fenomeno di portata epocale e centrale per la vita dei cittadini come la pandemia prodotta dal Covid-19⁸.

2. Un appuntamento elettorale incerto e controverso

La scadenza naturale della XII legislatura catalana era prevista nel mese di dicembre 2021, ma la condanna di interdizione alle cariche pubbliche per il Presidente della Generalità, Quím Torra, ha accelerato la dinamica politica rendendo necessaria la indizione di elezioni anticipate nella Comunità autonoma. La vicenda elettorale ha preso, infatti, le mosse dalla nota [sentenza n.1208/2020](#), del 28 settembre 2020, con cui il Tribunale Supremo ha confermato l'inabilitazione alle cariche pubbliche per Quím Torra, giudicato colpevole di un reato di disobbedienza istituzionale⁹. Questa sentenza ha portato alla automatica destituzione di Torra e alla sua sostituzione alla presidenza della Generalità, mediante [decreto n.114/2020](#)¹⁰, con il vicepresidente Pere Aragonés, consigliere dell'Economia e Finanze e coordinatore nazionale di Erc¹¹. L'accertata impossibilità nei due mesi successivi di trovare una maggioranza parlamentare in grado di formare un Governo alternativo nella Comunità autonoma ha portato nel mese di dicembre all'approvazione del [decreto n. 147/2020](#)¹², per mezzo del quale è stato disposto lo scioglimento automatico del Parlamento catalano e sono state convocate le elezioni il 14 febbraio. La data di queste elezioni appariva tuttavia segnata da un velo di incertezza. Nel decreto se ne condizionava la celebrazione all'andamento della situazione epidemiologica e all'esistenza di garanzie sanitarie necessarie ad assicurarne il regolare svolgimento, senza pregiudicare la tutela del diritto alla salute della collettività.

Il 15 gennaio, a distanza di un mese dall'atteso appuntamento elettorale, il Governo catalano, dopo aver ottenuto il consenso dei partiti in Parlamento con la sola eccezione dei socialisti catalani, ha approvato il [decreto 1/202113](#), con cui ha sospeso le elezioni rinviandone la celebrazione al 30 maggio in ragione della emergenza sanitaria in corso e

⁸ Sulla centralità della questione catalana si v. M. Iacometti, *La "questione catalana": un passato che sempre ritorna?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed europeo*, n. 4, 2018, pp. 909-938. Sulle correlazioni esistenti tra la questione catalana e le dinamiche di governo si v. A. Mastromarino, *La Spagna dopo il voto: l'ombra catalana sul Governo, la prospettiva delle riforme*, in *DPCE-online*, 2, 2019, XI ss.

⁹ Il Tribunale Supremo ha confermato la condanna alla interdizione alle cariche pubbliche emessa in precedenza dal Tribunale Superiore di Giustizia Catalano nei confronti di Quím Torra, per aver commesso un reato di disobbedienza. Questi era stato ritenuto colpevole di tale reato perché si era rifiutato, durante la campagna elettorale per le elezioni politiche del 2019, di rimuovere dal Palazzo della Generalità i simboli esposti a favore dei *presos políticos*, contravvenendo a quanto ordinato dalla Giunta Elettorale Centrale. Per una ricostruzione della vicenda v. A. Mastromarino, *Un nuovo capitolo arricchisce la saga catalana: l'interdizione di Quím Torra*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp.408-411; M. Cecili, *Torra inabilitato, la Catalogna torna nel caos istituzionale e si avvia a nuove elezioni*, in *Diritti comparati*, del 5 ottobre 2020.

¹⁰ *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOCG)n. 8237A

¹¹ Per la ricostruzione di questa vicenda e della relativa sentenza si consenta il rinvio a L. Frosina, *La inestable estabilidad del II Gobierno Sánchez nella perdurante emergenza sanitaria*, cronache costituzionali dall'estero pubblicate nel n.3, 2020 di questa Rivista

¹² DOCG n. 8301

¹³ DOGC n. 8317

della necessità di garantirne la qualità democratica. Nel decreto si riteneva, infatti, che la celebrazione delle elezioni in quel contesto pandemico avrebbe potuto mettere a rischio il diritto alla salute e, soprattutto, pregiudicare l'esercizio del diritto di voto e la partecipazione politica piena di tutti i cittadini in condizioni di libertà e uguaglianza (con particolare riguardo ai malati di Covid-19), alterando il regolare svolgimento dell'intero processo elettorale e compromettendo la democraticità della votazione nel suo complesso.

Il decreto n. 1/2021 di rinvio delle elezioni è stato oggetto di plurimi ricorsi innanzi al Tribunale Superiore di Giustizia Catalano (TSJC), per fermare quella che è stata definita dalla *Fiscalía* catalana “una anormalità giuridica e istituzionale”¹⁴. Il Tribunale ha accolto i ricorsi ordinando dapprima la sospensione del decreto di rinvio, sotto forma di misura cautelare di massima urgenza¹⁵, e poi disponendo il 27 gennaio il suo annullamento definitivo con la [sentenza n. 121/2021](#), che ha posto fine alla incognita delle elezioni confermando definitivamente l'appuntamento elettorale del 14 febbraio. I giudici della sezione quinta del contenzioso amministrativo, chiamata a decidere sul ricorso n. 17/2021 per la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, sono pervenuti a tale decisione, ritenendo, anzitutto, che la decisione di sospensione e rinvio delle elezioni non trovasse alcun fondamento giuridico nel quadro normativo nazionale ed autonomico. Hanno ritenuto, poi, che non sussistesse l'elemento della imprevedibilità e non ricossero ragioni di carattere sanitario o elettorali tali da impedire l'effettivo svolgimento delle elezioni nel rispetto delle garanzie democratiche¹⁶, e come, anzi, lo svolgimento di queste elezioni fosse pienamente compatibile con la regolamentazione del nuovo stato di allarme che contempla espressamente la continuità dei processi elettorali nelle Comunità autonome¹⁷. Nella decisione giudiziaria ha pesato anche la valutazione della necessità di ripristinare un quadro di normalità democratica in Catalogna e di scongiurare il rischio di un eccessivo prolungamento di una situazione di precarietà nel funzionamento delle istituzioni democratiche. Alla luce di queste e altre considerazioni, i giudici sono pervenuti alla conclusione che sussistessero le necessarie garanzie di sicurezza sanitaria e di qualità democratica per lo svolgimento della giornata elettorale e che il rinvio, non giustificato da cause di forza maggiore, avrebbe comportato una lesione del diritto di voto.

La decisione del Tribunale se da un lato ha scontentato la maggior parte dei partiti politici e il Governo della Generalità, che ha parlato di un'inammissibile *judicialización* della lotta contro la pandemia, dall'altro, invece, ha pienamente soddisfatto il Partito socialista

¹⁴ *La Fiscalía defiende mantener el 14 F para evitar una “anormalidad institucional”*, in El País, del 29 gennaio 2021

¹⁵ I magistrati hanno deciso di sospendere in via cautelare il decreto di rinvio per “motivi di urgenza straordinaria” ed evitare che una decisione tardiva potesse produrre effetti irreversibili sulla convocazione elettorale del 14 febbraio, rendendone di fatto impossibile la celebrazione.

¹⁶ Parimenti, ad esempio, alla situazione di confinamento domiciliare vigente in piena emergenza pandemica durante il primo stato di allarme, che obbligò, nel mese di marzo scorso, a sospendere e rinviare le elezioni nel Paese Basco e in Galizia.

¹⁷ La disposizione addizionale unica del Regio Decreto 926/2020, inclusa come disposizione addizionale prima nel Regio Decreto 956/2020, prevede che: “La vigencia del estado de alarma no impedirá el desenvolvimiento ni la realización de las actuaciones electorales precisas para la celebración de elecciones convocadas a parlamentos de comunidades autónomas”

catalano che leggeva in questo rinvio elettorale un inaccettabile attacco alla democrazia e una volontà politica di cambiare le regole del gioco per depotenziare la sua posizione elettorale e, soprattutto, la candidatura di Salvador Illa. Quest'ultimo, pochi giorni prima dell'inizio della campagna elettorale, si è dimesso dalla carica di Ministro della Sanità per dedicarsi a pieno alla competizione per concorrere alla presidenza della Generalità.

3. Chi ha vinto le elezioni? Una vittoria condivisa tra socialisti, indipendentisti e astensionisti.

Il 29 gennaio è iniziata, dunque, una campagna elettorale che si è contraddistinta, nei suoi tratti principali, per lo svolgimento di “comizi digitali”, la notorietà della candidatura socialista di Salvador Illa, le divisioni tra i partiti dell'indipendentismo, l'incertezza nelle preferenze di voto di una parte dell'elettorato, e infine, per i toni molto duri e aggressivi con cui è stata condotta dalle forze politiche.

La campagna elettorale è stata condizionata dal cd. effetto Illa¹⁸, che è riuscito a convogliare sulla sua candidatura il voto utile contrario all'indipendentismo, diffondendo sempre più tra gli indipendentisti la temuta percezione che un partito non *soberanista* potesse vincere le elezioni. Questo timore ha spinto, a pochissimi giorni dalla elezione, i partiti del blocco indipendentista (*Esquerra Republicana de Catalunya*, *Junts per Catalunya-JxCAT*, *Candidatura d'Unitat Popular -CUP*, e *Parti Demòcrata PDECat*), a ricompattarsi in un fronte unitario contro i socialisti siglando un accordo dal titolo “Sea cual sea la correlación de fuerzas surgida de las urnas, en ningún caso se pactará la formación de gobierno con el PSC”¹⁹. Si tratta di un accordo promosso dagli ex membri del segretariato dell'Assemblea Nazionale Catalana, privo di contenuti specifici, ma volto a porre un veto alla candidatura di Salvador Illa per impedire una sua possibile investitura alla presidenza della Generalità.

In questo clima di duro confronto politico si sono svolte, quindi, le attese elezioni nella Comunità autonoma. Le elezioni hanno registrato, come specificato in premessa, una bassissima affluenza elettorale, con un record di astensionismo pari al 48,71%, e un pluralismo partitico inedito che ha portato alla costituzione del Parlamento politicamente più frammentato della storia catalana.

¹⁸ Inaki Pardo Torregrosa, *El efecto Illa conduce al Psc hacia una victoria agridulce*, in *La Vanguardia* del 15 febbraio 2021.

¹⁹ Non si tratta di una formula di compromesso politico nuova per i partiti politici catalani. Già nel 2003 il Psc, Erc e Icv (i verdi) sottoscrissero il cd. “Pacto del Tinell” con il quale si impegnarono a non stringere accordi con il Partito popolare né nella Generalità né nel Parlamento, estromettendolo, quindi, da qualsiasi accordo parlamentare o governativo. Nel 2006 Artur Mas, candidato di CiU alla Generalità, si impegnò in forma scritta, dinanzi a un notaio, a non accordarsi con il Partito popolare in nessun caso, per cercare di recuperare piena credibilità davanti a quella parte dell'elettorato più nazionalista dopo tre anni di sintonia con il Pp

Questi sono i dati più chiari di un risultato elettorale complesso, che si presta a molteplici letture, ed evidenzia l'esistenza di più vincitori e vinti, o, perlomeno, di più partiti che si ritengono tali per diverse ragioni politiche.

Indiscusso è il primato assoluto dei socialisti catalani quale partito più votato all'interno della Comunità autonoma. L'effetto Illa ha dato i suoi frutti, permettendo ai socialisti catalani di conquistare 33 seggi, con il 23% dei voti, e di convertirsi, così, nel primo partito del *Parlament*, raddoppiando quasi interamente la percentuale di voti (13,8%) e seggi (17) rispetto alle passate elezioni.

Indiscussa, tuttavia, appare anche la vittoria alle urne dell'indipendentismo catalano²⁰. L'agognato primato dei socialisti è stato in parte oscurato dal traguardo raggiunto congiuntamente dai partiti dell'indipendentismo, che hanno rafforzato la maggioranza di voti (48,05%) e seggi (74) superando, così, la soglia della maggioranza assoluta nel *Parlament*. All'interno del blocco indipendentista il primo posto è andato ad Erc che, con il 21,3% dei voti e 33 seggi, ha sconfitto il suo principale antagonista, JxCat, rimasto con il 20,07% a quota 32 seggi. Il sorpasso dei repubblicani indipendentisti, guidati da Pere Aragonés e dalla figura simbolo della lotta alla indipendenza di Oriol Junqueras, nonché interlocutori parlamentari privilegiati del Governo di coalizione nazionale, implica il prevalere della linea più moderata e dialogante dell'indipendentismo rispetto alla via dell'unilateralismo propugnata da JxCat. Quest'ultimo, guidato in queste elezioni dalla Professoressa Laura Borrás e sostenuto all'estero dal *Consell de la República* di Carles Puigdemont, sostiene la necessità di seguire la strada dell'unilateralismo approvando direttamente una dichiarazione unilaterale di indipendenza (DUI) e ponendo in atto la resistenza e la disobbedienza istituzionale. Posizione questa condivisa, in parte, da un altro importante protagonista politico del fronte indipendentista, il partito radicale e anticapitalista della CUP, che in queste elezioni ha incrementato il numero di voti (dal 4,45 al 6,67%) e seggi (da 4 a 9 deputati), guadagnando così una posizione chiave per la formazione di un eventuale governo indipendentista a guida repubblicana. Per i radicali della CUP la via unilaterale rimane l'opzione a cui ricorrere soltanto nel caso in cui non si giunga ad un accordo con lo Stato sulla celebrazione di un referendum vincolante sulla indipendenza, nella prospettiva irrinunciabile di procedere verso la costituzione della Repubblica catalana.

Le divisioni e le fratture tra le forze politiche indipendentiste, che hanno partecipato a queste elezioni con programmi e strategie differenti, dovrebbero ricompattarsi attorno alla figura di Pere Aragonés, che aspira a formare un Governo "ampio", fondato su una base programmatica condivisa che sostenga il diritto all'autodeterminazione e un piano di amnistia e indulto per la scarcerazione dei politici indipendentisti. Questo Governo,

²⁰ Sugli effetti distorsivi del sistema elettorale, che tende a sovrappresentare le province pro-indipendentiste, in assenza di un meccanismo di aggiornamento dei seggi al variare della popolazione tra province, si rinvia, in particolare, a S. Ceccanti, *Catalogna e Spagna al momento senza uscita*, DPCE-online, n.4, 2017, che parla di una sovrarappresentazione stabile del 5%.

secondo la strategia programmatica enunciata, dovrebbe condurre, “nel migliore degli scenari”, a un referendum negoziato con il livello statale per decidere in merito alla costituzione della Repubblica catalana. Per percorrere tale strada, i partiti indipendentisti intendono avvalersi anche del sostegno politico esterno di PdeCat, partito moderato costituitosi dalla scissione con JxCat, il quale, sebbene non sia riuscito a conquistare seggi, contribuisce, con i suoi 77.229 voti, a superare la soglia del 50% ascrivibile al fronte indipendentista²¹.

Nel fronte opposto dei cd. unionisti, oltre alla vittoria elettorale dei socialisti catalani, va segnalata l'ascesa del partito dell'estrema destra neofranchista di Vox, che ha fatto il suo primo ingresso nel Parlamento catalano con il 7,67% dei voti e 11 seggi, collocandosi al quarto posto e staccando di gran lunga i due principali contendenti politici del Pp e *Ciutadans*. Quest'ultimo, in particolare, ha subito un tracollo nella Comunità autonoma, dove era risultato invece vincitore nelle passate elezioni, con una drastica perdita di voti e parlamentari (da 25,37% a 5,58%; e da 30 a 6 deputati) che lo ha collocato in penultima posizione. È riuscito a superare soltanto il Pp che ha registrato il suo peggior risultato elettorale fermandosi a 3 seggi. Il partito sovranista-populista di Vox, emblema dell'opposizione integrale al separatismo, si è aggiudicato, quindi, un primato indiscusso nell'area della destra conservatrice.

Sostanzialmente invariato è rimasto, invece, il risultato di *En Comú Podem*, che è riuscito a invertire il trend negativo registrato nelle ultime elezioni nel Paese Basco e in Galizia, confermando gli 8 seggi della passata legislatura nella Comunità autonoma. La posizione di questo partito è tuttavia divenuta strategica per la formazione del nuovo Governo, sia perché i comuni sostengono una linea abbastanza moderata fondata sulla richiesta dell'indulto e del diritto all'autodeterminazione, sia perché fanno parte del Governo di coalizione a livello nazionale e, quindi, rappresentano gli interlocutori privilegiati del Partito socialista catalano.

All'interno del blocco unionista (costituito, dunque, da Psc, Vox, *En Comú Podem*, *Ciutadans* e Pp), che somma complessivamente 61 seggi nel *Parlament*, le divisioni e le fratture sono ancora più consistenti rispetto al blocco indipendentista. Alla linea dura contraria a ogni forma di negoziazione e apertura al problema indipendentista sostenuta dai partiti di destra, si contrappone quella più morbida dei socialisti e dei comuni favorevoli alla riapertura del dialogo bilaterale tra Madrid e Barcellona, seppur con alcune differenze di non poco conto. Mentre i socialisti sono favorevoli a una risoluzione del problema catalano che passi per una riforma costituzionale in senso federale asimmetrico dello Stato

²¹ Al netto dell'elevato tasso di astensionismo, si tratta di uno dei migliori risultati conseguiti dai partiti indipendentisti. I partiti hanno ottenuto complessivamente 4 seggi in più rispetto alle elezioni del 2017 e 2 seggi in più rispetto a quelle del 2015, rafforzando, sia pur di poco, la percentuale di voti. Il traguardo di 74 seggi era stato raggiunto nel 2012, e superato soltanto nel 2010 con il record di 76 deputati, quando il partito nazionalista di CiU, guidato da Artur Mas, si aggiudicò la vittoria negli anni cruciali dell'avvio del processo indipendentista.

autonomico, che riconosca la plurinazionalità, e finanche “la territorialización del sistema de gobierno del poder judicial”; i comuni aspirano a concordare la celebrazione di un referendum e pervenire ad una riforma che riconosca la Spagna come “Stato plurinazionale” e il diritto di autodeterminazione della Catalogna come nazione.

Questi dati spiegano perché non sia così facile decodificare un risultato elettorale che non si presta ad una interpretazione univoca. I risultati commentati evidenziano, piuttosto, le ragioni della pluralità di vittorie ascrivibili a tali elezioni, così come le contraddizioni ad esse sottese, che rischiano, nella maggioranza dei casi, di ridurre o neutralizzare a vicenda i vantaggi conseguiti. I socialisti catalani, vincitori effettivi delle elezioni per numero di voti, non sono riusciti a superare Erc nel numero di seggi; questi ultimi hanno ottenuto il primato nel blocco indipendentista conquistando soltanto un seggio in più rispetto a JxCat; la CUP invece ha rafforzato la sua posizione divenendo un partito chiave per la formazione di un Governo indipendentista; gli indipendentisti parlano di una vittoria storica dell'indipendentismo sancita dalla maggioranza assoluta di voti (compresi quelli di PdeCat) e seggi; i socialisti parlano di vittoria delle sinistre e aspirano a formare un Governo progressista; Vox, infine, si afferma come vincitore indiscusso tra i partiti di destra autodichiarandosi unica alternativa valida al separatismo e al cd. *sanchismo*; alcuni commentatori politici sostengono, infine, che i veri vincitori di queste elezioni siano stati l'astensionismo e la disaffezione politica.

4. *Il nuovo Governo catalano: i possibili scenari*

Con questi risultati elettorali e il prevalere di tali logiche interpretative, quali scenari si aprono, dunque, per la formazione del nuovo Governo in Catalogna? La vittoria di un partito non *soberanista* non rappresenta una novità nella storia recente della Comunità autonoma, ma replica, piuttosto, uno schema inveratosi nelle passate elezioni quando *Ciutadans* aveva conquistato il primato parlamentare. Nella scorsa legislatura, tuttavia, la leader del partito, Irene Arrimadas, non avendo la forza politica per candidarsi alla Generalità, aveva lasciato il passo alla formazione di un Governo indipendentista costituitosi, non senza ritardi e difficoltà, sotto la presidenza di Quím Torra. Il socialista Illa ha invece dichiarato sin da subito di volersi presentare, in qualità di candidato del partito vincitore delle elezioni, alla sessione di investitura che dovrà celebrarsi nella seconda metà del mese di marzo.

Gli scenari astrattamente possibili per costituire un Governo maggioritario politicamente omogeneo nella Comunità autonoma sono due: a) un Governo di coalizione indipendentista diretto dai repubblicani di Erc; b) un Governo di coalizione delle sinistre di stampo progressista guidato dai socialisti. Nella prassi, tuttavia, si riscontrano diverse

difficoltà per la realizzazione di entrambe le ipotesi, ma soprattutto sembrano essersi create delle condizioni impeditive per la fattibilità della seconda.

La prima opzione, che le forze politiche stanno tentando di costruire nelle negoziazioni successive alle elezioni, si fonda su una riedizione rinnovata dell'accordo *soberanista* tra Erc e JxCat per la costituzione di un Governo independentista guidato dai repubblicani e appoggiato, internamente o esternamente, dalla CUP. La soluzione di un Governo di coalizione interamente secessionista, fondata su ragioni di pragmatismo politico, deve fare i conti, però, con le divisioni tra i partiti independentisti già esplose con dirompenza nella passata legislatura. Divisioni che si sostanziano nella distanza ideologica e programmatica e, soprattutto, nella diversità di strategie prospettate per conseguire l'autodeterminazione e l'indulto che rappresentano, ad oggi, i principali obiettivi programmatici comuni²². L'ambizione dei repubblicani sarebbe quella di costituire un governo "ampio", che includa anche "i comuni", per rafforzare la posizione della sinistra all'interno della coalizione di governo independentista. Questa soluzione si scontra, tuttavia, con la resistenza espressa finora da *En Comun* e JxCat per la costituzione di un Governo in comune.

La soluzione di un Governo delle sinistre, non nuova alla politica catalana come dimostrano le parentesi dei Governi di Pasqual Maragall (2003 - 2006) e José Montilla (2006-2010), si scontra, invece, con i solidi veti incrociati posti dai socialisti e repubblicani e non sembra, quindi, avere concrete possibilità di prosperare. Erc, come anzidetto, si è impegnato con la sottoscrizione di un documento a non negoziare un Governo con il Psc, e, quest'ultimo, si è dichiarato contrario a governare con un partito sostenitore dell'indipendenza. L'aspirazione socialista sarebbe quella di reiterare la formula coalizionale seguita a livello nazionale tra Sánchez-Iglesias, siglando una alleanza con i "comuni", ma tale soluzione non sembra percorribile perché supporrebbe la costituzione di un Governo minoritario, sostenuto da soli 41 deputati, privo, dunque, dei numeri sufficienti per governare e costretto a ricercare costantemente appoggi per qualsiasi progetto o iniziativa politica. Soluzione, quest'ultima, che diventa impraticabile in un contesto parlamentare in cui, oltre all'opposizione conclamata del fronte independentista al partito socialista, si affianca quella dei partiti della destra antindependentista che si sono dichiarati contrari all'investitura di Salvador Illa.

Infine, un'altra alternativa tecnicamente possibile, proposta e sostenuta dai "comuni" in queste prime settimane di negoziazione, è quella di un Governo bipartitico minoritario composto da questi ultimi ed Erc, guidato da Aragonés, e appoggiato esternamente dai socialisti catalani. Anche questa soluzione, tuttavia, non supera l'opposizione espressa dai

²² Già nelle settimane successive alle elezioni la negoziazione tra Erc, JxCat e la CUP si sta facendo particolarmente complessa, soprattutto a causa delle proteste e dei duri scontri scoppiati nella regione per la vicenda della carcerazione del rapper Pablo Hasel. La CUP ha condizionato il suo appoggio a un governo di coalizione independentista ad una immediata riforma del modello dei Mossos d'Esquadra, che preveda anzitutto il divieto di utilizzo dei proiettili di foam. Tra le altre condizioni la CUP ha posto un piano di sostegno sociale per i soggetti più colpiti dalla crisi e la celebrazione del referendum di autodeterminazione.

socialisti al sostegno di un Governo guidato da un presidente indipendentista. Secondo alcuni analisti politici, i socialisti potrebbero accettare, *in extremis*, questa soluzione per scongiurare il rischio di un Governo interamente secessionista, o, ancor peggio, il ricorso a nuove elezioni in assenza di una maggioranza parlamentare.

Le incognite per la formazione del nuovo Governo dovrebbero sciogliersi entro il 12 marzo, termine ultimo previsto per la sessione costitutiva del *Parlament* ed entro il quale le forze politiche aspirano a concludere gli accordi per la investitura. In quella sessione sarà eletto il Presidente del Parlamento, che sarà chiamato, successivamente, a operare le consultazioni con i leader delle forze politiche con rappresentanza parlamentare per designare il candidato alla Presidenza della Generalità in grado di ottenere il sostegno parlamentare più ampio possibile²³.

5. ...e le possibili evoluzioni del conflitto tra secessione, costituzionalismo e federalismo

Comunque si concluderà il processo di formazione del nuovo Governo nella Comunità autonoma²⁴, il problema territoriale-secessionista sembra destinato a riproporsi nella vita politico-costituzionale del Paese, senza che si prospetti all'orizzonte una facile via di risoluzione.

I partiti indipendentisti continuano a rivendicare un diritto alla autodeterminazione, quale diritto rivolto a promuovere e a consumare una secessione negoziata o unilaterale dallo Stato spagnolo, compiendo quella che il Tribunale Supremo ha definito nella sentenza sul *procés* una “falsificazione” della realtà giuridica, ovvero quella che è stata definita da alcuna dottrina con la fortunata espressione di *fake ius*²⁵. La versione interpretativa del diritto all'autodeterminazione fornita dagli indipendentisti, quale *ius secessionis* privo di qualsiasi presupposto giustificativo, non trova infatti profili di legittimazione nella Costituzione spagnola²⁶, che consacra piuttosto i principi della sovranità popolare e della indissolubile unità della Nazione spagnola (artt. 1 e 2 Cost). Non trova fondamento nemmeno nel diritto internazionale, che tutela prioritariamente la

²³ V. art. 4, secondo comma, della *Ley 13/2008, de 5 noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno*, in DOGC, 5256, del 12 novembre 2008-

²⁴ Di questo processo si terrà conto nelle prossime cronache costituzionali dall'estero che saranno pubblicate nel n.1/2021 della Rivista

²⁵ Questa espressione si deve a Ruiz-Rico Ruiz, *Crisis territorial en Cataluña y apariencia jurídica: ¿Posverdad o posconstitucionalismo?* Ponencia presentada en el XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Málaga, abril de 2018

²⁶ Il diritto di autodeterminazione come *ius secessionis* fu espressamente escluso dal costituente spagnolo dalla dichiarazione dei diritti contenuta nel testo costituzionale. A tal proposito va ricordato che il 21 luglio del 1978 il Congresso dei Deputati respinse a larga maggioranza l'emendamento presentato dal deputato basco, Letamendía Belzunce, per incorporare il diritto all'autodeterminazione nella Costituzione, che prevedeva un procedimento per ottenere la secessione sulla base di una richiesta maggioritaria formulata dagli abitanti della regione. Cfr. J. Solé Tura, M. Carrillo (a cura di M. Della Morte-M. A Gliatta), *Nazionalità e nazionalismo in Spagna, Autonomie federalismo e autodeterminazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 115

integrità territoriale degli Stati, e si orienta nella direzione del non riconoscimento di un diritto alla secessione internazionalmente protetto e nella limitata applicazione dell'autodeterminazione in chiave secessionista. E, infine, non trova un riconoscimento nel diritto dell'Unione europea, che tutela piuttosto la identità nazionale e la salvaguardia della integrità territoriale degli Stati membri (art.4.2. TUE), e che, in occasione del tentativo secessionista catalano del 2017, ha mantenuto una posizione di neutralità e non interventismo denunciando soltanto una violazione della legalità costituzionale internamente all'ordinamento spagnolo.

I partiti indipendentisti continuano a perorare la causa di un referendum autonomico di natura indipendentista da negoziare con lo Stato centrale, strada che non trova un fondamento nel diritto costituzionale e legislativo spagnolo e che, durante gli anni del *procés*, è stata già intentata senza successo dalle istituzioni catalane. Non stupisce infatti che un istituto come il referendum autonomico di stampo secessionista abbia incontrato difficoltà a penetrare in un ordinamento che- come quello spagnolo- si fonda principalmente, tanto per motivi di prudenza storica che politica²⁷, sulla democrazia rappresentativa e soltanto in via marginale sulla democrazia diretta²⁸. In questi anni il Tribunale Costituzionale è intervenuto a più riprese su questi temi ribadendo, con una corposa giurisprudenza, le importanti differenze concettuali tra sovranità e autonomia, potere costituente e potere costituito, consultazioni referendarie e non referendarie, democrazia diretta e democrazia partecipativa²⁹. Nella nota sentenza n. 42/2014 di massima apertura rispetto al problema secessionista, quando il *procés* provava ancora a muoversi in un quadro di legalità costituzionale, il Tribunale Costituzionale ha confermato l'illegittimità costituzionale di un referendum autonomico sul tema dell'indipendenza convocato unilateralmente dalle Comunità autonome, insistendo sugli argomenti della incompetenza formale e materiale e, soprattutto, sulla indisponibilità della materia della unità territoriale riservata, in caso, al legislatore costituzionale³⁰. Va ricordato, infatti, che in quella stessa sentenza, nell'intento di offrire delle soluzioni perlomeno teoriche al problema secessionista, il giudice costituzionale ha fornito delle importanti svolte interpretative su talune questioni fondamentali. Ha definito il cd. *derecho a decidir* una aspirazione politica legittima nel rispetto “dei principi di legittimità democratica, pluralismo e legalità”; e ha interpretato, altresì, la “lealtà costituzionale” come un principio che obbliga le *Cortes Generales* a prendere in considerazione un'iniziativa di riforma costituzionale di un'Assemblea legislativa autonoma sulla questione secessionista. Infine, ha confermato la possibilità di ricorrere astrattamente alla revisione costituzionale, nella

²⁷ J. De Miguel Bárcena, *El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n.113, 2018, p. 141

²⁸ Cfr. in particolare, STC nn. 119/1995 e 103/2008

²⁹ Cfr., in particolare, STC nn. 31, 32, 138 del 2015. Sottolinea questo aspetto A. Di Martino, *Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive*, *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, p. 87.

³⁰ STC nn. 31/2015, FJ 6; 138/2015, FJ 3, e prima STC nn. 103/2008, FJ 4.

sua versione totale (art. 168 Cost.), attingendo a pieno a quell'orientamento interpretativo che insiste sull'inesistenza di clausole di intangibilità e di “un modello di democrazia militante”³¹, secondo il quale la revisione costituzionale non incontra limiti materiali espliciti nell'ordinamento spagnolo, sempre a condizione che si compia nel rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali. L'orientamento seguito del Tribunale Costituzionale, che si è trovato a farsi carico della generale inerzia politica sulla *cuestión catalana*, è stato, dunque, quello di confermare l'articolo 168 Cost. quale architrave costituzionale per la risoluzione di problemi territoriali anche gravi³², fornendo una via di fuga, perlomeno teorica, alla problematica secessionista catalana, e insistendo sulla interpretazione della revisione costituzionale nella sua versione totale quale forma di “potere costituente costituzionalizzato”³³. Approccio interpretativo che non è andato mutando nemmeno nell'ultima e più critica fase del *procés* segnata da una involuzione del tutto incostituzionale verso l'unilateralismo del secessionismo catalano. Benché in questa fase il Tribunale abbia assunto posizioni molto più severe e restrittive per difendere la legalità costituzionale dalla presunta legittimazione democratica e dal volontarismo democratico fermamente sostenuti dall'indipendentismo³⁴, non si sono registrate variazioni sostanziali nel consolidato impianto interpretativo sulla revisione costituzionale. L'articolo 168 rimane quindi, con tutti i limiti dovuti alla sua difficile praticabilità politica, il principale ancoraggio costituzionale per la risoluzione dei problemi collegati al pluralismo territoriale, e finanche alla secessione, nello Stato di diritto democratico costituzionale spagnolo.³⁵

La revisione costituzionale è anche la strada sostenuta da alcune forze politiche nazionali e autonome, in particolare dal partito socialista nazionale e catalano, per pervenire alla risoluzione di quei problemi strutturali e di quelle tensioni territoriali, specie di natura identitaria e nazionalista, che affliggono da anni lo Stato autonomo, destabilizzandone e compromettendone il suo efficace funzionamento costituzionale. Il partito socialista catalano ha parlato, durante questa campagna elettorale, di conversione dello Stato autonomo in un modello di federalismo plurinazionale e asimmetrico, che riconosca le singolarità della nazione catalana e gli elementi di asimmetria nel quadro di una Spagna rifondata come *Nación de Naciones*. La conversione costituzionale in senso federal-asimmetrico del modello autonomo è, d'altronde, una prospettiva di cui si discute

³¹ Come osserva il Tribunale Costituzionale non esiste “un nucleo normativo inaccessibile alla revisione costituzionale” STC 31/2009, FJ 13

³² J. De Miguel Bárcena, *cit.*, p. 138

³³ V. STC 259/2015, FJ 5 e 103/2008, FJ 4.

³⁴ Sulla falsa contrapposizione tra legittimazione democratica e legalità costituzionale v. A. Di Martino, *cit.*, p. 76

³⁵ Per una ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul *procés* si rinvia, in particolare, a J. M. Castellà i Andreu, *Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 37, 2016, pp. 561-592; J. De Miguel Bárcena, *cit.*, p. 133 ss.

già da anni nella dottrina costituzionalistica spagnola³⁶ e che attualmente, pur nella pluralità delle posizioni presenti nel dibattito giuridico, che non escludono in alcuni casi nemmeno l'ipotesi secessionista³⁷, risulta parzialmente condivisa per cercare di risolvere la questione catalana, o altre eventuali questioni simili di matrice *soberanista*³⁸, così come per superare il lungo immobilismo costituzionale nella chiusura del modello autonomico.

Le difficoltà di operare una mediazione e trovare un punto di incontro tra le ragioni dell'autodeterminazione secessionista, da un lato, e il federalismo asimmetrico e plurinazionale, dall'altro, sono evidenti e richiederanno un immenso sforzo di dialogo, "leale collaborazione", e compromesso politico tra il Governo statale e la Generalità catalana, che dovrebbero riprendere le negoziazioni nel quadro della cd. *Mesa de Diálogo, Negociación y acuerdo para la resolución del conflicto*³⁹ dopo la lunga interruzione dovuta alla pandemia. Secessione, referendum, revisione costituzionale e asimmetria territoriale rimangono i punti nodali e le incognite di questa incerta e complessa negoziazione, orientata a ricomporre e a riassorbire, entro i binari del costituzionalismo⁴⁰ e del federalismo, il conflitto secessionista catalano, che, come confermano queste ultime elezioni, non sembra un problema ulteriormente procrastinabile all'interno dello Stato democratico pluralista spagnolo.

³⁶ Cfr., solo per citare qualche riferimento bibliografico, E. Fossas, F. Requejo, (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*. Madrid, Trotta, 1999. M. Caminal, *El federalismo pluralista: del federalismo nacional al federalismo plurinacional*, Barcelona, Paidós, 2002; L. Moreno, *La federalización de la España plural*, in *Revista D'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 8, 2009, pp. 119-143.

³⁷ B. Aláez Corral, F. J. Bastida Freijedo, *Constitutionalizing Secession in Order to Harmonize Constitutionality and Democracy in Territorial Decentralized States Like Spain*, in A. López-Basaguren, L. Escajedo San-Epifanio, *Claims for Secession and Federalism. A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Switzerland, Springer, 2019, p. 263 ss.

³⁸ Sulla opportunità di una revisione costituzionale per la risoluzione della questione catalana v. più di recente, in particolare, J. F. López Aguilar, *Cuestión catalana y crisis constitucional*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 37, 2016, p. 273 ss. G. Cámara Villar, *La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión clave para la reforma constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018, spec.p. 419 ss.

³⁹ La istituzione di questa Mesa è stata prevista nell'ambito dell'accordo per la investitura di Sanchez raggiunto tra Erc e il Psoe agli inizi del mese di febbraio 2020 dal titolo [Acuerdo para la creación de una mesa entre el Gobierno de España y el Govern de de la Generalitat de Catalunya para la resolución del conflicto político](#)

⁴⁰ Sul valore guida del costituzionalismo e sulla necessità di un suo rilancio anche all'interno degli Stati democratico costituzionali contemporanei si rinvia, da ultimo, alle considerazioni di F. Lanchester, *Costituzioni sotto sforzo. Tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi di garanzia*, Milano, Cedam, Wolters Kluwer, 2020, *passim*.



Rosa Iannaccone*

La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo**

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Brevi cenni sull'origine del processo costituente cileno. 3. Il *plebiscito nacional* e la sua regolamentazione. 4. L'elezione dei *Convencionales Constituyentes*. 5. Le Cronache dalla Convezione Costituente cilena

1. Premessa

In un contesto in cui è pacifico affermare che la democrazia sia, sotto numerosi aspetti e in maniera generalizzata, in crisi, l'attuale processo costituente cileno appare interessante da diversi punti di vista, che saranno concisamente illustrati in questo articolo.

Alla luce di ciò, si è deciso di avviare un peculiare percorso di analisi di tale evento nell'ambito della sezione "Cronache" della Rivista *Nomos. Le attualità nel diritto*.

2. Brevi cenni sull'origine del processo costituente cileno.

La richiesta di una nuova Costituzione in Cile non è recente, ma è possibile individuarne le motivazioni nella dittatura militare di Augusto Pinochet, in una concordata e forse non pienamente compiuta transizione alla democrazia e, soprattutto, nella *Constitución Política de la República de Chile* del 1980.¹ Quest'ultima, entrata in vigore dopo la fine ufficiale della dittatura ma elaborata da quest'ultima, non può essere definita realmente democratica in quanto è stata ispirata ad un modello di democrazia protetta e ha reso il Cile una "democrazia semi sovrana" caratterizzata da istituzioni che hanno limitato il potere delle autorità elette dal popolo. La Legge fondamentale, infatti, è stata il culmine di una rivoluzione restauratrice – reattiva alla "*vía chilena al socialismo*" intrapresa dal governo Allende nel 1970 – e proprio per questo è stata concepita come un sistema di istituzioni caratterizzato da "*enclavos autoritarios*" e *instituciones "contramayoritarias"*, volte a mantenere inalterato lo *status quo* ereditato dal periodo dittatoriale.²

* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, "Sapienza" Università di Roma

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Si consenta il rinvio a R. IANNACCONI, "*Borrar todo tu legado será nuestro legado*": alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future, in *Nomos-le attualità nel diritto*, anticipazioni al n.1/2021

² F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, cit., 134 e ss.; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, Giappichelli, 2004, 116 -117; AA. VV., *A cincuenta años del triunfo de Allende y la Unidad Popular*, Revista *Anales Séptima Serie*, n. 18, 2020.

Inoltre, dalle modalità con le quali è stata redatta ed è entrata in vigore, oltre che dal suo contenuto, è derivato un *deficit* di legittimità non solo del testo costituzionale ma anche dell'intero sistema politico-istituzionale. Proprio per questo motivo, si sono susseguite una serie di riforme, a partire dal 1989, volte ad eliminare i dispositivi antidemocratici. Inoltre, la mancata legittimazione originaria della CPR è stata, in parte superata, anche grazie ad una corretta pratica democratica e a buoni risultati economici. Nonostante ciò non sono state realmente affrontate alcune questioni controverse³, e, dopo le riforme che possono essere definite di “prima generazione”, nel dibattito costituzionale cileno è stata avvertita l'esigenza di avviare un secondo ciclo di riforme, definite, appunto, di “seconda generazione”. Quest'ultimo è coinciso con la richiesta di una nuova Costituzione e ha posto, oltre il definitivo superamento dell'eredità autoritaria, anche temi che non erano stati considerati precedentemente quali il decentramento, il regime politico, il controllo orizzontale dei poteri, l'inclusione della società nei meccanismi decisionali, i diritti economici e sociali e la tutela delle fasce discriminate della popolazione.⁴

Il discorso riguardante una nuova Costituzione ha avuto un impulso decisivo con l'elezione, il **15 dicembre 2013**, della candidata socialista Michelle Bachelet, il [testo](#) – elaborato attraverso un percorso di partecipazione popolare ma redatto esclusivamente dal governo –, però, non fu approvato dal Congresso Nazionale a causa dell'opposizione del centro-destra cileno.⁵ Con la successiva presidenza di Sebastián Piñera, iniziata il **10 marzo 2018**, il processo costituente sembrava archiviato, ma la proposta di una nuova Costituzione è riapparsa nel dibattito pubblico in seguito alla rivolta dell'**ottobre 2019**, il cosiddetto “*estallido social*”, scoppiata a causa dell'aumento del costo del biglietto della metro di Santiago e allargatasi rapidamente a tutto il Paese.⁶ L'“*estallido*” è stato una manifestazione per una vita degna e per il rispetto dei diritti umani e una risposta al malcontento causato dall'origine autoritaria e illegittima della Costituzione del 1980, da un sistema neoliberale deficitario di diritti economici e sociali e da un sistema politico elitario.

La portata di tale manifestazione ha spinto i rappresentanti della maggior parte dei partiti politici a riunirsi, il **14 novembre 2019**, e a sottoscrivere, il giorno seguente, l'“[Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución](#)” che prevedeva lo svolgimento di un *plebiscito nacional* in cui i cittadini avrebbero deciso non solo sulla redazione di un nuovo testo costituzionale ma anche, in caso di esito positivo, se ciò sarebbe avvenuto attraverso un organo composto per metà da parlamentari e per metà da membri eletti, la *Convención Mixta Constitucional* o attraverso un'Assemblea completamente eletta, la *Convención Constitucional*.⁷ La differenza principale tra i due organi

³ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile* in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, 2020, 9 e ss.

⁴ C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional* in C. FUENTES (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Fuentes (editor), 2010, 81.

⁵ C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile* in Revista Anales, séptima serie, n. 10, 2016, p. 116; M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 10.

⁶ S. GREZ TOSO, *Rebelión popular y proceso constituyente en Chile* in AA. VV. *Chile despertó. Lecturas desde la Historia del estallido social de octubre*, Santiago, Universidad de Chile, 2019, p. 15.

⁷ C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)* in “Análisis Carolina”, n. 50, ottobre 2020, 2.

collegiali risiedeva nella loro composizione. In particolare, la Convenzione Costituente Mista sarebbe stata composta da 172 membri, metà parlamentari in carica – eletti in una sessione plenaria del Congresso – e metà eletti dai cittadini secondo le regole previste per l'elezione dei rappresentanti. I membri del Congresso eletti non avrebbero perso il loro mandato parlamentare, ma sarebbero stati esonerati dalla partecipazione alle commissioni e alle sessioni plenarie.⁸

3. *Il plebiscito nacional e la sua regolamentazione*

Il **24 dicembre 2019** è stata approvata la [Legge n. 21.200](#) che “*Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*” al fine di integrare nel testo costituzionale quanto previsto nell'Accordo di novembre. Tale legge ha fissato la data del referendum il **26 aprile 2020** e l'eventuale elezione dei membri dell'Assemblea Costituente – che indipendentemente dal tipo di assemblea si sarebbero chiamati “*Convencionales Constituyentes*” – in concomitanza con le elezioni dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali per l'anno 2020. A seguito della pandemia da Covid-19, il **26 marzo 2020**, il calendario è stato modificato attraverso la *Reforma constitucional que establece un nuevo itinerario electoral para el plebiscito constituyente y otros eventos electorales que indica* ([Legge n. 21.221](#)), per cui il plebiscito in entrata si è svolto il **25 ottobre 2020** e l'elezione dei membri del Congresso, dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali è stata rinviata all'**11 aprile 2021**.

Proprio il **25 ottobre** il [78,27%](#) dei cileni si è dichiarato a favore dell'elaborazione di una nuova Carta fondamentale mentre il [78,99%](#) ha espresso la propria preferenza per la *Convención Constitucional*. Inoltre, appare necessario evidenziare che la partecipazione elettorale è stata di gran lunga superiore a quella registrata nelle precedenti tornate elettorali essendo stata pari a [7.569.082 votanti](#), tanto che il Presidente *del Consejo Directivo del Servicio Electoral*, Patricio Santamaría Mutis, ha [affermato](#) che si è trattato del più grande evento elettorale della storia del Cile, superando le percentuali antecedenti al 2012, quando il voto era obbligatorio, e persino quelle del plebiscito del 1988, in occasione del quale la maggioranza dei cileni si oppose alla candidatura di Augusto Pinochet come Presidente.

In base a quanto stabilito dalla *Ley no. 21.200*, la Convenzione Costituente dovrà elaborare e approvare un testo costituzionale, entro un termine massimo di 9 mesi dalla sua installazione – prorogabile solo per 3 mesi –; il Presidente dovrà convocare, entro 3 giorni dall'approvazione del testo, un “plebiscito costituzionale nazionale”. Spetterà, quindi, ai cittadini approvare o respingere il testo. Inoltre, a norma dell'art. 142 della predetta legge, il suffragio sarà obbligatorio per coloro che hanno un domicilio elettorale in Cile e i cittadini che non voteranno saranno puniti con una multa. Infine, nel caso in cui i cittadini dovessero approvare la proposta, l'attuale Costituzione sarà abrogata a partire dalla data di pubblicazione del nuovo testo, in caso contrario, rimarrà in vigore.

⁸ C. ZILLA, F. F. N. SCHREIBER, *The Constitutional Process in Chile. The South American Country Is Searching for a New Social Contract* in SWP Comment, n. 17, aprile 2020, 2

La riforma costituzionale del dicembre 2019 ha previsto, all'articolo 135, alcune disposizioni speciali volte a limitare l'organo costituente sia per quanto riguarda i suoi poteri nei confronti degli altri organi dello Stato che per quanto concerne la redazione del testo. Ha previsto, infatti, che la Convenzione e i suoi membri: non potranno intervenire né esercitare nessuna funzione o attribuzione appartenente ad altri organi o autorità (c. 1); non potranno attribuirsi l'esercizio della sovranità, dotandosi di poteri diversi da quelli previsti dalla Costituzione (c. 3); dovranno rispettare, inserendoli nel nuovo testo, il carattere di Repubblica dello Stato cileno, il suo regime democratico, il rispetto delle sentenze giudiziarie passate in giudicato, la giurisprudenza e i trattati vigenti ratificati dal Paese (c. 4). Inoltre, a norma del primo comma dell'articolo 136 (*De la reclamación*), non è stata attribuita a nessun organo terzo la competenza a giudicare nel merito i lavori della Convenzione Costituente e l'aderenza delle sue decisioni all'*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución* e alle leggi costituzionali emanate per la sua applicazione. Per quanto riguarda, invece, il funzionamento della Convenzione l'articolo 133 stabilisce che l'Assemblea si riunirà a giugno 2021, entro 15 giorni dall'entrata in vigore del decreto presidenziale che la convoca, in un luogo stabilito dal Presidente stesso o nella sede del Congresso (c. 1). Inoltre, durante la sua prima sessione dovrà eleggere, a maggioranza assoluta dei suoi membri, un Presidente e un Vicepresidente e dovrà approvare il suo regolamento a maggioranza dei due terzi dei suoi membri. La legge n. 21.200 prevede, anche, la possibilità, per almeno $\frac{1}{4}$ dei membri dell'Assemblea costituente, di interpellare la Corte Suprema in caso di violazione delle norme procedurali, contenute nella legge e negli accordi generali della Convenzione. A giudicare tali ricorsi, entro 5 giorni, saranno cinque membri della Corte Suprema, estratti a sorte, e la sentenza, che potrà solo eventualmente annullare l'atto, dovrà essere emanata entro dieci giorni dalla presentazione della questione. Contro le decisioni di cui al presente articolo non è ammessa alcuna azione o ricorso (art. 136).

La riforma costituzionale del 24 dicembre 2019 aveva lasciato in sospeso diverse questioni, sulle quali le parti non avevano raggiunto un accordo, per cui il **24 marzo 2020**, è stata promulgata la [Legge n. 21.216](#) che *Modifica la carta fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República*. Quest'ultima ha introdotto tre disposizioni transitorie con l'obiettivo di stabilire regole speciali volte a disciplinare i requisiti in materia di candidature indipendenti e di parità di genere. In particolare, la XXIX disposizione transitoria ha stabilito, al quarto comma, che *“cada candidato o candidata que conforme la lista, considerado individualmente, requerirá el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,4 por ciento de los que hubieren sufragado en el distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, con un tope de 1,5 por ciento por lista de quienes hubieren sufragado en el distrito electoral respectivo”*. Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto regolamentato da questa legge, ossia la parità di genere, è previsto che le liste dei partiti politici, dei patti elettorali o di quelli indipendenti, dovranno indicare, nell'ordine dei candidati in ogni circoscrizione elettorale, come primo nominativo quello di una donna seguito da quello di un uomo e mantenere tale alternanza. Il sistema previsto per l'elezione della Convenzione è, quindi, orientato al raggiungimento della parità di rappresentanza tra uomini e

donne, per cui nei distretti con un numero pari di seggi si eleggerà un numero uguale di uomini e donne, mentre nei distretti con un numero dispari di seggi, non potrà risultare una differenza tra uomini e donne superiore ad un seggio.

Il Cile ha colto un'altra opportunità storica decidendo di aprire uno spazio di dialogo con le popolazioni indigene, in caso contrario il Paese avrebbe perso la possibilità di realizzare un percorso realmente inclusivo e democratico promotore di una diversa concezione di rappresentanza, più complessa e attuale, che non può essere definita semplicemente come rappresentanza politica. È fondamentale, inoltre, tenere presente, da una parte, che, secondo il censimento realizzato nel 2017, una significativa parte della popolazione, il 12,5 %, si dichiara parte di uno dei popoli indigeni presenti in Cile⁹ e, dall'altra, il ruolo che tale frangia della popolazione ha avuto nel processo costituente cileno, attraverso un lungo percorso di rivendicazioni sociali – la “*revolución pingüina*” del 2006, la mobilitazione studentesca del 2011 e l’“*estallido social*” dell'ottobre 2019, solo per citarne le più recenti. Per di più il percorso intrapreso dai cileni si inserisce in una nuova ondata di costituzionalismo, definito *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in cui sono stati presenti per la prima volta nuovi soggetti e, in particolare, i movimenti sociali e i popoli indigeni, che ha come obiettivi principali cercare di risolvere il problema della disuguaglianza e instaurare un nuovo ordine politico, economico e sociale.¹⁰

La possibilità di prevedere alcuni seggi, alla Convenzione Costituente, riservati a questa parte della popolazione è stato, infatti, un tema fortemente presente nel dibattito, ma non regolamentato dalle riforme precedentemente illustrate ossia la prima riforma emanata in materia di *plebiscito nacional*, la legge n. 21.200 del 24 dicembre 2019, e la successiva legge n. 21.216 de 24 marzo 2020, relativa alla materia più propriamente elettorale. La [Ley 21.298](#) (*Modifica la Carta fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la convención constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes*), promulgata il **21 dicembre 2020**, ha risolto tale questione prevedendo che ci saranno 17 seggi per i popoli riconosciuti nella [Legge n. 19.253](#) (*Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena*): sette seggi per i Mapuche, due per gli Aymara e uno per ciascuno degli altri popoli vale a dire i Rapa Nui, i Quechua, gli Atacameño, i Diaguitas, i Collas, i Kawéskar, i Yaganes e i Changos. Spetterà al Servizio Elettorale (Servel) determinare quali saranno i distretti dedicati alle quote indigene prendendo in considerazione le aree con la più alta percentuale di popolazione indigena, secondo l'ultimo censimento, al netto dei distretti che eleggono solo tre membri del Congresso.

4. L'elezione dei Convencionales Constituyentes

⁹ C. HEISS, *¿Qué se juega en el plebiscito chileno del 25 de octubre? (y cómo llegamos hasta aquí)*, cit., 4.

¹⁰ R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano* in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, 20; A. MOLINA SÁNCHEZ, *Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo* in *Crítica Jurídica*, n. 35, gennaio/giugno 2013, 316.

L’**11 marzo**, data la situazione sanitaria, per incoraggiare la partecipazione dei cittadini al processo elettorale e per evitare la congestione dei seggi, il [Congresso](#) ha inviato all’Esecutivo un disegno di legge al fine di realizzare una modifica costituzionale volta, non solo ad introdurre regole speciali dovute alla diffusione della Covid-19, ma anche a prevedere lo svolgimento delle elezioni in due giorni, ossia l’**11** e il **12 aprile**, e non in uno, come stabilito precedentemente dal testo costituzionale. La settimana successiva, il **17 marzo**, è stata pubblicata la [Ley 21317](#) “*Amplía A dos días las próximas elecciones municipales, de Gobernadores regionales y de Convencionales Constituyentes, fija reglas especiales para su desarrollo, y señala inscripción de Candidaturas en los términos que indica*”.

Per quanto riguarda le regole speciali, rilevano particolarmente: la competenza del Consiglio Direttivo del Servizio Elettorale Cileno (SERVEL) ad emettere, con almeno venti giorni di anticipo, le norme e le istruzioni necessarie per lo svolgimento delle elezioni – come avvenuto il **20 marzo** –, le misure di custodia delle urne nella notte tra il 10 e l’11 aprile e l’incremento del compenso per i funzionari dei seggi elettorali. La legge, inoltre, ha incorporato nella Costituzione una quarantottesima disposizione transitoria. Quest’ultima prevede che le dichiarazioni di candidature indipendenti per la posizione di sindaco o governatore regionale, respinte da una decisione del *Tribunal Calificador de Elecciones*, per non aver soddisfatto il requisito di non essere affiliato a un partito politico alla data indicata nella trentaseiesima disposizione, sarebbero state registrate dal direttore regionale, nel corrispondente *Registro Especial de Candidaturas*, entro due giorni dalla pubblicazione della presente legge. Inoltre, è stato previsto che, contro tale registrazione, non potrà essere realizzata nessuna azione, appello o reclamo giudiziario.

Nonostante l’avvio della [campagna vaccinale per i membri dei seggi elettorali](#) e per tutti coloro che avrebbero ricoperto ruoli o avuto responsabilità elettorali, a partire dal **22 marzo**, e l’inizio, il **24 marzo**, del programma di vaccinazione per la popolazione sana a partire dai 59 anni – come riportato dal [Ministero della Salute](#) –, il **6 aprile** è stata promulgata la [Legge n. 21.324](#) che “*posterga las próximas elecciones municipales, de gobernadores regionales y de convencionales constituyentes por motivo del covid-19*”. Questa legge modifica la Costituzione Politica della Repubblica con lo scopo di rinviare nuovamente, “*por motivo del Covid-19*”, lo svolgimento delle elezioni per i consigli municipali, per i governatori regionali e per i membri della Convenzione Costituente. È rimasta inalterata la volontà di svolgere le elezioni in due giorni consecutivi e le nuove date individuate dal Congresso sono state il **15** e **16 maggio** 2021. Tale riforma ha regolamentato anche altre questioni strettamente connesse con questo rinvio, in particolare l’estensione del mandato dei sindaci e dei consiglieri in carica, fino al 28 giugno 2021, e la normativa relativa alla campagna e alla propaganda elettorale, alle spese elettorali, al diritto di voto e alle elezioni primarie. A tal proposito è stata prevista, tra le altre, la sospensione della campagna elettorale, dalle ore 24 del giorno della pubblicazione della presente legge fino allo stesso orario del 28 aprile 2021, per cui è ripresa il 29 aprile 2021 fino al 13 maggio 2021. Durante il periodo di sospensione non poteva essere realizzata nessuna attività legata alla propaganda elettorale, nei termini previsti dagli articoli 31 e 35 della [Ley Órgánica Constitucional sobre Votaciones populares y Escrutinios](#), ad eccezione di quella prevista dall’articolo 36 di tale legge, ovvero quella realizzata in spazi privati, ma a condizione che fosse già iniziata e correttamente segnalata al Servizio Elettorale alla data di pubblicazione della riforma. La [Ley 21.324](#) ha stabilito, anche, le spese elettorali che potevano

essere sostenute durante il periodo di sospensione della campagna e previsto che avrebbero potuto esercitare il diritto di voto solo coloro che erano presenti nell'Anagrafe elettorale, elaborata dal *Servicio Electoral* per le elezioni di aprile 2021.

Nel mese di maggio il Cile ha vissuto un'altra fase fondamentale del processo costituente e senza alcun dubbio della sua storia. Come già illustrato, le elezioni della Convenzione Costituzionale si sono svolte, a norma della *Ley 21.200*, attraverso lo stesso sistema elettorale che regola le elezioni dei deputati ovvero quello previsto dalla [Legge n. 20.840](#) (*Sustituye el Sistema Electoral Binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional*) del 2015. Questa riforma pose fine, durante la seconda presidenza Bachelet, ad un'ultima anomalia del costituzionalismo pinochettista rappresentata dal singolare sistema elettorale binominale¹¹ e perseguì una serie di obiettivi, tra i quali l'aumento della proporzionalità, cercando di migliorare la parità di voto, l'inclusione di nuove forze politiche e delle donne, l'aumento della concorrenza e la certezza dei risultati.¹² In particolare, venne introdotto un sistema di quote, per cui i partiti avrebbero dovuto avere almeno il 40% di candidate, e vennero eliminate le barriere previste per le candidature indipendenti.

In base a quanto previsto dalla legislazione elettorale in senso stretto, quindi, coloro che si sono candidati lo hanno fatto in liste registrate in uno dei 28 distretti elettorali del Paese, che hanno eletto un minimo di 3 fino ad un massimo di 8 seggi, in proporzione al numero di abitanti, e la formula di ripartizione utilizzata è stata la formula D'Hondt.¹³

5. *Le Cronache dalla Convenzione Costituente cilena*

Il processo costituente cileno – conseguenza della crisi del neoliberalismo, causata dalla sua incapacità di soddisfare i bisogni e le aspettative che ha generato in una parte consistente della popolazione, e della crisi del sistema di democrazia ristretta, protetta e a bassa intensità esistente in Cile – evidenzia una serie di peculiarità tra le quali spiccano l'attenzione riservata ai diritti, l'approccio di genere per l'elezione e la composizione dell'Assemblea Costituente e la tutela delle minoranze, tra le quali la popolazione indigena. Si tratta, inoltre, di evento di enorme portata, non solo simbolica, che si sta svolgendo, quasi dal suo avvio, in una situazione di pandemia globale. Tale contingenza ha influenzato, e influenzerà, non solo il calendario previsto per la riforma e le procedure pratiche per l'elezione dei membri della Convenzione e per la stesura della Costituzione, ma anche le preferenze dei cittadini e le loro richieste. Basti pensare a quanto il Covid-19 abbia inciso sull'ulteriore accentramento dei poteri nell'Esecutivo – fin dalla dichiarazione, il **18 marzo 2020**, a norma degli artt. 39-45 della Costituzione e dalla [Legge Organica Costituzionale n.18.415](#), dell'*Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe* – e abbia esacerbato gli effetti negativi della disuguaglianze vissute in Cile dalla popolazione carceraria, dalle

¹¹ M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile*, cit., 9.

¹² M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, Santiago, Sociedad de Políticas Públicas, 9.

¹³ A. GUEVARA CASTRO, *Sistema para designar los escaños a partir del voto popular en la integración de la Convención Constitucional chilena*, Dpce-online, 2-3

donne, dai lavoratori informali, dalle persone con disabilità, dai migranti, dalle popolazioni indigene e dagli appartenenti alla comunità LGBTQ.¹⁴

È apparso, quindi, opportuno – anche alla luce dell’attualità del tema e dell’interesse che ha suscitato per gli studi comparatistici – avviare un approfondimento su tale evento e le sue future evoluzioni nell’ambito della sezione “Cronache” di questa rivista. Dato l’argomento oggetto d’analisi, “Le cronache dalla Convenzione Costituente cilena” non seguiranno la classica struttura delle “Cronache costituzionale dall’esterno” – caratterizzate da una suddivisione in cassette ben definita – ma si avvalgono di una maggiore libertà così da poter analizzare in modo più opportuno e proficuo il processo in corso.

ABSTRACT

La presente nota si pone l’obiettivo di illustrare sinteticamente gli eventi che hanno condotto al *plebiscito nacional* cileno del 25 ottobre 2020 e di analizzare più nel dettaglio la normativa emanata a tal fine e quella relativa alla composizione e al funzionamento della Convenzione Costituente.

The purpose of this note is to synthetically illustrate the events that led to the Chilean *plebiscito nacional* of 25 October 2020 and to analyse in more detail the legislation enacted to that end and the legislation relating to the composition and functioning of the Constituent Convention.

PAROLE CHIAVE: processo costituente cileno, *plebiscito nacional*, Asamblea Costituente.

KEYWORDS: Chilean constituent process, *plebiscito nacional*, Constituent Assembly.

¹⁴ B. SEPÚLVEDA HALES Y L. VIVALDI MACHO, *¿Puede una nueva Constitución fortalecer la respuesta del Estado ante las emergencias?* in AA. VV., *Estado, pandemia y crisis social*, Revista Anales Séptima Serie, N° 17, 2020, 74 e ss.



La prima volta della “esecuzione federale” e di un cancelliere in carica sotto inchiesta: inediti viennesi*

di **Andrea De Petris**

Una vicenda giudiziaria sta coinvolgendo in modo sempre più stringente l'attuale Cancelliere austriaco Sebastian Kurz (*Österreichische Volkspartei*, ÖVP), tanto da indurre commentatori ed esponenti politici ad ipotizzare sue dimissioni anticipate nel caso in cui la sua posizione dovesse aggravarsi nei prossimi mesi. A Kurz viene contestato di aver reso falsa testimonianza in un'audizione davanti ad una Commissione Parlamentare d'Inchiesta istituita dal Consiglio Nazionale, la Camera bassa del Parlamento austriaco. Nel presente contributo verranno riassunti i termini della vicenda sulla quale la Commissione d'Inchiesta è chiamata ad indagare, l'illustrazione delle norme del Regolamento parlamentare relative al funzionamento delle commissioni di inchiesta che Kurz potrebbe aver violato nel caso in cui fosse confermata l'accusa di falsa testimonianza a suo carico, e le conseguenze che un eventuale rinvio a giudizio potrebbe comportare per l'attuale Cancelliere e per il Governo da lui presieduto, in carica dallo scorso 7 gennaio 2020 con il sostegno di una coalizione di Conservatori ed Ambientalisti ÖVP-GRÜNEN.

Il cd. “Affare Ibiza”, noto anche come *Ibizagate*, è uno scandalo politico emerso in Austria nel corso del 2019, che ha portato alla rottura della coalizione di governo tra la ÖVP ed il partito di destra radicale *Freiheitlichen Partei Österreich* (FPÖ). La vicenda ha preso inizio dalla pubblicazione di un video che mostrava Heinz-Christian Strache, all'epoca dei fatti Vice-cancelliere nel I Governo guidato da Sebastian Kurz nonché Presidente della FPÖ, e Johann Gudenus, Capogruppo della FPÖ al Consiglio Nazionale. Nel filmato, girato segretamente ad Ibiza nel luglio 2017, pochi mesi prima delle elezioni parlamentari austriache, i due politici assicuravano ad una presunta nipote di un oligarca russo la loro intenzione di impegnarsi per eludere le leggi sul finanziamento dei partiti e prendere segretamente il controllo dei Media austriaci indipendenti.

Dopo la pubblicazione di stralci del filmato il 17 maggio 2019 da parte di media tedeschi (*Süddeutsche.de* e *Spiegel Online*) Strache e Gudenus avevano annunciato le loro dimissioni da tutti i loro incarichi istituzionali e partitici, mentre il Cancelliere Kurz decretava la fine della coalizione dopo aver consultato il Presidente Federale Alexander Van der Bellen. Il 28 maggio

* Contributo sottoposto a *peer review*.

2019 i membri del cd. Gabinetto Kurz I erano quindi stati rimossi dall'incarico dal Presidente Federale, dopo che il giorno precedente il Consiglio Nazionale aveva approvato un voto di sfiducia al Governo. Successivamente, era stato costituito un Esecutivo provvisorio per la gestione dell'ordinaria amministrazione, fino alle elezioni anticipate del Consiglio Nazionale tenutesi il successivo 29 settembre. In quella occasione, l'ÖVP aveva ottenuto un considerevole incremento di consensi, che aveva permesso a Kurz di guidare la formazione di un nuovo Gabinetto (Kurz II) in coalizione con i Verdi, relegando all'opposizione sia la FPÖ che i Socialdemocratici della SPÖ.

Nel gennaio 2020 è stata istituita una Commissione Parlamentare d'Inchiesta dal titolo "Commissione d'inchiesta sulla presunta corruttibilità del Governo federale blu-turchese [*i colori dei due partiti di maggioranza ÖVP e FPÖ, N.d.A.*], o Commissione d'inchiesta Ibiza". La Commissione, presieduta da Wolfgang Sobotka (ÖVP), si compone di 13 membri, cinque della ÖVP, tre della SPÖ, due ciascuno di FPÖ e Verdi, e un deputato appartenente al partito liberale NEOS.

Il 4 giugno 2020 la Commissione d'Inchiesta ha iniziato i suoi lavori, ed il 4 dicembre successivo la Corte Costituzionale austriaca (VfGH) aveva ingiunto al Ministero della Giustizia di fornire alla Commissione tutto il materiale relativo al video girato ad Ibiza, e due settimane dopo l'intero filmato era stato messo a disposizione dei componenti della Commissione. Il **3 marzo 2021** la Corte Costituzionale aveva decretato l'obbligo a carico del Ministro delle Finanze Gernot Blümel (ÖVP) di fornire alla Commissione d'inchiesta tutti i file richiesti connessi all'oggetto delle indagini entro due settimane: ciononostante, il Ministero aveva continuato a rifiutarsi di fornire le caselle di posta elettronica del proprio Capo della Gestione degli investimenti, così come la corrispondenza intercorsa tra i propri dipendenti ed l'attuale Presidente della ÖBAG Thomas Schmid, al tempo delle vicende oggetto delle indagini della Commissione Segretario Generale del Ministero delle Finanze, ed altri collaboratori di quello che in quel periodo era il Ministro delle Finanze, Hartwig Löger (ÖVP).

A fronte di queste resistenze, i componenti della Commissione d'Inchiesta di SPÖ, FPÖ e NEOS avevano annunciato l'intenzione di chiedere al Presidente Federale Alexander Van der Bellen di intervenire per dare attuazione alla richiesta della Corte costituzionale nei confronti del Ministero Federale delle Finanze", e la stessa Corte costituzionale aveva incaricato il Presidente Federale di dare esecuzione alla sua decisione in merito. Pertanto, il Ministro delle Finanze Blümel è stato obbligato a mettere a disposizione dell'inchiesta parlamentare le mail ed i file connessi al cd. Ibizagate. Pertanto, per la prima volta nella storia della Repubblica Austriaca si è fatto ricorso all'istituto della "Esecuzione- o supervisione - federale" (*Bundesexekution*): si tratta di uno strumento disciplinato nell'art. 146 II della Costituzione federale, con il quale "l'esecuzione delle [altre] decisioni della Corte costituzionale spetta al Presidente Federale ed è eseguita secondo le sue istruzioni dagli organi della Federazione o dei Länder, comprese le Forze Armate federali, che egli ha incaricato a tal fine. La richiesta di esecuzione [...] va presentata dalla Corte costituzionale al Presidente federale. Le suddette istruzioni del Presidente Federale, se sono atti di esecuzione nei confronti della Federazione o di organi federali, non richiedono controfirma ex art. 67 della Costituzione federale".

Con il ricorso alla *Bundesexekution* è stato quindi possibile ottenere la pubblicazione delle mail intercorse tra l'attuale Presidente della ÖBAG Thomas Schmid ed il Cancelliere Kurz, che hanno rivelato palesi contraddizioni nelle dichiarazioni rilasciate da Kurz alla Commissione d'inchiesta in merito al procedimento che aveva portato Schmid alla presidenza della ÖBAG, ed è su queste contraddizioni che la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione (*Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft* - WKStA) sta indagando dallo scorso 12 maggio per accertare se vi siano gli estremi per una incriminazione del Cancelliere austriaco e del suo Capo di Gabinetto Bernhard Bonelli, entrambi sospettati di aver rilasciato false dichiarazioni alla commissione d'inchiesta su questioni riguardanti la nomina di Schmid e del consiglio di sorveglianza della ÖBAG.

La *Österreichische Beteiligungs AG* (ÖBAG) gestisce le partecipazioni della Repubblica Austriaca in una serie di società quotate in borsa, un fondo pensione e la Società immobiliare federale (*Bundesimmobiliengesellschaft*), ed al 31 dicembre 2020 il suo portafoglio aveva un valore di € 26,6 miliardi. Il 24 giugno 2020, la Commissione d'inchiesta "Ibiza" aveva interrogato il Cancelliere Kurz sulle modalità con le quali alla fine di marzo 2019 la presidenza della ÖBAG era stata assegnata all'ex Segretario Generale del Ministero delle Finanze Thomas Schmid ed erano state designate le altre personalità entrate a far parte del consiglio di sorveglianza della stessa società pubblica. Nell'occasione, Kurz aveva ripetutamente sostenuto di non aver avuto alcun ruolo attivo nella scelta di Schmid e del consiglio di sorveglianza, ma di essere stato solamente informato dell'andamento della loro selezione, come si evince dal protocollo ufficiale della deposizione del Cancelliere, reso pubblico nei mesi scorsi.

Il tenore delle mail e delle comunicazioni via chat telefoniche intercorse tra Schmid, Kurz, il suo Capo di Gabinetto Bonelli ed altri alti funzionari pubblici diversi mesi prima della nomina di Schmid, come detto disvelate a seguito di un procedimento che ha richiesto l'intervento del Presidente Federale e della Corte costituzionale, rivela in realtà uno scenario del tutto diverso: i messaggi elettronici in mano agli inquirenti indicano infatti un attivo coinvolgimento di Kurz nella vicenda, il quale tra il 2017 e gli inizi del 2019 rassicura ripetutamente Schmid sia sulla certezza della sua futura nomina, sia sulla garanzia che i componenti del prossimo consiglio di sorveglianza della ÖBAG non avrebbero posto ostacoli al suo potere decisionale al vertice della società. In più occasioni, Schmid risponde ringraziando esplicitamente Kurz per il suo impegno nella vicenda, ricevendo in cambio più volte garanzie dal Cancelliere e da esponenti del suo entourage sull'esito positivo della procedura di nomina.

Kurz si dichiara convinto che le indagini alle quali è sottoposto da parte della Procura per gli Affari Economici e la Corruzione in conclusione confermeranno la sua innocenza, ma da più parti si fa notare come i testimoni auditi da una commissione parlamentare di inchiesta siano tenuti a dire la verità, e che ad un'eventuale falsa testimonianza si applica l'art. 288 del Codice Penale, che prevede la reclusione fino a tre anni in caso di condanna. Da sottolineare come nelle settimane scorse il Presidente del Consiglio Nazionale Wolfgang Sobotka (ÖVP) avesse tentato di far cancellare l'obbligo di testimoniare la verità di fronte alle commissioni parlamentari di inchiesta, ciò che avrebbe messo fine alle indagini nei confronti di Kurz, ma le resistenze delle opposizioni avevano impedito questa modifica dei regolamenti parlamentari.

A questo punto resta da vedere quali esiti avrà la vicenda che coinvolge Kurz non solo sul piano penale, ma anche politico: una sua condanna, infatti, difficilmente gli consentirebbe di restare alla guida della Cancelleria di Vienna, e coinvolgerebbe con tutta probabilità buona parte dello stato maggiore del Partito Popolare austriaco, con conseguenze difficilmente immaginabili al momento per i futuri equilibri politici ed istituzionali del Paese.

PARLAMENTO

APPROVATA LA LEGGE SUL LAVORO DA CASA (*HOME OFFICE*)

Il Parlamento austriaco ha approvato una modifica della Legge sul contratto di lavoro ([Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG](#)), con la quale viene regolato su nuove basi l'accesso al lavoro dal proprio domicilio (cd. home office). La legge, pubblicata il **31 marzo** ([BGBl. I Nr. 61 del 31.3.2021](#)) mira a riconoscere alle attività lavorative svolte nel proprio domicilio personale le stesse tutele previste per quelle esercitate presso i tradizionali luoghi di lavoro. Il provvedimento parte dall'assunto che affinché lo svolgimento delle attività di lavoro a domicilio possa essere incrementato, deve crearsi un adeguato quadro giuridico per regolare il fenomeno. Una disposizione essenziale in materia è che l'*home office* può essere stabilito solo attraverso un accordo tra le parti del contratto di lavoro, con i dipendenti chiamati a svolgere il loro lavoro utilizzando la tecnologia informatica nella loro casa privata, considerata un luogo di lavoro esterno. La maggior parte delle disposizioni della Legge sulla protezione dei lavoratori ([ASchG](#)) e le sue ordinanze, come le norme sulla valutazione del posto di lavoro, l'informazione e l'istruzione e il supporto di servizio preventivo, dovranno quindi essere applicate anche agli uffici a domicilio, mentre non dovranno essere applicate alle case private le disposizioni sulla salute e la sicurezza sul lavoro. Tuttavia, la legge tiene conto del fatto che elementi come l'illuminazione e la temperatura della stanza debbano essere presi in considerazione nella valutazione del posto di lavoro, quando questo coincide con il domicilio privato del lavoratore. Inoltre, la Legge sull'orario di lavoro ([AZG](#)) e la Legge sui periodi di riposo ([ARG](#)) devono essere applicate senza restrizioni agli uffici domestici. L'AZG dovrà anche dichiarare esplicitamente che il lavoro di un dipendente "a casa propria o comunque fuori dall'azienda" è considerato orario di lavoro. La nuova disciplina entrerà in vigore non prima di 8 settimane dalla sua pubblicazione.

APPROVATA NUOVA DISCIPLINA PER LA CREAZIONE DI UNA SOCIETÀ UNICA PER LA MOBILITÀ (*ONE MOBILITY GMBH*)

Con la nuova Legge federale sull'introduzione del biglietto per il clima ([Bundesgesetz über die Einführung des Klimatickets](#)), pubblicata il **14 aprile** ([BGBl. I Nr. 75 del 14.4.2021](#)), si creano le condizioni per dare attuazione ad una carta per la rete di trasporto pubblico annuale valida a livello nazionale (cd. Biglietto per il clima - *Klimaticket*). La Legge federale sulla creazione di una *One-Mobility*-s.r.l. ([Bundesgesetz über die Errichtung einer One Mobility GmbH](#)), emanata contestualmente, autorizza il Ministero federale per la protezione del clima, l'ambiente, l'energia, la mobilità, l'innovazione e la tecnologia a fondare una società a responsabilità limitata, finalizzata

alla creazione di una piattaforma di distribuzione nazionale per le aziende di trasporto pubblico e, in particolare, per garantire una distribuzione accessibile a tutti di un biglietto di rete annuale nazionale (*Klimaticket*). Operando come piattaforma di distribuzione nazionale, la nuova struttura assicurerà tariffe trasparenti e la standardizzazione dei biglietti per il trasporto pubblico. Si prevede che i costi per l'implementazione del Biglietto per il clima saranno finanziati dalle entrate tariffarie raccolte e da sovvenzioni del bilancio federale. In dettaglio saranno quindi definiti i requisiti legali per la compensazione alle società di trasporto e le condizioni quadro per le società organizzative delle associazioni di trasporto. Il progetto di legge prevede anche che il Ministero per la protezione del clima e l'ambiente possa emettere ordinanze a questo scopo e concludere i necessari accordi contrattuali.

GOVERNO

GOVERNO ED ESPERTI IN DISSENSO SULLA GESTIONE DELLA PANDEMIA

Con una comunicazione del **22 marzo**, il Cancelliere Sebastian Kurz (ÖVP) ha annunciato che l'Austria si atterrà in gran parte allo status quo per quanto attiene alle misure di contenimento della pandemia: non saranno previste né strette né allentamenti per la maggior parte del territorio nazionale, mentre nei Länder in cui la situazione sembra migliore, le aperture sono concepibili solo dopo Pasqua. In futuro, per valutare possibili allentamenti o restrizioni verranno considerati non solo il tasso di incidenza dei contagi, ma anche il livello di occupazione delle unità di terapia intensiva e il grado di copertura vaccinale degli over 50. Gli scienziati e il Governo federale avevano già sollevato dubbi sull'opportunità di possibili allentamenti in occasione della Pasqua. Il ministro della sanità Rudolf Anschober (Verdi), per es., ha invocato un "freno d'emergenza" regionale vista l'incidenza in parte molto alta dei contagi nel periodo precedente l'ultimo vertice dell'Esecutivo sul Covid.

Anche gli esperti si sono espressi a favore delle restrizioni e contro gli allentamenti, chiedendo un obbligo generale di indossare maschere FFP2 in casa, un'ulteriore incremento nell'uso dei test e, per quanto riguarda le aree orientali del Paese, un *lockdown* nel proprio domicilio per quanto possibile. Queste proposte, che includono l'apprendimento a distanza dopo le vacanze di Pasqua, sono state sostenute da tutti gli esperti, mentre altre misure hanno incontrato il consenso solo di singoli esponenti scientifici. Inoltre, non c'è unanimità tra gli esperti per quanto riguarda una possibile nuova chiusura delle attività commerciali.

Secondo gli esperti, gli allentamenti delle restrizioni dovrebbero essere considerati solo in presenza di un'incidenza dei contagi inferiore a 200. Oltre alla regione del Vorarlberg, questo valore viene raggiunto anche in Carinzia e in Stiria - ma solo con un margine ridotto. Oswald Wagner, dell'Università di Medicina di Vienna, seduto accanto agli esponenti politici alla conferenza stampa in rappresentanza degli esperti virologi, ha espresso rammarico per non aver potuto raccomandare alla politica l'assunzione di misure di apertura, giustificando queste cautele con il numero ancora molto alto di contagi e l'elevata quantità di ricoveri nei reparti di terapia intensiva dovuti al Covid.

CAPO DELLO STATO

PAROLE DI SPERANZA NEL DISCORSO DI INIZIO ANNO DEL PRESIDENTE VAN DER BELLEN

Nel suo discorso di inizio d'anno, trasmesso dalla Rete pubblica IRF la sera del **1 gennaio**, il Presidente Federale Van der Bellen ha indirizzato parole di incoraggiamento e speranza alla popolazione austriaca. Il Capo dello Stato ha in primo luogo espresso la convinzione che l'anno che va ad iniziare porterà un miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini austriaci sotto tutti i punti di vista: sanitario, economico, ma anche sociale e politico. Van de Bellen ha invitato l'opinione pubblica ad immaginare i possibili miglioramenti che il post pandemia richiederà, auspicando adeguati interventi in discontinuità con il passato anche precedente alla diffusione del virus Covid-19, ad es. in ambito ambientale, ma anche rispetto alla lotta alla povertà e alla gestione dei flussi migratori, perché a suo giudizio sarebbe illusorio credere che basti tornare alle condizioni prepandemiche per affrontare adeguatamente le sfide future. Il Capo dello Stato ha quindi sottolineato come nella società austriaca debba aumentare il rispetto reciproco tra i cittadini, i quali dovrebbero a loro volta aumentare il grado di fiducia verso l'Unione Europea.

IPOTESI DI RICANDITATURA DI VAN DER BELLEN A CAPO DELLO STATO

Sebbene manchi ancora oltre un anno alle prossime elezioni del Capo dello Stato, si moltiplicano le indiscrezioni secondo cui l'attuale Presidente Alexander Van der Bellen (fino al 2016 iscritto ai Verdi, poi indipendente) starebbe valutando la possibilità di ricandidarsi alla prima carica dello Stato. Secondo un articolo dello Standard del **19 aprile**, una ricandidatura di Van der Bellen avrebbe consistenti possibilità di successo, considerato il suo elevato livello di popolarità presso l'opinione pubblica austriaca: ad aprile 2021 il Presidente in carica vantava nei sondaggi un indice di fiducia di 39, contro il 9 del Cancelliere Federale Sebastian Kurz. Per questa ragione, i principali partiti austriaci sono in attesa di conoscere le effettive intenzioni di Van der Bellen prima di designare possibili propri candidati da opporgli nelle prossime elezioni presidenziali, previste per l'autunno del 2022.

CORTI

VACCINAZIONE OBBLIGATORIA: LA CORTE COSTITUZIONALE RESPINGE IL RICORSO SULLA LEGGE SULLE EPIDEMIE DEL 1950 ([G 152/2020](#))

La legge sulle epidemie del 1950 autorizza le autorità amministrative distrettuali, in condizioni più rigorosamente regolate, a “ordinare l'esecuzione di vaccinazioni profilattiche [...] in casi individuali per alcune persone a rischio”. Il provvedimento era stato oggetto di ricorso da parte di una cittadina austriaca, contraria a questo obbligo nella convinzione che essa violi diversi diritti

fondamentali, come il diritto al rispetto della vita privata ed il diritto a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti.

Tuttavia, la contestazione diretta di una legge da parte di un individuo (*Individualantrag*) presuppone che la disposizione contestata sia diventata immediatamente efficace per la parte che presenta il ricorso, mentre con il pronunciamento del **2 marzo** la Corte costituzionale ha ritenuto che non sia questo il caso nella vicenda in esame. Infatti, secondo l'art. 17 IV della Legge sulle epidemie del 1950, l'ordine di effettuare una vaccinazione a scopo profilattico può espressamente essere emanato solo "in singoli casi", e cioè tramite avviso. Un generale obbligo di vaccinazione della popolazione o di un gruppo di persone definito da caratteristiche generiche non può essere pertanto basato su questa disposizione. Inoltre, la ricorrente non aveva nemmeno affermato di appartenere a un gruppo di persone a rischio. Per queste ragioni, il suo ricorso viene quindi respinto.

COMMISSIONE D'INCHIESTA IBIZA: IL MINISTRO DELLE FINANZE DEVE CONSEGNARE LE E-MAIL DEI DIPENDENTI DEL MINISTERO ([UA 1/2021-13](#))

Il **3 marzo** la Corte costituzionale ha ordinato al Ministro Federale delle Finanze di trasmettere Commissione d'Inchiesta sull'affare Ibiza le caselle di posta elettronica e i dati memorizzati localmente o sul server dei dipendenti del Ministero coinvolti nell'indagine, come pure tutte le e-mail inviate ai dipendenti del ministero provenienti da mittenti specifici menzionati nella richiesta della Commissione parlamentare. L'ingiunzione della Corte costituzionale si fonda sull'art. 53 III della Costituzione federale, secondo la quale tutti gli organi federali sono obbligati a presentare su richiesta a una commissione d'inchiesta i loro fascicoli e documenti attinenti all'oggetto dell'indagine.

La Corte riconosce come la questione se i dossier o i documenti richiesti da una commissione d'inchiesta siano o meno attinenti all'oggetto dell'indagine deve essere previamente valutata dall'organo che deve presentarli - in questo caso, il Ministro Federale delle Finanze. L'organismo tenuto a rendere noti i documenti può rifiutarsi di farlo, sostenendo che i file o i documenti in questione non siano pertinenti all'oggetto dell'indagine, ma una tale affermazione dovrebbe essere motivata in dettaglio di fronte alla commissione d'inchiesta interessata: invece, secondo i Giudici costituzionali nel caso in esame il Ministro delle Finanze non avrebbe rispettato questo obbligo di motivazione nei confronti della commissione d'inchiesta.

DICHIARATA LA COSTITUZIONALITÀ DELL'ESCLUSIVA ALLE FARMACIE PER LA VENDITA DI FARMACI ([V 75-76/2019-1](#), [G 207/2019-1](#), [G 209/2019-15](#))

Con decisione del **3 marzo**, la Corte costituzionale ha sancito che i medicinali non soggetti a prescrizione possono continuare ad essere acquistati solo nelle farmacie ed essere venduti al dettaglio o on line. Rimane inoltre in vigore il divieto assoluto di distribuzione self-service di medicinali. La catena di drogherie DM aveva presentato una richiesta di riesame della legge e delle ordinanze in materia, contestando le disposizioni secondo le quali anche i medicinali non soggetti a prescrizione medica possono essere acquistati solo nelle farmacie ed essere distribuiti

solo nella vendita al dettaglio o on line, contestando anche il divieto assoluto di distribuzione self-service dei farmaci.

La compagnia riteneva che le disposizioni contestate violino il diritto alla libertà di impresa, e che gli interessi pubblici della protezione dei pazienti, della sicurezza dei farmaci, della salute e della tutela dei consumatori potrebbero essere soddisfatti anche dalle drogherie, così che la riserva di commercializzazione esclusiva a favore delle farmacie sarebbe sproporzionata e quindi incostituzionale.

Nella sua decisione la Corte costituzionale ha respinto il ricorso, osservando che la riserva a favore delle farmacie persegue diversi obiettivi d'interesse pubblico, tra cui quello di assicurare alla popolazione una fornitura funzionale di medicinali. Inoltre, le farmacie sono soggette a numerosi obblighi giuridici, disciplinari e di etica professionale, che mirano a garantire che tale obiettivo sia effettivamente raggiunto. Pertanto, la riserva a favore delle farmacie non costituisce un'invasione sproporzionata della libertà di approvvigionamento o una violazione del principio di uguaglianza. Per le stesse ragioni, la Corte Costituzionale non ha sollevato obiezioni sulla riserva alle sole farmacie della vendita a distanza di medicinali non soggetti a prescrizione medica sul divieto di dispensazione self-service di tali farmaci.

SULLA PROROGA DEGLI STIPENDI AD EX DEPUTATI, IL RIFIUTO DI FORNIRE INDICAZIONI VIOLA IL DIRITTO FONDAMENTALE DI ACCESSO ALL'INFORMAZIONE ([E 4037/2020-10](#))

Nel luglio 2019, il giornalista della rete televisiva pubblica ORF Martin Thür aveva chiesto agli uffici competenti del Consiglio Nazionale informazioni su quali Parlamentari avessero beneficiato della proroga dello stipendio dopo la cessazione del loro mandato negli anni dal 2017 al 2019 e per quanto tempo. Il Presidente del Consiglio Nazionale aveva respinto questa richiesta, motivandola con il diritto alla protezione dei dati delle persone interessate. L'unica informazione fornita era stata quella relativa al numero di pagamenti prorogati concessi all'anno durante il periodo in questione, e quanto fosse stato speso per ciascun Parlamentare.

Thür aveva fatto ricorso al Tribunale Amministrativo federale (BVwG), che però aveva ritenuto che l'interesse privato alla segretezza dei dati degli ex Deputati superasse l'interesse del giornalista all'informazione, protetto dall'articolo 10 della CEDU. Nel suo successivo ricorso alla Corte costituzionale, Martin Thür aveva sostenuto che la decisione del Tribunale Amministrativo federale avesse violato il suo diritto fondamentale alla libertà di espressione e di informazione. Il rifiuto di fornire informazioni sarebbe stato a suo giudizio "non necessario in una società democratica", e pertanto sproporzionato.

Con decisione resa nota il **4 marzo**, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso: l'articolo 10 I della CEDU non sancisce un obbligo generale dello Stato a concedere accesso alle informazioni, e tuttavia può sussistere un diritto di accesso alle informazioni a certe condizioni in casi individuali. Secondo la Corte, queste condizioni ricorrono nel caso in esame, in quanto la richiesta di informazioni è stata fatta nell'ambito di una ricerca giornalistica su una questione di interesse pubblico, e gode pertanto della protezione prevista dall'art. 10 I della CEDU. Se da un lato fornire le informazioni richieste costituisce una violazione del diritto fondamentale alla protezione dei dati degli ex Deputati interessati, dall'altro la Corte afferma che i pagamenti prorogati non possono essere considerati separatamente dal (precedente) mandato esercitato nel Consiglio Nazionale; quindi, così come sussiste un importante interesse pubblico a conoscere gli emolumenti dei mandatari, vi è anche un interesse ad essere informati sui citati pagamenti

prorogati (di un massimo di tre mesi). Al contrario, l'interesse degli ex Parlamentari alla segretezza dell'informazione su se e per quanto tempo abbiano ricevuto una proroga del pagamento, passa in secondo piano rispetto al diritto all'informazione sul tema in questione.

IL DIVIETO DI ENTRARE IN ALCUNE PARTI DI INNSBRUCK E' CONFORME ALLA LEGGE ([V 583/2020-16](#), [V 584/2020-17](#))

Con un'ordinanza del 21 marzo 2020, il Sindaco di Innsbruck aveva emesso un divieto di ingresso in determinate zone della città, tra cui la Innpromenade settentrionale e la Sillpromenade occidentale. In occasione di un procedimento penale amministrativo - per violazione di questa ordinanza - il Tribunale amministrativo regionale del Tirolo (LVwG) aveva chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegalità di questa ordinanza. Il LVwG riteneva che nei dossier relativi all'ordinanza non vi fosse alcuna ragione che giustificasse il divieto di accesso alle vie pedonali della città, in contrasto con l'ordinanza di autorizzazione *ex art. 2* della Legge sulle misure relative al COVID-19 (*COVID-19-Maßnahmengesetz*).

Con deliberazione del **10 marzo**, la Corte costituzionale ha invece dichiarato di non condividere questo timore, e statuito che l'ordinanza contestata non ha violato la legge sulle misure anti COVID 19. In effetti, a giudizio della Corte emergerebbe in misura sufficientemente chiara dai dossier presentati sulla base di quali circostanze di fatto l'autorità ha emesso il divieto di ingresso. Inoltre, bisogna anche concedere all'autorità competente che dei divieti d'ingresso meramente selettivi (quindi di minore portata) avrebbero condotto soltanto a un trasferimento della folla in altri luoghi. L'autorità non era quindi tenuta a documentare tali raduni per ogni singola località interessata dal divieto.

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



L'Europa mette in *stand-by* i Balcani mentre la gestione del covid-19 e dei vaccini diventa sempre più un affare politico*

di Francesca Rossi**

La salute della democrazia nei Balcani Occidentali continua a subire significativi cali che non passano inosservati a livello internazionale ed europeo.

Nel [rapporto Freedom House](#), pubblicato in primavera, oltre alla Serbia ora anche la Slovenia è inserita a pieno titolo in quel gruppo di ordinamenti dell'Europa Centro-Orientale che vengono definite come “democrazie alternative”.

Anche il Montenegro, come i due ordinamenti precedenti, ha subito un nuovo calo nel punteggio assegnato al suo livello di democrazia da Freedom House. Le ragioni sono ancora il conflitto scatenato dal dibattito sulla legge sulla religione caratterizzato dalla commistione di istanze politiche, nazionalisti e religiose con il conseguente e sempre più tendente all'infinito allontanamento centrifugo tra le forze politiche di maggioranza e opposizione.

La Bosnia, invece, ha sostanzialmente migliorato di qualche punto la propria posizione invertendo un *trend* negativo che sembrava essere destinato a consolidarsi negli anni. Matematicamente la crescita dell'indice di democrazia è però dovuto al riconoscimento dell'alternanza politica nelle elezioni locali soprattutto di Sarajevo e Banja Luka (*v. [Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#)*). Il blocco del circuito decisionale che di fatto ha fermato l'attività di tutti gli organi costituzionali, come si vedrà più avanti, non viene evidentemente considerato o contestualizzato. Tecnicamente già un cortocircuito nel meccanismo democratico dovrebbe portare in allarme ma in questo caso si parla ormai addirittura di totale disfunzione, di spegnimento e di terminazione forzata di tutte le attività democratiche a partire da quelle parlamentari che riguardano tanto la funzione legislativa quanto quella di controllo. Nonostante si tratti indubbiamente di un regime ibrido, di una democrazia mai consolidata e perennemente in cerca del suo punto di partenza, lo stallo assoluto in corso non può non essere considerato come un fattore di deterioramento. Il fatto che, al di là del dibattito politico e spesso polemico portato avanti da Dodik sull'indipendenza dell'RS, anche i partiti hanno abbassato i toni e la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

frequenza del loro dibattito quasi fino a metterlo in sordina non è in questo caso un segnale di assestamento ma va segnalato come ulteriore sintomo di un blocco sistemico.

Dunque, l'unico ordinamento che può dirsi ancora davvero virtuoso è la Macedonia del Nord che continua nella sua strada di standardizzazione europea e occidentale nonostante le infinite difficoltà che sta affrontando ad ogni *step* della sua adesione e integrazione europea.

La Croazia resta invece ancora al precedente punteggio. In questo caso una panoramica sull'ordinamento fornisce la stessa impressione data dai calcoli di Freedom House. Si tratta effettivamente di un periodo di riassetto istituzionale molto lento e incerto in cui le istituzioni stanno prendendo le misure tra di loro. Questa situazione è determinata certamente dal modo di gestire e interpretare il ruolo di Capo di Stato assunto da Milanovic (*v. più avanti e [Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#)*) che ancora non è chiaramente definito ma che sicuramente sta iniziando a far destare sospetti e a suscitare reazioni decise e determinate da parte delle altre istituzioni.

Un altro dei temi caldi di questo quadrimestre nel Balcani, così come nel resto del mondo, è quello relativo alla gestione dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 e, soprattutto, all'andamento della campagna vaccinale.

Anche nei sei ordinamenti in esame le misure di contenimento dell'epidemia hanno subito continue variazioni e assestamenti adattandosi alla curva dei contagi.

In Bosnia, nel 2021, sono state riaperte tutte le attività e lasciato il coprifuoco dalle 23 alle 5 del mattino successivo. Musei, ristoranti e altri luoghi pubblici sono stati riaperti seppur con le restrizioni imposte al numero di persone e alle misure di sicurezza quali l'obbligo di portare la mascherina e di sanificazione.

È stato, invece, abolito il coprifuoco in Croazia sostanzialmente al fine di poter agevolare la ripresa del settore del turismo e della ristorazione fonti di grandi entrate per il Paese e sui quali il Governo sta continuando ad investire molte risorse.

Il livello di guardia è, al contrario, mantenuto più alto in Macedonia del Nord dove i locali hanno potuto riaprire ma con l'obbligo della consumazione all'esterno. Il coprifuoco è attualmente dalle 24 alle 4 del mattino. In questo caso i dispositivi di protezione personale sono obbligatori anche all'esterno.

Anche il Montenegro ha lasciato diverse misure in vigore. Il coprifuoco è più rigido e parte dalle 22 per durare fino alle 5 del mattino successivo anche se gli spostamenti da una città all'altra sono proibiti già a partire dalle 21.

La Serbia è senza dubbio l'ordinamento che ha abolito la maggior parte delle restrizioni. Non esiste coprifuoco e tutte le attività sono riprese regolarmente. Resta l'obbligo della mascherina all'interno dei mezzi di trasporto pubblico. Indubbiamente il successo della campagna vaccinale ha permesso al Governo di prendere queste decisioni con maggiore *chance* di successo anche se tale scelta risulta in linea con l'atteggiamento da sempre assunto dalle autorità serbe che hanno sempre teso ad alti livelli di protezione nei confronti dell'esterno per recuperare il prima possibile i costumi pre-pandemici. Inoltre, come si vedrà anche per i vaccini, il tentativo di Belgrado è quello di anticipare tutti gli Stati, soprattutto quelli limitrofi, in termini di turismo che sembrerebbe essere ormai la chiave di volta per la ripresa economica.

Anche in Slovenia le restrizioni si sono decisamente allentate, non c'è coprifuoco ma persiste l'obbligo per tutti i locali della consumazione nelle aree esterne e la chiusura vincolata non oltre le 22.

Ben più interessante è, invece, l'andamento della campagna vaccinale che ha reso con più o meno difficoltà tutti gli ordinamenti impegnati nell'approvvigionamento e nella corsa all'immunità.

Come anticipato, in questo è stata *leader* indiscussa la Serbia che per quasi tutta la durata del quadrimestre in esame ha aperto la possibilità di vaccinarsi anche agli stranieri non necessariamente residenti in Serbia. L'unico requisito, sostanzialmente informale, era quello di essere titolari di un'utenza serba poiché tutte le comunicazioni relative alla vaccinazione sarebbero state diffuse tramite linea interna. Si tratta di un nuovo tipo di turismo vaccinale che ha avuto un discreto successo non solo tra i cittadini degli Stati confinanti ma anche dell'Unione Europea attratti dalla possibilità di poter ottenere il vaccino prodotto da Pfizer o Moderna in un periodo in cui sembrava essere introvabile al contrario del tanto discusso AstraZeneca. Il punto di forza della campagna vaccinale serba è stato quello di vaccinare in massa tutti i cittadini utilizzando le dosi di Sputnik e del vaccino proveniente dalla Cina lasciando più libera la scelta agli stranieri. Il costo per chi veniva dall'estero non sussisteva essendo la somministrazione gratuita ma le entrate per la Serbia in un momento come quello dei mesi tra gennaio e marzo in termini di turismo sono state preventivate come allettanti. La vaccinazione per gli stranieri è stato anche un utile strumento di influenza e controllo nei confronti della popolazione serba e non solo residente in altri Stati dei Balcani.

Attualmente non è, comunque, più possibile vaccinarsi in Serbia così agevolmente dopo la stretta del Governo di proseguire con più determinazione nella vaccinazione dei suoi cittadini.

Il Presidente serbo Vučić ha offerto diverse dosi di vaccini anche alla Bosnia. Inizialmente la donazione è stata rivolta alla sola Republika Srpska per poi essere allargata anche alla Federazione alla quale sono arrivate circa 5000 dosi di vaccini.

La vaccinazione procede, comunque, molto a rilento essendo stata disponibile solo per lo 0,7% della popolazione contro il più del 10% della Serbia. In questa percentuale devono essere inclusi anche tutti i cittadini dell'RS che hanno approfittato della possibilità di vaccinarsi in Serbia. L'interdipendenza dalla Serbia e la disparità di trattamento dei cittadini del popolo serbo rispetto in questo caso ai bosgnacchi, poiché anche i croati possono usufruire della disponibilità di Zagabria, risulta lampante. Nonostante la situazione d'emergenza il ragionamento etnico e politico continua ad essere determinante nella comunità bosniaca.

Per quanto riguarda, invece, le dosi somministrate nel territorio nazionale vengono quasi tutte da donazioni specialmente dalla Russia e dalla Turchia oltre che dall'Unione Europea.

La situazione sta diventando particolarmente grave dal momento in cui sono nuovamente in aumento non solo i contagi ma anche le morti per Covid-19, eppure le autorità continuano a non prendere misure per tornare a restrizioni più rigide e incisive trovandosi continuamente a scegliere tra il collasso sanitario e quello economico.

In Croazia, poi, la campagna vaccinale prosegue sostanzialmente ad un buon ritmo e la prima dose è stata ricevuta da più del 25% della popolazione di cui il 7,6% ha completato l'*iter* vaccinale.

I rallentamenti subiti a tratti, soprattutto nella fase iniziale, sono gli stessi affrontati dal resto degli ordinamenti europei e sono da imputare alla gestione non proprio precisa da parte delle case farmaceutiche nel calcolare i tempi e le quantità esatte da distribuire. Ad ogni modo, questi momenti di incertezza sono stati colti immediatamente dalle opposizioni, in particolare dall'SDP, per accusare il Governo di una pessima gestione e anche per attribuire ulteriori responsabilità all'Unione Europea.

Dalla sua il Governo sta aprendo le trattative per il vaccino russo già da **metà febbraio** ed è in attesa di un responso dall'agenzia medica nazionale che anticiperebbe le autorizzazioni europee.

Anche in Macedonia del Nord la questione vaccini è entrata nell'arena politica soprattutto a seguito della decisione del Governo di intraprendere trattative con la casa farmaceutica Sinofarm per far arrivare nel paese uno *stock* di dosi utili a tamponare il riardo registratosi **tra metà febbraio e metà marzo** dovuto a problemi amministrativi relativi alla registrazione dei prodotti al confine. Il partito di opposizione VMRO-DMPNE ha accusato il Primo Ministro Zaev di negoziare privatamente con la case farmaceutiche mettendo a rischio la trasparenza di una questione così delicata e legata alla salute. Eppure, solo con l'arrivo di queste 200.000 dosi dalla Cina alla **fine di marzo** è stato possibile in Macedonia iniziare la campagna vaccinale e stilare un vero e proprio piano. I primi ad essere vaccinati sono stati gli *over 75* e attualmente la popolazione che ha ricevuto entrambe le dosi è circa l'1,2%.

Grazie alla massiccia somministrazione di AstraZeneca risulta particolarmente efficiente anche il Montenegro che si trova ad aver vaccinato il 5,4% della popolazione anche se con qualche battuta d'arresto sia **nei primi mesi dell'anno** che dopo il picco delle vaccinazioni a **marzo**. Anche in questo caso, c'è da dire, che l'ingerenza serba ha fatto sì che molti cittadini, soprattutto di nazionalità serba, ricevessero il vaccino direttamente nel territorio della Serbia.

In Slovenia la campagna vaccinale è stata, invece, la vera e propria priorità del Governo sin **da gennaio**. La strategia vaccinale ha permesso al 13% della popolazione di ricevere già la seconda dose al termine del periodo in esame.

A **marzo** era stata provvisoriamente bloccata la somministrazione del vaccino AstraZeneca ma alla sua ripresa il Governo aveva iniziato a pensare di invertire la strategia e di iniziare la vaccinazione degli *over 18* interrompendo quella per fasce d'età decrescenti agli *over 60*.

Il **24 marzo** è stata confermata ufficialmente la strategia ormai classica e consolidata per cui la tabella di marcia non è stata invertita. Ad ogni modo, il **12 aprile** il Governo ha annunciato la possibilità senza limiti per tutti gli *over 18* di usufruire senza restrizioni delle dosi di AstraZeneca.

Osservando per assurdo i dati sulla vaccinazione e quelli offerti da Freedom House sul livello della salute della democrazia nel Balcani si dovrebbero quasi poter tracciare due mappe perfettamente sovrapponibile se non fosse per alcune decisive differenze. Infatti, le cosiddette democrazie alternative hanno saputo destreggiarsi ed ottenere ottimi risultati dalla vaccinazione nonostante il loro punteggio in termini democratici sia in costante calo. Dall'altro lato ordinamenti di cui si era colto un vago miglioramento in termini democratici sono in maggiore difficoltà in termini di vaccinazione.

Questo è un pericoloso dato che potrebbe delineare una drammatica realtà ovvero che al di là degli sforzi in termini democratici a fare la differenza nei momenti d'emergenza è stato il decisionismo e l'impatto di determinate personalità politiche all'interno del loro contesto nazionale che hanno saputo fare maggiore presa sui cittadini per caricare la campagna vaccinale di adesioni ma che soprattutto hanno avuto gli strumenti per poter gestire con determinatezza e prontezza una situazione così complessa e delicata.

Questo messaggio potrebbe essere sfruttato dai Governi meno liberali per rafforzarsi all'interno dei propri confini ma potrebbe anche portare ad una sfiducia generale e ad amplificare ancora di più la disaffezione verso le democrazie e verso i valori europei.

Molto più semplicemente è stata la Serbia il punto di riferimento dei Balcani in questa occasione molto più presente ed efficiente dell'Unione Europea che ha, invece, compiuto un deciso passo indietro e non ha saputo approfittare dell'occasione per intervenire in quelle dinamiche di forti interrelazioni spesso univoche che si stanno continuando a rafforzare all'interno della Jugosfera.

Ma al di là della campagna vaccinale, le istituzioni europee hanno di fatto abbandonato il processo di integrazione ed adesione europea in tutti gli ordinamenti in esame limitandosi a qualche *report*, come si vedrà più avanti. Indubbiamente la giustificazione della gestione delle emergenze potrebbe valere ma un allentamento della presa soprattutto nei confronti di Stati impegnati da anni verso l'obiettivo dell'adesione, come la Macedonia del Nord, potrebbe risultare un grave errore. Dall'altra parte, però, l'inaugurazione mai concretamente realizzata della nuova metodologia di adesione per i Balcani e prospettata proprio in epoca Covid-19 ha lasciato molti punti di domanda in sospeso. Soprattutto non è chiaro quale dovrebbe essere la sorte dei Paesi che hanno avviato i negoziati al prolungarsi ormai incerto dell'emergenza sanitaria ed economica conseguente l'epidemia.

Relativamente al Covid-19, inoltre, in **Bosnia** prosegue il percorso della giustizia per la questione dei respiratori ([*v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre*](#)) con l'accusa a carico del Primo Ministro della FBiH Novalić da parte della Corte di Stato. La dichiarazione del **5 gennaio** condannerebbe il politico bosniaco per il reato di abuso d'ufficio, ricezione di una ricompensa o altra forma di beneficio per il commercio di influenza, falsificazione di documenti e riciclaggio di denaro. L'accusa ha interessato anche il direttore della Protezione Civile della Federazione Fahrudin Solak, indagato sin dall'inizio del caso. Il processo d'innanzi alla Corte di Stato è proseguito per tutto il periodo in esame e il **7 aprile** gli imputati, tra cui lo stesso Novalić, sono stati chiamati a testimoniare dinnanzi al giudice.

Il caso, dunque, assume una duplice rilevanza. Da una parte, infatti, l'eventuale condanna definitiva di una personalità politica di rilievo potrebbe rappresentare un'importante svolta in Bosnia o, sicuramente, rappresenterebbe una novità. Le pressioni che dichiara di aver ricevuto la procura nel corso della sua indagine sono la conferma che Novalić non è un personaggio sacrificabile per gli equilibri politici bosniaci e di conseguenza il proseguimento dell'accusa a suo danno sembrerebbero smentire per la prima volta l'atteggiamento remissivo di cui è sempre stata caratterizzata la giustizia in Bosnia. Indubbiamente, e questa è il secondo elemento di rilevanza e interesse, ciò non poteva che avvenire con l'intervento della Corte di Stato. Si tratta di un organo

della giustizia spesso definito ibrido in ragione della sua origine e natura che risale al periodo post-bellico durante il quale le era stata attribuita essenzialmente la funzione di coadiuvare a livello locale il lavoro del Tribunale Internazionale per l'ex Jugoslavia. Brevemente, l'aggettivo ibrido indica il suo interesse per questioni penali di rilevanza sia interna che internazionale ed è la Corte nella quale la stessa comunità internazionale continua a riporre maggiori speranze per assistere ad un processo di emancipazione della giustizia dalla politica.

L'esito dell'*affaire respiratori* potrebbe fornire dati interessanti sul funzionamento della Corte di Stato e, certamente, ne ha ripristinato le funzioni rimettendola in primo piano.

Ma se questo episodio, ancora in corso di aggiornamento, rappresenta un barlume di speranza dall'altra parte il dibattito politico bosniaco resta ancorato a vecchie questioni che vanno radicalizzandosi nel tempo.

Ogni **9 gennaio**, infatti, la RS continua a celebrare la sua indipendenza nonostante la sentenza della Corte costituzionale emessa lo scorso anno (*v. Cronache dai Balcani gennaio-aprile*). Il rito si accompagna, ormai quasi per tradizione acquisita, con il coinvolgimento allo scontro politico anche da parte dei partiti o dei leader degli altri ordinamenti della Jugoslavia. Il 9 gennaio è diventato, in sostanza, un appuntamento per tutte le forze politiche dell'area per esprimere nuovamente la loro posizione in merito a vecchie ma mai assopite questioni. Se, ad esempio, in Montenegro c'è da una parte il sostegno dei partiti filo-serbi dall'altra c'è la condanna di quelli più nazionalisti che invitano i primi a ritirare le loro congratulazioni ufficiali. In Serbia, invece, la linea ufficiale è quella della celebrazione del 9 gennaio preferendo il riconoscimento informale di una realtà inesistente piuttosto che il sostegno ad un sistema istituzionale legittimo e che fatica ad affermarsi.

Altri problemi tipici, puntualmente verificatisi anche in questo quadrimestre, riguardano poi le disfunzionalità istituzionali che stavolta hanno coinvolto anche la Presidenza.

L'impegno di Dodik per l'indipendenza e nel boicottare l'attività statale si sta concretizzando nella mancanza di riunioni dei tre Presidenti che aggravano lo stallo legislativo già fortemente in sofferenza a causa della lunghezza dei dialoghi politici e inter-partitici che precedono tradizionalmente il processo decisionale vero e proprio. L'unica [riunione](#) da novembre si è tenuta l'**11 marzo** per l'approvazione di alcuni atti come la nomina degli ambasciatori per le nuove sedi diplomatiche e l'approvazione di alcuni accordi.

Il Presidente serbo, inoltre, è tornato a parlare di indipendenza in un discorso tenuto il **4 aprile** nel quale avrebbe dichiarato che l'indipendenza della RS avrebbe calmato e portato vantaggi per l'intera comunità. Tali parole sono state percepite dalle altre forze politiche come una delle sue nuove provocazioni. In particolare Komsic lo avrebbe condannato invitando la comunità internazionale ad un intervento diretto ed esplicito.

A complicare il quadro, il **12 gennaio**, la Commissione Elettorale Centrale (CEC) ha adottato una decisione con cui ordinava il riconteggio dei voti nel collegio centrale di Srebrenica e in alcuni municipi. L'operazione ha condotto all'individuazione di irregolarità e al conseguente annullamento dei risultati come dichiarato dalla CEC il **21 gennaio**. La decisione è stata positivamente accolta dalla comunità internazionale e in particolare dall'OSCE. Le elezioni sono state fissate nuovamente, il **2 febbraio** su [decisione](#) della CEC, per il **21 febbraio** e hanno portato

alla vittoria del leader delle forze serbo-bosniache Mladen Grujicic con il 67,62% dei voti. Tale [risultato](#) va indubbiamente tarato con l'assenza e il boicottaggio da parte delle forze politiche e degli elettori dei partiti bosgnacchi.

Intanto, il **13 gennaio**, il Presidente croato Komsic aveva richiesto il riconteggio delle schede anche per Mostar ma il **19 gennaio** la CEC ha [confermato definitivamente i risultati](#) senza però risolvere di fatto gli attriti politici e della comunità che si sono creati intorno ai risultati e alla possibilità di eleggere un sindaco.

Per tale ragione, il **13 febbraio**, il leader dell'SDA Izetbegovic ha lanciato la proposta di un sindaco a rotazione ma pochi giorni dopo, il **16 febbraio**, il Consiglio municipale è stato in grado di esprimere il suo sindaco scegliendo il rappresentante dell'HDZ Mario Kordic.

L'ultimo quadrimestre del 2020 si era drammaticamente concluso in **Croazia** con un secondo e grave terremoto che aveva scosso il 29 dicembre la capitale Zagabria e soprattutto la città di Petrinja (*v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre*).

Nei primi giorni di gennaio le istituzioni croate hanno tentato di dare alcune rapide risposte. Il Presidente Milanovic già il **3 gennaio** ha chiesto al Governo di dichiarare lo Stato d'Emergenza nazionale, proposta che inizialmente sembrava essere stata accolta ma che non ha poi trovato seguito.

Infatti, nel Consiglio dei Ministri del **4 gennaio**, dopo aver osservato un minuto di silenzio, i membri del Governo hanno discusso la questione senza decidendo per lo Stato d'emergenza per catastrofe da adottare nelle sole zone colpite dal cataclisma. È stata poi istituita una *taskforce* guidata dalla Croce Rossa e composta da altre organizzazioni volontarie che sarebbe rimasta attiva 24 ore su 24 per assistere gli sfollati per ogni esigenza.

Il Governo ha anche deciso per un rapido piano per l'installazione di edifici prefabbricati al fine di dare un provvisorio alloggio a tutte le vittime della catastrofe.

Una volta chiarita la strategia per i primi soccorsi, l'attenzione si è però rivolta verso la ragione per cui il terremoto di magnitudo 6.2 abbia arrecato soprattutto a Pretrinja dei danni così consistenti radendola quasi completamente al suolo. La ragione va ricercata nella pessima costruzione e nella speculazione edilizia fatta dopo la guerra. Il Ministro per la pianificazione edilizia Darko Horvat ha dichiarato il **5 gennaio**, a seguito del già citato vertice di Governo, che sarebbero state avviate delle indagini per verificare le condizioni di tutti gli edifici crollati e rimasti in piedi frutto della ricostruzione dei primi anni Novanta.

Anche l'Unione Europea è intervenuta in favore della Croazia e la proposta della Commissione del **13 gennaio** di [un pacchetto di aiuti](#) dal valore totale di circa 200 milioni di euro da inviare a Zagabria è stata inserita nell'agenda del Parlamento per essere discussa a partire dal **18 gennaio**. Nonostante il voto negativo e l'astensione di un totale di 6 eurodeputati euroscettici la richiesta è passata alla presenza di tutti i membri il **22 gennaio**.

Il **28 febbraio**, invece, un altro evento drammatico seppur di diversa portata ha scosso le istituzioni e il palinsesto politico ovvero la morte improvvisa, avvenuta per infarto, del sindaco di Zagabria Milan Bandic all'età di 66 anni. Si tratta di una figura controversa nonostante fosse alla guida della capitale da quasi 21 anni, eletto per 6 volte consecutive.

Aveva iniziato la sua carriera con l'SDP per poi lasciare il partito dopo circa dieci anni dal suo primo mandato e candidarsi come indipendente. La sua linea ideologica era andata sfumando e la sua politica aveva assunto sempre più i caratteri del populismo. Intorno a lui si era creata una fitta rete di clientelismo tanto che erano ancora in corso processi e indagini per corruzione. Il suo successore sarà eletto alla fine della primavera in occasione delle amministrative ordinarie.

Populismo e carisma sono elementi che, ultimamente, stanno pericolosamente entrando nel linguaggio politico e soprattutto in tutte le istituzioni croate. Come già evidenziato ([v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#)) anche il Presidente Milanovic, nonostante si fosse presentato come il candidato anti-populista, non è estraneo a questa evoluzione.

Il primo anno del suo mandato è stato, infatti, contraddistinto sostanzialmente dal suo carattere, dalle sue decisioni personali e dalle sue del tutto peculiari interpretazioni del protocollo. A livello costituzionale non si può certo dire abbia commesso errori o abbia in qualche modo oltrepassato i limiti dei suoi poteri ma di certo non è stata una figura neutra e non ha mantenuto quel ruolo di assoluto controllo *super-partes* che ci sarebbe aspettati. Il suo ruolo di moderatore si è spesso, infatti, espresso attraverso dei veri e propri attacchi anche *ad personam* soprattutto nei confronti del Primo Ministro Plenkovic.

Negli **ultimi giorni di marzo**, poi, il Presidente è stato messo al centro di una duplice accusa proveniente da una parte proprio dal Capo del Governo e dall'altra da leader del SDSS Milorad Pupovac.

Quest'ultimo, il **28 marzo**, avrebbe imputato a Milanovic il tentativo di destabilizzare l'ordine costituzionale cercando di influenzare l'opinione e quindi l'azione dei parlamentari. L'atto incriminato sarebbe una chiamata ricevuta da un parlamentare della minoranza rom, Veljko Kajtazi, al fine di avviare un dialogo informale e di intermediazione per arrivare ad essere coinvolto nelle decisioni parlamentari soprattutto nell'ambito della scelta dei giudici per la Corte Suprema (*v. Croazia-Presidente p. 22*). Pupovac avrebbe affermato che Kajtazi sarebbe stato anche ricattato. Ovviamente da parte del Presidente è stato negato tutto ma la sua risposta al leader del partito serbo è sembrata eccessivamente aggressiva anche da parte di Plenkovic che non ha perso tempo, il **29 marzo**, per evidenziare il fatto. Il Primo Ministro ha sottolineato come il linguaggio del Presidente sia eccessivamente diretto ma soprattutto inadeguato. Il riferimento esplicito è all'utilizzo di aggettivi come "brutto" riservato proprio a lui oppure "sporco" con cui invece Milanovic si è riferito di recente a Pupovac.

Proprio per questa attribuzione il leader del SDSS ha accusato pubblicamente il Presidente di infondere messaggi di razzismo nei confronti dei cittadini della Serbia e della Bosnia-Erzegovina oltre che correre il rischio di sollevare un'ondata di intolleranza verso le minoranze in Croazia che in alcuni contesti già non avrebbe bisogno di ulteriori stimoli.

Ad ogni modo, la questione di cui si è accennato relativa all'elezione del Capo della Corte Suprema, ha causato degli attriti ben più gravi mettendo in discussione ruoli e attribuzioni dei supremi organi costituzionali. I protagonisti di questo scontro, come si vedrà (*v. Croazia-Presidente p. 22 e Corte Costituzionale p. 23*) sono stati in primis proprio il Capo dello Stato Milanovic e poi il Sabor, in particolare il suo Presidente, e la Corte Costituzionale.

Ancora una volta alle radici della questione c'è una rivendicazione da parte di Milanovic che intende rivedere le sue attribuzioni considerando in maniera esclusiva la Costituzione e decidendo lui stesso sulla legalità o meno delle norme primarie.

Il vero pericolo risiede, come si capirà meglio, nel tentativo di Milanovic di delegittimare gli altri organi costituzionali quali il Parlamento e la Corte Costituzionale ponendosi non solo come unico garante puro della Costituzione ma anche come esclusivo interprete della volontà popolare a discapito del circuito di rappresentanza parlamentare.

Nel campo di battaglia politico-istituzionale croato iniziano, poi, ad insinuarsi anche altri elementi di disturbo per la salute della democrazia quali ad esempio le iniziative del partito sovranista che tanto, soprattutto in questo periodo, fanno pensare alle piazze polacche. Si tratta, infatti, dell'iniziativa della raccolta firme, iniziata il **1° febbraio**, per abolire la legge che permette l'interruzione volontaria di gravidanza. L'intento, in realtà, è quello di proporre al Parlamento una legge sulla protezione della vita umana che indichi espressamente come quest'ultima inizi dal momento del concepimento. Rispetto alle decisioni di Varsavia, il progetto di legge contiene dei ristrettissimi margini di tolleranza prevedendo infatti che un aborto sarebbe comunque possibile ma alla sola condizione che la gravidanza rappresenti una minaccia per la vita della donna.

Lo *step* successivo alla raccolta firme è quello della mozione in aula che necessiterebbe di 30 sottoscrizioni per essere calendarizzata. Ma il **9 febbraio** il progetto di legge sulla protezione della vita ha ricevuto il sostegno solamente di 10 deputati.

La [legge in vigore resta quella del 1978](#) nonostante nel 2017 la Corte Costituzionale avesse comunque lanciato [l'appello al legislatore](#) di innovare la materia. Dal 2019 i sovranisti tentano senza successo di far inserire in agenda la loro proposta.

Dal punto di vista europeo arrivano, invece, ottime notizie per la Croazia. Infatti, il **12 marzo** la presidenza portoghese e la commissaria Ylva Johansson hanno informato il Consiglio che la Croazia ha completato con successo la procedura di valutazione Schengen iniziata nel giugno 2015 e terminata nel maggio 2019.

Nella valutazione più completa della preparazione all'adesione allo spazio Schengen, la Croazia ha soddisfatto 281 raccomandazioni in otto aree dell'*acquis* di Schengen, di cui 145 relative al controllo delle frontiere esterne. Nessun altro Stato aveva mai prima d'ora ricevuto una valutazione così positiva. Il punto forte è stato la capacità nei rapporti con gli Stati terzi.

A seguito di queste dichiarazioni il Primo Ministro Plenkovic ha affermato che la Croazia farà parte dell'area Schengen a pieno titolo entro i prossimi tre anni.

I temi caldi del quadrimestre in esame in **Macedonia del Nord** sono, invece, essenzialmente due e riguardano, uno, una questione tanto estera e diplomatica quanto esistenziale e, l'altra, invece è un dibattito squisitamente politico che evidenzia ancora una volta le caratteristiche estreme e centrifughe del sistema partitico.

Del primo problema si era iniziato ad accennare nelle Cronache passate quando sembrava ancora che l'intervento dell'UE potesse frenare sul nascere l'attrito. Si tratta, dunque, del veto della Bulgaria posto all'adesione europea della Macedonia motivata da ragioni storiche ma soprattutto linguistiche e superabile con l'accettazione da parte di Skopje di un documento di 12

punti con cui si sosteneva che la lingua e l'etnia macedone fossero di derivazione bulgara. La Macedonia, quindi, dopo aver in qualche modo superato la sua vicenda di emancipazione della Grecia con la stipula degli Accordi Prespa, si trova ora nuovamente a rivendicare letteralmente la sua esistenza contro il revisionismo bulgaro.

Oltre agli appelli europei contro la visione di Sofia, era iniziato anche un debole e improduttivo dialogo tra i gruppi di mediazione dei due Stati. Ma ad inizio anno il Primo Ministro macedone Zoran Zaev aveva dichiarato di voler interrompere questo dialogo per dar tempo alla Bulgaria di organizzare e celebrare le elezioni fissate per il **4 aprile**. Dopo quella data sarebbe stato, dunque, più sensato e opportuno riprendere il punto.

Il suo omologo bulgaro Krasimir Karakachanov ha, però, dichiarato che converrebbe al Governo macedone firmare immediatamente il documento in modo da assicurarsi l'avvio dei negoziati già nel mese di marzo, negoziati che potevano già essere iniziati a novembre se non fosse stato posto il veto.

Ad ogni modo le due delegazioni hanno continuato lo scambio di opinioni caratterizzato soprattutto dalla continua redazione e proposta alla controparte di bozze di Accordi di amicizia, buon vicinato e cooperazione. L'ultimo risale al **10 gennaio** ed è stato presentato dal Vice Primo Ministro Ekaterina Zaharieva in occasione di un incontro in Macedonia. Il progetto presentato sembrerebbe rappresentare il primo vero tentativo dal parte bulgara di allentare la tensione. Il documento, parzialmente pubblicato da Euractive, un'agenzia con sede a Bruxelles, comprenderebbe idee di cooperazione tra i due paesi non solo nell'ambito infrastrutturale e di rafforzamento dei collegamenti ma anche da un punto di vista culturale. Sembrerebbe, infatti, che compaia una parte anche dedicata alla riscrittura dei libri di storia.

Nelle riunioni dei due gruppi tenutesi a febbraio non è però emerso un accordo proprio in relazione alla questione della riscrittura della storia da parte bulgara. La commissione bulgaro-macedone ha fissato i successivi incontri tra il **23** e il **26 aprile**, confermando l'opzione di Zaev che era meglio interrompere nel periodo preelettorale, senza ancora giungere ad una conclusione.

Riguardo, invece, alla questione più interna si tratta del dibattito tra i partiti della coalizione di Governo retta dall'SDSM di Zaev e il partito di opposizione VMRO-DPMNE intorno al censimento annunciato qualche mese prima dal Governo (*v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre*).

È in particolare la modalità con cui è stato organizzato lo svolgimento dell'operazione statistica a non convincere l'opposizione. Il classico strumento di raccolta, infatti, ridurrebbe la veridicità delle informazioni e non risulterebbe metodologicamente sufficiente per la formulazione di un quadro completo e realistico della popolazione. La controproposta del VMRO-DPMNE consisterebbe, invece, come annunciato ad **inizio febbraio**, nella scelta di un sistema di raccolta dei dati elettronico che faccia riferimento a dei database già presenti. Inoltre, le domande dovrebbero essere anticipatamente elaborata e catalogate dal Governo.

Ma Zaev resta convinto dell'efficacia della raccolta tradizionale soprattutto perché supportata dall'Istituto statistico nazionale e comunque basata su database già esistenti. A non far desistere il Primo Ministro c'è poi l'urgenza di confermare per aprile il censimento dal momento in cui l'ultimo risale al ventennio precedente e la mancanza di dati aggiornati renderebbe difficile per le istituzioni elaborare politiche pubbliche utili.

Di tutta risposta il VMRO-DPMNE ha organizzato a partire dal **21 febbraio** una raccolta firme per chiedere l'annullamento della [Legge sul censimento](#).

La raccolta firme doveva servire come strumento quasi minatorio nei confronti del Governo che però non si è lasciato intimidire dal successo dell'opposizione rimanendo ancora sulla sua posizione.

A far cambiare idea a Zaev è stata, invece, la decisione da parte dell'opposizione di boicottare l'attività parlamentare facendo saltare diverse volte il quorum per le votazioni.

Dopo due mesi di Assemblea bloccata Zaev ha accettato l'invito del leader del VMRO-DPMNE Hristijan Mickoski ad un incontro di vertice per giungere ad un compromesso.

Il dibattito, tenutosi il **29 marzo**, durato più di due ore ha straordinariamente condotto a numerosi successi e accordi. Si è, dunque, deciso non solo per il rinvio del censimento ma anche importanti modifiche al codice elettorale per l'introduzione del riconoscimento con impronta digitale al momento del voto.

Il censimento così come le elezioni amministrative sono state rinviate oltre la metà di settembre.

L'accordo ha indubbiamente contribuito allo sblocco dell'Assemblea che è, però, rimasta gravemente penalizzata in questi mesi dalle continue chiusure a causa di deputati trovati positivi. Già il **18 gennaio** i lavori sono stati sospesi per la mancanza del quorum di 61 deputati determinato in ultimo anche dall'assenza di un deputato positivo al Covid-19.

La situazione ha raggiunto l'apice **nel mese di febbraio** durante il quale, ad eccezione di una sola seduta dedicata alle interpellanze, l'Aula non si è mai riunita a causa di una combinazione di boicottaggio e deputati in autoisolamento.

La struttura istituzionale del **Montenegro** continua a vacillare e la speranza di un consolidamento sembra essere quasi sul punto di spirare nonostante le ambizioni verso l'integrazione europea.

Se in molti degli ordinamenti dell'ex Jugoslavia almeno la maschera della democrazia è in qualche modo ancora tenuta sul volto dei Governi, qui invece l'instabilità politica non riesce a nascondere gravi disfunzionalità nel circuito di rappresentanza e in quello decisionale.

Il meccanismo parlamentare è totalmente saltato e l'Assemblea del Montenegro non ha sostanzialmente lavorato per quattro mesi da fine **gennaio**. Un periodo di *stop* totale che fa da coda ad una precedente fase, quella autunnale, di forte rallentamento dove l'incapacità del Parlamento di produrre ed approvare norme era già stata gravemente minata. Ma è indubbiamente stato il nuovo e deciso boicottaggio delle opposizioni a spegnere completamente l'attività parlamentare.

Il dialogo politico è inesistente e la mancanza di reciproca legittimazione tra le parti sta portando ad una sempre più totale cessazione dello scambio anche in Aula.

Non c'è conciliazione tra le posizioni, non c'è riconoscimento e possibilità di compromesso. Si tratta, quasi come per la Bosnia, di una sopravvivenza possibile solo a discapito delle altre parti. La comunità sociale è spaccata e quella politica si adagia su queste faglie approfondendole con il suo peso e cancellando definitivamente quel suolo unitario rappresentato dall'interesse nazionale.

Una delle questioni che sta disgiungendo il quadro politico nazionale è il dibattito sulle leggi sulla procura e sull'ufficio del procuratore speciale per i crimini di corruzione che dura ormai da diversi anni. Gli attuali progetti di legge erano stati infatti presentati nel 2015 dalla precedente maggioranza guidata dall'SDP e dopo anni di tentennamenti erano stati recentemente calendarizzati per essere approvati il **18 febbraio** con l'aggiunta di alcune nuove modifiche da parte delle nuove forze al potere.

Il **16 febbraio** il Ministro della Giustizia Vladimir Leosavić ha però preventivamente interpellato la Commissione di Venezia affinché esprimesse un parere sul progetto di legge costringendo di fatto al rinvio della votazione in Aula.

Le disposizioni più controverse evidenziate anche dalla Commissione di Venezia riguardano in entrambi i casi la questione delle nomine. Nella legge sulla procura gli emendamenti cambierebbero la composizione del Consiglio invertendo la proporzione tra membri laici, che diventano 5, e membri togati, secondo la nuova norma 4.

La legge sulla procuratore speciale per crimini di corruzione elimina il passaggio di nomina che prevedeva la segnalazione da parte del Procuratore Generale prima dell'elezione definitiva del Consiglio della Procura.

Il **20 febbraio** la Commissione di Venezia ha pubblicato il suo [parere](#) bocciando i due progetti di legge proprio perché, effettivamente, modificando la struttura del Consiglio e la nomina del Procuratore Speciale andavano ad introdurre dei meccanismi di politicizzazione da sconsigliare in un ordinamento democratico.

Per quanto riguarda la nuova composizione del Consiglio a prevalenza laica la Commissione aggiunge che non si tratta necessariamente di una misura contraria agli standard democratici o da evitarsi in termini assoluti ma per essere adottata nel quadro di uno Stato di diritto deve presentare alcune condizioni particolari che in Montenegro non sono invece presenti rendendo ingiustificata la riduzione del numero dei giudici.

La questione è, dunque, stata rigettata nell'arena politica e i partiti della maggioranza sono riusciti a trovare un nuovo accordo per riformulare le disposizioni contestate l'**11 aprile** e riproporre il nuovo testo al parere della Commissione di Venezia che ha ricevuto il testo il **27 aprile**.

Tra gli attriti politici e istituzionali si inserisce anche la difficile parte del Comitato per la riforma elettorale istituito dal Parlamento il **31 marzo** (*v. Montenegro-Parlamento p. 28*). A poco più di una settimana dalla sua nascita, infatti, il partito dell'SDP fa saltare già i lavori iniziando a boicottarli in segno di opposizione all'intenzione del Governo di presentare un disegno di legge che rivede i criteri di adozione della cittadinanza montenegrina e di cui sottoporrà alla Corte Costituzionale gli emendamenti per verificarne la legalità.

I deputati dell'opposizione avevano, poi, già inoltrato il **3 febbraio** una richiesta al giudice delle leggi per verificare le leggi approvate il **20 gennaio** (*v. Montenegro-Parlamento p. 28*) e da cui era partita la nuova ondata di astensionismo volontario. Ciò che però hanno affermato le opposizioni è che un possibile parere della Corte Costituzionale non comporterà un loro automatico ritorno in aula.

In questo difficile contesto politico la Costituzione è debole, spesso trascurata e soprattutto resta indifesa da parte proprio di quegli organi preposti alla sua difesa.

Si parla del Presidente del Montenegro Milo Đukanović da anni ormai il più grande ostacolo al consolidamento democratico del suo Paese. Il Capo dello Stato, infatti, prosegue nel bloccare la transizione del Montenegro utilizzando le parti politiche a proprio piacimento e alimentando quelle faide senza alcuna dote di imparzialità. Il Presidente ha utilizzato in più occasioni gli attriti politici a proprio vantaggio e non è mai stato arbitro ma sempre protagonista delle vicende più spinose dello Stato.

Anche nel difficile contesto generale in cui si trova ora il Montenegro Đukanović si è messo nuovamente in primo piano decidendo di non promulgare una serie di leggi approvate dall'Assemblea prima del suo stop il **20 gennaio** (*v. Montenegro-Parlamento p. 28 e Montenegro-Presidente p. 29*).

Il fatto che poi si sia trovata una soluzione (*v. sempre Montenegro-Presidente*) non toglie il fatto che il comportamento del Capo dello Stato risulta assolutamente immotivato e sfugge totalmente ai limiti e alla funzione a lui attribuita dalla Costituzione soprattutto considerando il contesto generale, ovvero quello già descritto di una democrazia profondamente in crisi e arenata nella sua incompleta fase di consolidamento.

Se non c'è riconoscimento reciproco tra le forze politiche e non c'è un rigido rispetto delle norme costituzionali che descrivono poteri, limiti e rapporti tra gli organi dello Stato non ci si può aspettare un'assimilazione e un'interiorizzazione da parte della comunità dei valori costituzionali e del rispetto verso le istituzioni.

A conferma di ciò non manca il parere dell'Unione Europea. In termini informali già il **16 gennaio** era arrivato il messaggio della portavoce della Commissione Ana Pisonero Hernandez che riferiva che fino a quando non si fossero chiusi i capitoli 23 e 24, che riguardano anche la difficile questione della giustizia, non sarebbero stati aperti altri capitoli e la negoziazione si sarebbe bloccata come si sta verificando.

L'ufficialità della dichiarazione è, però, arrivata con la [relazione](#) della Commissione affari esteri del Parlamento Europeo redatta il **9 febbraio** per richiedere una risoluzione del *plenum*. I problemi cruciali sono l'incapacità di produrre un sistema elettorale che rispetti gli standard europei ma soprattutto che si snodi in maniera tale da impedire al Montenegro di trovarsi in perenne campagna elettorale. Il suggerimento degli esperti europei è quello di calendarizzare le elezioni parlamentari con quelle locali.

Un altro elemento venuto alla luce è la forte ingerenza estera e ci si riferisce chiaramente ai rapporti mai risolti con la Serbia.

Anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa aveva espresso, il **21 aprile**, un [parere](#) poco incoraggiante sulla fase di democratizzazione del Montenegro evidenziandone lo stallo in quattro settori chiave: indipendenza giudiziaria, fiducia nel processo elettorale, situazione dei media e lotta alla corruzione.

In **Serbia** politica esterna e politica interna continuano a fondersi intorno all'annosa questione del Kosovo. Con il nuovo Governo entrato in carica a giugno e guidato da Avduh Hoti (*v. [Cronache dai Balcani maggio-agosto](#)*) si era, però, aperta una nuova fase di relazioni tra Belgrado e

Pristina che aveva portato alla rimozione dei dazi imposti dal Governo kosovaro per tutti i prodotti serbi e bosniaci in vigore da oltre un anno. Era questa la ragione per cui le autorità serbe avevano non solo interrotto i negoziati per il riconoscimento e la stipula di accordi di buon vicinato ma anche ripreso un'intensa attività di sabotaggio attivo e di persuasione verso altri Governi al fine di non riconoscere o disconoscere il Kosovo indipendente.

Sebbene alcuni nodi non fossero stati sciolti neanche durante gli incontri di Washington e Bruxelles (*v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre*) i rapporti tra i due Stati stavano intraprendendo una nuova strada inimmaginabile fino a pochi mesi prima.

Eppure, questo periodo di distensione è durato ben poco dal momento in cui il **6 gennaio** la Corte Costituzionale del Kosovo ha [dichiarato nulla le elezioni](#) che hanno portato alla nomina del Governo Hoti aprendo a nuove votazioni.

In piena campagna elettorale, a complicare il quadro, il presidente del partito Alleanza per il futuro del Kosovo Ramush Haradinaj ha minacciato Belgrado di voler portare avanti una campagna per indire un *referendum* per l'annessione all'Albania qualora la Serbia persistesse nel non riconoscere l'indipendenza del Kosovo.

Tra i sostenitori dell'unificazione con l'Albania si è fatto nuovamente avanti proponendosi come guida del Paese Albin Kurti, leader di Vetëvendosje! nonostante il **15 gennaio** la Corte Suprema lo avesse inserito nella lista di quei 47 candidati che non avrebbero potuto presentarsi alle elezioni.

Ad ogni modo alla votazione del **14 febbraio** circa il 50% degli aventi diritto ha espresso la sua preferenza per Vetëvendosje! che ha così conquistato 58 seggi, 3 in meno di quanti ne occorrerebbero per la maggioranza assoluta e un governo monocolore. Il Governo Kurti è stato possibile, però, grazie ai voti dei gruppi di minoranza ed ha ottenuto la fiducia di 67 parlamentari sui 107 presenti nella seduta del **22 marzo**.

Le elezioni hanno portato, comunque, ad un ottimo risultato anche per la Serbia. Non sono, infatti, tardate le congratulazioni di Vučić e di altri membri del Governo per la vittoria di tutti e 10 i seggi riservati ai serbi da parte del partito Lista serba. Il gruppo serbo, però, ha presentato un'istanza alla Corte Costituzionale il **29 marzo** contro l'approvazione dell'Assemblea dell'assegnazione di un solo Ministero alla minoranza serba quando la Costituzione ne prevedrebbe due.

Dal punto di vista dei negoziati, invece, Kurti aveva dichiarato già dal **17 febbraio** di non voler cambiare rotta e aveva espresso la sua volontà nel proseguire sulla strada del dialogo. L'Unione Europea, all'indomani della sua nomina il **25 marzo**, aveva inviato comunque una comunicazione sia a Pristina che a Belgrado invitandoli a non minare il processo di dialogo ormai avviato.

In realtà la strada per la conciliazione si era già arenata in autunno (*v. Cronache dai balcani settembre-dicembre*) e le autorità di entrambe le parti avevano compiuto un passo indietro giustificato dall'urgenza della gestione Covid-19. La stessa motivazione è stata data da Kurti il **28 aprile** quando ha disdetto l'appuntamento europeo fissato per l'11 maggio per la prosecuzione del dialogo che può dirsi ormai irrimediabilmente arenato in una nuova stagnante fase di stallo.

Intanto l'Unione Europea il **24 febbraio**, attraverso la relazione della Commissione per la politica estera del PE, ha espresso anche la sua preoccupazione per la libertà dei media in Serbia

e per il funzionamento dell'Assemblea e in materia di corruzione. Sono invece stati valutati con positività gli indicatori economici, la partecipazione alla cooperazione regionale e il dialogo con Pristina così come anche la strategia della Serbia nei confronti della comunità rom. Desta, invece, preoccupazione il distanziamento dalla politica estera dell'UE in favore di un allineamento sempre più evidenti rispetto a quella, ad esempio, della Cina. Il rapporto iniziale presentato dal relatore David McAllister è stato integrato da 38 emendamenti approvati, su quasi 400 presentati in Commissione, indirizzati proprio ad acuire le formulazioni e le critiche rivolte ai punti negativi sopra citati.

Inoltre, a seguito del cambio sulla metodologia di integrazione per i Balcani, l'UE dovrà comunicare un nuovo progetto per la strategia di adesione che resta ancora molto atteso a Belgrado.

Sempre sotto l'egida dell'UE, **a gennaio** sono iniziate le trattative tra i partiti di opposizione e maggioranza per concordare un programma di avvio al dialogo sempre con l'obiettivo principale di risolvere la questione relativa alla legge elettorale da modificare.

Intorno a questo progetto si è creata una grande coalizione informale, il Nuovo Partito, formato dal Partito Socialdemocratico, dal Partito Democratico della Serbia, dal movimento "1 su 5 milioni", dall'iniziativa "Non anneghiamo Belgrado", dal Partito dei Verdi, dal Forum Civico Democratico e dal movimento ungherese e la Nuova Serbia. Queste forze politiche si sono incontrate preliminarmente il **26 gennaio** a Belgrado per definire una posizione comune da sostenere dinnanzi ai rappresentanti governativi.

Il **2 febbraio** il Presidente dell'Assemblea Ivica Dačić ha concordato con il Presidente della Commissione affari esteri del PE McAllister che i dialoghi si sarebbero avviati in primavera.

Intanto, il **12 febbraio**, l'opposizione aveva presentato un suo progetto da discutere nella sede di dialogo che mirerebbe alla creazione di due organi di controllo: l'organo di coordinamento per il monitoraggio elettorale dei media e l'organo di coordinamento per il monitoraggio del processo elettorale. Il primo dovrebbe collaborare con la Commissione elettorale e le organizzazioni già incaricate della vigilanza elettorale mentre il secondo sarebbe un organo governativo.

La piattaforma ha preso corpo il **3 marzo** ed è divenuta una proposta presentata in Assemblea con la firma dei deputati di tutti i partiti sopra citati. Nel complesso l'opposizione propone il voto libero nelle elezioni, un migliore controllo del processo elettorale, la prevenzione da corruzione e altri reati durante il periodo di campagna elettorale e l'istituzione dei due organi di coordinamento per la copertura mediatica delle elezioni e il monitoraggio del processo elettorale.

Il **27 marzo**, un gruppo di partiti dell'opposizione ovvero No a Belgrado, Movimento dei Cittadini Liberi, Movimento per il Cambiamento, Partito della Libertà e della Giustizia e Insieme per la Serbia, ha ripresentato l'invito rivolto alle forze di maggioranza per partecipare ad un dialogo moderato dai rappresentanti del PE sempre legato alla questione della riforma della legislazione primaria e di contorno in materia elettorale.

L'invito è stato accettato ma senza la presenza di mediatori internazionali e nella sede dell'Assemblea. La prima riunione si è tenuta il **28 aprile** e ha partecipato anche il Presidente Vučić all'inizio dei lavori.

Nonostante le numerose divergenze e le evidenti difficoltà di giungere ad un punto in comune, per la prima volta dopo anni di tentativi sembrerebbe essere stato raggiunto un compromesso bilateralmente accettato almeno per l'avvio di uno scambio di opinioni. Il dialogo è iniziato con i migliori auspici e ci si attende una soluzione nel breve termine.

In questo modo terminerebbe quel lungo processo iniziato già da due anni (*v. Cronache dai Balcani maggio-agosto 2019*) con cui si sta provando a raggiungere una conciliazione tra maggioranza e opposizione per rendere qualitativamente più avanzato il processo elettorale.

L'impegno quasi rassicurante del Governo nella gestione Covid-19 e nell'approvvigionamento e distribuzione dei vaccini in **Slovenia** rappresenta l'altra faccia della medaglia di un Esecutivo che resta sempre e comunque sulla strada della recessione democratica.

Infatti, ciò che ha maggiormente caratterizzato il panorama politico-istituzionale e che ha suscitato maggiori allarmi a livello transnazionale è il perseguimento di quel piano di limitazioni alla libertà di stampa su cui il Primo Ministro Jansa sta investendo risorse ed energie dall'inizio del suo mandato (*v. Slovenia-Governo p. 34*).

La Slovenia è entrata a pieno titolo tra gli Stati Membri da tenere sotto stretta osservazione per tutte le istituzioni unioniste affiancandosi nel giro di poco più di un anno all'Ungheria e alla Polonia la cui tendenza illiberale ha, però, superato il decennio.

Indubbiamente l'Unione Europea è divenuta più sensibile e cauta dinnanzi ad alcuni comportamenti e sa riconoscere con maggiore acutezza i campanelli d'allarme quando si tratta di compressione democratica. Dall'altra parte non si può comunque negare che la svolta portata avanti da Jansa sia stata un vero e proprio agguato alla democrazia, una variante di quella strategia di attacco orbaniana molto più aggressiva e rapida.

Questo elemento può interpretarsi come una chiave di lettura per individuare una pericolosa tendenza negli schemi di involuzione in senso antidemocratico che dovrebbe mettere in guardia la comunità internazionale ed europea o chiunque abbia a cuore le sorti e la difesa dello Stato di Diritto. Infatti, se l'Ungheria ha scelto la strada più tradizionale della riforma costituzionale e ha impiegato diverso tempo e maggioranze considerevoli per compiere quelle modifiche interne all'ordinamento che l'hanno resa per tanti un modello, la Polonia, invece e a distanza di qualche anno, è intervenuta con modifiche sostanziali e materiali senza metter mano formalmente alla sua Costituzione ma solo attraverso l'emanazione di leggi e la manipolazione della Corte Costituzionale in tempi molto più rapidi.

La Slovenia, che segue l'inizio dell'illiberismo polacco distanziandosi di quasi cinque anni, sta premendo ancor di più l'acceleratore intervenendo direttamente attraverso provvedimenti amministrativi attualmente particolarmente incisivi e dannosi proprio per la stampa.

L'**11 marzo**, anche la Commissione Europea ha annunciato attraverso la voce della Vice Presidente e Commissaria per i valori e la trasparenza Vera Jourova che a luglio verrà pubblicato un rapporto dedicato a Polonia, Slovenia e Ungheria, appunto, relativo al livello di salute dello Stato di Diritto di questi ordinamenti. La Commissione dedicherà un capitolo in particolare alle condizioni e agli sviluppi sulla libertà dei media in Slovenia.

Il **31 marzo**, invece, a seguito della riunione del **26**, il gruppo di studio del PE ha inoltrato un [questionario](#) con oltre 50 domande relative alla condizione della stampa in Slovenia a Jansa e al

suo Ministro della Cultura Vasko Simoniti senza mai ottenere risposte. Le domande riguardavano diversi aspetti tra cui il finanziamento o il ruolo delle ONG.

Infine, il **28 aprile**, è arrivata anche la preoccupazione del Consiglio d'Europa espressa attraverso il [report annuale sulle condizioni della stampa e dei giornalisti](#) con il quale si è aspramente criticato l'atteggiamento del Governo sloveno nei confronti dell'emittente STA.

Riguardo quest'ultima, la soluzione ai continui tagli del Governo (*v. [Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#) e [Slovenia-Governo p. 34](#)*) è stata trovata dalla Commissione Europea che il **28 aprile** ha approvato un finanziamento di 2.5 milioni di euro da devolvere alla STA come remunerazione per la sua pubblica funzione.

A livello interno invece l'opposizione a Jansa si è aggrappata proprio ad una pecca iniziale nella gestione dell'approvvigionamento dei vaccini e in particolare nella mancata ordinazione di un secondo stock di Pfizer nel dicembre 2020. Per questa ragione il leader del partito LMS Marjan Šarec ha avanzato la proposta di *impeachment* ai danni di Jansa già il **17 marzo**. Questa opzione ha preso forma il **2 aprile** grazie all'adesione di altri tre partiti del centro-sinistra.

Jansa sarebbe colpevole di gravi lesioni alla salute pubblica.

Il procedimento di *impeachment* in Slovenia ha già sette precedenti ma in nessun caso ha portato ad un'effettiva condanna. Il Parlamento è chiamato a decidere entro 60 giorni dalla presentazione della mozione con una maggioranza di 46 deputati se accusare il Primo Ministro dinnanzi alla Corte Costituzionale alla quale spetterà la sentenza definitiva e inappellabile ai sensi degli articoli 109 e 119 della [Costituzione](#).

BOSNIA – Dalla crisi politica al torpore istituzionale

PARTITI

ACCORDO TRA COVIC E IZETBEGOVIC PER FAR FRONTE ALLE RICHIESTE DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Nonostante la fase di parziale stop del processo di integrazione europea e nonostante le difficoltà inter-partitiche e inter-etniche della Bosnia, i due leader dei partiti maggioritari bosgnacco e croato sono riusciti a trovare un accordo per formare dei gruppi di lavoro impegnati nella risoluzione delle questioni più gravi individuate dall'UE.

I gruppi, costituiti il **24 febbraio**, hanno iniziato ad occuparsi soprattutto delle 14 condizionalità della Commissione Europea, della legge elettorale e degli accordi della FBiH mai implementati.

PARLAMENTO

PROSEGUE L'INATTIVISMO PARLAMENTARE

Anche in questo quadrimestre le sedute parlamentari sono state rare e poco prolifiche. Entrambe le Camere, infatti, si sono riunite ciascuna solo cinque volte e sostanzialmente solo per approvare comunicazioni e rapporti interni o per la presentazione di progetti di legge minori. Nella [sessione](#) dell'**11 gennaio** della Camera dei Rappresentanti c'è stata una discussione sulla possibilità di avviare un procedimento di sfiducia nei confronti del Governo che non ha però trovato appiglio per proseguire. Il **28 marzo**, invece, a seguito della fuoriuscita dalla coalizione di Governo dell'DNS il Ministro per i diritti umani e i rifugiati Milos Lucic è [stato revocato](#) dalla maggioranza dei deputati della Camera dei rappresentanti con 21 voti a favore e 13 astensioni.

GOVERNO

NUOVO PIANO PER I MIGRANTI

Il **27 gennaio** il Governo è finalmente intervenuto con decisione sulla questione della gestione dei migranti nel territorio della Bosnia. Il nuovo piano del Ministero della sicurezza e dei migranti prevede un rafforzamento del coordinamento tra le forze di polizia locali e il Servizio per gli affari Esteri. Inoltre, viene lanciata l'idea di istituire un'Agenzia *ad hoc* per la direzione dell'emergenza.

LA NUOVA PROPOSTA DI BILANCIO

La sessione del Governo del **17 febbraio** è approdata invece ad alcune importanti decisioni riguardo il ricalcolo del bilancio. Infatti, secondo la proposta del Ministro delle finanze il nuovo bilancio deve essere aumentato a 1,27 miliardi di BAM, mentre 843 milioni di BAM saranno assegnati quest'anno per il debito estero. I nuovi conti dovranno essere approvati dalla Presidenza e poi dalle due Camere ma, a causa del blocco e del rallentamento dei lavori delle istituzioni, l'iter sembra prevedere tempi ancor più lunghi del solito.

MAGISTRATURA

IL VSTV HA UN NUOVO PRESIDENTE

Il **17 dicembre** è stato eletto il nuovo Presidente dell'Alto Consiglio giudiziario e procuratore della Bosnia ed Erzegovina. Si tratta di Halil Lagumdžija da poco membro dell'organo e proveniente dalla Corte di Stato. L'elezione è avvenuta al secondo turno grazie alla maggioranza di 8 voti contro i 7 ricevuti dal giudice della Corte Distrettuale di Banja Luka Srđan Forca. La procedura di voto è avvenuta nel rispetto del [Regolamento del Consiglio](#) come disciplinata nell'articolo 4.a.

AUTONOMIE

APPROVATO IL BILANCIO NELLA FBiH

La Camera dei Popoli della FBiH ha finalmente approvato, l'**11 gennaio**, il bilancio federale mettendo fine ad un lungo procedimento dopo l'approvazione da parte della Camera dei Rappresentanti avvenuta il 29 dicembre. Il budget proposto dal Governo locale ammonta a 5.481.251.899 BAM ovvero a circa 28 milioni in meno rispetto all'anno passato.

CROAZIA – NUOVE EMERGENZE E CONFLITTI ISTITUZIONALI

PARTITI

SCIOLTE DUE SEZIONI DELL'SDP

Nella riunione della presidenza dell'SDP del **29 gennaio** sono state prese le importanti decisioni di sciogliere le sezioni del partito di Vukovar e di Zagabria a seguito di alcune questioni legate alle prossime elezioni locali.

Nel caso di Vukovar la *leadership* aveva chiesto alla sezione del partito di non sostenere l'ex sindaco Željko Sabo come candidato sindaco in quanto condannato per aver tentato di corrompere un consigliere locale. L'SDP di Vukovar ha però ignorato questa raccomandazione, motivo per cui la presidenza con 10 voti a favore, 2 contro e un'astensione ha approvato il commissariamento della sezione la cui direzione verrà affidata a Biljana Gaća, membro della presidenza e presidente del Forum giovanile SDP. Il suo compito sarà quello di incontrare i potenziali partner della coalizione e decidere un candidato sindaco.

A Zagabria, invece, il capo locale dell'SDP, Gordan Maras, aveva annunciato che non si sarebbe candidato a sindaco ragione per cui la presidenza è intervenuta con una nuova proposta di scioglimento della sezione sostenuta da un voto di 12-3. Davor Terzić, presidente del comitato Trešnjevka Sud, è stato nominato commissario.

SECESSIONE NEL PARTITO CONTADINO

Il **31 gennaio** un cospicuo gruppo di membri dell'HSS si è staccato dal partito per fondare il nuovo partito Democratico HSS e ha eletto Mateo Ivanac e Boro Bašljan come presidente e vicepresidente. La ragione del distacco è la mancanza di democrazia intra-partitica. Il nuovo partito si è messo subito alla ricerca di possibili partner di coalizione per le elezioni amministrative di maggio.

PARLAMENTO

LA NUOVA LEGGE PER IL SUPPORTO ALLE AREE TERREMOTATE E LA NUOVA IGP CROATA NELL'ADRIATICO

Dopo il rinvio per il mancato *quorum* per il lavori parlamentari del **31 gennaio**, il Sabor ha finalmente approvato il **5 febbraio** la legge che modifica le [precedenti disposizioni materia di ricostruzione post-terremoto](#).

La nuova norma, come proposto dal Governo, dispone di 1.2 miliardi di euro ulteriori, rispetto agli stanziamenti decisi in estate per far fronte al primo terremoto, da dedicare al soccorso e alla ricostruzione dell'area di della contea di Sisak-Moslavina colpita invece dalla catastrofe del 29 dicembre.

PROGETTO PER IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA

È stato approvato il **23 aprile** con 76 voti favorevoli la relazione sul [progetto ridotto del Piano Nazionale di Riprese e Resilienza](#) (NPOO) da presentare alla Commissione dell'Unione Europea per lo sblocco dei fondi aggiunti per la ripresa dei settori maggiormente colpiti dalla pandemia.

Il piano nazionale per il periodo 2021-2026 contiene proposte di progetti in sei aree per un valore di 49,08 miliardi di kune. La sua stesura e presentazione alla Commissione è una condizione preliminare per ottenere fondi dal Fondo europeo per la ripresa e la resilienza (RRF) per il periodo dal 2021 al 2023. Nell'ambito dell'RRF, la Croazia dispone di 6,3 miliardi di euro di sovvenzioni, più un ulteriore 3,6 miliardi di euro di potenziali prestiti.

I componenti principali dell'NPOO sono il settore delle imprese; amministrazione pubblica; magistratura e beni dello Stato; istruzione, scienza e ricerca; mercato del lavoro e protezione sociale e salute. Oltre alle cinque componenti, c'è anche il settore dell'iniziativa "Ricostruzione edilizia". Queste componenti sono suddivise in 22 sotto-componenti che elencano le riforme specifiche e le esigenze di investimento. Si tratta di un documento di circa 1100 pagine contenenti 77 riforme e 152 piani di investimenti. Il progetto è stato comunque aspramente criticato dal Presidente Milanovic in quanto ritenuto mancante di trasparenza e di importanti informazioni sulle modalità e le destinazioni precise dei fondi.

Ad ogni modo il **29 aprile** il documento è stato adottato dal Governo che lo ha inviato a Bruxelles per l'esame della Commissione.

GOVERNO

PRONTO IL PIANO DI SVILUPPO NAZIONALE FINO AL 2030

Il **26 gennaio** il Governo ha presentato al Parlamento il Piano di sviluppo nazionale fino al 2030. Il progetto è diviso in quattro aree tematiche (un'economia e una società sostenibili, la resilienza alle crisi, una transizione verde e digitale e lo sviluppo regionale) e consta in tutto di 13

obiettivi strategici. Nel piano sono stati inseriti 23 indicatori di impatto grazie ai quali è stato possibile individuare il livello di partenza del Paese che, con grande soddisfazione di Plenkovic, risulta essere superiore delle aspettative iniziali.

Tra i principali obiettivi ci sono, invece, l'aumento del PIL pro capite al 75% della media dell'UE e la quota delle esportazioni dal 52% al 70% del PIL; il miglioramento delle condizioni di lavoro della magistratura; il conseguimento del punteggio medio OCSE nei test PISA; l'aumento del tasso di occupazione al 75%, la riduzione della quota di persone a rischio di povertà e l'aumento dell'aspettativa di vita in buona salute da sei a otto anni.

Il focus sarà anche su una politica pronatalista per promuovere la rivitalizzazione demografica e creare un ambiente sociale ed economico attraente per i giovani e le famiglie. Gli investimenti andranno anche allo sviluppo regionale, alla ripresa demografica e al rafforzamento dell'equità sociale.

Si tratta del tentativo di sfruttare quello che, secondo l'orientamento governativo, si prospetta essere un decennio propizio e che favorirebbe l'idea di uno sviluppo lampo.

NUOVE MISURE A SOSTEGNO DEL TURISMO E DELLO SPORT

In supporto alla crisi dovuta al Covid-19 il Governo è tornato ad investire in uno dei settori chiave della Croazia quale è quello del turismo. Infatti, il **4 febbraio**, il Consiglio dei Ministri ha approvato un piano di 200 milioni da investire proprio nel turismo e nello sport. Due terzi dei fondi stanziati sono destinati alle micro, piccole e medie imprese mentre il restante terzo sarà fornito dalla Banca croata per la ricostruzione e lo sviluppo (HBOR) a vantaggio delle grandi imprese.

Il Ministero del Turismo e dello Sport attuerà il programma in collaborazione con HBOR, HAMAG-BICRO e altre banche commerciali, che concederanno prestiti. Al fine di facilitare prestiti accessibili per la liquidità, il programma prevede garanzie statali che coprono il 100% del capitale del prestito per le micro, piccole e medie imprese e garanzie statali che coprono il 90% del capitale del prestito per le grandi imprese.

Il programma sarà completamente attuato entro il 30 giugno.

PRESIDENTE

IL CANDIDATO PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA DI MILANOVIC

Il Capo dello Stato Milanovic ha trovato una nuova occasione per tentare di invertire la prassi costituzionale nell'elezione del Presidente della Corte Suprema. Fino ad ora il Presidente poteva scegliere un candidato da presentare per l'elezione finale al Sabor solo all'interno di una lista che era stata approvata dal Consiglio giudiziario di Stato (SDV).

Secondo Milanovic, però andrebbe interpretata in maniera meno elastica la [Costituzione](#) che affiderebbe quindi la scelta del candidato al solo Presidente. Milanovic ha ribadito che [la legge primaria che regola la procedura di elezione](#) non è in linea con la stessa Costituzione di cui lui è difensore.

Tale questione è insorta a seguito della sua dichiarazione del **19 febbraio** di non sostenere nessuno dei tre candidati approvati dall'SDV e di supportare invece quella da lui decisa del Professore Zlata Đurđević.

Il Presidente del Sabor Gordan Jandroković non ha però inserito nella lista dei nomi da far approvare ai deputati quello scelto dal Capo di Stato. Per tale ragione Milanovic si è prontamente scagliato contro Jandroković sostenendo che quest'ultimo avrebbe abusato dei poteri concessi dalla Costituzione approfittando della protezione dell'immunità. Ad ogni modo il **19 marzo** la Commissione parlamentare Affari Costituzionali ha dato parere positivo sulla conformità del comportamento del Presidente del Sabor.

Milanovic ha insistito sul punto anche in una dichiarazione del **23 marzo** durante la quale ha affermato che il Sabor avrebbe un obbligo costituzionale nel votare il suo candidato. Ma, lo stesso giorno, dopo la pubblicazione del parere della Corte costituzione (*v. sotto*) Milanovic ha cambiato strategia e si è rivolto direttamente all'SDV per chiedere di procedere urgentemente con una riapertura dei termini per accogliere le candidature da presentare al Sabor.

Il **25 marzo** l'SDV ha accolto la richiesta del Presidente e il **31** ha bandito una nuova chiamata ma la questione resterà aperta fino a quando non si esprimerà l'Assemblea.

Data l'implicazione di quasi tutti gli organi di rilevanza costituzionale è indubbio che si tratti di un vero e proprio grave conflitto istituzionale. L'elezione del Presidente della Corte Suprema rappresenta però solo il pretesto o meglio fa da cornice ad un quadro molto più complesso e pericoloso che si sta man mano delineando con il passare dei mesi dall'inizio del mandato di Milanovic come Presidente.

CORTE COSTITUZIONALE

LA VOCE DEL GIUDICE DELLE LEGGI SUL CANDIDATO ALLA PRESIDENZA DELLA CORTE SUPREMA

Il **23 marzo** la Corte Costituzionale si è espressa [riguardo la questione relativa all'elezione del Presidente della Suprema Corte](#).

Secondo il giudice delle leggi il Presidente può selezionare il suo candidato ma solo tra quelli approvati dall'SDV.

La conclusione della Corte costituzionale è stata adottata con nove voti favorevoli e quattro voti contrari. Questi quattro giudici hanno annunciato le loro opinioni dissenzienti, mentre quattro dei nove giudici che hanno votato a favore hanno assicurato la pubblicazione delle loro opinioni di sostegno.

Il giorno dopo la pubblicazione della sentenza Milanovic ha inviato una lettera ai deputati polemizzando contro il livello di politicità assunto dalla Corte Costituzionale.

MACEDONIA DEL NORD – POLITICA E COVID-19 RALLENTANO E ARRESTANO L'ASSEMBLEA

PARTITI

MODIFICHE ALLO STATUTO E RIELEZIONE DIRETTA DI ZAEV ALLA PRESIDENZA DELL'SDSM

Il **5 gennaio** si è tenuto il XVIII Consiglio Centrale dell'SDSM in via telematica durante il quale sono state prese importanti decisioni e modifiche allo [Statuto](#) al fine di democraticizzare la struttura del partito.

La decisione più importante riguarda l'introduzione dell'elezione diretta del leader del partito che sarà anche occasione per aggiornare i database degli iscritti all'SDSM.

Inoltre, è stato adottato anche un codice di condotta per i funzionari del partito sempre al fine di garantire maggiore trasparenza e correttezza nell'ottica di un assetto più evoluto in senso democratico.

Il processo di censimento interno al partito è iniziato il **23 gennaio** e si è concluso prima del **21 marzo**, data poi fissata dal Consiglio del **16 febbraio**, per la prima elezione diretta del Presidente del partito. La complessa organizzazione di raccolta dati consta di 1.563 squadre sul territorio del paese che lavorano in 74 organizzazioni municipali occupandosi di intervistare porta a porta gli iscritti per aggiornare la lista.

Le nuove modifiche riportano anche i requisiti per l'eleggibilità alla carica di Presidente ovvero deve essere una persona con almeno 5 anni di appartenenza all'SDSM e almeno una volta eletta dal Congresso SDSM come membro di uno degli organi del partito (Presidente, Vicepresidente, membro del consiglio centrale o membro del consiglio di sorveglianza del partito). Si tratta, dunque, di una cerchia molto ristretta soprattutto alla luce del secondo parametro di scelta. Anche per questa ragione, oltre che per questioni di rispetto istituzionale, l'unico candidato in lizza è stato il Presidente uscente Zoran Zaev.

Il Primo Ministro ha pubblicato il **16 marzo** il suo programma intitolato [New Politics](#) e basato essenzialmente su cinque pilastri tra i quali migliorare le funzioni di tutta l'amministrazione del partito, impegnarsi nella lotta contro la corruzione e criminalità, favorire il dialogo interno, preparare una buona classe dirigente.

Ad ogni modo l'elezione si è conclusa con 59.240 membri in favore di Zaev, 865 contro e 277 schede non valide.

Altre importanti modifiche sono attese per il prossimo Congresso durante il quale, come ha annunciato Zaev il **2 marzo**, verrà cambiato nome al partito nel rispetto degli Accordi Prespa.

LA PANDEMIA BLOCCA LA RIPARTENZA DEL VMRO-DPMNE

L'organizzazione dei Congressi dei partiti non è comunque un affare facile in tempo di pandemia e lo sa bene il maggiore partito di opposizione costretto a rinviare a data da destinarsi il Congresso previsto per il **28 marzo** a Skopje. La triste decisione è stata presa dalle autorità del partito il **18 marzo** a fronte di una situazione epidemiologica ancora troppo lontana dal garantire la sicurezza per l'organizzazione di tali eventi. Con grande speranza il XVII Congresso straordinario era stato deciso il **16 febbraio** con l'intento di creare un evento in un clima di festa per fronteggiare la crisi politica e interna al partito nell'auspicio di una rinascita che avrebbe dovuto essere avviata proprio in quella occasione. Sarebbe stato, quindi, un evento simbolico ma con il fondamentale compito di rilanciare il partito anche agli occhi dei suoi iscritti ed elettori.

NUOVO PRESIDENTE PER I SOCIALISTI

Al Congresso di Kratovo del **16 gennaio** il deputato Ljupco Dimovski è stato eletto alla carica di nuovo Presidente del Partito socialista. Sostituisce così Ljubisav Ivanov-Dzingo, il Presidente dei socialisti per 25 anni, morto nel novembre dello scorso anno.

Dimovski è un *ex* ministro dell'agricoltura in uno dei governi VMRO-DPMNE ed è uno dei cinque legislatori che sono stati incriminati e poi amnistiati per violenza in Assemblea il 27 aprile. La sua elezione ha trovato l'approvazione del leader del VMRO-DPMNE Mickovski.

LDP PRENDE MODERATAMENTE LE DISTANZE DAL GOVERNO

Il **22 febbraio** l'LDP ha dichiarato, come già precedentemente preannunciato, che i suoi deputati voteranno in Parlamento in autonomia rispetto al Governo. Questo parziale distacco dalla coalizione maggioritaria non significa la negazione dell'appoggio al Governo che verrà confermata dal voto di fiducia in programma. Si tratta solo di una scelta strategica al fine di garantire la massima rappresentanza dei valori liberali di cui il partito si è fatto portavoce dinnanzi ai suoi elettori. Dunque, la scelta non dovrebbe comportare gravi squilibri per la stabilità governativa e istituzionale.

PARLAMENTO

NOMINATA LA NUOVA COMMISSIONE ELETTORALE CENTRALE

Si è votato in Aula il **12 gennaio** per la nomina della nuova Commissione Elettorale Centrale (SEC) dopo che la Commissione per le nomine ha approvato le 14 liste presentate con nove voti a favore. Nessuno partito aveva preannunciato le proprie preferenze ad eccezione del VMRO-DPMNE orientato sulla lista che sostiene Aleksandar Dashevski come presidente. La precedente commissione, tranne un solo membro, ha riproposto la propria candidatura.

La proposta del partito di opposizione è stata comunque accolta con successo e la lista di Dashevski è stata approvata con 95 voti in favore. Il vicepresidente eletto è stato invece Ditmire Shehu di DUI

L'ASSEMBLEA NON APPROVA LA DESTITUZIONE DI DIMITROV

Il **3 febbraio** l'Assemblea ha votato contro la proposta del partito VMRO-DPMNE di sfiduciare il Vice Primo Ministro per gli affari europei Nikola Dimitrov. Dopo un acceso dibattito 55 deputati contro 53 hanno salvato dalla revoca il membro del Governo accusato dall'opposizione di aver rallentato il processo di integrazione europea per aver mal gestito il dialogo con la Bulgaria.

LA QUESTIONE DELLA LEGGE SUL CENSIMENTO IN ASSEMBLEA

Prima che il dialogo politico potesse giungere ad una conclusione mediata (*v. Introduzione pp. 10-11*) il deputati del VMRO-DPMNE, a seguito della raccolta firme, avevano depositato il **3 marzo** in Assemblea una mozione per chiedere il posticipo del censimento. La questione, come visto è stata risolta in via informale e il **2 aprile** si è proceduto la votazione della modifica alla legge per stabilire il rinvio nel periodo dal 5 al 30 settembre 2021. La proposta è passata con 95 voti a favore, 12 contrari e nessun astenuto. Come da accordo è stata anche approvata la modifica al codice elettorale per l'introduzione del sistema di riconoscimento con impronte digitali. Inoltre, sono stati ripresi i punti rimasti in sospeso dalle precedenti sessioni per la mancanza del *quorum* determinata dall'assenza strategica del VMRO-DPME.

Ritornando al censimento, i voti sfavorevoli, provenienti dalle file della sinistra si sono, però, tramutati in una proposta di emendamento alla legge presentata al Presidente Xhaferi il **4 aprile**.

Sostanzialmente i deputati chiedono la modifica di due articoli. Il primo si riferisce esplicitamente alla campagna “Non apro la porta” precedentemente lanciata e in tutela della salute dal momento in cui il sistema porta a porta andrebbe contro la sicurezza dei cittadini in epoca Covid-19. Dunque, la sinistra chiede che nell'articolo 1, paragrafo (1), le parole “dal 5 al 30 settembre 2021” siano sostituite con “dall'1 al 21 aprile 2022”. L'altro emendamento fa riferimento, invece, all'articolo 2 della Legge e si propone la sostituzione con la formula: “L'Ufficio statistico statale è obbligato a rimuovere dal proprio sito web la domanda di autoenumerazione della diaspora”. Questa modifica è proposta per armonizzare la metodologia di raccolta con le raccomandazioni delle Nazioni Unite e di EUROSTAT.

ZAEV CHIEDE LA FIDUCIA E RICOMPATTA LA SUA MAGGIORANZA

Prima che si risolvesse il conflitto tra SDSM e VMRO-DPMRE il Primo Ministro Zaev ha deciso di dar fine alle voci e alle speculazioni sulla mancanza della maggioranza del suo Governo chiedendo all'Assemblea la fiducia.

Il **3 marzo**, dunque, i deputati hanno votato per confermare la fiducia al Governo esprimendo 62 voti favorevoli e nessun astenuto o contrario. I deputati del VMRO-DPMNE non hanno partecipato alla votazione ma l'intento di ricompattare la maggioranza e di dare sicurezza ai cittadini è stato conseguito da Zaev.

DALLE PROSSIME ELEZIONI NON SI POTREBBE PIU' VOTARE PER DEPUTATI CON LA DOPPIA CITTADINANZA

L'attrito con la Bulgaria ha raggiunto facilmente anche gli equilibri di politica interna della Macedonia. Il Governo di Sofia ha saputo fare abilmente leva sulla conflittualità esasperata tra SDSM e VMRO-DPMNE diffondendo la notizia che molti deputati di quest'ultimo partito avessero in realtà la cittadinanza bulgara. Per porre fine a tali ingerenze tutti i deputati del VMRO-DPMNE hanno sottoscritto il **12 marzo** una mozione depositata in aula per modificare la legge sull'elezione dei parlamentari al fine di inserire come requisito la sola cittadinanza macedone. Sostanzialmente si dovrebbe aggiungere un nuovo articolo per affermare che “per essere eletto un deputato deve soddisfare la condizione, tra gli altri, di essere un cittadino solo della Repubblica di Macedonia”.

GOVERNO

NUOVA LEGGE PER IL BILANCIO

Nella [seduta](#) del **5 gennaio** il Governo ha approvato il progetto di legge per modificare la disciplina vigente dal 2005 in materia di bilancio. Si è quindi andata a rivedere la struttura della legge stessa prevedendo numerose modifiche e chiarimenti aggiuntivi e regole le procedure per la preparazione, l'adozione e l'esecuzione del bilancio e dei bilanci delle unità di autogoverno locale e della città di Skopje. Tale adeguamento serve sia per avvicinarsi alle richieste dell'Unione Europea sia per introdurre una politica di gestione fiscale più limpida e funzionale.

Di conseguenza, nella stessa seduta, sono stati ridiscussi alcuni importanti progetti economici in auge da diversi anni al fine di renderli adattabili alla nuova norma che dovrà essere approvata in Aula ed entrare in vigore per il bilancio del 2023.

PRESIDENTE

PENDAROVSKI SI ESPRIME SUL CENSIMENTO

Il Presidente Stevo Pendarovski aveva avuto modo di esprimersi sulla questione relativa al censimento in occasione della firma per il decreto di promulgazione della legge originaria il **25 gennaio**. Il Capo dello Stato aveva, infatti, affermato che si sarebbe aspettato una tempestiva esecuzione dell'operazione finalizzata al bene dei cittadini e che, però, non divenisse ragione di dispute politiche.

MONTENEGRO – Parlamento e Governo attendono nuovi equilibri politici

PARTITI

NASCE IL PRIMO PARTITO PER LA RAPPRESENTANZA DELLA MINORANZA MUSULMANA

I 45.000 musulmani montenegrini che fino ad ora avevano trovato la loro rappresentanza all'interno di organizzazioni politiche laica e civili potranno ora, dal **22 gennaio**, trovare un riferimento nel nuovo Partito Musulmano Montenegrino.

Nella Proclamazione della fondazione si legge un invito aperto a tutti i musulmani che desiderassero essere riconosciuti e rappresentati come minoranza esattamente come avviene per altri popoli o culture. I valori su cui si basa il partito non sono religiosi ma anzi mirano a portare in evidenza il forte senso civico e di rispetto istituzionale che deve caratterizzare tutti i musulmani che intendono aderire.

CONGRESSO DEL DPS

Il **24 gennaio** è iniziato il Congresso straordinario del DPS che si è tenuto in una particolare modalità mista tra presenza e telematico per via della situazione epidemiologica. Il collegamento è infatti stato stabilito tra le diverse sezioni locali dove si sono riuniti i membri dei rispettivi territori. Nel Congresso il Capo dello Stato Milo Djukanovic è stato confermato Presidente anche del partito che ha accolto la sua riconferma con un lungo discorso sugli obiettivi del partito che devono essenzialmente essere quelli di contrastare le forze nazionaliste e permettere al Montenegro di seguire la strada da sempre pensata dal DPS.

Nelle sue parole si possono trovare tutte le contraddizioni tipiche dei Balcani dove un Capo di Stato continua ad esercitare un ruolo attivo e trainante all'interno delle forze politiche di cui si fa rappresentante e portavoce nell'esercizio delle sue funzioni costituzionali privando l'ordinamento di un organo di controllo e imparziale.

PARLAMENTO

L'ASSEMBLEA APPROVA NUOVAMENTE LE LEGGI RINVIATE DAL PRESIDENTE

Il **20 gennaio** la maggioranza di 41 deputati ha approvato nuovamente gli emendamenti alla legge sulla libertà di religione dopo che erano state rinviate in Aula insieme ad altre leggi approvate il 29 dicembre (*v. [Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#)*) dal Presidente che si era rifiutato di promulgare. Nella stessa giornata sono state rivotate anche le altre leggi che avevano subito la medesima sorte.

Ad ogni modo la questione resta aperta poiché un gruppo di deputati dell'opposizione si è appellato alla Corte Costituzionale per la verifica della legalità dei provvedimenti decidendo di abbandonare i lavori dell'Aula per protesta.

L'attività legislativa dell'Assemblea montenegrina è così rimasta sospesa per tutto il periodo in esame.

INTRODOTTA L'ORA MINISTERIALE NEI REGOLAMENTI

Sono stati, invece, approvati il **7 febbraio** alcuni emendamenti al [Regolamento interno](#) che aggiungono due articoli con i quali si introduce la cosiddetta ora ministeriale. Si tratta di uno strumento innovativo per il Montenegro e che mira ad amplificare la funzione di controllo parlamentare sull'azione del Governo.

Nella sostanza si tratta di sessioni straordinarie dell'Assemblea dette "ministeriali" che possono essere convocate alternativamente una volta da un deputato dell'opposizione e un'altra da uno della maggioranza chiedendo ad un componente del Governo di rispondere alle interrogazioni.

ISTITUITO IL COMITATO PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE ELETTORALE

Si è invece parzialmente risolta la vicenda per la formazione di un Comitato interno al Parlamento e interpartitico per discutere la questione della riforma della legge elettorale.

Il **31 marzo** 60 deputati hanno votato a favore della composizione del Comitato e il deputato del Fronte democratico (DF) Strahinja Bulajic è stato eletto presidente mentre Predrag Sekulic del Partito Democratico dei Socialisti (DPS) sarà il suo vice.

Si è tenuta il **14 aprile** la sessione inaugurale del nuovo organo ed è stato deciso di dividere i deputati in quattro gruppi di lavoro composti da quattro elementi. Due gruppi saranno presieduti dalla maggioranza e due dall'opposizione. Nella prossima seduta il Comitato deciderà la modalità di voto e di decisione stabilendo se si opterà per l'unanimità o se si adotterà un criterio di maggioranza.

PRESIDENTE

IL PRESIDENTE ATTENDE CONFERMA DALL'ASSEMBLEA PER FIRMARE DIVERSE LEGGI

Dopo l'incerta attesa degli ultimi giorni del 2020 (*v. [Cronache dai Balcani settembre-dicembre](#)*) il **2 gennaio** è arrivata la conferma che il Presidente non avrebbe firmato gli emendamenti alla legge

sulla religione altre quattro disposizioni. L'ufficio del presidente ha annunciato che Djukanovic ha restituito le leggi sulla base dell'articolo 94, paragrafo 1 della Costituzione del Montenegro.

Si precisa che la motivazione, in accordo con il Regolamento dell'Assemblea, deriverebbe dall'incertezza sul raggiungimento del *quorum* legale per la votazione. Quest'ultimo è determinato applicando il sistema di voto elettronico, in modo tale che ciascun parlamentare sia obbligato ad identificarsi personalmente inserendo un tesserino di riconoscimento nella sede parlamentare. La questione deriva dal fatto che alcuni mandati parlamentari non avevano ancora terminato l'*iter* di conferma a seguito delle elezioni.

Ad ogni modo, dopo la successiva approvazione dell'Assemblea (*v. Parlamento p.28*) Djukanovic ha dichiarato il **22 gennaio** che avrebbe firmato le leggi nel rispetto proprio della Costituzione. Il **25 gennaio** il Presidente ha, infatti, promulgato le norme nuovamente votate.

SERBIA – Il Governo verso il dialogo con le opposizioni, diminuiscono anche i contrasti in Assemblea

PARTITI

NUOVA ALLEANZA NEL SEGNO DEL NAZIONALISMO REAZIONARIO

Il **26 gennaio** il Partito Democratico della Serbia (DSS) e il Movimento per il Rinnovamento del Regno di Serbia (POKS) hanno firmato un Accordo sull'azione comune e hanno concordato una piattaforma di programma politico chiamata Alternativa Democratica Nazionale (NADA). La nuova forza politica si basa su componenti nazionali, sulla difesa della nazione, della sua cultura e identità e democrazia e sulla difesa dello stato di diritto.

Riguardo alla questione del dialogo dei partiti le prime dichiarazioni dagli esponenti dell'Alleanza lasciano aperte tutte le speranze possibili ad una inclusione.

NUOVA SESSIONE DELLA PRESIDENZA DELL'SNS

Il **23 febbraio** si è tenuta la sessione della Presidenza dell'SNS che, come di consueto, ha visto protagonista il Presidente della Serbia Vučić.

I punti discussi sono stati l'attuale situazione politica in Serbia e nella regione dei Balcani, in particolare in Kosovo e Metohija dopo le elezioni parlamentari, e la visita dell'inviato speciale per il dialogo tra Belgrado e Pristina Miroslav Lajcak previsto per la settimana successiva.

Si è discusso anche della Bosnia-Erzegovina, ovvero della Republika Srpska, e delle imminenti elezioni locali a Kosjerić, Preševo e Zaječar.

PARLAMENTO

APPROVATA LA LEGGE SULLA MAPPA SOCIALE ED È INTRODOTTA LA SOCIAL CARD

Dopo l'approvazione da parte del Governo il **21 gennaio**, la proposta di legge sull'introduzione della cosiddetta carta sociale è approdata in Parlamento. Si tratta di un adempimento governativo a quanto annunciato nella Conclusione sull'adozione del Piano

d'azione per l'attuazione del programma di governo, adottata nella sessione del governo tenutasi il 9 novembre 2017.

La carta sociale, sostanzialmente, permette il riconoscimento ufficiale di alcune categorie economicamente svantaggiate al fine di permettere l'accesso a maggiori agevolazioni fiscali e sociali molte delle quali, è stato annunciato dai portavoce dell'esecutivo, verranno approvati entro il termine del 2021.

L'**8 febbraio**, la Commissione affari costituzionali ha confermato la legalità del provvedimento permettendo il proseguimento dell'*iter* parlamentare.

Il **giorno successivo** il *plenum* dell'Assemblea Nazionale ha discusso il testo della legge approvato in Commissione ed è stato soprattutto evidenziata la questione relativa all'appartenenza a nazionalità minoritarie che non sarà un dato sufficiente per consentire l'inserimento in una determinata categoria sociale e quindi la fruizione di servizi e beni corrispondenti.

La [Legge sulla Mappa Sociale](#) è stata quindi adottata l'**11 febbraio** introducendo in Serbia a partire dal 1° marzo 2022 prevede l'istituzione del Registro delle Mappe Sociali ovvero una raccolta unica e centralizzata in forma elettronica contenente i dati accurati e aggiornati sullo stato socio-economico delle persone delle famiglie ad esso collegate. Il fine è quello di catalogare la popolazione in base alle proprie esigenze e necessità per consentire una distribuzione più equa di fondi e servizi permettendo ai cittadini di esercitare con certezza i propri diritti nel campo della prevenzione e sostegno sociale.

APPROVATA LA LEGGE SUI CAMBIAMENTI CLIMATICI

Al fine adempiere agli obblighi nei confronti della comunità internazionale, vale a dire la [Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici](#) e l'[accordo di Parigi](#), e per armonizzare la legislazione nazionale con l'*acquis* comunitario, il **25 febbraio** il Governo ha approvato un progetto per l'approvazione della [Legge sui cambiamenti climatici](#).

Concretamente l'idea è quella di creare un quadro legislativo e fissare obiettivi di sviluppo, tenendo conto di tutte le specificità del settore economico ed energetico e di altri parametri socioeconomici nazionali. Da questo punto di partenza la legge stabilisce il quadro giuridico per ulteriori azioni finalizzate alla riduzione delle emissioni di gas serra e all'adeguamento alle mutate condizioni climatiche, che è uno dei cinque obiettivi strategici dell'Unione Europea.

Il progetto ha trovato il supporto dell'Assemblea ed è stata, dunque, approvata il **18 marzo**.

La legge dovrà essere integrata da un programma di azione entro due anni e che avrà validità decennale a partire dalla data di entrata in vigore della nuova norma.

L'ASSEMBLEA PASSA ANCHE LA REVISIONE DI BILANCIO

Sul progetto di legge approvato dal Governo il **15 aprile**, l'Assemblea ha votato la revisione di bilancio il **22 aprile**.

Le nuove previsioni prevedono un ricalcolo delle entrate totali a 1.356,2 miliardi di dinari, ovvero 19,9 miliardi di dinari in più rispetto all'importo delle entrate previste nel bilancio iniziale per questo anno.

Il riesame del bilancio è servito per rendere possibili le attuazioni del III pacchetto delle misure per il sostegno economico durante la crisi dovuta al Covid-19 (*v. Governo sotto*) e per rifinanziare anche quei provvedimenti di recente approvazione governativa miranti soprattutto ad aiutare settori quali quello turistico e della ristorazione.

Nel nuovo bilancio rientrano anche gli aggiornamenti sulle spese *extra* che hanno garantito il supporto alle infrastrutture sanitarie e al funzionamento della sanità pubblica.

GOVERNO

ADOTTATA UNA NUOVA STRATEGIA PER L'OCCUPAZIONE

Il **25 febbraio** su proposta del Ministero del lavoro, dell'occupazione, dei veterani e degli affari sociali, il governo della Serbia ha adottato la [Strategia per l'occupazione per il periodo dal 2021 al 2026](#).

L'obiettivo generale della strategia è stabilire una crescita dell'occupazione stabile e sostenibile basata sulla conoscenza e sul lavoro dignitoso. Sono previste misure intersettoriali da attuare in cooperazione con i settori dell'istruzione, dell'economia, delle finanze e della protezione sociale ed è previsto un ulteriore sviluppo della politica locale per l'occupazione con le unità di autogoverno locale.

Inoltre, sono previste misure speciali per migliorare la posizione delle donne, dei giovani, delle persone con disabilità, dei beneficiari dell'assistenza sociale finanziaria, nonché degli appartenenti a minoranze, tenendo presente la loro rappresentanza e altre caratteristiche che indicano una posizione sfavorevole sul mercato del lavoro.

L'attenzione si concentrerà anche su altre categorie vulnerabili di disoccupati che, senza un sostegno aggiuntivo, non riescono a migliorare autonomamente la propria posizione sul mercato del lavoro.

IL SOSTEGNO DEL GOVERNO PER LA RIPRESA ECONOMICA

Nella seduta del **25 marzo**, invece, il Governo ha approvato altre cinque progetti di legge da inserire nel quadro del III pacchetto di misure a sostegno dell'economia per far fronte alla crisi determinata dal Covid-19.

Una delle proposte consiste nell'ampliamento del regime di garanzia esistente, formato lo scorso anno per un valore di 2 miliardi di euro, di ulteriori 500 milioni di euro. Si tratta di prestiti che le banche concedono su garanzia dello Stato.

Il secondo provvedimento suggerisce un'elargizione di ulteriori 500 milioni di euro per tutte quelle imprese che si trovano in condizioni di difficoltà maggiori.

Il terzo provvedimento, invece, aggiorna i termini e amplifica le categorie per le quali è possibile richiedere tramite call center del Ministero del Tesoro, il contributo dell'equivalente di 60 euro che verrà ricevuto in due rate equivalenti a maggio e novembre 2021.

Il quarto provvedimento riguarda infine aggiustamenti alla legge sulle assicurazioni mentre il quinto si riferisce alla legge sulle fatture elettroniche.

IL NUOVO PROGETTO GOVERNATIVO PER L'UGUAGLIANZA DI GENERE

Il **22 aprile**, poi, il Governo ha adottato il progetto di legge per l'uguaglianza di genere che migliorerà il quadro istituzionale creando le condizioni per l'attuazione della politica delle pari opportunità per donne e uomini. La nuova soluzione determina gli obblighi delle autorità pubbliche, dei datori di lavoro e di altre persone fisiche e giuridiche in relazione all'uguaglianza di genere. Inoltre, sono previste misure per combattere la discriminazione di genere e raggiungere

e promuovere l'uguaglianza di genere che è uno degli standard internazionali di base per garantire i diritti umani.

La discriminazione nel campo del lavoro sarà sanzionata più severamente, il che condizionerà i datori di lavoro a prestare maggiore attenzione al trattamento dei propri dipendenti, nonché all'osservanza delle norme antidiscriminatorie prescritte dalle leggi in materia di lavoro e occupazione. L'attuazione della legge si baserà sull'inclusione paritaria di donne, persone con disabilità, membri di minoranze, anziani e altri gruppi vulnerabili il che dovrebbe avere anche un effetto positivo sul sistema economico e sulla politica demografica dello Stato.

PRESIDENTE

LE DICHIARAZIONE OTTIMISTICHE DI VUČIĆ

A partire dal consueto discorso di inizio d'anno, il Presidente Vučić sembra aver deciso di avviare il 2021 incoraggiando ancor di più e con termini e terminologia sempre meno istituzionale i suoi cittadini.

Il tradizionale discorso del **1° gennaio** è stato arricchito dalla condivisione da parte del Capo dello Stato dei versi di una canzone di Duško Radović sul suo *account* Instagram. Si tratta di una canzone che inneggia ad uno sviluppo macroscopico di tutta la Serbia. Il messaggio del Presidente è dunque quello di non scoraggiarsi dinnanzi alla crisi provocata dalle catastrofiche sanitarie ed economiche del 2020 e di guardare con fiducia il 2021 non perché sarà un anno particolare ma perché le istituzioni della Serbia avranno gli strumenti e le risorse per superare e affrontare le conseguenze del Covid-19.

L'impronta del suo discorso ha assunto concretezza in occasione dell'annuncio di un nuovo pacchetto di misure economiche il **15 gennaio**. In questo caso, il discorso del Presidente è stato arricchito da dati anche risalenti al 2020 che danno speranze realistiche ad una futura e prossima ripresa economica.

Vučić ha ricordato che nell'anno passato la Serbia è stata prima in Europa per crescita economica, dato che è stato poi formalizzato a marzo, soprattutto grazie alla tempestività e all'adeguatezza delle misure economiche adottate per tamponare le conseguenze del Covid-19.

Per proseguire su questa strada anche nel 2021 il Presidente garantisce nuove misure di supporto alla popolazione tra cui un aumento graduale delle pensioni e ulteriori aiuti e garanzie per le categorie di lavoratori maggiormente esposti alla crisi economica in atto ovvero quelli impiegati nel settore del turismo, ristorazione ma anche trasporti.

VUČIĆ A BRUXELLES

Il **26 aprile**, il Presidente della Serbia si è recato a Bruxelles per discutere personalmente con il Presidente della Commissione Ursula von der Layen sulla nuova strategia da introdurre per l'adesione della Serbia a seguito dell'accettazione della nuova metodologia di integrazione.

Vučić ha insistito affinché il nuovo percorso venga calibrato in modo da consentire un'accelerazione dell'iter di adesione.

Sono stati poi affrontati i temi relativi al Covid-19 e alle misure economiche da intraprendere e anche questioni relative ad investimenti infrastrutturali.

Infine, la Serbia ha ricevuto la conferma del sostegno europeo per finalizzare il dialogo con Pristina.

SLOVENIA – La battaglia di Jansa contro la stampa varca i confini europei

PARTITI

UN NUOVO MOVIMENTO PER LA SOCIETÀ CIVILE

Il **25 gennaio** è nato un nuovo Movimento con l'intento di raggruppare una serie di gruppi della società civile extraparlamentari che abbiano come valore centrale il rispetto della Costituzione. Il modello di questa nuova forza politica è quello di alcuni partiti che hanno avuto un discreto successo in altri ordinamenti quali quello austriaco e svizzero.

Il leader del movimento è attualmente il Vice-Presidente dei Verdi Nada Pavšer secondo le cui previsioni il nuovo partito potrebbe ottenere anche il 20% alle prossime elezioni. L'elettorato a cui si cerca di arrivare è quell'insieme di cittadini che negli ultimi anni hanno preferito non esercitare il proprio diritto di voto incapaci di trovare un partito che li rappresentasse o per i quali valesse la pena esprimersi.

ERJAVEC TORNA ALLA GUIDA DI DESUS

Dopo pochissimi mesi dalla sua elezione Erjavec ha rassegnato le dimissioni il **10 marzo** come Presidente di DeSuS e abbandonando il partito. Probabilmente, dietro alle ragioni personali, si cela la delusione e la rassegnazione per non essere stato in grado di opporsi in alcun modo a Jansa soprattutto avendo fallito il tentativo di raccogliere una colazione intorno al suo nome che avrebbe potuto sfiduciare e sostituire poi l'attuale esecutivo (*v. Slovenia-Parlamento sotto*).

Fino a nuove elezioni la carica verrà assunta da Anton Balažek, uno dei due vicepresidenti.

PARLAMENTO

L'ASSEMBLEA RIGETTA LA SFIDUCIA AL GOVERNO

Il 2021 è iniziato con una dura prova per il Governo Jansa che già il **15 febbraio** è sopravvissuto grazie a soli 6 voti mancanti alla sfiducia appoggiata da una coalizione informale di alcuni partiti di centro sinistra guidati dall'allora ancora leader di DeSuS Erjavec.

La mozione era stata annunciata proprio da Erjavec il **5 gennaio** con l'appoggio della Lista Marjan Šarec (LMS), dei Socialdemocratici (SD), della Sinistra e del Partito Alenka Bratušek (SAB). Nonostante fosse già noto che questi partiti insieme non sarebbero arrivati ai 46 voti necessari per sfiduciare il Governo, la coalizione ha deciso ugualmente di procedere sperando da una parte in qualche disertore dalle file della maggioranza e dall'altra per dare un segnale e tentare di ricompattare le file dell'opposizione. La mozione è stata dunque presentata il 15 gennaio con il sostegno di 42 su 90 deputati dell'Assemblea numero che, come detto, non è cresciuto al momento del voto.

Jansa ha commentato il tentativo delle opposizioni definendolo maschino e patetico.

FINALMENTE LA LEGGE CHE RIDISEGNA I COLLEGI ELETTORALI

Il **16 febbraio** con una maggioranza di 45 deputati contro 28 è stata approvata la [legge con la quale si modificano i confini dei collegi elettorali](#) nel rispetto della sentenza della Corte Costituzionale del 2018 alla quale lo stesso giudice delle leggi si era più volte richiamato per sollecitare il legislatore ad adempiere (*v. Cronache precedenti*).

GOVERNO

CONTINUA LA BATTAGLIA TRA LA STA E IL GOVERNO

La vicenda dei finanziamenti per la STA prosegue anche nel quadrimestre in esame senza risolvere la conflittualità. Il **14 gennaio**, infatti, il Governo ha deciso di sbloccare provvisoriamente il pagamento dovuto all'emittente nel rispetto del [7° pacchetto di aiuti economici](#) da poco adottato. La decisione è arrivata anche e soprattutto dopo aver ricevuto una risposta dal Commissario europeo per la Concorrenza Margrethe Vestager secondo cui non è necessaria l'approvazione unionista per procedere a tale finanziamento e che dunque la sua elargizione non costituirebbe in alcun modo una forma di pagamento illecito. Infatti, il corrispettivo dovuto alla STA era stato bloccato a seguito della negazione della sua dirigenza nel fornire della documentazione che fino ad allora non era mai stata richiesta come condizione per ricevere il pagamento (*v. Cronache dai Balcani settembre-dicembre*).

Ad ogni modo anche dopo questo sblocco provvisorio il Governo ha trovato il modo per interrompere nuovamente il pagamento già il **24 febbraio** affermando di non poter procedere perché non esiste alcun contratto con l'emittente.

Non sono state sufficienti le pressioni da parte delle organizzazioni e degli organi competenti per i media interni alla Slovenia e neppure gli avvertimenti dell'Unione Europea.

Il Governo non ha ancora provveduto al pagamento.

JANSA E MACRON PER LA PRESIDENZA EUROPEA

Il **29 aprile** Jansa ha incontrato a Parigi il Presidente della Francia Macron. L'incontro è stato organizzato al fine di coordinare il passaggio della Presidenza dell'Unione Europea tra Slovenia e Francia all'inizio del 2022.

In particolare, la presidenza slovena nella seconda metà del 2021 e la presidenza francese dell'UE nella prima metà del 2022 saranno collegate attraverso la conferenza sul futuro dell'UE. Janša ha affermato che la maggior parte dei dibattiti si terrà durante il periodo della Slovenia ed ha espresso la speranza che la Francia concluda la conferenza con successo.

Infine, l'occasione è stata utile per discutere e ribadire la cooperazione e collaborazione in materia di scambi economici tra i due Paesi.

GIUSTIZIA

CONDANNA PER MINACCIA A JANSA

Il tribunale locale di Velenje ha inflitto il **1° marzo** una condanna a Luka Štitić per aver minacciato il primo ministro Janez Janša sui social media durante le proteste antigovernative dello scorso anno, hanno riferito diversi media. La sentenza è definitiva e condanna l'imputato a 18

mesi. Štitić aveva minacciato su Facebook il Primo Ministro affermando che avrebbe rischiato delle Molotov dalla finestra se e che la salute della sua famiglia era a rischio.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Oltre la crisi sanitaria. L'ultimo anno del quinquennato Macron tra riforme, scadenze elettorali, riposizionamento dei partiti, slanci securitari e valori della Repubblica*

di Paola Piciacchia**

Sebbene il primo quadrimestre del 2021 si sia nuovamente aperto all'insegna della recrudescenza della crisi sanitaria, ancora tristemente al centro dell'attenzione generale, numerosi altri sono profili sui quali appare importante soffermarsi in commento a questo periodo.

La prima riflessione riguarda, naturalmente, l'Esecutivo francese. Macron e il suo Governo hanno, in questi mesi, mostrato una certa determinazione nel voler guardare oltre la convivenza forzata con il Covid-19, rivolgendo lo sguardo alle prospettive dell'ultimo anno del quinquennato e ai numerosi cantieri ancora aperti. Abbastanza chiaro, infatti, è sembrato l'intento di Macron di arrivare alla fine del quinquennato segnando un bilancio positivo e di tracciare al tempo stesso la linea in vista delle elezioni presidenziali del 2022. Così il tema delle riforme realizzate o solo tentate è rimasto sempre in primo piano nonostante la crisi sanitaria. Sul fronte della riforma costituzionale, tramontata - dopo i falliti tentativi del 2018 e del 2019 - ogni velleità di far approvare un organico e ambizioso progetto, così come sul fronte delle altre riforme il Presidente ha perseguito l'obiettivo di interventi incrementali, circoscritti a specifiche tematiche riprendendo in parte i grandi temi a lui cari.

Una serie di leggi ha visto la luce in questi mesi, altre hanno iniziato il loro *iter*, in parte espressione della visione originaria del quinquennato e, in parte, degli orientamenti emersi dal *Grand Débat National* lanciato come è noto alla fine del 2018 in risposta alla crisi dei *Gilets jaunes*.

Merita innanzitutto menzionare la riforma del potere di sperimentazione locale operata dalla legge organica [n. 2021-467](#) (v. infra) approvata a **marzo** con la quale si è cercato di creare i presupposti della differenziazione territoriale. Già da molti mesi, di fronte all'impossibilità di modificare Costituzione, per la mancanza delle condizioni politiche necessarie – in primis l'accordo necessario con il Senato - l'Esecutivo ha cominciato a ricorrere alla legge organica ed è con questa fonte che sono stati compiuti ulteriori passi verso una più piena affermazione del principio di differenziazione territoriale riprendendo in parte il discorso intrapreso con i progetti di revisione costituzionale del 2018 e del 2019. Merita ricordare che in entrambi i progetti di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

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

revisione costituzionale uno dei profili in discussione era stato il potere di sperimentazione enunciato all'art. 72, c. 4 Cost. e le modifiche prospettate prevedevano una sua evoluzione nel senso di una sostanziale stabilizzazione delle sperimentazioni su un oggetto determinato in luogo di un potere di sperimentazione temporalmente e materialmente limitato come invece risulta dalla normativa. L'attuale riforma, pur non essendo intervenuta su tali profili, ha tuttavia modificato la legge organica del 2003 di attuazione del regime delle sperimentazioni locali. La legge organica n. 2003-704 del 1° agosto 2003 prevedeva una procedura fortemente inquadrata che sottoponeva la possibilità per le collettività territoriali di derogare a titolo sperimentale alle leggi e ai regolamenti a numerose condizioni, in primis, alla richiesta – soggetta ad autorizzazione - di partecipazione alle sperimentazioni legislative e regolamentari, condizioni che avevano, di fatto, impedito un largo utilizzo delle sperimentazioni. La legge organica approvata a marzo è intervenuta su alcuni su di questi aspetti. Essa ha innanzitutto sostituito alla necessità della “richiesta” da parte delle collettività territoriali di poter partecipare alle sperimentazioni legislative e regolamentari autorizzate dal legislatore o dal Governo un potere di “decidere” con la sola delibera della collettività territoriale l'adesione alla sperimentazione. La parte sicuramente più innovativa è quella che apre alla possibilità di rendere permanenti le misure sperimentali. La legge ha infatti superato l'alternativa tra abbandono della sperimentazione e generalizzazione su tutto il territorio in quanto d'ora in poi le misure sperimentali potranno essere mantenute nelle collettività territoriali o in alcune di esse ed estese anche ad altre e, inoltre, le norme che regolano le competenze locali oggetto di sperimentazione potranno essere modificate alla fine della sperimentazione.

La riforma non è stata di grande portata tuttavia assume un certo rilievo se associata al « *Projet de loi 4D* » - dove 4D sta per « *différenciation, décentralisation, déconcentration et décomplexification* » - in procinto di approdare in Parlamento con la quale Macron intende dare un effettivo contenuto alla differenziazione territoriale. Il progetto preannuncia novità: innanzitutto mira ad inserire nel Codice generale delle collettività territoriali nuovi strumenti che permettano alle collettività territoriali di delegare alcune competenze per la realizzazione di progetti specifici e di ampliare anche il loro potere regolamentare; inoltre introduce espressamente il concetto di differenziazione territoriale volto ad aprire alla possibilità di regolamentazione differenziata per le collettività territoriali ammettendo così la possibilità di un'attenuazione del principio di uguaglianza per ragioni di interesse generale.

Un'altra riforma su cui Macron sta puntando molto è quella relativa alla costituzionalizzazione della tutela dell'ambiente e della biodiversità, uno dei grandi temi affrontati dal *Grand Débat National*. Il progetto di legge costituzionale – che recepisce una delle 150 proposte fatte a giugno dello scorso anno dalla *Convention Citoyenne* sul clima - ha iniziato il proprio *iter* a **gennaio** dopo che Macron già a dicembre aveva preso l'impegno di fronte ai membri della *Convention* di sottoporre la riforma a referendum popolare.

Sebbene l'inserimento all'art. 1 della Costituzione del principio di protezione dell'ambiente sia apparso a molti simbolico e non una vera e propria rivoluzione giuridica – perché, da un lato, già esiste la Carta dell'ambiente del 2004 che dal 2005 fa parte del Preambolo della Costituzione e che fornisce adeguata tutela al diritto ambientale e, dall'altra, la giurisprudenza del Consiglio costituzionale è andata progressivamente ampliando la tutela dell'ambiente – l'approvazione della

riforma non appare scontata. Infatti, dopo l'adozione solenne del testo, con 391 voti a favore, il 16 marzo dell'Assemblea Nazionale, nella versione originaria **del 20 gennaio** quando era stato depositato - nonostante la presentazione di circa 400 emendamenti - questo è stato poi prontamente modificato dal Senato. Il Senato ha votato un emendamento volto ad eliminare nell'unico articolo del progetto il verbo "garantire" sostituendolo con il verbo "preservare", in linea, peraltro, con il parere del Consiglio di Stato del **21 gennaio** che si era mostrato critico verso l'espressione "garantir" volta ad introdurre quasi un obbligo in termini di risultati, dai risvolti imprevedibili sull'azione e sulla responsabilità dello Stato.

Perché la riforma possa essere sottoposta a referendum ai sensi dell'art. 89 Cost. come annunciato dal Presidente della Repubblica è necessario che le due Camere si accordino su un medesimo testo. Ed è qui che il progetto potrebbe subire una battuta di arresto. L'intransigenza con cui la maggioranza e il Governo non hanno voluto modificare nulla del progetto presentato all'Assemblea Nazionale potrebbe ora costare un ritardo - se non un affossamento - della riforma.

Ma l'attenzione nei confronti dell'ambiente non si è esaurita con il progetto di legge costituzionale. A **febbraio** è stato, infatti, presentato all'Assemblea Nazionale anche un altro progetto di legge ordinaria "*Climat et Résilience*" per la lotta contro i cambiamenti climatici che riprende parte delle proposte della *Convention citoyenne* sul clima presentate a giugno dello scorso anno, per ridurre entro il 2030 le emissioni di gas ad effetto serra. Il progetto è stato approvato in prima lettura ed è ora all'esame del Senato.

Sempre in tema di riforme, un altro terreno su cui Macron si è mosso negli ultimi mesi è stato quello della riforma della funzione pubblica - già avviata con la legge sulla trasformazione della funzione pubblica del 6 agosto 2019 che ha delegato al Governo l'adozione di ordinanze - con la soppressione dell'ENA, una riforma che era stata annunciata all'indomani del *Grand Débat National* nel 2019.

L'**8 aprile**, in un discorso pronunciato di fronte alla *Convention managériale de l'État*, il Presidente Macron ha ricordato gli obiettivi e i principi della trasformazione della funzione pubblica e ha annunciato la riforma delle procedure di reclutamento e formazione dei quadri della funzione pubblica. La parte più importante dell'annuncio fatto dal Presidente ha riguardato proprio la soppressione dell'*École nationale d'administration* (ENA) e la sua sostituzione con l'*Institut du service public* (ISP). L'ISP dovrebbe diventare l'istituto di formazione di tutti gli alti dirigenti della funzione pubblica e dunque un pilastro comune alle 13 scuole attualmente esistenti del servizio pubblico. L'obiettivo dichiarato è quello di democratizzare l'accesso alle cariche dell'alta dirigenza pubblica attraverso il superamento di un metodo di reclutamento giudicato non più adeguato e la trasformazione dell'Ena, da troppo tempo considerata il tempio dell'elitismo non più in linea con lo spirito dei tempi.

L'Ena dalla sua fondazione, nel 1945, è diventata un punto di riferimento essenziale non solo per l'alta amministrazione pubblica ma per lo stesso mondo politico per il progressivo processo di funzionarizzazione della classe politica per la quale l'appartenenza all'élite degli "enarchi" ha costituito spesso un trampolino di lancio nella carriera di Presidenti, Primi Ministri e Ministri. Negli anni, però, l'Ena si è andata trasformando in un corpo sempre più chiuso ed elitario a causa del processo di selezione che comporta l'accesso diretto (senza esperienza sul campo) ai grandi

corpi dello stato (Consiglio di Stato, Corte dei Conti, Ispezione generale delle Finanze) solo per coloro che alla fine del corso risultano i migliori – e che in genere hanno più mezzi per garantirsi una migliore preparazione - e che possono quindi scegliersi la destinazione.

Macron ha quindi annunciato criteri di selezione più aperti per garantire un reclutamento socialmente più equo volto a superare il determinismo per cui i migliori possono scegliere i grandi corpi e decidere dei loro destini a soli 25 anni. Per rendere più accessibili a tutti le carriere nei grandi corpi dello Stato l'idea è quella di assegnare tutti gli allievi a funzioni operative - prefetture, nelle amministrazioni deconcentrate, o alle riforme prioritarie del Governo – per accedere poi ai grandi corpi solo dopo essersi distinti per i risultati concreti raggiunti, dopo molti anni di esperienza come amministratori dello Stato e dopo un processo di selezione meritocratica. Il Presidente ha dunque espresso l'auspicio che l'ISP si apra al mondo accademico con la costruzione di forti partenariati con le università per il rilascio di diplomi riconosciuti a livello europeo e internazionale.

Per quanto riguarda il Parlamento, occorre rilevare che allo slancio dell'Esecutivo non è corrisposta un'altrettanta vitalità del Parlamento; si è infatti registrata in questo periodo una forte marginalizzazione del suo ruolo. Se, da un lato, la maggioranza all'Assemblea Nazionale è riuscita a far passare le leggi proposte dal Governo, nondimeno nelle aule parlamentari le opposizioni non hanno mancato di esprimere in taluni casi il loro dissenso, soprattutto per ciò che concerne la gestione della crisi sanitaria. Non si è placata, infatti, l'insofferenza dei parlamentari nei confronti di una gestione della crisi sanitaria giudicata troppo verticistica. Quando il **1° aprile** il Primo Ministro Jean Castex, facendo ricorso alla procedura prevista dall'art. 50-1 Cost., si è presentato di fronte alle due Camere con una dichiarazione sull'evoluzione della crisi sanitaria e sulle ulteriori misure da adottare, ha subito numerose critiche dai banchi dell'opposizione per la mancanza di concertazione e di confronto. Sebbene all'Assemblea Nazionale, la maggioranza abbia votato compatta sulle misure annunciate da Castex, l'opposizione, di destra e di sinistra, (ad eccezione dei parlamentari del RN) ha deciso di non prendere parte al voto seguito alla dichiarazione del Primo Ministro, in forte dissenso con la strategia dell'esecutivo per decisioni già prese senza la previa consultazione del Parlamento. Il Presidente del gruppo *Les Républicains* ha aspramente criticato l'approccio dell'Esecutivo ricordando che “Le Parlement n'est pas une chambre d'enregistrement”. Non è andata meglio al Senato dove alla fine del discorso di Castex, al momento del voto, forte è stata la manifestazione di dissenso con solo 45 senatori che hanno preso parte al voto esprimendo 41 voti, 39 a favore e due contrari.

Crisi sanitaria a parte, il determinismo dell'esecutivo - che è riuscito anche ad aule vuote a far votare comunque le leggi - ha dovuto ancora una volta fare i conti con il Senato che, con una maggioranza contrapposta a quella dell'Assemblea Nazionale, ha spesso costretto, talvolta riuscendovi, a imporre il compromesso determinando il necessario ricorso alla convocazione della Commissione mista paritetica e ha indotto il Governo a ricorrere all'ultimo comma dell'art. 45 Cost.

Le dinamiche Parlamento-Governo in questi mesi sono rimaste comunque sullo sfondo, offuscate dal riposizionamento e dalle grandi manovre dei partiti politici in vista delle elezioni regionali e dipartimentali di giugno.

Se ad inizio anno il dibattito era ruotato intorno all'opportunità o meno del rinvio a giugno, causa pandemia, delle elezioni che si sarebbero dovute tenere in marzo, dopo l'approvazione, a **febbraio**, della legge sul loro rinvio (v. *infra*), l'attenzione si è spostata sulle strategie dei partiti di Governo e di opposizione in vista dell'appuntamento elettorale. Le elezioni regionali e dipartimentali assumono una forte valenza nazionale e costituiscono un vero banco di prova in vista delle elezioni presidenziali del prossimo anno. In primo luogo, per le numerose candidature di ministri e segretari di Stato alle elezioni regionali: da quella del Ministro della Giustizia Eric Dupond-Moretti, cui si potrebbe aggiungere anche il ministro dell'interno Gérald Darmanin a quella di Marlène Schiappa, Ministro delegato per la cittadinanza, a quella di Amélie de Montchalin, Ministro della trasformazione e della funzione pubblica, a quella di Marc Fesneau, Ministro incaricato delle relazioni con il Parlamento capolista della maggioranza in Centre-Val de Loire. In secondo luogo, per il tentativo del partito del Presidente di creare un fronte comune elettorale con la destra de *Les Républicains* allo scopo di sottrarre elettori alla destra del *Rassemblement National* di Marine Le Pen. Il caso dell'accordo elettorale, poi naufragato, nella Regione Provenza-Alpi-Costa Azzurra (PACA) tra il Presidente uscente della regione Musellier de *Les Républicains* e LRM ha suscitato scalpore non solo nell'opinione pubblica ma nel partito stesso de LR determinandone una crisi interna, poi rientrata, ma che ha plasticamente evidenziato l'affanno dei partiti divisi tra la vocazione di fondo e le strategie elettorali. Inoltre, tale tentativo di alleanza tra i due partiti ha marcato, secondo alcuni, la forte virata a destra del partito del Presidente e la sua volontà di indebolire la destra stessa per recuperarne l'elettorato in vista delle elezioni presidenziali del prossimo anno andando ad occupare lo spazio politico che lo separa dal *Rassemblement National* di Marine Le Pen, la quale, dal canto suo, ha cominciato a mettere in guardia l'elettorato di destra da queste manovre politiche.

La necessità di Macron di rivolgersi sempre più ad un elettorato di destra, dopo che nel 2017 era stato eletto con molti voti del centro sinistra, ma anche di radicarsi a livello territoriale, si è resa negli ultimi tempi sempre più chiara. La svolta più marcatamente a destra della politica del Presidente e del suo Governo non è passata inosservata. Al centro del dibattito in questi mesi, infatti, sono stati la svolta securitaria impressa dalla legge sulla sicurezza globale ma anche la legge in corso di approvazione sul rispetto dei principi della Repubblica e sulla lotta contro il separatismo presentata dopo l'attentato del 16 ottobre del professore Samuel Paty, sebbene annunciata già da luglio. Il progetto di legge - che si propone di rafforzare il principio di laicità e di neutralità e il rispetto dei valori repubblicani e di lottare contro il radicalismo religioso con dispositivi giudicati discutibili - ha innescato la polemica intorno al tema dell'*islamo-gauchisme* (quale supposta vicinanza tra ideologie e partiti di sinistra e ambienti islamisti radicali), fortemente criticato dal governo - dal ministro dell'Interno Gérald Darmanin, al ministro dell'istruzione Jean-Michel Blanquer, al ministro dell'istruzione superiore, Frédérique Vidal - e per questo al centro di un aspro confronto con chi, al contrario, reputa ogni tentativo di limitazione del pensiero (soprattutto se in ambito universitario) un'indebita azione liberticida.

Sul fronte della destra storica, altrettanto non inosservato è passato, al contrario, l'atteggiamento rassicurante e moderato di Marine Le Pen che sta riuscendo lentamente a lasciarsi alle spalle la pesante eredità della destra estremista del *Front National* del padre Jean-Marie Le Pen.

Il dato che è emerso di più in questo inizio di campagna elettorale è stata la forte presenza di accordi sia al centro che a destra. Salvo rare eccezioni lo schema generale ricorrente è quello che ha visto nascere accordi tra LR e UDI, da un lato, e LRM e MoDem dall'altro.

Quanto alla sinistra, sicuramente in affanno, sta tentando anch'essa di proporre lo schema delle alleanze come nel caso della regione Hauts-de-France dove i maggiori partiti di sinistra, La France Insoumise (LFI), i Verdi (EELV), il Partito comunista (PCF), il Partito Socialista (PS) e altre formazioni minori si sono unite per fare fronte comune al primo turno del 13 giugno contro la destra. Nonostante le tensioni tra alcuni di questi partiti a livello nazionale, l'obiettivo condiviso di sconfiggere l'avversario sta per il momento prevalendo sulle rispettive visioni più divisive consentendo di concentrarsi sulle posizioni comuni, un esperimento che può rivelarsi utile anche in vista delle elezioni presidenziali del prossimo anno, soprattutto per cercare di capire intorno a quale nome costruire una futura coalizione.

Quanto infine alle elezioni presidenziali, continuano da parte di diversi esponenti politici le ufficializzazioni delle candidature presidenziali. In questi mesi è toccato a Xavier Bertrand, ex ministro ed ex militante del partito LR e a Jean Lassalle ex membro del partito Mo.Dem.

Intanto l'uscita del libro di Edouard Philippe *Impressions et lignes claires*, una riflessione sugli anni a Matignon e sull'esercizio del potere, scritto con il suo consigliere Gilles Boyer ha suscitato più di un interrogativo sull'eventualità di una discesa in campo dell'ex Primo Ministro per le presidenziali del 2022. Molto apprezzato dall'opinione pubblica e preferito dai francesi nei sondaggi, oggi sindaco di Le-Havre dove ha stravinto alle elezioni municipali dopo l'addio a Matignon, ha creato un micro-partito – l'associazione politica “Le-Havre!” - e si è detto non intenzionato a rinunciare ad essere un attore della vita politica.

ELEZIONI

RINVIO ELEZIONI REGIONALI E DIPARTIMENTALI

Il **22 febbraio** è stata promulgata [la legge n. 2021-191](#) relativa al rinvio da marzo a giugno delle elezioni per il rinnovo dei consigli generali dei dipartimenti, dei consigli regionali e delle assemblee della Corsica, della Guyana e della Martinica. Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **21 dicembre** e ivi adottato in prima lettura il **26 gennaio** con dichiarazione da parte del Governo di ricorso alla procedura accelerata. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato approvato con modifiche il **9 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, e raggiunto l'accordo tra le due camere, il testo era stato approvato definitivamente da Senato e Assemblea Nazionale il **16 febbraio**.

La legge ha innanzitutto prolungato il mandato dei consiglieri dipartimentali e regionali fino al 2021. La legge ha anche introdotto l'obbligo per il Governo di rimettere al Parlamento al più tardi entro il 1° aprile, - sulla base delle analisi del Comitato scientifico Covid-19 - un rapporto sullo stato dell'epidemia, sui rischi sanitari da considerare e sugli adattamenti necessari per lo svolgimento delle elezioni. Nel corso dell'iter parlamentare sono stati introdotti alcuni emendamenti che hanno previsto la possibilità per ogni elettore di disporre di due procure (in luogo di una); la possibilità di utilizzare un unico apparecchio per il voto per elezioni regionali e

dipartimentali; l'obbligo per lo stato di fornire ai comuni per ogni seggio i dispositivi di protezione sanitaria adatti.

La legge è intervenuta anche sui profili concernenti la campagna elettorale fissando la durata della campagna elettorale ufficiale a 19 giorni (in luogo di 12) e disponendo in proporzione un aumento del 20% del tetto di spesa per la propaganda elettorale.

In considerazione della crisi sanitaria, la legge ha previsto anche la possibilità per i candidati di mettere a disposizione degli elettori un numero gratuito per fornire informazioni sui loro programmi. La legge ha anche introdotto la previsione relativa alla necessità di una comunicazione sui canali di servizio pubblico sulle elezioni e sul ruolo e il funzionamento dei consigli da eleggere; alla diffusione da parte degli istituti di sondaggi del loro margine di errore; alla pubblicazione da parte della Commissione nazionale dei conti della campagna e dei finanziamenti politici (CNCCFP) di una guida del candidato e del mandatario; all'aumento del tempo per i candidati per depositare il loro conto della campagna elettorale.

La legge è intervenuta anche sulla Collettività europea d'Alsazia - nata il 1° gennaio 2021 e derivata dalla fusione, operata dalla legge n. 2019-816 del 2 agosto 2019, delle collettività dipartimentali del Basso Reno e dell'Alto Reno che continuano ad esistere come circoscrizioni amministrative dello Stato - che disporrà di tre mesi dopo le elezioni dipartimentali per fissare il suo seggio e di sei mesi dopo le elezioni per adottare condizioni di impiego del suo personale.

Il Senato ha introdotto un emendamento che ha concesso ai dipartimenti e alle regioni un termine supplementare per adottare il loro bilancio per il 2021 e per completare il resoconto amministrativo per l'esercizio del 2020.

Per evitare un ingorgo elettorale nell'anno 2027 con lo svolgimento di elezioni legislative e presidenziali, la legge ha, infine, rinviato le successive elezioni dipartimentali, regionali e territoriali di Corsica, Guyana e Martinica previste per il giugno 2027 al marzo 2028 con conseguente prolungamento del mandato dei consiglieri che saranno eletti nel giugno 2021 fino a marzo 2028 mentre dal 2034 rispetteranno la scadenza naturale del mandato.

MISURE RELATIVE ALL'ELEZIONE DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Il **29 marzo** è stata promulgata [la legge organica n. 2021-335](#) relativa all'introduzione di alcune misure per l'elezione del Presidente della Repubblica. Il progetto era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **21 dicembre 2020**, con dichiarazione da parte del Governo di ricorso alla procedura accelerata, e ivi adottato il **19 gennaio**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **18 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, e trovato l'accordo, la legge era stata adottata definitivamente dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente il **9 marzo** e **11 marzo**. Sulla legge si è pronunciato il *25 marzo* il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-815 DC](#).

La legge ha modificato la legge organica del 6 novembre 1962 relativa all'elezione del Presidente della Repubblica introducendo alcune novità.

In primo luogo, essa ha fissato una data limite per la pubblicazione del decreto "simple" (e non più in Consiglio dei Ministri) di convocazione degli elettori che deve essere adottato almeno dieci settimane prima del primo turno. La pubblicazione del decreto di convocazione degli elettori determina l'inizio della procedura di elezione del Presidente della Repubblica permettendo l'invio dei formulari di "parrainage" dai prefetti ai candidati: pertanto l'introduzione del termine massimo per l'adozione del decreto rappresenta una garanzia per i candidati che dispongono di un tempo sufficiente per la raccolta delle "parrainages". La legge, inoltre, rinvia l'entrata in vigore dell'invio elettronico delle "parrainages" al Consiglio costituzionale - introdotta dalla legge organica del 25 aprile 2016 di modernizzazione delle regol applicabili all'elezione presidenziale - a una data da fissare con decreto, e al più tardi entro il 1° gennaio 2027. Con un emendamento

del Senato è stata introdotta la regola per cui la data di pubblicazione della lista dei candidati che hanno ottenuto le “parrainages” è anticipata al più tardi al venerdì antecedente il primo turno delle elezioni presidenziali con un allungamento quindi del periodo che intercorre tra la pubblicazione della lista dei candidati e l’inizio della campagna elettorale.

La legge ha anche previsto che i candidati presidenziali vegliano sull’accessibilità dei loro mezzi di propaganda elettorale alle persone disabili.

Inoltre il testo ha introdotto l’obbligo per gli istituti di sondaggi di pubblicare i loro margini di errore. Con un emendamento del Senato è stato approvato l’aumento dell’anticipo per i candidati da 153000 a 200000 euro per tenere conto dell’inflazione; il periodo di finanziamento dell’elezione presidenziale è stato rinviato al 1° luglio 2021 per evitare sovrapposizioni con i conti della campagna elettorale per le elezioni regionali e dipartimentali di giugno.

La legge ha introdotto la dematerializzazione della trasmissione dei conti della campagna alla Commissione nazionale dei conti della campagna e dei finanziamenti politici (CNCCFP) e delle ricevute delle donazioni, che inizialmente sarà a titolo sperimentale e che diventerà permanente successivamente e ha previsto anche, su emendamento del Senato, che la pubblicazione dei conti della campagna elettorale venga fatta con open data.

La legge ha introdotto il voto per corrispondenza per i detenuti, già sperimentato per le elezioni europee del 2019 e reso permanente anche per le altre elezioni con la legge del 27 dicembre 2019.

La legge consente la “déterritorialisation” delle procure per l’elezione presidenziale prevedendo che possa essere affidata la procura ad una persona di propria scelta pur non iscritta nelle liste elettorali dello stesso comune. Sempre in tema di procure, la legge ha eliminato l’obbligo per gli elettori che vogliano votare per procura di attestare sull’onore la loro impossibilità di recarsi ad un seggio elettorale il giorno del voto.

PARTITI

CANDIDATURA ELEZIONI REGIONALI

Nella corsa alle elezioni regionali, alla fine di **aprile**, si è consumata una crisi all’interno del partito *Les Républicains* per la conclusione dell’accordo per le elezioni di giugno nella regione Provenza Alpi Costa Azzurra (PACA) tra il capofila de *Les Républicains*, Renaud Musellier candidato alla Presidenza della Regione e il partito *Lrem* allo scopo di contrastare l’ascesa del candidato del partito di Marine Le Pen Thierry Mariani, capolista del *Rassemblement National* (RN). L’accordo era stato accolto con favore dallo stesso Primo Ministro Jean Castex ma i contrasti all’interno del partito LR per tale scelta hanno portato qualche giorno più tardi a lasciare da parte ogni proposito di alleanza. Dopo giorni di tensioni il partito LR ha riconfermato il suo appoggio a Musellier escludendo ogni possibilità di accordo con il partito del presidente, *La République en Marche*. Dal canto suo, il partito di Marine Le Pen ha richiamato gli elettori di destra a non diventare gli ausiliari di Macron tanto alle regionali quanto alle presidenziali del 2022. Il consigliere politico di Marine Le Pen ha a tal proposito dichiarato: “Macron est très habile, c’est un redoutable tacticien, il fait de la chirurgie de précision. Il voit les maillons faibles, il distend les autres. Je pense qu’en juillet, après les régionales, il ne restera pas grand-chose de LR, c’est une question de temps.”

CANDIDATURE PRESIDENZIALI

Si è allungato in questi mesi l'elenco dei candidati alle prossime elezioni presidenziali del 2022. Jean Lassalle, ex membro del Mo.Dem e già candidato nelle elezioni presidenziali del 2012 e del 2017, ha deciso di presentarsi nuovamente alle elezioni presidenziali ufficializzando il **16 marzo** la sua candidatura.

Anche il presidente della Regione Hauts-de-France, Xavier Bertrand, ex Ministro del lavoro del quinquennato di Sarkozy il **24 marzo** ha annunciato in un'intervista a *Point* la sua candidatura per le presidenziali del 2022 definendosi « *gaulliste social* » e ha aggiunto che non parteciperà ad alcuna elezione primaria eventualmente organizzata dalla destra.

PARLAMENTO

ULTERIORE PROROGA DELLO STATO DI URGENZA SANITARIA

Il **15 febbraio** è stata promulgata la legge [n. 2021-160](#) relativa alla proroga dello stato di urgenza sanitaria. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **13 gennaio** e ivi adottato in prima lettura il **20 gennaio** con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il **27 gennaio**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in assenza di accordo, una nuova lettura aveva avuto luogo all'Assemblea Nazionale e al Senato che non aveva però portato ad alcun esito. La legge era stata adottata in via definitiva dall'Assemblea Nazionale ai sensi dell'art. 45, ult. c. Cost. il **9 febbraio**. La legge – al fine di consentire al Governo di poter intervenire in caso di ripresa dei contagi - ha prolungato lo stato di urgenza sanitaria fino al 1° giugno 2021, prolungando, di conseguenza, fino 31 dicembre 2021, anche la durata delle disposizioni del codice della salute relative al regime generale dello stato di urgenza sanitaria, il quale, secondo la legge del 23 marzo 2020 che lo aveva introdotto, avrebbe inizialmente dovuto avere termine il 1° aprile 2021.

Durante l'iter legislativo i deputati hanno introdotto un emendamento che ha modificato l'articolo L. 3131-19 del Codice della salute pubblica e che permette ora alle commissioni parlamentari di consultare il Comitato scientifico Covid-19 su tutte le questioni per le quali esso è competente ai sensi del medesimo articolo. La legge ha inoltre prolungato, sempre fino al 31 dicembre 2021, i sistemi di tracciamento SI-DEP e Contact Covid.

Nel far approvare la legge il Governo ha anche rinviato l'adozione del progetto di legge presentato il 21 dicembre 2020 sul regime permanente di gestione delle emergenze sanitarie che dovrebbe introdurre due nuovi dispositivi: lo stato di crisi sanitaria e lo stato di urgenza sanitaria (v. Nomos, 3/2020).

MODIFICA DEL REGOLAMENTO DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE PER L'ORGANIZZAZIONE DEI LAVORI PARLAMENTARI IN TEMPO DI CRISI

L'Assemblea Nazionale il **1° marzo** aveva approvato la [Risoluzione n. 573](#) di modifica del Regolamento con la quale era stato introdotto nel capitolo XI del Titolo I l'art. 49-1 B che disciplinava l'organizzazione dei lavori parlamentari in tempo di crisi. L'articolo unico della Risoluzione prevedeva che - in circostanze eccezionali, di natura tale da pregiudicare in maniera significativa le condizioni di partecipazione, di deliberazione, o di voto - la Conferenza dei Presidenti potesse adattare temporaneamente modalità di partecipazione, deliberazione e di voto dei deputati in commissione e in aula ricorrendo, se necessario, a strumenti di lavoro a distanza, nel rispetto della configurazione politica dell'assemblea. La Conferenza dei presidenti avrebbe dovuto pronunciarsi ogni quindici giorni sull'opportunità del mantenimento o della modifica

delle decisioni adottate. La Risoluzione è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dal Consiglio costituzionale per l'indeterminatezza dei suoi contenuti.

LEGGE SULLA TUTELA DIGNITA' IN DETENZIONE

L'**8 aprile** è stata promulgata [la legge n. 2021-403](#) sul diritto al rispetto alla dignità in detenzione. La proposta di legge era stata presentata in prima lettura al Senato l'**11 febbraio** con dichiarazione da parte del Governo di ricorso alla procedura accelerata e ivi adottata l'**8 marzo**. Trasmessa all'Assemblea Nazionale la proposta era stata approvata con modifiche il **19 marzo**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, trovato l'accordo, il testo è stato definitivamente adottato da Senato e Assemblea Nazionale rispettivamente il **25 e 30 marzo**.

Facendo seguito a tre sentenze (una della Cedu del 30 gennaio 2020, una della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020 e una del Consiglio costituzionale del 2 ottobre 2020) di condanna delle condizioni senza dignità delle detenzioni, la legge ha creato nel Codice di procedura penale un dispositivo per garantire a tutti i detenuti il diritto a condizioni dignitose di detenzione. Tale dispositivo permette al detenuto che ritenga di essere incarcerato in condizioni non dignitose di ricorrere al giudice delle libertà e della detenzione in caso di detenzione provvisoria e al giudice di applicazione delle pene in caso di condanna. Se il giudice dichiara il ricorso ricevibile fa procedere alle opportune verifiche raccogliendo entro 10 giorni le osservazioni dell'amministrazione penitenziaria. Se in base agli elementi raccolti il giudice ritiene la richiesta fondata chiede all'amministrazione penitenziaria di rimediare entro un mese alle condizioni non dignitose della detenzione. In caso di non ottemperanza il giudice può ordinare il trasferimento del detenuto; la rimessa in libertà immediata in caso di detenzione provvisoria, eventualmente disponendo un controllo giudiziario o un domicilio coatto con il braccialetto elettronico oppure un alleggerimento della pena. Il giudice può rifiutarsi di prendere queste decisioni se il detenuto ha già rifiutato un trasferimento senza un valido motivo. Le decisioni del giudice possono costituire oggetto di ricorso.

GIUSTIZIA DI PROSSIMITA'

Il **9 aprile** è stata promulgata la [legge n. 2021-401](#) sull'efficacia della giustizia di prossimità e sulla risposta penale. La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **14 ottobre 2020** e ivi adottata il **26 novembre** con dichiarazione da parte del Governo di ricorso alla procedura accelerata. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il **18 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, trovato l'accordo, la proposta era stata definitivamente approvata da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **17 marzo** e il **1° aprile**.

La legge ha introdotto una serie di strumenti alternativi ai procedimenti giudiziari, ha rafforzato la "composition pénale" che permette al Procuratore della Repubblica di proporre una sanzione per reati minori all'autore dei fatti per evitare un processo qualora questi riconosca la propria responsabilità. La legge ha inoltre semplificato il ricorso allo strumento dei lavori socialmente utili (TIG) con l'introduzione di una procedura stragiudiziale.

LEGGE SULLA SICUREZZA GLOBALE

Il **15 aprile** è stata adottata in via definitiva la [legge sulla sicurezza globale](#) promulgata poi il **25 maggio**. La [proposta di legge n. 3452](#), sulla quale il Governo ha deciso di ricorrere alla procedura accelerata, era stata presentata il **26 ottobre** all'Assemblea Nazionale e ivi adottata il **24 novembre**. Trasmessa al Senato, la proposta di legge era stata approvata con modifiche il **18 marzo**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica, e trovato l'accordo, il testo

era stato approvato dal Senato e dall'Assemblea Nazionale rispettivamente il **7** e il **15 aprile**. Il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge con la decisione [n. 2021-646 DC](#) del **20 maggio** dichiarandola parzialmente incostituzionale ed enunciando diverse riserve d'interpretazione. La legge ha introdotto numerosi dispositivi per rafforzare i poteri di polizia, di polizia municipale e del settore della sicurezza privata.

LEGGE ORGANICA SULLE SPERIMENTAZIONI LOCALI

Il **19 aprile** è stata promulgata la legge organica [n. 2021-467](#) sulla semplificazione del regime delle sperimentazioni locali previste dall'art. 72, 4° c. Cost. Il progetto era stato presentato il **29 luglio 2020** al Senato con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata e ivi approvato in prima lettura il **3 novembre 2020**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato adottato senza modifiche il **16 marzo**. Sulla legge organica secondo quanto previsto dall'art. 61 Cost. si è pronunciato il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-816 DC](#) del **15 aprile**.

La legge – come già annunciato con la dichiarazione di politica generale del Primo Ministro Jen Castex del 15 luglio 2020 - è tornata sulla disciplina del regime delle sperimentazioni locali previste dall'art. 72, 4° c. Cost. contenute nella legge del 2003 di attuazione della Costituzione apportando alcune modifiche nell'ottica della semplificazione della procedura. La legge, in linea con i progetti di riforma costituzionale del maggio 2018 e dell'agosto 2019, mai approvati, consacra il diritto alla differenziazione territoriale autorizzando le collettività locali ad applicare inizialmente a titolo sperimentale, successivamente anche in modo permanente nel rispetto di alcune condizioni, regole differenti relative all'esercizio delle loro competenze in funzione delle loro specificità. In seguito a questa riforma le collettività territoriali o loro raggruppamenti potranno d'ora in poi con una semplice delibera, decidere di partecipare ad una sperimentazione legislativa o regolamentare autorizzata con legge dal legislatore e con decreto in Consiglio di Stato. La legge ha anche ammorbidito le regole relative all'entrata in vigore e al controllo del principio di legalità degli atti adottati nel quadro delle sperimentazioni dalle collettività territoriali. Le novità hanno anche interessato il regime relativo all'uscita dalle sperimentazioni. Nel corso del dibattito parlamentare il Senato ha precisato che la stabilizzazione delle sperimentazioni ad una sola parte di territorio deve essere fatta nel rispetto del principio di uguaglianza e lo stesso vale per la possibilità di abbandonare una sperimentazione.

La legge ha infine rafforzato la valutazione delle sperimentazioni da parte del Parlamento al quale il Governo dovrà inviare i rapporti annuali sulle collettività territoriali volontarie per le sperimentazioni e che dovrà valutare le sperimentazioni non solo alla fine ma anche in uno stadio intermedio.

LEGGE SUL SISTEMA SANITARIO

Il **26 aprile** è stata promulgata [la legge n. 2021-502](#) sul miglioramento del sistema sanitario attraverso il recupero della fiducia e la semplificazione. La proposta di legge era stata presentata in prima lettura all'Assemblea Nazionale il **22 ottobre 2020**, con dichiarazione da parte del Governo di ricorso alla procedura accelerata, e ivi adottata l'**8 dicembre**. Trasmessa al Senato, la proposta era stata adottata con modifiche il **18 febbraio**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in assenza di accordo, si era proceduto ad una nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato che però aveva rigettato il testo dell'Assemblea Nazionale. Il Governo aveva infine fatto decidere in via definitiva l'Assemblea Nazionale il **14 aprile** ai sensi dell'art. 45, ult. c. Cost.

La legge ha introdotto una serie di riforme volte a modernizzare il sistema sanitario, migliorare le condizioni degli infermieri e la presa in carico dei pazienti riprendendo le conclusioni della concertazione “Segur de la santé” del luglio 2020.

GOVERNO

PROGETTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE SULL'AMBIENTE

Il **20 gennaio** il Governo ha presentato all'Assemblea Nazionale il progetto di legge costituzionale [n. 3787](#) volto ad introdurre all'art. 1 della Costituzione il principio di garanzia della tutela dell'ambiente, della biodiversità e di lotta ai cambiamenti climatici.

Il progetto di legge costituzionale recepisce una delle 149 proposte dai 150 membri della *Convention citoyenne pour le Climat* presentate il 21 giugno 2020 (v. Nomos, 2/2020). L'introduzione della protezione dell'ambiente nell'art. 1 della Costituzione intende rafforzare la tutela dell'ambiente introducendo un principio di azione positiva dei pubblici poteri nei confronti dell'ambiente a completamento della Carta dell'ambiente del 2004 che dal 2005 è stata inserita nel Preambolo.

IL PRIMO MINISTRO CASTEX ANNUNCIA AL PARLAMENTO LE NUOVE MISURE PER LA GESTIONE DELLA CRISI SANITARIA

Il Primo Ministro Castex, il giorno dopo l'annuncio del Presidente della Repubblica del 31 marzo, delle nuove misure di gestione della crisi sanitaria, si è presentato il **1° aprile** di fronte alle due Camere, ai sensi dell'art. 50-1 Cost. con una dichiarazione con la quale ha illustrato il tenore delle nuove misure e al quale è seguito un voto. La maggioranza si è mostrata compatta ma l'opposizione ha manifestato il proprio dissenso non prendendo parte al voto.

ELEZIONI REGIONALI E DIPARTIMENTALI

Jean Castex si è recato il **13 aprile** davanti all'Assemblea Nazionale e il **14 aprile** di fronte al Senato per annunciare il mantenimento delle elezioni regionali del 20 e 27 giugno dopo aver consultato il Comitato scientifico. Quando il 1° aprile il Primo Ministro si era recato di fronte al Parlamento per annunciare le nuove misure contro il Covid-19 si era detto favorevole ad un mantenimento per giugno delle elezioni se le condizioni della crisi lo avessero permesso.

FUNZIONE PUBBLICA

Il **29 aprile** nel corso di una riunione tra il Presidente della Repubblica, Macron, il Primo Ministro Castex e il Ministro della trasformazione e della funzione pubblica è stata completata l'ordinanza che sarà sottoposta al Consiglio dei Ministri sulla soppressione dell'Ena e la creazione dell'Isp presa sulla base dell'autorizzazione della legge del 6 agosto 2019 sulla funzione pubblica.

Secondo quanto annunciato da Macron l'8 aprile, il progetto di ordinanza prevede che l'Isp (Institut du service public) prenderà il posto dell'Ena e sarà competente per la formazione iniziale della futura alta dirigenza pubblica la quale sarà accorpata in un unico tronco comune alle 13 scuole di funzionari. I funzionari che usciranno dall'Isp costituiranno un unico corpo quello degli amministratori dello Stato.

CAPO DELLO STATO

CRISI SANITARIA

Il **30 marzo** il Presidente della Repubblica davanti a 30 milioni di persone ha ufficializzato la nuova chiusura delle scuole per quattro settimane e l'introduzione di nuove misure di contrasto alla propagazione del Covid-19.

CORTI

CONSIGLIO ECONOMICO, SOCIALE E DELL'AMBIENTE

Il **14 gennaio** il Consiglio costituzionale si è pronunciato con sentenza [n. 2020-812 DC](#) sulla legge organica relativa al Consiglio economico, sociale e dell'ambiente approvata il **15 dicembre 2020** (v. Nomos, 3/2020).

All'attenzione del Consiglio costituzionale l'art. 4 della legge che consente di associare il pubblico ai lavori del Consiglio economico, sociale e dell'ambiente. Il *Conseil* l'ha dichiarato conforme a Costituzione in quanto tale articolo non attribuisce una nuova competenza al Cese il quale può decidere una consultazione del pubblico ma sempre nell'ambito delle proprie prerogative. Ne deriva, da un lato, che un'eventuale consultazione del pubblico non può essere organizzata che nell'ambito dello svolgimento delle funzioni consultive previste dall'art. 69 e 70 della Costituzione, precisate dagli artt. 2,3 e 4-1 dell'ordinanza del 29 dicembre 1958; dall'altro, che il Primo Ministro e i Presidenti delle due Assemblee possono chiedere al Cese di ricorrere alla consultazione del pubblico solo nell'ambito della medesima procedura degli artt. 69 e 70.

In merito all'art. 9 della legge organica che permette a persone sorteggiate a sorte e ai rappresentanti di istanze consultive locali di partecipare ai lavori delle commissioni del Cese per esprimere pareri, il *Conseil* ha chiarito che esse possono essere coinvolte ma solo "pour une mission déterminée" e con una riserva d'interpretazione ha precisato che il loro numero deve essere limitato rispetto al numero dei membri di una commissione per non alterare l'equilibrio nella sua composizione o nel suo funzionamento, rilevando, infine, che le modalità di designazione e di partecipazione di queste persone devono fornire garanzie di sincerità, uguaglianza, trasparenza e imparzialità. Con questa riserva d'interpretazione l'articolo 9 della legge organica è stato giudicato conforme a Costituzione.

Allo stesso modo, è stato giudicato conforme a Costituzione, con due riserve d'interpretazione, anche l'art. 13 della legge relativo alla prevenzione e alle sanzioni dei conflitti di interesse. In merito al conferimento di alcuni poteri all'Alta Autorità per la trasparenza della vita politica sui membri del Cese, il *Conseil* ha, infatti, precisato, da un lato, che queste disposizioni non implicano - e non vanno in tal senso interpretate - un'autorizzazione all'Alta autorità per la trasparenza della vita politica a introdurre regole sull'incompatibilità non previste dalla legge organica; e, dall'altro, che l'Alta Autorità potrebbe rivolgere e quindi rendere pubblica un'ingiunzione tendente a porre fine ad una situazione di conflitto di interessi solo nella misura in cui il destinatario di tale ingiunzione fosse in grado di porre fine a tale situazione senza rinunciare al suo mandato in Consiglio.

LEGGE ORGANICA SULL'ELEZIONE DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Il **25 marzo** il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge organica relativa all'elezione del Presidente della Repubblica con [la decisione n. 2021-815 DC](#). Il *Conseil* ha ritenuto conformi tutte le disposizioni relative alla vigilanza sull'accessibilità dei mezzi di propaganda elettorale da parte delle persone disabili da parte dei candidati; le disposizioni relative al voto dei detenuti che non abbiano perso la capacità elettorale; l'estensione al presidente del consiglio esecutivo della

Corsica, del consiglio esecutivo della Martinica e dei vice-presidenti dei consigli consolari della possibilità di presentare un candidato all'elezione presidenziale; le disposizioni sulla dematerializzazione della procedura di deposito dei conti delle campagne elettorali e della necessità di stampare una ricevuta per ogni donazione versata a un candidato per mezzo di servizio on line messo a disposizione dalla Commissione nazionale dei conti della campagna e dei finanziamenti politici; le disposizioni relative all'obbligo per la prossima elezione presidenziale di accompagnare tutti i sondaggi dai margini di errore dei risultati pubblicati.

Infine il Consiglio costituzionale ha dichiarato che non hanno carattere di disposizioni organiche quelle che impongono al Governo di trasmettere al Parlamento un rapporto sulla valutazione dei mezzi adottati dai candidati per vigilare sull'accessibilità dei mezzi di propaganda elettorale delle persone con disabilità e sull'analisi delle evoluzioni giuridiche e tecniche necessarie per migliorare questa accessibilità perché queste disposizioni hanno valore di legge ordinaria.

LEGGE ORGANICA SULLE SPERIMENTAZIONI LOCALI

Il Consiglio costituzionale il **15 aprile** si è pronunciato con decisione [n. 2021-816 DC](#) sulla legge organica relativa alla semplificazione del regime delle sperimentazioni locali previste dall'art. 72,4° Cost. (v. infra).

In primo luogo, il Consiglio costituzionale ha precisato che nessuna esigenza costituzionale impone che il carattere esecutivo degli atti delle collettività territoriali dipenda in ogni caso dalla loro trasmissione al rappresentante dello Stato. La garanzia del principio di separazione dei poteri proclamato dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 risulta soddisfatto dalla possibilità per il rappresentante dello Stato di esercitare il controllo di legalità e di ricorrere al giudice amministrativo. Spetta, ha preliminarmente sottolineato il *Conseil*, al legislatore mettere il rappresentante dello Stato nelle condizioni di svolgere il proprio compito.

Partendo da questo presupposto, il Consiglio costituzionale ha stabilito che sia l'art. 2 della legge organica che sopprime l'obbligo per il Governo di verificare che una collettività territoriale che abbia domandato di beneficiare di una sperimentazione soddisfi le condizioni necessarie, sia l'art. 3 che sopprime la previsione secondo la quale gli atti - a carattere generale e impersonale adottati da una collettività territoriale autorizzata a partecipare a una sperimentazione - che derogano alle disposizioni legislative siano trasmessi al rappresentante dello Stato subordinando, a questo la loro entrata in vigore, e la possibilità per il rappresentante dello Stato di abbinare ad un ricorso contro un atto anche la domanda di sospensione di quell'atto, sono conformi a Costituzione.

Il *Conseil* ha, infatti, rilevato che gli articoli del Codice generale delle collettività territoriali prevedono che tanto la delibera con la quale una collettività territoriale decide di partecipare a una sperimentazione quanto gli atti a carattere generale e impersonale da essa adottati diventano pienamente esecutivi dopo la pubblicazione, affissione o notifica agli interessati e alla loro trasmissione al rappresentante dello Stato. Quindi, innanzitutto, il rappresentante dello Stato può deferire al tribunale amministrativo la delibera e gli atti che reputi contrari al principio di legalità nei due mesi successivi alla loro trasmissione accompagnandovi anche una richiesta di sospensiva. Inoltre, in riferimento alla delibera con la quale una collettività territoriale può decidere di partecipare a una sperimentazione, secondo quanto stabilito dall'art. 4 della legge organica in esame, il rappresentante dello Stato può accompagnare il ricorso amministrativo con una richiesta di sospensiva di questa delibera che cessa di produrre i suoi effetti fino alla decisione del giudice amministrativo. Alla luce di queste argomentazioni il Consiglio costituzionale ha chiarito che gli articoli da 2 a 4 della legge organica non violano né l'ultimo comma dell'art. 72 Cost. né altre garanzie di diritti.

Il *Conseil constitutionnel* si è espresso anche in relazione al profilo relativo ai possibili esiti della sperimentazione allo spirare del termine fissato dalla sperimentazione stessa. Anche l'articolo 6 della legge organica che ha introdotto la possibilità, al termine della sperimentazione, di mantenere le misure prese a titolo sperimentale nelle collettività territoriali partecipanti alla sperimentazione, o solo in alcune, e di estenderle alle altre collettività territoriali, nel rispetto del principio di legalità, è stato giudicato conforme a Costituzione. Ricordando l'art. 72, 4° c. Cost. che nel 2003 ha introdotto il potere di sperimentazione locale, il *Conseil* ha sottolineato come la legge organica prescriva che al termine della sperimentazione le misure possano essere mantenute o estese comunque nel rispetto del principio di uguaglianza. Ciò risulta dall'articolo 6 della legge organica che non permette il mantenimento permanente delle misure solo nelle collettività territoriali che hanno partecipato alla sperimentazione senza estenderle alle altre collettività che presentano le stesse caratteristiche che giustificano la deroga al diritto comune. In tal senso tali disposizioni non violano il principio di uguaglianza e sono state giudicate conformi all'art. 72, 4° c. Cost.

INCOSTITUZIONALITA' TOTALE RISOLUZIONE DI MODIFICA DEL REGOLAMENTO DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE

Il **1° aprile** il Consiglio costituzionale si è pronunciato con decisione [n. 2021-814](#) sulla Risoluzione n. 573 di modifica del Regolamento dell'Assemblea Nazionale approvata il 1° marzo concernente l'organizzazione dei lavori parlamentari in periodo di crisi. Il *Conseil* ha innanzitutto riconosciuto la facoltà delle assemblee, al fine di assicurarne la continuità dei lavori parlamentari, di definire nei loro regolamenti disposizioni derogatorie suscettibili di essere temporaneamente attuate su decisione delle autorità preposte nei casi in cui circostanze eccezionali alterino in maniera significativa le condizioni di partecipazione dei parlamentari alle riunioni delle commissioni e in aula, di deliberazione e di voto. Il *Conseil* ha, altresì, ribadito che tali disposizioni prima della loro applicazione debbano essere controllate, come quelle in tempi normali, dal Consiglio costituzionale stesso al fine di assicurare la loro conformità alla Costituzione. Il Consiglio ha, così, sottolineato che, eccettuata la menzione al possibile ricorso ai lavori a distanza, nella risoluzione - che si limita a richiamare solo la necessità del rispetto del voto personale e le esigenze di chiarezza e sincerità del dibattito parlamentare - le misure non sono state né limitate né precisate. Il Consiglio costituzionale ritenendo di non poter valutare la portata degli adattamenti autorizzati da tale risoluzione l'ha dichiarata totalmente contraria a Costituzione.

La decisione del Consiglio costituzionale non ha comportato il divieto di introdurre misure volte a garantire i lavori parlamentari in tempo di crisi ma ha imposto la necessità che tali misure fossero definite e precisate in modo chiaro in modo che il *Conseil* possa pronunciarsi su di esse.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



L'ombra lunga di Karlsruhe sul sogno di un “momento hamiltoniano” per l'UE*

di Astrid Zei**

Il 15 aprile il Tribunale costituzionale federale ha autorizzato la promulgazione della [legge](#) approvata il 26 marzo che ratifica la decisione del Consiglio dell'UE sulle risorse proprie [decisione (UE, Euratom) 2020/2053]. Tale Decisione autorizza la Commissione, in via eccezionale, a contrarre temporaneamente prestiti fino a 750 miliardi di euro sui mercati dei capitali per far fronte alle conseguenze della crisi legata alla pandemia di Covid-19 e promuovere la ripresa. La [pronuncia](#) era molto attesa nelle Cancellerie europee. Appena il giorno prima il Commissario europeo al Bilancio Johannes Hahn, pure esprimendo parole di grande rispetto nei confronti del Tribunale costituzionale federale, si era detto fiducioso riguardo al rispetto dei tempi previsti per l'avvio del piano, e aveva auspicato un tempestivo perfezionamento delle procedure di ratifica, definendo *Next Generation EU* come “[un punto di svolta per i mercati europei dei capitali](#)” e confermando l'immediata operatività del Fondo per la Ripresa, non appena la Commissione fosse stata giuridicamente autorizzata a gestire i prestiti.

La legge era stata approvata nel Bundestag a grande maggioranza. Benché non fosse richiesto un quorum aggravato in Aula si erano registrati 495 voti a favore, 95 contrari e 72 astensioni e nel Bundesrat il voto era stato reso all'unanimità.

Del resto, l'idea di costituire un fondo per la ripresa nell'ambito del bilancio europeo, da finanziare con il ricorso all'indebitamento, per fronteggiare le conseguenze della pandemia promuovendo la crescita e la coesione nell'Unione europea aveva preso forma in seguito a una dichiarazione congiunta del Cancelliere tedesco Angela Merkel e del Presidente francese Emmanuel Macron resa il 18 maggio 2020.

La volontà di avviare questo nuovo corso della politica europea era dunque largamente condivisa dai principali gruppi politici del Bundestag.

Il giorno stesso dell'approvazione della legge da parte del Bundesrat, il Tribunale costituzionale federale aveva ricevuto un ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*), per la verità da qualche tempo preannunciato, sottoscritto da circa 2300 cittadini e coordinato da un'associazione di cittadinanza attiva denominata “*Bündnis Bürgerville*”, vale a dire “*Lega Volontà dei Cittadini*”, guidata dall'economista Bernd Lücke, Professore di Macroeconomia presso l'Università di Amburgo, e

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza, Università di Roma.

primo fondatore di *Alleanza per la Germania* (“*Alternativ für Deutschland*”) nel 2013, partito che questi ha poi abbandonato nel 2015, per fondare il partito dei *Riformatori Liberal-Conservatori* (“*Liberal-Konservativer Reformier*”, dapprima denominato “*Allianz für Fortschritt und Aufbruch*”), che finora ha registrato un consenso minimo nell’elettorato tedesco.

I ricorrenti paventano la natura *ultra vires* della Decisione sulle risorse proprie, stante l’assenza di un adeguato normativo nel diritto dei Trattati, e una violazione dell’identità costituzionale tedesca, che si sostanzierebbe in una illegittima limitazione del principio della piena responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato.

Contestualmente, si chiedeva l’adozione di una misura cautelare atta ad impedire che la ratifica tedesca potesse perfezionarsi nelle more del giudizio.

Il Tribunale costituzionale federale, contravvenendo a regole consolidate di galateo istituzionale, quella sera stessa aveva pubblicato una [decisione](#), consistente in uno stringato dispositivo con cui si disponeva il rinvio della promulgazione della legge nelle more della decisione sulla tutela cautelare.

Questo tipo di dispositivi, che sono tutt’altro che infrequenti nell’ambito del diritto amministrativo e che si rinvergono anche nell’ambito del diritto civile tedesco, vengono definiti “decisioni pendenti” (“*Hängebeschluss*”), e si giustificano in quanto atti a garantire la piena effettività della tutela cautelare in attesa del giudizio sulla richiesta di una misura sospensiva.

In passato, la promulgazione delle leggi impugnate era stata senz’altro procrastinata dal Presidente federale nelle more del giudizio, senza ulteriori formalità, e semmai era stata accompagnata da un comunicato stampa della Presidenza che nel sospendere la promulgazione si richiamava ad “una prassi istituzionale seguita costantemente dagli organi costituzionali e nel rispetto nei confronti del Tribunale costituzionale federale”

Il dispositivo del **26 marzo**, che si limitava ad anticipare una decisione successiva sulla richiesta di una misura cautelare, era apparso pertanto irrituale, e forse celava una qualche “incomprensione” con gli Uffici della Presidenza federale.

I ricorrenti si sono rivolti al Tribunale costituzionale federale paventando anzitutto la natura *ultra vires* della decisione del Consiglio, che, sebbene adottata nel rispetto della procedura prescritta dall’art. 311 TFUE per la modifica delle risorse proprie dell’UE, violerebbe il principio sancito dallo stesso articolo, secondo cui il bilancio dell’UE si finanzia tassativamente tramite risorse proprie. Dovrebbe pertanto ritenersi escluso il ricorso all’indebitamento con l’emissione di titoli del debito comuni. Nel ricorso si sostiene inoltre che la Decisione introdurrebbe inoltre un sistema di responsabilità solidale degli Stati nel caso in cui uno dei Paesi beneficiari divenisse insolvente, in deroga alla c.d. clausola di non salvataggio (*No Bail-Out*) iscritta nell’art. 125 TFUE che vieta all’UE, o agli Stati membri, di farsi carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali di un altro Stato membro, e ciò sia nell’ipotesi di una crisi finanziaria che dovesse affliggere la capacità di un Paese di far fronte ai suoi obblighi, sia nel caso in cui altri Stati, dopo il Regno Unito, dovessero decidere di recedere dall’UE.

I programmi di prestito agli Stati membri iscritti nel piano *Next Generation EU*, la cui erogazione è subordinata alla stipula di un accordo tra lo Stato membro e la Commissione, unitamente alla durata degli impegni assunti, violerebbero inoltre il principio della responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato; un principio, questo, che il Tribunale costituzionale nella

sua giurisprudenza ha spiegato come uno degli elementi costitutivi dell'identità costituzionale tedesca, che restano indisponibili finanche al legislatore costituzionale.

Il **15 aprile** la richiesta di una misura cautelare è stata respinta, anche se non è superfluo ricordare che la misura sospensiva invocata dai ricorrenti aveva comunque ad oggetto un *minus*, o un *aliud*, rispetto al contenuto dell'azione principale, e formalmente perseguiva un obiettivo più limitato e specifico di tutela provvisoria, solo per il tempo necessario ad ottenere una tutela piena e definitiva.

Alla base di questa pronuncia, vi sono pertanto, da un lato, un'attenta e "responsabile" valutazione delle conseguenze di un'eventuale sospensione della ratifica per un periodo di tempo molto lungo – che lo stesso Tribunale costituzionale federale nella pronuncia quantifica in due o tre anni -, con l'impossibilità di attuare le politiche europee iscritte nel piano *Next Generation EU*, a fronte di una grave crisi economica che esige risposte tempestive. Dall'altro, un primo sommario esame delle questioni sollevate induce i giudici a ritenere "non molto probabile" una violazione dell'identità costituzionale tedesca.

Quanto alla prima questione, pur considerando ancora molto incerto l'esito della pronuncia definitiva, il pregiudizio che occorrerebbe a seguito di una misura cautelare, nell'ipotesi in cui la decisione sulle risorse proprie dovesse infine risultare legittima, secondo i giudici di Karlsruhe supera il danno che sarebbe cagionato dall'attuazione del Piano *Next Generation EU* qualora la decisione che ne è fondamento dovesse risultare *ultra vires*, ovvero in contrasto con l'identità costituzionale tedesca. Le conseguenze di un ritiro della Germania dal Piano vengono valutate sia tenendo conto della volontà politica di agire tempestivamente per il rilancio dell'economia nei Paesi dell'UE, sia delle ragioni di politica estera ed europea ben illustrate dal governo tedesco nel corso del procedimento, il quale avrebbe paventato forti tensioni nei rapporti con la Francia, una compromissione della credibilità della Germania nelle relazioni con altri Paesi e nell'ambito dell'UE e finanche l'exasperarsi delle tensioni tra i Paesi membri tali da minare la solidarietà e la coesione nell'UE (par. 106 e 107 della pronuncia).

Quanto al *fumus boni iuris*, va detto che il Tribunale costituzionale federale, chiamato ad esprimersi sia sulla paventata natura *ultra vires* della Decisione, sia sull'ipotesi di una violazione dell'identità costituzionale tedesca, ha rinunciato ad effettuare un esame sommario sulla conformità della decisione al diritto dei Trattati.

Le ragioni in effetti non vengono spiegate. I giudici si limitano ad affermare che, nell'ambito della tutela cautelare, un esame sommario si impone sempre qualora venga paventata una violazione dell'art. 79, terzo comma, LG, giacché il Tribunale costituzionale federale ha il compito precipuo di tutelare l'identità della Legge Fondamentale.

Di contro, si afferma che laddove venga paventata la natura *ultra vires* di un atto dell'UE, non vi sarebbe la necessità di procedere ad un esame sommario in sede cautelare (par. 72 della pronuncia). L'argomentazione però è omessa. Tale presa di posizione potrebbe apparire come un atto di deferenza nei confronti delle prerogative della Corte di Giustizia, cui spetta il compito di vigilare sul rispetto dei Trattati, anche con l'intento, forse, di riprendere le fila di un più rispettoso dialogo tra le Corti, e magari ricucire lo strappo provocato dalla sentenza del 5 maggio 2020 sul *Quantitative Easing* – basata sull'affermazione da parte dei giudici di Karlsruhe della natura *ultra vires* della sentenza Weiss della Corte di Giustizia del 16 dicembre 2018 – posto che un

eventuale dubbio da parte del Tribunale costituzionale federale circa la natura *ultra vires* della decisione comporterebbe l'introduzione di un ricorso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Subito dopo, però, il *Bundesverfassungsgericht* chiarisce che se nell'ambito del procedimento principale la Decisione sulle risorse proprie dovesse risultare *ultra vires*, le conseguenze sarebbero quelle di “una dichiarazione di nullità da parte della Corte di Giustizia, *oppure (corsivo mio)* dell'obbligo di disapplicazione in Germania su decisione del Tribunale costituzionale federale”: questo “*oppure*” ha un significato disgiuntivo, che non esclude del tutto l'eventualità di un'interpretazione divergente da parte dei giudici di Lussemburgo e di Karlsruhe.

Forse un esame sommario da parte dei giudici di Karlsruhe circa la conformità della Decisione agli artt. 311 TFUE e al c.d. principio del *no bail out* iscritto nell'art. 125 TFUE avrebbe potuto condurre ad un esito diverso della pronuncia.

Quanto all'esame sommario condotto circa l'eventuale violazione dell'identità costituzionale tedesca, i giudici sono stati attenti a vagliare e a ridimensionare i rilievi sollevati dai ricorrenti, pur ribadendo con forza la centralità del principio della piena responsabilità del Bundestag per il bilancio dello Stato. Al contempo, ricollegandosi alla [sentenza sul MES](#) del 13 ottobre 2016, il Tribunale costituzionale federale ha chiarito che nel valutare se la portata delle obbligazioni di pagamento e degli impegni conducano ad una alienazione dell'autonomia di bilancio del Bundestag, il legislatore dispone di un ampio spazio di valutazione proprio con riguardo alla questione dei possibili rischi e delle conseguenze attese sulla libertà di manovra nella redazione del bilancio dello Stato, che “il Tribunale costituzionale federale fondamentalemente deve rispettare” (par. 97).

Sebbene molte affermazioni siano rese in piena continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza, il Tribunale costituzionale federale in passato ha declinato il principio della responsabilità del Bundestag in modo molto pervasivo e finanche irrispettoso delle scelte formalizzate dall'assemblea rappresentativa, imponendo al legislatore l'introduzione di nuovi strumenti di indirizzo e controllo, a partire dalla sentenza Lisbona, e legittimando finanche l'introduzione di ricorsi avverso le “omissioni” del Parlamento, il quale, ad esempio con riguardo all'attuazione del *Purchase Programm* della BCE, non avrebbe agito con sufficiente zelo per tutelare le proprie prerogative nell'ambito del processo di integrazione europea.

Questa decisione riconosce comunque al Bundestag un ampio margine di apprezzamento riguardo alla sostenibilità degli impegni assunti e al carattere liminale dei rischi legati all'ipotesi di insolvenza da parte degli altri soggetti obbligati (par. 103).

Secondo il Tribunale costituzionale diversi argomenti depongono per la legittimità della Decisione, almeno con riguardo al rispetto dell'identità costituzionale tedesca. Essi possono essere riassunti nella determinatezza degli impegni assunti, nella loro durata circoscritta nel tempo, e nella limitatissima possibilità che la Germania si trovi a sopportare un più alto livello di indebitamento quale conseguenza di un'inadempienza da parte degli altri Stati (par. 99-101 della decisione).

Il Tribunale costituzionale federale non esclude tuttavia che un'istruttoria più approfondita nell'ambito del procedimento principale possa acclarare una violazione dell'identità costituzionale tedesca, e ciò avendo riguardo alla portata dei rischi finanziari legati al piano, alla sua durata e alle

“limitate possibilità di partecipazione del Bundestag al coordinamento di merito sui contributi e sui prestiti concessi” (par. 103).

Questa pronuncia, che l'Europa ha atteso per settimane con il fiato sospeso, consente ora l'avvio del Piano *Next Generation EU*. Tuttavia, essa proietta una lunga ombra sui possibili futuri sviluppi di questa nuova politica di coesione dell'Unione europea.

Il Vice-Cancelliere tedesco Olaf Scholz (SPD), in [un'intervista](#) resa il 20 maggio dello scorso anno al settimanale *Die Zeit*, aveva immaginato che l'UE stesse vivendo un “momento hamiltoniano”, una fase in cui, attraverso la limitata condivisione del debito necessario per finanziare il *Recovery Fund*, sia pure basata su stringenti condizionalità di spesa, si stavano gettando le basi per giungere nel tempo ad una politica fiscale comune. Questi aveva paragonato il meccanismo di finanziamento degli Stati membri attraverso titoli di debito europei al c.d. compromesso del 1790, con cui venne accolta la proposta di Alexander Hamilton, Segretario di Stato di una giovanissima e fragile Federazione degli Stati Uniti, formata da Stati fortemente indebitati, di trasferire alla Federazione i debiti degli Stati, e di finanziarli attraverso l'emissione di titoli del debito statunitense, la cui elevata credibilità nel mercato finanziario nazionale e internazionale avrebbe aumentato il credito pubblico e privato.

Sull'ipotesi della natura *ultra vires* della decisione dovrà pronunciarsi in ogni caso la Corte di Giustizia qualora il Tribunale costituzionale federale, nella pronuncia di merito, sposti tale ricostruzione. Quale che sia, un domani, la decisione dei giudici di Lussemburgo, non è del tutto escluso, peraltro, che il Tribunale costituzionale federale possa infine esprimersi comunque contro la legittimità dell'atto, anche in contrasto con la Corte di Giustizia. Ciò è già avvenuto per la decisione sul *Purchase Programm* della BCE del 5 maggio 2020. Quella sentenza, a causa della quale ad un certo momento si era paventata persino una procedura di infrazione nei confronti della Germania, ha avuto effetti destabilizzanti, solo in parte ridimensionati con un'intensa mobilitazione da parte del governo e del Parlamento tedesco al fine di soddisfare, almeno formalmente, tutte le condizioni poste dal Tribunale costituzionale federale affinché la *Bundesbank* potesse continuare a partecipare al programma d'acquisto dei titoli.

E' davvero difficile immaginare quali potrebbero essere le conseguenze se ciò dovesse ripetersi.

Se è vero che il Tribunale costituzionale federale ritiene “non molto probabile” una violazione dell'identità costituzionale tedesca (par. 102), questi afferma pure molto chiaramente a quali condizioni la Decisione sulle risorse proprie possa dirsi legittima.

A tal fine bisognerebbe escludere anzitutto la costruzione di “meccanismi duraturi” che conducano ad una condivisione di responsabilità per le determinazioni assunte da altri Stati. In secondo luogo, risulterebbero inammissibili le eventuali obbligazioni che avessero un “significato strutturale” per la disciplina del bilancio del Bundestag. Infine, bisognerebbe garantire che il parlamento possa “influenzare sufficientemente la tipologia e le modalità di gestione delle risorse messe a disposizione”.

Tralasciando per un momento l'ipotesi che il Parlamento tedesco venga nuovamente invitato ad introdurre e ad utilizzare più pervasivi strumenti di indirizzo e controllo anche con riguardo alle posizioni del Governo tedesco sulla gestione dei prestiti e dei contributi previsti dal Piano, le condizioni poste per ora dai giudici di Karlsruhe valgono comunque ad indebolire l'idea che gli

strumenti creati dall'Unione europea per finanziare la ripresa possano condurre prima o dopo verso la creazione di una politica fiscale comune e di un titolo comune europeo, così come auspicato da Mario Draghi nell'ambito del Consiglio europeo che si è aperto lo scorso **25 marzo**.

ELEZIONI

L'ORGANIZZAZIONE DELLE ELEZIONI POLITICHE IN TEMPO DI COVID

Nonostante la perdurante grave crisi sanitaria e le misure di distanziamento sociale imposte dalla pandemia in Germania non è mai stata messa in discussione la data delle prossime elezioni politiche, che si terranno il prossimo 26 settembre. Da quando lo scorso marzo il Bundestag ha formalizzato lo stato di epidemia di portata nazionale, le consultazioni elettorali previste nei Länder per il rinnovo delle assemblee legislative sono state posticipate solamente in Turingia.

Va detto che i problemi organizzativi legati al rischio di contagio si sono imposti nell'agenda politica soprattutto con riguardo alle elezioni da tenersi nel 2021: dal mese di marzo del 2020 fino alla fine dell'anno si è votato in Germania solamente in alcuni Comuni. Le elezioni per il rinnovo dei consigli cittadini e dei sindaci si sono svolte regolarmente in Baviera il 15 marzo 2020 e in Nordrhein-Westfalen il 13 settembre 2020. In questo primo quadrimestre del 2021 si è votato inoltre nei Länder Rheinland-Pfalz e in Baden-Württemberg (**14 marzo**), dove comunque i cittadini chiamati a partecipare alle consultazioni sono stati complessivamente quasi undici milioni.

Tali scelte si spiegano considerando, da un lato, la modifica della legislazione elettorale della Federazione e dei Länder interessati, con l'introduzione di disposizioni derogatorie che semplificano le operazioni prescritte per la presentazione delle candidature e ne consentono lo svolgimento, almeno parzialmente, in modalità da remoto. Dall'altro, rileva soprattutto il ricorso massiccio allo strumento del voto postale (*Briefwahl*), già previsto nell'ordinamento tedesco sin dal 1957, a livello federale, e dai primi anni Sessanta in molti Länder.

Quanto ai problemi legati alla presentazione delle candidature nel rispetto delle norme di distanziamento imposte dalla pandemia, il 28 ottobre 2020 il Bundestag aveva introdotto nella legge elettorale una disposizione ([§ 52, quarto comma](#)) che autorizza il Ministero federale degli Interni a disciplinare con apposito regolamento la presentazione delle candidature in deroga alla normativa vigente e alle disposizioni statutarie dei partiti politici qualora il Bundestag, a distanza di non più di nove mesi dal voto, avesse stabilito l'impossibilità di organizzare le necessarie assemblee.

Il Bundestag [si è espresso al riguardo](#) il **14 gennaio**, formalizzando la sussistenza dei presupposti indicati nella legge.

Il [regolamento](#), che richiedeva l'assenso del Bundestag, è stato approvato il **28 gennaio** e ha previsto la possibilità di derogare alle normativa vigente convocando assemblee di partito formate da un limitato numero di rappresentanti (§ 3 del regolamento), ovvero in modalità elettronica (§ 5), fatta salva l'espressione del voto (§ 5, primo comma), che potrà avvenire comunque sia nelle urne che per posta, ovvero con una combinazione delle due opzioni (§ 7). Quanto alle difficoltà che potrebbero gravare soprattutto sui partiti più piccoli, che contano su un apparato organizzativo più limitato e meno strutturato per la raccolta delle firme necessarie alla presentazione delle liste nei Länder e delle candidature nei collegi uninominali è opportuno anticipare inoltre che nel Bundestag è in discussione una proposta di modifica della legge elettorale sottoscritta da tutti i gruppi del Bundestag, ad eccezione della Sinistra (*Die Linke*) e di

Alternativa per la Germania (*A/D*) che prevede una riduzione delle firme necessarie per la presentazione delle liste nei Länder e delle candidature nei collegi uninominali, che vengono abbassate ad un quarto di quelle sinora richieste.

La sfida più grande che la Germania si appresta ad affrontare con le prossime elezioni politiche è legata soprattutto ad un probabile utilizzo del voto postale in proporzioni mai registrate in passato.

Nel Land Rheinland-Pfalz, dove si è votato lo scorso **14 marzo**, due terzi degli elettori (66%) si sono avvalsi del voto postale.

Fino al 2008 per elezioni del Bundestag l'esercizio del voto postale era subordinato alla sussistenza di particolari condizioni atte ad impedire, o ostacolare l'utilizzo dei seggi elettorali: l'elettore doveva infatti dichiarare di trovarsi al di fuori del suo collegio alla data delle elezioni per importanti ragioni, ovvero doveva addurre motivi professionali, di malattia, ovvero invocare l'età avanzata per giustificare la rinuncia a recarsi alle urne.

Nelle elezioni politiche del 2005 gli elettori che ne fecero richiesta furono il 18,7% dei votanti. Con la riforma elettorale del 17 marzo 2008 tale forma di espressione del voto è stata resa liberamente accessibile a tutti gli elettori, e tale percentuale è cresciuta lentamente sino a raggiungere il 28,7% nelle ultime consultazioni del 2017.

Nei mesi passati si è discusso a lungo anche della possibilità di imporre un ricorso generalizzato a questa forma di espressione del voto. In Baviera, nel pieno della prima ondata della pandemia, un'[ordinanza](#) del Ministro bavarese della Salute, adottata sulla base del § 28, primo comma, della Legge federale sulle Infezioni, aveva imposto il ricorso esclusivo al voto per posta per i ballottaggi indetti in molti Comuni il 29 marzo 2020.

Nei Länder chiamati al voto in questa primavera il legislatore regionale ha previsto la possibilità di imporre il voto postale solamente nei singoli collegi elettorali o nei Comuni dove si registri una grave emergenza sanitaria. In Rheinland-Pfalz, in via precauzionale, sono state comunque stampate 3,2 milioni di schede e di buste, che corrispondono al 100% degli aventi diritto.

Tra i partiti politici della maggioranza è condivisa l'idea che, pur nella eccezionalità delle circostanze, una totale rinuncia al voto nelle urne presenterebbe gravi profili di illegittimità costituzionale.

Il Tribunale costituzionale federale è stato chiamato negli anni a pronunciarsi a più riprese sulle garanzie poste a corredo del voto postale nel rispetto dei principi tutelati dalla Legge Fondamentale. Il *Briefwahl* è stato considerato legittimo, pure fronte di un'ineludibile compromissione della libertà e della segretezza del voto, in forza di un'operazione di bilanciamento dove il principio della generalità del voto e l'effetto inclusivo del voto a distanza prevalgono rispetto ad altre considerazioni [[BVerfG 59, 119](#) e [21, 200](#)]. Tali valutazioni si basavano tuttavia sull'assunto della eccezionalità del ricorso al voto postale. In una [sentenza del 9 luglio 2013](#) sulla legittimità del voto postale che la legge federale sulle elezioni europee non subordinava più a particolari condizioni, i giudici di Karlsruhe hanno continuato a riconoscere al legislatore il compito di bilanciare i principi cui si informa il diritto di voto, a condizione che gli stessi non vengano limitati sproporzionatamente, legittimando anche la rinuncia a limitare l'esercizio del voto postale agli elettori impossibilitati a recarsi alle urne. Tale scelta, secondo il Tribunale costituzionale federale, dà conto della crescente mobilità che caratterizza la società odierna e di un radicale cambiamento nelle abitudini di vita individuali. All'epoca la decisione di generalizzare il ricorso al voto per corrispondenza, senza subordinarlo alla sussistenza di particolari impedimenti atti a determinare una oggettiva difficoltà a recarsi alle urne, venne giustificata dal legislatore essenzialmente sulla base dell'impossibilità di verificare, anche a campione, la veridicità delle circostanze dichiarate dall'elettore. Tra gli argomenti ponderati dal Tribunale costituzionale nella pronuncia del 2013, però, vi era anche la convinzione da parte del

legislatore che le modifiche introdotte nelle leggi per l'elezione del Bundestag e del Parlamento europeo non avrebbero determinato un vistoso incremento nell'utilizzo del voto per corrispondenza (par. 16 della [sentenza del 9 luglio 2013](#)).

Nella [relazione illustrativa](#) della proposta di modifica della legge elettorale presentata al Bundestag il 17 dicembre 2007 si sottolineava infatti che nei Länder che fino a quel momento avevano concesso all'elettore la possibilità di utilizzare il voto postale incondizionatamente (Nordrhein-Westfalen dal 1966, Berlino dal 1975 e Brandeburgo dal 2003), si registravano sino a quel momento percentuali sovrapponibili a quelle rilevate a livello nazionale, dove il voto postale era ancora subordinato ad una attestazione circa la sussistenza di circostanze limitanti.

Il Tribunale aveva dunque accolto la prognosi formulata dal legislatore, ritenendo scongiurata l'eventualità di una vistosa diserzione delle urne.

Nella [sentenza del 3 marzo 2009](#) sulla legittimità del voto elettronico - che il Tribunale costituzionale federale ha subordinato alla possibilità che l'elettore possa fare affidamento e verificare tutti i passaggi essenziali delle operazioni elettorali e del computo dei risultati - si sottolineava la centralità del principio della trasparenza e della pubblicità delle votazioni intese anche come un rituale democratico, posto che solamente "se l'elezione si svolge sotto gli occhi della collettività, allora viene garantita la fiducia del sovrano, che è essenziale per il funzionamento della democrazia e per la legittimità democratica delle decisioni dello Stato, in una composizione del Parlamento rispettosa della volontà degli elettori" (par. 108 della pronuncia).

E' possibile, forse probabile e senz'altro auspicabile che a settembre l'emergenza epidemiologica sia rientrata e che, anche in forza della massiccia campagna di vaccinazioni in atto, le consultazioni elettorali possano svolgersi senza particolari aggravamenti organizzativi. Tuttavia, al momento è in corso in Germania una massiccia campagna di promozione del voto postale.

In vista delle prossime elezioni politiche di settembre, tutti gli elettori riceveranno per posta una informativa e, barrando l'apposita casella, anche *on line*, potranno scegliere di esercitare il voto in questa modalità. Le buste con le schede saranno inviate a tutti i richiedenti un paio di settimane prima del voto. Fino a tre giorni prima delle consultazioni gli elettori potranno imbucare le buste senza affrancatura in una qualsiasi cassetta postale. Si tratta dunque di una procedura molto semplice.

E' difficile fare previsioni sulla percentuale degli elettori che parteciperanno alle consultazioni del 26 settembre, ma probabilmente la percentuale di coloro che voteranno per posta sarà significativamente elevata, forse troppo elevata affinché possa dirsi compiuto il più sacro dei rituali democratici che il Tribunale costituzionale federale pretende debba svolgersi "sotto gli occhi" dei cittadini.

LE ELEZIONI IN BADEN-WÜRTTEMBERG IN TEMPO DI COVID

Il **14 marzo**, nonostante la pandemia, in Baden-Württemberg si sono svolte le elezioni per il rinnovo del Landtag. A differenza di quanto avviene nelle elezioni del Bundestag e in altri Länder, l'elettore può esprimere una sola scelta in favore di un singolo candidato e della sua lista. Per la presentazione di ogni candidatura la legge elettorale prescriveva la raccolta di 150 firme, e dunque per presentare almeno un candidato in ognuno dei 70 collegi elettorali al singolo partito sarebbero state necessarie 10.500 firme. In considerazione della difficile situazione sanitaria e delle norme di distanziamento sociale imposte dalle autorità, alcuni piccoli partiti quali il partito della Sinistra, i Liberi elettori (*Freie Wähler*), il Partito ecologico-democratico (abbr. ÖDP), il partito denominato "Il PARTITO", e il partito dei Pirati, nel mese di settembre si erano rivolti al Tribunale costituzionale del Land denunciando una violazione del principio della parità delle chances, giacché lo sforzo organizzativo richiesto sarebbe stato eccessivamente oneroso per i partiti che non possono contare su un ampio apparato organizzativo. Con una [sentenza del 9 novembre](#) i

giudici hanno accolto il ricorso, ritenendo che “nelle mutate condizioni di fatto e di diritto” l’obbligo delle 150 firme violerebbe il principio dell’uguaglianza delle chances, invitando il legislatore a procedere almeno ad un dimezzamento delle firme richieste. Il 20 novembre il Landtag ha approvato una disposizione transitoria che riduce il numero delle sottoscrizioni richieste a 75. Nonostante le polemiche circa l’opportunità di organizzare una consultazione elettorale in un momento in cui sussiste ancora un grave rischio di diffusione della pandemia, le elezioni si sono svolte regolarmente e hanno registrato una partecipazione pari al 63,5% degli aventi diritto. Va detto, però, che più della metà dei votanti (51,5%) hanno scelto di avvalersi del voto postale (*Briefwahl*), previsto sin dal 1964, a fronte del 21% registrato nelle precedenti consultazioni del 2016. Il partito dei Verdi lo scorso novembre aveva addirittura presentato una proposta di legge atta ad imporre eccezionalmente a tutti gli elettori il voto per posta, in considerazione dell’andamento della pandemia, ma l’iniziativa era stata respinta con forza soprattutto dai deputati del partito cristiano-democratico (CDU) che avevano sollevato dubbi di legittimità costituzionale.

Le consultazioni hanno confermato la fiducia dell’elettorato nei confronti del partito dei Verdi, che si è riaffermato quale primo partito del Land, e del partito cristiano-democratico (CDU), i quali, peraltro, sembrano aver beneficiato della maggiore propensione del loro elettorato di riferimento ad utilizzare il voto postale: le percentuali registrate nelle urne (rispettivamente, 28,9% e 21,5%) sono state infatti inferiori rispetto a quelle rilevate attraverso lo spoglio delle schede pervenute per posta (rispettivamente, 36,2% e 26,5%). Al contrario, il partito *Alternativa per la Germania*, che ha raccolto complessivamente il 9,7% dei voti, ha registrato nel voto postale una percentuale di consenso sensibilmente inferiore (5,9%) rispetto alle urne (13,4%). Il partito socialdemocratico (SPD) e il partito liberale (FDP), hanno conquistato, rispettivamente, l’11% e il 10,5% dei voti. Il **3 aprile** il partito cristiano-democratico ed i Verdi hanno avviato le consultazioni per la formazione di un governo di coalizione. Il 12 maggio il governatore uscente Winfried Kretschmann (Verdi) è stato eletto nuovamente dal Landtag alla carica di *Ministerpräsident*.

LE ELEZIONI IN RENANIA-PALATINATO IN TEMPO DI COVID

Il **14 marzo**, nonostante le restrizioni imposte dalla difficile situazione sanitaria, si sono svolte anche in Renania-Palatinato le elezioni per il rinnovo dell’assemblea regionale. [Una legge](#) approvata dal Landtag il 17 dicembre dello scorso anno, aveva previsto peraltro la possibilità di imporre il voto postale a tutti gli elettori nei singoli collegi o Comuni a fronte di una “catastrofe naturale ovvero un’altra situazione straordinaria di necessità” “qualora le votazioni presso i seggi dovessero risultare impossibili a fronte di un grave pericolo per la salute ovvero di altri gravi pericoli che minaccino preziosi beni giuridici per ragioni di fatto o di diritto”.

Anche se tali misure non sono state necessarie, a fronte di una partecipazione elettorale pari al 64,5% dell’elettorato ben due terzi dei votanti (66%) hanno scelto di avvalersi del voto postale (*Briefwahl*). Nelle precedenti consultazioni tale percentuale, pur consistente (31%), era stata nettamente inferiore. In via precauzionale erano state stampate 3,2 milioni di schede per il voto postale, in maniera da garantire questa forma di espressione del voto al 100% dell’elettorato (le autorità, peraltro, hanno chiarito che l’eventuale eccedenza di buste potrà essere utilizzata nelle consultazioni politiche di settembre, dove pure si preannuncia un ricorso massiccio a questo strumento di espressione del voto).

Le elezioni hanno confermato la fiducia dell’elettorato dei partiti al governo del Paese, il partito socialdemocratico (SPD) ha conquistato il 35,7% dei voti e il partito cristiano-democratico, pur perdendo 4,1 punti percentuali rispetto alle precedenti consultazioni ha raccolto comunque il 27,7% dei voti. L’elettorato ha premiato anche il partito dei Verdi (9,3%), che ha

guadagnato 4 punti percentuali. Con il 5,4% dei consensi anche il partito dei liberi elettori (*Freie Wähler*) ha superato la soglia di sbarramento imposta dalla legislazione elettorale (+3,2% rispetto al 2016). Si tratta di una formazione politica fortemente orientata a promuovere l'autonomia dei Comuni e gli istituti di democrazia diretta. I Liberi Elettori, che nel 2014 avevano inviato a Bruxelles un eurodeputato, sinora erano infatti riusciti a fare eleggere i propri rappresentanti solamente in Baviera, dove dal 2018 essi sostengono il governo guidato dal leader dell'Unione cristiano-sociale Markus Söder (CSU). Essi sono rappresentati anche nell'assemblea di Berlino e nel Landtag del Sachsen-Anhalt, ma solamente per la successiva adesione di alcuni deputati originariamente eletti nelle file di altri partiti. Anche i liberali (FDP), con il 5,5% dei voti, hanno superato nuovamente la soglia di sbarramento conquistando sette seggi del Landtag.

LE ELEZIONI IN TURINGIA IN TEMPO DI COVID

Le elezioni per il rinnovo del Landtag che si sarebbero dovute svolgere in Turingia il **25 aprile** sono state rinviate al 21 settembre. Tale scelta si giustifica in ragione delle precauzioni imposte dalla pandemia, ma si spiega anche considerando la particolare situazione politica del Land, dove le ultime consultazioni tenutesi nel 2019 non hanno consentito la formazione di una solida maggioranza di governo. All'epoca il Landtag - cui spetta l'elezione del *Ministerpräsident* a maggioranza assoluta, ovvero a maggioranza semplice a partire dalla terza votazione - aveva inaspettatamente bocciato la candidatura del Governatore uscente della Sinistra (*Die Linke*) Bodo Ramelow, il quale avrebbe costituito un governo di minoranza assieme ai Verdi. Era stato eletto invece il liberale Thomas Kemmerich (FDP), il quale aveva formato una fragile coalizione di governo assieme al partito cristiano-democratico (CDU) e ad *Alternativa per la Germania* (AfD), ma era stato costretto alle dimissioni dopo appena un mese. Nel mese di marzo del 2020, all'inizio della pandemia, il Landtag ha eletto a maggioranza semplice Bodo Ramelow quale nuovo *Ministerpräsident* sulla base di un accordo formalizzato dai quattro partiti tradizionali (SPD, CDU, i Verdi e la Sinistra) denominato "Patto per la stabilità", basato sull'impegno ad attuare una minima piattaforma programmatica e ad approvare la legge di bilancio. Una volta realizzato quanto concordato, i quattro partiti avrebbero approvato l'autoscioglimento del Landtag per andare quanto prima a nuove elezioni.

Affinché le consultazioni potessero svolgersi il **25 aprile**, come originariamente previsto, il Landtag doveva sciogliersi a febbraio. Tuttavia, in considerazione della difficile situazione sanitaria ed economica del Land, i quattro partiti hanno concordato di posporre l'autoscioglimento e di estendere la durata del c.d. Patto per la stabilità fino all'estate. Le elezioni dovrebbero dunque svolgersi il 26 settembre, in concomitanza con le consultazioni per il rinnovo del Bundestag. Per agevolare le operazioni necessarie per la presentazione delle candidature nel rispetto delle misure di distanziamento al momento imposte dalle autorità, il **23 marzo** il Landtag ha approvato una "[legge nel caso di elezioni anticipate indette nel 2021](#)" al fine di consentire ai partiti di procedere alla selezione dei candidati attraverso assemblee *on line*, ovvero con il ricorso al voto postale. Il numero delle sottoscrizioni necessarie per la presentazione delle candidature è stato dimezzato, passando da 1000 a 500. Inoltre, si è prevista la possibilità di imporre l'esercizio del voto per posta agli elettori residenti nelle aree dove si registri una situazione di emergenza sanitaria.

MODIFICA TEMPORANEA «ANTI COVID» DEL REGOLAMENTO DEL BUNDESTAG

Sulla base di una [proposta formulata dalla Commissione per la verifica delle elezioni](#), l'immunità e il regolamento del Bundestag, il 25 marzo 2020 la Camera aveva approvato una modifica temporanea del suo Regolamento: il [nuovo articolo 126 a](#) mira ad assicurare la funzionalità dell'assemblea pure a fronte delle misure restrittive necessarie a fronteggiare la pandemia di Covid-19. Il numero legale richiesto per i lavori dell'assemblea e delle Commissioni parlamentari è ridotto ad un quarto solamente dei membri e inoltre si concede a tutte le Commissioni del Bundestag, compresa la Commissione parlamentare per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento, la facoltà di autorizzare il loro presidente a deliberare anche al di fuori delle aule del Parlamento, avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronica anche durante la settimana delle sedute (non solo quando non siano previste sedute che è una ipotesi già contemplata dall'art. 72 del regolamento). Il 17 settembre [il Bundestag](#) aveva prorogato fino al 31 dicembre la vigenza della norma. Un' [ulteriore proroga](#) fino al **31 marzo** 2021 era stata approvata il 12 dicembre. Il **16 marzo** è stato formalizzato un ulteriore rinvio della scadenza fino al 30 giugno 2021.

ISTITUZIONE DI UN REGISTRO DEL LOBBYING ISTITUZIONALE PRESSO IL BUNDESTAG

Il **26 marzo** il Parlamento ha approvato una [legge che istituisce e disciplina il Registro dei portatori di interessi presso il Bundestag](#). Si tratta di un provvedimento di cui si discuteva da molto tempo, alla cui stesura sono state dedicati in passato numerosi cicli di audizioni di esperti in seno alle Commissioni competenti del Bundestag.

Come si legge nelle [motivazioni della proposta](#), le attività di lobbying istituzionale, sinora prive di regolazione in Germania, si prestano solo in parte ad un compiuto intervento normativo da parte del legislatore, e tuttavia la loro istituzionalizzazione risulta cruciale anche e soprattutto per rimuovere la cortina di opacità che rischia di compromettere il circuito democratico e la fiducia degli elettori nelle istituzioni. La scelta del Bundestag va dunque nella direzione di un riconoscimento formale dei soggetti che partecipano di fatto alla formazione della volontà dello Stato e di un rafforzamento della potestà autoregolativa dei soggetti portatori di interessi, corredata di strumenti sanzionatori.

La legge istituisce dunque un registro delle persone fisiche e giuridiche che svolgono attività di lobbying presso il Bundestag. L'iscrizione nel registro si configura ora come un requisito necessario per la partecipazione alle audizioni e più in generale per la rappresentazione di interessi dinanzi al Bundestag, alle sue Commissioni, gruppi o singoli deputati (§ 1 della legge).

Alle associazioni di categoria presso le quali i lobbysti sono accreditati si impone l'adozione di un codice di condotta ispirato a principi di "apertura, trasparenza, lealtà, integrità", unitamente alla sanzionabilità di eventuali violazioni (§ 3 della legge).

CORTI

IL PRINCIPIO DELL'EQUITÀ INTERGENERAZIONALE ALLA BASE DI UNA STORICA DECISIONE DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE SUL CAMBIAMENTO CLIMATICO

Il **24 marzo** il primo Senato del Tribunale costituzionale ha pronunciato una storica [sentenza](#) interpretativa con cui ha sancito l'illegittimità parziale del § 3, primo comma, e § 4, primo comma,

della legge federale sulla tutela del clima del 12 dicembre 2019 in quanto il legislatore, omettendo di dettare i passi necessari per ridurre sensibilmente le emissioni inquinanti e raggiungere la c.d. neutralità climatica entro il 2050 avrebbe sensibilmente limitato i diritti fondamentali di libertà delle generazioni future, imponendo loro, di fatto, considerevoli restrizioni delle libertà fondamentali affinché possano essere mantenute nel futuro le condizioni naturali della vita tutelate dall'art. 20 a della Legge Fondamentale.

La pronuncia riunisce un fascio di ricorsi individuali, presentati, tra gli altri, da diversi cittadini minorenni e da cittadini tedeschi residenti in Bangladesh e in Nepal.

La legge del 2019 era stata formulata per dare attuazione all'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici. Quest'ultimo, che è il primo accordo giuridicamente vincolante sul clima a livello mondiale, formalizza la volontà da parte degli Stati contraenti di limitare il riscaldamento climatico per mantenerlo al di sotto di due gradi, e possibilmente di 1,5 gradi entro la fine del secolo attraverso una riduzione delle emissioni inquinanti. L'Accordo è stato firmato il 22 aprile 2016 ed è stato ratificato dall'Unione europea il 5 ottobre 2016.

Il legislatore tedesco aveva sancito l'impegno a ridurre del 55% le emissioni di gas serra rispetto al 1990 entro il 2030 e giungere entro il 2050 alla c.d. neutralità di CO₂, vale a dire ad una condizione in cui l'anidride carbonica prodotta viene compensata da una riduzione di quella presente nell'atmosfera. A tal fine nel § 3 della legge venivano stabiliti una serie di obiettivi annuali fino al 2030.

Va detto all'epoca il provvedimento era stato duramente contestato soprattutto dai partiti dell'Unione CDU/CSU in quanto considerato eccessivamente restrittivo e penalizzante per l'industria tedesca.

I ricorsi presentati sono stati accolti solo in parte. L'art. 20 a della Legge Fondamentale impegna lo Stato a tutelare i fondamenti naturali della vita anche come atto di responsabilità nei confronti generazioni future. Tuttavia, il Tribunale costituzionale federale ha riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella scelta delle strategie e degli strumenti atti a garantire la conservazione delle risorse naturali anche a beneficio delle future generazioni. In questa prospettiva, i ricorsi tesi a sostenere una violazione da parte del legislatore degli obblighi di tutela iscritti nell'art. 20 a della Legge Fondamentale sono stati respinti.

Tuttavia, secondo i giudici di Karlsruhe, posta l'includibilità dell'obiettivo di una riduzione delle emissioni inquinanti allo scopo di tutelare le condizioni naturali della vita, così come sancito dall'Accordo di Parigi, i necessari oneri vanno ripartiti secondo un criterio di equità intergenerazionale, che si sostanzia in una "ripartizione proporzionale delle chance di libertà tra le generazioni" (par. 183). Alla base della pronuncia vi è infatti l'assunto che qualunque azione atta a controllare le emissioni inquinanti, soprattutto se l'obiettivo è quello di una riduzione sensibile, incide necessariamente sui diritti di libertà, posto che "quasi tutte le aree della vita umana sono ancora associate all'emissione di gas serra e sono minacciate dall'imposizione di drastiche restrizioni dopo il 2030".

Posto l'obiettivo di annullare il saldo delle emissioni inquinanti entro il 2050, la limitata riduzione dei gas prodotti programmata dal legislatore fino al 2030, di fatto rimetteva alle future generazioni l'onere di adottare, a partire dal 2031, le misure necessarie a raggiungere l'obiettivo, al prezzo di una sensibile limitazione delle libertà tutelate dalla Legge Fondamentale.

Secondo i giudici del Primo Senato "la Legge Fondamentale obbliga ad assicurare la tutela della libertà nel tempo ed esige una ripartizione proporzionata delle chance di libertà tra le generazioni. Dal punto di vista del diritto soggettivo, i diritti fondamentali, intesi come una garanzia intertemporale di libertà, si oppongono ad una riallocazione unilaterale dell'onere di ridurre le emissioni inquinanti iscritto nell'art. 20 a LF in un tempo futuro. Sul piano del diritto oggettivo, il compito di tutela iscritto nell'art. 20 a ricomprende la necessità di gestire con

prudenza i fondamenti naturali della vita e di lasciarli ai posteri in uno stato tale da non costringere le generazioni future a sottoporsi a restrizioni radicali pur di riuscire a preservarli ancora. Per preservare la libertà nel futuro è necessario altresì avviare per tempo la transizione verso la neutralità climatica. Concretamente, ciò richiede la formulazione tempestiva di parametri trasparenti per l'ulteriore implementazione della riduzione delle emissioni inquinanti, atti ad orientare i necessari processi di sviluppo e di attuazione" (IV dispositivo della pronuncia).

Le norme impugnate sono state dunque dichiarate illegittime nella misura in cui il legislatore non precisa in che modo venga garantita la c.d. neutralità delle emissioni inquinanti entro il 2050, pregiudicando pertanto il godimento dei diritti di libertà tutelati dalla Legge Fondamentale da parte delle generazioni future.

VIOLATI I DIRITTI DI INFORMAZIONE DEL BUNDESTAG RIGUARDO ALLA CONDUZIONE DEI NEGOZIATI DEL 2015 SUL TERZO PACCHETTO DI AIUTI ALLA GRECIA

Con una [decisione](#) del **27 aprile** il Tribunale è tornato a pronunciarsi sulla centralità del potere di indirizzo e controllo del Bundestag tedesco nella formazione delle politiche europee con riguardo alla decisione assunta nell'ambito del vertice dei Capi di Stato e di Governo dell'UE del 12-13 luglio 2015 sulla concessione di un terzo programma di aiuti alla Grecia. Il ricorso, presentato dal gruppo dei Verdi, denunciava una violazione dei diritti di informazione del Bundestag. All'epoca il Ministro federale delle Finanze Wolfgang Schäuble (CDU) avrebbe omesso di informare la Commissione per il bilancio del Bundestag circa la posizione intransigente che questi avrebbe assunto rispetto al programma di riforme presentato dalla Grecia quale condizione per la concessione degli aiuti e per la permanenza della Grecia nell'area Euro. L'8 luglio 2015 la Grecia presentò infatti una **richiesta ufficiale di sostegno alla stabilità** sotto forma di prestito pubblico da parte del MES al fine di sostenere il suo debito e garantire la stabilità del sistema finanziario. L'8 luglio 2015 il consiglio dei governatori del MES incaricò la Commissione europea di valutare l'esistenza di rischi per la stabilità finanziaria della zona euro, la sostenibilità del debito greco e il potenziale fabbisogno finanziario del Paese. Sulla scorta di tale valutazione, effettuata d'intesa con la BCE e presentata il 10 luglio 2015, il Consiglio dei governatori del MES aveva avviato un negoziato con la Grecia su un nuovo programma di assistenza finanziaria. Il Ministro delle Finanze Schäuble nella stessa giornata del 10 luglio avrebbe illustrato la propria posizione al riguardo affidandola ad un documento redatto in lingua inglese, destinato dunque ad una platea di interlocutori più vasta rispetto ai collaboratori del Ministro. Tale documento in serata era stato inviato per e-mail agli stessi collaboratori e ad un novero di alti funzionari dei Paesi membri dell'Eurozona.

Nel documento il Ministro chiedeva chiarimenti riguardo alle conseguenze di un eventuale fallimento dei negoziati, vale a dire nell'ipotesi in cui il programma presentato dalle autorità greche fosse stato giudicato inadeguato, e non si escludeva l'uscita della Grecia dall'area Euro. Quest'ultimo passaggio sarebbe stato ripreso pressoché alla lettera e riportato tra virgolette nelle Conclusioni del Consiglio dell'Eurogruppo 12 luglio 2015, successivamente trasmesse al Vertice europeo dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'area Euro senza che il Bundestag fosse preventivamente informato al riguardo. Il documento del 10 luglio venne infatti trasmesso al Bundestag con due giorni di ritardo, vale a dire al termine della seduta dell'Eurogruppo.

Il Ministro aveva difeso il proprio operato sostenendo che il documento aveva una rilevanza meramente interna al fine della preparazione della riunione dell'Eurogruppo e esprimeva una posizione ancora provvisoria, mentre quella assunta successivamente in quella sede sarebbe maturata attraverso un confronto con gli altri Ministri dell'Eurozona.

Il Tribunale costituzionale federale ha ribadito l'ineludibilità dei diritti di informazione del Bundestag sulle questioni dell'Unione europea, che trovano un fondamento costituzionale espresso nell'art. 23, secondo comma, seconda frase, della Legge Fondamentale, e che pretendono un'informazione tempestiva da parte del Governo, in maniera che il Bundestag sia potenzialmente in grado di esprimere il suo potere di indirizzo e condizionare le posizioni del Governo federale nei processi decisionali dell'Unione europea. Tale principio risulterebbe ancora più stringente quando si consideri la materia trattata, e l'impatto della concessione di miliardi di aiuti alla Grecia o finanche di una uscita della Grecia dall'Eurozona sul bilancio Federale, di cui il Bundestag è responsabile.



L'instabilità parlamentare e le sue inevitabili ripercussioni: le ipotesi di un insolito perimetro di maggioranza e le crescenti tensioni sociali*

di Enrico Campelli**

Il quadrimestre analizzato, che va da **gennaio ad aprile 2021**, è caratterizzato sicuramente dalla nuova, complessa, tornata elettorale, che ancora una volta attesta il difficile stato di salute delle istituzioni israeliane. Nell'intento di fornire un quadro chiaro ed organico degli eventi, verranno inclusi, nelle pagine a seguire, alcuni riferimenti delle prime due settimane di **maggio 2021**, che verranno ovviamente ripresi e ampliati nel numero successivo di questa rubrica.

I risultati della quarta tornata elettorale in 24 mesi sembrano in effetti aver confermato il profondo stallo istituzionale già osservato nelle consultazioni precedenti, e non offrire una soluzione di lungo periodo alle problematiche del Paese. Tuttavia, sono molti gli elementi dell'ultima tornata elettorale utili a tratteggiare alcune precise direttrici capaci di fotografare in modo abbastanza preciso aspetti cruciali della complessa società israeliana, spesso analizzata solo attraverso la lente del conflitto israelo-palestinese. Gli exit poll sembravano inizialmente dare a Benjamin Netanyahu la possibilità di assicurarsi una maggioranza, ancorché esigua, qualora *Yamina* di Naftali Bennett si fosse unito a lui. Gli aggiornamenti successivi, tuttavia, sulla base dello spoglio delle schede e della progressione dei risultati reali hanno invece evidenziato una situazione molto diversa. Il Premier uscente infatti non è riuscito ad ottenere la maggioranza parlamentare e, dopo aver ottenuto il **6 aprile** il primo mandato per provare a mettere insieme una insolita coalizione, ha rimesso il mandato il **5 maggio**, con il Presidente Rivlin che ha successivamente incaricato il leader di *Yesh Atid*, Lapid. Sebbene dunque le negoziazioni tra i partiti siano decisamente liquide e ancora in corso, con molti scenari ancora possibili, soprattutto a causa dell'escalation di violenza del maggio 2021, alcuni "verdicti" sono già stati pronunciati.

Quello che emerge con forza dalle urne israeliane, con una tornata elettorale caratterizzata dal più basso dato di affluenza dal 2009 (67,2% e -4,3% rispetto alle scorse elezioni), è prima di tutto la certificazione di un forte spostamento a destra dell'asse politico del Paese, con i molti partiti di quest'area a detenere una più che ampia maggioranza dei 120 membri della *Knesset*.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale – curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparete, "Sapienza" Università di Roma

Al *Likud* di Netanyahu vanno infatti aggiunti *Tikvà Hadashà* (“Nuova Speranza”), partito dell’ex ministro del *Likud* Sa’ar, *Yamina* (“Destra”), creatura politica di Bennet, *Ysrael Beiteinu* (“Israele è la nostra casa”), formazione laica di destra in rappresentanza della comunità russofona nazionale, e *HaTzionut HaDatit* (“Sionismo Religioso”), partito espressione della destra radicale kahanista. Proprio l’ingresso nell’arena parlamentare di tale formazione omofoba ed estremista, diretta discendente del dissolto partito *Kach* (riconosciuto come formazione terroristica e dichiarato fuorilegge in Israele nel 1994) testimonia la pericolosa erosione democratica in corso nello Stato di Israele, con alcuni analisti che si spingono a parlare di “democrazia illiberale”.

Un secondo dato da prendere in considerazione è la fortissima, e persistente, personalizzazione della tornata elettorale, con la figura del Premier Netanyahu a rappresentare il vero, e unico, spartiacque tra gli elettori. Gli slogan “*Rak Bibi*” (“Solo Bibi”) e “*Rak lo Bibi*” (“chiunque ma non Bibi”), ben rappresentano la vera caratterizzazione elettorale attuale, con la conseguente frantumazione dei fronti ideologici storici ed un crescente fronte di partiti di destra e centro-destra. Queste formazioni, per quanto alleate “naturalmente” di Netanyahu dal punto di vista ideologico, alimentano il fronte delle opposizioni pur di non sedere in una maggioranza guidata da un leader che – per quanto sia il più longevo dello Stato ebraico - è attualmente indagato per frode, corruzione e abuso d’ufficio (ed il cui processo è ripreso il **5 aprile**).

Dopo una gestione della prima fase pandemica generalmente riconosciuta come fallimentare, Netanyahu ha puntato con forza sulla fase vaccinale per recuperare consensi e proporsi nuovamente come leader di Governo. Non di meno, proprio perché controversa, la figura del leader del *Likud*, se gradita ad almeno un terzo dell’elettorato, è rifiutata dal 51% degli israeliani, che vedono in lui – al governo per quindici anni complessivi, di cui dodici ininterrottamente – un leader eccessivamente divisivo e preoccupato del suo tornaconto personale. Al contempo, tuttavia, nonostante le eterogenee proteste antigovernative di piazza degli ultimi mesi, i risultati delle ultime elezioni del **23 marzo** testimoniano ancora una volta come non esista nessuna alternativa reale in grado di contrastare la figura pubblica di Benjamin Netanyahu.

I partiti di sinistra, in un trend negativo ormai di lunga data, raccolgono infatti l’ennesimo magro risultato. Fatta eccezione per il partito centrista *Yesb-Atid* (“C’è un futuro”), che nei mesi passati ha fatto sua la bandiera anticorruzione per colpire il Premier e che si mantiene come l’unica formazione non di destra “in salute”, il panorama politico delle sinistre israeliane mantiene numeri piuttosto esigui. Le formazioni di sinistra *Avodà* (“Labour”) e *Meretz*, che nelle ultime settimane hanno cercato in tutti i modi di rimarcare le differenze le une dalle altre per fugare i dubbi su una supposta sovrapposizione ideologica tra i due partiti, sembrano ormai in una profonda crisi di rappresentanza, sebbene registrino un lieve miglioramento in termini di eletti.

Nonostante la nuova leadership di Michaeli, che ha puntato su una agenda fortemente femminista e sulla volontà di riportare il partito nei bastioni della sinistra dopo anni di tentennamenti e crisi di consensi, *Avodà* è riuscita ad assicurarsi solo 7 eletti (tra cui Gilad Kariv, il primo Rabbino non ortodosso della storia parlamentare israeliana), una quota ben lontana dagli antichi fasti di quello che è stato il partito trainante dello Stato dalla sua fondazione alla

metà degli anni '70, ma sufficiente per allontanare lo spettro della sparizione. Anche *Meretz*, la formazione più a sinistra dello spettro politico sionista israeliano, che nelle ultime settimane aveva fatto i conti con la possibilità concreta di non superare la soglia di sbarramento del 3,25%, è riuscita a mantenere una rappresentanza nella *Knesset*, confermando tuttavia una enorme difficoltà ad affermarsi fuori dalla bolla progressista di Tel Aviv o dei kibbutzim. Che i risultati di questi partiti vengano visti con favore dalle rispettive leadership è una precisa indicazione di quanto il termometro politico israeliano sia ormai decisamente spostato sul fronte opposto.

Un altro elemento meritevole di approfondimento è la drastica riduzione della rappresentanza araba all'interno della *Knesset*. La recente scissione interna alla *HaReshima HaMeshutefet*, la *Joint List* araba, che ha visto la formazione islamista *Ra'am* uscire dalla coalizione dopo aver orbitato intorno al *Likud* di Netanyahu e, nonostante i pronostici, superare di poco la soglia di sbarramento elettorale, si è tradotta in una drastica diminuzione di voti per i partiti arabi israeliani, puniti da un elettorato disilluso e generalmente poco partecipe a livello elettorale. Il leader di *Ra'am*, Mansour Abbas, non ha escluso in un primo momento la possibilità di fornire appoggio ad un esecutivo a guida Netanyahu, ma la strada per un Esecutivo che comprendesse i suprematisti di *HaTzionut HaDatit* e gli arabi di *Ra'am*, si è dimostrata troppo impervia anche per un abilissimo stratega come Netanyahu (ed è stata categoricamente esclusa da Smotrich e Ben Gvir, leader di *HaTzionut HaDatit*). Il sostanziale isolamento parlamentare delle liste arabe, che ne impedisce di fatto l'esercizio di un ruolo attivo nell'arena politica israeliana, rimane senza dubbio uno degli elementi maggiormente problematici del disfunzionale scenario istituzionale dello Stato ebraico.

Vero *kingmaker* delle elezioni, come da pronostico, è piuttosto Naftali Bennet, leader del partito di destra *Yamina*, che con ogni probabilità sarà membro di qualsiasi esecutivo dovesse nascere. Ex delfino di Netanyahu, ha provato più volte a proporsi come volto nuovo e onesto della destra nazionalista, Bennet non ha chiarito pubblicamente se avesse intenzione di supportare nuovamente Netanyahu o, mantenendo fede a quanto sostenuto più volte, proporsi alla guida di una coalizione alternativa. Durante le negoziazioni è apparso poi chiaro come nemmeno un appoggio di *Yamina* avrebbe garantito la maggioranza a Netanyahu (con la più concreta ipotesi di coalizione composta da *Likud*, *HaTzionut HaDatit*, le formazioni ultraortodosse *Shas* e *UTJ* ed eventualmente *Yamina*, per un totale di 59 seggi), riproponendo nuovamente la centralità del tema della partecipazione dei partiti arabi israeliani in una insolita ipotesi di coalizione.

Sul fronte opposto, anche una ipotesi di larga coalizione anti-Netanyahu sembra di difficile realizzazione. Sebbene non sia da escludere un accordo di rotazione della premiership tra Lapid e Bennet, una ipotesi di maggioranza che escluda Netanyahu appare a chi scrive sempre più remota anche a causa dell'escalation in corso tra lo Stato di Israele e *Hamas*, a Gaza.

La possibilità di una quinta tornata elettorale sembra in effetti essere molto concreta. Una simile eventualità, dati alla mano, non solo avrebbe delle ovvie ricadute sulla fiducia e sui livelli di partecipazione elettorale, ma potrebbe, in termini di logoramento politico, divenire insostenibile per alcune forze politiche, incapaci di combattere l'ennesima campagna elettorale tanto in termini finanziari che di proposizione di argomenti nuovi e significativi.

Analizzando però i recentissimi sviluppi, altri elementi sono comunque da sottolineare. Se in effetti è possibile affermare che le dinamiche del sistema politico nazionale, sembrano rispondere negli ultimi solo in parte ai temi del conflitto israelo-palestinese e del controllo israeliano in *West Bank*, legandosi piuttosto ad altre questioni ritenute prioritarie (come l'Iran, gli accordi di Abramo e, ovviamente, la crisi sanitaria), è innegabile che la situazione attuale, in tutta la sua complessità, sia certamente correlata alla profonda crisi istituzionale israeliana e palestinese. Non solo, infatti, il lato israeliano si trova in una prolungata fase di incertezza e stallo, ma anche le elezioni politiche e presidenziali palestinesi, programmate per il maggio 2021, sono state nuovamente rimandate a data da destinarsi, aggravando una già drammatica fase di frustrazione palestinese.

La recente crisi militare, la più grave dal 2014 ad oggi, trova le sue radici proprio nella grave instabilità istituzionale israeliana e palestinese. L'ingresso nell'arena elettorale israeliana di formazioni estremiste e intolleranti come *Hatzionut Hadatit* e l'insoddisfazione palestinese verso una leadership ritenuta lontana e corrotta, sono due dei principali fattori che hanno riaperto le ostilità a Gerusalemme Est e poi, complici anche i calcoli delle parti su eventuali "benefici elettorali", a Gaza ed in tutta Israele.

In un ordinamento così fortemente caratterizzato da polarizzazioni e volatilità, il tentativo di immaginare nuovi scenari istituzionali è sempre rischioso. Come hanno già chiarito alcuni dei principali costituzionalisti israeliani, lo stallo elettorale potrebbe protrarsi fino al verificarsi di un evento capace di modificare profondamente il paradigma politico nazionale: l'uscita di scena di Netanyahu o, assai meno probabile, la nascita di una coalizione ebraico-araba. Le operazioni militari in atto, insieme all'agenda dei temi percepiti come prioritari per il futuro del Paese sembra inevitabilmente porsi in conflitto con la staticità determinata dalla figura inamovibile del Premier, che riesce ancora a polarizzare il dibattito pubblico.

Questa tensione al momento non risolta è con ogni probabilità il nodo decisivo dell'ordinamento in analisi: non cogliere esigenze e implicazioni che i processi di transizione in corso mostrano di comportare – anche a livello internazionale, con Biden piuttosto che Trump alla Casa Bianca - significa il protrarsi di una paralisi politica ed istituzionale dalle conseguenze imprevedibili.

ELEZIONI

LE ELEZIONI POLITICHE DEL 23 MARZO

Di seguito i [risultati ufficiali](#) delle elezioni del **23 marzo**, così come riportati dal Comitato Elettorale Centrale:

Partiti	Leader	%	Seggi	±
<i>Likud</i>	Benjamin Netanyahu	24.19	30	-7

<i>Yesh Atid</i>	Yair Lapid	13.93	17	+1
<i>Shas</i>	Aryeh Deri	7.17	9	0
<i>Kahol Lavan</i>	Benny Gantz	6.63	8	-4
<i>Yamina</i>	Naftali Bennett	6.21	7	+4
<i>Avodà</i>	Merav Michaeli	6.09	7	+5
<i>UTJ</i>	Moshe Gafni	5.63	7	0
<i>Yisrael Beiteinu</i>	Avigdor Lieberman	5.63	7	0
<i>Religious Zionist/Tzionut Hadatit</i>	Bezalel Smotrich	5.12	6	+4
<i>Joint List</i>	Ayman Odeh	4.82	6	-5
<i>New Hope</i>	Gideon Sa'ar	4.74	6	+4
<i>Meretz</i>	Nitzan Horowitz	4.59	6	+2
<i>Ra'am</i>	Mansour Abbas	3.79	4	0

Sempre in base a quanto riportato dalla Commissione Elettorale Centrale, il numero totale degli aventi diritto al voto si attesta a 6.578.084. In base al numero di numero di voti validamente espressi (4.436.365), e del numero di schede nulle (26.313), il tasso ufficiale di affluenza si attesta al 67,44%, con una diminuzione di 4,1 punti percentuali rispetto alla tornata elettorale precedente (**2 marzo 2020**). Vale la pena ricordare in questa sede come il sistema elettorale israeliano, proporzionale puro a collegio unico nazionale, preveda una soglia di sbarramento fissata al 3,25%. Nelle elezioni della Prima *Knesset*, e a seguito delle elezioni dell'ottava *Knesset*, i voti in eccesso vengono distribuiti attraverso il metodo Hagenbach-Bischoff, noto in Israele come [metodo Bader-Ofer](#) - dal nome dei due parlamentari Yohanan Bader (*Gahal*) e Avraham Ofer (*HaMa'arakb*) che proposero la sua adozione. I partiti che in questa tornata elettorale hanno raggiunto accordi circa un apparentamento per la spartizione dei voti in eccesso sono: *Yamina* e *Tikvà Hadashà*; *Yesh Atid* e *Yisrael Beiteinu*; *Kahol Lavan* e *New Economic Party*; *Likud* e *Tzionut Hadatit*; *Avodà* e *Meretz*; *Shas* e *United Torah Judaism*. Al **5 febbraio**, data ultima per la registrazione delle liste, sono 39 i partiti che si sono correttamente iscritti alla competizione elettorale. In base ai [dati ufficiali](#), il primo partito escluso dalla *Knesset* è *The Economic Party*, che con 34.883 voti validi ha ottenuto lo 0,79%.

PARTITI

I CAMBIAMENTI DELLA *JOINT LIST*

Dopo il fallimento delle negoziazioni delle ultime settimane, il partito a predominanza araba *Joint List* (che ha tra le sue fazioni la formazione mista ebraico-araba *Hadash*) [ha annunciato](#) il **4 febbraio** che correrà alle elezioni di marzo senza la fazione *Ra'am*.

Le tre fazioni rimanenti - *Hadash*, *Balad e Ta'al* - hanno accettato di rimanere sotto il nome di *Joint List*, nonostante in un primo momento, il **28 gennaio**, al momento della formalizzazione dello scioglimento da parte dell'House Committee, sembrava che la fuoriuscita di *Ra'am* avesse causato una generale rottura della coalizione.

La scissione della *Joint List* è stata ufficializzata il **5 febbraio**. Le tensioni tra i quattro partiti arabi sono aumentate costantemente negli ultimi mesi, alimentate dal capo di *Ra'am* Mansour Abbas, che ha pubblicamente perseguito legami più stretti con il Primo Ministro Benjamin Netanyahu, in una mossa vista dai suoi colleghi di partito come inappropriata, ma rivendicata dal leader arabo in nome della necessità di inaugurare una nuova fase di pragmatismo politico in favore della minoranza araba israeliana.

RA'AM E LA SUA DIFFICILE COLLOCAZIONE

Il partito politico islamista *Ra'am*, posizionato come probabile perno di qualsiasi futura coalizione di Governo dopo che ha inaspettatamente superato la soglia di sbarramento, si atterrà alla sua Carta fondamentale, che proibisce qualsiasi alleanza a partiti ebraici e considera il sionismo un "progetto razzista e di occupazione". È questa la posizione espressa dai vertici del partito sui social dopo le prime manovre successive alle elezioni del **23 marzo**.

La fazione in analisi è stata corteggiata dal Primo Ministro Benjamin Netanyahu, che aveva bisogno del sostegno di *Ra'am* per superare la soglia dei 61 se ggi per formare una coalizione di maggioranza, o dell'appoggio esterno del partito per una coalizione di minoranza. Il partito potrebbe anche però sostenere il blocco anti-Netanyahu guidato dal capo di *Yesh Atid* Yair Lapid, a cui, mentre si scrive, è affidato il mandato. Tuttavia, non sono pochi le formazioni di centro-destra, sia nel campo pro che in quello anti-Netanyahu, che hanno escluso categoricamente la possibilità di creare una coalizione politica che si regga su un partito generalmente considerato post sionista o antisionista; alcuni come la formazione di estrema destra *Hatzionut Hadatit*, ha addirittura accusato pubblicamente *Ra'am* di sostenere il terrorismo islamico.

LE PRIMARIE DI AVODÀ E QUELLE DI MERETZ

La Corte Distrettuale di Tel Aviv ha stabilito il **3 gennaio 2021** che le primarie per la lista della *Knesset* e la leadership di *Avodà* non potessero non aver luogo, nonostante Amir Peretz e i suoi sostenitori avessero votato a favore della loro cancellazione durante il 2020. La MK Merav Michaeli ha annunciato la sua candidatura per la leadership del partito lo stesso giorno, mentre Gil Beilin ha annunciato la sua partecipazione l'**11 gennaio**. L'Alta Corte israeliana ha respinto un appello del partito, assicurando che tutti i membri del partito (invece dei soli membri del *Committee*) potessero votare alle primarie. L'ex leader laburista Ehud Barak ha annunciato il **18 gennaio** la sua decisione di non candidarsi, con Itzik Shmuli che ha fatto lo stesso annuncio il giorno seguente. Altri candidati sono stati Avi Shaked e David Landsman, l'immigrato etiopico Yitzhak Time e Na'ava Katz. Il voto per la leadership del partito è stato vinto da Michaeli il **24 gennaio** con il [77% delle preferenze](#). Basso tuttavia il livello di partecipazione: solo il 26% degli aventi diritto.

Meretz, il partito più a sinistra dello spettro sionista israeliano, ha deciso il **3 gennaio**, in assenza di candidati, di non tenere elezioni primarie, riaffidando la propria leadership a Nitzan Horowitz

I VOTE-SHARING DEALS

I capi dei partiti *Tikvà Hadashà* e *Yamina*, rispettivamente Gideon Sa'ar e Naftali Bennett, hanno firmato il **4 gennaio** un accordo sul surplus di voti in vista delle elezioni del **23 marzo** in Israele, lasciando potenzialmente il *Likud* del Primo Ministro Benjamin Netanyahu senza nessuno con cui firmare tale accordo.

Durante le ultime cinque campagne elettorali, *Yamina*, *Habayit Hayehudi* o *The Union of Right Wing Parties* avevano firmato simili accordi con il *Likud*. Poiché gli ultraortodossi *Shas* e *United Torah Judaism* generalmente firmano un accordo del genere tra loro, il *Likud* in questa fase non ha nessun partito di destra o religioso con cui firmare. In un lontano passato, il *Likud* ha trovato un accordo con *Yisrael Beiteinu*, ma il rapporto tra il Primo Ministro Benjamin Netanyahu e il Presidente di *Yisrael Beiteinu* Avigdor Lieberman, è negli anni progressivamente peggiorato, e Lieberman, lo stesso **4 gennaio**, ha firmato un vote-sharing Deal con *Yesh Atid*.

Trovandosi senza alternative, il *Likud* ha firmato un accordo di spartizione dei voti residui con il partito di estrema destra *Hatzionut Hadatit* (*Sionismo Religioso*) il **10 febbraio**. Secondo [l'accordo](#), se i voti “in eccedenza” combinati - quelli cioè che non raggiungono la quota minima per ottenere un seggio completo alla *Knesset* - di due partiti raggiungono la quota per un seggio in più, tale seggio va al partito con il maggior numero di voti in eccedenza, che di solito è il più grande dei due partiti.

I MOVIMENTI PARTITICI DELLA DESTRA

Il *Religious Zionist Party* e il partito di estrema destra *Otzma Yehudit* hanno annunciato il **4 febbraio** la loro partecipazione congiunta alle elezioni del **23 marzo**, così come annunciato dai rispettivi leader Betzalel Smotrich e Itamar Ben-Gvir. I partiti hanno formato un'alleanza tecnica e hanno espresso la volontà di operare come fazioni indipendenti nelle Commissioni della *Knesset*. Già il **20 gennaio** [l'House Committee aveva approvato](#) la richiesta del MK Bezalel Smotrich di scissione del gruppo parlamentare *Religious Zionist Party/Tkumà* da quello di *Yamina*. Il **31 gennaio**, *Otzma Yehudit* si era già fusa con la fazione radicale ultraortodossa *Noam*. Entrambe le formazioni, prima d'ora, non erano mai riuscite a superare la soglia di sbarramento. Mentre *Otzma Yehudit* è riconducibile alla dottrina radicale kahanista, *Noam* è invece un partito religioso-sionista estremista che segue gli insegnamenti di Rabbi Zvi Yisrael Tau, noto per le sue posizioni rigide anti-LGBTQ e anti-Reform.

Smotrich e Ben-Gvir hanno invitato il leader di *Habayit Hayehudi* Hagit Moshe ad unirsi a loro. Già in passato Moshe aveva però espresso perplessità sull'unirsi ad un blocco considerato estremamente radicale.

Il **5 febbraio**, infatti, a poche ore dalla deadline per la presentazione delle liste imposto dal *Central Election Committee*, il partito di destra *Habayit Hayehudi* ha ufficializzato una coalizione con *Yamina*, formazione guidata da Naftali Bennet (e leader, fino al 2019, proprio di *Habayit Hayehudi*).

KNESSET

LA CONTINUA GESTIONE DELL'EMERGENZA SANITARIA

Con un voto di 34 a 7, con un'astensione, il plenum della *Knesset* ha approvato il **27 gennaio** l'estensione del piano di lockdown nazionale fino alla mezzanotte di domenica **31 gennaio**. Tra coloro che si sono espressi negativamente a riguardo ci sono i quattro membri del gruppo

parlamentare *Kahol Lavan*, che fa parte della coalizione di maggioranza. Gli esponenti del partito si sono espressi negativamente sul prolungamento del lockdown fino a quando il disegno di legge per aumentare le multe per le violazioni delle norme sanitarie anti Covid non fosse approvato nella sua versione originale.

Il progetto di legge per l'aumento delle multe è in effetti in discussione nella Commissione Costituzione, Legge e Giustizia della *Knesset*, ma non è ancora stato approvato per la seconda e terza lettura a causa di disaccordi tra i membri della commissione.

La stessa Commissione parlamentare, presieduta dal MK Yakov Asher (*Degel Hatorah/UTJ*) ha approvato il **2 febbraio** una nuova estensione del lockdown nazionale fino al **7 febbraio**. La Commissione ha altresì approvato una misura che rende la quarantena negli alberghi statali per il coronavirus obbligatoria per tutti i rimpatriati dall'estero. Tale misura è stata poi emendata insieme a molti altri divieti, progressivamente tolti in ragione del miglioramento della situazione sanitaria a livello nazionale. Durante la riunione della Commissione, la dottoressa Sharon Alroy-Preis, referente per i servizi di salute pubblica del Ministero della Salute, ha spiegato come il Ministero della salute israeliano stesse però esaminando la possibilità di annullare l'esenzione dall'isolamento per le persone vaccinate di ritorno dall'estero.

Un ulteriore prolungamento delle chiusure nazionali è stato votato dalla Commissione Costituzione, Legge e Giustizia della *Knesset* il **10 febbraio** fino alla fine del mese.

La stessa Commissione ha poi approvato il **3 marzo** una ulteriore estensione dello stato di emergenza a causa della pandemia di Coronavirus di altri 60 giorni, fino al **1° maggio 2021**. La Commissione si è altresì espressa favorevolmente all'estensione della validità delle restrizioni ai viaggi da e per Israele fino all'**8 marzo**.

LA KNESSET E LA GESTIONE DELLE INFORMAZIONI PERSONALI DEI NON VACCINATI

Con un voto di 21 a 6, il plenum della *Knesset* ha approvato il **22 febbraio** in prima lettura il disegno di legge per modificare la [*Public Health Ordinance 2903 \(Temporary Order n.36 – Novel Coronavirus\) \(Disclosing Information on Inoculated Individuals\), 2021*](#).

Il testo del disegno di legge, qualora approvato in via definitiva, permetterebbe al Direttore Generale del Ministero della Salute di trasferire le informazioni sensibili su individui che sono stati vaccinati, soggetti che devono ancora essere vaccinate e coloro che sono stati parzialmente vaccinati, agli organismi pertinenti che richiedono tali informazioni. Il Direttore Generale sarà anche autorizzato a divulgare i dettagli di contatto di tali individui. Tuttavia, secondo l'emendamento, gli unici organismi che saranno autorizzati a richiedere tali informazioni saranno le autorità locali - sui loro residenti, e il Ministero dell'Istruzione - per quanto riguarda il personale educativo. Il disegno di legge è stato presentato in qualità di ordinanza temporanea che scadrà tre mesi dopo la sua entrata in vigore.

Le note esplicative allegate al disegno di legge affermano che gli enti richiedenti possono aiutare il Ministero della Salute ad incoraggiare il processo di vaccinazione nazionale, ad esempio attraverso ricerche e sondaggi sui motivi per cui l'individuo non si è vaccinato o offrendo servizi di trasporto al sito di vaccinazione. Il disegno di legge proibisce però a tali autorità di "applicare pressioni" sugli individui di cui riceveranno le informazioni.

Il disegno di legge è stato approvato in via definitiva il **24 febbraio**. Nel testo approvato è stato aggiunto anche il Ministero del lavoro e dei Servizi Sociali tra gli enti titolati a richiedere le informazioni dei soggetti privati. Gli enti riceveranno nomi, numeri di carta d'identità, indirizzi e numeri di telefono dei cittadini che possono essere vaccinati ma non l'hanno ancora fatto. Per quanto riguarda i cittadini che hanno ricevuto la prima dose del vaccino ma hanno

perso l'appuntamento per ricevere la seconda dose, gli enti riceveranno la data in cui la prima dose è stata somministrata.

Per limitare l'invasione della privacy e per prevenire l'uso improprio delle informazioni, il testo afferma che le informazioni saranno usate solo allo scopo di incoraggiare le persone a vaccinarsi. Le informazioni saranno cancellate dopo il loro utilizzo e non più tardi di 60 giorni dopo la loro ricezione.

L'INAUGURAZIONE DELLA 24SIMA KNESSET E L'INTERVENTO DELLO SPEAKER LEVIN

Il **6 aprile**, immediatamente dopo il saluto del Presidente dello Stato di Israele, Reuven Rivlin (che ha anche provveduto, come da tradizione, a firmare il [Libro dei Presidenti con i suoi auguri alla Knesset](#)), Yariv Levin (*Likud*), *speaker* del Parlamento, ha inaugurato la prima seduta parlamentare con un discorso, qui riportato nella sua traduzione ufficiale.

"The citizens of Israel have spoken. The votes have been counted and the Knesset seats distributed. It is ostensibly over, but it is highly unlikely to be done with. Four elections within about two years. Beyond the damage that this causes to the ongoing functioning of the state in all spheres, it also poses grave danger for loss of public trust in the government systems, and in the democratic system itself".

"Democracy has many shortcomings, including the difficulty to reach an accord that will enable a long and stable term of office for the elected government institutions. But democracy has been and remains much better than any other system". "It is better than a totalitarian rule of generals, who trample the will of the people by force. It is better than the rule of public officials, who use their strength to influence the identity of the elected echelon and thwart its policy. It is better than the rule of a judge, who exceeds his authority to intervene in legislation, and particularly in basic laws. The Knesset must safeguard its status. It must safeguard democracy".

"The instability we are witnessing heightens this even more. Because of this very situation, the responsibility imposed upon us to restore stability and form a government is particularly great. Israel needs a government. It needs a stable government." "But the mandate we have been given does not mean that everything is permissible. On the contrary. I call upon and urge each and every one of us to behave responsibly and in a dignified manner. To voice every position and criticism resolutely and fearlessly, but in proper language and a respectful demeanor towards each other and towards all people. The absolute majority of Members of Knesset prove every term of office that this is possible, and that 'the words of the wise' are indeed 'spoken in quiet'."

Lo *speaker* della Knesset si è inoltre rivolto a tutti i deputati israeliani con un appello alla stabilità e a fare ogni tentativo possibile per risolvere la grave empassa politica: *"I call upon all party leaders and all MKs to end the boycotts and personal disqualifications. To set aside personal grudges and form a stable government relying on a solid parliamentary majority. It is possible, if there is only good will. We should bear in mind that despite the differences of opinion, the outgoing Knesset, the 23rd, had many moments of joint endeavors." "We have been granted an opportunity from Israel's citizens to fulfill the dream of the generations. The dream of reaching an independent parliament in a Jewish state. The dream of maintaining a parliament in which decisions are made in an equitable fashion, by the elected representatives of all the state's citizens".*

LA NASCITA DELLA COMMISSIONE PARLAMENTARE PER GLI ARAB SOCIETY AFFAIRS

Il plenum della Knesset ha approvato il **27 aprile** la decisione della [Arrangements Committee](#) di formare una Commissione temporanea per le finanze presieduta da MK Moshe Gafni (*United Torah Judaism*), così come una Commissione temporanea per gli affari esteri e la difesa presieduta da MK Orna Barbivay (*Yesh Atid*). Con un voto di 57 a 1, con 15 astensioni, il

Plenum ha anche approvato la raccomandazione dell'*Arrangements Committee* di istituire una Commissione speciale per la società araba, presieduto da Mansour Abbas (*Ra'am*).

Nella stessa seduta, il Plenum della *Knesset* ha provveduto a ratificare le nomine di MK Yakov Margi (*Shas*), Matan Kahane (*Yemina*) e Mansour Abbas (*Ra'am/Lista Araba Unita*) come vicepresidenti della 24° *Knesset*. Cinquantacinque MK hanno votato a favore delle nomine, mentre 33 MK si sono opposti.

GOVERNO

IL PROCESSO DEL PREMIER

Alla fine del **novembre 2020**, il tribunale distrettuale di Gerusalemme ha deciso di posticipare l'inizio della fase probatoria del processo che vede imputato il Premier *ad interim* Netanyahu per frode, abuso d'ufficio e corruzione. La fase probatoria è stata quindi fissata per l'**8 febbraio**, con la deposizione dei testimoni a seguire. Tuttavia, l'inizio della fase probatoria è stato nuovamente posticipato al **5 aprile** accogliendo la richiesta dei difensori del Premier di attendere i risultati delle elezioni politiche del **23 marzo**.

Il **5 aprile** è la Corte ha finalmente dato il via alla suddetta fase probatoria, con la Corte riunita tre volte a settimana. Nella sua dichiarazione di apertura, la Procuratrice Liat Ben-Ari ha affermato che Netanyahu "*abused his power to give illegal benefits in coordination with central media outlets to further his personal interests*". Nello stesso giorno, l'amministratore delegato di *Walla*, notissimo sito di informazione israeliano appartenente al network *Bezeq*, Ilan Yeshua, ha testimoniato di avere ricevuto espresso ordine da parte del proprietario di *Walla*, Shaul Elovitch, di omettere qualsiasi notizia ritenuta sfavorevole a Netanyahu. La stessa versione è stata sostenuta da Yeshua anche il **12 aprile**, il **20 aprile** ed il **21 aprile**, data in cui si è conclusa la sua testimonianza.

La Corte si è poi aggiornata per due settimane per dare modo alla difesa di preparare il materiale difensivo ed il controinterrogatorio del testimone è iniziato il **4 maggio**.

IL MANDATO A NETANYAHU

Il Presidente dello Stato di Israele, Reuven Rivlin, ha scelto il **6 aprile** di [affidare al Primo Ministro *ad interim* Benjamin Netanyahu](#) il primo tentativo di formare un nuovo Governo dopo una quarta elezione senza precedenti in meno di due anni.

Nei suoi rilievi, Rivlin ha sottolineato che in base alle consultazioni avvenute nei giorni immediatamente successivi alle elezioni del **23 marzo**, nessun candidato ha una reale possibilità di formare un nuovo Governo, ma la decisione di incaricare Netanyahu, nel pieno del suo processo penale, trova comunque la sua ragione nel maggior numero di raccomandazioni ricevute.

Netanyahu è stato infatti appoggiato da 52 legislatori, senza però raggiungere la maggioranza necessaria di 61 seggi. Membri del *Likud*, *Shas*, *UTJ* e *Hatzionut Hadatit* hanno appoggiato Netanyahu. Altri 45 legislatori hanno invece raccomandato il leader di *Yesh Atid* Yair Lapid: oltre, ovviamente, alla delegazione del suo partito, anche *Kabot Lavan*, *Avoda*, *Yisrael Beiteinu* e *Meretz*. I sette legislatori di *Yamina* hanno invece preferito raccomandare il leader del proprio partito Naftali Bennett, probabilmente attendendo l'evolversi delle negoziazioni interne. *Tikva Hadasha*, la *Joint List* e la *Ra'am* hanno invece non esprimere nessuna preferenza al Presidente.

Nonostante, dopo molti ripensamenti il **12 aprile** *Yamina* abbia deciso di appoggiare un Governo guidato dal *Likud* di Netanyahu (con tale blocco che quindi raggiungerebbe i 59

mandati), il **21 aprile**, convocando una [conferenza stampa](#) all'uscita della *Knesset*, il leader di *Yamina* Bennet si è scagliato contro il Primo Ministro Benjamin Netanyahu accusandolo di “tenere il paese in ostaggio” ed essere pronto a mantenere Israele in un ciclo elettorale perpetuo di elezioni.

Il leader di *Yamina* si è detto pronto, qualora Netanyahu non riuscisse a formare una coalizione nelle ultime due settimane del mandato, a costruire un “governo di unità nazionale” che escluda il leader di lungo corso dalla maggioranza parlamentare. In effetti Bennett si era impegnato più volte a non servire in un Governo insieme al leader dell'opposizione di *Yesh Atid* Yair Lapid, ma con il passare dei giorni e le possibilità sempre più ridotte che Netanyahu riuscisse a cucire una insolita coalizione che tenga insieme la destra radicale di *Hatzionut Hadatit* e gli arabi di *Ra'am*, Bennet sembra essere pronto ad aprire ad un nuovo, insolito, perimetro di maggioranza.

Il **5 maggio**, dopo un reciproco scambio di accuse tra Netanyahu e Bennet sulle responsabilità della mancata coalizione, il leader del *Likud* ha rimesso il mandato nelle mani del Presidente Rivlin, mancando, nei 28 giorni stabiliti dall' art.29 comma D della [Basic Law: The Government](#), la possibilità di formare un Governo.

Con il mandato nuovamente nelle mani presidenziali, ed in base a quanto prescritto dal materiale costituzionale israeliano (art.29 comma B della [Basic Law: The Government](#)), due sono le direzioni possibili: il Presidente può incaricare un altro parlamentare o dare alla *Knesset* 21 giorni per ottenere una maggioranza di legislatori che si riunisca intorno ad un candidato. Qualora questi percorsi falliscano, sarà automaticamente convocata la quinta tornata elettorale dall'aprile 2019.

IL MANDATO A LAPID

Immediatamente dopo la fine del mandato esplorativo concesso a Netanyahu, Rivlin ha incontrato il Presidente di *Yamina*, Bennett, con quest'ultimo che ha ribadito la sua disponibilità a guidare le negoziazioni per la formazione del nuovo esecutivo. Nella stessa giornata il Presidente ha incontrato anche Yair Lapid, ricevendo la medesima candidatura. L' ufficio di presidenza ha successivamente inviato una comunicazione ai leader dei molti partiti israeliani, invitandoli a presentare il loro candidato entro le 14:00, ed inaugurando un secondo turno di consultazioni.

Yesh Atid, *Kahol Lavan*, *Tikvà Hadashà*, *Yisrael Beiteinu*, *Meretz* e *Avodà* hanno raccomandato che l'incarico sia affidato a Lapid. Cinque dei sei rappresentanti della *Joint List* hanno raccomandato Lapid, mentre la fazione *Balad* del partito si è opposta, rifiutandosi di indicare un candidato. In un simile scenario, Lapid ha goduto del sostegno di 56 legislatori su 120. *Yamina* ha, ovviamente, raccomandato Bennett. *Likud*, *United Torah Judaism*, *Shas* e *Hatzionut Hadatit* hanno invece espresso la volontà che il Presidente restituisse il mandato alla *Knesset*.

Il pomeriggio del **5 maggio**, il Presidente Reuven Rivlin ha [annunciato l'incarico al leader centrista di *Yesh Atid*, Yair Lapid](#).

In una dichiarazione televisiva dalla sua residenza ufficiale, Rivlin ha spiegato che Lapid si è assicurato le raccomandazioni di 56 MK, contro le sette del leader di *Yamina* Naftali Bennett.

Illustrando la sua decisione, Rivlin ha sottolineato che la sua considerazione principale sia stata scegliere il candidato con le maggiori possibilità di formare un Governo che possa ottenere l'appoggio della *Knesset* e trascinare Israele fuori dal un lunghissimo stallo politico. Il Presidente ha anche affermato che riconsegnare il mandato alla *Knesset* in questa fase, come richiesta dal blocco di destra/religioso guidato da Netanyahu, “trasgredisce la legge ed è probabile che porti a quinte elezioni, senza esaurire tutte le possibilità di formare un Governo stabile”.

Il mandato di Lapid scadrà dunque il 2 giugno 2021 e alta rimane l'incertezza sul futuro istituzionale israeliano. Tuttavia, mentre si procede alla scrittura di queste pagine, e a causa dell'escalation di violenza tra Israele e Gaza, Bennet ha dichiarato il 13 maggio che in ragione dell'aggravarsi della situazione, non sia possibile, in un momento così critico, immaginare un nuovo Esecutivo che non veda Netanyahu al suo interno.

PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

IL MANDATO A NETANYAHU ED I DUBBI DEL PRESIDENTE

Il **6 aprile**, il Presidente dello Stato di Israele, Reuven Rivlin, ha [annunciato la sua decisione](#) di affidare a Benjamin Netanyahu il difficile compito di provare a formare un Governo.

Nell'espone la sua decisione di affidare l'incarico a Netanyahu, Rivlin ha chiarito di essere profondamente preoccupato per lo stato generale della politica israeliana, e per la scelta specifica che è stato "obbligato" a fare. Consapevole che gran parte dell'opinione pubblica crede che "il Presidente non debba affidare un ruolo così delicato ad un candidato che sta affrontando accuse penali", Rivlin ha chiarito che non intende sostituirsi al potere giudiziario e che le disposizioni vigenti non impediscono ad un indagato di adempiere al compito di formazione di una maggioranza parlamentare.

Eppure, Rivlin ha sottolineato come "non sia una decisione semplice da un punto di vista morale ed etico". Sorprendentemente, il Presidente ha annunciato il mandato da solo - senza Netanyahu al suo fianco, come sarebbe prassi quando il Presidente incarica un candidato di formare una coalizione – sottolineando implicitamente le sue riserve sulla decisione.

Di seguito si riporta la traduzione ufficiale dell'intervento del Presidente: *"I was elected President of the State of Israel by a majority of members of the 19th Knesset. Since then, over the period of seven years, there have been five further Knesset elections, four of them in less than two years. I did not imagine and I did not expect that, time after time, five times, I would be faced with the difficult task of deciding whom to entrust with forming a government. I would also like for the President's Residence not to be so directly involved in the political system. But that is my role, and as part of that role I undertake this task. Basic Law: The Government obliges me as President of the State of Israel to entrust the role of forming a government to a Knesset member who agrees to do so"*.

"Israel's democracy is nourished entirely by the will of the voter. The role of the president in selecting a candidate to entrust with forming a government is primarily one of giving expression to the will of the voter. Therefore, as I have said repeatedly in previous election campaigns, and again in recent days, the principal consideration that Israeli presidents must bear in mind when deciding whom to entrust with the task of forming a government is which candidate has the best chance of forming a government that will have the confidence of the new Knesset".

"The results of the consultations, which were open to all, lead me to believe that no candidate has a realistic chance of forming a government that will have the confidence of the Knesset. In fact, if the law would allow me to do so, I would give the decision back to the representatives of the people, to the Knesset. But as I have said, I cannot do so according to law. In the position in which we find ourselves today, the law obliges me to entrust one of the candidates with forming a government."

"After consulting with the representatives of all the factions in the Knesset, the following picture has emerged: 52 MKs requested that I entrust MK Benjamin Netanyahu with forming a government. 45 MKs requested that I entrust MK Yair Lapid with forming a government. 7 MKs requested that I entrust MK Naftali Bennett with forming a government. 16 MKs did not make any recommendation to me."

“I know the position held by many, that the president should not give the role to a candidate that is facing criminal charges, but according to the law and the decision of the courts, a prime minister can continue in his role even when he is facing charges. Moreover, the question of giving the role to a candidate facing criminal charges was one of intense political and public disagreement over the recent election campaigns. Because of that, I believed that the president should avoid deciding based on that consideration out of a sense of responsibility for the institution of the presidency and the trust in which it is held by all parts of the people. The President of the State of Israel is not a substitute for the legislature or for the judiciary. It is the role of the Knesset to decide on the substantive and ethical question of the fitness of a candidate facing criminal charges to serve as prime minister”.

“Given this state of affairs, when there is no majority of 61 Knesset members supporting a particular candidate, and without additional considerations indicating the chances of the candidates to form a government, I have come to a decision based on the numbers of recommendations, which indicates that MK Benjamin Netanyahu has a slightly higher chance of forming a government. Accordingly, I have decided to entrust him with the task of doing so.”

“This is not an easy decision on a moral and ethical basis, in my mind. As I said at the beginning of my remarks, the State of Israel is not to be taken for granted. And I fear for my country. But I am doing what is required of me as president of the State of Israel, according to the law and to the ruling of the court, and realizing the will of the sovereign – the Israeli people.”

LE NUOVE CONSULTAZIONI ED IL MANDATO A LAPID

Il Presidente dello Stato di Israele, Reuven Rivlin, ha [annunciato il 5 maggio](#) di aver [incaricato il leader di *Yesh Atid* Yair Lapid di formare il prossimo Governo di Israele](#), dopo che il Primo Ministro ad interim, Benjamin Netanyahu, ha rimesso il proprio mandato esplorativo il 4 maggio.

Lapid, come Netanyahu prima di lui, avrà 28 giorni per cercare di formare un Governo, anche se il nuovo Primo Ministro designato affronterà una battaglia decisamente più impervia per arrivare ad una coalizione di maggioranza. In una dichiarazione televisiva fornita dalla sua residenza ufficiale, Rivlin ha detto che la sua considerazione principale nella scelta di Lapid è stata la più concreta possibilità di formare un Governo che potesse ottenere l'appoggio della *Knesset*, anche se questa ipotesi, come ha sottolineato il Presidente, resta comunque una possibilità molto difficile. Rivlin ha anche riconosciuto che Lapid potrebbe inizialmente non guidare la compagine governativa che sta cercando di mettere insieme. Il Presidente si riferiva alla dichiarata disponibilità di Lapid a lasciare che il leader di *Yamina* Naftali Bennett serva come Primo Ministro in un “Governo di unità” a rotazione con Lapid; il Presidente ha spiegato che questa ipotesi non gli impedisce di incaricare formalmente il leader di *Yesh Atid* di costruire una coalizione. Rivlin, che ha effettuato un altro giro di consultazioni dopo il fallimento di Netanyahu, ha sottolineato altresì come Lapid si sia assicurato le raccomandazioni di 56 MK, contro le sette del leader di *Yamina* Bennett. Oltre al suo stesso partito, il leader di *Yesh Atid* ha ricevuto l'appoggio di *Kahol Lavan*, *Avodà*, *Meretz*, *Yisrael Beytenu* e - a differenza della precedente tornata di raccomandazioni – *Tikvà Hadashà* e *Joint List*.

Se Lapid non dovesse riuscire a mettere insieme una coalizione durante il periodo di 28 giorni stabilito dalla legge, la cui deadline è fissata per il 2 giugno, una maggioranza di deputati potrebbe provare ad incaricare un qualsiasi membro della *Knesset* - compresi Netanyahu e Gantz - come Primo Ministro. Qualora anche questa ipotesi non produca risultati per un periodo di 21 giorni, il paese sarebbe costretto nello scenario senza precedenti di una quinta elezione in due anni e mezzo.

Rivlin ha detto nel suo annuncio che inviare il mandato alla *Knesset* in questa fase, così come il blocco religioso di destra pro-Netanyahu ha raccomandato, sarebbe “un'applicazione errata

della legge e potrebbe risultare in un quinto turno di elezioni prima che tutte le possibilità di formare un Governo siano state esaurite”.

CORTE SUPREMA

LE LIMITAZIONI DELLA CORTE ALLA SORVEGLIANZA DELLO *SHIN BET*

Il **1° marzo**, la maggioranza del panel allargato di sette giudici dell'Alta Corte di Giustizia ha limitato l'uso continuato della sorveglianza dello *Shin Bet* (Agenzia per la Sicurezza di Israele) sui cittadini positivi al Coronavirus.

La Corte ha suggerito di considerare la cessazione completa di tale metodo da parte dello *Shin Bet* a partire dal **14 marzo**, e si è espressa stabilendo che dopo tale data lo strumento di sorveglianza possa essere usato solo in circostanze limitate - almeno fino a quando la *Knesset* non provvederà ad approvare una legislazione specifica in materia. Dopo il **14 marzo**, lo *Shin Bet* potrebbe dunque ricorrere alla sorveglianza solo nei casi di cittadini che non collaborino con le autorità o che, in situazione di acclarata gravità, non ricordino abbastanza bene i loro spostamenti. La sentenza è nata a seguito di un ricorso di incostituzionalità presentato dall'Associazione per i Diritti Civili in Israele (ACRI), che ha sostenuto come la disposizione del controllo dello *Shin Bet* non potesse essere accettata. Tuttavia, la Corte non ha affrontato la costituzionalità della disposizione nel lungo termine, sostenendo che la un certo livello di “*judicial restraint*” era necessario durante la crisi pandemica attuale.

Sei giudici, tra cui la Presidente dell'Alta Corte Esther Hayut, il Vicepresidente Hanan Melcer, Daphna Barak-Erez, Yitzhak Amit, Neal Hendel e Noam Solhlberg hanno votato per la limitazione del dispositivo, mentre il giudice Anat Baron ha dissentito, accogliendo il principio di incostituzionalità della sorveglianza dello *Shin Bet* e sostenendo la necessità di bloccare immediatamente tale strumento.

IL DIBATTITO SULLE CONVERSIONI REFORM E CONSERVATIVE

In una [sentenza](#) destinata a fare sicuramente discutere, l'Alta Corte di Giustizia ha deciso il **1° marzo** che le persone che si convertono all'ebraismo in Israele attraverso le correnti ebraiche *reform* e *conservative* devono essere riconosciute come ebrei secondo le disposizioni della [Legge del Ritorno](#) (*Law of Return*), e hanno quindi diritto alla cittadinanza israeliana.

Secondo la Legge del Ritorno, fondamentale pilastro della definizione costituzionale come ordinamento ebraico e democratico, ogni individuo convertito all'estero è autorizzato ad immigrare in Israele e ad ottenere automaticamente la cittadinanza. La legge non fa differenza tra coloro i quali si sono convertiti attraverso un circuito ortodosso da un lato, e quelli convertiti all'interno di altre correnti ebraiche, ma è sufficiente che la conversione sia stata effettuata in una “comunità ebraica riconosciuta”. Il verdetto emesso dall'Alta Corte potrà quindi essere applicato ad un numero molto ristretto di soggetti, cioè coloro che hanno terminato un percorso di conversione *reform* o *conservative* in Israele non essendone cittadini. In media, secondo i dati dell'*Israeli Democracy Institute*, tali correnti in Israele convertono circa 300 persone l'anno. Tuttavia, la stragrande maggioranza dei soggetti- circa il 90% - ha già diritto alla cittadinanza in base a quanto prescritto dalla Legge del Ritorno. Secondo la normativa, infatti, è sufficiente che un individuo abbia un nonno ebreo per ottenere la cittadinanza israeliana.

Il verdetto in analisi si riferisce quindi al 10% di questi convertiti che non sono cittadini. Si tratta di residenti temporanei, o, nella maggior parte dei casi, coniugi di israeliani.

La pronuncia della Corte ([6732/20](#)) chiude un processo di appello iniziato più di 15 anni fa, che ha coinvolto 12 persone che si sono convertite all'ebraismo in Israele attraverso le correnti non ortodosse. Nella sentenza i giudici hanno sottolineato come la Corte si fosse precedentemente trattenuta dal prendere una decisione per permettere al Parlamento di legiferare in materia, senza però che il tema fosse mai affrontato né in Commissione né dal plenum parlamentare.

La maggior parte dei ricorsi risalgono infatti al 2005, ha sottolineato la Presidente della Corte, la giudice Esther Hayut, e la Corte ha ripetutamente rimandato una sentenza per permettere un appropriato intervento parlamentare sulla questione. Come spiega la giudice Barak Erez nella sentenza: *“We refrained from issuing a ruling in order to allow the state to advance legislation on the issue, but since people’s rights hang in the balance and no such legislation is advancing, the Court has decided to issue its ruling.”*

La sentenza è stata approvata a maggioranza, 8-1, con il dissenso del giudice Noam Sohlberg, e costituisce però una vera e propria bomba politica dal momento che colpisce il monopolio di lunga data del Rabbinate ortodosso sul tema delle conversioni ufficialmente riconosciute in Israele. Non è quindi da escludere la possibilità di un intervento parlamentare che raccolga l’impulso della Corte.

GLI SCONTRI SUL DICASTERO DELLA GIUSTIZIA

Il **25 aprile**, l'Alta Corte di Israele ha dato al Primo Ministro Benjamin Netanyahu 48 ore per nominare un nuovo Ministro della Giustizia, minacciando in caso contrario un intervento autonomo della Corte.

In una dichiarazione depositata presso l'Alta Corte di Giustizia, il Premier *ad interim* Netanyahu si è impegnato a tenere un dibattito sulla questione entro il periodo di tempo dato – senza tuttavia garantire che si sarebbe proceduti alla nomina. La dichiarazione è stata depositata durante un'udienza sui ricorsi alla Corte che chiedono che le posizioni ministeriali non occupate siano riempite.

Il posto di Ministro della Giustizia è rimasto vuoto da quando il mandato di Gantz come Ministro *ad interim* è scaduto il **1° aprile**. La nomina di un responsabile del dicastero della Giustizia è però una questione particolarmente delicata, soprattutto alla luce del fatto che Netanyahu è attualmente impegnato in un processo che lo vede accusato di frode, corruzione ed abuso di ufficio.

La Presidente della Corte Suprema Esther Hayut ha quindi stabilito che il Governo dovesse discutere la questione e prendere una decisione entro il **27 aprile** – ed in caso contrario, la Corte avrebbe tenuto una propria udienza sulla questione.

Il **27 aprile**, poco prima che la Corte si riunisse per discutere la questione, Gantz e Netanyahu hanno comunemente chiesto una proroga di 48 ore per risolvere la questione. Gantz ha chiarito di proporsi per la nomina, mentre Netanyahu si è limitato a chiedere alla Corte una proroga. Tuttavia, a sorpresa, ed in aperta opposizione alle raccomandazioni del Procuratore Generale Mandelblit, il Cabinet ha proceduto lo stesso giorno alla nomina di Ofir Akunis (*Likud*) come nuovo Ministro della Giustizia.

Mandelblit ha sottolineato che procedendo alla nomina, il Governo di transizione (su impulso del *Likud*) ha violato la [Basic Law: The Government](#), legge fondamentale quasi costituzionale, emendata l'anno scorso da Netanyahu e Benny Gantz, che riservava la posizione ad un candidato sostenuto dal blocco guidato da Gantz, *Kahol Lavan*. Con questa motivazione [l'Alta Corte ha provveduto a congelare la nomina](#) di Akunis già due ore dopo la fine della riunione del Cabinet, sostenendo l’incandidabilità di un MK del *Likud* e dichiarando che la

posizione resterà vacante *ad interim*. La Corte si è altresì aggiornata al **28 aprile** per ridiscutere la questione prima di una sentenza definitiva.

Pur insistendo che il contestato voto del *Cabinet* sulla nomina di Ofir Akunis del *Likud* come Ministro della Giustizia fosse una mossa legittima, il Primo Ministro *ad interim* Netanyahu ha fatto marcia indietro il **28 aprile** dal suo rifiuto di nominare chiunque altro, accettando la nomina di Benny Gantz, leader di *Kabot Lavan* a Ministro della Giustizia per la durata del Governo di transizione. La nomina è stata poi ratificata dal Cabinet in video conferenza nello stesso giorno.

Su richiesta di Netanyahu, Gantz e del Procuratore Generale Avichai Mandelblit, l'Alta Corte di Giustizia ha poi accettato di cancellare l'udienza prevista per le 17.00 del **28 aprile** per discutere sulla legalità del voto del Cabinet e sulla questione della mancanza di un Ministro della Giustizia.



Il Messico si prepara alle “elezioni più grandi e complesse della sua storia” mentre il Presidente affronta gli organi elettorali*

di Rosa Iannaccone**

L'argomento centrale del quadrimestre in esame è sicuramente quello elettorale. A partire da **gennaio**, infatti, si è entrati nel vivo della regolamentazione della contesa elettorale del 6 giugno prossimo. L'organo maggiormente coinvolto è stato l'[Instituto Nacional Electoral](#) (INE) che, a partire dalla [riforma costituzionale del 2014](#) quando ha sostituito il precedente *Instituto Federal Electoral* (IFE), è competente ad organizzare le elezioni federali e statali, in coordinamento con gli organi elettorali locali. Si tratta di un'istituzione di carattere nazionale che ha la funzione di uniformare gli standard con cui si organizzano le elezioni per rafforzare la democrazia e garantire l'esercizio dei diritti politico-elettorali dei cittadini ed i suoi principi guida sono: la legalità, la certezza, l'imparzialità, l'obiettività, l'indipendenza e la massima trasparenza.

L'[INE](#) stesso ha definito le prossime elezioni, “le più grandi e complesse della storia” del Paese. Nel processo elettorale 2020-2021, infatti, a livello statale sarà rinnovata interamente la Camera dei Deputati, per cui si eleggeranno 300 deputati di maggioranza relativa e 200 di rappresentanza proporzionale. Per quanto riguarda, invece, le elezioni locali, saranno eletti 15 Governatori, i membri di 30 Congressi locali, oltre a numerosi consigli comunali, giunte e consigli municipali. Complessivamente, 92,4 milioni di cittadini potranno esercitare il loro diritto di voto per eleggere più di 21.000 cariche. Le elezioni si svolgeranno, inoltre, in un contesto inedito ossia quello caratterizzato dalla pandemia da Covid-19.

Il 2021 si è aperto con un aumento dei contagi e delle morti, secondo il [rapporto tecnico giornaliero sul Covid-19](#), preparato dalla *Secretaría de Salud* (SSA). L'aggiornamento del **1° gennaio** ha evidenziato, inoltre, che 10 entità concentravano il maggior numero di casi accumulati ossia Città del Messico, Stato del Messico, Guanajuato, Nuevo Leon, Jalisco, Sonora, Coahuila, Puebla, Tabasco e Veracruz, che complessivamente costituivano circa il 65% di tutti i contagi registrati nel Paese. L'**8 gennaio** la *Secretaría de la Función Pública* ha emesso un [accordo](#) volto ad estendere il periodo di telelavoro per i dipendenti pubblici fino al 30 aprile. Pochi giorni dopo, il **12**

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

gennaio, la *Secretaría de la Defensa Nacional* ([Sedena](#)) ha illustrato il ruolo dell'Esercito e dell'Aeronautica nella campagna vaccinale al fine di distribuire le dosi alle *brigadas de vacunación* dei diversi Stati, incaricate della somministrazione ed [istituite](#) il **21 gennaio** (*Cfr. Governo*).

Così come il settore del lavoro in generale, anche le modalità di funzionamento del Congresso hanno subito variazioni. In particolare, il perdurare dell'emergenza sanitaria ha spinto anche il [Senato della Repubblica](#), il **19 gennaio**, a decidere di tenere le proprie sessioni plenarie a distanza (*Cfr. Parlamento*). Questa Camera ancora non aveva legiferato in tal senso, a differenza della colegislatrice, che ha iniziato a lavorare in sessioni semi-presenziali da ottobre 2020 (*Cfr. Cronache 3/2020*).

Ritornando al tema elettorale, proprio in virtù dell'attuale situazione, l'INE ha emanato una serie di indicazioni al fine di limitare i contagi sia il giorno delle elezioni, ma anche durante la più imminente fase di campagna elettorale. Il lavoro di regolamentazione dell'organo elettorale non si è però limitato a queste misure. Tra quelle di maggiore rilievo vi sono le regole, adottate su indicazione del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (*Cfr. Corti*), il **15 gennaio**, volte a promuovere la [partecipazione dei gruppi storicamente discriminati](#) quali le donne, le popolazioni indigene, le persone con disabilità e gli appartenenti alla comunità LGBTQA+; e l'adozione dell'[accordo INE/CG193/2021](#) che ha determinato, il **19 marzo**, il meccanismo di applicazione della formula per l'assegnazione dei 200 seggi della Camera dei Deputati ai partiti in base al principio di rappresentanza proporzionale (PR) con lo scopo di evitare la sovrarappresentazione, rispettando l'articolo 54 della [Carta costituzionale](#) (*Cfr. Elezioni*).

In questo periodo, proprio per la consistente attività dell'INE, si è riaccesa la mai sopita battaglia che Andrés Manuel López Obrador porta avanti contro gli organismi autonomi (*Cfr. Elezioni, Presidente, Cronache 2/2020*), soprattutto in seguito all'emanazione, il **15 gennaio**, delle [misure](#) volte a garantire l'obbligo, previsto dagli articoli 41 e 134 della [Costituzione](#), per l'Esecutivo Federale e per i titolari dei poteri esecutivi statali di agire con neutralità e imparzialità al fine di garantire che i processi elettorali si svolgano in condizioni di equità e libertà. Inoltre, il **19 aprile**, ha ordinato al Presidente di [astenersi dal diffondere i risultati del governo](#), compresi i programmi sociali, le opere pubbliche e qualsiasi informazione che potesse influenzare le preferenze elettorali della cittadinanza fino al giorno delle elezioni.

Già il **7** e l'**8 gennaio**, in due [conferenze stampa](#), il Presidente aveva sostenuto la necessità di eliminare gli organismi autonomi e di trasferire le loro competenze alle corrispondenti *secretarías*, in quanto considerati parte del retaggio di un'epoca, quella liberale, in cui erano serviti per coprire la commissione di atti illeciti e l'occultamento di informazioni. Il **29 aprile**, inoltre, ha reso noto l'[intenzione di presentare un'iniziativa di riforma](#) costituzionale in tal senso. In particolare, nei confronti dell'INE, López Obrador, durante la [conferenza del mattino](#) del **24 marzo**, ha denunciato l'esistenza di una strategia politica affinché la "Quarta Trasformazione" non abbia la maggioranza nella prossima legislatura della Camera dei Deputati (*Cfr. Presidenza*). Tali critiche sono state estese anche al *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF), durante la [conferenza stampa](#) del **29 aprile**, in occasione della sentenza che ha confermato la decisione dell'INE di cancellare le candidature alla carica di Governatore di due esponenti di Morena (*Cfr.*

Corti).

Data la vicinanza del prossimo processo elettorale, il **24 marzo**, il Presidente, alcuni Governatori e la *Jefa de Gobierno* di Città del Messico hanno [firmato](#) l'Accordo Nazionale per la democrazia in cui, le autorità federali e statali, si sono impegnate a non intervenire nelle elezioni di quest'anno. Nell'ottica di garantire un processo elettorale democratico ed equo, il **13 aprile** è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, un [accordo](#) con il quale si invitavano i dipendenti pubblici a garantire i principi di imparzialità ed equità nei processi elettorali in corso e ad astenersi da una serie di azioni che potrebbero compromettere la loro imparzialità, come assistere a dibattiti pubblici o esprimere pubblicamente le proprie opinioni circa il processo elettorale.

Lo scoppio della pandemia ha comportato anche un rapporto più difficile e delicato tra Federazione e Stati. In una riunione del **15 gennaio**, i Governatori hanno chiesto di essere maggiormente coinvolti nel piano vaccinale e in particolare nell'organizzazione delle *brigadas de vacunación*, mentre il **27 gennaio**, durante la "[LX Reunión ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores](#)" la Plenaria della Conferenza Nazionale dei Governatori (Conago) ha stabilito l'elaborazione di strategie volte a rafforzare la cooperazione con il Governo federale nell'affrontare la pandemia (*Cfr. Governo*). In particolare, ad essere apertamente in contrasto con il Governo federale è la cosiddetta *Alianza federalista*, formata dai Governatori di 10 Stati e consolidatasi nei mesi passati (*Cfr. Cronache 1/2020, 2/2020, 3/2020*). In questo quadrimestre, il **1° marzo**, la [Camera dei Deputati](#) ha ammesso il dossier contro il Governatore di Tamaulipas, Francisco García Cabeza de Vaca, membro dell'Alleanza federalista, presentato dalla *Fiscalía General de la República* (FGR) al fine di annullare la sua immunità in quanto avrebbe commesso reati legati al crimine organizzato, al riciclaggio di denaro e alla frode fiscale. Fin dalle prime accuse mosse a García Cabeza de Vaca, gli altri Governatori dell'Alleanza lo hanno appoggiato. In particolare, durante la [conferenza stampa](#) del **26 febbraio** hanno definito l'indagine sollevata dalla FGR un "attacco politico ordinato dal Palazzo Nazionale" (*Cfr. Parlamento*). Tuttavia, un membro dell'Alleanza, Enrique Alfaro, Governatore di Jalisco, [non si è unito a questa dichiarazione](#) e già il mese precedente, il **20 gennaio**, aveva dichiarato di aver avuto un ottimo [incontro con il Presidente](#), che ha segnato l'inizio di uno spazio di dialogo rispettoso e istituzionale (*Cfr. Autonomie*).

In questo quadrimestre, il **30 marzo**, il Presidente ha presentato la [relazione sui primi 100 giorni del terzo anno di governo](#), in cui, oltre a sottolineare che il Messico aveva firmato i contratti necessari per avere nel più breve tempo possibile vaccini anti-Covid per tutta la popolazione, López Obrador si è soffermato sull'analisi della situazione economica e su quella della diffusione della violenza nel Paese, considerando la sua riduzione un elemento fondamentale per lo sviluppo nazionale. Anche se la presentazione dell'*informe* è stata conclusa con l'affermazione che, nonostante la pandemia e altre calamità, il Messico si sta trasformando e progredendo con giustizia e pace sociale, "y vamos en busca de esa maravillosa utopía, de ese fecundo y bello ideal de ser felices" (*Cfr. Presidenza*) è evidente quanto il Paese non abbia risolto uno dei suoi problemi più significativi ossia la violenza contro le donne.

Infatti, degli 11 crimini considerati di maggiore impatto, solo due hanno mostrato un aumento

ossia l'estorsione, aumentata del 21%, e i femminicidi, incrementati dell'8,5%. Nonostante il Presidente abbia sminuito quest'ultimo aumento, sostenendo che fosse dovuto alla diversa classificazione del reato, le misure adottate sia dal potere legislativo – ossia le modifiche alla cd. *Ley Olimpia*, il **29 aprile**, al fine di tipizzare la violenza digitale e mediatica e di stabilire le garanzie per le vittime (Cfr. *Parlamento*) – che dal potere esecutivo – vale a dire il [piano contro la violenza di genere](#), presentato il **27 gennaio** dalla titolare della *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* (SSPC) (Cfr. *Governo*) – danno la misura di quanto tale fenomeno continui ad essere molto diffuso e quanto sia urgente adottare misure volte alla sua risoluzione.

Già in altre occasioni il Presidente aveva avuto tale atteggiamento nei confronti della violenza di genere (in particolare, Cfr. *Cronache 3/2020*), e nel quadrimestre analizzato, pochi giorni prima della celebrazione della Giornata Internazionale della Donna, López Obrador si è rivolto, durante la *mañanera* del **3 marzo**, alla stampa internazionale, e nello specifico al *New York Times* e al *El País*, per difendere se stesso e il suo Governo, negando di essere in contrasto e di opporsi al movimento femminista e alle sue istanze, come riportato dai periodici. Significativo, in tale contesto è un [rapporto](#), presentato da *Amnistía Internacional (AI) México*, proprio il **3 marzo**, in cui si evidenzia come in questo Paese vi sia uno scenario di criminalizzazione e stigmatizzazione, generato sia dalle autorità che da alcuni media, nei confronti delle donne che partecipano a marce e manifestazioni contro la violenza di genere.

In tale contesto anche l'atteggiamento degli Stati riguardo le questioni di genere è il più diversificato. Basti pensare che mentre il [Congresso di Aguascalientes](#), il **12 febbraio**, ha approvato una serie di riforme volte a proteggere la vita dal suo concepimento, lo Stato di Michoacán è stato il primo ad approvare, il **2 marzo**, la [Ley de Menstruación Digna](#), affinché le ragazze adolescenti e le giovani studentesse abbiano libero accesso ai prodotti per l'igiene femminile, e due giorni dopo, il **4 marzo**, la [64a legislatura dello Stato di Hidalgo](#) ha approvato alcune riforme al Codice Penale statale per incorporare la cosiddetta Legge Olympia (Cfr. *Autonomie*).

ELEZIONI

MESSAGGI DI PROMOZIONE PER AFFRONTARE L'EMERGENZA SANITARIA

Il **4 gennaio** il [Consiglio Generale dell'Istituto Nazionale Elettorale](#) (INE) ha approvato – con una maggioranza di 10 voti a favore e uno contrario – la possibilità per i partiti politici di cedere, del tutto o in parte, il tempo riservato alla loro campagna elettorale in radio e televisione alla diffusione di messaggi promozionali per affrontare l'emergenza sanitaria. In una sessione straordinaria, la plenaria dell'organismo ha specificato che la trasmissione di campagne per affrontare l'attuale situazione pandemica deve essere di natura istituzionale e astenersi dall'includere frasi, immagini, voci o simboli che potrebbero costituire propaganda politica o elettorale, o elementi di propaganda personalizzata di qualsiasi funzionario pubblico.

L'INE DIFENDE LA NEUTRALITÀ E L'IMPARZIALITÀ DELLA CONTESSA ELETTORALE

Nel suo [intervento](#) al forum “Las Redes del Odio en México”, organizzato da *El Colegio de México* (Colmex), l'**11 gennaio**, il Presidente dell'INE, Lorenzo Córdova Vianello, ha annunciato che, a partire dal mese di aprile e per tutto il periodo di campagna elettorale, le conferenze tenute dal Presidente, le cosiddette *mañaneras*, non sarebbero potute più essere trasmesse integralmente. Tale annuncio ha riacceso la mai sopita battaglia che Andrés Manuel López Obrador porta avanti contro gli organismi autonomi, in particolare conto l'Istituto Nazionale Elettorale (*Cfr. Presidente, Cfr. Cronache 2/2020*). A tal proposito, il [Consejero Presidente dell'INE](#) ha affermato “los organismos autónomos mexicanos son fruto del proceso de democratización que vivió nuestro país en al menos cuatro décadas, logrado con la participación, impulso y exigencia de muchas generaciones de ciudadanos y luchadores sociales [...] Para decirlo con claridad, los organismos constitucionales autónomos son el resultado de la lucha ciudadana para ampliar su control sobre el ejercicio discrecional del poder político y democratizar el mismo”.

Cinque giorni dopo, il **15 gennaio**, l'INE ha reso note le [misure](#) volte a salvaguardare l'obbligo, previsto dal disposto degli articoli 134 e 41 della [Costituzione](#), per l'Esecutivo Federale e per i titolari dei poteri esecutivi statali di agire con neutralità e imparzialità per garantire che i processi elettorali si svolgano in condizioni di equità e libertà. Prima della discussione dell'accordo, il rappresentante di Morena, Sergio Gutiérrez Luna, ha presentato una richiesta di riconsiliazione affinché né il *Consejero Presidente*, Lorenzo Córdova, né il Presidente della *Comisión de Quejas y Denuncias* dell'INE, Ciro Murayama, partecipassero alla discussione del punto. Tale richiesta è stata respinta all'unanimità dai membri del Consiglio Generale.

L'accordo individua le manifestazioni che possono implicare una possibile trasgressione ai principi di imparzialità e neutralità contenuti nella Costituzione.

Il Consigliere Murayama ha assicurato che questo accordo cerca di delineare i parametri che permettono al Presidente di esprimersi nelle sue conferenze in modo neutrale, senza assumere una posizione e senza effettuare valutazioni favorevoli o avverse a qualsiasi attore politico-elettorale, sia federale che locale. Inoltre, su richiesta della consigliera Carla Humphrey, le misure sono state estese agli esecutivi statali e, in generale, a tutti i dipendenti pubblici di tutti i corpi e i livelli di governo.

La [Comisión de Quejas y Denuncias](#) dell'Istituto Nazionale Elettorale, il **19 aprile**, ha ordinato al Presidente López Obrador, di astenersi dal diffondere i risultati del governo, compresi i programmi sociali, le opere pubbliche e qualsiasi informazione che possa influenzare le preferenze elettorali della cittadinanza durante le campagne elettorali e fino al giorno delle elezioni. Questa misura preventiva ha la sua origine nelle espressioni e nelle immagini emesse durante la [conferenza del mattino](#) del **16 aprile**.

Lo stesso giorno, il Partito della Rivoluzione Democratica (PRD) e *Movimiento Ciudadano* (MC) hanno presentato una denuncia contro il Presidente per la presunta trasmissione di propaganda governativa durante un periodo vietato ossia quello di campagna elettorale, così come la probabile violazione del principio di imparzialità e correttezza nella competizione elettorale. La Commissione ha ritenuto le dichiarazioni in questione come propaganda governativa, con l'esaltazione dei risultati e delle azioni del Governo, oltre al fatto che tali dichiarazioni erano accompagnate dalla riproduzione di immagini, e in particolare una tabella contenente dati riguardanti tre Stati, anche se in questi ultimi erano in corso processi elettorali. Il *plenum* ha anche riconosciuto che non si trattava di manifestazioni spontanee, ma che è evidente che erano state preparate per la diffusione pubblica. Pertanto, tenendo conto della regolarità con cui si svolgono

le conferenze stampa del Presidente, la Commissione ha avvertito dell'esistenza di un rischio imminente che tali comportamenti possano ripetersi e mettere in pericolo i principi guida del processo elettorale. Di conseguenza, è stato ordinato di rimuovere, entro sei ore, tutte le pubblicazioni contenenti la conferenza del **16 aprile** sia dalle pagine ufficiali del Governo che da quelle personali del Presidente. Quest'ultimo, inoltre, dovrà astenersi, durante le campagne elettorali e fino al giorno delle elezioni, dal diffondere i risultati del Governo e di trasmettere qualsiasi informazione che possa influenzare le preferenze elettorali dei cittadini. Questo obbligo di neutralità del Presidente deve essere osservato anche quando risponde alle domande durante le conferenze stampa.

Già il **29 marzo** la stessa [Commissione](#) si era espressa riguardo alla richiesta, presentata dal Partito Azione Nazione (PAN), di sanzionare il Presidente per le sue affermazioni, in quanto avrebbero violato l'articolo 134 della [Costituzione](#) non rispettando il principio di neutralità e costituendo un'interferenza nel processo elettorale federale in corso. AMLO in quella occasione aveva fatto riferimento, nella [conferenza del mattino](#) del **25 marzo**, al processo elettorale per il rinnovo della Camera dei Deputati. La Commissione in quella occasione aveva però stabilito che la misura cautelare era inammissibile, poiché le frasi e le espressioni oggetto della denuncia non si riferivano a nessun attore politico in particolare, e per di più erano state trasmesse al di fuori del periodo della campagna elettorale, per cui la loro possibile influenza era affievolita.

AZIONI DI DISCRIMINAZIONI POSITIVA

Il **15 gennaio** il Consiglio Generale dell'INE ha modificato i criteri applicabili alla registrazione dei candidati alla carica di deputato per il processo elettorale federale 2020-2021, con l'obiettivo di promuovere la [partecipazione dei gruppi storicamente discriminati](#).

Il progetto, che deriva da una sentenza del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF), propone una serie di cambiamenti tra cui spicca la partecipazione di candidati indigeni in 21 distretti, di cui 11 devono essere donne. Inoltre, i partiti dovranno nominare almeno tre candidati afro-messicani in uno dei 300 distretti uninominali e almeno uno in una delle cinque circoscrizioni proporzionali, collocato nei primi 10 posti della lista. Inoltre, queste quattro nomine dovranno rispettare il principio della parità.

Per quanto riguarda le persone con disabilità, i partiti e le coalizioni dovranno nominare formule di candidati integrati da persone con disabilità in sei dei 300 distretti che compongono il Paese. Allo stesso modo, nelle liste di candidati eletti attraverso il principio della rappresentanza proporzionale, i partiti politici nazionali dovranno nominare due formule integrate da persone con disabilità che dovranno essere collocate nei primi 10 posti della rispettiva lista.

Infine, in termini di tutela dei diversi orientamenti sessuali, l'INE ha stabilito che i partiti nazionali dovranno nominare almeno due formule di candidati in uno dei 300 distretti elettorali federali e, nelle circoscrizioni plurinominali, almeno una formula entro i primi 10 posti della lista di uno dei cinque distretti elettorali.

L'INE APPROVA LE COALIZIONI

L'INE ha approvato, il 15 gennaio, la [registrazione di due coalizioni parziali](#) ossia “*Va Por México*” e “*Juntos Hacemos Historia*”. La prima è formata dal Partito di Azione Nazionale (PAN), il Partito Rivoluzionario Istituzionale (PRI) e il Partito della Rivoluzione Democratica (PRD), mentre la seconda è formata dal Partito del Lavoro (PT), il Partito Ecologista Verde del Messico (PVEM) e Morena.

In questa occasione, il *Consejero Presidente* ha chiesto alle coalizioni di rispettare le misure

determinate dall'Istituto e in particolare quelle volte a garantire la partecipazione delle persone afro-messicane, delle popolazioni indigene, delle persone che soffrono di qualche tipo di disabilità sostenendo che “las coaliciones a las que tienen derecho los partidos políticos no pueden ser un mecanismo para incumplir el principio de paridad, las reglas de reelección o las medidas afirmativas que hemos aprobado”.

LA RIELEZIONE DEI DEPUTATI

Il 7 dicembre 2020, il Consiglio Generale dell'INE ha approvato le linee guida riguardo la lettera di intenti che i legislatori devono presentare al loro partito, alla Camera dei Deputati e all'INE stesso ai fini della loro ricandidatura (accordo [INE/CG635/2020](#)). Tale lettera inizialmente doveva essere presentata non più tardi di un giorno prima dell'inizio della pre-campagna elettorale, ossia il **22 dicembre** dello scorso anno. Tuttavia, il *Tribunale Electoral del Poder Judicial de la Federación* – nella sentenza [SUP-JDC-10257/2020](#) – ha dichiarato che il termine per la presentazione doveva essere modificato in modo che gli interessati avessero fino al primo giorno lavorativo del 2021 per farlo (*Cfr. Cronache 3/2020*) ossia il **6 gennaio**.

A presentare la manifestazione di intenti per essere rieletti sono stati [439 deputati](#), di cui il 49% donne (214) e il restante 51% uomini (225). Nello specifico: 36 deputati del PAN, 36 del PRI, 7 del PRD, 3 del PT, 11 del PVEM, 9 di MC, 83 di Morena, 48 della coalizione *Por México al Frente* (PAN-PRD-MC), 12 di *Todos por México* (PRI-PVEM-NA) e 194 di *Juntos Haremos Historia* (PT-MORENA-ES).

IL VOTO DEI MESSICANI RESIDENTI ALL'ESTERO

Il **6 gennaio** l'INE ha invitato i messicani residenti all'estero a partecipare al processo elettorale 2020-2021 e a richiedere la loro registrazione nella *Lista Nominal de Electores Residentes en el Extranjero* (LNERE) prima del **10 marzo**. Il prossimo **6 giugno**, i cittadini residenti all'estero degli Stati di Baja California Sur, Colima, Chihuahua, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí e Zacatecas potranno votare per il Governatore di queste entità. Inoltre, i cittadini di Città del Messico potranno eleggere un deputato estero e quelli di Jalisco un deputato di rappresentanza proporzionale.

Sarà la prima volta, che i messicani residenti all'estero potranno esercitare il loro diritto di voto sia per posta che attraverso Internet.

IL SORTEGGIO DEI MEMBRI DEI SEGGI ELETTORALI

Il **3 febbraio**, durante la [sessione straordinaria del Consiglio Generale dell'INE](#), ha avuto luogo il sorteggio per stabilire chi saranno i membri dei seggi elettorali delle prossime elezioni. La lettera sorteggiata è stata la “A”, quindi, a partire dai cittadini il cui primo cognome inizia con questa lettera saranno individuati i funzionari dei seggi elettorali. Come ricordato da Córdova Vianello “en México, gracias a este mecanismo, que constituye uno de los eslabones de confianza fundamental de la cadena de confianza, están exorcizadas las posibilidades de manipular, de fraudar el voto ciudadano” in quanto questo sistema, da tre decenni, non ha permesso a nessuno di sapere chi saranno i funzionari elettorali fino a due mesi prima delle elezioni, in modo da evitare qualsiasi tipo di manipolazione organizzata che potrebbe alterare la volontà dei cittadini alle urne.

Il sorteggio per definire i possibili funzionari elettorali è regolamentato dalla [Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales](#) e dal [Programa de Integración de Mesas Directivas de Casilla y Capacitación Electoral de la Estrategia de Capacitación y Asistencia Electoral 2020-2021](#).

Il [processo effettivo di selezione](#) è iniziato il **12 febbraio** e si è concluso il **31 marzo**. Durante questo periodo 50 mila assistenti elettorali dell'INE, hanno fatto visita, in qualità di formatori, di più di 12,2 milioni di cittadini per invitarli ad essere funzionari dei 163 mila seggi elettorali da installare il 6 giugno.

LA REVISIONE DELLE SPESE DI CAMPAGNA

Durante la [sessione dell'INE](#) del **3 febbraio** sono state approvate anche le scadenze per la revisione delle entrate e delle uscite corrispondenti al periodo di campagna del Processo Elettorale Federale Ordinario e Locale, così come il Processo Elettorale Locale Straordinario dello Stato di Hidalgo. A tal fine, i partiti e i candidati indipendenti devono presentare rapporti sulle entrate e le uscite per periodi di 30 giorni dall'inizio della fase della campagna, entro tre giorni dopo la fine di ogni ciclo. La scadenza per la presentazione dei rapporti è il **5 giugno** e la notifica degli avvisi di errori e omissioni il **15 giugno**. La Commissione di Fiscalizzazione dovrà approvare i rapporti entro il **12 luglio** e il Consiglio Generale entro il **22 luglio**.

Il Consiglio Generale ha, inoltre, approvato sanzioni per 4,6 milioni di pesos a cinque partiti – vale a dire PAN, PRI, PRD, MC, Morena – derivanti da sei procedure amministrative sanzionatorie in materia di fiscalizzazione.

L'APPLICAZIONE DELLA FORMULA PROPORZIONALE

Il [Consiglio Generale dell'INE](#) ha determinato, il **19 marzo**, il meccanismo di applicazione della formula per l'assegnazione dei 200 seggi della Camera dei Deputati ai partiti in base al principio di rappresentanza proporzionale (PR). L'[accordo INE/CG193/2021](#) cerca di evitare la sovrarappresentazione e di rendere effettivo il principio costituzionale stabilito all'articolo 54 della [Carta costituzionale](#), che stabilisce che in nessun caso un partito politico potrà avere un numero di deputati, eletti in base ad entrambi i principi – ossia maggioritario e proporzionale – che superi di otto punti la percentuale del voto nazionale espresso per quel dato partito.

Al fine di rispettare questo precetto costituzionale, si verificherà l'effettiva appartenenza partitica di ciascuno dei candidati vincitori per il principio della maggioranza relativa, al momento della registrazione della candidatura. Pertanto, la vittoria sarà conteggiata a favore del partito con cui il candidato vincente ha un'"affiliazione effettiva". Qualora non abbia tale caratteristica, la vittoria sarà conteggiata secondo i termini dell'accordo di coalizione approvato, cercando il maggior equilibrio tra la percentuale di voti e i seggi ottenuti. Infine, nel caso in cui abbia concorso per la rielezione, la vittoria sarà conteggiata, ai fini dell'assegnazione, al partito al cui gruppo parlamentare apparteneva al momento della registrazione della candidatura.

Durante questa seduta, inoltre, la plenaria ha elaborato il rapporto sulle candidature indipendenti per il processo elettorale federale 2020-2021. Questo riporta che di 61 persone che hanno espresso la loro intenzione a partecipare al processo come candidati indipendente, 17 non hanno soddisfatto i requisiti stabiliti dalla legge e 44 hanno iniziato il processo per ottenere il sostegno dei cittadini, di questi sei si sono ritirati, 33 non hanno raggiunto il sostegno richiesto e solo cinque hanno raggiunto la soglia minima e la distribuzione geografica necessaria.

Nello svolgimento dell'ordine del giorno, i consiglieri elettorali hanno stabilito le modalità di distribuzione del finanziamento pubblico per le candidature indipendenti e che i partiti politici di nuova creazione possono candidare i deputati federali nelle elezioni consecutive per il processo elettorale in corso, a condizione che i deputati eletti precedentemente in altre formazioni si siano dimessi o abbiano perso la loro appartenenza entro il 28 febbraio 2020.

MISURE VOLTE A EVITARE I CONTAGI DURANTE LA CAMPAGNA ELETTORALE

Il **25 marzo** l'Istituto Nazionale Elettorale ha approvato, come misura straordinaria e temporanea, l'[uso obbligatorio di mascherine](#) per tutte le persone che si recheranno ai seggi elettorali il 6 giugno, al fine di proteggere la salute dei cittadini. L'[accordo INE/CG323/2021](#) determina anche le misure che il Presidente del seggio elettorale deve adottare nel caso in cui qualcuno cerchi di entrare senza mascherina e quelle volte a garantire che il diritto alla salute sia pienamente compatibile con il diritto di voto. Inoltre, è stato previsto che nel caso in cui qualcuno arrivi senza una mascherina propria, potrà essergliene fornita una in luogo di allontanarlo dal seggio. La Consigliera Norma De la Cruz ha considerato che la misura consiste in una restrizione aggiuntiva che supera i poteri dell'INE, in quanto la Costituzione prevede che tali misure possano essere adottate solo dal Presidente con l'approvazione del Consiglio.

In vista dell'inizio delle campagne elettorali il **4 aprile**, l'INE ha approvato una serie di raccomandazioni dovute alla contingenza sanitaria e ha esortato il *Consejo de Salubridad General* ad emettere le linee guida sanitarie applicabili nel quadro del processo elettorale federale 2020-2021. Tra le misure vi sono: dare priorità agli eventi e alle riunioni virtuali rispetto a quelle presenziali, in caso di quest'ultime applicare tutte le misure sanitarie necessarie, come l'uso di maschere, l'igienizzazione costante delle mani e un numero ridotto di partecipanti. Per gli eventi della campagna che avranno luogo in spazi aperti, l'INE ha suggerito orari scaglionati di accesso e permanenza e il divieto di consumare cibo. Per gli eventi che si svolgono in spazi chiusi, ha suggerito di verificare che la ventilazione del luogo sia adeguata e tenere le finestre e le porte aperte; mentre quelli che comportano un movimento continuo, dovrebbero essere tenuti all'aria aperta o in spazi ventilati. Si indica anche che dovrebbe essere incoraggiato lo svolgimento di dibattiti attraverso mezzi digitali o di persona ma senza spettatori. Inoltre è stata messa a disposizione dei cittadini un'apposita pagina sul sito internet dell'INE "[Elecciones y Covid-19](#)" in cui sono raccolte tutte le raccomandazioni e le misure da adottare.

Nell'[Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueban las recomendaciones para el desarrollo de campañas políticas que podrán seguir los partidos políticos nacionales y candidaturas independientes en el marco de la contingencia sanitaria por el virus SARS-CoV2 \(COVID-19\)](#), pubblicato il **13 aprile** sul *Diario Oficial* si riportano anche gli strumenti adottati, a partire dal 25 marzo, dagli *Organismos Públicos Locales Electorales* (OPL) relativi allo sviluppo delle loro attività nel contesto dell'emergenza COVID-19.

L'INE CANCELLA ALCUNE CANDIDATURE

Il **14 aprile**, il [Consiglio Generale dell'INE](#) ha confermato la sanzione imposta a Felix Salgado Macedonio, Pablo Amilcar Sandoval Ballesteros e Adela Roman Ocampo, pre-candidati per il Governo di Guerrero, così come a Raul Moron Orozco, candidato alla carica di Governatore di Michoacan, consistenti nella cancellazione della loro registrazione come candidati.

Gli accordi approvati, in conformità con quanto disposto dalla Camera Superiore del TEPJF, infatti, determinano che la mancata presentazione dei resoconti delle spese di pre-campagna da parte dei pre-candidati, quando hanno utilizzato risorse in quella fase, è una condotta grave. L'autorità elettorale ha accertato l'indisponibilità dei pre-candidati a presentare il rapporto di pre-campagna entro il termine stabilito dalla legge o l'impossibilità per l'Istituto di determinare l'origine e la destinazione delle risorse utilizzate.

LE CAMPAGNE ELETTORALI

In totale gli Stati che rinnoveranno il proprio Esecutivo nelle prossime elezioni sono 15. Il **29**

marzo è iniziato il [periodo di campagna elettorale](#) nello Stato di Campeche, il **5 marzo** negli Stati di San Luis Potosi, Sonora, Colima, Nuevo Leon e Guerrero e il **4 aprile** in altri nove stati messicani ossia Baja California, Baja California Sur, Chihuahua, Zacatecas, Nayarit, Sinaloa, Michoacán, Querétaro e Tlaxcala.

Coahuila, Jalisco, San Luis Potosi, Hidalgo, Guerrero e Città del Messico hanno iniziato con gli atti di proselitismo per la carica di deputato municipale, mentre negli Stati di Tamaulipas, Durango, Nayarit, Aguascalientes, Guanajuato, Querétaro, Veracruz, Puebla, Tlaxcala, Stato del Messico, Michoacán, Guerrero, Morelos, Chiapas e Tabasco inizieranno - in varie date - dal **14 aprile** al **4 maggio**.

Il **4 aprile** è iniziata anche la trasmissione di 19,5 milioni di spot su tutte le stazioni radio e televisive del Paese. Secondo le regole del modello di comunicazione politica che proibisce ai partiti di comprare annunci e limita la loro trasmissione, sui media elettronici, al solo tempo statale, il tasso di trasmissione sarà di 314.516 spot al giorno, cioè 17.473 ogni ora, dalle 6 del mattino a mezzanotte.

Il **1° aprile** l'INE ha pubblicato il [database](#) contenete le candidature, aggiornato secondo l'accordo [INE/CG337/2021](#) e in base alle sostituzioni approvate dal Consiglio Generale.

PADRÓN ELECTORAL E LISTADOS NOMINALES DE ELECTORES

Il **28 aprile**, il [Consiglio Generale dell'Istituto Nazionale Elettorale](#) (INE) ha dichiarato validi e definitivi il *Padrón Electoral* e i *Listados Nominales de Electores*, strumenti con un alto grado di certezza e affidabilità, che saranno utilizzati il giorno delle elezioni del 6 giugno. L'Anagrafe Elettorale e le Liste Nominali degli Elettori sono il risultato di un lavoro di aggiornamento e di epurazione realizzato secondo la normativa, con il supporto delle Commissioni di Sorveglianza composte da rappresentanti dei partiti politici nazionali.

La *Lista Nominal de Electores* sul territorio nazionale è composta da 93 milioni 528 mila 473 cittadini e cittadine, mentre quella relativa agli elettori residenti all'esterno è formata da 32 mila 303 nominativi. Inoltre, 949 elettori formano la *Lista Nominal de Electores en Prisión Preventiva*.

PARLAMENTO

LA COMMISSIONE PERMANENTE CONDANNA L'“ASSALTO AL CAMPIDOGLIO”

Nella [sessione a distanza](#) del **7 gennaio**, la presidenza della Commissione Permanente del Congresso dell'Unione ha condannato gli atti di violenza che hanno avuto luogo nella sede del Congresso degli Stati Uniti d'America. Il vice Presidente della *Junta de Coordinación*, il senatore Oscar Eduardo Ramirez Aguilar, appartenente al partito Morena, ha invitato alla risoluzione pacifica, attraverso il dialogo, di qualsiasi divergenza e ha fatto un appello ad una transizione dei poteri che rispetti l'ordine costituzionale nordamericano.

L'INFLUENZA DEL COVID-19 SULLE MODALITÀ DI RIUNIONE DEL CONGRESSO

L'**8 gennaio** al fine di salvaguardare la salute del personale che lavora nel Senato della Repubblica, il Presidente della *Junta de Coordinación Política* (Jucopo) il senatore Ricardo Monreal Ávila, ha annunciato il [rinvio della sessione straordinaria](#) prevista per il **15 gennaio**. Il senatore, ha informato che l'agenda prevista per quel periodo sarebbe stata sviluppata nella sessione regolare, a partire dal suo inizio il 1° febbraio. Il giorno successivo, il **9 gennaio**, anche la Camera

dei Deputati ha desistito dal convocare un periodo straordinario, dato l'aggravarsi della situazione sanitaria nella capitale. Ignacio Mier Velazco, Presidente della Jucopo di San Lázaro, lo ha riferito tramite il suo account [Twitter](#).

Il perdurare dell'emergenza sanitaria ha spinto anche il [Senato della Repubblica](#), il **19 gennaio**, a decidere di tenere le proprie sessioni plenarie a distanza. Questa Camera ancora non aveva legiferato in tal senso, a differenza della colegislatrice, che ha iniziato a lavorare in sessioni semi-presenziali da ottobre 2020. Inizialmente – soprattutto in seguito all'accordo raggiunto il **21 gennaio** in seno alla [Jucopo](#) –, si riteneva possibile realizzare tale decisione attraverso una modifica del Regolamento della Camera alta. Alla fine però, il **22 gennaio** è stato ratificato e pubblicato nella Gazzetta del Parlamento il **25 gennaio**, poco prima dell'inizio del periodo ordinario di sessioni, il “*Plan mínimo de operaciones del Senado de la República*”, che stabilisce le misure per evitare la diffusione della SARS-CoV2. Tra le [principali azioni preventive](#) ci sono: mantenere la “*sana distancia*”, usare gel antibatterici, mascherine, evitare di stringere le mani, lavarsi le mani frequentemente con sufficiente sapone e lavorare da casa. Il documento indica che tutto il personale delle aree parlamentare, amministrativa e tecnica di questa camera sarà soggetto a misure sanitarie adeguate per ridurre il rischio di infezione dal virus Covid-19. Il Piano incarica i capi delle diverse aree di mettere in atto i meccanismi necessari per garantire la continuità dei processi sostanziali del Senato, in modo che la presenza totale del suo personale non sia necessaria, finché persiste l'emergenza sanitaria.

Nel frattempo, il **25 gennaio**, come misura preventiva contro il rischio di contagio da Covid-19, le Camere dei Deputati e dei Senatori hanno deciso che la sessione del Congresso Generale il 1° febbraio si sarebbe tenuta prevalentemente in modalità virtuale. In particolare, [la Junta de Coordinación Política \(Jucopo\)](#) e [la Conferencia para la Dirección y la Programación de los Trabajos Legislativos](#) hanno definito che solo i membri dell'ufficio di presidenza delle due Camere sarebbero stati presenti nella sala delle sessioni. Il **1 febbraio**, infatti, per la prima volta nella storia del Congresso dell'Unione, la sessione del [Congreso General si è tenuta a distanza](#). La Presidente del Congresso Generale, la deputata Dulce María Sauri Riancho, ha dichiarato formalmente iniziato il secondo periodo di sessioni ordinarie del terzo anno di esercizio della LXIV Legislatura, che durerà dal 1° febbraio al 30 aprile 2021. Con un [quorum](#) di 100 senatori e 361 deputati collegati a distanza, la sessione del Congresso Generale è iniziata, rispettando quanto previsto dall'articolo 65 della [Costituzione](#). Infine, la Presidente della *Mesa Directiva de la Cámara Baja* ha convocato i deputati per la sessione ordinaria del 3 febbraio.

LEY DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Il [Senato messicano](#) ha approvato, il **29 aprile** – con 109 voti a favore, 7 contrari e un'astensione – le modifiche apportate dai deputati, al disegno di legge con cui si crea la nuova [Ley de la Fiscalía General de la República](#) (FGR). La [Camera dei Deputati](#), aveva approvato il *dictamen* in materia il **22 aprile** con 334 voti a favore, 109 contrari e 5 astensioni. Alcuni deputati però hanno espresso la loro contrarietà a tale misura ritendendola creata *ad hoc* per il procuratore Alejandro Gertz Manero e lesiva per le vittime.

Il documento abroga la precedente legge in materia e modifica, aggiunge e abroga varie disposizioni di 65 ordinamenti – tra i quali la [Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas](#); la [Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos](#); la [Ley del Instituto Nacional de las Mujeres](#); la [Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia](#).

Stabilisce come principi guida della *Fiscalía* la legalità, l'obiettività, l'efficienza, la

professionalità, l'onestà, la diligenza, la lealtà, l'imparzialità, il rispetto dei diritti umani e l'interculturalità. Inoltre, prevede che dovrà essere un organo specializzato e adottare una prospettiva di genere che presti particolare attenzione ai bambini e agli adolescenti.

La nuova normativa, inoltre, ne regola il funzionamento e introduce la competenza a trattare casi di diritto comune, quando previsto dalla Costituzione, dai trattati internazionali e dalle leggi applicabili e prevede che ciò possa essere richiesto anche dalla vittima. È stato stabilito, inoltre, che le vittime e i loro legali possano formulare proposte di linee di indagine, fornire l'accesso agli atti e fornire copie gratuite di questi in forma fisica o telematica e presentare perizie indipendenti. È stato anche approvato che l'organismo competente per il Servizio della Carriera Professionale all'interno della *Fiscalía* abbia autonomia tecnica e gestionale.

LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Il **9 marzo** è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Federazione (DOF) il [Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Industria Eléctrica](#), proposto, con carattere preferenziale, dal [Presidente Andrés Manuel López Obrador](#) il **1° febbraio**. Il testo era stato approvato il **2 marzo** – con 68 voti a favore e 58 contrari – dalla [Plenaria del Senato della Repubblica](#) e il 1° febbraio, durante una sessione semi-presidenziale, dalla [Camera dei Deputati](#) – con 289 voti a favore, 152 contrari e un'astensione.

Il *dictamen* afferma l'obiettivo di rafforzare l'azienda produttiva statale, ossia la *Comisión Federal de Electricidad* (CFE), di garantire l'affidabilità e un sistema tariffario di prezzi, che sarà aggiornato solo in base all'inflazione. Modifica il meccanismo di distribuzione delle centrali elettriche, per dare priorità a energia prodotta da centrali idroelettriche, da altre centrali CFE, energia eolica o solare di privati e Cicli Combinati di aziende private. Prevede l'obbligo che i permessi, previsti dalla Legge sull'Industria Elettrica, siano soggetti ai “criteri di pianificazione del Sistema Elettrico Nazionale” emessi dalla *Secretaría de Energía*; stabilisce che la concessione dei Certificati di Energia Pulita non dipenda dalla proprietà o dalla data di inizio delle operazioni commerciali nelle centrali elettriche.

Il **24 marzo** la [Secretaría de Energía](#) (Sener) ha, però, pubblicato l'accordo attraverso il quale si sospendeva a tempo indeterminato la riforma del settore elettrico in quanto il Secondo Giudice Distrettuale in Materia Amministrativa Specializzato in Concorrenza Economica, Radiodiffusione e Telecomunicazioni, con sede a Città del Messico e giurisdizione in tutta la Repubblica, dopo aver analizzato la sospensione richiesta, ha deciso di concedere la misura cautelare dell'atto impugnato consistente nella sospensione della nuova legge. Pertanto, durante la validità di tale misura precauzionale, sono stati sospesi tutti gli effetti e le conseguenze derivanti dal “Decreto con il quale si riformano e si aggiungono varie disposizioni della Legge sull'Industria Elettrica” e gli articoli 3, 4, 12, 26, 35, 53, 53, 101, 108 e 126 sono stati provvisoriamente ripristinati, così come il regime transitorio che era previsto dalla suddetta legislazione per il periodo precedente la sua entrata in vigore.

LEY GENERAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Il **9 marzo** è stata approvata la nuova *Ley General de Educación Superior* (LGES), che mira a garantire un'educazione superiore gratuita, laica e universale, oltre a riconoscere e rispettare l'autonomia universitaria. La legge è stata approvata dalla [Camera dei Deputati](#) – con 389 voti a favore, 54 contrari e 8 astensioni – senza apportare modifiche al testo approvato dal [Senato](#), con 90 voti a favore e 21 contrari.

Il **20 aprile** è stata pubblicata sul Diario Oficial de la Federación il [Decreto por el que se expide la](#)

[Ley General de Educación Superior y se abroga la Ley para la Coordinación de la Educación Superior.](#)

LA DISCIPLINA DELL'IMMUNITÀ PRESIDENZIALE

Il **9 febbraio** in una sessione semi-presidenziale, la [Camera dei Deputati](#) ha rilasciato la dichiarazione di approvazione delle riforme agli articoli 108 e 111 della [Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#). La Presidente di turno della Jucopo, Dolores Padierna Luna del partito Morena, dopo aver constatato la maggioranza dei voti di approvazione dei legislativi degli Stati e di Città del Messico, ha rilasciato la seguente dichiarazione: “El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y previa aprobación de la mayoría de las honorables legislatura de los estados y de la Ciudad de México, declara reformados los artículos 108 y 111 de la Constitución Política. Pasa al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales”

I voti di approvazione sono stati 18 ossia Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila de Zaragoza, Durango, Guerrero, Hidalgo, Messico, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Yucatan, Zacatecas e Città del Messico.

La riforma dell'articolo 108 della Costituzione specifica che “durante il suo mandato, il Presidente della Repubblica può essere accusato e processato per tradimento, atti di corruzione, crimini elettorali e tutti quei reati per i quali qualsiasi cittadino potrebbe essere perseguito”. Mentre, la modifica dell'articolo 111 della Costituzione stabilisce che “para proceder penalmente contra el Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable”.

Il [Decreto por el que se declara reformados los artículos 108 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de fuero](#) è entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Federazione ossia il **20 febbraio**.

LE ACCUSE AL GOVERNATORE DI TAMAULIPAS E UN PRIMO SCRICCHIOLIO ALL'INTERNO DELL'ALIANZA FEDERALISTA

Il **1° marzo** la [Camera dei Deputati](#) ha ammesso il dossier contro il Governatore di Tamaulipas, Francisco García Cabeza de Vaca, presentato dalla *Fiscalía General de la República* (FGR) al fine di annullare la sua immunità in quanto avrebbe commesso reati legati al crimine organizzato, al riciclaggio di denaro e alla frode fiscale. Ciò è avvenuto il **30 aprile**, quando la [Camera dei Deputati](#) ha approvato il *desafuero* del Governatore.

Lo Stato di Tamaulipas lo scorso 19 settembre era entrato ufficialmente a far parte dell'*Alianza Federalista*, un'unione di 10 Governatori in aperta rottura con il Governo centrale (Cfr. *Cronache* 3/2020). In questa nuova congiuntura, fin dalle prime accuse mosse a García Cabeza de Vaca, gli altri Governatori dell'Alleanza lo hanno appoggiato. In particolare, durante la [conferenza stampa](#) tenuta nel pomeriggio di venerdì **26 febbraio**, hanno definito l'indagine sollevata dalla FGR un “attacco politico ordinato dal Palazzo Nazionale” e hanno sostenuto che avrebbero difeso qualsiasi membro contro qualsiasi minaccia o attacco ordito dal potere centrale.

Tuttavia, Enrique Alfaro, Governatore di Jalisco, non si è unito a questa dichiarazione. Non solo non era presente a tale conferenza stampa ma, dal suo account [Twitter](#), dopo le parole emesse dall'Alleanza Federalista, ha affermato di sottoscrivere e difendere l'accordo tra i 10 Governatori, ma ha specificato che le dichiarazioni fatte dai suoi colleghi non necessariamente formavano parte di un'agenda condivisa.

IL CONGRESSO ELIMINA LA *PARTIDA SECRETA*

L'**11 marzo** la Plenaria del [Senato della Repubblica](#) ha approvato, all'unanimità, il *dictamen* inviato dalla Camera dei Deputati che modificava l'articolo 74 della [Costituzione](#) stabilendo che non ci potranno essere voci segrete nel bilancio delle spese della Federazione. L'articolo riformato recita "No podrá haber partidas secretas en el Presupuesto de Egresos de la Federación e non più no podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo presupuesto; las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del presidente de la República." I senatori si sono detti d'accordo con il colegislatore nel "dejar atrás la posibilidad constitucional de que haya partidas secretas", che per molti anni ha coperto la corruzione, come elemento del sistema politico. Il testo è stato inviato ai legislativi degli Stati e di Città del Messico.

RIFORMA DEL POTERE GIUDIZIARIO

La [Camera dei Deputati](#) ha approvato, il **23 aprile** – con 262 voti a favore, 182 contrari e 7 astensioni –, un pacchetto di riforme al Potere Giudiziario tra le quali spicca la decisione di estendere di due anni il mandato del Presidente della Corte Suprema, incarico ricoperto da Arturo Zaldívar. Tale misura ha ricevuto l'[appoggio pubblico](#), il **16 aprile**, del Presidente Andrés Manuel López Obrador secondo il quale sarebbe un modo per trasformare un sistema giudiziario che considera corrotto, ma anche forti critiche da parte dell'opposizione per la presunta incostituzionalità della misura. Il progetto di legge modifica la [Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación](#), la [Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional](#), la [Ley Federal de Defensoría Pública, de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política](#) e la [Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política](#), così come il [Código Federal de Procedimientos Civiles](#).

Lo stesso pacchetto di riforme era stato già approvato dal [Senato](#) la settimana precedente, il **15 aprile**.

LE MODIFICHE ALLE *LEY FEDERAL DE CONSULTA POPULAR*

Il **27 aprile** – con 91 voti a favore e 24 contrari –, il [Senato della Repubblica](#) ha approvato il disegno di legge trasmesso dalla [Camera dei Deputati](#), lo scorso **10 dicembre** – che lo aveva approvato con 386 voti a favore, 58 contrari e 4 astensioni –, per aggiornare la [Ley Federal de Consulta Popular](#) in base alle riforme costituzionali già approvate in materia (*Cfr. Cronache 3/2020*).

Il progetto di decreto stabilisce che le consultazioni popolari possono essere annuali e tenersi la prima domenica di agosto; introduce questo meccanismo di partecipazione dei cittadini anche per le questioni di importanza regionale, che rientrano nella giurisdizione della Federazione; dichiara che l'INE sarà responsabile della promozione e dell'organizzazione di questi esercizi di democrazia partecipativa; specifica che il risultato della consultazione popolare sarà vincolante per i rami esecutivo e legislativo. La nuova legge prevede anche una serie di materie che non potranno essere oggetto di *consulta popular* ossia la permanenza in carica dei funzionari pubblici eletti dal popolo, il sistema finanziario, il bilancio di spesa della Federazione; le opere infrastrutturali in esecuzione, la limitazione dei diritti umani riconosciuti dai trattati internazionali. La riforma migliora il processo di raccolta delle firme in quanto prevede che avvenga in forma digitale. Inoltre, in caso di questioni di importanza nazionale, i cittadini possono richiedere un referendum raccogliendo un numero di firme pari ad almeno il 2% delle persone registrate nella lista nominale degli elettori. Per quanto riguarda le consultazioni regionali, sarà richiesta la stessa

percentuale di persone iscritte nella lista nominale degli elettori dello Stato o degli Stati corrispondenti. Il testo prevede che i cittadini devono presentare la loro richiesta di petizione referendaria a una qualsiasi delle Camere del Congresso e ogni Camera avrà un periodo di 20 giorni, dal ricevimento della petizione, per votarlo.

Questa riforma – promossa da López Obrador e dai legislatori del Movimento di Rigenerazione Nazionale (Morena) – permetterà un esercizio consultivo del popolo messicano per avviare indagini contro gli ex Presidenti messicani e in caso di prove rilevanti, mandarli a processo. Più volte il Presidente si era espresso a favore di una misura che permettesse di indagare i suoi predecessori e in particolare Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa e Enrique Peña Nieto.

L'AUSTERITÀ REPUBBLICANA DEL PRESIDENTE

Il [Senato](#), il **27 aprile**, ha approvato – con 90 voti a favore e 28 contrari – la nuova [Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos](#) che regola gli articoli 75 e 127 della [Costituzione](#) e, di conseguenza, ha abrogato l'omonima legge del 5 novembre 2018. Il testo era stato approvato lo scorso **23 settembre**, dalla [Camera dei Deputati](#) con 300 voti a favore, 64 contrari e 41 astensioni. L'obiettivo di tale riforma è rendere gli stipendi dei dipendenti pubblici giusti, equi, adeguati, proporzionali e responsabili e a permettere un risparmio di cui beneficerà il paese. Viene stabilito un nuovo modo di determinare gli stipendi dei dipendenti pubblici, che include il PIL pro capite, vede come tetto massimo la remunerazione dell'Esecutivo federale e pone fine alla pratica di concedere che alcuni funzionari pubblici siano pagati al di sopra dei loro superiori gerarchici, in quanto ciò non è proporzionale alla funzione e alla responsabilità della posizione loro affidata nelle disposizioni normative che compongono il sistema giuridico messicano, Questa misura è stata celebrata come un successo da Morena e dal suo Governo e un ulteriore passo dell'“austerità repubblicana”, una promessa della campagna dell'attuale Presidente messicano, Andrés Manuel López Obrador, per ridurre lo “spreco” delle passate amministrazioni.

COMMISSIONE PERMANENTE

Prima della chiusura del periodo ordinario, in conformità con gli articoli 78 della [Costituzione](#) e 117 della [Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos](#), le due Camere hanno nominato i rispettivi membri della Commissione Permanente, composta da 37 legislatori – 19 deputati e 18 senatori – che svolge le sue funzioni durante il *Segundo Receso del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*. Il **29 aprile** il *plenum* della [Camera dei Deputati](#) ha approvato, con 421 voti a favore, 8 contrari e 2 astensioni, l'accordo della *Junta de Coordinación Política* con il quale veniva resi noti i membri della Permanente. La deputata del PRD Verónica Beatriz Juárez Piña si esprime contro tale accordo in quanto il suo partito è stato escluso, per la quinta volta, dalla partecipazione alla Commissione Permanente, un organismo che dovrebbe riflettere la pluralità dei gruppi parlamentari in entrambe le Camere. Il [Senato della Repubblica](#) ha designato i membri di sua competenza il giorno seguente, **30 aprile**.

RIFORMA ALLA “LEY OLIMPIA” PER SANZIONARE LA VIOLENZA DIGITALE CONTRO LE DONNE

Il **29 aprile**, la [Camera dei Deputati](#) ha approvato – con 446 voti a favore, 1 contrario e zero astensioni – il progetto di legge che aggiunge varie disposizioni alla [Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia](#) e al [Código Penal Federal](#) includendo la violenza digitale e

mediatica e stabilendo la garanzia di emettere ordini di protezione per le vittime di questo tipo di violenza. Il documento – approvato il 5 novembre 2020 dal [Senato](#), all’unanimità – è stato inviato all’Esecutivo federale per i suoi effetti costituzionali, e tipizza, all’interno del Codice Penale, il reato di violazione della *privacy* sessuale e stabilisce una pena da tre a sei anni di prigione e una multa da cinquecento a mille “Unidades de Medida y Actualización”.

La violenza digitale è definita come qualsiasi azione malevola realizzata attraverso l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, che espone, distribuisce, diffonde, esibisce, trasmette, commercializza, offre, scambia o condivide immagini, audio o video reali o simulati di contenuto sessuale intimo di una persona senza il suo consenso, senza la sua approvazione o senza la sua autorizzazione e che le causa un danno psicologico o emotivo, in qualsiasi area della sua vita privata o della sua immagine. La violenza mediatica è definita come qualsiasi atto, attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione, che direttamente o indirettamente promuove stereotipi sessisti, sostiene la violenza contro le donne e le ragazze, produce o permette la produzione e la diffusione di discorsi di odio sessisti, di discriminazione di genere o disuguaglianza tra donne e uomini, che provoca danni alle donne e alle ragazze, psicologici, sessuali, fisici, economici. Questa è esercitata da qualsiasi persona fisica o morale che utilizza un mezzo di comunicazione per produrre e diffondere contenuti che minano l’autostima, la salute, l’integrità, la libertà, l’uguaglianza e la sicurezza delle donne e delle bambine e che impediscono il loro sviluppo.

GOVERNO

EMERGENZA SANITARIA

L’**8 gennaio** la *Secretaría de la Función Pública* ha emesso l’[Acuerdo que modifica el Artículo Primero del Acuerdo por el que se reforma el diverso que establece los criterios aplicables para la administración de los recursos humanos en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para mitigar la propagación del coronavirus COVID-19](#) con cui è stato esteso il periodo di telelavoro per i dipendenti pubblici fino al 30 aprile, a causa della gravità della pandemia di Covid-19, al fine di limitare la diffusione del coronavirus. L’accordo stabilisce che il lavoro a distanza è promosso nei casi in cui è materialmente possibile e non altera il dovuto adempimento delle funzioni. Negli altri casi prevede che i dipendenti si rechino nel posto di lavoro in giorni e orari scaglionati. Il telelavoro è obbligatorio anche nel caso di adulti di età superiore ai 60 anni, persone con disabilità, in gravidanza o in allattamento e persone con malattie croniche considerate a rischio dalle autorità sanitarie.

Il **12 gennaio** la *Secretaría de la Defensa Nacional* (Sedena) ha informato, attraverso un [comunicato](#), che, durante la conferenza stampa mattutina tenuta da López Obrador, Presidente del Messico e Comandante Supremo delle Forze Armate, il Segretario della Difesa Nazionale ha illustrato il ruolo che l’Esercito e l’Aeronautica avrebbero avuto nella distribuzione di 439.725 dosi di vaccino contro il Covid-19. Ha anche commentato il piano di distribuzione del vaccino, indicando che a partire da quella data avrebbe avuto inizio la sua distribuzione – attraverso otto rotte aeree e 179 rotte terrestri – alle 879 *brigadas de vacunación* nei diversi Stati della Repubblica e indicando il giorno seguente come data di inizio dell’applicazione delle dosi. Il comunicato si conclude con il rinnovo dell’impegno e della responsabilità dell’esercito e dell’aeronautica messicani “de servir al pueblo de México en cualquier condición, lugar y de forma ininterrumpida, a fin de realizar actividades para proteger la integridad física de la población”.

Le *brigadas de vacunación* sono state istituite il **21 gennaio** con l'[Acuerdo por el que se establecen brigadas especiales, como una acción extraordinaria en materia de salubridad general, para llevar a cabo la vacunación como medida para la mitigación y control de la enfermedad Covid-19, en todo el territorio nacional](#). Quest'ultimo ha previsto anche la figura di un coordinatore di tali brigate in ogni Stato, che sarà responsabile della strategia operativa da attuare a livello locale per effettuare l'inoculazione e gli attribuisce la facoltà di richiedere il supporto di autorità statali e comunali, così come di professionisti ed esperti nel settore sanitario, per lo svolgimento delle attività ritenute necessarie.

Il **15 febbraio** la *secretaria de la Función Pública*, Irma Eréndira Sandoval Ballesteros, attraverso un [comunicato](#), ha espresso la fermezza dell'organo nella lotta contro le imprese che cercano di trarre profitto dall'emergenza sanitaria ed ha imposto, attraverso una [circolare](#), una sanzione di inabilitazione di 30 mesi e una multa economica alla Medic Solution Mapen, per aver presentato false informazioni in un processo di contrattazione con l'*Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado* (ISSSTE). A detta della *secretaria* attraverso tale misura si dimostra che "el acompañamiento que la Función Pública realiza a las adquisiciones gubernamentales en el contexto de la pandemia por Covid-19 ha resultado en un acertado esquema de prevención de la corrupción". La risoluzione dell'Organo di Controllo Interno (OIC) nell'ISSSTE ha avuto origine dopo che è stato rilevato che l'azienda ha presentato una documentazione falsa in una procedura per l'acquisizione di mascherine N95, destinate al personale sanitario, contravvenendo all'articolo 60, comma IV della [Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público](#).

QUESTIONE MIGRATORIA

Il **6 gennaio**, il *Secretario de Relaciones Exteriores* Marcelo Ebrard Casaubón e il consigliere per la sicurezza nazionale della prossima amministrazione statunitense, Jake Sullivan, hanno tenuto un incontro a distanza per discutere alcuni dei principali temi dell'agenda bilaterale. In particolare, la *Secretaría de Relaciones Exteriores* (SRE) ha reso noto, attraverso un [comunicato](#), che i due funzionari hanno concordato di lavorare a breve termine su un piano di migrazione incentrato sulla protezione dei diritti umani e sulla realizzazione di una risposta regionale a tale fenomeno, incentrata sullo sviluppo economico.

Pochi giorni dopo, l'**11 gennaio**, come parte della strategia per rafforzare i meccanismi di cooperazione e coordinamento sulle questioni migratorie con i paesi del Triangolo Nord dell'America Centrale, i governi di Messico, El Salvador, Guatemala e Honduras hanno presentato una [Dichiarazione congiunta](#) sulla gestione dei processi migratori nella regione. La Dichiarazione riafferma l'impegno dei quattro paesi ad affrontare congiuntamente il fenomeno migratorio in tutte le sue dimensioni, in particolare le sfide legate alla migrazione irregolare e di massa, la sicurezza, la lotta contro il traffico di migranti e la tratta di persone, garantendo il pieno rispetto dei diritti umani dei migranti in tutte le fasi del ciclo migratorio. Il documento esprime anche la preoccupazione dei governi per l'esposizione dei migranti irregolari a situazioni di alto rischio per la loro salute e la loro vita, in particolare durante la crisi sanitaria derivante dalla pandemia da coronavirus.

RAPPORTO FEDERAZIONE-STATI

In una riunione della Commissione Salute della Conferenza Nazionale dei Governatori (Conago) tenutasi il **15 gennaio**, dopo aver ascoltato le proposte dei Governatori riguardo il piano nazionale di vaccinazione anti-Covid, che hanno riguardato principalmente la richiesta di essere maggiormente coinvolti nell'organizzazione delle *brigadas de vacunación*, la *secretaria de Gobernación*, Olga Sanchez Cordero, ha chiesto loro pazienza, disciplina e sostegno reciproco.

Il **27 gennaio**, durante la “[LX Reunión ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores](#)” la Plenaria della Conago ha approvato che la Governatrice Claudia Pavlovich Arellano, Presidente della Conago, il Governatore Mauricio Vila Dosal, Coordinatore della Commissione Salute della Conago, e i Governatori interessanti avrebbero elaborato un “accordo di consenso di tutti i capi del potere esecutivo delle entità federali del paese” al fine di proporre strategie per rafforzare la cooperazione con il Governo federale nell’affrontare la pandemia causata dal virus SARS-CoV2 (Covid-19), nelle loro rispettive aree di competenza. Il documento dovrà poi essere presentato ai 32 esecutivi statali del paese affinché, una volta concordato, possano incontrarsi con il Governo del Messico.

Il **4 febbraio**, durante la [riunione a distanza tra i Governatori e i funzionari delle secretarías di Gobernación, Salute e Turismo](#) è stato analizzato il coordinamento della strategia nazionale di vaccinazione ed è stato installato il tavolo di coordinamento e monitoraggio del turismo, uno dei settori più colpiti dalla pandemia. Nella sessione è stato riferito che la strategia nazionale di vaccinazione sta andando avanti con l’acquisizione di nuovi vaccini, tra cui Sputnik V, di origine russa, di cui è stato firmato un contratto per 24 milioni di dosi, a cui si aggiungeranno tra 1,6 e 2,7 milioni di dosi del vaccino prodotto da AstraZeneca.

Hugo Lopez-Gatell, *subsecretario de Prevención y Promoción*, ha riferito che le consegne dei vaccini Pfizer, invece, sarebbero riprese il 15 febbraio e che le dosi di vaccino somministrate al personale del settore sanitario erano pari 686.000. I Governatori hanno espresso la loro preoccupazione per il ritardo della casa farmaceutica Pfizer e hanno sollevato la necessità di iniziare a immunizzare le aree urbane, in quanto sono quelle che registrano un maggior numero di infezioni e morti per Covid-19.

Alla fine della sessione, la *secretaria de Gobernación* ha fatto riferimento alla circolazione di false informazioni sul processo di vaccinazione e ha chiesto ai Governatori di rimanere uniti, dando certezza alla popolazione.

PIANO CONTRO LA VIOLENZA DI GENERE

Durante la *mañana* del **27 gennaio**, la titolare della *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* (SSPC), Rosa Icela Rodríguez, ha proposto un [piano di cinque azioni](#) per combattere la violenza di genere ossia aumentare la partecipazione e la presenza delle donne all’interno dei vari organismi a ciò deputati (l’*Instituto Nacional de las Mujeres*, le commissioni nazionali di *Atención a la Violencia*, *de Búsqueda y de Víctimas*, le 32 tavole rotonde statali e i 266 organismi regionali di coordinamento per la costruzione della pace); formare un corpo specializzato, composto da donne, per assistere i procuratori nelle indagini e nel monitoraggio dei casi di femminicidio; installare presso la *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* (SSPC) il *Gabinete de Mujeres por la Construcción de Paz*; continuare con la formazione della polizia e con la realizzazione di indagini più accurate partendo dagli Stati con la più alta incidenza di crimini contro le donne e dai comuni con *alerta de género*; e promuovere l’uso della tecnologia per creare strumenti volti a rafforzare la ricerca di donne e ragazze scomparse in tutto il Messico.

Rodríguez ha sostenuto che “la violencia contra las mujeres y niñas es la otra pandemia que enfrentamos todas las sociedades en el mundo” e per questo ha invitato i Governatori, i presidenti comunali e i capi degli organi di prevenzione e delle forze dell’ordine a unirsi a questo sforzo per ripristinare la pace e la tranquillità.

LO STATO DELLA POVERTÀ IN MESSICO

Il **29 gennaio** la *Secretaría de Bienestar* ha pubblicato sul *Diario Oficial de la Federación* l'[Acuerdo por el que se da a conocer el Informe Anual sobre la situación de pobreza y rezago social de las entidades, municipios y demarcaciones territoriales para el ejercicio fiscal 2021](#).

Gli Stati di Chiapas, Guerrero, Stato del Messico, Oaxaca e Veracruz concentrano il 63% della popolazione in estrema povertà nel paese. Rispetto al rapporto dell'anno passato, le zone rurali di attenzione prioritaria sono aumentate del 5,7%, – passando da 1.480 comuni nel 2020 a 1.565 in 32 stati entro il 2021 – e le aree urbane sono aumentate del 29% – da 40.628 a 52.460. Le zone di attenzione prioritaria sono determinate in base agli indici di povertà delle località, che possono essere di altissima o alta emarginazione o grado di arretratezza sociale, e la percentuale di persone in estrema povertà è maggiore o uguale al 50%.

L'INAI OBBLIGA LA SSA ALLA TRASPARENZA

La plenaria dell'*Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales* (INAI), il **4 febbraio**, ha determinato che nel contesto della pandemia di Covid-19, è essenziale la trasparenza dei dati al fine di valutare la gestione dell'emergenza sanitaria e modificare, se necessario, le strategie adottate. In tal modo, inoltre, aumenta anche la legittimità e la credibilità delle politiche attuate per contrastare gli impatti della diffusione della Covid-19.

Pertanto, l'INAI, attraverso la [nota INAI/008/2021](#), ha stabilito l'obbligo per la *Secretaría de Salud* (SSA) di divulgare il numero di decessi registrati, nel *Subsistema Epidemiológico y Estadístico de Defunciones* (SEED), tra il 1° gennaio e il 10 settembre 2020, informazione fino a quel momento era stata classificata come confidenziale dalla *Secretaría*.

ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN EN CONTEXTO ELECTORAL

Per frenare i gruppi criminali che cercano di rafforzare la loro influenza politica cooptando i candidati alle cariche elettive, è stata presentata, il **4 marzo**, dalla *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* (SSPC) la "[Estrategia de Protección en Contexto Electoral](#)". A proporre tale misura è stato il Presidente López Obrador per prevenire e punire la violenza politica, e per proteggere i candidati minacciati dal crimine organizzato. Durante la [conferenza del mattino](#), la responsabile della SSPC, Rosa Icela Rodríguez Velázquez, dopo aver comunicato che dall'inizio del processo elettorale, lo scorso settembre, sono stati registrati 73 crimini politici, tra cui 64 omicidi, ha sottolineato l'importanza di agire con una guida chiara soprattutto a livello comunale e nelle zone più vulnerabili alla criminalità, in coordinamento con i tre livelli di governo.

PRESIDENZA

L'INIZIO DELLA CAMPAGNA DI VACCINAZIONE

Il **4 gennaio**, durante la [mañana](#), il Presidente López Obrador ha sostenuto che il Messico, in termini di somministrazione del vaccino contro la Covid-19, era al primo posto in America Latina e al 30° a livello mondiale. Ha annunciato l'arrivo, nella stessa giornata, di 50 mila dosi e di altre tre consegne nel mese di gennaio, quasi una ogni settimana, di poco più di 400 mila dosi, assicurando che entro la fine del mese le circa 1.400.000 dosi avrebbero permesso di vaccinare i 750.000 lavoratori degli ospedali Covid, che rappresentano la prima fase della campagna di

vaccinazione.

La settimana seguente, il **12 gennaio**, il Presidente, in occasione di una [nuova consegna di vaccini](#), ha preannunciato l'operatività delle cosiddette *brigadas de vacunación* (Cfr. Parlamento). Le prime 1.000 brigate di immunizzazione contemplate nel piano generale – delle 10.000 che saranno formate – inizieranno a funzionare per l'applicazione al personale medico che opera negli oltre 1.000 ospedali del Paese per la cura dei pazienti Covid. Il Presidente, inoltre, ha affermato le successive tappe ossia l'inizio dell'inoculazione di massa all'inizio di febbraio con gli anziani e la conclusione di questa non più tardi di aprile.

Come preannunciato, il **15 febbraio** ha avuto inizio la fase del piano di vaccinazione che ha visto coinvolti gli anziani. Il giorno precedente, durante una [conferenza stampa](#) tenutasi nel cortile centrale del Palazzo del Governo di Oaxaca, il Presidente ha invitato la popolazione e, in particolare gli anziani, a recarsi nei centri vaccinali assicurando loro che non avrebbero corso nessun rischio.

LA RIORGANIZZAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Il **7 e l'8 gennaio**, in due [conferenze stampa](#), il Presidente ha sostenuto, come già accaduto in precedenza, la necessità di eliminare gli organismi autonomi. Ha affermato che questi ultimi, istituiti durante l'era neoliberale, sono serviti come cortine di fumo per la commissione di atti illeciti e l'occultamento di informazioni. Nel sostenere la sua argomentazione sulla necessità di adeguare le funzioni del Governo alla nuova realtà nazionale, il Presidente ha difeso la sua proposta di riforma amministrativa per trasferire le funzioni di queste strutture alle corrispondenti *secretarías*, al fine di correggere e ottenere risparmi sostanziali.

In particolare, durante la [mañanera](#) dell'**8 gennaio**, López Obrador ha sostenuto che questi organi “no sirven, no benefician al pueblo, pero sí cuesta mucho mantenerlos. El instituto de la transparencia (INAI), como mil millones; este otro instituto de las telecomunicaciones (Ifetel), ayer hablábamos, mil 500 millones. Van a ver, cuando presentemos toda la estructura, todos los órganos que crearon: la CRE o hay otro que se llama la Comisión Nacional de Hidrocarburos. ¿Por qué crearon todo esto? Bueno, para que los beneficiados con las privatizaciones tuvieran su propio gobierno, eran estas reguladoras las que decidían y deciden”.

Il **30 gennaio**, la [Red por la Rendición de Cuentas](#) ha dato avvio alla raccolta firme per una [petizione](#), indirizzata alla Camera dei Deputati in cui, dato l'attuale contesto dovuto alla pandemia Covid-19, rileva l'importanza di garantire ed ampliare il diritto dei cittadini ad essere informati, per cui si chiede ai legislatori di impedire l'eventuale scomparsa dell'*Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales* (INAI).

Il **29 aprile** il Presidente ha reso nota l'[intenzione di presentare un'iniziativa di riforma costituzionale](#), volta a rendere gli organismi autonomi realmente al servizio del popolo, a ridurre l'apparato burocratico e a garantire l'austerità. López Obrador ha ribadito che si tratterà di “una riforma amministrativa para ajustar al gobierno a las nuevas circunstancias, que no tengamos toda esta dispersión, todos estos organismos autónomos. La mayoría no hacen nada, solo cuando se trata de defender intereses creados y ganan muchísimo. Fueron los que se ampararon para poder ganar más que lo que gana el presidente”.

ACUERDO NACIONAL EN FAVOR DE LA DEMOCRACIA

Il **23 febbraio** il Presidente ha trasmesso una [lettera ai Governatori](#) per proporre un accordo nazionale a favore della democrazia, in cui, le autorità federali e statali, si impegnano a non influenzare le elezioni di quest'anno. In particolare, il Presidente ha esortato i mandatarari statali a

non intervenire per sostenere alcun candidato, a non permettere l'uso illecito di risorse pubbliche per scopi elettorali e a denunciare i casi di collusione con il crimine organizzato. Ha chiesto ai Governatori di rispettare la correttezza e la legalità delle elezioni evitando la falsificazione dei registri elettorali e “todas esas abominables prácticas ilegales y antidemocráticas que deben quedar en el pasado de manera definitiva”.

Esattamente un mese dopo, il **23 marzo**, López Obrador, insieme ad alcuni Governatori e la *Jefa de Gobierno* di Città del Messico, [hanno firmato](#), durante un evento privato, l'Accordo Nazionale per la Democrazia. Jaime Bonilla Valdez dello Stato di Baja California, Rutilio Escandón Cadenas del Chiapas, Claudia Sheinbaum Pardo di Città del Messico, Cuauhtémoc Blanco Bravo di Morelos, Luis Miguel Gerónimo Barbosa Huerta di Puebla, Adán Augusto López Hernández di Tabasco e Cuitláhuac García Jiménez di Veracruz avevano già espresso la loro adesione attraverso una [lettera](#) indirizzata al Presidente in cui si impegnavano ad agire responsabilmente per garantire elezioni giuste e rispettose dell'articolo 39 della Costituzione.

Sempre nell'ottica di impegnare i funzionari pubblici affinché il prossimo processo elettorale possa essere democratico ed equo, il **13 aprile** è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, l'[Acuerdo por el que se exhorta a los servidores públicos de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a cumplir con la normativa en materia electoral](#). Nell'Accordo si invitano i funzionari pubblici a rispettare debitamente le norme vigenti in materia di attuazione dei programmi sociali e di applicazione delle risorse pubbliche, al fine di garantire i principi di imparzialità ed equità nei processi elettorali in corso e di astenersi da una serie di azioni che potrebbero compromettere la loro imparzialità, come assistere a dibattiti pubblici o esprimere pubblicamente le proprie opinioni circa il processo elettorale. Inoltre, si attribuisce alla *Secretaría de la Función Pública*, attraverso i propri organi interni di controllo, il compito di verificare il compimento di tali disposizioni.

IL DIFFICILE RAPPORTO DEL PRESIDENTE CON LA STAMPA E CON I MOVIMENTI FEMMINISTI

Pochi giorni prima della celebrazione della Giornata Internazionale della Donna, il Presidente López Obrador si è nuovamente rivolto alla stampa internazionale, e nello specifico al New York Times e al El País, per difendere se stesso e il suo Governo (*Cfr. Cronache 2/2020*). Nella [conferenza stampa](#) del **3 marzo** il Presidente ha sostenuto di essere stato calunniato in quanto descritto come oppositore del movimento femminista e ha sostenuto che in Messico, sotto il suo governo, la libertà di manifestazione è pienamente garantita. In particolare, rivolgendosi alla rivista spagnola ha sostenuto che tali accuse derivavano dal fatto che “están molestos por la reforma eléctrica. [...] Entonces, ahora como ya no es el tiempo de antes, los de El País – que es periódico español muy vinculado a estas empresas, somos sus clientes favoritos, nos atacan un día sí y el otro también –, entonces ahora están diciendo que estamos en contra de las mujeres”. Il Presidente ha poi parlato delle manifestazioni femministe sostenendo la contraddittorietà di azioni violente ma dichiarando che in ogni caso “respeto a todos, y a todas las mujeres, no hay prohibición”.

Al tal proposito, *Amnistía Internacional (AI) México* in un rapporto, intitolato “[México: la era de las mujeres. Estigma y violencia contra mujeres que protestan](#)”, presentato proprio il **3 marzo**, ha sottolineato come in questo Paese le donne che partecipano a marce e manifestazioni contro la violenza di genere siano esposte ad essere aggredite in vari modi dalle forze di sicurezza, come parte di uno scenario di criminalizzazione e stigmatizzazione generato sia dalle autorità che da alcuni media. L'organizzazione, inoltre, ha avvertito che anche se il diritto umano alla libertà di riunione pacifica è presumibilmente garantito nel Paese, in realtà molti subiscono violenza e

violazione di questa e altre garanzie di base quando manifestano nelle strade. A ciò si aggiunge un discorso istituzionale e mediatico che descrive le manifestazioni, e in particolare quelle femministe contro la violenza di genere, come violente e pericolose nonostante siano per lo più pacifiche.

AMLO VS. INE

Il **24 marzo**, durante la [conferenza del mattino tenutasi a Campeche](#), il Presidente Andrés Manuel López Obrador ha denunciato l'esistenza di una strategia politica affinché la "Quarta Trasformazione" non abbia la maggioranza nella prossima legislatura della Camera dei Deputati. Ha, inoltre, sottolineato di sperare che le decisioni adottate dall'INE, nello specifico quelle riguardo le regole per l'applicazione della formula proporzionale alle prossime elezioni (*Cfr. elezioni*), non rientrassero in questa strategia in quanto, a detta del Presidente, la storia dimostra che quest'organo non sempre è stato imparziale. Due giorni dopo, il **26 marzo**, durante un'altra [conferenza stampa](#) il Presidente è tornato a parlare dell'Istituto Nazionale Elettorale utilizzando parole ben più dure. Interrogato riguardo la possibile decisione dell'INE di ritirare le candidature dei morenisti Felix Salgado Macedonio e Raul Moron, candidati rispettivamente alla carica di Governatore di Guerrero e di Michoacan, López Obrador ha sostenuto che si è trattato di un gioco sporco e di un attacco alla democrazia e ha definito l'organo elettorale "el supremo poder conservador". Inoltre, ha equiparato la recente decisione dell'INE a episodi del passato, quando per assecondare gli interessi dei "malandros de cuello blanco", su indicazioni dei leader politici e degli stessi Presidenti della Repubblica, le autorità negavano le candidature con falsi pretesti o le concedevano a chi non aveva i requisiti.

La condanna del Presidente all'organo elettorale è stata reiterata in occasione dell'effettiva cancellazione delle candidature dei due morenisti, avvenuta il **14 aprile** (*Cfr. elezioni*). López Obrador, nella [mañanera](#) del 15 aprile, ha parlato nuovamente di "atentado a la democracia" e ha definito tale decisione "expresión de fobia". Secondo il Presidente la decisione dell'INE è stata eccessiva e totalmente antidemocratica e ha ricordato che nel sistema messicano dovrebbero decidere i cittadini e non i notabili.

Tali critiche sono state estese da López Obrador anche al *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF), durante la [conferenza stampa](#) del **29 aprile**. Il Presidente ha definito la sentenza del Tribunale Elettorale che ratificava la decisione assunta dall'INE riguardo le candidature di Felix Salgado Macedonio e Raul Moron (*Cfr. Corti*) "un colpo alla nascente democrazia del Messico e un eccesso".

PRIMEROS 100 DÍAS DEL TERCER AÑO DE GOBIERNO

Nella sua [relazione sui primi 100 giorni del terzo anno di governo](#), presentata il **30 marzo**, il Presidente ha sottolineato che il Messico aveva firmato i contratti necessari per avere nel più breve tempo possibile vaccini anti-Covid per tutta la popolazione.

Partendo dalla consapevolezza che lo sviluppo nazionale dipende dalla riduzione della violenza, López Obrador ha specificato che c'è stata una riduzione del 95% nei crimini legati al furto di carburante; del 1,6% degli omicidi; del 40% nel furto di veicoli; e del 38% riguardo ai rapimenti. In sintesi, degli 11 crimini considerati di maggiore impatto, solo due hanno mostrato un aumento ossia il femminicidio, pari all'8,5% – e il Presidente ha sminuito tale aumento sostenendo che fosse dovuto alla diversa classificazione del reato – e l'estorsione, aumentata del 21%.

Il Presidente ha, poi, espresso il suo sincero e fraterno riconoscimento alle forze armate e ha

nominato una lunga lista di personalità militari non solo perché hanno contribuito a contenere il crimine organizzato ma li ha definiti pilastri delle opere più importanti per il suo Governo – si riferiva, quindi, alla costruzione del treno Maya e dell'aeroporto Felipe Angeles. López Obrador ha negato la militarizzazione nazionale (Cfr. *Cronache* 2/2020) e ha ribadito che la partecipazione delle forze armate contribuisce anche a lasciarsi alle spalle la distanza e la diffidenza tra civili e militari, generata dalle decisioni sbagliate e perverse dei precedenti governanti.

Nel difendere la riforma della *Ley de la Industria Eléctrica*, sospesa dal potere giudiziario (Cfr. *Parlamento*), il Presidente ha sostenuto il valore di *Petróleos Mexicanos* (Pemex) e della Commissione Federale dell'Elettricità (CFE) e ha sottolineato gli errori dei governi precedenti a riguardo quando vi è stata un'apertura del mercato a vantaggio dei privati.

Riguardo l'economia, ha affermato che il Paese stava uscendo dalla crisi e ha sostenuto che i settori colpiti dalla pandemia fioriranno, riportando una crescita di almeno il 5% entro la fine dell'anno.

Infine, il Presidente ha parlato nuovamente della campagna di vaccinazione ricordando che conclusa la vaccinazione degli anziani, sarebbe iniziata quella dei lavoratori del settore dell'istruzione al fine di far riprendere le lezioni presenziali prima della fine dell'anno scolastico in corso.

In conclusione, López Obrador ha affermato che, nonostante la pandemia e altre calamità, il Messico si sta trasformando e progredendo con giustizia e pace sociale, “y vamos en busca de esa maravillosa utopía, de ese fecundo y bello ideal de ser felices”.

CORTI

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Il **4 gennaio** la Corte Suprema di Giustizia della Nazione (SCJN) ha iniziato il [primo periodo di sessione del 2021](#). A causa del perdura della contingenza sanitaria, la CSJN ha deciso di riunirsi attraverso il sistema di videoconferenza, sia per il *plenum* che per le sue due Camere.

Tra le prime decisioni assunte dalla Corte ve ne sono state due che hanno riguardato i popoli indigeni. Il **13 gennaio** la [Secunda Sala](#) della Corte ha ratificato che le autorità messicane, nell'ambito delle loro competenze, sono obbligate a consultare i popoli e le comunità indigene prima di adottare qualsiasi azione o misura che possa toccare i loro diritti e interessi. Lo stesso giorno, però, la SCJN ha [negato il ricorso di amparo](#) presentato dalle comunità indigene di Puebla, che sostenevano l'incostituzionalità della [Ley Minera](#), in quanto non prevista la previa consultazione dei popoli indigeni interessati dalle concessioni di sfruttamento delle terre di loro proprietà, ritenendo sufficiente la presenza nella [Costituzione](#) di tale principio.

Il giorno precedente, il **12 gennaio**, l'*Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas* ([INPI](#)), aveva realizzato un [appello ai ministri della Corte Suprema](#) per garantire il diritto di consultazione dei popoli e delle comunità indigene prima di rilasciare qualsiasi titolo di concessione mineraria. Infatti, nell'esercizio delle proprie competenze ossia promuovere il rispetto e la protezione dei diritti dei popoli indigeni e afro-messicani, riconosciuti nella Costituzione politica degli Stati Uniti messicani e negli strumenti giuridici internazionali in materia, l'INPI aveva inviato un *amicus curiae* al SCJN, da prendere in considerazione nella risoluzione del [ricorso di revisione 928/2019](#) presentato dal Popolo Masehual (Náhuatl) della Sierra Norte de Puebla, in cui sottolineava che tale vicenda rappresentava un'opportunità storica per la Corte di consolidare il diritto al territorio e alla consultazione previa, libera e informata dei popoli e delle comunità indigene.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Il **6 gennaio**, all'unanimità, la Camera Superiore del Tribunale Elettorale della Magistratura della Federazione (TEPJF), ha [confermato l'accordo della Comisión de Quejas y Denuncias dell'Istituto Nazionale Elettorale](#) (INE), che ha dichiarato inammissibili le richieste di misure cautelari sulle pubblicazioni di video fatte su Twitter e Facebook da Mario Delgado, nella sua qualità di Presidente di Morena, relative alle azioni del Governo federale per portare in Messico i primi vaccini contro la COVID-19. Al termine del quadrimestre passato, il 27 e 29 dicembre, infatti, il PAN e il PRD avevano denunciato Morena, Mario Delgado in qualità di Presidente del partito, e il Presidente López Obrador, per la pubblicazione di due video su Facebook e Twitter che ritengono essere atti in previsione di una campagna elettorale, promozione personale, uso improprio dei programmi sociali e violazione dei principi di neutralità e imparzialità.

Il **27 gennaio**, con voto unanime, la [Camera Superiore del Tribunale Elettorale](#), ha confermato l'accordo [ACQyD-INE-18/2021](#) con cui la *Comisión de Quejas y Denuncias* dell'INE ha dichiarato opportuna l'adozione della misura cautelare relativa allo spot "CAMPAÑA COVID" di Morena, in seguito alla denuncia del **21 gennaio** del PRD. Il **22 gennaio** la Commissione ha dichiarato ammissibile la misura cautelare e due giorni dopo Morena ha impugnato la decisione. La Camera Superiore ha determinato che tale la trasmissione avrebbe potuto incidere sul principio costituzionale della certezza, generando una prospettiva sbagliata nella cittadinanza. Lo stesso giorno, il [TEPJF](#) ha confermato la risoluzione adottata da Consiglio Generale dell'INE, nell'accordo [INE/CG20/2021](#), con la quale ha approvato la richiesta di registrazione della coalizione parziale *Va por México* (PRI, PAN e PRD) per nominare 166 formule di candidati deputati per il principio di maggioranza relativa, nel processo elettorale federale 2020-2021.

Il **17 febbraio** a maggioranza, la [Camera Superiore](#), considerando parzialmente fondati gli argomenti presentati dalla rappresentanza legale dell'Esecutivo federale il **19 gennaio**, ha revocato l'accordo [INE/CG26/2021](#) del **15 gennaio** emesso dal Consiglio Generale dell'INE (*Cfr. Elezioni*) in seguito alla denuncia del PRD relativa alla conferenza mattutina del 23 dicembre. Con tale accordo erano state emesse le linee guida per le conferenze mattutine del Presidente e per il comportamento dei dipendenti pubblici relativamente ai temi elettorali. Il Tribunale Elettorale ha stabilito che, contrariamente a quanto ritenuto dall'INE, l'accordo non comportava l'emissione di misure cautelari di natura inibitoria ma l'imposizione di misure di non ripetizione, data la presunta possibilità di un futuro atto dannoso di natura illecita. Successivamente, il **4 marzo**, la [Camera Specializzata del TEPJF](#) ha determinato, a maggioranza, che López Obrador, durante il suo messaggio nella *mañana* del **23 dicembre** non era incorso in promozione personalizzata, nella violazione del principio di imparzialità e uso improprio delle risorse.

Il **10 marzo**, all'unanimità, la [Camera Superiore](#) si è espressa in merito alle misure di discriminazione positiva stabilite dall'INE (*Cfr. Elezioni*). Nello specifico, ha ordinato all'Istituto Nazionale Elettorale di modificare il suo accordo sul modo in cui le azioni affermative sono considerate nella registrazione delle formule per i deputati federali. Infatti, in risposta ad una richiesta del PAN, l'INE aveva stabilito che per rispettare le azioni affermative, le persone rientranti in più di un gruppo in situazione di vulnerabilità saranno riconosciute in ognuno di essi; inoltre, solo se l'intera formula si trova nella categoria sarà considerata. Tuttavia, quando una sola delle persone appartiene a più categorie, non sarà contata per accreditare le quote.

Il TEPJF, in seguito ad un ricorso presentato dal PAN e da Morena, ha stabilito quattro modi in cui le azioni affermative dovranno essere considerate: nomina per formula, concomitanza, formule che non corrispondono ad azioni affermative e parità. Nel primo caso, le azioni

affermative devono essere calcolate per formula e non per persona; nel secondo, i partiti e le coalizioni possono nominare persone che coincidono in più di una categoria ed è il partito a definire la categoria per cui sarà candidata; nel terzo caso quando i partiti collocano come titolari o sostituti in formule non appratenti a queste categorie persone che fanno parte dei gruppi considerati, non saranno contati ai fini dell'azione affermativa; il quarto è relativo al necessario rispetto del principio della parità anche nelle formule rientranti nelle categorie vulnerabili.

Il **27 aprile**, la [Camera Superiore del TEPJF](#) ha confermato, all'unanimità, l'accordo dell'Istituto Nazionale Elettorale con cui ha stabilito il meccanismo di assegnazione dei seggi di rappresentanza proporzionale alla Camera dei Deputati, per evitare pratiche che cerchino di eludere i limiti costituzionali della sovrarappresentazione dei partiti (*Cfr. Elezioni*). I magistrati hanno anche stabilito che, dopo le elezioni del 6 giugno, la Camera dei Deputati dovrà riferire alla Camera Superiore e all'INE, se tali limiti sono stati rispettati. Il Tribunale Elettorale ha definito infondate e inefficaci le accuse del *Partido Encuentro Solidario*, del PAN e di Morena contro l'inclusione della figura dell'"affiliazione effettiva" per i partiti che competono in alleanza o coalizione, volta a garantire che coloro che sono nominati da un partito politico dimostrino la loro reale appartenenza ad esso e che non ci sia un "prestito" di candidati da un partito di maggioranza ad un partito di minoranza. La sentenza, inoltre, ricorda che il disegno normativo costituzionale stabilisce che in nessun caso un partito politico può avere un numero di deputati, eletti in base ad entrambi i principi, che rappresentino una percentuale del totale della Camera che superi in otto punti la percentuale di voti ottenuta.

Lo stesso giorno, a maggioranza, la [Camera Superiore](#) ha confermato l'accordo dell'Istituto Nazionale Elettorale (*Cfr. Elezioni*) con cui aveva ordinato di ritirare la candidatura di Morena per la carica di Governatore di Guerrero a Felix Salgado Macedonio, per non aver presentato le relazioni relative le spese pre-campagna. Per la stessa motivazione, il *plenum* ha stabilito la revoca della candidatura di Raúl Morón Orozco come Governatore di Michoacán.

AUTONOMIE

CIUDAD DE MÉXICO

Il **29 aprile**, per contribuire a fornire servizi sanitari universali, gratuiti e di qualità alla popolazione della capitale, il [Congresso locale](#) ha abrogato la Legge Sanitaria del Distretto Federale e promulgato la Legge Sanitaria di Città del Messico.

Il testo è il risultato di più di 70 iniziative presentate da legislatori di diversi gruppi parlamentari e dalla *Jefa de Gobierno*, Claudia Sheinbaum Pardo. Tra i contributi che questa nuova legge si propone vi è l'installazione di un sistema di sorveglianza epidemiologica, di un laboratorio di salute pubblica e l'applicazione di un modello di cura chiamato "*Salud en tu vida*".

ESTADO DE AGUASCALIENTES

Il **12 febbraio**, il [Congresso di Aguascalientes](#), in cui il Partito Azione Nazionale (PAN) ha la maggioranza, ha approvato una serie di riforme che proteggono la vita dal suo concepimento. In particolare, è stata approvata – con 18 voti a favore, 8 contrari e un'astensione (14 deputati del PAN, 1 del PRI, 1 di *Nueva Alianza*, 1 del PES e 1 del PVEM hanno votato a favore; 4 deputati di Morena hanno votato contro e 1 si è astenuto)

– la disposizione secondo cui nessuna persona all'interno dello Stato può essere oggetto di atti o omissioni, la cui intenzione o aspettativa è quella di causare la loro morte prematura. Inoltre è previsto che tutte le autorità che compongono l'Entità devono assumere il loro ruolo di salvaguardia della vita.

ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

L'**11 febbraio** la [Sala Regional Guadalajara](#) del TEPJF ha confermato le azioni affermative dell'Istituto Elettorale dello Stato di Baja California (IEEBC) con cui veniva approvata la rappresentanza indigena nel Congresso locale e nei consigli comunali, contestate dai partiti Azione Nazionale, Lavoro, Movimento Cittadino e Baja California.

La Sala Regionale ha determinato che saranno concessi due seggi degli otto plurinominali che compongono l'organo legislativo statale, rispettando il principio della parità di genere, nel caso in cui i candidati indigeni non ottengano nemmeno un seggio nei 17 distretti che saranno in competizione.

ESTADO DE CHIAPAS

Le autorità del *poblado indígena* di San Juan Cancuc hanno informato che nelle 45 comunità che compongono il comune, la popolazione non potrà essere vaccinata contro la Covid-19. Il Presidente municipale José López López ha reso noto alle autorità sanitarie, attraverso un [ufficio](#) del **1° febbraio**, che in un'assemblea tenutasi il **28 gennaio** con i rappresentanti delle comunità che compongono la sua città, erano stati discussi gli effetti negativi dei vaccini sulla popolazione, per cui era stato deciso a maggioranza che nella città non si sarebbe effettuata alcuna campagna di vaccinazione.

In comunità come questa, caratterizzate da una popolazione Maya Tseltal, molte decisioni sono prese con il sistema degli *usos y costumbres*, che le autorità civili tendono a rispettare. Inoltre, hanno i loro comitati sanitari e anche tribunali di pace e riconciliazione.

ESTADO DE HIDALGO

Il **4 marzo**, con 27 voti a favore e nessuno contrario, i membri della [64a legislatura dello Stato di Hidalgo](#) hanno approvato alcune riforme al Codice Penale statale per incorporare la cosiddetta Legge Olympia (*Cfr. Parlamento*). Nello specifico, sono stati modificati i commi 9 e 11 della sezione 5 e gli articoli 183 bis e 184 del [Código Penal](#) ed è stato aggiunto l'articolo 27 bis alla [Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Hidalgo](#).

Il reato di violazione della privacy sessuale è stato definito come la produzione, pubblicazione, diffusione, distribuzione o condivisione con qualsiasi mezzo di conversazioni, immagini, audio o video di natura o contenuto intimamente sessuale, erotico o pornografico senza il consenso della persona interessata.

ESTADO DE JALISCO

Dall'inizio del suo mandato, nel dicembre 2018, il Governatore di Jalisco Enrique Alfaro ha avuto una posizione molto critica nei confronti del Presidente López Obrador tanto da formare, insieme ad altri Governatori del PAN, PRI e PRD, l'Alleanza Federalista. Il **20 gennaio** però il Governatore ha sostenuto di aver avuto un ottimo [incontro con il Presidente](#) in cui sono state affrontate questioni di primaria importanza per lo Stato di Jalisco e che ha segnato l'inizio di uno spazio di dialogo rispettoso e istituzionale.

Il **25 febbraio**, il [Congresso di Jalisco](#) ha approvato, all'unanimità, la [Ley de Personas](#)

Desaparecidas. La nuova legge permetterà, attraverso scadenze molto limitate per le autorità, di accelerare i processi di indagine e di identificazione nei casi di scomparsa; stabilisce un sistema di ricerca statale per coordinare le azioni dei poteri statali e degli enti pubblici; e include la partecipazione attiva dei parenti nelle indagini. Tra le nuove disposizioni vi sono: il chiarimento dei fatti e la presunzione di vita; la standardizzazione dei protocolli di indagine; il divieto di distruggere i cadaveri non identificati o di disporre dei loro effetti personali. Inoltre, l'Istituto di Scienze Forensi di Jalisco è stato incaricato di preparare un registro dei luoghi in cui sono collocati i resti umani non riconosciuti.

ESTADO DE NUEVO LEÓN

Il **15 febbraio** il [Tribunale Elettorale statale](#) ha stabilito che i partiti politici avrebbero dovuto candidare membri della comunità LGBTQA+. Il Movimento per l'uguaglianza, che difende i diritti di questo settore, aveva contestato un accordo del Consiglio Generale della Commissione Elettorale Statale (CEE) che esortava i partiti politici ad includere rappresentanti delle minoranze sessuali nelle loro formule, ma non ordinava loro di farlo. Il Tribunale Elettorale ha richiesto alla CEE di obbligare i partiti e le coalizioni ad includere persone di diversi orientamenti sessuali e che si riconoscono in un genere differente tra i candidati alla carica di deputato e di sindaco e al Congresso di legiferare per stabilire e regolare nella legge elettorale l'effettivo accesso delle persone LGBTQA+ al potere pubblico.

ESTADO DE MICHOACÁN

Il **2 marzo** il Congresso di Michoacán ha approvato la [Ley de Menstruación Digna](#), affinché le ragazze adolescenti e le giovani studentesse delle scuole pubbliche dello Stato abbiano libero accesso ai prodotti per l'igiene femminile. Le studentesse avranno diritto a borse di studio, cibo e prodotti per il periodo mestruale, come assorbenti igienici monouso e di stoffa, tamponi, coppette e qualsiasi altro articolo. Inoltre, la nuova legge stabilisce che programmi di studio dovranno rafforzare un'educazione sessuale e riproduttiva completa, che includa argomenti come le mestruazioni, l'esercizio responsabile della sessualità, la pianificazione familiare, la paternità responsabile, la prevenzione della gravidanza adolescenziale e delle infezioni sessualmente trasmissibili.

ESTADO DE MORELOS

Date le omissioni del Governo di Morelos per elaborare una richiesta di espansione di bilancio promossa dal Tribunale Elettorale dello Stato (TEE) al fine di garantire il corretto svolgimento del prossimo processo federale, il **3 febbraio**, il [Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación](#) (TEPJF) ha ordinato al Governatore dell'entità, Cuauhtémoc Blanco, di trasmettere la richiesta al Congresso locale.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Cronache costituzionali dall'estero, gennaio-aprile 2021 Nomos1-2021

ISSN 2279-7238



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Tenendo alto lo scontro con l'Unione europea, l'esecutivo cerca di far dimenticare il passo falso compiuto in autunno sull'aborto*

di Jan Sawicki**

Il potere politico in Polonia affronta il nuovo anno alzando in maniera sempre più temeraria il livello dello scontro con l'Unione europea sul tema della *rule of law*. Nonostante i sondaggi seguitino a segnalare un livello altissimo di favore dell'opinione pubblica per l'appartenenza del paese alla UE, e persino una lieve prevalenza di orientamenti favorevoli a quest'ultima nel conflitto sull'indipendenza del giudiziario, il Governo ritiene che uno stato di tensione permanente con l'Europa, basato sulla retorica sovranista, possa costituire il collante per conservare un consenso popolare in calo e persino tentare di recuperarne una parte dopo la drammatica sentenza del Tribunale costituzionale sull'aborto (K1/20 del 22 ottobre 2020) che ha determinato un calo stabilizzato tra il cinque e il dieci per cento nelle intenzioni di voto per il cartello della "Destra unita" guidato da "Diritto e giustizia" (*Prawo i Sprawiedliwość*, PiS)

In effetti i primi mesi del 2021, oltre a mettere in evidenza una cattiva gestione sanitaria della terza ondata della pandemia Covid-19 – a parte la campagna vaccinale la cui efficacia non si discosta finora dalla media europea – vedono il Governo coinvolto in un numero crescente di decisioni giurisprudenziali, a livello europeo ma anche nazionale, sulle questioni che riguardano lo stato di diritto. L'accumularsi di pronunce non è motivato da un improvviso e incrementato attivismo della Corte di giustizia dell'Unione europea, cui comincia ad affiancarsi anche un coinvolgimento della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma è semmai la risposta, che comincia a intensificarsi, a un esorbitante numero di controversie che si erano prodotte negli anni precedenti. Ciò che qui interessa rilevare, come considerazione di carattere generale, è che l'esecutivo polacco tende a irrigidire in modo crescente la propria risposta, moltiplicando le occasioni in cui, almeno in forma retorica e dichiarativa, rifiuta di dare esecuzione alle sentenze che si susseguono.

Poiché è tipico di un regime di 'democrazia illiberale' – espressione ossimorica quanto si vuole – non reagire con la forza bruta, o non limitare a questo aspetto la propria sfida alle contestazioni sul piano giuridico e giudiziario, diventa interessante comprendere quale sia

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate

invece il tipo di risposta approntato. Esso comincia allora a incentrarsi sulla contrapposizione di argomenti giuridici ad altri argomenti giuridici, in cui i primi, però, prestano il fianco a critiche per la loro capziosità, senza però voler rinunciare a un preteso tono giuridico ai limiti del cavilloso. Nel caso attuale della Polonia, prende forma una versione particolare di questo tipo di risposta. L'esecutivo e la maggioranza politica che nel corso di un quinquennio hanno potuto impadronirsi del sistema di giustizia costituzionale, e che con molta più fatica e difficoltà stanno condizionando l'ordine giudiziario in generale, derivano storicamente da soggetti che si opposero alla Costituzione del 1997 e non vi si sono mai riconosciuti. Tuttavia, in una situazione che si pone in bilico tra un potere politico quasi incontrastato e la persistente mancanza di una maggioranza qualificata per alterare l'ordinamento costituzionale formale, lo stesso esecutivo e la sua maggioranza hanno cominciato a prendere beneficio del controllo ormai totale sul Tribunale costituzionale, realizzando che questa circostanza consente di piegare la stessa Costituzione a nuove interpretazioni, alquanto dubbie sul piano della conciliabilità con il suo 'spirito' originario e comunque suscettibili di porsi in contrasto con la precedente giurisprudenza, se solo questo serve, per esempio, a porsi in rotta di collisione con l'Unione europea per affermare una sovranità irriducibile del paese (o delle autorità che parlano in suo nome). In ogni caso il controllo sull'organo di garanzia fornisce un ottimo surrogato dell'indisponibile potere di revisione costituzionale.

Un esempio della linea di tendenza di cui si è detto può essere il [ricorso in via d'azione](#) presentato dal Governo al Tribunale costituzionale per stabilire eventuali profili di incompatibilità con l'ordinamento interno di alcuni articoli del TUE, quando l'interpretazione insindacabile di questi ultimi imponga alle autorità nazionali di prendere provvedimenti che esse ritengono a loro volta incostituzionali, come avvenuto con la sentenza [C-824/18](#) della Corte di Lussemburgo, emessa peraltro il **2 marzo** su un rinvio pregiudiziale operato dalla magistratura amministrativa polacca. In primo luogo si riscontra dal tenore del ricorso governativo – cui il Tribunale costituzionale potrebbe confermarsi, come già avvenuto in passato – che vi sono margini non indifferenti per operare una ri-lettura della Costituzione che è radicalmente innovativa e si pone in contrasto con la precedente giurisprudenza, pur negli immutati presupposti normativi, in numerose materie, come quella del rapporto con l'ordinamento eurounitario che ora viene in evidenza. La singolare conseguenza è che, sulla base di tale reinterpretazione, divengono ora sostenitori della Costituzione quei politici o quegli esperti che finora ne erano stati i massimi denigratori. In secondo luogo, e come conseguenza della prima osservazione, si verifica che la Costituzione così riletta è buona ad essere brandita come un'arma contro l'integrazione europea, al punto che persino una disposizione-chiave dell'ordinamento, come l'art. 8 Cost., conosce una mutazione genetica delle proprie funzioni. Questo articolo, che definisce la Costituzione come “diritto supremo della Repubblica”, era stato concepito in chiave polemica interna, con una clausola generalissima volta a stabilire la superiorità della Carta su ogni altro atto normativo con esso contrastante, e che questo fosse l'intento è confermato dalla previsione aggiuntiva (al secondo comma) della sua diretta applicabilità ove consentito dalla legge statale: la volontà del costituente era quella di rompere

con la precedente tradizione giuridica che strumentalizzava la Costituzione degradandola a mera declamazione retorica, superabile a piacimento da ogni altro atto di volontà politica. Ora, invece, l'art. 8 potrebbe diventare strumento per risolvere in via definitiva i contrasti con l'Unione europea, quando questi conoscevano altri canali di soluzione (in ogni caso favorevoli alla coesistenza armonica tra i due ordinamenti).

Ma proprio la sentenza sopra citata della Corte di giustizia, resa come si diceva su rinvio pregiudiziale interno, consente di dare dimostrazione di una vitalità ancora persistente di una buona parte del corpo dei magistrati. La pronuncia del 2 marzo consente infatti al Tribunale amministrativo supremo (NSA) di decidere in merito al ricorso di alcuni giudici che erano stati sconfitti nelle prove selettive indette dal politicizzato Consiglio nazionale della magistratura (KRS) per entrare nei ranghi delle sezioni civile e penale della Corte suprema, e che con successivi emendamenti legislativi, a carattere ostruzionistico, si erano visti negare ogni possibilità di ricorrere contro tali procedure selettive. Gli sviluppi cui si è accennato saranno conosciuti solo da maggio, ed esulano dunque da queste Cronache, ma sono comunque indicativi, insieme a numerosi altri indizi, di quanto la missione governativa di asservimento completo della magistratura alla volontà del potere sia ancora lontana dall'essere compiuta. Questo riguarda in particolare, forse sorprendentemente, la giustizia amministrativa, che già nel settembre scorso aveva [annullato un provvedimento governativo](#) adottato in carenza di potere – la legge che lo avrebbe consentito era ancora in discussione – che doveva aprire la strada alle elezioni presidenziali esclusivamente postali nella primavera del 2020, privando la Commissione elettorale nazionale dei suoi poteri per attribuirli tra l'altro all'azienda statale delle poste, e disponendo spese illegali a carico del Tesoro: un altro capitolo che potrebbe portare a sviluppi promettenti, anche se non immediati.

Va aggiunto che i segnali contrastanti che provengono dal mondo della magistratura non sono limitati a quella parte di giudici che si oppone alle 'riforme' degli ultimi anni. Anche organi come la sezione disciplinare presso la Corte suprema, interamente nuovi come nuovi suoni i suoi componenti, quasi tutti provenienti da procuratori distaccati presso il ministero della giustizia diretto da Zbigniew Ziobro, mostrano qualche esitazione nell'attività di repressione che era stata loro affidata, forse dovuta all'imprevedibilità, emersa solo negli ultimi mesi, negli orientamenti politici più generali del paese, che potrebbero generare in questi soggetti timori rispetto al proprio futuro professionale, o forse perché non sono del tutto univoche le direttive che si può supporre provengano dai circoli politici che ne sono stati i promotori. Come che sia, con una decisione a sorpresa, il **22 aprile** la sezione disciplinare della Corte suprema – a sua volta al centro di alcune cause pendenti presso la Corte di giustizia dell'Unione europea – ha [assolto in primo grado il giudice Igor Tuleya](#) di Varsavia, uno dei magistrati più noti per le critiche alle recenti riforme del giudiziario, accusato tra l'altro di aver divulgato segreti istruttori nel corso di un procedimento relativo alle modalità illegittime di approvazione parlamentare della legge di bilancio per il 2017, avvenuta nel dicembre 2016, quando in alcuni frammenti fu reso impossibile ad alcuni deputati dell'opposizione di partecipare. La pubblica accusa, soggetta al ministro della giustizia, non rinuncerà certamente a un ricorso in appello contro il giudice

Tuleya, ma l'inattesa assoluzione, da parte di un organo che peraltro lo stesso Tuleya si rifiuta di riconoscere in omaggio ormai a diverse pronunce della giustizia eurounitaria, lascia intendere che – quanto meno – non è ancora compiuto il 'rodaggio' della nuova macchina amministrativa della giustizia politicizzata o politicamente motivata, e che dunque le sue decisioni sono meno prevedibili di quanto si sarebbe dato immaginare.

Al tempo stesso, il Tribunale costituzionale nella sua nuova composizione non smentisce la fama di *government's enabler rubberstamp*, come altri ha detto, di decisioni prese altrove, e anzi porta questa fama al proprio massimo livello in occasione della causa K 20/20 concernente la cessazione dalla carica dell'Ombudsman Adam Bodnar. Si potrebbe parlare in questo caso di costituzionalismo creativo, dal momento che i giudici costituzionali che hanno deciso il caso – legittimi o illegittimi – sono stati capaci di accertare uno stato di fatto incostituzionale, con una *prorogatio* eccessiva di un'importante carica prevista dalla Costituzione, ma hanno individuato come rimedio una soluzione ancora più dubbia sotto questo profilo, come l'elezione di un facente funzione sulla base di una procedura arbitraria.

Di non minore momento è la vicenda del regolamento europeo che condiziona l'erogazione dei contributi UE al rispetto dello stato di diritto, della cui violazione sono sospettate soprattutto Polonia e Ungheria. Dopo l'accordo raggiunto al Consiglio europeo dello scorso dicembre, ora i Governi interessati puntano a consolidare un'interpretazione sempre più restrittiva del nuovo strumento, fino a farlo passare per un documento sostanzialmente vocato a garantire un buon uso dei fondi erogati, come se il controllo della corruzione nell'assorbimento dei fondi fosse garanzia sufficiente a concludere che i principi della *rule of law* sono rispettati in un dato ordinamento (e in effetti, se questa fosse l'interpretazione più consolidata, vi sarebbe una convenienza per la Polonia che finora, a differenza dell'Ungheria, non è mai stata criticata per gravi casi di malversazione nell'uso dei fondi europei). L'**11 marzo** la Polonia, seguita dall'Ungheria, ha sollevato un [ricorso presso la Corte di giustizia](#) europea contro il [regolamento 2020/2092](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo al regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. In effetti rientrava negli accordi raggiunti al Consiglio europeo dello scorso dicembre che la Commissione avrebbe predisposto delle linee guida per consentire ai paesi interessati di ricorrere contro il regolamento prima di dargli applicazione, anche se l'accordo non è stato in alcun modo integrato nel testo del regolamento, così da formare parte di una sorta di *soft law*.

Al di là delle vicende giudiziarie, o quasi a margine di queste, i mesi in esame seguitano ad essere contrassegnati dal seguito politico della sentenza costituzionale dello scorso ottobre sull'aborto. È dalle secche di questa non confortevole situazione che il Governo deve uscire per ritrovare una capacità di offensiva politica e risalire nei sondaggi. La più che tardiva pubblicazione delle motivazioni, avvenuta il **27 gennaio**, riaccende per alcuni giorni manifestazioni di protesta ma delude coloro che speravano addirittura in una caduta dell'esecutivo per questo motivo. Il fatto di avere escluso anche i rischi di malformazione del feto come causa lecita di interruzione della gravidanza, lasciando solo la violenza sessuale o il pericolo di vita per la donna incinta (insieme a un livello elevatissimo di 'turismo' abortivo

all'estero, oltre che di operazioni illegali), con una decisione inaccettabile per la maggioranza dell'opinione pubblica, può solamente a medio termine comportare un mutamento degli orientamenti elettorali, ma non determinare conseguenze politiche immediate.

La deriva illiberale del sistema prosegue in questi mesi con la strategia di indebolimento dei media privati liberi, che si svolge su due distinti fronti. Il primo, che ha già avuto pieno successo – nonostante anche qui un impedimento giudiziario che però è stato ignorato dal Governo – è quello dell'acquisto della catena di giornali e media locali e regionali privati *Polska Press*, finora appartenente al gruppo tedesco *VerlagsgruppePassau*, da parte dell'azienda petrolifera polacca, a partecipazione pubblica, PKN Orlen. Il secondo tentativo è quello di assoggettare tutti i media privati, stampati o elettronici, a un'imposta aggiuntiva speciale, finalizzata a motivazioni sociali pretestuose, ma in realtà volta a mettere in difficoltà questo settore della comunicazione, già penalizzato da una raccolta pubblicitaria che viene artificialmente dirottata verso i media pubblici o indirettamente controllati dall'esecutivo. Tra i mezzi di informazione che dovrebbero essere penalizzati da questo nuovo tributo rientrano il principale quotidiano nazionale, *GazetaWyborcza* (fondato nel marzo 1989 come foglio per sostenere il sindacato libero *Solidarność* nelle elezioni semilibere del giugno di quell'anno) insieme al gruppo quotato in Borsa *Agorà*, e il gruppo televisivo TVN (con il canale all-news TVN24, bestia nera del partito di governo) fondato da un imprenditore polacco ma da molti anni venduto al gruppo americano *Discovery*, che proprio di recente si è fuso con AT&T e Warner Media per formare un gigante mediatico globale. Nel caso di TVN, è stata la proprietà americana a formare una sorta di scudo protettivo, con interventi riservati ma decisi da parte della precedente Amministrazione Trump, e nulla fa pensare che gli interessi in gioco cambino con la presidenza Biden. Resta il fatto che per ora né le proteste interne, con una giornata intera di auto-oscuramento da parte di tutti i media, né le preoccupazioni espresse a livello europeo sembrano aver giocato un ruolo decisivo nel ritardo della misura, ma solo le divisioni interne al gruppo parlamentare di maggioranza, che seguita a portare il nome del PiS, ovvero il principale partito "Diritto e giustizia", ma che mantiene nel suo seno due partiti minori, "Polonia solidale" di estrema destra e il più centrista *Porozumienie*, che si alternano nel creare difficoltà al PiS. Nel caso in discussione l'ostacolo è stato frapposto da questa seconda formazione, sulla base del suo dichiarato favore per un'economia di mercato in regime di bassa pressione fiscale.

In un altro caso, che si presenta ad aprile, l'ostacolo viene dal primo dei due piccoli partiti, quello diretto dal ministro della giustizia Ziobro. L'occasione proviene dalla ratifica del *Recovery Fund* europeo, e la polemica del partito di Ziobro, ormai su posizioni schiettamente antieuropee, si incentra sui presunti rischi di ulteriore centralizzazione delle politiche UE e di una condivisione del rischio finanziario con gli Stati maggiormente indebitati. Kaczyński e i suoi emissari si mettono all'opera per compensare i voti parlamentari mancanti entro la propria coalizione con voti provenienti dall'opposizione, in particolare di sinistra, spaccando le opposizioni proprio mentre la propria maggioranza si dimostra vulnerabile. Le prospettive di un successo, nell'importante votazione di maggio, sono significative.

PARTITI

SVOLTA DELLA PIATTAFORMA CIVICA SULL'ABORTO

Il principale partito parlamentare di opposizione, la Piattaforma civica (PO) e principale componente del gruppo Coalizione civica (KO) annuncia il **18 febbraio** una propria svolta storica sulla [questione dell'aborto](#), oggetto di una recente sentenza del Tribunale costituzionale. Il partito dichiara superato e non più attuale il c.d. “compromesso sull'aborto” del 1997, secondo il quale l'interruzione di gravidanza sarebbe stata consentita nei soli casi di violenza sessuale, pericolo immediato di vita per la donna e gravi malformazioni del feto, in quanto la sentenza del 22 ottobre 2020, eliminando una di queste cause, su richiesta e volontà del PiS, a sua volta influenzato dalla Chiesa cattolica, avrebbe tradito e distrutto questo “compromesso”. Il partito si pronuncia allora a favore di una libera scelta per la donna, impegnandosi, quando sarà tornato al Governo, a consentire l'aborto entro la dodicesima settimana di gravidanza per ogni donna che si trovi in difficili condizioni materiali.

VERSO UNA NUOVA FAMIGLIA POLITICA DELLA DESTRA EUROPEA?

In rappresentanza del partito “Diritto e giustizia”, di cui è solo uno dei vicepresidenti, il **2 aprile** il Premier polacco Mateusz Morawiecki partecipa a Budapest a un [incontro](#) con il Primo ministro ungherese Viktor Orbán e al leader della Lega Matteo Salvini, per discutere dell'eventuale formazione di un nuovo gruppo politico della destra europea. La missione non è semplice, non solo per qualche dissenso in tema di politica estera, ma per le complicazioni organizzative dovute al fatto che il partito ungherese Fidesz è appena fuoriuscito dal PPE, mentre il PiS polacco è la componente più forte del gruppo dei conservatori presso il Parlamento europeo (ECR, di cui fa parte anche Fratelli d'Italia) mentre la Lega appartiene all'altro gruppo “Identità e democrazia” (ID).

PARLAMENTO

BOCCIATO DAL SENATO L'OMBUDSMAN PRESENTATO DAL PIS

Il **18 febbraio** il Senato ha respinto, con 51 voti contro 48, la candidatura del deputato del PiS Piotr Wawrzyk per la carica di Ombudsman, già in precedenza eletto dal *Sejm*, in sostituzione dell'uscente Adam Bodnar, eletto nel 2015 e già in regime di *prorogatio*. In Polonia l'istituzione dell'Ombudsman è importante e gode di riconoscimento costituzionale. Il tentativo, cui ne seguiranno altri, dimostra l'incapacità della coalizione di governo di imporre propri esponenti quando essi debbano ottenere l'assenso della camera alta, in cui le opposizioni hanno in questa legislatura una lieve maggioranza.

NUOVE MANOVRE SULLA CORTE SUPREMA

Il **24 febbraio** la Dieta approva in via definitiva un'ennesima novella alla legge sulla Corte suprema, di iniziativa presidenziale, che incide sulla nomina del primo presidente dell'organo. Viene stabilito che quest'ultimo non viene eletto per mancanza del quorum di due terzi dei componenti l'assemblea generale dei giudici della Corte, alla successiva seduta il quorum strutturale potrà essere ridotto alla metà dei componenti e ancora, successivamente, a un terzo. La misura è criticata dalle opposizioni per il fatto di accrescere ulteriormente l'ingerenza del Presidente della Repubblica nell'autonomia organizzativa e nel funzionamento della Corte suprema, ove – nonostante la recente immissione di elementi favorevoli all'esecutivo – la 'vecchia guardia' di giudici rimane tuttora in maggioranza.

GOVERNO

RICORSO DEL GOVERNO CONTRO IL REGOLAMENTO EUROPEO SULLO STATO DI DIRITTO

L'**11 marzo** il Governo polacco, quasi simultaneamente con quello ungherese, deposita il proprio ricorso contro il regolamento regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo al regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (iscritto a ruolo in causa C-157/21). Secondo la Polonia il regolamento violerebbe innanzitutto l'art. 7 TUE per il fatto di sanzionare fattispecie da questo individuate seguendo una procedura da quella prevista. Inoltre il regolamento si arroga compiti spettanti al diritto primario dell'Unione nel definire il concetto di "Stato di diritto", è a sua volta privo di chiarezza e precisione nel definire il concetto e la relativa violazione, non assicura una valutazione oggettiva, imparziale ed equa delle circostanze.

IL RECOVERY PLAN AL CENTRO DI TRATTATIVE TRA UNA PARTE DEL GOVERNO E UNA PARTE DELL'OPPOSIZIONE

Il Consiglio dei ministri delibera il **27 aprile** il [National Recovery and Resilience Plan nazionale](#). Il Premier Mateusz Morawiecki annuncia un piano di richiesta all'Unione europea di 12,1 miliardi di euro in prestiti e di 23,9 miliardi di sovvenzioni a fondo perduto per gli anni 2021-2026, per misure incentrate su *business environment*, innovazione e mercato del lavoro energia verde; trasformazione digitale, trasporto sostenibile e servizio sanitario. Dal punto di vista della politica interna, tuttavia, l'adozione del Piano è stata faticosa non solo per motivi tecnici ma anche perché ha formato occasione per un'altra spaccatura in seno alla maggioranza parlamentare che formalmente porta il nome del partito maggioritario "Diritto e giustizia", ma che in realtà comprende due partiti minori. Uno di essi, "Polonia solidale" (18 deputati su 235), ha già avversato gli accordi del Consiglio europeo straordinario del luglio 2020, in cui le linee guida del *Next Generation EU* furono enunciate, sulla premessa che la Polonia sarebbe stata soggetta a ulteriori restrizioni della propria sovranità, e ha ulteriormente irrigidito il proprio atteggiamento in seguito all'approvazione del regolamento UE relativo allo stato di diritto nel dicembre 2020. Mancando i voti parlamentari di questa piccola componente, il Governo si è visto costretto a cercare un [sostegno nelle opposizioni](#), e a sorpresa lo sta trovando nel gruppo parlamentare della "Sinistra", che ha posto delle condizioni nella forma di maggiori interventi nell'edilizia popolare e per la rete degli ospedali regionali. Se adesso le deboli opposizioni di sinistra cantano vittoria per questa presunta e inattesa ritrovata centralità, è la Coalizione civica (KO) a denunciare il tradimento del fronte comune che si dovrebbe contrapporre al PiS. Nel piano della KO, ormai destinato all'insabbiamento, vi era l'idea di far fallire inizialmente l'intero

Recovery Plan, per poi riapprovarlo dopo aver fatto cadere il Governo con una mozione di sfiducia costruttiva approvata con una maggioranza ‘trasversale’. In generale, l’opposizione liberale e centrista denuncia l’intero impianto del *Recovery Plan* come un progetto di centralizzazione avverso alle autonomie territoriali, e volto a costituire una forma camuffata di fondo elettorale per il PiS.

CAPO DELLO STATO

IL CAPO DELLO STATO SULLA MINORANZA POLACCA IN BIELORUSSIA

Il Presidente della Repubblica Andrzej Duda rivolge un appello all’OSCE, il **25 marzo**, perché questa organizzazione tenga sotto monitoraggio e svolga le dovute azioni al fine di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini bielorusi di origine polacca, due dei quali sono stati con motivazioni definite politiche. Pur sottolineando i legami di amicizia e coesistenza pacifica secolare tra i due popoli, Duda non esita a denunciare il comportamento autoritario e nazionalista delle autorità bielorusse, insieme alla loro dubbia legittimazione democratica, comportamento dal quale deriverebbe anche un’inclinazione repressiva verso le minoranze tra cui quelle etnico-linguistiche.

DUDA PROMETTE UN SISTEMA ENERGETICO A EMISSIONI-ZERO

Parlando al [vertice mondiale virtuale sul clima](#) indetto dagli Stati Uniti, il Presidente Duda si impegna il **26 aprile** a costruire un sistema di produzione energetica a emissione-zero entro due decenni, e a ridurre la componente del carbone dal 70% attuale all’11% entro il 2040. La Polonia rimane uno dei paesi europei con il livello più inquinante di produzione dell’energia produttiva e per consumo familiare.

CORTI

PUBBLICATE LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA SULL’ABORTO

Con più di tre mesi di ritardo sulla lettura del dispositivo, il **27 gennaio** il Tribunale costituzionale rende pubbliche le motivazioni della sentenza K1/20, che (v. “Cronache 3-2020”) ha dichiarato illegittima una delle tre residuali cause di ammissibilità dell’interruzione di gravidanza, ovvero la presenza di gravi e irreversibili malformazioni del feto. Nella maggioranza parlamentare, che ha sollecitato il giudizio con un proprio ricorso diretto, e nel partito di maggioranza relativa “Diritto e giustizia”, emerge un certo sconforto. Le motivazioni, infatti, muovendo dall’assunto che l’embrione e il feto siano da ogni punto di vista qualificabili come persona umana, e siano intercambiabili con l’espressione “bambino” (mentre la donna in gravidanza viene senz’altro definita “madre”), non consentono alcun margine di differenziazione tra diverse patologie e relativa gravità, e quindi non lasciano spazio per una legge che possa nei casi estremi consentire l’aborto, come alcuni attendevano nella speranza di placare proteste e contestazioni che rischiano di determinare conseguenze politiche di lunga

durata. In particolare appare a questo punto inservibile una proposta di legge elaborata in persona, nel novembre scorso, dal Presidente della Repubblica Duda.

LA SEZIONE DISCIPLINARE DELLA CORTE SUPREMA (SORPRENDENTEMENTE) A FAVORE DEL GIUDICE TULEYA

Il **22 aprile** la nuova sezione disciplinare istituita presso la Corte suprema polacca, non riconosciuta dalla maggioranza dei giudici della Corte stessa e già colpita da diverse pronunce della Corte di giustizia europea, decide a sorpresa (in primo grado) di [non disporre l'arresto del giudice Igor Tuleya](#), del Tribunale penale di Varsavia. Tuleya è accusato dalla procura soggetta al potere esecutivo di aver divulgato nel 2017 elementi oggetto di segreto istruttorio nell'ambito di un'inchiesta, da lui stesso condotta, in merito alla votazione parlamentare della legge di bilancio per il 2017, caratterizzata da gravi irregolarità per ostacoli frapposti ad alcuni deputati dell'opposizione, dovuti a loro volta a tumulti che determinarono il trasferimento delle votazioni dall'aula plenaria in un altro ambiente del *Sejm*. Tuleya, oltre ad affermare la liceità del suo comportamento, ha sempre negato e seguita a negare la legittimazione formale della sezione disciplinare, che comunque dovrà valutare un probabile ricorso in appello della pubblica accusa.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE CONTRO LA PROROGATIO DELL'OMBUDSMAN: UNA SOLUZIONE ANCORA PIÙ INCOSTITUZIONALE?

Con la [sentenza K 20/20](#), emessa il **15 aprile 2021** dopo numerosi rinvii di udienze, il Tribunale costituzionale polacco ha messo in pericolo, o sospende a tempo indeterminato, il funzionamento di una delle ultime [istituzioni di garanzia](#) funzionanti nel paese, quella dell'*Ombudsman* ([Rzecznik Praw Obywatelskich, RPO](#) o Difensore dei diritti civili), riconosciuta a livello internazionale, munita di poteri significativi e iperattiva soprattutto negli ultimi anni. È stato dichiarato illegittimo, per contrasto con gli articoli 2 (principio democratico) e 7 (principio di legalità), in combinato con l'art. 209 della Costituzione (criteri concernenti l'elezione dell'organo stesso), l'art. 3, comma 6, della legge riguardante questa istituzione, risalente al 15 luglio 1987, nella parte in cui dispone una *prorogatio* dei poteri spettanti al titolare in carica «fino all'elezione del suo successore», senza aggiungere limitazioni di tempo o di altra natura.

In effetti il mandato quinquennale di Adam Bodnar era scaduto nel settembre del 2020, senza che l'attuale maggioranza nazional-conservatrice imperniata intorno al PiS fosse in grado di eleggere un suo successore come previsto dalla Costituzione, ovvero a maggioranza dei voti al *Sejm* ma con l'assenso del Senato, ove le opposizioni democratiche prevalgono per 51 seggi a 49. Diversi tentativi in tal senso sono falliti per l'assoluta indisponibilità della maggioranza di governo a convergere su qualunque soluzione di compromesso che fuoriuscisse dal suo stretto perimetro politico per incontrare il favore anche della camera 'alta', e dunque delle opposizioni.

La pronuncia di cui si discute prende le mosse non casualmente da un ricorso presentato da un gruppo di parlamentari favorevoli al governo, che puntavano a ottenere un divieto assoluto della *prorogatio*. Restava da comprendere cos'altro, una volta dichiarata illegittima la norma che la consentiva senza limiti di tempo, e non riempita la lacuna normativa così creata con alcuna tecnica manipolativa di tipo additivo, i ricorrenti si aspettassero ancora di ottenere da un Tribunale così disposto a soddisfare i desiderata della maggioranza politica. E in effetti il Tribunale costituzionale ha differito l'efficacia della propria sentenza per un tempo congruo di

90 giorni dalla data della sua pubblicazione (come peraltro la Costituzione consente di fare), non tanto per garantismo nei confronti dell'uscente Bodnar o per consentirgli di meglio portare a compimento le sue attività nell'interesse di coloro che ricorrono all'istituto, quanto per consentire al legislatore (si legga al PiS) di trovare una soddisfacente soluzione alla situazione di stallo che si potrebbe creare qualora i fallimenti già consumatisi nell'elezione del successore di Bodnar si dovessero ripetere.

Si noti che il Tribunale, con il differimento che ha accordato, non ha lasciato tempo a disposizione del mondo politico per consentire a quest'ultimo di compiere ciò che la Costituzione prescrive, nella totale superfluità di ogni altra previsione normativa, ovvero di eleggere un nuovo *ombudsman*. Esso ha previsto questo tempo aggiuntivo per un altro motivo: il monito contenuto nel [comunicato stampa](#) che accompagna il secco e stringato dispositivo della sentenza – in attesa che ne siano pubblicate le motivazioni – esorta il Parlamento *non* a eleggere il successore secondo Costituzione, *ma* ad «adeguare l'ordinamento giuridico» alla propria sentenza. In altri termini il Parlamento, che viene esortato ad agire non in quanto collegio elettorale bensì nella qualità di legislatore, dovrebbe adottare una legge che regoli la situazione giuridica in cui «l'ufficio del RPO non sia coperto per qualche tempo in seguito alla scadenza del relativo mandato».

Non è chiarito nel comunicato, e tantomeno viene espresso nel dispositivo, cosa questo significhi. Vi ha fatto cenno però in forma orale il [relatore della sentenza Piotrowicz](#), già pubblico ministero negli anni ottanta e poi parlamentare del PiS nella scorsa legislatura, in cui ha avuto un ruolo attivo in quasi tutte le leggi sull'ordinamento giudiziario. Egli ha richiamato le ipotesi da tempo formulate nel mondo politico, ovvero quelle di prevedere una sorta di commissario o di soggetto facente le funzioni di *ombudsman* che sarebbe indicato o nominato (con quali poteri? per quanto tempo?) dal capo dello Stato o dalla prima presidente della Corte suprema fintantoché perduri la situazione di stallo entro la procedura prevista dalla Costituzione. Il rischio è che una situazione in effetti di dubbia costituzionalità, come quella di una *prorogatio* che si protrae in modo irragionevole a tempo indeterminato (mentre la legge la contemplò, verosimilmente pensando a tempi brevissimi e puramente tecnici), sia sostituita da un'altra ancora più incostituzionale, nella quale possa operare un soggetto ancor più privo di legittimazione di colui che finora ricopre la carica.

Non sembra casuale qui un'altra circostanza. La formazione delle leggi, per come prevista dalla Costituzione del 1997, istituisce un bicameralismo del tutto non paritario, entro il quale – in estrema sintesi – l'opposizione del Senato, o anche solo l'apposizione di emendamenti a una legge già approvata dalla Dieta in tre letture, può essere superata da quest'ultima a maggioranza semplice dei voti. Il 'veto' del Senato, se così lo si vuole chiamare, è puramente sospensivo e neppure in questa veste viene fornito di particolare robustezza, e ciò vale naturalmente anche per le norme ora invocate e auspicate dal giudice delle leggi. La scelta del costituente in merito all'elezione dell'*ombudsman*, invece, prevede con l'assenso del Senato, o meglio in mancanza di questo, un veto per così dire definitivo, esprimendo preferenza per un coinvolgimento molto più incisivo, e forse non casuale, della camera 'alta'. La decisione del Tribunale costituzionale, composto come si è detto in esordio, si inserisce bene nei meandri di questi dati istituzionali, mostrando una volta di più come la realtà di fatto dei rapporti di forza tra partiti possa incidere sulle differenziate maggioranze elettive o deliberative nonché sul loro significato. Nel caso specifico, essa piega la volontà del costituente a specifiche esigenze politiche maggioritarie del momento, invece di fare il contrario, adattando un rispetto formalistico e comunque apparente della prima all'impellenza delle seconde. Nel frattempo, i giudici del Tribunale costituzionale

polacco, come lo furono fin dalla metà degli anni Ottanta, in un contesto istituzionale totalmente diverso, così seguitano tuttora ad essere eletti con la sola maggioranza relativa della Dieta.



Il Nord Irlanda: un problema della *Brexit* di difficile soluzione *

di Giulia Caravale**

L'annuncio delle dimissioni della *first minister* nord-irlandese Arlene Foster da leader del *Democratic Unionist Party* (DUP) il **28 aprile** chiude in modo emblematico il quadrimestre preso in esame in questa sede, quadrimestre segnato in modo particolare dalle forti tensioni esplose tra le comunità unionista e nazionalista che hanno messo in luce i fragili equilibri post *Brexit*.

La Foster, alla guida del DUP dal 2015, cesserà di essere leader del partito il 28 maggio, mentre lascerà la carica di *First Minister of Northern Ireland* alla fine di giugno. Le regole del *power sharing* vigenti prevedono che i deputati dell'Assemblea nord irlandese, una volta eletti, dichiarino la loro appartenenza ad uno dei due principali schieramenti (nazionalisti e unionisti) o ad un terzo; ai sensi del *Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act 2006*, il *First Minister* e il suo *deputy* devono essere espressione dei due principali partiti in Parlamento e scelti uno nella compagine degli unionisti e l'altro dei nazionalisti. I due vertici dell'Esecutivo sono strettamente legati, *aut simul stabunt aut simul cadent*, pertanto le dimissioni della *first minister* determineranno quelle della sua *deputy* Michelle O'Neill del *Sinn Féin*.

Le dimissioni hanno aperto la via alla scelta di un nuovo leader, che sarà eletto il 14 maggio. Secondo le regole del DUP l'elettorato attivo spetta esclusivamente ai deputati dell'Assemblea nord irlandese (attualmente 28) e della Camera dei Comuni (attualmente 8), mentre non hanno diritto di voto gli esponenti che siedono alla Camera dei Lords. Si deve aggiungere, infine, che, a differenza di quanto avviene negli altri Parlamenti del Regno, in caso di vacanza di un seggio all'Assemblea di Stormont non si tengono le elezioni suppletive proprio per non alterare gli equilibri tra i partiti; in tale circostanza, ai sensi del *Northern Ireland Assembly (Elections) (Amendment) Order 2009*, il partito ha il compito di nominare il nuovo deputato.

La decisione della Foster di lasciare il proprio incarico si deve alla difficile situazione in cui si è trovata l'Irlanda del Nord dopo la *Brexit* e alle conseguenti critiche mosse al suo operato da parte del DUP, critiche che avevano portato il partito a raccogliere le sottoscrizioni per la presentazione di una mozione di sfiducia nei confronti della leader con l'adesione di 22 deputati.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

La *first minister* è stata accusata di non essersi opposta con adeguata determinazione a quanto stabilito dal protocollo sull'Irlanda del Nord. Si deve precisare che, mentre in un primo momento la leader del DUP aveva voluto leggere il protocollo come un'opportunità per l'Irlanda del Nord di divenire una grande sede commerciale grazie alla contestuale partecipazione sia al Regno Unito sia al mercato unico dell'Unione, negli ultimi mesi, invece, la Foster si è battuta per chiedere lo stralcio del protocollo. L'accordo è stato criticato soprattutto perché gli unionisti considerano la scelta di porre un confine di fatto tra la Gran Bretagna e l'Irlanda del Nord, con il conseguente obbligo di controllo delle merci che arrivano nei porti nord irlandesi dalla Gran Bretagna, come il primo passo verso la riunificazione dell'isola. Mentre gli unionisti e i lealisti sono contrari alla frontiera marittima, i nazionalisti si oppongono invece alla frontiera terrestre.

L'Irlanda del Nord non ha il potere di modificare il protocollo, tanto che le promesse di un suo cambiamento presentate dal DUP all'elettorato, secondo molti potrebbero rivelarsi un boomerang e far perdere consensi al partito in vista delle elezioni previste per il 2022. Peraltro, l'evoluzione demografica presente nelle contee del Nord registra una crescita della comunità cattolica con il profilarsi, dunque, di nuovi equilibri nel Parlamento di Stormont.

L'accordo di recesso riconosce alle istituzioni nord irlandesi un ruolo importante solo dopo i primi quattro anni dalla sua entrata in vigore, quando l'Assemblea sarà chiamata a votare, a maggioranza, se rinnovare o meno lo *status quo* per un periodo di altri quattro anni. Nel caso in cui tale voto dovesse ottenere il sostegno della maggioranza assoluta dei deputati unionisti e di quelli nazionalisti, oppure il sostegno di almeno il 40% delle due comunità e il 60% dei deputati dell'intera Assemblea, sarà possibile rinnovare lo *status quo* di altri otto anni. Mentre, nell'ipotesi in cui il voto dovesse respingere l'accordo raggiunto, prenderà il via un periodo di due anni durante il quale dovrà essere individuato un progetto alternativo per il confine nord irlandese da parte di un *joint committee* composto da britannici ed europei.

E' noto che la questione del confine interno all'isola irlandese è sempre stata al centro delle annose trattative per giungere all'accordo di recesso. Come si ricorderà, proprio l'insoddisfacente soluzione del c.d. *backstop* che era stata trovata dalla May nel novembre 2018 aveva portato alla triplice bocciatura dell'*agreement* da parte del Parlamento di Westminster e alle dimissioni della Premier. Il nuovo accordo raggiunto da Johnson nell'ottobre successivo, pur lasciando sostanzialmente inalterata la maggior parte dell'*agreement* della May, aveva previsto una soluzione diversa per il Nord Irlanda, eliminando il controverso *backstop*. Il nuovo testo prevede infatti un complesso sistema di controlli sulle merci affidato alla supervisione di un *joint committee* UK-EU che consente di evitare il confine fisico interno all'isola e al contempo permette all'Irlanda del Nord di allinearsi alle regole doganali del Regno Unito, pur nel rispetto delle norme del mercato unico e dell'unione doganale.

Come dicevamo, l'accordo dispone che le merci provenienti dalla Gran Bretagna siano sottoposte a controllo presso la dogana in Nord Irlanda da parte di ufficiali britannici ed europei. Anche se l'accordo commerciale raggiunto alla vigilia di Natale non introduce dazi tra Regno Unito e Unione europea, l'uscita del Paese dal mercato unico ha comportato il

moltiplicarsi di controlli e di pratiche burocratiche che rallentano gli scambi e che, da **gennaio**, ha già determinato la confisca di generi alimentari e molti ritardi nelle esportazioni.

Si deve evidenziare che particolare tensione tra Regno Unito e Unione europea in relazione al protocollo era emersa già il **29 gennaio**, quando Ursula von der Leyen, in un tweet, a motivo della difficoltà legate alla fornitura dei vaccini e temendo che il problema dell'esportazioni fosse aggirato passando per l'Irlanda, aveva minacciato di attivare l'articolo 16 del protocollo che consente di imporre controlli su alcune merci e quindi un confine di fatto interno all'isola. Tuttavia il giorno successivo, dopo le proteste di Regno Unito e di Irlanda, la presidente della Commissione era tornata sui suoi passi.

In questi primi mesi dell'anno, per dar tempo al complesso meccanismo disposto dall'accordo di rodarsi, era stato previsto un "periodo di grazia" di 90 giorni per il controllo sui beni essenziali in arrivo in Irlanda del Nord dalla Gran Bretagna, periodo che avrebbe dovuto concludersi a fine **marzo**. Ma, con una decisione unilaterale, di fronte alle difficoltà di organizzare i controlli e, forse, anche delle minacce provenienti dagli elementi più estremisti dei partiti unionisti e dirette verso gli ispettori e il personale della dogana, il Premier Johnson il **3 marzo** ha deciso di allungare il periodo "di grazia" di altri cinque mesi, fino al 31 ottobre. Il Premier ha anche speso parole durissime verso il protocollo e l'accordo da lui stesso sottoscritti e che, in occasione del dibattito parlamentare del 19 ottobre 2019, aveva definito "a good arrangement, reconciling the special circumstances in Northern Ireland with the minimum possible bureaucratic consequences at a few points of arrival into Northern Ireland". In tale clima il **4 marzo** David Campbell, *chairman* del *Loyalist Communities Council* (che rappresenta l'*Ulster Volunteer Force*, l'*Ulster Defence Association* e il *Red Hand Commando*, organizzazioni unioniste paramilitari) ha inviato una lettera a Boris Johnson ed una analoga a Micheál Martin, *taoiseach* irlandese, comunicando loro che – temporaneamente - tali gruppi non avrebbero riconosciuto più la validità degli accordi del Venerdì santo.

In questo periodo l'Irlanda del Nord è stato teatro di scontri e di manifestazioni di protesta contro la polizia, scontri in cui sono stati coinvolti soprattutto giovanissimi, nati dopo gli Accordi del Venerdì Santo del 1998. Le tensioni sono aumentate anche a seguito della decisione del capo della polizia, Simon Byrne, di non perseguire coloro che - infrangendo le restrizioni per il Coronavirus - avevano partecipato, nel giugno 2020, al funerale di Bobby Storey, esponente del Sinn Féin ed ex membro dell'IRA. Alle esequie erano presenti anche alcuni esponenti del Sinn Féin, tra cui la *Deputy First Minister* Michelle O'Neill.

Nel mese di **aprile**, infine, gli Unionisti hanno anche presentato ricorso contro il protocollo, considerandolo contrario all'*Act of Union* e al *Good Friday Agreement*, e la *High Court* prenderà in esame il caso a maggio.

Ancora una volta il Premier sembra essere tornato sui suoi passi, tanto che l'Unione europea ha minacciato l'apertura di un'azione legale contro il Regno Unito, inviando una lettera di costituzione in mora. Il vicepresidente della Commissione europea Maroš Šefčovič ha scritto a David Frost, copresidente del *Joint Committee*, per trovare una soluzione politica avviando subito

colloqui bilaterali e concedendo al Regno Unito fino al **15 aprile** il tempo per presentare le proprie osservazioni.

Il contrasto tra Europa e Regno Unito relativo all'estensione del periodo di grazia ha spinto il Parlamento europeo a rinviare la data di ratifica dell'accordo commerciale che è stato finalmente approvato il **28 aprile** con 660 voti a favore, 5 contrari e 32 astenuti.

Quello che appare evidente è che nonostante la *Brexit* Regno Unito e Unione continueranno ad essere legati da una fitta rete di istituzioni comuni e saranno coinvolti in un processo di negoziazione permanente. Anche perché nella disciplina degli scambi commerciali il Regno Unito dovrà valutare se mantenere la propria legislazione allineata al mercato unico oppure deviare dagli standard europei, andando incontro ad eventuali ritorsioni e soprattutto aumentando il divario tra Gran Bretagna e Irlanda del Nord. La nomina da parte del Premier Johnson il **17 febbraio** dell'ex negoziatore britannico della *Brexit* Lord David Frost nel suo Governo come responsabile delle relazioni con l'Europa a partire dal **1° marzo** è stata letta come un segnale evidente del fatto che il problema della *Brexit* non si è concluso il 31 dicembre 2020.

Il 3 maggio si celebra il centenario della divisione dell'isola irlandese, il 23 giugno i cinque anni dal referendum *Brexit*. Gli anni passano, ma i problemi del Nord Irlanda rimangono ancora molto complessi e, per adesso, nessuna soluzione sembra profilarsi all'orizzonte.

PARTITI

BREXIT PARTY

Il **6 gennaio** il *Brexit Party* di Nigel Farage ha cambiato il nome in *Reform UK*. Una volta raggiunto l'obiettivo della *Brexit* il partito ha deciso di concentrarsi su altri temi, quali la riforma del sistema elettorale e quella della Camera dei Lords. Il *Brexit Party* era nato in occasione delle ultime elezioni europee del 2019, alle quali il Regno Unito aveva dovuto partecipare dopo il primo rinvio dell'uscita dal 29 marzo al 31 ottobre 2019: in tale occasione il partito aveva ottenuto 29 seggi.

PARTITO LABURISTA

Il **1 febbraio** è stato pubblicato il rapporto *Remaking Of The British State: For The Many, Not The Few* di Sean Patrick Griffin, rapporto che era stato commissionato dal partito laburista sotto la guida del precedente leader. Il rapporto contiene un radicale progetto di riforme costituzionali diretto, tra l'altro, a trasformare il tipo di Stato in federale, a sostituire la Camera dei Lords con un Senato elettivo basato su una rappresentanza territoriale, a ridimensionare i poteri della monarchia, il tutto attraverso l'introduzione di una Costituzione scritta.

Nel mese di **gennaio** Richard Leonard si è dimesso da leader dello *Scottish Labour* e al suo posto il **27 febbraio** è stato eletto Anas Sarwar, primo leader musulmano di un partito nel Regno Unito.

PARLAMENTO

PARLAMENTO E BREXIT

Lo slogan *take back control* che ha segnato il percorso dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea è un evidente richiamo al principio fondante la Costituzione britannica, quello della sovranità del Parlamento di Westminster, celebrata nelle note pagine del Dicey come “right to make or unmake any law whatever”. Le riserve diffuse nel Regno Unito nei confronti della Comunità Europea al momento dell'adesione alla CEE nel 1972 portarono il Parlamento di Westminster ad introdurre particolari meccanismi di controllo nella fase ascendente e in quella discendente del diritto europeo. Sia ai Comuni che ai Lords vennero istituiti appositi *Select Committees* i quali, in questi anni, hanno svolto un ruolo di estrema rilevanza nel controllo dell'operato del Governo dando quindi sostanza alla partecipazione del Parlamento alla formazione del diritto europeo.

L'uscita dell'Unione ha comportato un necessario cambiamento nell'assetto dei Comitati parlamentari che si occupavano di questioni europee. Già a seguito del risultato referendario era stato istituito l'*House of Commons Committee on Exiting the European Union* – che poi ha preso il nome di *Committee on the Future Relationship with the European Union* - il cui compito era stato quello di esaminare i processi dei negoziati e le leggi da approvare nel percorso per l'uscita. Durante questi anni il Comitato ha pubblicato diversi rapporti, fornendo un contributo importante al dibattito sulla *Brexit*.

Nuove competenze sono state poi attribuite al Parlamento dall'accordo di recesso e dal *Trade and Cooperation agreement* sottoscritto il 24 dicembre scorso. Westminster, infatti, dovrà controllare l'implementazione degli accordi e supervisionare gli organi congiunti Regno Unito-UE, vale a dire il Consiglio di partenariato istituito dal TCA e il *Joint Committee*. Si tratta di organismi dotati di poteri decisionali rilevanti e che avranno un peso decisivo nelle future relazioni.

Il **16 gennaio** il *Committee on the Future Relationship with the European Union* ha cessato di esistere e il suo ultimo rapporto [*The shape of future parliamentary scrutiny of UK-EU relations*](#) è stato pubblicato il **21 gennaio**. Il rapporto ha evidenziato che il Parlamento dovrà continuare a occuparsi delle relazioni con l'Europa garantendo un controllo efficace, ovviamente con forme e modalità differenti rispetto al passato, ma che dovranno fondarsi sulle competenze sviluppate durante questi anni. In particolare il rapporto ha evidenziato che le Camere dovranno essere dotate di poteri adeguati per supervisione l'attuazione del trattato commerciale e dell'accordo di recesso e dovranno pertanto essere costantemente informate sulle attività degli organi congiunti Regno Unito-UE.

Inoltre, il rapporto ha affermato che per garantire il rispetto del principio della concorrenza leale il Parlamento dovrà continuare a monitorare le proposte legislative dell'Unione con l'obiettivo di intercettare quelle che potrebbero avere influenza anche nel Paese soprattutto nell'ipotesi di un eventuale disallineamento normativo. Il rapporto ha suggerito di assegnare tale competenza ai Comitati parlamentari che fino ad ora si sono occupati dell'Unione europea, pur riconoscendo che la materia è talmente trasversale da coinvolgere la maggior parte dei Comitati parlamentari. Infine, il rapporto ha ribadito che Westminster dovrà prestare particolare attenzione sia alla realtà del Nord Irlanda, sia ai futuri negoziati relativi ai settori non ancora definiti, sia ai rapporti interparlamentari con le Assemblee delle nazioni devolute.

La Camera dei Comuni, nonostante la *Brexit*, ha scelto di mantenere l'*European Scrutiny Committee* (ESC) con il compito di esaminare l'attività normativa dell'Unione europea che può essere rilevante per il Regno Unito, soprattutto in relazione al protocollo dell'Irlanda del Nord. Detto Comitato, il **1 febbraio**, ha anche avviato un'inchiesta proprio sul tema delle *UK's new relationship with the EU*.

Il **22 marzo** l'*European Union Committee* della Camera dei Lords, ha pubblicato il rapporto [*Beyond Brexit: the institutional framework*](#), in cui ha evidenziato la necessità di controllare l'azione del Governo in materia da parte di entrambi i rami del Parlamento e dei suoi Comitati. Anche perché Lord Frost, non essendo esponente della Camera dei Comuni, non può essere responsabile di fronte ad essa. Il rapporto ha anche accolto con favore la proposta contenuta nell'accordo commerciale di istituire una *Parliamentary Partnership Assembly* tra Westminster e il Parlamento europeo che svolga le funzioni di "forum to exchange views on the partnership". Tuttavia il rapporto ha evidenziato come la genericità con cui il tema è stato trattato non lascia comprendere bene quale potrebbero essere le competenze e la composizione di questo organismo di raccordo. Alcune perplessità sono state anche espresse sul fatto che tale nuovo organismo interparlamentare sembrerebbe escludere la rappresentanza dei deputati delle Assemblee devolute.

Inoltre, la Camera dei Lords il **14 aprile** ha istituito l'*European Affairs Committee*. Obiettivo del Comitato è quello di esaminare il rapporto tra UK e UE e l'implementazione degli accordi, esaminare la documentazione europea rilevante per il Regno Unito e favorire la cooperazione interparlamentare con il Parlamento europeo. All'interno del Comitato è stato istituito un *Sub-Committee* specifico dedicato alla questione del Nord Irlanda, il *Protocol on Ireland/Northern Ireland Sub-Committee*

Il cambiamento deve essere inquadrato nell'ambito del processo di ristrutturazione dei propri Comitati che la Camera dei Lords ha avviato fin dal 2018 con l'obiettivo di rafforzarne struttura e funzioni, anche alla luce delle nuove relazioni con l'Europa e della necessità di rafforzare il controllo sulla legislazione delegata.

IL CONTROLLO DELL'AGENDA PARLAMENTARE

La riflessione sul contributo del *Backbench Business Committee* dei Comuni a dieci anni dalla sua istituzione ha offerto lo spunto per discutere, ancora una volta, il tema della definizione dell'agenda parlamentare da parte dell'Esecutivo.

Il *Backbench Business Committee* era stato istituito su proposta del *Wright Committee* il quale aveva evidenziato la necessità di assegnare al Parlamento un maggior controllo in merito alla gestione delle proprie attività. Sicuramente il Comitato ha favorito in questi anni il dialogo trasversale tra i deputati, ha avuto la possibilità di influire sui lavori dell'aula grazie al potere di fissare l'ordine del giorno di alcune sedute per ogni sessione.

I cambiamenti introdotti, pur se importanti, non possono tuttavia essere considerati rivoluzionari. Il rapporto [*Taking Back Control: Why the House of Commons Should Govern its Own Time*](#) pubblicato a **gennaio** da Meg Russell e Daniel Gover per il *Constitution unit* è intervenuto sulla questione giudicando come eccessivo il controllo dell'agenda del Parlamento da parte del Governo. Il rapporto ha proposto alcune modifiche atte a ridimensionare il ruolo dell'Esecutivo e a ridurre il dominio di questo sul calendario parlamentare. Il rapporto ha giudicato tali riforme particolarmente urgenti, soprattutto per il post pandemia, e al contempo necessarie al fine di potenziare la capacità – dimostrate comunque in questo anno dal Parlamento e dai *backbenchers* - di effettuare uno scrutinio efficace sull'azione del Governo.

PARLAMENTO E CORONAVIRUS

Nel mese di **gennaio** l'*UK Study of Parliament Group* ha pubblicato un interessante rapporto dal titolo [Parliaments and the Pandemic](#) curato da Paul Evans, Christine Salmon Percival, Paul Silk e Hannah White, nel quale si approfondiscono i molteplici aspetti dell'impatto della pandemia sul funzionamento delle istituzioni e si evidenziano anche le potenzialità legate alla tecnologia per il futuro dei lavori parlamentari.

Appare interessante ricordare che le modifiche introdotte ai lavori parlamentari dalla pandemia, se mantenute anche in futuro, potrebbero avere effetti sulla stessa tradizionale concezione della rappresentanza, ad esempio se dovesse affermarsi il principio che i lavori virtuali del Parlamento dovranno continuare per favorire il legame del deputato con il proprio collegio. Il documento plaude alla capacità mostrata dalle Assemblee di adattarsi all'emergenza attraverso l'approvazione di modifiche temporanee dei propri regolamenti. Allo stesso tempo, però, evidenzia la necessità di aumentare le forme di controllo sull'Esecutivo attraverso le riunioni dei Comitati, da svolgere da remoto o in modalità mista, e l'incremento del controllo sulle deleghe.

Il **4 marzo** lo *Speaker* Lindsay Hoyle ha indicato le tappe per il ritorno alla normalità dei lavori dei Comuni in vista dell'allentamento previsto per il 21 giugno. Hoyle ha tuttavia precisato che alcune delle novità procedurali che sono state introdotte a seguito della pandemia potrebbero anche rimanere nella fase post Covid, dato che hanno imposto una modernizzazione, rivelatasi positiva, delle procedure parlamentari fondate su tradizioni secolari. Molti deputati, ad esempio, vorrebbero mantenere il nuovo sistema di voto che ha sostituito quello delle divisioni e che prevede l'uso di una carta elettronica, modalità che è sostenuta anche dal *Leader of the House*, Jacob Rees-Mogg. Lo *Speaker* ha espresso il suo favore, poi, nei confronti delle riunioni dei Comitati a distanza o in modalità mista.

L'*House of Commons Commission* l'**8 marzo** ha approvato il [piano](#) per la transizione verso la normalità che prevede un graduale rientro a Westminster dello staff dei parlamentari e una graduale apertura al pubblico.

Il **14 marzo** il *Procedure Committee* ha pubblicato il rapporto [Back to the Future? Procedure after coronavirus restrictions](#) nel quale ha invitato a prolungare l'estensione delle misure emergenziali fino all'inizio di quella che dovrebbe essere, secondo i piani del Governo, la fase 4 a partire dal 21 giugno.

Il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni il **15 marzo** ha pubblicato il rapporto [Government transparency and accountability during Covid 19: The data underpinning decisions](#). Obiettivo del rapporto è quello di valutare non già il merito delle decisioni assunte dall'Esecutivo durante la pandemia, bensì “whether those decisions were transparent and whether the data underpinning them was available for Parliament and the public to hold the Government to account”. Il rapporto appare critico sulla trasparenza e sulla chiarezza delle informazioni offerte dal Governo e sulla sua capacità di interazione con le autorità locali. Ma al di là del contenuto appare importante sottolineare quanto affermato dal Comitato sugli obblighi “moralì” dell'Esecutivo. A fronte dei sacrifici in termini di vite umane, economici e di restrizioni dei diritti di libertà, il rapporto ha affermato che deve essere un “moral imperative on Government to clearly justify each of their decisions. Part of that is making the data that is driving the response, and its interpretation, available so people can understand why they are being asked to make such sacrifices”.

Il **25 marzo** la Camera dei Comuni ha deciso di estendere per altri 3 mesi le procedure emergenziali per il Covid. Le modifiche introdotte lo scorso anno ai regolamenti parlamentari prevedono che: tutti i deputati che per motivi di salute non siano in grado di frequentare in presenza le sedute di Westminster possano continuare a farlo da remoto; tutti i deputati che - per fattori di rischio o patologie preesistenti - siano impossibilitati a partecipare alle sedute di Westminster possano ricorrere al voto per procura; tutti i deputati possano partecipare da remoto alle “oral” o alle “urgent questions”.

CORONAVIRUS ACT 2020

La decisione della Camera dei Comuni di estendere per altri 3 mesi le procedure emergenziali per il Covid è stata assunta il **25 marzo** – ad un anno esatto dall’approvazione della legge - nell’ambito del dibattito relativo al rinnovo semestrale delle misure emergenziali previsto dal *Coronavirus Act 2020*. La legge era stata approvata a marzo 2020 in tempi rapidissimi per conferire i necessari poteri all’Esecutivo per fronteggiare l’emergenza. Il rinnovo semestrale delle misure è stata occasione per dottrina e politici di valutare l’efficacia non solo delle misure fino ad ora adottate, ma anche della clausola dei sei mesi come forma di controllo del Parlamento sul Governo. Il voto del Parlamento, infatti, non ha ad oggetto le singole disposizioni e i singoli provvedimenti, ma si esprime in blocco sull’intera legge. Non tutto il partito conservatore sostiene le rigide misure imposte dal Governo né la necessità di estenderle di altri 6 mesi.

In questi mesi il Governo ha pubblicato [rapporti](#) periodici bimestrali in cui ha dato conto delle misure introdotte, l’ultimo dei quali, [One Year Report on the status on the non-devolved provisions of the Coronavirus Act 2020: March 2021](#), il **19 aprile**.

TRADE ACT 2021

Il **29 aprile** il [Trade Act 2021](#) ha ricevuto l’assenso reale. La legge, necessaria per la regolamentazione del commercio internazionale post *Brexit*, è stata particolarmente dibattuta in Parlamento anche a motivo della proposta dei Lords di inserire una disposizione attraverso la quale conferire alle Corti il potere di annullare gli accordi commerciali bilaterali stipulati con Paesi i cui Governi erano stati ritenuti responsabili di genocidio. Una disposizione che avrebbe potuto consentire alle Corti di annullare eventuali futuri accordi commerciali con la Cina, accusata di genocidio culturale degli Uiguri. Dopo mesi di dibattito il compromesso raggiunto dalle due Camere il **23 marzo** prevede l’istituzione di un *Judicial Committee* composto da ex giudici e istituito dal Parlamento a cui affidare il compito di valutare gli Stati con cui si stipulano gli accordi. Un compromesso che offre quindi alle Camere la possibilità di esercitare un controllo efficace sull’Esecutivo.

CONTROLLO PARLAMENTARE SULLA DELEGA

Nonostante gli sforzi compiuti dalle due Camere è evidente che la pandemia ha alterato il funzionamento tradizionale delle attività di controllo e di scrutinio e, soprattutto, ha reso complesso verificare l’enorme mole di *statutory instruments* emanati dal Governo. La gestione emergenziale della crisi ha infatti accentuato i già ampi poteri normativi del Governo, che sono stati estesi anche dalla *Brexit*. L’incremento delle deleghe è stato necessario da un canto per adeguare la normativa europea recepita nel Regno Unito al nuovo contesto post *Brexit* e dall’altro alla gestione dell’emergenza. La fine del periodo di transizione e l’attenuazione delle

misure restrittive ed emergenziali dovrebbero condurre ora a prevedere un sistema di controllo parlamentare sulle deleghe che sia il più efficiente possibile.

NUOVE REGOLE DI CONDOTTA

Il *Committee on Standards* dei Comuni il **30 marzo** ha pubblicato il rapporto [*Sanctions and confidentiality in the House's standards system: revised proposals*](#) nel quale ha aggiornato le regole di condotta dei deputati e le sanzioni per il loro mancato rispetto. Il rapporto è stato discusso dalla Camera e durante il dibattito il *Leader of the House*, Jacob Rees-Mogg, ha sostenuto la necessità di modificare la cultura del Parlamento “thorough culture change comes from setting expectations as much as creating new rules”.

LORDS

A seguito delle dimissioni del Lord Speaker Lord Fowler con effetto dal **30 aprile**, la Camera dei Lords, il **21 aprile**, ha eletto alla carica il laburista Lord McFall of Alcluith. Si tratta di un ex deputato, che era stato eletto nelle circoscrizioni scozzesi, che aveva presieduto il *Treasury Select Committee* dei Comuni negli anni di governo Brown. Gli sfidanti erano la laburista Lady Hayter e il Lib Dem Lord Alderdice.

La figura del Lord Speaker è stata introdotta con il *Constitutional Reform Act* 2005 che ha eliminato l'automatismo tra la carica di Cancelliere e quella di presidente della Camera dei Lords. Così, a partire dal 2006, i Pari hanno iniziato ad eleggere il loro Presidente. Rispetto all'omologo dei Comuni, il Presidente della Camera dei Lords ha un ruolo molto più limitato, anche se le sue funzioni non possono essere considerate meramente formali. Bisogna evidenziare, peraltro, come in quest'ultimi decenni, soprattutto dalla riforma del 1999, il Governo sia stato sconfitto più volte alla Camera alta. Nella nuova legislatura iniziata a dicembre 2019, nella quale l'Esecutivo Johnson si fonda su una solidissima maggioranza ai Comuni, il Governo, ad esempio, è stato sconfitto ai Lords già 114 volte. Una realtà che ha spinto molti Pari a chiedere di aumentare le competenze del Lord Speaker affidandogli poteri che gli consentano di confrontarsi in modo più efficace con il Governo.

Il dibattito tra i candidati ha offerto l'occasione per discutere dei problemi della Camera dei Lords e della sua riforma. Uno dei temi al centro della discussione è stato quello relativo alle modalità di elezione dei Pari ereditati rimasti dopo la riforma del 1999, modalità che ha sollevato molte voci critiche. I candidati hanno sollecitato il Governo ad intervenire con riforme dirette a modernizzare il Parlamento e la Camera alta.

In questi mesi la riforma della Camera dei Lords ed in particolare il ruolo dei pari ereditari è stata anche oggetto di una inchiesta del *Times*. Da essa sembra emergere un quadro critico degli *hereditary Peers* che – secondo i dati – è la categoria che lavora di meno e costa di più. L'indagine ha evidenziato che i 92 Lords ereditari non sono assolutamente rappresentativi della realtà sociale britannica dato che sono tutti uomini, bianchi, di età avanzata (la media è 71 anni), istruiti nelle scuole più prestigiose del Paese. Molti pari ereditari si sono espressi a favore di una riforma della Camera alta diretta a sostituirli con rappresentanti regionali.

FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT

Il Governo conservatore guidato da Boris Johnson nel mese di dicembre aveva presentato un [*draft Fixed-term Parliaments Act 2011 \(Repeal\) bill*](#) diretto ad abrogare il *Fixed-term Parliaments*

Act 2011. Come noto la legge era stata approvata nel 2011 per cementare l'alleanza tra i conservatori e i liberal democratici.

La legge del 2011 aveva previsto, alla *section 7*, che entro il novembre 2020 sarebbe stato creato un Comitato parlamentare, il quale avrebbe dovuto prendere in esame il funzionamento concreto della legge e le sue conseguenze al fine di prevedere eventuali riforme della materia. Così, nei mesi scorsi, è stato istituito il *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act*, composto da 14 deputati e 6 Lords, mentre sempre in autunno due Comitati parlamentari, uno dei Lords e uno dei Comuni avevano avanzato alcune proposte per la riforma del potere di scioglimento (sul punto si rinvia a quanto detto nelle *Cronache costituzionali* pubblicate sul n. 3/2020 della presente rivista). Il tema sarà oggetto di riforma nella prossima sessione parlamentare che prenderà il via dal mese di maggio e sono molti i punti rilevanti e i profili che saranno con ogni probabilità oggetto di dibattito politico-costituzionale, ad iniziare dal tema centrale relativo alla titolarità sostanziale del potere di scioglimento.

Il *Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act* il **24 marzo** ha pubblicato il suo [rapporto](#) nel quale ha criticato il fatto che il disegno di legge governativo preveda l'abrogazione della legge e non una sua modifica, rischiando di creare incertezza e vuoti normativi. Sul punto si deve precisare che manca unanimità di interpretazione su quali possano essere gli effetti dell'abrogazione della legge ed in particolare se questa possa portare alla reviviscenza delle prerogative regie. Le prerogative sono, infatti, poteri che spettano al sovrano in forza della tradizione e che non sono stati mai aboliti da leggi o da sentenze di *common law*. Inoltre, il rapporto ha criticato il *draft bill* perché esso prevede l'introduzione di una *ouster clause* che rende non giustiziabile l'esercizio del potere di scioglimento e ha invitato il Governo a circoscriverne l'applicazione. Ha inoltre suggerito di chiamare il *bill Dissolution and Summoning of Parliament Act*. Il Comitato ha, comunque, giudicato con favore la presentazione in *draft* del disegno di legge, modalità che può consentire un attento scrutinio della questione, ricordando invece che la legge del 2011 era stata sottoposta ad un insufficiente vaglio parlamentare. Tuttavia, in questi mesi non sono mancate le critiche al comportamento dell'Esecutivo accusato di aver pubblicato il *bill* senza aspettare le conclusioni del *Joint Committee*. Il rapporto ha, poi, evidenziato le difficoltà del Premier Johnson di attuare lo scioglimento dei Comuni nel 2019 attraverso l'applicazione della normativa in vigore che prevede una maggioranza qualificata dei 2/3. Per rendere più semplice raggiungere tale risultato il rapporto ha suggerito di prevedere la maggioranza semplice nella nuova legge.

Il *Joint Committee* si è, infine, soffermato sulla convenzione del rapporto fiduciario e sulla necessità che debba trascorrere un periodo di 14 giorni tra l'eventuale sfiducia e lo scioglimento e ha evidenziato le difficoltà di tradurre in legge l'elasticità delle regole convenzionali britanniche.

ASSEMBLEE DI CITTADINI

A **gennaio** la *Citizens' Assembly of Scotland* ha pubblicato il suo [rapporto](#) che contiene 60 raccomandazioni tra cui alcune relative al futuro delle Assemblee di cittadini. Il rapporto è stato discusso dall'Assemblea di Holyrood il **18 febbraio** ed ha avuto una accoglienza positiva da parte di tutte le forze politiche. Non si tratta dell'unica Assemblea di cittadini in attività nel Regno Unito: stanno lavorando ancora la *Scotland's Climate Assembly*, la *Bristol's Citizens' Assembly* e la *Blaenau Gwent Climate Assembly* in Galles.

GOVERNO

QUESTIONI INTERNE ALL'ESECUTIVO

Tra gli obiettivi del Premier Johnson c'è anche la riorganizzazione dell'apparato amministrativo. Un obiettivo che era stato portato avanti inizialmente dal controverso consigliere Dominic Cummings, dimessosi lo scorso novembre.

Il **12 gennaio** il Premier ha annunciato al suo Gabinetto che Sir Michael Barber nei prossimi mesi si occuperà di rivedere il funzionamento di *Whitehall* e di proporre soluzioni per possibili riforme. I commentatori politici sono convinti del fatto che tali modifiche saranno comunque meno radicali di quelle che avrebbe voluto introdurre Cummings.

Il **20 febbraio** Oliver Lewis, da poco nominato dal Premier al vertice della "union unit", si è dimesso dopo essere stato accusato da Johnson di cospirare contro Michael Gove. Lewis era uno degli ultimi alleati di Cummings a Downing Street e pertanto le sue dimissioni devono essere inquadrare nell'ambito dell'epurazione intrapresa negli ultimi tempi dal Premier nei confronti dei *leavers* più radicali del suo partito, secondo alcuni anche grazie all'influenza della compagna Carrie Symonds.

L'**8 aprile**, al posto di Lewis, Boris Johnson ha nominato Sue Gray *second permanent secretary* del *Cabinet Office* e a lei ha affidato il compito di occuparsi di "policy on the Union and the constitution". La sua nomina evidenzia l'impegno del Governo diretto a difendere l'unità del Regno e a contrastare la richiesta di indipendenza della Scozia o la riunificazione dell'isola irlandese.

Il **22 aprile** il *Cabinet Office* ha deciso di avviare un'inchiesta a seguito della diffusione di alcune mail e di messaggi inviati dal Premier e la cui fonte è stata Dominic Cummings. Tra i tanti messaggi ve ne sono alcuni compromettenti spediti dal Primo Ministro al magnate James Dyson promettendogli esenzioni fiscali in cambio di aiuto per la gestione dell'emergenza sanitaria.

Cummings nel suo blog ha poi criticato il Premier e la sua compagna muovendo pesanti accuse di violazione del codice ministeriale, tra cui quella di aver usato i fondi del partito per ristrutturare il suo appartamento di *Downing street*. Le accuse hanno spinto l'*Electoral Commission* ad avviare un'inchiesta.

GLOBAL BRITAIN

Il **16 marzo** il Governo ha pubblicato e presentato in Parlamento il *white paper* [*Global Britain in a Competitive Age. The Integrated Review of Security, Defence, Development and Foreign Policy*](#) che condensa gli obiettivi di politica estera dell'Esecutivo per il prossimo decennio. La rilevanza del *white paper* si deve anche al fatto che si tratta del primo documento post *Brexit* in materia e che è utile quindi a ricollocare il Paese in un nuovo quadro internazionale, alla ricerca di un proprio spazio tra USA, Cina ed economie emergenti. Il documento si concentra anche sulla sicurezza, in tutte le sue declinazioni.

UN ANNO DI PANDEMIA

Il **26 marzo**, durante la conferenza stampa organizzata a Downing Street a un anno dal primo *lockdown*, il Premier Johnson ha ammesso che avrebbe potuto gestire diversamente la pandemia, soprattutto al momento della sua prima diffusione.

Si ricorda che sono mesi che viene chiesto al Premier di istituire una commissione indipendente per valutare la gestione della pandemia, inchiesta che però non ha ancora preso il via.

Il Premier Johnson, che un anno fa era stato molto criticato per la gestione della pandemia, ora è molto risalito nei sondaggi e la campagna vaccinale in atto nel Regno Unito è stata presa a modello dagli altri Paesi europei.

RACIAL DISPARITY

Il **31 marzo** è stato pubblicato un [rapporto](#) particolarmente critico sulla disparità razziale nel Regno Unito da parte della *Commission on Race and Ethnic Disparities* governativa. Il rapporto denuncia la “shocking disparities and shocking outcomes in health, education and housing” relativa ad alcune minoranze presenti sul territorio del Paese. Il rapporto ha presentato 24 raccomandazioni al fine di affrontare questo tema così delicato. La pubblicazione del rapporto ha sollevato molte polemiche.

SCANDALO CAMERON

Nel mese di **aprile** è esploso uno scandalo che ha riguardato l'ex Premier David Cameron e che si sta riflettendo su tutto il partito. David Cameron, infatti, una volta lasciato il suo incarico è entrato come consulente in una società finanziaria, la Greensill Capital, poi fallita, che aveva cercato di fare pressioni per ottenere prestiti dall'Esecutivo.

Il Governo Johnson ha deciso di aprire un'inchiesta.

CORONA

QUEEN'S CONSENT

Un'inchiesta condotta dal *Guardian* ha fatto tornare in prima pagina il **7 febbraio** il controverso tema del *Queen's consent*, la prassi per cui, nel corso dell'*iter legis*, viene richiesto alla regina o al principe di Galles di esprimere il consenso sui *bills* relativi alle prerogative regie, alle “hereditary revenues, personal property or personal interests of the Crown”, del *Duchy of Lancaster* o del *Duchy of Cornwall*, prima che tali disegni di legge vengano approvati dalle Camere. E' emerso, infatti, che la regina Elisabetta avrebbe tentato di fare pressioni sul Governo Heath nel 1973 al fine di bloccare l'approvazione di una legge relativa alla trasparenza delle partecipazioni societarie, *bill* che l'avrebbe costretta a rendere pubbliche le proprie entrate.

Già nel 2014, un'inchiesta giornalistica del *Guardian* aveva messo in luce la poco nota procedura del *Queen's consent*, che si fonda su una convenzione assai risalente nel tempo. L'inchiesta aveva evidenziato come negli anni il concetto di “interests of the Crown” fosse stato interpretato in modo molto estensivo, comportando, in alcuni casi, una sorta di “royal veto”.

Secondo i giornalisti in diversi casi Buckingham palace ha approfittato della procedura del consenso reale per esercitare una notevole influenza sul Parlamento. Sarebbero più di 1000, almeno secondo i dati riportati, i disegni di legge che “potrebbero avere un impatto

sulle prerogative o sugli interessi della Corona”, tra cui progetti che incidevano sulle proprietà personali e su quelle dell’erede al trono.

Il consenso è stato richiesto anche in merito alle restrizioni introdotte per il Coronavirus che avevano impatto sulla *Crown land*.

Buckingham Palace ha respinto tutte le accuse affermando che Elisabetta II non ha mai fatto pressioni, né bloccato alcuna legge, ma che ha sempre seguito le normali procedure costituzionali.

Il tema ha offerto alla stampa un nuovo argomento di dibattito sulla monarchia, già al centro di polemiche a seguito dell’intervista rilasciata ad Oprah Winfrey nel mese di **marzo** da Meghan e Harry.

CORTI

HUMAN RIGHTS ACT

Lo *Human Rights Act 1998*, la legge che ha consentito ai giudici inglesi di emanare una declaratoria di incompatibilità nei confronti delle leggi nazionali ritenute in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è oggetto di esame da parte dell’*Independent Human Rights Act Review* che tra il **13 gennaio** ed il **3 marzo** ha aperto una [Call for Evidence](#) pubblica in materia.

Uno degli aspetti maggiormente criticato dell’atto del 1998 è quello per cui le Corti devono interpretare le leggi cercando di renderle compatibili con la convenzione anche se, applicando i tradizionali criteri ermeneutici, la legge potrebbe risultare in contrasto. Si tratta di una competenza che finisce per attribuire, secondo molti, poteri parecchio estesi alle Corti, autorizzando di fatto un *judicial lawmaking*.

La riforma che il Governo vuole introdurre deve essere inquadrata nell’ambito del progetto di Johnson di ridefinire i rapporti tra giudiziario, esecutivo e legislativo. Anche se nel *manifesto* del partito conservatore si prevedeva l’istituzione di una *Constitution, Democracy and Rights Commission* che avrebbe dovuto occuparsi delle “relationship between the Government, Parliament and the courts” e della riforma dello *Human Rights Act*, l’Esecutivo ha preferito agire in modo settoriale, istituendo specifiche commissioni dedicate.

Al contempo, tra il **19 febbraio** e il **22 marzo**, il *Joint Committee on Human Rights* ha avviato un’inchiesta sul tema.

INDEPENDENT REVIEW OF ADMINISTRATIVE LAW

L’*Independent Review of Administrative Law* (IRAL), presieduta da Lord Faulks, ha preso il via tra le polemiche di coloro che hanno espresso preoccupazione non solo per le conseguenze della riforma proposta dal Governo, ma anche per le competenze attribuite alla commissione. La riforma del *judicial review* non è certo un tema nuovo, ma la preoccupazione riguarda la volontà del Governo di ridurre i poteri delle Corti in materia di *judicial review* di fatto spuntando l’arma dell’annullamento degli atti amministrativi. La commissione ha pubblicato il suo [rapporto](#) il **18 marzo** e una nuova fase di [consultazione](#) si è chiusa il **29 aprile**.

CRIMINAL CASES REVIEW COMMISSION

Il **25 marzo** la *Westminster Commission on Miscarriages of Justice* ha pubblicato il rapporto [*In the interests of Justice. A report on the Criminal Cases Review Commission*](#) nel quale ha auspicato, tra l'altro, che la *Criminal Cases Review Commission* (CCRC), che ha il compito di riesaminare i casi di errori giudiziari, possa essere dotata di maggiori risorse. Il rapporto ha denunciato i tagli imposti in questi anni a fronte di un incremento di lavoro. Il rapporto ha anche evidenziato che il Ministro di giustizia non sembra rispettare l'indipendenza della *Criminal Cases Review Commission*.

COVID AND THE COURTS

Il **30 marzo** il *Constitution Committee dei Lords* ha pubblicato il rapporto [*COVID-19 and the Courts*](#) nel quale ha affrontato il tema del modo in cui la pandemia ha modificato il funzionamento del sistema giudiziario del Paese. Il rapporto ha denunciato che i tagli degli anni passati all'amministrazione giudiziaria hanno contribuito a rallentare la piena operatività di questa durante i mesi di emergenza. Il rapporto ha affermato che: "Acknowledging the significant efforts of those working in the courts system should not obscure the scale of the challenges that they faced. Drastically reduced funding for the justice system in the preceding decade left courts and tribunals in a difficult place going into this period of crisis". Pertanto ha auspicato maggiori investimenti in termini di risorse e tecnologia, soprattutto necessary nelle *lower courts*.

AUTONOMIE

Il **24 marzo** è stato pubblicato il rapporto [*Dunlop Review of UK Government Union Capability*](#), pubblicato da una commissione indipendente. Il *Cabinet Office Minister* Michael Gove in Parlamento ha parlato dell'impegno del Governo per il mantenimento dell'Unione e delle relazioni intergovernative. L'inadeguatezza delle relazioni intergovernative è sicuramente il problema su cui sarà necessario lavorare nel post *Brexit*.

Peraltro, lo stesso giorno è stato pubblicato l'[*Intergovernmental Relations Quarterly Report Quarter 1 2021*](#) e l'aggiornamento del [*Joint intergovernmental relations Review*](#).

SCOZIA

Diversi i temi da trattare per quanto riguarda la Scozia che in questi mesi si è preparata alle elezioni dell'Assemblea di Holyrood previste per il 6 maggio.

Iniziamo dalla gestione della pandemia che ha visto le 4 nazioni coordinarsi sulla base del *Coronavirus Action Plan* del marzo 2020, con incontri periodici tra i ministri della salute e un concreto aiuto nella diffusione dei vaccini in tutte le nazioni. La sanità rientra tra le materie devolute e quindi, pur nel quadro di uno sforzo comune per evitare la circolazione del virus, la gestione è stata autonoma. Come abbiamo avuto modo di evidenziare già in questa rubrica la pandemia sta costituendo un importante banco di prova per la *devolution* dato che l'emergenza è stata affrontata parallelamente dai quattro Esecutivi nazionali e ha permesso di testare un modello di gestione del potere territoriale quasi federale evidenziando le peculiarità delle singole nazioni. È evidente che la responsabilità della sanità nell'era Covid ha favorito la riflessione su temi quali l'indipendenza scozzese, l'identità gallese e l'unità dell'isola irlandese.

Il tema si lega quindi al rinnovato vigore che in questi mesi si registra in relazione ad un secondo referendum per l'indipendenza che lo *Scottish National Party* vorrà tenere nel corso della

prossima legislatura. A tal fine, il **24 gennaio**, il *constitution secretary* Mike Russell ha presentato all'Assemblea nazionale dello SNP una [roadmap to a referendum](#) articolata in 11 punti. Secondo il progetto se lo SNP vincerà le elezioni del 6 maggio il Governo scozzese chiederà al Parlamento di Westminster di autorizzare, ai sensi della *section 30* dello *Scotland Act 1998*, l'Assemblea di Holyrood ad approvare una legge di indizione del referendum, al pari di quanto avvenuto per il referendum del 2014. In alternativa il partito nazionalista scozzese chiede che il Governo britannico riconosca alla Scozia il potere di legiferare in materia referendaria senza necessità di ulteriori deleghe. Intenzione del partito è quella di tenere un referendum al termine della pandemia.

Il premier Boris Johnson ha più volte ribadito la sua opposizione al referendum e pertanto, nell'ipotesi in cui il Governo britannico dovesse presentare ricorso contro il referendum, il partito scozzese ha affermato che: "Such a legal challenge would be vigorously opposed by an SNP Scottish government".

I primi mesi dell'anno hanno visto, poi il Governo scozzese sull'orlo della crisi a motivo del caso Alex Salmond. L'ex *first minister* scozzese, infatti, nel 2018 era stato accusato da due dipendenti di molestie sessuali e sottoposto a processo. Le accuse avevano portato ad una rottura del rapporto tra Salmond e la Sturgeon. I due politici per anni avevano invece collaborato ai vertici del partito e a seguito delle dimissioni di Salmond, dopo il referendum del 2014, la Sturgeon ne era divenuta la naturale erede.

Alex Salmond era stato assolto da tutte le accuse nel marzo 2020. Egli, a sua volta, aveva accusato il Governo scozzese, ritenendosi vittima di una cospirazione ordita nei suoi confronti allo scopo di danneggiarlo politicamente. A suo parere l'Esecutivo aveva condotto un processo nei suoi confronti considerato da Salmond illegale e condizionato da evidenti pregiudizi. Nel gennaio 2019 il Governo aveva ammesso di aver commesso errori nelle indagini ed era stato costretto a pagare le spese legali sostenute da Salmond.

Salmond ha poi sostenuto che Nicola Sturgeon aveva violato il codice ministeriale e mentito al Parlamento durante l'inchiesta e le sue accuse hanno portato all'istituzione di un Comitato parlamentare che, in questi mesi, ha condotto un'inchiesta sul comportamento dell'Esecutivo.

Il **10 marzo** il Parlamento di Holyrood ha votato una mozione di sfiducia contro il vice *First Minister* John Swinney il quale era stato criticato per il ritardo con cui aveva consegnato il suo parere legale ai deputati che indagavano sulla gestione delle accuse di molestie mosse contro l'ex Primo ministro. La mozione è stata respinta con 65 voti contrari e 57 favorevoli.

Il **21 marzo** è stato pubblicato il [rapporto](#) frutto dell'indagine indipendente condotta dal giudice James Hamilton, ex procuratore capo irlandese. Dall'inchiesta è emerso che la Sturgeon non ha fornito informazioni fuorvianti al Parlamento di Holyrood in merito al momento in cui era venuta a conoscenza delle accuse di molestie sessuali contro Alex Salmond. La Sturgeon avrebbe ricostruito in modo incompleto la dinamica dei fatti, ma solo perché non li ricordava nei dettagli.

Il **23 marzo** anche la Sturgeon è stata sottoposta a Holyrood ad una mozione di censura che era stata presentata da Ruth Davidson, deputata del partito conservatore. L'Assemblea ha respinto la mozione con 61 voti contrari e 31 a favore. I Verdi hanno votato a sostegno della Sturgeon, mentre i Liberal democratici e i Laburisti di sono astenuti.

Pur se conclusa in modo favorevole, la vicenda ha fatto registrare un calo nei sondaggi a sostegno all'indipendenza scozzese, che sono scesi sotto il 50% per la prima volta da un anno.

Chiusa la questione Salmond ha dato, poi, vita ad un nuovo partito, l'*Alba party*. Intenzione di Salmond è quella di presentare candidati esclusivamente nei collegi regionali e non in quelli uninominali alle elezioni del 6 maggio, in modo da offrire un sostegno alla richiesta di indipendenza avanzata dallo SNP. Il sistema elettorale utilizzato in Scozia, infatti prevede un correttivo proporzionale che finisce per penalizzare lo *Scottish National Party*, favorito nei collegi uninominali. Ma Nicola Sturgeon ha dichiarato che l'obiettivo del suo partito è di vincere la maggioranza semplice, non quella di creare una super maggioranza a favore dell'indipendenza. Pertanto ha respinto al mittente l'offerta di creare possibili alleanze con l'*Alba party* e - attraverso l'hashtag #votebothSNP - ha invitato gli elettori a votare per lo SNP sia nell'uninomiale che nei collegi regionali, rifiutando espressamente l'ipotesi di un voto disgiunto.

GALLES

Le relazioni tra Cardiff e Londra sono peggiorate con la premiership di Johnson anche se in Galles il sentimento indipendentista non è certo diffuso come in Scozia.

Tale tensioni sono apparse evidenti quando il **19 gennaio**, Jeremy Miles *Counsel General for Wales* ha presentato ricorso nei confronti dell'*United Kingdom Internal Market Act 2020*, ritenendolo contrario al *Government of Wales Act 2006*. L'*United Kingdom Internal Market Act 2020* ha aggiunto se stessa all'elenco delle "protected enactments", gli atti che non possono essere modificati dalle leggi devolute. Il Governo gallese ritiene che l'*United Kingdom Internal Market Act 2020* finisca per espandere l'elenco delle materie riservate definite dall'atto del 2006 e quindi comporti un'abrogazione implicita di una legge che è un *constitutional statute*. Abrogazione che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di *common law*, non sarebbe consentita.

Il **19 aprile**, tuttavia, la *High Court* ha respinto il ricorso del Governo gallese, giudicandolo "premature" e reputando, dunque, "non necessario" e "non saggio" l'intervento delle Corti. I giudici hanno affermato che: "A claim concerning the meaning or effect of provisions of Senedd legislation, or whether the legislation is properly within the Senedd's legislative competence, is better addressed in the context of specific legislative proposals" aggiungendo che "It is inappropriate to seek to address such issues in the absence of specific circumstances giving rise to the arguments raised by the claimant and a specific legislative context in which to test and assess those arguments. Similarly, it is inappropriate to seek to give general, abstract rulings on the circumstances in which the power to make regulations amending the Act may be exercised."

Il **14 gennaio** il partito laburista gallese ha pubblicato il rapporto [We, the People: the Case for Radical Federalism](#) nel quale ha ribadito quanto già affermato dal Governo gallese in questi anni in termini di riforme da introdurre, tra cui - ad esempio - una seconda Camera delle nazioni e delle regioni al posto di quella dei Lords. Il rapporto ha affermato: "We believe that the vision for a UK transformed should be informed through a network of people's assemblies, consisting of people drawn from local communities and interest groups, who have the lived experience and knowledge of what is broken and not working, and how it should be fixed".

Il [Local Government and Elections \(Wales\) Act 2021](#) - che ha ricevuto l'assenso reale il **21 gennaio** - ha esteso il voto ai sedicenni per le elezioni locali in Galles, come già avviene per quelle del Senedd. La legge prevede, inoltre, che per le elezioni locali possa essere adottato come sistema elettorale il *First Past the Post* o il voto singolo trasferibile.

Il **16 marzo** il [Welsh Elections \(Coronavirus\) Act](#) gallese ha ricevuto l'assenso reale. La legge si occupa della questione delle elezioni in tempo di Coronavirus e prevede la possibilità di rinvio

nel caso in cui dovesse verificarsi un peggioramento della situazione pandemica. Interessante la procedura approvata del Parlamento gallese che appare sostanzialmente differente da quella adottata da Westminster lo scorso anno per il rinvio delle elezioni amministrative. In Galles, infatti, la decisione relativa all'eventuale rinvio non è stata lasciata nelle mani del solo Esecutivo: la legge ha disposto che il Governo si consulti con il *Chief Medical Officer for Wales* e poi sottoponga la questione al Llywydd, il Presidente del Senedd. Sarebbe quindi compito del Llywydd presentare al Senedd la proposta di un rinvio delle elezioni, proposta che dovrebbe essere approvata dalla maggioranza dei 2/3 dell'Assemblea e garantire così la partecipazione trasversale dei partiti.

La legge prevede anche la possibilità di anticipare il voto e distribuirlo su più giorni.

Il *Finance Committee* del Senedd ha pubblicato a **marzo** il [Fifth Senedd Legacy Report](#) il quale contiene 25 raccomandazioni, tra cui quella di tenere conto della nuova realtà della *Brexit* e della pandemia nel calcolo dell'ammontare di bilancio destinato al Galles.

NORD IRLANDA

Per il Nord Irlanda si rinvia a quanto detto nell'introduzione.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



In un quadro caratterizzato dalla conflittualità interistituzionale tra Presidente della Repubblica, Governo e Parlamento, la Corte costituzionale ceca dichiara incostituzionali alcune disposizioni della legge elettorale e delimita i poteri emergenziali del Governo*

di Simone Benvenuti**

I primi quattro mesi dell'anno in corso sono stati caratterizzati nella Repubblica ceca da diversi eventi significativi sotto il profilo costituzionale. Solo in parte tali eventi sono stati determinati dalla perdurante crisi sanitaria, che certamente ha avuto un impatto, con la terza ondata pandemica che si è abbattuta sul Paese facendone uno tra quelli con il più alto tasso di mortalità e un tasso di contagio che alla fine di febbraio era ampiamente più elevato rispetto alla media europea. Per farvi fronte, il Governo ceco ha preso in considerazione la possibilità di ricorrere a vaccini non approvati dall'Autorità europea per i medicinali (EMA). Diversamente dalla Slovacchia e dall'Ungheria ciò non ha portato sino ad ora al loro utilizzo anche perché l'agenzia nazionale del farmaco non ha dato a questo fine alcuna autorizzazione, sollevando anzi [dubbi](#) sui dati relativi al vaccino dell'Istituto Gamaleya. Nondimeno le relative vicende hanno avuto un impatto sui rapporti tra gli organi dello Stato e all'interno del Governo; essa hanno inoltre determinato, con l'[inefficace gestione](#) della crisi (anche con riguardo alla campagna vaccinale), un tracollo dei consensi per il Primo ministro Andrej Babiš. A sua volta, il partito socialdemocratico (Česká Strana Sociálně Demokratická - ČSSD) alleato di governo di Babiš, è indicato nei sondaggi con un sostegno al di sotto della soglia di sbarramento del 5%. Ciò avviene in un anno delicato in cui si svolgeranno le elezioni parlamentari, che il Presidente Zeman ha [fissato](#) per l'8 e il 9 ottobre.

LA POLITICA VACCINALE DESTABILIZZA IL GOVERNO

Il **3 marzo**, il Presidente Zeman aveva [annunciato](#) di aver contattato su richiesta del Primo ministro il Presidente cinese XI Jinping per comunicare l'intenzione della Repubblica ceca di acquistare partite di vaccino della Sinopharm. L'acquisto era fortemente sostenuto dal Presidente, mentre il Ministro della salute Jan Blatný insisteva sull'opportunità di attendere il consenso

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

dell’Autorità europea per i medicinali. Il **26 marzo**, Roman Prymula, già Ministro della salute e attualmente [consigliere](#) del Primo ministro, ha sostenuto la possibilità di assicurare comunque l’utilizzo del vaccino attraverso un’autorizzazione eccezionale del Ministero della salute. La vicenda ha determinato le sorti di Blatný, nominato nell’ottobre scorso. Il **7 aprile**, su [pressione](#) del Presidente Zeman (che aveva anche chiesto la rimozione della direttrice dell’agenzia del farmaco Irena Storová), [Blatný](#) è stato [rimosso](#) dall’incarico per il suo atteggiamento cauto, mentre Petr Arenberger – il quarto Ministro della salute dall’inizio della pandemia, che ha preso il suo posto lo stesso giorno –, si è già espresso in favore dell’utilizzo del vaccino russo.

Successivamente, il Governo è stato pure scosso dalle [dimissioni](#), il **12 aprile**, del Ministro degli esteri [Tomáš Petříček](#) (ČSSD), anch’egli invisato al Presidente per la sua opposizione all’utilizzo del vaccino russo e per le resistenze che lo stesso aveva opposto all’inclusione della società russa Rosatom nella gara per la costruzione della centrale nucleare di [Dukovany](#) (l’esclusione è stata poi [confermata](#) il **20 aprile** come conseguenza della crisi diplomatica con la Russia esplosa in quei giorni). Petříček è stato anche uno dei rappresentanti più critici dell’avvicinamento del suo partito al partito di Babiš (era inizialmente contrario alla stessa opzione di una coalizione di governo con ANO). Il **21 aprile** è stato quindi nominato il nuovo Ministro degli affari esteri [Jakub Kulháněk](#), vicino al Presidente Zeman. Per tale ragione, il Ministro della cultura ed ex Ministro degli esteri Lubomír Zaorálek ha [affermato](#) che il Presidente si è appropriato della politica estera ceca.

Le vicende relative ai due ministri hanno particolare significato sotto il profilo dei rapporti tra il Primo ministro e il Presidente della Repubblica. Come ha rilevato l’analista politico Jiří Pehe, esse evidenziano forme di dipendenza del secondo rispetto al primo. In effetti, afferma Pehe, la sopravvivenza politica di Babiš (che sta anche [mettendo sotto pressione](#) la televisione di Stato) dipende largamente da Zeman, senza il cui [sostegno](#) egli non avrebbe avuto la possibilità di formare il suo primo Governo (a cui era stata negata la fiducia in entrata) nel 2017. A fronte della scomposizione del sistema partitico ceco, il ruolo di Zeman dopo le elezioni dell’ottobre prossimo potrebbe infatti rivelarsi nuovamente decisivo. Lo stesso Zeman avrebbe anche sostenuto che è sua intenzione nominare soltanto l’esponente del partito che prenderà più voti alle elezioni di ottobre (il partito di Babiš, in difficoltà, rimane comunque il partito che gode di maggiori consensi). A complicare la situazione è comunque la riforma del sistema elettorale a seguito della declaratoria di incostituzionalità di alcuni suoi aspetti (v. *infra*, sezioni Parlamento e Corti).

LA MOVIMENTATA VICENDA DELLO STATO DI EMERGENZA

Conflitti sono sorti anche su altri fronti: in particolare, quello tra il Governo e la Camera dei deputati relativo alla dichiarazione [dello stato di emergenza](#). Il **21 gennaio**, al termine di un dibattito particolarmente [vivace](#), la Camera dei deputati ha approvato per la quinta volta la proroga dello stato di emergenza dichiarato a inizio ottobre. La proroga è stata tuttavia permessa fino al 14 febbraio, mentre il Governo aveva richiesto un periodo di quattro settimane. Sprovvisto di una maggioranza stabile, nel corso di questo secondo stato di emergenza (dopo quello della primavera del 2020) il Governo di minoranza ha trovato infatti con difficoltà appoggio per le successive proroghe, e solo al prezzo di scambi politici. Peraltro, il fatto che la Camera abbia

acconsentito all'estensione, ma per un periodo più breve rispetto a quello richiesto dal Primo ministro, è politicamente significativo, oltre ad essere problematico da un punto di vista procedurale, come ha fatto notare ad esempio [Zuzana Vikarská](#). Infine, quando il Governo ha chiesto alla Camera di acconsentire a una sesta proroga, l'**11 febbraio**, la Camera si è espressa in senso contrario.

Alla scadenza del secondo stato di emergenza, il **14 febbraio**, il Governo ha dunque seguito una strada – quella dell'elusione dell'approvazione parlamentare – che è stata considerata non conforme alla Costituzione. L'estensione di fatto dell'emergenza è stata infatti resa possibile dal ricorso all'articolo 3(5) della [Legge sulla gestione delle crisi](#), che nel disciplinare lo stato di pericolo dispone che, «nel caso non sia possibile evitare le minacce derivanti dallo stato di pericolo, i presidenti degli esecutivi regionali possono chiedere [...] al Governo di dichiarare lo stato di emergenza». Dopo intensi negoziati, tutti i quattordici esecutivi regionali hanno dato quindi la loro [disponibilità](#) a indirizzare attraverso il proprio organo comune (AKČR) la richiesta al Governo, che ha così dichiarato – per la terza volta – lo stato di emergenza a decorrere dal **15 febbraio**. Le Regioni hanno peraltro posto una serie di condizioni al loro assenso, tra cui: la limitazione di quattordici giorni del nuovo stato di emergenza, l'adozione di una legge sulla pandemia (v. *infra*); la riapertura delle scuole a partire dal 1° marzo, la vaccinazione del personale scolastico a partire dalla stessa data, la consultazione dell'AKČR con riguardo alle scelte sulle riaperture delle attività e in generale sulle misure da adottare.

La procedura è problematica perché, come è stato messo in evidenza (tra gli altri, dal Presidente del Senato o da giuristi come Jan Wintr o Zuzana Vikarská), la legge sulla gestione della crisi solo permette ai governi regionali di rivolgere al Governo statale la richiesta di attivazione dello stato di emergenza, ma non implica una differente disciplina quanto a tale stato, per cui è comunque richiesto un intervento parlamentare ai fini di una sua estensione. Non sarebbe dunque possibile dichiarare immediatamente un nuovo stato di emergenza, se la Camera dei deputati ha appena rifiutato di prorogare il precedente. Questa lettura è poi stata alla base della decisione della Corte costituzionale del **16 marzo** ([Pl. ÚS 12/21](#), v. *infra*).

Inoltre, il **18 febbraio** la Camera dei deputati ha votato l'annullamento dello stato di emergenza, con efficacia dall'entrata in vigore della c.d. legge sulla pandemia, o comunque non più tardi del **27 febbraio** (quando poi la legge è entrata effettivamente in vigore). Il **24 febbraio**, il Governo da parte sua ha richiesto alla Camera una proroga del terzo stato di emergenza (quello dichiarato su richiesta dagli esecutivi regionali, presumibilmente incostituzionale) e la revoca della decisione con cui la stessa lo aveva annullato; il **26 febbraio** la Camera ha dunque rigettato tale richiesta, nello stesso giorno in cui è stata adottata la “legge sulla pandemia” (con voto del Senato, dopo che la Camera aveva già approvato il testo il **18 febbraio**). Tale legge permette l'adozione di alcune misure necessarie a contrastare la diffusione del Covid-19 senza ricorrere allo stato di emergenza (v. *infra*) ed è il frutto di un [compromesso](#) tra maggioranza e opposizione.

Tuttavia, l'aggravarsi della crisi pandemica ha spinto il Primo ministro a richiedere lo stesso giorno l'autorizzazione per la dichiarazione di un quarto stato di emergenza, per l'adozione di misure più stringenti di quelle permesse dalla “legge sulla pandemia”, incluse le limitazioni alla circolazione sul territorio dello Stato. La Camera ha [acconsentito](#) per un periodo di [quattro settimane](#), dopo che il Primo ministro aveva minacciato di aggirare nuovamente l'approvazione

parlamentare di fronte alla riluttanza dell'opposizione. La Camera ha poi prorogato il quarto stato di emergenza una volta fino all'**11 aprile**. Il Primo ministro ha quindi [annunciato](#) alla fine di marzo di non intendere chiedere una ulteriore proroga.

Nel corso di questa complessa dialettica tra Parlamento e Governo, capacità reattiva ha dimostrato la Corte costituzionale (e *a latere* anche il giudice amministrativo), sia con riguardo alla costituzionalità della dichiarazione dello stato di emergenza “governativo” (operata cioè attraverso l'elusione dell'approvazione parlamentare per una sua proroga), sia con riguardo alla costituzionalità delle misure restrittive prese nel quadro nell'emergenza (v. *infra*).

LA CODA DELLA VICENDA AGROFERT INFLUENZA LA DISCUSSIONE SUL PIANO NAZIONALE D'AZIONE

Nel frattempo, il Governo ceco non è riuscito a rispettare il termine del 30 aprile per l'invio alla Commissione europea della bozza del [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#) (noto come [Piano nazionale d'azione](#)) [reso pubblico](#) il **29 marzo**. La bozza è stata criticata per la non sufficiente attenzione alla transizione ecologica in un Paese che è fortemente industrializzato. Rispetto al Piano, sono state avanzate anche [preoccupazioni](#) per il persistente conflitto di interessi che coinvolge il Primo ministro Andrej Babiš. Il viceministro dell'industria e del commercio Silvana Jirotková ha in ogni caso comunicato l'intenzione del Governo di non utilizzare la parte di finanziamenti erogata sotto forma di prestiti, pari a più di quindici miliardi di euro.

Proprio il **23 aprile**, la Commissione europea ha pubblicato il [rapporto](#) di audit relativo al funzionamento del sistema ceco per evitare conflitti di interessi. Nelle conclusioni del rapporto, si evidenzia che le attività economiche collegate al Primo ministro risultano ancora sotto il controllo di questo, nonostante la creazione di una società fiduciaria, e che ciò è in violazione della normativa europea. Il **26 aprile**, la Commissione ha quindi chiarito di attendere l'adeguamento alle raccomandazioni contenute nel rapporto (per una ricostruzione dell'intera vicenda, si veda [qui](#)) nonché l'intenzione di [verificare](#) in quale misura la vicenda Agrofert sia un caso a sé o rappresenti il riflesso più evidente di una violazione sistemica delle norme relative al conflitto di interessi e dello [stato di diritto](#).

PARTITI

IN VISTA DELLE ELEZIONI AUTUNNALI L'ATTIVISTA MIKULÁŠ MINÁŘ INTENDE CREARE UN NUOVO PARTITO

Mikuláš Minář, promotore nel 2019 di una estesa campagna di protesta che chiedeva le dimissioni del Primo ministro e del Presidente della Repubblica, ha intrapreso il progetto di creazione di un [nuovo soggetto partitico](#) (LidePRO) per partecipare alle elezioni dell'ottobre prossimo. A tal fine è necessario mezzo milione di firme, a fronte delle difficoltà derivanti dalle restrizioni imposte dalla crisi sanitaria. Minář intende rivolgersi all'elettorato giovane e di orientamento liberale e a chi si sia astenuto alle precedenti elezioni. Secondo gli analisti politici, qualora Minář riuscisse nel suo intento, LidePRO potrebbe arrivare ad attrarre il 10% dei consensi. Tuttavia, c'è chi ha rilevato come a risentire dell'eventuale successo del nuovo soggetto

partitico sarebbe il giovane Partito pirata, anch'esso di orientamento liberale, che ha al momento buone possibilità di porsi alla guida del prossimo Governo in caso di sconfitta di ANO.

PRENDE FORMA LA COALIZIONE TRA I DUE PARTITI LIBERALI IN VISTA DELLE ELEZIONI DI OTTOBRE

Dopo la formazione, nel dicembre scorso, della coalizione tra i tre partiti conservatori ODS, TOP09 e KDU-ČSL, i due partiti di orientamento liberale – il Partito pirata e STAN – hanno concordato un [programma comune](#) le cui priorità includono la riduzione della tassazione, forme di regionalizzazione dell'assistenza sanitaria, le politiche per il clima, l'innovazione e la trasparenza.

PARLAMENTO

LA CAMERA DEI DEPUTATI APPROVA LA LEGGE SULLA PANDEMIA

Il **26 febbraio**, la Camera dei deputati ha [approvato](#) la c.d. legge sulla pandemia, che permette al Ministro della salute di adottare alcune misure restrittive in materia di commercio e servizi, nei settori produttivi e con riguardo a eventi pubblici e privati, così da evitare di dichiarare lo stato di emergenza e permettere la gestione “ordinaria” della crisi pandemica. A favore della legge si sono espressi 132 deputati rappresentativi di tutti i partiti a esclusione del partito di estrema destra SPD, del Partito comunista e di alcuni indipendenti.

IL PROSSIMO VOTO SULLA NUOVA LEGGE ELETTORALE MODIFICA LE GEOMETRIE POLITICHE E METTE A RISCHIO LA TENUTA DEL GOVERNO FACENDO EMERGERE LA POSSIBILITÀ DI ELEZIONI ANTICIPATE

Si [avvicina](#) il giorno dell'approvazione definitiva della legge di riforma elettorale, prevista per l'inizio di maggio, dopo il voto positivo sul testo del **7 aprile** da parte della Camera dei deputati. La legge, che è una conseguenza di una sentenza della Corte costituzionale (v. *infra*), introduce modifiche nel meccanismo di conversione dei voti in seggi in senso [meno favorevole](#) ai partiti maggiori. Riduce inoltre le soglie di sbarramento per le coalizioni, dal 10% all'8% dei voti per le coalizioni formate da due partiti e dal 15% all'11% per quelle formate da tre partiti. Secondo alcune stime, se tale sistema fosse stato applicato alle elezioni del 2017, il partito ANO avrebbe ottenuto sessantanove seggi, nove in meno di quelli effettivamente ottenuti. La prospettiva dell'adozione del testo ha avuto un effetto sulle dinamiche politiche, con il Partito comunista che il **14 aprile** ha annunciato il [ritiro](#) del proprio appoggio esterno al Governo (di minoranza) pur mantenendo un atteggiamento ambiguo rispetto all'ipotesi di un voto di sfiducia. Senza l'approvazione della legge, l'eventuale sfiducia al Governo è invece ostacolata dal fatto che essa darebbe a Zeman maggiore gioco nella gestione della crisi, con esiti imprevedibili. In caso di sfiducia dopo l'approvazione della riforma, non sarebbe da escludere l'anticipazione del voto, sebbene Zeman abbia affermato di voler consentire all'attuale Governo di arrivare alla scadenza naturale della legislatura. Il **27 aprile**, i partiti di opposizione riuniti nella coalizione SPOLU (“Insieme”), ODS/KDU-ČSL/TOP 09, si sono attivati per presentare una mozione di sfiducia nei confronti del Governo. L'opzione della sfiducia non pare trovare il favore dei partiti di orientamento liberale – il Partito pirata e STAN –, che sarebbero favorevoli a un autoscioglimento della Camera (che richiede una maggioranza di 120 deputati) che ritengono giustificato dall'approvazione della riforma elettorale. Secondo Ivan Bartoš, Presidente del Partito

pirata, la Repubblica ceca sta affrontando contemporaneamente tre crisi – sanitaria, diplomatica e costituzionale – e sarebbe un errore censurare e delegittimare il Governo proprio nel momento in cui ha preso la decisione di espellere un ampio numero di diplomatici russi.

PROSEGUE L'ITER DELLA LEGGE SUI DIRITTI LGBT

Il **29 aprile**, il Parlamento ha [approvato](#) in prima lettura la proposta di legge sulle coppie omosessuali, a tre anni dalla sua presentazione. Ora l'esame passerà in commissione prima della seconda lettura. Se approvato, il testo, che gode del [favore](#) di un'ampia porzione dell'opinione pubblica (67%) e del sostegno del Partito pirata e del partito Top09, farebbe della Repubblica ceca il primo Paese dell'area ex sovietica a permettere il matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una modifica del codice civile. Sono tuttavia forti i dubbi che si riesca a concludere l'*iter* entro la scadenza elettorale autunnale. All'approvazione del testo si sono opposti i due partiti di governo, ANO e ČSSD, oltre al partito cristiano democratico, al partito comunista e al partito di estrema destra SPD. Questi partiti hanno a loro volta presentato una proposta volta a modificare la Costituzione nel senso di specificare che il matrimonio è l'unione tra un uomo e una donna.

GOVERNO

LA CRISI DIPLOMATICA TRA REPUBBLICA CECA E RUSSIA E I SUOI RIFLESSI INTERNI

Il **17 aprile**, la notizia che un attentato a un deposito di munizioni nel 2014 è da ricondurre ai servizi segreti russi ha originato una delle più gravi crisi diplomatiche degli ultimi anni, che ha avuto anche un impatto sulle [relazioni istituzionali](#): da un lato il Presidente ceco Zeman, che ha cercato di sminuire quanto reso pubblico dai servizi cechi, dall'altra il Governo, che ha [reagito](#) duramente con l'espulsione di un [gran numero](#) di diplomatici russi. Le contromisure del Governo hanno determinato a loro volta la durissima reazione del Governo russo. La crisi si è sviluppata inoltre subito dopo le dimissioni del Ministro degli esteri (v. *supra*). Le autorità ceche, che hanno ricevuto forte sostegno dalla Slovacchia e dalla Nato, hanno invece lamentato la scarsa [presenza](#) nella crisi degli altri Stati membri dell'Unione.

APPROVATA LA STRATEGIA NAZIONALE PER IL CONTRASTO ALLA GUERRA IBRIDA

Il **19 aprile**, il Consiglio dei ministri ha [approvato](#) il piano strategico nazionale contro le azioni ostili a carattere ibrido, su impulso del Ministro della difesa, del Ministro degli esteri e del Ministro degli interni. Il piano, redatto sulla base delle raccomandazioni a seguito della revisione della sicurezza nazionale condotta nel 2016, risponde alle minacce della c.d. "guerra ibrida" allo stato di diritto e alla sicurezza interna.

CORTI

LA CORTE COSTITUZIONALE RICHIEDE LA MODIFICA DELLA LEGGE ELETTORALE

Il **3 febbraio**, la Corte costituzionale ha [reso](#) una [sentenza storica](#) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della [legge elettorale](#) relative al meccanismo di

trasformazione dei voti in seggi in connessione con le dimensioni delle circoscrizioni e alla soglia di sbarramento per le coalizioni, che nel loro insieme hanno effetti eccessivamente distortivi favorendo i partiti maggiori. Secondo la Corte, il sistema proporzionale con ricorso al metodo D'Hondt, adottato nella Repubblica ceca, non è problematico di per sé, ma lo diviene nel momento in cui le quattordici circoscrizioni elettorali hanno dimensioni non uniformi, determinando la violazione del principio di eguaglianza di ciascun voto e quello che la Corte definisce espressamente un «diritto alla rappresentanza proporzionale». La Corte ha anche annullato la disposizione sulla clausola che impone a ciascun partito di una coalizione di ottenere almeno il 5% dei voti, poiché danneggia eccessivamente le coalizioni promosse da piccoli partiti. La sentenza della Corte – che articola profili estremamente tecnici (per un'analisi della sentenza, si veda [qui](#)) – giunge in un momento particolarmente delicato, in vista delle elezioni di ottobre e con una coalizione di Governo fortemente indebolita (v. *supra*). Nel commentare la sentenza, Babiš ha lamentato l'interferenza della Corte nelle dinamiche politiche. In effetti, il partito del Primo ministro, pur in crisi, rimane tuttora il partito che gode del maggior sostegno (il 26% degli elettori, secondo recenti sondaggi, ma con un [trend discendente](#)) mentre il Partito pirata e STAN, di orientamento liberale, si aggirano assieme attorno al 25%; la coalizione ODS/KDU-ČSL/TOP 09, di orientamento conservatore arriva al 18,5%. Tuttavia, la sentenza favorisce teoricamente anche i partiti minori, inclusi il partito socialista e il partito comunista, che rappresentano gli unici potenziali alleati di Governo. La nuova legge elettorale è ora in discussione in Parlamento (v. *supra*).

LA CORTE COSTITUZIONALE INVALIDA LE MISURE ECCEZIONALI DEL GOVERNO PER INSUFFICIENTE MOTIVAZIONE

Il **16 febbraio**, la Corte costituzionale ha censurato per la [prima volta](#) alcune misure adottate dal Governo per far fronte alla crisi pandemica. La [decisione](#) censura in particolare l'insufficiente motivazione delle misure prese nel quadro dello stato di emergenza, affermando che «in un ordinamento governato dallo stato di diritto non è pensabile che un qualunque atto di una istituzione pubblica in grado di limitare i diritti fondamentali non sia motivato in maniera razionale e persuasiva, o che la sua giustificazione non sia fornita almeno nel corso del successivo controllo operato in sede giudiziaria». Tale sentenza ha avuto un impatto immediato nella misura in cui il Governo ha iniziato a motivare con maggiore cura le misure adottate.

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA ILLEGITTIMI I DIVIETI DI APERTURA DEGLI ESERCIZI COMMERCIALI DI DIMENSIONI RIDOTTE

Il **22 febbraio**, la Corte costituzionale ha [statuito](#) che la chiusura dei negozi di dimensioni ridotte è incostituzionale per l'insufficienza della motivazione, che non permette di comprendere le ragioni specifiche sia delle misure che delle eccezioni alle stesse: tali eccezioni consentivano di tenere aperti gli esercizi commerciali della grande distribuzione. Secondo la Corte, non è chiaro quale sia il ragionamento che ha condotto il Governo ad adottare tale soluzione. La Corte, lungi dal mettere in questione le intenzioni del Governo, ha sottolineato l'importanza di evitare decisioni arbitrarie e di comprovare qualunque decisione con una giustificazione razionale sulla base delle raccomandazioni rese dagli esperti, anche con riguardo alla capacità di diffusione del virus, ponendo l'accento sui profili della ragionevolezza e della proporzionalità. Secondo il giudice Vojtěch Šimíček, la ragionevolezza delle misure del Governo riguarda sia l'efficacia delle stesse che la loro più generale legittimazione.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO DICHIARA ILLEGITTIMO LO STATO DI EMERGENZA DICHIARATO IL 14 FEBBRAIO E LE MISURE PRESE IN TALE QUADRO

Il **23 febbraio**, il tribunale amministrativo di Praga ha [stabilito](#) il diritto di uno studente a fruire dei corsi in presenza anziché a distanza, come conseguenza del carattere incostituzionale dello stato di emergenza dichiarato il 14 febbraio (il carattere incostituzionale della procedura che ha portato alla dichiarazione dello stato di emergenza del 14 febbraio sarebbe poi stato confermato dalla Corte costituzionale, v. *infra*). Tra queste misure vi era la chiusura delle scuole e l'avvio della didattica a distanza. Secondo il tribunale di Praga, «per quanto attiene alle conseguenze immediate dello stato di emergenza [attuale] dopo lo stato di emergenza [precedente], e poiché le motivazioni della dichiarazione di entrambi gli stati di emergenza sono formulate in modo assolutamente identico [...], il tribunale ritiene che lo stato di emergenza [attuale] non costituisca un nuovo stato di emergenza bensì una continuazione *de facto* del [precedente] stato di emergenza, dichiarato contro la volontà della Camera dei deputati, che non ha acconsentito all'estensione del precedente stato di emergenza [...]. A questo proposito, la continuazione dello stato di emergenza dopo il 15 febbraio 2021 viola l'ordinamento costituzionale». Contro la decisione del giudice di primo grado, è stato presentato immediato ricorso alla Corte suprema amministrativa di Brno, che deve ancora decidere ma ha adottato una [misura provvisoria](#) che consente la chiusura della scuola e l'erogazione della sola didattica a distanza.

LA CORTE COSTITUZIONALE DELIMITA I POTERI DEL GOVERNO NELLA DICHIARAZIONE DELLO STATO DI EMERGENZA

In un *obiter dictum* della decisione [Pl. ÚS 12/21](#) del **16 marzo**, la Corte costituzionale ha affermato che nel momento in cui la Legge costituzionale [110/1998](#) sulla sicurezza prevede che il Governo possa dichiarare lo stato di emergenza per trenta giorni e che ogni estensione dello stesso non è possibile senza l'approvazione della Camera dei deputati, non esiste nessuna procedura alternativa per prolungare la durata dello stato di emergenza. Una nuova dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Governo (dunque, un nuovo stato di emergenza) è possibile solo laddove mutino le circostanze che motivano la stessa.

PRESENTATO UN RICORSO IN MATERIA AMBIENTALE CONTRO IL GOVERNO

Il **23 aprile**, un gruppo di attivisti (Klimatická žaloba ČR) ha [presentato](#) un [ricorso](#) al tribunale amministrativo di Praga contro il Governo ceco, al fine di costringerlo a perseguire una politica ambientale più ambiziosa e in conformità con gli impegni internazionali assunti dallo Stato ceco, in particolare con l'Accordo di Parigi del 2015, e nel rispetto dei diritti fondamentali. Secondo i ricorrenti, le politiche del Governo vengono meno agli obblighi dello stesso Stato, con ricadute, tra l'altro, sui diritti delle future generazioni. La Repubblica ceca, che è uno stato ad alta presenza industriale, ha un piano di riduzione delle emissioni dei gas serra largamente insufficiente, con le emissioni che eccedono di due volte e mezzo il bilancio del carbonio nazionale. Secondo il portavoce dei ricorrenti, Martin Madej, «[t]his lawsuit was long overdue. With one of the highest historical per capita emissions rates globally, and firmly established in global value chains, our country is co-responsible for the ensuing climate crisis. Instead of addressing this moral debt, the Government has chosen to ignore the problem and point fingers at others. In the meantime, our farmers face wild swings in temperature, our foresters count the dead trees, and our people bear witness to the destruction of their natural environment. If this is not a clear violation of our fundamental rights, then what is?». L'iniziativa è espressione della strategia volta a utilizzare il

contenzioso climatico come strumento per responsabilizzare gli Stati e i loro organi rispetto al raggiungimento degli standard di riduzione dei gas serra. Essa si inserisce sul solco di iniziative prese in altri Stati, tra cui l'Olanda (caso [Urgenda](#) del dicembre 2019), la Francia ([Affaire du siècle](#) del febbraio scorso) e la [Germania](#) (sentenza [BVerG Klimaschutzgesetz-KSG](#) del marzo scorso). Il ricorso si situa peraltro nel contesto delle divergenze emerse nel Consiglio UE del **23 marzo** tra la Repubblica ceca (e altri Stati membri, tra cui la Polonia e l'Ungheria) e l'Unione europea e altri Stati membri in merito all'applicazione ai fondi europei del principio del danno significativo in materia ambientale (noto anche come "do no significant harm principle" - DNSH). Il vincolo dei fondi al DNSH escluderebbe di fatto l'ambito delle fonti energetiche fossili dai finanziamenti europei

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DICHIARA LEGITTIMO L'OBBLIGO VACCINALE

L'**8 aprile**, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso a larghissima maggioranza la sentenza [Vavříčka and Others v. the Czech Republic](#) che concede allo Stato un ampio margine di apprezzamento nella valutazione della necessità della vaccinazione obbligatoria dei bambini. La vicenda ha avuto origine da diversi ricorsi presentati tra il 2013 e il 2015, in cui i ricorrenti contestavano l'obbligo di vaccinazione imposto a tutti i bambini residenti sul territorio ceco. I ricorrenti lamentavano le conseguenze derivanti dalla inosservanza dell'obbligo di vaccinazione, in particolare la sanzione pari a circa 400 euro inflitta ai genitori dei bimbi non vaccinati e l'esclusione di questi ultimi dall'istruzione prescolare. La sentenza è particolarmente significativa alla luce delle sfide legate al COVID e delle discussioni in corso sui passaporti vaccinali. La Corte, considerando che «the measures complained of by the applicants, assessed in the context of the domestic system, stand in a reasonable relationship of proportionality to the legitimate aims pursued by the respondent State through the vaccination duty [gli obiettivi di protezione della salute]» (par. 309), ha fondato le sue conclusioni su un'analisi approfondita dell'articolo 8 della Convenzione, relativo al diritto al rispetto della vita privata e su un riferimento all'articolo 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), seppure sia stata criticata per non aver esaminato approfonditamente la questione con riguardo ai profili del diritto all'istruzione al fine di chiarire in che misura si applichi anche a tale ambito. (Per un'analisi a caldo della sentenza, si veda [qui](#)).



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



La Russia fra le proteste e le nuove leggi controverse approvate dalla Duma in vista delle imminenti elezioni*

di Ilmira Galimova**

Dopo un anno dall'inizio della pandemia, la Russia sembra [aver superato](#) le maggiori criticità. Dalla fine del dicembre 2020 il numero dei contagiati dal virus è in calo e negli ultimi giorni di **marzo** 2021, l'indicatore è sceso sotto la soglia dei 10 mila nuovi casi giornalieri. In particolare, [secondo i dati ufficiali](#), dall'inizio della pandemia e alla fine del primo quadrimestre, in Russia si registrano circa 4 milioni 800 mila casi totali di infezione da Covid-19, inoltre, circa 110 mila persone sono morte a causa del coronavirus.

La vaccinazione in Russia sta procedendo, ma con tempi più lenti rispetto a quelli desiderati dalle autorità russe. La vaccinazione contro l'infezione è stata avviata a metà dicembre 2020: è stata aperta la registrazione per la vaccinazione per coloro che lavorano nei servizi pubblici, nella ristorazione pubblica, nelle forze dell'ordine. Il **13 gennaio**, durante la riunione con i membri del Governo, il Presidente russo Vladimir Putin [ha ordinato](#) di accelerare il processo. Di conseguenza, il **18 gennaio** nelle regioni della Federazione Russa [è iniziata](#) la vaccinazione di massa. Con l'Ordinanza del **3 febbraio** [[Ordinanza n. 47n](#) "Sulla modifica del calendario delle vaccinazioni preventive per indicazioni epidemiche, approvato dall'Ordinanza del Ministero della Salute della Federazione Russa n. 125n del 21 marzo 2014"] il Ministero della Salute russo ha esteso la categoria di cittadini che possono essere vaccinati contro una nuova infezione da coronavirus nell'ambito della programma federale di vaccinazione. In particolare, la categoria prioritaria di vaccinazione "di primo livello" comprende le persone di età pari o superiore a 60 anni, nonché i cittadini che vivono in città con una popolazione sopra 1 milione. Oltre a loro, questo gruppo comprende anche dipendenti di enti del servizio sanitario, educativo, dei servizi sociali e centri polifunzionali, persone che soggiornano in enti di servizi sociali, persone con malattie croniche. La priorità "di secondo livello" include, invece, i dipendenti degli enti di trasporti e dell'energia, i lavoratori del settore dei servizi, componenti delle forze dell'ordine, i

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

volontari e il personale militare. Infine, la priorità “di terzo livello” include i funzionari statali e comunali, studenti delle università, nonché le persone soggette a coscrizione.

Nel **febbraio 2021**, in Russia risultavano registrati tre vaccini: oltre a *Sputnik V* ed *EpiVacCorona*, è stato registrato il vaccino *KoviVac* sviluppato dal Centro Čumakov. Per quanto riguarda i dati sulle persone vaccinate in Russia, il **22 marzo**, in un incontro con i produttori dei vaccini, Vladimir Putin [ha dichiarato](#): “In Russia 6,3 milioni di persone hanno già ricevuto la prima dose, di cui 4,3 milioni di cittadini hanno ottenuto anche la seconda dose del vaccino... Si stima che per stabilizzare completamente la situazione, dovrebbe essere vaccinato almeno il 60% della popolazione adulta del Paese. Ciò richiede 69,8 milioni di dosi di vaccino”. Il **23 marzo**, il Presidente ha annunciato di aver fatto il vaccino anti-Covid, senza però precisare il nome del vaccino. Più recentemente, il **23 aprile**, il vice primo ministro della Federazione Russa Tatyana Golikova [ha informato](#) che più di 11,1 milioni di russi hanno ricevuto la prima dose del vaccino contro il coronavirus, mentre 6,8 milioni di persone sono state completamente vaccinate. Inoltre, Golikova ha osservato che quasi la metà di quelli vaccinati sono persone di età superiore ai 60 anni. Dunque, visti i tempi con i quali procede attualmente la campagna di vaccinazione in Russia sembra meno realistico l'obiettivo del Governo russo di concludere il programma entro l'estate.

Il ritardo nella vaccinazione in Russia rispetto ad altri paesi del mondo può essere spiegato con due fattori. Il primo è il volume delle capacità produttive che non sempre tiene il passo con la domanda. La seconda ragione è che una parte significativa della popolazione ha un atteggiamento diffidente nei confronti della vaccinazione. A fine **febbraio**, solo il 62% degli intervistati dal [Levada Center](#) (riconosciuto in Russia come “agente straniero”) si è dichiarato pronto a fare un vaccino contro il Covid. La scarsa fiducia nei vaccini è rilevata anche da [un'indagine](#) condotta sempre dal Levada Center tra gli operatori sanitari a fine **marzo**. In particolare, la maggioranza dei intervistati (52%) ha dichiarato di avere un atteggiamento negativo nei confronti dei vaccini.

Ovviamente, il carattere volontario della vaccinazione anti-Covid non ha facilitato il compito delle autorità di concludere la campagna al più presto, nonostante l'accesso agevolato alla procedura (dal **1° febbraio**, tutti gli interessati, cittadini maggiorenni residenti in una qualsiasi delle regioni della Russia, potevano registrarsi per la vaccinazione attraverso il portale del servizio statale [Gosuslughi](#)).

Dunque, per quanto riguarda le misure anti-Covid adottate dalle autorità russe, il primo quadrimestre 2021 è concluso con un altro annuncio delle giornate “non lavorative” tra il 4 e il 7 maggio incluso [v. [Decreto](#) “Sulla fissazione dei giorni non lavorativi nel territorio della Federazione Russa nel maggio 2021” del 23 aprile 2021]. L'ultima volta che Vladimir Putin ha annunciato giorni “non lavorativi” è stata nel marzo 2020, sullo sfondo di un peggioramento della situazione epidemiologica in Russia (su questo punto v. le Cronache dalla Russia, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.1/2020).

Per quanto riguarda, invece, le misure anti-Covid adottate dagli organi territoriali, nell'arco dei mesi gennaio-aprile, sullo sfondo di una diminuzione del numero dei casi, si è visto un graduale allentamento delle restrizioni introdotte in autunno e inverno 2020. Ad esempio, il **21 gennaio**, il sindaco di Mosca Sobyenin [ha annunciato](#) la ripresa delle attività scolastiche in presenza e la riapertura per il pubblico dei teatri, musei, sale giochi, cinema ecc. subordinata al rispetto delle regole sulla capienza massima. Il **27 gennaio**, Sobyenin [ha cancellato](#) per i datori di lavoro

l'obbligo di ricorso allo *smart working* per il 30% del personale e ha eliminato le restrizioni per i lavori notturni nei bar, ristoranti e sale da ballo.

Attualmente, l'elenco delle restrizioni varia da soggetto a soggetto, tuttavia, le regole sul rispetto delle norme sanitarie, come l'autoisolamento, mantenimento della distanza sociale e obbligo di indossare mascherine nei luoghi chiusi, rimangono valide, almeno fino al 1° gennaio 2022 (in virtù della proroga della delibera del Capo medico "Sull'approvazione delle norme sanitarie ed epidemiologiche" del maggio 2020). Inoltre, in tutte le regioni russe rimane vigente il regime dello stato di allarme, con restrizioni sugli assembramenti nei luoghi pubblici. Sulla necessità di mantenere più a lungo le restrizioni sull'organizzazione dei raduni [si è espresso](#) recentemente anche il sindaco di Mosca.

Proprio in questi divieti si sono imbattuti i sostenitori di Navalnyj quando hanno annunciato proteste in sostegno del *leader* di opposizione dopo che il **18 gennaio** il tribunale di Chimky ha ordinato la carcerazione preventiva per 30 giorni per Alexej Navalnyj. Le manifestazioni "non autorizzate" si sono tenute nelle varie città russe il **23 e 31 gennaio** e poi nei mesi successivi, il **2** e il **14 febbraio**, il **21 aprile**. Gli attivisti hanno ritenuto illegittimo l'arresto di Navalnyj eseguito subito dopo il suo rientro in Russia dalla Germania.

Questa vicenda è cominciata nel dicembre scorso, quando il Servizio penitenziario federale (*FSIN*) ha riferito che Navalnyj "non adempie ai compiti che gli sono stati assegnati dal tribunale ed elude il controllo dell'ispezione". Secondo il Dipartimento del Servizio penitenziario federale, durante il 2020 Navalnyj ha ripetutamente violato le condizioni del periodo di prova, non presentandosi ai controlli e rendendosi irreperibile. Pertanto, il **12 gennaio** alla Corte distrettuale Simonovsky è stato presentato il ricorso sulla revoca della sospensione condizionale della pena precedentemente inflitta a Navalnyj nell'ambito del caso giudiziario che risale al 2014 (si nota, che il cd. caso *Yves Rocher* è stato oggetto dell'analisi anche da parte della CEDU, la quale nel 2017 [ha ritenuto](#) che le decisioni dei tribunali russi fossero state "arbitrarie e manifestamente irragionevoli").

Il **2 febbraio** il Tribunale di Simonovsky ha accolto le argomentazioni del *FSIN* sulla presunta violazione della libertà vigilata commessa da Navalnyj e ha deciso - ai sensi dell'articolo 74 del Codice penale della Federazione Russa - la sostituzione della pena detentiva condizionalmente sospesa con una pena di tre anni e mezzo di reclusione (v. la scheda del caso n. [4/8-0002/2021](#)). I giudici hanno deciso di inviare Navalnyj a una colonia del regime generale per 2 anni e 8 mesi, tenendo conto del tempo trascorso da lui nel centro di custodia cautelare. In seguito, il *leader* di opposizione è stato inviato alla Colonia correttiva n. 2 (IK-2) a Pokrov nella regione di Vladimir. In risposta al verdetto, diverse migliaia di persone sono scese per le strade di Mosca. Le manifestazioni "non autorizzate" sono state represses dalla polizia, molti partecipanti sono stati accusati di aver violato una serie di articoli del Codice Penale (in particolare artt. 318 "disobbedienza ai funzionari della sicurezza", 267 "blocco delle strade", 236 "violazione delle norme sanitarie ed epidemiologiche"), mentre gli organizzatori delle proteste e membri del *team* di Navalnyj sono stati accusati di coinvolgimento di minori negli eventi pubblici "non autorizzati", oltre alla violazione della normativa sui raduni (v. l'articolo 20.2 del Codice degli illeciti amministrativi).

Anche la reazione della comunità internazionale all'incarcerazione del politico considerato principale oppositore di Putin è stata dura. In seguito al ricorso presentato dagli avvocati di Navalnyj alla Corte di Strasburgo, il **16 febbraio**, la Corte [ha deciso](#) di indicare al Governo russo, ai sensi dell'Articolo 39 del Regolamento della Corte, una misura provvisoria in vista della liberazione immediata del ricorrente. La decisione dei giudici era inattesa, visto che nella prassi, le misure provvisorie vengono applicate solo in un numero limitato di questioni e nella maggior parte dei casi riguardano l'espulsione e l'extradizione. Dal canto suo, il ministro della giustizia russo Konstantin Čujčenko [ha definito](#) la decisione “senza precedenti”: “In primo luogo, questa è una chiara e grossolana interferenza nelle attività della magistratura di uno Stato sovrano”. Di conseguenza, le autorità russe si sono espresse sull'impossibilità di eseguire la prescrizione della Corte di Strasburgo. Tuttavia, a tal proposito bisogna ricordare che il mancato rispetto della prescrizione della CEDU può comportare una violazione dell'art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che potrebbe essere stabilita nell'ambito dell'esame di un eventuale reclamo presentato da Navalnyj, o dai suoi rappresentanti.

Il **2 marzo**, l'Unione Europea [ha imposto](#) sanzioni contro quattro cittadini russi, capi delle agenzie “di forza” in risposta all'arresto in Russia del politico dell'opposizione. Le misure sanzionatorie hanno riguardato il Procuratore generale della Russia Igor Krasnov, il Capo del Comitato investigativo Alexander Bastrykin, il Capo del Servizio penitenziario federale Alexander Kalashnikov e il Capo della guardia nazionale Viktor Zolotov. Per l'introduzione delle sanzioni è stato utilizzato per la prima volta un nuovo meccanismo sanzionatorio (*EU Global Human Rights Sanctions Regime*), adottato alla fine dello scorso anno, che consente all'Unione Europea di imporre divieti di visto e congelamento dei beni delle persone colpevoli di gravi violazioni dei diritti umani. Insieme con l'UE, nello stesso giorno anche la nuova amministrazione degli Stati Uniti [ha imposto](#) sanzioni contro sette funzionari russi associati al caso Navalnyj. Dal **18 marzo** gli Stati Uniti [hanno ampliato](#) le restrizioni alle esportazioni in Russia: è stato introdotto un divieto di esportazione e importazione di armi, nonché di fornitura di servizi di difesa.

Successivamente, l'UE ha approvato sanzioni contro undici persone e quattro società, comprese quelle di Russia e Cina, coinvolte, secondo l'UE, in violazioni dei diritti umani. Come si legge nel [comunicato stampa](#), le violazioni sanzionate hanno incluso “torture and repression against LGBTI persons and political opponents in Chechnya”. Infine il **15 aprile** il Governo statunitense [ha imposto](#) restrizioni a 32 enti legali e individui russi che, secondo l'amministrazione presidenziale degli Stati Uniti, “hanno tentato di influenzare le elezioni presidenziali statunitensi nel 2020”. Inoltre, sono state introdotte sanzioni contro otto persone fisiche e giuridiche associate alla vicenda Crimea, compresi i membri del Governo della repubblica. Dieci membri della missione diplomatica russa a Washington sono stati espulsi.

In questo confronto diplomatico, le autorità russe hanno dichiarato di agire sulla base del “principio di reciprocità” procedendo con le contro-misure. Solo nel mese di **aprile** la Federazione Russa ha espulso diplomatici della Repubblica Ceca, Polonia, Bulgaria, Stati Uniti, ecc. Il Presidente russo ha dedicato alle dinamiche dei rapporti con gli altri Stati una parte del suo [discorso](#), tenutosi il **21 aprile** di fronte alle due Camere riunite (anche se la maggior parte del suo Messaggio annuale era rivolta a questioni interne come le politiche sociali, l'economia, la salute, le nuove misure di sostegno della popolazione). Nel suo discorso, il Presidente ha parlato di una

politica “ostile” nei confronti della Russia intrapresa da alcuni Paesi. Secondo Putin, diversi Stati hanno sviluppato l’abitudine di “prendere di mira la Russia per qualsiasi motivo”, tantoché provocare le autorità russe è diventato un “nuovo sport”. Il Presidente ha ricordato che la Russia ha i propri interessi che intende difendere nel quadro del diritto internazionale. “E se qualcuno rifiuta di capire questa cosa ovvia, non vuole condurre un dialogo, sceglie un tono egoista e arrogante, la Russia troverà sempre un modo per difendere la sua posizione”, ha sottolineato il Capo dello Stato russo. “Spero che nessuno penserà di oltrepassare la cosiddetta linea rossa in relazione alla Russia”. Secondo Putin, il Paese vuole avere buoni rapporti con tutti i partecipanti alla comunicazione internazionale: “Non vogliamo bruciare ponti, ma se qualcuno percepisce le nostre buone intenzioni come indifferenza o debolezza..., allora [dovrebbero] sapere che la risposta della Russia sarà asimmetrica, rapida e dura”.

Il **23 aprile**, il Presidente russo ha firmato un decreto (v. [Ukaz “Sull’applicazione di contro-misure alle azioni ostili di Stati stranieri”](#)) che limita le missioni diplomatiche degli Stati “ostili” alla Russia nella possibilità di assumere personale sul territorio russo. Come stabilisce il documento, “al fine di tutelare gli interessi e la sicurezza del Paese, può essere vietato alle ambasciate e agli uffici consolari, nonché agli uffici di rappresentanza di organi statali e istituzioni statali di Stati esteri, di concludere contratti di lavoro con persone che risiedono sul territorio russo”. Si tratta di una decisione di interrompere completamente per alcuni Stati, come ad esempio, gli Stati Uniti, la pratica di assunzione da parte delle missioni diplomatiche di lavoratori amministrativi e tecnici tra i cittadini della Federazione Russa o di Paesi terzi. Sulla base del decreto, il Governo russo è stato incaricato di preparare una lista di Paesi considerati “ostili” alla Federazione Russa, per i quali verranno applicate restrizioni (v. art.5 dell’*Ukaz*).

Il **30 aprile**, il Ministero degli Affari Esteri [ha vietato](#) l’ingresso nel Paese a otto diplomatici europei, compreso il presidente del Parlamento europeo David Sassoli. Sulla base della decisione a questi cittadini degli Stati membri dell’UE e rappresentanti delle strutture ufficiali dell’UE è stato vietato l’ingresso nel territorio della Russia in conformità con la legge federale n. 114-FZ “Sulla procedura per uscita dalla Federazione Russa e entrata nella Federazione Russa” del 15 agosto 1996.

Ma non solo nel campo diplomatico la Russia sembra essersi scontrata con il “mondo occidentale”. Una vera battaglia ideologica si è sviluppata all’interno del Consiglio Europeo, per quanto riguarda la valutazione da parte degli esperti della Commissione di Venezia della recente riforma costituzionale.

Il **23 marzo** la Commissione ha pubblicato il Parere provvisorio sugli emendamenti alla Costituzione della Federazione Russa e sulla regolarità dell’*iter*. Gli esperti di diritto costituzionale hanno rilevato che il potere del Presidente è aumentato in maniera sproporzionata andando oltre il principio della separazione dei poteri: “Analysing the substance of the amendments, the Venice Commission concludes that they have disproportionately strengthened the position of the President of the Russian Federation and have done away with some of the checks and balances originally foreseen in the Constitution” (par.182).

La commissione ha raccomandato inoltre di prescrivere nella legge gli esatti criteri in base ai quali il Presidente può avviare la procedura per la rimozione dei giudici dall’incarico: “With regard to the judiciary, the amendments, notably the power for the President to initiate the dismissal of

apex court presidents as well as presidents, vice-presidents and judges of the cassation and appeal courts on the basis of a very vague ground, and the conferral of the relevant decision to the Federation Council, affect the core element of judicial independence. Taken together, the amendments to the provisions on the Judiciary amount to a danger to the rule of law in the Russian Federation” (par.187). I criteri vigenti non sono chiari e, secondo il documento questo viola il principio di indipendenza della magistratura e minaccia lo stato di diritto.

Secondo la commissione, anche l’*iter* dell’approvazione degli emendamenti non ha rispettato del tutto gli *standard* internazionali. Inoltre, la Commissione ritiene che la celerità di preparazione di un testo sugli emendamenti non ha corrisposto al livello di importanza degli argomenti che toccati dalle modifiche, anche a motivo della mancanza di tempo per la consultazione con la società civile. Tenuto conto delle materie trattate nell’ambito della revisione costituzionale, sarebbe stato necessario, come scrive la Commissione, convocare un’Assemblea costituzionale secondo le norme dell’art. 135 della Costituzione: “While the constitutional amendments adopted in 2020 do not formally entail revisions of Chapters 1, 2 or 9, these chapters are affected as concerns substance. For instance, materially the provision of the new Article 67.1 on the territory belongs to Chapter 1 (the Fundamentals of the Constitutional System) rather than Chapter 3 (the Federal Structure). New Article 75 on social rights touches a subject matter belonging to Chapter 2 (Rights and Freedoms of Individual and Citizen). The introduction of a ban on same-sex marriage in Article 72 (g1) would also fit into Chapter 2” (par. 22). Inoltre, gli esperti si sono espressi di non condividere l’approccio del decisore pubblico russo di fissare i nuovi valori e “conquiste” degli ultimi anni attraverso il loro inserimento nel testo costituzionale, rendendoli “irreversibili” (par.39). Dal punto di vista della Commissione, tale costituzionalizzazione ha escluso dal dibattito pubblico una serie di argomenti ancora controversi, come ad esempio la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, su cui in Russia non si è ancora consolidata un’opinione pubblica. Si legge: “constitutionalising issues that in the normal course of affairs should be dealt with through acts of Parliament, excludes them from open debate and thus restricts democracy” (par.40).

Per quanto riguarda il contenuto degli emendamenti, la norma che limita il mandato della Presidenza a due mandati è stata valutata positivamente. Tuttavia, gli esperti hanno notato che la decisione di fornire la possibilità di essere rieletti all’attuale e all’ex presidente ha violato l’essenza stessa di questo emendamento in virtù dell’utilizzo di un argomento *ad hominem*: “As this provision [of Article 81 (3.1)] applies to two specific persons, this amounts to an *ad hominem* constitutional amendment” (par. 53).

Secondo la Commissione di Venezia, gli emendamenti hanno rafforzato in modo sproporzionato la posizione del Presidente e hanno praticamente “azzerato” il sistema di *checks and balances* originariamente previsto dalla Costituzione del 1993: “While the constitutional system empowers the President to act as a neutral arbiter in settling disputes between different institutions in the state, there appears to be no institutional mechanism to require him to act neutrally... For instance, in the United States, the Senate has the power to reject presidential nominations, while, for the most important ministerial positions, the Russian Parliament does not. This is not appropriate under the principle of separation of powers, even in presidential regimes” (parr. 85-86). Inoltre, come nota la Commissione, con l’aumento della “quota” dei

senatori da 17 a 30 persone che il Capo dello Stato può nominare sembra venir meno la possibilità della camera alta di compiere in maniera indipendente le funzioni di controllo nei confronti del ramo esecutivo assegnate a questa dalla Costituzione: “The Venice Commission notes that while there is a shift of powers towards the Federation Council, the composition of the same body changes, enabling the President to appoint a larger share of members to the body that is competent to control his or her activities... The President thus gains leverage to influence the membership of the Federation Council. Given that the Federation Council is the only State body competent to decide on the impeachment of the President and that it also plays an important role in the appointment of various high State officials, such a right is problematic from a structural and systematic viewpoint” (parr. 94 e ss.). Questi cambiamenti vanno ben oltre il principio della separazione dei poteri, conclude la commissione.

Infine, secondo la Commissione di Venezia, gli emendamenti hanno indebolito il ruolo dei soggetti della Federazione e dei governi locali. Proprio in virtù della modifica all’articolo 71 che ora prevede la regolamentazione a livello federale dello *status* di tutti i pubblici ufficiali, l’autonomia degli organi di autogoverno locale, inserite così nel “sistema unitario dell’autorità pubblica”, sarà limitata: “It means that the civil service of these entities can be integrated into the civil service of the Federation. If this were the case, the constituent entities of the Federation and municipalities no longer can count on the loyalty of their civil servants because they are part of a fully integrated civil service that is obliged to follow instructions from the central power” (par. 104).

Dall’altro lato, alcuni emendamenti alla Costituzione sono stati ritenuti positivi dai membri della Commissione di Venezia. Oltre al limite assoluto per i mandati presidenziali, la Commissione si è espressa a favore delle norme che hanno riguardato l’aumento della tutela dei diritti sociali, la capacità del Presidente di esercitare il suo diritto di veto attraverso un ricorso alla Corte costituzionale, il consolidamento dello *status* del Consiglio di Stato ecc. Il parere pubblicato nel **marzo** è stato dichiarato “provvisorio” in quanto la conclusione definitiva circa la regolarità della riforma, come nota la Commissione, richiederebbe un’analisi approfondita della normativa di attuazione, compito che la Commissione di Venezia sembra essere disposta ad assumersi nel futuro.

ELEZIONI

I NUOVI “VECCHI” PARTECIPANTI E NON-PARTECIPANTI NELLE IMMINENTI ELEZIONI

Per quanto riguarda l’imminente tornata elettorale, i principali soggetti di queste elezioni saranno, senza dubbio, i “vecchi” partiti parlamentari.

Pertanto, “Russia Unita” a **marzo** ha avviato la registrazione delle candidature per le primarie. La votazione intra-partitica di “Russia Unita” si svolge secondo un modello aperto. Nella maggior parte delle regioni, la votazione si terrà a maggio in formato elettronico.

Un altro partito maggiore ma in crisi negli ultimi anni, “Russia Giusta”, ha deciso di fare un’operazione di *rebranding*. Così, il **22 febbraio**, “Russia Giusta” e altri due partiti di recente formazione - “Per la verità” e “Patrioti della Russia” - [hanno deciso](#) di fare una coalizione e creare

una nuova forza politica con il nome “Russia Giusta - Patrioti - Per la Verità”, ma sempre sotto la guida del *leader* indiscusso di “Russia Giusta” Sergej Mironov. Dunque, il partito parteciperà alle elezioni alla Duma con un nuovo nome e con il Programma aggiornato.

Si può, inoltre, aspettare la partecipazione di almeno 10 altri partiti, che sono soggetti esonerati dall’obbligo di raccolta firma e la cui presentazione delle liste non è ostacolato da questa “barriera”. Altri venti partiti al momento ufficialmente registrati dovranno raccogliere al loro sostegno 200.000 sottoscrizioni.

Con minore probabilità, invece, ci si può aspettare la partecipazione alla corsa per il seggio parlamentare dei membri e sostenitori delle forze di opposizione “non sistemica”. Il **16 aprile**, l’ufficio del procuratore di Mosca [ha intentato una causa](#) contro la Fondazione anticorruzione di Alexej Navalnyj (*FBK*; riconosciuta come agente straniero nel 2019). Come si legge nel comunicato stampa, la procura di Mosca ha controllato la documentazione e i materiali pubblicati dall’organizzazione ed è giunta alla conclusione che “le attività della *FBK* mirano a sovvertire le basi dell’ordine costituzionale, anche attraverso lo scenario della rivoluzione colorata”. La procura ha anche sostenuto che proprio attraverso la fondazione “le organizzazioni straniere e internazionali riconosciute come indesiderabili in Russia svolgono le loro attività nel territorio russo”.

Nell’ambito di questo ricorso, il **27 aprile** il tribunale di Mosca [ha imposto](#) restrizioni alle attività di *FBK*. Se il tribunale soddisfa la richiesta dell’ufficio del procuratore di riconoscere l’organizzazione come estremista, i membri della Fondazione, compresi i volontari che lavorano in numerose filiali in tutta la Russia, potrebbero essere soggetti a responsabilità penale.

In vista di tale circostanza, il **29 aprile**, il coordinatore della rete delle sedi territoriali Volkov [ha annunciato](#) la decisione di sciogliere la struttura; soltanto alcune sedi continueranno a lavorare ma “come movimenti sociali e politici indipendenti”. Mantenere la rete delle organizzazioni decentrate “nella sua forma attuale è impossibile”, ha sottolineato Volkov, poiché “tutte le attività potranno essere immediatamente ricondotte all’articolo sull’estremismo e ciò comporterà condanne penali per coloro che lavorano presso la sede o che collaborano con loro”. Infatti, alcuni dei collaboratori di Navalnyj nei confronti dei quali sono stati avviati i procedimenti penali in passato hanno già lasciato la Russia. Lo stesso Leonid Volkov si è trasferito in Europa nel 2019.

Attualmente le attività nelle 37 sedi distribuite sul territorio russo sono sospese. In passato, però, esse hanno avuto un ruolo importante. Create nel 2017 per garantire il sostegno a Navalnyj nel suo intento di partecipare alle elezioni presidenziali del 2018, anche dopo la campagna le organizzazioni territoriali hanno continuato a svolgere vari compiti, dalla preparazione dei volontari per il monitoraggio delle procedure di voto all’organizzazione della raccolta delle firme o dei fondi. Alcuni conducevano le campagne elettorali regionali nell’ambito della strategia del “Voto intelligente”, altri si occupavano delle inchieste sui presunti fatti di corruzione tra i politici regionali. Insomma, le sedi territoriali della Fondazione erano veri e propri [centri di socializzazione degli attivisti della “nuova generazione”](#). Ora, tutta la struttura si trova in una crisi profonda, a cui difficilmente, potrà trovare una soluzione che permetterà di mantenere la sua integrità dal punto di vista organizzativo.

PARLAMENTO

L'ATTIVITÀ LEGISLATIVA DELLA DUMA DURANTE L'ULTIMA SESSIONE DELLA VII LEGISLATURA: DAL LAVORO SULL'ATTUAZIONE DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE ALL'APPROVAZIONE DEL SECONDO BLOCCO DELLE LEGGI "LIBERTICIDE"

Ora, per quanto riguarda la legislazione attuativa della riforma costituzionale che viene elaborata e approvata dalla Duma durante il primo quadrimestre del 2021, in particolare, ci sono stati due progetti di leggi, entrambi presentati a novembre dello scorso anno, che sono andati ad introdurre le novità nella legislazione primaria.

Innanzitutto, si tratta di un disegno di legge [n. 1057340-7](#) ["Sulla modifica di alcuni atti legislativi della Federazione russa (nella parte riguardante l'allineamento della legislazione sulle elezioni e sul referendum con gli emendamenti alla Costituzione della Federazione Russa)"] che modifica i tre principali atti della normativa federale russa in materia elettorale, cioè la legge quadro n.67 "Sulle garanzie di base dei diritti elettorali..." del 2002, la legge n. 19 "Sulle elezioni del Presidente della Federazione Russa" del 2003, e la legge n. 20 "Sulle elezioni dei deputati della Duma..." del 2014. In particolare, il termine "membro del Consiglio della Federazione" viene sostituito dalle parole "senatore della Federazione Russa". Viene inserita la regola analoga alla nuova norma costituzionale (art. 78 comma 5) sull'età minima di 30 anni per candidarsi alla carica di Presidente della Commissione elettorale centrale (CEC). Inoltre, il documento ha previsto la creazione del sistema verticistico nell'ambito dell'organizzazione e controllo sul processo elettorale in Russia. Si tratta di una disposizione, prevista dal disegno di legge, in base alla quale i poteri di un membro della commissione elettorale del soggetto federato, nominato dall'Assemblea regionale o dal Capo del soggetto, possono cessare su richiesta motivata della CEC della Federazione Russa. Il documento ha chiarito che, unitamente alla proposta di cessazione anticipata dei poteri di un membro della commissione, dovrebbe essere presentata una proposta per la candidatura di un nuovo membro della commissione. Questa richiesta non può essere presentata entro un anno dalla nomina di un membro della commissione, così come durante la campagna elettorale, periodo della campagna referendaria, a cui partecipa la commissione elettorale del soggetto della Federazione Russa. Inoltre, è stato ipotizzato di conferire al capo della CEC il diritto di nominare il Presidente della commissione elettorale territoriale responsabile per la preparazione e lo svolgimento delle elezioni dei deputati della Duma di Stato nei seggi elettorali formati al di fuori del territorio della Federazione Russa.

Il disegno ha dato maggiore impulso all'utilizzo delle procedure di *e-voting* nelle operazioni elettorali in Russia, in quanto il documento ha previsto la nuova competenza della CEC a formare una o più commissioni territoriali speciali per garantire lo svolgimento del voto elettronico a distanza.

Per quanto riguarda le modifiche proposte alla legge "Sulle elezioni del Presidente della Federazione Russa", il disegno ha introdotto una serie di requisiti per il candidato alla carica del Presidente, tra i quali oltre all'età minima di 35 anni (già prevista dal testo costituzionale prima della riforma del 2020), la residenza sul territorio nazionale da almeno 25 anni (*vs* 10 anni di residenza previste originariamente), e il divieto di possedere o aver posseduto anche in precedenza la cittadinanza di un Paese straniero o un permesso di soggiorno di uno Stato straniero. Inoltre, la legislazione primaria è stata integrata da una norma che riprende la nuova

dicitura dell'articolo 81 comma 3 riguardante il limite assoluto di due mandati per coprire la carica presidenziale, insieme con la clausola che prevede un'eccezione a tale regola per le persone che hanno già ricoperto e(o) attualmente ricoprono la carica di Capo dello Stato al momento dell'entrata in vigore degli emendamenti alla Costituzione (clausola di “azzeramento”).

Infine, il documento ha previsto per i candidati ai deputati della Duma di Stato il requisito della residenza permanente in Russia, ed ha stabilito che non possono essere eletti alla Duma di Stato i cittadini russi condannati per reati di media gravità (55 fattispecie), anche nel periodo entro i cinque anni dopo l'estinzione della pena.

Oltre a queste modifiche importanti, il disegno di legge, introduce anche una serie di novelle riguardanti le tempistiche della campagna elettorale, le informazioni che devono essere pubblicate sulle schede ecc. Questo disegno di legge è stato approvato dalla Duma il **24 marzo**, e dal Consiglio della Federazione il **31 marzo**. All'interno della Duma, due gruppi parlamentari composti da membri dei partiti “Russia Giusta” e Partito Comunista [hanno votato](#) contro il disegno di legge, poiché quest'ultimo, secondo loro, integrava la legislazione sulle elezioni con le norme non correlate agli emendamenti alla Costituzione. In particolare, i rappresentanti delle due fazioni hanno criticato le disposizioni che ora prevedono il più ampio ricorso alla votazione fuori dal collegio elettorale con le urne portatili e la riduzione delle informazioni sulle candidature riportate direttamente sulle schede per i collegi uninominali con più di 10 candidati. Nonostante i contrasti fra i deputati, il **5 aprile**, il Presidente russo ha firmato la legge di modifiche alla legislazione elettorale [[n. 89-FZ](#)]. Queste nuove disposizioni saranno, così, applicate anche a tutte le fasi di preparazione e lo svolgimento delle votazioni nelle imminenti elezioni della Duma di Stato.

Il secondo disegno di legge, presentato dal Presidente russo con l'intento di “aggiornare” la normativa vigente alle modifiche costituzionali e approvato dalla Duma negli ultimi mesi, ha riguardato l'introduzione del divieto per i dipendenti pubblici e il personale militare di avere la cittadinanza straniera. Come ha stabilito il documento [[disegno di legge n. 1065287-7](#) “Sulla modifica di alcuni atti legislativi della Federazione russa (nella parte riguardante i vincoli per ricoprire gli incarichi statali, comunali, altri incarichi legati al possesso della cittadinanza di uno Stato estero o il diritto alla residenza permanente nel territorio di uno Stato estero)”), in conformità con le modifiche apportate alla Costituzione della Federazione Russa, le disposizioni di una serie di leggi federali sono state integrate con le restrizioni al diritto di ricoprire cariche pubbliche o incarichi nella pubblica amministrazione, statale e comunale, in relazione al possesso della cittadinanza di uno Stato estero o del diritto alla residenza permanente in esso. Dunque, dal testo del documento ne consegue che militari, impiegati statali e comunali, funzionari pubblici e altri impiegati civili che sono in possesso della cittadinanza straniera o del permesso di soggiorno a lungo termine di uno Stato estero, ora dovranno comunicare il possesso di questi documenti. Tali persone potranno continuare a prestare servizio o ricoprire le loro posizioni a condizione che presentino documenti che indichino la loro intenzione di revocare la cittadinanza di uno Stato straniero. Altrimenti, dovranno affrontare il licenziamento. Il deputato Krašeninnikov ha chiarito che le modifiche proposte hanno riguardato più di venti leggi diverse, tra cui la legge “Sul servizio militare”, “Sull'impiego pubblico nelle amministrazioni statali”, “Sull'impiego pubblico nelle amministrazioni comunali”, “Sui principi generali di organizzazione degli organi dell'autonomia locale” ecc. Inoltre, il deputato ha sottolineato che le modifiche derivano direttamente dalle norme della Costituzione e servono a garantire la sicurezza nazionale, tutelare la sovranità del Paese, nonché i diritti e le libertà dei cittadini. Ad esempio, in tal modo, l'accesso ai segreti di Stato sarà vietato alle persone con cittadinanza straniera.

Alcuni deputati hanno espresso preoccupazione circa l'eventuale carenza di personale a seguito di tale modifica. Tuttavia, alla fine il progetto di iniziativa presidenziale è stato sostenuto da tutti

i gruppi parlamentari ed [è stato approvato](#) il **20 aprile** con 418 voti “a favore” e un voto contrario. Subito dopo l’approvazione da parte della Duma di Stato, il **23 aprile** anche il Consiglio della Federazione ha votato a favore delle modifiche. La legge [\[n.116-FZ\]](#) è stata firmata dal Presidente il **30 aprile** ed entrerà in vigore il 1° luglio 2021.

Nello stesso tempo, con la legge di modifiche alla legge federale “Sull’impiego pubblico nelle amministrazioni statali” del **24 marzo** [\[legge n. 52-FZ\]](#), v. la scheda del disegno di legge n. [1099092-7](#)] è stato abolito il limite di età di 70 anni per i dipendenti pubblici nominati dal Presidente della Federazione Russa.

Oltre al lavoro di “aggiornamento” della legislazione primaria agli emendamenti costituzionali, i deputati hanno continuato a “perfezionare” la normativa, nell’intento di “tutelare il Paese da ogni tentativo di influenzare la politica dall’esterno o destabilizzare la situazione nel Paese”. Pertanto, nell’arco di quattro mesi, la Duma ha approvato il secondo blocco delle leggi (sul primo blocco v. le Cronache dalla Russia, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.3/2020) che vanno ad introdurre nuove restrizioni sui diritti civili e politici, prevedendo un inasprimento delle sanzioni per la violazione della normativa sui raduni o sulla circolazione delle informazioni in rete, i nuovi obblighi o limitazioni per le organizzazioni *no profit* dichiarate “agenti stranieri” e molto altro.

In particolare, per quanto riguarda la libertà di assembrarsi e la disciplina relativa all’organizzazione e svolgimento degli eventi pubblici, il **10 febbraio**, la Duma di Stato ha approvato una legge [\[n. 24-FZ\]](#) del **24.02.2021** “Sulle modifiche al Codice degli illeciti amministrativi della Federazione Russa”, v. scheda del [disegno di legge n. 1060689](#)] che ha aumentato le sanzioni per una serie di violazioni commesse durante le manifestazioni. Tra questi, la disobbedienza a un ordine legittimo dell’agente di sicurezza per la quale la legge prevede una multa da 2.000 a 4.000 rubli, mentre in caso di commissione ripetuta è stabilita una multa da 10.000 a 20.000 rubli o un arresto amministrativo per un massimo di 30 giorni oppure un lavoro di pubblica utilità per un periodo da 100 a 200 ore. Inoltre, sanzioni pecuniarie particolarmente sensibili (fino a 200.000 rubli) sono state previste nel caso di violazione delle norme sulle modalità della raccolta fondi per gli organizzatori dell’evento e per i donatori.

Sempre per quanto riguarda i raduni e le manifestazioni, il **20 aprile** la Duma ha approvato una legge [n. 102-FZ](#) “Sulle modifiche al Codice degli illeciti amministrativi della Federazione Russa” [v. scheda del [disegno di legge n. 1060689-7](#)] che ha introdotto per i giornalisti l’obbligo di indossare un segno distintivo durante il loro servizio di copertura mediatica degli eventi pubblici. Per la violazione di tale obbligo sono state previste multe che variano da 2.000 rubli a 50.000 rubli, a seconda del soggetto che ha commesso l’illecito. Si tratta di una specie di lasciapassare alla stampa per le pubbliche manifestazioni che secondo l’autore della proposta, il deputato Vyatkin, dovrebbe “garantire i diritti dei rappresentanti dei mass media”. Gli aspetti visivi di tale segno distintivo sono stati stabiliti dal Ministero dell’Interno in accordo con *Roskomnadzor* e l’Unione di Giornalisti russi e riportate nell’[Ordinanza](#) di *Roskomnadzor* n. 30 del **22 marzo**.

Oltre ad aver regolamentato l’attività professionale dei giornalisti durante le manifestazioni pubbliche, la legge approvata dalla Duma è andata a stabilire le sanzioni per la diffusione delle pubblicazioni o altro materiale di un mass-media riconosciuto “agente straniero” senza la dicitura “riconosciuto agente straniero” (*признан иностранным агентом*). In tal modo, l’articolo 13.15 (“Abuso della libertà di stampa”) del Codice degli illeciti amministrativi della Federazione Russa è stato integrato dal comma 2.4, che prevede la responsabilità amministrativa e una pena sotto forma di multa per i cittadini (da 2.000 a 2.500 rubli), per i giornalisti (da 4.000 a 5.000 rubli) e per le persone giuridiche (40.000 a 50.000 rubli). Pochi mesi prima, nel dicembre 2020, questo divieto era introdotto dal legislatore russo nella legge n. 2124-1 “Sui mass media”, all’interno

dell'articolo 4 “Inammissibilità dell'abuso della libertà dei mezzi di comunicazione”, ora, dunque, sono state stabilite anche le sanzioni per la violazione della normativa in riferimento.

Inoltre, il **1° marzo** sono entrate in vigore tre nuove disposizioni del Codice degli illeciti amministrativi (art. 13.15 commi 2.1-2.3) che prevedono una sanzione per la diffusione di informazioni su un'organizzazione *no profit* o un'associazione o una persona fisica riconosciuti come “agente straniero”, nonché i materiali da loro prodotti senza un apposito contrassegno [v. la scheda del disegno di legge n. [1060950-7](#), divenuto [legge n. 14-FZ](#) “Sulle modifiche al Codice degli illeciti amministrativi della Federazione Russa (nella parte riguardante la precisazione della responsabilità per violazione del regime previsto per gli enti che svolgono le funzioni di agente straniero) del 24.02.2021]. Si tratta dell'obbligo di includere la dicitura “riconosciuto agente straniero” (*признан в России иностранным агентом*) qualora si utilizzino i materiali degli enti inseriti nei registri ufficiali degli “agenti stranieri”. Nel passato, simili sanzioni sono state previste per la diffusione di informazioni su un'organizzazione liquidata o vietata ai sensi della legge “Sul contrasto all'attività estremista” senza specificare lo status dell'ente (v. art. 13.15 comma 2 del CAI).

Attualmente, in Russia esistono due registri, a cura del Ministero della Giustizia, con gli elenchi delle organizzazioni e persone fisiche riconosciuti “agenti stranieri”: v. [Registro](#) delle organizzazioni *no profit* «agenti stranieri», [Registro](#) dei mass media stranieri che svolgono le funzioni di “agente straniero” (incluse anche persone fisiche; recentemente, il **23 aprile**, il Ministero ha inserito nell'elenco dei media “agenti stranieri” il sito giornalistico *Meduza*). Altri registri, come ad esempio il registro delle associazioni (enti senza registrazione ufficiale) “agenti stranieri”, sono [in fase di creazione](#).

Tuttavia, la prassi di applicazione delle norme sulla violazione del regime di funzionamento degli enti riconosciuti “agenti stranieri” è ancora molto caotica, per ora non esiste alcuna statistica dei casi. La questione sulla prassi applicativa è stata sollevata anche durante la discussione del progetto di legge all'interno della Duma. Un membro del Partito Comunista durante la presentazione del progetto si è espresso contro l'introduzione delle sanzioni pecuniarie per violazioni di questo tipo soprattutto nei confronti delle persone fisiche, perché, secondo il deputato, non sempre semplici utenti di Internet sono a conoscenza dello *status* di “agente straniero” di un'organizzazione a cui tale utente potrebbe fare riferimento nella rete. Queste obiezioni e la critica dell'iniziativa da parte degli esperti non hanno potuto fermare l'approvazione del disegno.

Per quanto riguarda le restrizioni sulla libertà di parola, a **marzo**, i deputati hanno approvato due disegni di legge che hanno previsto sanzioni più pesanti per la “riabilitazione o apologia del nazismo”, mentre la calunnia contro i veterani della Grande Guerra Patriottica è stata equiparata alla riabilitazione del nazismo.

Il primo disegno di legge [[n. 1050812-7](#)] ha integrato il Codice penale con una nuova fattispecie (art. 354.1 “Riabilitazione del nazismo”) in cui sono rientrate la negazione dei risultati dei processi di Norimberga, la diffusione di informazioni consapevolmente false sulle attività dell'URSS durante la seconda guerra mondiale, così come la diffusione di informazioni che esprimono una chiara mancanza di rispetto sulle giornate di gloria militare e date memorabili associate alla difesa della Patria. Tali violazioni commesse utilizzando Internet sono equiparate a violazioni commesse tramite mezzi di comunicazione di massa. Secondo il nuovo articolo, la responsabilità è prevista sotto forma di una multa particolarmente salata fino a 5.000.000 rubli; in alternativa alla pena pecuniaria, sono stati previsti il periodo di lavoro forzato o la reclusione fino a cinque anni. Sull'onda del caso Navalnyj, condannato il **20 febbraio** a una multa per aver calunniato il veterano di Guerra, durante la seconda lettura il disegno di legge è stato integrato dalla disposizione che

prevede la responsabilità per diffamazione dei veterani della seconda guerra mondiale e insulto alla loro memoria (art. 354.1 comma 3 Codice Penale).

Mentre il primo documento ha stabilito la responsabilità penale per il reato di riabilitazione del nazismo, il secondo disegno di legge [[n. 1050733-7](#) “Sulle modifiche agli articoli 3.5 e 13.15 del Codice degli illeciti amministrativi della Federazione Russa (nella parte riguardante la previsione della responsabilità amministrativa per la diffusione di informazioni che negano i fatti stabiliti dalla pronuncia del Tribunale militare internazionale, nonché per la diffusione al pubblico di informazioni consapevolmente false sulle attività dell'URSS durante la seconda guerra mondiale)”) ha introdotto una norma corrispondente nel codice amministrativo che riguarda soltanto le persone giuridiche (l'art. 13.15 comma 4.1 del CIA “abuso della libertà di stampa”).

Entrambe le proposte, presentate dal deputato di “Russia Unita” Yarovaya, famosa per le leggi anti-terrorismo del 2016, sono state accolte positivamente dalla Duma, la quale il **17 aprile** ha votato a favore dei disegni di legge in modo unanime [[legge n.58-FZ](#) del 5.04.2021, [legge n. 59-FZ](#) del 5.04.2021]. Lo *speaker* della Duma di Stato Vyacheslav Volodin ha esortato a proporre questi atti normativi che “proteggono la memoria storica” come atti “modello” per i Paesi membri del Consiglio d'Europa, dell'OCSE, o della CSI.

Sempre sulla scia del *trend* di inasprimento delle sanzioni, il **10 febbraio** la Duma di Stato nella terza lettura finale ha adottato un disegno di legge che introduce la responsabilità per violazione della normativa sul “RuNet sovrano”. La legge sulla *RuNet* (il nome informale della legge federale n. 90-FZ “Sulle modifiche alla legge federale «Sulle comunicazioni» e alla legge federale “Sull'informazione...”) è stata firmata nel maggio 2019 ed è stata progettata per garantire il funzionamento continuativo di Internet in caso di disconnessione dai server esterni. La legge prevedeva una serie di obblighi a capo degli operatori di telecomunicazioni, ma al momento non erano previste sanzioni per inadempienze.

Con il progetto di legge [n. 1061159-7](#) “Sulle modifiche al CIA...”, è stato proposto di introdurre sanzioni amministrative per una serie di violazioni commesse nell'ambito delle comunicazioni e dell'informazione, come ad esempio, la mancata trasmissione al *Roskomnadzor* delle informazioni su indirizzi o infrastruttura di rete oppure la mancata installazione di mezzi tecnici per contrastare le minacce alla sicurezza della rete. Sono state introdotte anche multe per la violazione della legislazione della Federazione Russa in materia di dati personali (art. 13.11 CAI), così come la violazione della normativa sulle misure contro i soggetti coinvolti in violazioni dei diritti dei cittadini della Federazione Russa (art. 19.7.10-3 CAI). Per quanto riguarda quest'ultima categoria di illeciti, le nuove disposizioni hanno integrato il meccanismo coercitivo nei confronti dei soggetti inadempienti. Pertanto, dopo un avvertimento emesso ai sensi dell'[art. 3.3 della legge n. 272-FZ](#) del 2012 nei confronti del proprietario della risorsa *online* che censura i media russi, in caso di mancata adempienza il proprietario verrà multato (la multa massima è di 3 milioni di rubli).

Il deputato - uno degli autori della proposta Alexander Khinštein - ha sottolineato che il documento riguarda l'introduzione della responsabilità per violazione dei requisiti già esistenti nella legislazione. Secondo Khinštein, la previsione di una serie di multe è una misura a beneficio degli operatori e dei proprietari delle risorse *online*, in quanto eviterebbe sanzioni eccessive come il blocco di siti web stranieri. Il testo del documento è stato approvato dalla Duma di Stato il **10 febbraio**, è stato adottato successivamente dalla camera alta il **17 febbraio**, e firmato dal Presidente il **24 febbraio** [v. [legge n. 19-FZ del 2021](#)]. Soltanto il gruppo parlamentare del Partito Comunista [ha votato](#) contro la proposta (37 voti *vs* 307 voti a “favore”), e in particolare contro l'inserimento delle sanzioni per la “violazione dei diritti e delle libertà fondamentali”. Tale concetto è stato ritenuto dai deputati “troppo vago”.

Il **5 aprile** il Presidente russo Vladimir Putin ha firmato una legge [\[n. 75-FZ\]](#) Sulle modifiche alla legge federale «Sulle organizzazioni senza scopo di lucro», v. la scheda del disegno di legge n. [1052523-7](#) che prevede ulteriori restrizioni per le attività degli enti riconosciuti come “agenti stranieri”. In particolare, è stato proibito l’uso dei locali residenziali come sede dell’unità strutturale di una ONG “agente straniero”. La legge ha chiarito che la categoria delle organizzazioni *no profit* “agenti stranieri” include all’interno le organizzazioni che ricevono denaro o altri beni non solo dagli enti stranieri, ma anche da persone giuridiche russe i cui beneficiari sono cittadini stranieri. Inoltre, la legge ha introdotto una nuova ipotesi per l’avvio di un’ispezione non programmata, nonché l’obbligo delle organizzazioni *non profit* straniere e delle loro divisioni strutturali di sottoporre al Ministero della giustizia i programmi e altri documenti sugli eventi tenuti dall’ente. È stato, inoltre, fissato l’obbligo per le organizzazioni senza scopo di lucro che svolgono le funzioni di “agente straniero” di presentare annualmente, insieme con il rapporto di audit, una relazione sull’attuazione del programma. Infine, il nuovo disegno di legge prevede come sanzione la liquidazione di un’organizzazione o della sua filiale in caso di mancato rispetto della decisione dell’organo autorizzato a vietare l’attuazione del programma presentato (v. [nuova versione del comma 12 dell’articolo 32](#) legge n. 7-FZ del 1996). Tale sanzione, dunque, ha integrato una serie di sanzioni, come ad esempio l’imposizione delle multe o congelamento dei conti, già previste dalla normativa precedente nei confronti delle ONG “agenti stranieri” che non si adeguano agli obblighi imposti. La legge federale, nella nuova versione, entrerà in vigore nell’ottobre 2021, allo scadere di centottanta giorni dal giorno della sua pubblicazione ufficiale, come stabilisce la stessa legge.

LA LEGGE SULLE “ATTIVITÀ PUBBLICHE EDUCATIVE”

Un altro disegno di legge controverso discusso dalla Duma di Stato nei primi mesi del 2021 è la proposta di modifica alla legge “Sull’istruzione nella Federazione Russa”. Si tratta del disegno di legge n. [1057895-7](#) che mira a regolamentare le attività pubbliche di insegnamento e di divulgazione che vengono condotte al di fuori dei programmi educativi *standard*.

In particolare, il progetto ha proposto di introdurre nella Legge sull’Istruzione nella Federazione di Russia il concetto di “attività educative pubbliche” (*просветительская деятельность*) e di vietare tale attività in assenza dell’autorizzazione degli organi competenti. Nella nota esplicativa, gli autori hanno fatto riferimento alla “propaganda anti-russa” nelle scuole e nelle università che “mira a screditare la politica statale, rivedere la storia e minare l’ordine costituzionale”, e che, a loro avviso, viene spesso condotta sotto forma di attività educative. I parlamentari hanno, inoltre, sostenuto di aver cercato di contrastare - attraverso l’imposizione delle nuove regole - non solo l’interferenza straniera negli affari interni dello Stato, ma anche la propaganda dell’estremismo e dell’odio etnico e religioso.

Tuttavia, si deve notare che il documento ha una serie di difetti, per cui l’applicazione delle norme, così come formulate dagli autori dell’iniziativa, potrebbe risultare in futuro poco uniforme e selettiva. In particolare, il progetto ha definito il concetto di “attività educative pubbliche” in maniera molto vaga, includendo al suo interno “le attività finalizzate alla diffusione di conoscenze, abilità, valori, esperienza e competenze che mirano allo sviluppo intellettuale, etico-spirituale, creativo, fisico e professionale di una persona, per soddisfare i suoi bisogni e interessi educativi”.

Le modifiche, inoltre, hanno previsto la competenza degli organi federali a “coordinare la partecipazione delle organizzazioni educative alla cooperazione internazionale”, anche attraverso i pareri (*заключения*). Tale modifiche sono state approvate dal Parlamento nel marzo-aprile grazie ai consensi dei soli deputati del partito “Russia Unita” ([308 vs 95](#)), e la Legge è stata poi firmata dal Presidente il **5 aprile**, ed entrerà in vigore il 1 ° giugno.

Questa legge, poi, ha stabilito che le persone giuridiche e le persone fisiche potranno svolgere attività pubbliche educative nel rispetto dei requisiti stabiliti dalle leggi e dagli atti degli organi del potere esecutivo. Pertanto, il Ministero dell'Istruzione ha iniziato l'elaborazione dell'apposito Regolamento, la prima bozza è stata pubblicata nell'**aprile** (v. [il progetto di Regolamento](#) del Ministero dell'Istruzione). La bozza del Governo ha confermato l'obbligo del formatore a "concludere un accordo con l'organizzazione della scienza, della cultura o dell'istruzione" per svolgere le attività pertinenti, ma non ha chiarito meglio il contenuto della riforma.

Sia la legge sia il progetto di Regolamento hanno suscitato aspre critiche da parte della comunità accademica russa. Il **12 gennaio**, i membri dell'Accademia delle scienze russa [hanno inviato](#) una lettera al Presidente della Commissione per l'istruzione e la scienza della Duma di Stato Vyacheslav Nikonov con la richiesta di respingere il disegno di legge. Dopo l'approvazione del disegno di legge nella seconda lettura, il **15 marzo**, l'Accademia delle scienze si è nuovamente opposta al progetto di legge e ha inviato una lettera al Presidente russo Vladimir Putin con la richiesta di non firmare questo documento dopo la sua eventuale adozione da parte del Parlamento. [Secondo alcuni esponenti](#) del mondo dell'editoria accademica, le nuove norme in materia di attività pubbliche educative sono formulate in modo talmente incerto e confuso da comportare un aumento dei casi di autocensura fra i formatori e gli scienziati.

LE MODIFICHE ALLA LEGISLAZIONE ELETTORALE A DISTANZA DI POCHI MESI DALL'INIZIO DELLA CAMPAGNA ELETTORALE

Infine, bisogna ricordare che per la VII Legislatura la sessione primaverile del 2021 rappresenta l'ultima sessione prima del rinnovamento della composizione della Camera. Ed è anche l'ultima *chance* per cercare di influenzare l'andamento dell'imminente campagna attraverso le modifiche alla legislazione elettorale. Infatti, il ricorso allo strumento dell'"ingegneria elettorale" da parte del decisore pubblico russo è stato abbastanza frequente. Anche questa volta, i deputati hanno cercato di elaborare e approvare le modifiche prima dell'inizio della campagna elettorale per rendere le nuove regole efficaci anche per questa tornata elettorale (si ricorda, che la legge quadro sulle garanzie dei diritti elettorali prevede la garanzia della stabilità (minima) della legislazione elettorale, per cui "le modifiche apportate alla legge concernente la procedura per la preparazione e lo svolgimento delle elezioni... si applicano alle elezioni indette dopo l'entrata in vigore di tali modifiche", art. 11 comma 3 della legge n. 67 del 2002). Così, i parlamentari hanno approvato una serie di disegni di legge che sono andati a modificare le regole vigenti sulle procedure elettorali.

Innanzitutto, il **22 aprile**, la Duma di Stato ha adottato in terza lettura (finale) una legge che abolisce il giorno del silenzio (*день тишины*) in caso di votazioni che durino più giorni. In precedenza, la legge aveva vietato qualsiasi propaganda elettorale alla vigilia del giorno delle elezioni. Altra iniziativa approvata il **17 febbraio** ha riguardato la disciplina sulla comunicazione elettorale e il meccanismo di controllo sulla propaganda elettorale nella rete Internet. In particolare, la legge [n. 43-FZ](#) del **9 marzo** 2021 (v. la scheda del disegno di legge [n. 1057336-7](#)) ha previsto la competenza delle commissioni elettorali di vari livelli a rivolgersi al *Roskomnadzor* con la richiesta di bloccare i siti web che diffondono materiale in violazione dei requisiti imposti dalla legislazione sulla propaganda elettorale.

In secondo luogo, è stato approvato il disegno di legge [n. 721986-7](#) che aumenta la parte federale della lista partitica. In particolare, gli autori del disegno di legge hanno proposto di innalzare da 10 a 15 persone il numero massimo dei candidati che possono essere inseriti nella parte federale della lista partitica. La divisione all'interno della lista nazionale è una delle particolarità del sistema elettorale russo. La lista dei candidati, secondo la legislazione elettorale russa, è divisa in parte federale e in sezioni regionali. Negli anni precedenti il numero minimo

delle sezioni regionali e il numero massimo dei candidati della parte federale hanno subito variazioni: in particolare, nel 2007 il numero dei candidati che potevano essere inseriti nella parte federale è sceso da 18 candidati a 3 candidati (cd. *trojka* federale). Dal 2014 questo numero è salito di nuovo a 10 candidati. Dunque, per quanto riguarda la proposta dei deputati approvata recentemente, non si tratta di un intervento importante sulla formula elettorale, ma piuttosto di un aumento della platea dei “primi e più prestigiosi posti” nelle liste partitiche.

Infine, il **7 aprile**, la Duma di Stato ha approvato la legge “Sulle modifiche alla legge quadro sulle garanzie di base dei diritti elettorali” [[n. 91-FZ](#)] che obbliga i candidati per le cariche pubbliche che ricevono finanziamenti esteri a informare gli elettori sul loro status di “agente straniero”. Pertanto, la legge ha introdotto due nuove tipologie di candidati che partecipano nelle elezioni russe: il candidato “agente straniero” e il candidato affiliato con la persona riconosciuta come “agente straniero”. La prima nozione si riferisce a coloro che sono inseriti nell’elenco delle persone che svolgono le funzioni di “agenti stranieri” (il registro del Ministero della giustizia), mentre la seconda si riferisce a un candidato che ha lavorato in una ONG “agente straniero” o media “agente straniero”, o ha ricevuto fondi dagli enti riconosciuti “agenti stranieri” per attività politiche.

Secondo i parlamentari, lo scopo della legge è “informare gli elettori sui potenziali interessi del candidato” [v. la nota esplicativa nella scheda del [disegno di legge n. 1057892-7](#)]. Il documento ha previsto che i candidati per le cariche elettive che ricevono sostegno finanziario all'estero possono partecipare alle elezioni, ma a condizione di rispettare gli obblighi di rivelare al pubblico il loro *status* e di etichettare tutti i materiali elettorali utilizzati nella loro campagna. L’informazione sulla loro affiliazione all’ente “agente straniero” deve occupare almeno il 15% della superficie o del volume del materiale propagandistico. Le modifiche si applicano anche ai fondi elettorali dei candidati.

CORTI

LE CORTI E LA LEGGE CONTRO LA VIOLENZA DOMESTICA: LA TANTA ASPETTATA SVOLTA

Nella sua nuova pronuncia [n. 11-P del 9 aprile 2021](#), la Corte costituzionale della Federazione Russa ha riconosciuto l’articolo 116.1 “Pestaggi da parte di una persona soggetta a sanzione amministrativa” del Codice penale come incompatibile con la Costituzione della Federazione Russa, e ha ordinato al legislatore federale di modificare la norma.

Questa norma è stata contestata da un residente della regione di Orenburg Lyudmila Sakova. La donna, come riporta il caso, è stata sistematicamente picchiata da suo fratello. Nell’ottobre 2019, l’uomo, già condannato per violenza nei confronti della donna, dopo un nuovo atto di violenza, è stato sottoposto dal tribunale alla responsabilità amministrativa ai sensi [dell’articolo 6.1.1 “Pestaggi”](#) del Codice degli illeciti amministrativi. Sakova ha cercato di contestare questo paradosso “legale” per cui, dopo la punizione amministrativa e penale per lo stesso reato, nei confronti dell’aggressore vengono nuovamente applicate misure amministrative. Non avendo successo nell’istanza di appello, Sakova ha presentato ricorso alla Corte costituzionale della Federazione Russa.

Per spiegare questo paradosso “legale” di cui si è lamentata la ricorrente, bisogna ricordare le trasformazioni della normativa di riferimento avute luogo in precedenza. Infatti, quando nel 2016 il Parlamento russo ha deciso di depenalizzare le percosse, nella creazione di un nuovo sistema di punizioni, il legislatore non ha tenuto conto del fatto che nell’ambito della violenza domestica spesso si manifesta la ripetizione degli atti dell’aggressione. Nella nuova disciplina, il legislatore

russo ha stabilito che le percosse, commesse contro familiari e altre persone, comportano responsabilità penale solo se questi atti vengono ripetuti più volte nel corso dello stesso anno. Dunque, trascorso tale termine, l'atto viene nuovamente valutato come illecito amministrativo.

Pertanto, secondo la ricorrente, la norma contestata non fornisce una protezione efficace contro la violenza domestica e non consente di portare alla responsabilità penale per percosse una persona già condannata per lo stesso reato.

La Corte Costituzionale ha condiviso l'argomentazione di Sakova, sottolineando che “avendo diviso la responsabilità delle percosse a seconda che siano state commesse per la prima volta o erano ripetute, il legislatore non avrebbe dovuto ignorare la precedente condanna per questo atto, poiché indica un aumento del pericolo pubblico, la persistenza del comportamento del soggetto e l'inclinazione del soggetto a risolvere i conflitti con la violenza”. I giudici hanno affermato: “In misura ancora maggiore, l'attuazione della violenza contro una stessa vittima indica l'incapacità dello Stato di adempiere ai propri obblighi di protezione dell'individuo... Pertanto, l'articolo 116.1 del codice penale della Federazione Russa non è conforme alla Costituzione della Federazione Russa”.

Inoltre, la Corte costituzionale ha stabilito che l'articolo 116.1 del Codice Penale della Federazione Russa esclude la responsabilità penale per le persone condannate precedentemente per reati di tortura e altri crimini simili al reato di percosse ma socialmente più pericolosi, il che rafforza i presupposti per la violazione del principio di giustizia in relazione alle vittime. Dunque, la Corte ha invitato il legislatore ad apportare necessarie modifiche al Codice Penale.

Bisogna, però, notare che la Corte Costituzionale non ha smantellato l'intero meccanismo di punizione “a due livelli” (art. 6.1 del CAI più art. 116.1 del CP) così come stabilito dalle modifiche al Codice penale e degli illeciti amministrativi apportate nel 2016. Infatti, la Corte ha sottolineato la peculiarità di questa fattispecie in quanto l'articolo 116.1 riguarda i pestaggi che non hanno causato lievi danni alla salute (*vs* articolo 115 del CP), che non sono qualificati come atti di teppismo, non sono stati commessi per motivi politici, ideologici, di odio razziale, nazionale o religioso o verso un gruppo sociale (*vs* articolo 116 del CP), che non possono essere qualificati come tortura (*vs* articolo 117 CP) ecc. Secondo la Corte, il legislatore federale, designando un particolare meccanismo di sanzioni, non ha escluso, ma, al contrario, ha sottolineato il grado di pericolo pubblico di percosse nel contesto di altri *corpus delicti*. Da ciò se ne deve dedurre che la Corte richiede soltanto di integrare la norma esistente.

Dall'altro canto, la Corte Suprema è andata più avanti nel tentativo di revisione dell'articolo 116.1. Il **7 aprile**, il Plenum della Corte Suprema ha presentato alla Duma di Stato un disegno di legge [\[n. 1145531-7](#) “Sulle modifiche al Codice di procedura penale della Federazione Russa (nella parte riguardante la modifica del tipo di procedimento penale in relazione ai crimini previsti negli artt. 115, 116.1 e 128.1 del codice penale)"] che riporta i procedimenti per i casi di danni minori alla salute e le percosse nell'ambito delle azioni giudiziarie pubblico-private, e non private, come lo è attualmente. Secondo la normativa vigente, infatti, non vi è praticamente alcuna fase di indagine preliminare sui casi di violenza domestica e l'onere della raccolta delle prove ricade sulla parte lesa. Tuttavia, secondo la Corte, sarebbe più giusto condividere queste funzioni con le autorità inquirenti. Pertanto, in tal modo, l'accusa non potrà cadere anche se la parte lesa ritira il ricorso e il tribunale non deciderà automaticamente di archiviare il caso quando le parti si saranno riconciliate; l'esercizio dell'azione così spetterà al pubblico ministero.

Il disegno di legge presentato dalla Corte Suprema ha riguardato non solo le percosse, ma anche altre due fattispecie penali: l'infrazione intenzionale di danni lievi alla salute (comma 1 dell'articolo 115) e la diffamazione (comma 1 dell'articolo 128.1).

Nella nota esplicativa, la Corte Suprema ha ricordato che nel 2019 la Corte di Strasburgo ha indicato la necessità di un coinvolgimento attivo dello Stato nelle politiche di prevenzione e

soluzione dei casi di “violenza domestica”, le cui vittime sono spesso particolarmente vulnerabili. Nel documento, è stato fatto riferimento allo storico [caso di Valerija Volodina](#), in cui la Corte EDU per la prima volta ha riconosciuto l’esistenza in Russia di un problema strutturale su larga scala riguardante la tutela delle vittime di violenze domestiche. Pertanto, la Corte Suprema ha sottolineato che le percosse e le lesioni personali minori sono le forme più comuni di “violenza domestica” e, quindi, per tali reati la normativa russa dovrebbe prevedere maggiori garanzie di giustizia e livelli più elevati di tutela delle persone colpite da tali crimini.



In un Paese travolto dalla crisi pandemica e sullo sfondo di un caos politico e istituzionale, si dimette il Primo ministro Igor Matovič e nasce il Governo Heger*

di Simone Benvenuti**

Nei primi quattro mesi del 2021, le vicende politico-costituzionali in Slovacchia hanno continuato a subire gli effetti del contesto pandemico, che ha visto il Paese tra i più duramente [colpiti](#) dalla seconda ondata autunnale-invernale e dalla terza ondata invernale-primaverile. Lo stato di emergenza è stato prolungato a più riprese, dopo che il 29 dicembre il Parlamento aveva [confermato](#) la possibilità di un prolungamento da rinnovarsi ogni quaranta giorni. L'**8 febbraio**, il Parlamento ha quindi [rinnovato](#) per altri quaranta giorni lo stato di emergenza, con l'accordo di tutti i partiti della coalizione; il Consiglio dei ministri ha poi nuovamente proposto l'estensione il **17 marzo** e [ancora](#) il **26 aprile** per altri trenta giorni, ottenendo la necessaria approvazione del Parlamento. Il prolungamento dello stato di emergenza è funzionale al mantenimento di diverse misure restrittive, tra cui il coprifuoco notturno. Il più recente accordo politico tra OĽaNO, SaS e Sme Rodina ha previsto tuttavia che si ponga fine allo stato di emergenza anche prima di trenta giorni, in caso di miglioramento della situazione pandemica. Solo alla fine di aprile sono state [allentate](#) le misure restrittive.

Di fronte alla gravità della situazione, la Slovacchia, come già l'Ungheria, ha deciso di affidarsi anche a vaccini che non sono passati al vaglio dell'Agenza europea dei medicinali (EMA), e in particolare al vaccino [Sputnik V](#) dell'Istituto Gamaleya di Mosca, di cui sono state [acquistate](#) due milioni di dosi [consegnate](#) il **1° marzo**. La decisione è stata imposta d'autorità dal Primo ministro Igor Matovič, supportato dal Ministro della salute Marek Krajčí (anch'egli rappresentante di OĽaNO). Ciò ha determinato un doppio conflitto – istituzionale e politico – che è sfociato nelle dimissioni del Primo ministro Matovič.

Sul versante istituzionale, particolarmente aspro è stato il contrasto tra Matovič e [l'Istituto statale per il controllo dei farmaci](#) (Štátny ústav pre kontrolu liečiv - ŠUKL). Questo aveva reso un [parere](#) negativo sul vaccino russo, in cui evidenziava [incongruenze](#) tra i campioni inviati in Slovacchia e i campioni analizzati ai fini della [pubblicazione](#) su "The Lancet" di un articolo che certificava un alto grado di sicurezza ed efficacia del vaccino. A seguito di tale presa di posizione,

* Contributo sottoposto a *peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

il produttore russo aveva rescisso il contratto, ritenendosi danneggiato dal parere dell'Istituto che, a suo dire, era imputabile al presunto affidamento delle relative analisi a laboratori [non certificati](#). Matovič aveva quindi [accusato](#) duramente la direttrice dell'Istituto ŠUKL, [Zuzana Baťová](#), di scarsa professionalità, così acuendo il contrasto con i suoi alleati di Governo, in particolare SaS e Za Ľudí.

Ne erano seguite, nel corso dell'intero mese di marzo, dimissioni in successione di ministri del Governo (sei su sedici). Il primo a dimettersi è stato, il **12 marzo**, il [Ministro della Salute](#), dopo la [richiesta](#) in tal senso da parte della vice Primo ministro e presidente di Za Ľudí, Veronika Remišová. Il **15 marzo** è stata quindi la volta del Ministro del Lavoro Milan [Krajniak](#) (Sme Rodina), seguito dal Ministro dell'Economia Richard [Sulík](#) (SaS) il **22 marzo**, dal Ministro della Giustizia Mária [Kolíková](#) (Za Ľudí) il **23 marzo**, dal Ministro dell'Educazione Branislav [Gröhling](#) e dal Ministro degli affari esteri Ivan [Korčok](#) (SaS) il **24 marzo**.

Lo stillicidio di dimissioni è stato il risultato del prolungato rifiuto del Primo ministro di prendere atto della gravità della crisi, che ha comportato il coinvolgimento anche di figure istituzionali di primo piano, intervenute pubblicamente per indurre Matovič alle dimissioni. Il Presidente del Parlamento Boris [Kollár](#) (Sme Rodina), nel pieno della crisi, ha fatto esplicito riferimento alla minaccia di elezioni anticipate, particolarmente problematica per il Partito OĽaNO, in calo di consensi, e ancor più per il Primo ministro (e presidente di tale partito) che aveva raggiunto livelli di popolarità bassissimi (v. *infra*). Inoltre, una richiesta espressa di dimissioni era provenuta dalla stessa Presidente [Zuzana Čaputová](#). In occasione dell'accettazione delle dimissioni del Ministro della giustizia Mária Kolíková, la Presidente della Repubblica aveva affermato che fosse «essenziale che il Primo ministro si dimett[esse] e consent[isse] il completamento di un accordo di coalizione sulla ricomposizione di un Governo», e che la «posizione di nessuno [era] più importante degli interessi del Paese e dei suoi cittadini». Secondo alcuni, la presa di posizione della Presidente Čaputová in merito alla crisi di governo ha rappresentato un intervento che deborda dal suo ruolo *super partes*; secondo altri, tra cui il politologo [Radoslav Štefančík](#), l'invito alle dimissioni rivolto al Capo del governo va piuttosto letto come «moral appeal to the prime minister and other cabinet members to solve this conflict as fast as possible». Peraltro, il coinvolgimento attivo del Presidente della Repubblica nelle dinamiche politiche si è manifestato anche in altre occasioni. In un'[intervista](#) del **21 febbraio**, Čaputová si era detta del tutto contraria all'utilizzo di vaccini non vagliati dall'EMA, mentre il **15 aprile** aveva [richiesto](#) che il contratto per l'acquisto delle dosi di vaccino fosse reso pubblico. Stando ai recenti sondaggi, tra gli attori politico-istituzionali, a mantenere una percentuale di fiducia sopra al 50% è solo la figura presidenziale, che ha anch'essa però significativamente subito un calo.

L'esito della crisi di governo è stato infine [determinato](#) politicamente dall'irrigidimento dei due partiti minori della coalizione di governo, SaS e Za Ľudí: qualora Matovič non si fosse dimesso, i due partiti avrebbero ritirato il proprio appoggio, paventando il rischio di elezioni anticipate. A seguito di tali fatti, Matovič si è [dimesso](#) il **30 marzo**, a un anno dalla sua entrata in carica. La crisi, che è stata definita "[singolare](#)", è stata anche complicata da due episodi relativi alla [campagna di indagini](#) sulla corruzione di settori dello Stato intrapresa nei mesi precedenti. Il **12 febbraio**, il Paese è stato scosso dal [suicidio](#) di un ex ufficiale dei servizi segreti nonché testimone chiave

nelle indagini che hanno coinvolto i vertici del corpo della polizia (e tra questi [l'ex capo della polizia](#), che si era anch'esso suicidato nel dicembre precedente, e l'ex Procuratore speciale). A un mese di distanza, l'**11 marzo** è giunta la notizia dell'arresto del Capo dei Servizi segreti [Vladimír Pčolinský](#) da parte dell'Agenzia nazionale anticrimine (NAKA) per presunta corruzione. L'arresto di Pčolinský è l'ultimo di una lunga serie che ha contrassegnato le vicende politiche slovacche nei mesi scorsi, ma si tratta della prima personalità nominata dal Governo presieduto da Matovič a essere coinvolta.

In seguito alle dimissioni di Matovič, è stato nominato il **1° aprile** [Eduard Heger](#), anch'esso esponente del partito OĽaNO e già vice Primo ministro e Ministro delle finanze nel precedente Governo. L'ex Primo ministro Matovič è stato a sua volta nominato vice Primo ministro e Ministro delle finanze. Il nuovo Governo, che ha ottenuto la [fiducia](#) con il sostegno di 89 parlamentari all'inizio di maggio, è supportato dalle medesime forze e rappresenta una sostanziale replica del precedente, essendo stato sostituito solo il Ministro della Salute, al cui ruolo è stato nominato Vladimír Lengvarký (mentre la Presidente Čaputová aveva [rifiutato](#) di nominare a Ministro del lavoro la persona originariamente proposta dalla coalizione). Per la terza volta in dieci anni, si è dunque proceduto all'avvicendamento tra Primi ministri pur nel permanere della coalizione di governo: come già nel 2010, con la sostituzione di Mikuláš Dzurinda con Iveta Radičová, entrambi del partito cristiano-democratico SDKÚ-DS, e nel 2018 quando Peter Pellegrini aveva rimpiazzato Robert Fico, entrambi del partito di orientamento social-democratico SMER-SD.

Per quanto riguarda le politiche vaccinali che erano state all'origine della crisi di Governo, Heger ha comunque [confermato](#), in un'intervista del **28 aprile**, l'intenzione di utilizzare il vaccino dell'Istituto Gamaleya, adducendo come ragione il fatto che – a fronte di un'ampia percentuale di popolazione scettica sull'uso dei vaccini –, parte della popolazione slovacca, in particolare quella più anziana, sarebbe favorevole all'utilizzo del solo vaccino russo.

Regna peraltro l'[incertezza](#) quanto alla capacità del nuovo Governo di durare nel tempo, sia per la progressiva delegittimazione della coalizione che lo sostiene (v. *infra*), sia per gli effetti sempre più tangibili della crisi pandemica sull'economia slovacca, che ha registrato una [caduta](#) di quasi il 6% del PIL nell'anno passato mentre, per la prima volta in diciassette anni, si è assistito a una decisa [diminuzione](#) demografica. Si è [registrato](#) inoltre un sensibile aumento sia dei disoccupati di lungo periodo sia della percentuale di individui a rischio di povertà o esclusione sociale (872.000 persone, pari al 16% della popolazione). In aprile è stato dunque finalizzato il [Piano nazionale di ripresa e resilienza](#), per un totale 6 miliardi di euro, la cui bozza era stata resa pubblica il **17 marzo**.

Permane dunque lo spettro dell'anticipazione del termine della legislatura, che ha scadenza naturale nel 2024. Le elezioni anticipate, evocate come visto nel corso della crisi, sono state anche l'oggetto di un'iniziativa assunta con il sostegno dei due maggiori partiti di opposizione di orientamento social-democratico (in particolare, dagli ex Primi ministri Roberto Fico e Peter Pellegrini) e dei sindacati. Tale iniziativa è volta all'organizzazione di un [referendum](#) che interroga gli elettori sulla volontà di «abbreviare la durata dell'attuale governo» e di svolgere «elezioni anticipate entro 180 dall'annuncio dei risultati del referendum». La raccolta delle firme è stata avviata all'inizio dell'anno, dopo il fallimento del [tentativo](#) di abbreviare la legislatura attraverso

una legge costituzionale. I proponenti [chiedono](#) così di mettere fine a un periodo di instabilità che non permette di affrontare efficacemente la crisi epocale con cui il Paese si sta confrontando. Nonostante l'alto numero di firme raccolte (585.000, ben oltre il minimo richiesto di 350.000), si tratta di un'iniziativa che non ha molte possibilità di successo, se si considera la deludente esperienza nell'utilizzo di questo istituto, per il cui esito valido è necessario un quorum di partecipazione del 50% degli aventi diritto. In trent'anni si sono tenuti [otto referendum](#) (l'ultimo nel [2015](#)), di cui solo uno ha superato – di poco – tale soglia: quello del 2003 relativo all'ingresso della Slovacchia nella UE. Nel 2000 e nel 2004 si erano tenuti altri due referendum aventi a oggetto elezioni anticipate, e in tali casi la partecipazione al voto era stata del 20% e del 36% rispettivamente. Peraltro, la stessa legittimità dell'iniziativa è [controversa](#) ed è ora al vaglio della Corte costituzionale, su richiesta della Presidente Čaputová (per una efficace e dettagliata sintesi dei profili costituzionali relativi al referendum in generale e a referendum relativi a elezioni anticipate, incluso il carattere o meno vincolante del risultato, si veda [qui](#)). Robert Fico ha perciò accusato la Presidente di essere di parte e di voler soffocare la democrazia diretta, ritenendo insensata la sottoposizione della questione di legittimità del referendum alla Corte, posto che in precedenza si erano tenuti già due referendum sulle elezioni anticipate (su cui però la Corte non aveva avuto l'opportunità di esprimersi).

PARTITI

PROSEGUE IL PROCESSO DI DELEGITTIMAZIONE DEL SISTEMA PARTITICO SLOVACCO

Nel quadro dell'instabilità politica che ha caratterizzato questi ultimi anni, i partiti politici slovacchi non godono nel loro insieme di buona salute. Seppur in ascesa in termini percentuali, i partiti di opposizione e in particolare il maggiore tra di essi, il social-democratico SMER-SD, non sono stati in grado di capitalizzare in termini di consenso di fronte alla crisi della compagine governativa e al [tracollo](#) dei consensi dell'ex Primo ministro Matovič e del partito OĽaNO da lui presieduto, mentre a essere favorito è stato, secondo recenti [sondaggi](#), il solo partito Hlas-SD guidato da Peter Pellegrini, anch'esso di orientamento socialdemocratico. Tra i partiti di maggioranza, Za Ľudí ha perso il parlamentare Miroslav Kollár, già candidato alla presidenza del partito, che il **17 febbraio** ha annunciato di [abbandonare](#) il partito in polemica con la gestione della crisi.

SCISSIONE E CROLLO NEI SONDAGGI DEL PARTITO DI ESTREMA DESTRA SLOVACCHIA NOSTRA

Il clima di confusione generale non risparmia nemmeno i partiti [estremisti](#). Il partito a tendenza filo-nazista [L'SNS](#), che alle ultime elezioni aveva raggiunto il risultato ragguardevole dell'8% dei voti e 17 seggi in Parlamento, è stato infatti vittima di una scissione e soggetto a un forte [calo di consensi](#), dopo la condanna del suo Presidente Marian Kotleba (in attesa della pronuncia definitiva della Corte suprema). Il **20 gennaio**, otto dei parlamentari e molti suoi membri, tra cui Milan Uhrík e Milan Mazurek, hanno [lasciato](#) il partito, annunciando la creazione di un nuovo soggetto politico di orientamento meno estremista (Republika) attraverso la trasformazione di un partito già esistente (Hlas Ľudu), già guidato dall'ex membro di Sme Rodina Peter Marček. La crisi è stata determinata dal processo di accentramento della gestione del partito nelle mani del

Presidente dopo l'approvazione del nuovo [statuto](#), che esclude l'obbligo di convocare una convenzione ogni anno e prevede il potere del Presidente di nominare tre membri della segreteria.

PARLAMENTO

DOPO SEDICI ANNI, IL PARLAMENTO SLOVACCO RIDEFINISCE LA STRATEGIA DI DIFESA E SICUREZZA

Il **27 gennaio** e il **28 gennaio**, il Parlamento ha [approvato](#), rispettivamente a maggioranza di 108 voti su 120 parlamentari presenti e di 77 voti su 122 parlamentari presenti, i documenti strategici di difesa e sicurezza, proposti dal Ministro degli esteri Ivan Korčok. Negli ultimi mesi, la Slovacchia è stata, al pari di altri Paesi dell'area, oggetto di numerose iniziative di guerra ibrida, trovandosi al centro di conflitti geopolitici che coinvolgono in particolare la Russia e la Cina.

INIZIATA IN PARLAMENTO LA DISCUSSIONE SULLA PROPOSTA DI RIFORMA COSTITUZIONALE DELLE DISPOSIZIONI SULLA FAMIGLIA

Il **17 marzo**, il Parlamento ha iniziato a discutere il progetto di riforma costituzionale presentata da Marian Kotleba, presidente del partito di estrema destra ĽSNS. Esso si propone di inserire nella Costituzione la specificazione dei termini “padre” e “madre” per indicare i “genitori” e di vietare il cambio di sesso. La proposta, che ha dato luogo a numerose [critiche](#) in seno alla società slovacca, è stata respinta, trovando il favore di “soli” 44 parlamentari su 150, inclusi tuttavia ventisei parlamentari della maggioranza appartenenti ai partiti OĽaNO e Sme Rodina.

LA DISCUSSIONE SULLA RIFORMA DELLA LEGGE SULLA CITTADINANZA È CAUSA DI TENSIONI INTERNE E INTERNAZIONALI

Il **18 marzo**, il Parlamento ha approvato [in prima lettura](#) la proposta di riforma della normativa sulla cittadinanza, che tra le altre cose permette a chi abbia perso la cittadinanza dopo il 17 luglio 2010 a seguito dell'acquisizione della cittadinanza di un altro Stato, di riacquisire la cittadinanza slovacca, alla condizione che abbia risieduto nello Stato estero almeno cinque anni e non rappresenti un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico. La proposta, che era stata [approvata](#) lo scorso **24 febbraio** dal Consiglio dei ministri e di cui si vorrebbe concludere l'iter legislativo entro l'estate, è fortemente criticata dal partito della minoranza ungherese Most-Híd (che la ritiene insufficiente), che ha fatto intendere di voler chiedere al Capo dello Stato di sottoporre la legge alla Corte costituzionale in caso di approvazione. La proposta va letta in relazione alla riforma delle norme sulla cittadinanza del 2010 (era all'epoca Primo Ministro il socialdemocratico Robert Fico) in risposta all'iniziativa ungherese che consentiva agli ungheresi residenti all'estero di ottenere la doppia cittadinanza. Come conseguenza di tale riforma, molti slovacchi residenti nella Repubblica ceca, in Austria e in Germania hanno perso la cittadinanza; era perciò sentita l'esigenza di mitigarne gli effetti indesiderati. Prima della discussione in assemblea, il Ministro degli Esteri ungherese Péter Szijjártó, in visita in Slovacchia, aveva rivolto un [invito](#) alla sua controparte slovacca a negoziare alcuni aspetti della legge, invito declinato seccamente dal Ministro degli Esteri slovacco Ivan Korčok. A tal fine, il **3 marzo** Szijjártó aveva anche incontrato György Gyimesi, membro del partito OĽaNO e rappresentante della minoranza ungherese in Slovacchia, determinando le proteste di Korčok che ha accusato Gyimesi di aver infranto i termini dell'accordo di coalizione.

GOVERNO

SEMPRE PIÙ INCERTO L'ITER DELLA PROPOSTA DI RIFORMA DEGLI APPALTI PUBBLICI

Il **14 gennaio**, il capo dell'Ufficio per gli appalti pubblici (Úrad pre verejné obstarávanie, ÚVO, responsabile della trasparenza delle procedure) Miroslav Hlivák, ha scritto una [lettera](#) al vice Primo ministro Štefan Holý (Sme Rodina) esprimendo forti perplessità riguardo alla proposta di riformare la normativa sugli appalti pubblici, che ai fini di una maggiore efficienza e semplificazione eleva la soglia di valore delle gare d'appalto sottraendo un'ampia porzione di ordini alle regole volte a garantire trasparenza e a evitare pratiche corruttive. Le critiche di Hlivák sono state condivise da numerosi organismi sociali e da rappresentanti della coalizione di maggioranza di Za Ľudí e SaS.

RESA PUBBLICA LA PROPOSTA DI RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ

Il **26 febbraio**, il Ministro dell'Educazione Branislav Gröhling (SaS) ha reso pubblica la proposta di [riforma della Legge sull'università](#), che mira a ristrutturare la *governance* degli atenei nel senso della limitazione dell'autonomia, attraverso l'incorporazione di rappresentanti di nomina ministeriale nei senati accademici e la possibilità per il Ministro di incidere sulle competenze degli organi di autogoverno e delle facoltà in caso di criticità gestionali. La proposta include anche la riduzione del finanziamento ordinario. La proposta è stata all'origine di vive proteste negli ambienti accademici che hanno portato alla sospensione delle attività in sei delle maggiori università del paese (inclusa l'Università Comenius di Bratislava). Il preside della Facoltà di giurisprudenza dell'Università Comenius, Eduard Burda, è arrivato ad accostare la proposta alle iniziative di un regime autoritario. Critiche sono state formulate anche da organi istituzionali quali la Conferenza dei rettori, il Consiglio dei presidi di facoltà e il Consiglio dell'istruzione superiore.

IL MINISTRO DELLA SALUTE PRESENTA IN PARLAMENTO LA RIFORMA DI ALCUNE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SANITÀ PUBBLICA

Il **17 marzo**, il Consiglio dei ministri ha approvato la bozza del disegno di legge che mira a introdurre alcune [novelle](#) alla disciplina della sanità pubblica. In particolare, la proposta intende fornire un risarcimento alle famiglie del personale sanitario deceduto a causa del Covid-19 e garantire la possibilità di essere vaccinati agli stranieri sprovvisti di assistenza sanitaria e alle persone senza fissa dimora.

IL GOVERNO SOLIDARIZZA CON LA REPUBBLICA CECA NELLA VICENDA DEI DIPLOMATICI RUSSI

A seguito della riunione del **20 aprile** del Consiglio di sicurezza slovacco, [convocato](#) dal Primo ministro Eduard Heger con riferimento alla vicenda che nella Repubblica Ceca ha portato all'espulsione di diversi diplomatici russi, il Governo slovacco ha espresso il proprio sostegno ufficiale al Governo ceco, [espellendo](#) tre diplomatici russi e proponendo, attraverso il Ministro degli esteri Ivan Korčok, la firma di una [dichiarazione comune](#) da parte dei Ministri competenti dei quattro paesi del Gruppo di Visegrad.

CORTI

IL PROCURATORE GENERALE ANNUNCIA L'INTENZIONE DI CHIUDERE IL DIPARTIMENTO PER LA LOTTA ALL'ESTREMISMO

Il **20 gennaio**, il Procuratore generale Maroš Žilinka ha [annunciato](#) l'intenzione di far cessare le attività del Dipartimento della Procura speciale che indaga sui crimini legati all'estremismo politico. Il Dipartimento era stato istituito nel 2017 per volere dell'allora Ministro della giustizia Lucia Žitňanská. Dalla sua attività sono originate numerose condanne, tra cui quelle di Marian Kotleba e di altri membri del Partito ESNS. L'annuncio è stato seguito da numerose critiche, sebbene Žilinka abbia chiarito che la chiusura del Dipartimento non implica una minore attenzione della Procura generale ai reati connessi all'estremismo, ma è dovuta a esigenze generali di ristrutturazione della struttura requirente. Pur riconoscendo la competenza del Procuratore generale nel definire la struttura della Procura generale, il Ministro della giustizia Mária Kolíková (Za ľudí) ha confermato che la lotta contro l'estremismo rientra tra le priorità del Governo.

IL PROCURATORE GENERALE RICORRE ALLA CORTE COSTITUZIONALE CONTRO DUE ORDINANZE DELL'AUTORITÀ PER LA SALUTE PUBBLICA

Il **28 gennaio**, il Procuratore generale ha [contestato](#) la legittimità di due ordinanze dell'Autorità per la salute pubblica (Úvodná stránka). La prima, del 27 dicembre, introduceva un'eccezione all'obbligo di quarantena per i parlamentari, al fine di permetterne la partecipazione ai lavori dell'assemblea. In assenza di tale eccezione, la coalizione di maggioranza non avrebbe ottenuto i voti necessari per il prolungamento dello stato di emergenza. La seconda, del **10 gennaio**, introduceva la possibilità di dispensa ad hoc dalla quarantena obbligatoria per chi facesse rientro in Slovacchia dall'estero, e la sua [applicazione selettiva](#) aveva sollevato controversie. Secondo il Procuratore generale, l'Autorità sarebbe andata oltre le proprie competenze. L'Autorità aveva trenta giorni di tempo per decidere sul ricorso del Procuratore e, in caso di accoglimento, novanta giorni per prendere le misure necessarie. Di fronte all'[inazione](#) dell'Autorità, il Procuratore generale si è quindi rivolto alla Corte costituzionale.

ELETTO IL NUOVO PROCURATORE SPECIALE

Il **5 febbraio**, il Parlamento, a maggioranza di 79 voti su 117 parlamentari presenti, ha [eletto](#) alla posizione di Procuratore speciale [Daniel Lipšic](#), già avvocato della famiglia del giornalista Ján Kuciak e Ministro della giustizia e degli interni (pur avendo abbandonato la politica attiva quattro anni fa) e unico tra i quattro candidati a non essere procuratore. In precedenza, proprio i trascorsi di Lipšic nella politica attiva avevano spinto la Presidente della Repubblica a escluderne la nomina a Procuratore generale (rispetto al quale il Procuratore speciale è gerarchicamente subordinato), e Lipšic aveva perciò fatto cadere la candidatura a tale posizione di vertice. Diversamente dall'elezione del Procuratore generale, quella del Procuratore speciale, che ha competenza in materia di corruzione e reati di particolare gravità, non è soggetta alla successiva procedura di nomina presidenziale. Il timore è che la nomina di Lipšic impatti negativamente quantomeno sulla percezione dell'indipendenza di tale istituzione, se non addirittura dia luogo a un [conflitto di interessi](#) per i [legami](#) tra il nuovo Procuratore speciale e alcuni rappresentanti del mondo politico. In effetti, la stessa elezione di Lipšic è stata resa possibile dall'adozione della c.d. "Lex Lipšic", che ha riformulato le condizioni di eleggibilità. Nel corso delle audizioni per la nomina, Lipšic si è espresso a favore della ristrutturazione della Procura annunciata dal Procuratore generale Žilinka (v. *supra*).

NUOVO RICORSO CONTRO LA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL DICEMBRE SCORSO

Il **26 febbraio**, i parlamentari dei partiti dell'opposizione hanno presentato un secondo ricorso alla Corte costituzionale contro la legge costituzionale di riforma del sistema giudiziario.

LA CORTE COSTITUZIONALE CERTIFICA LA COSTITUZIONALITÀ DELLA LEGGE CHE CONSENTE IL PROLUNGAMENTO DELLO STATO DI EMERGENZA

Il **17 marzo**, la Corte costituzionale ha reso la decisione sulla costituzionalità della legge approvata il 28 dicembre scorso che permette il prolungamento dello stato di emergenza. La sentenza è l'esito di due ricorsi presentati da alcuni parlamentari dell'opposizione e dal Procuratore generale Maroš Žilinka. Quest'ultimo in particolare metteva in questione la limitazione di numerosi diritti, come conseguenza delle limitazioni alla libertà di circolazione e di riunione: tra questi, il diritto di proprietà (con riguardo alla possibilità di usufruire di proprietà al di fuori del distretto di residenza), la libertà di culto (come conseguenza dei divieti di assembramenti e dei servizi confessionali e la chiusura delle scuole), la libertà d'impresa. Il Procuratore generale riteneva che l'estensione di tali limitazioni fosse sproporzionata.

ELETTO IL PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA AMMINISTRATIVA

Il **21 aprile**, il Consiglio superiore della magistratura ha scelto all'unanimità Pavol Nad' come primo presidente della neoistituita Corte suprema amministrativa. Si attende la nomina formale da parte del Presidente della Repubblica. Oltre alle funzioni giurisdizionali in materia amministrativa, il nuovo organo, che in base alla legge istitutiva sarà operativo a partire dal 1° agosto, esercita funzioni disciplinari nei confronti dei giudici amministrativi e di verifica della correttezza dei procedimenti elettorali per gli organi locali.

AUTONOMIE

ESPLODONO LE TENSIONI TRA IL GOVERNO E I COMUNI PER LA GESTIONE DEL TEST DI MASSA

Il Primo ministro Igor Matovič, principale sostenitore dell'esigenza di organizzare un nuovo test di massa dopo quello dell'ottobre scorso, ha affermato l'esigenza di far approvare norme che permettano al Governo di costringere le autorità comunali a cooperare nell'organizzazione del test. Il **27 gennaio**, l'Unione dei comuni ha pubblicato un comunicato in cui si evidenzia la frustrazione delle autorità locali per lo scarso atteggiamento cooperativo del Governo e la concezione gerarchia dei rapporti tra i due livelli, e hanno reiterato l'impossibilità di organizzare un test di massa senza la necessaria cooperazione. Peraltro, c'è chi ha rilevato come le autorità locali abbiano l'obbligo di cooperare con il Governo, vigente lo stato di emergenza, pur riconoscendo che dal punto di vista politico l'operato del Governo non ha favorito l'efficace conduzione del primo test di massa. Le relazioni tra Governo centrale e l'Unione dei comuni si erano infatti già irrigidite all'inizio di gennaio, quando alcuni comuni avevano messo in dubbio la correttezza dei risultati del test di massa condotto in autunno, dopo aver lamentato lo scarso tempo a disposizione per organizzarsi e l'assenza di coordinamento.



Sobrevivir o gobernar?

La difficile tenuta del Governo di coalizione dinanzi alle crescenti tensioni politiche, sociali e territoriali

di Laura Frosina**

Nei primi mesi del 2021 la *instable estabilidad* del Governo di coalizione Sánchez/Iglesias ha iniziato a vacillare senza, tuttavia, mettere in discussione la sua tenuta istituzionale. La distanza culturale e politica tra le due componenti partitiche della coalizione ha iniziato a farsi sentire in maniera più conflittuale con ricadute destabilizzanti sull'azione di Governo, senza però dar consistenza all'idea della rottura coalizionale considerata un suicidio politico soprattutto dal *Partido socialista obrero español* (Psoe). In quest'anno di emergenza pandemica i dati della crisi sanitaria e socio-economica prodotta dal Covid-19, che rendono la Spagna uno tra i primi paesi dell'Unione europea per numero di morti, contrazione del PIL (crollato dell'11% nel 2020), e aumento del tasso di disoccupazione (arrivato al 16,1% nell'ultimo trimestre del 2020), hanno lasciato un'eredità pesante al Governo Sánchez, che ha maturato piena consapevolezza dei rischi cui andrebbe incontro nel caso di una verifica elettorale prematura.

Il Premier ha mantenuto, quindi, salda l'alleanza di Governo portando avanti quel complesso di riforme dirette a rafforzare la coesione sociale e territoriale, la uguaglianza di genere, i diritti civili, nonché a compiere la transizione ecologica e digitale del paese; obiettivi, questi ultimi, largamente coincidenti con le priorità strategiche individuate nel *Piano per la Ripresa, la Trasformazione e la Resilienza*, España Puede, approvato definitivamente dal Consiglio dei Ministri il **27 aprile**.

Ciò non significa, però, che tra i due partner di Governo non ci siano state divisioni e tensioni, anche profonde, su alcune questioni di non secondaria importanza, che hanno creato momenti di sfiducia, crisi e alterazione degli equilibri politico-governativi. Lo dimostrano, in particolare: il dibattito sollevato dalla riforma del sistema pensionistico e dalla proposta legislativa in tema di abitazione (c.d. *Ley de Vivienda*); i veti incrociati dei partiti governativi sulle proposte legislative in tema di uguaglianza, antidiscriminazione, diritti delle persone trans e LGTBI; la persistente contrapposizione su due questioni centrali del dibattito politico-costituzionale nazionale, quali, il separatismo catalano e la crisi della monarchia; le divergenti posizioni sulla vicenda giudiziaria del

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di Ricerca in *Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate* -Università di Roma La Sapienza.

rapper catalano Pablo Hasél; e, infine, le dimissioni rassegnate dal vicepresidente, Pablo Iglesias, per concorrere alle elezioni autonome di Madrid del 4 maggio.

In linea generale in questi mesi ha fatto molto discutere i due partner di Governo la riforma del sistema pensionistico presentata dal Ministro del *Welfare*, José Luis Escrivà, fondata, tra le altre novità, sulla ipotesi di un innalzamento dell'età pensionabile e di un aumento del numero di anni di contribuzione sul quale calcolare la pensione, aspetti che hanno contribuito ad accrescere le divergenze all'interno della maggioranza di Governo; così come è stata oggetto di ampio e conflittuale dibattito la iniziativa legislativa in tema di abitazione, con particolare riguardo agli aspetti della regolazione dei prezzi di locazione e del diritto sociale all'abitazione, che ha minacciato seriamente la stabilità e la sopravvivenza dell'Esecutivo di coalizione.

Il contrasto tra i partiti di Governo è emerso poi nitidamente, nella forma dei veti incrociati, sulle proposte rientranti nel pacchetto legislativo in tema di uguaglianza, antidiscriminazione e valorizzazione delle diversità, che rappresenta uno dei principali obiettivi programmatici rivolti al superamento delle disuguaglianze sociali.

Il primo chiaro segnale di opposizione è arrivato dal Psoe contro la bozza di proposta legislativa sulle persone transgender, c.d. *Ley Trans*, presentata dal Ministro dell'Uguaglianza, Irenes Montero, (insieme a quella contro la discriminazione delle persone LGBTI), che è stata ritenuta priva delle garanzie costituzionali, di qualità normativa e sicurezza giuridica necessarie per stabilire una regolamentazione giuridica razionale e sicura su una materia così delicata e complessa quale l'identità di genere. La proposta di legge, che ha sollevato un ampio dibattito a livello politico e sociale e, in particolare, negli ambienti femministi, prevede infatti la de-patologicizzazione del transessualismo e il diritto all'autodeterminazione di genere delle persone trans che abbiano superato i 16 anni di età. Nella bozza si stabilisce che per il cambio di identità di genere nel Registro Civile non sarà più necessaria una diagnosi che attesti la "disforia di genere" ma soltanto «la libera dichiarazione della persona interessata», senza la previsione di alcun requisito aggiuntivo, e nemmeno quindi la realizzazione di prelievi «modifiche dell'aspetto o delle funzioni del corpo della persona attraverso procedure mediche, chirurgiche o di altra natura». La proposta di legge sui Trans si è arenata in seno al Consiglio dei Ministri nella fase pre-legislativa, mentre una proposta di legge analoga, che ne ha sostanzialmente riprodotto i contenuti, è stata in seguito presentata in seno al Congresso dei Deputati da *Esquerra Republicana de Catalunya* (Erc), *Junts per Catalunya*- (JxCat), *Candidatura d'Unitat Popular* –(CUP) *Más País-Compromís*, aprendo una accesa discussione sulla sua presa in considerazione e l'inizio del relativo iter parlamentare.

La risposta di *Unidas Podemos* a questo quanto di sfida lanciato dai socialisti non ha tardato ad arrivare. Il partito si è schierato, infatti, contro la proposta di legge sull'uguaglianza di trattamento e non discriminazione, la c.d. *ley Zerolo*, che è stata presentata unilateralmente dal Psoe nonostante fosse una delle iniziative fondamentali programmate da Irenes Montero. Il partito di Iglesias si è astenuto nella votazione sulla presa in considerazione della proposta legislativa, e, successivamente, ha presentato un ampio novero di emendamenti, attualmente in discussione in seno alla *Commissione Uguaglianza* del Congresso dei Deputati, volti a rafforzare il modello antidiscriminatorio congegnato attraverso la inclusione nel Codice Penale di altre forme di

discriminazione come l'antigitanismo, l'aporofobia, l'afrofobia, la fobia verso le persone di colore e l'islamofobia.

L'opposizione reciprocamente esercitata dai due soci di Governo ha rallentato, quindi, l'approvazione delle rispettive iniziative legislative, rendendole oggetto di continue e defatiganti negoziazioni e al centro di un acceso confronto politico e parlamentare.

Queste battute d'arresto non hanno tuttavia condizionato nel segno del fallimento l'intera attività legislativa del Governo. Va osservato infatti che le forze di maggioranza, stante l'acuirsi delle divergenze, sono riuscite a conseguire uno dei più importanti traguardi legislativi di questo primo anno di legislatura mediante l'approvazione della legge sull'eutanasia, che ha reso la Spagna uno tra i pochi paesi al mondo a riconoscere e legalizzare tale pratica. La legge organica n. 3/2021 ha riconosciuto un nuovo diritto individuale, il diritto alla morte degna, muovendo dal presupposto giuridico fondamentale dell'inesistenza di un dovere costituzionale rivolto a "tutelare la vita ad ogni costo e contro la volontà della persona". Ha legalizzato l'eutanasia "attiva" e "passiva" per le persone che si trovino in condizioni gravi di sofferenza fisica e psichica irreversibile, a condizione che avvenga nel rispetto di un procedimento corredato da ampie garanzie per l'esercizio consapevole, consensuale e informato di tale diritto, e nell'osservanza di specifici doveri da parte del personale sanitario e delle amministrazioni coinvolte.

Al di fuori dell'attività legislativa, momenti di grande tensione si sono registrati anche in relazione ad altri due temi di tradizionale confronto tra i soci di Governo, ossia la problematica independentista catalana e la crisi della istituzione monarchica, rispetto ai quali hanno continuato ad avere posizioni divergenti.

Per quanto riguarda la questione catalana, va osservato innanzitutto come i risultati delle elezioni anticipate del **14 febbraio**, che hanno consegnato la maggioranza dei seggi ai partiti dell'indipendentismo (Erc; JxCat, CUP), stiano riproponendo nuovamente il problema politico della secessione nella Comunità autonoma. Problema rispetto al quale i due partiti hanno posizioni diverse: mentre *Podemos* si è sempre dichiarato a favore del diritto all'autodeterminazione inteso come diritto a celebrare un referendum sull'indipendenza nella Comunità autonoma, i socialisti considerano incostituzionale questa ipotesi e ritengono che l'unica via di risoluzione al problema catalano coincida con la revisione costituzionale del modello di decentramento territoriale. E così, anche in questa ultima tornata elettorale, le differenze programmatiche tra i due partiti sono emerse nitidamente: i socialisti hanno richiamato la soluzione della riforma costituzionale dello Stato autonomico in senso federale asimmetrico, che riconosca la plurinazionalità e finanche "la territorialización del sistema de gobierno del poder judicial"; En *Comun Podem* ha proposto di concordare la celebrazione di un referendum e pervenire a una riforma che riconosca la Spagna quale "Stato plurinazionale" e il diritto di autodeterminazione della Catalogna come nazione.

La possibile costituzione di un Governo di coalizione independentista nella Comunità autonoma, guidato dal repubblicano independentista Pere Aragonés, porterà con ogni probabilità a innalzare ai livelli massimi la tensione tra Madrid e Barcellona, mettendo a rischio l'appoggio esterno di Erc al Governo di coalizione. Le nuove dinamiche politiche centro-periferia aprono, quindi, uno scenario ancora più complesso per l'Esecutivo minoritario di Sánchez, che sarà

costretto a ricercare nuovi appoggi parlamentari nel quadro di un Congresso dei Deputati molto frammentato, rendendo la solidità coalizionale *conditio sine qua non* per la sua prosecuzione.

Un secondo tema sul quale poi le forze politiche hanno continuato a dividersi in questi mesi è quello della monarchia. In quello che è stato considerato l'anno più buio della monarchia spagnola, la situazione è ulteriormente deteriorata in seguito alla notizia del pagamento da parte di Juan Carlos, ancora in autoesilio ad Abu Dabi, di 4,4 milioni di euro al fisco per regolarizzare *ex post* la sua posizione fiscale ed evitare denunce penali a suo carico. La vicenda, che ha sollevato una reazione pubblica di indignazione del Premier Sánchez, ha contribuito a mantenere vivo il dibattito sulla monarchia e sulle sue possibilità di riforma. Il partito di Iglesias, dopo aver presentato invano diverse richieste per istituire commissioni di inchiesta sul capo dello Stato in seno al Congresso dei Deputati, ha annunciato la presentazione di una proposta di legge sulla Corona che ne regolamenti il funzionamento, nonostante l'opposizione del Psoe a tale iniziativa. I socialisti avanzano, conformemente a quanto sostenuto da una parte della dottrina, dubbi sulla legittimità costituzionale di una legge sulla Corona, ritenendo che non possa essere regolata per legge al pari delle altre istituzioni, salvo che per le questioni relative ad abdicazioni, rinunce, e dubbi sull'ordine di successione, che vanno risolte mediante legge organica ai sensi dell'articolo 57, comma 5 Cost. Il Premier Sánchez e i socialisti puntano, pertanto, ad approvare riforme puntuali, da concordare previamente con il portavoce della Casa Reale, che mirino a garantire una maggiore trasparenza nel funzionamento e nei conti pubblici della Casa Reale. L'obiettivo di tali interventi di riforma, secondo quanto emerge dagli incontri preliminari, si sostanzia nella parlamentarizzazione e nella democratizzazione della monarchia, al fine di rendere il suo funzionamento più trasparente e adeguato allo Stato di diritto costituzionale e democratico spagnolo del XXI secolo.

Infine, un'ultima questione che è stata oggetto di scontro tra i due partiti di Governo, connessa e intrecciata per certi versi alla crisi della istituzione monarchica e al problema indipendentista catalano, è legata alla vicenda giudiziaria del rapper catalano Pablo Hasél, che è stato condannato a nove mesi di carcere per i reati di apologia al terrorismo e ingiurie contro la Corona. Il rapper, colpevole di aver incitato al terrorismo e ingiuriato la Corona nei testi delle sue canzoni e di alcuni suoi tweet, è stato arrestato dalla polizia presso l'Ufficio del Rettorato dell'Università di Lleida dove si era rinchiuso per sottrarsi all'ordine di detenzione disposto nei suoi confronti. L'arresto del rapper catalano antimonarchico, avvenuto il **16 febbraio**, ha scatenato un'ondata di proteste e manifestazioni di solidarietà in suo favore in diverse città spagnole, e soprattutto a Barcellona, che sono sfociate in arresti e scontri violenti tra manifestanti e forze dell'ordine. La vicenda ha sollevato un vivace dibattito a livello politico e sociale sulla libertà di espressione e i suoi limiti, che ha visto il coinvolgimento di intellettuali e politici, nell'ambito del quale è stato approfondito il tema di una riforma del Codice Penale che rafforzi la tutela della libertà di espressione e depenalizzi i c.d. reati di opinione, soprattutto nel contesto di manifestazioni artistiche, culturali o intellettuali. Dinanzi al dilagare di tali proteste, la reazione di *Podemos* è stata quella di non denunciare pubblicamente tali manifestazioni, ma piuttosto di sostenerle, soprattutto per il tramite del suo portavoce al Congresso dei Deputati, Pablo Echenique. Posizioni queste che muovono da una preoccupante convinzione di fondo circa l'inesistenza in Spagna di una "piena

normalità politica e democratica”, secondo quanto dichiarato dallo stesso Iglesias in riferimento alla detenzione dei politici catalani indipendentisti del cd. *procés*. Parimenti dura è stata la risposta del Premier Sánchez, il quale ha affermato, pochi giorni dopo l’esplosione delle proteste, che la Spagna è una democrazia piena al cui interno non è ammissibile alcuna forma di violenza.

Il **15 marzo**, in questo clima di rinnovata tensione politica e sociale, il vicepremier ha preannunciato le sue dimissioni per concorrere alle elezioni regionali anticipate di Madrid. La scelta del vicepremier, considerata azzardata da alcuni commentatori politici, è stata compiuta nel tentativo di arginare l’ascesa delle destre e di rafforzare la posizione dei partiti di sinistra nella Comunità autonoma. La fuoriuscita di Iglesias dal Governo di coalizione, in un momento molto delicato per gli equilibri interni alla coalizione, ha portato a un rimpasto di Governo con la nomina di Nadia Calviño alla seconda vicepresidenza, di Yolanda Díaz Perez alla terza vicepresidenza, e di Ione Belarra Urteaga al Ministero dei Diritti sociali e Agenda 2030. Si è trattato del secondo rimpasto ministeriale dall’inizio del 2021 perché, già a fine gennaio, Salvador Illa, dimessosi dal Ministero della Sanità per presentarsi alle elezioni catalane, era stato sostituito in quel dicastero da Carolina Darias, che era stata a sua volta sostituita da Miquel Iceta al Ministero della politica territoriale. Questa rimodulazione nella composizione dell’Esecutivo non ha alterato i suoi equilibri politici interni ed entrambi i partiti hanno dichiarato che tali cambiamenti non interferiranno sulla unità e la stabilità dell’azione di governo.

Ciononostante non si può fare a meno di notare come in questi mesi il Governo di coalizione sia stato messo a dura prova dimostrando maggiore debolezza, conflittualità e instabilità, e riportando a galla quegli elementi divisivi che, all’indomani delle elezioni del 2019, erano risultati ostativi alla costituzione di un Governo di coalizione, spingendo finanche Sánchez ad affermare che l’alleanza con *Podemos* avrebbe portato ad “una coalizione di Governi” e non a un “Governo di coalizione”. Se si tratta dell’inizio del declino o di una prolungata sopravvivenza del Governo di coalizione, oppure di una sua nuova evoluzione, solo il tempo potrà dirlo.

Ciò che sembra evidente è che, a partire dal mese di maggio, il Governo entrerà in una fase complessa segnata dalla fine della vigenza dello stato di allarme nazionale, dalla urgenza di fronteggiare la grave crisi economico-sociale post pandemica, e dalla necessità di affrontare quei problemi politico-costituzionali strutturali che affliggono lo Stato spagnolo, aggravati in questi ultimi anni da un persistente immobilismo costituzionale e dalla esplosione di nuove divisioni e fratture politiche, sociali e territoriali.

ELEZIONI

LA VICENDA ELETTORALE CATALANA

Il **14 febbraio**, in un clima di incertezza generale e nel pieno della terza ondata della pandemia, si sono celebrate le elezioni catalane per il rinnovo dei 135 componenti il *Parlament*. Le elezioni hanno rappresentato un evento unico nella storia catalana perché si sono svolte durante la vigenza dello stato di allarme a livello nazionale e nel corso di un’emergenza sanitaria straordinaria, che ne ha reso a lungo incerta la data e imposto, altresì, delle modalità di organizzazione e svolgimento del tutto inedite. L’incertezza della data elettorale è dipesa dal fatto che il **15 gennaio**, a distanza

di un mese dall' appuntamento elettorale, il Governo catalano aveva approvato il [decreto 1/2021](#) con cui aveva sospeso le elezioni rinviandone la celebrazione al 30 maggio, in ragione della emergenza sanitaria in corso e della necessità di garantirne la qualità democratica. Nel decreto si riteneva, infatti, che la celebrazione delle elezioni in quel contesto pandemico avrebbe potuto mettere a rischio il diritto alla salute e, soprattutto, pregiudicare l'esercizio del diritto di voto e la partecipazione politica piena di tutti i cittadini in condizioni di libertà e uguaglianza (con particolare riguardo ai malati di Covid-19). Il decreto n. 1/2021 era stato poi oggetto di plurimi ricorsi innanzi al Tribunale Superiore di Giustizia Catalano (TSJC), che ne aveva dapprima ordinato la sospensione sotto forma di misura cautelare di massima urgenza, e, poi, il **27 gennaio**, ne aveva disposto l'annullamento con la [sentenza n. 121/2021](#), confermando definitivamente l'appuntamento elettorale del 14 febbraio. I giudici della sezione quinta del contenzioso amministrativo hanno ritenuto infatti che sussistessero le necessarie garanzie di sicurezza sanitaria e di qualità democratica per lo svolgimento della giornata elettorale e che il rinvio, non giustificato da cause di forza maggiore, avrebbe comportato una lesione del diritto di voto.

Il **29 gennaio** è iniziata, dunque, una campagna elettorale che si è contraddistinta, nei suoi tratti principali, per lo svolgimento di "comizi digitali", la notorietà della candidatura socialista di Salvador Illa (dimessosi dal Ministero della Sanità), le divisioni tra i partiti dell'indipendentismo, l'incertezza nelle preferenze di voto di una parte dell'elettorato, e infine, per i toni molto duri e aggressivi con cui è stata condotta dalle forze politiche. La campagna elettorale è stata condizionata dal cd. effetto Illa, che è riuscito a convogliare sulla sua candidatura il voto utile contrario all'indipendentismo, diffondendo sempre più tra gli indipendentisti la temuta percezione che un partito non *soberanista* potesse vincere le elezioni. Questo timore ha spinto, a pochissimi giorni dalle elezioni, i partiti del blocco indipendentista (*Esquerra Republicana de Catalunya, Junts per Catalunya-JxCAT, Candidatura d'Unitat Popular -CUP, e Parti Demòcrata PDECat*), a ricompattarsi in un fronte unitario contro i socialisti siglando un accordo dal titolo "Sea cual sea la correlación de fuerzas surgida de las urnas, en ningún caso se pactará la formación de gobierno con el PSC". Accordo privo di contenuti specifici, ma con il quale i partiti sottoscrittori si sono impegnati a porre un veto alla candidatura di Salvador Illa per impedire una sua possibile investitura alla presidenza della Generalità.

In questo clima di duro confronto politico si sono svolte, quindi, le elezioni nella Comunità autonoma, che hanno registrato una bassissima affluenza elettorale, con un record di astensionismo pari al 48,71%, e un pluralismo partitico inedito che ha portato alla costituzione del Parlamento politicamente più frammentato della storia catalana.

Questi sono i dati più chiari di un risultato elettorale complesso che evidenzia l'esistenza di più vincitori e vinti. Indiscusso è il primato assoluto dei socialisti catalani quale partito più votato all'interno della Comunità autonoma. L'effetto Illa ha dato i suoi frutti, permettendo ai socialisti catalani di conquistare 33 seggi, con il 23% dei voti, e di convertirsi, così, nel primo partito del *Parlament*, raddoppiando quasi interamente la percentuale di voti (13,8%) e seggi (17) rispetto alle passate elezioni. Indiscussa, tuttavia, appare anche la vittoria alle urne dell'indipendentismo catalano. L'agognato primato dei socialisti è stato in parte oscurato dal traguardo raggiunto congiuntamente dai partiti dell'indipendentismo, che hanno rafforzato la maggioranza di voti (48,05%) e seggi (74), superando, così, la soglia della maggioranza assoluta nel *Parlament*. All'interno del blocco indipendentista il primo posto è andato ad Erc che, con il 21,3% dei voti e 33 seggi, ha sconfitto il suo principale antagonista, JxCat, rimasto con il 20,07% a quota 32 seggi. Il sorpasso dei repubblicani indipendentisti, guidati da Pere Aragonés e dalla figura simbolo della lotta per la indipendenza di Oriol Junqueras, nonché interlocutori parlamentari privilegiati del Governo di coalizione nazionale, implica il prevalere della linea più moderata e dialogante

dell'indipendentismo rispetto alla via dell'unilateralismo propugnata da JxCat. Quest'ultimo, guidato in queste elezioni dalla Professoressa Laura Borrás e sostenuto all'estero dal *Consell de la República* di Carles Puigdemont, rivendica la strada dell'unilateralismo per ottenere la indipendenza mediante l'approvazione di una dichiarazione unilaterale di indipendenza (DUI) e ponendo in atto la resistenza e la disobbedienza istituzionale. Posizione questa condivisa, in parte, da un altro importante protagonista politico del fronte indipendentista, il partito radicale e anticapitalista della CUP, che in queste elezioni ha incrementato il numero di voti (dal 4,45 al 6,67%) e seggi (da 4 a 9 deputati), guadagnando così una posizione chiave per la formazione di un eventuale Governo indipendentista a guida repubblicana. Per i radicali della CUP la via unilaterale rimane l'opzione a cui ricorrere soltanto nel caso in cui non si giunga ad un accordo con lo Stato sulla celebrazione di un referendum vincolante sulla indipendenza, nella prospettiva irrinunciabile di procedere verso la costituzione della Repubblica catalana.

Nel fronte opposto dei cd. unionisti, oltre alla vittoria elettorale dei socialisti catalani, si è registrata l'ascesa del partito dell'estrema destra neofranchista di Vox, che ha fatto il suo primo ingresso nel Parlamento catalano con il 7,67% dei voti e 11 seggi, collocandosi al quarto posto e staccando di gran lunga i due principali contendenti politici del Pp e *Ciutadans*. Quest'ultimo, in particolare, ha subito un tracollo nella Comunità autonoma, dove era risultato invece vincitore nelle passate elezioni, con una drastica perdita di voti e parlamentari (da 25,37% a 5,58%; e da 30 a 6 deputati) che lo ha collocato in penultima posizione. È riuscito a superare soltanto il Pp che ha registrato il suo peggior risultato elettorale fermandosi a 3 seggi. Il partito sovranista-populista di Vox, emblema dell'opposizione integrale al separatismo, si è aggiudicato, quindi, un primato indiscusso nell'area della destra conservatrice.

Sostanzialmente invariato è rimasto, invece, il risultato di *En Comú Podem*, che è riuscito a invertire il trend negativo registrato nelle ultime elezioni nel Paese Basco e in Galizia, confermando gli 8 seggi della passata legislatura nella Comunità autonoma.

All'interno del blocco unionista (costituito, dunque, da *Psc*, *Vox*, *En Comú Podem*, *Ciutadans* e *Pp*), che somma complessivamente 61 seggi nel *Parlament*, le divisioni e le fratture sono ancora più consistenti rispetto al blocco indipendentista. Alla linea dura contraria a ogni forma di negoziazione e apertura al problema indipendentista sostenuta dai partiti di destra, si contrappone quella più morbida dei socialisti e dei comuni favorevoli alla riapertura del dialogo bilaterale tra Madrid e Barcellona, seppur con alcune differenze di non poco conto. Mentre i socialisti sono favorevoli a una risoluzione del problema catalano che passi per una riforma costituzionale in senso federale asimmetrico dello Stato autonomico, i comuni aspirano a concordare la celebrazione di un referendum e pervenire ad una riforma che riconosca la Spagna come "Stato plurinazionale" e il diritto di autodeterminazione della Catalogna come nazione.

PARLAMENTO

LE NUOVE LEGGE ORGANICHE DI RIFORMA STATUTARIA DELLE COMUNITA' AUTONOME DI MURCIA E CANTABRIA

Il **15 febbraio** le *Cortes Generales* hanno approvato mediante [legge organica 1/2021 \(BOE n. 40 del 16 febbraio\)](#) la riforma dello statuto di autonomia della Comunità autonoma di Murcia, tramite la quale sono stati eliminati i cd. *aforamientos* speciali per parlamentari e membri del Governo, ritenuti un retaggio anacronistico e una forma di privilegio ingiustificata non consona a una democrazia matura e consolidata.

La riforma statutaria, come si legge nel preambolo della legge, si prefigge di dare una risposta

alla “crisi di fiducia” della cittadinanza nel “sistema politico” aggravatasi a causa dei numerosi casi di corruzione politica che hanno messo in dubbio la credibilità della politica, delle istituzioni e delle persone che svolgono tali funzioni pubbliche. Partendo da tali premesse, nel preambolo si afferma come non vi sia alcuna ragione che giustifichi il mantenimento dell'*aforamiento* per i deputati dell'Assemblea regionale di Murcia e i membri del Consiglio di Governo, i quali continueranno ad esser protetti nell'esercizio della loro libertà di espressione parlamentare e politica, ma saranno soggetti alla giurisdizione ordinaria in qualsiasi processo giudiziario che li veda coinvolti per atti compiuti al di fuori della loro attività istituzionale.

In questa prospettiva, vengono modificati gli articoli 25 e 33 della carta statutaria, dedicati rispettivamente ai deputati e ai membri del Governo, che confermano la loro inviolabilità per le opinioni e i voti espressi nell'esercizio dell'attività parlamentare e politica ed eliminano il regime di cd. *aforamiento* loro riservato dallo statuto.

Il **23 marzo** è stata approvata la [legge organica 2/2021 \(BOE n. 71, del 24 marzo\)](#), di riforma dello statuto di autonomia di Cantabria, con la quale è stato eliminato, anche in questa Comunità autonoma, il regime di *aforamiento* speciale per i deputati del Parlamento, il Presidente e i membri del Governo. Partendo dalle medesime premesse circa l'assenza di una ragione giuridica e sociale che giustifichi nel XXI secolo il mantenimento di un *fuero* processuale speciale per tali soggetti, la riforma statutaria ha eliminato la previsione di questo istituto, al fine di garantire – come si legge nel preambolo- a tutti i cittadini della regione di essere giudicati dai giudici ordinari predeterminati per legge. La riforma dell'articolo 11 della legge organica 8/1981 conferma la inviolabilità dei parlamentari, anche dopo la cessazione del mandato, per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni, così come il divieto di essere processati o incarcerati salvo che in flagranza di reato, specificando come in ogni caso i giudici competenti saranno quelli ordinari predeterminati per legge.

LA NUOVA LEGGE ORGANICA SULL'EUTANASIA

Il **25 marzo** il Parlamento ha concluso l'iter di approvazione della [legge organica n. 3/2021 \(BOE n. 72, del 25 marzo\)](#), che ha legalizzato l'eutanasia nell'ordinamento spagnolo. La riforma legislativa presentata dal Psoe in quest'ultima legislatura, già oggetto di un'iniziativa da parte di *Podemos* nel 2017, ha sollevato un ampio dibattito parlamentare ed è stata approvata da tutte le forze politiche rappresentate sia al Congresso che al Senato, fatta eccezione per il Pp, Vox e UPN.

La Spagna si è convertita, così, nel settimo paese al mondo che ha legalizzato la eutanasia attiva, dopo l'Olanda, il Belgio, il Lussemburgo, il Canada, la Colombia, la Nuova Zelanda e alcuni Stati dell'Australia.

La legge introduce e regola un nuovo diritto individuale, il diritto di ogni persona che si trova in determinate condizioni di estrema sofferenza fisica e psichica a sollecitare e ricevere l'aiuto necessario per porre fine alla propria vita, e disciplina, altresì, il procedimento e le garanzie necessarie per esercitare tale diritto, nonché i doveri del personale sanitario, delle amministrazioni e delle istituzioni coinvolte.

Nella legge si dà *in primis* una definizione di contesto eutanasi facendo riferimento ad una situazione di sofferenza grave, cronica e impossibilitante, o di una malattia grave e incurabile, o di una sofferenza insopportabile che non può essere alleviata in condizioni che si considerino accettabili. Muovendo da tali premesse, la legge depenalizza l'eutanasia in determinate situazioni, introducendo specifiche garanzie che tutelino l'assoluta libertà di decisione e scartando ogni possibilità di ingerenza esterna.

I capitoli II e III della legge disciplinano, rispettivamente, i requisiti e le condizioni per sollecitare la prestazione di assistenza al fine vita e il procedimento con cui dare seguito a tale

richiesta. Il capitolo II prevede che possa avanzare tale richiesta qualsiasi persona maggiorenne capace di decidere e agire, sempre che lo faccia in maniera autonoma, cosciente e informata e che si trovi in una delle condizioni di sofferenza grave e incurabile espressamente tipizzate nel testo della legge. La legge richiede che la richiesta di assistenza per l'aiuto al fine vita debba essere formulata in forma volontaria e per iscritto e che debbano essere presentate due richieste tra le quali deve trascorrere un intervallo temporale di 15 giorni. Nel caso in cui il medico responsabile certifichi che il soggetto interessato non si trova nel pieno delle sue facoltà, né possa esprimere la sua volontà in forma libera, volontaria e cosciente, qualsiasi altra persona maggiorenne nel pieno delle sue facoltà potrà avanzare tale richiesta a cui dovrà allegare il documento di istruzioni previe, il testamento vitale o altri documenti legalmente riconosciuti che siano stati sottoscritti previamente dal soggetto interessato. L'eventuale diniego alla richiesta di assistenza al fine vita dovrà essere espresso in forma scritta e motivato dal medico responsabile, entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta, e contro di esso potrà essere presentato un reclamo dinanzi alla Commissione di Garanzia e valutazione competente.

Per quanto concerne la prestazione di assistenza al fine vita in senso stretto, la nuova legge prevede che possa compiersi in due modi distinti: mediante una somministrazione diretta al paziente di una sostanza da parte del personale sanitario, ovvero tramite la prescrizione al paziente di una sostanza che si potrà autosomministrare provocandosi la morte che si configura come ipotesi di suicidio assistito

Un ruolo centrale nell'operare un controllo a priori e a posteriori sul rispetto della legge e delle procedure ivi stabilite spetta alle Commissioni di Garanzia e valutazione, disciplinate nel capitolo V della legge. Queste ultime, che dovranno costituirsi in ogni Comunità e Città autonoma, sono competenti a giudicare, entro il termine massimo di 20 giorni, i reclami presentati dal soggetto interessato contro il diniego del medico responsabile alla richiesta di assistenza al fine vita, e altresì sono competenti a verificare, entro il termine di due mesi dalla prestazione di assistenza fornita al soggetto richiedente, se siano state rispettate le condizioni e le regole procedurali previste dalla legge.

La riforma legislativa, che rappresenta un'innovazione legislativa in tema di diritti umani molto importante, cerca di operare un complesso bilanciamento tra l'eutanasia, il diritto alla vita, la integrità fisica e morale, la dignità umana, la libertà ideologica e di coscienza e il diritto alla intimità. La legge afferma che quando una persona pienamente capace e libera si scontra con una situazione vitale che, a suo giudizio, risulta lesiva della propria dignità e intimità, il bene della vita può cedere in favore di altri beni e diritti proprio in quanto non esiste un dovere costituzionale che impone di tutelare la vita ad ogni costo e contro la volontà del soggetto interessato.

LA RIFORMA DEL REGIME GIURIDICO DEL CONSIGLIO GENERALE DEL POTERE GIUDIZIARIO

Il **29 marzo** è stata approvata [la legge organica n. 4 /2021](#), di modifica della legge organica n. 6/1985 sul potere giudiziario, con cui è stato approvato il regime giuridico applicabile al Consiglio Generale del Potere Giudiziario in funzione (CGPJ).

La riforma interviene a colmare una lacuna normativa del disegno costituzionale definendo il regime giuridico da applicare al Consiglio Generale del Potere Giudiziario qualora non venga rinnovato entro il termine stabilito dalla Costituzione. Nel preambolo della riforma si specifica che, in caso di mancato rinnovo, il CGPJ sarà legittimato ad esercitare quelle funzioni di ordinaria amministrazione indispensabili per il Governo e il funzionamento della magistratura, ma non potrà esercitare altri tipi di funzioni che implicano un esercizio delle sue legittime attribuzioni spettanti soltanto all'organo entrante e non uscente. La legge enumera il novero più limitato di

competenze nel nuovo articolo 570 bis, tra le quali rientrano soltanto quelle strettamente necessarie per l'ordinario funzionamento dell'organo rivolte, quindi, ad evitare una sua paralisi. In particolare, restano escluse dalle competenze del Consiglio le proposte di nomina riguardanti: il Presidente del Tribunale Supremo, i Presidenti delle *Audiencias*, dei Tribunali Superiori di Giustizia e dell'*Audiencia Nacional*, i Presidenti di Sala, i Magistrati del Tribunale Supremo e del Tribunale Costituzionale. Inoltre il nuovo articolo 598 bis, introdotto dalla legge, prevede che quando il CGPJ si trovi in regime di *prorogatio* non possa decidere in merito alla cessazione della carica del Segretario Generale e del Vicesegretario dell'organo.

In seguito all'approvazione di questa riforma sono aumentate, in seno al Consiglio Generale del Potere Giudiziario, la insofferenza e la preoccupazione per le conseguenze del mancato raggiungimento di un accordo politico sulla sua composizione che potrebbe impedirne il rinnovamento *sine die*.

GOVERNO

PIANO DI VACCINAZIONE NAZIONALE

Il piano di vaccinazione nazionale, basato sulla [strategia di vaccinazione di fronte al Covid 19 in Spagna](#), è iniziato il 27 dicembre ed è proseguito a ritmo accelerato nel primo quadrimestre del 2021 nell'obiettivo di riuscire a vaccinare il 70% della popolazione entro la fine dell'estate. La vaccinazione è avvenuta per fasce d'età e specifiche categorie professionali, con maggiore o minore rapidità a seconda della efficienza organizzativa della Comunità autonoma. È iniziata a fine febbraio per le persone maggiori di 80 anni con i vaccini Pfizer e Moderna. A metà marzo, dopo che l'Agenzia Europea del Farmaco ha indagato i nessi causali tra la inoculazione del vaccino Astrazeneca e i casi di trombosi, il Ministero della Salute ne ha sospeso temporaneamente la somministrazione e, successivamente, il Consiglio interterritoriale di Salute lo ha autorizzato unicamente per persone della fascia d'età compresa tra i 60 e i 69 anni. Il Presidente Sánchez ha subito dichiarato che questa decisione non intaccherà la realizzazione del piano vaccinale che sarà portato a termine con o senza Astrazeneca. Rispetto alla possibilità per le Comunità autonome di acquistare il vaccino, ha specificato che le autonomie territoriali non possono agire autonomamente nel mercato internazionale.

Secondo gli ultimi dati pubblicati, alla fine del primo quadrimestre, le Comunità autonome hanno somministrato più di 19 milioni di dosi di vaccini Pfizer, Moderna, Astrazeneca/Oxford e Johnson contro il Covid-19, garantendo una copertura vaccinale completa per circa 6 milioni di persone, ossia il 12,6% della popolazione, e una copertura parziale per circa 13,2 milioni di persone, ossia il 28% della popolazione.

L'obiettivo dichiarato dal Governo è quello di completare la vaccinazione del 70% della popolazione entro la fine dell'estate, arrivando a quota 25 milioni a metà giugno e a 33 milioni ad agosto.

MINI RIMPASTI DI GOVERNO

Il **26 gennaio** il Presidente del Governo Pedro Sánchez ha comunicato le nuove nomine dei Ministri effettuate in seno al suo Esecutivo in seguito alle dimissioni del Ministro della Sanità Salvador Illa, candidatosi alle elezioni catalane. Le nuove nomine, già formalmente avvenute ai sensi degli articoli 62 e 100 della Costituzione mediante i regi decreti ([Regio Decreto n. 55/2021](#), [Regio Decreto n. 56/2021](#), [BOE n. 23, del 27 gennaio](#)), hanno riguardato il Ministero della Sanità

e il Ministero della Politica Territoriale e della Funzione Pubblica. Alla Sanità è stata nominata Carolina Darias San Sebastian e alla politica territoriale Miquel Iceta Llorens. La nuova Ministra della Sanità, quale ex Ministra della politica territoriale, è stata ritenuta la persona più adatta a ricoprire tale carica, proprio in quanto ha condiviso la gestione della pandemia con Illa assicurando una presenza continua nel Consiglio Interterritoriale del Sistema Nazionale di Salute e in molte altre Commissioni interne convocate dal Governo nei mesi della pandemia. Miquel Iceta, volto noto della politica e studioso della scienza politica, è stato nominato alla politica territoriale in una fase di importanza cruciale per la evoluzione dello Stato autonomico e per rilanciare al suo interno il coordinamento, la cooperazione e la *co-governance*.

Con queste nomine, secondo quanto affermato dal Premier, il Governo intende continuare a dare massima priorità alla gestione della emergenza sanitaria, economica e sociale prodotta dalla pandemia, e a compiere le trasformazioni necessarie per il rilancio e la modernizzazione del paese, quali, ad esempio, la transizione ecologica e digitale, la uguaglianza di genere, e la coesione sociale e territoriale.

Il **30 marzo** è avvenuto un secondo rimpasto ministeriale a seguito delle dimissioni del secondo vicepresidente del Governo e Ministro dei Diritti sociali e Agenda 2030, Pablo Iglesias, candidatosi alle elezioni anticipate che si terranno nella Comunità autonoma di Madrid il 4 maggio. Le dimissioni di Pablo Iglesias erano già state annunciate dal vicepremier a partire dal 15 marzo, quando aveva reso nota la intenzione di candidarsi alle elezioni madrilene per contrastare l'ascesa della destra e convertire quelle elezioni in una sorta di plebiscito tra la gestione della presidente madrilena, Isabel Díaz Ayuso, e il Governo di coalizione nazionale.

In sostituzione di Iglesias è stata nominata alla seconda vicepresidenza Nadia Calviño, che manterrà il Ministero degli Affari Economici e della Trasformazione Digitale; come vicepresidente terza del Governo è stata nominata Yolanda Díaz Perez che manterrà il Ministero del Lavoro e dell'Economia sociale; e infine al Ministero dei Diritti sociali e Agenda 2030 è stata nominata Ione Belarra Urteaga, che rientra in quota *Unidas Podemos*. Le Ministre sono state investite alle nuove cariche con i decreti regi di nomina ([Regio Decreto n. 233/2021](#); [Regio decreto n. 234/2021](#); [Regio Decreto n. 235/2021](#) -BOE n. 77 del 31 marzo 2021) e in seguito hanno prestato giuramento di fedeltà al Re e alla Costituzione presso il Palazzo della Zarzuela dinanzi a Felipe VI. La scelta è ricaduta secondo quanto dichiarato da Sánchez- su donne che hanno svolto un lavoro encomiabile durante questa pandemia, ognuna in base alle proprie responsabilità. A tal proposito il Premier ha affermato che il Governo spagnolo è uno dei più egualitari al mondo, vantando una presenza femminile elevata in seno al Consiglio dei Ministri (12 donne e 10 uomini). Ha evidenziato come il Governo spagnolo sia femminista non soltanto nella composizione ma anche negli obiettivi che si prefigge di realizzare, in quanto intende trasformare la uguaglianza reale tra uomo e donna in uno dei principali pilastri per la trasformazione politica, economica e sociale del paese.

Nel comunicato ufficiale sulla rinnovata composizione dell'Esecutivo, Sánchez ha chiarito come tali cambiamenti non interferiranno sulla stabilità del primo Governo di coalizione progressista, che ha dato sempre dimostrazione di unità e responsabilità, nonostante le differenti posizioni e visioni interne ai partiti della coalizione. Questo è il giudizio che è stato dato all'unanimità in seno al Governo anche se non sono mancate letture differenti da parte di chi, da un lato, ha ritenuto che le dimissioni di Iglesias potranno dare maggiore libertà di azione interna al Governo di coalizione e chi, dall'altro, ritiene invece che daranno all'ex-vicepremier maggiore libertà di critica e potere nelle negoziazioni. Come è stato osservato da voci interne a *Unidas Podemos*, questi cambiamenti non altereranno gli equilibri interni alla coalizione di Governo e si continuerà a chiedere il rispetto dell'accordo di coalizione nella sua interezza.

RELAZIONI INTERNAZIONALI E CON L'UNIONE EUROPEA

In questi mesi il Presidente Sánchez ha partecipato ai vari fori di dibattito a livello internazionale ed europeo che si sono incentrati prevalentemente sui temi legati alla pandemia e ai vaccini, alle disegualianze sociali e al cambio climatico.

In particolare, il **9 marzo** il Premier spagnolo ha partecipato in videoconferenza ad una riunione della rete dei leader “Juntos por un multilateralismo reforzado” con il Segretario Generale delle Nazioni Unite, in cui sono state discusse e valutate le iniziative congiunte da intraprendere nei prossimi mesi per rafforzare la rete e le forme di collaborazione in vista della 76esima riunione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che si terrà a settembre 2021. Il Presidente Sánchez, nel suo intervento, ha sottolineato l'urgenza di rafforzare la cooperazione nelle aree indicate nella Dichiarazione sottoscritta dai paesi della rete nel 2020, ponendo l'Onu al centro di questo sistema di multilateralismo rinforzato. In relazione alla pandemia e alle conseguenze nel contesto internazionale, Sánchez ha insistito sulla necessità di implementare gli investimenti nel sistema della salute globale per garantire nel futuro un accesso equo ai vaccini. Ha evidenziato anche la necessità di rafforzare gli investimenti per superare le crisi socio economica e le disegualianze sociali alimentate dalla pandemia. Infine ha fatto riferimento all'importante tema del cambio climatico, rispetto al quale ha ricordato la centralità degli obiettivi di riduzione delle emissioni e l'importanza dei piani di recupero economico da portare avanti a livello nazionale dopo il Covid per avanzare nella transizione ecologica.

Nel quadro della Unione europea ha partecipato in videoconferenza alle varie riunioni del Consiglio Europeo. In particolare, rilevante è stato il suo intervento nella riunione straordinaria del Consiglio europeo del **25 e 26 marzo**, in cui si è discusso prevalentemente della situazione epidemiologica legata al Covid e delle relazioni transatlantiche con il Presidente degli Stati Uniti. In questa occasione il Presidente Sánchez è intervenuto per richiedere una risposta chiara potente ed efficace all'Unione europea mediante la programmazione di un piano finanziario a medio e lungo termine che non metta in pericolo il progetto europeo, osservando a tal proposito come: “No se pueden cometer los mismos errores de la crisis financiera de 2008, que sembraron semillas de desafección y división con el proyecto europeo y provocaron el ascenso del populismo. Debemos aprender esa lección”. Il Presidente del Governo ha presentato, insieme ad altri otto leader europei, una missiva al Presidente del Consiglio europeo, Charles Michel, in cui è stata difesa la necessità di lavorare su uno strumento di debito comune, emesso da una istituzione europea, che possa ottenere fondi nel mercato a beneficio di tutti gli Stati membri, al fine di garantire una stabilità a lungo termine che consenta di finanziare le politiche necessarie per contrastare gli effetti della pandemia.

XXVII VERTICE IBEROAMERICANO

Il **21 aprile** il Presidente del Governo, insieme al Re Felipe VI, ha partecipato al XXVII vertice iberoamericano dei capi di Stato e di Governo celebratosi ad Andorra e dedicato al tema “Innovazione per lo Sviluppo Sostenibile Obiettivo 2030”.

Nel corso del suo intervento il Premier ha indicato una serie di obiettivi che in questa fase – a suo giudizio- vanno sostenuti e perseguiti con carattere prioritario, quali: il recupero economico che deve essere includente e sostenibile; il rafforzamento della scienza, dell'innovazione e della tecnologia; il medio ambiente che comprende soprattutto la mitigazione e l'adattamento al

cambio climatico; la lotta contro le disuguaglianze sociali, che si sono aggravate durante la pandemia, con particolare attenzione all'effettivo conseguimento dell'eguaglianza di genere. Sulla base di tali premesse, ha espresso piena soddisfazione per alcuni risultati raggiunti in questo vertice come, l'adesione ai progetti iberoamericani a sostegno dello sviluppo sostenibile e dell'uguaglianza di genere (PIPAS), la sottoscrizione dell'Accordo quadro sulla circolazione del talento nello spazio iberoamericano, e il comunicato siglato con il Cile.

IL PIANO PER LA RIPRESA, LA TRASFORMAZIONE E LA RESILIENZA, *ESPAÑA PUEDE*

Il **27 aprile** il Consiglio dei Ministri ha approvato il [*Piano per la Ripresa, la Trasformazione e la Resilienza. España puede*](#), per trasmetterlo alla Commissione europea per la sua valutazione dopo essere stato presentato il 14 aprile dal Presidente Sánchez in seno al Congresso dei Deputati. Il piano contempla complessivamente 212 misure, a cui verranno destinati i fondi, che si articolano in 110 investimenti e 102 riforme rivolti alla realizzazione delle quattro priorità strategiche: la transizione ecologica, la trasformazione digitale, la coesione sociale e territoriale e la uguaglianza di genere. Il Piano prevede, attraverso il Fondo *Next Generation EU*, investimenti pari a 140.000 milioni di euro da realizzare entro il 2026, di cui circa la metà (72.000) saranno direttamente trasferiti nei prossimi tre anni e si incentreranno sulla transizione ecologica (39%) e il digitale (29%), così come sull'educazione e la formazione (10,5%) e sulla ricerca e lo sviluppo (7%) (sulle diverse linee di intervento nel piano e le percentuali ad esse destinate v. *La inestable estabilidad del II Gobierno Sánchez nella perdurante emergenza sanitaria* in questa Rivista n. 3/2020, p. 13). Tali investimenti saranno finalizzati al raggiungimento dei cinque obiettivi strategici, tra i quali: la modernizzazione del tessuto produttivo e dell'amministrazione, l'aumento del potenziale di crescita dell'economia, lo sviluppo di un'occupazione di qualità, l'avanzamento verso una economia più verde e sostenibile, e infine la riduzione delle disuguaglianze sociali.

Tra le riforme pianificate, che si basano sull'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e sulle raccomandazioni specifiche per la Spagna nel semestre europeo, spiccano, in particolare, quelle riguardanti il rafforzamento e la modernizzazione del sistema sanitario, la modernizzazione della giustizia, la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, la realizzazione di un nuovo sistema energetico, la riforma del sistema della scienza e il sostegno alla innovazione. Per quanto riguarda la giustizia, ad esempio, si prevede il Progetto 0 di giustizia 2030 che contempla un investimento di 400 milioni di euro nei prossimi tre anni per costruire infrastrutture digitali omogenee e interoperabili. Di questi fondi destinati al progetto, 20 milioni di euro circa saranno trasferiti direttamente alle Comunità autonome. Per quanto concerne l'occupazione, il piano prevede poi la distribuzione tra le Comunità autonome di 680 milioni di euro per la *Formazione Professionale e l'Occupazione*, che attesta un incremento del 13,18% rispetto all'anno 2020. Di questi fondi, 548,7 milioni saranno destinati per l'offerta formativa di lavoratori disoccupati, 115 milioni per quella dei lavoratori aventi già una occupazione e i restanti 19,5 per programmi specifici promossi dalle Comunità autonome, tanto per lavoratori occupati che disoccupati.

Nel commentare la sua approvazione, il Presidente Sánchez ha descritto il Piano come il più ambizioso e trascendentale della storia economica spagnola più recente e la maggior opportunità offerta alla Spagna dalla sua entrata nell'Unione europea. La Ministra Jesús Montero ha commentato il piano evidenziando come sarà uno strumento fondamentale per porre le basi necessarie per consegnare alle generazioni future un paese migliore, più sostenibile, produttivo e sociale.

CORONA

IL DIBATTITO SULLA MONARCHIA: IL CONFRONTO TRA IL PSOE E UNIDAS PODEMOS

Il tema della monarchia ha continuato ad essere oggetto di ampio e approfondito dibattito dopo la promessa avanzata dal Presidente Sánchez, nel corso di una delle ultime conferenze stampa dell'anno 2020, di promuovere una serie di riforme puntuali per rendere più trasparente e modernizzare il funzionamento della Corona. La strada seguita dal Premier in questi mesi è stata quello di negoziare tali riforme con il portavoce della Casa Reale, escludendo l'ipotesi di una riforma legislativa della Corona. Quest'ultima ipotesi è stata per converso avanzata con insistenza, a partire dal mese di gennaio, da *Unidas Podemos*, che, dopo i tentativi di istituire commissioni parlamentari di inchiesta sul capo dello Stato, ha deciso di optare per una proposta legislativa che regolamenti la Corona nella sua interezza nell'intento di stimolare un dibattito parlamentare più ampio sulla monarchia e la repubblica. Il Psoe, per evitare uno scenario simile, ha iniziato a svolgere riunioni informali con il portavoce della Casa Reale e delegati del Partito popolare per pervenire ad un accordo sulle riforme da approvare per rinnovare la monarchia. Secondo quanto emerge da questi incontri preliminari, si aspirerebbe a rafforzare la monarchia parlamentare, attraverso una sua parlamentarizzazione, e altresì mediante la eliminazione di quei profili più critici e oscuri nel suo funzionamento legati, in particolare, alla trasparenza e alla rendicontazione dei conti della Casa Reale. L'obiettivo è quello di seguire un accordo tra "i due partiti del patto costituzionale" che poi possa essere approvato in Parlamento dalle altre forze politiche. Questa operazione di parlamentarizzazione e democratizzazione della monarchia è stata pensata per superare le criticità più evidenti della istituzione, oggetto di un profondo scontento politico e sociale. Nell'ultimo anno sono emersi a galla diversi scandali di corruzione finanziaria riguardanti Juan Carlos che si trova ancora in autoesilio ad Abu Dabi. Da ultimo, il **26 febbraio** i giornali hanno divulgato la notizia del pagamento della somma di 4,4 milioni di euro da parte del Re emerito al fisco per risarcire tasse non pagate e regolarizzare la sua posizione fiscale evitando denunce penali a suo scarico. Il Presidente Sánchez, in conferenza stampa, ha dichiarato di condividere con i suoi concittadini un sentimento di indignazione per le irregolarità fiscali compiute da Juan Carlos che anche in passato ha dimostrato una mancanza di senso civico. Ha specificato come questa critica sia rivolta unicamente al Re emerito e non alla istituzione o al figlio Felipe VI, il quale, per converso, ha sempre dimostrato una condotta esemplare.

TRIBUNALI

IL CASO HASÈL

Il **19 febbraio** il rapper catalano Pablo Hasél, chiusosi presso l'Ufficio del Rettorato dell'Università di Lleida, è stato prelevato e arrestato dalla polizia catalana poiché condannato a scontare nove mesi di carcere per i reati di apologia al terrorismo e ingiurie contro la Corona. L'arresto è avvenuto coattivamente dinanzi al mancato ottemperamento da parte del rapper del provvedimento con cui l'*Audiencia Nacional* aveva notificato l'ordine di presentarsi spontaneamente presso una struttura penitenziaria entro dieci giorni. La vicenda giudiziaria del rapper trae origine da una precedente [sentenza n. del 2018](#) in cui l'*Audiencia Nacional* lo aveva condannato a due anni di carcere e al pagamento di una multa di 24.300 euro, ritenendolo colpevole dei suddetti reati per i contenuti di una canzone e diversi tweet contro la Corona e le

istituzioni dello Stato. La Corte di Appello, con [la sentenza n. 5 del 2018](#), aveva poi ridotto la condanna a nove mesi ritenendo che le sue parole non costituissero un “rischio reale” per la sicurezza delle persone e il Tribunale Supremo nel 2020 aveva confermato questo giudizio. I giudici, pur ritenendo i contenuti espressi dal rapper non inquadrabili nella libertà di espressione, o in una forma di espressione artistica, in quanto incitanti alla violenza e alla banalizzazione del terrorismo, hanno deciso di applicare la pena minima prendendo come riferimento la giurisprudenza del Tribunale Supremo e quella della Corte europea dei diritti umani.

L’**11 marzo** l’*Audiencia Nacional* ha decretato un allungamento della pena carceraria del rapper a due anni e un mese per il mancato pagamento della multa di circa 30.000 imposta nella sentenza di condanna.

L’arresto del rapper ha sollevato un’ondata di proteste in tutta la Spagna, soprattutto in Catalogna, da parte di chi ha ritenuto questa condanna una grave forma di repressione della libertà di espressione. Le manifestazioni a favore del rapper, che hanno visto il coinvolgimento prevalentemente della popolazione più giovane, sono state contrastate dalla polizia generando scontri violenti e diversi arresti. Oltre alle proteste di piazza, molti artisti e intellettuali, tra cui Pedro Almodovar e Javier Bardem, hanno presentato petizioni a favore della libertà di espressione. Il caso di Hasél ha contribuito a creare una ulteriore linea di divisione tra i partiti del Governo di coalizione nazionale poiché molti leader di *Unidas Podemos* non hanno denunciato le manifestazioni violente e si sono schierati a favore della libertà di espressione e della scarcerazione del rapper. Il Premier Sánchez, pur prendendo le distanze dalle prese di posizione del suo alleato di Governo, si è impegnato a presentare una riforma del codice penale sui reati di opinione.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Il **27 gennaio** il Tribunale Costituzionale ha respinto, mediante [ordinanza](#), il ricorso di *supplica* presentato dall’ex Presidente della Generalità, Quím Torra, contro la condanna a un anno e mezzo di interdizione dalle cariche pubbliche emessa dal Tribunale di Giustizia Catalano e confermata, poi, dal Tribunale Supremo.

Per quanto riguarda la richiesta di sospensione della condanna avanzata dal ricorrente, i giudici hanno evidenziato come “Una cosa es evitar la pérdida de un cargo público y otra distinta es obtener la restitución en el cargo, que no puede acordarse cautelarmente porque implica una resolución sobre el fondo que solo procede adoptar en la sentencia que ponga fin a este procedimiento”. Per quanto concerne la durata della condanna, un anno e sei mesi, il Tribunale ha ritenuto che non sia possibile sospenderne l’esecuzione perché rischierebbe di determinare “il grave turbamento di un interesse costituzionalmente tutelato”. Infine il Tribunale ha specificato come questa condanna non abbia comportato una violazione del diritto alla uguaglianza e alla tutela giudiziaria effettiva come si argomentava nel ricorso.

Nei mesi di febbraio e aprile due magistrati del Tribunale Costituzionale, Antonio Narváez e Conde Pumpido, a seguito dei plurimi ricorsi di ricasazione presentati nei loro confronti da parte dei leader indipendentisti catalani condannati per i fatti del 2017, hanno comunicato al Presidente del Tribunale di volersi astenere volontariamente dai procedimenti e giudizi pendenti collegati alla causa del cd. *procés*. In particolare nei ricorsi di ricasazione nei confronti di Narvaez si denunciava una mancanza di imparzialità attestata dalle dichiarazioni rese dal giudice nel quadro di un Convegno scientifico tenutosi presso l’Università di Granada dal titolo *El problema catalan, perspectiva constitucional*, in cui egli aveva definito il *procés* come un colpo di Stato *encubierto* più grave di quello del 23-F. Nei ricorsi di ricasazione contro Conde Pumpido si faceva riferimento a un intervento in seno al Congresso dei Deputati in cui il giudice aveva espresso la sua preoccupazione per il ricorso alla democrazia diretta come strumento per rovesciare la

Costituzione. Le astensioni formalizzate da parte di entrambi i giudici hanno una rilevanza particolare ai fini dei giudizi in corso, perché entrambi i magistrati vantano una consolidata esperienza nel campo del diritto penale.

Il **15 aprile** la Sala Prima del Tribunale Costituzionale ha respinto con [sentenza](#) il ricorso di amparo interposto dal Pp (n. 2117-2021) contro la sentenza del giudice del contenzioso amministrativo di Madrid n. 5, per mezzo della quale è stata annullata la candidatura dell'ex deputato valenciano di *Ciudadanos*, Toni Cantó, e dell'ex sindaco di Toledo, Augustin Conde, nella lista guidata da Isabel Díaz Ayuso per le elezioni autonome di Madrid del 4 maggio. Il Tribunale Costituzionale ha confermato definitivamente la ineleggibilità di entrambi i candidati per mancanza di requisiti e la conseguente impossibilità di concorrere alle elezioni madrilene. La sentenza impugnata nel ricorso di *amparo* aveva considerato entrambi i candidati ineleggibili perché non risultavano registrati nel registro elettorale due mesi prima della presentazione delle candidature. Nel ricorso i popolari argomentavano che la legislazione non prevede un requisito di registrazione previa e che la Giunta elettorale di Madrid aveva validato la candidatura di Ayuso e della sua lista elettorale, poiché sia Cantó che Conde avevano fornito gli indirizzi del proprio domicilio a Madrid. I popolari sostenevano una interpretazione più ampia e garantista del diritto di suffragio passivo. Il Tribunale ha confermato la tesi della *Fiscalía* ritenendo che i candidati non erano eleggibili perché non registrati entro i termini e privi della condizione di elettori. Ha fondato la sua decisione su una interpretazione dell'articolo 23, commi 1 e 2 della Costituzione, che riconosce il diritto dei cittadini ad accedere in condizioni di uguaglianza alle funzioni e alle cariche politiche, nel rispetto di quanto previsto dalla normativa applicabile alla specifica convocazione elettorale.

AUTONOMIE

LA GESTIONE ASIMMETRICA DELL'EMERGENZA SANITARIA DA PARTE DELLE COMUNITA' AUTONOME

In questi mesi le Comunità autonome hanno continuato ad adottare, in forza del modello di co-governance delineato nel decreto sullo stato di allarme 926/2020, (v. *La inestable estabilidad del II Gobierno Sánchez nella perdurante emergenza sanitaria* in questa Rivista n. 3/2020), misure più o meno restrittive per contrastare la diffusione dei contagi nel proprio territorio entro le coordinate normative stabilite a livello nazionale. Le Comunità autonome, conformemente all'andamento epidemiologico ed altri indicatori all'interno del proprio territorio, hanno deciso di rafforzare o allentare le misure riguardanti i confinamenti perimetrali, il coprifuoco, le limitazioni dei contatti sociali, le chiusure parziali o totali delle attività di ristorazione e di quelle commerciali, creando delle situazioni di asimmetria tra regioni e anche tra province all'interno della stessa Comunità autonoma.

In linea generale le Comunità autonome, fatta eccezione per alcune, hanno: mantenuto il confinamento perimetrale a livello autonomo fino al 9 maggio, consentendo la piena mobilità tra province; disposto il confinamento perimetrale e misure più restrittive per le proprie province o aree territoriali con una maggiore diffusione di contagi; stabilito restrizioni (da 4 a sei persone) per le riunioni in luoghi pubblici e privati; previsto limitazioni alle attività alberghiere, di ristorazione e per il commercio, di natura differente a seconda dello stato di allerta assegnato a ciascuna area territoriale; e, infine, mantenuto un coprifuoco a livello regionale a partire dalle 22.00, o dalle 23.00, fino alle 6.00. A questo schema generale fanno eccezione la Comunità di

Madrid, Baleari e Canarie, che hanno aperto i propri confini regionali consentendo l'ingresso nel proprio territorio nel rispetto di alcune regole e condizioni restrittive.

Il **29 aprile**, a distanza di 10 giorni dalla data di scadenza dello stato di allarme a livello nazionale, alcune Comunità autonome, come il Paese Basco, la Galizia, e *Castilla y León*, hanno richiesto la proroga dello stato d'emergenza per un paio di mesi fino a quando la curva dei contagi non sarà drasticamente ridotta e stabilizzata. La richiesta delle Comunità autonome risulta fondata sulla necessità di prorogare la vigenza di uno stato d'eccezione che consente loro di adottare misure restrittive riguardanti anche le libertà fondamentali, al fine di arginare la diffusione della pandemia in base alle esigenze specifiche del proprio territorio. La vicepresidente del Governo, Carmen Calvo, ha assicurato alle Comunità autonome che potranno continuare ad adottare alcune misure restrittive e che rimarranno in piedi alcuni elementi del modello di *co-governance*. Le Comunità autonome di Andalusia e Madrid hanno rivendicato un'alternativa normativa allo stato di allarme che possa garantire la sicurezza giuridica necessaria. Con la fine dello stato di allarme, decadranno una serie di misure restrittive comprese quelle relative al confinamento territoriale e al mantenimento del coprifuoco. Le Comunità autonome che vorranno mantenere alcune di queste misure restrittive, aventi ad oggetto limitazione dei diritti fondamentali, dovranno ottenere l'avallo da parte dei rispettivi Tribunali.

LA MOZIONE DI SFIDUCA COSTRUTTIVA NELLA COMUNITA' AUTONOMA DI MURCIA

Il **10 marzo** il Psoe e *Ciudadanos* hanno presentato nell'Assemblea regionale della Comunità di Murcia una mozione di censura contro il Governo guidato dal popolare López Miras. L'obiettivo della mozione era proprio quello di eliminare i popolari dal Governo autonomico attraverso la sostituzione del Presidente con Ana Martínez Vidal, attuale portavoce dell'Esecutivo e leader regionale di *Ciudadanos*. La presentazione della mozione è avvenuta dopo vari mesi di discussioni tra i dirigenti regionali del partito popolare e di *Ciudadanos* su diverse questioni legate al c.d. veto parentale, al ritorno in presenza nell'Aula, alla legge sul Presidente che ha permesso a quest'ultimo di vaccinarsi al di fuori del protocollo nazionale. Il tentativo di destituire il Governo in carica è tuttavia fallito. Il **18 marzo** la mozione di censura è stata respinta con 23 voti contrari e 21 favorevoli, oltre all'astensione del Presidente dell'Assemblea, Alberto Castillo, di *Ciudadanos*. La mozione non ha raggiunto la maggioranza per prosperare a causa dei tre voti contrari dei deputati transfughi di *Ciudadanos*, che hanno cambiato idea dopo 72 ore dalla sua presentazione. Il Presidente popolare, Fernández López Miras, continuerà quindi a presiedere la regione però in un contesto di maggiore conflittualità e instabilità politica.

LO SCIoglimento ANTICIPATO DELL'ASSEMBLEA DI MADRID E LA INDIZIONE DI NUOVE ELEZIONI

Il **10 marzo** la Presidente della Comunità autonoma di Madrid, Isabel Díaz Ayuso, ha deciso di rassegnare le dimissioni e di convocare le elezioni anticipate nella regione il 4 maggio. La Presidente ha firmato il decreto di scioglimento dell'Assemblea di Madrid, [decreto 15/2021 \(BOCM n. 59, 11 marzo 2021\)](#), poco prima della presentazione di due mozioni di sfiducia da parte del Psoe e *Más Madrid* che sono state ammesse ad esame dal *Pleno* dell'Assemblea di Madrid il giorno prima che il decreto entrasse in vigore. La Presidente si è detta obbligata a ricorrere allo scioglimento per prevenire una crisi parlamentare di Governo preannunciata -a suo giudizio- dalla rottura consumatasi tra il Pp e *Ciudadanos* nella regione di Murcia, dove quest'ultimo si era unito ai socialisti per presentare una mozione di sfiducia contro il Presidente popolare.

L'obiettivo delle due mozioni di sfiducia presentate nell'Assemblea di Madrid, che

proponevano rispettivamente Ángel Gabilondo (Psoe) e Mónica García (*Más Madrid*) come candidati alternativi alla presidenza, era quello di sfiduciare il Governo in carica e costituire un nuovo Esecutivo di coalizione a guida socialista, evitando il ricorso ad elezioni nella Comunità autonoma. La questione controversa su quale dei due atti dovesse prevalere temporalmente sull'altro (scioglimento o mozioni di sfiducia costruttiva) è stata risolta dal Tribunale di Giustizia Superiore di Madrid, su ricorso presentato dall'Assemblea di Madrid, che ha certificato con [l'ordinanza n. 48/2021](#) la precedenza temporale del decreto di scioglimento dell'Assemblea rispetto ad entrambe le mozioni di sfiducia, ritenendo che la firma, e non la entrata in vigore del decreto di scioglimento, avesse valore legale al fine di stabilire la sua prevalenza temporale. La *ratio* della decisione si fonda sul fatto incontrovertibile che qualora non facesse fede la firma del decreto di scioglimento, ma la sua pubblicazione, si ammetterebbe astrattamente sempre la possibilità di presentare una mozione di sfiducia nell'intervallo temporale tra la firma e la pubblicazione del decreto, con l'effetto di eliminare qualsiasi possibilità concreta di scioglimento anticipato nella prassi.

LA REVOCA DELL'IMMUNITÀ PARLAMENTARE AGLI EUROPARLAMENTARI INDIPENDENTISTI CATALANI

Il **9 marzo** la sessione plenaria del Parlamento europeo ha revocato l'immunità a Carles Puigdemont, Toni Comin e Clara Ponsatí, fornendo così una risposta alla richiesta trasmessa dal Presidente del Tribunale spagnolo nel mese di gennaio 2020. La [decisione di revoca](#) dell'immunità parlamentare è stata adottata dal Parlamento europeo dopo un attento esame da cui è emerso, in particolare, l'assenza di qualsiasi elemento di *fumus persecutionis* da cui si potesse evincere la volontà di danneggiare l'attività politica dei deputati. A sostegno di tale conclusione, il Parlamento ha osservato come il procedimento penale per i fatti commessi nel 2017 sia stato avviato nel 2018, quando lo status di eurodeputato dei leader indipendentisti era ancora incerto e ha ricordato inoltre come l'immunità parlamentare serva a proteggere il Parlamento e i deputati che lo compongono da procedimenti che si svolgono nell'esercizio del loro mandato parlamentare. L'ex Presidente della Generalità ha commentato, invece, questa decisione definendola una forma di persecuzione politica.

Nello stesso giorno della revoca della immunità da parte del Parlamento europeo, il Tribunale spagnolo ha revocato il regime di semilibertà concesso ai sette leader politici indipendentisti catalani condannati per gli illeciti compiuti nell'ambito del c.d. *proces*.

I TENTATIVI DI FORMAZIONE DEL NUOVO GOVERNO IN CATALOGNA

In seguito alle elezioni sono iniziate le negoziazioni post-elettorali tra i partiti indipendentisti per la formazione del nuovo Governo nella Comunità autonoma. Il leader di Erc, Pere Aragonés, nel mese precedente alla prima votazione fiduciaria, ha tentato invano di siglare con le altre forze indipendentiste un accordo nazionale di amnistia e autodeterminazione da negoziare con il Governo statale.

Il **12 marzo** si è svolta la sessione inaugurale del *Parlament* in cui Laura Borrás è stata eletta Presidente con i voti di JxCat, Erc e l'astensione della CUP, e si è costituita la nuova *Mesa* a prevalenza indipendentista. Il **26 marzo** si è svolto il primo dibattito di investitura e Pere Aragonés, designato come candidato alla Presidenza della Comunità autonoma, non ha ottenuto la fiducia dato che a suo favore hanno votato soltanto i deputati del suo partito (33) e della CUP (9), per un totale di 42 voti, mentre si sono astenuti i 32 deputati di JxCat e hanno votato contro tutti i partiti del fronte unionista. Nel suo discorso di investitura Aragonés ha indicato come obiettivi prioritari del suo programma: la risoluzione del conflitto politico catalano, il

superamento delle urgenze poste dalla pandemia e la ricostruzione economica. Per quanto concerne il primo aspetto, ha chiarito la sua volontà di approvare un accordo di amnistia e autodeterminazione, rivolto a “recuperare la unità strategica del 1° ottobre”, e ad avanzare verso la costruzione della Repubblica catalana. JxCat si è opposto alla proposta repubblicana sollecitando il candidato alla presidenza a non presentarsi in seconda votazione, a distanza di 48 ore (in cui risulta sufficiente la maggioranza semplice), ma a portare avanti la negoziazione interna al fine di chiudere un accordo di buona legislatura. Ciononostante, il **29 marzo**, il leader repubblicano ha ripresentato la sua candidatura per la investitura riportando il medesimo risultato elettorale della prima votazione. In questa occasione Aragonés ha assicurato che si impegnerà a concludere un accordo con JxCat per la formazione del nuovo Esecutivo. Il 26 maggio è il termine ultimo entro il quale si dovrà raggiungere l'accordo per la formazione del nuovo Esecutivo, spirato il quale si dovrà ricorrere automaticamente a nuove elezioni.

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Build Back America. I primi cento giorni della presidenza Biden tra continuità e progresso*

di Giulia Aravantinou Leonidi^{1}**

Le elezioni del novembre 2020 hanno consegnato nelle mani del neoletto Presidente un'eredità pesante con la quale confrontarsi e un Paese da riappacificare. Nel 1997 il premio Pulitzer Philip Roth nel suo capolavoro che gli valse l'ambito riconoscimento, "Pastorale americana"².

, rifletteva sui capisaldi dell'identità e della storia americana, sul mito infranto dell'*American dream* che ha fatto degli Stati Uniti per molti, nel corso dei decenni, il Paese delle speranze e delle opportunità.

A distanza di quasi un trentennio dall'opera di Roth, dinanzi al 46esimo Presidente degli Stati Uniti si presenta l'ardua sfida di ridare corpo a quel sogno americano di prosperità, benessere e democrazia, superando Trump, il trumpismo e le gravi conseguenze scatenate dall'emergenza sanitaria globale. Biden proverà a farlo, realizzando il suo ambizioso progetto "Build Back Better" da sette trilioni di dollari e cercando di raggiungere un equilibrio con i repubblicani, il cui partito si sta velocemente attestando su posizioni radicali che preannunciano di ostacolare l'attuazione dell'agenda politica del Presidente. A favore di Biden giocano senz'altro la sua lunga esperienza politica e la sua provenienza culturale, sulla quale pesa anche l'elemento religioso. Joe Biden è, infatti, il secondo Presidente cattolico eletto alla Casa Bianca dopo John Fitzgerald Kennedy. Si tratta di un dato non di poco conto, come spiega in un suo recente volume Massimo Fagioli, docente alla *Villanova University* di Philadelphia².

. Fagioli inquadra la nuova amministrazione statunitense richiamando alcuni dei temi chiave della campagna elettorale per le presidenziali del 2020 nonché alcune delle problematiche che interessano l'ordinamento statunitense: il rapporto con l'elettorato cattolico, la posizione di Biden sul tema dell'aborto e su altre questioni tipiche del XXI secolo, quali matrimoni omosessuali, diritti lgbt e libertà religiose, la controversa questione razziale, mai risolta, ed infine il mito della nazione eletta in cui la benedizione, sintetizzata in quel "God Bless America", costituisce sia un mito politico che religioso e, infine, l'affermazione del neoconservatorismo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate- Università di Roma La Sapienza

¹ P. ROTH, *Pastorale americana*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1998.

² M. FAGIOLI, *Joe Biden e il cattolicesimo negli Stati Uniti*, Editrice Morcelliana 2021.

in chiave anti-liberale o illiberale oggi, in un’America sempre più polarizzata, pervasivo sia a livello ecclesiale, che a livello istituzionale. Partirei da quest’ultimo punto per sottolineare quanto sia pesante l’eredità che il Presidente Biden si trova a dover raccogliere dal suo predecessore, il discusso e divisivo Donald Trump. Due Presidenti che incarnano, così come richiamato da Biden nel suo discorso di investitura presso la *national convention*, la luce e l’oscurità di un Paese che da anni si trova a dover fare i conti con profonde divisioni politiche e sociali a cui ha largamente contribuito l’immobilismo e l’inazione delle istituzioni chiamate a intercettare e trasmettere la domanda politica proveniente dall’elettorato, le stesse istituzioni considerate, da alcuni osservatori dell’ordinamento statunitense fra cui il politologo nippoamericano Francis Fukuyama, come le principali responsabili dell’affermazione del fenomeno del trumpismo e del suo radicamento che alimentano un certo scetticismo circa l’efficacia dei tentativi di neutralizzazione messi in campo dal partito democratico attraverso l’attivazione, per la seconda volta, dello strumento dell’*impeachment* a carico dell’ex Presidente Trump. Gli Stati Uniti conoscono oggi una crisi che definirei multilivello, proprio perché essa assume diverse connotazioni e pervade sia il livello strettamente istituzionale che quello sociale per trasformarsi infine in una crisi morale, in cui ad emergere è sempre di più il tema della legittimazione degli attori politici rilevanti.

Sul piano politico questa crisi affonda le proprie radici nel passato come dimostra l’esperienza della presidenza Obama e i duplici e contrapposti effetti scatenati da questa: rassicurare i liberal progressisti e scatenare le reazioni del conservatorismo politico e religioso, alimentando le ansie della *white supremacy*, ansie da cui è interessata la stessa chiesa cattolica americana alle prese con un significativo *shift* della popolazione in ragione dell’affermazione demografica dei “latinos”. Ansie canalizzate dalle frange più oltranziste del partito repubblicano, difficili per il sistema da arginare, nonostante l’apparente epurazione istituzionale di Donald Trump.

Nel suo ruolo Biden dovrà cercare di conciliare la sua vocazione laica con i suoi convincimenti religiosi facendo i conti con un elettorato cattolico che lo ha sostenuto ma anche con delle istituzioni clericali che si sono fortemente contrapposte alla sua elezione, restando silenti anche quando un intervento si sarebbe reso necessario dinanzi alle violente contestazioni del processo elettorale portate avanti da Trump e dai suoi sostenitori.

Il monitoraggio dei primi mesi dell’amministrazione Biden consente di svolgere alcune considerazioni preliminari relativamente alle scelte operate dal nuovo Presidente. Sin da subito è possibile cogliere i segnali di una rottura con il suo predecessore, Donald Trump, sebbene su alcuni temi il tratto che si distingue è quello di una certa continuità con il passato, dettata con ogni probabilità dalla necessità di trovare dei punti di equilibrio con il partito repubblicano in assenza al Congresso di una maggioranza schiacciante del Partito del Presidente.

In questi cento giorni, sono emersi i temi fondamentali della presidenza Biden, articolati nel suo discorso del **28 aprile** al Congresso: enfasi nell’affrontare le sfide interne, il rafforzamento del ruolo del Governo federale, sia nel fungere da stimolo all’economia che nel fornire servizi e sostegno finanziario ai cittadini, l’impegno esplicito nel contrasto al razzismo, la volontà di modernizzare le infrastrutture, aumentare la competitività del Paese e frenare il cambiamento

climatico. Ancora azzardate sono le previsioni relativamente all'agenda presidenziale, così come prematuri e audaci appaiono i confronti, proposti da alcuni studiosi tra Biden e due dei Presidenti più significativi della storia americana: Franklin Delano Roosevelt e Lyndon B. Johnson. L'analisi di questi primi mesi di attività della nuova amministrazione rivela un cambio di passo rispetto all'operato di Donald Trump, sebbene appaia ancora affrettato un giudizio che potrà esprimersi solo al termine di questo mandato presidenziale o, come è consueto nella storia politico-istituzionale dell'ordinamento, il responso più attendibile sull'aderenza dell'agenda presidenziale alle promesse elargite in campagna elettorale giungerà dalle urne, in occasione dell'appuntamento con le elezioni di *mid-term* del 2022.

Più specificatamente, sull'immigrazione l'approccio di Biden sta incontrando alcune difficoltà. I suoi messaggi, ed in particolare l'impulso accordato al disegno di legge presentato alla Camera dalla deputata Linda Sanchez, il *U.S. Citizenship Act*, sono stati percepiti da alcuni come parzialmente responsabili dell'incremento della pressione dei migranti al confine meridionale. Altri ancora reputano il disegno di legge insufficiente per annullare le disuguaglianze strutturali che hanno afflitto il sistema dell'immigrazione statunitense. Al pari dei tentativi riformatori del passato, il disegno di legge in questione aspira al raggiungimento di un equilibrio politico, coniugando un percorso verso la cittadinanza ad un aumento di alcuni sforzi di implementazione. Il passaggio nei due rami del Congresso del disegno di legge non è scontato e il suo iter legislativo appare lastricato di incertezze, soprattutto in ragione della debole maggioranza democratica che rischia di far arenare la riforma dell'immigrazione caldeggiata da Biden, riproponendo l'epilogo degli sforzi riformatori di Obama.

Nonostante le evidenti difficoltà, alcuni successi sono stati tuttavia ottenuti. Il Presidente è riuscito, infatti, a fermare o ad annullare un numero significativo di azioni esecutive adottate dalla precedente amministrazione. Nel suo primo giorno di mandato, Biden ha revocato il tanto contestato *muslim ban* e la *public charge rule*, che avrebbe vietato l'ammissione legale degli immigrati che ricevono determinati benefici pubblici. Oltre a rendere inefficaci alcune delle politiche dell'amministrazione Trump, Biden ha, inoltre, esteso i vantaggi ad alcune comunità di immigrati. Ad esempio, ha annunciato o rinnovato lo status di protezione temporanea ai non cittadini provenienti da Birmania, Siria e Venezuela. Il Presidente ha anche annunciato un piano per "preservare e rafforzare" la *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA), programma fortemente voluto da Obama per prevenire la deportazione dei cosiddetti *Dreamers*. La presidenza ha poi pubblicato nuove linee guida concernenti le priorità per frenare le azioni dei funzionari dell'immigrazione. In conclusione, sulla politica migratoria alcuni passi avanti sono stati compiuti, sebbene essi appaiano ancora insufficienti rispetto alle aspettative generate nel corso della campagna elettorale. La nuova amministrazione si scontra con la radicalità dell'orientamento in materia di immigrazione di Trump e con lo smantellamento dell'apparato burocratico preposto a facilitare i trasferimenti dei minori detenuti. Proprio la ristrutturazione dell'apparato burocratico, ed in particolare il rafforzamento della dotazione funzionale delle agenzie federali preposte all'elaborazione consolare all'estero dei visti e delle altre domande relative all'immigrazione, rappresenta una delle principali sfide che questa amministrazione dovrà affrontare. Lo smantellamento delle agenzie ha infatti comportato un rallentamento nella

gestione delle pratiche giudiziarie senza precedenti. Negli ultimi dieci anni si sono infatti triplicati i casi in attesa di giudizio, arenati nelle corti che si occupano di immigrazione.

È sulla politica estera, tuttavia, che i paragoni con l'ex Presidente Trump risultano più interessanti. A prima vista, Biden non potrebbe essere più diverso dal suo predecessore. Abbraccia il multilateralismo e ha riportato gli Stati Uniti nell'Organizzazione mondiale della sanità e nell'Accordo sul clima di Parigi. La sua amministrazione sta, inoltre, lavorando per riavviare l'accordo nucleare del 2015 con l'Iran che Trump aveva denunciato unilateralmente. Biden ha anche ripristinato le alleanze tradizionali in una posizione centrale nella politica estera degli Stati Uniti. Ma c'è più continuità nella politica estera tra Biden e Trump di quanto non sembri. In questa prospettiva, un evidente segnale di continuità è senz'altro rappresentato dalle scelte operate nelle relazioni con la Cina.

Anche nel contrasto all'epidemia da Covid-19, la presidenza Biden sembra aver adottato, almeno inizialmente, un approccio "*America First*" quando si tratta di condividere con il resto del mondo i vaccini prodotti negli Stati Uniti. Questo atteggiamento, recentemente sottoposto a ripensamenti come testimonia l'allineamento di Biden alla posizione della Santa Sede sulla liberalizzazione dei brevetti dei vaccini, ha avuto l'effetto da un lato di garantire ai cittadini americani l'accesso prioritario alla vaccinazione, dall'altro ha influenzato negativamente l'economia mondiale, incidendo sulla ripresa e aggravando le conseguenze dovute alla comparsa di nuove varianti del virus.

L'iniziativa presidenziale che maggiormente ha richiamato l'interesse degli studiosi di diritto costituzionale è senz'altro quella legata all'istituzione il **9 aprile** della [*Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*](#), con la quale Biden non solo ha adempiuto ad un impegno elettorale ma anche trovato una maniera per alleviare la pressione sull'amministrazione da parte dell'ala progressista del Partito democratico affinché si intraprendessero azioni più decise nella direzione di una riforma della Corte Suprema. La commissione riunisce esperti di diritto costituzionale provenienti dalle più prestigiose università del Paese e con ogni probabilità i suoi lavori saranno orientati a stimolare un ricco dibattito sulle preoccupazioni esistenti e sulle possibili soluzioni prospettabili. Tuttavia, come sostiene il costituzionalista di Harvard, Mark Tushnet, difficilmente i lavori della commissione si tradurranno in proposte concrete di riforma. La ragione della ristrettezza dei margini di azione della commissione risiede innanzitutto nella debolezza del partito democratico in seno al Congresso e nella feroce polarizzazione che trasforma, ormai da anni, ogni tentativo riformatore in uno scontro tra fazioni. L'unica possibilità per la commissione di incidere realmente sul processo di trasformazione del potere giudiziario negli Stati Uniti potrebbe essere intravista solo elevando la discussione a livello governativo, sganciandola pertanto dalla logica di contrapposizione democratici v. repubblicani. Nell'ambito di questo sforzo, rivolto al rinnovamento degli organi giudiziari, si inserisce la decisione del Presidente Biden di procedere con passo celere alla nomina dei giudici delle corti inferiori, rimediando così alla trascurata attenzione dedicata in passato da Clinton e Obama a questo ramo del potere giudiziario. L'attivismo della nuova Amministrazione nelle nomine giudiziarie costituisce anche un'efficace risposta a quegli esponenti del Partito democratico preoccupati che Biden replichi gli errori commessi dai suoi

predecessori, non prestando la giusta attenzione ad un ingranaggio così fondamentale per il funzionamento del sistema di Governo americano.

L'era Biden della politica americana si sta configurando come una competizione tra la crescente egemonia ideologica del liberalismo e l'intensificarsi dell'opposizione di una minoranza politica che si è dimostrata disposta a impegnarsi nella violenza per potersi mantenere salda al potere. Questa tensione non riguarda strettamente la politica, dove i divari si stanno riducendo, ma riguarda la possibilità per gli Stati Uniti di mantenere la promessa della democrazia e di superare il trumpismo e i suoi lasciti mentre il Paese rimane strutturalmente polarizzato e il Congresso diviso, lasciando al Presidente in carica margini di manovra limitati.

ELEZIONI

IL DIRITTO DI VOTO

Uno dei temi che maggiormente è emerso in questo quadrimestre è stato quello relativo al diritto al voto. Numerose sono le differenze che caratterizzano il sistema di voto statunitense da quello italiano. Negli Stati Uniti, infatti, per poter esercitare il diritto al voto non basta semplicemente aver raggiunto la maggiore età, ma bisogna essere iscritti alle liste elettorali. Questo tema si collega al fenomeno della *voter suppression*, con cui numerosi Stati cercano di rendere più difficile l'esercizio del voto. Per ottenere questo risultato esistono diverse strategie: dalla cancellazione dalle liste elettorali di chi non ha votato di recente oppure è in prigione, alla riduzione dei margini per esprimere in maniera anticipata la propria preferenza, alla richiesta di un documento di riconoscimento sino alla diminuzione del numero di seggi, in modo da aumentare la distanza da percorrere per recarsi alle urne e scoraggiare i possibili elettori. Inevitabilmente, le conseguenze di queste scelte si abbattano principalmente sulle frange più disagiate dell'elettorato, soprattutto nelle zone dove risiedono gli elettori del Partito democratico.

In Georgia il Governatore Brian Kemp ha approvato una legge che rende più difficile l'esercizio del voto. Fra le misure previste dal provvedimento figurano la riduzione del voto postale, il limite all'utilizzo dei *provisional ballots* ed il divieto di offrire cibo ed acqua agli elettori in coda. Durante il suo *iter* la legge è stata anche alleggerita, dato che inizialmente erano previste anche misure come l'abolizione del voto domenicale, in modo da disincentivare gli afroamericani che si recano alle urne dopo essere stati a messa. L'adozione di questo provvedimento si inserisce nel solco dei tentativi del partito repubblicano di riguadagnare la fiducia degli elettori nel sistema di voto, messo a dura prova dalle accuse di brogli durante le ultime presidenziali. La legge è stata fortemente condannata da parte degli attivisti per i diritti civili, dai democratici e da più di 100 CEO di imprese, anche multinazionali, per aver istituito maggiori requisiti di identificazione e limitazioni all'uso dei *drop box* per depositare le urne, tra le altre cose. Per gli oppositori si tratta del più grande movimento per restringere il diritto al voto dai tempi della Ricostruzione, quando gli Stati del sud avevano approvato diverse leggi per rendere più difficile il voto degli ex schiavi afro-americani. Lo stesso Presidente Biden ha paragonato di recente queste leggi alle infami "leggi Jim Crow" di stampo razzista, il tema del diritto al voto e dell'agevolazione del processo elettorale rappresenta un punto fermo per i democratici. L'approvazione della contestata legge della Georgia costituisce la risposta dei repubblicani al lento spostamento verso sinistra dello Stato, da sempre roccaforte repubblicana.

A questo spostamento hanno contribuito diversi fattori tra cui l'impegno di Stacey Abrams per la mobilitazione e l'organizzazione dell'elettorato afroamericano. I risultati dello slittamento a sinistra della Georgia sono riscontrabili sia nel voto dello Stato alle presidenziali che in entrambi i ballottaggi decisivi per il controllo del Senato.

Sempre in materia di diritto di voto, il **25 marzo** il Senato dello Stato di Washington ha approvato ieri il progetto di legge per ripristinare in maniera automatica il diritto di voto per chi è in libertà vigilata.

La legge, che ora passa alla firma del governatore Jay Inslee (D), permette di assicurare che ogni cittadino dello Stato di Washington che non sia incarcerato possa votare alle elezioni.

L'approvazione di questa legge da parte dello Stato di Washington arriva dopo che il governatore della Virginia Ralph Northam (D) ha ripristinato a sua volta il diritto di voto a 69 mila ex detenuti mediante azione esecutiva.

Le azioni intraprese dagli Stati e governatori democratici vanno nella direzione opposta rispetto a quelle adottate da diversi Stati a guida repubblicana, dove si discute invece di rendere più stringenti le regole per il voto, ed imporre nuovi requisiti o limiti al voto via posta.

I repubblicani hanno presentato più di 250 proposte di riforma elettorale che introducono limitazioni in ben 43 Stati. Se tali proposte venissero approvate si tratterebbe del più grande passo indietro nell'accesso al voto dai tempi della Ricostruzione dopo la Guerra Civile.

LE PRIMARIE “GIUNGLA” E LE ELEZIONI SUPPLETIVE IN LOUISIANA

Il **20 marzo** si sono tenute in Louisiana le “primarie giungla” per eleggere due nuovi deputati nei seggi rimasti vacanti, nel 5° e nel 2° distretto. Le primarie “giungla” rappresentano una peculiarità della Louisiana in cui tutti i candidati di tutti i partiti corrono insieme (da qui la definizione “giungla”) e se nessuno raggiunge la soglia del 50% dei voti si procede al ballottaggio dei primi due classificati (che quindi possono essere anche due dello stesso partito). Il secondo distretto è rimasto vacante dopo che il deputato Cedric Richmond si è dimesso per assumere un ruolo nell'Amministrazione Biden. Il distretto comprende la città di New Orleans e una porzione di Baton Rouge ed è per maggioranza composto da elettori afroamericani (62%). Il distretto è considerato di norma “Safe D”, una salda roccaforte democratica.

Il ballottaggio del **24 aprile** si è deciso tra due democratici: il moderato Troy Carter (un Senatore statale della Louisiana) e la progressista Karen C. Peterson (anch'essa una Senatrice statale). Carter ha ottenuto quasi il 40%, mentre Peterson si è fermata al 25%. Invece il quinto distretto era considerato un seggio “Safe R”, essendo una roccaforte del GOP. Il distretto si colloca nel nord-est dello stato ed è composto in maggioranza da elettori bianchi (62%) con una larga minoranza afroamericana (35%). Il seggio è rimasto vacante dopo la morte per coronavirus del deputato appena eletto, Luke Letlow. Si sono presentati 12 candidati tra cui un Democratico, due indipendenti e nove Repubblicani. Come previsto, il **20 marzo**, ha vinto Julia Letlow (R), la moglie dell'ex deputato che aveva ricevuto l'*endorsement* dell'ex Presidente Trump e dell'attuale Senatore della Louisiana John Kennedy. È la prima donna repubblicana della Louisiana eletta al Congresso. Con la vittoria di Julia Letlow, alla Camera i repubblicani si portano a 212 seggi contro i 219 dei democratici (che diventeranno 220 dopo il ballottaggio). Nei prossimi mesi ci saranno altre 3 elezioni speciali, due in distretti in mano ai Democratici e uno in mano Repubblicana.

ELEZIONI IN TEXAS PER LA CARICA DI GOVERNATORE

L'ex deputato Beto O'Rourke ha annunciato al Dallas Morning News che non intende candidarsi contro Greg Abbott per la carica di governatore del Texas. L'ex deputato texano si

era fatto conoscere durante le elezioni di metà mandato del 2018 quando si candidò contro il senatore Ted Cruz e perse circa 200mila voti. Nelle ultime settimane si era parlato di una sua possibile candidatura a governatore.

REAPPORTIONMENT

Il *Census Bureau* ha pubblicato il **26 aprile** i primi risultati del censimento condotto l'anno scorso che sarà la base per la redistribuzione dei seggi alla Camera dei Rappresentanti. Ogni 10 anni, infatti, il *Census Bureau* conta quante persone ci sono in ogni Stato e stabilisce quanti seggi debbano avere per avere la corretta rappresentazione. Questo influisce anche sulle elezioni presidenziali in quanto i grandi elettori che ogni stato assegna sono dati dalla somma dei deputati e dei senatori. Sette sono gli Stati che perdono un seggio: California, New York, Illinois, Michigan, Pennsylvania, West Virginia e Ohio. Sei quelli che lo guadagnano: Colorado, Oregon, Montana, Florida, North Carolina. Guadagna invece due seggi il Texas. Il censimento costituisce un appuntamento fondamentale poiché tra quest'anno e il prossimo gli Stati dovranno disegnare le nuove mappe dei distretti congressuali e i partiti cercheranno di manipolarle per avere il maggior numero di seggi possibili. In un articolo pubblicato nel 2018 lo studioso Gerard N. Magliocca (*Our Unconstitutional Reapportionment Process*, [86 *George Washington Law Review* 774 \(2018\)](#)), ha sostenuto che il *reapportionment* è incostituzionale poiché il metodo di calcolo adottato viola la sezione 2 del XIV emendamento.

RECALL ELECTION

Gli oppositori del Governatore della California, Gavin Newsom, hanno ufficialmente raccolto il numero di firme necessarie per convocare una *Recall Election* contro di lui. La Segreteria di Stato della California ha comunicato il **28 aprile** che sono state raggiunte 1.626.042 firme valide, molto sopra le 1.495.709 necessarie (e mancano ancora 136.157 firme da verificare entro domani). In questa *Recall Election* gli elettori saranno chiamati a esprimere un "Sì" o un "No" alla domanda sulla volontà di rimuovere o meno il governatore dall'incarico. Sulla stessa scheda ci sono anche i candidati di tutti i partiti da votare come nuovo governatore, in caso di vittoria del Sì alla prima domanda. Si tratta della seconda *Recall Election* nella storia della California (la prima ebbe successo portando all'elezione di Arnold Schwarzenegger) e la quarta nella storia degli Stati Uniti.

PARTITI

LA RADICALIZZAZIONE DEL PARTITO REPUBBLICANO E LA VITTORIA INSTABILE DEI DEMOCRATICI

La radicalizzazione del partito repubblicano costituisce la principale novità della stagione politica che l'America sta vivendo negli ultimi anni. Il partito non si organizza più attorno a obiettivi politici condivisi, prediligendo piuttosto porre l'enfasi sull'odio e sulla paura dei propri avversari politici nel tentativo di mantenere le posizioni di potere guadagnate. Le divisioni ideologiche sembrano contare sempre meno, mentre cresce il peso dell'opinione pubblica sulle strategie adottate dal partito. Alcuni sostengono che il partito repubblicano si stia radicalizzando contro i principi che sostengono la democrazia realizzando quella che viene definita una inversione morale visibile nelle decisioni prese dai membri del Congresso rispetto

a temi politici cruciali. Nel frattempo il partito democratico porta a casa un punto importante, assicurandosi una seppur sottile maggioranza al Senato, conservando la Camera dei Rappresentanti e ottenendo la presidenza con un margine di sette milioni di voti.

Gran parte della storia politica americana dopo la guerra civile è stata dominata da coalizioni maggioritarie abbastanza durevoli nella politica nazionale. Mentre la presidenza ha avuto un andamento oscillante, le maggioranze del Congresso hanno resistito, ma le cose non stanno più così. Nel suo libro *“Insecure Majorities”*, la politologa Frances Lee sostiene in modo convincente che i rapidi cambi di controllo legislativo a cui assistiamo tra i due principali partiti sono in realtà piuttosto anomali. Democratici e Repubblicani si sono alternati al controllo del Congresso negli ultimi decenni più frequentemente che in qualsiasi altro momento dalla fine della Ricostruzione e dall'alba dell'Età dell'Oro. In modo piuttosto straordinario, il Paese ha una maggioranza progressista ristretta ma improbabilmente durevole: per la prima volta nella storia americana, un partito, i Democratici, ha vinto il voto popolare in sette delle otto elezioni presidenziali. Ma quel vantaggio non è né grande né garantito. Il margine medio di quelle vittorie democratiche è stretto, circa il 2,5%, e il divario crescente tra lo Stato di punta del Collegio elettorale e il voto popolare significa che la coalizione democratica sta diventando sempre più fragile. Le coalizioni politiche non sono fisse e i partiti sono in continua evoluzione. In una misura che conta pochi precedenti, il luogo, al contrario della regione, è diventato un forte elemento predittivo dei modelli di voto. I democratici stanno conquistando sempre meno contee mentre continuano a conquistare le maggioranze nazionali e i repubblicani stanno guadagnando margini nella grande maggioranza delle contee rurali in tutto il Paese, mentre subiscono una emorragia voti nelle principali aree metropolitane.

IL PARTITO REPUBBLICANO IN SOUTH CAROLINA

L'avvocato Lin Wood, conosciuto ai più per i suoi esposti presentati, assieme a Sidney Powell, subito dopo le elezioni per denunciare presunti brogli di massa ai danni dell'ex Presidente Trump, ha annunciato la sua candidatura a capo del Partito Repubblicano della South Carolina. In una dichiarazione resa nota il **28 marzo**, Wood ha detto di voler sfidare l'attuale leader statale repubblicano, Drew McKissick, Presidente dal 2017. Nella sua dichiarazione Wood ha anche accusato l'attuale leadership statale di aver limitato le possibilità dei “MAGA Republicans” di aver una voce forte all'interno del Partito, nonostante che Trump abbia di recente dato il proprio *endorsement* per la rielezione proprio di McKissick. Wood ha annunciato di recente di essersi mosso in South Carolina dopo aver vissuto per 65 anni in Georgia, a seguito della decisione del *State Bar of Georgia* di aprire un provvedimento disciplinare nei suoi confronti, nonché dell'indagine aperta da parte del Segretario di Stato della Georgia, il repubblicano Brad Raffensperger, sulla possibilità che Wood abbia votato illegalmente nelle elezioni 2020. Proprio la Georgia è stata al centro della cosiddetta teoria cospirativa del Kraken che Wood ha portato avanti assieme a Sidney Powell. Quando tale teoria è stata bocciata nelle Corti, Wood ha accusato i giudici di essere stati compromessi o minacciati, affermando che a tenere i fili del complotto era il Partito Comunista Cinese.

CONGRESSO

IL SECONDO *IMPEACHMENT* DI TRUMP

Il **13 febbraio**, l'ex Presidente Donald Trump è stato assolto dall'accusa di incitamento all'insurrezione. Cinquantasette senatori hanno votato per condannarlo e 43 hanno votato per la sua assoluzione. La condanna per *impeachment* da parte del Senato richiede un voto dei due terzi dei senatori presenti. Il **13 gennaio** la Camera dei Rappresentanti ha votato per mettere sotto accusa il Presidente Donald Trump con un voto di 232-197 per istigazione all'insurrezione.

La [risoluzione](#) ha fatto seguito all'assalto al Campidoglio degli Stati Uniti del **6 gennaio**, che ha interrotto una sessione congiunta del Congresso convocata per contare i voti elettorali delle elezioni presidenziali del novembre 2020. Dieci repubblicani hanno sostenuto l'impeachment. Nella risoluzione si sostiene che Trump abbia tentato di sovvertire e ostacolare la certificazione dei risultati elettorali e incitato la folla ad assaltare il Campidoglio, provocando atti di vandalismo, minacce ai membri del Governo e al personale del Congresso, la morte delle forze dell'ordine e altri atti sediziosi. Il **25 gennaio**, i responsabili dell'*impeachment* della Camera hanno trasmesso l'articolo di *impeachment* al Senato. Il senatore Patrick Leahy (D-Vt.), Presidente pro tempore del Senato, ha presieduto il processo. Si tratta della prima volta nella storia degli Stati Uniti che un Presidente è stato messo sotto accusa per ben due volte. Trump è stato precedentemente messo sotto accusa e prosciolto dalle accuse di abuso di potere e ostruzione nel 2020.

DIPARTIMENTO DELLA SALUTE E DEI SERVIZI UMANI

Il **24 marzo** il Senato ha confermato Rachel Levine nella posizione di Assistente Segretario alla Salute del Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani con un voto di 52 a favore e 48 contrari. In questo modo Levine è diventata il primo funzionario federale apertamente transgender ad essere confermata dal Senato degli Stati Uniti. Nello specifico, oltre a tutti i senatori democratici, Levine ha ottenuto il voto favorevole di due senatrici repubblicane: Susan Collins (R-Me.) e Lisa Murkowski (R-Alaska). La Levine, che si è laureata alla Harvard and Tulane Medical School, è stata una delle persone chiave nella battaglia contro la pandemia in Pennsylvania.

NUOVO SERGEANT AT ARMS DELLA CAMERA DEI RAPPRESENTANTI

Il **26 marzo** la *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, Nancy Pelosi (D-Calif.), ha nominato il generale William J. Walker come nuovo *Sergeant-at-Arms* della Camera, rendendolo così il primo afro-americano a ricoprire questa posizione. Walker è stato sinora il comandante generale della Guardia Nazionale di D.C., e responsabile per la leadership strategica e l'addestramento della guardia dell'Esercito e dell'Aeronautica Militare. Il precedente *Sergeant-at-Arms* Paul D. Irving si è dimesso il giorno dopo l'assalto al Campidoglio degli Stati Uniti da parte dei manifestanti pro-Trump il **6 gennaio**. Al suo posto *ad interim* era stato nominato Timothy P. Blodgett.

XIV EMENDAMENTO

Il **26 febbraio** è stato introdotto il disegno di legge [H.R. 1405--An Act to Enforce Section Three of the Fourteenth Amendment](#). Il disegno di legge è un ottimo inizio in quanto il Congresso riflette su come rispondere agli eventi del **6 gennaio**. Il disegno di legge afferma che "prove chiare e convincenti" devono essere lo standard di prova nelle azioni civili per estromettere un funzionario non idoneo o dichiarare qualcuno non ammissibile come candidato. Questo aggravamento dell'onere della prova dovrebbe alleviare le preoccupazioni circa l'applicazione

iniqua della sezione tre del XIV emendamento. Il disegno di legge prevede che le azioni promosse sulla base della sezione tre e che coinvolgono alcuni funzionari federali e candidati a cariche federali, debbano essere promosse dinanzi alla Corte distrettuale del distretto di Columbia. Questa decisione mira a ovviare al fenomeno del *forum shopping* e il rischio che un singolo giudice distrettuale di parte consideri i fatti. Infine, il disegno di legge prevede un ricorso accelerato alla Corte Suprema contro la sentenza della Corte distrettuale allo scopo di garantire una pronta risoluzione di qualsiasi questione inerente alla sezione tre in modo che il prossimo turno di elezioni possa procedere in modo ordinato. Il provvedimento, inoltre emenda il *Former Presidents Act* del 1958 e la nota [3 U.S.C. 102](#).

BIPARTISAN BORDER SOLUTIONS ACT

I senatori Cornyn e Sinema il **22 aprile** hanno presentato una proposta di legge bipartisan al Senato in risposta alla crisi migratoria al confine tra Stati Uniti e Messico. La proposta di legge chiamata [Bipartisan Border Solutions Act](#) da compito al Governo di creare “centri di processamento regionale” lungo il confine ove necessario, per assicurare “che i migranti siano trattati in maniera equa ed umana e comprendano i loro diritti”. La proposta inoltre intende anche risolvere il problema delle cause arretrate inerenti il riconoscimento del diritto di asilo, stanziando fondi per l’assunzione di centinaia di nuovi giudici che si occuperanno di materie legate all’immigrazione, così come di funzionari per il diritto di asilo. La proposta si occupa anche della questione dei minori non accompagnati richiedendo al Governo di seguire più attentamente coloro che vengono rilasciati dai centri di detenzione agli sponsor/famiglie nelle città americane. Anche alla Camera dei Rappresentanti, un gruppo di rappresentanti bipartisan guidato dai deputati Henry Cuellar (D-Tex.) e Anthony Gonzales (R-Ohio) ha introdotto una proposta di legge simile nei contenuti a quella presentata da Cornyn e Sinema, che ha anche ricevuto l’*endorsement* da parte della Camera di Commercio americana.

WASHINGTON D.C. ADMISSION ACT

Il **22 aprile** la Camera dei Rappresentanti americana ha approvato con 216 voti a favore (tutti democratici) e 208 contrari (tutti repubblicani) il progetto di legge per rendere Washington, D.C., un nuovo Stato dell’Unione. Il [Washington, D.C. Admission Act](#) darebbe al distretto la possibilità di eleggere due senatori così come di avere diritto di voto alla Camera. Il nuovo Stato sarebbe chiamato *Washington, Douglas Commonwealth* in onore dell’abolizionista Frederick Douglass, ed escluderebbe i monumenti e gli edifici del governo federale. Il territorio sotto controllo federale diventerebbe quindi semplicemente la Capitale. Si tratta del secondo anno di seguito che la Camera controllata dai democratici approva la proposta per rendere D.C. il 51esimo Stato dell’Unione. Ma come la volta precedente ora la palla passa al Senato dove è pressoché impossibile ottenere i 60 voti necessari per trasformarla in legge, per via del *filibuster*. Nondimeno, il *leader* della maggioranza democratica al Senato, Chuck Schumer, ha promesso di portare la legge in aula per il voto, nonostante l’opposizione dei senatori repubblicani e persino di alcuni democratici. Rendere Washington, D.C., un nuovo Stato è una battaglia che i democratici portano avanti da anni definendola come una questione di diritti civili e di necessità per dar voce alla comunità afro-americana della capitale. Di converso i repubblicani hanno invece definito la misura come un tentativo incostituzionale di presa del potere da parte dei democratici non previsto dai padri fondatori, in quanto il distretto tende a votare quasi esclusivamente per i democratici e permetterebbe così loro di ottenere pressoché sicuramente altri 2 senatori.

PRESIDENTE

WHITE HOUSE GENDER POLICY COUNCIL

In un flusso costante di ordini esecutivi e proposte politiche, il Presidente Biden ha preso provvedimenti per riparare ad alcuni dei danni causati dall'amministrazione Trump e per dichiarare i valori e le priorità della nuova amministrazione Biden/Harris. L'uguaglianza di genere è tra queste priorità. Il **19 gennaio**, il giorno prima del loro insediamento, il Presidente eletto Biden e il Vicepresidente eletto Kamala Harris hanno annunciato la creazione di un Consiglio per la politica di genere della Casa Bianca, co-presieduto da Jennifer Klein, *chief strategy* e *policy officer* di TIME's UP, e Julissa Reynosa, assistente entrante del Presidente Biden e capo del personale della dottoressa Jill Biden. Il Consiglio è, in effetti, un riavvio del Consiglio della Casa Bianca su donne e ragazze, creato dall'amministrazione Obama-Biden nel marzo 2009, ma sciolto in seguito dall'amministrazione Trump nel 2017. Lo scopo del Consiglio, ha annunciato Biden, sarebbe quello di aiutare a guidare e coordinare la politica del Governo che ha un impatto su donne e ragazze in una vasta gamma di questioni, tra cui la sicurezza economica, l'assistenza sanitaria, la giustizia razziale e la violenza di genere. L'istituzione del *Gender Policy Council* è un passo fondamentale dopo l'inesorabile ostilità dell'amministrazione Trump all'uguaglianza di genere e ai diritti delle donne. Il Consiglio sembra essere una parte fondamentale del più ampio "programma per l'eguaglianza" dell'amministrazione Biden / Harris, evidente negli ordini esecutivi per promuovere [l'equità razziale, l'equità per le altre comunità svantaggiate](#) e i diritti [LGBTQ](#).

LA TRANSIZIONE

Parallelamente alla cerimonia di insediamento del nuovo Presidente che pone ufficialmente termine al periodo di transizione da un'amministrazione alla successiva, un'altra transizione si è consumata: il licenziamento silenzioso del personale dell'amministrazione Trump, a cui è stato chiesto di ripulire immediatamente gli uffici, indipendentemente dalle eventuali conseguenze legali. Se c'è stata una singola caratteristica distintiva della prima settimana dell'amministrazione Biden, è stato il ritmo vertiginoso con cui il nuovo Presidente ha lasciato il segno su quello che il Presidente Donald J. Trump ha liquidato come il *deep state* ostile. A partire dal Pentagono, dove 20 alti funzionari erano pronti a trasferirsi pochi giorni prima che il Senato confermasse Lloyd J. Austin III come Segretario alla difesa, fino a *Voice of America*, dove la leadership nominata da Trump è stata sostituita poche ore dopo l'inaugurazione, la squadra di Biden è arrivata a Washington con i piani per ogni dipartimento e agenzia. Una sostituzione è stata prevista anche per il medico del Presidente: il dottor Sea. P. Conley, che ha ammesso di aver fornito una descrizione rosea e senza grossi problemi dei sintomi del Covid-19 di Trump. Il Presidente eletto Biden aveva nominato quasi tutti i suoi segretari di Gabinetto e i loro vice prima di entrare in carica il **20 gennaio**, la maggior parte dei quali volti noti dell'amministrazione Obama. Il Consiglio di sicurezza nazionale, ad esempio, dove si decide la politica estera americana, dispone già di membri del personale per posizioni che a volte richiedono mesi per essere coperte. C'è uno staff di sicurezza nazionale al completo e una nuova operazione ampliata della Casa Bianca per supervisionare i cyber-reati e la difesa. Il contrasto con l'amministrazione Trump è sorprendente. Trump non aveva esperienza di governo – circostanza questa che ha costituito un punto di forza nella sua campagna elettorale

del 2016 - e diffidava di coloro che ne avevano. Ha chiarito che intendeva ridurre o depotenziare alcune agenzie, spesso prima di stabilire come organizzare le loro missioni rispetto al numero di personale in dotazione. Molti degli incaricati di Trump - tranne il Dipartimento della Difesa e il Dipartimento per gli affari dei veterani - sono arrivati con le istruzioni di tagliare fondi e personale, ed era diventato quasi un punto di orgoglio tra i funzionari dell'amministrazione Trump lasciare posizioni di lavoro vacanti. Alla fine, Trump non ha ridotto di molto la forza lavoro federale - tranne in luoghi come il Dipartimento dell'Istruzione - ma la sua determinazione a farlo ha fatto sì che molti incarichi rimanessero vacanti per i primi due anni del suo mandato.

Le decisioni assunte da Biden relativamente ai vertici dell'amministrazione della Casa Bianca e dei Dipartimenti e agenzie federali mostrano un chiaro cambio di passo e evidenziano l'esperienza nella gestione della "cosa pubblica" che lo contraddistingue dal suo predecessore, il quale spesso aveva sottovalutato l'importanza strategiche degli apparati burocratici per il funzionamento della macchina di Governo.

LA NOMINA DI WALSH E IL RAPPORTO CON I SINDACATI

La nomina di Marty Walsh, sindaco di Boston molto vicino al mondo del lavoro, è stata confermata il **22 marzo** dal Congresso. Walsh è così il nuovo Segretario del Lavoro, con il voto di 68 senatori favorevoli e 29 contrari. Walsh è legato al mondo del sindacato e fra i propositi del Presidente eletto c'è infatti quello di ristabilire il legame con il mondo del lavoro organizzato. In passato i rapporti del sindacato con i diversi Presidenti sono stati alquanto difficili. Anni particolarmente difficili, per il mondo dell'unionismo, furono quelli della presidenza Reagan, che con le sue politiche cercò di indebolire il sindacalismo. Particolarmente noto è il duro confronto con i controllori di volo del sindacato PATCO, che vennero attaccati pubblicamente durante uno sciopero, con la minaccia di licenziare chi non fosse tornato al lavoro. Ma l'AFL-CIO, guidato da Lane Kirkland, provò a controbattere alla forza del Presidente, che godeva di largo consenso. La risposta alla mossa di Reagan fu il *Soldiarity Day*: Un'imponente manifestazione in quel di Washington, una delle più grandi nella storia degli Stati Uniti. Questa prova di forza non portò certo un cambiamento nelle politiche di Reagan, ma quantomeno portò il Presidente a cercare un atteggiamento più conciliante con l'AFL-CIO.

Clima più disteso, invece, ci fu con il suo successore Bush. Gli indirizzi politici non mutarono, ma riprese un certo dialogo, favorito anche dai buoni rapporti personali fra il Presidente e Kirkland. Più complesso il rapporto con Bill Clinton, del quale l'AFL-CIO fu importante componente della coalizione che li portò alla vittoria. Durante la sua amministrazione si registrò anche una profonda frattura all'interno del sindacato, con l'accessissima sfida per la successione di Kirkland poi vinta dal suo oppositore Sweeney. Periodo complesso perché il rapporto con Clinton fu caratterizzato da vicinanze e divisioni: queste ultime riguardano soprattutto il tema del mercato, con la profonda contrarietà dell'AFL-CIO al NAFTA e alle politiche di tal stampo del Presidente. Il sindacato però fu di grande appoggio al Presidente in altre proposte, come quella per la riforma sanitaria mai andata in porto o per l'aumento del salario minimo. Con Bush i rapporti furono ai minimi termini. Per questo motivo, il mondo del sindacato scelse di investire energie e risorse per portare ad una vittoria democratica nelle elezioni del 2008. Inizialmente l'attenzione si concentrò su Hillary Clinton, ma quando Obama iniziò a riscuotere successo molti scelsero di spostarsi su di lui. Nel corso della presidenza Trump i rapporti con il sindacato sono stati del tutto inesistenti.

NUOVE NOMINE DI GIUDICI FEDERALI

Il Presidente Joe Biden ha annunciato il **30 marzo** la nomina di 11 nuovi giudici federali, tra cui Ketanji Brown Jackson per sostituire l'ex giudice della Corte di circuito DC Merrick Garland, che ora è diventato Procuratore Generale degli Stati Uniti. Le nuove nomine includono tre donne afro-americane, oltre al primo giudice federale musulmano nella storia del Paese, la prima donna di origine asiatica a prestare servizio presso il tribunale distrettuale di DC e la prima donna afro-americana come giudice federale nel Maryland, secondo la Casa Bianca. Le selezioni riflettono la profonda convinzione del Presidente che la giustizia federale debba riflettere la piena diversità del popolo americano. La nomina di Jackson alimenta le speculazioni su una sua potenziale nomina per la Corte Suprema nel caso in cui si dovesse liberare un posto. In passato Jackson ha anche collaborato con il giudice della Corte Suprema, Stephen Breyer, ad oggi il più anziano dei nove giudici della Corte.

EXECUTIVE ORDER ON THE ESTABLISHMENT OF THE PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Torna al centro del dibattito politico il tema della riforma della Corte Suprema, dopo che il Presidente Joe Biden ha approvato il **9 aprile** un ordine esecutivo volto a costituire una commissione *bipartisan* che studierà le possibili conseguenze di un allargamento della Corte Suprema. Negli ultimi mesi è aumentata la pressione da parte di gruppi di attivisti, che pensano a questa soluzione come strumento per controbilanciare la grande maggioranza repubblicana. Non sono ancora del tutto chiari quali saranno gli obiettivi di questa commissione. Questa sarà guidata da Bob Bauer e composta da 36 membri, e studierà la storia della Corte, ma non dovrebbe emettere alcuna raccomandazione specifica.

NOMINA DEL SEGRETARIO DELL'ESERCITO

Il Presidente Joe Biden **13 aprile** ha nominato Christine Wormuth come Segretario dell'Esercito. Si tratta della prima donna a ricoprire questa posizione. Wormuth, ex funzionaria del Dipartimento della Difesa durante l'amministrazione di Barack Obama, si è recentemente occupata della transizione del Pentagono da Trump a Biden, una delle più complesse nella storia. Ha assunto la guida della squadra di transizione dopo che Kathleen Hicks è stata nominata per essere la numero due del Pentagono ed è stata anche co-presidente di un gruppo di lavoro sulla Difesa durante la campagna presidenziale.

SCOMPARSO IL VICEPRESIDENTE MONDALE

Il **19 aprile** si è spento all'età di 93 anni in Minnesota l'ex Vicepresidente Walter F. Mondale. Mondale fu il Vicepresidente di Jimmy Carter dal 1977 al 1981, senatore del Minnesota dal 1964 al 1976, ambasciatore in Giappone dal 1993 al 1996 e procuratore generale del Minnesota dal 1960 al 1964. Nel 1984 si candidò alla presidenza sfidando il Presidente Ronald Reagan. La sua candidata a Vicepresidente era la deputata di New York Geraldine Ferraro, la prima donna in un ticket presidenziale. Le elezioni furono però letteralmente un disastro. Vinse solo il suo stato d'origine e il Distretto di Columbia. A Reagan andarono 525 grandi elettori e a Mondale 13, la più grande sconfitta da quando Franklin Roosevelt vinse contro Alf Landon nel 1936.

IL PRIMO DISCORSO DI BIDEN

Il Presidente Joe Biden ha tenuto il suo primo discorso alla seduta congiunta di Camera e Senato il **28 aprile**. Ieri è infatti arrivato l'invito della Presidente della Camera Nancy Pelosi.

Normalmente il primo discorso del Presidente si tiene entro **marzo**, ma Biden ha scelto di rimandarlo. Non si tratta formalmente di uno *State of the Union Address*, anche se nella pratica è uguale. L'Articolo II, Sezione 3 della Costituzione degli Stati Uniti impone al Presidente di “fornire di volta in volta al Congresso informazioni sullo stato dell'unione e raccomandare le misure che ritiene necessarie e opportune”.

CORTI

CONTESTAZIONE DELLE OPERAZIONI DI VOTO

Il **22 febbraio** la Corte Suprema ha posto ufficialmente termine a otto dispute pendenti promosse dall'ex Presidente Trump e dai suoi alleati relativamente alle elezioni del 3 novembre 2020, inclusa una riguardante una contestazione da parte dei repubblicani dell'estensione dei termini per la ricezione dei voti per posta adottata dallo Stato della Pennsylvania. I giudici hanno respinto i ricorsi del partito repubblicano della Pennsylvania e dei membri repubblicani del Legislativo statale contro una sentenza della Corte suprema della Pennsylvania che ordinava ai funzionari di contare le schede elettorali per corrispondenza che erano state timbrate il giorno delle elezioni e ricevute fino a tre giorni dopo. Tre dei sei giudici conservatori dei nove membri della Corte - Clarence Thomas, Samuel Alito e Neil Gorsuch – hanno dissentito rispetto alla decisione di non ascoltare il caso della Pennsylvania. La Corte, come previsto, ha anche respinto due appelli di Trump che contestavano le vittorie di Biden in Pennsylvania e Wisconsin sulla base delle affermazioni secondo cui le regole per le schede per corrispondenza nei due Stati non erano valide. La Corte ha anche respinto casi separati portati alla sua attenzione dagli alleati di Trump in Pennsylvania, Michigan, Georgia e Arizona, tutti Stati vinti da Biden. Era chiaro sin da subito che la Corte non aveva intenzione di intervenire.

Nell'opinione dissenziente, il giudice Thomas ha affermato che la Corte Suprema dovrebbe decidere se coloro che non sono legislatori, ossia i funzionari elettorali e le Corti, hanno il potere di stabilire le regole elettorali. Thomas ha sostenuto che è stata una fortuna che la sentenza della Corte suprema statale non abbia coinvolto un numero sufficiente di voti per influenzare l'esito delle elezioni.

SIMBOLI DELLA CONFEDERAZIONE

La Corte Suprema della Virginia ha [stabilito](#) il **1° aprile** che la città di Charlottesville può rimuovere due statue confederate, tra cui una del generale Robert E. Lee. La Corte ha annullato una decisione del Tribunale di Charlottesville a favore di un gruppo di residenti che ha fatto causa per impedire alla città di abbattere le statue del generale Lee e del generale Thomas Jackson. Tra i querelanti nella causa intentata contro la città c'erano la *Virginia Division of the Sons of Confederate Veterans, Inc.* e *The Monument Fund, Inc.* La Corte ha respinto le argomentazioni dei querelanti secondo cui la rimozione delle statue violerebbe una [legge statale del 1997](#) che proibisce alle località di rimuovere i memoriali di guerra della confederazione. La Corte ha affermato che la legge conferisce alle località l'autorità di creare monumenti e monumenti ai caduti e che il divieto di rimuoverli “si applica solo ai monumenti eretti prospetticamente in base alla concessione dell'autorità di tale legge”. La sentenza arriva dopo che l'Assemblea generale della Virginia ha approvato l'anno scorso una [legge](#) che consente alle località di rimuovere i monumenti ai caduti. Molti monumenti in tutto lo Stato sono già stati rimossi a seguito di questa nuova legislazione.

FEDERALISMO

PUERTO RICO

Il futuro di Porto Rico è all'ordine del giorno del Congresso. La scorsa settimana, la commissione della Camera per le risorse naturali ha tenuto un'audizione controversa su due progetti di legge concorrenti relativi allo status di Porto Rico. Il primo, il [Puerto Rico Statehood Admission Act](#), risponde a un referendum che si è tenuto sull'isola lo scorso novembre in cui lo Stato ha vinto con il 52,5 per cento dei voti. Prevede l'ammissione di Porto Rico nell'Unione come Stato, ma subordina l'ammissione a un secondo referendum. Se lo Stato dovesse prevalere di nuovo, la legge richiederebbe al Presidente degli Stati Uniti di emettere un proclama che dichiari Porto Rico uno Stato dell'Unione entro un anno dal voto. Sembra semplice, ma quando si tratta dello status di Porto Rico, niente è mai semplice. Un secondo disegno di legge il [Puerto Rico Self-Determination Act](#), non tiene conto del referendum di novembre. Riconosce invece il diritto "intrinseco" di Porto Rico di istituire una convenzione costituzionale per determinarne il futuro politico e delinea un piano dettagliato in proposito. Il piano è elaborato, ma indirizza i delegati della convenzione a discutere e redigere indicazioni sulle opzioni di autodeterminazione per Porto Rico unitamente ad un piano di transizione per ciascuna opzione; istituisce una Commissione di negoziazione bilaterale congressuale per fornire consulenza e supporto ai delegati su questioni come la cultura e la lingua; prevede un referendum alla conclusione dei lavori tra le opzioni elaborate; e richiede al Congresso di emanare una risoluzione comune che ratifichi il risultato del referendum. Ma per quale ragione sono stati presentati due disegni di legge concorrenti? Questi disegni di legge incarnano profonde differenze per comprendere le quali occorre conoscere la controversia costituzionale che è stata a lungo al centro del dibattito sullo status di Porto Rico e la crisi di identità che lo guida.

PENA DI MORTE

La Virginia è diventata il **24 marzo** il 23esimo stato ad abolire la pena di morte. Il governatore Democratico Ralph Northam ha firmato poco fa la legge approvata nelle settimane passate dal parlamento statale.

LEGALIZZAZIONE DELLA MARIJUANA

La legislatura dello Stato di New York ha approvato il **31 marzo** in via definitiva la legge per legalizzare l'uso ricreativo della marijuana per le persone con età superiore a 21 anni. La legge è stata approvata dal Senato con un voto di 40 senatori a favore e 23 contrari, e successivamente in via definitiva dall'Assemblea con un voto di 94 deputati statali a favore e 56 contrari. Il governatore di New York, Andrew Cuomo (D), ha rilasciato una dichiarazione subito dopo l'approvazione della legge, affermando di essere pronto a firmarla. Una volta firmata, la nuova legge renderà New York il 15esimo Stato ad aver legalizzato l'uso ricreativo della marijuana. La legge approvata inoltre cancella le passate condanne legate al possesso ed uso di marijuana per migliaia di persone.

NUOVO PROCURATORE GENERALE DELLA CALIFORNIA

Il Governatore della California, Gavin Newsom (D), ha nominato il deputato Rob Bonta (D) come nuovo Procuratore Generale della California, in sostituzione di Xavier Becerra, diventato Segretario alla Salute ed ai Servizi Umani nell'Amministrazione Biden. La nomina è stata confermata dal Legislativo statale il **22 aprile**. In questo modo Bonta è diventato il primo americano di origine filippina ad avere assunto questa posizione nella storia della California, e la sua nomina arriva mentre aumenta la pressione tra i democratici per dare spazio ad esponenti politici delle minoranze. In particolare la comunità AAPI (Asian American and Pacific Islander) si è lamentata spesso di recente per la mancanza di rappresentanza negli uffici federali e statali, in particolare dopo diversi episodi di violenza contro gli americani di origine asiatica a seguito dello scoppio della pandemia di coronavirus. Bonta, che ha 48 anni e rappresenta il distretto di Oakland, Alameda e San Leandro alla legislatura statale, era uno dei quattro nomi raccomandati per questa posizione dall'Asian Pacific Islander Legislative Caucus, l'organizzazione dei deputati di origine asiatica delle legislature statali. La nomina di Bonta arriva mentre Newsom sta cercando di rafforzare le proprie alleanze politiche in vista di un possibile *recall*.



In difficoltà nella gestione della crisi pandemica, il Governo ungherese irrigidisce la strategia sul fronte europeo, mentre il dibattito interno è dominato dalla riforma delle fondazioni di interesse pubblico e della governance universitaria*

di Simone Benvenuti**

Nel corso del primo quadrimestre del 2021, l'attualità costituzionale ungherese è stata dominata dagli effetti non univoci della terza ondata di diffusione del Covid-19, che ha colpito [severamente](#) il Paese. Con le elezioni della primavera 2022 all'orizzonte, ciò ha determinato l'inasprimento delle politiche di riforma; allo stesso tempo, ha costituito un fattore di debolezza per Fidesz, a causa del collasso del sistema sanitario e dell'inefficacia della politica governativa a tutela della salute pubblica. Fidesz, che secondo i [sondaggi](#) ha perso diversi punti percentuali dall'inizio della pandemia, apparirebbe oggi sorpassato dal Fronte delle opposizioni unite (vedi *infra*).

Il **22 febbraio**, il Parlamento ha approvato – contrari tutti i partiti di opposizione – una legge che proroga lo stato di emergenza per altri novanta giorni, permettendo l'estensione della validità dei decreti del Governo e il rinvio di elezioni e referendum. Il Governo, pur con gli ampi poteri a disposizione, a seguito dell'ennesima [consultazione nazionale](#), ha tuttavia optato per un approccio più [flessibile](#) nella limitazione di diritti e libertà per far fronte alla crisi sanitaria rispetto a quanto avvenuto in occasione della prima ondata, contando sull'efficacia della campagna vaccinale, [attestandosi](#) alla metà di aprile tra i Paesi dell'area con la maggiore percentuale della popolazione vaccinata (21,6%). Per raggiungere tale risultato, l'Ungheria è stato con la Slovacchia l'unico Stato dell'UE ad autorizzare l'utilizzo dei vaccini della Sinopharm e dell'Istituto Gamaleya. In particolare, il **29 gennaio** è stato [firmato](#) il contratto per l'acquisto di 5 milioni di dosi di Sinovac; i [contenuti](#) dello stesso, resi pubblici il successivo **11 marzo**, hanno a loro volta originato accuse di corruzione per l'alto prezzo fissato per ogni singola dose e per il coinvolgimento di una società intermediaria ungherese.

La procedura che ha permesso la somministrazione dei vaccini cinese e russo, che non sono passati al vaglio dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA), è controversa, poiché l'autorizzazione è stata data non già dall'organo indipendente a ciò preposto, l'Agenzia Ungherese

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

del Farmaco (OGYEI), bensì direttamente dal Governo tramite decreto. Questo ha [autorizzato](#) l'utilizzo di vaccini già somministrati in altri Stati a più di un milione di persone, delegando al Ministro degli esteri la sottoscrizione dei contratti di acquisto.

La strategia del Governo, che ha imposto una [gestione accentrata](#) della campagna di somministrazione, è stata fortemente criticata dai rappresentanti delle autorità locali, tra cui il sindaco di Budapest Gergely Karácsony, ed è stata anche all'origine di [tensioni](#) tra il Governo e la Federazione nazionale dei medici (Magyar Orvosi Kamara), che ha anche [criticato](#) i tentativi del Governo di [ostacolare l'accesso](#) negli ospedali dei media indipendenti.

Sugli altri fronti, si segnala in particolare la riforma della *governance* universitaria (vedi *infra*) che, pur rappresentando l'esito di un processo iniziato già alcuni anni fa, evidenzia allo stesso tempo un cambio di passo che potrebbe non essere disgiunto dalla considerazione – peraltro esplicitata da alcuni rappresentanti della maggioranza – che le elezioni della primavera 2022 possano segnare il termine, se non della post-transizione, quantomeno della fase a egemonia politica Fidesz. A questo esito, che, seppur non scontato, recenti sondaggi permettono però di considerare concreto, contribuisce, oltre all'impatto economico e sociale della pandemia, il modificarsi del contesto europeo e interno di cui già si è dato conto nelle cronache precedenti.

Si segnalano in particolare la definitiva rottura tra Fidesz e il Gruppo dei popolari europei e l'ufficializzazione delle candidature per le [primarie di coalizione](#) dell'[autunno prossimo](#) alla guida della coalizione dei sei partiti uniti nel fronte dell'opposizione e, in prospettiva, del nuovo Governo qualora Fidesz risulti sconfitto alle elezioni della primavera prossima. I sondaggi più recenti sembrano indicare tra i candidati favoriti il sindaco di Budapest Gergely Karácsony (Dialogo per l'Ungheria - Párbeszéd Magyarorszáért), il presidente di Jobbik Péter Jakab e la presidente di Coalizione Democratica (DK) e vicepresidente del Parlamento europeo Klára Dobrev. In ogni caso, proprio il consolidarsi del fronte delle opposizioni è suscettibile di determinare nel corso dei prossimi mesi iniziative di riforma, costituzionale e non, che mirino a cristallizzare ulteriormente a livello istituzionale l'egemonia di Fidesz (che seppur risultasse vincitore, quasi certamente perderà la maggioranza di due terzi in Parlamento). Non è esclusa nemmeno un'ulteriore modifica delle [norme elettorali](#) che già sono state oggetto a più riprese di interventi volti all'aggiustamento dei rapporti di forza tra i soggetti partitici, tanto più che, a causa dei mutati equilibri, questi potrebbero ora favorire proprio l'opposizione e non più la coalizione Fidesz-KDNP.

Il quadro economico e sociale soffre invece degli [effetti della pandemia](#), ma anche di quelli delle politiche redistributive portate avanti dal Governo, sia sul fronte delle riforme del lavoro e del workfare, sia su quello delle scelte economiche. Secondo [József Papp](#), professore emerito presso l'Università Corvinus, la gestione politica della redistribuzione economica delle risorse, in assenza di procedure e istituzioni indipendenti, ha come conseguenza la sclerotizzazione delle strutture dell'economia ungherese, favorendone la configurazione dualistica, e della loro capacità di innovazione e modernizzazione. L'economia ungherese è organizzata attorno a una forte presenza di imprese multinazionali nei settori a più alto valore tecnologico, favorite sotto il profilo della tassazione, come l'industria automobilistica, e a una circoscritta borghesia nazionale che

opera in settori politicamente strategici con il supporto del Governo, attraverso dinamiche di finanziamento non trasparenti. Tra queste due componenti è compreso il mondo delle piccole e medie imprese e dei privati cittadini, mentre la gestione dall'alto di tale struttura economica implica la riduzione dei margini di azione delle autonomie locali (v. *infra*). A sua volta, la pandemia ha messo in maggiore evidenza [le debolezze strutturali](#) dell'economia ungherese, mentre una larga porzione della popolazione occupata non risulta avere i requisiti per accedere a forme di sostegno economico né [disporre](#) di ammortizzatori di altro tipo.

In tale contesto, sono tuttora incerti i termini definitivi del Piano nazionale di recupero e resilienza (Helyreállítási és Ellenállóképességi Eszköz), per un totale di 16 miliardi di euro tra finanziamenti a fondo perduto e prestiti. Il Governo ungherese aveva pubblicato una [bozza](#) del Piano nel dicembre scorso. Sulla base della bozza, il 51% delle risorse era destinato al raggiungimento degli obiettivi della transizione ecologica (area verso cui è indirizzato l'utilizzo delle risorse derivanti da prestiti) e il 21% alla digitalizzazione, per un impatto previsto di oltre il 2% del PIL entro il 2026. Gli [analisti](#) hanno allo stesso tempo evidenziato come i settori che avrebbero beneficiato del Piano sono essenzialmente tre: il sistema sanitario (poco più di tre miliardi di euro e mezzo), i trasporti (quattro miliardi di euro) e il sistema universitario (poco più di tre miliardi di euro). Poco meno di un terzo delle risorse al sistema sanitario avrebbero finanziato l'incremento dei salari del personale sanitario a seguito della riforma dell'anno scorso, mentre poco più di 700 milioni la costruzione di un nuovo ospedale a Budapest. Sotto il profilo procedurale, il Piano è stato criticato per il mancato coinvolgimento degli attori sociali e degli organismi istituzionali (sindacati, partiti di opposizione ed enti locali: consultazioni sono state avviate solo con il sindaco di Budapest, senza tuttavia che alcuna sua proposta fosse incorporata nella bozza di Piano).

Fonti interne alla Commissione hanno successivamente espresso dubbi sulla capacità dell'Ungheria di rispettare il termine fissato al 30 aprile, che sono poi stati esplicitati nell'[incontro](#) tra Ursula von der Leyen e Viktor Orbán il **23 aprile**. Il **25 aprile**, il capo di gabinetto del Primo ministro, Gergely Gulyás, aveva da parte sua assicurato che il termine sarebbe stato rispettato, anche in considerazione dell'importanza di tali fondi nella prospettiva delle elezioni della primavera 2022. Tuttavia, diversamente da quanto annunciato, il termine non è stato infine rispettato per la decisione assunta *in extremis*, il **29 aprile**, di [rinunciare](#) alla quota del Piano derivante dai prestiti, salvo destinazioni su base individuale. A quanto pare, tale rinuncia è l'esito dell'incontro del 23 aprile, nel corso del quale sarebbe state fatte presenti al Primo ministro ungherese le perplessità relative al sistema degli appalti pubblici di cui si chiede la riforma. Orbán ha a sua volta giustificato la rinuncia con esigenze di correttezza dell'amministrazione finanziaria in considerazione della forte espansione del debito nel corso del 2020. Peraltro, già all'inizio di febbraio la Commissione aveva [richiesto](#) all'Ungheria di impegnarsi a modificare la legge sugli appalti pubblici per contenere le «frodi sistemiche» consentite dall'attuale normativa.

PARTITI

L'UFFICIO PARLAMENTARE PER LA REVISIONE CONTABILE SANZIONA IL PARTITO LIBERALE

Il **15 gennaio**, l'Ufficio parlamentare per la revisione contabile ha [comunicato](#) la presenza di irregolarità nei bilanci del 2017 e del 2018 del Partito liberale ungherese (Magyar Liberális Párt), a cui ha comminato una sanzione di 95 milioni di fiorini (264.000 euro).

FIDESZ LASCIA IL GRUPPO DEL PARTITO POPOLARE EUROPEO

Il **3 marzo**, Fidesz ha [annunciato](#) l'abbandono da parte dei suoi dodici rappresentanti del Gruppo del Partito Popolare Europeo. Si tratta dell'ultimo capitolo del conflitto tra il partito ungherese e una parte del PPE, tra cui lo stesso capogruppo Manfred Weber. Weber, nel rammaricarsi per la decisione di Fidesz, ha indicato in Orbán il responsabile della rottura. In realtà l'esito – che ha valore altamente simbolico ma anche alcune ricadute concrete (il PPE rimane il gruppo più numeroso in seno al Parlamento europeo, ma i parlamentari di Fidesz [perdono](#), tra le altre cose, i loro posti nelle commissioni) – è frutto delle mutate geometrie politiche in vista della futura uscita di scena di Angela Merkel, che ha spesso favorito un approccio volto alla mediazione finalizzato a ottenere dai rappresentanti ungheresi l'appoggio necessario per realizzare la sua agenda politica, nonché a preservare gli interessi di settori dell'economia tedesca in Ungheria. Secondo Daniel Kelemen, la fine del ciclo politico tedesco implica per Viktor Orbán la perdita di una fonte di protezione politica e di legittimazione. Fidesz ha giustificato l'uscita dal PPE con l'[approvazione](#) di nuove regole interne per la sospensione di intere delegazioni (e non più di singoli rappresentanti), che aveva peraltro ottenuto largo [consenso](#) in seno al Gruppo con una maggioranza di 148 membri a favore e 28 contro. Secondo Viktor Orbán, «the amendments to the rules of the EPP Group are clearly a hostile move against Fidesz [...]. Limiting our MEP's ability to carry out their duties as elected Members of the European Parliament deprives Hungarian voters from their democratic rights». In seguito alla decisione del 3 luglio, Fidesz si trova di fronte alla scelta se avvicinarsi al Gruppo dei Conservatori e Riformisti Europei (ECR), di cui sono membri sia Fratelli d'Italia sia il PiS, o al Gruppo Identità e Democrazia, di cui è membro la Lega, o dare vita in futuro a un [nuovo soggetto](#) come potrebbe indicare l'incontro del **1° aprile** scorso tra Orbán, Salvini e il Capo del governo polacco Mateusz Morawiecki. Peraltro, come messo in evidenza dal parlamentare francese del PPE [François-Xavier Bellamy](#), che si era espresso con gli altri membri della delegazione francese contro la modifica delle norme interne del Gruppo, sebbene la delegazione di Fidesz sia fuori dal Gruppo parlamentare, Fidesz rimane per il momento a pieno titolo membro del Partito popolare europeo.

PROSEGUONO LE TRATTATIVE PER LA COSTRUZIONE DEL FRONTE UNITARIO

I sei partiti di opposizione che sfideranno alle elezioni della primavera 2022 Fidesz-KDNP – Coalizione democratica (DK), Momentum, il Partito socialista (MSZP), Jobbik, i verdi di LMP e Dialogo per l'Ungheria (Párbeszéd) –, hanno raggiunto l'accordo per l'indicazione di un

candidato comune alla guida della coalizione. L'individuazione del candidato avverrà attraverso [primarie di coalizione](#) che affiancheranno le primarie per la scelta dei candidati della coalizione in ciascuno dei 106 collegi uninominali. Con riguardo a queste ultime, pur non mancando conflitti soprattutto con riguardo alle candidature nei collegi di Budapest, non è escluso che si arrivi indirettamente all'indicazione di candidati comuni attraverso il ritiro selettivo dei propri candidati da parte di alcuni dei partiti in coalizione, mentre sono già in corso fenomeni aggregativi interni alla coalizione stessa. Ad esempio, il **28 aprile** MSZP e Párbeszéd hanno [annunciato](#) la presentazione di candidati e liste congiunti. Formalmente, le primarie – il cui svolgimento sarà monitorato da una Commissione appositamente istituita – sono aperte a tutte le candidature sostenute da almeno 400 firmatari, per l'elezione dei parlamentari, e 20.000 firmatari, per la guida della coalizione e l'indicazione del candidato Primo ministro. Sono ammesse anche candidature esterne ai sei partiti, a condizione che il candidato indichi la futura affiliazione a uno dei gruppi parlamentari d'opposizione. Inoltre, ciascun candidato sarà obbligato a firmare una non meglio specificata dichiarazione di integrità. È anche in discussione la possibilità che gli elettori si esprimano sulla composizione della lista comune per la parte proporzionale. Momentum e Párbeszéd sono a favore dell'attribuzione agli elettori del diritto di indicare la lista di preferenza, in modo che l'ordine dei candidati nella lista comune rifletta il sostegno ottenuto da ciascun partito, mentre gli altri partiti sono scettici. Tra i nodi ancora da sciogliere è il costo finanziario che i sei partiti dovranno sostenere per l'organizzazione delle primarie, che andrà a incidere sulle disponibilità per la campagna elettorale, seppure proprio le primarie costituiranno l'occasione per iniziarla con largo anticipo.

PARLAMENTO

LA CORTE DI GIUSTIZIA UE “SALVA” LA NORMATIVA CHE REGOLAMENTA L'IMPOSTA SUI RICAVI PUBBLICITARI

Il **16 marzo**, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha reso la [sentenza](#) (C 562/19 P Commissione c. Polonia e C 596/19 P Commissione c. Ungheria) con cui ha confermato la sentenza del Tribunale generale che faceva salva l'imposta sui ricavi derivanti dagli annunci pubblicitari nelle piattaforme di comunicazione introdotta con legge entrata in vigore il 15 agosto 2014 – un'imposta progressiva sulle entrate legate alla pubblicazione e alla diffusione di annunci pubblicitari in quello Stato membro. Il Governo ungherese ha [accolto](#) con soddisfazione la sentenza, che chiude una vicenda controversa, poiché la legge, in ragione delle aliquote progressive ivi determinate, era stata considerata come un attacco diretto alla più grande emittente televisiva commerciale, RTL Ungheria, di proprietà tedesca. Si temeva si trattasse di una mossa per costringere la proprietà tedesca a vendere l'emittente, come già accaduto per un'altra stazione indipendente già di proprietà tedesca, TV2. (Peraltro, il **24 febbraio** l'emittente tedesca Deutsche Welle ha [annunciato](#) l'intenzione di rivolgersi anche al pubblico ungherese attraverso la creazione di contenuti specifici, facendo anche riferimento ai rischi esistenti in Ungheria per il pluralismo e l'indipendenza dei media). La Commissione, da parte sua, aveva sostenuto che l'imposta desse un vantaggio eccessivo alle piccole imprese, configurandosi come un aiuto di Stato. La CGUE, nella recente sentenza, ha a sua volta stabilito che l'imposta non viola le norme sugli aiuti di Stato e che gli Stati membri sono liberi di istituire i propri regimi fiscali in maniera indipendente.

APPROVATA LA RIFORMA LEGISLATIVA DELLE FONDAZIONI DI INTERESSE PUBBLICO

Il **27 aprile** è stata [approvata](#) la [Legge IX del 2021](#) che disciplina le fondazioni che svolgono funzioni di pubblico interesse, enti speciali di diritto privato regolamentati in parziale deroga alla normativa del codice civile sulle fondazioni (v. Legge V del 2013) e che rientrano nella categoria delle fondazioni per la gestione dei beni (*vagyongkezelő alapítvány*), a carattere pubblico o privato, [create](#) con legge del marzo 2019. Quest'ultima permette alla nuova tipologia di fondazioni attività di investimento non ammesse per le fondazioni classiche; nella intenzione del legislatore, si mira così ad agevolare la preservazione dei patrimoni familiari e a facilitare l'autofinanziamento di attività di interesse pubblico da parte degli enti pubblici.

La Legge IX/2021 è stata a sua volta adottata in applicazione del sesto comma dell'articolo 38 della Legge Fondamentale, aggiunto con la [riforma costituzionale](#) del dicembre scorso, che attribuisce a una legge cardinale la disciplina delle fondazioni per la gestione dei beni che svolgano una funzione pubblica. In base all'articolo 3 della Legge IX/2021, alle fondazioni di interesse pubblico sono trasferiti i beni, la loro gestione e i proventi, «ai fini del perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico stabiliti nell'atto costitutivo». Tra gli interessi pubblici, l'articolo 5 della Legge menziona un ampio ventaglio tra cui l'istruzione, inclusa l'istruzione superiore, la ricerca di base e applicata e il sostegno alle attività scientifiche, la salute, la beneficenza, la tutela della famiglia, dei bambini e dei giovani, gli obiettivi culturali, lo sport, la tutela della cultura e del patrimonio nazionali e la conservazione degli stili di vita tradizionali, il sostegno alle chiese, la tutela dell'ambiente. Le fondazioni sono amministrate da consigli composti da cinque membri di nomina governativa vitalizia, con possibilità di rimozione da parte dello stesso consiglio a maggioranza di due terzi (articoli 6 e 7). Sotto il profilo patrimoniale, i beni trasferiti al fine del perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico (per un valore di almeno 600 milioni di fiorini, pari a circa un milione e settecentomila euro – articolo 3 – e senza che tale trasferimento sia soggetto alle disposizioni della Legge CXCVI del 2011 sulla proprietà nazionale) sono gestiti «secondo il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, che non deve pregiudicare l'adempimento di compiti pubblici», con contabilizzazione separata dei costi e dei ricavi di tali attività economiche (articolo 11). Inoltre, i beni trasferiti dallo Stato «possono essere gestiti liberamente nell'ambito delle attività di gestione patrimoniale della fondazione e la fondazione può disporne liberamente senza pregiudizio del principio di una gestione responsabile» (articolo 12). La Legge include infine alcune norme specifiche relative alle fondazioni create per obiettivi di interesse pubblico nell'ambito dell'istruzione superiore (Capitolo V, articoli 22 e 23, v. *infra*). L'allegato 1 della Legge include una lista di trenta fondazioni, ventotto delle quali operanti anche nell'ambito dell'istruzione superiore (v. *infra*) e le rimanenti negli ambiti culturale e artistico, sociale, occupazionale, sportivo, ambientale, della tutela del patrimonio, etc.

[Secondo il Ministro](#) proponente László Palkovics, la riforma intende assicurare la realizzazione di obiettivi pubblici fondamentali attraverso una gestione più efficiente. L'[opposizione](#) ha tuttavia contestato questa misura, che rifletterebbe il tentativo di mantenere il controllo di settori di interesse pubblico e della relativa gestione patrimoniale attraverso fondazioni guidate da persone vicine al Primo ministro Viktor Orbán: tanto più che allo stato attuale la creazione di tali fondazioni ha comportato il trasferimento di beni statali per un valore di diversi miliardi di fiorini. Secondo Kim Lane Scheppele e Bálint Magyar, le fondazioni rappresenterebbero uno strumento di controllo delle relative attività, che incide inoltre, per quanto riguarda l'istruzione superiore, sull'autonomia degli atenei e sui profili della libertà accademica (v. *infra*), ma soprattutto

l'escamotage che consente all'attuale maggioranza di assicurarsi *pro futuro*, attraverso la nomina nei consigli di personalità a essa vicine, il controllo delle risorse patrimoniali delle nuove fondazioni in caso di sconfitta alle elezioni del 2022, anche al fine di garantire continuità al [“Sistema di cooperazione nazionale”](#). Questa lettura è stata condivisa dai rappresentanti dell'[opposizione](#), tanto più che la legge prevede che, dopo la prima nomina governativa, siano le stesse fondazioni a nominare i membri dei consigli. Peraltro, la richiesta maggioranza di due terzi per la modifica della legge (articolo 38 della legge fondamentale), che è stata giustificata in nome dell'interesse alla stabilità giuridica e finanziaria degli enti, comporta la quasi impossibilità di addivenire a una sua riforma, anche qualora l'opposizione risultasse vincitrice alle elezioni del 2022, sebbene incertezze al riguardo permangano quantomeno per le fondazioni sotto il cui cappello siano svolte attività di istruzione superiore.

APPROVATA LA RIFORMA DELLA GOVERNANCE UNIVERSITARIA

Con l'approvazione il **27 aprile** scorso della Legge che disciplina la creazione di fondazioni che svolgano funzioni di interesse pubblico (v. *supra*), la maggioranza parlamentare ha fatto un ulteriore passo nel processo di riforma dell'istruzione superiore verso un modello semi-privato, in cui la gestione degli atenei è affidata alle fondazioni di interesse pubblico disciplinate da detta Legge. Nell'operare tale passaggio, la Legge impone che sia «fatta salva l'indipendenza dell'istituto di istruzione superiore in relazione al contenuto e ai metodi di ricerca e insegnamento» in conformità alla Legge fondamentale e alla Legge CCIV del 2011 sull'istruzione superiore» (articolo 22). Tuttavia, in base al nuovo modello di *governance* – la responsabilità della cui implementazione è stata attribuita dal Ministro Palkovics all'ex giudice costituzionale István Stumpf –, ai consigli delle fondazioni sono attribuite competenze estese: oltre che in materia di bilancio e spesa e gestionali, anche indirettamente in materia di reclutamento e curricula; inoltre, il personale accademico perde lo *status* del pubblico impiego. Secondo il Ministro proponente, la riforma è intesa a favorire [qualità, efficienza e competitività](#) e permette un incremento sostanziale dei salari del personale accademico.

In questa maniera, si accelera la “privatizzazione” dell'istruzione superiore (nel senso di adesione al modello del finanziamento privato e sottoposizione degli atenei al regime di diritto privato) il quale caratterizza in parte la decennale, per certi versi incoerente, [riforma incrementale](#) del sistema universitario ungherese. Tale processo, che ha avuto inizio con la riforma della Legge sull'istruzione superiore del 2011 e la creazione nel 2015 del Cancelliere (*kancellár*) e del Consiglio di amministrazione (*konzisztórium*), ha coinvolto in seguito attraverso misure specifiche diversi atenei (specialmente tra il 2015 e il 2017: vicende entro cui è ricompresa pure quella della [Central European University](#)) e in particolare, nel 2019, l'[Università Corvinus](#) e l'Accademia delle Scienze e, nel 2020, l'Università del Teatro e delle Arti cinematografiche (SZFE). Con riguardo a quest'ultima, la cui vicenda è stata all'origine di estese manifestazioni di protesta, si [ricorderà](#) che una legge del luglio dell'anno scorso ne aveva modificato lo statuto trasferendone la proprietà e la gestione a una fondazione privata, con le medesime motivazioni che hanno giustificato la più recente riforma, e attribuendo al Ministro competente la nomina del consiglio della fondazione, dotato di ampi poteri (tra cui un ruolo nella scelta del rettore). Si tratta, dunque, di una logica molto simile a quella della legge di recente approvazione, che peraltro si sovrappone a sua volta ad alcuni profili di tale normativa.

Con quest'ultimo passaggio legislativo, sono dunque dodici gli atenei soggetti al processo di “privatizzazione”, per un totale del 70% della popolazione studentesca ungherese. Oltre alla dimensione accademica, come si è evidenziato sopra con riguardo ai profili generali della Legge

sulle fondazioni di interesse pubblico, un tema a sé è quello della gestione patrimoniale delle fondazioni. A tal proposito, con riguardo alle fondazioni attive nell'ambito dell'istruzione superiore, occorre evidenziare un elemento ulteriore: il fatto che proprio all'istruzione superiore il Governo guidato da Orbán ha riservato uno spazio privilegiato tra i settori che, secondo il Piano di recupero e resilienza nazionale da esso predisposto, dovrebbero beneficiare maggiormente delle misure europee di sostegno (vedi *supra*). Secondo alcune [fonti](#), almeno un quinto delle risorse destinate all'Ungheria verrebbero infatti destinate alla modernizzazione delle università, sebbene l'Ungheria non abbia rispettato il termine del 30 aprile per l'invio della bozza del Piano alla Commissione e siano perciò ancora incerti i contenuti. Sempre secondo Kim Lane Scheppele, la nuova disciplina delinea un quadro istituzionale caratterizzato da scarsa trasparenza e *accountability* – incluso il sollevamento dal controllo da parte dell'ufficio per la revisione contabile e di quello relativo al diritto di accesso –, che riguarda in primo luogo l'utilizzo degli asset trasferiti alle fondazioni e in secondo luogo le modalità di utilizzo dei fondi europei. Secondo tale prospettiva, dunque, il processo di privatizzazione (definito da alcuni “appropriazione”) e smantellamento di settori dell'amministrazione pubblica, e di quello universitario in particolare, sarebbe funzionale alla creazione di strutture parallele su cui l'élite dirigente sviluppata nei dieci anni di Governo Fidesz possa esercitare la propria influenza anche in caso di vittoria delle opposizioni la primavera prossima. Un parallelo [provocatorio](#) è stato operato da András Jakab tra la riforma attuale e alcune tendenze alla privatizzazione sul finire del regime comunista, quando il MSZMP iniziò a privatizzare alcuni beni statali. Dal punto di vista prettamente costituzionale, ciò porrebbe (ulteriormente) in causa anche la dimensione democratica dell'attuale regime, non più solo la sua dimensione liberale.

D'altronde, lo stesso Orbán in una delle interviste settimanali a Radio Kossuth ha così evidenziato le [motivazioni](#) ideologiche sottostanti alla riforma: «[I]a sinistra in Ungheria ha un approccio internazionalista, mentre le università sono istituzioni nazionali. Non vogliamo che le università diventino globaliste perdendo il loro carattere nazionale. Devono certamente inserirsi nello spazio internazionale all'interno del quale devono competere, ma devono competere come università ungheresi».

Accanto a tali aspetti, si è rilevato che la creazione di fondazioni sottrae la gestione degli enti pubblici agli obblighi in materia di appalti pubblici, consentendo anche in questo caso una gestione finanziaria *unaccountable* della modernizzazione. La questione dell'utilizzo dei fondi è stata oggetto anche di un colloquio tra Viktor Orbán e Ursula von der Leyen, alla quale dodici parlamentari europei rappresentanti di quattro diversi gruppi parlamentari avevano già inviato il **26 aprile** una [lettera](#) in cui si portava l'attenzione della Presidente della Commissione proprio sui contenuti della più recente versione del Piano ungherese di recupero e resilienza quanto alla proposta di assegnare il 20% delle risorse alla modernizzazione del sistema universitario.

Significativamente, tra le nomine effettuate dal Governo come componenti dei consigli di alcune fondazioni vi sono anche esponenti in vista della maggioranza, a conferma di una prassi già riscontrata per la nomina dei consigli della SZFE, dell'[Università Corvinus](#) e di [altri atenei](#). Tra le nomine si segnalano il Ministro degli esteri Péter Szijjártó (Università István Széchenyi di Győr), il Ministro della giustizia Judit Varga (Università di Miskolc), il Ministro delle finanze Mihály Varga (Università di Óbuda), il parlamentare europeo ed ex Ministro della giustizia László Trócsányi (Università di Szeged), l'ex giudice costituzionale István Stumpf (Università di Tokaj-Hegyalja) e l'ex Ministro degli esteri Tibor Navracsics (Università Pannon di Veszprém). Va detto che formalmente ciascun ateneo ha avuto la possibilità di [esprimersi](#) (entro la fine di gennaio) attraverso il proprio senato accademico sulla trasformazione del regime giuridico, tuttavia in

[condizioni anche di natura procedurale molto particolari](#), che sono state ritenute non pienamente rispettose di alcuni principi che pur trovano affermazione a livello costituzionale oltretutto legislativo. In particolare, [Tímea Drinóczy](#) ha evidenziato l'insufficienza di tempo e di informazioni su alcuni dettagli finali del disegno di legge, necessari perché gli organi collegiali degli atenei fossero in grado di assumere una decisione meditata, e la condizionalità della scelta, nella misura in cui il Governo ha sottolineato i vantaggi economico-finanziari (inclusi gli aumenti stipendiali del personale docente) di cui non avrebbero beneficiato gli atenei che avessero preferito mantenere il regime giuridico esistente.

Il caso dell'Università Corvinus è interessante nella misura in cui a tale ateneo il nuovo modello di *governance* è stato applicato [precocemente](#), nella prospettiva dell'incremento della qualità dell'ateneo quale riflessa nei ranking internazionali. Attraverso la fondazione Maecenas Universitatis Corvini, tale ateneo si è visto [assegnare](#) tra gli asset i pacchetti azionari di società a partecipazione statale di rilievo – la compagnia petrolifera [Mol](#) e l'azienda farmaceutica [Gedeon Richter](#) – per un totale di 380 miliardi di fiorini (circa un miliardo di euro), con l'idea che l'ateneo si finanzi essenzialmente con i dividendi societari. Ciò ha comportato da un lato l'aumento delle borse e dei finanziamenti, dall'altro l'aumento di alcuni costi tra cui le tasse di iscrizione, il licenziamento di personale accademico e non, l'irrigidimento delle forme di controllo sulla produzione e sui risultati accademici e l'accentramento gestionale nel consiglio di amministrazione.

A partire da tale quadro, si è dunque posto il problema della riconduzione degli atenei sotto il precedente regime giuridico. I sei partiti del fronte unito, in una conferenza stampa congiunta del **26 aprile**, hanno [annunciato](#) espressamente l'intenzione, in caso di vittoria, di riportare la gestione delle università nelle mani dello Stato, ma non è chiaro se ciò sia possibile, né come. Sotto il profilo giuridico-costituzionale più generale, è ovviamente sullo sfondo il tema della rottura dell'ordinamento costituzionale, significativamente venuto all'attenzione pur in presenza di posizioni discordanti in dottrina. Ma senza arrivare a sostenere ciò, secondo alcuni si potrebbe procedere alla semplice modifica della Legge sull'istruzione superiore, che richiede la maggioranza semplice, contro chi ritiene necessaria l'approvazione parlamentare a maggioranza di due terzi di modifiche alla legge dell'aprile scorso, che include in appendice la lista delle fondazioni universitarie. Con diverso approccio, [taluni](#) ritengono invece possibile riportare gli atenei allo *status quo ante* qualora ciascun senato accademico prenda una decisione in tal senso, nella misura in cui il mutamento di regime, consentito dalla legge, origina proprio dall'assenso formale dato da tali organi. Secondo altri, i consigli delle fondazioni potrebbero però intervenire sui poteri dell'organo collegiale, dando così luogo a un vero e proprio cortocircuito istituzionale che farebbe venire in evidenza il tema dell'autonomia degli atenei, di cui i senati accademici sono espressione. In breve, sotto il profilo strettamente giuridico la situazione appare sufficientemente intricata, come è accaduto spesso in questi anni in conseguenza dell'utilizzo non rigoroso da parte della maggioranza di governo degli strumenti giuridici. Nel frattempo, i partiti di opposizione hanno comunque annunciato l'intenzione di [sottoporre](#) la legge all'esame della Corte costituzionale. Infine, sempre con riguardo al sistema universitario, è da segnalare che il **22 febbraio** il Ministro László Palkovics, ha anche [annunciato](#) una riforma del finanziamento che separa didattica, ricerca e infrastrutture, e lega il finanziamento della prima al numero degli iscritti.

GOVERNO

FRONTEX SOSPENDE LE ATTIVITÀ IN UNGHERIA E LA COMMISSIONE SOLLECITA L'UNGHERIA A RISPETTARE IL DIRITTO UE IN MATERIA D'ASILO

Il **27 gennaio**, l'Agenzia Frontex, responsabile per il monitoraggio dei confini esterni dell'Unione europea, ha [comunicato](#) la [sospensione](#) di tutte le sue attività in Ungheria, in ragione della decisione del Governo ungherese di ignorare la [sentenza](#) della Corte di giustizia UE del dicembre scorso ([C-808/18](#)), non riportando così la gestione delle richieste di asilo e protezione internazionale in linea con gli standard europei. Nonostante la Corte abbia ritenuto illegittima la politica di respingimento ed espulsione portata avanti dallo Stato ungherese, si stima che dal dicembre scorso siano state più di quattromila le persone costrette a lasciare il territorio ungherese, la maggior parte delle quali dirette in Serbia. Si [stima](#) che, dal 2016, il numero sia attorno a 50.000. È la prima volta che l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera sospende la propria cooperazione con uno Stato membro. Secondo l'Agenzia, «[o]ur common efforts to protect the E.U. external borders can only be successful if we ensure that our cooperation and activities are fully in line with E.U. laws». In base al [regolamento](#) istitutivo, la sospensione delle operazioni nel territorio di uno Stato è possibile qualora sussistano solide ragioni di ritenere che attività illecite siano condotte dallo Stato membro interessato. Peraltro, la stessa legittimazione di Frontex è particolarmente indebolita in questo periodo storico per via del [supposto coinvolgimento](#) di alcuni suoi reparti in violazioni sistemiche dei diritti in Grecia, anche con riguardo all'espulsione in Turchia di richiedenti asilo e protezione internazionale.

Successivamente alla decisione di Frontex, la Commissione europea ha reso il **18 febbraio** un parere motivato relativo alla normativa [adottata](#) nel giugno del 2020, che secondo la Commissione limita illegittimamente l'accesso alla procedura di asilo, invitando l'Ungheria a conformarsi al diritto UE. In base a tale normativa, prima di presentare domanda di protezione internazionale in Ungheria, i cittadini di paesi terzi devono presentare una richiesta presso un'ambasciata ungherese al di fuori dell'Unione europea per ottenere un permesso d'ingresso speciale, rilasciato a discrezione delle autorità ungheresi. Secondo la Commissione, tale procedura viola la direttiva sulle procedure d'asilo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Con riguardo a tale vicenda, una lettera di costituzione in mora era stata inviata il 30 ottobre scorso, e la risposta delle autorità ungheresi è stata ritenuta insoddisfacente dalla Commissione, secondo la quale la procedura di fatto impedisce alle persone che si trovano sul territorio ungherese o alla frontiera di presentare richiesta di protezione internazionale.

LA COMMISSIONE EUROPEA CHIEDE ALL'UNGHERIA DI CONFORMARSI ALLA DECISIONE DELLA CGUE SUL FINANZIAMENTO DELLE ONG

Con lettera di costituzione in mora del **18 febbraio**, la Commissione ha [sollecitato](#) l'Ungheria a dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia sulla legge ungherese relativa alle ONG che ricevono sostegno finanziario dall'estero. La comunicazione fa parte della procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 260(2) TFUE, in base al quale la Commissione può adire la Corte e chiedere sanzioni pecuniarie dopo aver posto lo Stato membro in condizione di presentare osservazioni. Nella sentenza del 18 giugno 2020, la Corte aveva infatti ritenuto la normativa ungherese sulle ONG (c.d. "Legge sulla trasparenza") in contrasto con le norme dell'UE sulla libera circolazione dei capitali (articolo 63 TFUE) e i diritti fondamentali alla protezione dei dati personali e alla libertà di associazione, tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali. Secondo la Commissione, l'Ungheria non ha adottato le misure necessarie per conformarsi alla sentenza, nonostante i ripetuti inviti della Commissione a trattare la questione con urgenza. La legge sulla

trasparenza è rimasta in vigore senza che sia intervenuta alcuna modifica che la riportasse in linea con gli standard europei. A seguito della comunicazione, l'Ungheria ha due mesi di tempo per rispondere ai rilievi della Commissione, trascorsi i quali questa può deferire la questione alla Corte di giustizia dell'UE. Il **19 febbraio**, il Ministro della giustizia Judit Varga ha [annunciato](#) l'intenzione di modificare la legge e ha inviato una bozza alla Commissione.

IL GOVERNO UNGHERESE RICORRE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CONTRO IL MECCANISMO DI CONDIZIONALITÀ

L'**11 marzo**, il Governo ungherese, assieme a quello polacco, ha adito la Corte di Giustizia UE contestando la legittimità del meccanismo di condizionalità di cui al Regolamento 2092/2020 del 16 dicembre 2020. Secondo il Ministro della Giustizia Judit Varga, «the EU legislation in force [...] seriously infringes legal certainty». Il ricorso fa seguito al dibattito che il Parlamento europeo ha tenuto in merito all'implementazione del nuovo meccanismo, in cui la Commissione europea è stata sollecitata a darvi attuazione. Secondo i termini dell'accordo raggiunto in seno alle istituzioni europee, i fondi destinati agli Stati membri possono essere soggetti a riduzione sulla base di una richiesta rivolta alla Commissione da almeno due terzi degli Stati membri. Il compromesso di cui danno conto le [Conclusioni](#) del Consiglio europeo dell'11 dicembre scorso prevede tuttavia una sospensione dell'implementazione della misura da parte della Commissione (a partire dalla definizione delle relative linee guida) in caso di ricorso alla Corte di giustizia sulla legittimità del meccanismo stesso, sino alla pronuncia da parte della Corte. Nonostante il **24 febbraio** la vicepresidente della Commissione europea responsabile per il coordinamento delle politiche sui valori e la trasparenza, Věra Jourová, abbia [affermato](#) di sperare di poter ricorrere al meccanismo entro l'anno, il Commissario europeo per la Programmazione finanziaria e il Bilancio, Johannes Hahn, ha confermato la volontà della Commissione di seguire la linea definita nelle Conclusioni del Consiglio dell'11 dicembre: ciò, nonostante la stessa legittimità delle Conclusioni del Consiglio sia stata [messa seriamente in questione](#) con riguardo alla sospensione dell'implementazione del meccanismo di condizionalità. [Secondo Hahn](#), «the regulation is in force and applicable since January 1, 2021 and is enforceable from that date — all relevant breaches affecting the sound financial management of the union budget and the financial interests of the union after that date will be covered, no case will be lost. When concerns arise, discussions with member states will commence without undue delay. Yet, to exercise our very strong ambition on the rule-of-law mechanism, our approach needs to be watertight — should the validity of the regulation be challenged before the Court of Justice [...] the guidelines will take into account the Court's judgment, insofar as relevant». Con riguardo all'Ungheria, sullo sfondo della diatriba giuridica c'è la possibilità di incidere significativamente attraverso il meccanismo di condizionalità sulle condizioni di svolgimento della campagna per le elezioni parlamentari della primavera del 2022, posto che l'iter giudiziario di fronte alla Corte di giustizia potrà prendere molti mesi.

IL GOVERNO PROPONE UNA MODIFICA DELLE DISPOSIZIONI SULL'UNIVERSITÀ INTRODOTTE NEL 2017 (C.D. LEX CEU)

Il **19 aprile**, il Ministro per l'innovazione e la tecnologia László Palkovics, responsabile in materia di educazione superiore, ha [presentato](#) un disegno di legge che modifica la legge XXV/2017, che aveva [costretto](#) la Central European University a interrompere le proprie attività didattiche a Budapest. La proposta mira a permettere agli enti situati al di fuori dello Spazio economico europeo di operare in Ungheria e di rilasciarvi titoli validi, pur nel rispetto di

determinate condizioni riguardanti la comunanza di valori, l'equivalenza dei requisiti per l'accesso, la realizzazione di un accordo sull'equivalenza dei titoli, l'autorizzazione dell'Autorità per l'istruzione. In una [dichiarazione](#) del **21 aprile**, la CEU ha rilevato che la proposta non si allinea alla decisione della CGUE del 6 ottobre 2020 di non conformità di alcune disposizioni della Lex CEU al diritto europeo: «Under the new draft legislation, it remains a political decision—certain to be taken at the highest level—whether to allow foreign universities to operate. [...] CEU will remain in Austria, a country where basic standards of academic freedom are respected. We will maintain a non-teaching, research presence in Budapest and will never abandon the city, but we will not subject ourselves again to the political whims of one man and his regime». Nella dichiarazione è anche contenuto un riferimento critico alla decisione di accogliere in Ungheria «a university which obeys the ultimate authority of the Chinese Communist Party». Il riferimento è all'accordo per la costruzione di una sede dell'Università Fudan di Shanghai a Budapest (v. *infra*).

FIRMATO L'ACCORDO PER OSPITARE A BUDAPEST LA SEDE UNGHERESE DELL'UNIVERSITÀ FUDAN

Il **28 aprile**, il Ministro dell'innovazione e della tecnologia (responsabile in materia di istruzione) ha firmato l'accordo di cooperazione strategica con l'Università Fudan di Shanghai. L'accordo riguarda la costruzione, lo sviluppo e gli obiettivi della succursale dell'università cinese che avrà sede a Budapest e offrirà programmi formativi nelle discipline economiche, sociali, delle scienze naturali, ingegneristiche e mediche. La costruzione dell'università, a cura della China State Construction Engineering Corporation grazie a un prestito di 450 miliardi di fiorini (un miliardo e 250 mila euro) della Banca nazionale cinese, non sarà sottoposta alle regole europee in materia di appalti pubblici. L'accordo è stato particolarmente controverso e ha generato tensioni con le autorità municipali, sia perché fa seguito all'estromissione sostanziale della Central European University da Budapest e assegna per la costruzione dell'università un'area nella parte meridionale della città che si intende anche destinare alla costruzione della città studentesca, con alloggi per 10.000 studenti, sia per le implicazioni in termini di sicurezza nazionale. Il sindaco di Budapest ha perciò richiesto che tutti i documenti relativi alla costruzione della sede della Fudan siano resi pubblici. C'è chi ha fatto osservare come l'Università Fudan di Shanghai, che è sottoposta al controllo diretto del Partito comunista cinese, abbia recentemente eliminato dal proprio statuto ogni riferimento alla libertà di pensiero. Ciononostante, c'è chi ritiene che lo stabilimento di un ateneo straniero debba comunque essere visto in termini positivi. In definitiva, al di là del contesto ungherese, l'accordo riapre la questione, con cui si sono confrontati anche altri Stati europei, relativa al grado di apertura che deve essere consentito alla cooperazione accademica con enti della Repubblica Popolare Cinese, soprattutto dopo il 2013 (anni di inizio del nuovo corso di Xi Jinping). Ad esempio, nel 2017 la Conferenza dei Rettori delle università tedesche ha redatto delle linee guida per gli atenei tedeschi che abbiano forme di cooperazione accademica con la Cina; inoltre, nel novembre 2019 la commissione esteri della House of Commons britannica ha approvato un rapporto sull'influenza delle autocrazie sugli enti accademici, mentre nell'ottobre scorso l'associazione che riunisce 139 università britanniche ha prodotto uno studio sulla gestione dei rischi derivanti dalla cooperazione accademica.

CORTI

LA CORTE COSTITUZIONALE SI PRONUNZIA SULLA NAZIONALIZZAZIONE DELLA GESTIONE DEI RIFIUTI

Il **20 gennaio**, la Corte costituzionale ha [dichiarato incostituzionale](#) una disposizione della legge sulla gestione dei rifiuti, approvata il 15 dicembre scorso. La legge, sottoposta all'esame della Corte dal Presidente János Áder, [nazionalizza](#) la gestione dei rifiuti; la Corte ha tuttavia rinvenuto una violazione quanto all'insufficiente indennizzo alle società di gestione dei rifiuti.

LA CORTE SUPREMA RENDE UNA DECISIONE IN MATERIA DI LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

Il **28 gennaio**, la Corte suprema (Kúria) ha reso la sentenza relativa a una vicenda che vedeva coinvolto Előd Novák, vicepresidente del Partito di estrema destra Mi Hazánk, che nel 2015 aveva tentato di vandalizzare il monumento dell'Armata Rossa Sovietica situato in una piazza di Budapest. La Corte ha cassato la sentenza della corte d'appello di Budapest che assolveva Novák, escludendo la possibilità di inquadrare l'atto di Novák come forma di libertà di espressione e rilevando che il monumento fa parte del patrimonio culturale ungherese.

RIGETTATO IL RICORSO DI KLUBRÁDIÓ

Il **9 febbraio**, la corte d'appello di Budapest ha confermato la decisione del settembre scorso dell'autorità garante dei media di non rinnovare la licenza dell'emittente radiofonica indipendente Klubrádió, che dal **14 febbraio** ha potuto trasmettere solo su internet, per la [violazione reiterata](#) della normativa radiotelevisiva. Già [in precedenza](#) l'emittente aveva incontrato ostacoli nel rinnovo della licenza; il suo presidente, nell'[annunciare](#) il ricorso alla Corte suprema, ha affermato che il Governo attraverso l'autorità garante ha inteso silenziare Klubrádió e che l'esito della vicenda esemplifica la situazione dello stato di diritto in Ungheria.

CONDANNATO UN SETTIMANALE PER AVER PUBBLICATO UN ARTICOLO OFFENSIVO DELLA DIGNITÀ DELLA NAZIONE UNGHERESE

Il **24 marzo**, la Corte suprema (Kúria) ha [condannato](#) il settimanale Heti Világgazdaság (HVG) per la pubblicazione nel 2018 di un [articolo](#) del giornalista Árpád Tóta ritenuto offensivo della dignità della nazione ungherese. L'articolo, che definiva (provocatoriamente e ironicamente) le originarie tribù nomadi magiare «disgustosi migranti» e «banditi magiari», aveva a oggetto le pratiche corruttive in Ungheria e la cooperazione delle istituzioni ungheresi con l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF); in esso l'autore chiedeva una maggiore incisività dell'azione delle istituzioni europee nei confronti di Polonia e Ungheria. La Corte suprema, riformando il giudizio in appello (e confermando invece quello in prima istanza, dove si metteva in evidenza il [connotato](#) peggiorativo della parola "migranti"), ha dato così soddisfazione al ricorrente, l'ex membro di Jobbik Tamás Gaudi-Nagy, che si era ritenuto leso nella sua dignità in quanto componente della nazione ungherese. Ha inoltre ordinato la rimozione delle parole dall'articolo, la pubblicazione di scuse e un risarcimento di 400.000 fiorini (circa 1.100 euro). La sentenza si è basata sull'articolo IX(5) della Legge fondamentale del 2011, introdotto con la riforma costituzionale del 2013, per cui «[l]a libertà di espressione non può essere esercitata con l'obiettivo di violare la dignità della nazione ungherese o di qualsiasi altra comunità nazionale, etnica, razziale o religiosa. Le persone appartenenti a tali comunità hanno il diritto di far valere le loro richieste in tribunale contro l'espressione di un'opinione che violi la loro comunità, invocando la violazione della loro dignità umana, come previsto dalla legge». Tale articolo ha trovato attuazione nel Codice civile del 2013,

il cui articolo 2:54 (5) riporta la medesima formulazione. (Per una ricostruzione dettagliata della vicenda, si veda [qui](#) e [qui](#)).

FIRMATO L'ACCORDO TRA LA PROCURA GENERALE UNGHERESE E L'UFFICIO DEL PROCURATORE EUROPEO

Il **9 aprile**, è stato [concluso](#) l'accordo tra la Procura generale ungherese e l'Ufficio del Procuratore europeo (EPPO) che definisce i termini della cooperazione tra i due uffici e dello scambio di informazioni necessarie per facilitare indagini e lo svolgimento delle altre funzioni dell'EPPO. L'Ungheria è il primo tra gli Stati che non aderiscono a tale forma di cooperazione rafforzata in materia penale a firmare un accordo di questo genere.

PUBBLICATE LE CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PIKAMÄE SULLA VICENDA DEL GIUDICE VASVÁRI

Il **15 aprile**, l'Avvocato Generale Priit Pikamäe ha [presentato](#) le [conclusioni](#) relative alla causa IS C-564/19 – IS, che presenta numerosi profili di interesse. La causa origina da un procedimento penale ungherese nei confronti di un cittadino svedese. Il giudice (Csaba Vasvári, del tribunale di Pest) aveva operato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con riguardo a tre questioni: la prima relativa al rispetto del diritto dell'imputato a un interprete e le altre riguardanti lo status di indipendenza della magistratura ungherese. In conseguenza di ciò, il Procuratore generale ungherese aveva presentato ricorso "nell'interesse della legge" e la Corte suprema aveva ritenuto illegittimo il rinvio pregiudiziale. Dalla dichiarazione di illegittimità era in un secondo tempo derivata una procedura disciplinare nei confronti dello stesso giudice Vasvári, che già aveva visto [invalidate](#) dall'Ufficio giudiziario nazionale-OBH due procedure per la nomina alla Corte d'appello di Budapest per le quali aveva presentato candidatura. La procedura disciplinare è stata attivata dal presidente della Corte d'appello di Budapest. Vasvári a sua volta aveva operato ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con riguardo alla procedura che aveva portato la Corte suprema a dichiarare l'illegittimità delle questioni pregiudiziali e alla procedura disciplinare attivata in conseguenza a tale dichiarazione di illegittimità. Con questo secondo rinvio, Vasvári chiedeva se fosse compatibile con il diritto europeo la dichiarazione di illegittimità da parte di un organo nazionale di una questione pregiudiziale e se fosse possibile sottoporre a procedura disciplinare un giudice per il fatto di aver operato un rinvio pregiudiziale. Posto che rinvii pregiudiziali sono ammissibili solo laddove il chiarimento della questione sottoposta sia necessario ai fini della decisione da parte del giudice nazionale, l'Avvocato Generale ha ritenuto rilevante la questione riguardante il diritto a un interprete, ma inammissibili quelle relative allo *status* di indipendenza della magistratura ungherese (si vedano i paragrafi 85-92). Con riguardo alle altre due questioni sollevate in un secondo momento, l'Avvocato Generale ha considerato che esse riguardino la concreta possibilità di minacciare il funzionamento dell'intero sistema del rinvio pregiudiziale. Egli ha quindi suggerito di ritenere ammissibile la questione relativa alla dichiarazione di illegittimità di un rinvio pregiudiziale da parte di un organo nazionale; con riguardo alla questione relativa al procedimento disciplinare, l'Avvocato Generale ha suggerito la medesima conclusione, evocando il carattere indissociabile tra le due questioni e richiamando un *obiter dictum* della Corte in una precedente decisione con cui si ritenevano contrarie al diritto UE le norme di uno Stato membro che esponessero i giudici a procedure disciplinari per la sottoposizione di questioni pregiudiziali.

AUTONOMIE

RIGETTATO IL RICORSO CONTRO L'ISTITUZIONE DELLE ZONE ECONOMICHE SPECIALI

Il **19 febbraio**, la Corte costituzionale ha [rigettato](#) il ricorso con cui la municipalità di Göd chiedeva la dichiarazione di incostituzionalità del decreto governativo n. 135/2020 del 17 aprile 2020 relativo all'istituzione delle [zone economiche speciali](#). La normativa aveva trovato applicazione proprio con riguardo a un'area della municipalità di Göd (decreto n. 136/2020 del 16 aprile 2020), un quinto del cui territorio, a forte vocazione industriale, era stato trasferito allo Stato, che si era visto trasferire anche le relative entrate fiscali. Nel rigettare il ricorso, la Corte ha tuttavia statuito in un *obiter dictum* l'esigenza di garantire agli enti locali un sostegno commisurato alla riduzione delle entrate fiscali. Secondo il sindaco di Budapest Karácsony, l'esito è da considerarsi [positivo](#): seppure la normativa sulle zone economiche speciali è ritenuta conforme alla Legge fondamentale, nondimeno non è possibile privare gli enti locali delle proprie entrate fiscali senza che vi sia un'adeguata compensazione. Per Dániel Karsai, che ha rappresentato i ricorrenti in giudizio, la conseguenza concreta della decisione è che molti decreti del Governo che hanno avuto un impatto sulle finanze locali possono essere impugnati. Più caute sono state invece le conclusioni del sindaco di Göd, che si è detto insoddisfatto della decisione, annunciando l'intenzione di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

IL SINDACO DI BUDAPEST APPROVA IL DECRETO CHE REGOLAMENTA GLI STRUMENTI DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA

Il **24 febbraio**, il sindaco di Budapest Gergely Karácsony ha [emanato](#) il decreto – già approvato dall'assemblea cittadina nel gennaio precedente – che disciplina le modalità organizzative della c.d. “Iniziativa dei cittadini”. Questa permette ai residenti della capitale di dare avvio a un dialogo con le autorità municipali e partecipare alla delineazione delle politiche locali.

PRESENTATA LA LEGGE CHE SOTTRAE ALLA MUNICIPALITÀ DI BUDAPEST POTERI IN MATERIA DI PERMESSI DI COSTRUZIONE

Il **24 aprile**, il Governo ha presentato un disegno di legge che [sottrae](#) alla municipalità di Budapest e ai suoi distretti il diritto di approvare o negare il permesso di costruire e dunque di definire le politiche di sviluppo urbano in quelle che la bozza definisce “aree strategiche”.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



La nascita del Governo Draghi tra ruolo tutorio del Capo dello Stato e dinamiche partitiche*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

Le costanti fibrillazioni interne alla maggioranza hanno accompagnato gli ultimi scampoli del 2020 (v. Cronache costituzionali relative al [periodo settembre-dicembre 2020](#) sul [n. 3/2020 di questa Rivista](#)) e hanno caratterizzato, in un repentino crescendo, il primo mese del nuovo anno. A nulla sono serviti gli inviti e i moniti del Presidente della Repubblica. Nel suo [discorso di fine anno](#), il Capo dello Stato è sembrato rivolgersi a due destinatari precisi e di non trascurabile rilievo: da un lato Matteo Renzi, reo di aver innescato la miccia che ha portato alla detonazione della crisi politica e alla fine del Governo Conte-bis nel mese di **gennaio**, dall'altro il Presidente del Consiglio, che ha sfidato il leader di Italia viva in uno scontro da tenersi sul proscenio parlamentare. Una sorta di reviviscenza di quanto già accaduto nell'agosto 2019, sebbene allora contro l'altro Matteo (Salvini) e con esito diverso.

Tra le molteplici suggestioni emerse dal discorso del Capo dello Stato, ve n'è stata una di particolare attualità. Mattarella ha infatti posto in evidenza il problema *Recovery plan*, sottolineando come *la declinazione nazionale del piano europeo per la ripresa* debba essere *concreta, efficace, rigorosa, senza disperdere risorse*, richiamando le forze politiche a un atteggiamento di vigilanza perché *“non si deve perdere tempo. Non vanno sprecate energie e opportunità per inseguire illusori vantaggi di parte”*. Tale discorso, rivolto a una generica platea di costruttori e tenuto per ovvie ragioni legate alla pandemia nell'inconsueta sede del cortile del Palazzo del Quirinale (e non nel celebre studio), ha fatto da preludio allo scenario di qualche settimana successiva, allorquando si è manifestato il correttivo presidenziale della forma di governo parlamentare, dando spazio al “grande regolatore del gioco costituzionale”.

Frequenti sono state le richieste del leader di Italia viva che ha posto insistentemente questioni politiche, di metodo e di merito, chiedendo con forza, quotidianamente, incontri politici tra il Presidente Conte e i capidelegazione. La crisi, dapprima politica e poi tramutatasi in istituzionale,

* Nel presente lavoro, l'introduzione frutto dell'elaborazione congiunta dei due autori. Per quanto riguarda invece le Sezioni: 'Partiti', 'Parlamento', 'Governo' sono da attribuirsi alla Dott.ssa Giuliaserena Stegher, 'Capo dello Stato', 'Corte costituzionale', 'Csm' e 'Autonomie' sono da attribuirsi al Dott. Marco Mandato.

** Consigliere parlamentare dell'Assemblea Regionale Siciliana. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

*** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

si è sviluppata a partire dalle [condizioni poste dal leader di Italia viva](#): quella del ricorso al Mes, particolarmente osteggiata dai grillini, e quella relativa alla delega in materia di [servizi segreti](#), non esercitata dal Presidente del Consiglio che ne aveva mantenuto la titolarità.

Il Governo perciò era appeso a un filo sottilissimo, la cui durata è dipesa esclusivamente dagli [intenti di Renzi](#) e dalla permanenza nel collegio dei Ministri Bellanova e Bonetti e del Sottosegretario Scalfarotto.

In attesa della prima riunione del Consiglio dei Ministri del 2021, ogni giorno è stato utile a tentare di ricucire (seppur inutilmente) lo strappo. Il leader di Italia Viva ha deciso infatti di attendere la fine delle festività natalizie per formalizzare la crisi, nel tentativo di mediare sul *recovery plan* e rilanciando al primo segnale di apertura anche su servizi segreti, sulla giustizia e sul Mes. Proprio su quest'ultimo punto, Renzi ha mostrato una netta chiusura, volendo di contro far ricorso a tutti i prestiti europei per i progetti aggiuntivi. Lo strumento del Mes è stato peraltro invocato a più riprese anche per un suo [parziale utilizzo per fronteggiare l'emergenza sanitaria](#) e per non innalzare il valore del debito pubblico.

Nel frattempo il Presidente del Consiglio Conte ha palesato l'ipotesi di una timida apertura. Quest'ultimo ha lasciato intendere sia di poter rivedere il testo del *Recovery plan* sulla base dei [62 punti formalizzati in un documento presentato da Italia viva](#), dal titolo evocativo Ciao2030, sia di aprire ad alcuni dei [30 punti elaborati in un altro documento renziano](#) in cui sono stati espressi i nodi politici principali su cui verificare la durata o meno della maggioranza.

Nel mezzo delle tensioni, il Governo ha continuato a discutere dei provvedimenti da adottare per contenere l'emergenza epidemiologica. Il **3 gennaio** il Presidente Conte ha [convocato](#) una riunione con i capidelegazione per fare il punto sulla situazione in vista della scadenza del precedente decreto sulle restrizioni. Le [questioni](#) affrontate hanno riguardato la proroga delle misure in vigore, l'istituzione di una possibile zona bianca rimodulando l'indice Rt ed eventuali modifiche al coprifuoco. Divisioni nella maggioranza hanno riguardato la [scuola](#) su cui le [Regioni](#) hanno deciso autonomamente la data di ripresa, procedendo in ordine sparso. Da un lato, Conte e Azzolina che, supportati da Italia Viva, si erano mostrati favorevoli alla riapertura immediata, già dal 7 gennaio; dall'altra, il Partito democratico che, tramite il capo delegazione Franceschini, ha chiesto il rinvio della riapertura al 15 gennaio. Al termine del Consiglio dei Ministri del **5 gennaio**, il compromesso è stato trovato, fissando la data di ripresa delle attività scolastiche superiori all'11 gennaio. Ad approfondire i contrasti sono state le [richieste](#) di Italia Viva sulla predisposizione di un chiaro piano vaccinale causa i [ritardi](#) con cui alcune Regioni hanno somministrato i vaccini, ritardi legati alla carenza di personale medico e siringhe *ad hoc*. Particolare [rilievo politico](#) ha costituito la presa di posizione dell'Assessore per la salute della Regione Lombardia Giulio Gallera che ha dichiarato di non voler richiamare in servizio i medici che usufruivano di ferie arretrate per l'erogazione dei vaccini, dimettendosi, successivamente, per il mancato appoggio del Presidente della Giunta Fontana e della Lega. Il **7 gennaio**, il Presidente Fontana ha [nominato](#) l'ex Ministro dell'istruzione Letizia Moratti nuovo Assessore per la salute.

In attesa del **7 gennaio**, data in cui avrebbe dovuto essere presentato in Consiglio dei Ministri il testo definitivo del piano europeo per la ripresa, l'ipotesi della crisi si è fatta sempre più

concreta, aprendo la strada a diverse possibili soluzioni. Nonostante l'appello ai responsabili, gli esiti più probabili sarebbero stati in ogni caso tre: quello di un Conte-ter, quello di un nuovo Governo e quello delle elezioni anticipate.

L'ansia, la concitazione e la diffidenza reciproca tra i partiti coinvolti hanno raggiunto un livello tale da impedire una soluzione immediata. Da un lato Conte che non aveva nessuna intenzione di volersi dimettere, dall'altra il Partito democratico e il Movimento 5 stelle che non avevano nessuna intenzione di subire *diktat* dal leader di Italia Viva. Pertanto, si è dovuta attendere la formalizzazione della crisi, nel corso della quale si è tentato in tutti modi di evitare le elezioni anticipate, pur non essendo state escluse a priori. Nell'incertezza dilagante sono cominciati a [serpeggiare](#) tra i corridoi che portano al Transatlantico di Montecitorio e tra le vie che salgono al Quirinale i nomi di Marta Cartabia e Mario Draghi.

Dopo un faticoso tentativo di mediazione e un primo incontro con il Quirinale, che ha fatto leva su tutta la sua *moral suasion*, Conte ha comunicato le sue intenzioni, diffuse con un [post su facebook](#) pubblicato il **9 gennaio**, richiamando a un atteggiamento costruttivo e aprendo al confronto per la realizzazione di un patto di legislatura e al rimpasto per la creazione di una nuova squadra.

Confidando in una risicata conta, si è altresì ipotizzata la possibilità di sostituire Italia Viva con un gruppo creato appositamente e costituito da una decina di “costruttori”. Difatti, al Senato con l'uscita dei 18 di Italia viva, i senatori a sostegno della maggioranza sarebbero stati 150. Un numero decisamente inferiore rispetto alla maggioranza assoluta, che avrebbe necessitato l'individuazione di una decina di [‘Responsabili’](#) (inizialmente 3 del Maie, due ex FI, cinque ex M5s), pur non sufficienti, soprattutto per le votazioni che richiedono la maggioranza assoluta e per la quotidiana vita in Commissione.

Nel frattempo, il Consiglio dei Ministri, inizialmente previsto per il **7 gennaio**, è però slittato all'**11 gennaio**, rimandando l'atto formale del ritiro della delegazione di Italia viva. In questo lasso temporale, si è tenuta la [riunione della direzione del Partito democratico](#) (**8 gennaio**), nel corso della quale il Segretario Zingaretti ha posto chiarezza sulle intenzioni future, aprendo all'ipotesi di ricorrere a governi tecnici o a eventuali aperture a destra, senza escludere a priori l'ipotesi del voto anticipato, ma considerandola un'ipotesi remota per gli appuntamenti improcrastinabili: vaccini, ristori, blocco dei licenziamenti e gestione dei fondi europei. Per scongiurare esiti deflagranti, il Presidente Conte è stato dissuaso dal ricorrere all'*escamotage* di presentarsi in Parlamento per chiedere la fiducia, premendo l'acceleratore sul senso di responsabilità.¹⁵⁴⁵

Numerose critiche hanno investito tanto Renzi, quanto Italia Viva. Innanzitutto sulla [inopportunità di aprire la crisi nel corso della perdurante pandemia](#), occasione che è stata accolta da molteplici parti come esclusivamente indirizzata a ottenere vantaggi politici. Parimenti, diverse

¹⁵⁴⁵ È opportuno qui richiamare i casi dei governi Gorla del 1987 e di Berlusconi 2010. In entrambe le esperienze era mancato l'appoggio di un partito minoritario (ma comunque necessario) della coalizione. Nel primo caso, il Presidente Cossiga diede subito l'incarico a Gorla e quest'ultimo riuscì a concludere un accordo politico con la maggioranza, cosicché il Presidente Cossiga respinse le dimissioni. Nel 2010, invece, il Presidente Napolitano suggerì di temporeggiare, per dare il tempo a Berlusconi di compattare la maggioranza sul voto sulla (allora) legge finanziaria.

critiche sono state sollevate in merito alla possibilità di ricorrere al voto anticipato, opzione che avrebbe potuto manifestarsi deleteria per le formazioni di centro sinistra, giacché dai sondaggi diffusi probabilmente ne avrebbe tratto vantaggio esclusivamente il centro destra.

Nonostante l'ultimo tentativo di Giuseppe Conte di tornare sui suoi passi dopo l'ultimatum delle ore precedenti, manifestato [a seguito di due incontri al Quirinale](#) (nel giro di 24 ore) e dopo aver inviato ai Ministri, l'**11 gennaio** una [nuova bozza del Recovery plan](#), nel pomeriggio del **13 gennaio** [gli esponenti del governo di Italia viva hanno lasciato la compagine](#). A nulla è valso il mutamento di atteggiamento da parte di Conte, più disteso rispetto a quello di sfida assunto nelle ore precedenti, anche dopo [l'astensione in Cdm delle ministre renziane](#) del **13 gennaio**. Conte e le Ministre renziane hanno avuto un [duro scontro](#) in quanto queste ultime hanno manifestato la propria insoddisfazione circa i contenuti del testo proposto dallo stesso e richiamando l'opportunità di impiegare le risorse del Mes. Un durissimo botta e risposta – come riportato da fonti giornalistiche – che si è concluso con la secca replica di Conte in relazione all'inopportunità di discutere del Meccanismo europeo di stabilità, non incluso nel progetto *Next Generation Eu*.

Nell'immediatezza, lo stesso Conte ha rivolto un [appello ai suoi alleati per cercare di trovare la quadra per giungere sino al 2023](#) e dunque dando vita a un vero e proprio patto di legislatura. Analogo [appello](#) proveniva da esponenti dem e del Movimento 5 Stelle che spingevano per una mediazione. Ma la situazione è precipitata nel giro di poche ore, vanificando i tentativi frenetici dei leader del Movimento 5 stelle e del Partito democratico di mediare. Alla Camera, [Renzi ha formalizzato la rottura in una conferenza stampa](#), anticipata da una [lettera di quattro pagine](#), nel corso della quale lo stesso leader di IV e i Ministri Bellanova, Bonetti e Scalfarotto hanno motivato le ragioni sottese alla scelta di dimettersi. Questo perché, pur nel loro ruolo di “costruttori”, si sono trovati nella impossibilità di portare avanti l'esperienza di governo a causa dell'assenza di progetto e perciò incapaci di poter “costruire sulla sabbia”. L'annuncio delle dimissioni ha scatenato fortissime [polemiche politiche](#) con durissime accuse, da parte dei partiti di maggioranza, nei confronti di Renzi e a sostegno dell'operato del Presidente Conte, mentre il centrodestra compatto [chiedeva](#) a gran voce le dimissioni di Conte e un chiarimento politico in Parlamento.

Nonostante le tre vie sostanzialmente obbligate (rimpasto, nuovo governo con diverso premier e solo nella malaugurata ipotesi il voto anticipato), l'azione è passata nelle mani del Presidente Conte. Quest'ultimo infatti ha valutato attentamente il da farsi, scegliendo tra dimettersi per ricevere un nuovo incarico, andare in Aula e verificare la tenuta della maggioranza o più semplicemente congelare le dimissioni dei suoi oramai ex ministri e temporeggiare. Quest'ultima ipotesi caldamente consigliata in ragione di due appuntamenti improcrastinabili e su cui lo stesso Renzi ha rassicurato: il voto sul *Recovery plan*, quello sul decreto Ristori da 24-30 miliardi e sul necessario scostamento di bilancio.

Il **14 gennaio**, il Presidente del Consiglio Conte si è però trovato costretto a proporre le dimissioni dei ministri di IV al Presidente della Repubblica, che ha [firmato il decreto con cui è stato giuridicamente formalizzato il loro passo indietro](#). Conte ha quindi illustrato al Presidente della Repubblica la situazione politica e, come manifestato nel comunicato stampa, ha

rappresentato la volontà di promuovere in Parlamento l'indispensabile [chiarimento politico](#) mediante lo strumento delle comunicazioni.

Lo stallo di paralisi venutosi a determinare dopo la fuoriuscita ufficiale della delegazione di Italia Viva induceva le forze politiche a [confrontarsi](#) sulle possibili soluzioni. La rottura ha sortito [effetti politici](#) anche nel centro sinistra, dal momento che il Partito democratico, favorevole a un Conte-ter, ha mal digerito la decisione di Renzi, congelando i rapporti e chiudendo alla possibilità di un'apertura a destra. Infatti, a fronte dei tentativi di quest'ultimo di provare a ricucire lo strappo e far ripartire il Governo sulla base di un rinnovato patto politico, gli ex alleati di Governo – Partito democratico, Movimento 5 Stelle e Leu – chiudevano le porte all'ex Presidente del Consiglio, mentre prendeva sempre più corpo e concretezza l'ipotesi di provare a rafforzare la costruzione del Gruppo dei 'responsabili' al Senato. Mentre Zingaretti, riunendo l'ufficio politico del Partito democratico, ha tacciato di inaffidabilità Matteo Renzi – nonostante l'ex fedelissimo Graziano Del Rio proponesse di ricucire e parlamentarizzare la crisi – e Riccardo Nencini manifestava la propria intenzione di sostenere l'operazione politica dei 'responsabili' invocando responsabilità, [fonti giornalistiche](#) riportavano una possibile spaccatura all'interno del partito renziano con 5-6 senatori pronti a lasciare il Gruppo e sostenere un possibile Conte *ter*. Contestualmente al vertice del Partito democratico, anche il [centro destra](#) ha riunito i propri esponenti di spicco per cercare di capire se ricostituire la maggioranza a sostegno al Presidente Conte, ovvero chiedere le elezioni.

Il [tam tam mediatico](#) che questa situazione ha ingenerato è stato particolarmente forte e due sono state le questioni che hanno ricevuto particolare attenzione. Innanzitutto la questione [relativa al quorum](#): come ben noto, l'ordinaria vita in Parlamento è assicurata dalla maggioranza semplice, ma vi sono casi che richiedono la maggioranza assoluta e perciò 161 voti.

La seconda questione, trapelata nelle ore successive al passo indietro della delegazione di Italia Viva, ha riguardato la sopravvivenza di questa formazione al Senato. Difatti, era stato possibile creare il relativo gruppo parlamentare grazie a un *escamotage* derivante da una particolare interpretazione del Regolamento del Senato come modificato nel 2017. L'art. [14 comma 4 RS](#) infatti non solo dispone che ogni gruppo debba rappresentare un partito o movimento politico che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, ma ammette altresì la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. E così è stato per Italia Viva, costituito grazie al prestito da parte del Senatore Nencini del [simbolo del PSI](#), presentatosi alle elezioni e dunque dotato di requisito politico (su cui sia consentito il rinvio alle [cronache 3/2019](#)). Che cosa sarebbe potuto accadere se all'indomani dell'*affaire* Renzi, Nencini avesse deciso di ritirare l'autorizzazione a utilizzare il simbolo? Con molta probabilità, il Presidente del Senato avrebbe dovuto disporre lo scioglimento del gruppo di Italia Viva. Il condizionale è d'obbligo, in ragione del fatto che Nencini ha deciso di non avvalersi di tale possibilità.

Dopo il ritiro della delegazione di Italia Viva e a seguito delle riunioni della Conferenza dei Presidenti di Gruppo tenutesi nella giornata del **14 gennaio**, è stato stabilito che nella seduta del

18 gennaio avrebbero avuto luogo le comunicazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri sulla situazione politica in atto e che ha sostanzialmente formalizzato la fine del Governo Conte-bis.

Nel frattempo, il Consiglio dei ministri ha approvato il nuovo decreto legge che oltre a prorogare lo stato di emergenza sino al 30 aprile 2021 e il divieto di spostamento tra le Regioni fino al 15 febbraio 2021, ha istituito sia la “zona bianca”, sia una piattaforma informativa idonea ad agevolare le attività di distribuzione sul territorio nazionale delle dosi vaccinali. Peraltro, al fine di scongiurare l'ipotesi che l'Italia potesse subire lo stesso destino di Germania e Gran Bretagna, entrambe chiamate ad affrontare la cd. “terza ondata”, si è deciso di prorogare con d.P.C.m le misure del coprifuoco, la didattica a distanza e l'inasprimento dei criteri per il passaggio tra zone arancioni e rosse dal **16 gennaio**. Ciò in concomitanza con la pubblicazione dell'ordinanza [4/2021](#) con cui la Corte costituzionale ha sospeso in via cautelare l'efficacia della [legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11](#) (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), impugnata dal Presidente del Consiglio dei ministri. La Corte costituzionale, che poi ha confermato l'incostituzionalità della normativa con la sentenza n. [37/2021](#), pur riconoscendo l'autonomia speciale, ha ritenuto che il legislatore regionale non può invadere la competenza esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale (*ex* articolo [117](#), secondo comma, della Costituzione). Ciò significa che nei casi di *malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale* sia necessaria una *disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività*. Pertanto, le normative riguardanti l'emergenza pandemica rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di profilassi internazionale e perciò lo spazio di adattamento regionale si svolge solo nei limiti consentiti dalla legislazione statale, *unica competente sia a normare, la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo*. Così, l'organo di controllo esterno della forma di governo parlamentare italiana, nel respingere la tesi per cui sarebbe messa in discussione la legittimità dei d.P.C.m. adottati – *comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo* –, ha affermato *il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale*.

Mentre il **15 gennaio** al Senato nasceva il Gruppo [Maie-Italia 23](#), il **16 gennaio** Clemente Mastella, co-protagonista dell'operazione dei responsabili/costruttori, [dichiarava](#) di non essere più interessato al progetto politico a seguito di un duro [scontro](#), anche personale, con l'ex Pd Carlo Calenda.

Il **18 gennaio** il Presidente Conte si è presentato [in Aula alla Camera](#), ove ha ottenuto la fiducia sulle comunicazioni volte a chiarire la situazione di crisi di Governo. All'esito del voto sulla [risoluzione di maggioranza, n. 6-00167](#), il Premier ha ottenuto, rispetto ai 607 deputati presenti, 321 voti favorevoli, mentre 259 sono stati i deputati contrari e 27 quelli astenuti. Italia Viva si è [astenua](#). Oltre a votare a favore due deputati di Italia Viva e alcuni del Gruppo misto, il sì alla fiducia che ha destato maggiore scalpore è stato quello della deputata [azzurra Polverini](#).

Al Senato, invece, il Presidente Conte si è presentato il **19 gennaio**, ottenendo [all'esito dello scrutinio 156 voti a favore](#), mentre i senatori contrari sono stati 141. Pur essendo stata confermata la fiducia, senza dunque ripercussioni da un punto di vista prettamente costituzionale, è apparso evidente come invece dal punto di vista politico la permanenza in carica del Governo sarebbe stata messa a dura prova, preannunciando la necessità di consolidare il quadro politico. Peraltro, nel corso della votazione, forti critiche e proteste ha [destato la riammissione al voto dei senatori Ciampolillo e Nencini](#) che, palesatesi alla Presidente Casellati solo quando questa aveva praticamente chiuso la votazione, sono stati poi autorizzati a manifestare il proprio voto favorevole all'approvazione della [proposta di risoluzione n. 1](#), su cui il Governo ha posto la questione di fiducia. L'esito della votazione a Palazzo Madama rileva, tuttavia, anche per il voto favorevole di due [senatori di Forza Italia](#), Maria Rosaria Rossi e Andrea Causin che, così, hanno abbandonato il Gruppo.

I voti alla Camera e al Senato non hanno sopito il clima di [tensione](#) intorno alla maggioranza e al Governo sia per la messa a punto dei provvedimenti economici a sostegno delle categorie produttive colpite dalla pandemia sia per gli equilibri politici tra maggioranza e opposizione nelle Commissioni parlamentari dopo la fuori uscita di Italia Viva dal perimetro della maggioranza. Le fibrillazioni, infatti, hanno continuato ad aumentare in relazione al futuro del Governo e dello stesso Conte per la presentazione al Senato della [relazione](#) del Guardasigilli Alfonso Bonafede sulla stato del sistema giudiziario. Si è trattato di un tema fortemente divisivo, sul quale lo stesso Ministro degli Esteri [Luigi di Maio](#) ha dichiarato che il voto espresso su tale documento avrebbe rappresentato un voto sull'intero Governo. Per queste ragioni, si prospettava l'eventualità sia di non relazionare sia di ricalendarizzare le dichiarazioni di Bonafede. Infatti, già nei giorni precedenti il possibile dibattito, Italia Viva aveva annunciato il proprio voto [contrario](#) giacché non condivideva le posizioni del Ministro sulla prescrizione, mentre sulla base di quanto risulta dalla stampa, il leader Matteo Renzi [invitava](#) i suoi deputati e senatori a smorzare i toni e le polemiche, ponendosi in una posizione di 'attesa politica'.

Nonostante i tentativi dello stesso leader fiorentino di provare nuovamente un [riavvicinamento](#), [Orlando](#) ha espressamente chiuso a questa eventualità, mentre [Bettini](#), figura di primo piano del Partito democratico, sollecitava quelle forze politiche europeiste, liberali e socialisti ad aprire una nuova pagina politica e stringersi intorno alla figura di Giuseppe Conte. Il futuro e la stessa sopravvivenza del Governo Conte erano ancora incerti in quanto le forze politiche di maggioranza [spingevano](#) affinché il Presidente del Consiglio si dimettesse per aprire ufficialmente la crisi di governo e tentare di [rilanciarne](#) l'azione dell'Esecutivo. Indicazioni in questo senso erano emerse anche nel corso del dibattito in Senato, allorché il senatore Casini aveva [invitato](#) Giuseppe Conte a recarsi al Quirinale e tentare di ricucire lo strappo con Italia Viva; analoghi segnali in merito alla necessità di ricostituire l'originaria maggioranza venivano espresse dal senatore Nencini il quale si dichiarava a favore della risoluzione delle problematiche politiche sollevate da Renzi. Tuttavia, non queste sembravano le intenzioni del Presidente Conte, il quale in una serie di colloqui telefonici e incontri, continuava a [caldeggiare](#) l'ipotesi della costituzione di un nuovo [Gruppo parlamentare](#), una [quarta gamba composta](#) da possibili

dissidenti di Italia Viva e figure moderate, anche provenienti dal centro destra, ed espressione, soprattutto, dell'Udc e del nuovo movimento politico Cambiamo! fondato dal Presidente della Regione Liguria Giovanni Toti, ipotesi quest'ultima smentita con dichiarazione del senatore Paolo Romani.

A seguito del voto, il **20 gennaio** il Presidente Conte ha avuto un [incontro con i vertici](#) dei partiti che sostengono la maggioranza (Zingaretti e Franceschini per il Pd, Crimi e Bonafede per il M5S e Speranza per Leu) per disegnare una *road-map* per i mesi successivi e definire a grandi linee i contenuti del patto di legislatura. Al termine della giornata, Conte è poi salito al Quirinale per un [colloquio interlocutorio](#) con il Presidente della Repubblica Mattarella. Tale estremo tentativo è stato particolarmente criticato dal leader di Italia viva, vista l'ipotesi della formazione di un Governo non così diverso dal precedente, da realizzarsi attraverso la scomposizione e ricomposizione dei gruppi, come in una avvincente partita a ramino machiavellico.

A nulla è valso tutto ciò. Dopo una serie di incontri, di dichiarazioni e di veti incrociati, di costruttori veri e presunti, [il 26 gennaio il Presidente Conte ha riunito il Consiglio dei ministri per annunciare le sue dimissioni](#) (anticipate con la pubblicazione della [Convocazione del Consiglio dei ministri n. 94](#) nella serata del **25 gennaio**) [al cui termine è salito al Quirinale per il passaggio ufficiale con il Capo dello Stato](#). Questo perché se da un lato il Partito democratico è stato chiaro nelle aspirazioni (ovverosia la realizzazione di una maggioranza stabile fino a fine legislatura o un tentativo estremo di convivenza forzata con Italia Viva), il dimissionario Conte, tramite un altro post su facebook, ha fatto appello a un [governo di salvezza nazionale basato su una maggioranza ampia e una prospettiva chiara](#).

Al termine dell'incontro tra il Presidente della Repubblica e il Presidente del Consiglio, l'Ufficio Stampa della Presidenza della Repubblica ha reso noto [il calendario delle consultazioni](#), a partire dal **27 gennaio**, dopo la celebrazione del "Giorno della Memoria" al Quirinale. Come da prassi, sono stati convocati per primi il Presidente del Senato Casellati e il Presidente della Camera Fico, non è mancata la consueta telefonata al Presidente emerito Napolitano e poi, a seguire, i Gruppi parlamentari (compreso la neoformazione dei Responsabili) per le giornate del **28 e 29 gennaio**.

Per la prima volta nella storia della Repubblica, le consultazioni si sono tenute nella cornice della pandemia, che da più di un anno costringe l'Italia e il mondo intero a misure straordinarie e al frenetico ricorso agli ausili telematici. Non sono mancate le accortezze per assicurare il necessario distanziamento interpersonale e scongiurare l'ipotesi che il Quirinale potesse diventare un *cluster*, proprio in considerazione dell'andirivieni di delegazioni politiche e di giornalisti. Per questo sono state predisposte tre postazioni diverse, al fine di consentire la sanificazione e non interrompere lo scadenario serrato: la Sala Arazzi di Lilla, la Sala del Bronzino e l'ufficio privato del Presidente. Anche per la stampa sono state previste delle misure: non è stato possibile far stanziare i giornalisti accalcati nello studio alla Vetrata, ma alcuni di essi sono stati scelti mediante sorteggio e, previo tampone, sono stati accolti nella Sala delle feste. Inoltre per la prima volta nella storia della repubblica è stata prevista la [diretta streaming](#) sul sito del Quirinale.

Proprio durante la crisi, il **26 gennaio** il Senato ha visto la genesi di un nuovo Gruppo

parlamentare, quello dei responsabili [“Europeisti-Maie-Centrodemocratico”](#) (inizialmente ribattezzata [“Maie-Italia 23”](#)) costituito grazie al “prestito” di una senatrice del Partito democratico, palesatosi sin da subito a favore del Conte-ter e composto da Maurizio Buccarella, Adriano Cario, Saverio De Bonis, Luigi Di Marzio, Ricardo Merlo, Sandra Lonardo, Maria Rosaria Rossi, Andrea Causin, Gregorio De Falco e Bruno Tabacci.

La creazione di tale Gruppo, la cui nascita è stata annunciata in Aula il **27 gennaio**, ha generato una forte eco mediatica soprattutto per l’iniziale partecipazione del senatore di Forza Italia [Luigi Vitali](#), sconfessata nel giro di 24 ore per un passo indietro del diretto interessato.

[All’esito del primo giro di consultazioni](#), al Presidente Mattarella sono state poste due [visioni](#) da parte dei gruppi parlamentari: una favorevole a un terzo Governo a guida Conte da parte delle Autonomie, Leu e Partito democratico, l’altra contraria con i no di +Europa, Azione e dell’eterogeneo centro-destra. [Quest’ultimo](#) si è presentato al Quirinale con una delegazione unitaria. In una riunione congiunta, i leader hanno ribadito la necessità di poter contare su una maggioranza solida, affidandosi alla saggezza del Capo dello Stato. Una leggera distanza, comunque, si è registrata tra Lega e Fratelli d’Italia da un lato e Forza Italia dall’altro: i primi due espresso un *favor* verso le elezioni, l’altra – attraverso il Vice Presidente Tajani – non ha chiuso le porte a un Governo di unità nazionale. Il [Movimento 5 Stelle](#) ha dovuto affrontare una divisione interna; l’ala più dissidente – facente capo ad Alessandro di Battista – si è dichiarata nettamente [contraria](#) al riproporsi di un’alleanza con il Italia Viva e Renzi. Dal canto suo, invece, l’ex Presidente del Consiglio si è presentato dal Presidente della Repubblica non ponendo veti su nomi, [chiedendo](#), semmai, un confronto su temi intorno ad una maggioranza politica, senza chiudere le porte ad un Governo del Presidente. [Contraria](#) all’ipotesi di un Conte *ter*, la senatrice Emma Bonino, la quale auspicava una svolta nell’azione di governo.

Considerato il frammentato quadro politico, [il Presidente della Repubblica ha deciso di affidare un mandato esplorativo](#) al Presidente della Camera con il compito di verificare l’esistenza di una maggioranza politica composta a partire dai Gruppi che, nelle Camere, sostenevano l’Esecutivo guidato da Giuseppe Conte. Lo stesso Fico, al termine del colloquio, ha reso una [dichiarazione](#) alla stampa. Il Presidente della Camera ha dato avvio alle [consultazioni](#), diramando un apposito [calendario](#) articolato in due giorni, **30 e 31 gennaio**, mentre da [fonti giornalistiche](#) proprio il nome della terza carica dello Stato era indicato come possibile figura cui affidare la guida del Governo. Anche in questa occasione le forze politiche che sostenevano il Governo Conte hanno ribadito le medesime [posizioni](#), già illustrate al Capo dello Stato. Il [Movimento 5 Stelle](#) con Vito Crimi, ribadendo il pieno appoggio a Giuseppe Conte, ha proposto un patto di legislatura e di accantonare il dibattito sul Meccanismo europeo di stabilità perché divisivo. Analoghe le posizioni del [Partito democratico](#) che, attraverso il segretario Zingaretti ha auspicato la redazione di un programma di fine legislatura, confermando il proprio sostegno a un nuovo Governo Conte. Infine, [Italia Viva](#) con Matteo Renzi ha chiesto che si potesse avviare un confronto sui contenuti da inserire in un apposito documento scritto che contenesse l’esito della discussione su temi quali la scuola, il Mes e il reddito di cittadinanza, esprimendo la propria preferenza verso un Governo politico senza escluderne uno istituzionale. Le forze politiche minori hanno [espresso](#)

tutte il proprio convinto sostegno a un Esecutivo guidato ancora da Giuseppe Conte.

Perciò, rilasciata una breve [dichiarazione](#) alla stampa, nella giornata del **primo febbraio**, i rappresentanti dei Gruppi sono stati convocati dal Presidente della Camera Fico intorno ad un [tavolo tecnico](#), chiamato a verificare l'esistenza di una maggioranza che potesse sostenere un governo politico. Durante gli incontri che si sono succeduti, sono emerse profonde [divisioni](#) soprattutto tra il Movimento 5 Stelle e Italia Viva. Il partito di Renzi ha avanzato importanti richieste quali il ricorso alle risorse finanziarie del [Mes](#) per la sanità – posizione su cui si è registrata una convergenza da parte del Partito democratico -, l'istituzione di una Commissione bicamerale guidata dalle opposizioni per affrontare il delicato tema delle riforme costituzionali, l'approvazione di una legge elettorale maggioritaria, una riforma della giustizia con particolare riferimento al tema della prescrizione e all'accelerazione dei tempi dei processi civili e penali. Da parte sua, il Movimento 5 Stelle, difendendo strenuamente il Ministro della Giustizia Bonafede e dichiarando intoccabili i Ministri pentastellati, ha rilanciato rinnovando la propria contrarietà al Mes, ha chiesto una riforma degli ammortizzatori sociali comprensiva del salario minimo, una legge elettorale proporzionale con la possibilità per l'elettore di esprimere preferenze e l'estensione dell'elettorato attivo per i diciottenni al Senato nonché una legge sul conflitto d'interessi e sulle lobby. Le [divergenze](#) di posizioni hanno provocato continui rallentamenti nelle trattative, complice anche la [richiesta](#) di Italia Viva di stendere un documento scritto nel quale riversare i punti oggetto di accordo e la contrarietà espressa dal Movimento 5 Stelle e dal Partito democratico.

Al termine del secondo giro di consultazioni, il Presidente Fico, pur avendo registrato dalle parti politiche coinvolte un'apertura comune nel prosieguo della legislatura e nella possibilità di portare avanti la maggioranza, [non è riuscito a trovare la quadra sui programmi](#), sui temi e sulla necessità di assicurare una certa discontinuità rispetto alla precedente formazione, quest'ultima particolarmente richiesta da Italia viva.

Una volta fallito il mandato esplorativo conferito a Fico, [il Presidente Mattarella, nel convocare per la mattina del 3 febbraio il Prof. Mario Draghi](#), ha rilasciato una [breve ma severa dichiarazione](#), con la quale ha delineato le due strade possibili: da un lato la possibilità di nominare un nuovo Governo, “adeguato a fronteggiare le gravi emergenze presenti: sanitaria, sociale, economica, finanziaria”, dall'altra quella delle elezioni anticipate. Quest'ultima ipotesi considerata secondaria, giacché coincidente con “un momento cruciale per le sorti dell'Italia” e rischiosa sia dal punto di vista sanitario, sia da quello economico e sociale. Ricordando brevemente gli appuntamenti e lo scadenario per il voto, Mattarella ha motivato, a ragion veduta, la scelta di conferire al più presto un incarico per formare un Governo, rivolgendo un accorato appello “a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferiscano la fiducia a un Governo di alto profilo, che non debba identificarsi con alcuna formula politica”.

Mario Draghi è salito al Quirinale ed [ha accettato, come di consueto, l'incarico con riserva](#), anticipando le sfide improcrastinabili, quali “vincere la pandemia, completare la campagna vaccinale, offrire risposte ai problemi dei cittadini e rilanciare il Paese”.

Dinanzi alla scelta del Presidente della Repubblica, le forze politiche hanno avuto reazioni

diverse: se da un lato il [Movimento 5 Stelle](#) è riuscito (dopo qualche giorno e non senza ripercussioni interne) a mediare su una posizione di sintesi, conciliando tra la posizione favorevole di Conte e Di Maio sull'ipotesi di un Esecutivo a guida Draghi e quella contraria di Di Battista, che ha [negato](#) il proprio appoggio al Governo Draghi attraverso una dichiarazione pubblica in cui ha ricordato, attraverso domande implicite rivolte agli elettori grillini, le principali battaglie politiche che hanno caratterizzato il Movimento e di Taverna. Decisivo è stato l'intervento del garante, Beppe Grillo, che, [riunendo](#) parlamentari e Ministri, prima dell'incontro con Draghi – preceduto da una telefonata con lo stesso – ha espresso la possibilità che il Movimento 5 Stelle [aprisse](#) alle proposte del Presidente incaricato accettando il confronto politico, non senza provocare [malumori](#) tra i parlamentari per il [mutamento](#) di posizione politica. È stato proprio Beppe Grillo che, manifestando il proposito di [guidare](#) la delegazione del Movimento per il confronto con Draghi, poche ore prima ha pubblicato un post social con cui ha lanciato una serie di [proposte](#) da illustrare al Presidente incaricato, tra le quali un punto dirimente è stata la costituzione di un super Ministero per la transizione ecologica. Altrettanto rilevante è stata la presenza nella Capitale di Davide Casaleggio, figlio del cofondatore del Movimento, Gianroberto, il quale ha [dichiarato](#) che l'unica soluzione possibile per garantire compattezza al Movimento sarebbe stato il voto sulla piattaforma Rousseau in modo da far decidere agli iscritti se sostenere o meno un possibile Governo Draghi. Una significativa novità del vertice è stata la presenza di Giuseppe Conte, designando leader del Movimento il quale, in una conferenza stampa improvvisata il **4 febbraio** dinanzi la piazza antistante l'ingresso di Palazzo Chigi, aveva [dichiarato](#) di non costituire alcun ostacolo alla formazione del Governo Draghi, smentendo un suo possibile [ingresso](#) nel nuovo Esecutivo.

[Il centrodestra si è trovato fortemente diviso](#). Difatti, nella trattativa che ha sostanzialmente anticipato le consultazioni, Fratelli di Italia ha annunciato il suo voto contrario chiedendo l'astensione, mentre Forza Italia ha da subito annunciato il suo sostegno e la Lega ha anteposto il bene del Paese. Date le premesse di posizioni inconciliabili, la coalizione di centro-destra si è presentata a Mario Draghi con delegazioni separate. La Lega è stata attraversata anche da [tensioni](#) interne tra il leader Salvini da una parte e Giorgetti e Zaia dall'altra, i quali hanno portato l'ex Ministro dell'interno a mutare la propria prospettiva politica in merito alla partecipazione leghista all'Esecutivo Draghi. Mentre in un primo momento Salvini si era dichiarato indisponibile a condividere responsabilità di Governo con il Movimento 5 Stelle, successivamente, su pressing dell'ala possibilista – la quale invitava il segretario alla responsabilità – e alle parole di elogio dello stesso [Giorgetti](#) nei confronti di Draghi, ha ritenuto possibile la formazione di un Governo con la partecipazione di tutte le forze politiche, data la straordinarietà della situazione economico-finanziaria-sanitaria del Paese.

Le [consultazioni](#) del Presidente incaricato sono iniziate nella giornata del **5 febbraio**. Pur nel massimo riserbo da parte di Draghi, che non ha lasciato spazio a indiscrezioni, sin da subito si è ipotizzata la formazione di un Governo fortemente ispirato alla formula Ciampi, con pochi Ministri tecnici e altri Ministri rappresentanti tutti i partiti. Il primo giro di consultazioni si è

concluso il **6 febbraio**, consentendo a Draghi di avere un quadro più chiaro della situazione e che ha visto il manifestarsi dei primi consensi.

Nel corso del [secondo giro di consultazioni](#), che hanno preso avvio l'**8 febbraio**, Draghi ha cominciato a parlare del programma di governo – dichiara ispirazione europeista –, sollecitando le parti politiche su temi di rilevanza strategica, quali quello della scuola, dei vaccini, del lavoro, nonché naturalmente quello delle riforme finalizzate a rilanciare il Paese (*in primis* in tema di amministrazione pubblica e giustizia). Le forze politiche hanno espresso le proprie [posizioni](#) al Presidente. Il Partito democratico ha manifestato la propria soddisfazione per gli indirizzi programmatici illustrati da Draghi, il Movimento 5 Stelle ha esultato per la disponibilità di istituire il super Ministero per la transazione ecologica e Leu ha ribadito l'importanza di coltivare l'alleanza strategica con il Pd e il M5S. Totale soddisfazione da Italia Viva che ha sempre dichiarato di accettare le proposte dell'ex numero uno della Bce, mentre il Maie ne ha valorizzato e apprezzato l'impostazione europeista. Apprezzamenti sono provenuti anche dalla Lega e da Forza Italia, la quale ultima ha rimarcato l'importanza, per il momento di emergenza del Paese, della costituzione di un Governo di unità nazionale. Ferma sulle proprie posizioni Fratelli d'Italia che con la leader Meloni ha ribadito la propria opposizione.

Dopo aver incontrato i rappresentanti dei gruppi e dopo un confronto con le parti sociali e gli enti locali intercorso il **10 febbraio**, il **12 febbraio** Draghi è salito al Quirinale per [sciogliere la riserva](#). Ciò dopo due avvenimenti di rilievo politico di particolare importanza: il voto su *Rousseau* e il cambio di passo della Lega a Bruxelles. Nel primo caso, il voto sulla piattaforma grillina è stato accompagnato da un clima di forte incertezza, esasperato dalla divisione interna tra le diverse anime del Movimento. Nonostante i forti timori su un possibile esito contrario, che avrebbe potuto spaccare la forza pentastellata, [il 59,3 per cento degli iscritti](#) ha votato a favore di [un governo tecnico-politico che preveda un super-Ministero della Transizione Ecologica e che difenda i principali risultati raggiunti dal Movimento, con le altre forze politiche indicate dal presidente incaricato Mario Draghi](#). La soddisfazione non è stata unanime. Alessandro Di Battista ha ancora una volta manifestato la propria contrarietà rispetto alle scelte fatte dai vertici e ratificate dalla base, annunciando prima la sua [fuoriuscita](#) dal Movimento e, successivamente, il **22 febbraio** la [disiscrizione](#).

Nel frattempo, [la Lega ha inaspettatamente votato a favore del Recovery and resilience facility](#), dopo diverse astensioni. Tale repentino cambiamento è giunto dopo l'ufficialità dell'*endorsement* di Matteo Salvini a Draghi. Proprio quest'ultimo, in occasione dell'incontro con il Presidente Mattarella, ha sciolto la riserva dopo soli nove giorni dall'incarico, presentando la lista dei ministri, i cui decreti di nomina sono stati firmati dal Capo dello Stato.

Il [Governo Draghi](#), che ha [giurato](#) il **13 febbraio**, è composto 23 membri, di cui 15 esponenti politici e 8 tecnici. In particolare, al Movimento 5 stelle sono stati affidati quattro ministeri, alle altre forze che sostengono l'Esecutivo (FI, Lega e PD e FI) i dicasteri affidati sono rispettivamente tre, mentre tutti quelli legati al piano di ripresa economica sono stati affidati a tecnici. Un Governo dunque tecnico ma innestato da importanti porzioni politiche e caratterizzato da una parziale continuità con la formazione precedente.

Successivamente, il nuovo Governo si è riunito a Palazzo Chigi per la [cerimonia di](#)

[insediamento](#) – caratterizzato dal tradizionale scambio della campanella tra il Presidente uscente e quello entrante – e per il primo Consiglio dei Ministri che ha approvato la proposta di Draghi di [nominare](#) il Cons. Roberto Garofoli, magistrato del Consiglio di Stato, Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. In occasione della prima riunione del Consiglio dei Ministri, il Presidente ha chiesto di mantenere il massimo riserbo, soprattutto nelle ore antecedenti alla fiducia, determinando un netto cambio di passo rispetto alla precedente formazione, particolarmente avvezza invece a una comunicazione politica immediata, diretta e fortemente *social*.

In attesa del [confronto sul delicato tema della integrazione della composizione del Governo con i Sottosegretari](#), i partiti hanno affrontato questioni interne. In particolare nel Movimento 5 Stelle e in Forza Italia. Infatti, alla vigilia del voto di fiducia alle Camere ex [art. 94, comma 3, Cost.](#), le [divisioni](#) tra l'ala più oltranzista e quella più 'governativa' del Movimento si sono acuite alla luce della mancata costituzione del super Ministero della transizione ecologica che sarebbe dovuto risultare dalla fusione tra il Ministero dello sviluppo economico e quello dell'ambiente e per la composizione della [squadra di governo](#) tanto che la senatrice Barbara Lezzi, vicina a Di Battista, ha chiesto un nuovo voto su Rousseau. Questione importante per il Movimento, che avrebbe potuto creare fratture ulteriori in seno ai Gruppi parlamentari – soprattutto a Palazzo Madama – tali da mettere a rischio la compattezza del Movimento. A tutela della coesione dei pentastellati è intervenuto, con un monito, Davide Casaleggio, il quale ha [invitato](#) i parlamentari all'unità per non acutizzare le fratture. Analogo [appello](#) ha rivolto Roberto Fico, sollecitando i militanti a mutare la prospettiva politica in considerazione della straordinarietà del momento. Le [tensioni](#) in seno al Movimento si sono verificate anche per la proposta di modifica dello Statuto relativa all'eliminazione del ruolo del Capo politico e alla sua sostituzione con un [direttorio](#) composto da 5 componenti. Il **15 febbraio**, tramite la piattaforma Rousseau, gli iscritti sono stati [convocati](#) per esprimere il proprio voto su sei quesiti. Il **17 febbraio** i militanti hanno [approvato](#) tutte le proposte che hanno modificato lo [statuto](#) e il [codice etico](#) del Movimento.

[All'interno di Forza Italia](#) è stata operata una importante riorganizzazione. Difatti, il leader Berlusconi ha deciso di affidare a Tajani l'attività di coordinamento del partito sul territorio, a Bernini la gestione dei rapporti tra gruppi delle assemblee parlamentari di Camera, del Senato e del Parlamento europeo, mentre a Ronzulli il compito di gestire le relazioni con gli alleati. Nonostante la riorganizzazione interna, i malpancisti hanno auspicato un [riequilibrio](#) tra le correnti interne in occasione della nomina dei Sottosegretari. Tuttavia, date le profonde fibrillazioni, Osvaldo Napoli, Daniela Ruffino e Guido Della Frera hanno [lasciato il partito](#) e aderito al movimento Cambiamo! di Giovanni Toti. Oltretutto, è stato affrontato anche il tema delle elezioni regionali in vista del prossimo appuntamento nella Regione Calabria e, a tal ragione, è stato confermato il candidato Occhiuto che concorrerà alla carica di Presidente.

Prima del voto di fiducia, da tenersi questa volta prima al Senato e poi alla Camera, il Presidente Draghi ha dedicato particolare attenzione al [discorso programmatico](#) incentrato su alcuni capisaldi, quali l'emergenza pandemica, il *Recovery plan*, le riforme, la scuola, l'ambiente e la politica estera, quest'ultima fortemente ispirata all'europeismo e all'atlantismo. Da rilevare che la stesura

del discorso alle Camere è stata preceduta da tensioni politiche all'interno del neo costituito Governo con l'attacco del Ministro del Turismo Garavaglia, a seguito dell'ordinanza con cui il **15 febbraio**, previo [parere](#) del comitato tecnico scientifico, il Ministro Speranza, riconfermato al Dicastero della salute, ha deciso di [chiudere gli impianti sciistici](#) fino al 5 marzo, anche in zona gialla, a causa dell'aumento del numero dei contagi e della diffusione delle varianti del Covid-19 nonostante gli operatori del settore si stessero attrezzando per garantire la messa in sicurezza dell'attività sportiva dopo che, nei giorni precedenti, il comitato tecnico scientifico aveva dato il [via libera](#). La decisione del Governo ha provocato [rabbia e malumore](#) tale per cui alcuni impianti sciistici del Piemonte e della Valle d'Aosta hanno, comunque, garantito l'apertura.

Il **17 febbraio** l'Aula del Senato è stata perciò convocata per ascoltare le [Comunicazioni del Presidente del Consiglio Draghi](#) e votare la [mozione di fiducia](#), che è stata [approvata](#) con 262 voti favorevoli, mentre i voti contrari sono stati 40 contrari e 2 gli astenuti. Tale voto però ha avuto delle conseguenze interne al Movimento 5 Stelle, giacché 15 membri hanno votato contro e 6 sono risultati assenti alla chiama e che lascia ipotizzare una possibile scissione. La rottura ha avuto luogo anche nell'altro ramo del Parlamento nella giornata del **18 febbraio**, ove i voti contrari alla [fiducia](#) da parte dei pentastellati sono stati 16 e altri 16 tra assenti e astenuti. Nonostante ciò, la fiducia è stata concessa anche alla [Camera](#), dove Draghi ha ottenuto 535 voti a favore (mentre 56 sono stati i voti contrari e 5 gli astenuti).

Una volta incassata la fiducia, gli appuntamenti del nuovo Consiglio dei Ministri sono stati il [nuovo decreto Covid](#), con cui sostanzialmente resta invariata la linea rigorista che vieta gli spostamenti tra le Regioni e *lockdown* più duro nelle zone rosse [fino al 27 marzo](#), e la nomina dei sottosegretari, rallentata dai veti incrociati dei partiti. [Il quadro sui sottosegretari](#), però, si è andato [complicando](#) non solo per la necessità di bilanciare le proporzioni fra i gruppi parlamentari e il rispetto delle [quote di genere](#), ma altresì per le richieste dei partiti e il [caos](#) interno ai pentastellati a seguito delle numerose espulsioni. Per questo la trattativa è durata parecchi giorni e si è [conclusa solamente il 25 febbraio](#) con la nomina di 39 sottosegretari, quasi tutti politici (11 al Movimento 5 stelle, 9 alla Lega, 6 sia al Pd sia a FI, 2 a Iv, 1 a Leu e rispettivamente 1 a Noi con l'Italia, a +Europa e al Centro democratico). Nel Movimento 5 Stelle si sono ulteriormente acuite le [tensioni interne](#) da parte di coloro che sono stati esclusi e che ambivano alla nomina per esigenze di rappresentanza dei singoli collegi elettorali. Polemiche simili sono scoppiate in Sicilia dove è [serpeggiata](#) una forte delusione per la presenza di soli [quattro esponenti](#) dell'Isola nel Governo Draghi in rappresentanza del territorio.

Nel frattempo il neo-Presidente del Consiglio ha più volte richiamato i vari esponenti politici a un tono pacato rispetto al confronto, proprio in considerazione della perdurante emergenza epidemiologica, resa più complessa dalla inaspettata variabile delle cd. varianti Covid-19. A tal ragione, il **23 febbraio** [Draghi ha dapprima incontrato a Palazzo Chigi il leader leghista Salvini](#) e ha convocato in serata un vertice cui hanno presenziato i ministri tecnici, i ministri politici e tre membri del comitato di esperti, nel corso del quale si è fatta concreta la possibilità di rinviare le aperture. Per questo, è stata posta sul tavolo della trattativa l'idea di varare un nuovo decreto ristori per indennizzare le categorie più colpite dalla pandemia e dalle relative chiusure.

L'acceso confronto politico sulle possibili aperture e sui prossimi appuntamenti elettorali ha investito uno degli azionisti della neo maggioranza. In vista del [congresso del Partito democratico](#), il dibattito si è fatto più serrato, con la presa di posizione di alcuni Sindaci che hanno posto dubbi sull'alleanza con M5S e Leu e hanno rilanciato la vocazione maggioritaria cominciando a mettere in discussione la figura del segretario nazionale Zingaretti. In occasione della Direzione nazionale, convocata il 25 febbraio, il Segretario del Pd ha confermato la scelta di stringere alleanze in vista dei prossimi appuntamenti elettorali e ha [convocato](#) l'assemblea nazionale del **13 e 14 marzo** "[per aprire una discussione sul futuro dell'Italia, il ruolo del Pd dopo la formazione del governo Draghi e quanto ci aspetta nei prossimi mesi e anni. È il tempo di una rigenerazione del Partito democratico](#)".

Anche l'altro azionista di maggioranza ha dovuto affrontare una tempesta interna di non trascurabile rilievo. [Il Movimento 5 stelle](#), impegnato a risolvere una faida tra fronde opposte che minacciano la scissione, ha assistito, il **23 febbraio**, alla creazione di una nuova componente politica fondata da alcuni espulsi, denominata "[L'alternativa c'è](#)", mentre l'ex capo politico Di Maio ha lanciato la svolta liberale e ha aperto al coinvolgimento diretto dell'ex Premier Conte. Quest'ultimo infatti ha mantenuto un dialogo serrato con il M5S e inaugurato un progetto di ristrutturazione interno e integrale per [trasformare il Movimento](#) in una forza "sempre più aperta alla società civile" capace di diventare "punto di riferimento" nel quadro politico attuale. Tale apertura è stata subito raccolta da [Beppe Grillo, che il 28 febbraio ha incontrato](#) a Roma gli esponenti di spicco, tra cui Crimi, Di Maio, Fico e Taverna.

In prospettiva dell'assemblea nazionale del Pd, la questione femminile scoppiata nel partito, non ha rappresentato, tuttavia, l'unico elemento divisivo. Già da tempo, la segreteria di Zingaretti soffre di numerosi attacchi provenienti dal fronte interno su diverse [questioni](#) che sono sfociate nelle dimissioni del segretario. Anzitutto, il rapporto con il Movimento 5 Stelle. Parte del partito non ha sostenuto convintamente la strategia politica di Zingaretti di gettare le basi per un'alleanza duratura con il Movimento 5 Stelle, le cui prove generali si sono avute con la riunione della segreteria regionale che, con un apposito ordine del giorno del **2 marzo**, ha sancito l'allargamento della maggioranza nel Consiglio regionale del Lazio agli esponenti pentastellati. Allargamento [ufficializzato](#) dal Presidente della Regione in Consiglio regionale il **15 marzo**. Ulteriori temi 'caldi' hanno riguardato l'incarico del secondo vice segretario, seppur non con funzioni vicarie, rimasto vacante a seguito delle dimissioni di De Micheli a fronte del suo ingresso nell'Esecutivo Conte II, che, su decisione dello stesso Zingaretti, sarebbe spettato a una donna. A ciò si aggiunga la [richiesta](#) della corrente Base riformista guidata da Lotti e Guerini che ha sollecitato un confronto politico interno chiedendo anche lo svolgimento del Congresso in autunno. Richiesta, questa, che ha posto al centro del dibattito anche l'eventualità di celebrare le primarie su cui si sono evidenziate evidenti [dissidi](#), anche di naturale personale, tra dirigenti ed esponenti dem. Richiesta [respinta](#) da Zingaretti che, pur auspicando un confronto aperto sulla futura azione politica del partito, ha confermato che le primarie si sarebbero celebrate nel 2023. Tuttavia, a fronte dell'intensità delle polemiche, il **4 marzo** Zingaretti, [decimo segretario dalla fondazione del partito](#), ha annunciato le sue [dimissioni](#) dal partito, ricevendo solidarietà e richieste di

ripensamento da parte dei dirigenti del partito.

Nel frattempo, il **5 marzo**, è stato reso [noto](#) che il 14 maggio si saprà se Salvini sarà rinviato a giudizio per sequestro di persona e abuso d'ufficio o se la sua posizione verrà archiviata, per la vicenda della nave Gregoretti. Inoltre il leader della Lega è stato protagonista di uno scontro con Meloni la quale ha [rivendicato](#) la Presidenza del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica che per legge spetta alle opposizioni, chiedendo così al leghista Volpi di dimettersi.

Il clamore e l'incredulità suscitate dalle dimissioni di Zingaretti hanno aperto il [dibattito](#) all'interno del Partito democratico su chi potesse raccogliergli il testimone. Nonostante gli inviti da parte di alcuni dem al ritiro delle dimissioni, ipotesi, questa esclusa dallo stesso Presidente della Regione Lazio, si sono delineate le prime ipotesi in vista dell'assemblea nazionale del 13 e 14 marzo. È emersa la possibilità che il partito venisse guidato da un reggente (Pinotti) o che, nell'incontro assembleare, si sarebbe delineata una sfida politica tra il Presidente della Regione Emilia-Romagna Bonaccini e il vice segretario del partito Andrea Orlando. Ma soprattutto, si sono alimentate le voci che, da più parti, [spingevano](#) l'ex segretario Enrico Letta a chiudere la sua esperienza accademica parigina e tornare a guidare il partito. Nonostante le [perplexità](#) iniziali, la [preoccupazione](#) di Letta per il futuro del partito ha spinto quest'ultimo ad accettare la sfida e a candidarsi alla segreteria, pur chiedendo unità interna. Il **9 marzo** il gruppo di lavoro guidato dal Presidente del partito Valentina Cuppi ha [stabilito](#) che l'assemblea nazionale del partito si sarebbe tenuta in una sola giornata, anziché in due. Il **14 marzo** Enrico Letta è stato [eletto](#) segretario nazionale dei democratici 860 voti a favore, 2 contrari e 4 astenuti. Nel suo [discorso di insediamento](#) ha illustrato la [piattaforma politico-programmatica](#): i temi principali sono stati la centralità che il partito deve avere nel Governo Draghi, come stimolo e propulsore all'azione di governo, il dialogo con il Movimento 5 Stelle, l'estensione del diritto di voto ai sedicenni, il rilancio dello ius soli e la questione femminile, ossia l'emarginazione delle donne dalla titolarità delle cariche decisionali. Sulla proposta di Letta di discutere nuovamente della cittadinanza si è aperta una dura [polemica](#) politica con Meloni e Salvini, il quale ha ricondotto il tema alla tenuta dell'Esecutivo Draghi, mentre il Presidente della I Commissione della Camera Giuseppe Brescia ha invitato ad approfondire la questione senza ricorrere a ideologie.

Il **17 marzo** il neo eletto segretario ha nominato la [segretaria nazionale](#), oltre a [Tinagli e Provenzano vice segretari](#), distribuendo le relative deleghe: Mauro Berruto- Sport, Francesco Boccia – Autonomie territoriali e Enti Locali, Enrico Borghi – Politiche per la Sicurezza, Chiara Braga – Transizione ecologica, sostenibilità e infrastrutture, Susanna Cenni – Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, Filippo Del Corno – Cultura, Cecilia D'Elia – Politiche per la Parità, Cesare Fumagalli – Sviluppo economico, Terzo Settore, Missione PMI, Manuela Ghizzoni – Istruzione, Università e Ricerca, Chiara Gribaudo – Missione Giovani, Antonio Misiani – Economia e finanze, Antonio Nicita – Istituzioni, Tecnologie e Piano Nazionale di Riforma e Resilienza, Lia Quartapelle – Europa, Affari internazionali e Cooperazione allo sviluppo, Anna Rossomando – Giustizia e Diritti, Stefano Vaccari – Organizzazione, Sandra Zampa – Salute, Cecilia D'Elia – Portavoce Conferenza nazionale donne. Già nei primi successivi all'elezione, Letta ha attuato la sua strategia tentando di rinnovare il rapporto tra la dirigenza nazionale e la base territoriale

attraverso la valorizzazione dei circoli, elaborando un apposito [vademecum](#) con il quale ha invitando i militanti ad esprimere proprie opinioni su specifici punti utilizzando un'apposita piattaforma on line.

Altre tre importanti questioni hanno caratterizzato i primi giorni di Letta alla segreteria nazionale: la legge elettorale, la candidatura a Sindaco di Roma e il ruolo delle donne nel partito. Relativamente al primo punto, nella medesima giornata della celebrazione dell'assemblea nazionale Letta, in una trasmissione televisiva, ha [rilanciato](#) l'idea di ritornare alla legge elettorale Mattarella dando forza all'originaria vocazione maggioritaria del partito. Su questo, si sono registrate [distanze](#) con Salvini e il Movimento 5 Stelle, favorevoli ad un sistema elettorale proporzionale, mentre ha avuto modo di [confrontarsi telefonicamente](#) con la leader di Fratelli d'Italia Giorgia Meloni. Sulla candidatura a primo cittadino della Capitale sono emersi i primi *rumors* sia in seno al Pd che alla coalizione di centrodestra; per i democratici è stata ritenuta probabile la [candidatura](#) dell'ex Ministro dell'economia del Governo Conte II, Roberto Gualtieri, sebbene lo stesso ex parlamentare europeo ed Enrico Letta, in un [incontro](#) avvenuto al Nazareno il **17 marzo**, hanno smentito questa possibilità, invitando ad evitare fughe in avanti in un momento politico così delicato per la gestione pandemica e per la non imminenza delle elezioni amministrative. Il dibattito interno al Pd ha suscitato anche una polemica con Calenda, il quale ha proposto la propria candidatura invitando a convergere sul suo nome. Sulla candidatura per Roma si è aperto un [dibattito](#) anche nel centro destra. Mentre Forza Italia e Salvini spingono per Guido Bertolaso – nonostante quest'ultimo già da tempo avesse [declinato](#) perché impegnato nel piano distribuzione vaccini nella Regione Lombardia – e Fratelli d'Italia ha manifestato la propria perplessità, il critico d'arte Vittorio Sgarbi, eletto in Forza Italia alla Camera e ora al Gruppo misto, ha proposto la sua [candidatura](#) o la celebrazione delle [primarie](#) interne alla coalizione. Per quanto concerne, infine, l'ultima questione, Enrico Letta ha [proposto](#) di eleggere due donne Capogruppo alla Camera e al Senato per evitare maschilismi, invitando Del Rio e Marcucci a dimettersi dalla carica. Mentre il primo raccoglieva positivamente l'[invito](#) del segretario di dimettersi, il secondo inizialmente manifestava resistenza tacciando di genericità la proposta di Letta, salvo poi convocare i senatori per l'elezione del nuovo Capogruppo. Il **25 marzo** la senatrice Simona Malpezzi è stata [eletta](#) all'unanimità. Più [tesa](#) la situazione nel Gruppo alla Camera dove la candidata Marianna Madia ha inviato una lettera al Capogruppo uscente Graziano Del Rio, accusando che fosse in corso un processo di cooptazione mascherata; accuse smentite dall'ex Ministro del Governo Renzi e dall'altra candidata, Debora Serracchiani la quale ha manifestato la propria disponibilità al confronto. Il **30 marzo**, con 66 voti a favore Serracchiani è stata [eletta](#) nuovo Capogruppo. Madia ha ottenuto, invece, 24 voti.

Anche il Movimento 5 Stelle ha dovuto affrontare continue [tensioni](#) al suo interno, complici anche i continui botta e risposta che da mesi caratterizzano lo scontro tra i vertiti e l'associazione Rousseau gestita da Davide Casaleggio il quale ha continuato a chiedere ai parlamentari grilli eletti il contributo che gli stessi si sono impegnati a versare per usufruire dei servizi offerti dalla piattaforma. Il **4 marzo**, l'associazione ha [annunciato](#) che sarebbe stato reso noto un manifesto evocativo di una possibile scissione all'interno del [Movimento](#), '[ControVento](#)', con cui si

richiamano gli ideali del Movimento, pubblicato il **10 marzo** sul sito del Blog delle stelle. Non si è fatta attendere la replica del garante Beppe Grillo che dal suo blog personale ha lanciato la [rivoluzione “Mite”](#), tracciando la rotta politica del Movimento per una sua rifondazione. Il rilancio del partito di maggioranza relativo è passato attraverso Conte che da leader *in pectore* si è messo subito al lavoro per affrontare i [temi](#) del rapporto con Rousseau, l'eventuale modifica del simbolo, il rapporto con i dissidenti e gli espulsi, ma soprattutto quello delle alleanze e del doppio mandato. Per quanto concerne il primo punto, il **24 marzo** Conte e Letta si sono [incontrati](#) al Nazareno per discutere sull'opportunità di stringere un'alleanza politica per le prossime elezioni amministrative autunnali, aprire un centro sinistra largo e promuovere colloqui sistematici. Relativamente al secondo punto, il **26 marzo**, nel corso di una riunione congiunta dei parlamentari grillini Grillo, illustrando l'importanza della transizione ecologica, ha [ribadito](#) che la regola del doppio mandato è un pilastro fisso del Movimento, assicurando, però, che i parlamentari che avrebbero terminato il secondo non sarebbero stati abbandonati. Le dichiarazioni del cofondatore hanno colto di sorpresa i partecipanti alla riunione innescando [reazioni polemiche](#) con un ultimatum lanciato a Giuseppe Conte che, in caso avesse confermato il principio ribadito da Grillo, avrebbero abbandonato il Movimento. Significativa in questo senso, per comprendere le dinamiche interne al Movimento, l'[iniziativa](#) di alcuni parlamentari del Movimento che hanno promosso la nascita di un'associazione culturale 'Italia Più 2050' diretto a garantire compattezza al disegno politico di Conte.

Le dinamiche politiche hanno fatto da sfondo all'azione di governo per il contrasto alla pandemia da Covid-19. Le critiche espresse nei mesi precedenti delle forze politiche alla gestione dell'emergenza epidemiologica da parte del Commissario straordinario Domenico Arcuri hanno portato il Presidente Draghi a [convocarlo](#) a Palazzo Chigi. In quell'occasione, ringraziandolo per il lavoro svolto, lo ha invitato a rassegnare le dimissioni, [nominando](#) il Generale Francesco Paolo Figliuolo nuovo commissario straordinario per l'emergenza Covid-19. La crisi economica che ha colpite le categorie produttive del Paese ha imposto al Governo di mettere in atto una strategia di supporto. La strategia di contrasto al Covid-19 ha riguardato anche la messa a punto delle generali misure di contrasto e del piano vaccinale. A fronte dell'aumento del numero dei contagi, il **2 marzo** il Presidente Draghi ha emanato un nuovo [decreto](#) con cui, accanto alle zone gialle, arancioni e rosse, è stata istituita una zona bianca dove si è prevista la cessazione delle misure restrittive in vigore nelle zone bianche ed è stato previsto l'istituzione di due tavoli tecnici permanenti presso il Ministero della salute con la presenza dei singoli rappresentanti delle Regioni e del comitato tecnico-scientifico e uno di confronto con le Regioni. Il **12 marzo**, il Governo, ha invece, emanato un ulteriore [decreto legge](#) contenente ulteriori misure di contrasto all'emergenza epidemiologica.

In una serie di [vertici](#) che Draghi ha tenuto con le forze politiche di maggioranza e con gli Enti locali sono state previste [misure](#) riversate nel cd. [decreto sostegni](#), illustrato dallo stesso Presidente in una [conferenza stampa](#) del **19 marzo** con la partecipazione dei Ministri dell'economia Franco e del lavoro Orlando. Nelle fasi preliminari di predisposizione del decreto, si sono verificate [tensioni](#) all'interno della maggioranza, in particolare tra Salvini e Draghi. Il

leader della Lega premeva affinché nel decreto venissero previste misure di stralcio di tutte le cartelle esattoriali fino a 5000 euro e non solo per i redditi più bassi. Nella riunione tenutasi prima dell'inizio del Consiglio dei Ministri - slittato di due ore - fra Draghi, Franco e Salvini il Presidente Draghi ha ritenuto di non dover accogliere le richieste della Lega trovando una mediazione nella proposta di cancellare le vecchie cartelle per coloro i cui redditi Irpef arrivano a 30mila euro, con orizzonte temporale dal 2011 al 2015. La vicenda ha innescato, altresì, un [botta e risposta](#) tra Letta e Salvini con accuse e frecciate ironiche.

I [ritardi](#) nella consegna delle dosi promesse da Astrazeneca, prima [sospeso](#), successivamente autorizzato nuovamente per presunte connessioni con l'insorgere di trombosi e la lenta somministrazione dei vaccini per coloro che superano gli ottant'anni di età, hanno indotto il Governo e il commissario straordinario Figliuolo a dettare le tappe per velocizzare le immunizzazioni. Nella [road map](#) tracciata, si è fissato il numero di cinquecentomila vaccinazioni giornaliere da raggiungere entro il mese di aprile, in modo tale che l'80% degli italiani siano vaccinati entro settembre, dando priorità alle categorie più fragili attraverso il potenziamento delle strutture vaccinali e l'implemento di unità mediche e infermieristiche. Significativa in questo senso la spinta che Mario Draghi ha dato alle Regioni, [criticate](#) proprio per non avere assicurato priorità alle categorie più anziane del Paese. A tali osservazioni ha risposto duramente il Presidente della Regione Campania che, con una dura [invettiva](#), ha accusato il Presidente di demagogia.

In prossimità delle vacanze pasquali il Governo si è confrontato sulle nuove misure da adottare. Il **26 marzo** Draghi ha convocato e presieduto la cabina di regia, ove si è deciso di estendere il blocco degli spostamenti sul territorio nazionale fino al 30 aprile e di riaprire le scuole in zona rossa fino alla prima media. Lo stesso Presidente del Consiglio ha illustrato le misure concordate in un'apposita [conferenza stampa](#). Sulle decisioni adottate è [intervenuto](#) polemicamente Matteo Salvini che non si è dichiarato d'accordo sulla chiusura dell'Italia ancora per tutto il mese di aprile, salvo poi [smorzare](#) le polemiche manifestando la propria disponibilità a collaborare. Proprio sulle riaperture il Presidente Draghi ha manifestato l'intenzione di accelerare. In un [incontro](#) con le Regioni tenutosi il **29 marzo**, il Presidente del Consiglio ha sottolineato la necessità di riprogrammare le riaperture garantendo sicurezza per la salute ma anche la messa in atto di condizioni favorevoli per la ripresa economica del sistema Italia che deve avvenire in unità di intenti e collaborazione. Da parte loro, i Presidenti delle Giunte hanno chiesto di rivedere la soglia dei contagi rapportata agli abitanti su cui basare il colore delle Regioni, garanzie sulla disponibilità delle dosi di vaccino e di essere coinvolte nella redazione del *Recovery plan*. Il dialogo e il clima di collaborazione promosso da Draghi ha contribuito ad allontanare le [tensioni](#) che si sono verificate nei giorni precedenti tra il Governo e il Presidente della Regione Campania De Luca che, contestando il ritardo con cui l'Aifa procedeva a verificare l'efficacia del vaccino russo Sputnik, ne [ha acquistato](#), con contratto 'congelato', in autonomia dosi, attirandosi anche le [critiche](#) del Presidente della Conferenza Stato-Regioni, Bonaccini.

Pertanto, per tutto il mese di **aprile** è stato prorogato il regime di differenziazione basato sulle diverse colorazioni, imponendo la scelta obbligata tra zona rossa o arancione (sospendendo quella

bianca e quella gialla) a seconda degli indici. Il Governo ha infatti approvato il nuovo decreto anti Covid, in vigore dal 7 al **30 aprile**, confermando il sistema precedentemente in atto e, contestualmente, introducendo due importanti novità: l'obbligo di vaccinazione per il personale medico e sanitario (prevedendo assegnazione a diverse mansioni ovvero sospensione della retribuzione) e lo svolgimento in presenza dei servizi educativi e dell'attività didattica valido su tutto il territorio nazionale, di modo da impedire ai Presidenti di Regione di emanare ordinanze per disporre la chiusura degli istituti scolastici. Il provvedimento approvato dal Consiglio dei Ministri è stato il frutto di un accordo concluso dal Presidente del Consiglio tra le due visioni antagoniste: l'una rigorista, l'altra favorevole alle riaperture. Nonostante la mediazione, [i sindaci e i Presidenti delle Province, per voce del Presidente Anci](#), hanno manifestato il proprio dissenso, accusando il Governo centrale di non essere stati consultati né informati.

Nel frattempo, il Governo ha cominciato a lavorare sul Documento di economia e finanza e sul testo del *Recovery plan*, per dimostrare a *Bruxelles* che l'Italia sarà in grado di onorare gli impegni e di utilizzare i 195 miliardi di risorse previste dal piano europeo. Una volta ottenuto l'assenso da parte del Parlamento, l'Esecutivo ha focalizzato l'attenzione sul Piano italiano di ripresa e resilienza, non solo per renderlo più omogeneo, ma altresì per dar luogo a un coordinamento con il Def. Peraltro, i Ministri impegnati direttamente nelle procedure attuative del *Recovery* hanno posto l'attenzione sulla necessità di velocizzare e semplificare la burocrazia e, a tal ragione, i Ministri Giovannini, Cingolani e Garavaglia hanno [manifestato l'intenzione](#) di istituire all'interno dei rispettivi dicasteri delle strutture che vedono la partecipazione diretta di rappresentanti della Corte dei conti, del Consiglio di Stato e di alcuni Ministeri.

Dal punto di vista politico, all'inizio di **aprile** il sistema italiano è stato caratterizzato da una certa attività. Per quanto riguarda il [Movimento 5 Stelle](#), Conte ha accettato la sfida della sua rifondazione. Nel corso di una assemblea che ha visto la partecipazione degli eletti al Parlamento italiano ed europeo, delle Assemblee regionali e dei Comuni, Conte ha proposto di dar luogo a incontri di confronto, lanciando la proposta della "piazza delle Idee" per ristrutturare il Movimento e, tralasciando temporaneamente il nodo dei due mandati, ha ipotizzato che la prima sede fisica possa essere la città di Roma. Questo qualche settimana prima della [rottura definitiva con Rousseau](#). L'associazione, guidata dal figlio di Gianroberto Caseggio, aveva dato come ultimatum la data del **23 aprile** per il pagamento del debito arretrato di circa 450mila euro accumulato dal M5S. Non avendo ricevuto notizie in merito, a nome di Rousseau è stato pubblicato un post sul Blog delle Stelle nel quale è stata sancita la rottura, inevitabile perché pur avendo *sollecitato costantemente la risoluzione delle criticità...e proposto concretamente un accordo di partnership per rafforzare e chiarire il legame tra Rousseau e il Movimento*, ciò non è avvenuto. La [replica](#) del capo politico *in pectore* dei pentastellati non si è fatta attendere. Conte, con un post su Facebook, ha annunciato la rottura del sodalizio.

Il segretario nazionale del Partito democratico, invece, ha dato via a una serie di incontri politici finalizzati alle alleanze per il voto amministrativo autunnale, nonché a una serie di incontri istituzionali. Per questo, nella giornata del **primo aprile**, Letta ha incontrato Tajani, il leader di Sì [Nicola Fratoianni](#) e la [dirigenza dei Verdi \(Bonelli e Grandi\)](#), nonché i Presidenti delle Camere

e il [Capo dello Stato](#), mentre il **3 aprile** ha incontrato il leader di IV Renzi. Se il segretario Letta ha concentrato i propri incontri con personalità politiche italiane, nella stessa giornata il leader della Lega ha invece [incontrato il premier ungherese Orbán e quello polacco Morawiecki](#) per lanciare il progetto “rinascimentale” di una nuova destra europea, come valida alternativa alla sinistra. L’obiettivo di Salvini, ancora lontano, sarebbe quello di creare un nuovo gruppo parlamentare all’Assemblea di Strasburgo, unire Identità e democrazia a *Rassemblement national* di Marine Le Pen e ai Conservatori e riformisti (Ecr). Una volta rientrato da Budapest, [Salvini ha poi incontrato, nella giornata dell’8 aprile, il Presidente Draghi](#) a Palazzo Chigi per sondare il tema delle riaperture delle attività.

Lo scontro politico si è però riaperto dopo Pasqua su due temi caldi. Il primo è quello dell’iter legis sul disegno di legge recante misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità, [cd. ddl Zan](#), su cui sono fortemente contrari la Lega, Fratelli d’Italia e buona parte di Forza Italia. La questione si è parzialmente risolta, giacché, dopo molte resistenze, il provvedimento è stato [calendarizzato in Commissione Giustizia](#) del Senato il **28 aprile**, benché subito dopo il Presidente dell’organo collegiale, leghista, si è [autonomamente relatore](#).

Il secondo attrito ha invece riguardato il [Copasir](#). Il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, istituito dall’articolo 30 della [legge n.124 del 2007](#), è un organismo composto da cinque deputati e cinque senatori nominati entro venti giorni dall’inizio della legislatura dai Presidenti dei due rami del Parlamento in proporzione al numero dei componenti dei Gruppi parlamentari, garantendo comunque la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni. A seguito del cambio di maggioranza, il Copasir non rispecchia più la rappresentanza paritaria di maggioranza e opposizione e, dopo due lettere e un fermo di oltre due mesi, nella riunione dell’**8 aprile**, il [Presidente dell’organo ha proposto le dimissioni](#) dei membri per sbloccare l’impasse in cui l’organo si trova. La tensione è notevolmente aumentata quando il Presidente Volpi ha deciso di non rassegnare le proprie dimissioni, nonostante il pressing della leader di Fratelli d’Italia, e quando il **14 aprile** [gli azzurri Vito e Urso](#) hanno deciso di rimettere il mandato.

Nonostante lo strappo politico, la maggioranza si è nuovamente confrontata sul *Recovery plan*. A tal ragione, il Presidente Draghi ha avviato con un ciclo di incontri con tutti i Gruppi parlamentari, iniziando dal Movimento 5 Stelle e dalla Lega, in vista della trasmissione del piano a *Bruxelles*, che deve avvenire entro l’ultimo giorno di **aprile**. Inoltre, il [Consiglio dei Ministri](#), riunitosi il **15 aprile**, ha approvato il Documento di economia e finanze che deve essere presentato alle Camere per l’approvazione, nonché la richiesta di scostamento di bilancio da 40 miliardi di euro.

Uno dei componenti del collegio ministeriale è stato oggetto di aspre critiche nel corso del mese di **aprile**, tradottesi in una vera e propria mozione di sfiducia individuale. Il Ministro Speranza, titolare del dicastero alla salute, è stato destinatario di numerose polemiche, principalmente provenienti da Fratelli d’Italia e la cui opportunità politica non è stata condivisa dalla Lega. Proprio quest’ultima, poi, è stata particolarmente concentrata sul cd. “decreto-

riaperture”, dando battaglia in Consiglio dei Ministri sull’orario del coprifuoco, chiedendo che fosse posticipato oltre le 22.00. Questo perché la linea del Presidente Draghi, sostenuto da una parte della maggioranza, è quella di procedere con allentamenti progressivi e graduali per evitare di vanificare ogni sforzo fatto fino a oggi. Dure critiche ha sollevato il comportamento della componente leghista, perché se da un lato il [Ministro Giorgetti si è astenuto dal voto in Consiglio dei Ministri](#), rappresentando un dietrofront rispetto alla posizione condivisa con il Presidente del Consiglio nella cabina di regia del **16 aprile**; dall’altro particolari contestazioni sono state sollevate a seguito delle dichiarazioni del leader Salvini al termine della riunione del Cdm. Nonostante ciò, il Governo ha approvato il decreto che introduce un vero e proprio cronopogramma delle riaperture tra aprile e luglio, determinando uno strappo con le Regioni. I punti maggiormente questionati dai Governatori sono stati quelli del coprifuoco alle 23.00, dei permessi ai servizi di ristorazione e della scuola. A seguito delle decisioni del Governo centrale, il Presidente della Conferenza delle Regioni [Fedriga](#) ha criticato la scelta che ha sostanzialmente “incrinato la reale collaborazione tra Stato e Regioni”, ciò in concomitanza con le oramai consuete critiche in tema di campagna vaccinale, quando [il Presidente della Regione Campania De Luca](#) ha annunciato l’intenzione di vaccinare le categorie produttive dopo gli over 80, nonostante le indicazioni del Governo.

Peraltro, in Consiglio dei Ministri è stato oggetto di trattazione anche il Piano nazionale di ripresa e resilienza, presentato dal Ministro Franco, che ha previsto lo stanziamento di 221,5 miliardi, di cui 191,5 del *Recovery fund* e 30 miliardi per le cd. opere “*extra Recovery*” da utilizzare fino al 2026. La gestione di tali fondi, ribattezzata *governance*, sarà centralizzata e posta in capo a una struttura di coordinamento istituita presso Palazzo Chigi, anche se saranno previste *task force* presso i singoli dicasteri.

Una volta ottenuta la deliberazione del Consiglio dei Ministri, il Presidente Draghi si è presentato alle Camere per le Comunicazioni in vista della trasmissione alla Commissione europea del piano europeo di ripresa. Le risoluzioni sulle Comunicazioni del Capo del Governo sono state approvate sia alla [Camera](#) sia al [Senato](#), rispettivamente con 442 voti favorevoli, 19 contrari e con l’astensione del gruppo della Meloni, e con 224 voti favorevoli, 16 contrari e 21 astenuti. Dopo l’avallo del Parlamento, Draghi ha nuovamente convocato il Consiglio dei Ministri per un passaggio finale prima della ufficiale trasmissione alla Commissione europea, con la quale nelle settimane precedenti il Governo ha avuto un intenso scambio sui contenuti e sulla fattibilità dei progetti italiani. Nel corso della stessa riunione, il Cdm ha altresì approvato il testo di un decreto legge che [istituisce il fondo complementare al Recovery da 30,6 miliardi da spendere fino al 2023](#). Pur completate le fasi di presentazione e approvazione, dopo un breve e improvviso confronto con le Regioni, la strada rimane in salita dal momento che già dal mese di maggio inizierà la fase attuativa del piano, con un serrato cronoprogramma da realizzare per non perdere i fondi stanziati.

Nel frattempo non è rientrata la *querelle* tra Lega e Fratelli d’Italia, quest’ultima oramai con un piede fuori dall’asse del centro-destra. Ciononostante, per evitare di sancire una rottura definitiva, la Lega e [Forza Italia hanno deciso di astenersi dal voto sull’ordine del giorno presentato da](#)

[Fratelli d'Italia](#), finalizzato a valutare l'opportunità, nei provvedimenti di prossima emanazione, di assicurare che nelle zone gialle i ristoranti possano rimanere aperti fino alle 24, [respinto da 233 senatori](#). Tale azione mostra un quadro particolarmente distonico tra atteggiamenti e intenti: se da un lato la Lega minaccia battaglia sui principali canali di comunicazione, dall'altro però assume un atteggiamento maggiormente conciliante sul versante parlamentare. Peraltro, l'astensione dal voto ha sollevato critiche e malumori tra il Partito democratico, il Movimento 5 Stelle e Leu, poi tendenzialmente rientrate con la bocciatura, anche grazie al voto leghista, sulle [mozioni di sfiducia presentate al Senato nei confronti del Ministro Speranza](#).

Lo scontro politico non ha però avuto ripercussioni sul decreto per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2021. Il testo, approvato il [29 aprile](#) dalla Camera dei deputati, comporta lo slittamento delle elezioni amministrative al periodo autunnale. Ciò mentre [Enrico Letta e Giuseppe Conte preparano l'alleanza progressista](#) per le prossime elezioni politiche del 2023, da testare però con i prossimi e obbligati appuntamenti, ovvero sia quello delle amministrative e quello dell'elezione del Presidente della Repubblica.

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

Il Movimento 5 Stelle ha convocato la propria Assemblea degli iscritti il **9** e il **10** febbraio in prima convocazione e il **16** e **17** febbraio in seconda convocazione per votare un documento programmatico circa il suo futuro e con particolare riguardo alla governance, interna in termini di organizzazione, regole e principi. Il documento programmatico riporta anche le [modifiche allo Statuto](#) da sottoporre al voto degli iscritti sulla piattaforma *Rousseau*.

Il **29 gennaio**, a seguito delle consultazioni con il Presidente Mattarella, il reggente Crimi ha diffuso [comunicazioni](#) circa il dialogo intercorso con il Capo dello Stato. Gli iscritti sono stati poi chiamati ad esprimersi su un eventuale supporto a un Governo presieduto da Mario Draghi [inizialmente calendarizzato per le giornate del 10 e 11 febbraio](#). [Il voto è stato temporaneamente sospeso](#) nel corso del **10 febbraio** e [concentrato nella sola giornata dell'11 febbraio](#). I risultati, derivanti dalla partecipazione di 74.537 iscritti, hanno consacrato la vittoria dei [Sì con il 59,3 per cento delle preferenze](#) (44.177 voti).

Per quanto riguarda le modifiche statutarie, invece, [i risultati della prima votazione sono stati resi noti il 10 febbraio](#), mentre quelli della [seconda votazione sono stati pubblicati il 17 febbraio](#). Gli iscritti hanno approvato le modifiche dello Statuto del Movimento 5 Stelle, sostituendo la figura del Capo Politico con il nuovo organo collegiale denominato "Comitato direttivo". Tale organo si compone di 5 membri ed è eletto mediante consultazione online secondo le procedure approvate dal Comitato di Garanzia e resta in carica 3 anni. Al fine di consentire una transizione uniforme per portare all'elezione del Comitato direttivo, il Movimento ha lanciato il progetto del [Conclave degli iscritti](#).

Il **20 febbraio** il [Collegio dei Probiviri](#) ha deciso a maggioranza dei suoi componenti di espellere, a norma dello Statuto, dai rispettivi Gruppi parlamentari 40 tra deputati e senatori.

Dopo l'*àut àut* del mese di marzo, il **23 aprile** si è registrata ufficialmente la [rottura tra il M5S e la piattaforma Rousseau](#). Il giorno successivo all'addio dell'associazione Rousseau al Movimento

[Giuseppe Conte](#) ha ratificato la separazione, anticipando la volontà di dar luogo a un progetto di rifondazione da presentare nel corso di un grande evento online, aperto e partecipato che si dovrebbe tenere nel mese di maggio.

PARTITO DEMOCRATICO

A seguito della riunione telematica tra il Segretario Zingaretti, il capodelegazione Franceschini, il vicesegretario Orlando e i capigruppo di Camera e Senato, Delrio e Marcucci, il Partito democratico con una [nota](#) diffusa il **12 gennaio**, ha manifestato la propria contrarietà all'apertura della crisi.

Il **5 febbraio** il Segretario Zingaretti [ha chiesto ufficialmente](#) mandato alla Direzione nazionale per avallare il nuovo Governo a guida di Mario Draghi.

Il **9 febbraio** la [delegazione del Partito democratico](#) ha incontrato il premier incaricato. Al termine dell'incontro è stato pubblicato il [programma](#) presentato a Mario Draghi. A seguito di ciò, l'**11 febbraio**, il Segretario Zingaretti ha presentato una [relazione alla Direzione nazionale](#) del partito.

Lo stesso Zingaretti ha rassegnato le proprie dimissioni dal ruolo di Segretario nazionale il **4 marzo**. Per questo è stata convocata la riunione dell'Assemblea nazionale del Partito Democratico il **14 marzo**, per [l'elezione del nuovo segretario nazionale](#). Tale Assemblea è stata anticipata dalla riunione con i segretari regionali e delle città metropolitane e con i segretari provinciali del partito. In quella occasione, dopo un [intervento](#), è stato eletto l'unico candidato Enrico Letta e il nuovo tesoriere [Walter Verini](#). Il neo eletto Segretario nazionale Letta ha poi nominato [Irene Tinagli e Giuseppe Provenzano al ruolo di vicesegretari del partito](#) nella giornata del **17 marzo**, mentre il **18 marzo** la [Segreteria Nazionale](#).

A seguito dell'invito del neo segretario Letta, i capigruppo della Camera e del Senato hanno fatto un passo indietro al fine di consentire l'elezione di due candidate di genere femminile. Il **25 marzo** è stata eletta all'unanimità, per alzata di mano, la [senatrice Simona Malpezzi](#) al ruolo di Presidente del Gruppo parlamentare del Senato, mentre il **31 marzo** è stata eletta la [deputata Deborah Serracchiani](#) al ruolo di Presidente del Gruppo parlamentare della Camera.

Il **9 aprile** il segretario del Partito Democratico [Enrico Letta ha nominato](#) Carla Bassu e Andrea Giorgis Coordinatori del Comitato di esperti in materia di Costituzione, Democrazia e Riforme istituzionali.

Il **17 aprile** [l'Assemblea nazionale del Partito democratico ha eletto](#) Irene Tinagli e Giuseppe Provenzano vicesegretari del Pd.

LEGA

Dopo il "[no](#)" di Guido Bertolaso come candidato sindaco per Roma, la Lega ha ufficialmente iniziato la [campagna elettorale](#) in vista delle elezioni calendarizzate per l'autunno 2020.

ITALIA VIVA

Il **13 gennaio** in una conferenza stampa che ha visto la partecipazione attiva del leader Matteo Renzi, i Ministri Bellanova e Bonetti e il Sottosegretario Ivan Scalfarotto, hanno reso note le motivazioni delle rispettive dimissioni dalle posizioni all'interno del Consiglio dei Ministri.

Il **21 marzo** il [Sen. Comencini ha deciso di abbandonare](#) il Gruppo, portando così i membri a 17.

PARLAMENTO

LE COMUNICAZIONI DEL MINISTRO SPERANZA IN AULA

Il **13 gennaio** il Ministro della salute Speranza si è presentato in Senato per rendere comunicazioni sulle ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza da Covid-19. L'Assemblea ha approvato le proposte di risoluzione nn. [1 \(testo 2\)](#), [2 e 3 \(testo 2\)](#) e [i punti 3\) e 7\) del dispositivo della proposta n. 4](#).

Il Ministro Speranza è tornato al Senato il **24 febbraio** per rendere comunicazioni. Qui l'Assemblea ha approvato la proposta di risoluzione n. 2 della maggioranza con 235 voti favorevoli, 23 contrari e nessuna astensione.

LE COMUNICAZIONI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO CONTE PRIMA DELLE DIMISSIONI

Il **18 gennaio** la Camera ha votato, con 321 voti favorevoli e 259 contrari, la fiducia sulle comunicazioni del Presidente del Consiglio Conte, sulla situazione politica. Dopodiché, il Premier Conte si è presentato al Senato. Qui, il **19 gennaio**, l'Aula del Senato ha rinnovato la fiducia al Governo approvando la proposta di risoluzione n. [1](#), presentata dalla maggioranza, sulle comunicazioni rese nella mattinata dal Presidente del Consiglio dei Ministri Conte sulla situazione politica in atto, con 156 voti favorevoli, 140 contrari e 16 astensioni.

LA CREAZIONE DEL GRUPPO “EUROPEISTI-MAIE-CENTRO DEMOCRATICO” AL SENATO

Il **27 gennaio**, il Presidente del Senato Casellati ha reso noto all'Aula la formazione del Gruppo parlamentare (Eu-MAIE-CD), costituito dai senatori Buccarella, Cario, Causin, De Bonis, De Falco, Fantetti, Marilotti, Merlo, Rossi e Rojc. L'assemblea del Gruppo ha eletto Presidente il senatore Fantetti e Vice Presidente il senatore Causin. Dal **24 febbraio** il Gruppo ha assunto la denominazione Europeisti-MAIE-Centro Democratico (Europeisti-MAIE-CD), dopodiché si è provveduto allo scioglimento il **29 marzo**.

Come nel precedente caso di Italia Viva, il Gruppo è stato creato grazie a un escamotage procedurale che sostanzialmente aggira l'art. 14 del Regolamento. Tale ipotesi è stata possibile grazie all'adesione del sen. Merlo eletto nella circoscrizione Estero America meridionale con il simbolo MAIE (Movimento Associativo Italiani all'Estero). Addirittura, come in una delle più fantascientifiche interpretazioni delle disposizioni regolamentari, si era in un primo momento ipotizzato di creare il gruppo grazie al “prestito” del simbolo “Centro Democratico” da parte dell'on. Tabacci al sen. De Falco. Men che mai, in questo caso le specificazioni sono rafforzative, giacché un membro della Camera avrebbe prestato il simbolo presentato alle elezioni a un membro del Senato, eletto sotto un altro simbolo, per la creazione di un Gruppo parlamentare.

LE CONSULTAZIONI DEL PRESIDENTE DELLA CAMERA IN VIRTÙ DEL MANDATO ESPLORATIVO

Le [consultazioni con le forze politiche](#) del Presidente della Camera dei deputati si sono svolte il **30** e il **31 gennaio**. Il Presidente Fico ha incontrato nella giornata del **30 gennaio** i Gruppi parlamentari di Camera e Senato del Movimento 5 Stelle, del Partito Democratico, di Italia Viva – PSI e Italia Viva, di Liberi e Uguali della Camera dei deputati; mentre nella giornata del **31**

gennaio ha incontrato gli "Europeisti - MAIE - Centro Democratico" del Senato, le Autonomie (SVP-PATT, UV) del Senato, il Gruppo Parlamentare Misto della Camera dei deputati limitatamente alle Componenti che fanno riferimento alla maggioranza (Centro Democratico-Italiani in Europa; Maie-Movimento associativo Italiani all'estero-Psi; Minoranze linguistiche) e del Gruppo Parlamentare Misto del Senato limitatamente ai componenti che fanno riferimento alla maggioranza. In considerazione della emergenza sanitaria il numero di giornalisti presenti è stato fissato a 18 per ciascuna fase delle consultazioni e, a tal ragione, è stato condiviso con l'Associazione Stampa Parlamentare di effettuare un sorteggio tra le testate che abbiano iscritti all'Associazione stessa. Per garantire l'accesso a tutti, inoltre, la Camera dei deputati si è attivata per garantire la copertura audiovisiva attraverso la webtv, il canale satellitare, garantendo altresì la fornitura di fotografie e riprese video delle delegazioni.

LE CONSULTAZIONI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO INCARICATO

Il primo giro di consultazioni con le forze politiche del Presidente del Consiglio incaricato Draghi si sono svolte a partire dal **4 febbraio**. Il secondo giro di [consultazioni del Presidente incaricato](#) si è tenuto l'8 e il **9 febbraio 2021**

LE RIUNIONI DELLE GIUNTE PER IL REGOLAMENTO DI CAMERA E SENATO

La Giunta per il Regolamento della Camera si è riunita il **10 marzo**. Il Presidente Fico, dopo aver anticipato l'intenzione di convocare a stretto giro la Giunta per fare un primo punto rispetto al lavoro istruttorio in corso e dopo aver invitato i colleghi ad assumere contatti con i relatori presso la Giunta del Senato, ha evidenziato come obiettivo prioritario quello di dar luogo agli adeguamenti necessari al Regolamento per fare in modo che non vi siano impedimenti per la prossima legislatura.

La Giunta del Senato si è riunita due volte. Nella prima riunione, intercorsa il **27 gennaio**, sono state affrontate questioni interpretative relative alle componenti politiche del gruppo misto. La Presidente del Senato ha messo in luce una problematica sorta nelle ore antecedenti la riunione. La stessa ha infatti sottoposto all'attenzione dell'organo collegiale di aver ricevuto due lettere: l'una dalla Presidente del Gruppo Misto con cui veniva comunicata la costituzione da parte del senatore De Falco della componente politica "Centro Democratico", l'altra dal senatore Fantetti, in cui si dichiarava che il senatore De Falco fosse tra i componenti del nuovo Gruppo parlamentare Europeisti-MAIE-Centro Democratico. Dopo aver condiviso la notizia e ascoltato i membri della Giunta, il Presidente del Senato ha concluso che la Giunta non potesse far altro *che prendere atto della volontà inequivocabile del senatore De Falco di aderire ad un nuovo Gruppo, cessando conseguentemente di appartenere al Gruppo Misto*. Nella stessa riunione, la Giunta è stata chiamata ad esprimersi su ulteriori richieste relative ai requisiti per la costituzione di componenti politiche all'interno del Gruppo Misto. In conclusione, il Presidente del Senato ha fatto presente che sia *necessario adottare un parametro di riferimento chiaro per quanto riguarda le elezioni per le quali viene presentato il contrassegno e, riconoscendo l'orientamento favorevole ad un rinvio delle questioni all'ordine del giorno, ha osservato di ritenere opportuna la definizione dei singoli aspetti che la Giunta deve approfondire*.

I membri della Giunta sono tornati sull'argomento nella [riunione](#) del **17 marzo**, con l'obiettivo di stabilire con chiarezza *i criteri di carattere generale in base ai quali può essere consentita la costituzione di componenti politiche*. Dopo un vivo dibattito, la discussione è stata rinviata a una successiva seduta.

Nel frattempo, nell'altro ramo del Parlamento, il sen. Calderoli ha depositato la proposta di modifica al Regolamento parlamentare. Il documento [Doc. II n. 6](#) reca disposizioni relative

all'adeguamento del Regolamento del Senato alla modifica costituzionale del numero dei parlamentari d'iniziativa del senatore Calderoli. Nello specifico, si tratta di due soli articoli: l'art. 1 reca disposizioni direttamente correlate alla riduzione del numero dei Senatori, mentre l'art. 2 è finalizzato a consentire l'immediata funzionalità dell'Assemblea parlamentare.

Il **17 marzo** anche il sen. Zanda ha presentato una proposta di modificazione al Regolamento parlamentare che reca modifiche agli articoli 12, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 40, 53, 54, 55, 56, 84, 100, 102-bis, 109, 127, 135-bis, 135-ter, 139-bis, 151, 151-bis, 161, nonché introduzione dell'articolo 20-bis ([DOC. II, N. 7](#)). Il testo, che si compone di 25 articoli, si concentra su quattro aspetti rilevanti introducendo modifiche al metodo della programmazione; all'adeguamento del ruolo del Presidente di Assemblea ad un nuovo parlamentarismo che si sviluppava tumultuosamente; al rilancio dell'iter legislativo secondo il modello costituzionale e all'ampliamento del ruolo delle Commissioni, specie con riguardo alla funzione di controllo.

I DECRETI LEGGE SULLE CONSULTAZIONI ELETTORALI 2021

La Commissione Affari costituzionali ha approvato il testo del ddl n. [2066](#), di conversione in legge del [decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2](#), recante ulteriori disposizioni in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemologica da Covid-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021. Il testo è stato approvato dall'Aula del Senato il **3 marzo** con 122 voti favorevoli, 27 contrari e 88 astenuti; dopodiché è stato trasmesso all'altro ramo del Parlamento. Alla Camera, il testo [C.2921](#) è stato approvato in via definitiva l'**11 marzo** con 220 voti a favore, 25 contrari e 132 astenuti.

Il **10 marzo**, la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame del ddl n. [2120](#), di conversione del [decreto-legge n. 25 del 5 marzo](#), recante disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2021. Dopo l'approvazione nel collegio ristretto, il testo è passato all'esame del *plenum*. Nel corso della seduta del **7 aprile** l'Aula ha approvato con modifiche il testo del provvedimento con 205 voti favorevoli, 17 contrari e 7 astensioni. Il testo [C. 3002](#) è stato poi trasmesso di nuovo alla Camera, ove l'esame in Commissione è iniziato il **13 aprile** e si è concluso il **22 aprile**, mentre la discussione in Assemblea è iniziata il **26 aprile**. Qui, in ragione dell'ostruzionismo parlamentare, [il Governo ha deciso di porre la questione di fiducia](#). A seguito di ciò, è stata convocata d'urgenza la conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari dal momento che l'approvazione del decreto deve avvenire entro la prima settimana di maggio, pena la decadenza *ex tunc*.

I DISEGNI DI LEGGE DI RIFORMA COSTITUZIONALE

Il **13 gennaio**, alla Camera è stato avviato l'esame della proposta di legge recante modifica all'articolo 6 della [legge 20 giugno 2003, n. 140](#), concernente la ripartizione tra le Camere della competenza in materia di autorizzazioni ai sensi dell'articolo 68, terzo comma, della Costituzione ([2755](#)). L'esame è stato assegnato alle Commissioni riunite I Affari Costituzionali e II Giustizia.

L'**11 marzo**, il **31 marzo** e l'**8 aprile** è iniziato in Commissione affari costituzionali della Camera l'esame delle proposte di legge costituzionale C. [1854](#) Barelli, C. [2938](#) Morassut e C. [2961](#) Ceccanti, recanti modifica all'articolo [114](#) della Costituzione, in materia di ordinamento e poteri della città di Roma, capitale della Repubblica, e delle proposte di legge C. [2893](#) Magi, C. [2923](#) De Angelis e C. [2931](#) Francesco Silvestri, recanti disposizioni in materia di ordinamento e poteri della città di Roma, capitale della Repubblica.

Al Senato, invece, la Commissione affari costituzionali ha visto nel mese di **marzo** e **aprile** un rinnovato interesse in tema di riforme costituzionali, riprendendo l'esame dei ddl di riforma

dell'art. 9 della Costituzione, in tema di ambiente. Difatti, risultano in corso di esame in Commissione i seguenti ddl: [S.2160](#) Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente; [S.1632](#) Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità generazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente; [S.1627](#) Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela ambientale e sostenibilità; [S.1532](#) Modifica all'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente; [S.1203](#) Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni; [S.938](#); Modifiche agli articoli 2, 9 e 41 della Costituzione, in materia di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile. Inoltre è stato ripreso l'esame del [A.S.1825](#) relativo alla costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale nel titolo V della parte seconda della Costituzione.

INTRODUZIONE VINCOLO PER LEGISLATORE A SEGUITO REFERENDUM ABROGATIVO

Il **12 gennaio**, la Commissione affari costituzionali del Senato ha ripreso il ciclo di audizioni informali nell'ambito dell'esame del ddl costituzionale n. [852](#) di modifica dell'articolo [75](#) della Costituzione, concernente l'introduzione di un vincolo per il legislatore di rispettare la volontà popolare espressa con *referendum* abrogativo. Il **24 marzo** è stato costituito un comitato ristretto che a partire dal **7 aprile** ha avviato l'esame del testo.

INTRODUZIONE DEL VOTO "FUORISEDE" PER LE ELEZIONI REGIONALI E COMUNALI

Sulla base di una iniziativa di alcuni studenti, supportata da due costituzionalisti (i Proff. Bin e Curreri), è stata presentata alla Camera dei deputati, il **9 aprile**, la proposta di legge recante modifiche alla [legge 2 luglio 2004, n. 165](#), e al testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di esercizio del diritto di voto per le elezioni regionali e comunali da parte degli elettori temporaneamente domiciliati fuori della regione di residenza" ([A.C. 3007](#)). Il provvedimento è stato assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il **23 aprile**.

PROFILI COSTITUZIONALI "PASSAPORTO VACCINALE"

A partire dal **30 marzo**, la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato una indagine sull'affare assegnato n. [755](#), sui profili costituzionali dell'eventuale introduzione di un "passaporto vaccinale" per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS-COV-2. Perciò l'**8** e il **20** aprile si è tenuto un ciclo di audizioni informali in videoconferenza.

IL CD. DECRETO SOSTEGNI

Il **22 marzo**, il Governo Draghi approvato il testo di un decreto legge recante misure di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19 (decreto sostegni). Il testo è stato presentato alle Camere per il relativo procedimento di conversione. A tal ragione, il Senato ha avviato l'esame del ddl n. [2144](#) di conversione del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41. La 5^a Bilancio e la 6^a Finanze e tesoro hanno avviato l'esame in sede referente il **31 marzo**.

IL DOCUMENTO DI ECONOMIA E FINANZA 2021

Il **21 aprile**, la Commissione Bilancio del Senato, dopo un ciclo di audizioni informali svolto in seduta congiunta con la [omologa Commissione Bilancio della Camera](#), ha concluso l'esame del Documento economia e finanza 2021 (Doc. [LVII, n. 4](#)) e dell'annessa [Relazione](#) al Parlamento, predisposta ai sensi dell'articolo 6 della [legge 24 dicembre 2012, n. 243](#).

Nella seduta del 22 aprile, l'Aula del Senato ha approvato le proposte di risoluzione di maggioranza, n. [2 \(testo 2\)](#), relativa al Documento di economia e finanza 2021 (Doc. [LVII, n. 4](#)) e n. [100](#), relativa all'annessa [Relazione](#) al Parlamento sull'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine, predisposta ai sensi dell'articolo 6 della [legge 24 dicembre 2012, n. 243](#).

LA LETTERA CONGIUNTA DEI PRESIDENTI DELLE CAMERE AL PRESIDENTE DEL COPASIR

A seguito della richiesta formulata da Fratelli d'Italia e in risposta a una [missiva inviata loro dal Presidente del Copasir Volpi](#) il **23 febbraio**, i Presidenti delle Camere hanno espresso la propria posizione in data **6 aprile**. Con una lettera da entrambi firmata, gli stessi hanno comunicato gli esiti delle loro valutazioni rispetto alla composizione del Comitato e alla sua Presidenza. Difatti, con la formazione di una maggioranza diversa e più ampia a sostegno del Governo Draghi rispetto alla precedente, l'organo non corrisponde più alle previsioni recate dalla [legge n. 124 del 2007](#). Gli organi monocratici al vertice delle Assemblee di Camera e Senato hanno espresso l'impossibilità di poter *mettere in atto alcun intervento di carattere autoritativo sul Comitato. Non possono infatti né imporre dimissioni, né revocare i componenti, né sciogliere o dichiarare l'organo decaduto*, rinviando la risoluzione della questione a un accordo politico tra le forze. Questo lascia [concretamente ipotizzare](#) che la leader di Fratelli d'Italia possa sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale.

ANCORA SULLA QUESTIONE DEI VITALIZI

Il **15 aprile** la [Commissione Contenziosa del Senato si è pronunciata a favore di due ricorrenti](#). L'ex senatore e Presidente della Regione della Lombardia Formigoni e l'ex senatore Del Turco che avevano entrambi presentato ricorso avverso la sospensione del trattamento economico di fine mandato maturato a seguito dei contributi versati (cd. vitalizio). L'organo, chiamato a dirimere la questione, [ha dato ragione a entrambi i ricorrenti](#) giacché hanno entrambi diritto, per legge, al trattamento perché lo stesso ha natura pensionistica. In questo modo, la Commissione ha sostanzialmente annullato la cosiddetta [delibera Grasso-Boldrini del 2015](#) che aveva annullato il versamento delle somme relative ai trattamenti previdenziali. Questo perché, sulla base della legge del 2019 che ha convertito il dl sul Reddito di cittadinanza, i cittadini a cui va sospeso il pagamento dei trattamenti previdenziali sono coloro che, condannati in via definitiva si siano resi latitanti o siano evasi.

IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR)

Il **26 aprile** il Presidente del Consiglio Draghi ha reso alla [Camera dei Deputati](#) le [Comunicazioni](#) in vista della trasmissione alla Commissione europea del [Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza](#).

IL TENTATIVO DI SFIDUCIA AL SINGOLO MINISTRO

Il **28 aprile** si è tenuta nell'Assemblea del Senato la discussione delle mozioni n. [341](#), [Ciriani](#) ed altri, n. [342](#), [Paragone](#) ed altri e n. [343](#), [Crucioli](#) ed altri, di sfiducia individuale nei confronti del

Ministro della salute, Roberto Speranza. [Tutte le mozioni sono state respinte dal Senato](#): la n. 1-00341 ha visto 221 contrari, 29 a favore e 3 astenuti; la n. 1-00342 206 contrari, 29 a favore e 2 astenuti; mentre la n. 1-00343 204 contrari, 28 a favore e 2 astenuti.

GOVERNO

LE RIUNIONI DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI A GUIDA GIUSEPPE CONTE

La prima riunione del Consiglio dei Ministri del 2021 si è tenuta il **4 gennaio**, in seduta notturna. In questa occasione il collegio ha approvato un altro decreto-legge che, tra le altre cose, introduce ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Il testo rinnova il divieto di spostamento interregionale su tutto il territorio nazionale per il periodo compreso tra il 7 e il 15 gennaio, mentre per i giorni 9 e 10 gennaio la misura è più allentata per la zona arancione.

Dopo lo slittamento del Cdm previsto per il 7 gennaio, la [riunione](#) è stata convocata per il **12 gennaio**, sempre in seduta notturna. I Ministri hanno approvato la proposta di Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che dovrà dare attuazione al programma *Next Generation EU*. Dopo l'approvazione, il [testo](#) è stato trasmesso alle Camere al fine di acquisirne le valutazioni. La riunione lampo è stata però interrotta per lasciare tempo a una breve decantazione e spegnere gli animi più agguerriti e riconvocata 24 ore dopo. Il Consiglio dei Ministri si è riunito nuovamente il **13 gennaio** per approvare la proroga dello stato di emergenza. Difatti, dopo la nota del Ministro della salute e il parere del Comitato tecnico scientifico, lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 30 aprile 2021. A tal ragione, è stato altresì approvato il testo di un decreto legge che proroga, al 30 aprile 2021, il termine entro il quale potranno essere adottate o reiterate le misure finalizzate alla prevenzione del contagio ai sensi dei decreti-legge n. 19 e 33 del 2020. Peraltro, al fine di consentire una più efficiente e facile attuazione del piano vaccinale, si è deciso di istituire una piattaforma informativa nazionale finalizzata a centralizzare le attività di distribuzione sul territorio nazionale delle dosi vaccinali. I ministri hanno poi concordato di rinviare alla finestra temporale del 20 maggio le elezioni suppletive per i seggi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica dichiarati vacanti entro il 28 febbraio 2021, le elezioni dei Comuni i cui organi sono stati sciolti ai sensi dell'articolo 143 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

I Ministri si sono incontrati di nuovo il **14 gennaio** per approvare la Relazione al Parlamento redatta ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, da presentare alle Camere, ai fini dell'autorizzazione dell'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine (OMT), con cui si richiede l'autorizzazione al ricorso all'indebitamento per altri 32 miliardi di euro. Inoltre è stato adottato un decreto-legge che introduce misure urgenti in materia di accertamento, riscossione, nonché adempimenti e versamenti tributari.

Dopo una breve riunione intercorsa il **21 gennaio**, il Consiglio dei Ministri a guida Conte si è riunito per l'ultima volta il 26 gennaio. Oltre ad approvare un decreto-legge recante misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento del Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), i Ministri sono stati informati dal Presidente Conte della sua intenzione di recarsi dal Presidente della Repubblica Mattarella per rassegnare le dimissioni del Governo.

Un'ultima riunione si è tenuta il 29 gennaio, non solo per approvare il necessario provvedimento di proroga di termini in materia di accertamento, riscossione, adempimenti e versamenti tributari,

nonché di modalità di esecuzione delle pene in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ma altresì per approvare tredici decreti legislativi che introducono misure necessarie al recepimento di direttive o all'attuazione di regolamenti dell'Unione europea.

LE CONSULTAZIONI DELL'INCARICATO MARIO DRAGHI

Fallito il mandato esplorativo affidato al Presidente della Camera Fico finalizzato a verificare la possibilità di una maggioranza politica, affidato il **29 gennaio**, il Presidente della Repubblica Mattarella ha convocato per il **3 febbraio** Mario Draghi che, a seguito dell'incontro, ha accettato, come da prassi, l'incarico con riserva.

LA CERIMONIA DELLA CAMPANELLA

Dopo il giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica, il **13 febbraio** il neo Presidente del Consiglio [è giunto a palazzo Chigi](#). Dopo il saluto del Segretario Generale della Presidenza del Consiglio, è stato accompagnato nella Sala dei Galeoni dove è stato accolto dal Presidente uscente Conte, con cui ha fatto il passaggio di consegne nello Studio Presidenziale. A seguito di un incontro riservato tra i due (e poi allargato ai Sottosegretari di Stato), il Presidente Draghi e l'uscente Conte sono tornati nel Salone dei Galeoni dove ha avuto luogo la celebre cerimonia di consegna della campanella del Consiglio dei Ministri.

LE RIUNIONI DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI A GUIDA MARIO DRAGHI

La [prima riunione](#) del nuovo collegio dei Ministri a guida Draghi è intercorsa il **13 febbraio**. Nel corso della riunione il neo Presidente del Consiglio ha proposto la nomina di Roberto Garofoli al ruolo di Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, con le funzioni di Segretario del Consiglio. Dopo che i Ministri hanno condiviso la scelta del Presidente Draghi, il Sottosegretario Garofoli ha prestato giuramento e assunto le proprie funzioni. Nel corso della stessa riunione, il Presidente Draghi inoltre conferito ai Ministri senza portafoglio alcuni specifici incarichi.

Il Consiglio è stato nuovamente convocato il **22 febbraio**. In questa [riunione](#), il Presidente Draghi il Ministro della salute Speranza, hanno proposto l'approvazione di un decreto-legge che introduce ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Il provvedimento ha esteso le misure emergenziali sino al 27 marzo su tutto il territorio nazionale, prorogando il regime delle diverse zone gialla, arancione e rossa.

[I Ministri si sono riuniti nuovamente](#) due giorni dopo, il **24 febbraio**, per sciogliere il nodo politico sulla nomina dei Sottosegretari. In tutto sono stati nominati trentanove Sottosegretari, di cui sei con la funzione di Viceministro. Nella [riunione del 26 febbraio](#), invece, per approvare il decreto "ministeri", vale a dire il provvedimento recante le disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri, per l'introduzione del Ministero della transizione ecologica e la relativa rideterminazione delle competenze degli altri dicasteri coinvolti.

Nella riunione del **4 marzo** è stato approvato il [rinvio delle consultazioni elettorali](#) con il provvedimento recante disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2021. La finestra, salvo ulteriori rinvii derivanti dall'emergenza pandemica, dovrebbe essere quella tra il 15 settembre e il 15 ottobre 2021, in cui dovrebbero tenersi: le elezioni dei consigli comunali e circoscrizionali previste tra il 15 aprile e il 15 giugno 2021, le elezioni suppletive per i seggi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica dichiarati vacanti entro il 31 luglio 2021; le elezioni amministrative nei Comuni i cui organi sono stati sciolti, quelle per l'annullamento delle elezioni degli organi delle amministrazioni comunali in alcune sezioni,

anche se già indette, quelle nei Comuni i cui organi devono essere rinnovati per motivi diversi dalla scadenza, se le condizioni che ne rendono necessario il rinnovo si verificano entro il 27 luglio 2021, nonché le elezioni degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario, anche se già indette, e quelle relative agli organi elettivi per i quali entro il 31 luglio 2021 si verificano le condizioni che ne rendono necessario il rinnovo.

Dopo una riunione lampo intercorsa l'**11 marzo**, il [CdM si è riunito](#) il giorno successivo, **12 marzo**, per l'approvazione di un [decreto-legge](#) che introduce misure urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del COVID-19 nel periodo compreso tra il **15 marzo** e il **6 aprile**. Nel corso della stessa riunione il Presidente Draghi ha condiviso con i Ministri la proposta di nominare l'olimpionica Valentina Vezzali a Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con delega allo Sport. Il Consiglio dei Ministri è stato sentito ai fini dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri recanti le deleghe di funzione ai Ministri senza portafoglio, già nominati.

Dopo una interruzione di una settimana, i [Ministri si sono riuniti](#) il **19 marzo** per l'approvazione del provvedimento recante [misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali](#), connesse all'emergenza da COVID-19, cd. "decreto ristori". A seguito dello scostamento di bilancio già autorizzato dal Parlamento, il decreto dispone uno stanziamento di circa 32 miliardi di euro al fine di potenziare gli strumenti di contrasto alla diffusione del contagio da COVID-19 e di contenere l'impatto sociale ed economico delle misure di prevenzione adottate, come sostegno alle imprese e agli operatori del terzo settore.

Il Cdm, riunitosi in un [breve incontro](#) il **25 marzo** per ascoltare il Ministro dell'innovazione e della transizione digitale Colao in merito agli obiettivi e alle priorità per la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, in coerenza con le ambizioni del EU Digital Compass 2030, è tornato a riunirsi il **31 marzo**. In quella occasione, oltre ad approvare la delega di funzioni conferita dal Ministro Di Maio alla Sottosegretaria Marina Sereni, ai fini della proposta di nomina alla carica di Vice Ministro, i Ministri hanno ascoltato il Presidente Mario Draghi in ordine alla proposta della nomina della senatrice Caterina Bini a Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Contestualmente, i Ministri hanno approvato [il testo di un decreto-legge](#) che introduce misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici, che prevede la proroga fino al 30 aprile 2021 dell'applicazione delle disposizioni del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 marzo 2021 e di alcune misure già previste dal decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30.

La riunione successiva è stata particolarmente frammentata. Difatti, il Cdm si è incontrato il 13, il 14 e il 15 aprile. Se nella prima riunione ha deliberato di impugnare una legge regionale, nelle due successive è stato oggetto di discussione il Documento di economia e finanza. Dopo l'illustrazione da parte del Ministro della Economia e delle Finanze Franco sul quadro macroeconomico e le grandezze di finanza pubblica in prospettiva della presentazione [intercorsa il 14 aprile, il Consiglio dei Ministri](#) ha approvato il Documento di economia e finanza (DEF) 2021, nonché la Relazione al Parlamento da presentare alle Camere ai fini dell'autorizzazione dell'aggiornamento del piano di rientro verso l'Obiettivo di medio termine (OMT) il **15 aprile**.

Il **21 aprile** [il Consiglio dei Ministri è tornato a riunirsi](#) per approvare il cd. [decreto "riaperture"](#). Il [testo](#) del provvedimento reca misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19, delineando un vero e proprio cronoprogramma relativo alla progressiva eliminazione delle restrizioni rese necessarie per limitare il contagio da virus SARS-CoV-2. Nella riunione

convocata nella tarda serata del **24 aprile**, invece, [i Ministri](#) hanno prima approvato il testo del [Piano per la ripresa e la resilienza](#) (presentato dal Ministro dell'Economia Franco), di cui all'articolo 18 del Regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, e al Fondo nazionale complementare; poi i Ministri hanno approvato la delega ai fini dell'attribuzione del titolo di Vice Ministro dell'economia e delle finanze al Sottosegretario on. Laura Castelli e sentito dal Presidente Mario Draghi in ordine alla modifica della delega di funzioni al Ministro per i rapporti con il Parlamento D'Incà, conseguente alla nomina a Sottosegretaria di Stato della sen. Bini.

[L'ultima riunione del Cdm](#) relativa al quadrimestre ivi trattato si è tenuta il **29 aprile**. Nel corso della riunione il Consiglio dei Ministri ha ascoltato il Ministro dell'economia e delle finanze Franco, che ha svolto una informativa in merito al Piano per la ripresa e la resilienza, ai fini della presentazione alla Commissione europea. A seguito di ciò, i Ministri hanno approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti relative al fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti. Inoltre, nella stessa occasione, è stato approvato un decreto-legge che introduce disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Oltre ad approvare la delega ai fini dell'attribuzione del titolo di Vice Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili alla senatrice Teresa Bellanova e all'onorevole Alessandro Morelli, i Ministri sono stati informati dal Sottosegretario alla Presidenza Garofoli circa il monitoraggio dei provvedimenti attuativi della XVIII legislatura. Con una relazione, sono stati resi noti i ritardi nell'adozione dei decreti attuativi e, a tal ragione, si è deciso di dare un'accelerazione da parte del Governo, giacché *le conseguenze della ritardata o mancata adozione di provvedimenti attuativi sono significative anche in termini di immobilizzazioni di risorse finanziarie.*

LA NOMINA DEL NUOVO COMMISSARIO STRAORDINARIO PER L'EMERGENZA COVID

Tra i suoi primi atti da premier, il **primo marzo** Mario Draghi ha [nominato il Generale di Corpo d'Armata Francesco Paolo Figliuolo](#) nuovo Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, che ha sostituito il precedente Domenico Arcuri.

GLI INCONTRI DEL PREMIER CON GLI ESPONENTI POLITICI

Il Presidente del Consiglio ha incontrato alcuni esponenti politici nella sede di Palazzo Chigi. Se l'**8 aprile** ha incontrato [Pierluigi Bersani](#), il **9 aprile** ha incontrato il neo Segretario del Partito democratico [Enrico Letta](#).

LE CONFERENZE STAMPA DEL PREMIER

Rispetto al suo predecessore, il Presidente Draghi ha deciso di centellinare le conferenze stampa, chiedendo altresì ai suoi Ministri di tenere un basso profilo. In particolare, l'**8 aprile** il premier ha convocato una [conferenza stampa](#) avente ad oggetto la vicenda AstraZeneca e la campagna vaccinale. La [conferenza successiva](#), convocata il **16 aprile**, ha visto la partecipazione del Presidente Draghi e del Ministro della Salute Speranza. In questa occasione il Presidente Draghi ha illustrato i tre blocchi di provvedimenti finalizzati a rilanciare il Paese: una chiara road map delle riaperture, misure di sostegno all'economia e alle imprese, rilancio della crescita grazie agli investimenti.

LA PRESENTAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA ALLE

CAMERE

A seguito della 15esima riunione del Consiglio dei Ministri, nel corso della quale è stato approvato il Piano nazionale di ripresa e resilienza, il Presidente del Consiglio ha presentato alle Camere il testo del PNNR, corredato di [premessa](#) e di altra documentazione ([Composizione del PNRR per missioni e componenti](#), [Riforme e investimenti nelle missioni del PNRR](#), [Proposta di investimenti a valere sulla programmazione complementare al PNRR](#), [Il Mezzogiorno nel PNRR](#), [Piano strategico grandi attrattori culturali a valere su Fondi Nazionali](#)) ed è intervenuto per le relative comunicazioni in vista della trasmissione alla Commissione europea e per le relative repliche dapprima alla Camera ([26 aprile](#)) e in seguito al Senato ([27 aprile](#))

CAPO DELLO STATO

CRISI DI GOVERNO E CONSULTAZIONI AL QUIRINALE

Al manifestarsi dei primi fermenti politici in senso alla coalizione di Governo e al manifestarsi dei suoi effetti con il ritiro della delegazione di Italia Viva, il **14 gennaio**, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte è [salito](#) al Quirinale per illustrare al Presidente della Repubblica lo stato della situazione politica annunciando il proposito di promuovere in Parlamento un chiarimento politico. Contestualmente, Sergio Mattarella ha firmato il decreto con il quale sono state presentate le dimissioni di Teresa Bellanova ed Elena Bonetti, rispettivamente Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali e della famiglia.

Il **26 gennaio** Giuseppe Conte è stato [ricevuto](#) nuovamente da Sergio Mattarella al quale rassegnava le dimissioni da Presidente del Consiglio. Il Capo dello Stato, accettandole con riserva, invitava il Presidente dimissionario a rimanere in carica per il disbrigo degli affari correnti. Simultaneamente, è stato pubblicato, a cura dell'Ufficio stampa della Presidenza della Repubblica, il [calendario delle consultazioni](#) con i Gruppi parlamentari e con il Presidente emerito della Repubblica Giorgio Napolitano – [interpellato telefonicamente](#) – ai fini di confronto sulle possibili soluzioni alla crisi di governo.

All'esito delle consultazioni, il **29 gennaio** Mattarella ha [convocato](#) il Presidente della Camera dei deputati Roberto Fico, [conferendogli](#) un mandato esplorativo con il compito di verificare l'esistenza di una maggioranza politica composta a partire dai Gruppi che, nelle Camere, sostenevano l'Esecutivo guidato da Giuseppe Conte. Lo stesso Fico, al termine del colloquio, ha reso una [dichiarazione](#) alla stampa.

Il **2 febbraio**, all'esito del fallito tentativo di Roberto Fico di provare a superare le divergenze programmatiche e metodologiche createsi in senso alla maggioranza di governo, Sergio Mattarella nel saluto alla stampa, ha [illustrato](#) le proprie intenzioni a fronte della necessità di formare un Governo nel pieno dei propri poteri per affrontare le emergenze sanitarie, economiche, sociali e finanziaria, appellandosi a tutte le forze politiche affinché diano il proprio sostegno a un Governo di alto profilo, non politicamente caratterizzato, [convocando](#) al Palazzo del Quirinale Mario Draghi, con il proposito di [conferirgli](#) l'incarico di provare a formare un Governo di unità nazionale. Subito dopo il Presidente incarico ha rilasciato una [dichiarazione](#) alla stampa.

Il **3 febbraio** l'ex Presidente della Banca centrale europea ha [accettato](#) l'incarico con riserva, impegnandosi a consultare nel più breve tempo possibile le forze politiche presenti in Parlamento. A seguito delle consultazioni, il **12 febbraio** Mario Draghi ha [sciolto la riserva](#), [accettando](#) l'incarico conferitogli.

Il **13 febbraio**, il nuovo Governo ha [giurato](#) nelle mani del Capo dello Stato nel Salone delle

feste del Palazzo del Quirinale.

DICHIARAZIONE NEL GIORNO DELLA MEMORIA

Il **27 gennaio**, in occasione della giornata dedicata alla memoria delle vittime dell'olocausto, il Capo dello Stato ha [sottolineato](#) come il ricordo esprime un dovere di umanità e civiltà e che è necessario preservare la memoria di quanto accaduto per alimentare il rispetto dell'uguaglianza, della libertà e della dignità umana.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DEL 150° ANNIVERSARIO DI ROMA CAPITALE D'ITALIA

Il **3 febbraio** il Capo dello Stato, inviando un [messaggio](#) al Sindaco di Roma Virginia Raggi per il centocinquantenario della città Capitale d'Italia, ne ha ricordato il ruolo prezioso per completare il percorso risorgimentale e il contributo dato per la formazione Paese unito intorno a una Carta costituzionale. Ne ha sottolineato, altresì, l'importanza per una crescita sostenibile ed equa nonché la centralità per lo sviluppo dell'intero Paese.

DICHIARAZIONE NEL GIORNO DEL RICORDO

Il **10 febbraio**, nel giorno del ricordo, il Presidente ha [ricordato](#) la sofferenza delle popolazioni dell'Europa centro-orientale e il contributo di quanti, in forma singola e associata, ne vivificano il ricordo tramandandolo alle giovani generazioni, affinché vengano sempre valorizzati i principi di democrazia, pace e libertà.

IL PRESIDENTE CELEBRA IL 160° ANNIVERSARIO DELL'UNITÀ D'ITALIA

Il **17 marzo** il Capo dello Stato, nel festeggiare il centosessantesimo anniversario dalla proclamazione dell'Unità d'Italia, ha [ricordato](#) come l'Unità nazionale abbia formato una Nazione unita, democratica e coesa e di come la pandemia da coronavirus abbia contribuito a rafforzare il sentimento di coesione e solidarietà reciproca.

PARTECIPAZIONE IN VIDEO CONFERENZA AL CONSIGLIO EUROPEO

Il **24 marzo** il Capo dello Stato ha [partecipato](#) con il Presidente del Consiglio Mario Draghi alla seduta del Consiglio europeo svoltasi in modalità telematica.

MESSAGGIO PER LA FESTA DELLA LIBERAZIONE

Il **25 aprile**, nel corso della [cerimonia](#) tenutasi al palazzo del Quirinale in occasione del 76° anniversario della festa della liberazione, il Capo dello Stato ha [ricordato](#) il sacrificio di quanti, combattendo nelle file della resistenza, hanno contribuito ad innestare quel processo di rinascita, unità, coesione su cui si è ispirata la Repubblica. È proprio sulla base di questi principi, avverte il Capo dello Stato, che occorre sforzarci per uscire dalla tragedia pandemica e operare congiuntamente per ribadire con forza i principi cardine del nostro Paese.

CORTE COSTITUZIONALE

SULLA LEALE COLLABORAZIONE TRA STATO E REGIONI IN MATERIA DI EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA

Con [sentenza n. 37/2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della [legge regionale della Regione Valle d'Aosta, n. 11/2020 recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza"](#). Il rimettente lamentava la violazione dell'[articolo 25](#), comma 2, [117, comma 2, lett. m\), q\) e h\)](#) e [comma 3, 118 e 120](#) nonché il principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni. Nello specifico, la legge regionale impugnata prevedeva misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 diverse da quelle previste a livello nazionale, sovrapponendosi, così, al legislatore nazionale. Il Giudice delle leggi, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale sollevata, ha ricondotto la fattispecie normativa alla competenza esclusiva statale della materia della profilassi internazionale. Quest'ultima implica che spetta esclusivamente allo Stato dettare norme omogenee e uniformi su tutto il territorio nazionale per prevenire e contrasto emergenze pandemiche, anche in considerazione della diffusione geografica del virus, potendo altresì imporre alle Regioni criteri e modalità di conseguimento degli obiettivi a livello legislativo e amministrativo, senza che le stesse – ad autonomia ordinaria e speciale – possano disapplicare norme nazionali ritenute non opportune. Nel dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata la Consulta fa presente, infine, che lo Statuto speciale della Regione Valle d'Aosta non prevede alcuna attribuzione avente ad oggetto la materia della profilassi internazionale.

PRINCIPI IN MATERIA DI ELETTORATO PASSIVO

Con [sentenza n. 35/2021](#), la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Genova nei confronti dell'art. 8 del [decreto legislativo n. 235/2012](#) che prevede la sospensione automatica dalla carica per delitti contro la pubblica amministrazione per contrasto con il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni in materia di elettorato passivo e con l'art. 3 del [Protocollo aggiuntivo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali](#) che sancisce il principio a libere elezioni. La Consulta, nel respingere la questione di legittimità, ha statuito che in materia di elettorato passivo sussiste la discrezionalità del legislatore nel displicare l'accesso alle cariche elettive, attraverso un'operazione di bilanciamento di principi e valori volta a tutelare l'imparzialità e l'onorabilità delle cariche elettive. Né, sostiene il Giudice delle leggi, si può ravvisare una violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni perché il primo è competente in via esclusiva a regolamentare tutto ciò che ricade nella materia "ordine pubblico e sicurezza" ex art. [117, comma 2, lett. h\) Cost.](#)

SUL RICALCOLO DEGLI ASSEGNI VITALIZI DEI DEPUTATI DELL'ASSEMBLEA REGIONALE SICILIANA

Con [sentenza n. 44/2021](#), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione siciliana n. 19/2019 concernente ["Disposizioni per la rideterminazione degli assegni vitalizi"](#) accogliendo parzialmente la questione di legittimità costituzionale sollevata per contrasto con gli articoli [3](#) e [117, comma 3](#) Cost. e con il principio della leale collaborazione e del coordinamento della finanza pubblica. La legge regionale era stata approvata in considerazione dell'*intentio* del legislatore nazionale di procedere ad un ricalcolo degli assegni vitalizi dei componenti i Consigli regionali e dell'Ars ancorandolo al metodo contributivo, rimettendone la determinazione dei criteri per la ridefinizione dei trattamenti *de qua* alla Conferenza Stato-Regioni. La legge regionale impugnata prevedeva una limitazione temporale di cinque anni a fonte delle disposizioni nazionali che prevedono un ricalcolo senza limiti. Il Giudice delle leggi,

nell'accogliere parzialmente i rilievi formulati dall'Avvocatura dello Stato, ha statuito che non spetta ad una legge regionale declinare il nuovo regime di trattamento vitalizio in modo discrezionale, con riduzione temporanea, in dispregio delle indicazioni nazionali e del principio del coordinamento della finanza pubblica atto a preservare l'equilibrio economico-finanziario del Paese.

PRINCIPI SUL CONTENZIOSO PREELETTORALE NELLE ELEZIONI POLITICHE

Con [sentenza n. 48/2021](#) la Consulta ha dichiarato non fondate e inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate avverso i commi 1 e 2 dell'art. 18-bis del [d.p.r. n. 361/1957](#) contenente il "Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati" nella parte in cui prevede il numero minimo delle sottoscrizioni che devono essere raccolte da una lista per le elezioni politiche e la loro non applicazione per quelle liste proiettate su un Gruppo parlamentare. Ad avviso dei ricorrenti, queste norme sono irragionevoli poiché integrano una restrizione del diritto elettorale passivo, in contrasto con i principi della partecipazione e rappresentanza democratica e del libero esercizio del diritto di voto. La Corte ha ritenuto infondata e inammissibile, rispettivamente, la prima e la seconda doglianza a fronte della discrezionalità legislativa data dalla necessità di garantire la serietà delle candidature e dall'assenza di motivazione e difetto di interesse dei ricorrenti. Al contempo, tuttavia, il Giudice delle leggi ha rammentato il fondamentale diritto al ricorso verso l'autorità giudiziaria ordinaria, giudice naturale dei diritti competente ad avere cognizione della violazione del diritto elettorale passivo relativamente all'esclusione delle liste e delle candidature.

SULLA RETROATTIVITÀ DELLE SENTENZE DI ACCOGLIMENTO

Con [sentenza n. 68/2021](#) la Corte ha giudicato costituzionalmente illegittimo l'art 30, comma 4, della [legge 11 marzo 1953, n. 87](#) recante norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Milano per contrasto con l'art. [136 Cost.](#) relativo all'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento nella parte in cui – nello stabilire che «[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» – non estende tale disposizione anche alle «sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU». La Consulta ha accolto la questione di legittimità sollevata ritenendo la norma impugnata in contrasto con l'art. [3 Cost.](#) Difatti, secondo il Giudice delle leggi, laddove la sanzione amministrativa che si aggancia ad una norma dichiarata illegittima presenti natura punitiva non c'è ragione di continuare ad applicarla. Data la considerazione che una sanzione di tal fatta può essere maggiormente pregiudizievole per la persona, in ossequio al principio di legalità costituzionale e con quello di eguaglianza, la portata retroattiva delle sentenze di accoglimento deve estendersi anche alle sanzioni amministrative.

LA CORTE SOLLEVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SULL'EGUAGLIANZA CONIUGALE NELL'ATTRIBUIRE IL COGNOME AI FIGLI

Con [ordinanza n. 18/2021](#) la Corte costituzionale ha sollevato dinanzi a sé stessa questione di legittimità costituzionale dell'[art. 262](#), comma 1 del codice civile a mente del quale "Il figlio [naturale] assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è stato effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio [naturale] assume il cognome del padre." La Corte ritiene di dover valutare se, in caso di mancato comune accordo

tra i coniugi sul cognome da dare al figlio, l'automatica applicazione della regola dell'attribuzione del cognome parentale, espressione di una concezione patriarcale della famiglia, integri un'illegitimità costituzionale, data la violazione del principio di eguaglianza tra i coniugi, del diritto all'identità personale e della salvaguardia dell'unità familiare.

CSM

INTERVENTO DEL CAPO DELLO STATO

Il **23 marzo** il Capo dello Stato, nella qualità di Presidente del Consiglio superiore della Magistratura è [intervenuto](#) alla riunione plenaria per augurare buon lavoro al neo Ministro della Giustizia Marta Cartabia e sottolineare l'importanza degli adempimenti che, nell'ambito del Recovery Fund, concernono il settore della giustizia, relativamente ai progetti di riforma all'attenzione del Parlamento. Infine, Sergio Mattarella ha dato il proprio plauso per l'importante parere che il Consiglio ha espresso ai fini della costituzione di una Procura europea.

ELEZIONE DI UN COMPONENTE TOGATO

Nelle [elezioni suppletive](#) per un componente togato del Consiglio superiore della Magistratura tenutesi il **12** e il **13 aprile**, è risultata eletta Maria Tiziana Balduini, Presidente di sezione del Tribunale di Roma.

AUTONOMIE

FEDRIGA NUOVO PRESIDENTE DELLA CONFERENZA STATO-REGIONI

Il **9 aprile** il Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia Massimiliano Fedriga è stato [eletto](#) nuovo Presidente della Conferenza Stato-Regioni, succedendo al Presidente della Regione Emilia-Romagna Stefano Bonaccini.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021

Maria Francesca Serra*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La bozza di Riforma 2020: dall'ipotesi di un Testo Unico all'approvazione dei decreti attuativi. Il “caso” del decreto attuativo n. 1 e la reazione del CIO. – 3. Il decreto 29 gennaio 2021, n. 5, cd. “Salva CONI”. – 4. Il decreto 29 gennaio 2021, n. 5 “Salva CONI”. – 5. La Crisi di Governo. – 6. I primi provvedimenti del Governo Draghi. – a) I D.Lgs. del 28 febbraio 2021. – b) Il cd. Decreto Sostegni. – c) La nomina a Sottosegretario di Valentina Vezzali. – 7. Considerazioni conclusive. – 8. – Appendice Normativa (gennaio/aprile 2021).

1. Premessa.

Il momento storico che stiamo attraversando, segnato dalla pandemia da COVID-19, ha messo a dura prova i sistemi di tutto il mondo, portando alla luce diverse criticità in ogni settore.

Anche l'ordinamento sportivo, chiaramente, non è andato esente da questa presa di coscienza circa l'inadeguatezza di molte discipline e, anzi, ha avuto modo di vedere sottolineati con violenza molti dei suoi “punti deboli”¹.

La consapevolezza di dover “svecchiare” il sistema, tuttavia, era stata raggiunta ben prima della pandemia.

La L. 86/2019², come noto, aveva già posto le basi per una revisione e un riordino della materia “ordinamento sportivo”, delegando il Governo ad adottare, entro l'agosto del 2020, una serie di decreti di riforma che spaziavano in vari ambiti.

Molte discipline apparivano, infatti, oramai vetuste e non più al passo con i tempi e con il mutato contesto sociale e culturale³.

* Docente a contratto di Diritto sportivo presso Unicusano-Roma.

¹ Sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *L'autonomia sportiva ai tempi dell'emergenza sanitaria da COVID19*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1/2020.

² L. 8 agosto 2019, n. 86, in G.U. Serie Generale n. 191 del 16 agosto 2019.

³ Se lo sport è stato per lungo tempo considerato un momento di gioco e qualcosa di “superfluo”, oggi tale visione risulta completamente cambiata. Lo sport è un lavoro e un valore. Una esigenza sempre più sentita anche in termini di investimento in salute da cui, dunque, sembra non potersi prescindere, al pari di altri diritti costituzionalmente garantiti come quello allo studio.

L'ambito del "lavoro sportivo", per esempio, risultava legato ancora alla normativa posta dalla L. 81/91⁴ sul professionismo che, per sua espressa disposizione, ha un ambito di applicazione limitato a ben definite categorie di soggetti, così creando una disparità di trattamento non indifferente tra atleti che esercitano, in sostanza, la medesima attività⁵.

Allo stesso modo, sembrava essere indietro anche il discorso legato alle pari opportunità, dal momento che il settore femminile era completamente escluso dalla possibilità di accedere al professionismo e, quindi, al lavoro sportivo, con tutte le lacune in punto di tutela che ne conseguono⁶.

L'emergenza sanitaria, rispetto a queste problematiche già emerse, ha semplicemente accelerato e reso ancor più indispensabili i lavori di riforma.

Come sappiamo, il *lockdown* nazionale, resosi necessario nei primi periodi della pandemia, ha portato alla chiusura di tutte le attività, ivi comprese quelle sportive, sia a livello di competizioni e campionati, sia a livello di allenamenti o semplice accesso a impianti e palestre.

Ci si è trovati, allora, nel pieno della necessità di tutelare una enorme platea di lavoratori di fatto che dallo sport traevano la loro unica fonte di reddito e che si trovavano a far fronte a una interruzione forzata della propria attività. Si è dovuto fare i conti, cioè, con il problema tangibile di come conciliare le disposizioni di legge esistenti – che tutelavano solamente la categoria dei lavoratori *ex lege* - con le situazioni di fatto e quindi con l'inadeguatezza della disciplina del lavoro sportivo, non solo in un contesto emergenziale ma anche in quello della realtà odierna⁷.

Il processo iniziato nel 2019, con la L. 86, dunque, è proseguito nel 2020 con i lavori preparatori di una Riforma decisamente ambiziosa e, per alcuni aspetti, forse, anche un po' "frettolosa", mossa dall'obiettivo di riportare al passo con i tempi un settore sottoposto a una disciplina decisamente "stretta" rispetto alle dimensioni e all'importanza raggiunta e di dare dignità e adeguata tutela alla summenzionata platea di lavoratori sportivi "di fatto" che, ancora nel momento in cui si scrive, vedono fortemente limitata, se non addirittura interdetta, la loro attività⁸.

⁴ L. 23 marzo 1981, n. 91, in G.U. Serie Generale n. 86 del 27 marzo 1981.

⁵ Si ricorda che l'ambito soggettivo di applicazione della L. 91/81 è quello di cui al proprio art. 2: "Ai fini dell'applicazione della presente legge, sono sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico sportivi e i preparatori atletici, che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguono la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle federazioni stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica". In base a tale legge, dunque, l'autonoma determinazione federale circa l'istituzione di un settore professionistico funge da unico *discrimen* per la qualificazione in termini di rapporto di lavoro degli atleti, con ovvie conseguenze sulla posizione della stragrande maggioranza degli atleti.

⁶ L'autonomia riconosciuta alle Federazioni circa la scelta sull'istituzione o meno del settore professionistico ha, di fatto, tagliato fuori l'intero sport femminile poiché nessuna Federazione, nemmeno quelle che il professionismo lo hanno istituito, ha provveduto a estenderlo anche alle categorie femminili.

⁷ Sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *Le nuove prospettive dello sport alla luce della Riforma 2020*, nel suo intervento nell'ambito del III Forum Internazionale del Gran Sasso, svoltosi online il 1-3 ottobre 2020, nonché a EAD., *L'autonomia sportiva ai tempi dell'emergenza sanitaria da COVID19*, cit.

⁸ Si ricorda che, nonostante le competizioni di preminente interesse nazionale siano ripartite (consentite per la prima volta con DPCM 3 dicembre 2020 e successivamente confermate), e con esse gli allenamenti, palestre, piscine e impianti sportivi sono ancora chiusi per motivi legati al contenimento dei contagi e, rispetto alla loro riapertura, sono state avanzate solo ipotesi, per il momento non confermate, che individuano la metà di giugno 2021.

2. La bozza di Riforma 2020: dall'ipotesi di un Testo Unico all'approvazione dei decreti attuativi. Il "caso" del decreto attuativo n. 1 e la reazione del CIO

Si è scelto di utilizzare il termine "frettolosa" perché questa Riforma ha presentato da subito molte luci ma anche molte ombre.

Nonostante i corretti intenti, comprovati anche dalla primissima scelta – poi naufragata - di varare un Testo Unico al posto di una serie di decreti attuativi, così da munire il comparto sportivo di una disciplina organica e unica, si è commesso forse l'errore di non "entrare" appieno nel comparto stesso, trascurando la conoscenza del suo funzionamento e della sua autonomia, faticosamente raggiunta, dovuta e necessaria, poiché connaturata alla natura del sistema stesso⁹.

Nell'intento di riordinare il CONI, infatti, ci si è mossi verso un suo ulteriore ridimensionamento e depotenziamento, in termini di attribuzioni e autonomia¹⁰.

Il primo dei decreti attuativi della L. 86/2019, proposti nella prima fase dei lavori preparatori alla Riforma, prevedeva una revisione radicale della *governance* dello sport - anche attraverso la previsione del limite dei mandati, in un'ottica di maggiore alternanza nelle posizioni di vertice - e ridisegnava il sistema di attribuzione dei fondi, di fatto limitando, quindi, le funzioni del CONI alle attività propedeutiche alla partecipazione alle **Olimpiadi**.

In questo senso, era previsto che l'articolazione territoriale del CONI fosse riferita esclusivamente a funzioni di rappresentanza istituzionale; venivano modificate alcune posizioni relative all'organizzazione interna; e veniva ridisegnato il rapporto con Sport e Salute che sarebbe dovuto diventare l'autonomo motore di gestione e finanziamento delle attività sportive professionali, dilettantistiche e scolastiche di ogni ordine e grado in Italia, assumendo anche la competenza su tutti gli aspetti del comparto sport, ivi compreso il patrimonio impiantistico, e gestendone le risorse economiche, tra cui anche quelle del **Fondo Sport e Periferie**¹¹.

⁹ Si ricorda che, pur rimanendo sottoposti allo Stato, gli ordinamenti sportivi nazionali rimangono ampiamente autonomi al loro interno e rispondono della loro autonomia nei confronti dell'ordinamento sportivo internazionale. Il principio di autonomia, difatti, è un principio cardine dell'ordinamento sportivo, connaturato alla natura stessa dello sport e che si rende necessario sulla base proprio della particolarità del settore che non può tollerare ingerenze esterne legate al suo funzionamento. Sull'autonomia dell'ordinamento sportivo si consenta il rinvio a M.F. SERRA, *Brevi riflessioni sull'autonomia e specificità dell'ordinamento sportivo*, in *Rassegna di diritto sportivo*, 2015, a cura di DI NELLA, pp. 325-348; EAD., *Ordinamenti giuridici a confronto. La sporting exception e l'attività del professionista di fatto*, in *Quaderni di Nomos*, Padova, CEDAM, 2017, pp. 230; EAD., *The Autonomy of Sport in Italy*, in *Sports Law – present and future*, pubblicato da KEE-YOUNG YEUN, Chaek Yearn, Seoul, 2018, p. 70-79.

¹⁰ Il processo di riordino era già in parte iniziato con l'istituzione di Sport e Salute ad opera della L. 30 dicembre 2018, n. 145, in sostituzione della CONI Servizi s.p.a. Va ricordato, in proposito, che mentre la CONI Servizi agiva in virtù di un contratto di servizio con il CONI, Sport e Salute fa capo al Governo e agisce per conto delle autorità di Governo, con l'ovvia conseguenza che le dotazioni finanziarie dell'ente passavano ora a una società governativa, priva di qualsiasi collegamento con il CONI. E' sembrato subito evidente, allora, che lo svuotamento di competenze in favore di soggetti non direttamente collegati al CONI minava – e mina, di fatto - l'autonomia dell'ente stesso e, quindi, dell'intero ordinamento sportivo. Ad ulteriore riprova del processo di depotenziamento, poi, sta anche l'evoluzione dell'Ufficio per lo sport che, oggi, è diventato il Dipartimento dello Sport presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹¹ Istituito dal D.L. 185/2015 (L. 9/2016: art. 15, co. 1-5) nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, e poi trasferito al bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, da qui, al CONI. Il Fondo è stato finalizzato a: ricognizione degli impianti sportivi esistenti su tutto il territorio nazionale; realizzazione e rigenerazione di impianti sportivi destinati all'attività agonistica nazionale, localizzati in aree svantaggiate e zone periferiche urbane, e diffusione di attrezzature sportive nelle stesse aree; completamento e adeguamento di impianti sportivi esistenti, destinati all'attività agonistica nazionale e internazionale. A livello organizzativo, il D.L. 32/2019 (L. 55/2019: art. 1, co. 28 e 29) aveva previsto che le risorse del

Questo decreto è l'unico a non esser stato approvato nemmeno in via provvisoria e le ragioni sono abbastanza intuitive.

Infatti, sembra inutile sottolineare la portata di tale previsione per ciò che concerne l'autonomia dell'ordinamento sportivo e del CONI: le norme previste sarebbero andate ad incidere pesantemente sulla posizione dell'ente e la loro attuazione avrebbe comportato un ridimensionamento tale da rischiare di compromettere la sua autonomia.

A tal proposito, oltretutto, lo stesso CIO ha immediatamente palesato una forte opposizione, sottolineando come le previsioni di cui alla bozza del decreto attuativo rappresentassero una indebita ingerenza statale nella tradizionale autonomia giuridica e governativa dello sport, con conseguente violazione dell'art. 27 della Carta Olimpica¹², e minacciando anche pesanti sanzioni per l'Italia¹³.

3. Il decreto 29 gennaio 2021, n. 5, cd. "Salva CONI"

In extremis, quando le sanzioni minacciate sembravano oramai inevitabili, il Governo dimissionario ha "corretto il tiro" con il DL 26 gennaio 2021¹⁴, cd. "Salva CONI". Tale decreto

Fondo sport e periferie, già destinate al CONI, erano trasferite alla Sport e Salute spa, che subentrava nella gestione del Fondo e dei rapporti pendenti, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione.

¹² Art. 27 Carta Olimpica: "I Noc (comitati olimpici nazionali) devono preservare la loro autonomia e resistere a pressioni di qualsiasi tipo incluse pressioni politiche, giuridiche, religiose ed economiche".

¹³ Già nel settembre 2020 il presidente del CIO, Thomas Bach, aveva indirizzato una lettera al Governo italiano e al CONI, palesando i dubbi circa la violazione del principio di autonomia dell'ordinamento sportivo e del CONI stesso che la Riforma, così come all'epoca prospettata, avrebbe causato. A seguito dell'inerzia sul punto, il CIO ha poi minacciato sanzioni gravissime per l'Italia, quali la partecipazione della Nazione alle Olimpiadi senza inno e bandiera.

¹⁴ Rubricato "Misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento del Comitato Olimpico nazionale italiano" e pubblicato il 29 gennaio 2021.

disponeva che il CONI dovesse essere dotato di una propria pianta organica¹⁵ e che, in suo favore, dovessero essere destinati fondi e beni ulteriori¹⁶ (compresi gli impianti¹⁷).

In tal modo, si intendeva confermare e sottolineare l'autonomia del CONI e si scongiurava, di conseguenza, la violazione della Carta Olimpica e la reazione sanzionatoria del CIO.

Tuttavia, dalla lettura del decreto in esame, non emerge con chiarezza la portata di questa “rediviva” affermazione di autonomia¹⁸.

¹⁵ Art. 1: “Fermo restando il livello di finanziamento di cui all'articolo 2, comma 1, al fine di assicurare la sua piena operatività e la sua autonomia e indipendenza quale componente del Comitato olimpico internazionale, il Comitato olimpico nazionale italiano, di seguito CONI, per l'espletamento dei compiti relativi al proprio funzionamento e alle proprie attività istituzionali, è munito di una propria dotazione organica nella misura di 165 unità di personale, delle quali 10 unità di personale dirigenziale di livello non generale. 2. Il personale di Sport e Salute S.p.A. già dipendente del CONI alla data del 2 giugno 2002 che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, presta servizio presso il CONI in regime di avvalimento, è trasferito nel ruolo del personale del CONI con qualifica corrispondente a quella attuale, determinata ai sensi del comma 4, fatto salvo il diritto di opzione per restare alle dipendenze di Sport e Salute S.p.A., da esercitarsi, a pena di decadenza, entro 60 giorni dall'entrata in vigore del presente decreto. Il personale trasferito conserva il trattamento economico complessivo attuale, ove più favorevole. L'eventuale differenza rispetto al nuovo inquadramento retributivo è riconosciuta dal CONI mediante assegno personale non riassorbibile. 3. All'esito della procedura di cui al comma 2, il completamento della pianta organica del CONI avviene mediante concorsi pubblici per titoli ed esami, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia di assunzioni e il 50 per cento dei posti messi a concorso, suddivisi per le singole qualifiche funzionali dirigenziale e non dirigenziale, è riservato al personale dipendente a tempo indeterminato della società Sport e Salute S.p.A. che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, si trova collocato in posizione di avvalimento presso il CONI e che non rientra nell'ipotesi di cui al comma 2. Il personale di cui al presente comma conserva il trattamento economico complessivo attuale ove più favorevole. L'eventuale differenza rispetto al nuovo inquadramento retributivo è riconosciuta dal CONI mediante assegno personale non riassorbibile. 4. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità di governo competente in materia di sport, adottato su proposta del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è approvata la tabella di corrispondenza del personale di Sport e Salute S.p.A. di cui al comma 2, incluso quello dirigenziale, fermo restando quanto disposto dall'articolo 15 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Con il medesimo decreto sono stabilite le modalità di reclutamento del personale di cui al comma 3 per le rispettive singole qualifiche professionali, incluso il contingente di personale dirigenziale. Al personale si applica il contratto collettivo nazionale del personale dirigenziale e non dirigenziale, del comparto funzioni centrali-sezione enti pubblici non economici. 5. Nelle more dell'espletamento delle procedure di cui ai commi 2, 3 e 4 e comunque non oltre il 31 dicembre 2022, il personale dirigenziale e non dirigenziale di Sport e Salute S.p.A. che alla data di entrata in vigore del presente decreto si trova collocato in posizione di avvalimento presso il CONI è posto in via obbligatoria in posizione di comando alle dipendenze di quest'ultimo, che provvede al rimborso a Sport e Salute S.p.A. del trattamento economico di detto personale con le modalità e nei limiti stabiliti nel contratto di servizio in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto. 6. Il CONI e Sport e Salute S.p.A. possono regolare con appositi contratti di servizio lo svolgimento di specifiche attività o servizi ulteriori a quelli propri del CONI”.

¹⁶ Art. 2: “1. All'articolo 1, comma 630, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, le parole «40 milioni» e le parole «368 milioni» sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: «45 milioni» e «363 milioni». 2. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto sono abrogati i commi 1, 8 e 11 dell'articolo 8, del decreto-legge 8 luglio 2002 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 178. 3. Al CONI si applica quanto previsto dall'articolo 4, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 4. Ai fini del perseguimento delle finalità istituzionali del CONI, ad esso sono trasferiti i beni individuati nell'Allegato A. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità di governo competente in materia di sport, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono determinate le modalità di attuazione del trasferimento. Entro sei mesi dall'entrata in vigore del presente decreto con i contratti di servizio di cui all'articolo 1, comma 6, sono disciplinate le modalità di utilizzazione in comune degli ulteriori beni individuati nell'Allegato B e le relative condizioni e, scaduto inutilmente il suddetto termine, si provvede con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità di governo competente in materia di sport, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro i successivi 60 giorni. 5. Entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il CONI adegua il proprio statuto alle disposizioni di cui al presente decreto”.

¹⁷ Il cui elenco è contenuto nell'allegato A del DL n. 5.

¹⁸ Sul punto si veda anche P. SANDULLI, *Note (e perplessità) a prima lettura del decreto “Salva CONI”*, consultabile su https://www.coni.it/images/rivistadirittosportivo/Piero_Sandulli_1.pdf

Difatti, nonostante il riconoscimento della necessità di una propria dotazione organica, il reale assetto non sembra essere ben definito, rimanendo ancora sotto la portata del D.Lgs. 242/99 e della L. 145/2018.

Anche con riferimento ai fondi, non sembrano esser stati chiariti i rapporti tra CONI e Sport e Salute.

Come è stato osservato, “l’ulteriore rimessa di fondi in favore del Comitato olimpico non integra, come ricorda l’articolo 3 del decreto n. 5/2021, ‘nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica’, ma costituisce solo una partita di giro che opera limitando i fondi alla società “Sport e Salute” ed accrescendo il trasferimento in favore del CONI, portandolo, dunque (comma 1, art. 2), da quaranta a quarantacinque milioni di euro”¹⁹.

Sembrerebbe potersi concludere, allora, che il DL 5/2021 sia solo “formalmente” intervenuto per calmare le acque e, appunto, “salvare” il CONI agli occhi del Comitato Olimpico Internazionale, senza però, di fatto, operare quella reale restituzione e riaffermazione di autonomia che si proponeva.

4. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza

Contemporaneamente all’emanazione del decreto “Salva CONI”, il Governo uscente aveva predisposto anche la bozza del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, nel quale si faceva espresso riferimento allo sport, incluso tra le aree tematiche di intervento.

Nella bozza del Piano, si legge che lo sport deve essere considerato come strumento di inclusione e benessere sociale e che ne deve essere necessariamente riconosciuta l’importanza per la diffusione e valorizzazione della cultura, anche finalizzata al contrasto alla marginalizzazione di soggetti e comunità locali. Sempre secondo il Piano, in tal senso, lo sport è da intendersi anche come mezzo attraverso il quale operare un risanamento delle aree urbane, in collegamento con il settore turistico.

In buona sostanza, dunque, lo sport va considerato come fondamentale strumento di diffusione dei valori e di incentivo alla salute e ne viene rilanciato il peso e l’importanza soprattutto attraverso misure e fondi destinati allo sviluppo delle aree sportive accessibili (anche in un’ottica di riqualificazione urbana e impiantistica) e ne viene anche proposta una nuova veste nell’istituzione scolastica, attraverso l’inserimento di nuove figure professionali ad affiancare l’insegnante di educazione fisica, anche nella scuola primaria, per recuperare pure il valore educativo dello sport²⁰.

¹⁹ Ancora, P. SANDULLI, *op. ult. cit.*

²⁰ Tale impostazione si inserisce anche nel quadro riferibile all’UE che è andata progressivamente modificando il suo punto di vista sullo sport fino a riconoscere i suoi valori sociali, culturali, educativi, sanitari ecc. Bisogna ricordare anche che il TFUE, art. 165, commi 1 e 2, ha precisato che l’UE contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport che riconoscono i suoi valori culturali e la sua funzione sociale e non solo i suoi profili economici. Con tale articolo, la funzione sociale ed educativa dello sport acquista un valore giuridico vincolante di cui tutto il settore sportivo non potrà fare a meno di tener conto.

Tuttavia, a tale impostazione di principio, che parrebbe accomunare il diritto allo sport a diritti come quello all'istruzione, ad esempio, non sembrerebbero aver dato riscontro i fatti.

Gran parte del settore sportivo, nel momento cui ci si riferisce (gennaio 2021), è ancora fermo, eccezion fatta solo per quanto riguarda le competizioni (e allenamenti) legate alle attività e categorie di preminente interesse nazionale.

Palestre, piscine e la stragrande maggioranza degli impianti sono chiusi e in attesa di ripartenza. E allo stesso modo, anche gli operatori del settore sono in “*stand by*”, in attesa, oltretutto, anche di contributi e sovvenzioni statali²¹ per far fronte alla prolungata inattività.

La situazione del comparto sportivo appare dunque abbastanza urgente e grave e la allora imminente crisi di Governo non ha senza dubbio facilitato le cose.

5. *La Crisi di Governo*

Tra la fine di gennaio e l'inizio di febbraio 2021, la caduta del Governo Conte 2 ha contribuito ad aggravare le condizioni di un settore già allo stremo.

Tutte le misure previste in favore dello sport, da quelle relative al pagamento delle indennità a quelle legate alla approvazione in via definitiva dei decreti attuativi di Riforma, hanno subito una battuta di arresto, legata, come è intuibile, ai tempi necessari per la nomina del nuovo Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, e per le consultazioni finalizzate alla formazione del nuovo Governo.

Nel nuovo Governo nominato da Draghi, con riferimento al settore sportivo, va registrata un'importante novità: il Ministero per le Politiche Giovanili e per lo Sport è diventato semplicemente il Ministero per le Politiche Giovanili, con la scomparsa quindi della materia sportiva dal suo ambito di competenza.

Per lo sport, dunque, si è tornati a un Sottosegretariato, all'epoca non ancora assegnato, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il cambiamento non è di poco conto.

Ancora una volta, nei fatti, lo sport risulta penalizzato. Gli indirizzi di principio di cui al PNRR - che il Governo Draghi rivedrà ma confermerà nella sostanza - che vedevano lo sport come valore e diritto e ne riconoscevano l'importanza, non sembrano trovare riscontro e, addirittura, potremmo affermare di trovarci di fronte a un passo indietro.

L'esistenza di un Ministero *ad hoc*, per quanto senza portafoglio, implicitamente, riconosceva e sottolineava la dimensione raggiunta dal fenomeno sportivo, tale da necessitare di una struttura organizzata. Al contrario, sganciare la materia sport dal Ministero per le Politiche Giovanili, lo allontana, in un certo senso, proprio dalle “intenzioni” del PNRR e lo priva di un potere di manovra e azione decisamente più ampio di quello di un Sottosegretariato.

²¹ Si ricorda che, dall'allora Ministro Spadafora, di concerto con Sport e Salute S.p.A., era stata prevista e disposta l'erogazione di un bonus/indennità *una tantum* per i mesi di gennaio, febbraio e marzo 2021 in favore dei collaboratori sportivi.

Il Sottosegretariato, dunque, sembra un innegabile ridimensionamento che contrasta con il dato reale dell'importanza dello sport, in particolar modo nel contesto attuale, che lo vede al centro di una Riforma che possiamo definire “epocale”²² proprio in virtù della dimensione raggiunta.

Il “messaggio” sembrerebbe essere quello di voler riportare lo sport in un ruolo secondario e sotto la diretta sorveglianza del Governo. Decisamente un'inversione di rotta.

Ciò nonostante, al momento della scelta del Sottosegretario, è arrivato un importante segno del riconoscimento della peculiarità della materia e della sua dimensione, specie alla luce del contesto attuale: è stata rilevata, infatti, la necessità che a ricoprire la carica fosse un soggetto esperto del settore sportivo e delle sue particolarità e che avesse competenze specifiche della - e nella - materia così da poter concretamente dare attuazione alle esigenze del comparto.

6. I primi provvedimenti del Governo Draghi

a) I D.Lgs. del 28 febbraio 2021

Nonostante le osservazioni appena svolte circa il potenziale ridimensionamento dello sport e nelle more della assegnazione del Sottosegretariato, comunque, il Governo Draghi si è fatto carico di portare avanti i lavori ancora *in itinere* in favore del mondo sportivo.

Con una serie di decreti legislativi del 28 febbraio 2021²³, la Riforma è stata approvata in via definitiva, rendendola dunque una realtà.

I decreti hanno confermato, nella sostanza, quelli del novembre 2020 senza però scioglierne dubbi e criticità.

Per esempio, con riferimento alla liberalizzazione della forma societaria, il D.Lgs. 36, artt. 6-14, prevede che società e associazioni sportive dilettantistiche possano assumere qualsiasi forma giuridica di cui al Libro V, Titolo V, del Codice civile. Tuttavia, la formulazione delle disposizioni, di fatto, esclude le cooperative sportive dal proprio ambito di applicazione, poiché disciplinate nel Libro IV. Questo comporterebbe, come è intuibile, la sparizione di una grande fetta del settore dal momento che gran parte delle cooperative sportive non potrebbero più mantenere la qualifica di “dilettantistiche”.

Le medesime norme, inoltre, prevedono anche la compatibilità del comparto sportivo con il Terzo Settore. In questo modo, viene implicitamente riconosciuta l'esistenza di una “impresa

²² Sia consentito nuovamente il rinvio a M.F. SERRA, *Le nuove prospettive dello sport alla luce della Riforma 2020*, cit.

²³ D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, Attuazione dell'articolo 5, recante *riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, Attuazione dell'articolo 6, recante *misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67. D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, Attuazione dell'articolo 7, recante *misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, recante *semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, Attuazione dell'articolo 9, recante *misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68

sportiva”, con la conseguente possibilità di esercitare anche attività diverse (a patto che siano secondarie rispetto a quella sportiva) e di poter operare anche la distribuzione degli utili (e quindi la possibilità del perseguimento di un certo fine di lucro, purché, anche in questo caso, risulti secondario rispetto ai fini sportivi).

Nonostante si tratti di interventi di pregio, però, non vanno esenti da dubbi interpretativi soprattutto per ciò che concerne criteri e limiti delle “attività diverse”, perché non risulta chiaro se debbano mutarsi o meno quelli del Terzo Settore (e si verrebbe così a creare il rischio di squilibri economici e finanziari dei sodalizi)²⁴.

Ancora con riferimento al Terzo Settore, il D.Lgs. 39 prevede una semplificazione delle procedure di costituzione e modificazione degli enti, in base alla quale sarà sufficiente una richiesta di iscrizione al Registro delle Attività dilettantistiche (ovviamente se in possesso dei requisiti) ma senza alcuna soglia minima patrimoniale²⁵. Tuttavia, manca la previsione relativa al mantenimento dell’integrità del patrimonio e alla misura della responsabilità del direttivo, con il rischio quindi che non venga operato il giusto controllo sulle ipotesi di patrimonio negativo²⁶. Inoltre, il nuovo Registro²⁷ non sarà più di competenza del CONI ma sarà posto sotto il controllo del Dipartimento per lo sport. Ora: questo passaggio di attribuzioni sarà immediatamente operante, mentre l’operatività del nuovo Registro dipenderà dalla sua effettiva entrata in funzione, senza che sia stato previsto un regime transitorio.

Anche l’ambito del lavoro sportivo, di cui al D.Lgs. 36, oggetto di una svolta che abbiamo definito “epocale”, non va esente da dubbi interpretativi.

Senza dubbio, mira a dare dignità e tutela a un settore che, fino a questo momento, ne era sostanzialmente privo. Si ricorda, infatti, che, stante l’ambito di applicazione soggettivo della L. 81/91 e l’autonomia federale in punto di istituzione del professionismo, la maggior parte degli operatori del settore (e l’intero settore femminile) risultavano ancora agganciati a un concetto di “volontariato/dilettantismo”, pur svolgendo, nei fatti, una prestazione del tutto identica a quella lavorativa riconosciuta ai professionisti *ex lege* 91/81.

La Riforma ha, dunque, ridisegnato la figura del lavoratore sportivo come colui che, senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico, esercita l’attività sportiva verso un corrispettivo al di fuori delle prestazioni amatoriali.

Tuttavia, anche se finalmente è stato operato il dovuto riconoscimento del lavoro sportivo in quanto tale, al contempo, anche in questo caso, sembrerebbe potersi affermare una certa inadeguatezza del provvedimento: “poteva farsi di più”.

Sarebbe stato probabilmente più opportuno operare una tipizzazione del lavoro sportivo, vista la sua indiscussa particolarità, invece di ricondurlo semplicemente alle categorie lavoristiche e alle

²⁴ Come noto, il settore sportivo agonistico fa largo uso del sistema di autofinanziamento, attraverso quote associative e di frequenza, sponsorizzazioni e svolgimento di attività commerciali a supporto dell’attività sportiva. La norma di cui al D.Lgs. 36, ponendo dei limiti alle “attività diverse”, intende regolamentare il rischio di un loro uso improprio o addirittura abuso ma, al tempo stesso, rischia di pregiudicare l’attuale sistema di autofinanziamento così come appena descritto.

²⁵ Il che appare anche coerente con la liberalizzazione della forma giuridica.

²⁶ In questo risiede una differenza con il Terzo Settore che, invece, prevede tali soglie minime e richiama la disciplina civilistica della responsabilità degli amministratori delle società commerciali

²⁷ Che sostituisce il Registro delle società e associazioni sportive dilettantistiche.

tutele previdenziali e contributive ordinarie. Inoltre, permangono pure dei dubbi rispetto alla qualificazione degli importi esenti e al superamento di determinate soglie, così come “irrisolto” sembra anche il “caso” degli sportivi amatoriali (che, verosimilmente, continueranno a percepire rimborsi spese) e senza contare che non è stato previsto un regime transitorio in attesa dell’entrata in vigore della disciplina, prevista per il 1° luglio 2022, così come quella relativa al vincolo sportivo²⁸.

Con riferimento proprio all’entrata in vigore delle disposizioni, va sottolineato quindi che non tutte troveranno immediata applicazione.

La previsione di tempi apparentemente così lunghi per alcune materie è giustificata dalla necessità di consentire al comparto sportivo di adeguare gradualmente i propri Regolamenti e Statuti al nuovo assetto.

Va sottolineato, in proposito, che l’approvazione definitiva dei decreti di Riforma, al pari del decreto “Salva CONI”, è arrivata allo scadere del tempo utile, per evitare di vanificare il lavoro svolto fino a quel momento e “salvare” quanto fatto.

Al tempo stesso, quindi, in ragione dei tempi a disposizione, dell’importanza della Riforma e sempre nell’ottica di un confronto con le Istituzioni preposte, per consentire i necessari approfondimenti del caso²⁹ in una materia così particolare come quella sportiva, è stata anche prospettata la possibilità – che potrebbe leggersi come un’anticipazione della volontà di rimettere mano alla disciplina riformata - di un ulteriore differimento di un anno per l’entrata in vigore degli altri decreti relativi ad agenti sportivi, norme di sicurezza per gli impianti sportivi, semplificazione burocratica, contrasto alla violenza di genere e sicurezza degli sport invernali³⁰.

b) Il cd. Decreto Sostegni.

Il Governo appena incardinato ha anche provveduto a riprendere la corresponsione delle indennità ai collaboratori e operatori sportivi e delle misure in favore delle associazioni e società sportive, preannunciate a fine 2020 e rimaste in stallo per via della crisi di Governo.

Il decreto Ristori 5, previsto dal Governo Conte, è stato sostituito dal decreto Sostegni³¹ ed è stato ribadito l’interesse e l’impegno del Governo a continuare l’opera già iniziata nel corso del 2020 e a sovvenzionare il mondo sportivo attraverso l’erogazione di bonus, indennità e con lo stanziamento di fondi ulteriori.

²⁸ Nel momento in cui si scrive, peraltro, l’intera Riforma è stata rimandata al 2024 per cui non è dato sapere se e in che termini verrà confermata.

²⁹ Un eventuale correttivo potrebbe essere apportato, ad esempio, all’esclusione delle cooperative sociali di cui si è detto.

³⁰ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 26 febbraio 2021. Sul punto, è bene osservare che la stessa L. 86/2019, art. 1, comma 3, prevedeva un periodo di 24 mesi per l’adozione di eventuali integrazioni o correzioni dei decreti attuativi.

³¹ D.L. 22 marzo 2021, n. 41, *Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all’emergenza da COVID-19*, in G.U. 22 marzo 2021, n. 70.

Il decreto a firma del nuovo Governo ha così disposto dei contributi in favore degli sportivi, definendone anche gli importi determinati in funzione di diverse fasce reddituali³² e ne ha affidato l'erogazione a Sport e Salute che si è adoperata prontamente previa verifica della persistenza dei requisiti per la concessione.

Per ciò che concerne le società e associazioni, invece, il decreto (art. 1) prevede contributi a fondo perduto per i “titolari di partita IVA residenti o stabiliti nel territorio dello Stato che svolgono attività di impresa arte e professione”. Di tale contributo possono beneficiare anche “gli enti non commerciali, compresi quelli del terzo settore e gli enti religiosi civilmente riconosciuti” ma solo con riferimento allo svolgimento dell'attività commerciale.

Non può non notarsi una sorta di contraddizione in tale disposizione.

È ben noto che il settore sportivo è caratterizzato, per la maggior parte, da attività non commerciale e che, anche laddove tale attività venga svolta, questa deve rimanere marginale o comunque strumentale, non potendo mai diventare preminente rispetto a quella sportiva.

Di fatto, dunque, della previsione in parola il mondo sportivo potrà beneficiare solo in piccola parte, con ovvi notevoli e ulteriori disagi.

Ricordiamo infatti che, nel periodo cui ci si riferisce, l'attività sportiva è ancora limitata a quella di “preminente interesse nazionale”, sia per sedute di allenamento sia per competizioni (che rimangono a porte chiuse o con accesso strettamente limitato), con ovvie conseguenze sul numero degli iscritti e sulle sponsorizzazioni e, quindi, sulla capacità di autofinanziamento delle società stesse. Per far fronte all'interruzione di molte attività, gli enti di promozione sportiva e le Federazioni hanno anche indetto tornei su scala nazionale, così da poter “uscire” dalle limitazioni statutarie e tentare di risollevarne l'intero movimento degli sport di base. Il che si innesta in un contesto di zona rossa³³, per cui in una situazione di inasprimento delle misure di contenimento del virus che sembrerebbero mal conciliarsi con la ripresa degli sport di base, attualmente sospesi, e con la riapertura delle palestre e centri sportivi che rimangono ancora chiusi, nonostante la predisposizione e il rispetto (nonché spese di adeguamento) di appositi protocolli.

c) *La nomina a Sottosegretario di Valentina Vezzali.*

³² I precedenti bonus erano stati erogati in misura unica (600 euro per i mesi di marzo, aprile, maggio e giugno 2020, poi 800 euro per novembre e dicembre 2020), a prescindere dalla valutazione degli importi percepiti in costanza di attività. Il decreto Ristori 5 aveva confermato la misura indennitaria, considerando un versamento *una tantum*, uguale per tutti, per il periodo gennaio 2021 – 5 marzo 2021, ma non aveva proceduto alla definizione del *quantum*. Con il decreto Sostegni, invece, è stata stabilita la corresponsione di importi diversi a seconda dell'appartenenza o meno a una delle 3 fasce di reddito individuate: 3600 euro per redditi superiori a 10000 euro, registrati nell'anno 2019; 2400 euro per redditi tra i 4000 e i 10000 euro; 1200 euro per redditi inferiori a 4000 euro.

³³ Decretato dal Governo nel periodo marzo – aprile 2021.

Contemporaneamente all’emanazione dei provvedimenti appena esaminati, la scelta per il Sottosegretariato allo Sport è caduta su Valentina Vezzali³⁴, nominata con DPR 12 marzo 2021³⁵ e con delega di funzioni ad opera del DPCM 19 marzo 2021³⁶.

Questa scelta, subito accolta con favore anche dal mondo sportivo³⁷, ha avuto un duplice pregio: da un lato, rispettare l’obiettivo di assegnare la delega di funzioni a un soggetto “interno” al settore, ben conscio dunque delle sue particolarità e criticità e, dall’altro – e con esso collegato –, “ricucire” i rapporti ordinamentali e istituzionali, incrinati dalle polemiche e dagli accadimenti legati alla prima bozza di Riforma del 2020.

Nelle audizioni immediatamente successive alla sua nomina, la Vezzali si è mostrata decisamente consapevole del delicato momento storico che lo sport sta attraversando. Con lo slancio “agonistico” proprio dello sport, ha dichiarato che la pandemia deve essere vista come una sfida e un’occasione per rilanciare l’intero movimento sportivo e per delinearne un futuro nuovo affinché possano essere poste le basi per costruire una nuova normalità che veda una popolazione con abitudini e stili di vita più attivi³⁸.

Inoltre, si è immediatamente adoperata per portare avanti i lavori, con le dovute precisazioni e modifiche, del suo predecessore, Vincenzo Spadafora.

In particolare, la Vezzali ha posto la propria attenzione sulla questione del lavoro sportivo, con particolare riguardo alla posizione del settore femminile³⁹ le cui problematiche, già ben note, sono state amplificate anche dal “caso” Lugli⁴⁰. La neo-sottosegretaria, ricordando la difficile situazione e la mancanza di tutela effettiva delle atlete in maternità⁴¹, ha sottolineato l’importanza

³⁴ Valentina Vezzali, atleta di ben note capacità (sei ori olimpici e portabandiera a Londra 2012 solo per citarne alcuni), è stata deputato nella legislatura 2013-2018, prima con Scelta Civica di Mario Monti e poi con il Gruppo Misto e, già in quel periodo, era stato fatto il suo nome come possibile sottosegretario allo sport del governo Matteo Renzi, il quale poi mantenne per sé la delega. Fra i temi cui la Vezzali ha dedicato il suo impegno, ricordiamo la *dual career*, la necessità di costruire percorsi formativi per gli sportivi di alto livello e il tentativo di portare definitivamente l’educazione motoria nelle scuole elementari, tutti intenti contenuti nel più volte citato PNRR.

³⁵ In G.U., Serie Generale n. 65 del 16 marzo 2021.

³⁶ In G.U., Serie Generale n. 101 del 28 aprile 2021.

³⁷ Si ricorda, in proposito, che il CONI aveva chiesto al Governo la nomina di un soggetto competente in materia e che fosse a conoscenza delle difficoltà – vecchie e nuove – e dei problemi del settore. Anche Sport e Salute ha accolto positivamente la nomina della Vezzali, sottolineandone ulteriormente la competenza anche con riferimento allo sport dilettantistico e di base nonché la conoscenza dei valori di cui lo sport è portatore e dell’importanza di un loro recupero e rilancio.

³⁸ Come emerge dai dati, e come è intuibile per via delle numerose limitazioni e per i timori legati alla trasmissione del virus, la pandemia ha provocato un generale abbandono dell’attività sportiva, soprattutto con riferimento a quella di base. Gran parte della popolazione ha lasciato o fortemente limitato la pratica, con ovvi risvolti su sedentarietà e obesità e, quindi, sullo stato generale di salute.

³⁹ Si veda l’interpellanza del 19 marzo 2021, su webtv.camera.it/evento/17772/50

⁴⁰ Lara Lugli, pallavolista, è stata al centro di una vicenda giudiziaria che ha destato grande clamore. Rimasta incinta al termine della stagione 2019, ha lamentato il mancato pagamento dei compensi pattuiti da parte della società, la quale avrebbe risolto il contratto proprio in virtù della gravidanza dell’atleta. Ne è derivato un contenzioso (più mediatico che giudiziario). A prescindere dalle considerazioni specifiche sulla vicenda giudiziaria (conclusasi nel mese di maggio con un accordo tra le parti), quello che deve necessariamente essere sottolineato è che la maternità delle atlete, ad oggi, non è ancora riconosciuta in maniera egualitaria rispetto ad altre categorie di lavoratrici e, in ogni caso, non è materia “pacifica”. Ne è riprova proprio il fatto di aver suscitato il clamore suddetto e la reazione del movimento sportivo (non solo femminile).

⁴¹ Le tutele attualmente accordate sono quelle previste dalle Finanziarie 2018 e 2020 che hanno destinato alle atlete in maternità un sostegno *ad hoc* e quelle di cui all’art. 14 dei Principi Fondamentali degli Statuti di FSN e DSA, deliberati dal CONI nel 2018, secondo cui le atlete in maternità (anche coloro che non esercitano in maniera esclusiva l’attività) hanno diritto

dell'approvazione del decreto attuativo dell'art. 5 della L. 86/2019 in tema di qualificazione del lavoro sportivo e del professionismo femminile.

Ancora, l'impegno della Vezzali è stato dichiarato anche con riferimento alle altre tematiche di cui alla Riforma e alle aree di intervento previste dal PNRR, come ad esempio quella inerente la destinazione e la distribuzione dei fondi stanziati per la riqualificazione/realizzazione dell'impiantistica sportiva e quella relativa alla creazione di un contesto che preveda una stretta interdipendenza funzionale tra sport e scuola (anche primaria)⁴².

Particolarmente attenta soprattutto alle situazioni urgenti, legate a chiusure, ripartenze e sostegni al settore, inoltre, ancora una volta sottolineando il connubio esistente tra sport, salute e indotto economico, si è adoperata per la riapertura delle finestre temporali per l'erogazione dei bonus e per la valutazione di aiuti ulteriori verso le società e associazioni che, come si è detto in precedenza, risultano quasi dimenticate dai provvedimenti governativi. In tale ottica, ad esempio, è stata prevista la riapertura al pubblico dello Stadio Olimpico, pur se nella misura del 25% della capienza, in vista degli Europei di calcio⁴³, con auspicio di poter riaprire anche altri impianti entro maggio.

Tuttavia, nonostante l'impegno mostrato, a far data ad aprile 2021, molte delle riaperture previste sono state rimandate ulteriormente in ragione delle esigenze di contenimento e controllo dei contagi e società e associazioni sportive si trovano ancora in una sorta di "dimenticatoio".

7. *Considerazioni conclusive*

Non si può certo dire che il primo quadrimestre del 2021 non sia stato degno di nota per quanto riguarda lo sport.

Importantissime le novità del settore, a partire dal riconoscimento dell'importanza e del valore dello sport, contenuto nel PNRR, passando per la riaffermazione dell'autonomia del CONI (attraverso il decreto "Salva CONI") e fino ad arrivare all'approvazione in via definitiva della Riforma e all'impegno concreto nel fornire sostegno e aiuti a un settore "in ginocchio". Il tutto, in un contesto aggravato anche da crisi politica e rapido insediamento di un Governo nuovo che ha dovuto confrontarsi con "lavori in corso" e con la situazione emergenziale dovuta alla pandemia.

Tuttavia, i buoni propositi, gli intenti e le dichiarazioni sembra non stiano corrispondendo ad altrettanti interventi fattivi.

I provvedimenti posti in essere, seppur di pregio, mostrano forse un diverso volto dell'approccio alla questione sportiva.

al mantenimento del merito sportivo raggiunto e alla conservazione del punteggio maturato (compatibilmente con la tipologia di sport).

⁴² Si veda l'audizione del 22 marzo 2021, su webtv.camera.it/evento/17779.

⁴³ Si veda la lettera della Vezzali a Gravina del 13 aprile 2021, con la quale veniva comunicata l'intenzione del Governo circa la riapertura dell'impianto in vista di Euro 2020.

Come si è già avuto modo di sottolineare, la scomparsa di un Ministero *ad hoc* per lo sport segna un indiscutibile passo indietro e ridimensionamento dell'importanza – tanto declamata – del fenomeno sportivo.

La delega di funzioni alla Vezzali – che, come si è avuto modo di sottolineare, si è molto adoperata nel breve periodo intercorso dalla sua nomina - se da un lato costituisce un messaggio positivo di assegnazione della gestione del comparto a un *intranseus*, dall'altro lato, considerata nel contesto generale, potrebbe risultare solo un modo per “accontentare” lo sport.

Nel momento in cui si scrive, il settore e il movimento sportivi ripartono a stento o non ripartono affatto. Impianti e piscine vedono ancora rinviare la loro apertura a data da destinarsi. L'entrata in vigore della Riforma è stata rimandata addirittura alla fine del 2023. Associazioni e società non hanno ancora fondi e sostegni necessari a far fronte alle esigenze dovute allo stop delle attività.

Sembra, in sostanza, che lo sport sia tornato a ricoprire, agli occhi del Governo, un ruolo secondario, in contraddizione con l'importanza riconosciutagli anche nel PNRR.

Dal punto di vista dell'ordinamento sportivo, però, non può non sottolinearsi come questo nuovo (o ritrovato?) ruolo dello sport non sia visto con totale sfavore.

Rimandare l'abolizione dell'istituto del vincolo sportivo, ad esempio, seppur ampiamente criticato dal settore stesso poiché se ne riconosce la funzione limitativa nei confronti degli atleti, sembrerebbe far rinvigorire un altro elemento indice della autonomia federale e, naturalmente, dal punto di vista dei sodalizi, assicura in un certo senso il mantenimento dell'“attaccamento alla maglia”.

Rimane, certo, il dichiarato impegno del Governo e delle istituzioni sportive a una stretta collaborazione per il rilancio e il nuovo volto dello sport ma, allo stato, la prospettiva della “svolta epocale” rimane appesa e sospesa, con il rischio che si risolva in un nulla di fatto.

8. Appendice Normativa (gennaio/aprile 2021)

L. 8 agosto 2019, n. 86, “*Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*”, in G.U. Serie Generale n. 191 del 16 agosto 2019

DL 29 gennaio 2021, n. 5, “*Misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento del Comitato Olimpico nazionale italiano*”, in G.U. Serie Generale n. 23 del 29 gennaio 2021

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, Attuazione dell'articolo 5, “*Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo*”, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, Attuazione dell'articolo 6, “*Misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo*”, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, Attuazione dell'articolo 7, “*Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi*”, in G.U. 19 marzo 2021, n. 6;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, “*Semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi*”, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, Attuazione dell'articolo 9, “*Misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali*”, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68

D.L. 22 marzo 2021, n. 41, “*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*”, in G.U. 22 marzo 2021, n. 70



Il Position Paper della Germania sull'applicazione del diritto internazionale nel cyberspazio e il rapporto finale dell'Open-ended Working Group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*

di Flavia Zorzi Giustiniani**

Il 5 marzo scorso la Germania ha pubblicato un *position paper* intitolato “On the application of International Law in Cyberspace”. Così facendo lo Stato tedesco è intervenuto, seguendo un modus operandi già utilizzato da diversi Stati in tempi recenti¹, per dare il proprio contributo unilaterale su di un tema rimasto a lungo in fase di stallo nelle negoziazioni intraprese a livello multilaterale. L'obiettivo è in verità duplice: contribuire all'attuale dibattito relativo alle modalità di applicazione del diritto internazionale nel contesto cibernetico e favorire la trasparenza, la comprensibilità e la certezza del diritto con riguardo ad un importante aspetto della politica estera². Il documento, realizzato congiuntamente dai ministeri degli affari esteri, della difesa e degli interni, parte dal presupposto sempre meno controverso che il diritto internazionale è applicabile in materia, per poi delineare le modalità di tale applicazione con specifico riferimento agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, al diritto internazionale umanitario e alla responsabilità internazionale dello Stato.

Il documento dichiara anzitutto che il principio della sovranità statale si applica alle attività degli Stati nel cyberspazio e che le operazioni cibernetiche attribuibili a Stati che violano la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Ricercatrice di Diritto internazionale presso l'Università Telematica Internazionale UNINETTUNO.

¹ Si vedano tra gli altri i *position papers* di Regno Unito (Attorney General Jeremy Wright QC MP, *Cyber and international law in the 21st century*, 23 maggio 2018, disponibile al link <https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century>), Paesi Bassi (Minister of Foreign Affairs, *Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace*, 5 luglio 2019, disponibile al link <https://www.government.nl/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>), Francia (Ministère des Armées, *International law applied to operations in the cyberspace*, 9 settembre 2019, disponibile al link

<https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf>) e Nuova Zelanda (New Zealand Government, *The application of international law to State activity in Cyberspace*, 1° dicembre 2020, disponibile al link <https://dpmc.govt.nz/sites/default/files/2020-12/The%20Application%20of%20International%20Law%20to%20State%20Activity%20in%20Cyberspace.pdf>).

² Cfr. The Federal Government, “On the application of International Law in Cyberspace”, 5 marzo 2021, disponibile al link

<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/2ae17233b62966a4b7f16d50ca3c6802/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf>, pp. 1-2.

sovranità di un altro Stato sono contrarie al diritto internazionale³. Viene tuttavia precisato che in caso sia di effetti e di danni fisici nel territorio di un altro Stato che di danni funzionali (“functional impairments”) a infrastrutture cibernetiche al di sotto di una certa soglia, ossia quando tali conseguenze sono “negligible”, non vi è violazione della sovranità territoriale⁴. Si specifica poi che non è sufficiente che l’obiettivo dell’operazione ostile sia una “critical infrastructure” o una compagnia di speciale interesse pubblico situata sul territorio dello Stato giacché manca una definizione uniforme di tali termini a livello internazionale⁵.

Malgrado l’assenza di unanimità sul punto da parte degli Stati⁶, la Germania afferma nel documento che il principio di *due diligence* si applica nel contesto cibernetico e che tale principio ha un particolare rilievo a causa dell’ampia interconnessione dei sistemi e delle infrastrutture cibernetiche⁷.

Con riguardo al divieto di intervento illecito, visto come corollario del principio di sovranità, il documento afferma che le misure cibernetiche possono costituire un intervento proibito ai sensi del diritto internazionale se sono comparabili per portata ed effetti alla coercizione in contesti non cibernetici⁸. La coercizione secondo la Germania implica che i processi interni di uno Stato riguardanti aspetti relativi al suo dominio riservato sono significativamente influenzati o bloccati, e che la volontà dello Stato è manifestamente piegata dalla condotta dello Stato straniero. Per potersi qualificare come coercizione, tuttavia, è necessario che lo Stato che agisce intenda intervenire negli affari interni dello Stato colpito. Utilizzando come esempio le interferenze nei processi elettorali tramite attività cibernetiche dannose, la Germania indica come possibili casi di interventi coercitivi sia la diffusione di informazioni via internet che possano incoraggiare rivolte popolari violente che la disattivazione di infrastrutture e tecnologie elettorali quali le schede elettroniche. Altre attività che per portata ed effetti potrebbero essere comparabili alla coercizione sono poi quelle che sono volte e si risolvono in un disturbo significativo o addirittura in un cambiamento permanente del sistema politico dello Stato colpito. Anche con riguardo alla coercizione, dunque, sono gli effetti e non l’obiettivo a determinare l’eventuale contrarietà di una certa attività al diritto internazionale. La Germania conclude tuttavia che a causa della complessità e della singolarità dei suddetti scenari sia difficile formulare dei criteri astratti.

Per quanto attiene alla questione dell’attribuzione di operazioni cibernetiche, il documento afferma anzitutto che (anche) le operazioni cibernetiche *ultra vires*, che siano condotte da organi

³ Si tratta di un’opinione già espressa, *inter alia*, dal Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, seconda edizione, Cambridge University, Press, 2017, regola 4.

⁴ Cfr. The Federal Government cit., p. 4.

⁵ *Ibid.*

⁶ Nel Rapporto del 2015 del Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security tale principio è elencato tra le “voluntary, non-binding norms, rules or principles of responsible behaviour of States aimed at promoting an open, secure, stable, accessible and peaceful ICT environment” (Assemblea Generale ONU, A/70/174, 22 luglio 2015, par. 13 c), corsivo nostro).

⁷ Cfr. The Federal Government cit., p. 3.

⁸ *Ibid.*, p. 5.

statali ex art. 14 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati⁹ o da persone o entità incaricate dal diritto di esercitare elementi di autorità governativa ex art. 5 del medesimo progetto, sono attribuibili allo Stato¹⁰. Di rilievo è poi il fatto che la Germania prenda posizione con riguardo a due questioni assai cruciali e controverse. La prima concerne l'utilizzo remoto di infrastrutture informatiche situate nel territorio di uno Stato (*forum State*) da parte di un altro Stato (Stato agente) per l'attuazione di operazioni informatiche dannose da parte di quest'ultimo. Al riguardo la Germania avverte che se il primo Stato fornisce attivamente e consapevolmente allo Stato agente l'accesso alla sua infrastruttura informatica, così facilitando le operazioni informatiche dannose dallo stesso compiute, sarà responsabile per il suo "aid and assistance"¹¹. La seconda questione riguarda il caso in cui uno Stato agisca per via mediata, servendosi di attori non statali. Il Progetto sulla responsabilità degli Stati prevede che uno Stato sia responsabile se un attore non statale agisce su sue istruzioni o sotto la sua direzione o controllo¹². Applicando tale regola al contesto cibernetico, la Germania precisa che, benché un certo grado di controllo sia necessario, lo Stato non deve avere una visione dettagliata o influenzare tutti i dettagli, in particolare quelli di natura tecnica, dell'operazione¹³.

Con riguardo all'atto formale di attribuire una specifica operazione cibernetica dannosa ad uno Stato, il documento precisa che si tratta anzitutto di una prerogativa nazionale. Non è richiesto allo Stato di rendere pubblici i fatti sui quali tale attribuzione è basata, nondimeno la stessa dovrebbe avvenire solo allorché vi sia un grado sufficiente di certezza giacché, come sancito nel rapporto del 2015 dello United Nations Group of Governmental Experts on Advancing responsible State behaviour in cyberspace in the context of international security (GGE), le accuse di "cyber-related misconduct" da parte di uno Stato dovrebbero essere motivate¹⁴.

Il documento analizza poi le tre opzioni di risposta non coercitiva disponibili avverso operazioni informatiche dannose, ovvero le ritorsioni, le contromisure e lo stato di necessità. Con riferimento alle contromisure, dopo aver chiarito che tali misure possono essere anche non "cyber-related" e che le condizioni di applicazione sono quelle stabilite nel Progetto di Articoli della CDI, avverte che le contromisure cibernetiche sono suscettibili in particolar modo di generare effetti indesiderati o addirittura illegali. Pertanto gli Stati devono verificare scrupolosamente se siffatte contromisure rispettano i criteri di limitazione. Quanto allo stato di necessità, il documento stabilisce tra l'altro che l'interesse essenziale in gioco può essere riferito al tipo di infrastruttura interessata o al tipo di danno effettivamente o potenzialmente causato

⁹ Cfr. Commissione del Diritto Internazionale (CDI), Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, in: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/56/10.

¹⁰ Cfr. The Federal Government cit., p. 10.

¹¹ Cfr. Part. 16 dei Draft Articles on State Responsibility. V. anche la regola 18 a) del Tallinn Manual 2.0.

¹² Cfr. Part. 8 dei Draft Articles on State Responsibility.

¹³ Cfr. The Federal Government cit., p. 11.

¹⁴ Cfr. A/70/174, par. 28 f).

dall'operazione cibernetica dello Stato straniero¹⁵. Un esempio del primo tipo è quello di infrastrutture sensibili, del secondo un danno fisico grave ad individui¹⁶.

Tra le altre questioni su cui il Paper prende posizione è importante menzionare l'applicabilità del diritto internazionale umanitario al cyberspazio. Tale posizione, infatti, è avversata da diversi Stati, *in primis* la Cina e la Russia tanto che queste ultime hanno impedito al GGE di menzionare il diritto umanitario nel suo sesto rapporto¹⁷. Su aspetti più specifici del diritto umanitario la posizione tedesca è nel complesso assai conforme a quella dei suoi alleati della NATO e dell'Unione europea, pur distinguendosi per la meticolosità con cui diverse questioni sono affrontate¹⁸.

Nel concludere, il Paper sottolinea che le incertezze nell'applicazione del diritto internazionale al contesto cibernetico possono e devono essere affrontate facendo ricorso ai metodi di interpretazione consolidati del diritto internazionale¹⁹. Auspica infine che gli Stati tengano conto dei ricchi e multiformi dibattiti accademici e della società civile sul ruolo e la funzione del diritto internazionale nel contesto cibernetico²⁰.

Un secondo sviluppo importante in materia è costituito dal **rapporto finale dell'Open-ended Working Group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security (OEWG)**, pubblicato il 10 marzo scorso²¹. Tale rapporto, che ha visto la luce dopo due anni di deliberazioni, è stato approvato da ben 193 Paesi, che per la prima volta hanno accettato una serie di norme di comportamento responsabile nel cyberspazio.

A differenza del GGE, composto da una ristretta cerchia di delegati governativi²², l'OEWG è aperto a tutti gli Stati ed ad attori non-statali quali imprese, ONG e accademici ed è stato istituito dalla stessa Assemblea nel dicembre 2018 nell'intento di condurre ulteriori ricerche e di superare i dissensi tra gli Stati²³. I lavori di entrambi i gruppi sono finalizzati da un lato ad estendere l'applicazione delle regole del diritto internazionale al *cyberspazio* e dall'altro a stabilire nuove regole comuni.

Il rapporto dell'OEWG invero non è giuridicamente vincolante né il suo contenuto è particolarmente innovativo. Nondimeno, la sua adozione segna una svolta epocale giacché è il

¹⁵ Cfr. The Federal Government cit., p. 14.

¹⁶ *Ibid.*, p. 14-15.

¹⁷ Cfr. J. A. Lewis, "Toward a More Coercive Cyber Strategy Remarks to U.S. Cyber Command Legal Conference", 4 marzo 2021, disponibile al link <https://www.justsecurity.org/42768/international-cyber-law-politicized-gges-failure-advance-cyber-norms/>.

¹⁸ Si vedano al riguardo i puntuali rilievi di Michael Schmitt in "Germany's Positions on International Law in Cyberspace Part II", disponibile al link <https://www.justsecurity.org/75278/germanys-positions-on-international-law-in-cyberspace-part-ii/>.

¹⁹ Cfr. The Federal Government cit., p. 16.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Cfr. UN General Assembly. Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, Final Substantive Report, A/AC.290/2021/CRP.2, 10 marzo 2021.

²² Il GGE è composto da venticinque membri ed è stato creato dall'Assemblea Generale nel 2004 (cfr. Assemblea generale ONU, A/RES/58/32, 8 dicembre 2003).

²³ Cfr. Assemblea Generale, UN Doc. A/RES/73/266, 2 gennaio 2019, par. 1-3. L'ultimo lavoro del GGE nel 2017 è terminato con un fallimento giacché, in assenza di un accordo tra gli Stati, non ha potuto adottare alcuna relazione.

risultato di un processo negoziale aperto a tutti gli Stati della comunità internazionale e rappresenta il punto di incontro su di una serie di modelli di comportamento da seguire in materia di sicurezza informatica a livello internazionale. Un tale risultato costituisce un delicato compromesso raggiunto dopo intensi dibattiti e malgrado la posizione critica assunta dall'Iran. Quest'ultimo, infatti, pur non impedendo che il documento venisse approvato per consensus, ha ritenuto di "dissociarsi" perché a suo avviso il rapporto include "unacceptable content"²⁴.

L'aspetto più significativo del rapporto è costituito dal fatto che recepisce le conclusioni raggiunte dal GGE nel 2015 sui seguenti temi: minacce esistenti ed emergenti; norme, regole e principi; *confidence-building measures*; *capacity building*; e l'applicazione del diritto internazionale, in particolare la Carta ONU, nel cyberspazio²⁵. L'accettazione del framework normativo del 2015 è di particolare rilievo perché, come è stato osservato, fornisce una "basis for collective response to actions that violate them"²⁶. Tra le questioni più innovative affrontate dal rapporto si segnalano, tra l'altro, i riferimenti alla protezione di specifiche infrastrutture critiche quali le apparecchiature mediche e l'affermazione che gli Stati cercheranno di garantire la disponibilità generale e l'integrità di Internet²⁷.

²⁴ Cfr. [http://webtv.un.org/search/10th-meeting-open-ended-working-group-on-developments-in-the-field-of-information-and-telecommunications-in-the-context-of-international-security-third-substantive-session-8-12-march-2021/6239811306001/?term=10th%20meeting%20-%20Open-ended%20Working%20Group%20on%20Developments%20in%20the%20Field%20of%20Information%20and%20Telecommunications%20in%20the%20Context%20of%20International%20Security,%20Third%20Substantive%20session%20\(8-12%20March%202021\)&sort=date](http://webtv.un.org/search/10th-meeting-open-ended-working-group-on-developments-in-the-field-of-information-and-telecommunications-in-the-context-of-international-security-third-substantive-session-8-12-march-2021/6239811306001/?term=10th%20meeting%20-%20Open-ended%20Working%20Group%20on%20Developments%20in%20the%20Field%20of%20Information%20and%20Telecommunications%20in%20the%20Context%20of%20International%20Security,%20Third%20Substantive%20session%20(8-12%20March%202021)&sort=date). V. in particolare il minuto 1:15. La posizione iraniana, senza precedenti nel contesto onusiano, ha richiesto la soppressione, ad ogni capoverso del rapporto, della consueta espressione "States agreed".

²⁵ Cfr. A/AC.290/2021/CRP.2, par. 7.

²⁶ Cfr. <https://www.csis.org/analysis/toward-more-coercive-cyber-strategy>.

²⁷ Cfr. A/AC.290/2021/CRP.2, par. 18.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

(Far) contare i voti e la partecipazione riconsiderando l'uguaglianza, in tempi più o meno ordinari (Riflessioni a partire da due recenti monografie di Daniele Casanova e Maria Francesca De Tullio)*

di **Gabriele Maestri****

SOMMARIO: 1. Partecipare (con il voto o con le proprie tesi) anche in tempi *extra ordinem*. – 2. Implicazioni e sfide del voto uguale (leggendo Casanova): quali “paletti” per il legislatore elettorale? – 3. Al di là delle elezioni: le strade della partecipazione *offline* e *online* per accrescere l'uguaglianza (leggendo De Tullio). – 4. Riflessioni (quasi) conclusive.

1. Partecipare (con il voto o con le proprie tesi) anche in tempi extra ordinem

Il 2020, quale primo anno dell'era Covid-19, ha richiesto l'attenzione di studiosi e studiosi di diritto costituzionale non solo con riguardo ai temi più legati all'emergenza, ai rimedi per cercare di affrontarla senza comprimere libertà e diritti in modo intollerabile e irragionevole, nonché alle fonti normative più adatte a regolarla (cercando di conciliare efficacia, efficienza e rispetto dei principi costituzionali)¹.

Per la prima volta nella sua storia repubblicana, infatti, l'Italia – alla pari di vari altri ordinamenti – ha dovuto decidere come comportarsi con le procedure di votazione (dovendosi intendere sia quelle elettorali rese necessarie dalla scadenza dei rispettivi organi elettivi o dalla sopravvenuta vacanza di seggi, sia il *referendum* indetto nel procedimento di revisione costituzionale relativo, nello specifico, alla riduzione del numero dei parlamentari): il loro svolgimento non era ritenuto sicuro in tempo di pandemia, potendo addirittura essere un'occasione di contagio e di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, «Sapienza» Università di Roma, e in Scienze politiche, Università degli Studi Roma Tre.

¹ Considerando il fiorire copioso di contributi in materia (che ha dato luogo a qualcosa di simile a una sovrapproduzione dottrinale, specie se legata a eventi e seminari svolti *online* o a *call for papers* lanciate da riviste), è davvero impossibile dare conto in modo esaustivo dei testi più significativi sulle implicazioni tra emergenza da Covid-19, principi e valori costituzionali e fonti del diritto. Dovendo comunque indicare alcuni riferimenti, non ci si sottrae dal citare innanzitutto i contributi pubblicati da questa *Rivista* – a partire dal n. 1/2020 – sotto la rubrica «Problemi giuridici dell'emergenza Coronavirus», poi almeno il numero speciale della rivista *BioLaw Journal - Rivista di biodiritto* (n. 1/2020 – *Special Issue*), i contributi raccolti nell'«Osservatorio emergenza Covid-19» della rivista *Federalismi.it* (a partire dal 13 marzo 2020), nel forum «Emergenza CoViD-19» della rivista *AIC - Osservatorio costituzionale*, nel Forum «La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali» della rivista *Diritti regionali*; a questi contributi in rivista (cui vanno aggiunti tutti quelli pubblicati come saggi al di fuori di specifiche *call for papers*) si possono affiancare – senza alcuna pretesa di completezza – almeno i testi inseriti in M. BORGATO, D. TRABUCCO (a cura di), *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'esperienza sanitaria*, Napoli, Esi, 2020; S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid - 19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

aggravamento della situazione. Anche studiosi e studiosi, dunque, hanno avuto l'occasione di confrontarsi² sull'opportunità e sulla necessità di rinviare gli appuntamenti elettorali *lato sensu* intesi, chiaramente oggetto di tutela *ex art.* 48, comma 2 Cost., per bilanciare il diritto al voto con il diritto alla salute *ex art.* 32 Cost., nella sua dimensione individuale e in quella collettiva.

A distanza di oltre un anno, tali riflessioni sono tuttora di attualità, poiché – con il decreto-legge 5 marzo 2021, n. 25, il cui *iter* parlamentare di conversione si è completato il 29 aprile³ – anche le consultazioni elettorali previste nell'anno 2021 sono state rinviate (al periodo compreso tra il 15 settembre e il 15 ottobre). Le decisioni di quest'anno e del 2020 (allora dettate dal d.l. n. 26/2020, convertito con modificazioni con la legge n. 59/2020), come pure i ragionamenti della dottrina più attenta, hanno giustamente tenuto conto di come le votazioni – si tratti di elezioni di qualunque livello o di *referendum* – non si esauriscano nell'atto del voto e nelle operazioni di allestimento dei seggi e di scrutinio, ma si traducano necessariamente in un procedimento assai più lungo, articolato e complesso: esso comprende sempre un tempo naturalmente votato all'incontro e alla partecipazione popolare, con i comizi, le presentazioni delle persone candidate e le altre iniziative pubbliche di propaganda. Prima ancora è prevista un'altra fase volta alla presentazione delle candidature (in vista delle elezioni) o ad attivare lo strumento della consultazione referendaria (abrogativa o costituzionale): entrambe le ipotesi sono caratterizzate dalla raccolta delle sottoscrizioni (relative alle candidature o alla richiesta di *referendum*), che dunque richiedono altri momenti di partecipazione (di solito nelle note forme dei “tavolini” o dei “gazebo”), concentrati in un arco di tempo definito.

Proprio la necessaria partecipazione di più persone a quelle fasi e l'alta probabilità che si creino situazioni – volendo usare un termine che da oltre un anno ha assunto tinte decisamente più fosche – di «assembramento» ha suggerito l'adozione di determinate cautele: queste, al netto di inevitabili disagi (come la necessità di raccogliere le firme e di svolgere almeno parte della campagna elettorale in piena estate⁴) mirano a consentire ugualmente la partecipazione, ma in condizioni di maggiore sicurezza (per cui la data del voto è stata collocata in un periodo sufficientemente distante, così da consentire un'adeguata espansione della campagna vaccinale e da poter godere dei suoi benefici, si è allungato il tempo a disposizione di elettrici ed elettori per recarsi a votare e le sottoscrizioni da raccogliere sono state ridotte a un terzo; è poi probabile che, nell'approssimarsi della data scelta per il voto, altre norme – di legge⁵ o di natura organizzativa –

² Sul tema, per esempio, v. M. VILLONE, *Con l'emergenza sanitaria non si può votare il 29 marzo*, in *il manifesto*, 25 febbraio 2020, 1, 15; A. GIGLIOTTI, *Sulla legittimità del rinvio del referendum sulla riduzione dei parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 6 marzo 2020; V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *AIC – Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 6-22; R. BORRELLO, *L'incidenza della pandemia di Covid-19 sulle votazioni pubblicistiche: alcune riflessioni di diritto interno e comparato*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2020; M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, *ivi*. In più, volendo, v. G. MAESTRI, *Urne rinviate per il CoViD-19: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1S/2020, 293-300.

³ La conversione è avvenuta con la legge 3 maggio 2021, n. 58.

⁴ A queste occorre aggiungere, ovviamente, le limitazioni legate alla disciplina generale sugli eventi in luoghi chiusi o aperti, che producono inevitabilmente effetti anche sugli avvenimenti che caratterizzano il procedimento elettorale preparatorio e la campagna elettorale. Se quest'anno – complice tanto una certa distanza dagli eventi elettorali differiti, quanto il fatto che si tratti più di una “prima volta” – non si è ancora registrato un particolare dibattito politico sugli inconvenienti di un voto tra settembre e ottobre, nel 2020 il tema è finito oggetto di vari interventi in sede parlamentare (a volte persino ai limiti del comico): v. in particolare A.P., Camera dei deputati, XVIII Legislatura, seduta n. 349, 28 maggio 2020, 2-70 (res. sten.).

⁵ Con riguardo allo scorso anno, v. il d.l. n. 103/2020, peraltro poi abrogato (facendo salvi gli effetti già prodotti) dalla legge n. 126/2020.

diano ulteriori indicazioni per lo svolgimento in sicurezza delle operazioni elettorali). A dispetto delle condizioni difficili, si è cercato e si sta cercando di conservare il più possibile intatti gli strumenti di partecipazione, a partire ovviamente dal voto: in qualche modo può dirsi che il primo tentativo abbia avuto un buon esito, visto che nel 2020 le elezioni regionali hanno fatto registrare un'affluenza maggiore rispetto al turno precedente che aveva riguardato quelle stesse Regioni⁶, a dispetto della disaffezione progressiva che ha colpito tali consultazioni⁷.

La recrudescenza della pandemia Covid-19 e le conseguenti nuove misure adottate per fronteggiarla, tuttavia, obbligano a interrogarsi sul futuro della partecipazione di cittadine e cittadini alla *res publica*, con il loro voto o con contributi di altra natura. È doveroso sperare che non si protraggano o ripetano situazioni in cui l'esercizio dei diritti legati al voto conosce necessariamente dei limiti; non si può però escludere che queste si ripresentino o che analoghe limitazioni riguardino altre occasioni e strumenti di partecipazione, con l'inevitabile rischio che il corpo elettorale percepisca una maggiore distanza rispetto alle istituzioni. Anche se non ci fosse più bisogno di prevedere e praticare quei limiti, peraltro, sembra ugualmente necessario – e non solo opportuno – valutare anche la *qualità* delle procedure di partecipazione, di natura elettorale e non. Perché la citata distanza tra cittadinanza e istituzioni non si approfondisca o possa addirittura ridursi, occorre che gli strumenti e i canali di partecipazione perseguano il più possibile il principio di uguaglianza sostanziale (e non solo formale), nella costruzione della società ma innanzitutto nel (far) “pesare” l'apporto delle singole istanze. Ciò appare tanto più importante in un tempo che richiede di abbandonare quanto prima la logica per cui «[v]iene meno, del tutto, la differenza tra atti di *government* e atti di *governance*, ovvero tra atti di indirizzo politico tesi a fissare principi ed obiettivi ed atti finalizzati alla mera gestione» e «[t]utto si risolve sulla base della discrezionalità del governo»⁸, clima che non favorisce la fiducia e il desiderio di partecipare.

Su queste premesse, la lettura di due recenti opere pubblicate da giovani studiosi* appare utile per richiamare l'attenzione sulle procedure di partecipazione di cittadine e cittadini alla *res publica*, tanto in ambito elettorale quanto al di fuori di esso: tali monografie, infatti, hanno offerto una particolare attenzione per il principio di uguaglianza declinato nei diversi ambiti di studio, per cui possono fornire spunti interessanti per ragionare sul futuro da (ri)costruire.

2. Implicazioni e sfide del voto uguale (leggendo casanova): quali “paletti” per il legislatore elettorale?

Si è iniziato a riflettere qui a partire dalle procedure elettorali rinviate e cui è stato reso meno gravoso l'accesso, tanto ad elettrici ed elettori (grazie a una maggiore apertura degli uffici elettorali di sezione) quanto a coloro che intendono candidarsi (in seguito al sensibile taglio delle

⁶ Non si può però trascurare come la maggior affluenza sia stata dovuta anche ad altri fattori, incluso l'accorpamento di varie procedure elettorali e dello stesso referendum costituzionale, scelta molto discussa, non solo sul piano politico: cfr. M. PLUTINO, *Esiste un divieto di accorpamento, e in generale di abbinamento, dei referendum costituzionali alle elezioni?*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2020.

⁷ Sul punto cfr. L. TENTONI, *Le elezioni regionali in Italia. Il comportamento elettorale nelle regioni a statuto ordinario 1970-2020*, Bologna, il Mulino, 2020, 187-188.

⁸ A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 558-583, spec. 581.

sottoscrizioni richieste). Proprio il momento elettorale, tuttavia, richiede particolare attenzione da parte del legislatore, specie quando le votazioni riguardano la formazione del Parlamento, sede della rappresentanza politica per eccellenza. Ciò vale soprattutto con riferimento agli «*standards* di democraticità nella formazione e nell'espressione del suffragio»⁹, indicati dall'art. 48, comma 2 Cost.: tra questi, oltre alla personalità, libertà e segretezza, figura anche l'uguaglianza. Essa per vario tempo è stata considerata soprattutto sul piano formale, in antitesi a una diversa ponderazione dei suffragi espressi a seconda del soggetto che li ha espressi (legata soprattutto alla previsione di voti plurimi o multipli). Si è però detto che qui interessa soprattutto il piano sostanziale¹⁰, dando rilievo non solo al c.d. peso del voto “in entrata”, ma pure a quello “in uscita”, cioè alla «efficacia dei singoli voti una volta che questi siano inseriti nella “macchina elettorale”».

A questo tema – da tempo discusso in dottrina – è dedicata la monografia *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali*, opera di Daniele Casanova¹¹ pubblicata nell'ottobre 2020 da Editoriale Scientifica all'interno della collana «Sovranità, Federalismo, Diritti». Le riflessioni dell'Autore sono volte, in particolare, a indagare i limiti che incontrerebbe la discrezionalità del legislatore nel delineare – con le disposizioni in materia elettorale – il concreto funzionamento del sistema per eleggere i membri delle Camere: l'analisi è condotta (anche) alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla materia elettorale politica inaugurata dalla sentenza n. 1/2014, ma più in generale Casanova si propone un'applicazione “globale” e puntuale del principio di uguaglianza al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, coinvolgendo nell'indagine anche la distribuzione territoriale dei seggi stessi, quale momento inscindibile per una valutazione completa sul reale “peso” dei voti.

È vero che le questioni legate all'uguaglianza del voto “in uscita”, che richiedono per necessità di confrontarsi con i “numeri” elettorali, sono meno evidenti rispetto ad altre sempre relative alla trasformazione dei voti in seggi: per questo, elettori ed elettrici potrebbero nutrire un maggior interesse a profili psefologici diversi, sempre riconducibili ai modi in cui è possibile «making votes count»¹². Chi approfondisce le elezioni dal punto di vista del diritto costituzionale (o della scienza politica), tuttavia, sembra non potersi sottrarre a queste considerazioni sul “voto uguale”: l'emergere di situazioni – quasi sempre di origine artificiale – in cui certi voti, in determinati territori o in particolari circostanze, appaiono decisamente «più uguali di altri» può far sorgere il sospetto che proprio le norme più delicate e “politiche” di un ordinamento giuridico possano minare in modo significativo la coerenza dello stesso (principio che per la Corte costituzionale è espresso proprio dal principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost.)¹³, dunque può costituire l'opportunità di segnalare al legislatore la necessità di intervenire per eliminare quella criticità.

⁹ F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)* (*dir. pubbl.*) (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, § 17 ss.

¹⁰ Anche perché di quello formale si discute da tempo ben maggiore e il divieto di ogni forma di voto plurimo o multiplo è «un principio ormai consolidato nel diritto elettorale comune ai paesi europei, tanto da poter essere considerato come imprescindibile ai fini della qualificazione di un determinato ordinamento come democratico»: M. RUBECCHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2016, 112.

¹¹ D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹² L'espressione è debitrice di G.W. COX, *Making Votes Count. Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997 (ed. it.: *I voti che contano. Il coordinamento strategico nei sistemi elettorali*, Bologna, il Mulino, 2005).

¹³ Corte cost., 29-30 novembre 1982, n. 204. Sulla coerenza vista dal lato dell'argomentazione giuridica, v. G. PINO, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 1/1998, 84-126; oltre ai classici H. KELSEN, *Teoria generale*

Un primo capitolo del volume è dedicato alla ricostruzione evolutiva del concetto di rappresentanza sul piano teorico, per poi approfondire (nella seconda sezione) il rapporto tra momento elettorale e rappresentanza (politica), rilevante nella trattazione dell'opera e ormai – soprattutto dopo l'acquisizione del suffragio universale – ritenuto necessario¹⁴. Nota l'Autore che, se ogni cittadino ha diritto al voto, questi – quale soggetto della rappresentanza, in una concezione non più assimilabile a quella liberale – «non si può negare che [...] possa influenzare la decisione politica», anche al di là delle elezioni, pure per rendere più credibile l'idea che i rappresentanti decidano “in nome e per conto” dei rappresentati (che dunque non restano passivi e inerti tra un'elezione e l'altra). Ha un ruolo fondamentale la responsabilità politica degli eletti verso gli elettori: essa presuppone «un rapporto rappresentativo continuo» che consente al corpo elettorale di sottoporre a verifica l'operato degli eletti e di decidere come comportarsi al voto successivo¹⁵.

In ciò, in modo convincente Casanova introduce l'elemento territoriale, ripercorrendo la storia del collegio elettorale: esso è configurato come «lo strumento principale atto a facilitare e favorire il raccordo tra rappresentanti e rappresentati» (anche se non basta la sua previsione perché il raccordo si compia), costituendo un «criterio di strutturazione della rappresentanza politica»¹⁶, che conosce luoghi in cui «si incontrano gli interessi frazionati di una società plurale», in teoria destinati a essere riportati in Parlamento nell'ambito della citata rappresentanza¹⁷. Quanto al sistema elettorale, occorre che sia «strutturato in modo tale da permettere che venga concretamente realizzata una rappresentanza degli elettori», perché essa sia davvero democratica.

Ciò porta a interrogarsi sul funzionamento della “macchina elettorale”, a partire dall'individuazione dei collegi elettorali e della distribuzione dei seggi tra questi. La Costituzione, già in quest'ultima fase, in effetti deroga al principio di uguaglianza nella rappresentanza (da tradurre nell'assegnazione dei seggi alle circoscrizioni su base demografica, pur con la previsione di un numero minimo di eletti per il Senato): indica infatti un numero fisso di seggi per certe aree territoriali, senza che dai lavori preparatori – in Assemblea costituente e in sede di revisione costituzionale – emergano giustificazioni nitide¹⁸; analoga deroga riguarda l'indicazione di un numero fisso di parlamentari da eleggere nella circoscrizione Estero, prescindendo dal numero

del diritto e dello stato, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, 409 e N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 123, v. di recente pure R. DELUSSU, *La coerenza come principio generale dell'ordinamento giuridico*, in ID., *La coerenza dell'ordinamento giuridico: il lavoro come causa della Costituzione*, Tricase, Youcanprint, 2018, 73 ss.

¹⁴ Ciò benché l'Autore ricordi le tesi che configuravano la rappresentanza anche in mancanza di organi elettivi: su tutti, in Italia, v. C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, Cedam, 1940, 312 ss.

¹⁵ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova, Cedam, 1975, 487 s. Casanova nota in modo condivisibile che l'avvento dei partiti, pur avendo modificato «le dinamiche della rappresentanza e della responsabilità» (anche solo guardando al ruolo dei partiti nella selezione delle candidature e nella possibilità che un rappresentante uscente non sia ricandidato), non ha fatto venir meno il ruolo di rappresentante della singola persona eletta (a patto che le norme elettorali consentano a chi vota di ponderare le proprie scelte, senza costringerlo a votare “in blocco”).

¹⁶ M. LUCIANI, *Governo (forme di)* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010, 585.

¹⁷ Il ruolo del collegio è ancora più importante negli ordinamenti che conoscono l'istituto del *recall*.

¹⁸ Evidenza a dovere l'Autore che la l. cost. n. 1/2020, che ha ridotto il numero dei parlamentari, ha contenuto il divario tra Valle d'Aosta, Molise e il resto delle Regioni (senza risolvere il problema di sotto/sovrarappresentazione), ma di fatto ne ha creato un altro, sempre per il Senato: la scelta di attribuire il numero minimo di senatori anche alle Province autonome di Trento e Bolzano, anche qui senza che dai resoconti parlamentari emerga una spiegazione della sperequazione creata tra Trentino - Alto Adige e le altre Regioni (in particolare quelle con popolazione analoga, di molto sottorappresentate).

dei cittadini italiani residenti fuori dal territorio nazionale¹⁹. Casanova propone poi di rendere “più uguale” la ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni basandola non sulla “popolazione legale”, risultante dall’ultimo censimento generale²⁰, ma sul numero di iscritti alle liste elettorali: il criterio appare interessante (innanzitutto per la sua “attualità” rispetto al tempo delle elezioni, potenzialmente lontano rispetto a quello del censimento, anche dopo l’introduzione nel 2017 del “censimento permanente”, pubblicato ogni cinque anni), ma non è privo di aspetti problematici²¹.

Il libro si diffonde poi sull’individuazione dei collegi (e della loro proiezione territoriale, la circoscrizione): le considerazioni sull’uguaglianza acquistano molto peso (specie per i collegi uninominali²², ma pure per quelli plurinominali, specie quando questi – di piccole dimensioni – «non possono rispettare, nella loro conformazione, i confini dei territori amministrativi preesistenti e che quindi vanno necessariamente “disegnati” *ad hoc*»). Anche il perseguimento di una mera uguaglianza formale (“numerica”), per Casanova, potrebbe non tener conto di altri principi costituzionali: questi – anche dopo uno sguardo comparato alle esperienze di Stati Uniti²³

¹⁹ Ulteriori deroghe al principio di uguaglianza finisce per creare la legge n. 459/2001, assegnando almeno un seggio a ciascuna delle quattro ripartizioni della circoscrizione Estero, senza alcuna copertura costituzionale di tale deroga alla distribuzione proporzionale alla presenza degli italiani all’estero. Correttamente l’Autore segnala un problema di scarsa rappresentatività delle persone elette all’estero, stante l’ampiezza ed eterogeneità delle ripartizioni territoriali che non aiuta a costruire una «rappresentanza delle esigenze degli elettori di quei territori» (ai quali peraltro sono stati aggiunti gli italiani temporaneamente presenti all’estero, le cui schede inviate per corrispondenza sono scrutinate – non del tutto ragionevolmente – insieme a quelle dei residenti all’estero, senza dunque che quei residenti in Italia contribuiscano a eleggere persone legate al loro territorio).

²⁰ Nel volume si ricorda la possibilità di distribuire i seggi *ex post*, in base al numero di voti validi o di votanti effettivi; si condividono però le riserve di Casanova, legate a profili di uguaglianza (sarebbero troppo sottorappresentati gli elettori di territori con molti astenuti o molte schede invalide) e a questioni tecniche (non sapere quante persone sono eleggibili crea problemi nel determinare il numero di componenti di una lista, in presenza di un sistema proporzionale o almeno a scrutinio di lista con rappresentanza delle minoranze, così come il numero di preferenze esprimibili potrebbe incidere molto sull’esito).

²¹ L’Autore propone quest’innovazione per evitare ineguaglianze tra gli elettori dovute al «diverso numero di residenti nel collegio privi del diritto politico di elettorato attivo» (minori, stranieri, apolidi e altri soggetti privi del diritto di voto). Il rilievo coglie un punto effettivamente critico, tuttavia escludere quei soggetti anche solo ai fini della determinazione dei parlamentari spettanti a un territorio potrebbe legittimare le persone elette a non tenere minimamente conto di quei soggetti nel loro agire, al punto che non sentirebbero nemmeno di poter essere chiamate alla responsabilità politica in caso di inazione verso quelle categorie di persone (che pure non sono prive di esigenze). Di più, è bene notare che proprio il riferimento a un parametro più “realistico” e vicino nel tempo come il numero di iscritti alle liste elettorali non è in grado di sterilizzare eventuali disegni di gruppi di persone che spostassero di comune accordo la loro residenza da una circoscrizione a un’altra, col deliberato fine di far contare di più o di meno un territorio (si tratta di uno scenario non improbabile, che paradossalmente potrebbe essere scoraggiato solo dalla malpratica nazionale di cambiare le leggi elettorali – e conseguentemente il disegno di circoscrizioni e collegi – nell’ultima parte della legislatura, per cui ci sarebbe poco tempo per operazioni “migratorie” *in limine electionis*): in quel caso si dovrebbe rinunciare a un po’ di contemporaneità, adottando come parametro per distribuire i seggi il numero di iscritti alle liste elettorali più risalente rispetto, per esempio, alla data di indizione delle elezioni o alla fine dell’anno precedente il voto.

²² Per Casanova, *ex art. 56 Cost.*, con l’opzione per i collegi uninominali «l’unico limite per il legislatore sarebbe quello di costituire collegi che non siano maggiori di più del 50% in difetto o in eccesso rispetto alla popolazione media dei collegi», ma la dottrina ha rilevato profili di incostituzionalità per collegi «marcatamente disomogenei quanto a consistenza demografica» (cfr. G. TARLI BARBIERI, *Sistemi elettorali (Camera e Senato)* (voce), in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Milano, Giuffrè, 2017, 917).

²³ La giurisprudenza della Corte suprema in materia elettorale (dagli anni ’60) ha messo in luce il rapporto tra rappresentanza e uguaglianza (confermando il criterio numerico della popolazione come punto di partenza); ha però riconosciuto che il principio di proporzionalità – comunque tenuto in enorme considerazione per le elezioni federali e ritenuto violato pure per scostamenti minimi non giustificati – può essere limitato da fini legittimi come il mantenimento dell’integrità di certe divisioni politiche o la previsione di collegi compatti e contigui (ma non da ragioni storiche, economiche o sociali). Specie con riguardo alle elezioni degli organi statali, si segnala la progressiva emersione di un parametro in base al quale, quando la disproporzione tra la popolazione dei collegi sia inferiore al 10%, l’onere di dimostrare che tale scostamento viola la *Equality Clause* spetta ai ricorrenti. Quanto alla «tutela dei confini amministrativi e la rappresentanza di una comunità politica o di una minoranza», Casanova rileva che negli Stati Uniti devono sì essere rispettate, «ma mantenendo come *focus* principale quello dell’uguaglianza demografica dei collegi elettorali», rilevando solo in seconda battuta, una volta rispettata l’uguaglianza nel modo ricordato.

e Regno Unito²⁴, in cui non è previsto a livello costituzionale un principio di distribuzione dei seggi proporzionale alla popolazione – possono riguardare l’omogeneità economico-sociale e storico-culturale dei collegi, la continuità del territorio e la tutela delle minoranze linguistiche *ex art. 6 Cost.* Nel criticare (con buone ragioni) vari aspetti delle leggi elettorali italiane²⁵, l’Autore ha segnalato che prevedere un limite percentuale al discostamento da un valore medio della popolazione di collegio non basta per ritenere rispettato il principio di uguaglianza, posto che ogni situazione richiede valutazioni caso per caso, poco prestandosi a valutazioni astratte; allo stesso modo, a volte le legittime aspettative circa il rispetto di criteri di natura territoriale devono recedere qualora queste comportino un’alterazione manifesta dell’uguaglianza formale tra collegi.

Dopo avere dato attenzione ai collegi, ci si occupa – nella seconda sezione del secondo capitolo – della formula elettorale, ma sempre in connessione con quanto detto sui collegi e con il concreto funzionamento di questi. Ricordato il maggiore rispetto dell’uguaglianza del voto da parte delle formule proporzionali²⁶ e che solo i sistemi proporzionali “puri” (assegnazione dei seggi su base proporzionale nell’unico collegio nazionale, assegnazione dei seggi nei collegi territoriali a identico quoziente e distribuzione dei non assegnati a livello nazionale, formula Hare a voto singolo trasferibile in collegio unico nazionale) garantiscano la massima uguaglianza possibile²⁷ del “peso” dei vari voti espressi, Casanova richiama il noto dibattito dottrinale sulla rilevanza dell’uguaglianza del voto “in uscita”, tra coloro che la ritengono obbligatoria e prescritta implicitamente in Costituzione (così sarebbe inevitabile l’opzione per un sistema proporzionale)²⁸

²⁴ Nel 1944 si è precisato che la popolazione elettorale di un collegio non doveva essere superiore o inferiore alla quota media di composizione dei collegi (non nell’intero Regno, ma in ciascuna *Home Nation*, il cui numero di seggi assegnati è inversamente proporzionale rispetto al grado di autonomia riconosciuto alla *Nation*) di oltre il 25%, precisando che per quanto possibile i territori amministrativi esistenti non avrebbero dovuto essere smembrati; dal 1949, tuttavia, si è precisato che lo scostamento rispetto alla media doveva essere il minimo possibile, pur essendo prevista la salvaguardia delle entità amministrative esistenti. Questo parametro in concreto ha avuto prevalenza, in mancanza di un criterio chiaro sul piano numerico-demografico: in modo condivisibile Casanova segnala «un certo grado di ambiguità che caratterizza le regole previste dal legislatore» e che ha permesso un’interpretazione cangiante delle disposizioni in materia (si segnala peraltro un intervento assai meno rilevante dei giudici sul tema delle circoscrizioni elettorali, anche per le peculiarità del sistema giudiziario del Regno Unito). Nel 2011, in ogni caso, il *Parliamentary Voting System and Constituencies Act* ha previsto una modifica rilevante (quota elettorale media per tutti i collegi del Regno Unito, possibilità di discostarsi al massimo del 5% dalla media degli iscritti alle liste elettorali del Regno, previsione di deroghe per singole situazioni in cui il solo criterio numerico sarebbe irragionevole), ma non ancora applicata.

²⁵ In particolare, l’Autore critica il fatto che dal 1993 i sistemi elettorali abbiano previsto limiti massimi di disuguaglianza tra collegi (il 10% nel 1993, il 20% dal 2015) da calcolare sulla media legata a ogni singola circoscrizione (dai confini determinati dal legislatore) e non sulla media nazionale, consentendo così gravi disuguaglianze tra collegi appartenenti a diverse circoscrizioni. Viene stigmatizzata anche l’eliminazione del riferimento alla provincia nell’identificazione dei collegi, per il ruolo socio-politico che ha svolto e continua a svolgere. Come casi concreti di disuguaglianza Casanova cita la Valle d’Aosta (cui è sempre stato assegnato un unico seggio da eleggere con sistema maggioritario *plurality* in un collegio uninominale grande come tutta la Regione, senza alcun riferimento alla popolazione regionale, che dunque non potrebbe in alcun modo far mutare il numero dei seggi) e il Trentino - Alto Adige (che dal 1993 aveva mantenuto l’elezione dei senatori negli stessi collegi uninominali della “legge Mattarella” del 1993, determinati dalla legge n. 422/1991, ma con profonde differenze demografiche tra i diversi collegi, costituiti sulla base dei dati del censimento del 1991).

²⁶ Su cui è d’obbligo richiamare A. GRATTERI, *La formula e il risultato. Studio sulla rappresentanza proporzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2019.

²⁷ L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, 309 parlava di «eguaglianza relativa».

²⁸ Cfr. soprattutto C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/1952, 849-875; più di recente hanno ritenuto la rappresentanza democratica realizzabile solo con il sistema proporzionale G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, n. 2/1994, 221; L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2008. Particolarmente interessante era la tesi contenuta in G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, n. 2/1965, 274 ss., in base alla quale l’opzione inevitabile per il proporzionale sarebbe invece dovuta

e chi invece crede che non ci sia alcun vincolo costituzionale sull'uguaglianza "in uscita", restando dunque percorribili altre formule elettorali, meno rappresentative e garanti del pluralismo (caratteri comunque riconosciuti ai soli sistemi proporzionali) ma più improntate alla stabilità.

In quel dibattito, peraltro, dal 2014 si deve considerare pure la giurisprudenza costituzionale in materia elettorale²⁹ che ha valorizzato più che in passato il principio di uguaglianza del voto: essa è arrivata a sostenere che «qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita"» (pur senza chiudere le porte a una disproportionalità "non irragionevole", oltre che all'impiego di sistemi non proporzionali). L'uguaglianza del voto "in uscita" è così entrata nello scrutinio di legittimità delle norme elettorali, sia pure come parametro non legato a previsioni costituzionali, ma insito nel sistema elettorale proporzionale scelto³⁰ (ove, si è tentati di dire, così sia stato "dichiarato" dai proponenti³¹); ciò significa che l'argomento non dovrebbe essere considerato nel giudizio su un sistema maggioritario. L'Autore, però, non è convinto della correttezza di questa posizione (mentre pure gran parte della dottrina crede che di uguaglianza del voto "in uscita" si possa parlare solo con riguardo ai sistemi di natura proporzionale), ritenendo piuttosto che qualunque sistema elettorale debba essere «valutato secondo il metro dell'eguaglianza del voto», dando per presupposto che l'art. 48 Cost. abbia «portata prescrittiva per il legislatore».

Casanova arriva a questo risultato proponendo una diversa lettura dell'uguaglianza del voto, valorizzando le peculiarità di ciascun sistema elettorale, a partire non tanto dalla formula, ma dalla conformazione dei collegi. Posto che padri e madri costituenti non vollero esplicitare nel testo della Costituzione alcuna preferenza per un sistema elettorale, per l'Autore ogni voto deve avere lo stesso valore aritmetico, chiunque (e dovunque) lo esprima, chiunque lo riceva; esisterebbero ancora voti che "non contano" perché non producono rappresentanti, ma ciò accadrebbe in base

all'eguale concorso dei partiti alla determinazione della politica nazionale ex art. 49 Cost., in una lettura della disposizione qui attenta soprattutto ai profili della democrazia *tra e dei* partiti.

²⁹ Sulle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017, nell'enorme messe di contributi di dottrina, si vedano quelli ospitati da questa *Rivista*.

³⁰ Riflessioni generate, tra l'altro, dalla giurisprudenza in materia elettorale del *Bundesverfassungsgericht*; cfr. anche A. GRATTERI, *Il diritto straniero e la comparazione nelle motivazioni della Corte costituzionale: il caso delle "sentenze elettorali"*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 229-240. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, in chiave nazionale e comparata, v. di recente G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 137 ss.

³¹ Ci si permette questa riflessione perché, come si è già detto in più occasioni (anche su questa *Rivista*), la decisione della Corte costituzionale nel 2014 è stata influenzata dal fatto che fin dall'inizio il sistema elettorale delineato dalla legge n. 270/2005 era stato qualificato da chi ha concorso a (de)formarlo come "proporzionale con premio di maggioranza" e questa *vulgata* si è conservata, soprattutto grazie alla previsione delle liste come unico strumento di candidatura. Il fatto è che – come alcune voci autorevoli rilevano da tempo, a partire da A. AGOSTA, *Dal bipolarismo assoluto al bipartitismo tendenziale. Attraverso il proporzionale*, in AA.VV., *La riforma elettorale*, Firenze, Passigli, 2007, 143-153, ma v. pure M. VOLPI, *Riforma elettorale e rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2012 – la "legge Calderoli", con il suo meccanismo *majority assuring* del premio di maggioranza pronto a scattare in ogni caso, di proporzionale non aveva nulla, dovendosi piuttosto parlare di un sistema maggioritario, con ripartizione proporzionale dei seggi tra le liste delle coalizioni e con rappresentanza delle minoranze. Correttamente Casanova dà conto di queste posizioni, pur non prevalenti in dottrina. Lo stesso Autore non nasconde – e si concorda con questa tesi – che la sentenza n. 1/2014 ha rischiato di dare fin troppo peso alle aspettative degli elettori (specie ove non risultino fondate, ad esempio andando oltre l'attesa «che i meccanismi distorsivi del voto non alterino completamente il risultato della scelta degli elettori in termini di seggi»: così G. SCACCIA, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Forum Quad. cost.*, s.d., 2014, 4). La Corte non ha peraltro chiarito in che misura tali aspettative possano essere ragionevolmente limitate (né la risposta si trova nella sentenza n. 35/2017, che di aspettative dell'elettore non parla più).

a un meccanismo *standard* e ragionevole. Quell'identità di valore, tuttavia, per Casanova non dovrebbe essere riferita all'intero territorio nazionale, suddiviso in collegi, ma ai voti espressi dalle elettrici e dagli elettori di *ogni singolo collegio*. Solo i componenti del corpo elettorale riconducibili al medesimo collegio, infatti, potrebbero essere considerati "uguali" *ex art. 3, comma 1 Cost.* (dunque in senso formale), dal momento che davanti a sé trovano gli stessi candidati: votanti di collegi diversi, di fatto, trovandosi in territori diversi e dovendo scegliere tra aspiranti eletti differenti, «sono inseriti all'interno di procedimenti elettorali differenti», non assimilabili.

Ogni valutazione sull'uguaglianza "in uscita" del voto, dunque, dovrebbe svolgersi nell'ambito del singolo collegio (uninomiale o plurinomiale che sia), senza avere come parametro il livello nazionale. Sempre in ciascun collegio, poi, dev'essere applicato il principio maggioritario elettorale, in base al quale – proprio sulla base del fatto che i voti espressi valgono tutti allo stesso modo – chi ottiene più voti dev'essere eletto (come candidato più votato in un collegio uninomiale maggioritario, come lista più votata che dunque merita più eletti in base ai voti ottenuti con un sistema proporzionale). Gli stessi collegi, però, dovrebbero risultare uguali tra loro, nel senso che a ciascuno dovrebbe applicarsi la medesima formula elettorale, senza che sia diversificata nelle varie aree territoriali³² (e, ove fosse adottato un sistema misto che preveda una quota di seggi assegnata con formula maggioritaria e la restante con quota proporzionale³³, la legge dovrebbe «mantenere la medesima quota all'interno di tutti i collegi elettorali»).

Sulla base di queste riflessioni, Casanova passa in rassegna i vari sistemi elettorali conosciuti e praticati, sottoponendoli al "test del voto uguale": esso, oltre ai tre elementi appena visti (uguaglianza aritmetica dei voti a livello di collegio, applicazione del principio maggioritario elettorale in ogni collegio, applicazione della medesima formula in ogni collegio), valuta la ragionevolezza di altri elementi, caso per caso, per verificare l'effettiva uguaglianza. Partendo dai sistemi "monolivello" superano così il test, tra i sistemi con voto alla persona, quelli basati su collegi uninominali maggioritari (che adottino una formula *plurality*, *majority* o a voto alternativo), poiché in ogni singola competizione di collegio è garantito identico "peso" a tutti i voti espressi e ricevuti e la persona eletta nel singolo collegio è risultata la più rappresentativa per quel territorio. Più criticità presentano i sistemi con collegi plurinominali ma con voto alla persona, specie quelli nei quali all'elettore venga permesso più di un voto (fino al numero di persone da eleggere), poiché ciò consente la sovrarappresentazione di alcuni elettori rispetto ad altri³⁴; è considerato più in linea con la sposata concezione dell'uguaglianza il sistema a voto singolo trasferibile (dunque con formula Hare), poiché anche se chi vota esprime più preferenze graduate, il "voto che conta" è uno soltanto e ha lo stesso valore degli altri.

Tra i sistemi con voto alla lista, il giudizio è completamente negativo per i sistemi maggioritari integrali (in cui i seggi in palio si attribuiscono in blocco alla lista vincente), perché a fronte dei voti inefficaci perché rimasti senza rappresentanza ci sono i voti (alla lista che vince) che di fatto

³² A meno che, come nota l'Autore, «il legislatore adotti formule diverse per concedere, al contrario, un'eguale possibilità di rappresentanza ai diversi collegi elettorali», in presenza di una norma costituzionale che consenta tale differenziazione (il che, in Italia, è limitato alle minoranze linguistiche da tutelare *ex art. 6 Cost.*), senza però comprimere troppo gli altri canoni.

³³ Sui quali, sul piano giuridico, è importante vedere L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 403 ss.

³⁴ Il problema si riduce nel caso di voto singolo non trasferibile (o voto unico), ma emergono altre criticità sul piano degli squilibri che potrebbero aversi nel singolo collegio.

sono plurimi. Quanto ai (più comuni) sistemi proporzionali con voto di lista, l'uguaglianza dei voti all'interno di ciascun collegio richiede almeno che sia applicato lo stesso meccanismo a ogni lista; Casanova, in più, ritiene che le formule troppo selettive (come quelle del divisore con primo divisore superiore a 1) o troppo poco selettive (come certe formule che impiegano il quoziente e fanno dipendere il risultato dai resti, valori non determinati dal voto degli elettori) risultino irragionevoli e, dunque, non rispettose dell'uguaglianza del voto (e, in definitiva, nemmeno del canone della proporzionalità). L'Autore affronta poi il delicatissimo tema delle "soglie implicite di sbarramento" (che acquistano molto peso nei collegi a *magnitudo* minore), ritenendo che in sé non creino problemi di uguaglianza perché i voti espressi hanno tutti lo stesso valore nel procedimento che porta ad attribuire i seggi alle liste (ma la ragionevolezza di tali soglie dev'essere valutata alla luce del concreto disegno dei collegi, che – in un giudizio da esprimere caso per caso – deve risultare a sua volta ragionevole).

Con riguardo ai sistemi elettorali con premio, il giudizio è molto severo su quelli che non prevedono una soglia di accesso (anche se formalmente «la formula matematica di per sé “pesa” i voti tutti allo stesso modo»), poiché il suffragio di chi vota subisce un trattamento diverso “in uscita” solo sulla base della forza politica cui il voto è stato indirizzato. La censura peraltro non muta particolarmente qualora l'attivazione del premio sia subordinata al raggiungimento di una soglia, perché comunque la legge dà più valore ai voti espressi per le liste di maggioranza rispetto agli altri. I casi in cui sia previsto un premio di maggioranza all'esito di un secondo turno di votazione, poi, presentano ulteriori profili critici sul piano dell'uguaglianza del “peso” dei voti espressi e su quello della rappresentanza, che «al secondo turno “scompare”» perché non ci sono più persone determinabili da eleggere ma forze politiche cui attribuire un premio³⁵. Quanto invece ai sistemi elettorali maggioritari con premio di maggioranza (evocati, ma poco praticati), essi apparirebbero illegittimi soprattutto perché l'assegnazione del premio farebbe comunque “pesare” di più il voto degli elettori che hanno fatto attribuire il premio rispetto a quello altrui (e lo stesso potrebbe dirsi se in ipotesi si attribuissero al corpo elettorale un voto per il collegio maggioritario e uno per l'assegnazione del premio). Per l'Autore non è conforme a Costituzione neanche il particolare tipo di premio rappresentato dalla “tribuna” concessa alle minoranze per contenere i casi in cui una forza o una coalizione vincono “troppo”, onde non comprimere la rappresentanza delle minoranze: pure qui si produrrebbero distorsioni dei principi della democrazia rappresentativa.

Quanto ai sistemi misti, è essenziale che le formule combinate non siano in contrasto con l'uguaglianza del voto, ma gli aspetti critici emergono soprattutto quando si cerca di correlare i risultati ottenuti nelle due parti, ovviamente guardando a come si è regolata la materia in concreto. Ad esempio, nel sistema elettorale vigente per il Parlamento, il singolo voto di chi riesce a far eleggere un candidato di lista o coalizione nel collegio uninominale vale anche per l'elezione di qualche soggetto nella quota proporzionale (un valore doppio rispetto a quello di chi non ha

³⁵ Casanova nota che pure una misura correttiva, che preveda di presentare al secondo turno specifici candidati che si contendano lì parte dei seggi, non risolverebbe il problema dell'uguaglianza dei voti (e, si aggiunge, creerebbe nuovi problemi in sede di procedimento elettorale preparatorio, costringendo o a presentare già in prima battuta candidati per il primo e per il secondo turno, proponendo così nomi diversi, o a prevedere una nuova presentazione delle candidature, rendendo a quel punto molto complesso svolgere il secondo turno due settimane dopo il primo, *comme d'habitude*).

eletto alcun candidato di collegio e contribuisce solo al risultato della lista o delle liste votate); questi problemi si possono evitare disgiungendo nettamente i voti oppure prevedendo un meccanismo di scomputo (o, come lo si è chiamato in pratica, «scorporo») che non consenta ai voti che hanno consentito la vittoria nel collegio uninominale di valere una seconda volta, mentre combinando l'applicazione dei due congegni si rischia seriamente di vulnerare l'uguaglianza "in uscita dei voti", perché si finisce per "annichilire" anche i suffragi proporzionali di chi ha votato la lista cui è collegata una persona candidata nel collegio uninominale, senza però aver sostenuto quest'ultima³⁶. Con riguardo alle soglie di sbarramento manifeste, infine, esse vengono lette come «una limitazione *esplicita* del principio d'eguaglianza del voto da parte del legislatore ordinario» (e la percentuale di elettorato esclusa *ab initio* dalla rappresentanza, specie in caso di soglia elevata e di quadro politico frammentato, può essere di un certo rilievo); il problema non è certo risolto qualora, nell'ambito di un sistema che prevede il collegamento in coalizione, si configuri un "ripescaggio" della miglior lista coalizzata che non ha raggiunto la soglia³⁷ o si precisi che anche i voti delle liste sottosoglia concorrono alla cifra elettorale della coalizione e possono dunque tradursi in seggi per le liste che invece hanno superato lo sbarramento³⁸.

Uno spazio è dedicato anche ai sistemi elettorali "multilivello", quelli in cui la trasformazione dei voti in seggi non avviene per intero all'interno del collegio elettorale in cui si vota, ma almeno in parte un diverso (superiore) livello territoriale. Si tratta di meccanismi noti nell'ordinamento italiano – adottati in particolare per le elezioni politiche – e che hanno già mostrato vari profili critici, in particolare con i fenomeni di "slittamento" dei seggi tra collegi plurinomiali diversi, a

³⁶ Ciò di fatto accadeva con riguardo al sistema tracciato dalla legge n. 277/1993 per la sola Camera, in cui era previsto il voto su due schede, ma anche lo scorporo parziale (non totale come per il Senato, che prevedeva invece l'uso di una sola scheda) ai danni della lista cui era collegato il candidato vincitore del singolo collegio uninominale, collegamento obbligatorio per legge: in quel modo, i partiti minori non schiacciarono troppo i partiti maggiori, anche se ovviamente dovettero rinunciare a non pochi seggi. Com'è noto, uno stratagemma elettorale sperimentato su scala ridottissima nel 1994 e in modo più ampio nel 1996 (con il collegamento "fittizio" di candidati nei collegi uninomiali a liste proporzionali diverse dalle proprie e che non avrebbero raggiunto il 4%) nel 2001 divenne "scientifico" e sistematico, generando la pratica delle "liste civetta" (v. L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV Legislatura*, Brescia, Promodis Italia, 2003, 23 ss.), create *ad hoc* – cercando di dar poco nell'occhio, anche sul piano grafico, per non rischiare di drenare voti – per neutralizzare il meccanismo dello scorporo e consentire ai partiti maggiori di Casa delle Libertà e Ulivo di ottenere nella quota proporzionale il maggior numero di seggi possibili (a danno delle forze minori, interne e soprattutto esterne ai poli).

Prima e dopo le elezioni furono voci si scagliarono contro tale espediente, ritenuto furbesco se non "truffaldino": tuttora non è facile parlarne bene (pure perché l'abuso fatto dal centrodestra di quel mezzo, insieme alle multicandidature con pluri elezione, fece conquistare a Forza Italia seggi *ultra vires*, che non si poterono assegnare e costrinsero la Camera a operare senza il *plenum* nella XIV Legislatura). Si deve però ammettere che, alla luce delle considerazioni di Casanova, il ricorso alle "liste civetta" – pur essendo stato compiuto per ragioni comprensibili, ma tutt'altro che nobili – finiva per creare una situazione di maggiore uguaglianza "in uscita del voto", evitando l'applicazione contemporanea di scorporo e doppio voto. Ciò, peraltro, si sarebbe potuto ottenere abolendo direttamente lo scorporo, cosa cui puntava parte del centrodestra e che era stata dichiarata in modo (e su sfondo) candido nel contrassegno della lista «Per l'abolizione dello scorporo, per la stabilità di governo. No ai ribaltoni». La lista scontava una certa incoerenza comunicativa: indicava l'abolizione dello scorporo come fine (*petitum* mediato), ma era nata con il reverso obiettivo (*petitum* immediato) di "sterilizzarlo"; l'effetto, in ogni caso, era "fare il pieno".

³⁷ Casanova ricorda giustamente che può essere esclusa dal *repêchage* una lista che non è risultata la "miglior perdente" di una coalizione, ma che ha ricevuto più voti di formazioni ripescate in altre compagini elettorali (com'è accaduto con la "legge Calderoli"; altri profili di lesione del "voto uguale", in quel caso, erano legati alle soglie più favorevoli per le liste coalizzate).

³⁸ Ciò, anzi, crea ulteriori profili di criticità, che si preveda l'assegnazione di un premio di maggioranza alla coalizione che ha ottenuto più voti, grazie all'apporto di tutte le liste coalizzate (com'era con la "legge Calderoli") o che sia prevista la distribuzione dei seggi *in primis* alle liste non collegate e alle coalizioni, computando per queste ultime i voti di tutte le liste che abbiano superato l'1% (così dispone tuttora la "legge Rosato-bis"). In entrambi i casi, i voti indirizzati alle liste sottosoglia non producono alcun effetto per quelle formazioni, ma continuano a produrlo per altre che non sono state scelte da chi ha espresso quei voti; dunque, il rapporto di rappresentanza politica si crea con soggetti diversi rispetto a quelli voluti da elettrici ed elettori.

causa del funzionamento dei vari meccanismi scelti e della loro combinazione (distribuzione nazionale, eventuale premio di maggioranza, dimensione dei collegi): ciò ha portato pure a sovrarappresentare o sottorappresentare alcuni territori, con intuibili conseguenze – visto quanto sostenuto da Casanova nel suo volume – sull’uguaglianza del voto “in uscita”. Ha così buon gioco l’Autore a mettere in luce le violazioni che questi sistemi elettorali (anche quelli in cui, vigente un sistema proporzionale a distribuzione territoriale, solo il recupero dei resti avviene a livello superiore) apportano al principio del “voto uguale”, non potendosi nemmeno instaurare una corretta rappresentanza politica ed essendo i vari problemi aggravati dalla previsione di soglie di sbarramento. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 35/2017, ha ricordato che la ripartizione dei seggi in proporzione alla popolazione è sancita nella Carta anche per evitare che essa «possa successivamente esser derogata, al momento della assegnazione dei seggi alle diverse liste nelle circoscrizioni, sulla base dei voti conseguiti da ciascuna di esse»; il giudice delle leggi non ha peraltro ritenuto che le traslazioni di seggi siano in sé tutte illegittime, ma ciò per l’Autore della monografia non fa venir meno i problemi sul piano dell’uguaglianza (anche in caso di slittamenti del tutto imprevedibili e non “selettivamente favoriti”)³⁹. Più interessante, o almeno con ridotti problemi di uguaglianza “in uscita”, sono risultati i sistemi in cui la trasformazione dei voti in seggi avveniva a livello territoriale, mentre il recupero dei resti si svolgeva in un collegio elettorale nazionale, con candidature comunque sottoposte al corpo elettorale.

L’ultima parte del volume di Daniele Casanova analizza il rapporto tra uguaglianza del voto e stabilità, vista sia come dialettica Parlamento-Governo sia come dinamica parlamentare efficiente. Secondo la sentenza n. 1/2014, i principi costituzionali della rappresentatività delle Camere e del “voto uguale” possono bilanciarsi con gli obiettivi della stabilità del governo e della rapidità del processo decisionale (anche se per la dottrina si è di fronte a un bilanciamento “asimmetrico”, senza la netta indicazione del fondamento costituzionale nel secondo caso⁴⁰), ma il bilanciamento dev’essere ragionevole⁴¹. Se, per la dottrina, la stabilità che potrebbe limitare i citati principi costituzionali si identifica solo nel rafforzamento della maggioranza in grado di sostenere a lungo il Governo (e non anche nella stabilità della democrazia), per l’Autore sono di certo irragionevoli i sistemi elettorali che, a fronte di un sacrificio dell’uguaglianza del voto (giudicato comunque in modo negativo, come si è visto), non garantiscono (né favoriscono per forza) neanche il formarsi di una maggioranza stabile⁴²; lo stesso vale, nei contesti di bicameralismo paritario, per le scelte di due sistemi elettorali per le Camere che non siano «*sostanzialmente identici*», cosa che in Italia al momento pare inevitabile (l’art. 57 Cost. prevede ancora un Senato eletto su base regionale).

³⁹ Il volume, di più, segnala problemi anche all’interno dei singoli collegi, diversi per i vari tipi di sistema configurabili.

⁴⁰ C. PINELLI, *Bilanciamenti su leggi elettorali (Corte cost. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017)*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, 221-228, spec. 227; nella monografia si dà conto delle perplessità della dottrina sulla possibilità di attenuare principi e diritti costituzionali (specie quello al “voto uguale”) con un obiettivo di natura costituzionale (relativo al rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo).

⁴¹ Per la Corte Edu, invece (*Saccomanno e a. c. Italia*, ric. n. 11583/2008, sent. del 13 marzo 2012) la stabilità era sufficiente a giustificare l’introduzione di un premio di maggioranza non assistito da una soglia (peraltro non ritenuto pregiudizievole dell’equilibrio con la rappresentanza).

⁴² È il caso dei sistemi maggioritari con premio alla lista o con premio attribuito – con o senza soglia – in collegi infranazionali, i sistemi con un numero fisso di seggi come premio di maggioranza e quelli che misti collegano assai strettamente l’elezione nei collegi uninominali e quella nei collegi plurinominali.

Il bilanciamento in effetti si potrebbe avere – almeno in linea teorica – nei sistemi che prevedono un premio senza soglia, o in quelli con soglia che assegnino alle forze politiche beneficiarie un numero di seggi superiore alla maggioranza assoluta della Camera rappresentativa; Casanova però ricorda come la stabilità politica della maggioranza di governo, per varie ragioni, sia impossibile da garantire o da mantenere con certezza nel tempo, dunque anche in questo caso compressioni dell’uguaglianza del voto sarebbero irragionevoli (e anche con riferimento alle soglie di sbarramento, l’Autore contesta che si tratti dello strumento più ragionevole per contenere la frammentazione parlamentare, altro obiettivo costituzionalmente legittimo, ma è lecito dubitare – con Casanova – che una maggiore selettività all’ingresso si traduca automaticamente in stabilità). Risulterebbero accettabili solo i sistemi maggioritari (a uno o due turni) o il sistema proporzionale “a effetti maggioritari” (sullo stile di quello spagnolo) che favorirebbero una razionalizzazione dell’offerta politica – pur non garantendo la formazione di una maggioranza stabile e duratura – senza sacrificare (troppo) la rappresentanza.

Dalla lettura del volume di Casanova emerge l’immagine di un legislatore che – in Italia – può contrarre su una discrezionalità in materia elettorale assai meno ampia di quanto la materia (decisamente “politica”) potrebbe far pensare, se si prende realmente “sul serio” l’uguaglianza del voto (“in uscita”, oltre che “in entrata”) e se ne traggono tutte le conseguenze possibili. L’esigenza di garantire la perfetta uguaglianza “aritmetica” di ciascun voto all’interno di ogni collegio (unico ambito territoriale e ideale in cui i membri del corpo elettorale e i voti da loro espressi per il medesimo *bouquet* di candidature possono ritenersi, a certe condizioni, davvero “uguali”) fa escludere dal novero delle scelte praticabili in materia di sistemi elettorali un numero significativo di opzioni praticate in passato o attualmente. In tempi come questi, in cui – soprattutto dopo la riduzione del numero dei parlamentari – si parla di nuovo di modifiche alla legge elettorale (non è dato sapere con quali concrete possibilità che queste avvengano e in quale direzione vadano), le riflessioni contenute nella monografia appena analizzata, sviluppate con ampiezza e con solide argomentazioni⁴³, sono sicuramente da tenere in debita considerazione. Non è affatto detto, in realtà, che il legislatore voglia tenerne conto (poiché, nel suo «ipercinetismo»⁴⁴ in materia elettorale, ha dimostrato di badare più ad alcuni interessi di parte che a profili rilevanti sul piano della legittimità costituzionale e, soprattutto, di voler approfittare in pieno della discrezionalità ampia che ritiene di avere); è invece certo che ne terranno ampiamente conto coloro che, dopo l’apertura mostrata dalla Corte costituzionale nell’accettare lo strumento dell’azione di accertamento sul diritto di elettorato per poter sottoporre a sindacato di legittimità le norme elettorali⁴⁵, sono già pronti a percorrere la via giudiziaria per far arrivare al giudice delle leggi i nuovi dubbi di costituzionalità sulle norme elettorali, anche dal punto di vista dell’uguaglianza.

⁴³ Nell’indubbio approfondimento del lavoro di studio, sarebbe stato ancora più apprezzabile trovare qualche riflessione specifica, oltre che sul ruolo dei collegi e della formula elettorale in senso stretto, anche sul tipo di scheda, altro elemento che è individuato come costitutivo dei sistemi elettorali da riconosciuta dottrina (F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di Diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, 180 ss.): è molto probabile che da quell’analisi sarebbero scaturite considerazioni altrettanto interessanti e sfidanti (per chi studia il diritto costituzionale e per chi lo applica).

⁴⁴ F. LANCHESTER, *L’ipercinetismo e la giurisdizione*, in questa *Rivista*, n. 3/2017 (sezione «Legge elettorale e conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato»).

⁴⁵ Ciò vale, naturalmente, con riferimento alle sentenze nn. 1/2014 e 35/2017 (sui percorsi che, in precedenza, non erano riusciti a far arrivare al giudice delle leggi i ritenuti vizi delle norme elettorali, v. volendo G. MAESTRI, *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in questa *Rivista*, n. 2/2017), ma occorre considerare anche

3. Al di là delle elezioni: le strade della partecipazione offline e online per accrescere l'uguaglianza (leggendo De Tullio)

Indubbiamente quella elettorale può essere considerata – oltre che una delle forme classiche di esercizio della sovranità popolare, sia pure come democrazia rappresentativa – l'occasione più consistente di partecipazione. Non è però certo l'unica praticata o configurabile: ciò è sicuramente un bene, anche considerando che la rappresentanza politica, così come la si è conosciuta e la si conosce, non nasconde i suoi limiti sul piano dell'uguaglianza; occorre dunque individuare canali partecipativi che non si sostituiscano a questa, ma si affianchino per poterla rendere più compiuta.

Parte da qui la monografia di Maria Francesca De Tullio *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*⁴⁶, pubblicata da Editoriale Scientifica nell'aprile del 2020 (sempre nella collana «Sovranità, Federalismo, Diritti» diretta da Giorgio Grasso). Il primo capitolo si occupa espressamente della «crisi della rappresentanza»: l'Autrice riparte dai cardini della rappresentanza stessa, in particolare dalle sue garanzie costituzionali, quelle che consentono alle istanze del corpo elettorale di avere spazio nell'«agenda» di chi detiene il potere. Le disposizioni della Costituzione sul voto⁴⁷ e sui partiti hanno un ruolo fondamentale in tutto ciò, assieme ad altre più legate all'esercizio del mandato parlamentare. Il divieto di mandato imperativo *ex art. 67 Cost.* sta, per l'Autrice, «al crocevia [...] cioè tra il potere decisionale dei rappresentanti e il controllo pubblico sugli stessi»; a loro volta, i partiti (con altri corpi intermedi) dovrebbero svolgere il ruolo di «necessari anelli di congiunzione tra governanti e governati», dunque tra le due parti della rappresentanza, ma proprio i partiti hanno fatto sì che le persone elette rispondessero in buona parte a loro, finendo per creare un vincolo diverso da quello escluso dall'art. 67. La crisi e la sopraggiunta debolezza dei partiti hanno poi avuto ricadute sullo stato di salute della democrazia⁴⁸.

Che la dimensione rappresentativa non bastasse, in realtà, era chiaro fin dall'inizio dell'Italia repubblicana: lo dimostra l'inserimento in Costituzione, tra le forme di esercizio della sovranità popolare, degli istituti del *referendum* e dell'iniziativa legislativa popolare⁴⁹, previsti – così scrive De Tullio – quale «necessario complemento della rappresentanza, per evitare di marcare una distanza eccessiva dagli elettori, che sarebbe potuta esplodere in forme di delegittimazione degli organi pubblici». Ciò ha reso la rappresentanza un luogo in cui convivono delegazione e partecipazione:

la recentissima sentenza n. 48/2021, che ha ammesso quel sistema di accesso anche per profili attinenti all'elettorato passivo (L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in *Consulta Online*, n. 1/2021, 283-287 e, volendo, G. MAESTRI, *Firme ed esenzioni: nulla cambia, ma si apre la via per i ricorsi pre-voto*, in *Isimbolidelladiscordia.it*, 27 marzo 2021).

⁴⁶ M.F. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

⁴⁷ La cui uguaglianza e personalità sono fissate anche per impedire «ogni legge che si discosti dal principio dell'universalità del suffragio e dalla prospettiva del massimo allargamento del corpo elettorale» (D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 543-609, spec. 583).

⁴⁸ V. di recente A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁴⁹ Su questa, purtroppo marginalizzata in pratica, v. C. BOVA, *L'iniziativa legislativa popolare in Italia e in Svizzera*, Padova, Cedam, 2012; N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano, FrancoAngeli, 2014.

questo dovrebbe assicurare una sufficiente «flessibilità» della rappresentanza, ma in teoria anche perseguire mediante essa un approccio inclusivo, in nome dell'uguaglianza sostanziale.

Chi vuole avere voce in capitolo nelle decisioni deve poterlo fare in condizioni di uguaglianza⁵⁰ (e non solo votando) e con un coinvolgimento ampio, ma occorre anche la consapevolezza che concorrere alle decisioni ha un costo⁵¹: per partecipare occorre essere informati e questo richiede tempo ed energie da distogliere da attività remunerative, il che può dissuadere dal partecipare chi non può permettersi di guadagnare meno per vivere. La capacità di perseguire l'uguaglianza sostanziale (sul piano sociale ed economico, su scala territoriale) diventa così la preconditione per una maggiore e più piena partecipazione e per lo stesso esercizio della sovranità popolare⁵². Tornando all'art. 48 Cost e all'uguaglianza del voto di cui si è detto, toccherebbe proprio ai partiti renderla più concreta e inclusiva, coinvolgendo il maggior numero di persone possibili e facendo da tramite con i loro gruppi parlamentari perché le istanze della “base” possano trovare spazio nella sede della decisione, in coerenza col disposto dell'art. 49 Cost. La crisi che investe i partiti fa però sì che questi non siano di fatto più in grado di creare «spazi di uguaglianza». Occorrono altre letture, con uno sguardo sistematico attento e votato alla realtà.

Il concetto chiave da cui parte De Tullio è il libero mandato dei parlamentari, inteso come mandato sciolto da interessi particolari (degli elettori che hanno determinato l'elezione o del partito di riferimento) e legato all'interesse generale: un concetto, questo, non facile da individuare con nitidezza. L'Autrice segue la lezione di Santi Romano, per cui l'interesse generale si interpreta «in relazione alla maggior coerenza rispetto a principi e valori costituzionalmente sanciti e tutelati»⁵³ (a partire dagli artt. 2 e 3 Cost.), evitando la trappola degli interessi particolari e dell'ingerenza dell'esecutivo sul legislativo. Anche questo, però, oggi pare lontano dall'inverarsi: correttamente il volume riconosce l'esistenza di un «mandato imperativo di governo»⁵⁴, in base al quale il Parlamento si trova di fronte all'agenda dettata dal governo, il cui rispetto è “necessitato” mediante l'opera dei vertici dei partiti. Questi, peraltro, sono cambiati da tempo: la progressiva “maggioritarizzazione” del sistema, avviata in risposta alle criticità addebitate alle formule proporzionali (ma si è visto con quali effetti sull'uguaglianza dei voti in certe circostanze), ha indotto un'opzione per soluzioni più “immediate” e ha costituito la base per il fenomeno della personalizzazione della politica, con ricadute sulla formazione e “gestione” delle compagini in Parlamento⁵⁵. Nessuno di questi fenomeni è parso molto rispettoso del libero mandato, né è

⁵⁰ Cfr. B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, 217-221 (ed. italiana: *I principi del governo rappresentativo*, Bologna, il Mulino, 2017); M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (diretto da), *Commentario della Costituzione (La formazione delle leggi. Tomo I, 2)*, Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, 63-65.

⁵¹ Come in generale l'esercizio e la garanzia di vari diritti, se non di tutti: doveroso in ciò, guardando soprattutto ai costi “monetizzabili”, citare S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁵² Ciò emerge con grande chiarezza in C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione (Principi fondamentali)*, Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1975, 1-50, spec. 9-10.

⁵³ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ed. orig. 1909, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 3.

⁵⁴ L'espressione è stata coniata da G. AZZARITI, *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 3/2013, 288.

⁵⁵ Non a caso, nella stessa logica l'Autrice inquadra le modifiche al regolamento del Senato approvate alla fine della XVII Legislatura, volte tra l'altro a ridisegnare a favore della maggioranza i lavori di Palazzo Madama e a scoraggiare la frammentazione o il transfughismo (disposizioni che, mirando alla stabilità del gruppo parlamentare, per De Tullio non sono del tutto rispondenti alla *ratio* dell'art. 67 Cost. e della stessa rappresentanza, visto che di fatto viene scoraggiato o sanzionato l'allontanarsi dall'indirizzo di un gruppo e del corrispondente partito, non dall'indirizzo dato dal corpo elettorale, anche se

andato a vantaggio della qualità della rappresentanza (e nemmeno della stabilità e durata degli esecutivi), ma ha solo rafforzato il Governo, la sua posizione e la sua tendenza a comprimere gli spazi di discussione e le possibilità di intervento dell'opposizione.

Secondo De Tullio, il modo migliore per mutare la situazione non è affidarsi a forme di mandato imperativo popolare (qual il *recall*)⁵⁶, ma cercare altri canali di rapporto elettori-eletti che restituiscano al Parlamento rappresentatività rigenerando il libero mandato (ma avendo sempre come “stella polare” l'art. 3, comma 2 Cost.) e, allo stesso tempo, perseguire altre strade di partecipazione popolare, che consentano di colmare le lacune del pur fondamentale strumento elettorale (il voto è necessariamente episodico e propone scelte secche, quasi per nulla graduabili, tra le opzioni proposte dai partiti, alla cui definizione spesso la “base” non ha potuto partecipare). Servono dunque altri strumenti, in grado soprattutto di far partecipare chi normalmente è escluso, in modo che possa instaurarsi – certo su una non breve distanza – un meccanismo virtuoso di rinnovo della rappresentanza, grazie alla comunicazione e all'interscambio con chi ha acquistato voce grazie agli «spazi giuridicamente regolati di intervento diretto dei governati nelle decisioni» (come li chiama l'Autrice), legati appunto alla partecipazione.

Queste esperienze – cui è dedicato il secondo capitolo della monografia – sono note sotto il nome di «democrazia partecipativa»⁵⁷, che accomuna realtà diverse per genesi (a volte *praeter legem* o perfino *contra legem*), sviluppo e gradi di partecipazione. I vantaggi per l'amministrazione sono indubbi: da un miglior ascolto degli interessi in gioco che aiuta il buon andamento *ex art. 97 Cost.* a un maggior consenso da parte di chi si autoregola (e dunque avrà meno occasioni di contenzioso o trasgressioni alle norme), fino all'acquisizione di capacità specifiche senza doverle reperire sul mercato. Spesso si tratta di esperienze su scala ridotta (per il territorio o gli interessi coinvolti), che consentono all'istituzione che se ne occupa un'«attenzione alla particolarità»⁵⁸ da cui può trarre vantaggio. Ribadisce però De Tullio che il vantaggio principale deve prodursi per l'intero circuito rappresentativo: i rappresentanti potranno prendere decisioni (comunque riservate al soggetto pubblico) contando su un maggior numero di informazioni e sollecitazioni di chi ha iniziato a “prendere parte” grazie ai nuovi “spazi di uguaglianza” individuati e “organizzati”.

Le esperienze di democrazia partecipativa trovano copertura costituzionale (sia pure in modo atipico) innanzitutto grazie agli artt. 1, 2, 3, 18, 49 Cost., cui occorre aggiungere l'art. 118, comma

forse non è facilissimo distinguerli). Sul punto, tra i vari contributi, v. N. LUPO, *La riforma del 20 dicembre 2017 del (solo) regolamento del Senato, nella faticosa ricerca di un'omogeneità regolamentare tra i due rami del Parlamento*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 197-198/2017, 23-45; S. CURRELLI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del regolamento del Senato*, in *Rass. parl.*, n. 3/2017, 637-666; G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato. Luci ed ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Oss. fonti - Interna corporis*, n. 3/2017; E. GIANFRANCESCO, *La Riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018; M. PODETTA, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*, Bari, Cacucci, 2020, 280 ss.

⁵⁶ Istituto che altrove viene comunque impiegato con contrappesi e cautele e per il quale, tra l'altro, secondo l'Autrice non è possibile immaginare un'introduzione nemmeno a seguito di una revisione costituzionale dell'art. 67 Cost., aderendo lei alla posizione di chi ritiene che il divieto di mandato imperativo sia «parte del nucleo irriducibile della Carta» (cfr. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991, 329-333).

⁵⁷ Che in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010, 7 è definita come «una interazione, entro procedure pubbliche – soprattutto amministrative, ma anche normative – fra società e istituzioni, che mira a pervenire, mediante sia collaborazione che conflitti, a produrre volta a volta un risultato unitario, imputabile a entrambi questi soggetti» (i corsivi sono nel testo originale).

⁵⁸ Cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2015 (ed. orig. 2008), 227 ss.

4 (che pone il principio di sussidiarietà orizzontale) e pure alcune norme sui rapporti economici (artt. 43 e 46): tutti insieme, nota De Tullio, «configurano un vero e proprio diritto costituzionale alla partecipazione», anche strumentale all'esercizio di altri diritti. Si tratta di una consapevolezza importante, ma non sufficiente: la partecipazione ha bisogno di essere regolamentata, sia pure in modo piuttosto informale (e comunque flessibile) quando si può, avendo però ben saldo il fine dell'inclusività e l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale. Senza dubbio proprio il tema delle regole e del rispetto del principio di uguaglianza sostanziale è il più delicato e urgente da affrontare.

L'Autrice ha scelto di concentrarsi soprattutto sui diritti sociali da soddisfare, se non altro perché si prestano particolarmente alla necessità di coinvolgere chi ha bisogno di certe prestazioni e quell'ambito vede maggiori possibilità per i privati di assumere iniziative in varie forme, a beneficio della comunità. Si tratta di vere funzioni pubbliche svolte da privati, che si organizzano (anche imparando dagli errori) e coinvolgono: per questo, il diritto ha innanzitutto il compito di garantire quegli spazi di autonomia, con il soggetto pubblico che è chiamato a intervenire e non certo in maniera repressiva, ma a sostegno di quell'autorganizzazione, anche magari per dare a questa una forma (pure giuridica) più definita e magari riproducibile. Si tratta, in fondo, di una chiara applicazione – l'Autrice della monografia lo sostiene con vigore – del principio di sussidiarietà orizzontale⁵⁹, che non si traduce mai solo nell'obbligo del soggetto pubblico di non interferire, ma prevede anche una *pars construens*, con il sostegno alle realtà valide della società civile che siano meno dotate di risorse.

De Tullio ha analizzato in particolare il tema della democrazia partecipativa e della sussidiarietà a partire da un caso di studio⁶⁰, legato alla cura degli spazi pubblici: questi, se sono poco o per nulla utilizzati, possono essere oggetto di iniziative private e spontanee che magari occupano quei luoghi (evidentemente al di fuori della legalità) per renderli sede di servizi per la collettività o, comunque, chiedono di avere voce in capitolo sulla loro destinazione. Si tratta di esperienze rilevanti sotto il profilo costituzionalistico: esse, infatti, si riferiscono di tutta evidenza a questioni di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.), di funzione sociale della proprietà (art. 42), ma richiamano anche – come notato dall'Autrice – una relazione tra il principio di sussidiarietà orizzontale e «diritti di partecipazione ex art. 49 Cost.». Appare interessante l'impiego di questa disposizione, in una circostanza in cui i partiti non c'entrano, ma si ritiene comunque da valorizzare e premiare «lo sforzo di immaginare “nuove istituzioni” – cioè nuovi organi e processi partecipativi», accostandoli (anche se ovviamente la somiglianza è solo parziale) alle caratteristiche dei partiti individuate da madri e padri costituenti. In particolare, l'istituto dell'uso civico e collettivo urbano (magari con tanto di dichiarazione formalizzata, per dare una veste anche giuridica) vede convivere vari tratti: autonomia organizzativa, fruizione collettiva da garantire, intervento (auspicabile) da parte dell'istituzione pubblica interessata perché sostenga con mezzi adeguati quell'esperienza, perché possa funzionare nel modo più utile per la comunità.

⁵⁹ Sul ruolo di questo principio v. D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Forum Quad. cost.*, (s.d.), 2010, 31 ss.

⁶⁰ Ci si riferisce all'esperienza dell'ex Asilo Filangieri a Napoli: lì lavoratori e lavoratrici dell'arte della cultura e dello spettacolo (insieme ad altre persone), a partire dal 2012, hanno occupato lo stabile e dato luogo a un centro di produzione artistica “interdipendente”, secondo principi di inclusività, accessibilità e autogoverno.

L'Autrice non si nasconde alcuni punti particolarmente delicati: non c'è una legge che tuteli processi spontanei come questi⁶¹ (nati spesso in modo informale, se non addirittura in violazione della legge, come con l'occupazione di un edificio pubblico); mancano strumenti che assicurino la sostenibilità di queste esperienze (per incoraggiarle con risorse e migliorare gli effetti a favore della comunità). Nel volume si sottolinea poi un aspetto rilevante: le esperienze di partecipazione sono nate essenzialmente a livello locale o in territori limitati; dunque, non è dato sapere se quelle esperienze possono essere trasposte su scala nazionale e se per caso muteranno fisionomia e "rendimento". Certamente l'autonomia statutaria e di organizzazione amministrativa degli enti locali, in particolare dei comuni (così come risulta dopo la l. cost. n. 3/2001 e in base al Testo unico degli enti locali) appare adatta per regolare a livello locale tanto singole esperienze, quanto un "modello" di democrazia partecipativa su quei territori.

È altrettanto chiara, però, l'importanza di una legge statale per fissare alcune garanzie uniformi in tutto il Paese: l'Autrice concorda con la tesi formulata in dottrina⁶² per cui lo Stato avrebbe competenza esclusiva (e trasversale) in base all'art. 117, comma 2, lettera *m*) Cost., qualificando la normazione minima in materia di democrazia partecipativa come «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (De Tullio auspica però un modello cooperativo e flessibile nel ripartire le competenze tra Stato e Regioni). Quanto ai contenuti minimi di una "legge sulla democrazia partecipativa", essa non dovrebbe sanzionare «atti di messa in questione dell'autorità» (magari contrari alla legge come l'occupazione di edifici pubblici) quando non producono un danno sostanziale a un valore costituzionale pari a quelli cui si intende dare corpo, mentre farebbe bene a incoraggiare forme di partecipazione spontanee volte all'interesse generale e «rette dal principio della "porta aperta"». Le stesse norme dovrebbero poi prevedere casi in cui, su istanza della società civile, le amministrazioni pubbliche dovrebbero organizzare discussioni pubbliche su determinate proposte o su certi temi, secondo le regole dettate dalla legge stessa (ma con i quesiti formulati dai stessi soggetti istanti), garantire il finanziamento degli strumenti partecipativi impiegati da tali amministrazioni, prevedere per quei procedimenti di partecipazione l'accesso libero in condizioni di uguaglianza (anche come singoli e non per forza in gruppi) e con una più equa e ampia disponibilità delle informazioni necessarie. Ciò ovviamente non potrebbe mai annullare del tutto gli spazi di discrezionalità dell'autorità (cui spetta la decisione finale), ma sarebbe possibile – e, secondo l'Autrice, anche necessario – imporre per legge l'obbligo di motivare la scelta di discostarsi dalle indicazioni fornite in sede di partecipazione popolare.

Quanto agli strumenti di democrazia diretta già previsti a livello nazionale, pensati come integrativi della rappresentanza (pur se previsti solo in via eccezionale), De Tullio si concentra soprattutto sul *referendum* abrogativo: l'Autrice ne riconosce l'efficacia, anche per la sua capacità di ampliare i diritti politici, ma rileva l'uso politico che i partiti ne hanno fatto (anche grazie alla loro presenza sul territorio), cosa che non permette di configurarlo come strumento

⁶¹ Lo stesso riformatore costituzionale, alla pari del legislatore ordinario, sembra essersi occupato essenzialmente della «distribuzione del potere tra enti», senza curarsi degli effetti di essa sulle persone, sulla società civile e sul loro rapporto con le istituzioni: così G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2009, 2.

⁶² Per esempio, C. CORSI, *Chi disciplina la democrazia partecipativa locale*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., 180.

intrinsecamente alternativo alle istanze dei partiti; l'Autrice è pure consapevole di come l'istituto referendario rappresenti una breccia nella responsabilità politica (nessuno risponde per gli esiti della consultazione) e non sempre tuteli le minoranze (si pensi ai casi in cui il governo si impegna a favore della consultazione⁶³ e alle difficoltà sempre maggiori di praticare una campagna referendaria davvero “secondo le regole”).

Per un potenziamento dello strumento referendario, sarebbe necessario prima (ri)potenziare l'istituzione parlamentare, perché l'interazione tra democrazia diretta e rappresentativa possa essere positiva e non si rischi di dare troppo spazio alla democrazia (etero)diretta. Uno dei possibili strumenti passati in rassegna è rappresentato dalle audizioni pubbliche di interessi (*hearings*), in modo che quelle istanze possano partecipare in modo manifesto e regolato al procedimento legislativo⁶⁴; l'Autrice non trascura nemmeno i c.d. “emendamenti cittadini”, proposti dagli elettori sui progetti di legge, di cui la discussione sarebbe obbligatoria a fronte di un congruo numero di firme di cittadini a sostegno⁶⁵. Il giudizio di De Tullio è invece negativo sulla tendenza che – almeno fino alla metà del 2020, quando il volume è stato pubblicato – sembrava connotare la presente legislatura, con il potenziamento degli istituti di democrazia diretta (con una revisione del *quorum* per il *referendum* abrogativo e la previsione del *referendum* propositivo⁶⁶) a fronte di un sostanziale indebolimento dell'istituzione parlamentare (e il discorso sembra ancor più valido ora, dopo il *referendum* costituzionale che ha ridotto per il futuro il numero dei parlamentari e verosimilmente anche gli spazi per le minoranze).

Accanto a queste forme di partecipazione (attuata o attuabili) definibili come *offline*, l'Autrice tratta – nel terzo capitolo del suo volume – anche quelle *online*, che sfruttano gli spazi digitali che con il tempo si sono creati: questi, dai quali ormai non è possibile prescindere (anche perché già ora l'attuazione di determinati diritti politici passa anche attraverso gli strumenti digitali), in teoria possono consentire ormai di superare il fondamento “concreto” della democrazia rappresentativa, cioè l'impossibilità di riunire tutte le persone in un unico “luogo” nello stesso tempo. Se in apparenza questo è possibile in modo diretto, senza intermediazioni, De Tullio segnala fin dall'inizio che in realtà si pratica «una re-intermediazione, condotta dagli attori tradizionali, come i partiti, o da soggetti diversi, come i grandi fornitori di piattaforme». Occorre

⁶³ Il rischio di trasformazione del *referendum* in uno strumento plebiscitario era già stato segnalato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 16/1978.

⁶⁴ Sul punto, per esempio, v. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 73 ss.; A. PAPA, *La rappresentanza politica: forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, 202-210.

⁶⁵ L'Autrice ha indicato come riferimenti utili X. BERNE, *À l'Assemblée nationale, les « amendements citoyens » dans l'impasse*, in *NextInpact.com*, 12 luglio 2016; O. FAURE, V. MARINESE, *Le droit d'amendement citoyen. Naissance d'une démocratie collaborative*, Note n° 267 – Fondation Jean Jaurès, in *Jean-Jaures.org*, 30 aprile 2016. Indubbiamente si tratterebbe di uno strumento interessante, con potenzialità rilevanti per portare nella sede più adatta interessi diffusi o di gruppi ben individuati (risultando a quel punto più palesi rispetto a una comune attività di *lobbying*, si deve peraltro rilevare che la preparazione di un emendamento richiede competenze tecniche rilevanti (non particolarmente diffuse, più facilmente a disposizione di chi intende tutelare i propri interessi e formulare proposte in tal senso) e in ogni caso occorrerebbe rispettare scadenze temporali precise e stringenti (la cui conoscenza, anche qui, non è certo accessibile a chiunque) che mal si conciliano con i tempi noti delle raccolte di firme.

⁶⁶ Circa tali proposte, peraltro, De Tullio mette in luce correttamente singoli profili critici o comunque incerti: uno dei più delicati, a parere di chi scrive, riguarda il nuovo ruolo che la Corte costituzionale potrebbe dover assumere, come soggetto chiamato a controllare il rispetto, da parte delle modifiche proposte, dei «principi e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nonché dal diritto europeo e internazionale» e forse persino della copertura finanziaria. Su questo, come sull'effettività della rappresentanza politica, si dovrebbe discutere in modo approfondito (e sono sicuramente apprezzabili le riflessioni dell'Autrice nella sua monografia).

quindi interrogarsi a fondo, anche per assicurare il più possibile il rispetto dei principi e dei valori costituzionali anche in quei nuovi “spazi”. C’è infatti la consapevolezza che «la tecnica non è una “mano invisibile”, capace da sola di guidare la società verso il benessere generale»⁶⁷, per cui occorre garantire altrimenti la tensione verso (e il rispetto della) uguaglianza sostanziale.

L’Autrice del volume mostra di conoscere i vari volti della Rete anche in ambito politico: da una parte consente «potenzialità inedite di informazione e aggregazione politica» (per la mole di dati che permette di scambiare in fretta, l’apertura a voci esterne a ogni *élite*, la possibilità di auto-organizzarsi e di partecipare anche al di là dei confini nazionali, fino ai canali per entrare in contatto con rappresentanti e detentori del potere); dall’altra la stessa Rete (o, se si preferisce, le reti) può essere fonte di ulteriori disuguaglianze e persino «diventare veicolo di potere, se dominat[a] da singoli soggetti, capaci di controllare gli altri», pure in massa e a insaputa dei più.

De Tullio si concentra dunque innanzitutto sulle apparenti disintermediazioni della Rete, che in realtà appaiono sostituite da re-intermediazioni da parte dei soggetti che detengono algoritmi e *big data*, trasformandoli in cospicui valori economici⁶⁸. La questione è analizzata attraverso le norme del diritto *antitrust* generale e di quello “speciale”, elaborato a tutela della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*; come vicenda concreta particolarmente rilevante si è individuato il “caso Google”, terminato con una condanna nel 2017 da parte della Commissione europea per abuso di posizione dominante. Quel caso, analizzato nel dettaglio, dimostra i suoi effetti anche sul piano dei diritti di partecipazione sociale e politica: oltre al fatto che chi è in posizione dominante riesce a ottenere dati a condizioni sulla riservatezza sfavorevoli al cliente, l’Autrice sottolinea che «non può esservi sovranità diffusa se alcuni soggetti possono sorvegliare e indirizzare le condotte degli utenti, nascondendo al tempo stesso il proprio algoritmo dietro il segreto commerciale». Di più, «le asimmetrie informative sono anche un’interferenza nelle libertà altrui, che trasposta su vasta scala crea poteri antagonisti rispetto alla sovranità popolare», così come la dominanza può influire sulla libertà di espressione, specie sull’accesso alle informazioni⁶⁹.

Gli stessi *Internet Service Provider* che gestiscono le piattaforme dei più diffusi *social network* – sempre più utilizzati, tra l’altro, per la comunicazione politica ed elettorale, nonché per creare canali di partecipazione⁷⁰ – finiscono per avere di fatto «poteri quasi pubblicistici, nel senso che danno a tali attori la possibilità di influenzare il godimento dei diritti di informazione e comunicazione su vasta scala, anche in modo trasversale rispetto ai confini nazionali». Ciò avviene con un uso massiccio degli algoritmi (non resi pubblici, ma comunque conformati al fine di massimizzare i profitti dei fornitori), che determinano l’ordine con cui sono mostrati su ciascuna “bacheca” i contenuti altrui: sono così favoriti i contenuti *mainstream*, le idee maggioritarie, i consensi fittizi ai post che ne alimentano la diffusione (e le attività straniere per

⁶⁷ Cfr. G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, Jovene, 2012, 96 ss. Sull’impossibilità di considerare neutrale uno strumento che serve a tutti cfr. C. SCHMITT, *L’epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, il Mulino, 1972 (ed. orig. 1932),

⁶⁸ Sull’importanza dei dati, v. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d’espressione. Media, mercato, potere nella società dell’informazione*, Bologna, il Mulino, 2004, 128 ss.

⁶⁹ L’ha dimostrato Google News, che dopo aver scelto nel 2014 di non pubblicare più immagini ed estratti dai siti dei *media* tedeschi (in seguito all’approvazione di nuove norme che imponevano di pagare una licenza per poter ribattere quel materiale), ha ripreso a diffonderli – senza pagare le *royalties* – su pressione degli editori, che avevano assistito al crollo di visite e profitti.

⁷⁰ Si pensi anche alle molte pagine Facebook (e agli altri profili *social*) aperte dalle amministrazioni comunali in aggiunta ai loro siti istituzionali, per veicolare informazioni, contenuti e magari considerare segnalazioni effettuate per vie non “rituali”.

falsare le interazioni con i contenuti), così com'è frequente il prodursi delle c.d. *Echo chambers* (e, per parlare in italiano, delle “bolle”), dimostratesi come luogo ideale per lo sviluppo di discorsi d'odio⁷¹. Tutto ciò genera rischi, per tacer d'altro, per l'uguaglianza e la sovranità popolare.

Se un tempo nella manifestazione del pensiero e nelle campagne elettorali i problemi maggiori riguardavano le risorse scarse, oggi ci si confronta soprattutto sulla visibilità e sulla priorità; la situazione è ancora più critica se si considera l'incidenza delle *fake news* nel tempo della post-verità⁷². Tutto ciò pone evidenti problemi circa la genuinità della partecipazione, ma anche la ricerca di soluzioni a quelle criticità: si tratterebbe comunque di misure che limiterebbero la portata dell'art. 21 Cost. (e che, per giunta, potrebbero non essere compatibili con il diritto dell'Unione europea, in particolare sulla responsabilità che potrebbe gravare sui gestori – a seconda che questi siano ritenuti o no esercenti un controllo editoriale sui contenuti – per il controllo e la rimozione delle *fake news*); la stessa strada dell'autoregolazione si mostra piuttosto scivolosa, aprendo la strada a limitazioni alla libera espressione decise unilateralmente (anche solo nella forma della “deindicizzazione”). Tra censura e libertà assoluta, l'Autrice segnala l'esigenza di una “terza via” che preveda comunque una responsabilità dello Stato nel prevenire e contrastare i discorsi d'odio e le *fake news*⁷³. Non è risultata meno grave la pratica di profilazione degli elettori sui *social network*, attraverso l'uso di dati raccolti per altri fini, per poter inviare loro messaggi politici mirati (come ha dimostrato il caso *Cambridge Analytica*, richiamato all'interno del volume). Simili attività, per quanto interessa qui, possono mettere a rischio la libertà del voto (art. 48, comma 2 Cost.), ma anche la stessa responsabilità politica: rileva infatti De Tullio che «se un candidato in campagna elettorale riesce a mostrare volti diversi a diversi elettori, questo gli consente – una volta eletto – di spiazzare la discussione pubblica e allentare il controllo sul potere, che da collettivo diventa sempre più individuale». Si possono immaginare reazioni a base di divieti (soprattutto in periodo elettorale) e sanzioni, ma occorre anche – se non di più – agire sulla trasparenza delle campagne elettorali, sulle norme che regolano il trattamento dei dati, così come occorre produrre linee guida, raccomandazioni e altre soluzioni normative per i soggetti coinvolti (candidati, soggetti politici e imprese cui costoro si rivolgono); si può dunque cercare di disincentivare la propaganda profilata (e i suoi effetti) con strumenti di vario tipo, anche se – precisa l'Autrice della monografia – sarà impossibile riuscirci in costanza di oligopolio in materia di Reti, *social networking* e digitale.

Altra questione assolutamente delicata e rilevante riguarda le piattaforme usate dalle singole forze politiche per la propria “vita di partito”, che deve comunque essere improntata (specie dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 149/2013 e successive modifiche) al «metodo democratico»: la partecipazione al dibattito interno e alle decisioni, nonché al controllo dell'attività del partito può

⁷¹ Tema su cui, di recente, v. C. BIANCHI, *Hate Speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza, 2021; I. SPADARO, *Il contrasto allo hate speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, Giappichelli, 2020; F. ABBONDANTE, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in *Inf. dir.*, n. 1-2/2017, 56 ss.

⁷² Cfr. S. GIUSTI, E. PIRAS (a cura di), *Democracy and fake news: information manipulation and post-truth politics*, London-New York, Routledge, 2021; G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI (a cura di), *Informazione e media nell'era digitale*, Milano, Giuffrè, 2019; G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. L'età della post-verità*, Torino, Giappichelli, 2017 (4ª ed.), 278 ss.

⁷³ Si segnalano in particolare le proposte formulate in sede di *Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation*, su incarico della Commissione Europea: cci si riferisce in particolare agli investimenti pubblici nell'educazione ai *media* e al sostegno concreto ai *media* indipendenti (pubblici e privati). Particolarmente rilevante, in sede eurounitaria, è la recente direttiva (UE) 2019/790 sul *copyright*.

dipendere molto anche dal contenuto del “codice fonte” della piattaforma utilizzata, creato per essere applicato in modo automatico in ogni occasione (*code is law*), al punto che questo finisce per orientare i comportamenti e l’esercizio dei diritti delle persone iscritte. Parlare di piattaforma politica *online* fa inevitabilmente pensare al rapporto tra Movimento 5 Stelle e la piattaforma Rousseau (adottata accentrando tutte le attività che in una prima fase si erano svolte su una piattaforma terza esistente, MeetUp, su cui si erano formati gruppi territoriali, nei quali potevano interagire anche i simpatizzanti non aderenti, a differenza di ora); l’esempio, tra l’altro, acquista ancora più interesse ora che – a un anno dall’uscita del libro – i rapporti tra l’associazione che gestisce la piattaforma e il M5S si sono guastati al punto da dividere le strade, con il sorgere di una situazione delicatissima relativa (guarda caso) ai dati degli aderenti al M5S. Assai problematica si presenta la situazione nei casi in cui il *software* della piattaforma è proprietario e il suo codice è visibile solo dai suoi gestori: De Tullio sottolinea infatti come tale scelta paradossalmente esponga la piattaforma a un maggior numero di attacchi e minacce alla sicurezza, oltre che gettare un’ombra sul trattamento dei dati delle persone iscritte e sulla stessa genuinità del voto⁷⁴.

La parte finale della ricerca di Maria Francesca De Tullio si concentra di nuovo sulla partecipazione democratica *online*, ma è volta espressamente a individuare i mezzi che potrebbero orientare detta partecipazione in rete⁷⁵ verso criteri di uguaglianza sostanziale: l’Autrice ha ben chiaro che «finché la partecipazione non è egualitaria nei fatti, oltre che nelle forme giuridiche, resta astratto ogni tentativo di disegnare una regolazione compiuta del fenomeno». Il primo profilo rilevante riguarda le tecnologie che consentono la partecipazione a processi decisionali pubblici o forniscono servizi di interesse generale (*civic tech*); oltre all’uso, tuttavia, rileva anche la costruzione di dette tecnologie e la cooperazione per migliorarle e diffonderle.

Posto che la *e-democracy* è di supporto non all’innovazione tecnologica ma al miglioramento della partecipazione e della democrazia stessa, essa ha bisogno di regole, che però – come con riguardo a Internet – devono essere leggere e non invasive⁷⁶: va privilegiata l’Autoregolazione, che dev’essere orientata dall’autorità pubblica verso l’uguaglianza sostanziale, con sostegni e incentivi più che con la repressione (attività peraltro facilmente eludibile, dunque di fatto inutile). Ragionando su come l’amministrazione dovrebbe evolvere alla prova del digitale, l’Autrice sottolinea *in primis* la necessità di un avere un *open government*, rinnovato con e (anche) grazie alla tecnologia: «l’apparato governativo [dovrebbe] diventare simile a una piattaforma»⁷⁷, senza creare in prima persona siti e applicazioni per l’utente finale, ma predisponendo «infrastrutture semplici, disponibili e pubblicamente accessibili che ‘spongono’ i dati sottostanti»; i privati così dovrebbero realizzare i servizi necessari, puntando a miglioramenti continui interagendo col

⁷⁴ Per il M5S, si veda l’indagine avviata dall’Autorità garante per la protezione dei dati personali, conclusasi 21 dicembre 2017 con un provvedimento sanzionatorio (si veda pure il successivo provvedimento del 16 maggio 2018), con alcuni profili direttamente connessi alla genuinità dei voti espressi *online* (mettendone in discussione la segretezza e anche il metodo democratico interno, poiché chi gestiva la piattaforma sapeva come un iscritto aveva votato, a differenza di tutti gli altri).

⁷⁵ Che per il Parlamento europeo prevede tre dimensioni: l’informazione che si dà ai cittadini (dev’essere accessibile e comprensibile), la consultazione con cui si chiedono *feedback* e proposte (è importante che provenga dalla platea più ampia possibile, prevedendo spazi di dibattito deliberativo) e partecipazione attiva dei cittadini, da coinvolgere nelle decisioni e nella formazione delle politiche (questa va supportata, in modo che possa contribuire a influenzare l’agenda).

⁷⁶ Cfr. G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev.*, n. 1/2015, 11.

⁷⁷ Seguendo le teorie aperte da M. THOMPSON, *Government as a platform, or a platform for government? Which are we getting?*, in *Computer Weekly.com*, 2 giugno 2015.

potere pubblico. Lo Stato però deve intervenire attivamente, promuovendo la creazione collettiva e il miglioramento progressivo, nonché mostrandosi sensibile ai contributi della società civile; il “pubblico” deve assumersi le proprie responsabilità, non limitarsi ad affidare i vari compiti ai privati nella convinzione che ciò basti a realizzare un’apertura vantaggiosa per tutti.

Occorre poi che l’amministrazione renda disponibili i dati raccolti nell’esercizio delle sue funzioni, in formato aperto (*open government data*), un passaggio ritenuto costituzionalmente necessario *ex art. 97 e 42 Cost.* (e, volendo, anche *ex art. 118 comma 4 Cost.*, se si considera il mettere quei dati a disposizioni di certe realtà povere di risorse, in un’ottica di sussidiarietà orizzontale); non è peraltro scontato che la disponibilità di quei materiali, senza un’adeguata guida “pubblica”, sia sempre funzionale all’aumento della partecipazione (né, a volte, si può escludere che le richieste di trasparenza possano servire a impedire determinate riforme pubbliche). Qualora poi, per consentire la partecipazione, si mettano a disposizione piattaforme pubbliche, occorre fare attenzione a come esse sono disegnate e conformate: dal momento che agiscono *erga omnes* e in modo automatico, le piattaforme hanno effetti sui diritti di tutti, quindi l’amministrazione deve avere ben chiaro quali scopi intende ottenere e come bilanciare i vari valori in gioco; il *software* dev’essere di preferenza libero (lo prevedono già varie raccomandazioni del Consiglio d’Europa e il Codice dell’amministrazione digitale), alla pari dei materiali condivisi con esso, in più codice o *software* di norma devono concederne l’uso ad altre amministrazioni che vogliano adattarli alle loro esigenze.

In questo quadro, De Tullio individua in modo del tutto ragionevole almeno due ostacoli all’obiettivo dell’uguaglianza sostanziale: da una parte la disomogenea disponibilità di competenze informatiche (che si traduce anche in mancanza di alfabetizzazione digitale e di attitudine all’uso degli *open data*), dall’altra la carenza e di tempo e risorse da dedicare alla partecipazione (criticità peraltro già emersa parlando della partecipazione *offline*). A questi lo Stato deve cercare di porre rimedio, a partire dall’educazione civica e digitale nella scuola e dalla riduzione del *digital divide*.

A queste criticità da risolvere, l’Autrice ne aggiunge un’altra: i soggetti più rilevanti della Rete (coloro che raccolgono la mole maggiore di dati degli utenti) risultano avere meno obblighi di trasparenza rispetto al pubblico, si trovano in una posizione forte tanto nei confronti del pubblico, quanto verso i cittadini. Proprio per questo è necessario un intervento in chiave di uguaglianza sostanziale, non solo in termini di educazione civica e digitale (e, a monte, di azioni per ridurre il *digital divide*): lo Stato deve cercare pure il sostegno attivo – in una logica di sussidiarietà orizzontale – delle parti della società civile più impegnate nel progresso tecnologico attraverso piattaforme partecipative, mettendo a disposizione finanziamenti perché la loro opera possa dare buoni frutti (e non sia scoraggiata dalla scarsità di risorse a disposizione). A monte, peraltro, per De Tullio occorre che il “pubblico” si attivi per agire contro coloro che nella Rete (o nelle reti) sono in posizione dominante e hanno interesse a ridurre o ad azzerare la concorrenza «spingendo l’utente a restare per il maggior tempo possibile su un’unica piattaforma»⁷⁸.

⁷⁸ L’Autrice individua tre possibili strumenti di tutela, mutuati dal diritto eurounitario e prendendo come mercato di riferimento quello della pubblicità sulle piattaforme. Si può applicare la normativa concorrenziale generale (artt. 101-106 TFUE, con le lesioni della *privacy* che per taluni rientrano tra le condotte che integrano un abuso di posizione dominante), oppure una disciplina *antitrust* speciale, simile a quella vigente negli Stati membri sui *media* (si considera che in quel caso la posizione dominante sia un male “in sé” ove la dominanza si ponga in tensione con un interesse di rango superiore rispetto

Lo studio di Maria Francesca De Tullio ha certamente il merito di estendere il campo di applicazione necessaria per l'uguaglianza (e in particolare l'uguaglianza sostanziale) ad ambiti che non possono considerarsi "classici" per il diritto costituzionale, ma sono di sicuro interesse. La partecipazione in sé, in realtà, può considerarsi senza troppi dubbi un tema tradizionale, mentre non può dirsi altrettanto per determinate forme di democrazia partecipativa (*offline* o, a maggior ragione, *online*) analizzate nel volume. Anche in questo caso ci si avvale spesso di conoscenze e riflessioni già sperimentate in altri ambiti del diritto pubblico (a partire dal diritto amministrativo) o nel diritto *antitrust*: applicate qui mettono davanti agli occhi la possibilità di dare alla rappresentanza, sia pure in via mediata, maggiore forza e completezza, grazie alle varie dimensioni della partecipazione che si stanno sperimentando, si sono sperimentate o restano ancora da sondare. Non si tratta, oggettivamente, di un'opera semplice, per la difficoltà di alcuni concetti e per l'esigenza di affrontare un numero non lieve di conoscenze formalmente aliene rispetto al diritto costituzionale; anche per questo, tuttavia, si tratta di un volume "sfidante", che merita attenzione e approfondimento.

4. Riflessioni (quasi) conclusive

Nel tentativo di trarre qualche conclusione dopo la lettura delle monografie di Daniele Casanova e Maria Francesca De Tullio, emerge innanzitutto con chiarezza che il cammino dell'uguaglianza non meramente formale è ancora lungo. Non si tratta tanto, in questi casi, di elaborare e applicare soluzioni di «diritto diseguale»⁷⁹ (anche se naturalmente in qualche caso, soprattutto con riguardo a certi profili della democrazia partecipativa, possono essere necessarie), quanto piuttosto di lavorare "a monte" per rimuovere almeno in parte gli ostacoli economici, sociali, culturali e di "competenze" (tecniche) che non producono le condizioni per un'effettiva uguaglianza (a proposito, di nuovo, della democrazia partecipativa, soprattutto nella sua dimensione *online*) o anche solo di ripensare l'uguaglianza in termini nuovi e, alla luce di questa, riconsiderare le varie soluzioni adottate o adottabili (con riferimento ai sistemi elettorali).

La responsabilità di questa "riconfigurazione" è delicata e collettiva, nel senso che riguarda una comunità nel suo complesso e alcune sue parti nello specifico. Occorre certamente la buona volontà di elettrici ed elettori, di cittadine e cittadini (senza la quale ogni miglioramento è sostanzialmente impossibile); occorre l'impegno concreto dell'amministrazione – in ogni sua parte, ma soprattutto dei suoi vertici – perché possa realmente attuarsi il principio di sussidiarietà orizzontale, l'apertura alle istanze della società civile e alle esperienze di democrazia partecipata, oltre che per dare corpo seriamente all'età della *e-democracy*. Tanto su questi fronti quanto su quello legato alla legge elettorale, tuttavia, il nuovo obiettivo dell'uguaglianza "riletta" necessita nitidamente di un ruolo nuovamente centrale del Parlamento: spetta alle Camere fissare le "regole

alla libertà di iniziativa economica). Da ultimo si può invocare la regolazione asimmetrica, nel tentativo di intervenire prima che i problemi si creino, imponendo obblighi al soggetto avvantaggiato (quali il dover mettere a disposizione una struttura essenziale su cui ha il controllo solitario e che però serve pure agli altri per poter concorrere).

⁷⁹ L'espressione è ovviamente mutuata da A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002.

del gioco” per le elezioni (al di là di ogni proposta di parte) e spetta a coloro su cui ricade la responsabilità politica approvare – anche valutando le proposte presentate dal governo – una legge sulle forme di partecipazione alla democrazia (oltre che, eventualmente, decidere di rivedere le disposizioni costituzionali in materia di *referendum* e proposta di legge d’iniziativa popolare), avendo l’uguaglianza sostanziale e la trasparenza come obiettivi principali. Per ognuno di questi “punti d’agenda” non sembra possibile concepire maggioranze risicate, precarie, cangianti. Decidere come (far) contare i voti e le istanze di partecipazione, attraverso una rilettura dell’uguaglianza e una sua applicazione più piena, attiene davvero alla qualità della democrazia e occorrono scelte chiare e definite. Non a caso, «partecipare» significa «prendere parte», leggibile anche come «assumere una posizione». Ciascuna persona è chiamata a farlo, nel proprio ruolo e secondo le proprie possibilità, perché il sistema – su scala locale e nazionale – possa funzionare nel miglior modo possibile⁸⁰, senza rischiare che la Rete si palesi come una rete a maglie troppo larghe, in grado di farsi sfuggire il meglio.

⁸⁰ Si vedano anche recenti riflessioni comparate in M. TRETTEL, *La democrazia partecipativa negli ordinamenti composti. Studio di diritto comparato sull’incidenza della tradizione giuridica nelle democratic innovations*, Napoli, Esi, 2020.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema *.

di Francesco Severa**

SOMMARIO: 1. Una nuova coscienza per il diritto pubblico. Essere Parmenide o essere Zenone? – 2. Resistere o assecondare: opzioni interne al nichilismo. Il fattore comunitario. – 3. La dimensione “costituzionale” del diritto. Ritornare alla terra, alla maniera di Anteo.

1. Una nuova coscienza per il diritto pubblico. Essere Parmenide o essere Zenone?

Poche pagine sì, ma intense ed energiche, si incaricano di far da coscienza al diritto pubblico; di raccogliere e disciogliere i nodi del discorso giuspubblicistico occidentale, proponendo con lucidità una prospettiva differente, alternativa, per leggere lo spazio pubblico e i fenomeni che sembrano oggi imporgli una sistematica disgregazione. Ecco, è proprio in questa tendenza “diabolica”, cioè nella scomposizione dello spazio di convivenza pubblica, che ci sbailò, nel suo libro “*sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*”, rintraccia l’elemento critico del discorso, o forse meglio una sua chiara manifestazione. Secondo il nostro autore, sussiste un “legame originario” tra spazio pubblico e ἐπιστήμη; quell’idea che postula la possibilità di «modellare lo spazio pubblico in base ad un progetto che lo trascende»¹. Questa dinamica non può che manifestarsi nel tempo, nel fatto cioè che si possa distinguere tra lo stato attuale delle cose e il loro stato futuro. Lo spazio dei rapporti pubblici, dunque, non sfugge alla logica progettuale del divenire e sembra avviato anch’esso sul “sentiero della notte”, di cui parla Emanuele Severino. È proprio partendo dalla speculazione del filosofo bresciano che sbailò prova a leggere le vicende del diritto pubblico, piegandone le categorie alla comprensione delle dinamiche giuridiche, che con sorpresa appaiono calzanti.

Severino suggerisce all’occidente una via per comprendersi, che non è un salto verso l’ignoto, ma un attento cercare *in interiore europae*. Ritornare a Parmenide², ritornare a quel

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottorando di ricerca in diritto pubblico, comparato e internazionale, «Sapienza» Università di Roma.

¹ C. SBAILÒ, *Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa, Pacini Editore, 2020, 10.

² Questo è il titolo del saggio alla base del pensiero di Emanuele Severino. *Ritornare a Parmenide, Poscritto e Risposta ai critici* sono stati pubblicati in “*Rivista di filosofia neo-scolastica*” rispettivamente nel 1964, 1965 e 1968.

pensiero antico, originario e non primitivo, di cui tutta la filosofia europea è solo una nota a margine. Il precetto parmenideo vuole che non si possa pensare il non essere, cioè che non si possa affermare che il nulla si ponga come una reale alternativa all'essere³. Egli respinge con orrore l'idea che ciò che esiste esca fuori dal nulla e finisca poi per ritornarvi. Severino recupera questa intuizione e ne fa proprie le conseguenze più estreme: «l'essere, tutto l'essere, è; e quindi è immutabile»⁴; ogni essere è dunque eterno. Il divenire è elemento del reale e si realizza nell'entrare e nell'uscire degli essenti dal cerchio dell'apparire. Uscire dal divenire non significa dunque il negarsi dell'essere, ma il suo non mostrarsi, come il sole sulla linea dell'orizzonte, quando cala e poi puntualmente si rialza.

Ciò che va sottolineato è come questa concettualità sia lontana ed estranea al pensiero occidentale. L'errore originario dell'occidente è la violazione del principio parmenideo che vieta di pensare il non essere. Se esiste il nulla, il divenire diviene il passaggio dal nulla all'essere e dall'essere al nulla. «questa scoperta è la radice del nichilismo occidentale, che si esprime nel destino della tecnica, nella creazione incessante delle condizioni per l'efficace perseguimento degli scopi, a prescindere dagli scopi, in quanto il pensiero del nulla comporta l'esigenza di salvare gli essenti dal divenire, ma tale salvezza può aversi solo "agganciando" gli essenti agli immutabili, i quali però vengono a loro volta raggiunti dal "nulla", in quanto essenti, per cui la ricerca si sposta a un livello sempre ulteriore e più rarefatto, fino ad arrivare al relativismo contemporaneo, dove l'immutabile viene cercato nella legge del continuo mutare e dell'assoluta relatività di tutte le verità e di tutti i valori»⁵. La fede nel divenire e la presupposta teorizzazione dell'esistenza del nulla inevitabilmente dà avvio ad una dinamica distruttiva, che da una parte fonda il discorso pubblico, inteso come spazio in cui dare "dignità" all'apparire degli enti (alle opinioni degli uomini) – a quella *πόλις* che è la dimensione originaria dell'uomo; dall'altra impone la disperata ricerca di un fondamento, di un orientamento a cui convertire la realtà, che però risulta sottoposto ad una indefettibile falsificazione, che sgancia principio e azione.

Nel donare una prospettiva allo studio dello spazio pubblico in questa nuova epoca, sbailò impone una necessaria premessa di pensiero, metodo e coscienza, che non può non essere condivisa. Solo un approccio disattento ne sosterebbe l'innocuità; ne ignorerebbe la capacità di disciogliere e chiarire gli equilibri del nostro tempo. L'idea di partenza è che il pensiero occidentale sconta quel travisamento iniziale, quel tradimento delle parole di parmenide, che ha convertito il pensiero al culto del nulla. Una dinamica decadenziale che accompagna fin dalle origini il pensiero greco e che descrisse con lucidità giorgio colli, quando si trovò ad indagare la nascita della filosofia, svelandone la dimensione propriamente retrospettiva. Per il giurista torinese, allievo di gioele solari, la

³ Dice Parmenide (fr. 2, v. 3) «ὅπως ἔστιν τε καὶ ὡς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι», cioè «l'essere è e non gli è consentito di non essere».

⁴ E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano, Adelphi Edizioni, 1982, 29.

⁵ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 73. Notevole la chiarezza e l'efficacia con cui l'Autore riesce a descrivere in questo passaggio il meccanismo nichilista.

filosofia «sorge come un fenomeno di decadenza, in quanto “l’amore della sapienza” sta più in basso della “sapienza”. Amore della sapienza non significava infatti, per platone, aspirazione a qualcosa di mai raggiunto, bensì tendenza a recuperare quello che già era stato realizzato e vissuto»⁶. Ciò che è stato non può che essere declinato al passato e dunque il recupero non è mai ritorno, ma pura contemplazione e astrazione. In questo passaggio, la sapienza perde la sua carica mistica e “maniacale”, restando priva dell’elemento divino e misterico per diventare totalmente umana. Colli individua con chiarezza quel percorso di progressiva secolarizzazione, che recide le radici sacrali della sapienza greca, facendone prima enigma mortale e poi sistema del “logos”, che perde nel tempo il suo contenuto dogmatico, per diventare pura dialettica, confronto agonistico tra idee e tesi contrapposte, sempre e comunque da confutare.

Giorgio Colli considera Parmenide l’ultimo dei sapienti. Il fondatore della scuola di Elea comprende il potenziale distruttivo del processo di astrazione e prova a contrastarlo, negando totalmente la possibilità del “non essere”. Infatti, «la legge parmenidea comanda di rispondere “è”. La strada del “non è” non si deve seguire, è proibita, poiché è solo seguendo la strada della negazione che è possibile sviluppare le argomentazioni nichiliste, devastatrici della dialettica. [...] l’ “è” significa la parola che salvaguarda la natura metafisica del mondo»⁷. Parmenide introduce un elemento di resistenza innanzi all’affermazione incontrovertibile, destinale dirà poi Severino, del nichilismo. Offre una via di salvezza in quel sentiero della persuasione⁸, che richiede però consapevolezza e coraggio.

In piena antitesi a questo percorso, Colli pone il più grande tra i discepoli parmenidei, Zenone. Intento a difendere la teorica del suo maestro, egli coltiva la dialettica come arma di confutazione delle tesi avversarie, cosicché, piuttosto che seguire il monito del maestro che invitava ad abbandonare la strada della dialettica, espressione massima del non essere, egli persegue quella via fino in fondo, ben oltre la sua applicazione singolare e quasi casuale. Con Zenone «la dialettica cessò di essere una tecnica agonistica per diventare una teoria generale del “logos”»⁹, così che sarà lui a compiere il più grave atto di insubordinazione e disobbedienza. Fino a un certo punto, però, Zenone ha guardato negli occhi l’abisso ineluttabile che il suo maestro gli aveva rivelato davanti e di quella ineluttabilità deve aver percepito la potenza. La stessa struttura di contrasto che Parmenide prova ad affermare è alla fine una costruzione artificiale e vieppiù dogmatica. Fallace anch’essa, come un piccolo e solido scoglio davanti, però, al nero mare in tempesta. Per salvare la radice divina, Zenone radicalizzò e massimizzò la spinta dialettica, così da «imporre agli uomini un nuovo sguardo sulle cose»¹⁰.

Ecco, se facciamo nostra la consapevolezza di Sbaile, l’idea cioè che al fondo di ogni ragionamento sulle prospettive, il senso e il ruolo del diritto pubblico ci sia la questione

⁶ G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano, Adelphi Edizioni, 1975, 13-14.

⁷ G. COLLI, *ult. cit.*, 88.

⁸ Così Parmenide chiama la via dell’essere nel fr. 2, v. 4: «Πειθοῦς ἐστὶ κέλευθος».

⁹ G. COLLI, *ult. cit.*, 90.

¹⁰ G. COLLI, *ult. cit.*, 92.

del nichilismo, come dinamica ineluttabile e destinale, da ciò non può che discendere un ulteriore e ancor più opprimente interrogativo: essere parmenide o essere zenone? Costruire elementi di resistenza o assecondare i processi in corso?

2. Resistere o assecondare: opzioni interne al nichilismo. Il fattore comunitario

La secolarizzazione è quindi un elemento ineliminabile del pensiero occidentale, che si auto-alimenta e con pervasività si mostra in ogni ambito civile: non escluso quello giuridico e, in particolare, giuspubblicistico. In qualche modo, questo processo è ben visibile nella dinamica che ha portato dal diritto naturale al diritto positivo, il tentativo cioè di sganciare la norma, elemento che ordina lo spazio pubblico, da un qualsiasi fondamento trascendente per renderla prodotto esclusivo della volontà politica. Vista la mancanza di un valore extragiuridico su cui poggiare la sovrastruttura del diritto, si ricorre per necessità alla proceduralizzazione: «la giuridicità di un atto è pari alla ricostruibilità con le regole che presiedono alla formazione delle norme [...]: ne consegue che la proceduralità – ovvero la tecnica giuridica – comincia ad avvolgere anche l’ambito assiologico. Infatti, un’idea politica per prevalere sull’altra ha bisogno della tecnica giuridica per essere credibile. Il potenziamento di quella è dunque incrementato dalla battaglia politica, che alla fine rimane soggiogata dallo strumento di cui s’è servita. Non è certamente casuale, in questo senso, la crescita del ruolo dei giuristi e della giurisdizione nello spazio pubblico»¹¹.

L’avanzare di questo processo e, in un certo qual modo, anche la consapevolezza della sua ineluttabilità, si ritrova tutto nel serrato confronto tra Hans Kelsen e Carl Schmitt, la vera teogonia del diritto pubblico moderno. Nella dottrina kelseniana «si compie la parabola nichilista della scienza giuspubblicistica europea», mentre in Carl Schmitt si coglie pienamente «l’inesorabilità di quella parabola già nel suo formarsi»¹² e il suo conseguente rifiuto.

Kelsen, novello zenone, costruisce un sistema che tenta di portare alla luce la natura puramente volontaristica del diritto. Perfino l’elemento fondativo dell’ordinamento, la *grundnorm*, non è elemento ipostatico, ma mero presupposto di comprensione del sistema. Essa è pura condizione di procedibilità, un assioma da cui poter dedurre nuove preposizioni, secondo regole prestabilite. È pura volontà di potenza. Ancora, Kelsen recide ogni possibile distinzione tra disposizione e norma (tra la regola e la sua applicazione). L’interpretazione non è elemento dell’applicazione, ma della creazione. La sentenza altro non è che “norma individuale”. In buona sostanza, il modello kelseniano è un distillato di nichilismo, l’accettazione di una tendenza, o forse semplicemente l’epifania di un fenomeno congenito oramai maturo.

¹¹ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 56-57.

¹² C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 107.

Schmitt coglie bene il senso della costruzione kelseniana e tenta di opporvi un rifiuto. Se kelsen ha compreso di non poter fondare lo spazio pubblico su un principio ulteriore ed esterno, chiamando un mero algoritmo a presidiare gli argomenti di deduzione, schmitt, da par suo, non accetta questa impossibilità. Egli, «decidendo il fondamento proprio a partire dalla sua assenza, interpreta quell'assenza come una "chiamata", come una "colpa" da sanare attraverso la "decisione"»¹³. La neutralità scientifica è per schmitt l'elemento di decostruzione dello spazio pubblico europeo e la decisione politica, sintesi di legalità costituzionale e legittimità popolare, è il rimedio a questo scivolamento verso il nichilismo. E questa decisione non è meramente giuridica, ma evidentemente essa è l'espressione di un intendimento che è teologico: al giurista spetta una missione che è ultra-scientifica. Come parmenide, schmitt rinviene un elemento di resistenza al nichilismo in quel legame ineliminabile tra l'*ordnung* (l'ordinamento) e l'*ortung* (la localizzazione, lo spazio)¹⁴. Il primo non può essere pensato senza il secondo. La terra è collegamento sacrale, elemento di relazione tra gli dèi che *νομιζειν* e gli uomini pii, che quei *νόμοι* rispettano¹⁵. Eppure, perfino la dimensione ctonia della polis è stata travolta dalla secolarizzazione, in quel passaggio di emancipazione della legge, che da elemento di giustizia è divenuta mero decreto, mero comando. Ancor di più con le nuove interazioni economiche, avidi di spazi sempre meno ristretti, sempre più globali. Sul recupero di quell'elemento spaziale, che è spirituale prima che giuridico, si gioca la prospettiva aurorale schmittiana, forse meno dogmatica di quella parmenidea, ma non certo meno potente e suggestiva.

Questo ci fa capire come kelsen e schmitt forniscano due differenti costruzioni, alternative certo, ma chiamate a rispondere ai medesimi quesiti ed in qualche modo insistenti sullo stesso piano inclinato, sulla stessa inesorabile dinamica nichilista propria della civiltà occidentale. L'uno assecondando la corrente e l'altro provando a contrastarla, pur senza scomporre la mitologia. Eppure, i temi di quel loro confronto sono ancora vivi oggi, in un tempo in cui, come fa notare sbailò, la tendenza alla secolarizzazione non sembra sopita, ma, al contrario, pare aver raggiunto una sua maturità.

Il fondamento puramente volontaristico della norma giuridica sembra essersi rafforzato, dimostrato in un certo qual modo dalla sempre più centrale tendenza creativa delle corti, le quali sono portate ad enucleare dalle disposizioni della legge (che dovrebbero portare *in re ipsa* un fattore volontaristico specifico) norme sempre più svincolate dalla traccia originaria, ponendo le proprie decisioni-interpretazioni su un piano poetico e non meramente ermeneutico. I diritti vengono enucleati dunque a partire dai bisogni individuali, quasi a crearli all'occorrenza della singola volontà individuale. Infatti, «le corti, per arginare la volontà che vuole devono potenziare sé

¹³ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 110.

¹⁴ Questo è il tema forte di una delle più importanti opere dell'autore renano, *Der Nomos der Erde* (1950).

¹⁵ In questa prospettiva, un'interessante decodificazione delle posizioni schmittiane, che riprenderemo anche più avanti, la offre M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, Adelphi Edizioni, 1994, 105 ss.

stesse. Esse devono sempre di più svincolare la loro decisione dalla disposizione varata dal legislatore, prima distinguendo la disposizione dalla norma, ovvero individuando la *ratio* da cui la disposizione nasce ma che la disposizione stessa non può più contenere, per effetto dei mutamenti sociali, che l'hanno trasformata in un mero e rigido involucro, che rischia di ferirne la vitalità. Ma la stessa norma non viene considerata più immutabile, bensì espressione storicamente determinata – quindi, “relativa” – dei principi ai quali il giudice deve, in ultima analisi, rifarsi. Ne consegue una crescente centralità della volontà interpretante del giudice, in un gioco speculare di reciproca legittimazione con la volontà interpretante dell'individuo»¹⁶. In un certo senso, sostiene sbailò, vi è in questo una ulteriore manifestazione del processo di secolarizzazione del diritto. Ma si può dire di più.

La crisi pandemica ha accelerato determinate tendenze o comunque ne ha messo a nudo le fragilità. Già schmitt aveva compreso come la dinamica nichilista, applicata allo spazio giuridico-economico globale, si realizzi tra monadi, prescindendo da ogni istanza comunitaria: severino la chiama la “globalizzazione della frantumazione” (riprende il concetto anche natalino irti)¹⁷. Possiamo però realmente fare a meno di una dinamica simbolica e dunque unificante del diritto, rassegnandoci alla sola dinamica regolatrice? Al confronto con la fenomenologia della crisi, il diritto votato alla mera astrazione mostra tutte le sue debolezze.

Non è un caso che molti studiosi, proprio in questo ultimo anno, si siano fatti carico di esternare un certo disagio di efficacia delle scienze giuridiche davanti alle contingenze di questo tempo. Un interessante esempio di questo è di certo il dibattito, anche aspro, scatenato nel mondo accademico, non solo americano ma anche europeo, da adrian vermeule, professore di diritto costituzionale alla *harvard law school*, con la pubblicazione, il 31 marzo 2020, di un breve saggio, intitolato “*beyond originalism*” sulla prestigiosa rivista americana “*the atlantic*”¹⁸.

Si ragiona in quel testo di ermeneutica costituzionale, tema che negli stati uniti viene sempre esaminato in una peculiare prospettiva all'indietro. È dai fini dell'interpretazione che si risale agli strumenti, partendo dall'idea che l'interpretazione giuridica è sempre un irrinunciabile atto politico. E questo ancor più quando si ha a che fare con la costituzione. Il testo della carta fondamentale, infatti, anche in una forma breve come quella statunitense, costituisce sempre un sistema di principi che animano l'ordinamento.

Ora, ci dice vermeule che si può interpretare una costituzione in funzione della massimizzazione della libertà individuale, mutuando dal testo (oltre la lettera del testo)

¹⁶ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 136.

¹⁷ L'istanza nichilista è di per sé parziale e settoriale, parcellizzazione non solo sociale ma scientifica e culturale. Manca un «principio superiore [...] che sia capace di inserire i saperi parziali in un organismo d'insieme» (così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 58). A descrivere il fenomeno, Irti richiama le efficaci parole di Severino: “globalizzazione della frantumazione” (E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998, 60).

¹⁸ <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>

A. VERMEULE, *Beyond Originalism*, *The Atlantic*, 31 marzo 2020. Questo l'abstract iniziale del saggio: «*The dominant conservative philosophy for interpreting the Constitution has served its purpose, and scholars ought to develop a more moral framework*».

principi e diritti che possano dinamicamente adattarsi all'evoluzione ed al cambiamento della società; tanto da far corrispondere tale libertà individuale, da salvaguardare rispetto al potere dell'autorità, allo spazio di realizzazione dell'individuo. Questo approccio comporta un'espansione senza freni dell'autonomia individuale, che finisce per essere un fattore disgregante della società, perché non inteso a rafforzare i legami comunitari, ma a privilegiare lo sviluppo del singolo.

In opposizione a questa declinazione il nostro autore ci descrive l'affermazione negli stati uniti della "scuola originalista". L'originalismo si pone l'obiettivo di contenere il modello espansivo della libertà individuale, limitandosi ad una interpretazione della costituzione che faccia riferimento al significato che ad essa volevano dare i padri fondatori che la scrissero. Antonin Scalia, *justice* alla corte suprema e maggior rappresentante di questo movimento, di cui lo stesso Vermeule fu stretto collaboratore, usava spesso l'immagine della *empty bottle*: la costituzione non è una bottiglia vuota da poter riempire a nostro piacimento, bensì un testo "morto", da cui non è possibile dedurre principi e diritti differenti rispetto a quelli che per essa erano stati voluti. Un modello di resistenza, dunque, che oggi sembra maggioritario nel mondo giuridico statunitense.

Siamo di nuovo alla dicotomia tra Zenone e Parmenide ovvero tra Kelsen e Schmitt. La disgregazione nichilista la si può assecondare o contrastare. Eppure, Vermeule fa un passo oltre, che abbiamo visto essere già in colli e nello stesso sbailò. Entrambi questi modelli infatti giocano sulla medesima logica progressiva della libertà, l'uno in favore, l'altro in attrito. L'originalismo ha esaurito il suo compito di resistenza ed è evidentemente insufficiente ove si voglia ridefinire un approccio nuovo ed alternativo al diritto e all'interpretazione costituzionale. È essenziale secondo Vermeule superare definitivamente la dialettica tra libertà e autorità. Egli sostiene la necessità di sviluppare un "*moral constitutionalism*", cioè un modello ermeneutico che permetta di leggere, nelle ambiguità della costituzione scritta, dei principi morali sostanziali e oggettivi di cui l'autorità si faccia promotrice. Regole, gerarchia, solidarietà tra gruppi e sussidiarietà sono gli elementi interpretativi desumibili dalla carta fondamentale, intesi come principi che devono ispirare l'azione dell'autorità, anzi di più, di cui essa si deve fare garante. In questo senso, la misura del potere pubblico non si costruisce più nel rapporto con la libertà del singolo, che non può essere prevaricata, ma in funzione di quegli stessi scopi di moralità da raggiungere. Non più un potere limitato, ma adeguato, poiché «protect liberty is not an end in itself»¹⁹.

Vermeule insomma rimodella al fondo il sistema stesso del costituzionalismo moderno, considerando i diritti e le libertà non come trincee per la difesa dagli attacchi dello stato, ma come strumenti di realizzazione, prima che personale, comunitaria: l'edificazione di un ordine, che egli definisce morale, che non è in continua progressione e accrescimento in funzione della realizzazione singolare, ma è elemento dato e collettivo, da difendere, da garantire. Questa costruzione, non certo inedita, demolisce

¹⁹ Così nel saggio citato.

il moderno modo di concepire il rapporto tra il potere ed i singoli; esalta la costituzione come forza ordinante, ma a monte, come garante di una costruzione comunitaria, e non a valle, presidio delle libertà dell'individuo.

La moderna *gesellschaft* si edifica su rapporti e legami artificiali, fondati sulle necessità e plasmati dalle contingenze. La giustizia, forza ordinante della società (*ubi societas, ibi ius*), è un'aperta dialettica tra libertà individuale e autorità, tale per cui ove la prima si espande, la seconda indietreggia. E quella libertà possiede in *nuce* gli elementi che costituiscono lo spazio inviolabile della nostra realizzazione, che è incontenibile, che è progressiva e inarrestabile. Incontenibile perché essa è un limite invalicabile per il potere sovrano, fosse anche esso riconosciuto come democratico. Progressiva e inarrestabile, perché suscettibile di una continua espansione, fin dove voglia arrivare l'auto-realizzazione del singolo. Questa sovrastruttura si inceppa però quando incontra l'emergenza. I legami giuridici e sociali, gli stretti vincoli costruiti con tenacia, sembrano tesi oltremisura, pronti a rompersi, a frantumarsi. L'autorità si riespande, prova ad affermare la sua forza legale, detta regole, impone divieti, costringe le libertà in maniera consistente. E nonostante i patti siano venuti meno, i confini del potere siano stati sorpassati, tutto si tiene. In questi mesi, milioni di persone hanno sacrificato la propria libertà senza che venisse schierato un solo soldato in strada. E non certo per la paura di una multa, ma riconoscendo quel potere come legittimo ed adeguato. La comunanza di destino che si realizza nella *gemeinschaft*²⁰. Questo elemento comunitario è tutt'altro che superato, ma finisce per essere ignorato se ci poniamo sullo stesso piano logico del nichilismo, sia a favore che in attrito.

3. La dimensione “costituzionale” del diritto. Ritornare alla terra, alla maniera di anteo.

Entrambe le alternative che abbiamo disvelato ragionano del medesimo piano ideale e si pongono dunque come mere opzioni interne al nichilismo stesso. Sbailò ben sottolinea come questa dicotomia abbia infine ingabbiato il ripensamento delle categorie giuridiche di spazio e tempo, perfino quando se ne è tentata la decostruzione attraverso un approccio “qualitativo” al problema dello spazio giuridico. Nei moderni critici del nichilismo lo spazio qualitativo viene proposto come «alternativa – in una logica bivaloriale -rispetto a quella occidentale moderna, considerata inesorabilmente in declino»; al contrario, secondo sbailò, essa «non è alternativa a quella occidentale, ma ne rappresenta piuttosto un'articolazione destinale»²¹. L'elemento ctonio diviene dunque una possibile declinazione del nichilismo, funzionale a volte rispetto alla costruzione

²⁰ La dicotomia tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* - che potremmo tradurre come comunità e società - si rifà alle teorie del sociologo tedesco Ferdinand Tönnies, che conia tale distinzione come strumento concettuale di analisi sociologica (la sua opera che riprende nel titolo queste due parole uscì nel 1887).

²¹ C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 164.

giuridica, ma comunque pensata nel medesimo orizzonte dell'ἐπιστήμη. Consapevoli del carattere irreversibile del nichilismo e di quanto esso sia un elemento ineliminabile del discorso sulla scienza giuspubblicistica in occidente, questa parte del globo, secondo Sbailò, è oggi posta in una nuova e inaspettata posizione di centralità. Vivendo una fase matura del processo di secolarizzazione giuridica, essa possiede di certo alcuni elementi di ricostruzione e valutazione che potrebbero avere un'utilità per visioni giuridiche altre, che questi processi hanno oggi solo in embrione. In questo momento storico è richiesto all'occidente, grazie agli anticorpi che ha sviluppato, di gestire gli effetti culturali e sociali del successo della sua visione del mondo. Il fenomeno nichilista diviene dunque elemento di potenza, tale da fagocitare (secolarizzare) perfino i propri contrasti interni e «da maneggiare con cura»²², visto le possibili catastrofiche conseguenze che esso può avere nella sua declinazione sociale. L'esperienza europea e, più in generale, occidentale rispetto a queste dinamiche può divenire un elemento da valorizzare in una logica di spazio pubblico globale, da rifondare alla luce di esso.

Posizioni queste che richiamo, con una certa sintonia, l'analisi sul geodiritto di natalino irti, il quale vede nel nichilismo giuridico uno strumento ordinante, efficace in una realtà sociale pervasa e orientata dall'opzione economica. La costruzione del mercato globale, che «riduce i luoghi a un “dovunque”, tutti fungibili e sostituibili, tutti misurati dal grado di profitto»²³, è in disarmonia con il concetto di confine e di appartenenza. A ciò si aggiunge il fattore tecnologico, che costruisce perfino «un non-luogo, uno spazio astratto e artificiale, che non risiede nella fisicità di alcun punto terrestre»²⁴. Irti sottolinea allora come le forme di resistenza tellurica, incarnate dallo stato nazione, giochino un ruolo nuovo, offrendosi alla scelta economica globale, così che «all'ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici»²⁵. I soggetti globali possono scegliere di quale ordinamento statale servirsi per portare avanti i propri affari nella maniera più conveniente, così che tali ordinamenti si ritrovano in concorrenza, a lusingare e sollecitare le scelte delle imprese. Qui torna il tema dello spazio qualitativo ridotto a opzione del nichilismo, che però il giurista abruzzese porterà a conseguenze ulteriori.

Mercato globale e fattore tecnologico sono votati alla “s-confinatezza” e richiedono dunque un diritto che allo stesso modo possa svincolarsi dai luoghi e dagli spazi confinati, «sciogliersi dai *nomoi* terrestri e protendersi oltre la storica singolarità dei luoghi»²⁶. L'artificialità kelseniana, come la chiama irti²⁷, cioè la forma giuridica pura del

²² “Nichilismo: maneggiare con cura” è il titolo efficace che Sbailò sceglie per le conclusioni del suo libro.

²³ N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

²⁴ N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

²⁵ N. IRTI, *ult. cit.*, 123.

²⁶ N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

²⁷ Per Irti, la teorica kelseniana trasforma la norma in “meccanismo di artificialità”, che non ha confini né limiti, ma essa è semplicemente «chiamata a soddisfare funzioni: e perciò se ne calcolano adeguatezza e inadeguatezza, costi e benefici, perdite ed efficienze» (N. IRTI, *ult. cit.*, 47). Ben nota il giurista abruzzese come una norma “artificiale” perde sì di radicamento, ma rafforza in maniera estrema la sua capacità normatrice, in quanto essa diviene «misura del suo vigore applicativo» (N. IRTI, *ult. cit.*, 54). Si può così parlare di “potenza dell'artificialità”.

nichilismo, è la costruzione più funzionale a questo tempo, «dove giova, non la fedeltà ai luoghi, ma l'ardito oltre-passamento»²⁸. La scelta giuridica secolarizzante però non può rinunciare all'elemento fondativo del diritto. Il mercato globale non può creare da solo il suo proprio diritto né è munito di garanzie coercitive autonome. Dovrebbe esistere per questo uno spazio giuridico di dimensioni globali, con proprie istituzioni e strumenti di coercizione. Mancando ciò, sono comunque gli stati a dettare l'ordine giuridico dell'economia, fosse anche tramite il diritto internazionale convenzionale o comunque nell'applicazione dei rispettivi equilibri di forza. L'ultimo residuo ctonio ha ragione di essere solo in funzione dell'equilibrio nichilista, non negandolo ma esaltandolo perfino. Alla luce delle ultime osservazioni, si finisce allora per applicare le regole della secolarizzazione anche a quegli ultimi elementi che ad essa volevano resistere. Il processo di isolamento degli accidenti dalla loro immanenza, dalla loro dimensione ideologica lo abbiamo visto applicato anche al concetto di "spazio qualitativo", il quale è dunque trasformato da elemento spirituale a elemento strumentale, a mero ingranaggio della catena nichilista. Con quali conseguenze?

Se il diritto rinuncia ad "essere" per farsi mero strumento, se arriviamo a distorcere la forza ordinante dell'istanza giuridica per renderla solo funzionale a qualcosa, neghiamo ogni potere di coesione all'esercizio della "*iurisdictio*". Ne neghiamo il fondante legame con il senso di giustizia, che è espressione inevitabile di un'etica condivisa, di una partecipazione ideale legata ad un luogo e a una *gemeinschaft*. Potremmo miseramente dire di non essere più in grado «di dar vita ad una nuova costituzione (nel senso di *verfassung*, e cioè come autentico atto di una volontà popolare, di un *ethos*), poiché l'idea stessa di costituzione è connessa all'esistenza riconosciuta di uno spazio determinato, alla possibilità di un *nomos* territorialmente definito»²⁹.

Per fuggire da questa resa, è necessario allora recuperare una dimensione spaziale del diritto, che non cada nel gorgo nichilista e che superi un certo approccio concettuale distonico ai temi schmittiani, proprio di certa dottrina e che in qualche modo sbailò intuisce³⁰, ben espresso da massimo cacciari, quando definisce *der nomos der erde* come «il grande libro che i giuristi non sapranno mai ascoltare»³¹. La rimonta dell'elemento spaziale in schmitt, ben oltre la sua traccia meramente giuridica, si inserisce e va inquadrato in quel più ampio movimento filosofico novecentesco che, sviluppando una nuova teoria della temporalità, aveva recuperato il valore simbolico della terra, espressione di cicli e armonie che si susseguono e si realizzano in una costante

²⁸ N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

²⁹ Questa la constatazione di M. CACCIARI, *ult. cit.*, 125-126.

³⁰ «Per quel che riguarda l'Italia, la prestazione giuridica schmittiana ha consentito alla dottrina, in parte di risparmiarsi lo sforzo di un ripensamento delle proprie categorie giuridiche e del proprio ruolo sociale, declinando in chiave moralistica e con linguaggio catastrofico-oracolare le teorie del filosofo renano, in parte di liquidare il ripensamento schmittiano delle categorie giuspubblicistiche in nome della sua portata violenta ed eversiva», così C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 164.

³¹ M. CACCIARI, *ult. cit.*, 105.

rigenerazione³². L'elemento terrestre si pone in una prospettiva metastorica, rilevando la connessione della vita con processi più ampi e al di fuori del tempo. Quel rapporto radicale tra terra e uomo non si realizza allora in un atto di apprensione, ma in una contemplazione armonica. Assai efficace, in questo senso, l'utilizzo del mito di anteo, «il gigante figlio di poseidone e gaia, invincibile fin quando poggia i piedi sul suolo terrestre, mentre perde le forze non appena viene sollevato da essa»³³. Il rapporto con la terra assume una dimensione ineliminabile e sacrale, che rimanda ad una appartenenza che non è solo sociale e giuridica, ma etica. Il radicamento del diritto nello spazio allora non si misura solo in termini di forza ordinante e definizione del *limes*, ma come adesione alla dimensione originaria della terra, allo spirito tellurico che ha dimensione divina. Dice cacciari che «i molti *nomoi* dell'uomo non garantirebbero di per sé alcun ordine – e alcuna *ortung* – se non derivassero dal *nomos* divino. La loro vera radice è perciò quella che li collega alla cosmica *dike*»³⁴.

Siamo andati un po' avanti rispetto all'autore renano, ma ben possiamo dire che questa nuova dimensione riconduce lo spazio al di fuori della logica nichilista. Non è più elemento di resistenza reazionaria, un mero tirante, comunque funzionale a tenere in piedi l'edificio. Il diritto si lega alla terra “anteicamente” (alla maniera di anteo), nella necessità cioè di recuperare una dimensione di giustizia “pre-potente” e “pre-posta”, spirituale e originaria, essa pure destinale e sempre possibile. Il legame con la terra non può che essere ontologico e dunque anti-nichilista.

Ecco allora che il diritto non può fare a meno di rivendicare una sua dimensione costituzionale (nel senso prima detto di *verfassung*), che è radicamento e legame, coesione comunitaria e contrasto alla frantumazione, certo anche limite e garanzia. Ciò implica il ripensamento dello spazio giuridico secondo canoni qualitativi non funzionali alla secolarizzazione, ma adeguati a bilanciare in armonia la dimensione individuale e quella collettiva. La grande sfida del giurista moderno consisterà, forse, nel trovare il modo migliore di tenere anteo con i piedi ben ancorati a terra.

³² G. Sessa propone di contestualizzare le tesi schmittiane attraverso una lettura sintonica proprio sul tema del recupero della Terra con altri due importanti e coevi autori tedeschi, Ernst Jünger e Martin Heidegger. In particolare, il filo rosso è segnato da tre opere dei tre autori, tra loro corrispondenti: *Terra e Mare* di Carl Schmitt (1942), *Al muro del tempo* di Ernst Jünger (1959) e *L'origine dell'opera d'arte* di Martin Heidegger (scritto tra il 1935 e il 1936). Così G. Sessa, *L'eco della Germania segreta*, Milano, Oaks Editrice, 2021.

³³ G. Sessa, *ult. cit.*, 78.

³⁴ M. Cacciari, *ult. cit.*, 110.



Carte costituzionali e legislazioni elettorali: le ragioni di un inesauribile rapporto.

Riflessioni sparse, in chiave comparata, a partire da alcuni recenti studi sul tema*

di Chiara Spiniello**

SOMMARIO: 1. Sulla rilevanza delle leggi elettorali: perché ha (ancora e sempre) senso discuterne. – 2. La Costituzione e le leggi elettorali. Quello che ci aspetteremmo di leggere e quel che, invece, ritroviamo nei Testi costituzionali in materia di formule elettorali. – 2.1. Italia, Germania e Francia: un silenzio *consapevole*. – 2.2. La costituzionalizzazione del sistema elettorale: l'esempio spagnolo. – 3. Oltre la formula elettorale: l'influenza delle disposizioni costituzionali sulle scelte del legislatore elettorale. – 3.1. Limiti formali e limiti materiali. – 3.2. Limiti c.d. «esterni». – 4. Le Corti costituzionali, *giudici politici*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Sulla rilevanza delle leggi elettorali: perché ha (ancora e sempre) senso discuterne

Era il 1895 quando Attilio Brunialti scrisse che «la legge elettorale [è] la base fondamentale di tutte le istituzioni del governo rappresentativo, [con] importanza non minore delle norme fondamentali dello Stato medesimo»¹.

A un (po' meno di un) secolo di distanza, nel 1951, Luigi Sturzo gli fece eco nel sostenere che «dopo la Costituzione, la più importante nell'ordine istituzionale è la legge elettorale. Con questa si dà vita, validità e moto agli organi rappresentativi di un paese, quali ne siano le forme e l'estensione che li configurano»².

Oggi, agli albori del secondo ventennio degli anni duemila, Alfonso Vuolo ci ricorda come la formula elettorale assuma «un suo peso specifico [...] nell'ordinamento considerato nel suo complesso: la scelta del metodo proporzionale piuttosto che maggioritario ha innegabili conseguenze sulla logica di competizioni dei partiti, sul funzionamento della forma di governo e dei meccanismi legislativi, sul rapporto fiduciario, sul sistema delle garanzie costituzionali. In definitiva, sull'assetto democratico e, con esso, sulla tutela dei diritti fondamentali»³.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di Ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, «Sapienza» Università di Roma.

¹ Lo ricorda F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 7. Si veda, quindi, A. BRUNIALTI, voce *Elezioni*, in *Il digesto italiano*, vol X, 1895/1898, p. 228.

² Così L. STURZO, *Leggi elettorali e istituzioni democratiche*, in *Civitas*, 2/1951, pp. 3-18.

³ Cfr. A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 15-16.

È certamente vero che la centralità riconosciuta ai sistemi elettorali⁴ negli ordinamenti politico-costituzionali moderni e contemporanei sia venuta in evidenza nel corso del tempo proprio in relazione alle peculiarità degli avvenimenti verificatisi in un dato periodo storico. Così se Brunialti, alla fine dell'ottocento, correlava l'importanza del momento elettorale all'espansione del suffragio e all'affermazione del processo di democratizzazione; Sturzo – le cui riflessioni si sono sviluppate in un arco temporale ampio al punto da attraversare la crisi dello stato parlamentare europeo postuma al primo conflitto mondiale, l'avvento dei regimi totalitari e la ricostruzione dello stato democratico successivamente alla seconda guerra mondiale – individuava nelle modalità di scelta dei rappresentanti politici la chiave di volta del sistema istituzionale (e della sua configurazione); Vuolo, in questo nostro tempo caratterizzato dalla moltiplicazione delle richieste di coinvolgimento popolare nella gestione della *res publica*, chiarisce che la democrazia rappresentativa, di cui l'elezione politica è cardine, costituisce *la sola forma di democrazia possibile*, anche dinnanzi agli sviluppi delle nuove tecnologie.

Tuttavia, sebbene si riconosca l'opportunità di una adeguata contestualizzazione del pensiero espresso dai citati Autori, non si può mancare di sottolineare l'evidenza di come il tema *elettorale*, incardinandosi in un dibattito protrattosi senza soluzione di continuità per (almeno) tre secoli, seguiti ad essere di stringente attualità.

Da ultimo, infatti, l'emanazione della legge 27 maggio 2019, n. 51 recante «Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari» – novella, lo si intuisce facilmente dal titolo, convalidata contestualmente al procedimento di approvazione della revisione costituzionale in materia di riduzione del numero dei parlamentari, formalizzatasi con l'entrata in vigore della legge costituzionale 19 ottobre 2020, n.1⁵, e finalizzata ad adeguare i contenuti della vigente legge elettorale 3 novembre 2017, n. 165 al mutato disposto

⁴ Non è superfluo ricordare che alla definizione di sistema elettorale in senso stretto – intendendosi con esso la formula elettorale e, dunque, l'operazione algebrica mediante la quale si realizza la trasformazione dei voti in seggi – ne corrisponde una più ampia. In virtù di questa il sistema elettorale, rientrando nel più vasto *genus* della legislazione elettorale, è considerato come l'insieme delle regole concernenti il procedimento elettorale: dalle scelte in ordine alla tipologia di collegio alla determinazione delle cause di incompatibilità e ineleggibilità fino alla definizione della c.d. legislazione elettorale di contorno, nella quale rientrano, ad esempio, le norme sul finanziamento elettorale, sull'utilizzo dei media e dei sondaggi d'opinione.

⁵ A seguito della conclusione positiva dell'esame parlamentare, avutasi con l'approvazione a maggioranza dei 2/3 dei membri della Camera dei deputati in seconda lettura il 7-8 ottobre 2019 (solo assoluta è stata, invece, la maggioranza dei senatori espressasi favorevolmente alla riforma in sede di seconda votazione, l'11 luglio 2019), e dell'assenso manifestato dal corpo elettorale nell'ambito del *referendum* costituzionale del 20 e 21 settembre 2020, la legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1 ha introdotto una riduzione nel numero dei membri del Parlamento del 36,5%, diminuendo la cifra dei deputati da 630 a 400 e quella dei senatori da 315 a 200. La ricostruzione dell'*iter* procedurale di approvazione parlamentare del d.d.l. e dello svolgimento della consultazione referendaria, nonché le ragioni ispiratrici del progetto e la comparazione dello stesso con un'analogia proposta recentemente avanzata nell'ordinamento francese hanno costituito oggetto del lavoro di dottorato dal titolo *La composizione dei Parlamenti e la definizione dei sistemi elettorali in Italia e in Francia: tra proposte di riduzione del numero dei parlamentari e tentativi di riscrittura della legge elettorale. Uno studio comparato* (attualmente sottoposto al vaglio dei valutatori esterni) dell'Autrice di questo scritto.

Dei numerosi contributi proposti dalla dottrina sul tema si segnalano, in particolare, E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, (a cura di), Pisa, Pisa University Press, 2020; F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019; P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma agli articoli 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo speciale, maggio 2019.

costituzionale, scongiurando così l'ipotesi di una *vacatio legis*⁶ – ha riaperto il confronto politico-parlamentare sulla necessità di un ripensamento della legge elettorale per la designazione dei membri del Parlamento.

È questo, in realtà, un dibattito mai veramente sopito nell'ordinamento italiano, il quale – rimandando ad una definizione che ben lo rappresenta – pare essere contrassegnato da una sorta di «ipercinetismo compulsivo in materia elettorale»⁷, che ha prodotto sette riforme elettorali dall'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana⁸, senza mai giungere allo (auspicabile⁹) consolidamento di una data formula.

Ed è proprio una riflessione sulla *stabilità* e sul *radicamento* della legislazione elettorale ad inaugurare il volume «Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo». Ivi, Giacomo Delledonne, estendendo l'oggetto d'indagine dalla prospettiva nazionale a quella europea, effettua un'analisi comparata – precipuamente rivolta agli ordinamenti tedesco, francese e spagnolo che hanno in comune col sistema italiano una serie di tratti distintivi quali «la presenza di una costituzione scritta, [il] graduale sviluppo del controllo di costituzionalità delle leggi e [il] fatto che sono tutte democrazie stabilizzate con una significativa consistenza demografica»¹⁰ – volta a chiarificare il rapporto esistente tra vincoli costituzionali (altresì derivanti dalle disposizioni discendenti dall'ordinamento europeo) e scelte del legislatore in materia elettorale; con riguardo, altresì, al peso che sulle suddette decisioni esercita il giudizio dei garanti della Costituzione per eccellenza, gli organi di giustizia costituzionale.

Seguendo il percorso argomentativo tracciato dall'Autore e facendo altresì riferimento ad alcuni altri recenti studi sul tema¹¹, il presente contributo – senza pretesa di esaustività alcuna,

⁶ A tal proposito la Corte costituzionale ha affermato, originariamente con la sentenza 17 gennaio-2 febbraio 1991, n. 47 relativa al *referendum* abrogativo in materia elettorale, che «l'abrogazione dell'insieme delle norme elettorali sarebbe causa inevitabile della sottrazione all'organo elettivo della base necessaria per salvaguardarne la costante operatività ed evitare di esporlo alla eventualità, anche soltanto teorica, di paralisi di funzionamento». Muovendo da questa constatazione il Giudice delle leggi più di recente, ancora una volta in occasione di un giudizio di ammissibilità di una richiesta referendaria, ha ribadito che l'eventuale abrogazione parziale delle c.d. «leggi costituzionalmente necessarie» – quelle, cioè, che si dimostrano essere fondamentali per la tenuta dell'assetto costituzionale e nell'ambito delle quali vanno fatte rientrare le leggi elettorali di organi costituzionali o di rango costituzionale – deve garantire la «indefettibilità della dotazione di norme elettorali» in modo da conseguire, all'esito delle consultazioni, una normativa di risulta che assicuri la costante operatività dell'organo. Cfr. Punto 7, *Considerato in diritto*, sentenza n. 10 del 2020.

Sul tema dell'ammissibilità dei *referendum* abrogativi in materia elettorale si segnala, da ultimo, il già citato scritto di A. VUOLO, *La legge...op. cit.*, pp. 75-122.

⁷ Così F. LANCHESTER, *L'ipercinetismo pericoloso e inconcludente*, in *Rassegna parlamentare*, 3/2017, pp. 721-725.

⁸ In particolare: una formula proporzionale sostanzialmente pura (1946-1993), tentata poi di scardinare mediante l'introduzione di un premio di maggioranza per la Camera dei deputati (1953); un sistema a prevalenza maggioritario (1993-2005); una legge elettorale proporzionale con premio di maggioranza (2005-2015); un nuovo proporzionale con premio di maggioranza ma per la sola Camera dei deputati mai applicata (2016-2017); un impianto c.d. «misto» a prevalenza proporzionale (2017), poi «neutralizzato» (2020).

⁹ Sul punto N. LUPO, *Verso un'auspicabile stabilizzazione della legislazione elettorale italiana. Alcuni spunti sulla legge n. 165 del 2017 in rapporto alla Costituzione*, in *Federalismi.it*, 22/2017.

¹⁰ Cfr. G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello Stato costituzionale europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 26.

¹¹ In particolare, accanto al volume di A. VUOLO, *La legge...op. cit.*, si intende riflettere altresì sulle suggestioni proposte da A. RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale*, Milano, Ledizioni, 2018.

tanto vasta e così complessa è la materia in esame – si propone di fornire più che risposte certe dei nuovi interrogativi sulla *questione elettorale*, fondamento del «patto tra società civile e Stato»¹².

2. La Costituzione e le leggi elettorali. Quello che ci aspetteremmo di leggere e quel che, invece, ritroviamo nei Testi costituzionali in materia di formule elettorali

La posizione centrale occupata dai sistemi elettorali negli ordinamenti costituzionali di cui si è sinteticamente detto¹³, indurrebbe a ritenere che essi conoscano una specifica codificazione all'interno delle Carte costituzionali.

In realtà, come dimostra in primo luogo la stessa Costituzione italiana, non è sempre detto sia così, limitandosi talvolta i Testi fondamentali a prevedere delle generiche disposizioni di principio, a cui il legislatore è chiamato a dare attuazione nell'elaborazione della legge elettorale.

Sebbene, infatti, il tema della costituzionalizzazione del sistema elettorale si sia posto pressappoco ovunque in Europa, con la transizione verso i regimi democratici nel secondo dopoguerra, nei lavori delle Assemblee costituenti incaricate di redigere la suprema Legge del Paese – e da parte di alcune di esse sia stato effettivamente accolto¹⁴ –; nell'opinione prevalente della dottrina si scorge una certa perplessità sulla scelta di inserire in Costituzione riferimenti a favore di una determinata formula elettorale. Generalmente si ritiene che la suddetta operazione, da un lato, metterebbe probabilmente al riparo una legislazione così «sensibile», qual è quella elettorale, dalla volontà di maggioranze parlamentari contingenti; ma, dall'altro, rischierebbe di irrigidire eccessivamente la disciplina stessa, finendo col far «perdere di vista il carattere di per sé imperfetto di qualsiasi sistema elettorale»¹⁵.

Se sia stata effettivamente questa la ragione che ha motivato la preferenza del costituente italiano, tedesco e francese verso la non costituzionalizzazione di una particolare formula elettorale, è quanto si proverà a comprendere nell'analisi a venire.

2.1. Italia, Germania e Francia: un silenzio consapevole

Il fatto che le Costituzioni dell'Italia del 1948, della Germania del 1949 e della Francia del 1958 tacciano sui contenuti della legge elettorale non vuol dire che esse siano indifferenti al problema,

¹² Così S. CASSESE, *Le lezioni da imparare sulle riforme elettorali*, Corriere della Sera, 6 febbraio 2020.

¹³ Per uno studio approfondito sull'intarsio tra sistemi elettorali, forma di Stato e forma di Governo si vedano, a titolo esemplificativo, F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 538-596; ma anche E. DE MARCO, *Sistemi elettorali e forma di Governo*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. 1, Napoli, Jovene, 2010, pp. 453-465; F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di Governo: variabili e costanti del sistema costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 2014.

¹⁴ Giacomo Delledonne ci ricorda che sedici dei ventotto Stati membri dell'Unione europea presentano, nei loro Testi costituzionali, disposizioni relative al carattere proporzionale della legge elettorale per la designazione dei membri dell'Organo legislativo. Cfr. G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, p. 41.

¹⁵ *Ibidem*

contenendo tutte loro dei riferimenti – variamente stringenti – alla «materia elettorale»¹⁶. Si tratta, dunque, di comprendere i motivi del loro silenzio.

In Italia la questione dell'opportunità di includere nella Carta fondamentale riferimenti al sistema elettorale fu affrontata nell'ambito della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, istituitasi in seno all'Assemblea costituente. Ivi, in un dibattito indubbiamente influenzato dagli eventi pregressi – in primo luogo, gli avvenimenti che avevano portato alla scelta di un sistema elettorale proporzionale per l'istituzione dell'Assemblea stessa e, poi, seppure in maniera relativamente più esigua, il peso del c.d. «spettro di Weimar»¹⁷ –, si fronteggiarono due posizioni principali. Alla proposta di costituzionalizzazione della formula proporzionale avanzata da Costantino Mortati perché ritenuta «un freno allo strapotere delle maggioranze [*in grado di influire*] in senso positivo sulla stabilità governativa»¹⁸, si contrappose – e risultò poi vincente – l'idea di chi, come Tomaso Perassi, sostenne che gli eventi futuri avrebbero potuto comportare un allontanamento dalla suddetta modalità di ripartizione dei seggi. Alla luce di questa riflessione, ci si limitò pertanto ad approvare un ordine del giorno, presentato da Antonio Giolitti, che affermava la centralità della disciplina legislativa ordinaria in materia elettorale e raccomandava l'adozione della rappresentanza proporzionale per la Camera dei deputati; mentre per il Senato – con l'approvazione dell'ordine del giorno Nitti – fu stabilito lo scrutinio uninominale. Non a caso, con la legge 20 gennaio 1948, n. 6 fu grossomodo riproposta la struttura della legge elettorale applicata in occasione dell'elezione dell'Assemblea costituente: un sistema elettorale proporzionale, basato su circoscrizioni plurinominali, con voto di preferenza (mentre per il

¹⁶ Nello specifico, la Costituzione italiana contiene un espresso riferimento all'art. 72 Cost. («La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materiale [...] elettorale») e delle disposizioni correlate al tema elettorale agli artt. 51 (parità di accesso alle cariche elettive), 56 (elezione a suffragio universale e diretto dei membri della Camera dei deputati) e 57 (elezione membri del Senato) Cost.; la Legge fondamentale tedesca si limita a sancire all'art. 38 GG. l'elezione dei deputati «a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto»; la Costituzione all'art. 1 sancisce la parità di accesso tra i sessi alle funzioni elettive, all'art. 24 l'elezione a suffragio universale diretto dei membri dell'Assemblea nazionale e all'art. 34 la fonte legislativa ordinaria per la disciplina della materia elettorale.

¹⁷ La crisi istituzionale della Repubblica di Weimar è stata imputata, per lungo tempo, alla costituzionalizzazione della formula elettorale (art. 22 WRV), ritenuta conseguentemente inadeguata ad assicurare la stabilità governativa e la tenuta dell'assetto costituzionale dell'ordinamento. In realtà, come sottolinea Giacomo DelleDonne, sulla cronica instabilità delle coalizioni governative della Repubblica di Weimar avrebbe pesato, più che il sistema elettorale, la centralità delle forze estremiste e antisistema nel sistema politico della Repubblica di Weimar e, in specie, lo loro «scarsa o nulla abitudine al compromesso e alla ricerca di accordi, tanto più necessaria in vigenza di una legge elettorale proporzionale». Cfr. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, pp. 44-52. Più in generale sulla complessità e sull'influenza dell'esperienza *weimeriana* P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016; nonché F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè, 1985.

¹⁸ Inoltre, Egli addusse come ulteriori motivazioni il fatto che la proporzionale fosse «un modo di organizzazione dello Stato» e che la sua implementazione potesse coadiuvare «l'esigenza di coordinare le norme per l'elezione della prima e della seconda Camera, così da armonizzare le due rappresentanze». Cfr. C. MORTATI, *Atti dell'Assemblea costituente, seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituente*, seduta del 7 novembre 1946.

Il pensiero di Costantino Mortati sulla rappresentanza proporzionale ha subito una profonda mutazione nel corso del tempo, maturata sul finire della prima fase dell'esperienza repubblicana. Sul punto si vedano almeno A. BARBERA, S. CECCANTI, *La lenta conversione maggioritaria*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1995, pp. 67-93.

Per una tematizzazione approfondita della rappresentanza proporzionale si rimanda a G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, pp. 107-119.

Senato, ai sensi della legge 6 febbraio 1948, n. 29, vennero introdotti i collegi uninominali con la previsione di una ripartizione proporzionale dei seggi, qualora nessun candidato avesse raggiunto il *quorum*, particolarmente elevato, del 65% di voti nell'ambito del proprio collegio).

Ciò detto e in conclusione non si può mancare di dar conto della teorizzazione di una dottrina minoritaria, in virtù della quale esisterebbe una costituzionalizzazione *implicita* della rappresentanza proporzionale. Questa sarebbe, infatti, desumibile dal combinato disposto degli artt. 49 Cost. (riconoscimento ai partiti politici della possibilità di concorrere alla determinazione della politica nazionale) e 82 Cost. (criterio della proporzionalità per l'istituzione delle Commissioni di inchiesta in seno a Parlamento) nonché della particolare tutela riconosciuta alle minoranze linguistiche, religiose e politiche dalla Costituzione repubblicana¹⁹.

Tuttavia, il mutamento profondo che si registrò nel sistema politico-istituzionale al principio degli anni Novanta – culminato nell'abbandono di un sistema elettorale proiettivo a favore di uno maggiormente manipolativo – mostrò la valenza puramente storica della summenzionata ricostruzione.

Se la *lezione di Weimar* fu d'insegnamento, seppur indiretto, per il costituente italiano, facilmente si intuisce il peso esercitato dalla stessa sull'elaborazione della Legge fondamentale tedesca del 1949 (*Grundgesetz*). Laddove, infatti, essa manca di indicare la preferenza verso una specifica tipologia di sistema elettorale, molto chiaramente fa emergere ciò che questo non dovrebbe in ogni caso essere.

In un «silenzio eloquente»²⁰, i (non derogabili) contenuti della Legge fondamentale tedesca, infatti, indirizzarono l'operato del *Parlamentarischer Rat*, il Consiglio parlamentare istituito a Bonn nel 1948 allo scopo di progettare la nuova Costituzione dello Stato, nell'elaborazione della normativa elettorale. Ritenendo opportuno non introdurre alcun riferimento sul tema nel *Grundgesetz* – una mancanza che, come è stato osservato, non dipese *soltanto* dalla memoria dell'ingombrante passato ma altresì dalla volontà di raggiungere più facilmente un accordo sui contenuti del Testo stesso e, dunque, per ragioni di strategia politica, legate a delle logiche tipicamente connesse al raggiungimento di un bilanciamento tra gli interessi delle formazioni politiche coinvolte –, in sede di Commissione principale, il 22 febbraio 1949, si stabilì l'approvazione di una legge elettorale proporzionale dalla durata provvisoria, valida cioè soltanto per la prima legislatura²¹. La temporaneità della previsione, correlata alla situazione eccezionale che la Germania occidentale viveva in quegli anni, non impedì un rinnovo della stessa, nell'anno

¹⁹ Il principale sostenitore di questa tesi è stato Carlo Lavagna. Alla sua visione si è allineato, pur partendo da una prospettiva diversa, Gianni Ferrara. Questo ha, infatti, individuato la *ratio* della costituzionalizzazione *implicita* del sistema proporzionale nell'insieme delle disposizioni contenute negli artt. 3 Cost. (principio di eguaglianza) e 49 Cost. Per un approfondimento delle due teorie si veda C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI edizione, Torino, Utet, 1985 e G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, Giuffrè, 1973.

²⁰ G. Delledonne traduce così l'espressione *ein beredtes Schweigen* di Meyer, G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, p. 53.

²¹ Decisivo, ai fini della scelta verso il mantenimento di una formula elettorale proporzionale, fu l'intervento di Carlo Schmid nella seduta consiliare summenzionata. Considerando che il sistema maggioritario avrebbe rischiato di «portare la malattia che può annidarsi nel corpo di un popolo a esprimersi con un attacco di febbre particolarmente brutale», Schmid sostenne che la legge elettorale «avrebbe dovuto essere strutturata in modo tale da distribuire il rischio che il nostro popolo correrà in occasione delle elezioni fra il numero di soggetti il più ampio possibile», mostrando pertanto una preferenza a favore di un sistema elettorale. *Ibidem*.

successivo, finché nel 1956 la formula non venne definitivamente stabilizzata nell'identica veste con la quale era stata concepita nel 1949, nonostante i mutamenti intervenuti nel sistema dei partiti politici.

D'altra parte, questo stesso sistema elettorale, passato alla storia sotto il nome di proporzionale c.d. «personalizzato», nel suo impianto di base è rimasto pressappoco immutato fino ai giorni nostri: l'elettore tedesco, dotato della possibilità di esprimere due voti, partecipa alla ripartizione dei seggi del *Bundestag* per metà esprimendo una preferenza per un candidato nell'ambito di collegi uninominali, e per metà scegliendo tra liste concorrenti. Dal momento che la distribuzione dei seggi avviene sulla base del secondo voto, gli effetti del sistema sono integralmente proporzionali. Tale qualificazione, si avrà modo di tornare successivamente sul tema, è stata peraltro a più riprese ribadita, e tutelata, dal giudice costituzionale tedesco.

Una simile continuità nella tenuta (e, dunque, nella resa) della legge elettorale federale tedesca (*Bundeswahlgesetz*) è da rintracciarsi «ancor prima [*che nel*] voto, [*ne*] la *paideia* democratica»²².

Altrettanto (o quasi) longeva è la legge elettorale per la designazione dei membri dell'*Assemblée nationale* francese, la quale – nei suoi contenuti essenziali e, dunque, nella previsione di un sistema uninominale maggioritario a due turni – è rimasta la stessa dal 1958 (al netto della «parentesi proporzionale» del 1985 con la quale si svolsero le sole elezioni del 1986, per poi tornare definitivamente al prevalente scrutinio uninominale)²³.

D'altronde, Michel Debré, uno dei principali ingegneri costituzionali della Carta della V Repubblica francese era persuaso – e tentò, con scarso successo, di persuadere i colleghi costituenti – della bontà dell'idea di inserire in Costituzione l'obbligo di adozione di leggi elettorali di tipo maggioritario. Pur essendo contrario, infatti, alla costituzionalizzazione di uno specifico sistema elettorale, Egli riteneva fondamentale la puntualizzazione dell'aspetto della tipologia della formula elettorale ai fini della definizione della nuova forma di governo razionalizzata che si stava costruendo.

Di contro, una totale scissione tra le scelte in ordine alla forma di governo e alla materia elettorale – con il confinamento di queste ultime in una prospettiva del tutto secondaria – era propugnata da Charles de Gaulle, teorico e fondatore della *Cinquième République*. La sua opinione, successivamente smentita dalle stesse vicende politiche e istituzionali francesi le quali mostreranno come l'intarsio sistema elettorale e forma di governo esista e sia forte²⁴, ai tempi fu maggioritaria e, conseguentemente, nessun riferimento ai sistemi elettorali venne incluso in Costituzione, ove – all'art. 34 Cost. da ultimo novellato dalla riforma costituzionale del 2008 – ci si limitò ad affermare che «la legge stabilisce le norme concernenti [...] il sistema elettorale delle

²² *Ibidem*, p. 62.

²³ Il tema è stato approfonditamente trattato nella già citata tesi di dottorato. *La composizione dei Parlamenti e la definizione dei sistemi elettorali in Italia e in Francia... op. cit.* Sulle vicende della legislazione elettorale francese si rimanda, inoltre, al recente R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2019, pp. 209-246.

²⁴ Si fa riferimento alle vicende che sul calare degli anni ottanta portarono all'adozione di una formula elettorale proporzionale dalla quale derivò il primo caso di c.d. «coabitazione» istituzionale francese, con una maggioranza parlamentare di colore diverso rispetto a quella del Presidente della Repubblica. O, ancora, agli effetti dell'allineamento tra le elezioni presidenziali e quelle parlamentari, in conseguenza della legge costituzionale n. 2000-964 del 2 ottobre 2000.

assemblee parlamentari, delle assemblee locali e delle istanze rappresentative dei Francesi stabiliti all'estero nonché le condizioni di esercizio dei mandati elettorali e delle funzioni elettive dei membri delle assemblee deliberanti delle collettività territoriali».

Ad ogni modo, al di là della preferenza espressamente dichiarata da Debré, nelle fasi che accompagnarono la redazione della Carta del 1958 si può notare una sostanziale assenza di dibattito intorno alla scelta di introdurre in Costituzione riferimenti sulla materia elettorale. È questa, probabilmente, la principale differenza tra l'esperienza francese, italiana e tedesca: pur essendo vero che i Testi fondamentali di tutti e tre i Paesi mancano di disciplinare apertamente il sistema elettorale per la designazione dei membri del Parlamento, il dibattito costituente italiano e tedesco sul tema è stato caratterizzato da una vivacità – certamente suscettibile di produrre effetti sulle scelte del legislatore ordinario – che è stata del tutto assente nel dialogo tra i fondatori della V Repubblica francese.

2.2. La costituzionalizzazione del sistema elettorale: l'esempio spagnolo

Laddove tre Carte costituzionali nulla dicono a proposito tema della legge elettorale, ve n'è una quarta che dispone nel testo della Legge fondamentale l'adozione di uno specifico sistema elettorale. Si tratta della Costituzione spagnola del 1978, ai cui artt. 68 e 69 si legge che «l'elezione [*dei membri del Congresso dei deputati*] si verificherà in ogni circoscrizione attenendosi a criteri di rappresentanza proporzionale» e che «la designazione [*dei senatori delle Comunità Autonome deve avvenire*] conformemente a quello che stabiliranno gli Statuti, che assicureranno in ogni caso l'adeguata rappresentanza proporzionale»²⁵.

Queste formulazioni, seppur definite in un lasso di tempo relativamente breve dalla Commissione per gli affari costituzionali e le libertà pubbliche del Congresso, rappresentano il frutto di un dibattito che – alla stregua di quanto avvenuto nei processi di costituzionalizzazione dell'Italia, della Germania e (molto meno) della Francia – s'aggravò proprio sul tema della costituzionalizzazione del sistema elettorale. Tuttavia, a differenza delle altre esperienze analizzate, la transizione democratica spagnola si inserì nella c.d. «terza ondata» dei processi di

²⁵ Organo a composizione «mista», il Senato è eletto in parte direttamente ed in parte attraverso un procedimento di elezione di secondo grado. In particolare, ai sensi del comma 2 articolo 69 della Costituzione ogni Provincia – che, conformemente alla ripartizione territoriale adoperata per l'elezione dei membri del Congresso, rappresenta la circoscrizione elettorale – è tenuta ad eleggere a suffragio universale diretto quattro senatori, indipendentemente dalla variabile demografica di riferimento. Fanno eccezione le Province insulari e le enclavi (c. 3 e 4 art. 69 Cost.) a cui spettano, in base alla loro grandezza, tre seggi (Gran Canaria, Maiorca e Tenerife), due (Ceuta e Melilla) oppure uno (Ibiza, Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote e La Palma).

Così, ai 188 seggi assegnati alle Province ordinarie si aggiungono i 16 assegnati alle Province insulari e i 4 assegnati alle *enclaves* di Ceuta e Melilla, per un totale di 208 senatori eletti direttamente mediante un sistema maggioritario corretto dalla previsione di un meccanismo di voto a preferenza limitata

Di contro, i seggi legati allo scrutinio indiretto non sono numericamente predeterminati: il comma 5 dell'articolo 69 della Costituzione stabilisce, infatti, che le diciassette Comunità autonome sono titolate ad eleggere un senatore fisso e uno in più per ogni milione di abitanti del rispettivo territorio, importando pertanto una variabilità – correlata ai cambiamenti della popolazione – nella cifra elettorale. Il procedimento per l'elezione della suddetta quota di senatori è lasciato alla libera determinazione delle Comunità, fatto salvo il rispetto del principio costituzionale dell'equa rappresentanza proporzionale di cui si è detto.

democratizzazione, cosicché i precedenti storici in materia non erano costituiti più soltanto dal c.d. «spettro di Weimar», ma altresì da una serie di esempi positivi che non mancarono di essere riportati in sede di esame²⁶.

Tuttavia, più che i riferimenti comparatistici e l'esposizione «classica» dei motivi a favore del sistema proporzionale – che pure vennero esaltati in specie in riferimento alla tutela del pluralismo politico –, la motivazione che maggiormente fece protendere per la scelta di costituzionalizzare la formula proporzionale fu la peculiare situazione spagnola dei tempi. L'interazione tra forze politiche legate al precedente regime franchista e la comparsa in scena di nuove formazioni gradualmente ammesse a partecipare alla competizione politica, convinsero dell'utilità di mantenere – ed elevare al massimo rango tra le fonti del diritto – il sistema elettorale elaborato dalla *Ley de Reforma Política* del 4 gennaio 1977, n. 1 per la designazione dei membri delle *Cortes* costituenti. Una formula proporzionale, utilizzata per eleggere un numero relativamente esiguo di deputati, tra i trecento e i quattrocento (art. 68 Cost.), e caratterizzata dal riconoscimento di una *representación mínima inicial* a ciascuna circoscrizione provinciale. Poiché, infatti, l'obiettivo di introdurre nella Carta costituzionale riferimenti precisi alla modalità di scrutinio rispondeva all'esigenza di limitare la tendenza all'instabilità legislativa e di arginare il fenomeno dei brogli elettorali, si ritenne conseguentemente necessario individuare proprio nella Provincia la circoscrizione elettorale, sulla scorta di quanto la legge 1/1977 aveva fatto.

Questo dato di continuità rispetto al passato, che ha portato a definire la transizione democratica spagnola come una *transición* «guidata», accumuna le vicende della Spagna a quelle di altri Paesi di recente democrazia. In particolare, una certa similarità si nota con l'Ungheria, dove le scelte elettorali formalizzate nella legge elettorale provvisoria del 20 ottobre 1989 hanno rappresentato una componente essenziale del processo di democratizzazione del Paese²⁷.

Il rilievo della presenza (o dell'assenza) di indicazioni volte all'adozione di un determinato sistema elettorale nelle Legge fondamentale non esaurisce di certo le riflessioni sul tema dei rapporti tra Costituzione e leggi elettorali. Sulla configurazione di questa (si può a questo punto affermare) ineludibile relazione pesano, infatti e più in generale, le disposizioni formali e di principio su cui si fonda l'ordinamento – e che, pertanto, all'interno dello stesso conoscono una peculiare tutela – nazionale e sovranazionale.

3. Oltre la formula elettorale: l'influenza delle disposizioni costituzionali sulle scelte del legislatore elettorale

²⁶ In particolare, come ricorda Giacomo Delledonne, il deputato socialista catalano Eduardo Martín Toval prese le mosse dall'analisi delle costituzioni di «muchas Monarquías parlamentarias». Sul punto G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, p. 85.

²⁷ Sull'effettività democratica dell'Ungheria ci sarebbe da riflettere a lungo. Lo stesso Primo Ministro ungherese, Viktor Orbán, d'altronde, ha definito il Paese una «democrazia illiberale». Sul punto si rimanda a G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, pp. 98-102.

Anche se le Costituzioni non pretendono espressamente a favore dell'attuazione di una certa formula elettorale, innegabilmente esistono in esse delle disposizioni che gravano, condizionandole, sulle decisioni del legislatore elettorale.

Nell'alveo di siffatte previsioni, si suole distinguere tra limiti formali – a loro volta suddivisibili in limitazioni contenutistiche e norme procedurali – e limiti materiali, intendendo con essi quei disposti «costituzionali di principio, caratterizzanti il *regime politico* o la *costituzione materiale* o l'*ordinamento costituzionale* [...] che vincolano la legislazione elettorale in maniera non necessariamente diversa da qualsiasi manifestazione del potere legislativo»²⁸.

Inoltre, a seguito dell'attuazione del processo di integrazione europea e della conseguente implementazione di un «doppio canale» normativo negli ordinamenti nazionali, si deve ritenere che una certa influenza sulle scelte del legislatore elettorale sia esercitata altresì dalle disposizioni emanate dagli organi dell'Unione, le quali in tal senso possono essere considerate come dei limiti c.d. «esterni».

3.1. *Limiti formali e limiti materiali*

Al di là della disciplina concernente l'oggetto (e, dunque, la formula) della legge elettorale, i limiti formali – che generalmente riducono maggiormente il margine di discrezionalità del legislatore rispetto a quelli materiali, seppur con le dovute eccezioni²⁹ – possono consistere, come detto, in prescrizioni procedurali.

Circoscrivendo l'analisi agli ordinamenti presi in considerazione nella presente riflessione, viene in luce – innanzitutto – la c.d. «riserva di assemblea» contenuta nell'art. 72 della Costituzione italiana. Ivi, al quarto comma, si legge che: «la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale [...]». La *ratio* di questa norma va ricercata nella volontà di assicurare la massima pubblicità dei lavori parlamentari d'esame delle leggi elettorali (e delle altre tipologie di atti elencati nell'articolo), e dunque la massima conoscibilità da parte dell'opinione pubblica, nonché la più ampia partecipazione possibile delle formazioni politiche parlamentari alla decisione. Un ulteriore tentativo di fortificazione del procedimento di approvazione delle leggi elettorali fu promosso – ma non ebbe seguito a causa della bocciatura referendaria del 4 dicembre 2016 – dal disegno di legge di riforma costituzionale c.d. «Renzi-Boschi» (AC 2613-D), nell'ambito del quale, tra le altre cose, era stato ipotizzato un ricorso preventivo alla Corte costituzionale per accertare la legittimità dei d.d.l. elettorali di Camera e Senato, azionabile su richiesta di 1/4 dei deputati o 1/3 dei senatori. Infine, più di recente, sono stati presentati due diversi progetti di legge (A.C. 2244

²⁸ Così A. MORRONE, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale. Profili di teoria generale*, in Rivista AIC, 3/2017, p. 2.

²⁹ Il caso spagnolo della costituzionalizzazione dei «*criterios de representación proporcional*» rappresenta, forse, l'esempio più noto. La legge elettorale attualmente in vigore (LOREG, *ley n. 5/1985*), infatti, nel distribuire i 350 seggi del *Congreso de los Diputados* nelle 50 circoscrizioni coincidenti con le Province che eleggono in media tra i 6 e i 7 deputati, «corregge l'assegnazione proporzionale con un premio di maggioranza occulto, che distorce in maniera rilevante la rappresentanza politica (pari al 16-18% a livello circoscrizionale)». Cfr. *Ibidem*.

dell'on. Forciniti e A.C. 2335 dell'on. Giorgetti) aventi ad oggetto l'introduzione di *quorum* qualificati per l'approvazione delle leggi elettorali.

La proposta di introdurre una maggioranza rafforzata, e precipuamente pari ai 2/3 dei membri dell'Assemblea, venne altresì avanzata dalla *Commission Vedel*, la Commissione istituita nel 1992 dal Primo ministro francese Pierre Bérégovoy e guidata dal giurista Georges Vedel, col compito di proporre una riforma del sistema elettorale. Tuttavia, i contenuti del «Rapport sur le problème de la réforme du mode de scrutin pour l'élection des députés» non ebbero seguito e, ad oggi, la Costituzione francese si limita, all'art. 34, a deferire alla legge ordinaria l'individuazione delle regole in materia di sistema elettorale e a prevedere, all'art. 25 – come riformato nel 2008 –, la pronuncia di una Commissione indipendente sulla conformità dei progetti di legge concernenti il *redécoupage* circoscrizionale.

Stabilisce, invece, che sia una legge organica a doversi occupare della legge elettorale l'art. 81 della Costituzione spagnola, ivi si legge che «sono leggi organiche quelle relative all'attuazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, quelle che approvano gli Statuti di autonomia e il regime elettorale generale e le altre previste dalla Costituzione». In attuazione del dettato costituzionale, pertanto, il legislatore ha emanato nel 1985 la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* (LOREG 5/1985 del 19 giugno 1985): questa, per poter essere modificata necessita di un voto a maggioranza assoluta dei membri del Congresso.

Venendo, poi, ai limiti materiali, è indubbio – come pure la giurisprudenza risalente e più recente dimostra e sulla quale si avrà modo di soffermarsi nel successivo paragrafo – che la più significativa limitazione di principio gravante sulla discrezionalità del legislatore in materia elettorale è costituita dal rispetto della regola dell'eguaglianza del voto.

Sancita dagli artt. 48 della Costituzione italiana, 28 e 38 della Legge fondamentale tedesca, 3 della Costituzione della V Repubblica francese e 68 della Costituzione spagnola, «l'eguaglianza del suffragio – insieme col suo carattere universale, personale, libero e segreto – è un tratto distintivo del costituzionalismo del Novecento»³⁰. Tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, il riconoscimento della capacità elettorale a segmenti sempre più estesi della popolazione fino al raggiungimento del suffragio universale, ha infatti portato con sé la possibilità per l'individuo di concorrere, nella medesima posizione rispetto a tutti gli altri, alla determinazione delle decisioni collettive. Pertanto, non pare certo inappropriato affermare che il legame tra eguaglianza e diritto di voto costituisce «uno dei pilastri che reggono il grande edificio in cui risiedono le democrazie contemporanee»³¹. Al contempo, tuttavia, esso rappresenta un nesso assai difficile da interpretare nella misura in cui ci si interroga sul riconoscimento di una «doppia anima» del principio di eguaglianza del voto: mentre, infatti, è pacificamente accettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza che per eguaglianza del voto («in entrata») si intenda l'eguaglianza tra gli elettori

³⁰ G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...* *op. cit.*, p. 120.

³¹ Così E. LONGO, *Eguaglianza e diritto di voto*, in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 37. Ivi, inoltre, si scorge un riferimento alla «lista dei criteri» che a detta di Robert Dahl caratterizzano i processi democratici: nell'ambito di questi l'eguaglianza del voto viene collocata al primo posto, insieme all'effettiva partecipazione, alla comprensione illuminata, al controllo dell'ordine del giorno e all'inclusione. Cfr. R.A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1991.

nel momento in cui il diritto di voto viene espresso; più controversa risulta la qualificazione di una seconda accezione del principio («eguaglianza in uscita»), che secondo alcuni dovrebbe essere interpretato nel senso di garantire un'effettiva eguaglianza del voto al termine della competizione elettorale.

Una ulteriore declinazione del principio di eguaglianza del voto – e, dunque, un secondo limite materiale che influisce sulle scelte del legislatore – è rappresentato dalla tutela della parità di *chances* per i partiti politici nella competizione elettorale. Sul punto, il disposto della Costituzione francese risulta essere particolarmente esplicativo: «la legge garantisce l'espressione pluralista delle opinioni e l'equa partecipazione dei partiti e dei gruppi politici alla vita democratica della Nazione», è quanto viene in luce dall'ultimo comma dell'art. 4 come novellato dalla revisione n° 2008-724. Meno diretto è il riferimento sul tema individuabile nella Legge fondamentale dell'ordinamento tedesco – nonostante la peculiare attenzione dedicata alla legislazione sui partiti –, dove la garanzia della parità di *chances* delle formazioni politiche è ricondotta alternativamente all'art. 21 (principio democratico), all'art. 38 (eguaglianza del voto) e all'art. 3 (principio di eguaglianza *tout court*). Uno solo è, di contro, l'articolo della Costituzione italiana dal quale si desume il principio secondo cui tutte le forze politiche devono essere assicurate le medesime opportunità nella competizione elettorale: l'art. 49 Cost., in questo senso, e il prescritto «concorso alla vita politica che i cittadini possono realizzare per mezzo dei partiti», è stato infatti interpretato come una «proiezione dinamica del pluralismo partitico»³²; una garanzia da riferirsi non soltanto alle formazioni politiche già esistenti ma altresì a tutte le nuove che si presenteranno sulla scena politica.

Un terzo condizionamento suscettibile di vincolare le scelte del legislatore elettorale, infine, può derivare dalla dimensione delle Assemblee legislative, sul cui numero dei membri la Costituzione talvolta contiene delle indicazioni precise (Italia), altre volte fissa delle prescrizioni di massima (numero massimo, Francia; intervallo numerico, Spagna), altre volte ancora non contempla alcun riferimento (Germania). Significativa a questo proposito risulta l'esempio spagnolo: la previsione di un'Assemblea legislativa composta da un numero di parlamentari non particolarmente elevato (tra i trecento e i quattrocento) ha risposto all'esigenza del costituente del 1978 di correggere la proporzionalità del sistema elettorale collateralmente implementato. Un minore grado di universalità è invece da accordarsi, a detta di chi scrive, alle ricostruzioni secondo cui l'attuale riduzione italiana del numero dei parlamentari (l. cost. 1/2020) avrebbe un effetto indiretto sulla formula elettorale (legge elettorale 165/2017, c.d. «Rosato»), comportando un innalzamento surrettizio delle soglie di sbarramento per l'accesso alla ripartizione dei seggi della Camera dei deputati e del Senato³³.

³² Cfr. P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 82.

³³ Il problema, piuttosto, sembra concretamente porsi riguardo l'eccessiva divaricazione dei collegi elettorali (soprattutto al Senato). Sul punto alla già ricordata tesi di dottorato *La composizione dei Parlamenti e la definizione dei sistemi elettorali in Italia e in Francia...op. cit.*. Si veda, a titolo esemplificativo, l'analisi di F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero...op.cit.*

All'insieme dei summenzionati «concetti-valvola»³⁴, si uniscono – nella limitazione della discrezionalità del legislatore elettorale – le influenze derivanti dai principi sanciti a livello sovranazionale.

3.2. *Limiti c.d. «esterni»*

Se è vero, com'è stato affermato, che «il diritto elettorale dovrebbe, in teoria, costituire un segmento di sovranità nazionale, impermeabile agli ordinamenti esterni»³⁵, nondimeno si può mancare di considerare la rilevanza del peso assunto dalle disposizioni di principio discendenti dal sistema c.d. CEDU³⁶ sugli Stati contraenti, conseguentemente, sulle scelte dei rispettivi legislatori nazionali.

L'articolo 3 del Protocollo addizionale alla «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», in particolare, impegna le parti contraenti a «organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione del popolo sulle scelte del corpo legislativo». Tale previsione – in cui si scorge un richiamo ai contenuti della «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» approvata nel dicembre del 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite – è stata gradualmente ampliata nella sua portata normativa dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Affermando la possibilità di dedurre l'esistenza di un diritto soggettivo (il «diritto a libere elezioni») dal disposto dell'art. 3 del Protocollo, la Corte ha sostanzialmente individuato in capo agli Stati l'obbligo di farsi garanti del pluralismo nell'organizzazione di elezioni democratiche (sent. CEDU 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia e altri c. Austria*), pur riconoscendo ad essi la possibilità di disporre di un ampio margine di apprezzamento nella scelta del sistema elettorale col quale, di fatto, si concretizza il riconosciuto «diritto a libere elezioni». Nelle decisioni in merito ai sistemi elettorali, infatti, la Corte EDU è stata particolarmente cauta: pur apportando un importante contributo giurisprudenziale con le sue sentenze in tema di formule elettorali (concernenti altresì gli aspetti più tecnici delle stesse come le soglie di sbarramento, i premi di maggioranza, le liste bloccate), ha sempre preferito astenersi dal censurare delle singole disposizioni³⁷.

Una certa capacità d'influenza deve, a questo punto, pure essere riconosciuta al «Codice di buona condotta in materia elettorale» adottato dalla «Commissione europea per la democrazia

³⁴ Così A. VUOLO, *La legge elettorale...op.cit.*, pp. 68-69.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Con l'adesione alla «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 sotto l'egida del Consiglio d'Europa, i 47 Stati contraenti si sono impegnati a rispettare diritti e libertà universalmente riconosciuti come basi delle tradizioni costituzionali e degli ideali politici comuni, accettando altresì di assoggettarsi ai controlli, ai rapporti, alle raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e soprattutto alle decisioni e alle sanzioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).

³⁷ Sul punto si rimanda a G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, pp. 222-228.

attraverso il diritto» (c.d. «Commissione di Venezia») nel 2002³⁸. Pur non configurandosi come un atto giuridico vincolante, perché appartenente alla categoria del c.d. *soft law* alla stregua delle raccomandazioni o delle risoluzioni, il Codice – che mira a favorire il consolidamento di un vero e proprio *jus commune* europeo in materia elettorale, mediante l'individuazione di parametri comuni da seguire nell'organizzazione delle elezioni politiche (dai principi sulla presentazione delle candidature a quelle concernenti l'auspicabile stabilizzazione della normativa) – ha certamente orientato, in specie negli ultimi anni, la giurisprudenza dei giudici della Corte europea e, in qualche modo, il lavoro dei legislatori nazionali.

Non v'è dubbio, però, che sulle scelte di quest'ultimo, più di tutto³⁹, abbiano un significativo peso le pronunce delle Corti costituzionali nazionali.

4. Le Corti costituzionali, giudici politici

Gli interrogativi sulla *giustiziabilità* delle leggi elettorali – se, cioè, norme fondamentali per il funzionamento del sistema democratico possano (e debbano) essere sottoposte a forme di controllo giuridiche e entro che perimetro, nel rispetto di quali confini, tale accertamento debba dispiegarsi – si sono posti con particolare sollecitudine in seno agli ordinamenti democratici contemporanei nel corso degli ultimi decenni, in coincidenza di un decuplicarsi delle pronunce in argomento da parte dei giudici costituzionali.

Il fatto che «la materia elettorale riveli una certa propensione delle Corti a fare riferimento all'esperienza costituzionale di altri ordinamenti»⁴⁰, rende particolarmente utile svolgere una riflessione sul tema in ottica comparata. Tuttavia, l'aspetto procedurale del controllo di costituzionalità – e, dunque, l'indagine delle vie di accesso all'organo di giustizia costituzionale – difficilmente riuscirebbe a confluire in una ricostruzione sistematica dei diversi ordinamenti⁴¹; mentre i «rapporti tra circuito della decisione politico e circuito delle garanzie nell'ambito della forma di Stato costituzionale [meglio] si prestano ad essere analizzati in chiave comparatistica»⁴².

Pertanto, è su questo secondo aspetto che principalmente verterà l'analisi a seguire.

Tra le esperienze costituzionali proposte, viene in luce – innanzitutto – la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo, dal momento che, come si è visto, la Costituzione ispanica è l'unica (tra le quattro) che contiene specifici riferimenti verso la formula proporzionale sia per il Congresso dei deputi e per il Senato (artt. 68 e 69 Cost.) sia per le Assemblee legislative delle Comunità autonome (artt. 147 e 152 Cost.). Proprio i giudizi espressi in occasione del sindacato

³⁸ Organismo consultivo del Consiglio d'Europa, la «Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto» è stata istituita a Venezia nel 1990 al fine di favorire l'adozione, da parte degli Stati membri, di normative conformi ai principi costituzionali europei.

³⁹ Alle variabili qui trattate, Giacomo Delledonne aggiunge le regole predisposte per le elezioni per il Parlamento europeo, *Ibidem*, pp. 228-254.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 135.

⁴¹ Per l'ordinamento italiano, il tema è trattato con dovizia di particolari da A. VUOLO, *La legge elettorale...op.cit.*, pp. 127-244.

⁴² Così G. MILANI, T. ABBIATE, *Giurisprudenze costituzionali e sistemi elettorali: la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata*, in *Rassegna parlamentare*, 2014, n. 4 p. 915.

di legittimità delle leggi elettorali delle Comunità autonome consentono di evidenziare una tendenza nella posizione assunta dalla Suprema Corte di Madrid rispetto al dettato costituzionale *elettorale*: «le generiche linee guida costituzionali e statutarie a favore della proporzionalità determinano l'esistenza di una notevole area di incertezza per quanto riguarda la specifica tipologia di conteggio dei voti, nonché per quanto riguarda la regolamentazione di altri aspetti del processo elettorale; e questa mancanza di definizione può essere colmata solo attraverso decisioni del legislatore, e nella grande diversità di soluzioni che il legislatore può adottare» (*Fundamentos Jurídicos*, par. 5, sent. n. 75/1985). Tale orientamento, ribadito in diverse sentenze, mostra una certa ritrosia da parte del giudice costituzionale spagnolo nell'interpretare in maniera particolarmente stringente il riferimento costituzionale alla formula proporzionale, ritenendo che «l'esigenza di proporzionalità deve essere vista come un imperativo di *tendencia* che orienta ma non prefigura la libertà di configurazione del legislatore democratico in questo ambito» (*Fundamentos Jurídicos*, par. 7, sent. n. 225/1998).

Decisamente più *tranchante* è stata invece la posizione assunta dai giudici costituzionali tedeschi e italiani, due ordinamenti, che – come detto – non conoscono alcuna specifica codificazione elettorale nella Carta costituzionale. In questi casi il giudizio di legittimità costituzionale è venuto in rilievo soprattutto in merito al summenzionato limite materiale del principio dell'eguaglianza del voto.

In particolare, in Germania, il *Bundesverfassungsgericht*, il Tribunale costituzionale federale, ha annullato parzialmente – per ben due volte e a poca distanza di tempo – la legge per l'elezione del *Bundestag* per violazione del principio dell'eguaglianza del voto, dell'immediatezza della scelta e della parità di *chances* tra partiti⁴³.

In una prima occasione, con la pronuncia del 3 luglio 2008 (BVerfG, 2 BvC 1/07) il Tribunale costituzionale ha affermato l'incostituzionalità degli *Überhangmandate* – i seggi c.d. in «sovrannumero» che la legge elettorale federale del 1956 riconosce alle formazioni politiche che ottengano nei collegi uninominali un totale di seggi superiore a quello che le spetterebbe sulla base del riparto proporzionale – in ragione del loro possibile «peso negativo». Il meccanismo degli *Überhangmandate*, infatti, avrebbe consentito ad un partito di ottenere seggi in sovrannumero indipendentemente dalla effettività dei voti di lista nel riparto proporzionale; seggi la cui attribuzione, pertanto, non sarebbe dipesa da un numero maggiore di voti. Tale paradossale epilogo – oltre a stravolgere la natura proporzionale della formula elettorale – si poneva irrimediabilmente in contrasto con il principio di eguaglianza del voto e di immediatezza della scelta, entrambi ricondotti all'art. 38 Cost.

In un secondo momento (BVerfG, 2 BvF 3/11 del 25 luglio 2012) – e in ragione di una nuova figura (quella dei c.d. «mandati di lista aggiuntivi», *Zusatzmandate*) introdotta nella legge elettorale federale dal legislatore per rispondere alla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale del 2008 – la Corte di Karlsruhe ha ritenuto illegittimo il novellato procedimento di assegnazione dei

⁴³ Più in generale, i Tribunali tedeschi, negli anni, hanno decretato l'incostituzionalità parziale della legge per l'elezione del Parlamento europeo, del Bundestag, del Landtag, dei sindaci dei Comuni, delle assemblee circoscrizionali. Sul punto A. ZEI, *I giudici, le urne, i partiti: note sulla recente evoluzione della giustizia elettorale in Germania e sulla tutela della libertà di voto da parte degli organi giurisdizionali*, in questa Rivista, 2/2013.

seggi ai *Land* in virtù del quale si applicava un conteggio di resti che portava alla assegnazione prioritaria dei mandati di lista aggiuntivi (*Zusatzmandate*) nei *Länder* dove il medesimo partito disponeva di mandati in eccedenza. Sulla base di questo principio, non tutti gli elettori avrebbero, di fatto, potuto prendere parte all'*iter* di assegnazione di seggi supplementari con le medesime probabilità di successo, ragion per cui la logica posta alla base della ripartizione conduceva ad una «insostenibile contraddittorietà tra l'espressione del suffragio e le sue conseguenze sul risultato della consultazione». Ad essere compromessi, di conseguenza, erano i principi di eguaglianza e di pari opportunità dei partiti, nonché il principio di immediatezza e chiarezza del voto⁴⁴.

Un espresso richiamo alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco in argomento di eguaglianza del voto – e correlati squilibri derivanti dalle scelte del legislatore elettorale – lo si ritrova nella sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale italiana, avente ad oggetto la censura di alcune parti della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270 (legge c.d. «Calderoli»), introduttrice di una formula elettorale proporzionale con premio di maggioranza.

Dal canto suo, infatti, la Corte costituzionale – che ha avuto modo di pronunciarsi sulla materia elettorale già a partire dalla fine degli anni '70, relativamente alle questioni dell'ammissibilità dei *referendum* abrogativi elettorali⁴⁵ – nel 2014 e nel 2017 è intervenuta sulla legislazione elettorale con due decisioni effettivamente demolitorie, sulle quali molto (eufemisticamente) ha avuto da dire la dottrina⁴⁶.

⁴⁴ Sempre nella sentenza BVerfG, 2 BvF 3/11 del 25 luglio 2012, inoltre, il Tribunale costituzionale tedesco ha fissato a quindici il numero totale degli *Überhangmandate* ritenuti ammissibili, cifra corrispondente alla metà dei seggi necessari per costituire un gruppo parlamentare al *Bundestag*. In conseguenza di tale pronuncia, il 21 febbraio 2013 il legislatore ha approvato una ulteriore riforma del sistema elettorale che, tra le altre cose, ha introdotto la distribuzione dei seggi a livello di *Land* in proporzione alla popolazione e, per ridurre gli effetti disproporzionali dei mandati in eccedenza, ha disciplinato il nuovo istituto dei c.d. «mandati compensativi» (*Ausgleichsmandate*), da assegnare proporzionalmente ai partiti che non ricevono seggi in sovrannumero.

Rileva a questo punto ricordare che contestualmente alle decisioni sugli *Überhangmandate*, il *Bundesverfassungsgericht* – con la sentenza del 9 novembre 2011 – è intervenuto altresì sull'altro correttivo maggioritario caratteristico del sistema elettorale tedesco, la soglia di sbarramento del 5% (*Sperrklausel*), sebbene esclusivamente in relazione alla disciplina del processo elettorale per il Parlamento europeo. La Corte di Karlsruhe La Corte ha infatti dichiarato l'incostituzionalità della soglia di sbarramento se adattata al contesto elettorale europeo, perché lesiva dei principi di eguaglianza del voto e della parità di *chances* dei partiti nella competizione politica, «ribadendo tale orientamento anche nella successiva sentenza del 26 febbraio 2014, in cui ha della nuova ridimensionata soglia del 3%, nel frattempo introdotta dal legislatore». Cfr. E. MINNITI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in materia elettorale: dall'indirizzo sul referendum abrogativo alla convergenza con il modello tedesco*, in questa Rivista, 2/2020, p. 8.

⁴⁵ Accanto alla ricordata opera di Alfonso Vuolo, in tema di ammissibilità dei *referendum* abrogativi si ricordano gli studi di A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2010 nonché, per quel che concerne i *referendum* c.d. «elettorali», F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali*, in *Quaderno dell'Archivio di Legislazione Elettorale Comparata*, n. 6, Roma, Bulzoni, 1992.

⁴⁶ Per un commento alla sentenza 1/2014 si vedano tra gli altri: B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2014; R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza (Prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2014; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 1/2014. Per un commento alla sentenza 37/2017: S. CECCANTI, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *Federalismi.it*, 15 febbraio 2017; C. ROSSANO, *Note su premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivista AIC*, 1/2017. Sull'intervento della Consulta in materia elettorale, tra tutti, G. AZZARITI, *La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura*, in questa Rivista, 3/2013.

In particolare, con la summenzionata sentenza n. 1 del 2014, nel ritenere sproporzionata la previsione di un premio di maggioranza (pari al 54% dei seggi totali) svincolato dal raggiungimento di una soglia di voti minima e con essa la conseguente sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa, la Consulta a causa della prodotta «distorsione tra voti espressi e attribuzione dei seggi» ha censurato (alcune parti de) la legge elettorale 270/2005, ritenendola in contrasto col principio di eguaglianza del voto sancito dall'48 Cost. Nell'ambito di una lesione dell'art. 48 Cost. è stata, inoltre, ricondotta una seconda censura operata dal giudice costituzionale e relativa alle c.d. «liste lunghe e bloccate» nell'ambito delle quali viene operata l'elezione di candidati selezionati dai partiti. Tali meccanismi si pongono irrimediabilmente in contrasto nei confronti del rapporto rappresentativo tra eletti ed elettori poiché «coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost.»⁴⁷.

Sono stati, invece, ritenuti non lesivi del principio di eguaglianza del voto né del principio della rappresentatività dell'organo elettivo perché *non manifestamente irragionevoli*⁴⁸ il premio di maggioranza (ancorato al raggiungimento di una soglia minima di suffragi del 40%), la soglia di sbarramento (del 3%) e i capolista c.d. «bloccati», previsti dalla legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52, la quale è stata oggetto del sindacato di legittimità costituzionale della Consulta nella sentenza n. 35 del 2017. In questo caso, il principale profilo critico della norma elettorale venuto in rilievo è stato quello relativo all'introduzione di un doppio turno di ballottaggio, meccanismo considerato non incostituzionale in sé ma per come strutturato dalla legge 52/2015: «Il rispetto de [il carattere rappresentativo dell'assemblea elettiva e l'eguaglianza del voto] principi costituzionali non è tuttavia garantito dalle disposizioni censurate [...] una lista può accedere al turno di ballottaggio anche avendo conseguito, al primo turno, un consenso esiguo, e ciononostante ottenere il premio, vedendo più che raddoppiati i seggi che avrebbe conseguito sulla base dei voti ottenuti al primo turno. Le disposizioni censurate riproducono così, seppure al turno di ballottaggio, un effetto distorsivo analogo a quello che questa Corte aveva individuato, nella sentenza n. 1 del 2014, in relazione alla legislazione elettorale previgente» (*Considerato in diritto*, 9.2, sentenza n. 35 del 2017).

Il richiamo *en passant* al doppio turno di ballottaggio – elemento strutturante del sistema elettorale uninominale maggioritario francese – consente di guardare alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* in materia elettorale. Ivi, in effetti, la sussistenza del rispetto dei principi costituzionali, e precipuamente del principio di eguaglianza del voto, è stata verificata dai giudici costituzionali francesi non tanto in riferimento ai meccanismi di ripartizione dei seggi implementati nell'ambito della formula elettorale quanto piuttosto rispetto al tema della divisione del territorio in circoscrizioni elettorali.

Il parametro del voto eguale è stato, in tal senso, interpretato come un corollario del principio di «equilibrio democratico». Così, mentre in un primo momento (*Décision* n. 86-802 DC del 2

⁴⁷ Nell'ambito della decisione la Consulta fa espressamente richiamo alla sentenza n. 16 del 1978, con la quale si era pronunciata sui criteri limitativi dell'ammissibilità dei quesiti referendari in materia elettorale.

⁴⁸ Sull'applicazione del principio di ragionevolezza in materia elettorale si rimanda, a titolo meramente esemplificativo, a T. GIUPPONI, «Ragionevolezza elettorale» e discrezionalità del legislatore, tra eguaglianza del voto e art. 66 Cost., in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 giugno 2017.

luglio 1986) il *Conseil* ci ha tenuto a precisare che l'Assemblea nazionale dovesse essere eletta su basi essenzialmente demografiche e limitazioni al principio di eguaglianza del voto legate a «imperativi di interesse generale» potessero essere ammesse soltanto in misura limitata; in occasione di una statuizione non molto successiva (*Décision* n. 86-218 DC del 18 novembre 1986) lo Stesso, nel ricordare di non disporre di un «potere generale di apprezzamento e di decisione identico a quello del Parlamento» e che pertanto non rientra tra i suoi compiti valutare se le circoscrizioni sono state oggetto della più equa delimitazione possibile, ha affermato che le scelte effettuate dal legislatore non erano manifestamente contrarie alle esigenze costituzionali.

Tale orientamento è stato ribadito anche in altre decisioni: tra tutte si ricorda la decisione n. 2008-573 DC dell'8 gennaio 2008, relativa al c.d. *rédecoupage Marleix*, la delimitazione delle circoscrizioni elettorali dell'Assemblea elettorale effettuata durante il mandato presidenziale di Nicolas Sarkozy⁴⁹. In questa circostanza il *Conseil* ha tuttavia affermato come il principio della «tradizione repubblicana», in virtù del quale in ogni Dipartimento devono essere eletti almeno due deputati rappresenta una deroga al principio del voto eguale non più corrispondente alla «importante modifica delle circostanze di diritto e di fatto» e, cioè, innanzitutto l'introduzione di un plafond massimo di deputati nel Testo costituzionale e la previsione di una circoscrizione elettorale *ad hoc* per i francesi residenti all'estero, entrambe innovazioni deriva dalla riforma del 2008.

A valle di questa «essenziale» analisi comparatistica, per il cui approfondimento sarebbe necessario un ben più ampio spazio, (almeno) tre sono i rilievi che vengono in luce.

In primo luogo, si può notare come all'interno degli ordinamenti le cui Carte costituzionali tacciono sulla materia elettorale si sia gradualmente affermata la tendenza verso una «progressiva appropriazione della materia elettorale da parte dell'organo di giustizia costituzionale»⁵⁰, il che risulta essere particolarmente vero per la Germania e per l'Italia; di contro, laddove ci si ritrova di fronte ad una costituzionalizzazione del sistema elettorale, maggiore è la ritrosia del giudice delle leggi ad intervenire: alla peculiare analiticità del testo costituzionale spagnolo, come si è visto, fa riscontro un atteggiamento piuttosto prudente del *Tribunal Constitucional*.

In secondo luogo, si assiste – specialmente nella giurisprudenza tedesca e italiana – ad una certa circolazione delle motivazioni addotte per avvalorare il giudizio di illegittimità costituzionale. È questo, ad esempio, il caso della richiamata sentenza n. 1 del 2014 in un cui il giudice costituzionale italiano fa espresso riferimento alla giurisprudenza invalsa in un ordinamento omogeneo a quello italiano, invocando le motivazioni del *Bundesverfassungsgericht*.

Infine, la pietra angolare attorno alla quale si svolge il sindacato elettorale delle Corti costituzionali sembra essere indubbiamente rappresentato dal principio dell'eguaglianza del voto, ricondotto – come pure testimonia la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* – nell'alveo del principio democratico. È su questo che si fonda lo Stato costituzionale di diritto ed è in questo

⁴⁹ Per un studio approfondito sul tema del ritaglio circoscrizionale in Francia si rimanda a T. EHRHARD, *Le Découpage électoral sous la Vème République. Intérêt parlementaires, logiques partisans*, Parigi, Classiques Garnier, 2017.

⁵⁰ Così G. FAMIGLIETTI, *La Corte costituzionale e la progressiva appropriazione della materia elettorale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso, Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, Giappichelli, pp. 305 ss.

che, pertanto, non possono esistere «zone franche» sottratte al sindacato di costituzionalità delle leggi⁵¹.

5. Considerazioni conclusive

La Costituzione e la materia elettorale sono indissolubilmente, irreversibilmente, connesse: i principi sanciti dalla prima hanno un'incidenza significativa sulla disciplina della seconda e, conseguentemente, sulla discrezionalità del legislatore elettorale.

A conclusione della riflessione sviluppata in queste pagine si può, infatti, affermare che sebbene la formula elettorale in senso stretto sia rappresentata da un'operazione algebrica, una *tecnica*, atta a trasformare i voti in seggi; è fuor di dubbio che «gli strumenti e i congegni che caratterizzano una certa legge elettorale costituiscono sempre il riflesso di opzioni in vario modo ricollegabili ai principi costituzionali»⁵². Del resto, questi ultimi hanno una ricaduta diretta su una molteplicità di aspetti della legislazione elettorale, qui soltanto menzionati: dalle regole per la delimitazione dei collegi elettorali (per l'appunto) a quelle inerenti lo svolgimento della campagna elettorale, ove tra gli altri viene in luce il diritto di accedere alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza.

Le *ragioni* di quest'intarsio di cui si è tentato di dar conto – e che, in qualche modo, avvalorano la tesi di una *coessenzialità* tra materia costituzionale e materia elettorale – consentono anche di meglio comprendere la posizione, sempre più sollecite, assunta dagli organi di giustizia costituzionale sul tema elettorale. Se è vero che tale orientamento, com'è stato detto, deve rappresentare un «medum estremo»⁵³ in virtù del carattere fortemente politico della legge elettorale e del correlato rischio secondo cui la Corte in assenza di parametri precisi di riferimento nella sua opera di interpretazione compia un sindacato di merito e non di autentica legittimità⁵⁴; è altrettanto vero che fenomeni che tendono a manifestarsi oggigiorno con una sempre maggiore frequenza (volatilità degli attori politici e del comportamento elettorale; instabilità politica; messa in discussione dei fondamenti della democrazia rappresentativa, tra le altre) compromettono fortemente «la stabilità e la capacità di inverare in maniera soddisfacente principi ed esigenze di rilievo costituzionale» delle formula elettorali.

In tal senso molto ben fa Giacomo Delledonne a ricondurre – a conclusione del suo scritto – il dibattito alla questione della transizione innestata dalla crisi della democrazia dei partiti negli ordinamenti democratici odierni. D'altra parte, era stato per primo Leopoldo Elia, in una visione poi storicizzata, ad evidenziare lo stretto legame tra sistema dei partiti e sistema elettorale: il primo appariva a suoi occhi insuscettibile di essere regolato, se non proprio (e solo parzialmente) per mezzo del sistema elettorale⁵⁵.

⁵¹ Cfr. F. LANCHESTER, *Non ci sono «zone franche» nello stato di diritto costituzionale*, in questa Rivista, 1/2013.

⁵² G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale...op. cit.*, p. 259.

⁵³ Così A. MORRONE, *Sistema elettorale e ordinamento costituzionale...op. cit.*, p. 28.

⁵⁴ Sul punto A. VUOLO, *La legge elettorale...op.cit.*, pp. 240-244.

⁵⁵ L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, XIX, pp. 638 ss.



A. DI MARTINO, *Pensiero Femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis, 2020, pp. 212*

Il volume di Alessandra Di Martino rappresenta una dettagliata riflessione costituzionalistica e comparativista sulle tecnologie riproduttive dal punto di vista del pensiero femminista. Il saggio ha il pregio di inserirsi in un dibattito quanto mai attuale, anche in considerazione delle recenti pronunce della Corte Costituzionale in tema di procreazione medicalmente assistita, di *status filiationis* derivante da fecondazione eterologa e da maternità surrogata all'estero. Il tema della procreazione affrontato nelle pagine del libro è al centro di un dibattito etico in cui continuano a registrarsi opinioni contrapposte. Le nuove tecnologie infatti coinvolgono aspetti morali, politici e sociologici che intaccano la tradizionale concezione della sessualità e della genitorialità, incidendo sui legami biologici e sulla struttura della famiglia.

I vari orientamenti del pensiero femminista hanno messo in evidenza, nel corso degli anni, luci e ombre del ricorso alle tecnologie riproduttive, influenzando l'interpretazione del Diritto Costituzionale all'interno degli ordinamenti statali. Da una parte la discussione ha contribuito ad adottare modelli legislativi più permissivi, seppur modulando differentemente il ricorso a tali modelli a seconda che consentano la surrogazione (nota anche come GPA) gratuita/ altruistica o quella commerciale. Dall'altra parte il dibattito ha invitato alla maggiore riflessione e a una maggiore attenzione rispetto all'eccessiva apertura verso modelli alternativi di riproduzione, sollevando questioni che hanno interessato in particolar modo il ruolo del principio di autonomia, autodeterminazione, salute e dignità della donna. La discussione coinvolge gli aspetti psico-fisici della maternità, quelli socio-economici e quelli culturali, andando a tessere i confini entro cui le scelte individuali non arrechino danno alla collettività.

In questo panorama il volume della Di Martino sceglie di indagare il modo in cui le varie correnti del pensiero femminista abbiano influenzato l'interpretazione del Diritto Costituzionale negli Stati Uniti, in Germania e in Italia.

Il lettore è dunque accompagnato lungo un itinerario filosofico e teorico in cui viene invitato ad una approfondita riflessione personale in merito al rapporto tra corpo femminile e tecnologie riproduttive; le quali non devono essere solamente viste dal punto di vista allegorico della manifestazione della libertà personale e dell'autonomia femminile, ma valutate anche sotto la lente dei risvolti pratici e dei relativi rischi per la dignità della donna.

A tal fine, Di Martino si inoltra nell'analisi delle sfumature filosofiche del pensiero femminista, passando per i periodi storici che lo hanno scandito e modellato, approfondendo i punti in comune e di contrasto tra femminismo liberale, radicale, marxista, dell'etica della cura, culturale,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

eco-femminista e della differenza. L'Autrice sottolinea spesso la contrapposizione tra il femminismo di impronta liberale, "più aperto all'uso delle nuove tecnologie", e attraverso il cui utilizzo l'individuo può incrementare ed esercitare la propria libertà, e il femminismo di impronta marxista/socialista, che fin dai suoi esordi non ha mancato di evidenziare i pericoli di una eccessiva libertà individuale, la quale potrebbe avere ripercussioni negative sul benessere della comunità nel suo insieme.

Fin dalle prime pagine dell'opera viene quindi a delinearsi quella contrapposizione, da sempre presente nelle materie filosofiche e sociologiche, tra individuo e collettività, contrapposizione che fungerà da cuneo della bilancia su cui si presenteranno e soppeseranno le riflessioni dell'intero volume.

Suddivisa in maniera sistematica, l'opera si scompone in due parti, ciascuna articolata in cinque capitoli.

Nella prima parte, l'Autrice si concentra sul modo in cui le correnti del pensiero femminista si sono diversamente espresse, nel contesto statunitense, tedesco e italiano, rispetto al principio di autodeterminazione e autonomia della donna sul proprio corpo.

Nella discussione femminista questi concetti hanno sempre assunto un ruolo centrale, e si sono notevolmente evoluti nel corso degli anni, muovendo verso una dimensione più privatistica che pubblica, attribuendo alle donne un maggiore controllo sulle scelte riguardanti il proprio corpo -che viene sottratto al controllo delle istituzioni- e una maggiore consapevolezza della maternità. Tuttavia, riflettendo sul tema delle nuove tecnologie, e in particolare della surrogazione di maternità, questi approdi più liberali oggi meritano un'indagine approfondita, che tenga in considerazione la complessità del più ampio contesto culturale, sociale e politico in cui le tecnologie vengono impiegate. In proposito il volume sceglie dunque di affrontare l'analisi del principio di autodeterminazione focalizzando l'attenzione sul rapporto tra autonomia individuale e autonomia relazionale. Questi due approcci, che dovrebbero operare sinergicamente piuttosto che essere considerati alternativi l'uno all'altro, prevedono che, in un caso, l'individualità della donna nelle scelte debba essere resa pressoché assoluta (D.T. Meyers), nell'altro caso, che l'autonomia personale debba essere valutata anche tenendo in considerazione il contesto lavorativo, relazionale e familiare in cui la donna si trova (M. Fineman, J. Nedelski).

Partendo da questa contrapposizione l'Autrice invita ad indagare il tema delle nuove tecnologie riproduttive dal punto di vista dell'eccessivo volontarismo, corollario dell'autonomia individuale, di cui la proposizione "se io voglio un figlio, questo deve venire al mondo". Al fine di scongiurare il rischio di violare diritti altrui per soddisfarne di propri, sceglie quindi di valorizzare la componente social-democratica e relazionale nelle dinamiche riproduttive. Questo pensiero ha trovato espressione anche tra alcune bioeticiste statunitensi, esponenti della corrente femminista radicale e marxista/socialista, le quali hanno evidenziato i profili controversi di una prospettiva esclusivamente liberale nell'uso delle tecnologie riproduttive. In particolare, sono state illustrate le problematiche legate al commercio del proprio corpo: quali i rischi di sfruttamento economico e di degradazione che alcune tecnologie, come la surrogazione, possono comportare. In tal senso è stata negata la possibilità di compenetrazione tra il corpo femminile e un "mercato della

riproduzione”, pronto a schiudersi ed espandersi. Il rischio più grande, muovendo da quest’ottica, è quello di trasformare il corpo e l’utero in mero oggetto di scambio, figlio di una domanda di mercato che, sebbene sembri incoraggiare l’autonomia individuale, cela il rischio di agevolare la discriminazione e di esacerbare le disuguaglianze.

Le preoccupazioni sull’impatto che le tecnologie della riproduzione hanno sul corpo e sulla vita delle donne sono state condivise anche da molte pensatrici e attiviste tedesche.

Nel panorama tedesco, in cui ha assunto una certa influenza il pensiero delle eco-femministe, sono state infatti avanzate forti critiche al liberalismo. Ad esempio, è stata evidenziata l’incapacità dell’autodeterminazione di racchiudere allo stesso modo le istanze delle donne del nord e quelle del sud del mondo (M. Mies). Il rischio, da questa prospettiva, è che siano le donne maggiormente in difficoltà economica a prestarsi più sovente a pratiche come la surrogazione, portando a ritenere, in maniera condivisibile purché la si consideri in maniera non troppo generalizzata, che in questi casi non sia propriamente corretto parlare di libertà di scelta ma di necessità.

Le preoccupazioni evidenziate dal movimento eco-femminista, che si propone di coniugare la difesa dei valori e dei diritti delle donne con quelli della comunità, caratterizzano anche il pensiero femminista della differenza. Quest’ultimo viene approfonditamente illustrato dall’Autrice al fine di vagliare i contorni del principio di autonomia e autodeterminazione intorno alle tecnologie riproduttive nel contesto italiano. Questa corrente di pensiero si concentra soprattutto sul piano simbolico della libertà femminile, in cui si considera la donna non come individuo singolo ma come parte di un ordine di relazioni originali e significative. In tal senso si valorizza l’importanza di elaborare rapporti che alimentano la capacità delle donne di fare affidamento l’una sull’altra.

Una volta conclusa la disamina dei principi di dignità, autonomia e autodeterminazione da parte delle varie correnti del pensiero femminista, nella seconda parte il saggio si concentra sulla ricerca delle intersezioni tra questo e il modo in cui esso abbia influenzato la regolamentazione statale relativa all’utilizzo delle tecnologie riproduttive. Il saggio prende le mosse dunque da una prospettiva al femminile, illustrando la maniera in cui le varie correnti del femminismo abbiano investito il Diritto Costituzionale negli Stati Uniti, in Germania e in Italia.

Di Martino, attraverso il metodo comparativo, dimostra come i principi di autodeterminazione, assieme a quelli di dignità e di salute della donna, abbiano assunto, in ciascuna realtà Costituzionale presa in considerazione, uno specifico significato. Ogni cultura Costituzionale, infatti, è stata caratterizzata da un certo tipo di atteggiamento verso le nuove tecnologie: più fiducioso negli Stati Uniti, più scettico in Germania e intermedio in Italia. Allo stesso modo, in ciascun contesto è prevalsa una determinata corrente del pensiero femminista, a discapito di altre. Nel contesto americano, ad esempio, si è diffuso un pensiero di impronta tendenzialmente liberale, mentre nel panorama tedesco si è fatto avanti il pensiero eco-femminista. In Italia, invece, la corrente femminista predominante fin dagli anni ’70 del XX secolo è stata quella della differenza.

Alla luce dei fattori che intervengono nel panorama contemporaneo, il discorso della Di Martino si concentra su alcune questioni cardine del dibattito femminista intorno all’uso delle tecnologie riproduttive: quella economica che si incrocia con quella della mercificazione del corpo

femminile, quella relativa al rischio di considerare il nascituro un oggetto di scambio, e quella che fa leva sull'importanza e sull'ideale della maternità biologica.

L'Autrice fornisce un quadro neutrale e dettagliato dei vari orientamenti, continuando a far emergere però anche la propria prospettiva, volta a dimostrare l'insufficienza di una impostazione esclusivamente liberale nel dibattito sull'utilizzo delle tecnologie riproduttive. Partendo da questa considerazione prende avvio l'analisi del pensiero femminista sviluppatosi nel Diritto Costituzionale statunitense, in cui invece questa impostazione si è particolarmente diffusa.

Nel contesto americano il pensiero femminista ha sempre cercato di esaltare il ruolo del principio di autonomia, mentre ha guardato con sospetto quello di dignità e di uguaglianza sostanziale, intesi come limiti alla libertà e all'autonomia privata. Il pensiero femminista americano ha avuto una forte influenza all'interno della legislazione, sebbene non in maniera uniforme: da una parte alcuni stati ammettono solo la surrogazione altruistica, dall'altra alcuni anche quella commerciale mentre una minoranza vieta del tutto questa pratica o considera nulli i relativi contratti.

Ad ogni modo, il principio di autonomia ha assunto in questo contesto un significato ampio, inducendo molte autrici a far rientrare il diritto alla procreazione nell'alveo del "*right to privacy*", ossia al diritto di disporre completamente della propria vita privata e familiare, senza alcuna ingerenza governativa. Secondo questa impostazione ogni donna dispone di libertà procreativa, anche a fini lucrativi, ed è libera di condurre la propria vita nella maniera che più corrisponde alla propria identità. Le tecnologie riproduttive, come la fecondazione medicalmente assistita, vengono dunque inquadrare come questioni che toccano la persona molto profondamente, come appunto la scelta di generare un figlio.

Ragionando sul concetto di giustizia riproduttiva l'Autrice a questo punto torna a mettere in evidenza i rischi di un liberalismo così inteso, riportando contestualmente il pensiero di alcune giuriste e costituzionaliste statunitensi della corrente radicale e post-marxista contrarie alla diffusione di pratiche come la surrogazione di maternità. Quest'ultima, secondo questa corrente di pensiero, oltre a incrementare le disuguaglianze sociali tra le donne del mondo, rappresenterebbe l'ennesimo modello patriarcale di sottomissione femminile, in cui mentre il seme maschile viene valorizzato, il corpo della donna viene considerato un mero contenitore. Seguendo questa argomentazione, diametralmente opposta a quella liberale, l'utero non potrebbe quindi mai essere considerato come una forma di guadagno, in grado di garantire pari opportunità lavorative alle donne, in quanto ne verrebbe lesa la loro integrità e dignità.

L'illustrazione di entrambi questi orientamenti, che inducono alla ricerca di soluzioni mediane, fanno emergere questioni che riguardano sia il valore commerciale della vita che la relazione intima tra madre biologica e nascituro. Quest'ultima viene spesso utilizzata da alcune femministe al fine di dimostrare l'impraticabilità della surrogazione di maternità, insistendo sull'impossibilità di sciogliere il legame naturale, unico e insostituibile tra la gestante e il feto. Questo tipo di pensiero appare forse troppo semplificato, in quanto propendendo su un criterio biologico per stabilire chi possa considerarsi madre, sembra voler creare una sorta di gerarchia della maternità

che andrebbe a declassare inevitabilmente qualsiasi altra forma di maternità non biologica, comprese le adozioni.

La forte diversificazione sul tema della gestazione per altri nella riflessione femminista richiede dunque un'elaborazione onesta, oggettiva e collettiva. Appare quindi apprezzabile l'approccio che viene adottato dalla professoressa Di Martino, la quale, al fine di trovare un punto di incontro nella discussione, focalizza l'attenzione sui rischi legati all'incremento delle disparità sociali e sull'importanza del ruolo del consenso. In proposito l'Autrice svolge alcune riflessioni condivisibili in merito al rapporto tra autonomia e consenso validamente prestato dalla donna che sceglie di sottoporsi a pratiche quali la surrogazione. Il consenso a sottoporsi a questa pratica infatti è un aspetto estremamente rilevante, non solo per quanto riguarda l'effettiva e corretta comprensione delle conseguenze mediche, ma anche per quanto riguarda l'indagine sulle ragioni profonde della scelta. In tal senso viene sottolineata l'importanza del rapporto medico-paziente ai fini della valutazione circa la reale formazione di volontà della donna, la quale potrebbe essere condizionata da fattori esterni nel volere o meno un figlio o addirittura essere costretta a portare avanti una gravidanza per terzi non voluta.

Queste considerazioni portano anche a ritenere che, al fine di scongiurare i rischi di sfruttamento femminile, sarebbe auspicabile una regolamentazione internazionale che salvaguardasse la dignità della donna, indagando sulle reali circostanze che la conducono a prestare il proprio corpo, sia che ciò avvenga in forma gratuita che attraverso un accordo commerciale.

Proseguendo l'analisi delle intersezioni tra pensiero femminista e ordinamenti costituzionali, il volume passa ad analizzare il contesto tedesco in cui, a differenza di quello americano, ampio spazio viene dedicato al principio di dignità a discapito di quello di libertà ed autonomia.

In Germania, infatti, essendosi particolarmente diffusa la corrente di pensiero dell'eco-femminismo, è stata richiamata l'attenzione sulle implicazioni negative di una estesa applicazione delle tecnologie riproduttive.

Con riguardo alla surrogazione di maternità le posizioni si sono differenziate e hanno riguardato prevalentemente lo statuto dell'embrione. Alcuni, come nel caso delle esponenti del femminismo radicale e socialista americano, hanno evidenziato il profilo problematico dal punto di vista del bambino e della relazione biologica, psichica e sociale con la madre naturale (E. Benda). Altri hanno sottolineato l'importanza del consenso a tale pratica, escludendo una automatica violazione della dignità del bambino e della donna (R. Scholz). In questo senso è stata quindi sostenuta la praticabilità della surrogazione, quantomeno nella forma altruistica, facendo perno sul fatto che, comunque venga generato, il bambino non ha un diritto a nascere, né un diritto a scegliere le condizioni in cui venire al mondo.

Ad ogni modo è stato l'orientamento più restrittivo a prevalere, sicché attualmente non è ammessa alcuna forma di surrogazione all'interno dello Stato, sebbene ultimamente si assista a qualche apertura verso la legittimità delle tecnologie riproduttive almeno per quanto riguarda la trascrizione degli atti di nascita e il riconoscimento dello *status* di figlio (Corte Federale Tedesca, XII ZB 224/2017).

Questa forte attenzione verso il principio di dignità avvertita in Germania è stata condivisa anche nel diritto costituzionale italiano, in cui peraltro ampio spazio assume anche il diritto alla salute di cui l'art 32 Cost. al fine di vagliare la legittimità delle dinamiche procreative artificiali.

Nell'esperienza Costituzionale italiana il pensiero femminista continua ad avere una certa influenza, soprattutto quello della differenza, che sebbene abbia espresso posizioni critiche nei confronti delle nuove tecnologie riproduttive non ha mancato di sottolineare anche il valore dell'autonomia.

Partendo da questo punto, l'Autrice conduce un'analisi approfondita dell'esperienza italiana, avvalendosi non solo di un approccio filosofico, ma anche giuridico e giurisprudenziale.

Esaminando dapprima il dibattito intorno ai limiti dell'art. 12 della L. 40/2004 "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", procede con l'esaminare l'evoluzione avvenuta in seno alla Corte Costituzionale. La giurisprudenza italiana si è occupata di molteplici questioni che hanno riguardato l'utilizzo delle tecnologie riproduttive: l'individuazione della coppia come soggetto decisionale dotato di autonomia riproduttiva invece che la sola donna; la differenza tra donatori di sperma e donatrici di ovuli, in merito alla linea di genitorialità; l'avvallamento della possibilità di ricorrere alla surrogazione di maternità almeno nella componente altruistica.

Da una parte alcune femministe (S. Pozzolo) si pongono su un livello abbastanza critico ed escludono qualsiasi carattere positivo della surrogazione, sia essa commerciale o gratuita. Ulteriori orizzonti teorici del femminismo, invece, ritengono che il divieto di cui l'art. 12 costituisca una violazione del diritto all'autodeterminazione della donna (L. Ronchetti). Quest'ultimo orientamento, che utilizza l'art. 13 della Cost. come fondamento, enfatizza la libertà di ogni donna di decidere come utilizzare il proprio corpo, anche accettando di condurre una gravidanza per altri. In questo filone si collocano anche coloro che ammettono la surrogazione quantomeno nella forma c.d. altruistica, da intendere quale atto unicamente dettato da una scelta consapevole della "madre" surrogata, la quale decide di portare a termine la gravidanza in favore di terzi soggetti. Il rapporto che quindi verrebbe a intercorrere tra questi ultimi e la gestante sarebbe scandito e plasmato dall'etica fondata sull'amore e sul dono (S. Berend). Questo pensiero è vicino a quello dell'Autrice, la quale pur ritenendo che la surrogazione di maternità contrasti con il principio di pari dignità sociale, lascia aperta la possibilità di una surrogazione di prossimità o di una surrogazione altruistica all'interno della cerchia familiare: una soluzione che cerca da un lato di arginare il rischio di condizionamenti esterni nei confronti della donna, dall'altro che le consente di realizzare comunque il desiderio di avere un figlio in un tessuto circoscritto di relazioni, senza tuttavia danneggiare le altre donne o la comunità nel suo insieme.

Questa considerazione, pregevole per quanto riguarda l'intento di tutelare la collettività, non è però priva di rischi. Una gestazione portata avanti da una parente o da un'amica sembra andare incontro ad una serie di ambiguità, che possono rivelarsi tanto nelle dinamiche sociali che in quelle familiari. L'equilibrio delle relazioni parentali, e della stessa coppia che decide di fare ricorso alla surrogazione gratuita, potrebbe essere sconvolto, soprattutto a scapito della salute psicologica del bambino. Inoltre, ammettendo la possibilità di praticare esclusivamente una

surrogazione altruistica si penalizzerebbero coloro che non possono contare su una rete sociale di fiducia o che sono privi di legami familiari a cui rivolgersi.

In questo senso appare forse preferibile, in maniera cauta, optare per una regolamentazione internazionale della surrogazione che tenga conto di entrambe le forme, tale da assicurare protezione a tutte le parti coinvolte nel procedimento, tutelandone la dignità ma anche l'autodeterminazione e l'autonomia.

Il dialogo sull'utilizzo delle tecnologie riproduttive è complesso, e in questo senso il volume della Di Martino, ponendosi in maniera multidisciplinare, rappresenta un interessante approfondimento nella ricostruzione del pensiero femminista in materia di riproduzione artificiale. Verso questa l'Autrice si pone in modo oggettivo ed intellettualmente onesto, non considerando negativo *a priori* l'utilizzo delle tecnologie riproduttive, ma ricordando come sia necessario un dialogo aperto e un confronto con più parti. Il cuore della questione per Di Martino, infatti, è quello di invogliare un dibattito limpido e aperto, suggerendo al lettore come l'attenzione vada posta sulle possibili ripercussioni delle nuove tecnologie che, oltre che nel livello individuale, sono da analizzare anche nella collettività.

In un contesto in cui, dunque, le scelte individuali possono espandersi in una sorta di effetto farfalla, viene sottolineata l'importanza della maggiore trasparenza e democrazia nelle dinamiche riproduttive. Ciò significa che dovrebbe esserci lo spazio per poter discutere e riflettere sull'utilizzo delle nuove tecnologie, prendendo in considerazione le implicazioni sotto molteplici aspetti, quali: la vita, gli equilibri relazionali, i rischi per la salute della donna, le responsabilità che si assumono mettendo al mondo un bambino in modalità non convenzionale, il rischio di una eventuale interruzione del rapporto tra gestante e feto e lo sfruttamento delle disuguaglianze sociali nel mercato della riproduzione.

L'opera segna senza dubbio un passo importante nel dibattito che ha ad oggetto la contrapposizione tra la libertà individuale e la dimensione anche relazionale del corpo femminile. In questo senso esso si pone come strumento per approfondire una materia tanto complessa quanto attuale.

Mariangela Barletta



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



M. CORRADINO, *L'Italia Immobile*, Milano, Chiarelettere, 2020, pp. 216 *

Il nuovo “Codice dei Contratti Pubblici”, entrato in vigore con il D.lgs. n. 50 del 2016, disciplina un mercato che in Italia nel 2019, prima della pandemia di Covid-19, valeva quasi 170 miliardi di euro all’anno.

La disciplina della contrattualistica pubblica, a partire dalla prima metà degli anni Novanta, è stata caratterizzata da una superfetazione di norme che hanno portato gli appalti pubblici al centro del dibattito politico, giuridico ed economico. Infatti, prima dell’avvento delle normative eurounitarie e dell’entrata in vigore della c.d. Legge Merloni (L. n. 109 del 1994), la materia era regolata quasi esclusivamente dalla normativa di contabilità pubblica del 1923 - 1924 (il R.D. n. 2420 del 1923 e il R. D. n. 827 del 1924) e il dibattito relativo ai contratti pubblici era oggetto di interesse solo di una limitata nicchia di cultori della contabilità di stato.

L’Autore Michele Corradino, Consigliere di Stato, già membro dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, ne “*L’Italia Immobile*” (Chiarelettere, 2020), con un approccio da “*insider*” del settore, si pone come obiettivo quello di far conoscere al lettore, “dal di dentro”, il caotico e complesso universo degli appalti pubblici.

L’opera, censurando parte delle novità introdotte dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici del 2016 e dalle sue successive riforme, evidenzia le maggiori criticità e lacune del sistema, proponendo dei rimedi concreti volti a semplificare il farraginoso *iter* delle commesse pubbliche.

Il volume, dunque, premettendo la rilevanza dei contratti pubblici in ogni ambito di vita del cittadino, con un linguaggio chiaro e con esempi di quotidiane problematiche del settore, si rivela uno strumento propedeutico allo sviluppo di una riflessione sulla necessità di fondamentali riforme del settore.

Nel primo capitolo, partendo da un’analisi di tipo statistico, viene introdotto e definito il mercato dei contratti pubblici di cui si specificano le principali peculiarità nonché i più rilevanti profili problematici. Sfatando il mito giornalistico del “crollo” delle commesse pubbliche, si indica come i dati elaborati dalle autorità pubbliche e dai centri di ricerca privati evidenziano che gli appalti pubblici crescono costantemente ogni anno, sia nel valore che nel loro numero complessivo (p. 9). L’unica battuta d’arresto è quella scaturita dalla pandemia di Covid-19, un nuovo *trend* che, però, non dimostra alcuna futura inversione di tendenza legata a fattori endogeni al sistema, ma che è sintomatico di un inaspettato fattore esogeno.

L’analisi dei dati, in un settore giuridico-economico come quello degli appalti pubblici, costituisce un importante punto di partenza per un futuro miglioramento della disciplina. Una lettura parziale o, addirittura, tendenziosa dei dati statistici comporta erronee scelte politiche e

* Contributo sottoposto a *peer review*.

legislative ma, soprattutto, può fungere da alibi per abbassare il livello delle regole dietro il pretesto che *“se gli appalti sono bloccati, per sbloccarli basti eliminare le regole o, peggio, diminuire i livelli di trasparenza”* (p. 15).

Dunque, con un mercato in espansione, la problematica principale investirebbe il “come” e non il “quanto”. Le gare vengono bandite ma, purtroppo, troppo spesso subirebbero dei rallentamenti o, nella peggiore delle ipotesi, dei blocchi definitivi.

La vita di un appalto si può delineare in quattro macro-fasi: la programmazione, la progettazione, l’aggiudicazione e, infine, l’esecuzione. L’Autore, preso atto della problematica del “blocco delle gare”, sfruttando i dati statistici ed esperienziali, indaga su quale sia la fase del sistema che comporti maggiori criticità.

Gli studiosi del settore avrebbero concentrato gran parte dei loro sforzi ermeneutici nell’analisi della fase di aggiudicazione. Diversamente, nel volume si sostiene che le fasi che più di altre meriterebbero un momento di riflessione, propedeutico ad un successivo sforzo riformatore, siano quella della programmazione, della progettazione e dell’esecuzione. La fase dell’aggiudicazione, infatti, peserebbe solo il 20 per cento del tempo trascorso per la realizzazione dell’opera e non costituirebbe il maggior punto di criticità di un appalto.

Il Legislatore, negli ultimi interventi normativi (c.d. Decreto-legge Sblocca-cantieri e il Decreto-legge Semplificazioni) è intervenuto unicamente ad emendare la fase di aggiudicazione tralasciando le altre fasi. Per migliorare il sistema non è questa la linea direttrice da seguire. Per l’Autore *“una prospettiva di riforma che voglia assicurare uno sviluppo duraturo e sostenibile dovrà intervenire in modo forte e condiviso in quello che sta prima e dopo l’aggiudicazione”* (p. 27).

Tali considerazioni introducono la trama del secondo capitolo dedicato all’analisi di una delle più grandi patologie del settore della contrattualistica pubblica e, più in generale, dell’intero ordinamento italiano: la “cattiva legislazione”.

“Nella somma corruzione dello Stato, infinito è il numero delle leggi” con questa frase degli *Annales*, Publio Cornelio Tacito poneva in relazione la corruzione con una delle più grandi problematiche di un ordinamento giuridico, l’eccessiva proliferazione normativa. Un elevato numero di norme si traducono in un sinonimo di “cattiva legislazione”.

Ad esempio, la corruzione, uno dei fenomeni più problematici dei contratti pubblici, si nutre di burocrazia e, soprattutto, si riproduce nei settori dove le leggi sono tante e confuse. L’opera di Michele Corradino evidenzia come, nel tempo, le fonti normative che interessano il settore degli appalti pubblici siano circa 500 per un totale di 45.520 pagine (p. 51). Non basterebbero 150 giorni di lettura per esaminare tutte le norme che compongono il settore.

La moltitudine di disposizioni e la costante instabilità normativa, oltre a favorire il dilagare di fenomeni corruttivi, confonderebbe i funzionari pubblici e rallenterebbe gli investimenti. Il funzionario, spesso non supportato adeguatamente, si troverebbe in balia di un dedalo di norme, mentre gli unici operatori economici capaci di inserirsi nel mercato sarebbero quelli in grado di richiedere consulenze a legali ed esperti del settore. Ciò, dunque, è terreno fertile per danneggiare la concorrenza nel mercato.

Secondo l'Autore, uno dei più recenti fattori di incertezza normativa è il confuso e parziale superamento del fenomeno delle linee-guida. Per il tramite delle linee-guida, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) è intervenuta, con uno strumento flessibile, in un settore dove il vecchio sistema di produzione normativa risultava lento e farraginoso. Sul punto si evidenzia la portata innovativa delle linee-guida in grado di fornire al mercato degli appalti *“una forma di regolazione duttile, facilmente modificabile e perciò in grado di adeguarsi rapidamente al modificarsi delle esigenze regolatorie”* (p. 62). Tuttavia, il ridimensionamento di questa fonte, auspicato dalle riforme del 2019, è rimasto parzialmente lettera morta e, dunque, si sostiene che *“c'è qualcosa di più dannoso della riforma di carta: la riforma annunciata, propagandata e mai approvata”* (p. 62); infatti, il Regolamento governativo che avrebbe dovuto soppiantare alcune linee-guida non è mai entrato in vigore. È uno strano passo indietro quello del Legislatore, in un momento in cui è stata acclamata l'obsolescenza e il superamento del modello dei regolamenti governativi. Ciò ha ingenerato confusione nella disciplina, risultando complesso capire quale di questi strumenti sia rimasto effettivamente in vigore.

Una “semplificazione” fatta male è una complicazione certa. A regolare la materia vi è un labirinto di fonti secondarie e fonti primarie ma, il maggior punto di criticità, è rappresentato dall'oggettiva complessità nel comprendere cosa è stato abrogato e cosa sia rimasto ancora in vigore. Inoltre, a complicare la situazione, si evidenzia come un'attività di “enigmistica giuridica” (così definiva la disciplina dei lavori pubblici Massimo Severo Giannini nel 1979) risulterebbe insufficiente se non accompagnata da una successiva fase di analisi del diritto vivente giurisprudenziale. Definitivamente, orientarsi nel mondo degli appalti costituirebbe uno sforzo insostenibile sia per le Pubbliche Amministrazioni che per gli operatori economici.

La “cattiva legislazione”, inoltre, avrebbe generato un eccesso di formalismo nell'espletamento delle gare. Ciò ha portato l'Autore a riflettere, nel terzo capitolo, sul necessario bilanciamento fra forma, rigidità e discrezionalità nell'azione amministrativa.

Uno degli argomenti più dibattuti dagli studiosi del diritto amministrativo, passato e contemporaneo, è quello del bilanciamento tra flessibilità e formalismo. Linee-guida flessibili o rigide norme di rango primario? Discrezionalità dei funzionari o inflessibile rispetto delle regole? Regimi di liberalizzazione o autorizzatori? L'opera sottolinea come *“il nostro ordinamento non si sia mai fidato troppo dei suoi funzionari e ha sempre più cercato di chiuderli in una gabbia normativa”* (p. 110). La discrezionalità, infatti, viene spesso accostata a libero arbitrio o, peggio, alla corruzione.

Il volume, anche per il tramite di esempi di colore, come quello della “ceralacca sulle buste”, sottolinea la arcaicità del sistema italiano. Un modello, eccessivamente rigido, che richiede riforme anche nei suoi formalismi.

È necessaria una rigenerazione della Pubblica Amministrazione. L'innovazione e la digitalizzazione negli appalti pubblici sono di vitale importanza. Il progresso deve necessariamente ridurre il formalismo. Tra i primari obiettivi da perseguire, oltre a quello della *better regulation*, vi è la necessità di un maggiore dialogo tra amministrazione e mercato, che può divenire *“volano di competitività e di sviluppo per il paese”* (p. 117) e, inoltre, è doverosa l'introduzione di nuove figure professionali, flessibili e al passo con i tempi come quella del *buyer* e del *controller*.

Con riferimento al primo obiettivo, è opportuna una regolamentazione delle *lobby*. Un'attività di *lobby* regolamentata è in grado di migliorare significativamente la qualità degli appalti pubblici favorendo un trasparente dialogo tra parte pubblica e parte privata. Infatti, l'attività di *lobby* non deve essere necessariamente valutata in un'accezione negativa, “*i rapporti tra la politica e l'impresa esistono, sono frequenti, pressoché inevitabili, talvolta utili a far conoscere ai diversi livelli decisionali le esigenze di regolamentazione di determinati settori*” (p. 122). L'Autore, preso atto che il sistema della regolamentazione delle *lobby* sia ancora in uno stadio embrionale, ritiene fondamentale l'introduzione di una normativa chiara e puntuale volta a garantire piena trasparenza ai rapporti tra pubblica amministrazione, politica e privati. Si nota, infatti, come l'agenda degli incontri introdotta dall'ANAC nel 2019, sia rimasta pressoché vuota. Quanto è stato fatto è un inizio, ma non è sufficiente.

Un'altra tematica che emergerebbe è quella legata allo “sciopero della firma”. Tale fenomeno ha favorito la paralisi di molte opere pubbliche. I funzionari pubblici, complice la difficoltà nell'interpretazione delle norme, avrebbero un forte timore di firmare determinate gare o di approvare progetti. La firma non comporterebbe alcun beneficio, ma, unicamente, oneri e l'assunzione di responsabilità. La paura della firma è divenuta un frequente alibi per non agire (p. 138).

Un primo rimedio a questa problematica sembrerebbe concretizzarsi nel Decreto Semplificazioni che, riformando parzialmente la disciplina della responsabilità contabile, porrebbe un rimedio contro l'errata interpretazione della normativa (*rectius* “cattiva legislazione”) favorendo una riduzione dei “blocchi delle firme”. Per l'Autore, dunque, non tutto ciò che è nuovo è negativo.

Di negativo resteranno sicuramente le problematiche corruttive, evidenziate nel penultimo capitolo, legate allo svolgimento delle gare. Vengono esplicitate le principali metodologie, *escamotage* e sistemi per aggiudicarsi le gare falsando la concorrenza o, nella peggiore delle ipotesi, attuando pratiche corruttive e illegali.

La corruzione, la cattiva legislazione e la farraginosità del sistema sono mali complessi da estirpare, ma nell'ultimo capitolo Corradino, forte della sua esperienza teorica e pratica, riesce ad offrire al lettore spunti di riflessione sui possibili rimedi a questo fisiologico malfunzionamento del sistema.

“E allora che fare?”, ci si chiede.

In *primis*, sono da ripensare parte delle attribuzioni e dei poteri dell'ANAC. Questa Autorità Amministrativa Indipendente è una “tigre di carta” (p. 185). Non sono sufficienti attribuzioni meramente pedagogiche, è da riesaminare la legittimazione processuale di questa Autorità *sui generis* al fine di renderla, effettivamente, un organo a geometria variabile. Il suo potere di impugnazione è “*fondamentale per la tutela della legalità e va salvaguardato*” (p. 195).

Infine, le nuove riforme devono seguire quattro linee direttrici: digitalizzazione, dialogo, semplificazione e trasparenza. Solo così, secondo l'Autore, il mondo degli appalti potrà trovare una nuova e ponderata espansione efficiente.

In conclusione, *“L’Italia Immobile”* è un testo utile per sviluppare una riflessione sulle problematiche legate agli appalti, alla corruzione, alla burocrazia e, consequenzialmente, alle inefficienze di tutta la Pubblica Amministrazione.

La chiarezza del testo, l’attenzione ai mutamenti legislativi, i numerosi esempi pratici ed il confronto tra “raccontato ed effettivamente realizzato” guidano i giuristi e gli addetti al settore verso un inedito momento di riflessione. È un volume dove non viene criticata la normativa disposizione per disposizione, ma, più in generale, si sviluppa una linea di collegamento tra problematiche creando spunti di valutazione sulla necessità di un’intera revisione di un sistema, affinché, in un futuro non troppo lontano, partendo anche dai suggerimenti di Michele Corradino, il mercato dei contratti pubblici possa, finalmente, divenire un circolo virtuoso in grado di attirare gli investimenti esteri e di rilanciare l’economia italiana.

Gianluca Briganti



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Napoli, Jovene, 2020, pp. 218*

Il volume, per espressa affermazione dell'Autore, si propone l'ambizioso compito di "offrire una risposta al problema dell'inquadramento dogmatico del concetto di atto politico nel contesto dell'ordinamento costituzionale" (p. 1): ciò sulla base del condivisibile presupposto per cui l'interesse per lo studio di tale controversa categoria, apparentemente giunto a un "punto morto", sembra ridestatosi nell'ultimo decennio, sia per la presenza di fattispecie che hanno messo alla prova la tenuta dei principi apicali dell'ordinamento, sia per l'aspirazione degli organi autoritativi a rivendicare una sorta di "zona franca" dal diritto costituzionale, giustificata con il richiamo alla nozione di atto politico sottratto al sindacato giurisdizionale. Accanto ad alcune note pronunce del giudice delle leggi, nell'Introduzione il pensiero dell'Autore corre alle ben più recenti vicende Diciotti, Gregoretti e *Open Arms*, le quali "hanno rinverdito ulteriormente una querelle dottrinale che, con distonia di accenti, ha palesato lo stato di profonda incertezza che tuttora latita nella riflessione teorica attorno ad un problema di cruciale rilievo per il diritto costituzionale" (p. 2). Da tali premesse l'Autore sviluppa una discussione imperniata sulla vitalità e sull'attualità della nozione di "atto politico", implicante, a sua volta, "una riflessione a tutto tondo sui rapporti tra principio di legalità, che, nel suo duplice circuito, ordinario e costituzionale, mira ad «imbrigliare» le decisioni degli organi autoritativi, e tensione della politica a rivendicare una «guarentigia di immunità» volta a perseguire i fini da essa prefissati nel rispetto della più intima essenza del principio democratico" (p. 5).

L'Autore riconosce che, per costante indirizzo della letteratura, la categoria dell'atto politico è contrassegnata dall'insindacabilità giurisdizionale quale "prodotto della libertà riconosciuta agli organi di indirizzo politico rispetto alle regole giuridiche, nel solco del brocardo *salus rei publicae suprema lex esto*" (p. 7). Riconosce anche, però, il conflitto di tale impostazione con l'adozione di una Costituzione rigida in cui si radicano, all'un tempo, i "limiti *invalidabili* al potere sovrano [...] nell'ottica di rendere difficili, se non impossibili, modifiche restrittive degli spazi di libertà garantiti o restaurati, in tutto o in parte, rispetto ai vecchi assetti oppressivi" e "il diritto per il cittadino di mettere in discussione non solo l'illegalità degli atti della pubblica amministrazione, ma anche l'illegittimità dell'operato del legislatore, ove lesivo dei diritti costituzionalmente garantiti" (p. 8; corsivo nell'originale).

Nonostante tali considerazioni possano indurre a ritenere tramontata la categoria dell'atto politico quale *topos* e retaggio del pensiero liberale, l'Autore ne sottolinea la perdurante attualità, testimoniata dalla circostanza che l'eccezione di politicità continua a essere evocata in giudizio

* Contributo sottoposto a *peer review*.

dagli organi autoritativi per sottrarre i propri atti allo scrutinio del giudice. L'indagine sul tema dell'atto politico, dunque, prende necessariamente le mosse dall'analisi del contesto normativo nel quale la relativa categoria ha avuto origine e dalle ragioni storiche che ne hanno determinato l'emersione.

Nel primo capitolo si osserva che l'origine del concetto di atto politico, “*éminemment prétorienne*” (p. 11), è legata alla crisi dell'organo di giustizia amministrativa francese all'indomani della caduta del regime napoleonico. In questo clima di ostilità, il Consiglio di Stato francese, “condizionato dal timore di riuscire troppo sgradito al Governo, [...] si preoccupa di limitare progressivamente l'ambito delle proprie attribuzioni, abbandonando le zone incerte della giurisdizione alla competenza dei giudici ordinari e le materie di maggior rilievo politico alla libera disponibilità degli organi di amministrazione attiva” (p. 13): dell'atto politico, dunque, l'Autore efficacemente sottolinea la matrice giurisprudenziale, che lo foggia quale segmento sottratto al sindacato dell'organo di giustizia amministrativa.

Successivamente, l'Autore allarga sinteticamente lo sguardo alle esperienze straniere, ma il fulcro del capitolo è senz'altro da riconoscere ai paragrafi dedicati alla genesi della nozione di atto politico nell'Italia statutaria e, in particolare, al dibattito parlamentare, che testimonia la “sicura identità legislativa” della categoria (p. 23). Come attentamente rilevato, la nascita del modello di giustizia amministrativa rappresenta l'occasione processuale alla base della nozione: nel momento in cui si dà vita a un sistema di controllo di legittimità degli atti di imperio, il legislatore statutario avverte l'esigenza di escludere, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, il pericolo di un'intromissione da parte dei giudici amministrativi nelle questioni relative alla sfera delle attribuzioni “di ordine latamente costituzionale” (p. 24).

La previsione di una deroga all'accesso alla giustizia amministrativa infiamma il confronto parlamentare, nel quale si contrappone chi sottolinea il “rischio, insito nell'elasticità della nozione [di atto politico], di vanificare la garanzia concessa all'instaurazione del sistema di giustizia amministrativa” e chi, invece, vede con favore la previsione normativa in questione affermando che “gli atti politici non si connettono direttamente con gli interessi dei privati” (p. 29). La quadra, infine, è raggiunta sui seguenti punti: *a*) la norma sull'insindacabilità avrebbe dovuto semplicemente chiarire – e non limitare – la competenza dell'organo di giustizia amministrativa, istituzionalmente circoscritta al sindacato sugli atti amministrativi; *b*) gli atti politici o di governo, pertanto, avrebbero dovuto essere tenuti obiettivamente distinti da quelli amministrativi, corrispondendo a quelli elencati dall'art. 5 dello Statuto (norma in cui si rinveniva l'insieme di tutti gli atti del potere esecutivo), a quelli delegati al Governo per legge e a tutti quelli che lo stesso è obbligato a fare per la sicurezza pubblica, interna ed esterna dello Stato; *c*) l'eccezione relativa alla natura politica dell'atto, ove avanzata dal Governo, non avrebbe potuto vincolare l'organo di giustizia amministrativa, al quale era garantito il libero scrutinio sulla fondatezza dell'eccezione medesima. In questo modo, come ricorda l'Autore, è approvata la disposizione poi confluita nel comma 2 dell'art. 3 della l. n. 5992 del 1889 – a tenor del quale “*il ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*” – e che, con identica formulazione, sarà poi trasfusa nell'art. 22, comma 2, del r.d. 17 agosto 1907, n. 638, e, infine,

nell'art. 31 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, recante il Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (*hinc inde*: anche T.U. Cons. Stato), rimasto in vigore sino all'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo (*hinc inde*: anche cod. proc. amm.).

Nel prosieguo del capitolo l'Autore si sofferma su alcune aporie successive all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, sottolineando, da un lato, che era fisiologico prevedere per l'Esecutivo una zona di riservato dominio in settori che, per antica tradizione, erano da sempre appannaggio del diritto costituzionale inteso in senso lato in un contesto ordinamentale in cui non v'era né una Costituzione rigida, né un giudice a presidio della medesima; d'altro lato, però, rileva che in tempi più recenti il contenuto dell'art. 31 T.U. Cons. Stato è stato riprodotto all'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., così contraddicendo quella parte della dottrina e della giurisprudenza che, alla luce della mancata riproduzione della fattispecie nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali e del ridotto ambito applicativo della stessa, riteneva tacitamente abrogata la norma sull'atto politico.

Da tali osservazioni l'Autore trae spunto per ripercorrere quanto accaduto in Assemblea Costituente, ove il dibattito si è soffermato soprattutto sull'esigenza di fissare in una norma costituzionale il principio per cui lo Stato non avrebbe potuto sottoporre ad alcuna condizione l'esperimento dell'azione giudiziaria. L'Autore mostra sapientemente che l'assenza di una chiara presa di posizione in Costituente in ordine all'insindacabilità degli atti espressione del potere politico ha fatto sì che il problema si riproponesse anche in tempi assai più recenti, come testimonia il dibattito sorto nelle Commissioni parlamentari attorno allo schema del nuovo codice del processo amministrativo. La clausola d'insindacabilità, che inizialmente non figurava nel progetto di codice, è stata invocata dal Parlamento con l'intento di distinguere la sfera delle relazioni tra gli organi costituzionali dall'ambito delle altre attribuzioni comprese nel concetto di amministrazione: il che però, come l'Autore opportunamente sottolinea, “in un sistema a Costituzione rigida, che vanta la pretesa di imporre vincoli (anche) alle decisioni prese al massimo livello di governo, rimettendole al sindacato della Corte costituzionale, ripropone all'attenzione della riflessione giuridica antiche questioni, meritevoli di ricevere risposte adeguate al mutato contesto costituzionale” (p. 41).

Nel secondo capitolo l'Autore si cimenta con la pluralità delle teorie sull'atto politico. Egli mette opportunamente in relazione la costruzione dogmatica della categoria con l'indeterminatezza delle premesse su cui essa si fonda al momento della sua comparsa, il che – come si vedrà – induce la giurisprudenza e la dottrina rispettivamente a “precisare l'estensione del limite posto al sindacato del giudice amministrativo” e a “dare contenuto ad un'espressione che, nella sua evidente fluidità, si prestava ad essere manovrata, a seconda dei regimi, in funzione restrittiva delle garanzia di libertà”, ossia come “strumento variabile di compressione delle competenze dell'organo di giustizia amministrativa” (pp. 44 ss.). Le prime elaborazioni, che trovano spazio nel diritto pubblico francese, tedesco e italiano dalla metà dell'Ottocento in poi, sono dunque essenzialmente volte a delineare i criteri differenziali tra gli atti politici, insindacabili, e quelli amministrativi, suscettibili di sindacato giurisdizionale.

Nella disamina delle distinte proposte teoriche, l'Autore ripropone e rielabora la celebre partizione cheliana (*Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, 38) in tre raggruppamenti: soggettivo, oggettivo e storicista, ben sottolineando che “ciascuna delle diverse angolazioni critiche è, più o meno inconsciamente, consequenziale ad una determinata esigenza di ordine pratico” (p. 45). Quest'ultima, nel caso delle correnti soggettive, è l'efficienza dell'azione governativa, in quelle oggettive è la certezza della norma e la stabilità del limite posto al sindacato giurisdizionale e in quelle storiciste è l'esigenza di non compromettere la flessibilità e l'adattabilità di tale limite alle mutevoli contingenze dell'ordinamento costituzionale.

Nell'orientamento “soggettivo”, l'elemento distintivo dell'atto politico si ravvisa nel modo particolare di atteggiarsi della volontà nel soggetto agente. Come messo in luce nel volume, ne sono espressioni fondamentali la teoria del “movente politico” (“*mobile politique*” o della “causa soggettiva”), di origine francese e recepita in Italia durante il Ventennio, per la quale uno stesso atto può qualificarsi come politico o amministrativo a seconda che la sua emanazione sia riferibile o meno a motivi di natura politica (anche in virtù del “mero richiamo, da parte dell'esecutivo, ai motivi politici che stanno alla base della sua adozione”: p. 50), e la teoria della “discrezionalità assoluta”, affermata invece in Germania, secondo cui l'atto politico è contraddistinto dal grado di libertà attribuito all'organo investito dal potere autoritativo, dal che la distinzione tra atti politici e atti amministrativi sarebbe “solo *quantitativa* e mai *qualitativa*” (p. 54; corsivo nell'originale).

Contrariamente alla corrente “soggettiva”, in quella “oggettiva” la nozione di atto politico è contraddistinta da elementi costanti e imm modificabili, volta a identificarne l'essenza in base a criteri formulati *in abstracto* e *pro futuro*, così neutralizzando le derive autoritarie di fatto assecondate dalle tesi soggettive. L'Autore ricorda che nella teoria francese della “natura dell'atto” gli atti politici si distinguono per l'essere adottati dal potere esecutivo nell'esercizio della funzione di governo anziché di quella amministrativa, mentre nella teoria italiana della “causa oggettiva” si tenta di superare i risultati meramente empirici ottenuti dalla dottrina francese attraverso la ricerca di un elemento costante e imm modificabile in cui si sostanzia la politicità: la “causa dell'atto, ovvero sia [la] funzione che lo stesso è destinato ad assolvere nella vita dell'ordinamento” e, in particolare, il fatto che l'atto politico sia adottato nell'interesse generale dello Stato nella sua unità. Come osserva l'Autore, tuttavia, la giurisprudenza non è riuscita a delineare una compiuta distinzione tra causa e motivi dell'atto, determinando, di conseguenza, l'implicita reviviscenza dell'impostazione tipica delle teorie soggettive (e in particolare di quella del “movente politico”).

Ancora in Francia, sul finire dell'Ottocento, prende piede la lettura dell'atto politico quale “atto costituzionale”, ossia di esecuzione diretta e immediata di una disposizione formale della Costituzione, con la conseguenza che la distinzione tra gli atti amministrativi e quelli politici si fonderebbe sulla separazione formale tra leggi ordinarie e leggi costituzionali, la cui applicazione è rimessa all'esecutivo. Come si annota criticamente, però, da un lato l'atto politico non sempre coincide con un atto esecutivo della Costituzione formale; dall'altro, i sostenitori di tale teoria finiscono per ricalcare l'elencazione offerta dalla giurisprudenza amministrativa, così facendo affidamento su un criterio di individuazione enumerativo e – in quanto tale – privo di efficacia euristica e della capacità di circoscrivere in via preventiva il contenuto dell'atto. La teoria dell'atto

costituzionale ha a sua volta ispirato quella, di matrice italiana, dell'atto *extra iuris ordinem*, anche se – come l'Autore opportunamente rileva – più che di una teorizzazione sistematica si tratta di un punto di incontro e di sintesi di diverse prospettazioni dottrinarie, le quali tendono al rafforzamento della funzione di governo e prendono le mosse ancora una volta dalla distinzione tra attività di governo e attività amministrativa. L'Autore si sofferma sulla potenziale conflittualità di tali ricostruzioni con l'esperienza ordinamentale statutaria, ispirata ai principi del sistema parlamentare e improntata al rispetto del principio di legalità quale base imprescindibile per la sopravvivenza dell'ordinamento stesso.

Dopo le correnti di pensiero “soggettive” e “oggettive” sono analizzate le teorie appartenenti a quella “storicista”. Secondo quest'ultima corrente, non è possibile stabilire in astratto e con crisma di definitività e di certezza una definizione dell'atto politico perché l'area dell'attività politica è destinata a mutare proprio in base alla spinta di quelle stesse esigenze di politica giurisprudenziale dalle quali essa è scaturita. Così, per adoperare la stessa espressione dell'Autore, per la teoria “empirica” il concetto di atto politico è “scientificamente inesistente”, perché non trae origine da premesse teoriche certe: viceversa, l'individuazione della politicalità è “in concreto rimessa agli orientamenti di volta in volta espressi dal singolo giudice”. La teoria “negativa”, poi, addirittura si spinge oltre, affermando che la nozione di atto politico non solo è priva di consistenza giuridica, ma anche di utilità pratica e potrebbe essere eliminata senza alcuna conseguenza per il diritto, dato che gli atti sfuggono al sindacato giurisdizionale non per una loro intrinseca politicalità, ma perché carenti dei presupposti processuali necessari alla realizzazione del sindacato giurisdizionale (personalità del soggetto ricorrente; inesistenza di un interesse personale, diretto e attuale all'azione; incompetenza, e così via). In tal modo però, a detta dell'Autore, si finisce per “trascurare l'esistenza di un preciso riferimento normativo (l'art. 31 T.U. Cons. Stato) che, a prescindere dalla circostanza di rispondere o meno a presupposti scientifici e razionali, tipizza in maniera inequivocabile la categoria” (p. 70).

La disamina delle teorie classiche sull'atto politico in ambiente prerепubblicano, condotta nel secondo capitolo, termina con quella della “legittimità necessaria”, formulata da Enrico Guicciardi (*L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937): più che “termina”, si potrebbe dire “culmina”, che si tratta di una nota costruzione dogmatica, dalla quale hanno preso le mosse (e, più spesso, le distanze) tutti coloro che in epoca successiva si sono occupati del tema. Fondata su una stretta esegesi di diritto positivo, segnatamente sul combinato disposto degli allora vigenti artt. 26 e 31 T.U. Cons. Stato, è noto che secondo Guicciardi “gli atti politici sono atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, eccezionalmente sottratti all'impugnativa giurisdizionale per qualche specifica ragione che li caratterizza” (p. 71). Come si riconosce nel volume, la teoria di Guicciardi, pur costituendo un importante punto di riferimento per la dogmatica dell'atto politico, non tiene conto della circostanza che “ogni atto pienamente discrezionale – e non solo quello politico – si fonda su motivi non sindacabili in sede giudiziale” (p. 73); né, osserva l'Autore, è dato comprendere perché si ammette la sindacabilità della violazione di un diritto da parte del giudice ordinario, mentre la violazione di un interesse dovrebbe essere esente da controlli giudiziali. Ciò che per l'Autore più conta, tuttavia, è che tale teoria, che trae dal dato positivo

vigente la propria forza e legittimazione, è destinata a essere superata a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

Nel terzo capitolo l'Autore vaglia attentamente le conseguenze scaturite dal mutato contesto costituzionale, il quale ha costretto gli studiosi a superare o, quantomeno, a ripensare le precedenti ricostruzioni relative all'atto politico. Un primo effetto è proprio il superamento della tesi che inquadrava l'atto politico nel *genus* degli atti amministrativi: tesi che, per quanto autorevolmente argomentata, è destinata a recedere innanzi l'insieme dei principi costituzionali e sovranazionali che disciplinano il funzionamento della giurisdizione amministrativa: la chiave di volta è rappresentata dall'art. 113 Cost., il quale, oltre a stabilire in via generale la possibilità di ricorrere innanzi il giudice ordinario o amministrativo avverso gli atti della pubblica amministrazione per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (comma 1), vieta espressamente al legislatore la possibilità di escludere o limitare detta tutela a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (comma 2).

Nel prosieguo del capitolo l'Autore dà conto dei dubbi avanzati dalla dottrina sulla legittimità costituzionale della clausola d'insindacabilità e conclude ch'essi sono superabili da una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie normativa. Nella prospettiva abbracciata nel volume, se si colloca l'atto politico al di fuori della categoria degli atti amministrativi e all'interno di quella degli atti definiti "di governo" o "di indirizzo politico" (a seconda della ricostruzione teorica di riferimento), l'inoppugnabilità dell'atto discende infatti, più che dalla previsione codicistica, dal difetto di interesse a ricorrere. In quest'ottica, l'asserita politicità di un atto nulla aggiungerebbe alle regole generali sul funzionamento del processo comune: "il principio dell'insindacabilità degli atti politici costituisce una riaffermazione dell'art. 113 Cost. piuttosto che una deroga" (p. 84).

Lo studio prosegue con la rassegna delle più recenti ricostruzioni dottrinali repubblicane, a partire dalla teoria dell'atto politico quale "atto di governo". L'Autore ammonisce che l'introduzione del concetto di legalità costituzionale porta alla "fase conclusiva del processo di revisione critica del principio di supremazia della legge": anche quest'ultima, ch'egli ricorda essere l'"atto politico per eccellenza", è così sottoposta a un sindacato di validità innanzi un giudice (p. 89). La tematica dell'atto politico, sorta nell'ordinamento in occasione dell'istituzione del modello di giustizia amministrativa, è così ricondotta entro il quadro unitario dell'attività di governo; essa, come efficacemente scrive l'Autore, "abbandona il terreno del diritto amministrativo processuale e si sviluppa nella sede del diritto costituzionale sostanziale, collegandosi ad una visione che investe in profondità la struttura e l'organizzazione del potere politico nello Stato moderno e contemporaneo" (p. 90). Superata la tesi che considerava l'atto politico una *species* di quelli amministrativi perché incompatibile con il nuovo assetto costituzionale, l'indagine, prima incardinata sull'asse dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione, si sposta su quello dei rapporti tra governo e amministrazione: su essi volge ora l'Autore il proprio sguardo.

Soccorre sul punto la nozione di indirizzo politico, inteso quale funzione (o attività, nella prospettiva crisafulliana) *altra* rispetto a quelle tradizionali e che, come noto, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione è profondamente rivisitata per renderla compatibile con

il mutato contesto ordinamentale. Da un lato, l'indirizzo politico si ritiene emanazione non più del partito unico al governo, ma delle forze politiche di maggioranza attraverso il filtro costituito dal raccordo corpo elettorale-Parlamento-Governo; dall'altro, nello spettro dell'indirizzo politico si tende a ricomprendere non solo la determinazione dei fini fondamentali dell'azione statale, ma anche la funzionalizzazione della volontà dei governanti, la predisposizione degli strumenti giuridici e dei mezzi materiali per il suo svolgimento e il conseguimento stesso dei fini (si pensi soprattutto all'insegnamento di Martines). Ne esce mutato anche il concetto di atto politico, identificato in "ogni atto posto in essere dagli organi costituzionali per il perseguimento di superiori esigenze inerenti la direzione suprema dello Stato, sia al suo interno che al suo esterno, nel suo complesso e nella sua unità" e dunque, in ultima analisi, "nell'esercizio della funzione di governo o di indirizzo politico" (p. 92).

La tesi che identifica l'atto politico con l'atto di governo rappresenta per l'Autore il logico corollario del superamento della tesi che lo inquadrava nel *genus* degli atti amministrativi. Esso è ora ricondotto alla categoria degli "atti costituzionali", posti in essere nello svolgimento di attribuzioni di specifici poteri o organi dello Stato e insindacabili dalla giurisdizione ordinaria e amministrativa perché insuscettibile di ledere direttamente le situazioni giuridiche soggettive. Tale ricostruzione, osserva l'Autore, è però inservibile in un'ottica sia descrittiva, sia prescrittiva: poiché l'elemento che accomuna i diversi atti è costituito unicamente dalla circostanza di scaturire da organi costituzionali nell'esercizio delle loro funzioni, si riconducono al medesimo insieme atti provenienti sia dagli organi di indirizzo politico, sia da quelli di garanzia, così trascurando l'eterogeneità di funzioni e contenuti e la circostanza che alcuni atti di diretta emanazione governativa (come i regolamenti governativi), seppur diversi da quelli propriamente amministrativi, si prestano alla sindacabilità giurisdizionale, laddove dotati di un'immediata idoneità lesiva di situazioni giuridiche soggettive.

Sul punto l'Autore, a partire dalla distinzione tra atti costituzionali e atti amministrativi, ricorda che un'autorevole dottrina ha identificato l'atto politico con l'"atto costituzionale libero nel fine" (E. CHELLI, *Atto politico*, cit., 43 sgg.). In un regime di Costituzione rigida, in particolare, vi sarebbe uno spazio intermedio tra la legge costituzionale e quella ordinaria, riservato allo svolgimento di un'attività "costituzionale", intesa quale immediatamente "esecutiva" della Costituzione formale. Vi sono collocate sia la funzione di indirizzo politico, della quale sono titolari gli organi costituzionali investiti del compito di esprimere la volontà delle forze di maggioranza (riconducibili al circuito corpo elettorale-Parlamento-Governo), sia la funzione di controllo della rigidità del sistema, svolta dagli organi di garanzia (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale). La prima funzione sarebbe volta a concretare sul terreno giuridico tutti i fini connessi alle scelte politiche di maggioranza e rispetto a essa la norma costituzionale non determinerebbe un vincolo nel fine, ma solo una serie di limiti – esterni e negativi – posti all'azione degli organi investiti della funzione. La seconda, invece, mirerebbe a garantire la rigidità del sistema e a conservare i contenuti permanenti espressi nella norma costituzionale: rispetto a essa, la Costituzione rappresenterebbe non già un sistema di limiti esterni all'azione, ma il fine

stesso dell'azione degli organi investiti della funzione, al quale questi sono internamente e positivamente vincolati.

Sulla connotazione di asserita libertà dei fini dell'atto politico, tuttavia, si appunta la critica dell'Autore, a tenor della quale la teoria dell'atto costituzionale libero nel fine sarebbe debitrice della distinzione bariliana tra indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico di maggioranza e, in ultima analisi, inconciliabile con il dettato costituzionale. Secondo l'Autore, la maggioranza di governo non potrebbe farsi portatrice di un indirizzo politico in contrasto con la Costituzione: in altre parole, in dottrina l'idea della Costituzione quale mero "limite esterno" sarebbe stata integrata da una visione della medesima come "fondamento" di tutto l'ordinamento giuridico, con conseguente incremento della "possibilità di fare appello a principi costituzionali in ogni possibile conflitto di interessi" e delimitazione degli "spazi costituzionali «vuoti» ai soli profili che riguardano l'esercizio del merito legislativo" (pp. 110 ss.). Anche nei casi in cui l'attuazione del programma costituzionale necessita di una "costante ed imprescindibile opera di intermediazione della politica, cui sovente è richiesto di assumere delicate scelte discrezionali, segnatamente in relazione alla gestione dei tempi e delle relative modalità" – e specialmente "laddove i fini costituzionali siano posti da norme programmatiche o da disposizioni contenenti formule generiche e concetti indeterminati" (p. 115) – l'opera richiesta alla politica resterebbe "pur sempre di interpretazione e attuazione dei fini medesimi (e non di creazione)". Sulla scorta della definizione di indirizzo politico di Martines quale "prima fase del processo applicativo della Costituzione", l'Autore sottolinea che, mentre la Costituzione attribuisce una discrezionalità, più o meno ampia, agli organi politici al fine di dare attuazione al programma ivi contenuto, nessuna libertà avrebbero questi ultimi nella predisposizione dei fini, che sempre andrebbero desunti "dalle disposizioni apicali della Carta e, segnatamente, dai principi supremi" (p. 117).

L'Autore prende infine posizione nei confronti di un recente indirizzo (R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 ottobre 2012) che, pur manifestando la necessità di una ricollocazione dogmatica della categoria dell'atto politico, finirebbe per riproporre un'impostazione analoga a quella dell'"atto costituzionale libero nel fine". In particolare, in mancanza di tratti formali tipici, la categoria dell'atto politico potrebbe essere collocata all'interno di quella degli atti costituzionali, ove continuerebbe a rilevare autonomamente per indicare quegli atti provenienti da organi *politici* non soggetti alla giurisdizione ordinaria, né a quella amministrativa, ma comunque vincolati al principio di legalità costituzionale. A detta dell'Autore, la distinzione tra atti costituzionali "autenticamente politici" così identificati e atti costituzionali *tout court*, posti in essere da altri poteri e organi dello Stato nell'esercizio delle relative funzioni, sarebbe però inservibile a scopi dogmatici. All'elemento della politicità, infatti, non si accompagnerebbero quelli della libertà nella predisposizione dei fini e della non giustiziabilità: la stessa teoria, infatti, sottolinea chiaramente che la primazia del principio di legalità costituzionale ripudia la possibilità di configurare atti politici esenti da qualsivoglia giurisdizione.

Al termine del terzo capitolo l'Autore rassegna alcune prime notazioni conclusive, affermando che, alla luce della disciplina costituzionale che sempre ammette la tutela giurisdizionale avverso

atti autoritativi, è oggi impossibile configurare una presunta categoria di atti amministrativi-politici; né possono trovare cittadinanza nell'ordinamento poteri o atti liberi e illimitati nei fini, nonché insindacabili innanzi l'organo di giustizia costituzionale. Secondo l'Autore, l'unica distinzione che è possibile tracciare è quella tra atti amministrativi e atti costituzionali, entrambi, però, sindacabili dal giudice amministrativo o dalla Corte costituzionale: “al di fuori del diritto (costituzionale), non può esistere fondamento alcuno per l'esercizio del potere pubblico, poiché, se così stessero le cose, le azioni degli organi statali, regionali o locali sarebbero disgiunte dal principio di responsabilità” (p. 128).

Nel quarto e ultimo capitolo, l'Autore si appresta a saggiare la bontà delle diverse impostazioni teoriche affrontate sino a quel momento attraverso il dato giurisprudenziale, il quale, per affermazione condivisibile, rappresenta “la cartina al tornasole del concetto di atto politico” (p. 130). Una prima notazione metodologica consiste nel fatto che anche in sede giurisprudenziale l'interpretazione della disposizione relativa all'insindacabilità degli atti politici muta in relazione al contesto storico di riferimento. In una prima fase, che intercorre dall'entrata in vigore della legge istitutiva del contenzioso amministrativo sino all'avvento del fascismo, la nozione di atto politico tratteggiata dalla giurisprudenza amministrativa riflette per lo più quella, di origine dottrinale, della “causa oggettiva”. Come acutamente osserva l'Autore, l'approccio sostanzialmente garantista della giurisprudenza non muta in realtà nemmeno durante il Ventennio fascista, nonostante due fattori concomitanti – la progressiva regolamentazione legislativa delle ordinanze di necessità e l'ampio ricorso agli strumenti del decreto-legge e del decreto legislativo – incidano sensibilmente nel contesto ordinamentale di riferimento e determinino un effettivo aumento del ricorso alla nozione di atto politico da parte del Governo.

Se prima l'Autore aveva illustrato l'impatto della Costituzione repubblicana sulle ricostruzioni teoriche intorno all'atto politico, egli si concentra adesso sulle conseguenze ch'essa ha prodotto sugli indirizzi giurisprudenziali, evidenziandone la svolta in senso restrittivo: la previsione costituzionale del generale principio di inderogabilità della tutela giurisdizionale avverso tutti gli atti della pubblica amministrazione, infatti, conduce al definitivo superamento dell'idea – pur marginale nella giurisprudenza prerepubblicana – che possano darsi atti formalmente amministrativi sottratti al sindacato di legittimità in ragione della natura politica impressa dall'esecutivo. Ciononostante, l'Autore ammonisce che sino alla fine degli anni Ottanta perdura l'oscillamento della giurisprudenza tra la tesi della “causa oggettiva” (la quale, come ricordato, riconduce la *species* degli atti politici al *genus* di quelli formalmente amministrativi, ma li sottrae al sindacato di legittimità perché funzionali alla salvaguardia di superiori esigenze dello Stato) e la tesi che li sussume nella categoria degli “atti costituzionali” o “di governo” (*i.e.* quegli atti posti in essere dagli organi dello Stato-apparato nell'esercizio della funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese).

Solo a partire dagli anni Novanta inizia a imporsi un orientamento che segna il definitivo superamento della tesi della “causa oggettiva” a vantaggio di una concezione degli atti politici quali atti esecutivi della Costituzione o comunque forniti di copertura costituzionale. L'Autore individua lo “spartiacque” (p. 139) di tale inversione di tendenza nella sent. Cass. civ. Sez. Un.,

25 giugno 1993, n. 7075, la quale, nell'escludere la giurisdizione del giudice amministrativo sulle nomine presidenziali dei senatori a vita disposte in eccedenza al limite numerico di cui all'art. 59, comma 2, Cost., mette a fuoco i limiti della giurisdizione amministrativa, radicandola con esclusivo riguardo agli "*atti amministrativi in senso proprio*". La decisione, per un verso, delimita così l'ambito applicativo della clausola generale di impugnabilità di cui all'art. 113 Cost., riferendola ai soli atti propriamente amministrativi; per altro verso, individua nell'esercizio di funzioni "diverse" da quella amministrativa il limite ultimo della giurisdizione, aprendo lo spiraglio anche in sede giurisprudenziale alla distinzione già calcata in dottrina tra atti amministrativi, sindacabili dal giudice comune, e atti costituzionali politici, i quali – nei limiti in cui ciò sia consentito dal sistema di giustizia costituzionale – possono essere sindacati dal giudice costituzionale. Ne consegue la necessità – sulla quale più volte torna l'Autore nel corso del proprio scritto – di offrire una lettura costituzionalmente orientata all'art. 31 T.U. Cons. Stato (e, poi, all'art. 7 cod. proc. amm.), secondo cui il riferimento agli atti politici del Governo riguarderebbe unicamente gli atti rispetto ai quali il giudice amministrativo non ha giurisdizione.

In giurisprudenza l'Autore registra una prima conferma dell'estraneità della nozione di atto politico alla categoria degli atti amministrativi, anche se non sono ancora definiti – se non in negativo – i contorni della nozione di atto costituzionale politico. Il giudice enuclea due criteri di riconoscimento degli atti politici: uno, soggettivo, consistente nell'essere l'atto emanato dal Governo, al quale "spetta la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica"; l'altro, oggettivo, consistente in ciò che l'atto è "emanato nell'esercizio di potere politico, anziché nell'espletamento dell'attività amministrativa". Avvedutamente, però, nel volume si sottolinea che tali criteri sono "insufficienti nella prospettiva di una costruzione dogmatica di atto politico insindacabile, in quanto libero nel fine" (p. 141), perché non esonerano l'atto in questione dal rispetto del principio di legalità costituzionale.

L'Autore ricostruisce sapientemente il percorso tracciato negli anni successivi dal giudice amministrativo, il quale cerca di individuare i tratti distintivi della categoria dell'atto politico nella misura in cui ciò gli consente di rispondere alle frequenti eccezioni di inoppugnabilità sollevate in giudizio dall'amministrazione *ex art. 31 T.U. Cons. Stato*. Alla luce della giurisprudenza esaminata, per l'Autore appare più utile concentrarsi sulla distinzione tra atti politici e atti di "alta amministrazione", i quali, a differenza dei primi, sono soggetti al sindacato giurisdizionale. Infatti, nonostante le due categorie presentino dei tratti in parte assimilabili (la provenienza dagli organi di vertice e l'ampio margine di discrezionalità che li rende poco inclini al controllo del giudice), la giurisprudenza ambienta la distinzione all'interno di uno "schema piramidale", al cui vertice vi sono gli atti di indirizzo politico, alla base gli atti di "ordinaria amministrazione" e, in posizione intermedia, gli atti di "alta amministrazione" quale elemento di raccordo. Per effetto della progressiva emersione di connotati strutturali differenti rispetto al livello politico, all'"alta amministrazione" è ricondotta l'attività di direzione, impulso, indirizzo e coordinamento dell'azione puntuale degli apparati burocratici statali, regionali e locali: attività dotata di amplissima discrezionalità, ma pur sempre strutturalmente vincolata ai fini posti in sede politica. Come correttamente si ricorda nel volume, nelle applicazioni concrete del giudice amministrativo

L'“alta amministrazione” si estende progressivamente, finendo con l'erosione della categoria degli atti politici: ciò, in una con la tendenza del giudice comune a respingere pressoché costantemente le eccezioni di politicità sollevate dall'amministrazione resistente, conduce al rafforzamento delle garanzie di tutela del cittadino nei confronti degli atti autoritativi dei pubblici poteri, in perfetta sintonia con i principi dello Stato di diritto.

L'Autore osserva che la giurisprudenza tende a ritenere di “alta amministrazione” le sole fattispecie in cui non vengono in rilievo supremi e unitari compiti statali, bensì interessi puntuali e contingenti, allo scopo di estendere il numero degli atti sindacabili dal giudice e, dunque, di garantire il diritto di difesa alle situazioni soggettive coinvolte. Con l'ulteriore conseguenza che la sottrazione al sindacato giurisdizionale resta “circoscritta a un duplice ambito materiale: le relazioni tra gli organi che esercitano attribuzioni di rilievo costituzionale e i rapporti tra gli Stati nella comunità internazionale” (p. 151). Nondimeno, ad avviso dell'Autore, una più attenta analisi dei casi di accoglimento dell'eccezione di politicità porta a ritenere che il difetto di giurisdizione sia motivato dalla mancanza di configurabilità, in ciascuna fattispecie, di posizioni individuali immediatamente tutelabili nei confronti dell'atto posto in essere dall'autorità. Conseguentemente – osserva l'Autore, anticipando in parte alcune conclusioni cui perverrà – non sembra essere tanto l'ambito materiale a determinare la politicità dell'atto impugnato, quanto la circostanza che lo stesso non sia ontologicamente lesivo di posizioni soggettive tutelabili; l'esito del giudizio, in altri termini, sembra imposto dall'applicazione dei principi generali del processo amministrativo, segnatamente dalla carenza di un concreto interesse a ricorrere.

Lo sguardo dell'Autore si sposta infine alla giurisprudenza dell'ultimo decennio, la quale sembra aver acquisito consapevolezza della ineffabilità dell'atto politico e considerare dirimente, ai fini del giudizio di insindacabilità, non tanto i caratteri del provvedimento scrutinato, quanto il contenuto della norma attributiva del potere e, in particolare, se la stessa introduca o meno dei vincoli di carattere giuridico all'esercizio del potere discrezionale. Secondo l'Autore, “la chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità politica di un atto della pubblica amministrazione pare costituita non tanto dalla provenienza dal Governo nell'esercizio del potere politico, quanto dalla mancanza di specifici parametri giuridici che riconoscano posizioni di vantaggio meritevoli di protezione”; pertanto, “laddove esista un parametro di legittimità alla stregua del quale sindacare l'atto autoritativo, questo non sfugge al controllo in sede giudiziale” (p. 159), come secondo l'Autore è confermato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Quest'ultima, al fine di radicare la propria giurisdizione in alcuni “casi «limite»” (p. 160), ha ritenuto del tutto irrilevante l'indagine sulla provenienza e sul contenuto dell'atto e ha invece valorizzato il diverso profilo della sussistenza di un parametro di legittimità in grado di predeterminare o, comunque, di circoscrivere le modalità di esercizio della discrezionalità politica.

Il problema transita così dal piano del difetto di giurisdizione a quello dell'insindacabilità per profili di merito, come attesta l'esame, nel volume, di alcuni casi giurisprudenziali particolarmente significativi per il tema che ne occupa. Ciò si è verificato, ad esempio, in relazione al problema delle “giunte al maschile” nella Regione Campania, scrutinato dapprima dal giudice amministrativo e, poi, da quello costituzionale. Nella sent. n. 81 del 2012, il giudice delle leggi ha

ribaltato l'ordine logico delle questioni rispetto all'atteggiamento tradizionalmente tenuto dalla dottrina e affermato che occorre muovere preliminarmente non già dalla disposizione che sancisce l'insindacabilità degli atti politici, ma dalla struttura della norma attributiva del relativo potere, onde verificare la sussistenza di una posizione giuridica soggettiva meritevole di protezione e di limiti cui è soggetta la manifestazione di potere pubblico di volta in volta considerata.

La *ratio decidendi* della sent. n. 81 del 2012 trova per l'Autore puntuale riscontro nella giurisprudenza più recente, sia costituzionale, sia amministrativa. Riferisce l'Autore che nella sent. n. 52 del 2016 la Corte costituzionale ha avuto un'altra occasione per sollecitare ulteriori riflessioni concernenti il controverso tema dell'atto politico; la pronuncia è assai nota per aver risolto in senso favorevole al Governo un conflitto di attribuzione tra poteri avente a oggetto la sent. Cass. civ., SS.UU., n. 16305 del 2013, la quale aveva affermato la sindacabilità, da parte del giudice amministrativo, della delibera del Consiglio dei Ministri di diniego di avvio delle trattative con l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti volte alla stipulazione di intese ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost. Nell'accogliere il ricorso del Governo e annullare la sentenza della Corte di cassazione, la Corte costituzionale ha escluso che dalle disposizioni costituzionali che regolano il fenomeno religioso (artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.) possa desumersi l'esistenza di una pretesa soggettiva giustiziabile all'avvio della trattativa, precisando però che detta decisione impegna la discrezionalità politica del Governo – il cui limite è comunque rintracciabile nei principi costituzionali – e la responsabilità che l'organo assume nella forma di governo parlamentare. A prescindere dal merito della soluzione, come sottolinea l'Autore, la Corte “si mostra particolarmente attenta nel non fare menzione alla categoria dell'atto politico, facendo riferimento al diverso concetto di *discrezionalità* politica dell'esecutivo: muovendosi così nel solco del precedente costituito dalla sent. n. 81 del 2012, che viene opportunamente richiamato” (p. 179; corsivo nell'originale). Proprio a partire da tale precedente, osserva l'Autore, la Corte ha infatti affermato che la situazione sarebbe differente ove il legislatore decidesse, nella sua discrezionalità, di introdurre una compiuta regolazione del procedimento di stipulazione delle intese, recante anche parametri oggettivi e idonei a guidare il Governo nella scelta dell'interlocutore. L'insindacabilità, pertanto, sembra esser pronunciata *rebus sic stantibus* e la delibera con cui il Consiglio dei Ministri nega l'avvio delle trattative con l'UAAR, a detta dell'Autore, dovrebbe ritenersi “non già atto politico insindacabile per difetto di giurisdizione, ma atto amministrativo discrezionale, insindacabile per motivi di merito” (p. 180).

Ciò premesso, l'Autore formula alcune note critiche a margine della sentenza della Consulta, osservando – con argomentazioni convincenti, ma che forse avrebbero meritato più spazio – che la pronuncia “trascur[a] ingiustamente di considerare l'esistenza di diversi parametri di rango costituzionale, idonei a vincolare e indirizzare la discrezionalità del Governo proprio in ordine all'avvio delle trattative”. Di tali parametri la stessa Corte offrirà addirittura un decalogo nella pressoché coeva sent. n. 63 del 2016: “il divieto di discriminazione, innanzitutto, che, ai sensi degli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost., è volto a garantire l'eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto, di cui l'eguale libertà delle confessioni di organizzarsi e di operare

rappresenta la «proiezione necessaria sul piano comunitario»; il principio del buon costume, in secondo luogo, che, qualora venga in causa, preclude *in apicibus* al Governo di dare avvio alle trattative; la tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico e della pacifica convivenza, infine, di cui occorre tenere conto ai fini del bilanciamento nell'adozione dell'eventuale provvedimento governativo di diniego” (p. 181).

Ricondotta l'ultima pronuncia della Corte nel solco della più recente giurisprudenza costituzionale concernente la categoria dell'atto politico, l'Autore osserva che recentemente anche il giudice amministrativo, in maniera speculare, ha focalizzato la propria attenzione non tanto sul contenuto dell'atto impugnato, quanto sul grado di vincolatività del parametro legale di riferimento. Il fenomeno è tanto più significativo, se si considera ch'esso ha ormai luogo anche nella materia delle relazioni internazionali, nella quale si esprime la sovranità politica del Paese, esercitata per il tramite degli organi costituzionali, e che tradizionalmente rappresenta il limite ultimo al sindacato di legittimità. Il Consiglio di Stato, chiamato a scrutinare fattispecie culminanti rispettivamente nel provvedimento di soppressione di un'ambasciata (sent. Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808), nel parere reso dal Comitato direzionale per la Cooperazione allo sviluppo del Ministero degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale (sent. Sez. V, 9 gennaio 2017, n. 16) e nel diniego opposto dal Ministero medesimo alla richiesta di rinnovo dell'*exequatur* per l'esercizio delle funzioni di console onorario formulata da un'ambasciata straniera (par. Sez. I, 4 settembre 2019, n. 2483, reso nell'affare n. 1925/2018), ha affermato che non tutto ciò che è riconducibile alla politica estera e all'attività internazionale dell'esecutivo è, per ciò solo, immune dalla giurisdizione; viceversa, sottratto al sindacato giudiziale è solo “il singolo frammento di attività che, nell'ambito di un più ampio ciclo funzionale, è espressione di un potere estero non soggetto a parametri legali”, ovvero quelle “questioni in cui, all'interno di procedure più ampie e complesse, si sostanzia il merito delle valutazioni squisitamente politiche” (p. 185).

Al termine del volume, l'Autore sviluppa conclusioni coerenti con i ricordati mutamenti giurisprudenziali, osservando che “il richiamo al concetto di atto politico sembra rivelarsi vano tutte le volte in cui sia possibile rinvenire un parametro di legittimità alla stregua del quale sindacare un atto autoritativo” (p. 187) e che il principio di effettività della tutela giurisdizionale avverso ogni atto della pubblica amministrazione osta all'ammissibilità di vuoti di tutela non giustificati dall'esigenza di rispettare il merito delle decisioni politiche. Quest'ultimo sottende per l'Autore una libertà di scelta in capo al decisore politico che è sì insindacabile dal giudice del caso concreto, ma solo a condizione che la discrezionalità sia esercitata “in maniera conforme al principio di legalità, inteso esso nel suo duplice circuito, legale e costituzionale”: discrezionalità che “permane unicamente negli spazi liberi dal diritto”, mentre, “laddove non vi sia libertà dal diritto non può esservi, per definizione, atto sottratto al sindacato giurisdizionale” (pp. 188 ss.).

Per le ragioni ora accennate, l'Autore giunge ad assumere una netta posizione nei confronti delle vicende Gregoretti e *Open Arms*, a partire dalle quali ha preso forma la sua personale riflessione in ordine agli sviluppi storici, dottrinali e giurisprudenziali concernenti l'atto politico. In primo luogo, l'Autore condivide l'orientamento del Tribunale dei Ministri di Catania e dalla Giunta per le immunità del Senato, i quali, in relazione alle vicende Gregoretti e *Open Arms*, hanno

rispettivamente chiesto e concesso l'autorizzazione a procedere in giudizio *ex art.* 96 Cost. nei confronti dell'allora Ministro dell'Interno, osservando che dinanzi all'esigenza di salvaguardare diritti fondamentali, ancorché di cittadini stranieri, non può esservi motivazione politica che tenga. In secondo luogo, l'Autore, sulla scorta dei più recenti arresti giurisprudenziali, ribadisce che “i limiti del sindacato giurisdizionale rispetto agli atti autoritativi possono essere segnati unicamente dal grado di vincolatività dei parametri legali che circoscrivono l'ambito di discrezionalità riconosciuta agli organi politici”, mentre “non è dato riscontrare [...] materie integralmente riservate alla politica, ma piuttosto singole forme di esercizio del potere discrezionale, insindacabili per profili di merito” (p. 191). L'Autore, però, sviluppa tali premesse sino alle loro estreme (e forse, a sommosso parere di chi scrive, eccessive) conseguenze. Nel ritenere la nozione di atto politico “oramai priva di una concreta utilità” (p. 192), osserva ch'esso non può trovare spazio all'interno della categoria degli atti amministrativi, per definizione soggetti al rispetto del principio di legalità e, dunque, se lesivi sempre impugnabili; se non lesivi, non impugnabili per carenza dei presupposti processuali necessari all'esperimento dell'azione. L'atto politico, tuttavia, non potrebbe trovare cittadinanza nemmeno tra gli atti costituzionali (*i.e.* gli atti che sono svolgimento di attribuzioni di specifici poteri o organi dello Stato insindacabili dalla giurisdizione ordinaria o amministrativa), comunque tenuti al rispetto dei canoni di legittimità costituzionale che informano ogni tipo di atto o funzione caratterizzante l'esercizio del potere autoritativo (ivi incluso quello di indirizzo politico).

Se il senso originale della nozione di atto politico era quello di neutralizzare i rischi di intromissione da parte del giudice amministrativo nelle questioni concernenti la sfera delle attribuzioni di ordine politico-costituzionale; se oggi, a presidio di tale necessità, si erge la Corte costituzionale, chiamata a dirimere i conflitti tra enti e tra organi costituzionali nelle forme e nei limiti in cui lo consente il vigente modello di giustizia costituzionale; se tutto ciò è vero, per l'Autore la nozione di atto politico insindacabile, avvicendatasi sino all'art. 7, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm., “non sembra riguardare più la sfera del diritto”, il che addirittura ne renderebbe “auspicabile la definitiva abrogazione” (p. 193). Abrogazione che, per un verso, certamente scongiurerebbe il rischio – debitamente stigmatizzato dall'Autore – che tale categoria “continui ad essere impropriamente evocata dalla politica, a guisa di un comodo alibi per affrancarsi dal rispetto delle regole costituzionali” (p. 193); per altro verso, però, a modesto parere di chi scrive, potrebbe condurre ad approdi (ancora più) incerti la giurisprudenza amministrativa. Come già accaduto in passato, quest'ultima, in assenza di una norma positiva dedicata, potrebbe essere più incisivamente influenzata dal mutevole contesto storico di riferimento.

In conclusione, il volume di Andrea Lollo offre un quadro assai esaustivo delle problematiche sottese al tema dell'atto politico. Queste ultime, come efficacemente dimostrato dall'Autore, non possono che essere complesse, attesa la “matrice dialettica” (per usare un'espressione di cheliana memoria: *Atto politico*, cit., 25) della nozione, espressione della tensione e del compromesso tra due principi immanenti nella vita di ogni ordinamento, quello liberale e quello autoritario. E tale complessità è resa ancor più profonda dell'evoluzione in senso democratico del nostro ordinamento e della nascita di un modello di giustizia costituzionale. Ciononostante, l'Autore

riesce rigorosamente nel tentativo di verificare la “tenuta” della categoria in questo itinerario costituzionale che lo porta a ritenere tramontata, se non la categoria in sé, quantomeno la disciplina positiva che ne rappresenta lo svolgimento.

Lucio Adalberto Caruso



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



B. CARAVITA E ALTRI, *A centocinquant'anni da Roma capitale. Costruire il futuro della Città eterna*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, pp. 174*

Non si incorre certamente in un'iperbole se si afferma che Roma abbia dato forma al concetto di città oggi conosciuto e conseguentemente alla sua scienza, l'urbanistica. Lo stesso termine «Urbe» è universalmente riconducibile solo alla città di Roma, mentre quello di «città» trae direttamente dal latino *civitate(m)*, il quale significava propriamente, e anzitutto, il complesso dei cittadini. Città e cittadinanza si costruiscono quindi vicendevolmente, in un reciproco processo evolutivo, che fa dell'urbanesimo un fenomeno sociale complesso nel lungo fluire della Storia.

Roma oggi offre agli occhi del mondo un potente contrasto: la sua fisionomia antica sembra imperturbata, nonostante i secoli di saccheggi, macerie e brecce, mentre quella contemporanea restituisce un ambiente urbano prevalentemente avulso, fondato su una mera logica costruttiva e di gentrificazione, quasi del tutto scevra di memoria storica e lume urbanistico. La città appare, nel presente, al contempo *caput* e *provincia mundi*.

La disarticolazione tra centro e periferie recide le maglie del tessuto urbano e la presenza di sedi istituzionali, anche di rango internazionale, nonché di importanti edifici e monumenti di rilevantissimo interesse culturale non racchiude né coglie l'interezza degli spazi pubblici romani, i quali infatti possono ritrovarsi inaspettatamente in realtà sociali caratterizzate da prassi di informalità, autogestione e cittadinanza attiva.

Non è un caso, pertanto, che per un simile ambiente urbano esteso, unico e diversificato l'Osservatorio Parlamentare per Roma abbia di recente incoraggiato un importante momento di studio collettivo da parte dei tre atenei pubblici romani, ossia lo *Studium Urbis*, Tor Vergata e Roma Tre, al fine di richiamare l'attenzione accademica, istituzionale e della cittadinanza sulla necessità di dare principio ad una "fase costituente per Roma", come affermato dall'on. Riccardo Magi nella prefazione dell'opera (cit. p. 6). Tale lavoro è ben rappresentato nel presente volume edito per i tipi di Rubbettino, il quale consta di un efficace respiro interdisciplinare - coniugando l'analisi propriamente giuridica a quella urbanistica, storica, economica e geografica - e restituisce con chiarezza le principali criticità organizzative, amministrative e territoriali della città.

L'opera collettanea, curata dal professor Beniamino Caravita, vede i contributi di importanti studiosi appartenenti ai tre atenei romani, insieme a quelli dell'Università della Tuscia e dell'Università telematica di Nettuno: per l'analisi propriamente giuridica, i professori Paola Piciacchia, Federica Fabrizzi, Alessandro Sterpa, Marco Ruotolo, Fabio Giglioni, Maria Vittoria Ferroni, Gianpaolo Fontana; per la retrospettiva storica, il professor Augusto D'Angelo; per i rilievi economici e statistici, i professori Emma Galli e Pierpaolo D'Urso; per lo studio geografico e territoriale della città, la professoressa Maria Prezioso. Ciascuno dei tagli prospettici offerti dal

* Contributo sottoposto a *peer review*.

volume contribuisce a formare una proposta complessiva di riforma politico-giuridica per il futuro di Roma; a rivestire di correttezza la scelta metodologica interdisciplinare sta proprio la fisionomia dell'Urbe, costituente un *unicum*.

L'insieme delle riflessioni tracciate nel volume fornisce, complessivamente, le chiavi di interpretazione per dare un nuovo assetto alla città e uno strumentario analitico per rifondare l'architettura istituzionale cittadina; l'opera offre, quindi, all'attenzione del legislatore le coordinate fondamentali per la traduzione normativa di tale importante progetto politico, istituzionale e organizzativo per Roma.

Il primo capitolo, ad opera del prof. Caravita e dal titolo "*Un futuro per Roma Capitale: modelli, idee e dimensioni a confronto*", mette in luce gli aspetti critici relativi alla specialità della città: Roma, ai sensi dell'ordinamento vigente, riveste infatti le funzioni di comune (art. 24, c. 2, l. n. 42 del 2009), Città metropolitana (art. 114 Cost., come attuato dalla l. n. 56 del 2014), capoluogo della Regione Lazio e Capitale d'Italia; come afferma l'A., tale configurazione ha reso la città, in termini di razionalità organizzativa, un "irrocervo, uno di quegli animali mitologici il cui corpo è composto da parti di animali diversi incoerenti tra di loro" (cit. p. 13). Dalla fisionomia complessiva della città, in ogni caso, si rileva che può evincersi l'attualità e la prospettiva di un doppio modello: "Roma Capitale istituzionale, italiana e europea, e Roma Capitale dello sviluppo, in competizione con i grandi agglomerati urbani nazionali, europei e mondiali", laddove il primo "trova la sua base territoriale nel Comune di Roma", mentre il secondo "trova la sua base territoriale naturale nella dimensione ex provinciale" (cit. pp. 13-14).

All'importante intento di architettura istituzionale e organizzativa per la riforma ordinamentale di Roma, l'A. avverte che dovrà accompagnarsi necessariamente "un'adeguata cessione di competenze" (cit. p. 15); e ciò sia che si intenda realizzare il disegno con legge ordinaria, nel solco di quanto disposto dall'art. 114 Cost., sia con la scelta più impervia di un intervento con legge costituzionale. La razionalizzazione - e quindi la redistribuzione - delle competenze costituisce, del resto, uno dei nodi politici più importanti per la riforma di Roma e dovrebbe estendersi, segnala l'A., soprattutto al tema dei servizi pubblici; poiché questi, si afferma, "vanno a vantaggio non solo dei cittadini romani, ma di tutta la collettività nazionale (di certo metropolitana e regionale), e per questa ragione devono essere finanziati in parte dallo Stato (Città metropolitana e Regione), anche la gestione non può essere esclusivamente locale". Sulla scorta di tale considerazione, l'A. suggerisce significativamente l'istituzione di "un'agenzia unica per i servizi pubblici di Roma Capitale" (cit. pp. 16-17): il modello dell'agenzia amministrativa, invero, per la sua connotazione tipicamente tecnico-operativa e la tendenziale autonomia rispetto agli organi *strictu sensu* politici, ben potrebbe rappresentare una sintesi utile a una migliore organizzazione e allocazione delle competenze.

Posti i binari per il ragionamento sul futuro ordinamentale della città, il secondo capitolo, ad opera del prof. D'Angelo e dal titolo "*Qualche idea dal passato di Roma Capitale*", offre un primo monito importante: è necessario ripercorrere la storia delle trasformazioni della città, dapprima avvenute a seguito del 1870 con il progetto urbanistico di "oscuramento della Roma papale" (cit. p. 21), cui fecero seguito, durante il regime fascista, la "costruzione nell'immaginario pubblico di

una ‘capitale imperiale’” (cit. p. 22), e, nel dopoguerra, la moltiplicazione delle periferie e delle marginalità urbane; l’analisi dei mutamenti della città permette, infatti, di comprendere che proprio “a partire dalla fine degli anni Sessanta [...] la città ha visto crescere il numero dei suoi abitanti nelle sterminate periferie, ponendo il problema di una sua identità che sfuma” (cit. p. 25) e quindi l’inizio della sua “sostanziale «provincializzazione»” (cit. p. 27). Il moto progettuale per il futuro di Roma non deve perciò prescindere dalla memoria storica dei cambiamenti della fisionomia cittadina, e anzi proprio da essa deve trarre la giusta contezza degli errori e delle migliori iniziative conosciuti.

L’anomalia romana è resa, con particolare evidenza, dall’analisi comparata delle evoluzioni organizzative più recenti esperite dalle principali capitali europee; tale studio è compiuto dalla prof.ssa Piciacchia nel terzo capitolo del volume, dal titolo “*Ragionando sui modelli di capitali europee*”. La città di Londra, che per estensione territoriale è la più comparabile con Roma, è organizzata - a seguito della riforma intervenuta con il *Greater London Authority Act* del 1999 - attorno ad un “ente a vocazione generale su tutta l’area dei distretti (*boroughs*) e della *City* caratterizzato da un’assoluta specificità”, avente cioè “una competenza generale finalizzata alla promozione dello sviluppo economico, sociale e ambientale nel perimetro di Londra” (cit. p. 32). Berlino, a sua volta, come noto, costituisce l’esempio europeo più importante di città-stato, avente una propria carta costituzionale cittadina; l’art. 1, c. 1, della Costituzione di Berlino sancisce che la città “è allo stesso tempo un *Land* federale e una città (*«Berlin ist ein deutsches Land und zugleich eine Stadt»*) attribuendo sostanzialmente a essa funzioni al tempo stesso statali e comunali” (cit. p. 37). Anche Parigi si è recentemente dotata di una configurazione speciale “con la fusione delle competenze del Comune e del Dipartimento, avvenuta nel 2017” (cit. p. 50); in senso simile Madrid, “dove alla capitale è riconosciuto sì uno statuto particolare, ma la vocazione strategica finisce per realizzarsi soprattutto a livello di Comunità autonoma” (cit. p. 50). In ogni caso, l’emersione della tendenza generale, data della lettura comparata, di un “doppio livello di governance” per le principali capitali europee, va interpretata in relazione alla “necessità di distinguere, con sufficiente chiarezza, le varie dimensioni della governance integrata, sia essa territoriale e/o funzionale, al fine di definire un modello efficiente che eviti di ‘perdersi’ entro i diversi livelli di governo” (cit. pp. 50-51): una cautela, quella tesa ad evitare la loro moltiplicazione, che è invece mancata finora nella costruzione dell’ordinamento della Capitale.

Coerentemente con tale impostazione, il successivo quarto capitolo, ad opera della prof.ssa Fabrizzi e dal titolo “*Roma e la riorganizzazione territoriale*”, rammenta criticamente che l’elaborazione del progetto di un nuovo modello istituzionale per Roma non può essere studiata distintamente da un percorso di riforma che coinvolga l’intero assetto nazionale: osservando Roma nel suo contesto, afferma l’A., risulta infatti evidente che “vi è una Capitale con una connotazione senza dubbio sovraregionale, la quale ha esercitato un’indubbia forza centripeta nel territorio circostante”, mentre “dall’altra parte c’è una Regione o, più correttamente, ci sono delle Province che mostrano [...] una certa vivacità e autonomia, rispondenti a dinamiche centrifughe” (cit. pp. 54-55). La rassegna e l’analisi degli interventi normativi susseguitisi dal dopoguerra ad oggi, rileva l’A., riconsegnano la verità storica per cui “alla fine degli anni Trenta [...] la geografia

amministrativa del Lazio era praticamente quella attuale” (cit. p. 61). Tale immobilità, perdurante nell’ordinamento della Repubblica sino ai nostri giorni, ha lasciato immutate le principali criticità del territorio nazionale e di quello romano in particolare; di qui l’avvertimento che “la riforma di Roma e la riorganizzazione amministrativa territoriale debbono andare insieme” (cit. p. 63). È, d’altronde, pacifico che la città avente la qualità di capitale sia tale proprio per la sua attitudine unica di esprimere l’intera identità repubblicana, per cui il progetto di Roma coinvolge necessariamente non solo il più ristretto ambito territoriale ma quello nazionale nel suo complesso.

Le principali vocazioni della città, ossia la “capitalità” e la “metropolitanità” (cit. p. 65) sono ben messe in luce nel quinto capitolo, a cura del prof. Sterpa e dal titolo “*Il rapporto tra Roma Capitale e Roma Città metropolitana: la dimensione territoriale di governo*”. L’analisi mostra la necessità che il dibattito per l’evoluzione istituzionale della Capitale muova dallo “schema della ‘doppia Roma territoriale’” (cit. p. 67) verso quello di una “doppia Roma funzionale” (cit. p. 68); appare dunque preferibile un percorso di funzionalizzazione dell’ordinamento della città, in quanto “un modello non territoriale potrebbe [...] essere adeguato a governare le interconnessioni territoriali dei comuni, sfuggendo alle logiche della rappresentatività territoriale” (cit. p. 74). Roma, del resto, sin dalle sue origini, ha sempre teso ad un respiro ben più ampio dei propri confini urbani, estendendo la propria influenza al resto del territorio: tale consapevolezza dovrebbe essere sempre presente nell’elaborazione di un suo nuovo ordinamento in chiave funzionale.

Il volume dà conto, nel sesto capitolo del prof. Ruotolo e dal titolo “*Roma Capitale come ente metropolitano speciale*”, delle iniziative parlamentari in tema di riforma dell’ordinamento di Roma Capitale e si sofferma, in particolare, sulla proposta di legge a firma dell’on. Causi (C. 4750 del 22 novembre 2017). Tale iniziativa, afferma l’A., nel presupposto che tra le maggiori criticità romane vi sono l’estensione territoriale e la densità abitativa dei municipi - assimilabili, questi, a una qualsiasi media città italiana ma manchevoli dei necessari poteri gestionali e finanziari per assicurare alla popolazione residente servizi pubblici efficienti-, “costituisce un’interessante mediazione, trasformando l’attuale ente Roma Capitale in Città metropolitana, con la denominazione ‘Roma’, e gli attuali municipi in comuni municipali” (cit. p. 78).

Le altre iniziative parlamentari di riforma istituzionale sono analizzate nel successivo settimo capitolo, a cura del dott. Severa e dal titolo “*Proposte di legge ordinaria e di legge costituzionale sull’ordinamento di Roma - XVII e XVIII legislatura*”. Tra le principali proposte di legge di revisione costituzionale, l’A. fa riferimento alla C. 110, di iniziativa dell’on. Morassut, la quale prevede l’inclusione, in un rinnovato compendio di regioni, anche “la Regione di Roma Capitale, corrispondente al territorio dell’attuale Città metropolitana” (cit. p. 90).

Nel loro complesso, le proposte sinora intervenute per la riforma dell’ordinamento di Roma Capitale, siano esse tese ad una legge ordinaria ovvero alla revisione costituzionale, mirano principalmente a risolvere l’inadeguatezza del livello comunale di governo, inidoneo ad esprimere la pluralità di funzioni e servizi tipici di una capitale.

Prima della costruzione di un modello istituzionale specifico per Roma, che sia orientato o meno all’idea della città-regione, vera priorità è, quindi, come affermato dal prof. Giglioni già nel

titolo del capitolo ottavo, “*Organizzare il governo di prossimità*” (cit. p. 91). Il rischio, infatti, se non si realizza la fondazione della nuova architettura istituzionale intorno ad un nucleo di governo comunale e subcomunale efficiente, è di compromettere l’intera opera di riforma e rilancio della Capitale.

La definizione del governo locale deve quindi avvenire alla stregua del monito gianniniano, sempre valido, secondo cui «in principio sono le funzioni»: “secondo i migliori insegnamenti della scienza amministrativa”, afferma infatti l’A., “nell’articolare i centri di governo di prossimità la priorità di definizione deve essere assegnata alle funzioni cui segue poi l’organizzazione” (cit. p. 93); da tale impostazione deriva che “i nuovi centri amministrativi dovrebbero essere correlati a organi di rappresentanza democratica ma anche sapendo rilanciare forme innovative di democrazia locale con uffici decentrati di quartiere, anche a composizione mista tra funzionari e realtà sociali di territorio, costituendo una sorta di Agenzie sociali di quartiere”, ovvero, in alternativa, “si potrebbero introdurre sedi istituzionali a gestione collettiva, come sono ad esempio le Case di quartiere a Torino” (cit. p. 94). Che lo scenario organizzativo complessivo sia teso alla costruzione di una Città metropolitana coincidente con i confini comunali di Roma ovvero sia, inversamente, volto alla definizione di Roma Capitale entro i confini più ampi della Città metropolitana, resta ferma la priorità del “rafforzamento degli assetti del governo di prossimità” (cit. p. 97), la cui realizzazione coinvolge necessariamente il livello nazionale con l’elaborazione di un Piano strategico. Il potenziamento dei livelli di governo subcomunale contribuirebbe, inoltre, a dare una maggiore dimensione di effettività al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, u.c., Cost., proprio grazie alla valorizzazione dei richiamati modelli di democrazia locale.

Come emerge chiaramente dal capitolo successivo, ad opera della prof.ssa Ferroni e dal titolo “*Roma e i servizi pubblici*”, l’analisi dei dati raccolti dall’Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale nella XII *Indagine sulla qualità della vita e dei servizi pubblici di Roma del 2019* mostra che la città non è in grado di erogare in modo soddisfacente, tra i diciotto servizi pubblici considerati, soprattutto “il servizio di igiene urbana e il trasporto pubblico locale” (cit. p. 103); significativamente, entrambe le società erogatrici dei servizi pubblici richiamati sono *in house*, mentre tra le principali positività si riscontra il servizio idrico, che vede invece “l’affidamento trentennale dal primo gennaio 2003 ad Acea Ato 2 SpA, gestore di ambito territoriale competente, soggetta ai controlli e alle direttive dell’Arera, Autorità di regolazione per energia reti e ambiente” (cit. p. 107). L’organizzazione dei servizi pubblici locali più carenti attraverso modalità maggiormente concorrenziali e con l’azione di società partecipate potrebbe quindi contribuire ad un’erogazione complessivamente più efficiente degli stessi.

Un importante fattore di crescita e sviluppo sostenibile della città, rileva l’A., può individuarsi, inoltre, nella cura dei suoi (ancora) estesi spazi verdi: nelle attività di gestione di tali aree si registra “una crescente partecipazione dei cittadini” ed è quindi auspicabile il loro maggiore coinvolgimento, sia mediante “i servizi di prossimità che gli strumenti (patti di collaborazione, accordi)” (cit. p. 110). In tal senso, le attività di cura del verde urbano ben si prestano a costituire una prassi virtuosa di attuazione sia del principio di sussidiarietà orizzontale, sia della tutela

dell'ambiente. Le grandi città, metropoli e megalopoli globali sono del resto chiamate, *a fortiori* nel perdurare dello scenario critico della pandemia da Covid-19, ad una improcrastinabile valorizzazione del loro ruolo nelle azioni di contrasto alla recessione ecologica e alla perdita di biodiversità, cui la recente crisi pandemica è tragicamente connessa.

Alcune criticità della Capitale, già croniche, si sono peraltro acuite nel recente segmento temporale occupato dalla crisi sanitaria: come si rileva nel decimo capitolo, a cura del prof. Fontana e dal titolo “*Roma Capitale e la gestione dell'emergenza alimentare durante la pandemia da Covid-19*”, tanto è confermato, soprattutto in tema di politiche sociali, dall'emergenza alimentare che ha interessato la città nell'ultimo anno. Il dato fa luce, anche qui, sulla mancata o incerta applicazione proprio del principio di sussidiarietà, poiché, afferma l'A., “quello del sostegno alimentare [...] rappresenta un ambito nel quale i due distinti profili della sussidiarietà (verticale e orizzontale) paiono fatalmente destinati a intrecciarsi e a operare congiuntamente” (cit. p. 117). Laddove, infatti, la risposta dell'ente comunale risulti incerta e approssimativa nell'organizzazione dei servizi di assistenza sociale sul territorio, e quindi sia manchevole una traccia applicativa anche del principio solidaristico, “sono [...] gli enti del Terzo settore, come riconosciuto anche di recente dalla Corte costituzionale con la sent. n. 131 del 2020, a rappresentare «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà»” (cit. p. 117). A tale elemento di positività deve essere però necessariamente coniugato, avverte l'A., “il rafforzamento dei servizi di indagine sociale e anche di rilevazione statistica comunale” (cit. p. 118), affinché si realizzi al contempo sia una corretta conoscenza del territorio in termini di maggiore urgenza sociale, sia la giusta responsabilizzazione dell'ente comunale, preposto alla garanzia di tali servizi pubblici essenziali. È, d'altronde, proprio la qualità del presidio solidale che la città appresta alle tante emergenze sociali a costituire la misura della sua democraticità.

Lo studio della spesa storica relativa ai servizi pubblici cittadini, compiuto dai professori Galli e D'Urso nel capitolo successivo, dal titolo “*Roma Capitale e Roma Città metropolitana nel quadro del federalismo fiscale*”, restituisce l'evidenza dei dati elaborati dalla SOSE (Soluzioni per il Sistema Economico S.p.A.) sulla qualità, assai critica, dei principali servizi. L'analisi degli Autori sottolinea ancora l'importanza del monitoraggio e della raccolta dei dati relativi alla qualità dei servizi pubblici, poiché “un'efficiente gestione dell'informazione consente infatti di produrre un accrescimento della conoscenza sulla base della quale la governance può avviare processi decisionali consapevoli” (cit. p. 129). La rilevanza dell'analisi dei dati relativi ai servizi conferma e rafforza, inoltre, la correttezza dell'indicazione già rivolta, nel corso del volume, al modello agenziale.

L'orizzonte progettuale di Roma, nei suoi centocinquant'anni come Capitale dell'Italia unita, dev'essere quello della compiuta elaborazione di un Piano strategico per la città del 2030, come evidenziato nel capitolo conclusivo, a cura della prof.ssa Prezioso e dal titolo “*Verso un Piano strategico per Roma Capitale Città metropolitana 2030*”. Tale progetto deve tenere conto dei più recenti approdi intervenuti in materia di urbanistica nel panorama europeo e internazionale, in quanto, afferma l'A., al momento “sia Roma Comune, sia Roma Città Metropolitana sembrano non

accorgersi del cambiamento in atto in materia di pianificazione e urbanistica dal 2011”, integrante la “c.d. nuova *Territorial Agenda 2030-2050*” (cit. p. 131).

Il nuovo metodo urbanistico, rispetto al quale Roma risulta periferica se non estranea, ha fatto proprio “il concetto di pianificazione territoriale coesiva” (cit. p. 133) e ha così “innovato il modello formale di piano (regolatore) trasformandolo in ‘agenda’ urbana (scala comunale) e territoriale (scala metropolitana), orientandone senso e contenuti” (cit. p. 134). In tal senso, come in riferimento ad ogni strumento di organizzazione amministrativa vige un principio di non neutralità del modello rispetto alla funzione, l’A. sostiene, relativamente all’ambito territoriale, che “la ricerca di un’area/regione che, seppure amministrativamente delimitata, assicuri sistematicità e funzionalità anche in futuro non è dunque neutra per la realizzazione di una Cm Capitale” (cit. p. 166). Tale ultima considerazione dà ulteriore riprova della necessità di assegnare priorità alle funzioni per la corretta organizzazione della governance: priorità, quindi, da assurgere a principio-guida della strategia di riforma per Roma.

In conclusione, il volume assume l’iniziativa coraggiosa - stanti i numerosi e infruttuosi tentativi compiuti sinora - di immaginare una nuova forma per Roma, con la riapertura di “un dibattito organico sul futuro di questa meravigliosa città”, come affermato dal prof. Caravita nel capitolo introduttivo (cit. p. 17).

A porre le basi per inverare, nel futuro prossimo, tale alto obiettivo deve quindi concorrere l’impegno della cittadinanza tutta, dai corpi sociali ed economici alle istituzioni politiche, accademiche e amministrative, per far sì che la geometria organizzativa e identitaria di Roma sia degna della sua Storia, centocinquantenaria come Capitale d’Italia e millenaria come città per definizione.

Arianna Gravina Tonna



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



A. CELOTTO, *La quarantena dei diritti. Come una pandemia può sospendere le nostre libertà*, Roma, Historica-Giubilei Regnani, 2020, pp. 117*

«**A**nche la Repubblica Italiana ha sofferto il Covid-19: sono state infettate le istituzioni e gli organi costituzionali» (p. 9), realizza Alfonso Celotto, descrivendo le enormi difficoltà affrontate dal Parlamento, dal Governo, dalle Regioni e dagli enti locali nella gestione iniziale della crisi e nel tentativo del suo superamento. Con queste parole si apre la prefazione del volume “La quarantena dei diritti. Come una pandemia può sospendere le nostre libertà” che si configura come un diario all’interno del quale l’Autore cattura, di giorno in giorno, le sue osservazioni in merito agli eventi susseguitisi a causa dell’inimmaginabile pandemia.

L’Autore, ripercorrendo le settimane di quarantena, ci offre la possibilità di analizzare i molteplici riflessi dell’emergenza sanitaria da un angolo visuale prezioso, quello di un giurista. Il volume si presenta infatti come un racconto in presa diretta, dal momento che Celotto ha raccolto trenta articoli, ciascuno dei quali costituisce un capitolo, che ha scritto dal 26 febbraio 2020 al 20 maggio 2020 con l’intento di riportare una testimonianza storica di questo periodo. Scorrendo le pagine del libro, si rivive la sensazione di incertezza che ha accompagnato le giornate di quarantena. Di pagina in pagina, come di giorno in giorno, si scoprono nuovi profili ed emergono nuove questioni legate alla gestione dell’emergenza in Italia. Tuttavia, come tiene a precisare l’Autore stesso, è difficile intercettare un filo di continuità che possa collegare gli eventi esaminati.

Tra le perplessità da giurista, le considerazioni da studioso e le paure da cittadino, emerge un interrogativo di fondo: si è operato un bilanciamento dei diritti nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza? Su questo delicato interrogativo si dispiega l’analisi delineata dall’Autore che evoca le problematiche e le molteplici implicazioni normative di questo momento storico senza precedenti.

Le condizioni di eccezionalità da sempre conducono alla compressione dei diritti fondamentali dell’uomo e anche questa situazione di emergenza ha comportato l’adozione di misure che hanno limitato l’esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. Nello scorrere del tempo, il punto fermo è stato rappresentato quindi dalla sospensione di molti diritti sanciti all’interno della nostra Carta costituzionale: la libertà personale (*ex art. 13 Cost.*), la libertà di circolazione e di soggiorno (*ex art. 16 Cost.*), la libertà di riunione (*ex art. 17 Cost.*), la libertà di associazione (*ex art. 18 Cost.*) e la libertà religiosa (*ex art. 19 Cost.*), così come il diritto al lavoro (*ex art. 4 Cost.*), la libertà di iniziativa economica (*ex art. 41 Cost.*), i diritti all’istruzione (*ex art. 34 Cost.*) e alla cultura (*ex art. 9 Cost.*), i diritti connessi alla giustizia (*ex art. 24 Cost.*), il diritto al voto (*ex art. 48 Cost.*). Questa *capitis deminutio* si giustifica, come mette in luce l’Autore, in quanto i succitati diritti fondamentali

* Contributo sottoposto a *peer review*.

sono ritenuti recessivi nel bilanciamento con altri diritti come il diritto alla vita (*ex art. 3 c. 2 Cost.*) e all'integrità psicofisica e il diritto alla salute (*ex art. 32 Cost.*). A questo proposito, l'Autore riflette sul fatto che queste ponderazioni si sottraggono da ogni generalizzazione o pretesa di assolutezza (Sentenza n. 20/2017 della Corte costituzionale), «non potendo mai stabilire se una posizione costituzionale sia sovraordinata ad altre» (p. 10). Secondo il suo giudizio, infatti, le tecniche di bilanciamento che hanno caratterizzato la gestione dell'emergenza epidemologica da Coronavirus avrebbero dovuto essere calibrate continuamente rispetto ad ogni fattispecie. Si sarebbe dovuto operare attraverso un «*ad hoc balancing*» non essendo possibile «stabilire *a priori* se il diritto alla salute, in sede individuale o collettiva, possa essere davvero ritenuto superiore rispetto alle altre libertà» (p. 11).

L'Autore inizia così una riflessione sulle modalità di gestione dell'emergenza a partire dall'elevato numero di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, fino ad arrivare al *mare magnum* di provvedimenti, ordinanze, circolari, direttive e regolamenti dei vari livelli di governo che hanno prodotto una forte limitazione delle libertà personali. L'intento dell'Autore è quello di condannare severamente la burocrazia del nostro Paese.

«*Necessitas non habet legem*» (p. 45): l'Autore fa riferimento a questo brocardo latino, sottotitolo del capitolo 10 “Stato d'emergenza e Costituzione” (pp. 45-46), per intraprendere un'analisi sul sistema dei Dpcm e dei plurimi interventi degli enti locali. In questo capitolo, infatti, l'Autore costruisce un paragone tra i decreti del Presidente del consiglio, per gestire l'emergenza sanitaria, la nomina nel 501 a. C. del *dictator* Tito Larcio Flavio, per far fronte ad una situazione imprevedibile, e la Legge n. 671 del 1915 con cui il Re affidò “pieni poteri” al governo, a seguito dello scoppio della Prima guerra mondiale. Peraltro, il richiamo alla svolta autoritaria è un concetto ripreso nel capitolo 18 “Il ritorno del diritto feudale in Sicilia” (pp. 75-77) in cui l'Autore si esprime in modo declamatorio parlando di «confusione [...] nei concetti giuridici fondamentali» che porta alla limitazione dei diritti delle persone «in maniera non solo irrazionale ma anche irragionevole» (p. 77). Conseguentemente, «senza gli istituti fondamentali della democrazia parlamentare è come se si tornasse indietro di oltre centocinquanta anni, quando non eravamo cittadini ma sudditi, in uno stato di polizia» (p. 94). Rievocando lo stato di polizia anche nel capitolo 22 “Cittadini o sudditi?” (pp. 91-94) e nel capitolo 25 “È l'ora del buon senso” (103-104), Alfonso Celotto intende sottolineare la mancanza del buon senso da parte delle forze dell'ordine che ha impedito la prudenza e l'equilibrio nella valutazione dei casi concreti.

Un nodo fondamentale del volume è certamente il ruolo del Parlamento nella gestione della pandemia (capitolo 9 “Libertà ‘limitate’ e ruolo del Parlamento” pp. 41-44). L'assemblea legislativa dello Stato è posta al centro della nostra Repubblica democratica e la Carta costituzionale è ricca di riserve di legge, cioè di garanzie dell'intervento del Parlamento nella limitazione dei diritti. La Costituzione «è una settantaquattrenne con qualche ruga, ma la grande forza della nostra Carta sta nel suo essere presbite, cioè una Costituzione che “guarda e vede lontano, all'avvenire”, per riprendere le parole di Piero Calamandrei» (pp. 24-25). Per l'Autore è sorprendente come le misure adottate dal Governo siano già tracciate in Costituzione, ad esempio nel succitato articolo 16 in cui viene garantita la libertà di circolazione e di soggiorno in qualsiasi parte del territorio nazionale «salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi

di sanità o di sicurezza» o nell'articolo 13 che riconosce la libertà personale come diritto inviolabile dell'uomo, ammettendo eventuali restrizioni «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Ancora, lo stesso articolo 32 della Costituzione sancisce la tutela della salute «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» aggiungendo che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Le riserve di legge non sono quindi un mero formalismo, bensì si delineano come forma di tutela indispensabile affinché il Parlamento, macchina democratica per eccellenza, funzioni alla perfezione consentendo il confronto e la rappresentanza tanto della maggioranza quanto delle opposizioni. Tuttavia, Alfonso Celotto nota come, nella gestione dell'emergenza sanitaria, sia emerso l'opposto. Abbiamo assistito infatti ad una drammatica marginalizzazione dell'assemblea legislativa che avrebbe dovuto garantire, al contrario, la giusta tutela del pluralismo e della trasparenza per rendere effettiva la partecipazione della volontà dei cittadini alle decisioni pubbliche. A dimostrazione di queste osservazioni, le principali e più incisive decisioni di limitazione della libertà sono state prese utilizzando lo strumento delle ordinanze di governatori e sindaci e dei Dpcm, ossia “atti amministrativi dell'esecutivo” (che trovano legittimazione costituzionale con art. 3 del D.lgs. n. 6 del 2020 e con l'art.1 c. 1. Del D.lgs. n. 19 del 2020). Soffermandosi sul ricorso ai Dpcm, l'Autore giudica questi atti amministrativi come una carenza molto significativa rispetto all'impianto di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, secondo Celotto, i Dpcm hanno rappresentato una deroga all'articolo 78 della Costituzione, che fa riferimento a «poteri necessari», finendo per attribuire «pieni poteri» (p. 44) al Presidente del Consiglio. Sicuramente il Parlamento non è riuscito a svolgere il suo ruolo centrale di protezione dei diritti inviolabili dell'uomo (*ex art. 2 Cost.*) e questo ha lasciato un *vulnus* nell'impianto costituzionale italiano.

Un altro aspetto preso in considerazione all'interno del libro è il ruolo della tecnica (capitolo 3 “Coronavirus, è il momento di un Governo Draghi?” pp. 23-26). Come constata l'Autore, le misure adottate nel corso della pandemia non hanno avuto semplicemente carattere politico, bensì è stata attribuita importanza anche alle valutazioni tecniche e alla competenza di virologi, biologi e scienziati. Pertanto, riprendendo le parole dell'Autore, si finisce per essere governati da una «Babele di regole» (p. 104).

Alfonso Celotto ha il merito di aver evidenziato i risvolti negativi del modello italiano costituito da troppi enti e da troppe competenze differenziate che, unite all'assenza di azioni organiche a livello europeo, di certo sono state deleterie per la gestione della situazione emergenziale (capitolo 3 “Coronavirus, è il momento di un Governo Draghi?”, capitolo 4 “Le fughe «di notizie e di persone» insegnano che le decisioni sgradevoli vanno prese all'improvviso” e capitolo 5 “Una montagna di carte contro il Coronavirus” pp. 23-31). L'Autore si dedica ad un approfondimento sul funzionamento del nostro sistema degli enti territoriali, fondato su molte Regioni, Province e Comuni, che è risultato inefficace di fronte al dilagare dell'emergenza in quanto si è verificata una grave sovrapposizione dei diversi livelli di governo (p. 28). Secondo Celotto, sarebbe stata opportuna, al contrario, una strategia di gestione più unitaria e chiara, pur nel rispetto delle autonomie territoriali costituzionalmente tutelate (capitolo 14 “Emergenza e ordinanze comunali: l'isola della ragione nel caos delle opinioni” p. 57-61).

È evidente come l'Autore valuti in maniera positiva l'introduzione di modifiche all'interno della nostra Costituzione per provvedere all'inserimento di una disciplina dello statuto di emergenza (capitolo 10 "Stato d'emergenza e Costituzione" 45-46). L'Assemblea costituente del 1947 non inserì nel testo costituzionale una disciplina dello stato di emergenza per timore di evocare lo Stato autoritario. Leggendo la Carta costituzionale, infatti, è presente un timido riferimento a previsioni di tipo straordinario nell'articolo 77 (emanazione di decreti-legge da parte del Governo «in casi straordinari di necessità e di urgenza»), nell'articolo 78 (deliberazione dello stato di guerra e conferimento al governo dei «poteri necessari»), e nell'articolo 120 (possibilità riconosciuta al Governo di sostituirsi agli enti substatali in caso di pericolo grave). Secondo il giudizio dell'Autore, queste formule indefinite hanno rappresentato un'inadeguata disciplina dell'emergenza e il sistema dei Dpcm e degli interventi degli enti locali non si è rivelato funzionale. La farraginosa macchina di adozione dei provvedimenti da parte del Governo è caratterizzata da «troppe contraddizioni fra enti, troppe chiacchiere, troppe bozze» (p. 27).

Parola chiave del volume è quindi "burocrazia". La burocrazia che «combatte i virus con i moduli e le autocertificazioni» (p. 16), è la stessa burocrazia che è «sopravvissuta all'Unità d'Italia, al fascismo, alla Repubblica Sociale. Sta sopravvivendo allo sviluppo tecnologico e sopravviverà anche al Coronavirus» (p. 29). «Continueremo a essere una Repubblica fondata sulle "carte a posto"» (p. 34), secondo l'Autore, il quale si chiede con tono ironico nel capitolo 12 "Combattere il coronavirus con la burocrazia" (pp. 51-54): «moriremo di burocrazia una volta sopravvissuti al Coronavirus?» (p. 51). Si può individuare quindi un *fil rouge* che lega tutte le perplessità attorno alla burocrazia italiana e che, attraversando l'intero volume, culmina nel capitolo 24 dal titolo "Il vocabolario del Burocratese ai tempi del Coronavirus" (97-101). All'interno di questo capitolo viene citato l'articolo su "Il Giorno" scritto da Italo Calvino nel 1965 e che riporta il celebre esempio del verbale del brigadiere. In particolare, le intenzioni dell'Autore sono quelle di condannare la cosiddetta «antilingua» (p. 98), come fece Calvino, riferendosi ai termini burocratici diventati di uso comune durante la pandemia (assembramento, congiunti, autocertificazione, autodichiarazione, dimora, prossimità, FAQ, Dpcm, Dpi *etc.*). Celotto riprende quindi la critica al nostro modello burocratico disegnato come un sistema costruito su cartoffie in cui è immerso il cittadino. In questa montagna di carte il cittadino si sente disorientato e, aumentando la disaffezione verso le istituzioni (capitolo 11 "Discrezionalità, norme 'imprecise' e fine dell'epidemia" pp. 47-49), inizia a credere alle *fake news*. Nel capitolo 13, intitolato "Ordinanze, decreti e circolari" (pp. 55-56), infatti l'Autore cita Tacito ricordando che «*Corruptissima re publica plurimae leges*» (p. 55). Per evitare di giungere al governo della menzogna profetizzato da Orwell, c'è bisogno di certezza, di fiducia e di chiarezza (capitolo 7 "Elogio dell'incertezza del diritto" pp. 37-38).

Quindi, quanto ha inciso negativamente la burocrazia nella gestione dell'emergenza? Secondo il parere dell'Autore, la pandemia ha amplificato i tre problemi principali: troppe regole, troppi enti e troppi procedimenti. Lo abbiamo notato nelle infinite ordinanze, nella confusione normativa, nella difficoltà di ottenere sovvenzioni e nella lunghezza dei procedimenti.

È ineccepibile che le regole della burocrazia rappresentino una garanzia di protezione dei diritti e degli interessi dei cittadini. Ci troviamo pur sempre di fronte ad una matassa di regole che

dovremmo riuscire a sbrogliare perché si sovrappongono inefficacemente. Maggiore semplicità potrebbe essere la soluzione per costruire un'amministrazione più snella e più capace e quindi per «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (ex art. 3 c. 2). Bisognerebbe cercare l'equilibrio attraverso due parole d'ordine: abolizione e riordino, altrimenti finiremo tutti per essere «seppelliti dalle autocertificazioni» (p. 31) - introdotte per la prima volta dalla Legge n. 15 del 1968 - che ci hanno accompagnato durante tutta la pandemia.

L'Autore non si limita alla disamina esaustiva del modello italiano di gestione dell'emergenza e delle sue imperfezioni, bensì individua come unica via d'uscita l'elaborazione di «leggi univoche, chiare e certe» (p. 38). Celotto ricorda infatti che «il diritto esiste per dare certezza alla vita dei cittadini» (p. 37). Al contrario, nell'attuale situazione di emergenza sanitaria stiamo ritornando ad una paradossale condizione di incertezza del diritto, secondo quanto afferma l'Autore (capitolo 21 "L'eguaglianza non è stata rispettata" pp. 87-89). Le nostre libertà, riconosciute e protette dalla Costituzione, le abbiamo sempre esercitate in maniera automatica. A causa della pandemia, invece tutti i diritti "di prima generazione" sono andati "in quarantena" e ci siamo resi conto di quanto siano essenziali. Nell'interesse del bene collettivo, questi diritti sono stati limitati e relativizzati, si è operato in maniera ragionevole? È la domanda iniziale che si pone l'Autore e a cui non risponde con certezza alla fine del libro. Sicuramente le misure restrittive sono state necessarie in quanto hanno permesso di contenere la pandemia attraverso il ricorso a strumenti eccezionali (capitolo 8 "Ecco d'unico piano unitario per la ricostruzione" pp. 39-40). Bisogna capire tuttavia la portata, la durata e l'ampiezza geografica di queste misure per tarare la loro ragionevolezza. La guerra sanitaria sta diventando anche «una guerra di ricostruzione sociale ed economica» (p. 39) i cui effetti sono tuttora inconclusi quindi è impossibile esprimere un giudizio definitivo di proporzionalità e ragionevolezza. Pertanto, "La quarantena dei diritti. Come una pandemia può sospendere le nostre libertà" offre al lettore un quadro complessivo, per quanto parziale, di un fatto storico così ampio e così recente che si sottrae da qualsiasi valutazione compiuta.

Concludendo, Alfonso Celotto attraverso questo volume coglie l'occasione per raccontare un momento nuovo nella storia recente operando una rilettura di grandi eventi storici, come la peste del 1600 descritta da Manzoni. A seguito della peste morì più della metà della popolazione mondiale e si assistette, di conseguenza, ad un arricchimento dei sopravvissuti e ad una rinascita di tutte le scienze. Quindi un'epidemia può rappresentare il volano per una ripresa, tuttavia è necessario garantire sempre il corretto bilanciamento tra esigenze sanitarie ed esigenze sociali ed economiche. Con ambizione l'Autore fornisce degli spunti per un'impresa, definita come «fatica di Ercole» (p. 53), alla cui base pone l'adozione di misure mirate, efficaci e prese *cum grano salis* che possano permettere la ripartenza del Paese. Celotto auspica *in primis* l'abolizione degli enti stratificati e sovrapposti, poi la riclassificazione e la ricodificazione delle oltre 200.000 leggi, infine l'agevolazione del contatto diretto cittadino-Stato attraverso un buon uso del digitale, dal momento che gli oltre 10.000 enti pubblici ostacolano l'interazione dei cittadini con lo Stato. Secondo l'Autore bisogna «trasformare la crisi in una opportunità di crescita e sviluppo» (p. 54) per il nostro Paese.

Eleonora Iannario



P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, 2° ed., Bari, Cacucci, 2020, pp. 270 *

«**I**l tentativo di realizzare i diritti umani è continuamente rimesso in discussione. Le forze che si oppongono alla loro realizzazione sono numerose: regimi autoritari, strutture governative soverchianti e onnicomprensive, gruppi organizzati che usano la violenza contro persone innocenti e indifese, più in generale, gli impulsi aggressivi e la volontà di predominio degli uomini che animano quelle strutture e quei gruppi» (A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari, Economica Laterza, 2009, p. 230).

A questa considerazione di natura intrinsecamente pessimistica – ma innegabilmente realistica – sembra oggi rispondere Pietro Pustorino nella seconda edizione delle sue *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, edito da Cacucci Editore e disponibile nelle librerie da ottobre 2020. L'Autore ha ritenuto opportuno aggiornare le sue *Lezioni* a distanza piuttosto ravvicinata dalla pubblicazione della prima edizione (P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, Cacucci Editore, 2019), in virtù dei rilevanti sviluppi normativi verificatisi nell'ultimo periodo nell'ambito del sistema di protezione dei diritti umani. Tale scelta editoriale – alla luce di una lettura comparata tra le due edizioni – appare indiscutibilmente appropriata, considerata la vitalità della pertinente giurisprudenza nazionale, regionale e internazionale che traspare dalle pagine del testo. Ad avvalorare questa considerazione vi è la sensazione che la più autorevole dottrina italiana abbia recentemente intensificato la propria attività manualistica nel campo del diritto internazionale dei diritti umani, rieditando o redigendo *ex novo* numerose trattazioni di carattere sistematico su tale tematica (*ex multis*, A. MARCHESI, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2021; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, Giappichelli, 2020; C. ZANGHÌ, L. Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*⁴, Torino, Giappichelli, 2019; G. CATALDI, *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Vol. 1 e Vol. 2*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019).

La nuova stampa del testo di Pietro Pustorino mantiene l'impostazione della precedente edizione – conservandone la struttura e lo stile redazionale – ma ha subito una complessiva revisione e un puntuale aggiornamento, insieme all'approfondimento di tematiche che erano state precedentemente sacrificate e che, nel corso del 2020, hanno assunto una nuova o rinnovata rilevanza.

Il lavoro si apre con una breve riflessione sull'evoluzione storica dei diritti umani, dalla originaria tutela stabilita negli ordinamenti nazionali all'affermarsi di un sistema di protezione internazionale (Capitolo I). Lungi dal ritenere concluso questo processo, l'Autore richiama la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

vexata quaestio relativa alla titolarità soggettiva di alcuni diritti, sostanziali e procedurali, previsti da convenzioni internazionali a favore di individui. Particolare attenzione è dedicata al diritto di comunicazione tra funzionario consolare e cittadini dello Stato previsto dall'art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963 e che, per giurisprudenza internazionale ormai affermata (da ultima è intervenuta la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 17 luglio 2019 nel caso *Jadhav, India c. Pakistan*), è esigibile tanto dallo Stato di invio quanto dall'individuo cittadino dello stesso. Il corollario della citata interpretazione giurisprudenziale è estremamente significativo: il riconoscimento che l'individuo possa essere direttamente titolare di diritti e obblighi sul piano internazionale contribuisce a rafforzarne la posizione nella comunità internazionale «fino a ipotizzarne la personalità giuridica internazionale» (pp. 4-5).

Il secondo capitolo riassume le teorie tradizionali sul fondamento giuridico dei diritti umani. Di particolare interesse, in tale ambito, risulta il paragrafo vertente sul possibile contrasto tra le esigenze di universalismo della tutela dei diritti umani e il crescente multiculturalismo delle società contemporanee. Un esempio concreto di tentativo di bilanciamento tra l'esigenza di integrazione socio-culturale degli stranieri e diritto alla preservazione delle proprie origini religiose e culturali è quello compiuto dalla Cassazione italiana con la nota sentenza del 15 maggio 2017, n. 2484, che ha respinto il ricorso di un cittadino indiano di religione sikh, il quale si era visto comminare un'ammenda per essersi rifiutato di consegnare il proprio *kirpan* (il coltello simbolico della religione sikh) alle autorità di polizia. La sentenza della Cassazione fece particolare scalpore per l'argomentazione su cui si basava la sentenza di rigetto, secondo la quale esisterebbe un obbligo «per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale in cui ha liberamente scelto di inserirsi». In tal senso, si potrebbe osservare che la Corte abbia discrezionalmente ritenuto opportuno far prevalere un singolo relativismo culturale – quello dello Stato *ospitante* – sull'altro – quello del ricorrente *ospitato*. Come acutamente osservato dall'Autore, tuttavia, più che un conflitto tra identità culturali nel caso di specie rilevava il fatto che l'istanza del ricorrente si ponesse in contrasto con interessi generali di particolare importanza, ossia la sicurezza dello Stato e degli altri consociati (pp. 22-23).

Il capitolo seguente (III) affronta il tema delle fonti normative internazionali in materia di diritti umani e la loro attuazione negli ordinamenti nazionali secondo il classico schema bipartito: norme cogenti, norme consuetudinarie e profili generali delle fonti pattizie (parte prima); fonti pattizie regionali (parte seconda). Nell'ambito di quest'ultima categoria uno spazio particolarmente ampio è concesso – per evidenti e condivisibili ragioni – al sistema regionale europeo. Il testo, peraltro, è in grado di dar conto della recente entrata in vigore del Protocollo n. 16, cui sono seguiti i primi due pareri consultivi adottati dalla Corte in via pregiudiziale: il parere del 10 aprile 2019 sulla portata dell'art. 8 della CEDU, con riferimento alla compatibilità con questo della normativa francese sulla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero a seguito del ricorso alla maternità surrogata; e il parere del 29 maggio 2020 sull'interpretazione dell'art. 7 della CEDU, relativamente al criterio della prevedibilità dei precetti penali e delle relative sanzioni (p. 51). Sempre in tema di sistema europeo di tutela dei diritti umani, l'Autore dedica un denso paragrafo al rango e agli effetti della CEDU nell'ordinamento italiano, in cui si ripercorre l'evoluzione del complicato rapporto tra la Corte

costituzionale e quella di Strasburgo. In particolare, si dà conto della nota sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015, che ha rappresentato l'acme di un crescente senso di *insofferenza* dimostrato dalla Consulta nei confronti del giudice di Strasburgo. Con questa pronuncia, difatti, la Corte costituzionale sembrava aver introdotto la categoria del "diritto consolidato" nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, imponendo al giudice italiano di merito di conformarsi alla linea ermeneutica fornita dalla Corte EDU solo qualora sia riscontrabile un certo livello di consolidamento giurisprudenziale. A tale indicazione la Grande Camera sembra aver risposto in termini netti nella sentenza del 28 giugno 2018, *G.I.E.M. c. Italia*, sostenendo che le sentenze della Corte «*all have the same legal value*». D'altra parte, come rilevato dall'Autore, la stessa Consulta non sembra aver seguito pedissequamente la disciplina introdotta dalla 49/2015: le sentenze della Corte costituzionale 43/2018 e 253/2019 paiono aver dato avvio ad una progressiva rielaborazione delle soluzioni precedentemente adottate in tema di adattamento al sistema CEDU, con una rinnovata valorizzazione della giurisprudenza europea (pp. 61-63).

Sempre all'interno della parte dedicata alla trattazione dei sistemi regionali di tutela dei diritti umani, la seconda edizione delle *Lezioni* è stata arricchita da una breve panoramica sul sistema arabo e su quello asiatico, di cui si riportano i principali tratti peculiari senza tacerne alcuni profili problematici (pp. 75-76).

Il quarto capitolo affronta brevemente il contributo delle Nazioni Unite nello sviluppo del sistema internazionale dei diritti umani, ivi compresa la formazione del diritto penale internazionale e l'istituzione della Corte penale dell'Aia. Con riferimento a quest'ultima tematica, il testo ricorda le vicende legate al mandato di arresto del Presidente sudanese Al-Bashir, così come il più recente contrasto tra Corte penale e amministrazione statunitense in relazione all'avvio delle indagini sui presunti crimini internazionali commessi in Afghanistan da parte di forze armate di Paesi non parti dello Statuto della Corte, culminato con l'emanazione dell'*Executive Order* del presidente degli Stati Uniti l'11 giugno 2020, che ha disposto il congelamento dei beni e la sospensione dei visti di accesso al territorio americano di tutti gli individui coinvolti «*in any effort by the ICC to investigate, arrest, or prosecute any U.S. personnel*» o «*any personnel of a country that is an ally of the U.S.*» (pp. 95-96).

Coerentemente con il carattere pratico del testo e con la rilevanza attribuita alle pronunce delle Corti nazionali e internazionali, è la parte relativa ai principali diritti umani ad assumere centralità nel testo di Pietro Pustorino (Capitolo V). In tal senso, le *Lezioni* sembrano trovare la propria *raison d'être* proprio nel ricco catalogo di diritti fondamentali esaminati, dei quali si dà conto delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali pertinenti. Tra queste, a titolo esemplificativo, merita di essere menzionata la decisione del 24 ottobre 2019 del Comitato ONU sui diritti umani nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*, che assume rilevanza nell'ambito del divieto di espulsione dello straniero qualora questi, in caso di ritorno al proprio Paese di origine, fosse sottoposto a violazioni del diritto ad una vita dignitosa a fronte delle gravi conseguenze del cambiamento climatico (p. 104). La decisione del Comitato, sebbene nel caso di specie abbia rigettato l'istanza proposta dal cittadino di Kiribati, contribuisce significativamente a rafforzare una prassi internazionale volta a garantire protezione allo straniero fuggito dal proprio Paese per motivi ambientali e climatici. In questo filone giurisprudenziale si pone la recente ordinanza della

Cassazione italiana del 24 febbraio 2021, n. 5022, con cui la Corte ha accolto il ricorso di un migrante proveniente dalla regione del delta del Niger, al quale era stata negata dal giudice di primo grado la protezione umanitaria, nonostante questi avesse accertato l'esistenza di un disastro ambientale nella sua regione di origine. La Corte – citando espressamente la decisione del Comitato sui diritti umani nel caso *Teitiota* e basando su di essa buona parte delle proprie argomentazioni – ha cassato la sentenza impugnata, sostenendo che il giudice di merito nell'apprezzare l'esigenza di riconoscere al richiedente la protezione internazionale o umanitaria, oltre ad accertare l'esistenza di un conflitto armato nel Paese di origine, deve valutare se l'eventuale rimpatrio possa esporre il richiedente ad un «qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o di riduzione al di sotto della predetta soglia minima, ivi espressamente inclusi – qualora se ne ravvisi in concreto l'esistenza in una determinata area geografica – i casi del disastro ambientale, definito dall'art. 452-quater c.p., del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali» (Corte suprema di Cassazione, ordinanza n. 5022/21, pp. 8-9).

Oltre al noto caso *Teitiota*, il quinto capitolo del testo di Pustorino esamina le più rilevanti pronunce giurisprudenziali – assieme a taluni interventi normativi, italiani e esteri – degli ultimi due anni nel novero di un'ampia gamma di diritti fondamentali: dall'esame della giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo in materia di interruzione dell'idratazione e alimentazione artificiali e di eutanasia (pp. 116-120) alla disamina della nozione di “genocidio politico” o “sociale” nella giurisprudenza di alcune Corti europee (pp. 124-125); dalla trattazione del c.d. “diritto alla speranza” nell'ambito del divieto di pene inumane e degradanti (pp. 134-135) – di cui si ricorda la sentenza della Corte EDU del 13 giugno 2019, nel caso *Marcello Viola c. Italia* [2] – alla già richiamata applicazione del Protocollo n. 16 alla CEDU, con riferimento al parere reso dalla Corte sull'interpretazione dell'art. 7 della Convenzione a maggio scorso (p. 168); dagli ultimi aggiornamenti relativi al filone giurisprudenziale affermatosi in seguito alla “rivoluzionaria” sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale sul tema dell'immunità dello Stato straniero accusato di gravi crimini contro i diritti umani (pp. 142-144) ai numerosi profili problematici relativi alle misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 introdotte dagli Stati, spesso confliggenti con il libero godimento del diritto alla vita privata e familiare (p. 173); dalla protezione della libertà di “professare un credo che si traduce nel rifiuto di una qualsiasi confessione religiosa (c.d. pensiero religioso «negativo»)”, ribadito nell'ordinanza del 17 aprile 2020, n. 7893, della Cassazione italiana (pp. 181-182), alle questioni relative alla libertà di opinione e di espressione quando queste riguardino forme di incitamento all'odio e alla violenza (pp. 187-188); dalla tutela dei diritti umani dei migranti e richiedenti asilo sottoposti a detenzione amministrativa negli *hotspots* italiani e greci (pp. 199-200) agli ultimi sviluppi giurisprudenziali internazionali in tema di diritto di autodeterminazione dei popoli, da ultimo affrontato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 25 febbraio 2019 sul caso delle Isole Chagos (pp. 218-220).

Oltre ai puntuali adeguamenti delle sezioni già presenti – che si sono qui citati solo antologicamente – nella nuova edizione delle *Lezioni* ha trovato posto la disamina di diritti la cui

trattazione era stata precedentemente sacrificata. Questa scelta può essere attribuita anche al nuovo contesto socio-politico, così radicalmente diverso da quello di soli due anni fa. In tal senso, è sembrato appropriato un approfondimento sulla libertà di riunione e associazione, che nel corso del 2020 in molti Paesi del mondo ha esperito un inedito ridimensionamento a causa delle misure di contrasto al Coronavirus adottate a livello globale (pp. 194-195).

Tra i diritti *nascenti* di cui si discute in dottrina sono da annoverare, secondo il Prof. Pustorino, il diritto all'accesso e alla fruizione dei beni culturali (pp. 216-218) – la cui maturità, però, pare lungi dall'essersi raggiunta – e il diritto ad un ambiente sano, discendente dall'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile ricavato per via interpretativa da altri diritti umani, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o il diritto alla vita privata e familiare. Il diritto ad un ambiente sano, negli ultimi anni, è stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali dal carattere particolarmente innovativo tanto a livello nazionale (Corte suprema olandese, sentenza del 20 dicembre 2019, *Fondazione Urgenda c. Paesi Bassi*) quanto in sede di tribunali internazionali regionali (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2019, *Cordella e altri c. Italia*; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 febbraio 2020, *Comunità indigene dell'associazione Lhaka Honhat c. Argentina*) (pp. 224-225).

Il capitolo sesto delle *Lezioni* è dedicato alla trattazione del rapporto tra diritti umani e soggetti di diritto internazionale: Stati e attori non statali. Il capitolo non può che assumere una particolare rilevanza, considerato il contributo scientifico dell'Autore al dibattito su queste tematiche, in particolar modo sulla personalità giuridica dei movimenti insurrezionali. Di profondo interesse è anche l'approfondimento relativo all'annosa questione della soggettività internazionale dell'individuo: l'Autore, sul merito, accoglie la teoria meno tradizionale che attribuisce alla persona umana una – seppur limitata – personalità giuridica internazionale basata anche sulla «progressiva rilevanza dell'individuo sul piano della formazione delle norme internazionali e dell'accertamento, anche a livello giudiziario, della loro esistenza» (pp. 231-234).

L'ultima parte del testo è, infine, dedicata al tema della responsabilità per violazione dei diritti umani (Capitolo VII). Dando conto del dibattito relativo all'intervento umanitario, quale emergente eccezione al divieto dell'uso della forza, viene esaminata – in senso critico – la teoria della *Responsibility to Protect* (R2P). In particolare, sostiene l'Autore, «la responsabilità di proteggere, da un lato, non aggiunge alcunché agli obblighi internazionali che già gravano sugli Stati [...] D'altro lato, non è nemmeno escluso che la dottrina della responsabilità di proteggere finisca addirittura per “nuocere” allo stesso istituto dell'intervento umanitario, che, pur non essendo previsto dal diritto internazionale, trova comunque riscontro, come si è rilevato, in alcuni limitati elementi della prassi» (pp. 257-260).

In conclusione, il testo di Pietro Pustorino rappresenta un prezioso contributo alla manualistica italiana in materia di diritto internazionale dei diritti umani. La seconda edizione delle *Lezioni* ha saputo mantenere inalterata l'impostazione originaria di carattere pratico e pragmatico, che si concretizza nei continui e aggiornatissimi riferimenti giurisprudenziali e che ne fanno apprezzare la lettura tanto allo studioso navigato quanto a chi si accosti per la prima volta al tema della tutela internazionale dei diritti umani.

L'Autore, difatti, ha volutamente rinunciato alla classica impostazione *manualistica*, abdicando ad una trattazione *strutturale* dei sistemi internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, e ha preferito concentrarsi sul contenuto dei precetti normativi scaturenti da quei sistemi e sulla loro evoluzione ermeneutica. Ciò che ne è scaturito è un testo *agile* ma *denso* che conduce il lettore attraverso una riflessione sulle più rilevanti tematiche relative all'odierno sistema internazionale di tutela dei diritti umani. Tramite una modalità quasi dialogica il testo permette un continuo confronto su annose questioni del diritto internazionale, in cui sia le voci della teoria tradizionale sia quelle più innovatrici sono efficacemente udibili.

Il Professor Pustorino nelle sue *Lezioni* sembra indicare che, per quanto il suo processo di affermazione sia «continuamente spezzato da ricadute, imbarbarimenti, ristagni, silenzi lunghissimi» (A. CASSESE, *op. cit.*, p. 231), anche il diritto internazionale dei diritti umani – grazie al complesso sistema di Corti nazionali, internazionali e regionali che lo applicano in concreto – è *diritto vivente* e la sua realizzazione forse non è che ai suoi albori.

Francesco Negozio



P. ARMAROLI, *Effetto Draghi. Le metamorfosi di una Repubblica*, Lucca, La Vela, 2021, pp. 160*

Pochi mesi dopo il suo *Conte e Mattarella. Sul palcoscenico e dietro le quinte del Quirinale. Un racconto sulle istituzioni* (Lucca, La Vela, 2020, pp. 243), Paolo Armaroli torna nelle librerie con un nuovo volume intitolato *Effetto Draghi. Le metamorfosi di una Repubblica* (Lucca, Edizioni La Vela, 2021, pp. 160). I due lavori, che non possono che essere letti in combinato disposto essendo il secondo conseguenza del primo, ripercorrono gli eventi politici e, attraverso questi, le vicissitudini costituzionali che hanno caratterizzato la XVIII legislatura dal suo inizio fino alla formazione del Governo Draghi. Tuttavia, che non siamo di fronte solo ad un giornalistico “racconto sulle istituzioni”, come modestamente l’Autore definisce il primo dei due volumi, lo si capisce sin dal principio grazie alla dedica, rispettivamente, a due “maestri indimenticabili” del diritto costituzionale e parlamentare quali Silvano Tosi e Mario Galizia (cui, non a caso, sono intitolati rispettivamente il Seminario del Centro studi e ricerche parlamentari di Firenze e il Master in Istituzioni parlamentari della Sapienza di Roma) e Giuseppe Maranini, “critico non dei partiti ma delle loro degenerazioni”. La si potrebbe definire una dilogia di *diritto costituzionale applicato*, caratterizzata da uno stile fluido, che sebbene assuma i tratti di un racconto e pertanto sia estremamente godibile, allo stesso tempo è densa di riflessioni di carattere costituzionalistico e di preziosi richiami e paragoni storici. Diritto costituzionale applicato dunque, ma applicato a cosa? Lo si è anticipato in precedenza, alle vicende istituzionali che hanno caratterizzato all’incirca i primi tre anni della legislatura in corso. Vicende istituzionali che, com’è noto, hanno come principali protagonisti il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, l’ex Presidente del Consiglio Giuseppe Conte e il suo successore attualmente in carica, Mario Draghi, i quali dunque sono i protagonisti anche dei due libri di Armaroli che, tuttavia, offrono spunti di riflessione che vanno oltre i *soliti* ruoli istituzionali occupati dalle figure appena richiamate. La dilogia nel suo complesso, infatti, favorisce una riflessione generale sulla condizione della forma di governo in Italia toccando, nel suo racconto, diversi elementi all’ordine del giorno per la dottrina costituzionalistica quali i rapporti tra i vari organi costituzionali ai diversi livelli, la marginalizzazione del Parlamento, la fuga dalla legge e l’espansione dei poteri normativi del Governo, la difficoltà di dialogo tra maggioranza e opposizione, l’instabilità dei Governi.

Tre sembrano essere le costanti, i punti di osservazione privilegiati dall’Autore, i vettori attraverso cui si svolge l’analisi: il ruolo dei partiti, del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio. Il primo di questi, il ruolo dei partiti all’interno del funzionamento della nostra forma di governo e la sua evoluzione nel tempo, Armaroli lo affronta sin dalle battute iniziali del

*Contributo sottoposto a *peer review*.

suo primo lavoro quando (in relazione al primo incontro tra il Presidente Mattarella ed un allora semi-sconosciuto Prof. Conte) afferma: «[...] un tempo per diventare politicamente qualcuno se ne doveva fare tanta di strada. I partiti non erano gli ectoplasmi del giorno d'oggi: giganti a livello istituzionale ma nani dai piedi d'argilla nella società. C'erano le scuole di partito, che non solo indottrinarono al meglio ma fornivano i primi rudimenti di politica spicciola ai neofiti. C'era tutta una trafila da seguire. Adempiendo le funzioni pubbliche con disciplina e onore, come stabilisce l'articolo 54 della Costituzione: consigliere di quartiere, consigliere comunale, consigliere provinciale, consigliere regionale. E poi, ma solo dopo esser cresciuti a pane e politica, eventualmente il grande salto a Montecitorio o a Palazzo Madama» (p. 1, *Conte e Mattarella*). E poco dopo prosegue con “amara ironia” paragonando il personale politico attuale agli attori del neorealismo in voga nel primo dopoguerra, privi di formazione, dei non professionisti. Si scorgono due elementi di critica nell'ambito della tanto discussa crisi dei partiti: l'incapacità, da parte di quest'ultimi, di ri-radicalarsi nella società e di elaborarne una visione politica complessiva e soprattutto la mancata formazione di una classe dirigente adeguata ad occupare ruoli istituzionali.

Elementi indissolubilmente legati tra loro che fanno da *fil rouge* a tutto il racconto di cronaca costituzionale operato dall'Autore e che, soprattutto, hanno inevitabili ripercussioni sul funzionamento della nostra forma di governo. E qui il pensiero non può non andare alla celeberrima espressione di Giuliano Amato, più volte richiamata anche da Armaroli, che con una felice metafora definisce i poteri del Presidente della Repubblica *a fisarmonica*, a significare che questi si restringono o si ampliano in relazione allo stato di salute del sistema politico-partitico e alla sua capacità – o meno – di esprimere un Governo e una maggioranza parlamentare forti. In questo senso, le difficoltà del sistema politico-partitico evidenziate sin dal principio della legislatura in corso hanno costretto il Presidente Mattarella a tenere (quasi sempre e quasi del tutto) aperta la fisarmonica dei poteri che la Costituzione gli attribuisce, in questo modo esercitando una funzione che è al confine della forma di governo parlamentare italiana. Tale circostanza ha spinto alcuni studiosi, tra cui Stefano Ceccanti, a leggere l'attuale fase costituzionale valorizzando l'intuizione di Lauvaux e Le Divellec (espressa nella quarta edizione del loro manuale pubblicata nel 2016) che porta a descrivere quella attualmente vigente in Italia come una forma di governo parlamentare *con correttivo presidenziale*.

Armaroli sembra condividere la suddetta valutazione, tuttavia sottolinea come, nel caso specifico dell'attuale presidenza, fedele alle forme e al rigoroso rispetto delle procedure e delle prerogative, proprie e altrui, Mattarella sia intervenuto sempre suo malgrado (par. 11, parte 2, *Effetto Draghi*), mettendo così in evidenza quale elemento decisivo il carattere delle personalità che occupano la carica di Presidente della Repubblica. Tale elemento è uno dei tre ritenuti imprescindibili dall'Autore per valutare in che area del *continuum* che intercorre tra una presidenza interventista e una presidenza notarile sia circoscrivibile un singolo mandato presidenziale (pp. 108 a 112, *Conte e Mattarella*). Di uno degli altri due - la situazione politica contingente – si è già detto in precedenza a proposito delle capacità di performance del sistema politico-partitico. Rimane il terzo di questi elementi, individuato nel testo della Costituzione, “tutt'altro che univoco” nel delineare la figura del Presidente della Repubblica all'interno dell'ordinamento

italiano; privo di dirette responsabilità in ordine alla determinazione dell'indirizzo politico e tuttavia dotato di rilevanti poteri che all'occasione può, in diversi modi, esercitare per *correggere il tiro* quando lo ritiene necessario, così interpretando a pieno il ruolo di *"viva vox constitutionis"*.

In tal senso, a dimostrazione che i caratteri della figura del Presidente della Repubblica appena sottolineati non sfuggivano a chi ne stava configurando il ruolo, Armaroli riporta (pp. 86-87, *Conte e Mattarella*) le parole pronunciate da Meuccio Ruini nella relazione all'Assemblea costituente sul progetto di Costituzione («...nel nostro progetto, il Presidente della Repubblica non è l'evanescente personaggio, il motivo di pura decorazione, il maestro di cerimonie che si volle vedere in altre costituzioni. Mentre il primo ministro è il capo della maggioranza e dell'esecutivo, il Presidente della Repubblica ha funzioni diverse, che si prestano meno ad una definizione giuridica di poteri. Egli rappresenta ed impersona l'unità e la continuità nazionale, la forza permanente dello Stato al di sopra delle mutevoli maggioranze. È il grande consigliere, il magistrato di persuasione e di influenza, il coordinatore di attività, il capo spirituale, più ancora che temporale, della Repubblica. Ma perché possa adempiere a queste essenziali funzioni deve avere consistenza e solidità di posizione nel sistema costituzionale») ma altrettanto, nella medesima direzione, si può richiamare l'espressione di un altro padre costituente, Egidio Tosato, secondo cui il Presidente della Repubblica è "il grande regolatore del gioco costituzionale". A completamento del profilo che l'Autore traccia della figura del Capo dello Stato nel nostro ordinamento, non è superfluo sottolineare che nella suddetta funzione di regolatore del gioco costituzionale Armaroli fa rientrare altri due elementi. Da un lato, i tre diritti, richiamati più volte nel corso dell'analisi (pp. 66-124-220, *Conte e Mattarella*), che nel suo celebre *The English Constitution* del 1867 Walter Bagehot attribuisce al sovrano nella monarchia costituzionale inglese: "quello di essere consultato, quello di incoraggiare, quello di mettere in guardia". Diritti che, *mutatis mutandis*, Egli ritiene di poter attribuire anche al nostro Presidente della Repubblica, a maggior ragione alla luce della vera e propria funzione maieutica che più volte nel corso del suo mandato ha svolto il Presidente Mattarella (cap. 10, *Conte e Mattarella*). Dall'altro, secondo l'insegnamento di Carlo Esposito, la funzione di "supremo reggitore dello Stato" in periodi di crisi; funzione che secondo Armaroli giustifica l'utilizzo di diciture quali "Governo del Presidente" (p. 49, *Effetto Draghi*).

Per quanto concerne il ruolo del Presidente del Consiglio, Armaroli si sofferma molto sulle caratteristiche personali, sui tratti caratteriali, sull'evoluzione politica e sul modo di interpretare la propria funzione da parte di coloro che nell'arco temporale coperto dalla sua dilogia sono i titolari di suddetto incarico, il Prof. Giuseppe Conte e il Prof. Mario Draghi. Fattori non privi di interesse e che, al contrario, risultano indispensabili nell'analisi operata dall'Autore. Ciò detto, anche in questo caso, certamente non mancano elementi di riflessione costituzionalistica. Per quanto riguarda Conte, il primo di questi è senz'altro relativo alle primissime fasi del suo rapporto con il Presidente Mattarella, vale a dire da un lato al processo di formazione del Governo Conte I complessivamente inteso e dall'altro, all'interno di questo processo, al cd. "caso Savona". Per quanto riguarda quest'ultima vicenda, il rifiuto opposto al Prof. Conte, Presidente del Consiglio incaricato, da parte del Presidente Mattarella alla nomina a ministro dell'economia e delle finanze del Prof. Paolo Savona per le sue idee anti-Euro (espresse anche in articoli scientifici pubblicati), non v'è dubbio che questo evento abbia segnato tutta la legislatura (e probabilmente segnerà un

precedente per eventuali analoghe questioni future). Armaroli assume una posizione molto netta e non ha dubbi nel far rientrare le azioni del Presidente Mattarella nella piena legittimità costituzionale, al contrario, rimproverando Conte e i due leader delle forze politiche della sua maggioranza, Di Maio e Salvini, di scarsa sensibilità costituzionale. Al di là dello specifico del “caso Savona”, Armaroli ha parole di critica per il più generale processo di formazione del Governo Conte I che stravolse la prassi fino a quel momento consolidata (provocando, secondo l’Autore, il disappunto del Presidente Mattarella) in particolare in due circostanze; da un lato attraverso l’utilizzo di uno strumento alternativo quale il “Contratto di Governo” stipulato dalle due forze politiche che componevano la maggioranza parlamentare in luogo di un vero e proprio programma di governo, concordato e condiviso dalle parti in ogni suo punto; dall’altro, soprattutto, nell’aver immaginato il Presidente del Consiglio - che non a caso fu scelto successivamente dai due leader di partito ad accordo già sostanzialmente concluso - come mero garante di questo contratto, responsabile di vigilare sulla sua corretta applicazione. Armaroli non si sbilancia nell’affermare se quanto sopra descritto a suo giudizio configuri, o meno, una violazione dell’art. 95 della Costituzione, quel che è certo e che è possibile affermare a posteriori alla luce degli eventi che si sono susseguiti è che, seppur scontando questo insediamento alla carica “in tono minore”, anche grazie alla forza intrinseca della Costituzione e del modello che quest’ultima prescrive (e, nondimeno, alle qualità del personaggio e alla sua evoluzione, ampiamente indagati nel libro), Conte ha potuto esercitare pienamente le funzioni attribuite al Presidente del Consiglio. A riprova di ciò, come non manca di sottolineare l’Autore (p.87, *Conte e Mattarella*), sta il fatto che nel momento in cui si è formato il Governo Conte II si è tornati senza discussione alla prassi consolidata, la quale prevede un ruolo da protagonista per il Presidente del Consiglio. Ruolo da protagonista nel cui esercizio però, a giudizio di Armaroli, successivamente Conte ha esagerato, come dimostrano le (critiche) considerazioni a proposito dell’utilizzo dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (dpcm) per la gestione dell’emergenza pandemica.

Al contrario, per Draghi Armaroli ha solo parole d’elogio, ritiene che incarni lo spirito autentico dell’art. 95 della Costituzione e che la sua apparizione sulla scena politica abbia determinato anche il ritorno delle competenze e delle élite. Ma più in generale, è la tesi che arriva a sostenere nel secondo volume, Armaroli (in linea con Michele Ainis, da lui stesso citato) ritiene che con la formazione del Governo Draghi, attraverso una rigorosa applicazione dell’art. 92, si sia assistito a una sorta di ritorno alla Costituzione, “alla rivincita della Costituzione scritta su quella deformata nella prassi” (p. 75, *Effetto Draghi*). Dello stesso avviso è anche Enzo Cheli, il quale firma la prefazione del secondo volume tra quelli in oggetto (oltre che, su questa stessa *Rivista*, una nota in merito al primo, a testimoniare il costante dialogo tra questi due grandi Autori), il quale ritiene che la norma costituzionale (art. 92) sia stata “depurata dalle interpretazioni distorsive in passato imposte dalla forza dei partiti” (p. 14, *Effetto Draghi*). Un ritorno alla Costituzione le cui ragioni, secondo Cheli, può concorrere a spiegare una contrapposizione ormai presente da tempo nelle dinamiche della nostra vita istituzionale. Tale contraddizione vede da un lato “il sempre più precario stato di salute del nostro sistema dei partiti”, dall’altro “la notevole stabilità di un impianto costituzionale sottoposto a continue

tensioni, ma validamente sostenuto, al suo interno, da un largo consenso popolare oltre che da un forte attivismo dei suoi organi di garanzia, e, al suo esterno, dalla rete di protezione rappresentata dal tessuto delle istituzioni europee”. Tale contrapposizione si è andata acuendo negli ultimi anni e ha contribuito a determinare “l’inedita configurazione di un sistema politico *fragile*, ma sorretto (per sua fortuna) da una Costituzione *forte*” (p. 13, *Effetto Draghi*). Dunque, secondo questa impostazione, determinante sarebbe l’esito di questa partita, “la nostra Costituzione sarà ancora tanto *forte* da poter imporre al sistema politico quel rinnovamento necessario a superarne la sua tradizionale *fragilità* o sarà la *fragilità* di tale sistema che alla fine verrà a minare, con la sua patologia, le basi dell’impianto costituzionale fino a determinare il blocco?” (p. 14, *Effetto Draghi*).

A questo punto sia consentito, con la dovuta deferenza, di esprimere alcune perplessità. Che nel processo di formazione del Governo Draghi si sia potuta scorgere una applicazione autentica della Costituzione è una lettura che non persuade del tutto; è certamente vero che ai sensi dell’art. 92 “il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri”, tuttavia, com’è noto, è altrettanto vero che, attraverso l’art. 49, la stessa Costituzione fa dei partiti lo strumento di partecipazione diuturna dei cittadini alla vita politica. E, non a caso, i cittadini, non i partiti, sono i soggetti del suddetto art. 49. La formazione di un Governo avvenuta a partire da un’azione *motu proprio* del Presidente della Repubblica, portata avanti dal Presidente del Consiglio incaricato con una pressoché totale assenza di coinvolgimento dei partiti (strumento dei cittadini), i cui esponenti entrativi a far parte sono stati scelti esclusivamente dal Premier, in accordo col Presidente della Repubblica, al solo fine di garantirsi “un elisir di lunga vita” (è questa l’opinione di Armaroli, p. 188, *Effetto Draghi*), sebbene perfettamente legittima dal punto di vista costituzionale, più che un autentico “ritorno alla Costituzione” rappresenta semmai il sintomo più evidente dei problemi che affliggono il nostro sistema politico-costituzionale costretto a ricorrere costantemente alla (fortunatamente) sapiente supplenza dei suoi organi di garanzia. Questo genere di considerazioni non sembra preoccupare Armaroli, il quale, anzi, vede nel Governo Draghi la nascita di un esecutivo bicefalo, dei due Presidenti, come nella Quinta Repubblica francese. Tuttavia, non è particolare da poco conto, in quel sistema il Capo dello Stato è eletto dal popolo.

Queste osservazioni ci portano ad aprire un’altra questione cruciale; nel nostro sistema, può la funzione di garanzia del Presidente della Repubblica conciliarsi con un suo interventismo crescente e costante, peraltro reso necessario nonostante la ritrosia in tal senso dell’attuale inquilino del Quirinale? La scelta sostanziale del Presidente del Consiglio, se ripetuta nel tempo, non rischia di minare l’indipendenza della sua figura? È una questione da non sottovalutare. Inoltre, se a tali interrogativi va ad aggiungersi quello su quale personalità tra qualche mese sarà chiamata ad occupare la carica di Presidente della Repubblica, la preoccupazione francamente aumenta, specie alla luce della circostanza che ad oggi lo spettro delle possibilità appare ristretto o ad una rielezione del Presidente Mattarella (peraltro nonostante Egli abbia già più volte dichiarato la sua indisponibilità) o ad una “promozione” dell’attuale Presidente del Consiglio Draghi, entrambi, per diverse ragioni, scenari *problematici* dal punto di vista costituzionale in ordine alle questioni poc’anzi poste.

Ad ogni buon conto, per Armaroli le metamorfosi ci sono e sono tutte positive (è l'*effetto Draghi* appunto) e potrebbero condurci ad una cd. "Quarta Repubblica" che poi assomiglierebbe molto alla cd. "Seconda Repubblica", magari retta dalle leggi Mattarella, "durante la quale si sono alternati i governi di Silvio Berlusconi e Romano Prodi" (p. 21, *Effetto Draghi*). Vedremo. Quel che qui si vuole sottolineare, tralasciando i dubbi sulla bontà dell'alternanza che ha caratterizzato (ha caratterizzato?) la cd. "Seconda Repubblica", è che senza una rivitalizzazione dei partiti, elementi coesenziali alla democrazia rappresentativa, quale che sia il sistema elettorale e quale che sia il tipo di curvatura che assumerà la forma di governo, difficilmente il nostro sistema politico-istituzionale sarà allo stesso tempo ben funzionante e correttamente rappresentativo. Ed è dubbio che questa necessaria rivitalizzazione (nel qual senso alcune interessanti proposte sono contenute nella *Prefazione* di Enzo Cheli, pp. 11 a 15, *Effetto Draghi*), possa avvenire attraverso un commissariamento delle loro funzioni costituzionali.

In definitiva, risulta ben comprensibile quanto la tentazione di abbandonarsi alla supplenza degli organi di garanzia e a una democrazia diretta dall'alto e "riservata" a una élite di competenti possa apparire seducente, specie in questo momento storico, immediatamente successivo alla ubriacatura "neorealista" che ha caratterizzato gli ultimi decenni della nostra vita pubblica dove realmente, in molti casi, è parso che gli attori politici venissero presi *dalla strada*. Tuttavia, tale tentazione è da respingere fermamente perché questa che può apparire una strada foriera di metamorfosi positive è in realtà, almeno a giudizio del sottoscritto, una scorciatoia che non conduce alla meta ambita (che non può che essere una democrazia parlamentare funzionante che sia allo stesso tempo correttamente rappresentativa) ma che, al contrario, potrebbe rivelarsi pericolosa e portatrice di danni anziché benefici.

Il primo volume, *Conte e Mattarella*, si conclude con una felice ed evocativa immagine: due teatri, il Parlamento e il Quirinale. Nell'un caso – il Parlamento – è bene che le luci del palcoscenico siano sempre accese, di modo che i cittadini/spettatori possano sempre scorgervi e così partecipare, nell'altro – il Quirinale – «se il palcoscenico è vuoto e il Presidente se ne sta dietro le quinte, è un buon segno» (p. 241 *Conte e Mattarella*), vuol dire che non siamo in stato di crisi. Dunque, in questo caso, è bene che le luci del palcoscenico siano accese solo in determinate e ben precise occasioni.

Le vicissitudini culminate nella formazione del Governo Draghi vissute con gli occhi sempre puntati sul palcoscenico del Quirinale, dovrebbero, dunque, indurci a riflettere sullo stato di salute della nostra forma di governo e del nostro sistema politico-partitico e a meditare quali cure adoperare (e come), per l'una e per l'altro, che poi, secondo l'insegnamento di Leopoldo Elia, sono intrinsecamente collegati. In questo senso, per tutte le ragioni di cui qui si è brevemente provato a dare conto, i volumi in oggetto, al netto delle opinioni di ciascuno, costituiscono una lettura assolutamente consigliata e che risulta fondamentale per l'analisi e la comprensione degli eventi recenti e delle metamorfosi in atto nella nostra forma di governo.

In chiusura, sia consentito un suggerimento all'Autore; dopo aver così ben operato un racconto di cronaca costituzionale della legislatura in corso e delle conseguenti metamorfosi in atto nella nostra forma di governo, sarebbe un peccato lasciare il lavoro incompiuto e non chiudere la trilogia con un nuovo volume che racconti gli esiti delle partite in atto e di cui anche

qui si è provato a dare conto. Certamente, per quel che vale, il nuovo volume avrebbe ad attenderlo un appassionato lettore.

Adolfo Russo



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



A. D'ATTORRE, *L'Europa e il ritorno del 'politico'. Diritto e sovranità nel processo di integrazione*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 272 *

“Qualcosa è cambiato”, ci si ripete continuamente pensando agli stravolgimenti che la pandemia da Covid-19 sta realizzando. Non si riesce bene ad afferrare cosa, un mutamento è nell'aria. Il fiorire di studi sull'impatto della pandemia sull'effettività dei diritti, sui processi democratici, sull'economia, sulla sanità nella sua configurazione sociale, testimoniano indubitabilmente che, piuttosto che il virus in sé, sia l'occasione per rivedere definitivamente quello che già non andava.

Se si guarda al rapporto tra l'«economico» e il «politico» questo è ancora più evidente. La deflagrazione dei temi della mancata democraticità dei processi decisionali in campo finanziario e la riscoperta – evidenziato in più di uno scritto – del principio del *no taxation without representation* ne è la conferma.

L'Autore si inserisce in quella corrente di pensiero che guarda con estrema diffidenza, se non addirittura con desiderio di totale sconfitta, alla *multilevel governance* europea. Non è il primo né, si può immaginare, sarà l'ultimo.

Al lettore di questi studi, viene sempre il dubbio che sia normale, negli Autori di Paesi in crisi, il desiderio di superare la *governance by numbers* per puntare al *governing through numbers* che sia maggiormente redistributivo, solidaristico, democratico e, in definitiva, comprensivo della popolazione degli Stati membri più in difficoltà.

Occorrerebbe chiedersi, però, cosa di questo pensino gli Autori che vivono e ricercano nei Paesi non coinvolti – almeno così tanto - dalla crisi finanziaria e se veramente la pandemia, che non ha risparmiato nessuno, farà loro approfondire l'importanza di un ritorno del «politico» in Europa.

Il volume di D'Attorre tenta di fare un *excursus* di quello che la dottrina ritiene essere il motivo del successo ordoliberal, del perché il keynesianesimo abbia dapprima superato – senza cancellarla – la dottrina ordoliberal e del perché essa vada superata attraverso la riparazione della cesura tra politica monetaria e politica economico-fiscale, non cancellando le regole ma usandole in un giusto dialogo tra economisti e giuristi, al fine del ritorno di un indirizzo politico finanziario che possa costruire un'Europa meno divisiva.

Che ormai ci sia una miriade di interventi dottrinali che riconoscono nell'ordoliberalismo la vera e propria filosofia politica che ha influenzato il processo di integrazione Europea dopo i “Treant'anni gloriosi” di keynesianesimo è noto; come lo è altrettanto che la corrente economica neo-liberale proprio da detta vera e propria scienza sociale abbia preso spunto. La *ratio* di questo movimento intellettuale, di cui hanno fatto parte esimi giuristi, economisti, sociologi e altri

* Contributo sottoposto a *peer review*.

intellettuali di svariate scienze sociali, consiste, secondo D'Atorre, tra gli altri, nel desiderio di uno Stato forte, non nel senso interventista, ma nel tenere a bada le spinte della società verso un eccesso di spesa pubblica che possa soddisfare le sempre crescenti esigenze sociali. Per fare ciò, da un punto di vista squisitamente costituzionale, gli ordoliberali non immaginavano, come potrebbe pensarsi, un'assenza della «Costituzione economica». Criticavano, infatti, quella di Weimar perché non aveva assunto posizioni chiare e definitive sul punto. Una norma di rango costituzionale, infatti, che prevedesse, una volta per tutte, il regime economico avrebbe messo a riparo lo Stato forte da mutamenti futuri spinti dal conflitto sociale.

Tutto il volume è incentrato, a detta dell'Autore, sulla dimostrazione di una duplice tesi. Mentre sulla seconda è semplice approcciare e non discordare, sulla prima si possono nutrire molti dubbi, anche se l'auspicio, almeno per gli Stati europei che soffrono economicamente di più, è fortemente suggestivo.

Insomma, la detta suggestione si fonda sull'assunto che l'attuale sospensione di quelle che vengono definite le regole dell'ordine di Maastricht, intendendosi per tale l'insieme degli automatismi della *governance* economica europea, non sia una parentesi, ma costituisca, a dispetto di quanto dichiarato, la fine di quell'ordine regolamentativo.

La seconda, in effetti strettamente presupposta alla prima, è il ritorno di quello che l'Autore ha definito il 'politico'. La riabilitazione, cioè, di quell'elemento democratico che infiamma la società per far pervenire all'alto le proprie istanze.

Insomma, quella che Crisafulli, nella sua nota opera sull'indirizzo politico definì la "nebulosa" ove si formano le idee che, passando per la formazione dell'indirizzo politico, divengono diritto.

Non vi è stata teoria, infatti, che abbia reso meglio, con quella metafora, la situazione del conflitto sociale degli anni Trenta del secolo scorso.

Il volume si concentra, per pervenire agli obiettivi sopra detti, a dimostrare la lenta, costante spoliticizzazione degli Stati europei, per poi pervenire, alla fine, a spiegare come mai dovremmo ritenere imminente il ritorno il 'politico'.

Naturalmente, similmente alla letteratura che si è occupata del tema, la metodologia non può non prevedere l'interdisciplinarietà.

Seguendo, dunque, le fila dell'Autore si tenterà di comprendere quanto di vero ci sia nell'auspicio cristallizzato nel volume e, cioè, quanto l'attuale sviluppo del dialogo intergovernativo europeo possa definitivamente intendersi «non come l'inizio di qualcosa di totalmente nuovo, ma come un fattore di accelerazione della definitiva chiusura di un'epoca» (p. 197).

Tutto inizia, secondo il volume, dal lento e inesorabilmente voluto, processo di spoliticizzazione della sovranità. La Grande Guerra, infatti, aveva reso l'Europa, a livello geopolitico, il centro occidentalizzato dei due blocchi americano e sovietico. La dipendenza economica e militare dagli Stati Uniti, attuata con il Piano Marshall del 1947, aveva inferto un duro colpo alla sovranità degli Stati europei, rendendola addirittura *dimidiata* (p. 23).

«Qui è rintracciabile una prima radice di quel divorzio fra il progetto europeo e la dimensione del 'politico'» che dal piano esterno si trasferirà in quello interno della sovranità «in coincidenza con l'emergere della globalizzazione neo-liberale e la fine della guerra fredda» (p. 24)

E, in effetti, la perdita dell'egemonia geopolitica dell'Europa e la conseguente perdita dell'autonomia politica hanno fatto presupporre che una vera e propria Europa unita non si sarebbe potuta realizzare, se non come tappa intermedia di un più ambizioso obiettivo: la federazione mondiale. Questi i presupposti sia della teoria federalista di Spinelli che di quella funzionalista di Monnet. Poco importa, secondo questa prospettiva, se poi si sia scelta la seconda via, che, però, voleva esclusivamente «istituire un vincolo, sostenuto da una convergenza di interessi materiali, che garanti[sse] la pace fra le maggiori nazioni europee» (p. 27).

Il secondo fattore di spolticizzazione del progetto europeo è, sempre secondo il volume, la costruzione europea come «comunità di diritto» (Hallstein), con il superamento del modello di diritto come *medium* tra potere politico ed economia. Negli stessi decenni in cui la sovranità veniva dimidiata, infatti, l'idea che si sarebbe fatta strada era che il diritto avrebbe dovuto recuperare «il suo primato rispetto alla sovranità politica» (p. 35), dal che si ricaverebbe l'evidente «nesso esistente tra la pretesa *primauté* del diritto comunitario e la sua emancipazione da una matrice politico-legislativa» (p. 36).

La storia però riserva ogni genere di sorpresa, come siamo abituati, oggi più che mai, a evidenziare. E nel caso del presupposto dell'assenza totale di importanza geopolitica dell'Europa post-bellica per l'instaurarsi del blocco statunitense-sovietico, la caduta del Muro, con la nota conseguenza della cessazione della Guerra Fredda, fa incombere sul progetto europeo la necessità di trovare una nuova *ratio* al funzionalismo. Esso diventa dunque «da mezzo – che consentiva alla talpa dell'unificazione di scavare in direzione di un'unità politica che non poteva essere dichiarata come obiettivo esplicito – a fine in sé» (p. 37).

Da un lato, però, l'ottenimento della Francia dell'obiettivo politico della moneta unica come nuovo fine del funzionalismo in cambio dell'accettazione di una Germania di nuovo unita, e, dall'altro, la successiva scelta dell'allargamento a Est, allontanano l'idea dell'approfondimento politico dell'Unione. In effetti, l'inclusione di Paesi così diversi culturalmente, politicamente ed economicamente «indebolisce la possibilità di rafforzare le condizioni minime di coesione» (p. 38).

Ma vi è il terzo fattore – quello decisivo a quanto pare – che spolticizzerà definitivamente il progetto di costruzione europea: l'idea della liberazione del mercato da ogni forma di controllo politico-democratico congiunta alla teoria del «tramonto definitivo della statualità moderna» (p. 39) non più considerata in grado di adattarsi alla post-modernità.

Questo il contesto di ingegnerizzazione del divorzio tra politica monetaria e politica economica e, dunque, di creazione della moneta unica, con la quale, a quel punto, poteva completarsi il percorso di spolticizzazione della sovranità.

Questo insieme di presupposti ha favorito l'avanzare della «talpa della spolticizzazione ordoliberal».

Prendendo in prestito l'idea schmittiana della «neutralizzazione politica dell'economia come condizione di forza del potere statale», l'ordoliberalismo avrebbe realizzato una relazione essenziale tra politica ed economia, in cui però la prima ha la sola funzione di neutralizzare sé stessa in un unico atto: quello costituzionale.

Con esso, si sarebbe immunizzata dal conflitto e dal pluralismo della società, contestualmente stabilendo «una volta per tutte i limiti invalicabili (e piuttosto ristretti) entro i quali questo conflitto può aver luogo» (p. 77).

Naturalmente il progetto europeo non può essere accostato ad una decisione costituzionale. Ciò nonostante, si assegna alla decisione politica il compito di ricoprire «una funzione specifica: rimuovere le condizioni istituzionali (eccesso di potere delle assemblee rappresentative), sociali (ruolo dei corpi intermedi) e finanziarie (eccesso di progressività fiscale, di controllo sui capitali e di welfare state) che hanno compresso fin quasi a spegnere gli *animal spirits* (e i margini di profitto) del capitalismo» (p. 82).

Per questo si pensa a una «comunità di stabilità» che includa le classi lavoratrici nella vita sociale ed economica con una decisione dall'alto.

Da queste premesse teoriche, l'Autore scopre le radici ordoliberali della *governance* economica europea, da un lato, caratterizzata da una dispersione della sovranità su più piani per impedire «l'incombere della minaccia di una iper-sovranià» (89) che l'idea federalista portava con sé e, dall'altro, portata avanti dall'azione della Corte di Giustizia europea con la sua sfera dell'indecidibile giuridico tipico del costituzionalismo *post-sovrano*.

La Corte di Giustizia, infatti, per cui i diritti intangibili «sono diventati essenzialmente quelli di proprietà, di libertà di movimento e di iniziativa economica, con uno scarto significativo rispetto al costituzionalismo sociale» (p. 91), diviene «il motore di una costruzione per via giurisprudenziale, non politico-legislativa, di un diritto europeo dell'economia» (pp. 89-90).

Ciò, fino all'Atto Unico europeo del 1986 e il successivo Trattato di Maastricht del 1992 con i quali la talpa ordoliberale raggiunge il proprio scopo. Esso sarebbe definitivamente declinabile nell'esclusione dall'ambito della legalità comunitaria dell'opzione keynesiana fondata sul primato dell'obiettivo della piena occupazione e nel concepimento del diritto come «il fattore di limitazione e neutralizzazione della politica a tutela dell'autoregolazione dell'economia» (p. 93).

La storia, però, vede rifiorire il terrorismo internazionale, la crisi finanziaria e la crisi pandemica. Questi eventi mostrano un'Europa impreparata ai conflitti sociali che questi eventi portano con sé.

Non è questa la sede per svelare la ricchezza di fonti dottrinarie internazionali che confermano le tesi presupposte di cui sopra, né per andare oltre nello svelare particolari di un testo che va indubitabilmente letto.

Ciò, non tanto per la completezza, perché la molteplicità dei temi affrontati avrebbe necessitato molte più pagine, quanto per le numerose domande che esso pone al lettore, inducendolo alla via dell'approfondimento e instillando il desiderio di dibattere su problemi, la cui soluzione consentirà, o meno, di completare il progetto europeo.

L'Autore ha una visione ben definita di quella che potrà essere l'architettura istituzionale dell'Unione europea. Si può essere d'accordo o meno. Nell'uno o nell'altro caso, qualcosa dovrà cambiare. Questo è noto a tutti, perché, come viene affermato nel volume, *the history is back*.

Sergio Spatola



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 383*

La monografia di Elisa Cavasino “Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana” è frutto di uno studio critico, complesso e con un taglio interdisciplinare che tratteggia – come si evince chiaramente dal titolo – le fondamenta del diritto costituzionale del bilancio in un contesto euro-nazionale e globalizzato. Sin dalle prime pagine, l’Autrice evidenzia l’importanza delle scelte di bilancio in un dato ordinamento costituzionale come mezzo per garantire effettività ai principi costituzionali e strumento di attuazione della Costituzione, ponendo successivamente l’accento – come si vedrà meglio nel corso della recensione – al sistema dei controlli e agli istituti di garanzia delle scelte politiche sul bilancio attraverso una approfondita analisi dell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale e contabile. Emergono subito e in modo chiaro, dunque, prima di passare ad analizzare i singoli capitoli, le coordinate principali della presente ricerca: *in primis* le modalità attraverso cui le norme costituzionali incidono sul potere di indirizzo politico-finanziario e i limiti materiali delle stesse al potere politico; *in secundis* il sistema di funzionamento di strumenti garantistici chiamati al controllo “della strumentalità delle politiche di bilancio rispetto alla attuazione di quei principi costituzionali” (p.24). Nelle intenzioni della Prof.ssa Cavasino vi è anche quello di dare risalto agli eventi economici e geopolitici del XX e XXI secolo (si fa riferimento alla crisi del 2008, 2012 e per ultimo alla crisi “sindemica” del 2020) che hanno inciso in modo significativo sulla forma di governo e di stato italiana determinando una costante perdita di centralità del Parlamento in parallelo a una progressiva prevalenza del Governo nell’esercizio della funzione finanziaria, senza mai perdere di vista il filo conduttore dell’intera analisi: il raggiungimento e la garanzia di effettività dei principi delineati dalla Carta Costituzionale.

L’Autrice, nel corso del primo capitolo, evidenzia i caratteri del diritto del bilancio in epoca liberale, partendo dai conflitti sorti tra il XVIII e il XIX secolo nelle esperienze costituzionali del Regno Unito, Francia e Germania. In particolare, Elisa Cavasino espone in modo tanto sintetico quanto efficace gli studi di tre importanti autori sul bilancio come Laband, Gneist e Jellinek in rapporto al loro contesto storico-politico, i quali elaborarono i “canoni” fondamentali del bilancio elaborati dai “classici” in epoca liberale: i) legge di bilancio come legge in senso formale; ii) natura “amministrativistica” del bilancio come strumento di “rappresentazione del rapporto fra amministrazione e spesa pubblica” (p.46); iii) subalternità del bilancio nei confronti delle

* Contributo sottoposto a *peer review*.

precedenti leggi di spese approvate dal Parlamento; iv) espressione dei poteri parlamentari sul bilancio attraverso il voto sul progetto di legge; v) definizione di principi costituzionali in mancanza di approvazione del bilancio necessari per garantire la continuità dello Stato; vi) definizione, infine, di principi di contabilità di stato tali da garantire “una corretta ripartizione delle responsabilità fra Governo e Parlamento” (p.47). L’indagine sugli studi “classici” per la l’Autrice rappresentano uno spunto utile per riflettere sull’importanza del paradigma liberale del diritto del bilancio. Nonostante essi siano tutti incentrati sulla forma di governo e sui riflessi nell’ambito del sistema delle fonti, Cavasino rileva tutta l’attualità degli insegnamenti “classici” del diritto pubblico, intesi non nel senso “che si possano trasporre istituti e figure giuridiche proprie della ricerca dell’equilibrio costituzionale nelle costituzioni flessibili in ordinamenti con costituzioni rigide e principi di struttura differenti” (pag.53), bensì come strumento di metodo per indagare su eventuali conflitti che si aprono attorno all’approvazione del bilancio annuale e valutare i possibili rimedi di ordine pratico e giuridico sorti attorno a quel conflitto che si presenta in contesti naturalmente diversi dal punto di vista storico-politico (e anche giuridico) ma che presenta, a detta dell’A., problemi analoghi. Cavasino è ben consapevole dei limiti che presentano i principi liberali sul diritto del bilancio in una forma di stato a Costituzione rigida - quale è la nostra dal 1948 - che presenta caratteristiche diverse rispetto alla forma di Stato liberale e sostiene ragionevolmente che traslare i principi liberali in una Costituzione rigida “sia stato una delle cause della marginalizzazione del sistema dei controlli contabili e del sistema delle garanzie costituzionali in materia di scelte di bilancio” (p.59). L’Autrice rileva, a chiosa del primo capitolo, la rilevanza del sistema dei controlli costituzionali sul bilancio come strumentali a garantire l’effettività dei principi e dei fini costituzionali e mette bene in guardia dai canoni liberali sul sistema dei controlli che per troppo tempo hanno lasciato in una sorta di cono d’ombra gli istituti di garanzia del diritto costituzionale sul bilancio: si pensi all’interpretazione estensiva dell’art.81, dell’art. 100 e dell’art. 103 co.2 della nostra Costituzione che hanno garantito ampi margini di azione ai titolari della funzione di indirizzo politico-finanziario.

Il secondo capitolo della trattazione è riservato all’analisi dell’esperienza costituzionale repubblicana e alla sua evoluzione fino agli anni ’90 del secolo scorso, evidenziando il passaggio dal paradigma “classico” liberale al paradigma economico – finanziario. Dopo una completa e attenta disamina del pensiero dei grandi autori classici del pensiero giuspubblicistico italiano come Santi Romano e Vittorio Emanuele Orlando, l’Autrice si sofferma sull’influenza del paradigma classico nei primi decenni della Costituzione repubblicana sottolineando il definitivo tramonto della concezione meramente formale della legge di bilancio elaborata da Santi Romano. Si identificano, a tal proposito, due momenti storici essenziali. Una prima fase che va dal ’48 al ’70 in cui si contrappongono le tesi di quanti interpretano l’art.81 in senso relazionale non finalizzato al perseguimento del pareggio di bilancio ma funzionale “ad assicurare un sinallagma fra spesa prevista e prelievi di risorse da destinarvi” (pag.78); una seconda fase, destinata a prevalere, che vede nel bilancio statale quell’elemento di dinamicità tale da rendere le politiche sul bilancio strumentali rispetto alla politica economica. La seconda fase vede l’avvio di una stagione riformatrice che porta a una maggiore razionalizzazione del diritto del bilancio pubblico e consente di garantire maggiore effettività ai principi costituzionali con l’introduzione della L.

468/1978 e la riforma dei Regolamenti parlamentari nel 1988. Tali riforme (a cui si aggiunge la L.362/1988), secondo Cavasino, porteranno alla definizione del concetto di equilibrio di bilancio e a una maggiore razionalizzazione dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo nella definizione dell'indirizzo politico finanziario, grazie alla quantificazione degli oneri delle leggi in coerenza con il "più ampio processo di programmazione economica" (pag.81). Giunta a questo punto della trattazione, l'A. tratteggia le principali caratteristiche dell'equilibrio economico-finanziario, inteso necessariamente in senso dinamico "dato che l'equilibrio per essere tale comporta un rapporto costante con la struttura dell'economia del Paese" (pag.81). Equilibrio, dunque, interpretato secondo una strutturale connessione fra decisione di bilancio da un lato e decisione di politica economica dall'altro. Con un'opera di sintetica ricostruzione storica del panorama politico degli anni '80, segnato dal divorzio tra il Tesoro e la Banca d'Italia, la Prof.ssa Cavasino rileva l'importanza del principio della sostenibilità del debito pubblico facendolo derivare direttamente o indirettamente dall'art. 3 della Costituzione, espressivo del principio di solidarietà intergenerazionale e dall'art.47 Cost. (tutela del risparmio). Successivamente si sofferma sul ruolo della giustizia costituzionale, interrogandosi sui c.d. modelli di giudizio adottati dalla Corte per salvaguardare la discrezionalità della dinamica Governo-Parlamento in materia di bilancio e, allo stesso tempo, salvaguardare il nucleo essenziale dei diritti costituzionali "sociali" e la unitarietà e globalità del bilancio. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità sulle leggi di spesa, Cavasino citando una importante sentenza della Corte (la n. 384/1991) afferma l'importanza delle relazioni tecniche nella valutazione della fattibilità finanziaria e del giudice contabile come giudice ai "limitati fini" (pag. 104). L'Autrice sposa, in questo contesto, la tesi dell'importanza della Corte dei conti per garantire e rendere effettivo il controllo sulla copertura finanziaria delle leggi, avendo quel *know-how* necessario per verificare la veridicità delle relazioni tecniche allegate ai testi normativi di spesa.

Nel terzo capitolo, la Prof.ssa ripercorre saggiamente la tesi di Giuliano Amato sul governo spartitorio dell'economia che ha contrassegnato la II metà del Novecento del secolo scorso, caratterizzata da scelte irrazionali sul lato della spesa pubblica, debito sommerso e indebolimento del sistema economico. Tale tesi conduce l'Autrice a soffermarsi su tre importanti aspetti che hanno inciso sul nostro ordinamento, ed in particolare: i) ruolo del Capo dello Stato; ii) processo di integrazione europea; iii) il problema (irrisolto) del rapporto fra poteri, istituzioni ed enti locali. A detta dell'A. gli interventi presidenziali sull'inefficienza del Legislatore contabile rappresenterebbero la dimostrazione di "quel modello irrazionale di governo dell'economia" (pag.112) non in grado di determinare una strategia volta a perseguire il rafforzamento dei pilastri economici del paese. Elisa Cavasino, in questo passaggio, chiarisce bene che il ruolo del Capo dello Stato non si configura come un potere di controllo *tout court* sulle scelte di bilancio, ma come potere di *moral suasion* (ben chiariti nella nota sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale) a tutela dell'equilibrio economico-finanziario e della rappresentanza dell'unità nazionale. Successivamente l'A. si sofferma sui mutamenti storici degli anni '90 per definire la correzione del paradigma economico-finanziario e l'affermarsi sulla scena europea del Trattato di Maastricht che avrebbe posto le basi per la costruzione di una *governance* economica e monetaria in grado di garantire stabilità dei prezzi e libera circolazione dei "fattori" produttivi. In un contesto

caratterizzato da una forte crisi dei partiti politici e da scelte di bilancio insostenibili emerse la necessità, sostiene Cavasino, di “individuare un sistema di vincoli esterni” (pag. 119) che avrebbero collegato l’indirizzo politico finanziario dall’asse nazionale a quello europeo. L’Autrice si interroga, quindi, sugli effetti determinati dalla ratifica del Trattato di Maastricht sul piano della forma di governo: si sofferma sulla perdita di centralità del Parlamento e sul fallimento dei processi di razionalizzazione delle scelte di bilancio, a causa delle fragilità del sistema politico italiano e della scarsa capacità di negoziazione del Governo italiano nelle sedi europee. Per quanto riguarda, invece, l’evoluzione del rapporto tra poteri, istituzioni ed enti locali l’Autrice dedica un intero paragrafo, a conclusione del III capitolo, al coordinamento della finanza pubblica ante-riforma 2001 dimostrando come essa fosse caratterizzata da un’ampia discrezionalità del legislatore statale, che definiva, senza limiti particolari, “il livello di garanzia costituzionale dell’autonomia finanziaria regionale e locale” (pag.138). Si fa precipuo riferimento all’originario testo dell’art.119 Cost. nella misura in cui delineava il coordinamento finanziario, sotto il profilo delle spese, in senso statico e in senso dinamico: il primo consentiva allo Stato centrale di accentrare a sé un “sistema normativo organico, generale ed obiettivo di finanza pubblica coordinata in tutti i settori” (pag.138); il secondo permetteva al potere centrale di conformare le norme lungo l’asse temporale “ai fini che il coordinamento statico si prefiggeva” (pag.139). Al termine, la Prof.ssa Cavasino descrive il processo di riforma inaugurato con la L. n. 59 del 1997 e l’introduzione nel nostro ordinamento di due importanti principi: i) principio di sussidiarietà e ii) principio di effettività, funzionali ad assicurare un adeguato livello delle prestazioni e servizi pubblici e allo stesso tempo garantire autonomia, responsabilità e trasparenza.

Il quarto capitolo dell’opera è interamente dedicato al rapporto tra autonomia finanziaria e processi di bilancio nell’ambito delle riforme costituzionali del 2001 e del 2012. Per quanto concerne la prima riforma, l’A. adotta una interpretazione sistemica del novellato art.119 Cost per evidenziare il rapporto tra principio di autonomia e principio di responsabilità e fornisce gli strumenti per riflettere sulla (mancata) effettività di tali principi; in particolare si tratta della legislazione statale in materia di unità della finanza pubblica e delle clausole costituzionali che regolano il rapporto con il diritto dell’Unione Europea, che avrebbero posto dei limiti diretti e indiretti all’autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali. Successivamente, Cavasino tratteggia le novità introdotte dalla riforma costituzionale del 2012, dando conto del vincolo posto alle pubbliche amministrazioni di garantire l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (art.97 c.1 Cost), dei limiti ulteriori all’indebitamento posti in capo alle Regioni e agli enti locali (art.119 c.6 Cost), dell’introduzione di una fonte rinforzata competente a stabilire norme generali e criteri di sostenibilità del debito (art.81 c.6 Cost) e dell’introduzione in capo allo Stato centrale della competenza esclusiva circa l’armonizzazione dei bilanci pubblici (art.117 co.2.lett.e), lasciando quindi il solo coordinamento della finanza pubblica fra le materie di potestà legislativa concorrente. Si tratta, sostiene l’Autrice, di un “articolato quadro di vincoli costituzionali alla decisione di bilancio di Regioni ed enti locali che mira ad una forte razionalizzazione delle decisioni sulle entrate e sulle spese” (p.148). In tale contesto di forte razionalizzazione, Elisa Cavasino si interroga sull’efficacia dello strumento della leale collaborazione nel rapporto tra Stato e Regioni soprattutto per quanto concerne la definizione

dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali. A tal proposito, richiama, in senso critico, la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, dalla quale rileva l'inidoneità del principio di leale collaborazione "di dare effettivo respiro all'autonomia (non solo finanziaria) delle Regioni e degli altri enti territoriali, specialmente in anni di forte contrazione della spesa Statale sui LEP e di forte rigore nelle politiche europee di stabilità dei bilanci" (p.152). È quindi attraverso l'individuazione di priorità di spesa, sostiene Cavasino, che la giurisprudenza costituzionale fa forza per garantire l'effettività dei diritti costituzionali e valorizzare lo spazio di autonomia politica delle autonomie territoriali. Nel corso del quarto capitolo, l'Autrice ritorna sulla riforma costituzionale del 2012, ed in particolare sul riformato art. 81 Cost., per descrivere l'interpretazione più coerente con i principi fondamentali della nostra forma di stato. In particolare, dopo attenta analisi del concetto di equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico, rifiuta tutte quelle tesi che poggiano su una interpretazione letterale e "cristallizzata" della citata riforma dalla quale deriverebbe "una crisi di effettività dell'intero quadro costituzionale" (p.157), per adottare una lettura della "nuova" disciplina costituzionale alla luce dei principi che caratterizzano la nostra forma di stato (principio democratico, personalista, di eguaglianza, lavorista ed autonomista). Tale *modus operandi* le consente di inquadrare la riforma sul pareggio di bilancio non come una sorta di vincolo dal sapore squisitamente contabile ascrivibile al c.d. *balanced budget rules*, bensì come una riforma che razionalizza le scelte di bilancio collocando "le decisioni sulle entrate e le spese dello Stato in una dinamica relazionale con il contesto economico sulle quali esse incidono" (pag.159). Non si tratta, dunque, di un limite quantitativo *tout court* alla spesa pubblica ma di una garanzia di sistema che pone il bilancio pubblico in relazione al contesto economico di riferimento. Quanto, invece, alle novità introdotte dalla riforma del 2012 all'autonomia delle Regioni ed enti locali, nel presente capitolo, la Prof.ssa ne fornisce una lettura ampiamente critica sostenendo che le forme di garanzia previste dal riformato art.117 Cost. "sono state intese dal legislatore statale, nell'esercizio delle proprie competenze normative trasversali di coordinamento della finanza pubblica ed armonizzazione dei bilanci pubblici, non in chiave di tutela delle autonomie, ma in funzione della conservazione o dell'ampliamento di spazi di manovra statale" (pag.173). Tale tesi viene corroborata dall'Autrice attraverso il copioso richiamo alla giurisprudenza costituzionale nell'ambito di giudizi in via principale e in questioni rimesse in via incidentale dalla Corte dei conti nei giudizi di parificazione dei rendiconti generali, che ha permesso di censurare quelle *malpractices* poste in essere dal legislatore statale e salvaguardare il principio di leale collaborazione e di ragionevolezza nell'ambito del trasferimento di risorse agli enti territoriali. Il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale permette alla prof.ssa Cavasino di porre l'accento sulla notevole importanza delle pronunce della Consulta, la quale "attraverso il giudizio di ragionevolezza, ha verificato se veniva o meno rispettato il principio di proporzione fra risorse e funzioni e se le scelte di politica finanziaria incidenti sui diritti costituzionali pregiudicassero la protezione di *beni primari*" (pag.198).

Il quinto capitolo della monografia viene dedicato al complesso tema della cd. contabilità di mandato, intesa come la sintesi tra la dimensione sociale della Costituzione e quella finanziaria. Nel presente capitolo, l'Autrice richiama nuovamente il concetto di equilibrio di bilancio inteso

in senso dinamico e sotto una lente che lo mette a sistema con i principi strutturali del nostro ordinamento. Ciò che interessa porre in rilievo a Elisa Cavasino, almeno nella prima parte del capitolo, è evidenziare l'importanza della contabilità di mandato per rendere effettivo e quindi praticabile il principio di responsabilità non solo politica, ma anche amministrativa e contabile, sicché in un ordinamento pluralista e democratico – quale è il nostro – sia possibile assicurare ragionevolezza alle scelte di bilancio. I continui riferimenti alla giurisprudenza della Consulta le consentono di sostenere che equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito sono decisivi per garantire l'effettività dei diritti in un sistema costituzionale in cui le funzioni sono ripartite tra più livelli di governo. E qui l'A. richiama il complesso quadro normativo del sistema di contabilità pubblica e dei connessi principi di coordinamento finanziario, che hanno avuto come obiettivo primario incentivare la responsabilizzazione delle decisioni politico-finanziarie sulle entrate e sulle spese, garantire la loro intellegibilità, razionalità e trasparenza delle scelte di bilancio. Rendere pienamente realizzabile la contabilità di mandato vuole dire, come agevolmente l'Autrice rileva nel corso del quinto capitolo, garantire da un lato una uniformità contabile e dall'altro una uniformità del sistema dei controlli (pag. 214). Al tema dei controlli viene dedicata la seconda parte del capitolo in esame, ove l'Autrice riflette sull'importanza del controllo di costituzionalità sugli atti di natura finanziaria come garanzia dell'identità costituzionale. Dopo una accurata descrizione delle tesi contro la giustiziabilità delle decisioni di bilancio, tutte incentrate a garanzia della discrezionalità politica e dell'indirizzo politico-finanziario, l'Autrice si sofferma sul principio di costituzionalità come base per assicurare il funzionamento del circuito di garanzia giurisdizionale della Costituzione con riferimento agli atti di natura finanziaria ed interpretare la disciplina sull'accesso e gli effetti delle decisioni in modo coerente con tale principio" (pag. 224). Tuttavia, l'Autrice non disconosce le difficoltà insite nel controllo di costituzionalità degli atti di natura finanziaria, connesse sia al problema dell'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale, sia agli effetti delle decisioni del giudice delle leggi. In particolare, Cavasino si sofferma sull'importanza della via incidentale, dovuta alla sua particolare caratteristica dell'essere "giurisdizione di diritto obiettivo" (pag. 227), per rendere effettivi quei diritti che, richiamando la più recente giurisprudenza, definisce come "adespoti", "diffusi" e "frammentati", i quali possono e devono essere fatti valere nel momento in cui un giudice terzo e imparziale ne rilevi la violazione in sede di controllo contabile. Ed è qui che l'A. richiama le importanti e imprescindibili tesi di Crisafulli e Sandulli sulla funzione pubblica neutrale servente rispetto alla garanzia della legalità costituzionale, per riflettere sull'evoluzione del ruolo della Corte dei conti, nel quadro delle revisioni costituzionali del 2001 e del 2012. Un paragrafo è, infine, dedicato all'analisi delle tecniche decisorie e della Corte costituzionale sugli atti di natura finanziaria e sulle leggi di spese, in particolare dopo la Legge costituzionale n.1 del 2012; analisi che permettono di cogliere appieno l'importante ruolo svolto dalla Consulta nel bilanciamento dei diritti effettuato tramite tecniche c.d. manipolative degli effetti spaziali e temporali, che permettono di salvaguardare la discrezionalità del Legislatore.

Il sesto e ultimo capitolo dell'opera analizza efficacemente il diritto del bilancio pubblico nel processo di integrazione europea, evidenziando luci ed ombre delle inevitabili cessioni di sovranità finanziaria e monetaria in rapporto alla funzione equilibratrice della nostra Carta

fondamentale. In apertura del capitolo l'Autrice effettua una completa disamina dei rapporti tra economia politica e diritto costituzionale, per dimostrare l'importanza delle connessioni tra le diverse branche del "sapere" nella comprensione del diritto costituzionale del bilancio in una epoca caratterizzata da rilevanti mutamenti geopolitici ed economici. È importante, secondo l'Autrice, costruire ponti con altre discipline "per tentare di acquisire una maggiore consapevolezza di cosa siano le istituzioni sociali e quelle particolari istituzioni sociali che sono le istituzioni politiche" (pag. 267). Successivamente la Prof.ssa Cavasino entra nel vivo della questione, interrogandosi sulle modalità con cui analizzare ed interpretare il ruolo della Costituzione italiana alla luce delle imponenti trasformazioni in ambito geopolitico, economico e biosociale del XXI secolo. L'A., facendo leva sulle autorevolissime tesi di Mortati, richiama il principio di uguaglianza (art. 3 c. 2 Cost.) pensato "per fare entrare le norme costituzionali in rapporto costante e continuo con le trasformazioni sociali, politiche, economiche" (pag. 273), il principio internazionalista (art.10 e 11 Cost.) e il principio di costituzionalità "inteso come ratio del sistema delle garanzie costituzionali, che consente di salvaguardare la forza ordinante ed equilibratrice della Costituzione" (pag.273). Principi, questi, che permettono di affrontare l'annosa questione dei conflitti tra diritto finanziario e monetario europeo e costituzionale nazionale, riconoscendo e promuovendo la tutela dell'identità nazionale (art.4 TUE), che è garantita attraverso la c.d. "dottrina dei controlimiti". È dunque possibile controllare, attraverso gli organi di garanzia, che il processo di integrazione europea sia rispettoso dei principi che compongono l'identità costituzionale nazionale.

Con riferimento all'identità nazionale e al processo di integrazione europea, l'Autrice affronta il problema dell'erosione del principio democratico e dell'atrofia delle funzioni parlamentari nella decisione di bilancio. Tale involuzione del principio democratico, sostiene Cavasino, non sarebbe stata determinata dalle regole sulla *governance* economica, quanto invece dalle cattive prassi tra Legislativo ed Esecutivo nella decisione di bilancio che avrebbero messo in fortissimo stress l'art.72 Cost. Richiamando l'importante ordinanza n.17/2019, l'Autrice riflette sui possibili – quanto necessari – rimedi per recuperare l'importanza delle funzioni parlamentari nella decisione di bilancio. Un secondo controlimite, che si ritiene violato dalle regole europee sulla *governance* economica, è rappresentato dalla garanzia dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 della Costituzione. L'Autrice si interroga se le regole di *austerità* e di sostenibilità del debito poste in essere dall'Unione europea sarebbero la causa prima della compressione dei diritti fondamentali in materia di sanità, previdenza, assistenza e istruzione, sostenendo che per essere imputata esclusivamente tale responsabilità alle regole europee "deve essere comprovata dalla dimostrazione che le riforme del welfare e le scelte di bilancio assunte dal decisore politico nazionale erano le uniche possibili negli anni in cui la disciplina europea di bilancio veniva configurata e poi riformata. In caso contrario, anche qui, la responsabilità della crisi di effettività dei diritti inviolabili ed in particolare dei diritti sociali andrebbe imputata a scelte irrazionali rispetto ai fini costituzionali poste in essere da Governo e Parlamento" (pag.285). Infatti, a sostegno della sua autorevole tesi, l'A. non intravede nelle regole europee di coordinamento sulla *governance* economica un obbligo sul tipo di spese da definire secondo i criteri europei, quanto un modo per rendere la decisione di bilancio stringente sul piano della trasparenza e della razionalità

dei conti pubblici, in modo “da raggiungere un equilibrato rapporto fra interventi di finanza pubblica e condizioni del sistema economico” (pag.289). L’Autrice prosegue, nella seconda parte del capitolo conclusivo, con l’analisi dei meccanismi interni di raccordo con le regole europee di bilancio (L. n.234 del 2012) ed allo stesso tempo fornisce una chiave interpretativa delle regole europee di bilancio, del Trattato MES e della disciplina europea del SEBC, che tiene conto dei caratteri di flessibilità dovuti al metodo intergovernativo. A chiosa finale del capitolo, ampio spazio è dedicato al ruolo e all’importante responsabilità esercitati dalle Corti Costituzionali nello spazio giuridico europeo-costituzionale, evidenziando la capacità delle stesse di potere assicurare una efficace protezione all’identità costituzionale in chiave di *voice* e *loyalty* funzionale a garantire trasparenza e democraticità nel paradigma euro-costituzionale delle scelte di bilancio.

Rosario Strabone



G.M. FLICK, M. FLICK, *Elogio della foresta. Dalla selva oscura alla tutela costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 128 *

«Questo è il segno dell'alleanza, che io pongo tra me e voi e ogni essere vivente che è con voi, per tutte le generazioni future» (Genesi, 8,13-9,26). Con il richiamo ai passaggi biblici della Genesi, i due Autori concludono le riflessioni contenute nel volume dal titolo '*Elogio della foresta. Dalla selva oscura alla tutela costituzionale.*', evocando l'impegno alla ricucitura di un'alleanza tra uomo e natura ispirata ai principi solidaristici richiamati dal testo costituzionale e riecheggianti nell'Enciclica di Papa Francesco del 2015 *Laudato si*.

Con il presente volume, gli Autori sviluppano una riflessione sull'evoluzione della regolamentazione giuridica del patrimonio forestale nazionale, con particolare riferimento alle modifiche introdotte con il recente Testo unico in materia di foreste e filiere forestali (d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34), inserendosi in piena continuità con i contributi pubblicati in passato. In specie, si fa riferimento alla successione di 'elogi' dedicati a temi di particolare interesse e rilievo dal Prof. Avv. Giovanni Maria Flick (Cfr. *Id, Elogio della dignità*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2015; *Id, Elogio del Patrimonio. Cultura, arte, paesaggio*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2016; *Elogio della Costituzione*, Roma, Paoline Editoriale, 2017) e al contributo dell'Avv. Maurizio Flick relativo ai profili giuridici della *due diligence* del legno (M. FLICK, S. CERULLO, *La due diligence del legno. Il quadro normativo di riferimento e alcune indicazioni operative*, II ed., Milano, Compagnia delle Foreste, 2018).

Sin dalle prime pagine del volume si evince che la volontà degli Autori è di individuare le coordinate ermeneutiche del rapporto tra uomo e foresta, e più nello specifico tra diritto e natura, a partire dall'interpretazione dell'art. 9 della Costituzione e dal suo messaggio di «*guardare al passato per proteggere il futuro nel presente, attraverso la cultura*» (p. 18). La comprensione di siffatto rapporto e la costruzione di una progettualità per il futuro passano dunque attraverso la piena cognizione del passato. Si tratta di una convinzione che si riflette nella struttura medesima del libro, che, dopo le premesse, risulta suddiviso in tre parti, dedicate rispettivamente alla dimensione temporale del passato, a quella presente e alla dimensione del futuro. La norma costituzionale esprime pertanto, ad avviso degli A., una multidimensionalità temporale che, con specifico riferimento al tema delle foreste, trova ad esempio una concreta espressione giuridica nella disciplina degli alberi monumentali, che sono delle formazioni boschive qualificate come meritevoli di speciali azioni di conservazione in ragione di un elevato valore biologico, ecologico e antropologico.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Prima di entrare nel dettaglio delle riflessioni sviluppate, risulta ragionevole segnalare che, nella trattazione, la lente di analisi del rapporto tra uomo e natura appare comunque ispirata ad una visione antropocentrica, pur nel rifiuto delle sue devianti degenerazioni (Cfr. *Laudato si*, 115-121). In numerosi passaggi gli Autori rammentano difatti la centralità del contributo dell'uomo nell'evoluzione del patrimonio forestale, favorendone la crescita e la sua tutela attraverso la *cultura* e la *coltura*, coerentemente con la lettura dell'art. 9 Cost. da loro condivisa.

Considerate tali premesse, che fungono da faro nel percorso tracciato dagli Autori, nel volume viene offerta una lettura costituzionalmente orientata dell'ordinamento giuridico forestale nazionale, articolando il ragionamento intorno tre principali questioni: la *governance* nella tutela e valorizzazione delle foreste, la multifunzionalità delle foreste e la concezione della foresta come bene comune.

Relativamente alla prima questione, gli A. affrontano lo spinoso tema della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Come ben noto, si tratta di un tema particolarmente complesso con riferimento al quale la c.d. '*costituzionalizzazione incompleta*' dell'ambiente con la riforma del Titolo V del 2001 (espressione ripresa da D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2012, 257) ha posto un duplice problema definitorio. Da un lato viene ricordata dagli A. la difficoltà di circoscrivere la materia ambiente, anche alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale che ne ha riconosciuto la caratura di «*valore costituzionalmente protetto*» e il relativo carattere trasversale, con il conseguente intreccio inestricabile di competenze (sentenza Corte Cost. n. 407/2002). Dall'altro lato, gli A. si riferiscono alle significative complessità nell'individuazione del perimetro delle funzioni di tutela, annoverate tra le competenze esclusive statali, e di quelle di valorizzazione, quali funzioni di competenza concorrente.

Il secondo nodo, come si è anticipato, attiene al carattere della multifunzionalità delle foreste, quale elemento riconosciuto altresì dalle istituzioni comunitarie (Cfr. COM (2006) 302 - *Piano d'azione dell'Unione europea a favore delle foreste*) e dalla stessa Corte Costituzionale nella celebre sentenza n. 105 del 2008. Sul medesimo bene insistono difatti congiuntamente istanze di protezione ambientale ed interessi di ordine economico-produttivo, che, ad avviso degli A., nel rifiuto di radicali approcci veteroambientalisti e di cieche logiche del profitto, devono trovare composizione nell'ordinamento giuridico forestale attraverso un adeguato bilanciamento, come l'art. 8 d.lgs. n. 34/2018 tenta di costruire disciplinando le trasformazioni del bosco e le relative opere compensative.

In merito al terzo aspetto, gli A. constatano che le categorie giuridiche tradizionali relative ai beni non appaiano più pienamente idonee a comprendere la realtà forestale connotata da tali caratteri multifunzionali. Per tale ordine di ragioni, gli A. richiamano con interesse il dibattito intorno ai c.d. *beni comuni*, quale categoria utilizzata per ricondurre un bene ad un utilizzo collettivo in condizioni di uguaglianza, sia nella gestione che nella fruizione, finalizzato alla tutela dei diritti fondamentali. Pur riconoscendo lo sforzo del legislatore di aver tipizzato i c.d. *beni collettivi* con la legge 20 novembre 2017, n. 168, viene riconosciuta un'intrinseca difficoltà nell'utilizzo di tale categoria giuridica. La riconducibilità di una gamma così variegata di beni nell'ambito della medesima tipologia rende complessa l'individuazione di una disciplina legale omogenea. Per tale

ragione, ad avviso degli A., le elaborazioni giuridiche sul tema, seppur coerenti nella *pars destruens*, risultano «*alquanto nebulose e fragili*» con riferimento alla *pars costruens* (p. 67).

La riflessione sviluppata intorno a tali nuclei tematici ha condotto gli Autori a valutare positivamente l'intervento del legislatore del 2018, pur nella provvisorietà del giudizio legata alla mancata adozione di tutti i decreti attuativi. In specie, gli A. riconoscono al Testo unico in materia di foreste e filiere forestali (TUFF) il merito di aver individuato un adeguato punto di equilibrio tra le molteplici funzionalità ed interessi che insistono sul bene e di aver strutturato un efficace coordinamento tra centro e periferia nelle funzioni legate alla gestione del medesimo. Un punto di equilibrio idoneo ad assicurare una gestione dinamica del patrimonio. Dalla lettura del volume risulta dunque che gli A. non condividano il contenuto delle più dure critiche rivolte al TUFF, tra cui quella di Paolo Maddalena, che ha rivolto critiche nei confronti della prevalenza riservata dal legislatore allo sviluppo socio-economico, segnalando la violazione, sotto diversi aspetti, del dettato costituzionale. In merito a ciò, gli A. non risparmiano pertanto delle osservazioni nei confronti dei principali detrattori del TUFF, evidenziando come, sovente, alla base di tali posizioni vi sia la pretesa di lasciare il patrimonio forestale all'evoluzione naturale, ignorando tuttavia il peso della componente umana nella gestione del bene, anche alla luce del fatto che il 92% della superficie forestale nazionale risulta fortemente antropizzato (p. 57).

Con l'ultima sezione del volume gli Autori rivolgono lo sguardo verso l'orizzonte del domani, evidenziando la necessità di una '*visione globale*' per mezzo della quale la dimensione umana sia temperata con le esigenze ambientali e individuando un possibile '*faro*' che illumini tale cammino nei principi fondamentali dell'Enciclica *Laudato si'* (p. 82). In particolare, viene promossa una prospettiva che, al fianco dei diritti, riconosca la centralità dei doveri della collettività e, nello specifico, dei doveri di solidarietà economica che sostengano adeguatamente le politiche di gestione e di tutela del bosco. A tal fine emerge pertanto l'auspicio degli A. ad approfondire e guardare con fiducia il tema della fiscalità ambientale per una riforma degli strumenti tributari che superi la funzione esclusivamente disincentivante e risarcitoria del tributo. Al fianco di tali soluzioni fiscali, viene inoltre promosso l'impiego di strumenti in grado di incentivare comportamenti virtuosi, come i contratti per i servizi ecosistemici, traendo dunque benefici di ordine economico dai beni e servizi forniti dall'ecosistema.

Ad avviso degli Autori, tuttavia, l'attuale ripartizione di competenze tra centro e periferia rende l'assetto istituzionale inidoneo alla promozione dei menzionati strumenti. Il loro auspicio è dunque di una revisione costituzionale che riproponga il ruolo della Regione come luogo di sintesi delle autonomie locali e del centro e, dunque, centro di elaborazione di politiche territoriali, a cui sia riconosciuta una potestà legislativa esclusiva su materie espressamente indicate. Inoltre, relativamente alle materie concorrenti, viene piuttosto proposto un meccanismo per il quale lo Stato definisca le norme fondamentali, e non invece i principi fondamentali, nell'ambito di una legge quadro che definisca i puntuali margini di integrazione riconosciuti alle autonomie regionali.

Infine, gli A. articolano brevi riflessioni intorno a due strumenti predisposti dall'UE per contrastare la deforestazione e il commercio illegale di legname: il sistema di licenze FLEGT e la *due diligence* del legno. Con il primo, si fa riferimento a un sistema di licenze che attestano che il legno e i prodotti derivati siano stati ottenuti da legname di produzione nazionale legalmente

tagliato o legalmente importato. Per *due diligence* del legno si intende invece la disciplina introdotta con il regolamento (UE) n. 995/2010, che vieta la commercializzazione nel territorio europeo di legname tagliato illegalmente e dei prodotti derivati, istituendo un sistema di tracciatura del materiale venduto. Seppur, con riferimento a tali strumenti, dagli A. viene segnalata un'inerzia delle istituzioni nazionali, vista la loro tardiva attuazione, la valutazione risulta complessivamente positiva, avendo evidenziato che tali norme denotano «*un cambio di mentalità e di approccio alla materia ambientale*» (p. 107).

Gli Autori concludono la trattazione con riflessioni che non nascondono una visione ottimista. Guardando con fiducia la crescente sensibilità ambientale del tessuto imprenditoriale, gli A. sembrano difatti scorgere i tratti di un nuovo paradigma conformato ai principi solidaristici intergenerazionali, nel quale il diritto, favorendo la convivenza tra le anime e gli interessi che insistono sul patrimonio boschivo, contribuisce a «*dare ossigeno alla foresta, anziché ostacolarla, perché quest'ultima possa a sua volta restituire ossigeno e regalare all'uomo qualità della vita e ricchezza*» (p. 54).

Riccardo Stupazzini



F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites etico-jurídicos del transhumanismo*, Tirant Lo Blach, Valencia, 2018, pp. 238*

Homo excelsior. *Los límites etico-jurídicos del transhumanismo* del Prof. Fernando Llano Alonso è un libro importante. In circa duecento pagine, l'Autore ricostruisce e commenta una grande mole di testi che afferiscono a una letteratura in costante espansione e ancora poco conosciuta.

Impreziosendo la riflessione con puntuali e abbondanti riferimenti alla cultura classica, di cui l'Autore è pure un grande esperto (si ricordano in particolare gli studi dottorali dedicati al maestro bolognese Guido Fassò e il bel volume sul pensiero filosofico-giuridico di Cicerone), ma utilizzando anche il patrimonio letterario e cinematografico che spesso ha saputo anticipare dilemmi e questioni fondamentali relativamente al rapporto tra umanità e sviluppo delle tecnologie, il Prof. Llano identifica e sviluppa una serie di nodi centrali per il dibattito contemporaneo, decisivi per il futuro prossimo, sull'“eccezionalismo” umano amplificato dalle tecnologie, nonché sui suoi limiti etici e giuridici – come indicato dall'ottimo titolo dell'opera, che si propone come deliberatamente «ambiguo» (p. 17).

In primo luogo, è proposta un'analisi degli studi sul transumanesimo (culturale, biologico e cibernetico), all'epoca della postmodernità e della “realtà liquida”.

In secondo luogo, vengono illustrati una serie di miti e di narrazioni simboliche che situano il desiderio umano di superare i limiti della morte, dell'invecchiamento e delle vulnerabilità corporali all'interno di una cornice storica ampia quanto la stessa storia dell'umanità.

In terzo luogo, è approfondito il tema della “Singolarità” e dunque di un sistema educativo elitario, escludente e “determinista” capace di selezionare gli *aristoi* del domani, producendo nuovi privilegi e drammatici divari.

In quarto luogo, vengono affrontate alcune problematiche che ineriscono al rapporto tra robot e persone, a cominciare dal problema della qualificazione giuridica della “personalità elettronica” e della natura “ibrida” di alcuni esseri umani (o forse dovremmo dire cyborg?) che si avvalgono di protesi e/o di dotazioni robotiche funzionali, ad esempio nel settore dello sport agonistico.

In quinto luogo, viene ricostruito l'interessante dibattito tra gli argomenti “bioprogressisti” e “bioconservatori” a proposito delle esigenze di bilanciamento tra il diritto allo sviluppo della scienza e delle tecnologie e il diritto-dovere di conservazione della specie umana.

Infine, in sesto luogo, è proposto un approfondimento sul tema della medicina genetica prenatale, indagata mediante una prospettiva comparatistica, volta a disvelare le numerose differenze che sussistono tra gli ordinamenti europei sopra le tematiche di rilevanza bioetica,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

sintomo di una complessità del tutto priva di “verità certe” o di “principi condivisi” chiaramente definibili.

Tra i fili rossi che aiutano a dipanare una così complicata, e ricca, matassa, due autori forniscono interessanti spunti interpretativi e, combinati assieme, presentano una possibile chiave di lettura per l'intero testo: José Ortega y Gasset e Immanuel Kant.

Da un lato, sta l'“umanesimo tecnologico” di José Ortega y Gasset, che concepisce le moderne tecnologie come un poderoso «aparato ortopédico» (p. 53) capace di superare i limiti del progetto umanista, pur collocandosi nel suo medesimo solco. Scrive Llano: «el humanismo de Ortega no es arqueológico ni regresivo, sino un neohumanismo que ensaya y vislumbra el porvenir de lo humano» (p. 57).

Dall'altro lato, si situa il pensiero kantiano sopra la dignità umana, che pare l'unico punto che è possibile fissare stabilmente (ancorché l'Autore ricordi il tentativo di Nick Bostrom di giustificare una “dignità postumana”, p. 32). Allo stato dell'arte, tuttavia, pare che l'intera conoscenza tecnologica debba essere concepita come antropocentrica e antropogenica, come ricorda altresì la recentissima Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020 che stabilisce il “quadro etico sull'intelligenza artificiale, la robotica e le tecnologie correlate” nell'ambito della giurisdizione dell'Unione europea.

In questi termini, l'uomo, inteso come un «centauro ontologico» (p. 40) di *orteguiana* memoria, è determinato dalla tecnica ma resta dotato di un *quid* che nessuna macchina potrà mai possedere: una dignità in senso kantiano, dunque associata alla sua libertà, alla sua natura “morale”, all'autonomia e alla sua capacità di *pensare*.

Questo corollario riporta alla mente le riflessioni di un'altra pensatrice che molto fu influenzata da Kant, Hannah Arendt, la quale individuò con chiarezza la rilevanza dell'attività, tipicamente umana, del pensare come elemento imprescindibile anche nel rapporto con le tecnologie: «Se la conoscenza si separasse irreparabilmente dal pensiero», scrive ne *La condizione umana* (Bompiani, Milano, 2017, p. 36), «allora diventeremmo esseri senza speranza, schiavi non tanto delle nostre macchine quanto della nostra competenza, creature prive di pensiero alla mercé di ogni dispositivo tecnicamente possibile».

Nel saggio *Alcune questioni di filosofia morale* (in EAD., *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino, 2010, p. 83), Arendt aggiunge che il pensiero concerne l'«essere sé stessi e giudicare sé stessi», nell'ambito di un «dialogo silenzioso tra me e me» che ella chiama «solitudine» e che ricorda l'*ensimismamiento*, il raccoglimento in sé stessi, di Ortega.

Questo aspetto dell'umano, questa coscienza di sé, questo raccoglimento riflessivo che include la memoria e il giudizio sulle proprie azioni, sembra dunque il tratto che ci distingue in modo netto dalle macchine e dalla loro forma di “intelligenza”, che è viceversa statistica, non creativa, né causale bensì strettamente accidentale, predittiva ma regressiva (perché basata sull'analisi di una grandissima mole di informazioni già “date” nella quale indentificare correlazioni, ancorché estremamente complesse e talvolta non umanamente intelligibili).

Tuttavia, questa consapevolezza si rivela un porto scarsamente sicuro, per almeno tre ordini di motivi.

In primo luogo, sussiste il problema della volontà. Come ricorda la *Leggenda del Grande Inquisitore*, che Dostoevskij fa esporre da Ivàn Karamàzov al fratello Aleksej in pagine celeberrime, è legittimo domandarsi se l'umanità voglia o meno la libertà, oppure se preferisca delegarne la responsabilità ad altri, che in questa epoca potrebbero essere i guru transumanisti, gli *aristoi* formati nelle loro scuole attraverso tecniche di neuropotenziamento e di bioingegneria genetica avanzata, o addirittura le stesse macchine, nella cornice del sogno utopistico dell'automazione come liberazione dalla schiavitù del lavoro e anche come affrancamento dalle necessità della scelta.

In secondo luogo, si può riproporre l'intuizione di Günter Anders (*Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza*, Mimesis, 2008) che, riflettendo sui conturbanti effetti della bomba atomica, affermava che lo “scarto prometeico” dell'uomo contemporaneo non attiene più allo iato tra carne e spirito, corpo e anima, bensì tra la capacità di produzione tecnologica e la capacità di immaginazione degli effetti dei nostri prodotti tecnologici. In altre parole, sussisterebbe una distanza incolmabile tra la tecnologia contemporanea e le sue conseguenze, non più “prevedibili” – nei termini in cui Weber qualificava l'etica della responsabilità.

Questo *vacuum* creerebbe un problema, estremamente insidioso, rispetto al regime della responsabilità. In effetti, in terzo luogo, Llano non manca di sottolineare il rischio di una «renuncia al sentido de responsabilidad humana a favor de los robots» soprattutto «en el mercado laboral y el sistema productivo, las transacciones financieras o la estrategia militar» (p. 30).

In questo senso, come sottolineava il Prof. Antonio Enrique Pérez Luño nella *lectio* di apertura di un Convegno internazionale su “intelligenza artificiale e diritto” organizzato proprio dal Prof. Llano lo scorso dicembre (Univ. de Sevilla, 10-13 dicembre 2020), la deresponsabilizzazione dell'uomo dinnanzi allo sviluppo delle macchine dovrebbe essere in ogni modo scongiurata, anzi, al contrario, è proprio la cultura umanista (e all'interno di questa, quella giuridica in particolare) che dovrebbe farsi carico del compito di dotare di coscienza critica i prodotti tecnologici.

In questi termini, la responsabilità umana dovrebbe essere aumentata, non ridotta. Emerge così il fronte dei doveri, correlati ai diritti inerenti allo sviluppo tecnologico, come, innanzitutto, il dovere di garantire la continuazione della specie umana a beneficio delle generazioni future – di cui scriveva già Hans Jonas, ne *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, nei termini di un “dovere che ci sia l'umanità”.

Dunque, fermi restando i problemi (di non poco conto) della volontà e della capacità di immaginazione, è compito dell'umanità, e del suo costitutivo “pensare”, assumersi l'onere della responsabilità e quindi della delimitazione e dello sviluppo ordinato della produzione tecnologica.

Questa conclusione, in linea con gli indirizzi più recenti espressi dal Parlamento Europeo proprio sul regime della “responsabilità civile per l'intelligenza artificiale” (22/10/2020), conferma il posizionamento orteguiano-kantiano scelto dall'Autore, nella misura in cui riconosce all'uomo una posizione preminente, una sua “eccellenza” nel rapporto con le macchine che è il frutto più maturo e più tenace della sua *humanitas* – e non, dunque, di una qualche forma di *trans-humanitas*.

Serena Vantin



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Indice

DIFFERENZE DI GENERE IN ALCUNI SSD DELL'AREA GIURIDICA

- Fulco Lanchester, [*Introduzione ai lavori*](#).....957
- Fulco Lanchester, [*La lunga marcia per l'uguaglianza di genere nei SSD dell'area giuridica*](#)
.....959
- Paola Piciacchia, [*L'uguaglianza lontana: i dati degli ultimi venti anni*](#).....973
- Adele Anzon Demmig, [*Donne \(e uomini\) nella comunità accademica dei giurispubblicisti*](#)..1007
- Maria Cristina Grisolia, [*Uguaglianza di genere: un intreccio di fattori lontano dall'essere districato*](#)
.....1011
- Raffaella Messinetti, [*Un ricordo personale: un percorso felice in un momento di svolta nel processo di cambiamento sulla questione di genere nella carriera universitaria*](#).....1017
- Laura Moscati, [*Differenze di genere e storia giuridica*](#).....1021
- Elisabetta Palici Di Suni, [*Le donne nell'università e in magistratura: brevi considerazioni a partire da un'esperienza personale*](#).....1031
- Valeria Piergigli, [*Donne in carriera nell'SSD IUS/21 \(Diritto pubblico comparato\): ieri oggi...e domani?*](#).....1039
- Margherita Raveraira, [*Le donne nell'Accademia italiana: le sfide per un lungo percorso*](#)...1049
- Teresa Serra, [*Il faticoso percorso degli anni Sessanta, Settanta e Ottanta*](#)1059
- Lara Trucco, [*Differenze di genere nell'area giuridica, tra diritto costituzionale e istituzioni di diritto pubblico*](#).....1063

RITRATTI DI COSTITUZIONALISTI CONTEMPORANEI

- **Peter Häberle**, *Ricordo di Jörg Lutber (1959-2020)*..... 1073

SAGGI

- **Agatino Cariola**, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*..... 1077
- **Francesco Bocchini**, *Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*..... 1119
- **Mario Panebianco**, *La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale*..... 1137
- **Elisa Bertolini**, *Annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale*..... 1155
- **Dimitri De Rada**, *La Cancel Culture e il diritto all'accesso all'informazione* 1217
- **Giulia Vasino**, *Legislative unresponsiveness in the current stage of the Italian constitutional justice: a brief overview* 1243
- **Enrico Campelli**, *L'ordinamento libanese tra crisi economico-politica e confessionarismo costituzionale* 1263

NOTE E COMMENTI

- **Claudio Martinelli**, *Regno Unito di fronte alla pandemia: assetti costituzionali, adattamenti procedurali e scelte politiche* 1285
- **Simone Gianello**, *Covid-19 e devolution... forme di coordinamento patologiche a fronte di una disomogeneità fisiologica*..... 1303
- **Lucia Bozzi**, *Scarsità estrema delle risorse e scelte/criteri allocativi in ambito sanitario. Brevi riflessioni* 1315
- **Salvatore Bonfiglio**, *Per una riforma del sistema elettorale in senso stretto* 1333
- **Marco Ciriello**, *Le riforme costituzionali dopo la riduzione del numero dei parlamentari* 1343
- **Ciro Palumbo**, *Sistema, filia e reciprocità nel diritto. Uno studio su Alessandro Giuliani*. 1369
- **Matteo Frau**, *La legge Molac al vaglio del Conseil constitutionnel*..... 1377
- **Alessandro Fricano**, *Genesi e sviluppi di un diritto costituzionale all'ambiente* 1401
- **Giulia Sulpizi**, *L'Arma dei Carabinieri. "guardia" dell'articolo 9 della Costituzione italiana. Nuove prospettive in tema di tutela del paesaggio*..... 1421

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE

Dottrina

- **Elisabetta Frontoni**, [“L’adozione in casi particolari” non è più sufficiente per tutelare l’interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata](#)..... 1441
- **Elisa Olivito**, [I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?](#)..... 1455
- **Tatiana Guarnier**, [Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale](#)..... 1471
- **Michele Massa**, [La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo](#)..... 1493
- **Valeria Marcenò**, [Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione. \(Nota alla sentenza n. 68 del 2021\)](#)..... 1507

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA. SCHEDE DI LETTURA

- [Ordinanza n. 97 del 2021](#)..... 1519
- [Sentenza n. 98 del 2021](#)..... 1523
- [Sentenza n. 112 del 2021](#)..... 1527
- [Sentenza n. 120 del 2021](#)..... 1531
- [Sentenza n. 127 del 2021](#)..... 1533
- [Sentenza n. 128 del 2021](#)..... 1535
- [Ordinanza n. 131 del 2021](#)..... 1539
- [Sentenza n. 133 del 2021](#)..... 1541
- [Sentenza n. 137 del 2021](#)..... 1543
- [Sentenza n. 140 del 2021](#)..... 1545
- [Sentenza n. 143 del 2021](#)..... 1549
- [Sentenza n. 150 del 2021](#)..... 1551
- [Sentenza n. 157 del 2021](#)..... 1555
- [Sentenza n. 164 del 2021](#)..... 1559
- [Sentenza n. 168 del 2021](#)..... 1563
- [Sentenza n. 174 del 2021](#)..... 1567
- [Sentenza n. 178 del 2021](#)..... 1571
- [Sentenza n. 180 del 2021](#)..... 1575

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- **AUSTRIA:** **Andrea De Petris**, [*Ubi Maior... La Corte costituzionale obbliga il Cancelliere federale a consegnare documenti alla Commissione d'inchiesta Ibiza*](#).....1579
- **CANADA:** **Andrea Fiorentino, Chiara Spiniello**, [*Il Canada verso le elezioni federali anticipate del 20 settembre 2021 tra la rinnovata attualità della questione della reconciliation e il perdurante contesto pandemico*](#).....1591
- **FRANCIA:** **Paola Piciacchia**, [*Il complesso quadro istituzionale francese tra persistente lotta alla pandemia, elezioni locali, "enjeux" presidenziali, "affaire Moretti" e il difficile bilanciamento tra sicurezza e diritti*](#).....1609
- **GERMANIA:** **Astrid Zei**, [*Sulle nuove e sulle perduranti incertezze del sistema elettorale tedesco in vista delle elezioni del 26 settembre 2021*](#)1635
- **GIAPPONE:** **Michele Crisafi**, [*Un male necessario: Suga ed il prezzo politico della celebrazione dei Giochi della XXXII Olimpiade. In autunno l'esito della corsa alla Presidenza del LDP determinerà le strategie di contenimento della pandemia e di rilancio del Paese*](#).....1647
- **ISRAELE:** **Enrico Campelli**, [*I primi passi dell'insolita coalizione "rak lo Bibi"*](#).....1653
- **MESSICO:** **Rosa Iannaccone**, [*Le elezioni messicane tra polarizzazione e violenza*](#)1665
- **POLONIA:** **Jan Sawicki**, [*Tenendo alto lo scontro con l'Unione Europea, l'esecutivo cerca di far dimenticare il passo falso compiuto in autunno sull'aborto*](#).....1685
- **REGNO UNITO:** **Giulia Caravale**, [*Rafforzamento del potere esecutivo e nuovo "unionismo": si vanno delineando i contorni del disegno politico-istituzionale del Premier Johnson*](#).....1693
- **REPUBBLICA CECA:** **Simone Benvenuti**, [*In difficoltà sul fronte europeo e su quello interno, il Primo ministro ceco Andrej Babiš è alla ricerca di una via d'uscita in vista delle elezioni parlamentari dell'ottobre 2021*](#).....1715
- **RUSSIA:** **Ilmira Galimova**, [*Senza i candidati dell'opposizione "non sistemica" e con tre giornate di votazioni: alcune osservazioni preliminari sulle prossime elezioni parlamentari russe del 19 settembre*](#)1721
- **SLOVACCHIA:** **Simone Benvenuti**, [*La Slovacchia si prepara a importanti sfide economiche e sociali nel segno dell'instabilità, mentre la Corte costituzionale decide sull'illegittimità delle elezioni anticipate per via referendaria*](#).....1733
- **SPAGNA:** **Laura Frosina**, [*L'indulto e lo stato di allarme al centro del conflitto tra politica e magistratura*](#).....1739
- **STATI UNITI:** **Giulia Aravantinou Leonidi**, [*Le sfide della presidenza di Joe Biden. Il ritiro dall'Afghanistan, la pandemia, il filibuster e il programma BUILD BACK BETTER*](#).....1757

- **UNGHERIA: Simone Benvenuti**, [*Le modalità di restaurazione dell'ordine democratico sono al centro del dibattito costituzionalistico in Ungheria di fronte alla prospettiva, tuttavia incerta, della vittoria del fronte delle opposizioni alle prossime elezioni*](#) 1771

CRONACHE DALLA CONVENZIONE COSTITUENTE CILENA

- **Rosa Iannaccone**, [*I primi passi della Convención Constitucional cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti*](#) 1783

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

- **Marco Mandato e Giuliaserena Stegher**, [*La fase favorevole dell'Italia: da Cenerentola d'Europa a potenza in crescita*](#) 1803

CRONACHE DALL'ORDINAMENTO SPORTIVO

- **Maria Francesca Serra**, [*L'estate dello sport: tra slanci, confusione e dubbi*](#) 1833

CRONACHE DAL CYBERSPAZIO

- **Flavia Zorzi Giustiniani**, [*La normalizzazione della sorveglianza di massa nel contesto della CEDU e il Quarto Oxford Statement sulle tutele offerte dal diritto internazionale nel cyberspazio*](#) 1841

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

- **Rosa Iannaccone**, [*Quali prospettive per il costituzionalismo? Ripercorrendone le tappe attraverso alcuni volumi in materia*](#) 1847
- **Raffaele Marzo**, [*"Singolarità" e "individualità" dell'atto di obbedienza: a proposito di un recente saggio di Natalino Irti*](#) 1895

RECENSIONI

- **Enrico Campelli**, *Recensione a A. Rinella, La sbari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 340 1911
- **Chiara Colognese**, *Recensione a J. Li e altri, Rural Livelihood and Environmental Sustainability in China*, Social Sciences Academic Press (China), Palgrave MacMillan, 2021, pp. 432..... 1919
- **Elenora Iannario**, *Recensione a D. Kochenov, Cittadinanza*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 207 1925
- **Giulia Renzi**, *Recensione a C. Caruso, La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, pp. 460 1931
- **Adolfo Russo**, *Recensione a E. Furno, Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 156..... 1941
- **Federico Serini**, *Recensione a G. Bellomo, Profili pubblicistici del Data Protection Officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 268 1947
- **Rosario Strabone**, *Recensione a E. D'Alterio, Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 250..... 1957
- **Riccardo Stupazzini**, *Recensione a E. Tatà, L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 472 1963
- **Giorgio Tamassia**, *Recensione a F. Fabbrini (ed.), The Withdrawal Agreement, The Law and Politics of Brexit, vol. II*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 336..... 1969
- **Elisabetta Zuddas**, *Recensione a G. Della Cananea, L. Fiorentino (a cura di), I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 344..... 1975



Introduzione ai lavori

Il convegno qui pubblicato conclude le celebrazioni del sesto decennale della sent. Corte cost. n. 33-1960 con una riflessione sul tema delle differenze di genere nei SSD dell'area giuridica. Il luogo è evocativo: siamo infatti ospitati nella Sala delle lauree della antica Facoltà di Scienze politiche, in cui la Dr.ssa Oliva, protagonista del caso che ha dato origine alla sent. della Corte costituzionale, si laureò con Costantino Mortati in *Diritto costituzionale italiano e comparato* nel luglio 1958 con una tesi sulla continuità degli Ordinamenti giuridici. La dottoressa, come è noto, subito dopo la laurea fece domanda per un concorso per dirigente della carriera prefettizia e non venne ammessa allo stesso, perché di sesso femminile. Assistita da Mortati prima in Consiglio di Stato (1959) e poi alla Corte costituzionale riuscì a far dichiarare la normativa allora vigente come incostituzionale nel maggio del 1960. Fu questo il primo passo concreto per la introduzione della normativa che aprì dal 1963 in poi, con il primo centro-sinistra organico, le porte alle donne di carriere come quella della magistratura.

Non ho bisogno di sottolineare come sia significativo il fatto che oggi – davanti alla prima Rettrice dell'Università La Sapienza – si possa procedere a valutare il percorso effettuato e gli obiettivi ancora da raggiungere nell'ambito del settore universitario per quanto riguarda l'eguaglianza di genere con particolare riguardo per l'area giuridica.

Dopo i saluti delle istituzioni organizzatrici, che – con la Fondazione Paolo Galizia –Storia e libertà e la rivista Nomos – coinvolgono la padrona di Casa (ovvero la Magnifica Rettrice Polimeni), la dottoressa Oliva per la Rete della parità, il prof. Tito Marci preside della Facoltà di Scienze politiche, e la professoressa Giulia Caravale, direttrice del Master in Istituzioni parlamentari Mario Galizia, allievo di Mortati e nostro Maestro, vi saranno due brevi interventi sulla dinamica e lo stato delle differenze di genere nell'ordinamento universitario italiano con particolare riguardo al settore giuridico, sulla base dei dati, che sono stati preventivamente socializzati. Interverranno, quindi, alcune delle protagoniste della lunga marcia degli ultimi 60 anni.

F.L.



Fulco Lanchester*

La lunga marcia per l'uguaglianza di genere nei SSD dell'area giuridica**

SOMMARIO: 1. Quattro ricordi personali. – 2. I cambiamenti. – 3. Le protagoniste della lunga Marcia. – 4. Conclusioni provvisorie.

1. *Quattro ricordi personali*

Parto con quattro ricordi autobiografici, che ritengo significativi per descrivere i mutamenti di più di mezzo secolo, sia per quanto riguarda le dimensioni numeriche del personale docente e degli studenti, sia quelle qualitative per quanto attiene al genere degli stessi nell'ambito dell'Università italiana ed in particolare dell'area giuridica.

a - Quando nel 1969 presi la licenza liceale, mia Nonna e mia Madre – passando da Milano – mi portarono da un amico di Famiglia (Enrico Redenti, nipote dell'omonimo processual-civilista), il quale chiese a mia Nonna (non a me ovviamente) cosa avrei fatto nella vita, ricevendo la risposta che sarei divenuto professore universitario. Redenti – con cui facevo delle lunghe nuotate a Milano Marittima dove avevamo una casa – rispose allarmatissimo “Renata, lo sconsiglio, non è più una professione accettabile: stanno introducendo il tempo pieno”.

b - Qualche anno dopo, mi ero laureato e venni nominato immediatamente assistente incaricato supplente, che – per chi ricorda quei tempi – era una posizione di alta precarietà, soprattutto dopo i provvedimenti urgenti del 1973. Nell'estate 1974 incontrai un docente dell'Università di Pavia (Pietro Crespi), fratello di Alberto il penalista della Cattolica. Crespi, che

*Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato - Sapienza Università di Roma.

**Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su “*Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica*” organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari “Mario Galizia” per consulenti di Assemblea.

era stato ufficiale del Savoia cavalleria in Russia e che sarebbe divenuto nel concorso di quell'anno ordinario di Sociologia politica, mi chiese della mia posizione accademica. Saputala, mi disse che avviare un giovane alla carriera universitaria era una responsabilità gravosa, perché bisognava farlo riuscire. Dopo alcuni secondi, concluse il ragionamento, dicendo che – nel caso di un allievo di sesso femminile – il problema era meno rilevante, perché se ne poteva fare anche una semplice collaboratrice.

Una simile affermazione che agli orecchi anche di un sessantottino moderato gridava vendetta, era però confermato dai fatti e si collegava con l'onda lunga che caratterizza anche ordinamenti come quello costituzionale repubblicano, che pur affermando l'eguaglianza e il divieto di ogni discriminazione di genere, scontava un reticolo normativo precedente e la continuità culturale con il passato. Costantino Mortati lo aveva – d'altro canto – implicitamente suggerito alla futura dottoressa Oliva, quando – in risposta alla richiesta di una tesi sulla discriminazione di genere – aveva assegnato alla candidata un lavoro sulla continuità degli ordinamenti giuridici e la deriva che questa può avere per il rinnovamento.

c - La fine dei Trenta gloriosi (1945-1975) certificò novità e tensioni nel nostro ordinamento. E' noto che proprio nel 1972 Marzio Barbagli e Marcello Dei avevano pubblicato il volume su *Le vestali della classe media* (il Mulino), dove si metteva in evidenza la progressiva femminilizzazione della scuola media inferiore e superiore davanti al fenomeno della scolarizzazione di massa. Per quanto mi riguarda, me ne accorsi partecipando – dopo il servizio militare come ufficiale degli alpini e prima di vincere il concorso per assistente ordinario qui a Roma nel 1978 – ad un'assemblea di assegnisti e contrattisti a Pavia. Nella storica Aula Volta la maggioranza dei partecipanti era di sesso femminile, anche perché l'incontro era ospitato dalla Facoltà di lettere.

d - Infine, nel 1982 si discusse, dopo la prima idoneità per associati, della chiamata degli stessi nella Facoltà di Scienze politiche di Roma La Sapienza. Alcuni docenti non erano d'accordo con l'inquinamento di questa Facoltà con titolari di seconda fascia. Un docente a cui ho voluto e voglio molto bene, per convincere i colleghi riottosi, utilizzò l'argomento decisivo in un ambiente tradizionale, dicendo a coloro che erano contrari: “Ma dai, non cambia nulla: Ass-istenti; Ass-ociati”.

2. I cambiamenti

Questi quattro ricordi dicono che – anche se dalla fine degli anni Sessanta l'Università era profondamente cambiata dal punto di vista quantitativo e qualitativo rispetto al periodo prebellico – sotto il profilo dei comportamenti e della cultura del personale docente pesava la deriva del passato, particolarmente presente nel mondo giuridico.

Nel 1937/38 i professori universitari di ruolo erano 1394, mentre gli incaricati 1849, per un totale di 3243 docenti. L'Annuario Istat del 1939 riporta che vi erano in Università 91 donne docenti (di cui solo 2 nelle Università libere) pari al 2,8% del totale. Nel 1969 i docenti di ruolo erano oramai 3098, gli incaricati 2986 per un totale di 6084 unità. Aggiungo che i liberi docenti

erano 17900 e gli aiuti e gli assistenti 27835. In questo quadro che già era mutato in modo rilevante rispetto all'anteguerra e agli anni Cinquanta, le donne erano aumentate tra i discenti, ma erano ancora rarissime tra i docenti ed in particolare tra gli ordinari soprattutto nel settore giuridico. Anche se nell'Annuario Istat 1970 non vi è più una specificazione della differenza di genere in materia, dalle valutazioni di Paolo Rossi, fisico che negli ultimi anni si è occupato del problema in modo approfondito, si evince che la percentuale femminile tra gli ordinari ammontava nel complesso a solo 2,7%¹.

Si può dire quindi che sotto questo punto di vista ben poco fosse mutato dagli anni Trenta, che erano stati caratterizzati da un aumento significativo – anche se minimale della presenza femminile (da 50 unità nel 1933 a 91 appunto nel 1938, con un incremento dell'82%).

Senza ritornare ai problemi della legge Sacco (1919) e alle disposizioni successive (ben presenti ai giudici costituzionali che pronunziarono la sent. 33/1960), l'evoluzione della normativa in materia di concorsi universitari dalla legge Casati del 1859 fino alla legge Gentile del 1923 non presentava ostacoli normativi formali alla presenza femminile in Università. Non esistevano per questo settore i vincoli posti dall'art. 5 della legge Gentile, che prevedeva, invece, che per gli istituti medi fossero “ammessi i cittadini italiani e gli italiani non regnicoli provveduti del legale titolo di studio e degli altri requisiti richiesti dal regolamento”. Su questa base, “per decreto reale” venivano indicati “i titoli necessari per l'ammissione ai concorsi secondo le varie discipline e gruppi di discipline”.

In argomento non è indifferente notare che ad es. il Regio Decreto dicembre 1926, n. 2480. Regolamento per i concorsi a cattedre nei Regi istituti medi d'istruzione e per le abilitazioni all'esercizio professionale dell'insegnamento medio all'art. 11 prevedesse che “(a) i concorsi e agli esami di abilitazione sono ammessi indistintamente gli uomini e le donne, fatta eccezione dei concorsi delle classi IV, V (limitatamente ai concorsi per l'istituto tecnico), VI e VII (limitatamente ai concorsi per il liceo classico e il liceo scientifico) di cui all'annessa tabella, che sono riservati agli uomini, e dei concorsi e degli esami di abilitazione per maestra giardiniera negli istituti magistrali, che sono riservati alle donne”. Non si trattava di una limitazione da poco, se si pensa che l'insegnamento della filosofia e della storia nei Licei, ad esempio, vedeva la significativa esclusione delle donne.

In Università questa limitazione normativa non esisteva: l'art. 68 del TU del 1933 recitava, infatti, che “il concorso è aperto a tutti”. In questa dimensione si spiega la citata presenza minimale di docenti di sesso femminile in Università, incrementata anche dal cosiddetto Decreto De Vecchi del giugno 1935 (quello che accentra le decisioni relative alla composizione delle Commissioni nelle mani del ministro dell'Educazione Nazionale), capace di far superare in alcuni casi le remore culturali presenti in Accademia.

Alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo il settore docente aumenta dunque nelle dimensioni, ma evidenzia una sostanziale continuità culturale di tipo maschilista, capace di condizionare la composizione di genere del personale di ruolo rispetto alle trasformazioni

¹ V. P. ROSSI, *La Fisica universitaria in una prospettiva di genere: 1980-2015*, in *News*, 2015, nn. 5/6, pp. 89 ss.

avvenute in ambito discente. Dalla Tab. 1. può essere, infatti, verificata la dinamica dei cambiamenti della base studentesca sia per quanto riguarda il numero che la composizione di genere, che stridono palesemente con quella del corpo docente. Dai dati della tab. citata si può vedere, infatti, come tra gli studenti dal 1939 al 1969 la presenza femminile sia quasi raddoppiata (dal 17,9 al 30,8%), con un range che vede in testa Lettere-Filosofia e Magistero e percentuali bassissime a Ingegneria (dallo 0,6% al 6,6%). In questo specifico quadro, nel 1969 la dinamica dei corsi di laurea dove erano prevalenti o rilevanti gli insegnamenti giuridici risultava ancora inferiore alla media generale. In particolare le studentesse a Giurisprudenza costituivano il 16,3% del totale degli iscritti, mentre a Scienze politiche e Economia erano rispettivamente 24,7% e 27,6%. Sottolineo questi dati inferiori alla media complessiva per rimarcare come nel 2018 a Giurisprudenza il 65,7% degli iscritti fosse di sesso femminile, il 56,3% a Scienze politiche e sociali e “solo” il 45 % a Economia.

Dai dati forniti dalla Professoressa Piciacchia si nota, invece, che tra il 2001 e il 2021 questo fenomeno si sia approfondito anche fra i docenti con differenze significative tra le tre fasce, dove in quella degli ordinari le donne risultano meno presenti che nelle altre due. Sulle diversità della composizione e sulle ragioni della stessa vale da un lato la citata affermazione di Redenti sulla licealizzazione della Università, dall'altro la tesi della continuità degli ordinamenti giuridici concreti anche rispetto alle disposizioni sull'eguaglianza.

Per quanto riguarda la dinamica più recente sintetizzo il dato di arrivo attraverso una tabella significativa ricavata dall'Annuario Istat 2019 (v. Tab.n.2), che evidenzia i passi avanti effettuati in un settore che oramai conta più di 50.000 docenti di ruolo e circa 80.000 in ambito allargato. La presenza del sesso femminile all'interno dei docenti si è approfondita, ma si evidenziano appunto differenze significative tra le tre fasce e in alcuni settori tecnici (Ingegneria, Fisica ad es.), messi in evidenza sempre da Paolo Rossi.

Per quanto attiene invece il settore giuridico la situazione attuale rimarca percentuali superiori alla media nazionale in tutte le categorie, ma per quanto riguarda quella degli ordinari la % è il 24,3 del totale nel 2018. Dai dati si evidenzia tuttavia un'espansione nell'ultimo ventennio, frutto della accresciuta coscienza dell'importanza del problema e della variazione delle regole concorsuali che hanno caratterizzato il settore universitario.

Il passaggio dal sistema della terna con i provvedimenti urgenti del 1973 alla commissione nazionale sorteggiata ha contribuito all'apertura, che nel settore giuridico – come vedremo – è stata più lenta per la deriva culturale che lo caratterizzava, soprattutto nei settori più professionalizzati. Il salto di qualità si è avuto – indubbiamente – con il passaggio ai concorsi con bina e poi con terna locale dal 1999 in poi, come confermato dai dati presentati.

3. Le protagoniste della lunga Marcia

Su questa base, che tiene conto sia della dinamica della normativa che del contesto socio-politico, è possibile ripercorrere in modo sintetico la dinamica della lunga marcia verso la parità

dagli anni Trenta al 2001, che non si è ancora conclusa, ma che ha avuto – come già osservato – un netto incremento di velocità nell'ultimo ventennio.

La generazione dei professori universitari degli anni Trenta, che condizionarono la riproduzione del secondo dopoguerra, risultava influenzata da una tradizione risalente. Risulta, dunque, incontrovertibile, anche dai dati derivanti dalla banca dati in mio possesso sui docenti universitari di materie giuridiche prima della riforma dei meccanismi concorsuali del 1973, che i professori ordinari di sesso femminile in ambito giuridico fossero più rari dei diamanti.

Ricordo in questa sede Luisa Riva dei conti Sanseverino (1903-1985), che assistente qui a Scienze politiche negli anni Trenta, vinse il concorso di Diritto del lavoro e legislazione sociale nel 1935 per insegnare la materia a Pisa e poi a Milano².

Altro caso degli anni Trenta è quello di Maria Paola Arcari (1907-1967), libera docente di filosofia del diritto a Roma, che divenne ordinaria di Storia delle dottrine politiche, materia “ancillare” per il Diritto costituzionale nella classificazione del costituzionalista Gaetano Mosca, che la insegnò qui a Roma sia a Giurisprudenza che a Scienze politiche (ma anche per un allievo di Romano e di Rossi come Paolo Biscaretti di Ruffia)³.

Nel 1934 Dina Bizzarri (1899-1935), allieva di Federico Patetta a Torino, fu ternata a Cagliari nel 1934 e divenne straordinaria di Storia del diritto italiano a Camerino⁴.

Nel 1940 Lea Meriggi (1902-1944), probabilmente allieva prima di Prospero Fedozzi (1872-1934) e poi di Giorgio Ballardore Pallieri (1905-1980), laureata in giurisprudenza nell'Università di Genova (1924), libera docente in Diritto internazionale (1930) e docente nelle Università di Francoforte sul Meno e Berlino (1930-1934), vinse infine un concorso a cattedra per l'insegnamento di Diritto internazionale nell'Università di Ferrara (gli altri ternati furono Carlo Venturini e Mario Miele), dove – sulla base delle precedenti esperienze in Germania – supportò la laurea h.c. di Hans Frank, il ministro della normalizzazione giuridica di Hitler e Gauleiter in Polonia⁵.

Sempre nel settore pubblicistico Ginevra Zanetti (1906-1991) divenne libera docente di Diritto ecclesiastico (Sassari-1935) che insegnò in quella Università dal 1936-37 fino al 1952-53. Nel periodo della II guerra mondiale sostituì colleghi del Diritto costituzionale nel 1941-42; nel 1955-56 fu incaricata di Diritto privato; nel 1958 di Storia del diritto italiano⁶.

A Diritto ecclesiastico operava negli anni Sessanta Anna Bagnoli Ravà (1925-2005), nata a Castelfiorentino e laureata di Diritto penale a Firenze (1949), dove divenne assistente ordinaria

² V. voce di C. GIORGI in DBGI, p.1697

³ V. G. MOSCA, *Studi ausiliari del diritto costituzionale*, in “*Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*”, Milano, Giuffrè, 1968, pp.593 ss. e P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato: Introduzione al diritto costituzionale comparato: e forme di stato e le forme di governo, le costituzioni modern*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁴ V. voce C. BONZO in DBGI, pp. 266-7.

⁵ Sulla M. v. G. BARTOLINI, *The Impact of Fascism on the Italian Doctrine of International Law*, *Journal of the History of International Law* 14, 2012, 237-286; IDEM, *Le leggi razziali e la dottrina italiana di diritto internazionale*. In V.Z.Z. G. RESTA (a cura di), *Leggi Razziali. Passato/Presente* (pp. 54-76). Roma, Roma TrE-Press; A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, *passim*.

⁶ V. voce A. MATTONE in DBGI, pp. 2081.

di Diritto ecclesiastico nel 1951-52. La Ravà vinse il concorso a cattedra nel 1964 e insegnò fino al 2000 a Siena.

Ma al di là di questi casi, i concorsi per professore ordinario con terna, che appunto durarono sino ai provvedimenti urgenti del 1973, non diedero altri segni di femminilizzazione. Come si vedrà, la barriera ha incominciato infatti ad incrinarsi (debolmente) con i concorsi centralizzati del 1974 e del 1979.

Per quanto riguarda invece il titolo di libero docente, dai dati si evidenzia come, nei settori pubblicistici (Diritto amministrativo, Diritto costituzionale, Istituzioni di diritto pubblico), pervennero a questo titolo solo due docenti: Lorenza Carlassare (1965-66) e Maria Giuseppina Manfredini (1967-68), autrice di saggi e di una monografia proprio sulla condizione femminile nell'ordinamento costituzionale⁷. Per quanto riguarda il Diritto internazionale, segnalo invece che Maria Rita Saulle ottenne la libera docenza nel 1963, l'idoneità in un concorso di Diritto della Navigazione nel 1970 e fu supplente del Maestro Gaetano Morelli nel periodo in cui lo stesso fu giudice alla Corte internazionale di giustizia dell'Aja. La stessa Saulle divenne in seguito incaricata stabilizzata di Storia dei trattati a Giurisprudenza di Roma, che abbandonò per l'Istituto navale di Napoli dopo la vittoria nel concorso di diritto internazionale nel 1979/80. Sottolineo che Maria Rita Saulle, chiamata nel 1990 presso la Facoltà di Scienze politiche di Roma, è stata anche giudice costituzionale. Per il Diritto internazionale ricordo anche Laura Forlati Picchio, che vinse il concorso del 1984.

Durante la seconda metà degli anni Sessanta aumentò (ma di poco) anche la presenza femminile tra gli assistenti ordinari di materie giuridiche, che nel primo lustro di quel decennio vedeva la presenza delle sole Carlassare e Laura Sturlese, rispettivamente a Padova e a Firenze. Tra i nomi delle vincitrici nel ruolo che fu dichiarato ad esaurimento con i provvedimenti urgenti del 1973, alcune partecipano a questo Convegno.

Dal primo concorso del 1974 a cattedra la diga (per utilizzare l'icastica immagine di Giuseppe Ferrari, 1912-1999, riportata da Lorenza Carlassare in una conversazione privata dopo la sua promozione nel concorso a cattedra) venne infranta per il Diritto costituzionale proprio dalla Carlassare nel 1978. Nel concorso del 1979 - 80 a Diritto pubblico comparator (nella cui commissione v'era anche Mario Galizia, 1921-2013) venne selezionata, invece, Sara Volterra.

Dai dati degli anni successivi si evidenzia che la citata marcia non è stata facile e che ha avuto un salto quantitativo solo con i nuovi concorsi locali del 1999. Dalla tabella n.3 si riporta la dinamica della selezione di genere tra gli ordinari nel mezzo secolo tra il 1950 e il 2001, dove la % di donne selezionate è nei tre settori presi in considerazione del 7,64% e del 9,87% se si considera invece il periodo 1974-2001 caratterizzato da nuove regole concorsuali. La dinamica analitica di promozione in prima fascia è contenuta nella Tab. n.4, che contiene i nomi delle vincitrici di concorso dei settori di Diritto amministrativo, costituzionale e pubblico, più quello di Diritto internazionale.

⁷ M.G. MANFREDINI, *La posizione giuridica della donna nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 1979 (volume già pubblicato nel 1968 in provvisoria nella collana della Facoltà romana di Economia e commercio).

Per il Diritto amministrativo la prima selezionata in un concorso a cattedra fu Francesca Trimarchi Banfi nel 1980, seguita nel 1986 da Rita Perez e Vittoria Lupo' Avagliano e nel 1990 Giovanna Colombini per la Contabilità di Stato il cui statuto di frontiera tra Diritto amministrativo e Scienza delle finanze venne consolidato nella seconda metà degli anni Ottanta, risolvendo una disputa che aveva diviso Vittorio Emanuele Orlando da un lato e Maffeo Pantaleoni e De Viti de Marco dall'altro nel primo decennio del secolo XX. Dopo Nicoletta Marzona nel 1990, entrano nel 1994 sempre per l'amministrativo Anna Maria Angiuli, Luisa Torchia, Piera Maria Vipiana.

Per il Diritto costituzionale si è dovuto invece aspettare il 1999 perché una donna potesse accedere alla prima fascia (Michela Manetti) dopo la Carlassare. Per le Istituzioni di diritto pubblico le prime selezionate furono nel 1986 Margherita Raveraira, Carla Romanelli Grimaldi e Alessandra Sandulli; mentre per il Diritto pubblico comparato l'attesa fu più lunga. Dopo il caso di Sara Volterra nel concordo del 1980, le prime selezionate furono nei concorsi del 2000 Elisabetta Palici di Suni, Maria Paola Viviani e Fernanda Bruno. Vorrei sottolineare che nel settore del Diritto costituzionale l'apertura ha incontrato più resistenze, se dopo la Carlassare si è dovuto aspettare il 1999 perché vi fosse un'altra donna tra gli ordinari di Ius 08 (Michela Manetti).

4. Conclusioni provvisorie

Nel corso di queste pagine si è voluto descrivere in maniera sintetica e aperta alla discussione alcuni elementi della lunga marcia verso l'eguaglianza di genere nel settore universitario ed in particolare nell'ambito dell'Area giuridica. I passi sono stati notevoli, ma non ancora sufficienti. La sostanziale licealizzazione del settore in questione evidenzia però che l'attività universitaria di ricerca e di docenza rischia di essersi spostata in altre sedi, ponendo nuovi problemi di disparità e quindi nuove sfide.

Tab.1- ITALIA -UNIVERSITA' -STUDENTI ISCRITTI PER SESSO-ANNI 1939-1969-2018

FAC	1939			1969			2018		
	MF	F	%F	MF	F	%F	MF	F	%F
GIUR	13175	335	2,5	48170	7867	16,3	139549	91706	65,7
SCPOL	1189	88	7,4	10698	2642	24,7	102098	57583	56,3
ECON.	12079	860	7,1	104452	28836	27,6	178806	80463	45
LET E FIL	9068	4448	49,1	56089	36967	65,9	139671	106367	76,15
INSEG.	7344	3789	51,6	74387	50040	67,3	76276	69992	91,8
MEDICINA	13153	1126	8,6	50856	8854	17,4	259032	174248	67,2
SMFN	6646	1360	20,5	71294	11827	16,6	105972	60934	57,5
INGEGN	3551	21	0,6	56223	3695	6,6	166622	33191	19,9
ARCHIT	844	48	5,7	11832	3223	27,2	66554	39645	59,7
AGR/VET	2051	25	1,2	740	228	30,8	34700	15511	44,7
ALTRI IST	2929	768	26,2	14399	1285	8,9	76585	38987	50,9
TOTALE	72029	12868	17,9	499140	155464	30,8	1345865	768627	57,1

SONO STATI UNIFICATI I CORSI UNICI AI TRIENNALI

SCIENZE POLITICHE CON SCIENZE STATISTICHE E DEMOGRAFICHE NEL 1939 E NEL 1969; NEL 2018 CON SCIENZE POLITICHE, COMUNICAZIONE E SOCIOLOGIA

ING COMPRENDE ANCHE INGEGNERIA INFORMATICA

INSEGNAMENTO COMPRENDE MAGISTERO

MEDICINA COMPRENDE PSICOLOGIA

Tab.2-Docenti di ruolo per livello professionale e SSD di afferenza-Anno acc.2017/18

ANNI ACCADEMICI - AREE SCIENTIFICO-DISCIPLINARI	Docenti (a)			Di cui: Femmine (%)		
	Ordinari	Associati	Ricercatori	Ordinari	Associati	Ricercatori
2013/2014	13.890	15.821	26.708	21,1	35,0	50,9
2014/2015	13.263	17.551	24.624	21,4	35,6	45,9
2015/2016	12.878	20.051	21.563	21,6	36,5	46,6
2016/2017	12.973	19.923	21.339	22,2	37,2	46,4
ANNO ACCADEMICO 2017/2018 - PER AREA SCIENTIFICO-DISCIPLINARE (b)						
Scienze matematiche e informatiche	826	1.122	1.063	19,9	35,1	39,3
Scienze fisiche	482	971	717	12,2	21,8	24,4
Scienze chimiche	540	1.147	1.088	25,6	47,1	60,0
Scienze della terra	192	424	388	18,2	30,7	32,7
Scienze biologiche	905	1.580	2.071	33,3	52,7	63,1
Scienze mediche	1.798	2.998	4.009	15,4	28,0	44,6
Scienze agrarie e veterinarie	679	1.107	1.173	17,7	41,5	48,7
Ingegneria civile e Architettura	723	1.366	1.230	19,4	31,8	40,8
Ingegneria industriale e dell'informazione	1.434	2.081	1.876	9,4	17,8	22,3
Scienze dell'antichità, filologico-letterarie e storico-artistiche	1.035	1.927	1.661	42,7	55,1	60,8
Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche	1.038	1.705	1.608	36,5	46,4	52,4
Scienze giuridiche	1.461	1.417	1.605	24,3	40,3	48,6
Scienze economiche e statistiche	1.443	1.708	1.561	23,4	39,8	48,6
Scienze politiche e sociali	334	591	709	26,3	40,3	47,1
Totale	12.890	20.144	20.759	23,0	37,5	46,6

Fonte: Istat, Elaborazione dati sul personale docente e non docente dell'università (E)

(a) I dati sui docenti dell'anno accademico t-1/t si riferiscono al 31 dicembre dell'anno t-1. Gli associati comprendono gli incaricati; i ricercatori comprendono i ricercatori a tempo determinato introdotti dalla L.240/2010.

(b) I docenti afferiscono alle 14 aree scientifico-disciplinari definite dal CUN.

Tab. 3-1950-2001:Percentuale di ordinari di genere femminile in tre SSD pubblicistici				
	Dir.amm.	Dir.cost.	Dir.pub.	Totale
1950-2001	7,97	6,54	8,09	7,64
1974-2001	10,31	10,28	9,23	9,87

Tab.4.a-1974-2001 concorsi a cattedra-donne vincitrici-settore pubblicistico

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- 1980 FRANCESCA TRIMARCHI
RITA PEREZ-MARIA VITTORIA LUPO'
- 1986 AVAGLIANO(*)
- 1990 GIOVANNA COLOMBINI(*)
- 1990 NICOLETTA MARZONA
ANNAMARIA ANGIULI-LUISA TORCHIA
- 1994 PIERA MARIA VIPIANA
- 1994 MARIA LUISA BASSI(*)
- 2000 MARIA IMMORDINO
- 2000 MARIA TERESA SERRA
- 2000 VALERIA MAZZARELLI
- 2000 DARIA DE PRETIS

(*) Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

DIRITTO COSTITUZIONALE

- 1978 LORENZA CARLASSARE
- 1999 MICHELA MANETTI
- 1999 ROSANNA TOSI-LORENZA VIOLINI
- 2000 ELISABETTA CATELANI IN MARI
- 2001 MARILISA D'AMICO- MARIA CRISTINA GRISOLIA

ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

- 1980 SARA VOLTERRA(*)
MARGHERITA RAVERAIRA-CARLA ROMANELLI
- 1987 GRIMALDI-ALESSANDRA SANDULLI
- 1990 ADELE ANZON
- 1999 PAOLA BILANCIA
- 2000 ELISABETTA PALICI DI SUNI-MARIA PAOLA VIVIANI(**)
- 2000 FERNANDA BRUNO(**)
ADRIANA GARDINO-MARTA MARIA CARLA
- 2000 CARTABIA-TANIA GROPPI

(*) Diritto costituzionale italiano e comparato

(**) Diritto pubblico comparato

DIRITTO INTERNAZIONALE

1980	MARIA R. SAULLE
1986	LAURA FORLATI PICCHIO
1989	FLAVIA LATTANZI
1989	GIULIANA ZICCARDI CAPALDO
1991	ANGELA DEL VECCHIO CAPOTOSTI
1994	STEFANIA BARATTI
1994	ROBERTA CLERICI
1994	TALITHA VASSALLI
1994	GABRIELLA VENTURINI
1994	NERINA OSCHIERO
1994	CRISTINA CAMPIGLIO

Tab.n.4.b-CONCORSI PER ASSISTENTE ORDINARIO

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Anno	Sede	Nome
1968	Pisa	ANNA PIZZI NEI GAY
1969	Napoli	LA TERZA ITALIA LECALDANO
1969	Padova	FRANCESCA MIGLIARESE CAPUTI
1969	Roma	ANNA MARIA GUALTIERI
1971	Roma	MARIA RITA PEREZ
1971	Torino	MARIA GRAZIA BEDOGNI

1972	Genova	ANNA MARIA D'AMICO
1973	Roma	MARIA NISTICO'
1972	Ferrara	SIMONETTA BALDI
1974	Milano	LUISA GEROLA
1976	Pisa	DIANA GIARDINI
1977	Siena	MARIA CRISTINA MASCAMBRUNO
1980	Roma	LAURA RAINALDI

DIRITTO COSTITUZIONALE

Anno	Sede	Nome
1962	Padova	LORENZA CARLASSARE

1963	Firenze	LAURA STURLESE(*)
1967	Firenze	SARA VOLTERRA(*)
1968	Messina	EVA CELOTTI(*)
1969	Milano	MARIA PAOLA VIVIANI(*)
1969	Roma	ROSALIA D'ALESSIO
1970	Perugia	MARGHERITA RAVERAIRA MARGHERITA CHIOCCHETTI-
1971	Pisa	VIRGINIA MASSERINI(*)
1972	Bari	CARMELA DECARO
1972	Bari	VALERIA SANNONER
1972	Trieste	MARIA GRAZIA BEDOGNI(*)
1973	Padova	WILMA VISCARDINI(*)
1974	Milano	MARIA MAZZONI HONORATI(*)
1975	Napoli	ROSELLA ZANNINI(*)
1975	Trieste	FLAVIA DIMORA

(*) Diritto costituzionale italiano e comparato

ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Anno	Sede	Nome
1966	Napoli	MARIA SICA
1968	Roma	DONELLA RESTA SALBERINI
1969	Venezia	ADRIANA VIGNERI
1969	Messina	IOLE BUCCISANO
1969	Napoli	AURA BACCARO(*)
1969	Perugia	FRANCESCA MANNOCCHI
1969	Siena	ADELE ANZON
1969	Firenze	MARIA ANGELA BARTOLI
1971	Perugia	MARIA G. PELLUCCHINI(**)
1971	Firenze	PAOLA BARILE-ANNA DE VITA(***)
1972	Palermo	MARIA ASSUNTA LO PICCOLO
1972	Sassari	CATERINA FANCELLO(**)
1972	Roma	FERNANDA BRUNO
1972	Bari	MARIA TERESA LABELLA
1972	Bari	VALERIA SANNONER
1974	Napoli	GERMANA FOCAS DELLA VALLE
1974	Napoli	MARIA G. D'ASCIA DE MARTINO
1974	Napoli	GIOVANNA DI RENZO(*)
1974	Genova	ADRIANA GIARDINO
1977	Cagliari	MARIA TERESA SERRA

1980 Napoli MARIA ALESSANDRA SANDULLI

(*) Diritto pubblico americano

(**) Diritto pubblico e legislazione scolastica

(***) Diritto pubblico comparato



Paola Piciacchia*

L'eguaglianza lontana: i dati degli ultimi venti anni**

SOMMARIO: 1. Premessa: i livelli dell'analisi e i fattori incidenti. – 2. I dati sulle carriere universitarie degli ultimi venti anni in quindici settori scientifico-disciplinari giuridici dell'Area 12. – 2.1. I dati aggregati per fasce e per ruoli. – 2.2. I dati relativi alla I fascia. – 2.3. I dati relativi alla II fascia. – 2.4. I dati relativi ai ricercatori t.i, rtda, rtdb. – 2.5. I dati analitici relativi ai settori giuridici presi in considerazione: I fascia, II fascia, ricercatori (t.i, rtda, rtdb). – 3. Conclusioni.

1. Premessa: i livelli dell'analisi e i fattori incidenti

Quando il Prof. Lanchester mi ha proposto di intervenire in questo incontro sulle “*Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica*” confesso di essere rimasta inizialmente perplessa. In primo luogo perché non mi ero mai occupata di questi temi, in secondo luogo perché di fronte alle numerose

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso “Sapienza”, Università di Roma.

* Il contributo propone, con integrazioni, l'intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su “*Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica*” organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista Nomos-Le attualità nel diritto in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari “Mario Galizia” per consulenti di Assemblea.

iniziative portate avanti in questi anni, e, in particolare, ai numerosi studi compiuti sul tema della parità di genere¹ e sulle carriere apicali in ambito universitario² non avevo colto immediatamente l'utilità di un approccio così tanto specifico ai fini dell'evoluzione del dibattito sulla parità di genere in Italia. Inoltre, con riferimento al tema generale della parità di genere nelle carriere universitarie apicali e non – che a mio avviso non va comunque completamente associato ad altre situazioni ben più gravi di discriminazione di genere o addirittura di “prevaricazione” di genere –, personalmente ho sempre ritenuto che questo, oltre ad essere intimamente legato a profili di tipo culturale, fosse “talvolta”, ovviamente non sempre, connesso anche a fattori non direttamente riconducibili alle questioni di genere, che, di conseguenza, possono riguardare uomini e donne, tra cui figurano il consenso che si crea grazie alla rete di relazioni (talvolta anche pregresse) ma anche la dialettica tra scuole nell'ambito dello stesso settore scientifico-disciplinare.

Lavorando sui dati, tuttavia, non si può non riconoscere la rilevanza di questo tipo di analisi proprio perché essa fa leva su un doppio livello di approfondimento: quello concernente il mondo accademico e universitario e quello concernente i settori scientifico-disciplinari giuridici.

Ragionare sull'importanza del primo livello è abbastanza scontato: l'ambito universitario – settore sul quale, come già evidenziato, sono stati compiuti negli anni diversi studi – è sicuramente uno dei più importanti per la formazione, l'acquisizione di conoscenze, lo sviluppo di adeguate capacità critiche e di conseguenza fondamentale per la formazione e la trasmissione di una cultura sulla parità di genere in grado di contribuire ad un salto di qualità nella percezione della tematica generale e capace di favorire la metabolizzazione delle politiche pubbliche³ sulla parità di genere.

Ragionare, invece, sui settori giuridici può diventare incidente perché tale ambito può effettivamente rappresentare un punto di osservazione privilegiato. La ricerca e la trasmissione del sapere in ambito giuridico possono, infatti, farsi interpreti e contribuire a veicolare un'equilibrata dimensione della parità di genere dal momento che le norme giuridiche e il diritto favoriscono intrinsecamente la creazione e lo sviluppo della dimensione culturale figurando proprio tra elementi che condizionano il processo di costituzione della realtà⁴. Aggiungerei, inoltre, che nell'ambito dei settori scientifico-disciplinari giuridici, la maggiore contiguità, in

¹ V. tra i contributi più recenti M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020; M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018.

² Cfr. *ex multis* M.T. MORANA, S. SAGRAMORA, *Focus “La carriere femminili in ambito accademico”*, Elaborazioni su banche dati Miur, Digisis, Ufficio Gestione Patrimonio Informativo e Statistica, marzo 2021, pp. 1-21; R. NUNIN, *Lavoro femminile e carriere scientifiche: alcune riflessioni sul gender gap*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2020, p. 1-14; C. GALASCHI, R. MUSUMECI, *Disuguaglianze di genere nell'Università che cambia: un'analisi del reclutamento nel sistema accademico*, in M.M. COPPOLA, A. DONÀ, B. POGGIO, A. TUSELLI (a cura di), *Genere e R-esistenze in Movimento: Soggettività, Azioni, Prospettive*, Università degli Studi di Trento, 2020, pp. 19-37. F. MACRÌ, *Le carriere femminili in ambito accademico. Report Miur*, 2019; C. GALASCHI, D. FALCINELLI, R. SEMENZA, *Genere e carriere all'Università degli Studi di Milano. Il nodo critico dei ricercatori a tempo determinato e il buon esempio delle scienze della vita*, in A. MURGIA, B. POGGIO (a cura di), *Saperi di genere: prospettive interdisciplinari su formazione, università, lavoro, politiche e movimenti sociali*, Università degli Studi di Trento, 2018, pp. 364-381. L. RIZZI, *Le soglie per le donne nel sistema universitario*, in S. SERAFIN, M. BROLLO (a cura di), *Donne, politica, istituzioni: varcare la soglia?*, Udine, Forum, 2012, pp. 167-181.

³ Sulle politiche pubbliche e parità di genere in Europa v. il recente volume di P. PROFETA, *Parità di genere e politiche pubbliche: misurare il progresso in Europa*, Milano, Bocconi, 2021.

⁴ Sull'intrinseco legame tra diritto e dimensione culturale P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001.

particolare, dei settori pubblicistici con le sedi istituzionali dove le decisioni vengono prese fanno sì che alcuni settori per loro natura e vocazione possano contribuire anche più di altri all'evoluzione di questo processo culturale e ciò rende ancor più utile tale riflessione.

Ciò premesso, prima di procedere con l'analisi dei dati e al fine di un sistematico inquadramento degli stessi, occorre ricordare che l'evoluzione dei dati sulle carriere universitarie in Italia negli ultimi venti anni si colloca in un periodo temporale durante il quale l'Università è stata investita da numerosi cambiamenti, in parte volti ad accrescere l'efficienza complessiva del sistema universitario italiano allineandolo agli standard europei e internazionali⁵, in parte concernenti le procedure stesse di reclutamento dei docenti. Con particolare riguardo alle procedure di reclutamento è importante ricordare negli ultimi venti anni il passaggio dal sistema di reclutamento, cosiddetto dei "concorsi locali", disciplinato dalla legge n. 210 del 1998⁶ - che aveva istituito per ordinari, associati e ricercatori valutazioni comparative a livello locale con commissioni formate da commissari eletti⁷ eccetto il membro interno - al sistema di reclutamento tramite abilitazione scientifica nazionale introdotto dalla legge Gelmini del 2010. Tra i due momenti si colloca un'altra modifica importante che ha anticipato la legge n. 240 del 2010 ovvero quella introdotta dalla legge n. 230 del 2005 (Legge Moratti) che ha modificato i criteri di composizione delle commissioni⁸ e le modalità di composizione delle commissioni con il passaggio dall'elezione dei componenti a cura del settore scientifico-disciplinare di riferimento al metodo del sorteggio.

Sebbene solo in parte e a seconda dei casi con maggiore o minore intensità, tutti questi cambiamenti ritengo abbiano contribuito a modificare il quadro relativo al reclutamento femminile e di questi si deve tener conto nella valutazione dell'evoluzione dei dati.

2. I dati sulle carriere universitarie degli ultimi venti anni in quindici settori scientifico-disciplinari giuridici dell'Area 12

⁵ Introduzioni dei sistemi di valutazione dei Dipartimenti e degli Atenei con la creazione dell'ANVUR operata dalla legge n. 286 del 24 novembre 2006; introduzione di norme in materia di interventi per la qualità e l'efficienza del sistema universitario operata dalla legge n. 240 del 2010, cosiddetta "Gelmini" che ha portato alla sostituzione del ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato con il ruolo dei ricercatori a tempo determinato di tipo a e b anticipato dalla legge Moratti n. 230 del 2005 che aveva posto ad esaurimento il ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato. Tali riforme erano state anticipate dal D.M. n. 509/1999 emanato in attuazione dell'art. 17, c. 95 della legge n.127 del 1997 e dal D.M. 270 del 2004 relativi al riordino degli ordinamenti didattici e della tipologia di corsi.

⁶ Sistema di reclutamento che succedeva a quello introdotto dal D.P.R n. 382 del 1980 basato, per professori ordinari e associati su concorsi con commissioni nazionali formate, per gli ordinari tramite elezioni che precedevano il sorteggio, per gli associati tramite un sorteggio seguito da un'elezione; mentre per i ricercatori erano previsti concorsi locali, con commissioni composte da un ordinario interno nominato, un ordinario e un associato entrambi esterni sorteggiati. Sull'evoluzione della normativa relativa al reclutamento dei docenti in Italia v. P. ROSSI, *Stato giuridico, reclutamento ed evoluzione della docenza universitaria (1975-2015)*, in R. T. *A Journal on Research Policy & Evaluation*, n. 1, 2016, pp.1-14.

⁷ Composte da tre ordinari per gli ordinari, da due ordinari ed un associato per il ruolo degli associati e da un ordinario, un associato e un ricercatore per il ruolo dei ricercatori a tempo indeterminato.

⁸ Ormai formate da tutti ordinari per ogni ruolo.

Dopo aver fatto le dovute premesse, passo senz'altro all'analisi dei dati. Che cosa emerge dai dati? Possono essi farci ben sperare di riuscire un giorno a rompere il cosiddetto "glass ceiling"⁹, quel soffitto di cristallo che frappone barriere culturali e sociali all'eliminazione, o quantomeno, alla diminuzione, delle disparità di genere in ambito universitario oppure la strada è ancora molto lunga?

Anticipando le conclusioni e in linea con il titolo del mio intervento, dirò subito che la parità è sicuramente ancora lontana ma non si può certo non cogliere qualche segnale positivo.

L'analisi compiuta ha riguardato gli ultimi venti anni, i dati sono stati raccolti seguendo un arco temporale che va dal 2001 al 2011 e dal 2011 al 2021 ed è stata condotta su 15 settori scientifico-disciplinari dell'Area giuridica 12 : Diritto privato, Diritto privato comparato, Diritto del lavoro, Diritto costituzionale, Istituzioni di diritto pubblico, Diritto amministrativo, Diritto tributario, Diritto internazionale, Diritto dell'Unione europea, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto penale, Storia del diritto medievale e moderno, Filosofia del diritto, Diritto pubblico comparato.

Di ciascun settore sono stati analizzati i dati relativi alle diverse fasce e ai diversi ruoli: ordinari, associati, ricercatori a tempo indeterminato, rtda, rtdb. I dati generali sul totale dei settori giuridici presi in considerazione sono stati poi comparati con i dati di tutti i settori e con il dato relativo al totale dei settori di Area 12 al fine di verificare l'eventuale scostamento per eccesso o per difetto dei settori giuridici presi in considerazione rispetto agli altri.

2.1. I dati aggregati per fasce e per ruoli

Il primo dato da cui vorrei partire è proprio il dato aggregato per fasce e ruoli. Dal 2001 al 2021, passando per il 2011, si è assistito nei settori giuridici presi in considerazione ad una crescita costante anche se non propriamente esponenziale della percentuale delle donne nelle diverse fasce e nei diversi ruoli con una differenza, come è facile immaginare, tra i diversi ruoli (tab.1).

Questo dato si evince dalla seguente Tabella e dal grafico¹⁰ sottostanti:

TOTALE PERCENTUALE SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI PER RUOLO			
	2001	2011	2021
Ordinari M	87,5 %	78,8 %	72,8 %
Ordinari F	12,5 %	21,2 %	27,2 %

⁹ Si v. tra molti, R.B. ADAMS, P. FUNK, *Beyond the Glass Ceiling: Does Gender Matter?*, in *Management Science*, 58, 2, pp. 219-235.

¹⁰ La tabella e il grafico sono frutto dell'elaborazione di dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cf2.htm.

Associati M	71,8 %	64,5 %	55,3 %
Associati F	28,2 %	35,5 %	44,7 %
Ricercatori M	56,8 %	53,7 %	52,4 %
Ricercatori F	43,2 %	46,3 %	47,6 %
Ricercatori RTDA M	0%	0%	53%
Ricercatori RTDA F	0%	0%	47%
Ricercatori RTDB M	0%	0%	59,2 %
Ricercatori RTDB F	0%	0%	40,8 %

Tab. 1

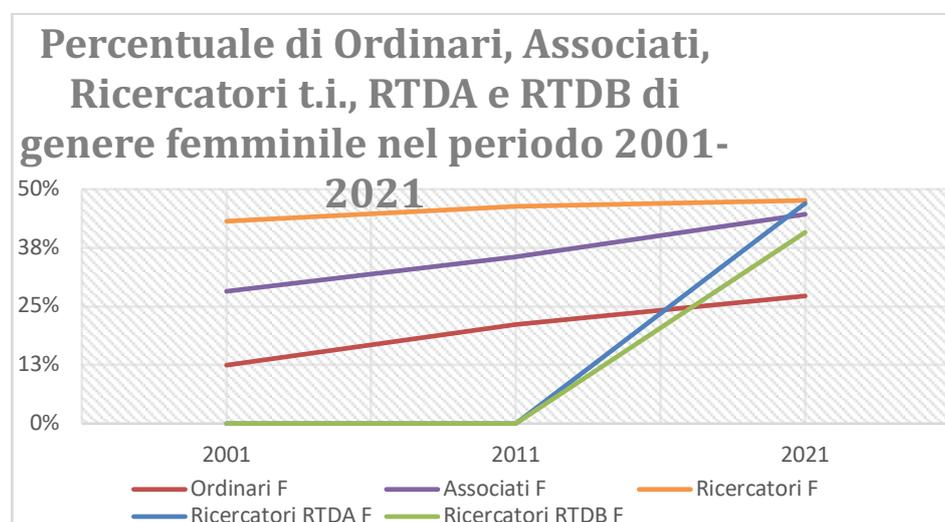


Grafico 1

2.2. I dati relativi alla I fascia

Per quanto riguarda il dato aggregato relativo alla I fascia nei settori giuridici presi in considerazione, gli ordinari donna sono passati dal 12,5% nel 2001 pari a 147, al 21,2% del 2011 pari a 263, fino ad arrivare al 27,2% del 2021 pari a 354, con aumento percentuale di quasi 15 punti, numeri che, occorre rilevare, sono stati influenzati anche dalla generale diminuzione del numero degli ordinari di genere maschile dovuta ai numerosi pensionamenti. Tale considerazione è supportata dal fatto che, complessivamente, il numero degli ordinari di entrambi i sessi è cresciuto di poco più di 90 unità in 20 anni.

Nella fascia apicale della carriera universitaria nei settori giuridici considerati, a fronte di una crescita costante della presenza femminile, si osserva comunque un dato ancora molto lontano dalla parità.

Occorre però osservare che in questa fascia la percentuale dei settori giuridici considerati rimane comunque superiore alla percentuale riferita tutti i settori scientifico-disciplinari e a quella dei settori dell'Area 12. L'analisi qui condotta dimostra (tabelle 2, 3 e 4), sia pure con delle criticità, che attualmente in Italia la presenza femminile nelle cariche apicali della carriera universitaria nei settori giuridici presi in considerazione è superiore alla percentuale totale delle donne per tutte le aree e i settori che si attesta invece al 25,5%. È anche superiore, sia pur di poco, alla media dell'area giuridica 12 che si attesta al 27,01%.

Qui di seguito le tabelle¹¹ evidenziano tale dato:

Evoluzione degli ordinari nei settori giuridici presi in considerazione

ORDINARI TOTALE SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	103 2	147	1179	87,5%	12,5%

¹¹ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cf2.htm.

2011	980	263	1243	78,8%	21,2%
2021	946	354	1300	72,8%	27,2%

Tab. 2

Evoluzione degli ordinari nei settori di Area 12

ORDINARI TOTALE SETTORI AREA 12					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	135 7	19 6	1553	87,38 %	12,62 %
2011	125 5	32 4	1579	79,49 %	20,51 %
2021	118 9	44 0	1629	72,99 %	27,01 %

Tab. 3

Evoluzione degli ordinari in tutti i settori scientifico-disciplinari

ORDINARI TOTALE SETTORI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	1442 4	246 8	1689 2	85,39 %	14,61 %
2011	1209 5	314 8	1524 3	79,35 %	20,65 %
2021	1087 9	372 8	1460 7	74,48 %	25,52 %

Tab. 4

2.3. I dati relativi alla II fascia

Passando a considerare la II fascia, ovvero il ruolo di professore associato, il dato aggregato nei settori giuridici presi in considerazione ci suggerisce che è qui che si è compiuto il balzo in avanti maggiore per le carriere femminili, balzo rappresentato da un aumento di 16,5 punti percentuali dal 2001 al 2021. Si è passati infatti dal 28,2% del 2001, pari a 210 unità, al 35,5% del 2011 pari a 328 unità, infine al 44,7% del 2021 pari a 589 donne. Come si evince dalle tabelle 5, 6 e 7 questo dato riferito ai settori giuridici presi in considerazione supera nel 2021 il dato relativo all'Area 12 che è del 44,40% e quello relativo a tutti i settori scientifico-disciplinari che è del 40,63%. In tal senso è senz'altro da considerare un dato positivo.

Merita sottolineare come il dato sui settori giuridici considerati, rispetto a quello precedente riferito alla I fascia, non sembra essere stato influenzato dalla diminuzione contestuale del numero degli associati di genere maschile che tra il 2001 e il 2021, al contrario, è cresciuto in termini assoluti del 26,8% tra il 2001 e il 2021, passando da 534 a 730, pari ad un increment di 196 unità, un dato inferiore rispetto al dato assoluto riferito alle donne aumentato tra il 2001 e il 2021 di 379 unità ovvero del 64,3%

Qui di seguito le tabelle¹² che illustrano i dati:

Evoluzione degli associati nei settori giuridici presi in considerazione

ASSOCIATI TOTALE SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	534	210	744	71,8%	28,2%
2011	595	328	923	64,5%	35,5%
2021	730	589	1319	55,3%	44,7%

Tab. 5

Evoluzione degli associate nei settori di Area 12

ASSOCIATI TOTALE SETTORI AREA 12

¹² Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

	M	F	TOT	%M	%F
2001	655	265	920	71,20 %	28,80 %
2011	731	409	1140	79,49 %	35,87 %
2021	908	725	1633	55,60 %	44,40 %

Tab. 6

ASSOCIATI TOTALE SETTORI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	1255 1	5325	17876	70,22%	29,78%
2011	1086 8	5760	16628	65,36%	34,64%
2021	1393 2	9536	23468	59,37%	40,63%

Tab. 7

2.4. I dati relativi ai ricercatori t.i., rtda e rtdb

Come è noto, a seguito delle importanti riforme che hanno riguardato il ruolo dei ricercatori a partire dalla legge Moratti del 2005 e poi dalla legge Gelmini del 2010, occorre distinguere dai ricercatori a tempo indeterminato, ruolo ormai ad esaurimento, i ricercatori di tipo a e b.

Partendo dal dato riferito ai ricercatori a tempo indeterminato per i settori giuridici presi in considerazione, questo ci suggerisce che si è assistito ad una crescita molto lieve della percentuale delle donne tra il 2001 e il 2021 che è passata dal 43,2% del 2001, al 46,3% del 2011, infine al 47,6% del 2021. Tuttavia il dato va, a mio avviso, letto positivamente in quanto la diminuzione dal

2011 del numero dei ricercatori di questo ruolo ad esaurimento ha interessato più le donne che gli uomini. Se, infatti, la diminuzione ha interessato 323 unità di genere maschile che nel 2011 erano ancora 874, la diminuzione della quota delle donne ha interessato 435 unità che nel 2011 erano ancora 754. Da questo si può facilmente evincere che una percentuale maggiore di ricercatori a tempo indeterminato donne è, nel frattempo, tra il 2011 e il 2021 passata ad altre fasce.

Se applichiamo lo stesso ragionamento a tutti i settori dell'Area 12 rileviamo che, al 2021, maggiore è stata la diminuzione del numero di ricercatori maschi pari a 632 unità contro le 529 unità delle donne; lo stesso dicasi per i dati che riguardano tutti i settori giuridici dove il numero di ricercatori uomini che nel 2011 erano 13.458 risulta nel 2021 diminuito di 9253 unità mentre il numero delle donne che nel 2011 erano ancora 11131 sono diminuiti di 6931 unità. Per questi motivi il dato riferito ai settori giuridici presi in considerazione può essere letto favorevolmente.

Qui di seguito le tabelle¹³ con i dati riferiti ai ricercatori t.i.

Evoluzione ricercatori t.i. nei settori giuridici presi in considerazione

TOTALE RICERCATORI T.I. SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	662	503	1165	56,8 %	43,2 %
2011	874	754	1628	53,7 %	46,3 %
2021	351	319	670	52,4 %	47,6 %

Tab. 8

Evoluzione dei ricercatori t.i. nei settori di Area 12

RICERCATORI T.I. AREA 12

¹³ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cf2.htm.

	M	F	TOT	%M	%F
2001	836	651	1487	56,23 %	43,77 %
2011	1055	939	1994	52,91 %	47,09 %
2021	423	410	833	50,79 %	49,21 %

Tab. 9

Evoluzione dei ricercatori t.i. nel totale dei settori

RICERCATORI T.I. TOTALE SETTORI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	1150 2	8587	20089	57,26 %	42,74 %
2011	1345 8	1113 1	24589	54,74 %	45,26 %
2021	4205	4170	8375	50,21 %	49,79 %

Tab. 10

Passando invece ad analizzare il dato aggregato riferito al reclutamento degli rtda dopo la riforma Gelmini, che necessariamente fa riferimento a dati degli ultimi dieci anni, sui settori giuridici presi in considerazione, evidenzia una quasi sostanziale parità tra uomini e donne: 53% di rtda di sesso maschile pari a 123 unità e 47% di rtda di sesso femminile pari a 109 unità.

Anche in questo caso il dato risulta essere positivamente superiore alla percentuale relativa a tutti i settori scientifico disciplinari del 45,39% pari a 2378 unità e praticamente allineata a quella

dei settori di Area 12 che risulta essere del 47,12% pari un totale di 278 unità come mostrano i dati sotto riportati nelle tabelle¹⁴:

Evoluzione degli Rtda nei settori giuridici presi in considerazione

RTDA TOTALE SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	-	-	-	-	-
2011	-	-	-	-	-
2021	123	109	232	53,0%	47%

Tab. 11

Evoluzione degli Rtda nei settori dell'Area 12

RTDA AREA 12					
	M	F	TOT	%M	%F
2001		-	-	-	-
2011	3	3	6	50%	50%
2021	147	131	278	52,4 %	47,12 %

Tab. 12

Evoluzione degli Rtda in tutti i settori scientifico-disciplinari

RTDA TOTALE SETTORI					
	M	F	TOT	%M	%F

¹⁴ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cf2.htm.

2001	-	-	-	-	-
2011	77	73	150	51,44 %	48,56 %
2021	286 2	237 8	5240	54,61 %	45,39 %

Tab. 13

Lo scenario invece cambia in riferimento agli rtdb: qui il numero di rtdb di genere maschile raggiunge il 59,2% pari a 132 unità contro il 40,8 % di rtdb donne che rappresenta 91 unità. Si potrebbe quindi argomentare che quanto maggiore diventa l'aspettativa di carriera immediata (per il meccanismo della *tenure track*, ovvero il pressoché automatico passaggio alla II fascia di associato per gli rtdb in possesso di abilitazione scientifica nazionale senza necessità di un'ulteriore procedura concorsuale, come invece "incomprensibilmente" la normativa ha sin dall'inizio previsto per i ricercatori a tempo indeterminato), tanto maggiore continua a risultare il numero di ricercatori di sesso maschile. Anche in questo caso tuttavia, come nei due precedenti, occorre evidenziare che anche per gli rtdb il dato della percentuale delle donne nei settori giuridici considerati è superiore al dato dell'Area 12 del 39,63% pari a 109 unità e praticamente allineato con quello relativo a tutti i settori che è del 40,91%. pari a 2046 unità. Lascia comunque perplessi il fatto che la percentuale degli rtdb donne sia inferiore a quella del 44,7%, delle associate donne.

Qui di seguito le tabelle¹⁵ riepilogative sugli rtdb:

Evoluzione degli Rtdb nei settori giuridici presi in considerazione

RTDB TOTALE SETTORI GIURIDICI CONSIDERATI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	-	-	-	-	-
2011	-	-	-	-	-
2021	13 2	91	223	59,2%	40,8%

¹⁵ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

Tab. 14

Evoluzione degli Rtdb nei settori Area 12

RTDB AREA 12					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	-	-	-	-	-
2011	3	3	6	50%	50%
2021	166	109	275	60,37 %	39,63 %

Tab. 15

Evoluzione degli Rtdb in tutti i settori scientifico-disciplinari

RTDB TOTALE SETTORI					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	-	-	-	-	-
2011	5	2	7	71,43 %	28,57 %
2021	295 5	204 6	5001	59,09 %	40,91 %

Tab. 16

2.5. I dati analitici relativi ai settori giuridici presi in considerazione: I fascia, II fascia, ricercatori (t.i, rtda, rtdb)

Passando ai dati analitici dei singoli settori è possibile rilevare che nell'ambito dei settori giuridici oggetto della ricerca ci sono notevoli e profonde differenze. A fronte, infatti, della

presenza di settori giuridici più “virtuosi” ve ne sono altri fortemente al di sotto del dato generale dei settori giuridici presi in considerazione, di quello dell’Area 12 e di quello riferito a tutti i settori.

Le maggiori aporie si riscontrano, anche in questo caso, per la I fascia dove troviamo situazioni diversificate. Nell’analisi dei dati occorre tenere presente una combinazione di fattori che hanno inciso come, ad esempio, i pensionamenti che in alcuni casi hanno condizionato l’andamento generale del settore, con una conseguente decrescita di ordinari maschi seguita da crescita del numero delle donne meno coerente rispetto a quella degli uomini.

Riguardo quindi alla I fascia, partendo dai dati meno esaltanti, osserviamo che almeno tre settori giuridici, quello di Diritto tributario (Ius12), quello di Diritto processuale civile (Ius 15) e quello di Diritto penale (Ius 17) ai dati del 2021, si contendono le percentuali minori di ordinari donne con, rispettivamente, il 15,3%, il 18,01%, e il 17,4%.

Il primo settore, quello di Diritto tributario, è un settore cresciuto negli ultimi anni tendenzialmente poco nella I fascia e in venti anni il numero degli ordinari donna è passato da 4 a 9 su un totale di 59 ordinari attuali (nel 2001 erano 45 mentre nel 2011 erano 47), e anche se si osserva una leggera diminuzione della percentuale degli ordinari di sesso maschile sul totale passata dal 91,1% del 2001, all’89,4% del 2011, all’84,7%, la parità qui appare davvero molto lontana.

Il secondo settore, quello di Diritto processuale civile, numericamente decresciuto di qualche unità dal 2001 (passando da un totale di ordinari di 58 unità nel 2001 a 50 nel 2021) ha visto sì raddoppiare, dal 2001 al 2021, la percentuale di donne che sono passate da 5 nel 2001, a 8 nel 2011, a 11 nel 2021 ma a fronte di una predominanza maschile che è rimasta pressoché intatta, nonostante la riduzione di quasi 10 punti della percentuale di ordinari uomini passata dal 92,1% del 2001, all’86% nel 2011, all’82,0% nel 2021

Il terzo settore, quello di Diritto penale, ha mantenuto un numero pressoché costante di ordinari totali passando dai 93 del 2001 ai 92 nel 2021, e nonostante possa vantare una triplicazione delle percentuali di presenze femminili tra gli ordinari, questa rappresenta oggi solo il 17,4% del totale.

Con tali numeri questi settori si collocano ampiamente al di sotto del dato, lo ricordiamo, relativo a tutti i settori che è del 25,52%, relativo all’Area 12 che è del 27,01% e di quello generale dei settori presi in considerazione che è del 27,2%.

Le tabelle¹⁶ qui sotto evidenziano tali tendenze:

Settori con percentuali di donne ordinario ampiamente al di sotto delle medie di tutti settori scientifico-disciplinari, dell’Area 12 Cun e dei settori giuridici presi in considerazione

ORDINARI IUS/12 DIRITTO TRIBUTARIO					
	M	F	TOT	%M	%F

¹⁶ Le tabelle sono frutto dell’elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

2001	41	4	45	91,1 %	8,9%
2011	42	5	47	89,4 %	10,6 %
2021	50	9	59	84,7 %	15,3 %

Tab. 17

ORDINARI IUS/15 DIRITTO PROCESSUALE CIVILE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	58	5	63	92,1%	7,9%
2011	49	8	57	86,0%	14,0 %
2021	50	1 1	61	82,0%	18,0 %

Tab. 18

ORDINARI IUS/17 DIRITTO PENALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	88	5	93	94,6 %	5,4%
2011	80	1 2	92	87,0 %	13,0 %

2021	76	1 6	92	82,6 %	17,4 %
------	----	--------	----	-----------	-----------

Tab. 19

Sia pur con percentuali meno critiche rispetto ai tre settori sopra analizzati, si trovano al di sotto della media nazionale, di Area 12 e dei settori giuridici presi in considerazione anche Diritto private (Ius 01) con il 26,4% (64) di donne ordinario che sono raddoppiate dal 2001 (quando erano 30 e rappresentavano il 13,2%) al 2021 ma con intensità maggiore fino al 2011 (quando erano diventate 56 e rappresentavano il 22,1%), con intensità minore fino al 2021; Diritto amministrativo (Ius 10) con il 26% (38), comunque quasi triplicato dal 2001 (quando le ordinarie donne erano 12 e rappresentavano il 9,1%), con una crescita costante (17,6% ovvero 24 nel 2011). Seguono Storia del diritto medievale e moderno (Ius 19) – cresciuto in venti anni di sole 5 unità con una percentuale aumentata dal 2001 di oltre 12 punti percentuali, maggiormente in conseguenza della riduzione degli ordinari di genere maschile passati da 50 (87,7%) nel 2001 a 36 (75%) nel 2021; Filosofia del diritto (Ius 20 con una percentuale di ordinari donne del 24,7% (20) nel 2021 cresciuta costantemente, anche se di poco, dal 2001; infine Diritto costituzionale (Ius 08) attualmente al 24,5% (26) di rappresentanza femminile cresciuta dal 2001 (prima di oltre 5 punti percentuali dal 2001 al 2011 poi di oltre 8 tra il 2011 e il 2021) a fronte di una crescita complessiva del settore. Di seguito le tabelle¹⁷ che illustrano tale situazione:

Settori con percentuali di donne ordinario immediatamente sotto le medie di tutti settori scientifico-disciplinari, dell'Area 12 Cun, e dei settori giuridici presi in considerazione

ORDINARI IUS/01 DIRITTO PRIVATO					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	198	30	228	86,8%	13,2%
2011	197	56	253	77,9%	22,1%
2021	178	64	242	73,6%	26,4%

¹⁷ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

Tab. 20

ORDINARI IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	120	1 2	228	90,9%	9,1%
2011	112	2 4	253	82,4%	17,6%
2021	108	3 8	242	74,0%	26,0%

Tab. 21

ORDINARI IUS/19 STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	5 0	7	57	87,7%	12,3%
2011	4 2	1 1	53	79,2%	20,8%
2021	3 6	1 2	48	75,0%	25,0%

Tab. 22

ORDINARI IUS/20 FILOSOFIA DEL DIRITTO					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	59	1 3	72	81,9%	18,1%

2011	64	1 6	80	80,0%	20,0%
2021	61	2 0	81	75,3%	24,7%

Tab. 23

ORDINARI IUS/08 DIRITTO COSTITUZIONALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	65	8	73	89,0%	11,0%
2011	72	1 4	86	83,7%	16,3%
2021	80	2 6	106	75,5%	24,5%

Tab. 24

Ragionando secondo un'altra logica è invece da rilevare che in alcuni settori la presenza femminile è negli ultimi venti anni notevolmente aumentata. Pur non raggiungendo la parità, questi settori si segnalano per aver superato la media dei settori giuridici presi in considerazione del 27,2%, quella del 27,01% relativa a tutti i settori Area 12 e naturalmente anche quella di tutti i settori del 25,52%

Il primo settore è quello di Diritto internazionale (Ius 13) con il 41,7% di presenza femminile su 84 docenti totali al 2021, dato quasi raddoppiato dal 2001 quando era al 21,1% con un totale di 104 docenti: dal 2011 il dato totale è rimasto costante con un aumento proprio del numero delle donne e una sensibile diminuzione dal 2011 del numero degli uomini che è passato da 81 nel 2001, a 55 nel 2011, a 49 nel 2021.

Il settore di Diritto internazionale è poi seguito dal settore di Diritto dell'Unione europea (Ius 14), un settore giovane dove già nel 2011 la presenza femminile rappresentava il 38,1%, ed è oggi divenuta del 39,5% con la presenza di 15 donne su un totale di 38 ordinari di sesso maschile.

Il terzo posto in questa graduatoria spetta al settore di Diritto privato comparato (Ius 02) oggi con il 35,6% (59) di donne ordinario e che nel 2001 era già rappresentato dal 20,9% (43) di donne e nel 2011 dal 30,4% (46).

Segue poi il settore a cui appartengo ovvero quello di Diritto pubblico comparato (Ius 21) che con il 32,6% (14) di donne ordinario nel 2021 ha più che raddoppiato, dal 2001, ogni 10 anni, il

numero delle donne che erano il 7,5% nel 2001(4), il 16,7% nel 2011 (8). Il caso di Ius 21 va comunque letto alla luce del dato dei numerosi pensionamenti intervenuti in questi anni e che hanno anche determinato una diminuzione del 18,86% del numero complessivo di ordinari. Tuttavia, dato da valutare positivamente, mentre il dato complessivo diminuiva il numero delle donne è comunque aumentato.

Al quinto posto troviamo il settore di Istituzioni di diritto pubblico (Ius 09) con il 31,1% (23) di donne ordinario nel 2021 su 74 e un incremento - dal 2001 quando erano 9 - più che triplicato. Occorre tuttavia rilevare che tra il 2011 e il 2021 il numero delle donne ordinario è aumentato di sole tre unità, anche se, comunque, a fronte di una diminuzione di oltre 11 punti percentuali di ordinari di genere maschile.

Al di sopra della media di area giuridica e della media dei settori considerati si trovano anche Diritto processuale penale (Ius 16) con il 30,4% di ordinari donne e Diritto del lavoro (Ius 07) con il 29,7%.

Nel settore di Diritto processuale penale il numero delle donne ordinario è più che triplicato passando dall'8,3% (48) nel 2001, al 20,4% (54) nel 2011 al 30,4% (56) attuale, e ciò, a fronte di una minima riduzione dal 2001 al 2021 del numero degli ordinari di sesso maschile passato da 44 a 49.

Nel settore di Diritto del lavoro, le donne sono aumentate nella I fascia di 11 punti percentuali passando dal 18,4% (87) del 2001 al 26,3% (99) del 2011 al 29,7% (111) del 2021.

Qui di seguito le tabelle¹⁸ con i dati:

Settori scientifico-disciplinari di area giuridica con una percentuale di donne ordinario superiore alla media di tutti i settori, dell'Area 12, e dei settori giuridici considerati

ORDINARI IUS/13 - DIRITTO INTERNAZIONALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	81	23	104	77,9 %	22,1 %
2011	55	30	85	64,7 %	35,3 %
2021	49	35	84	58,3 %	41,7 %

Tab. 25

¹⁸ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

ORDINARI IUS/14 - DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	3	0	3	100,0 %	0,0%
2011	13	8	21	61,9%	38,1 %
2021	23	15	38	60,5%	39,5 %

Tab. 26

ORDINARI IUS/02 DIRITTO PRIVATO COMPARATO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	34	9	43	79,1%	20,9 %
2011	32	14	46	69,6%	30,4 %
2021	38	21	59	64,4%	35,6 %

Tab. 27

ORDINARI IUS/21 DIRITTO PUBBLICO COMPARATO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	49	4	53	92,5%	7,5%
2011	40	8	48	83,3%	16,7 %
2021	29	14	43	67,4%	32,6 %

Tab. 28

ORDINARI IUS/09 ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	71	7	78	91,0 %	9,0%
2011	66	20	86	76,7 %	23,3 %
2021	51	23	74	68,9 %	31,1 %

Tab. 29

ORDINARI IUS/16 DIRITTO PROCESSUALE PENALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	44	4	48	91,7 %	8,3%
2011	43	11	54	79,6 %	20,4 %
2021	39	17	56	69,6 %	30,4 %

Tab. 30

ORDINARI IUS/07 DIRITTO DEL LAVORO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	71	16	87	81,6%	18,4%
2011	73	26	99	73,7%	26,3%

2021	78	33	111	70,3%	29,7%
------	----	----	-----	-------	-------

Tab. 31

Lo scenario diventa molto più incoraggiante se si analizzano i dati relativi alle carriere per la II fascia ovvero il ruolo di professore associato. Dei 15 settori analizzati non solo ben 9 settori superano – in alcuni casi di molti punti percentuali - la media sia di tutti i settori sia dell'area giuridica 12 sia di quella dei settori giuridici presi in considerazione rispettivamente, lo ricordiamo, del 40,63% e del 44,40% e del 44,7% ma danno prova di piena parità raggiunta e anzi in molti casi superata.

Tra questi in ordine decrescente Diritto processuale penale (55,6%), Diritto pubblico comparato (55,4%), Diritto internazionale (53,8%), Diritto privato comparato (53,5%), Diritto del lavoro (51,5%), Diritto privato (48,1%), Diritto dell'Unione europea (45,8%), Diritto amministrativo (45,3%), Storia del diritto medievale e moderno (45,3%).

In tutti questi settori come si può osservare dalle tabelle la crescita della percentuale femminile è stata dal 2001 al 2021 costante e coerente.

Qui di seguito le tabelle¹⁹ illustrano per ciascun settore scientifico disciplinare preso in considerazione tale andamento:

Settori scientifico-disciplinari di area giuridica con una percentuale di donne associato superiore alla media di tutti i settori, dell'Area 12, e dei settori giuridici considerati

ASSOCIATI IUS/16 DIRITTO PROCESSUALE PENALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	28	9	37	75,7 %	24,3 %
2011	22	18	40	55,0 %	45,0 %
2021	28	35	63	44,4 %	55,6 %

Tab. 32

¹⁹ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

ASSOCIATI IUS/21 DIRITTO PUBBLICO COMPARATO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	10	6	16	62,5 %	37,5 %
2011	19	15	34	55,9 %	44,1 %
2021	29	36	65	44,6 %	55,4 %

Tab. 33

ASSOCIATI IUS/13 DIRITTO INTERNAZIONALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	39	25	64	60,9 %	39,1%
2011	39	40	79	49,4 %	50,6%
2021	43	50	93	46,2 %	53,8%

Tab. 34

ASSOCIATI IUS/02 DIRITTO PRIVATO COMPARATO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	18	10	28	64,3%	35,7%
2011	33	14	47	70,2%	29,8%
2021	33	38	71	46,5%	53,5%

Tab. 35

ASSOCIATI IUS/07 DIRITTO DEL LAVORO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	52	18	70	74,3%	25,7%
2011	53	30	83	63,9%	36,1%
2021	50	53	103	48,5%	51,5%

Tab. 36

ASSOCIATI IUS/01 DIRITTO PRIVATO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	85	40	125	68,0%	32,0%
2011	92	65	157	58,6%	41,4%
2021	110	102	212	51,9%	48,1%

Tab. 37

ASSOCIATI IUS/14 DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	1	0	1	100,0%	0,0%
2011	15	8	23	65,2%	34,8%
2021	26	22	48	54,2%	45,8%

Tab. 38

ASSOCIATI IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	63	16	79	79,7%	20,3%
2011	64	30	94	68,1%	31,9%
2021	75	62	137	54,7%	45,3%

Tab. 39

ASSOCIATI IUS/19 STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	31	10	41	75,6%	24,4%
2011	22	10	32	68,8%	31,3%
2021	35	29	64	54,7%	45,3%

Tab. 40

Un solo settore, quello di Diritto processuale civile, con il 43,8% supera la media di tutti i settori ma non quella dell'area 12 e dei settori presi in considerazione come dimostra la tabella²⁰ qui sotto:

Settori scientifico-disciplinari di area giuridica con una percentuale di donne associato superiore alla media di tutti i settori e inferiore alla media dell'Area 12 e dei settori giuridici considerati

ASSOCIATI IUS/15 DIRITTO PROCESSUALE CIVILE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	23	9	32	71,9 %	28,1 %
2011	26	17	43	60,5 %	39,5 %
2021	41	32	73	56,2 %	43,8 %

Tab. 41

I restanti settori giuridici tra quelli presi in considerazione ai fini di questa ricerca si posizionano ad una certa distanza dalla media di tutti i settori, da quella dell'Area 12 e dei settori giuridici presi in considerazione.

Essi sono: Diritto penale (36,3%), Diritto costituzionale (33,3%), Istituzioni di diritto pubblico (33%), Filosofia del diritto (32,5%), Diritto tributario (30,9%). In tutti - tranne in Ius 09 (Istituzioni di diritto pubblico) dove si osserva una flessione dell'1% rispetto al 2011 e Ius 20 (Filosofia del diritto) dove tra il 2001 e il 2021 si osserva una contrazione della percentuale dal 33,3% al 32,5% nonostante il 30,8% del 2011 – la crescita è rimasta molto lenta ma costante. Merita osservare che l'ultimo settore di questo gruppo Diritto tributario (Ius 12) - sebbene detenga la percentuale più bassa di donne di II fascia - è però uno dei due soli settori ad aver incrementato di più la percentuale di donne tra il 2011 e il 2021: Diritto tributario è passato, infatti, dal 21,6% al 30,9% con un aumento percentuale di quasi dieci punti. L'altro settore giuridico di questo gruppo ad aver invertito il trend è Diritto penale (Ius 17) che ha quasi

²⁰ La tabella è frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cf2.htm.

raddoppiato dal 2011 il numero di donne associate passando dal 19,4% del 2011 al 36,3% del 2021. Di seguito le tabelle²¹ con i dati:

Settori scientifico-disciplinari di area giuridica con una percentuale di donne associate inferiore alla media di tutti i settori, dell'Area 12, e dei settori giuridici considerati

ASSOCIATI IUS/17 DIRITTO PENALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	47	9	56	83,9 %	16,1 %
2011	50	12	62	80,6 %	19,4 %
2021	51	29	80	63,8 %	36,3 %

Tab. 42

ASSOCIATI IUS/08 DIRITTO COSTITUZIONALE					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	22	10	32	68,8 %	31,3%
2011	28	12	40	70,0 %	30,0%
2021	52	26	78	66,7 %	33,3%

Tab. 43

ASSOCIATI IUS/09 ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

²¹ Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

	M	F	TOT	%M	%F
2001	57	27	84	67,9 %	32,1 %
2011	56	30	86	65,1 %	34,9 %
2021	65	32	97	67,0 %	33,0 %

Tab. 44

ASSOCIATI IUS/20 FILOSOFIA DEL DIRITTO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	26	13	39	66,7 %	33,3 %
2011	36	16	52	69,2 %	30,8 %
2021	54	26	80	67,5 %	32,5 %

Tab. 45

ASSOCIATI IUS/12 DIRITTO TRIBUTARIO					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	32	8	40	80,0 %	20,0 %
2011	40	11	51	78,4 %	21,6 %
2021	38	17	55	69,1 %	30,9 %

Tab. 46

Per quanto riguarda il ruolo di ricercatore t.i. anche qui la percentuale della presenza femminile (al 2021) per 9 settori su 15 è al di sopra del 50% (superiore quindi alle media settori giuridici considerati che è del 47,6%, alle media Area 12 che è del 49,21, e alla media tutti i settori che è del 49,79%) con punte del 68% per Storia del diritto medievale e moderno (Ius 19), 58,3% per Diritto pubblico comparato (Ius 21), 56,5% per Diritto privato comparato (Ius 02), 52,6% per Diritto privato (Ius 01), 51,4% per Diritto del lavoro (Ius 07) e Diritto costituzionale (Ius 08). Il dato è solo parzialmente utile perché con la legge Gelmini, l'introduzione dei ricercatori a tempo determinato rtda e rtdb, l'introduzione dell'abilitazione scientifica nazionale e gli upgrading rendono il dato relativo almeno quello riferito agli anni 2011-2021.

Qui di seguito le tabelle²² relative ai ricercatori t.i. per le quali è possibile verificare l'evoluzione dal 2001 al 2011:

Settori scientifico-disciplinari di area giuridica con una percentuale di donne ricercatrici t.i. superiore alla media di tutti i settori, dell'Area 12, e dei settori giuridici considerati

RICERCATORI R.I. STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO - IUS/19					
	M	F	TOT	%M	%F
2001	3 3	2 7	60	55,0%	45,0%
2011	3 7	4 2	79	46,8%	53,2%
2021	8	1 7	25	32,0%	68,0%

Tab. 47

RICERCATORI T.I. DIRITTO PUBBLICO COMPARATO - IUS/21					
	M	F	TOT	%M	%F

²² Le tabelle sono frutto dell'elaborazione dei dati presenti sul sito www.miur.it/0002Univer/0030Profes/index_cj2.htm.

2001	1 0	1 8	28	35,7%	64,3%
2011	1 9	2 5	44	43,2%	56,8%
2021	5	7	12	41,7%	58,3%

Tab. 48

RICERCATORI T.I. DIRITTO PRIVATO COMPARATO - IUS/02					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	1 0	1 3	23	43,5%	56,5%
2011	2 3	3 7	60	38,3%	61,7%
2021	1 0	1 3	23	43,5%	56,5%

Tab. 49

RICERCATORI T.I. DIRITTO PRIVATO - IUS/01					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	124	93	217	57,1%	42,9%
2011	140	137	277	50,5%	49,5%
2021	64	71	135	47,4%	52,6%

Tab. 50

RICERCATORI T.I. DIRITTO DEL LAVORO - IUS/07					
--	--	--	--	--	--

	M	F	TO T	%M	%F
2001	55	39	94	58,5%	41,5%
2011	63	57	120	52,5%	47,5%
2021	18	19	37	48,6%	51,4%

Tab. 51

RICERCATORI T.I. DIRITTO COSTITUZIONALE - IUS/08					
	M	F	TO T	%M	%F
2001	44	32	76	57,9%	42,1%
2011	62	41	103	60,2%	39,8%
2021	17	18	35	48,6%	51,4%

Tab. 52

Quanto agli Rtda, poco più della metà dei settori analizzati raggiungono e superano la parità tra uomini e donne, superando anche le medie dei settori presi in considerazione del 47%, dell'Area 12 del 47,12% e quella relativa a tutti settori del 45,38%. Essi sono: Storia del diritto medievale e moderno (Ius 19) con il 63,6% (7), Diritto processuale penale (Ius 16) con il 56,3% (9), Diritto privato comparato (Ius 02) e Diritto processuale civile (Ius 15) entrambi con il 55,6% e 5 rtda donna, Diritto privato (Ius 01) con 55,6% (21), Diritto del lavoro (Ius 07) e Diritto dell'Unione europea (Ius 14) entrambi con il 53,8% (rispettivamente 14 e 7) e Diritto costituzionale (Ius 08) con il 50% (7). Seguono con un certo distacco: Diritto penale (Ius 17) con il 38,9% (7), Diritto internazionale (Ius 13) con il 38,5% (5), Istituzioni di diritto pubblico (Ius 09) con il 35,7% (5), Diritto amministrativo (Ius 10) con il 34,8% (8), Filosofia del diritto (Ius 20) e Diritto pubblico comparato (Ius 21) con il 33,3% (rispettivamente 6 e 2), Diritto tributario (Ius 12) con il 25%. (1)

Riguardo agli Rtdb, solo 7 settori scientifico-disciplinari superano le medie dei settori presi in considerazione del 40,8%, dell'Area 12 del 39,63% e quella relativa a tutti settori del 40,91%: Diritto processuale penale (Ius 16) con il 66,7% (10), Diritto dell'Unione Europea (Ius 14) con il 58,8% (10), Diritto internazionale (Ius 13) con il 47,4% (9), Diritto privato comparato (Ius 02) a pari merito con Diritto amministrativo (Ius 10) con il 45,5% (rispettivamente 5 e 10), Diritto costituzionale (Ius 08) con il 44,4% (8) e infine Diritto del lavoro con il 41,1% (7). Seguono con percentuali inferiori alla media dei settori giuridici presi in considerazione e alle medie di Area 12 e del totale dei settori: Istituzioni di diritto pubblico (Ius 09) con il 38,5% (5), Filosofia del diritto

(Ius 20) a pari merito con Diritto pubblico comparato (Ius 21) con il 33,3% (rispettivamente 5 e 3), Diritto privato (Ius 01) con il 30,8% (8), Storia del diritto medievale e moderno (Ius 19) con il 30% (3), Diritto penale (Ius 17) con il 26,7% (4), Diritto tributario (Ius 12) con il 25% (1) e infine Diritto processuale civile (Ius 15) con il 22,2% (2).

3. Conclusioni

L'analisi dei dati conferma l'assunto di partenza, la parità nelle carriere accademiche femminili in alcuni settori giuridici dell'Area 12 è ancora lontana dall'essere raggiunta soprattutto per quanto concerne la I fascia. A fronte però di questo dato non si può non considerare la prospettiva evolutiva. Negli ultimi venti anni, è stato, infatti, compiuto un percorso tutt'altro che trascurabile che ha portato ad incrementare, sia pure con delle differenze, talvolta molto evidenti, in tutti i settori scientifico-disciplinari considerati la percentuale di donne ordinarie, fino ad arrivare alla parità o alla quasi parità per la II fascia e per i ricercatori (t.i., rtda, rtdb). Come è stato evidenziato, numerosi sono stati i fattori che direttamente o indirettamente hanno influenzato l'andamento dei dati - dall'evoluzione della normativa ai numerosi pensionamenti - tuttavia è importante sottolineare come la crescita, sebbene un pò troppo lenta, sia stata comunque costante e progressiva. Per quanto concerne i settori giuridici presi in considerazione si può tracciare un bilancio complessivo in chiaroscuro: positivo è il superamento da parte di questi settori nel loro complesso delle percentuali di presenze femminili rispetto ai dati dell'Area 12 e di tutti i settori; più critica è invece la presenza di diversi settori "meno virtuosi" che contribuiscono ad abbassare la media generale.

Permangono numerosi limiti di carattere culturale che tuttavia possono essere superati grazie alla combinazione sinergica di un impianto giuridico evolutivo e di un approccio culturale avanzato.

Molto si è fatto in termini di evoluzione della giurisprudenza e della normativa in questi anni nel nostro ordinamento dove si è assistito a trasformazioni che hanno favorito il passaggio dal principio di eguaglianza al concetto di parità e l'avvicinarsi, prima, di un approccio basato sulle azioni positive e, successivamente, di un approccio basato sul *empowerment* e sul *gender mainstreaming*²³. Ma è importante che normativa e dimensione culturale procedano di pari passo. Come la storia della dott.ssa Oliva insegna, l'evoluzione delle normativa rimane essenziale ma ancor più essenziale è che i "soggetti politicamente rilevanti" - per usare un'espressione cara al prof. Lanchester - tutti i soggetti coinvolti nei processi decisionali ma anche quelli che sono tenuti ad applicare e ad interpretare il diritto, a trasmettere le conoscenze sulle basi giuridiche su cui si fonda un ordinamento, soprattutto coloro che fanno vivere le istituzioni e, in questo caso, l'istituzione universitaria metabolizzino sempre più questo processo. Esso è sicuramente in corso ma occorre ancora lavorare molto, non in un'ottica di contrapposizione o di pretesa - perché il

²³ Cfr. M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 79 ss.

primo parametro deve continuare ad essere il merito - ma di condivisione e reciproco riconoscimento in cui le donne vengano sempre più percepite come “interlocutrici attive” nella presa delle decisioni e non solo come utili, finanche “essenziali”, esecutrici di decisioni prese da altri.

Io confido molto nelle nuove generazioni, perché credo che possano costituire le generazioni del vero cambiamento molto più della nostra e di quella che ci ha preceduto ma auspico che sin d'ora si possa fare sempre di più e meglio nella realizzazione della vera parità in ambito universitario.



Adele Anzon Demmig*

Donne (e uomini) nella comunità accademica dei giuspubblicisti**

La celebrazione della storica sentenza n. 33 del 1960 della Corte Costituzionale, alla quale quest'anno è dedicato l'incontro sul tema delle differenze di "genere" nell'area universitaria giuspubblicistica – promosso dal collega Fulco Lanchester e dalla "Rete per la parità-Comitato 603360" – non deve risolversi, secondo me, in una rievocazione del passato e nel ricordo di esperienze personali.

Sul passato e sulle mie esperienze vorrei perciò evitare di soffermarmi se non per ricordare che, fin dalla redazione della tesi di laurea, e poi nella mia attività di studio e ricerca, non mi sono mai sentita discriminata in quanto donna né dal mio Maestro Vezio Crisafulli, né dall'ambiente che allora gravitava nell'Istituto di diritto pubblico della Sapienza (dove, tra l'altro, per la mia materia, nei primi tempi ero l'unica rappresentante del sesso femminile). Nel prosieguo della carriera e nei contatti con altri personaggi-guida (come Aldo Sandulli) e con altri autorevoli colleghi uomini, non ho mai notato atteggiamenti discriminatori nei miei confronti solo perché donna.

Forse non me ne sono accorta e sono stata ingenua o stupida. Il fatto è che io nello studio e nel lavoro universitario mi sono sempre sentita e presentata semplicemente come una *persona* e non come una donna e resto convinta che se la mia carriera non è stata abbastanza rapida e brillante come quella di altri, è stato esclusivamente per mio demerito, e non per l'avversione dei "maschi".

* Professoressa emerita di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica" organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

Vengo invece ora al ben più importante stato presente della questione e alle prospettive future.

Per l'attività universitaria resta certamente importante ricordare le tappe che nel passato hanno condotto alla progressiva ma lenta apertura alle donne (al "genere femminile") di spazi sempre più ampi. È molto interessante e completa la ricostruzione che ne offrono la relazione di Fulco Lanchester e quella di Paola Piciacchia, che, partendo dai tempi "eroici" giungono a constatare nell'ultimo ventennio un significativo accrescimento della presenza femminile.

Quanto al bilancio attuale, sono contraria a darne una visione in negativo. Insomma, non vedo il bicchiere mezzo vuoto, ma mezzo pieno.

Infatti, considerando il *trend* decisamente positivo e l'esperienza attuale, ritengo che al momento sia superata *nei fatti* l'idea che la situazione delle donne sia inevitabilmente destinata, come prima, alla marginalità o addirittura all'esclusione.

Molta acqua è passata sotto i ponti, dai tempi "eroici" in cui Teresa Mattei in Assemblea costituente esortava le donne italiane a intraprendere la lunga lotta per l'eguaglianza e per l'eliminazione sia degli ostacoli giuridici alla parità formale tra i sessi, sia, e soprattutto degli ostacoli *di fatto* creati dal costume, dalla tradizione, dalla mentalità comune nel Paese, nel quale - bisogna ricordarlo - allora esistevano ancora nel codice penale la previsione barbara del matrimonio riparatore come causa di estinzione del reato di stupro (alla quale si oppose per prima una coraggiosa ragazza siciliana, Franca Viola) e l'arcaica previsione dell'omicidio per causa d'onore, che furono aboliti soltanto nel 1981.¹

Enorme, mi pare, è stata da allora l'incidenza - parallela all'espandersi dell'istruzione - di vere pietre miliari nel percorso di emancipazione delle donne anche nei confronti degli ostacoli di fatto - o, se si vuole, da quelli legati al "genere"² - a cominciare dalla storica sentenza della Corte Costituzionale, alla conseguente legge n. 66 del 1963 per la liberalizzazione dell'accesso delle donne a tutte le cariche pubbliche, alla riforma del diritto di famiglia del 1975, alla legge sulla parità tra donne e uomini sui luoghi di lavoro del 1977, alla già ricordata abolizione del matrimonio riparatore e del delitto per causa d'onore, alla universalizzazione degli strumenti di *welfare*, alle riforme delle leggi elettorali.

Da allora si è aperto un poderoso e continuo processo culturale, sociale e politico via via sempre più intenso, che ha realizzato profondissimi mutamenti nel costume e nella posizione

¹ La figura della Mattei è giustamente divenuta un'icona dell'emancipazione delle donne dalla condizione di spaventosa arretratezza in cui si trovavano agli albori della Repubblica. Per una lucida ed esemplare analisi storico-sociale sulle radici del fenomeno e per una invocazione razionale e intransigente dell'integrale parità tra donne e uomini è sempre attuale la lettura del saggio del grande filosofo e politico liberale e progressista J.S. MILL, *La soggezione delle donne*, pubblicato nel 1869. In Italia, per un bilancio di questo processo, a oltre settant'anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, per ampie trattazioni anche con profili comparatistici ed ulteriori utili riferimenti, Cfr. soprattutto, tra i contributi più recenti C. TRIPODINA, *I gradini di pietra della parità di genere*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2021; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020; G. SORRENTI, *Viaggio ai confini dell'eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2020; B. PEZZINI- A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo .eguaglianza e differenza*, Torino, 2019.

² Mentre ne condivido il valore sociologico e/o proveniente da altre scienze mediche o sociali, non apprezzo l'uso di questo termine in un contesto giuridico, perché qui non ha ancora un significato chiaro e determinato e si può prestare ad equivoci, potendo o identificarsi puramente e semplicemente con il "sesso" o confondersi con "orientamento sessuale" o "identità sessuale", diversi questi ultimi per contenuto e per campi di applicazione. Oltre al fatto che si usa solo quando si parla delle donne. Il tema richiederebbe comunque una trattazione approfondita e separata che non può svolgersi in questa sede.

delle donne, rispetto ad una tradizione consolidata non solo nei secoli, ma nei millenni, anzi fin dagli albori della storia dell'umanità. Questo processo di affrancamento e di partecipazione alla vita civile è ormai molto avanzato, anche in Italia, e ciò nonostante la presenza, su un piano diverso, dell'orrendo ed oscuro fenomeno della violenza sulle donne.

I numeri che certificano la presenza del sesso femminile nei diversi campi, è ovvio, non sono né possono essere ancora pari a quello degli uomini, dato che appunto le donne hanno iniziato solo da poco la loro marcia e debbono recuperare un divario storico abissale.

Oggi però la crescita esponenziale della presenza femminile sia nell'ambito dell'attività di ricerca scientifica in genere sia in quella propriamente universitaria, è dato di fatto incontestabile, senza dire poi della magistratura, dell'impiego pubblico in generale, delle Forze armate come anche delle “carriere” elettive e politiche.

In tutti questi campi inoltre le donne raggiungono sempre più numerose posizioni elevate o addirittura di vertice, e di grande prestigio, e non restano più confinate nei livelli medi o inferiori (come dimostra se non altro il caso della attuale Rettore dell'Università La Sapienza, ma gli esempi, è innegabile, sono ormai numerosissimi). Quando i numeri crescono e continuano a crescere non è più lecito limitarsi a parlare – per amor di polemica – di semplici eccezioni, né arrestarsi - per lamentare discriminazioni in danno delle donne - alla constatazione che in termini numerici persiste ancora in queste posizioni un divario rispetto alla presenza maschile.

Vorrei anche aggiungere che questo *trend* non implica affatto la “mascolinizzazione” delle donne temuta da molte femministe, ma l'apertura alle donne della *libertà* di ottenere e svolgere *a modo loro* il lavoro che hanno scelto. Insomma non nega affatto, ma esalta la “differenza”.

Pur riconoscendo che la “lunga marcia” non si può dire conclusa ma che, pur molto avanzata, è ancora *in fieri*, non si può però sminuire la misura del grande cambiamento nella partecipazione delle donne in particolare nel settore pubblico e non si può continuare a insistere sulla loro rappresentazione come vittime degli uomini e in attesa di aiuti esterni (quali quote e simili) per raggiungere posizioni di eguale potere³.

Occorre invece incoraggiare le donne – e specialmente quelle – come le accademiche - dotate di un alto livello culturale, a trovare in questo *trend* motivo di orgoglio e di incoraggiamento a raggiungere sempre migliori risultati. I tempi ormai sono maturi perché le donne reagiscano con forza e si rendano conto che molto dipende da quanto loro stesse sapranno fare.

Considero infatti - come ho già sostenuto in passato⁴ – assai più consoni alla dignità delle donne e molto più utile per rafforzarne la volontà di emancipazione, evidenziare che questa

³ Così mi sembra impostata invece la tesi di B. PEZZINI, *Il corpo della differenza: una questione costituzionale nella prospettiva dell'analisi di genere*, in *Biolar Journal – Rivista di biodiritto*, Special issue 2/2019, 617 ss., che predica il riscatto delle donne da una posizione di “subordinazione di potere” nei confronti del mondo maschile; in senso analogo, mi pare, anche la pretesa che le donne partecipino alla pari ai processi decisionali degli organi di vertice dell'ordinamento (M. D'AMICO, *Audizione sul Disegno di legge n. 1785, Norme per la promozione dell'equilibrio di genere negli organi costituzionali, nelle autorità indipendenti, negli organi delle società controllate da società a controllo pubblico e nei comitati di consulenza del Governo*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2021. Per parte mia dubito fortemente che la pari dignità sociale di cui all'art.3 Cost. - nel caso tra uomini e donne - coincida con il pari numero di posizioni di potere.

⁴ V. *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, in *Osservatorioaic.it*, fasc. 3/2018.

trasformazione è avvenuta sostanzialmente per un grande cambiamento nel costume prodotto in gran parte dalle stesse donne, che hanno saputo assumere sulle proprie spalle la responsabilità della propria vita, che si sono messe in gioco con il proprio talento e il proprio impegno.

In conclusione, specie nel mondo universitario, le donne non debbono più essere compatite, ma al contrario esaltate come brave e coraggiose combattenti, che hanno acquisito la consapevolezza di potercela fare da sole, e che non debbono per questo subire necessariamente il contrappasso inammissibile della rinuncia alla vita familiare, ma che possono (anzi debbono) mantenere il privilegio della funzione materna e l'esercizio della essenziale funzione familiare di cui all'art. 37, c.1 Cost.. A tale specifico fine più che gli strumenti di *welfare*, conta soprattutto il coinvolgimento alla pari del proprio *partner* in tutti i compiti attinenti alla gestione della famiglia, coinvolgimento che, più che le politiche e le leggi, le donne stesse – specie quelle appartenenti a gruppi culturalmente privilegiati – debbono impegnarsi ad ottenere⁵.

Naturalmente questo *trend* positivo - ancora in cammino - osservato nelle carriere pubbliche non è ancora presente in egual misura in tutti i settori di attività. Indubbiamente grossi passi avanti sono stati compiuti, come s'è detto, con le riforme legislative del diritto di famiglia e del mondo del lavoro. Ma c'è ancora molto da fare per migliorare le condizioni per l'accesso e la permanenza nel mondo lavoro specie delle donne in situazioni di maggiore debolezza perché di insoddisfacente livello culturale o professionale o perché immigrate. È, questo, un compito tutt'altro che semplice, trattandosi, non solo di ottenere aiuti puntuali dall'autorità pubblica, ma, anche e soprattutto, di compiere, con ogni strumento possibile, un'operazione di grande impegno culturale, sociale e di costume.

⁵ V. invece sul punto le considerazioni di C. TRIPODINA, op. cit., e di M. D'AMICO, *Una parità ambigua*, cit.



Maria Cristina Grisolia*

Uguaglianza di genere: un intreccio di fattori lontano dall'essere districato**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Corte costituzionale e la parità di genere. – 3. L'evoluzione delle presenze femminili alla luce dell'esperienza personale. – 4. Un progresso non privo di ambiguità.

1. Introduzione

Dai dati raccolti nella relazione di Paola Piciacchia appare di immediata evidenza come, nonostante il divario tra studiosi e studiose che ancora caratterizza il mondo universitario, i progressi ottenuti in questi ultimi anni sono assai soddisfacenti.

Molto rimane ancora da fare, ma è chiaro che l'attuale tendenza non potrà che essere confermata. Ne sono una prova significativa le recenti elezioni legate alle nuove cariche rettorali, elezioni che hanno registrato inaspettatamente un ripetuto successo delle donne: prima Antonella Polimeni a Roma, poi Alessandra Petrucci a Firenze e, da ultimo, Daniela Mapelli a Padova.

E, tuttavia, nonostante ciò ancora oggi il divario tra uomini e donne rimane ancora consistente.

Numerose, lo sappiamo, sono le ragioni alla base di questa disparità; frutto – come è stato ancora sottolineato da Paola Piciacchia – di un intreccio di fattori, di tipo culturale, organizzativo-strutturale ed istituzionale, che rimane tuttora lontano dall'essere districato.

Di questi fattori, quello culturale è quello che possiamo ritenere il più risolto, sia pure con le indubbe ambiguità di cui di seguito dirò.

* Già Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Firenze.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica" organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

Era questo invece l'elemento – e Fulco Lanchester lo ha brillantemente sottolineato nella sua introduzione – che ancora dominava al tempo dell'inizio della mia carriera universitaria (siamo negli anni settanta dello scorso secolo).

Un fattore che contribuiva non poco a determinare il limitato numero delle presenze femminili nei ruoli accademici; quasi che regnasse una implicita presunzione di una sorta di mancato possesso dei necessari “requisiti attitudinali”, che si riteneva impedisse alle donne di accedere alle posizioni dell'Università.

E ciò, voglio pensare, non certo in riferimento ad una qualche inferiore capacità di metodo scientifico imputabile alle donne rispetto agli uomini, ma piuttosto in considerazione di una carriera, quella accademica, che, almeno fino alla legge n. 168 del 1989 sull'autonomia universitaria, imponeva lunghi periodi di insegnamento nelle più diverse sedi; oltre che una capacità e continuità di lavoro che si riteneva potesse trovare ostacolo negli impegni di cura familiare che allora, molto più di oggi, gravavano sulle donne. Certo assai meno aiutate dalla solidarietà collaborativa non solo del proprio *partner*, ma soprattutto – oserei dire – delle stesse figure femminili che si muovevano entro i confini della famiglia (madri, suocere, zie...), meno disposte a comprendere esigenze professionali da esse non condivise al loro tempo.

Il che, da un lato, poteva rendere a molte studiose meno attraente la carriera accademica e, dall'altro, poteva incutere non pochi dubbi ed incertezze in chi avrebbe dovuto guardare alla propria allieva, quale riferimento nel lungo e faticoso percorso che lo avrebbe impegnato a sostenere la sua maturazione e progressione nel mondo universitario.

Ricordo ancora l'espressione di sincero rammarico proprio di Mario Galizia, allora professore nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, quando, all'inizio della mia carriera, (era 1974 ed io mi ero laureata solo due anni prima, nel novembre del 1972) gli comunicai il mio prossimo matrimonio: “Di già!! – esclamò Galizia senza tanti infingimenti – Peccato!!”.

Una esclamazione suggerita evidentemente dalla preoccupazione di un cambiamento, che riteneva avrebbe pesato sulla mia capacità e continuità di lavoro nella ricerca, che richiede, come sappiamo soprattutto all'inizio, un impegno assai gravoso.

Nonostante, dunque, gli sforzi compiuti dalle nostre Costituenti per non richiamare nell'art. 51 Cost. il “requisito attitudinale” e l'importanza in questo senso avuta dalla sentenza n. 33 del 1960 della Corte costituzionale, della quale si è appena celebrato l'anniversario, non vi è dubbio che l'esistenza di un qualche “requisito attitudinale” era ancora ben radicata nella cultura del tempo.

2. La Corte costituzionale e la parità di genere

A questo proposito vorrei sottolineare, se mi è permessa una piccola digressione, come, al di là dell'apparente ovvietà della decisione che poi sarà presa dalla Corte sulla illegittimità della

norma che escludeva le donne dagli impieghi “che implicano – leggo testualmente – poteri pubblici giurisdizionali o l’esercizio di diritti e di potestà politiche o che attengono alla difesa militare dello Stato”; nonostante l’ovvietà di questa sentenza, dicevo, la presenza di questo “requisito attitudinale” la fece indubbiamente da “padrone” in tutto il percorso che portò a quella decisione.

Il primo segnale in questo senso fu che Costantino Mortati, che come sappiamo aveva assunto la difesa di Rosa Oliva di fronte alla Corte costituzionale, preferì non toccare, nella sua memoria, il merito della questione.

Egli, invece, scelse, più in generale, di porre il problema sotto il solo profilo formale del rispetto della riserva di legge prevista all’art. 51 Cost., contestando il rapporto tra norma primaria e regolamentare previsto, invece, nella disposizione sottoposta al giudizio del giudice costituzionale. Quasi che, un giurista attento e sensibile ai temi della parità come era Costantino Mortati, non si fosse altrimenti fidato dell’esito finale.

Per capire questa incertezza bisogna tener conto di una pronuncia di poco precedente (la sentenza n. 56 del 1958), meno nota della prima, che aveva appena dichiarato infondata la questione di legittimità della legge 26 dicembre 1956, n. 1441. Legge che, nell’ammettere anche le donne a far parte delle corti di assise, prescriveva però che, dei sei membri che componevano la giuria popolare, tre fossero uomini; così da impedire che il collegio fosse composto in maggioranza da donne.

In quella occasione la Corte, pur negando che tale limitazione attenesse ad un requisito di non idoneità, ma piuttosto tendesse a garantire – non si sa perché – un più “appropriato funzionamento dei collegi”, aveva allo stesso tempo ammesso che, nell’esercizio della riserva di legge richiamata dall’art. 51 Cost., il legislatore potesse legittimamente tenere conto anche delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso.

“Le norme che regolano l’accesso ai pubblici uffici – sottolineò il giudice costituzionale - possono tenere conto, nell’interesse dei pubblici servizi, delle differenti attitudini proprie degli appartenenti a ciascun sesso, purchè – essa concluse -non resti infranto il canone fondamentale dell’uguaglianza giuridica”.

Se si tiene conto di ciò, non stupisce che Mortati non ponesse l’accento su profili che apparivano rischiosi e preferisse, piuttosto, impostare la questione nei più sicuri termini teorico-generalisti.

Il merito della sentenza n. 33 del 1960 fu appunto quello di respingere l’impostazione formale suggerita da Mortati, dichiarando invece nel merito l’illegittimità della norma, la quale – dichiarò la Corte – nell’ “escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici (si poneva) in un irrimediabile contrasto con l’art. 51 Cost.”.

E, tuttavia, ancora una volta, essa non esclude affatto – ed anzi confermò – la validità del requisito attitudinale. Requisito che, secondo il giudice costituzionale, poteva operare in quei limitati casi in cui si potesse presumere, senza bisogno di ulteriori prove, la non idoneità degli appartenenti all’uno o all’altro sesso (ma il problema riguardava evidentemente soprattutto le donne) a ricoprire un determinato ufficio pubblico. Così che – concluse la Corte – la mancanza di un tale requisito “rendesse meno efficace e regolare l’attività pubblica”.

È questo il punto critico di quella pronuncia: l'ammissione della esistenza di requisiti attitudinali operanti sulla base – si badi bene – di una mera presunzione.

Una ammissione, questa, che, nonostante l'immediata approvazione della l. n. 66 del 1963, la dice lunga delle difficoltà che le donne hanno dovuto affrontare nel mondo accademico, come in ogni altro settore professionale, per abbattere la validità di questa presunzione. La quale, al di là dei rigorosi ragionamenti della Corte, è rimasta ben salda nella cultura del tempo, resistendo, come fanno i *virus*, ai successivi cambiamenti sia sociali che culturali e costringendo le donne a dimostrare volta volta nei fatti la sua infondatezza.

3. *L'evoluzione delle presenze femminili alla luce dell'esperienza personale*

Così, sempre guardando alla mia esperienza personale, seppure all'inizio fossero state assai ampie le opportunità che venivano offerte ai neo laureati dalla legislazione che seguì i provvedimenti urgenti varati dal Governo nel 1973, ben poche, alla fine, sono risultate le presenze femminili nelle posizioni accademiche che si aprirono alla luce di quella legislazione.

Mi riferisco in particolare alla previsione di contratti quadriennali (poi ampiamente prorogati) per la formazione scientifica e didattica, dai quali, dopo un giudizio di idoneità, è stato possibile passare al ruolo di ricercatore confermato nelle Università di appartenenza.

Nonostante ciò, dicevo (almeno per quanto riguarda il mio settore), al primo concorso bandito per il ruolo di professore associato sulla base della nuova legge sulla docenza universitaria, solo due, mi risulta, le donne che ne uscirono vincitrici: oltre a me, Paola Bilancia (siamo nella metà degli anni ottanta).

E, d'altra parte, sempre a guardare alla mia esperienza personale, significativo è il fatto che, poco prima della nomina a professoressa ordinaria (siamo nel 2001), la presenza in ruolo di studiose nella mia Facoltà risultava ancora assai esigua.

Dai dati che ho ricavato dal decreto rettorale che provvedeva, su richiesta, al rinquadramento nei settori scientifico-disciplinari (art. 2, D.M. 4 luglio 2000), su cinquanta professori di prima fascia, appena tre erano le donne (Anna Maria De Vita, IUS/02; Patrizia Giunti, IUS/18, Silvana Sciarra, IUS/07: nessuna donna apparteneva al settore IUS/08 e IUS/09).

Degli undici professori associati, tre le donne: oltre a me, Adelina Adinolfi, IUS/13, e Vittoria Barsotti, IUS/02.

Migliore la situazione tra i ricercatori. Su quarantacinque ricercatori, infatti, diciotto erano le donne.

Detto questo, devo anche ammettere - in tutta sincerità - che, nonostante le possibili diffidenze che avevano potuto pesare sulla mia, diciamo così, "affidabilità scientifica", non posso certo dire di essermi sentita discriminata dai miei capi-scuola nei passaggi della carriera accademica. E ciò sia pure indubbiamente aiutata anche da circostanze a me favorevoli.

Una sensazione, questa, che tuttavia - devo dirlo con altrettanta sincerità - poggiava anche sull'impegno, da parte mia, ad evitare in ogni modo (rinunciando anche ad alcuni diritti ai quali oggi nessuna donna si sentirebbe di rinunciare) di far pesare le specificità legate al mio essere

donna. E questo soprattutto dopo la nascita di mia figlia e, quindi, dopo un considerevole aumento del carico familiare.

Ma quelli erano altri tempi ed effettivamente il fatto di essere così poche ci portava più ad attenuare che non a sottolineare le inevitabili differenze.

Il tempo è passato e, come dicevo, la situazione è, nonostante tutto, migliorata.

A guardare i dati del mio Dipartimento (dati ricavati dal sito web) al momento del pensionamento nel novembre 2019, su trentadue professori ordinari, undici sono donne (fra cui le due associate e due ricercatrici presenti nell'elenco precedente): nessuna altra studiosa, invece, del mio raggruppamento ed una sola di quello affine: Cecilia Corsi, IUS /09.

Dei trentanove professori associati, ventitre' sono le donne (di cui otto ricercatrici dell'elenco precedente): ancora una volta però nessuna studiosa del mio raggruppamento, né di quello affine.

Infine, dei diciannove ricercatori a tempo determinato, otto sono le donne: di nuovo, però, nessuna del mio settore o di quello affine.

Difficile capire le ragioni di questa carenza nel mio settore scientifico disciplinare, che possono essere ascritte ai più diversi motivi, che non potrei ora ricostruire e che, comunque, non voglio certo imputare a questioni attinenti a problemi di pari opportunità.

Sono dati questi che, come dicevo, denotano un discreto cambiamento.

Cambiamento che, tenendo conto dei tutt'altro che risolti problemi organizzativi ed istituzionali, può ben essere ascritto al mutamento del contesto culturale; un mutamento stigmatizzato in modo significativo dai numerosi organismi di promozione e di controllo delle pari opportunità presenti ormai nei vari atenei e dal numero sempre in aumento di corsi universitari attivati proprio su questo tema.

4. *Un progresso non privo di ambiguità*

E, però, come dicevo all'inizio, questo progresso non è privo di ambiguità.

Nonostante l'aumento delle donne nei ruoli apicali dell'Università e, direi, nonostante, più in generale, l'aumento delle donne nei ruoli apicali nella società e nelle istituzioni (si può ormai considerare quasi un "vezzo" il riferimento, divenuto sempre più frequente, alla "prima donna" ministro, alla "prima donna" rettore, alla "prima donna" presidente della Corte costituzionale, alla "prima donna" posta ai massimi livelli della magistratura...), nonostante ciò, dicevo, la triste esperienza della pandemia ci ha messo di fronte ad una realtà ben diversa.

Una realtà, come dimostrano i dati circolati in quest'anno, che ha ulteriormente peggiorato la situazione femminile, già estremamente precaria: l'occupazione delle donne in Italia prima della pandemia – per richiamare solo un dato – era fra le più basse in Europa, mentre l'abbandono del lavoro dopo il primo figlio riguardava un quinto delle donne occupate.

Questi, dati, come abbiamo detto, sono stati ulteriormente aggravati nel periodo della pandemia; dove si è visto le donne gravate, a tacer d'altro (mi riferisco all'esponentiale aumento dei casi di violenza domestica) di compiti di cura non più delegabili alle istituzioni di assistenza, e colpite, assai più degli uomini, nell'attività professionale. In riferimento alla quale non solo esse

sono state più penalizzate in quanto più presenti nei settori che hanno maggiormente sofferto per le restrizioni dovute all'epidemia (la ristorazione, il commercio, il turismo), ma anche in quanto per lo più impiegate in posizioni professionali subalterne e precarie.

Di fronte a questo quadro diventano ben più opachi i risultati ottenuti da alcune di noi: a ben vedere, in fondo, solo da una *elite*, rappresentata da quelle donne che nel loro impegno professionale sono state in grado di supplire alle mancanze sociali ed economiche, oltre che alle molte contraddizioni che ancora persistono; riuscendo ad ottenere risultati, sicuramente importanti e significativi, ma che sono preclusi alla maggioranza.

È questo un fatto a cui oggi, alla vigilia delle riforme legate al *recovery found*, dobbiamo guardare con molta attenzione. E ciò per non perdere l'occasione non solo di migliorare le condizioni sociali e professionali che oggi penalizzano il genere femminile, ma anche di sfruttare le opportunità che queste riforme offrono per por rimedio ad un divario che, questa volta, riguarda, non il rapporto tra donne e uomini, ma il rapporto delle donne fra di loro.

Non voglio dilungarmi sul punto, che ci porterebbe lontano dal tema affrontato in questo incontro. Non posso però non sottolineare come, nonostante le buone intenzioni ripetutamente manifestate da Draghi a partire dal suo intervento in occasione del voto di fiducia alle Camere (mi riferisco al passaggio in cui il Presidente del consiglio, toccando il profilo delle pari opportunità, ha sottolineato come la parità ricercata non potesse significare “un farisaico rispetto di quote rose”, ma richiedesse oltre che, naturalmente “parità di condizioni competitive tra generi”, la necessità – ed è questo il passaggio principale – di “investire economicamente, ma soprattutto culturalmente perché sempre più giovani e donne scelgano di formarsi negli ambiti in cui intendiamo rilanciare il Paese”); nonostante ciò, dicevo, il piano di riforme poi approvato appare assai generico e privo di una qualche progettualità proprio su questo punto: pochi i riferimenti ad un impegno verso un incremento delle donne nei settori, oggi assai carenti di presenze femminili, che interessano i futuri ambiti professionali (le c.d. materie STEM). Troppi invece, a fronte di ciò, i richiami alle vecchie politiche legate all'aumento degli asili nido o allo sviluppo della imprenditoria. Politiche sicuramente valide e legittime, ma non in grado di dare un vero segnale di rinnovamento e di rilancio al problema delle pari opportunità.

Non voglio, tuttavia, terminare questo intervento senza una nota di ottimismo.

Molte sono, infatti, le energie e le competenze che caratterizzano il mondo accademico in generale e il mondo accademico femminile, in particolare. L'auspicio è che esse possano contribuire ad eliminare quel *gap professionale* che oggi non può farci sentire pienamente soddisfatte.



Raffaella Messinetti*

**Un ricordo personale: un percorso felice in un momento di svolta nel
processo di cambiamento sulla questione di genere nelle carriere
universitaria****

Desidero innanzitutto esprimere il ringraziamento più vivo e profondo al prof. Lanchester, alla prof.ssa Piciacchia e alla prof.ssa Caravale, che hanno immaginato e reso possibile questa importante giornata, per avermi concesso il privilegio - immeritato - di parteciparvi.

È per me motivo di gioia ed onore condividere questo momento e mi emoziona potere incontrare persone che hanno avuto ruolo decisivo nella rivoluzione culturale dell'eguaglianza. Attori e attrici primari di una trasformazione ancora inconclusa ma che si annuncia irreversibile, alla stregua del cambiamento antropologico che porta con sé. E, come si sa, il cambiamento antropologico è il motore più potente del cambiamento sociale. Un cambiamento che intercetta in modo peculiare la sensibilità giuridica perché intreccia in nodi insolubili principi fondamentali della società aperta e, perciò, dei sistemi costituzionali-democratici della modernità: tutela della persona umana ed eguaglianza.

Ho ascoltato con emozione la dottoressa Oliva. Anche per me è assai significativo che questa ricorrenza sia celebrata nella sala delle lauree della facoltà di Scienze politiche. È in quest'aula, infatti, che molti anni fa ho concluso il mio primo percorso accademico, inaugurandone uno nuovo - che oggi mi vede insegnare qui.

Comincio da questo episodio personale perché tutto ciò che posso fare oggi è solo restituire qualcosa della mia esperienza nell'università. Il mio intendimento è fornire una piccola

* Professoressa ordinaria di Diritto privato presso "Sapienza", Università di Roma.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su *"Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica"* organizzato - nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità - dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

testimonianza del mio doppio percorso di studentessa - dapprima nella Facoltà di Scienze politiche e poi in quella di Giurisprudenza - e di quello di ricercatrice e docente universitario. Il mio convincimento è che questo percorso felice abbia casualmente intercettato un momento di svolta nel processo di cambiamento.

In questa prospettiva personale, è per me ricco di significati il fatto che ad ideare questa importante giornata e a concedermi l'onore di parteciparvi sia stato il professor Lanchester: come ho detto, ho studiato in questa Facoltà e il professor Lanchester è stato un mio docente. Uno dei docenti che più hanno segnato la mia bella esperienza in questo luogo dello spirito.

Voglio parlare brevemente di questo incontro perché per noi, studenti e studentesse appena entrati nel mondo accademico, il prof. Lanchester era un simbolo luminoso e brillante: egli catturava e restituiva un profilo che molto amavamo dello spirito della Facoltà: una comunità aperta, capace di coniugare tradizione e innovazione; protesa a fondere la diversità plurale delle sue anime in una straordinaria fucina di energie culturali.

Il professor Lanchester era un docente giovanissimo e già autorevolissimo: una combinazione assai potente che esaltava la nostra curiosità intellettuale, avvicinandoci con naturalezza ed entusiasmo non solo a una nuova forma di pensiero ma anche alla "sacrale" complessità della scienza giuridica. È intuitivo che fosse modello a cui cercavamo di ispirarci.

Il pluralismo invero da questa peculiare comunità accademica si manifestava in molti modi ma, più chiaramente che con altri, in virtù dei suoi docenti giovani.

Si manifestava però anche in virtù dei suoi docenti-donne. Tra questi, ad una professoressa in particolare voglio - e devo - qui tributare un pensiero devoto di riconoscenza: è la prof.ssa Anna Maria Battista. Pensare a lei con emozionata gratitudine è qualcosa che, in realtà, faccio ogni giorno; tuttavia farlo qui ed ora è importante per una ragione: lei ha inciso in maniera decisiva sulle mie scelte esistenziali e professionali. Con poche parole: sulla mia identità.

Con la potenza del suo pensiero scientifico e della sua comunicazione didattica la prof.ssa Battista ha conformato il modo in cui osservo il diritto. Con la forza della sua immagine ha conformato il mio modo di essere docente. È a lei che mi ispiro nel compiere il mio lavoro: sapendo di non poterla eguagliare spero di riuscire a dare ai miei studenti almeno un po' della ricchezza che lei sapeva donare ai suoi studenti e alle sue studentesse.

Quella donna docente ha scolpito un'impronta che non si è affievolita ma rafforzata nel ricordo e nella cura del suo insegnamento; anche dopo la conclusione del percorso di scienze politiche, la sua immagine mi ha accompagnato lungo il percorso della laurea in giurisprudenza. Con la "sua" storia delle dottrine politiche la professoressa Battista mi ha fornito la chiave per amare la ricerca giuridica. Purtroppo non sono mai riuscita a dirglielo.

Entravo dunque a Giurisprudenza come studentessa già laureata in Scienze politiche nei primi anni novanta. Un momento ancora assai luminoso per la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza: basti pensare che ad insegnare le materie civilistiche erano molti tra i più brillanti allievi delle scuole che hanno maggiormente segnato l'evoluzione e l'avanzamento di quelle discipline. Erano tutti uomini. Professori ordinari. Non posso non rammentare che la prima professoressa ordinaria di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza è stata chiamata soltanto recentissimamente; circa due anni fa. E' la mia cara amica Mirzia Bianca.

In quella Facoltà ho compiuto i primi passi della mia carriera accademica come ricercatrice. Un percorso che è stato breve: a quel tempo, nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza non vi erano professori associati di diritto privato. Nell'immaginario della comunità scientifica quella Facoltà era e non poteva non essere che l'approdo di chi avesse dimostrato, maturandola altrove, la propria eccellenza.

Qualunque fossero le vere ragioni, nel settore privatistico non vi erano professori associati; ma - come ho detto - non vi erano neppure professori ordinari che fossero donne. Di donne ve ne erano nel solo ruolo degli assistenti e dei ricercatori.

A non poche di quelle valentissime studiose, "Signore", come erano chiamate da alcuni maestri, devo moltissimo. E, in particolare in questa giornata, anche a loro voglio dedicare il mio pensiero devoto di gratitudine. Per avermi accolta con simpatia e affetto e per avermi formata e protetta nel nome della vulnerabilità e della solidarietà femminile. Quelle Ricercatrici-Signore mi hanno arricchita con il dono della loro esperienza, fornendomi gli strumenti di conoscenza e la forza d'animo che sono stati indispensabili per portare a compimento il mio percorso.

Mi hanno insegnato ad impegnarmi con ogni risorsa perché non trasparisse mai - né dalle parole né dai comportamenti - la diversità di genere: essere una donna - nel tempio del diritto. In sintesi: occorreva lavorare più duramente degli altri; sacrificarsi con più abnegazione; stringere i denti per non fare emergere neppure l'ombra della normale debolezza umana. Secondo la loro esperienza, infatti, tanto sarebbe bastato per comprovare agli occhi dei Maestri il sospetto di una diseguaglianza insuperabile.

Sono stata più fortunata di loro soltanto perché, grazie alla loro fatica, i tempi stavano cambiando. Certamente il contesto culturale tratteneva e restituiva ancora non pochi stereotipi. Non posso negare di essermi talora dovuta faticosamente confrontare con più di un luogo comune, sperimentando difficoltà e frustrazione per non riuscire a liberarmi dalle gabbie di profili nei quali non mi riconoscevo e che sentivo lesivi della mia identità.

Ciò avveniva, in particolare, per il tentativo di conciliare ciò che la cultura del tempo suggeriva essere, in realtà, inconciliabile: la ricerca, la carriera accademica nelle scienze giuridiche, da un lato, e la vita privata, la famiglia, la maternità, dall'altro lato. Per la verità, anche la vita professionale finiva per costituire una sorta di "tabù di genere": quella stessa carriera forense che non poteva mancare nella formazione del giurista-uomo sarebbe stata invece letale per la giurista-donna. Ne avrebbe assorbito e dimidiato le più deboli risorse intellettive? Risorse meno adatte alla complessità del ragionamento giuridico? Non lo ho mai capito. Ma la forza comunicativa che accompagnava l'uso degli stereotipi lasciava intuire una "fede" che in autorevoli scienziati del diritto non poteva che rinviare a ... spiegazioni scientifiche.

Ne voglio rammentare solo uno che, nonostante tutto, è più leggero degli altri. Quando i Maestri erano soddisfatti del mio lavoro di ricerca e volevano gratificarmi, mi dicevano, con disarmante e affettuosa sincerità, che il mio ragionamento giuridico era *uguale* a quello di un uomo; che la mia pagina non tradiva il genere del suo autore. Ciò che, indiscutibilmente, doveva essere reputato una vera fortuna.

Sicuramente una fortuna, per me, è essere tornata a Scienze politiche; la chiusura del mio percorso a Giurisprudenza, con il conseguimento dell'associazione, ha segnato il mio ritorno "a

casa”. In questa Facoltà oggi insegno diritto privato, come professore ordinario. Di questa Facoltà ho avuto l'onore e la responsabilità di essere preside.

Ma se la Facoltà di Scienze politiche è sempre stata - per sua natura? - all'avanguardia, il tempo sembra davvero cambiato ovunque: a provarlo sono i dati che la prof. Piciacchia ci ha lucidamente interpretato. A testimoniarlo con evidenza è anche la vicenda della nostra Rettore: la prima donna a governare questo Ateneo nei sette, lunghi secoli della sua storia. La sua elezione è stata il riconoscimento corale del valore scientifico e didattico e delle capacità manageriali.

Ciò suggerisce che il mutamento nei processi culturali della società si compie in una inarrestabile dinamica di circolarità: l'esito di un cambiamento si fa motore di un altro cambiamento.

Mi piace rifletterci con le mie studentesse, mostrare loro come nelle nostra comunità - forse - gli stereotipi non sono più “pietre”, ma solo un oggetto di studio delle scienze sociali.



Laura Moscati*

Differenze di genere e storia giuridica**

SOMMARIO: 1. Sulle origini del settore IUS 19. – 2. Gli sviluppi e la presenza femminile. – 3. Iniziative e studi sulle differenze di genere.

1. Sulle origini del settore IUS 19

Ringrazio l'Amico e Collega Fulco Lanchester per avermi chiamato in questa prestigiosa occasione di incontro a rappresentare il settore scientifico-disciplinare IUS 19 Storia del diritto medievale e moderno.

In via preliminare ritengo che tale settore segua l'andamento degli altri come dimostra il prezioso grafico riassuntivo della collega Paola Piciacchia, in cui si trova in posizione centrale nel *trend* in salita della presenza femminile tra il 2001 e il 2021.

A premessa delle mie brevi riflessioni, vorrei soffermarmi sul fatto che la Storia del diritto italiano (poi Storia del diritto medievale e moderno) acquista un'autonomia successiva rispetto ad altri settori dell'area giuridica e in particolare al diritto romano, a cui è stata legata fino alla seconda metà del XIX secolo¹.

Infatti, con la Legge Coppino del 1876² viene riorganizzato l'insegnamento delle materie storiche nelle Facoltà giuridiche. Le Istituzioni di diritto romano sono integrate dalla Storia del

* Professoressa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno e di *History of European Law* presso "Sapienza", Università di Roma.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica", organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

¹ Mi permetto di rinviare a L. MOSCATI, *Francesco Schupfer e la prima cattedra di storia del diritto italiano*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 85 (2012), pp. 143-158.

² R. Decreto 8 ottobre 1876, n. 3434.

diritto romano, mentre la Storia del diritto italiano viene staccata da quest'ultima e insegnata al secondo anno «perché la vera scienza non può abbracciar tanto: deve contentarsi di un campo più ristretto e speciale, ma in questo entrare davvero nelle vicende delle cose, studiarne i principii e scendere fino al dettaglio»³, come sostiene Francesco Schupfer, insigne rappresentante della materia tra il XIX e il XX secolo. Sulla base dell'impostazione tedesca il vero campo di studi della storia del diritto deve essere il medioevo giuridico con «il suo compito, di riempire il grande intervallo che corre tra la caduta dell'Impero romano di Occidente e il diritto costituito negli odierni codici»⁴.

A seguito della relazione, dei pareri offerti e del decreto successivo del Ministro Bonghi⁵, Schupfer fu chiamato in qualità di relatore della Commissione speciale incaricata dello studio del regolamento del 1875⁶ che riporta la laurea in giurisprudenza a quattro anni. Fermo nelle sue convinzioni, egli riprende nelle linee essenziali il testo del parere redatto per la Facoltà di Padova sia nelle finalità teoriche e pratiche sia e soprattutto nel riferimento al modello tedesco⁷.

Così, la riforma Coppino del 1876⁸, che prevede la sola laurea in giurisprudenza, comincia anche a far emergere l'autonomia delle materie culturali e in particolare di quelle romanistiche, Istituzioni e Diritto romano, di cui quest'ultima, insieme al Diritto civile, è biennale. La Storia del diritto resta autonoma, secondo l'auspicio di Schupfer, e riguarda «la storia del diritto in Italia dalla caduta dell'Impero Romano in Occidente fino ai moderni codici»⁹ e, aggiungiamo noi, il punto di partenza della storiografia giuridica italiana e del nostro discorso.

In realtà, dal 1857, ancora sotto l'Impero austriaco, nell'Ateneo patavino la cattedra di Storia del diritto era stata ricoperta da Antonio Pertile¹⁰, autore della prima ricostruzione storica in forma di trattato del diritto da Giustiniano ai codici dell'Italia unita¹¹, che aveva cominciato a insegnare la materia in autonomia dalla Storia del diritto romano, rispetto a quanto fatto in precedenza, ad esempio dallo stesso Albini¹², ancora prima che il legislatore volesse offrire, attraverso due denominazioni separate, una struttura indipendente al periodo che seguiva la caduta dell'Impero romano.

Solo con la riforma del 1876 era istituzionalizzata l'autonoma configurazione della Storia del diritto italiano e il maggiore artefice fu proprio Francesco Schupfer, anche se l'aggettivo "italiano" si trova solo nel Decreto dell'ottobre 1885¹³.

³ F. SCHUPFER, *Sul riordino degli studi giuridici. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova in risposta ad alcuni quesiti proposti dal Ministro della Pubblica Istruzione*, Milano, 1875, p. 12.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Si tratta del R. Decreto 11 ottobre 1875, n. 2575.

⁶ La commissione fu nominata il 28 luglio 1876 ed era presieduta da Cesare Correnti.

⁷ F. SCHUPFER, *Intorno al regolamento della Facoltà di giurisprudenza. Relazione e proposte della Commissione ministeriale*, in *Archivio giuridico*, 18, 1877, pp. 38-66.

⁸ R. Decreto 8 ottobre 1876, n. 3434.

⁹ *Ivi*, art. 4.

¹⁰ F. CALASSO, *Il centenario della prima cattedra di storia del diritto* (1858), in *Id.*, *Storicità del diritto*, Milano, 1966, pp. 3-24.

¹¹ A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione, cioè all'inizio del sec. 19°*, 6 voll., Padova, 1871-1887 (2^a ed. 1892-1903 a cura di P. DEL GIUDICE).

¹² P. L. ALBINI, *Storia della legislazione in Italia dalla fondazione di Roma sino ai nostri tempi e nella Monarchia di Savoia in particolare*, Torino, 1847-1848.

¹³ R. Decreto 22 ottobre 1885, n. 3444, art. 1.

Infatti, a meno di dieci anni di distanza, è nuovamente rivista la riforma degli studi giuridici e sono apportate ulteriori modifiche, dato che il programma della facoltà era ancora considerato manchevole. Oltre all'aggiunta di nuove materie, vengono aumentati i corsi obbligatori e la Storia del diritto che, con un atto di fede fu chiamata «Storia del diritto italiano dalle invasioni barbariche ai di nostri», completa il processo di indipendenza dalle materie romanistiche.

Nei verbali del Consiglio superiore della Pubblica istruzione si giustifica la distinzione tra la Storia del diritto romano e italiano con la seguente motivazione: «la storia del diritto pubblico e privato (costituzionale, amministrativo, civile, penale e giudiziario) d'Italia per lo spazio di quasi 14 secoli, con un materiale immenso e varie fonti e forme di sviluppo e condizioni di studio...se vuol servire a qualcosa, e crediamo possa servire a molto, trattandosi di un insegnamento di coltura generale, che per indole sua si collega a quello di tutte le altre discipline giuridiche e politiche, e ne è quasi il fondamento»¹⁴.

La proposta di Schupfer del 1875, insieme a molte altre che si sono rivelate antiveggenti, è così applicata ed egli, pochi anni più tardi, sarà chiamato a ricoprire la prima cattedra di Storia del diritto italiano alla Sapienza romana nel 1883.

In linea di comparazione con altri Stati europei l'autonoma configurazione dell'insegnamento della storia giuridica in Italia non è certamente antesignana nel panorama europeo se pensiamo che già nel 1819 veniva istituita a Parigi la prima cattedra di *Histoire du droit romain et du droit français*¹⁵, poi seguita anche da altri importanti Atenei francesi.

2. Gli sviluppi e la presenza femminile

Non vi sono studi specifici sul rapporto tra l'insegnamento della storia giuridica e la presenza femminile, anche se, come vedremo, un interesse in tal senso costituisce il fulcro di una specifica associazione di ricerca creata nel 2011. È interessante ricordare che nel 2017, per celebrare i Novant'anni della Rivista di Storia del Diritto Italiano, la più antica della materia, Gian Savino Pene Vidari ha ricostruito lo sviluppo del nostro settore in relazione alla modifica dei regolamenti concorsuali e alla loro incidenza sulle scuole giuridiche di provenienza¹⁶. Una trattazione che, anche se non si occupa specificamente del nostro argomento, è molto significativa non solo per la ricostruzione delle scuole e dei percorsi scientifici ma anche dell'andamento di alcune carriere.

Nonostante nel nostro settore, l'avvocatura si svolga in misura minore rispetto ad altri, si riscontra, ugualmente alle materie di diritto positivo, una limitata presenza femminile e l'accesso alle posizioni apicali dei più alti organi giurisdizionali, come la Corte di Cassazione, la Corte

¹⁴ Per la relazione anonima, cfr. Bollettino Ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione, 11, 1885, p. 1077.

¹⁵ Cfr. M. VENTRE-DENIS, *La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de Droit de Paris (1819-1822)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 53, 1975, pp. 596-622 e più in generale *Histoire de l'histoire du droit. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du droit, Toulouse 1-4 juin 2005*, textes réunis par J. POUmarede, préface de A. LEFEBVRE-TEILLARD, Toulouse, 2006; *L'Histoire du droit en France, Nouvelles tendances, nouveaux territoires* sous la direction de J. KRYNEN, B. D'ALTEROCHE, Paris, 2014.

¹⁶ G. S. PENE VIDARI, *Novant'anni*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 90, 2017, pp. 5-65.

costituzionale o le stesse facoltà giuridiche, è connotato da una tardiva e scarsa apertura al mondo femminile.

Sofferamoci proprio sulle prime testimonianze. Seguendo i risultati di alcuni studi recenti, vorrei ricordare che, per quanto riguarda la penisola italiana e più in generale l'Occidente, Bitisia Gozzadini è menzionata come la prima donna ad aver impartito lezioni di diritto, a partire dal 1239 all'Università di Bologna, due anni dopo aver conseguito la laurea, sebbene il dato risulti da cronache di storici posteriori e non sia analizzato da studi specifici¹⁷. La prima donna a completare gli studi giuridici in un'università moderna è Maria Pellegrina Amoretti, che nel 1777 si laurea in *utroque iure* presso l'Università di Pavia¹⁸. Bisogna, invece, attendere quasi un secolo e mezzo perché una donna eserciti la professione di avvocato in Italia: nel 1919, Elisa Comani ottiene l'iscrizione al Collegio dei procuratori di Ancona¹⁹.

Per venire a tempi più vicini di cui ci occupiamo in questa sede, ricordo che nel 1934 Dina Bizzarri, nel 1972 Giuliana d'Amelio e nel 1978 Maria Ada Benedetto²⁰ vincono il concorso a cattedra di storia del diritto. Si tratta di studiosi con storie e percorsi diversi, che aprono la via all'insegnamento delle donne nella nostra materia²¹.

Vorrei sottolineare un elemento strettamente connesso con la presenza femminile nella nostra materia, e cioè l'apertura di linee nuove di ricerca negli studi. Come è noto, gli studi storico-giuridici hanno seguito per lungo tempo una tradizione medievistica e di diritto comune²², ma tra i primi che hanno avviato ricerche sul diritto moderno-contemporaneo c'è senz'altro Giuliana d'Amelio, con la tesi sugli usi civici dopo l'Unità²³, strada poi intrapresa da altre storiche del diritto che hanno seguito vie nuove spesso in colloquio con gli studiosi del diritto positivo. Tale periodo, a seguito della svolta europeistica degli anni Cinquanta, coincide anche con uno sviluppo sovranazionale degli studi, talvolta orientato su aspetti storico-comparativi.

Sempre per il settore scientifico-disciplinare IUS 19 va ricordato l'Osservatorio di storiografia giuridica *Donne&Diritti*, un'iniziativa che nasce nel 2011²⁴ all'interno delle università italiane e alla quale partecipano quasi tutte le docenti di Storia del diritto medievale e moderno.

Nelle motivazioni che accompagnano l'iniziativa, le promotrici, Beatrice Pasciuta e Simona Feci, specificano di voler mettere a disposizione un luogo di diffusione scientifica e didattica di

¹⁷ Cfr. C. GHIRARDACCI, *Della Histoiria di Bologna*, I, Bologna, 1605, pp. 158-159, 161; C. BONAFEDE, *Cenni biografici e ritratti d'insigni donne bolognesi*, Bologna, 1845, pp. 6-8; C.P. MURPHY, *In praise of the ladies of Bologna: the Image and Identity of the Sixteenth-Century Bolognese Female Patriciate*, in *Renaissance Studies*, 13, 1999, p. 445 e U. SCHULTZ, G. SHAW, M. THORNTON, R. AUCHMUTY (eds.), *Gender and Careers in the Legal Academy*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2021, p. 5.

¹⁸ Cfr. V. OLGIATI, *The Case of the First (Failed) Woman Lawyer in Modern Italy*, in U. SCHULTZ, G. SHAW (eds.), *Women in the Worlds of Legal Professions*, Oxford-Portland, 2003, p. 423. L'autore sottolinea che si tratta del primo caso in Europa e nell'intero Occidente.

¹⁹ Cfr. *ivi*, p. 428 e F. TACCHI, «Una Sifide vaporosa dagli occhi color mare e dalla chioma d'oro». *Elisa Comani del foro di Ancona*, in N. SBANO (a cura di), *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, Bologna, 2004, pp. 153 e ss.

²⁰ Cfr., le rispettive voci in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, pp. 265-266, 215, 634-635.

²¹ Tra il 1980 e il 2001 vincono il concorso a cattedra 7 colleghe. Dal 2001 rinvio ai grafici di Paola Piciacchia.

²² Sulle ragioni della preferenza per l'età intermedia cfr. L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 15, 1974, pp. 9-13; E. CORTESE, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, pp. 787-795.

²³ Come ricorda ID., *Giuliana d'Amelio Caracciolo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, 1976-1977, p. 1125.

²⁴ <http://www1.unipa.it/storichedeldiritto/index.html>.

tematiche inerenti alla storia della costruzione dell'identità giuridica di genere. Ciò per contribuire alla formazione di una più matura consapevolezza, specie nelle giovani generazioni, della natura storica dei processi di definizione e trasformazione delle identità maschile e femminile, a cui il diritto ha contribuito e contribuisce in maniera sostanziale.

Più che ad analizzare il significato e l'entità dell'incidenza femminile nelle professioni giuridiche e nell'insegnamento universitario, l'Osservatorio è rivolto all'approfondimento di tematiche riguardanti la storia della condizione giuridica femminile: relazioni familiari, matrimonio, maternità, lavoro e professioni, conflitti e violenze, cittadinanza e meccanismi dell'inclusione, in una prospettiva di lunga durata che dal medioevo giunge fino ai nostri giorni.

Ma l'obiettivo è anche quello di avviare un dialogo con altri ambiti disciplinari che già da tempo hanno affrontato il problema dell'identità di genere, inserendo le specificità delle competenze e dei saperi storico-giuridici nella riflessione comune.

3. Iniziative e studi sulle differenze di genere

L'ultimo passo per l'analisi delle differenze di genere, è rappresentato dai vertici delle professioni giuridiche, dall'accesso all'insegnamento universitario e dallo sbilanciamento tra docenti uomini e donne. Per il nostro settore mi riferisco alle Facoltà di Giurisprudenza, dove si concentra il massimo numero di cattedre di IUS 19 (oggi su 48 professori ordinari, ci sono solo tre eccezioni, due alla Facoltà di Scienze Politiche e una a quella di Beni culturali, rispetto ad anni recenti in cui c'era una presenza del settore anche alla Scuola speciale per archivisti e bibliotecari e alla Facoltà di Lettere) dove con grande fatica e ritardo sono state chiamate delle donne, la Sapienza credo sia stata l'ultima. Lo stesso discorso vale per la società scientifica che nasce dal settore IUS 19, la Società italiana di storia del diritto, che vede solo nel 2013 una donna ricoprire la carica di presidente. La consorella francese, la *Société d'Histoire du Droit*, aveva contribuito alla parità di genere, a partire dalla fine del secolo scorso.

Di recente, il più vasto tema delle donne nel diritto è stato oggetto di un proficuo filone di studi inaugurato nel 2003 dal lavoro *Women in the Worlds of Legal Professions*, curato da Ulrike Schultz e Gisela Shaw²⁵, a cui è seguita, nel 2013, la pubblicazione del volume *Gender and Judging*²⁶. Alcuni risultati di queste indagini sono riportati in un significativo contributo del Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali della Direzione generale delle Politiche interne dell'Unione, redatto su impulso della Commissione giuridica del Parlamento europeo²⁷. Le ricerche sono poi proseguite con la pubblicazione, nel 2021, di un terzo volume *Gender and Careers*

²⁵ U. SCHULTZ, G. SHAW (eds.), *Women in the Worlds of Legal Professions*, cit.

²⁶ U. SCHULTZ, G. SHAW (eds.), *Gender and Judging*, Oxford-Portland 2013.

²⁷ Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs (Directorate-General for Internal Policies of the Union), *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*, agosto 2017, consultabile in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU\(2017\)596804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596804/IPOL_STU(2017)596804_EN.pdf), pp. 19-20. Tra gli studi commissionati dall'UE, si segnala inoltre *She Figures*, rapporto triennale pubblicato dalla Commissione europea, attualmente aggiornato al 2018, consultabile in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9540ffa1-4478-11e9-a8ed-01aa75ed71a1>.

in the *Legal Academy*²⁸, che completa la panoramica avviata nei primi due lavori, e in particolare, per quanto ci interessa specificamente, riporta un'analisi comparativa sulla prima donna ammessa alla facoltà di Giurisprudenza, laureata in legge, avvocato, magistrato, docente di legge²⁹.

Proprio in quest'ultimo caso le differenze di genere risultano abissali. La Francia raggiunge il traguardo nel 1931, l'Olanda nel 1932 e il Belgio nel 1933 mentre le università tedesche nel 1965 e quelle scozzesi addirittura nel 1990. Per l'Italia, oltre ai riferimenti medievistici, la storica del diritto Dina Bizzarri nel 1934 deve essere sicuramente tra le prime, insieme a Luisa Riva Sanseverino che nello stesso anno vince il concorso a cattedra di Diritto corporativo e che insegna a Sassari, come prima donna in una disciplina giuridica, e poi a Modena, a Pisa e, infine, a Milano³⁰.

Va anche segnalato l'impegno del Consiglio Nazionale Forense che nel 2003 ha istituito la Commissione per le Pari Opportunità e il ruolo di Guido Alpa nella promozione del tema nel mondo dell'avvocatura, come in occasione della Giornata europea delle Donne Avvocato organizzata dal CNF il 16 e 17 giugno 2006³¹ e con l'auspicio della creazione dell'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE), che si realizza nel 2010³². Sempre nel 2006 è stato sottoscritto un protocollo di intesa tra il CNF e il Ministero delle Pari Opportunità, poi rinnovato nel 2009 e nel 2011. La nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense prevede la costituzione di un Comitato Pari Opportunità degli avvocati presso ogni Consiglio dell'Ordine³³.

Quanto agli studi, mi vorrei soffermare su alcuni volumi che esaminano significative peculiarità del rapporto tra donne e diritto. Mi riferisco a quello di Nicola Sbanò edito nella collana *Storia dell'Avvocatura in Italia*, a testimonianza del ricordato impegno del CNF³⁴, dove sono ricostruite le difficili storie di Lidia Poët e di Elisa Comani tra Ottocento e Novecento per la lotta all'affermazione dei propri diritti.

Si tratta di una situazione assimilabile a quanto avveniva in Europa, dove in Francia sempre alla fine dell'Ottocento Jeanne Chauvin, laureata in Giurisprudenza, non fu ammessa a esercitare la professione³⁵. All'inizio del Novecento, e soprattutto dopo la guerra, sono ricordate alcune tappe importanti, dalla soppressione dell'autorizzazione maritale, all'ammissione al voto, al riconoscimento dell'uguaglianza dei sessi con l'art. 3 della Costituzione repubblicana, che aprono sempre più alle donne la via dell'esercizio delle professioni giuridiche.

²⁸ U. SCHULTZ, G. SHAW, M. THORNTON, R. AUCHMUTY (eds.), *Gender and Careers in the Legal Academy*, cit.

²⁹ Si veda in proposito la tabella finale.

³⁰ I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit. II, p. 1697.

³¹ Cfr. G. ALPA, *Women in Law. Programmi e iniziative del Consiglio Nazionale Forense per le pari opportunità nel mondo dell'Avvocatura e nel contesto europeo (sintesi della relazione presentata alla Giornata europea delle Donne Avvocato, organizzata dal Consiglio Nazionale Forense – Roma, 16-17 giugno 2006)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 11, 2006, pp. 541-546.

³² Ivi, p. 545.

³³ Legge 247/2012, art. 25, comma 4.

³⁴ N. SBANO (a cura di), *Donne e diritti*, cit.

³⁵ E. SCHANDEVYL (ed.), *Women in Law and Lawmaking in Nineteenth and Twentieth-Century Europe*, Abingdon-New York, 2016, pp. 56 e ss.

Il volume di Francesca Tacchi³⁶ mette in luce la femminilizzazione delle professioni forensi, per quanto non ai loro vertici, riscontrata negli ultimi quindici anni con dati specifici per l'Italia e per l'Europa, come frutto di un lungo e faticoso percorso, che segue un arco cronologico tra l'Unità e i giorni nostri, fatto di esclusioni, di una progressiva e incerta definizione della capacità giuridica della donna, alla quale è stato a lungo negato il diritto di accedere a professioni e carriere congrue con il proprio titolo di studio. Fa riflettere la conclusione dell'autrice relativa al fatto che la ridotta presenza delle donne nei vertici delle professioni giuridiche è accompagnata anche da una sfaldatura tra una loro presenza massiccia ai livelli non apicali e una rappresentanza in larga prevalenza maschile, quindi non rappresentativa.

Infine, vorrei ricordare il volume curato da Eva Schandevyl che indaga il rapporto tra genere e professioni giuridiche in Europa dal XIX secolo a oggi, con ampie prospettive di indagine storica e comparativa³⁷. L'opera esamina la recente femminilizzazione della giustizia, i motivi che hanno causato l'irruzione delle donne nel mondo giudiziario e quali fattori determinano la posizione delle donne ai vari livelli del sistema giuridico. Tali questioni sono affrontate sia dal punto di vista della storia giuridica delle donne, sia da quello delle culture giuridiche di genere.

Resta aperto, quindi, il problema dei vertici delle professioni giuridiche e dell'insegnamento nelle Facoltà di Giurisprudenza per cui il lungo cammino verso la parità non si è ancora concluso. Le nostre Facoltà seguono il *trend* delle più elevate cariche delle professioni giuridiche. A fronte di un incalzante aumento della presenza femminile nella fase iniziale delle carriere, resta lontano il vertice delle professioni e dell'insegnamento.

Meritoria l'iniziativa di Fulco Lanchester per aver voluto approfondire le differenze di genere proprio nell'insegnamento universitario.

FIRST WOMEN LEGAL ACADEMICS/FIRST WOMEN IN THE LEGAL PROFESSION:

Country	1 st women admitted to law fac	1 st woman law graduate	1 st female lawyer admitted	1 st female judge admitted	1 st female legal academic
Argentina	1926	1909	1910	1955	1933 prof 2010 dean
Australia	1897	1902	1905	1965 (1920M) 1987 High Ct	1957 lecturer 1967 prof 1971 dean
Belgium	1882	1888 doc	1922	1948	1929 ass prof 1933 prof

³⁶ F. TACCHI, *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, Torino, 2009.

³⁷ E. SCHANDEVYL (ed.), *Women in Law and Lawmaking*, cit.

Brazil	1888	1902	1906	1967	1948/1961
Canada British		1914	1897	(1914 M)	1962
Canada French		1928	1942	1943	
China		1926 doc France	1926	1926	1927 G degree 1931-37 Pres 1946
Czech Rep		1922 1928 habil	1918/1928	1930	1969 prof
Denmark	1900	1887	1909	1933	1990
Egypt	1929	1933	1933	2003	1970
England/Wales	1875	1888	1922	1919 1965 High Court	1920 tutor 1930s lecturer 1973 prof 1970 prof 1971 dean
Northern Ireland					
Estonia	1905	1922	1935	After WW II	1939 lecturer
Finland	1899	1906	1911 Lay adv end of 19 th century	1930s	1961
France	1887	1897	1900	1946	1931
Germany	1900-1908	1897 doc 1912	1922	1927	1965 prof
Ghana		1960s in Ghana	1945	1953 Magistrate 1959	1972 lecturer 1996 dean
India		1923	1923	1926	1953

Ireland	1882	1885 BA 1889 LLD	1921	1919 Magistrate 1980 High Court 1992 Supr Court	1925 prof
Israel		LLD 1968	1930	1948	1956 lecturer 1980 prof
Italy	1876	1237/1777/1881	1919	1965	1239
Kenya	1964	1967 LLB 1980s LLM 1990s PhD 2019 H.Doc	1967 State Counsel 1960s advocate 1975 law firm	1970 Magistrate 1982 High Ct 2003 Ct Appeal 2011 Supr Ct	1988 lecturer 2005 assoc p 2012 prof 2012 dean
Kuwait		1967	1973	2014 public pros 2020 judge	1970 lecturer 1979 dean
Netherlands	1897	1901	1903	1947	1932
Norway		1890	1904	1913 1968 Supr Ct	1987
Pakistan			1959	1969	1995 ass prof
Philippines		1915	1911	1934/1952	1946 lecturer 1960s prof 1970 dean
Scotland	1906	1909 BA	1920 law agent 1923 bar	1960 (sheriff)	1939 lecturer 1990 prof
Sweden	1912	1897/1918	1918	1927	1976
USA	1869 Harvard 1950	1870 1872 AfrA 1931 AfrA Yale	1869 1872	1870 JPeace 1908 Probate J 1939 AfrA	1898 AfrA lect 1919 lecturer 1928 tenured 1935 prof Harvard 1947

Abbreviations:

AfrA = African American

Adv = advocate

Ass prof = assistant professor

assoc p = associate professor

BA = Bachelor of Arts

Bar = barrister

Doc = doctoris juris

G degree = German degree

Habil = habilitation

H.doc = habilitation

JPeace = Justice of the Peace

Lect = lecturer

LLB = Bachelor of Laws

LLD = doctor juris

LLM = Master of Laws

M = magistrate

MA = Master of Arts

PhD = Doctor of Philosophy

Probate J = probate judge

Prof = full professor

Public pros = public prosecutor

La tabella è ripresa da U. SCHULTZ, G. SHAW, M. THORNTON, R. AUCHMUTY (eds.), *Gender and Careers in the Legal Academy*, cit., pp. 9-11.



Elisabetta Palici di Suni*

Le donne nell'università e in magistratura: brevi considerazioni a partire da un'esperienza personale**

SOMMARIO: 1. I concorsi a Giurisprudenza. – 2. Le donne in magistratura. – 3. Conclusioni.

1. I concorsi a Giurisprudenza

Inizio questo mio breve intervento con qualche annotazione biografica.

Il mio interesse per gli studi di genere è derivato dall'incontro con Chiara Saraceno, sociologa e presidente del CIRSDDe (Centro interdisciplinare di ricerche e studi delle donne): mi ha coinvolta nelle attività del Centro e mi ha spinto ad occuparmi di questi temi, cui ho dedicato una monografia e vari articoli.

Vinsi il concorso da professoressa associata per Diritto pubblico comparato nel 1992 e quello di prima fascia nel 2000, entrando in servizio nella mia facoltà, a Giurisprudenza, a Torino.

Rimanere a Torino era naturalmente per me molto comodo anche per l'organizzazione familiare. Mi trovai però ad essere l'unica donna in un consiglio di facoltà di prima fascia di soli uomini, quasi tutti professori con cui avevo seguito corsi e dato esami, dal che un senso di soggezione da cui non era facile liberarsi, essendo anche, in quanto ultima arrivata, la segretaria del consiglio di facoltà.

* Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Torino.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica", organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

Non posso però vantarmi di essere stata la prima professoressa di prima fascia di Giurisprudenza a Torino. Molto prima di me ci fu la professoressa Maria Ada Benedetto, che era stata anche direttrice dell'Istituto di Storia del diritto italiano. Altre mie colleghe erano inoltre state chiamate all'Università del Piemonte orientale ad Alessandria. Di fatto però nel 2000 mi trovavo a essere l'unica donna nel consiglio di facoltà di prima fascia a Giurisprudenza a Torino.

Oggi a Giurisprudenza ci sono quarantasette professori ordinari e tra questi sedici (circa un terzo) sono donne.

All'Università di Torino nell'anno accademico 2020/21 si sono iscritti 81.700 studenti, il 61,6% donne.

La percentuale delle studentesse che frequentano le lezioni e di quelle che si laureano è tuttavia molto più elevata. Nelle commissioni di laurea a Giurisprudenza i maschi che si laureano sono circa la metà delle femmine¹.

Inspiegabilmente, però, questa percentuale aumenta tra i dottorandi, ancor più tra i ricercatori, e poi tra i professori associati e infine è massima tra i professori ordinari.

Nelle Commissioni di concorso si tende ora a richiedere il rispetto della parità di genere, ma su ciò permangono, a quanto sembra, moltissime riserve.

L'art. 57 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), dedicato alle pari opportunità, stabilisce che «Le pubbliche amministrazioni, al fine di garantire pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro: a) riservano alle donne, salva motivata impossibilità, almeno un terzo dei posti di componente delle commissioni di concorso».

Presso l'Università degli Studi di Torino, il «Regolamento per la disciplina delle chiamate di professori di prima e seconda fascia e di ricercatori a tempo determinato ai sensi della legge 30 dicembre 2010, n. 240» prevede all'art. 6 (Commissioni giudicatrici), che «1. Le commissioni, nominate con decreto rettorale, sono costituite, garantendo ove possibile un'adeguata rappresentanza di genere, da tre componenti di cui almeno due appartenenti ad altri Atenei, anche stranieri ... 2. ... Il Dipartimento designa un componente ed estrae gli altri due nominativi tra una o più rose pari al doppio dei nominativi da selezionare».

Ad un concorso io avevo pertanto proposto due rose, una di soli uomini e una di sole donne: sorteggiandole separatamente si sarebbe infatti ottenuto necessariamente un nome femminile e un altro maschile. Mi è stato detto che non era possibile, perché il sorteggio doveva essere effettuato tra i quattro nomi. In questo modo, tuttavia, potevano risultare due nomi maschili o due nomi femminili. È così che si ottiene la parità di genere?

Ciò che normalmente non viene preso in considerazione è l'aspetto della parità di genere nell'esito dei concorsi. In Italia, infatti, si stenta ad accettare l'ipotesi di favorire, a parità di titoli, il sesso sottorappresentato.

Questo avviene invece da anni in altri ordinamenti, come la Germania o i Paesi scandinavi.

¹ Guardando alle sessioni di laurea marzo e giugno 2021, le laureate in Giurisprudenza sono 147, i laureati 74.

Un caso molto interessante è quello che è stato affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza *Abrahamsson* del 6 luglio 2000².

In base alla legge svedese sull'eguaglianza del 1991, le misure di discriminazione positiva sono consentite nel caso in cui contribuiscano allo sforzo diretto a promuovere l'uguaglianza nei luoghi di lavoro. Nel 1993 era stato adottato il regolamento sull'insegnamento superiore e, nel 1995, un altro regolamento relativo all'assegnazione di taluni posti di docente e di ricercatore, secondo cui un candidato appartenente al sesso sottorappresentato che possieda qualifiche sufficienti deve essere preferito a un candidato dell'altro sesso che sarebbe altrimenti designato, nel caso in cui tale misura si riveli necessaria per fare ottenere la nomina al candidato del sesso sottorappresentato. Il ricorso a misure di discriminazione positiva deve essere tuttavia escluso qualora la differenza di qualificazione tra i candidati sia di rilevanza tale da comportare una violazione del criterio di obiettività, che deve essere osservato nelle assunzioni.

L'Università di Göteborg aveva annunciato la vacanza di una cattedra di professore in scienze dell'idrosfera. Si presentarono otto candidati, tra i quali le signore Abrahamsson, Destouni e Fogelqvist ed il signor Anderson. La commissione incaricata della selezione procedeva a due scrutini, nel primo dei quali prendeva in considerazione soltanto la qualificazione scientifica dei candidati. Nell'ambito di questo primo scrutinio, il signor Anderson si classificava al primo posto con cinque voti, mentre la signora Destouni otteneva tre voti. Al secondo scrutinio, tenuto conto sia dei meriti scientifici che del regolamento del 1995, la signora Destouni si classificava prima con sei voti, contro i due del signor Anderson. La commissione proponeva al rettore dell'Università di Göteborg di nominare la signora Destouni, dichiarando espressamente che la nomina di tale candidata al posto del signor Anderson non avrebbe costituito una violazione del criterio di obiettività ai sensi del regolamento citato. Richiamandosi in entrambi i casi alle relazioni degli esperti, la commissione classificava il signor Anderson al secondo posto e la signora Fogelqvist al terzo. La signora Destouni, però, ritirò la propria candidatura ed il rettore dell'Università decise di assegnare la cattedra alla signora Fogelqvist. Il signor Anderson e la signora Abrahamsson impugnarono allora il provvedimento: il signor Anderson riteneva che la designazione effettuata contrastasse con le disposizioni del regolamento e con la sentenza *Kalanke* della Corte di Giustizia, mentre la signora Abrahamsson, riconoscendo che i meriti del signor Anderson erano comunque superiori ai suoi, sosteneva che la valutazione dei candidati effettuata dalla commissione non fosse stata equa e che la sua produzione scientifica fosse migliore di quella della signora Fogelqvist.

La Corte di Giustizia ricorda che gli Stati membri sono autorizzati a mantenere o adottare misure che prevedano vantaggi specifici diretti ad evitare o a compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena parità tra uomini e donne nella vita professionale. Ne deriva che ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato può essere accordata la preferenza rispetto ad un concorrente dell'altro sesso, ma a condizione che i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti e che le candidature siano oggetto di un esame obiettivo,

² Cfr. M. CAIELLI, *Un'altra sentenza della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2000, 1589 ss.

con cui si tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati. Secondo la Corte il metodo di selezione seguito in questo caso non è perciò consentito e si rivela in ogni caso sproporzionato rispetto allo scopo perseguito.

Si trattava certamente di un caso limite, ma mi sembra interessante che la Corte di Giustizia abbia comunque affermato il principio secondo cui anche nei concorsi universitari possa essere accordata la preferenza ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato, a condizione che i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti e che le candidature siano oggetto di un esame obiettivo.

Tale principio non mi sembra sia stato accolto nel nostro sistema di reclutamento dei professori universitari: la parità di genere è stata introdotta almeno in parte, come si accennava, nella composizione delle commissioni di concorso o negli organismi di ateneo o negli eventi organizzati nelle università³. Si tratta, a mio modo di vedere, di misure di parità, non di azioni positive in senso proprio e nel senso accolto dal diritto europeo, e cioè di «misure che prevedano vantaggi specifici diretti ad evitare o a compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena parità tra uomini e donne nella vita professionale».

L'unica eccezione mi sembra si riscontri nella Scuola Normale di Pisa, dove l'art. 9, comma 4, del Regolamento per il reclutamento di professori di I e II fascia, con una formula introdotta nel 2016 e successivamente modificata, stabilisce che «nei casi in cui vi siano due o più candidati parimenti meritevoli, appartenenti a generi diversi, aventi un equivalente livello di maturità scientifica e didattica nonché aventi il medesimo profilo di cui al comma precedente, la Scuola può dare preferenza al candidato/a appartenente al genere il cui numero di professori di ruolo della Scuola, nella fascia per la quale si procede alla chiamata, sia inferiore a un terzo del numero complessivo dei professori di ruolo della Scuola della medesima fascia»⁴.

2. *Le donne in magistratura*

Può essere interessante un confronto tra la presenza delle donne nelle università e nella magistratura.

Nella sentenza n. 33 del 1960, che abbiamo celebrato alla presenza della dottoressa Oliva, la Corte costituzionale dichiarò «l'illegittimità costituzionale della norma contenuta nell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che esclude le donne da tutti gli uffici pubblici che implicano l'esercizio di diritti e di potestà politiche, in riferimento all'art. 51, primo comma, della Costituzione». Secondo la Corte, infatti, nella norma impugnata «il sesso femminile è assunto come tale a fondamento di incapacità o di minore capacità, non già a requisito di idoneità

³ Cfr. M. SYLOS LABINI, *L'università ha un problema di genere*, in *La Voce*, 08/09/2017; S. PAROLA, *Svolta al Politecnico di Torino: arrivano le quote rosa, le donne conteranno di più nel cda. Il rettore Gilli: "Provvedimento in linea con l'orientamento dei principali atenei europei"*, in *La Repubblica*, 18 agosto 2017; Università di Trento, *Più donne nei panel, più valore nella diversità*, 10 giugno 2020, in pressroom.unitn.it

⁴ Cfr. *Il riequilibrio di genere nel regolamento per le assunzioni dei professori*, 23 dicembre 2016 e V. BARONE, *Inaugurazione dell'anno accademico. La prolusione del Direttore*, 19 ottobre 2017, in normalenews.sns.it.

attitudinale, per una categoria amplissima di pubblici uffici (e, ch'è più, di incerta definizione e, in conseguenza, di vaghi confini), in via di regola, non già in via di eccezione e con riferimento concreto a particolari situazioni, ponendosi, anzi, in via d'eccezione e con rinvio alla legge, il caso di ammissione delle donne a taluno degli uffici ricompresi nella categoria generale di esclusione». Ne deriva che «una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza». In seguito a tale decisione intervenne, come è noto, la legge n. 67 del 1963, che stabilì che «La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge».

In questo caso la questione di legittimità costituzionale era stata posta in seguito ad un ricorso di fronte al Consiglio di Stato, nel quale la dottoressa Oliva lamentava di essere stata esclusa dal concorso per accedere alla carriera prefettizia.

Con riferimento alla magistratura, la questione si poneva più specificamente in relazione all'art. 8 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 in materia di ordinamento giudiziario, in base al quale, nonostante gli artt. 3 e 51 della Costituzione, si continuava ad includere il sesso maschile tra i requisiti per l'ammissione ai bandi di concorso per uditore giudiziario.

Per l'accesso delle donne in magistratura, la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata anche prima della sentenza n. 33 del 1960.

Nel 1957 la quarta sezione del Consiglio di Stato, investito della eccezione di incostituzionalità dell'art. 8 del R.D. n. 12 del 1941 per contrasto con gli articoli 3 e 51 della Costituzione, aveva tuttavia dichiarato la manifesta infondatezza della questione. Con una motivazione piuttosto sbrigativa i giudici si erano appellati alla VII disposizione transitoria della Costituzione, che così dispone: «fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente». Tale disposizione, secondo il Consiglio di Stato, aveva voluto «espressamente conservare tutte in vigore» le norme vigenti, «finché non avesse all'uopo provveduto il legislatore ordinario»⁵.

Nel 1958 tre donne laureate in giurisprudenza ricorsero al Consiglio di Stato per l'annullamento del decreto con cui il Ministro di grazia e giustizia aveva bandito un concorso a cento posti di uditore giudiziario, riservati appunto ai cittadini italiani di sesso maschile, sollevando preliminarmente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 dell'ordinamento giudiziario. Con decisione dell'8 maggio 1959 la quarta sezione del Consiglio di Stato dichiarò inammissibili i ricorsi, poiché le ricorrenti, non avendo partecipato al concorso e non potendo

⁵ Cons. Stato, IV, 18 gennaio 1957, n. 21, in *Foro. It.* 1957, III, 41 ss. con nota critica di V. CRISAFULLI, *Una «manifesta infondatezza» che non sussiste (a proposito dell'ammissione delle donne alla carriera giudiziaria)*.

quindi qualificarsi come concorrenti escluse, non avevano titolo per impugnare il decreto ministeriale⁶.

Solo in seguito alla sentenza n. 33 del 1960 e alla legge n. 67 del 1963 si ebbe quindi, il 3 maggio 1963, il primo concorso di magistratura aperto alle donne, tra le quali ci furono otto vincitrici, entrate in servizio il 5 aprile 1965: Letizia De Martino, Ada Lepore, Maria Gabriella Luccioli, Graziana Calcagno Pini, Raffaella D'Antonio, Annunziata Izzo, Giulia De Marco, Emilia Capelli.

Guardando la percentuale di donne nella magistratura, esse erano 3% nel 1971; 10,3% nel 1981; 37% nel 2002; 53,2% nel 2018.

Tra il 2009 e il 2018 vi sono stati 1.603 vincitori di concorso donne (62,7%) e 952 uomini.

Con riferimento agli incarichi direttivi, tra i 434 magistrati che rivestono i ruoli più alti 73% sono uomini e 27% donne.

Interessante è la composizione attuale del Consiglio Superiore della Magistratura (2018-2022).

I tre membri di diritto (Presidente della Repubblica, primo presidente della Corte di Cassazione e procuratore generale presso la Corte di Cassazione) sono tutti uomini; tra i sedici membri togati sei sono donne, mentre gli otto membri eletti dal Parlamento tra professori e avvocati sono tutti uomini! Il Parlamento, dove le donne sono circa il 35%, ha evidentemente ritenuto che non ci fosse alcuna professoressa o avvocatessa in grado di far parte dell'organo di autogoverno della magistratura. In totale, oggi, nel Consiglio Superiore della Magistratura, vi sono pertanto sei donne (tutte togate) su ventisette componenti.

Come è noto nella Corte Costituzionale, dove Marta Cartabia è stata Presidente fino a settembre 2020, ci sono attualmente Quattro donne, tre professoresse universitarie (due nominate dal Presidente della Repubblica, Daria De Petris nel 2014 ed Emanuela Navarretta nel 2020 e Silvana Sciarra nominata dal Parlamento nel 2014) e una Presidente di sezione della Corte di Cassazione, Maria Rosaria San Giorgio, eletta dalla Cassazione nel 2020.

Guardando ad altre Corti costituzionali e Corti Supreme, la percentuale di donne è maggiore nel *Bundesverfassungsgericht* (Germania), dove su sedici membri vi sono nove donne, tra cui la vicepresidente (quattro nel primo senato e cinque nel secondo): esse costituiscono quindi la maggioranza.

La percentuale è maggiore rispetto a quella della nostra Corte costituzionale anche nel *Conseil constitutionnel* in Francia, dove vi sono quattro donne su nove componenti; nella Corte costituzionale del Belgio con quattro donne su dodici; nella Corte Suprema degli Stati Uniti con tre donne su nove e nel *Verfassungsgerichtshof* in Austria, con quattro donne su quattordici, tra cui la vicepresidente.

La percentuale è invece attualmente più bassa nel Tribunale costituzionale spagnolo, dove ci sono due donne (di cui la vicepresidente) su dodici e due donne su dodici sono presenti anche nella Corte Suprema del Regno Unito.

⁶ La decisione è riportata da R. CANOSA, *Il giudice e la donna: cento anni di sentenze sulla condizione femminile in Italia*, Mazzotta, Milano, 1978, 42.

3. Conclusioni

La questione della sottorappresentanza femminile nell'università e nella magistratura può quindi oggi ritenersi superata?

Importanti progressi sono stati certamente effettuati in entrambi i campi, soprattutto se si considera che le donne sono state addirittura escluse dalla magistratura fino al 1963.

Nelle università la presenza femminile è diversa nei settori scientifici e umanistici, oltre che nei diversi gradi della carriera.

Per avere risposte precise è corretto guardare a singoli settori scientifici disciplinari, come viene fatto in questa occasione.

Al riguardo vorrei ricordare un folto gruppo di docenti di diritto pubblico, denominato "Lecostituzionaliste", di cui faccio parte, che si è formato in seguito all'invito che alcune di noi hanno ricevuto da parte del Presidente della Repubblica al Quirinale l'8 marzo 2018 per celebrare la Giornata internazionale della donna e in seguito alla mancata nomina di donne nel Consiglio Superiore della Magistratura ed in altri organismi.

In magistratura, dal 1990, vi è l' A.D.M.I., *Associazione Donne Magistrato Italiane*, che, come risulta dal sito, «rifiuta ogni connotazione politica e si propone di approfondire i problemi giuridici, etici e sociali riguardanti la condizione della donna nella società, di promuovere la professionalità della donna giudice a garanzia dei cittadini e per il miglior funzionamento della giustizia, di proporre modifiche legislative volte alla piena attuazione della parità».

La sottorappresentanza femminile, tuttavia, è un problema di carattere generale, culturale prima ancora che giuridico, e va affrontato (anche) a livello generale.

È grave infatti che le parlamentari, che costituiscono circa il 35% dei componenti delle Camere, non si siano opposte, non abbiano fatto obiezioni, siano rimaste indifferenti rispetto alla nomina di membri del Consiglio Superiore della Magistratura solo uomini.

La scarsa presenza di donne in un ambito si riflette, non solo in quell'ambito, ma in tutta la società e nella percezione del problema da parte della società stessa.

Qualsiasi iniziativa volta a sottolineare il problema della sottorappresentanza femminile può avere quindi molta importanza per far crescere e far diventare finalmente normale, nella cultura e nell'opinione pubblica, la parità tra uomini e donne in tutti i campi.



Valeria Piergigli*

Donne in carriera nel SSD IUS/21 (Diritto pubblico comparato): ieri, oggi...e domani?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le donne nell'accademia e, in particolare, nell'Area 12 (Scienze giuridiche). – 3. Segue:...e nel SSD IUS/21 (Diritto pubblico comparato). – 4. Le donne nella *governance* universitaria. – 5. Le costituzional-comparatiste in alcune istituzioni scientifiche di settore. – 6. Quali prospettive?

1. Premessa.

Secundo dati del Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca, aggiornati al 2019¹, le donne rappresentano stabilmente oltre la metà della popolazione studentesca. Non solo. Il numero delle laureate ogni anno è superiore a quello dei laureati (le donne sono circa il 57%), così come superiore a quella maschile è la percentuale delle donne che conseguono il titolo di dottoressa di ricerca (oltre il 50%). Eppure, ancora nel 2019, le donne che occupano nell'accademia il ruolo di professoresse ordinarie (PO) sono soltanto il 24.8%.

Una questione di scelte professionali? Forse le donne sono meno interessate degli uomini a intraprendere la carriera universitaria? Non è affatto così.

* Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Siena.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "*Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica*", organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

¹ Ministero Istruzione, Ufficio VI - Gestione Patrimonio Informativo e statistica, *Focus "Le carriere femminili in ambito accademico"*, marzo 2021.

In linea con la tendenza europea², passando dalla formazione alla carriera universitaria, il numero delle donne diminuisce e si riduce man mano che si sale verso le posizioni apicali. In Italia, secondo un recente dossier elaborato dal CUN³, il dato vale per tutte le 14 aree del sapere scientifico, con allargamento della forbice, come noto, nei c.d. settori STEM, ossia delle scienze dure. Lo studio citato, e sul quale si tornerà nel prosieguo della riflessione, compara la situazione del 2008 con quella del 2018, tenendo conto sia dei valori assoluti che dei valori normalizzati per numero dei laureati uomini e donne nelle lauree magistrali e/o specialistiche di ciascuna area, disvelando il generale permanere di criticità nel rapporto uomini/donne che si orientano (o vorrebbero orientarsi) verso la docenza universitaria.

2. Le donne nell'accademia e, in particolare, nell'Area 12 (Scienze giuridiche).

Come si è anticipato, nella carriera accademica e scientifica – e dunque una volta completati gli studi universitari e conseguito eventualmente il titolo di dottore/dottranda di ricerca – il rapporto tra i due generi si inverte e la presenza femminile diventa sempre più esigua col progredire verso le posizioni più elevate⁴. Il *gap* inizia fin dalla conclusione del percorso di dottorato; dopo la l. 240/2010, infatti, il punto di discriminazione si è abbassato e non si colloca, diversamente dal passato, nell'avanzamento dal ruolo di ricercatore universitario (RU) a quello di professore associato (PA), bensì nel momento stesso di accesso alla qualifica di ricercatore a tempo determinato (RTDA o RTDB, qualifiche che hanno sostituito quella precedente di RU).

In sostanza, le donne incontrano maggiori ostacoli rispetto ai colleghi uomini già nella transizione dalla fase del precariato a quella del reclutamento, come evidenzia il *Glass Door Index* (c.d. porta di cristallo), ossia l'indicatore che segnala la difficoltà (già) nell'ingresso alla carriera accademica e considera il rapporto tra la percentuale di donne che svolgono attività di ricerca in posizioni temporanee e la percentuale di quelle che accedono alla stabilizzazione nel ruolo accademico. Tra il 2010 e il 2018 questo Indice è, in generale, aumentato (da 1.04 a 1.16)⁵ e il dato non è incoraggiante.

Le donne non sono penalizzate soltanto nell'accesso, ma anche nell'avanzamento della carriera universitaria. Le ragioni sono note e riassumibili in una serie di impedimenti – sociali, culturali, psicologici, strutturali – ai quali si sono aggiunte, almeno fino alla c.d. riforma Gelmini del 2010,

² La Commissione europea pubblica dal 2003, con cadenza triennale, rapporti sugli avanzamenti nelle carriere universitarie (“*She figures?*”). L'ultima pubblicazione disponibile è del 2018.

³ Ministero dell'Università e della Ricerca – Consiglio Universitario Nazionale, *Analisi e proposte sulla questione di genere nel mondo universitario italiano*, 17 dicembre 2020.

⁴ Si segnala, in particolare su questi temi, lo svolgimento di due *webinar* nei mesi scorsi. Il primo, organizzato dal CUG-Università di Padova su “Donne e accademia”, 8 marzo 2021 (https://cdnapisek.kultura.com/index.php/extwidget/preview/partner_id/2203921/uiconf_id/38339202/entry_id/1_vifv54m3/embed/dynamic); il secondo, organizzato da M. CORSI, I. CIOLLI, G. BETTINI su “Donne e Università: un connubio possibile?”, Minerva Lab Sapienza-Università di Roma, 16 aprile 2021 (<https://www.youtube.com/watch?v=tqpSX4m0LwY>).

⁵ Così riferisce la Conferenza nazionale degli organismi di parità delle Università italiane, *La dimensione di genere nelle carriere accademiche e di ricerca: alcune proposte verso l'inclusività*, Documento del gruppo di lavoro “Carriere e valutazione nell'Università”, Politecnico di Milano 3-4 dicembre 2020, p. 7.

le modalità stesse del reclutamento universitario. Il concorrere di questi fattori determina, se non l'abbandono della ricerca e della carriera da parte delle donne, quanto meno fenomeni di segregazione orizzontale e verticale. Con la prima si intende la sotto-rappresentazione femminile nelle posizioni apicali della carriera accademica (c.d. *glass ceiling*, ossia soffitto di cristallo)⁶; con la seconda si fa riferimento, all'opposto, alla sovra-rappresentazione/permanenza delle donne ai livelli inferiori (c.d. *sticky floors*, ossia pavimenti appiccicosi). Ne consegue l'appannaggio di alcune aree del sapere e delle posizioni accademiche di vertice, in maniera (più o meno largamente) dominante, a favore degli uomini.

Un altro anglicismo utilizzato per indicare le tortuosità, che ostacolano il progredire delle donne nella carriera accademica e scientifica, è quello noto come "*leaky pipeline*", metafora plasticamente evocativa della tubatura che perde nelle diverse giunzioni: a ogni *step* successivo, fattori di domanda e offerta contribuiscono a ridurre il numero di donne presenti e, quindi, il numero delle stesse promuovibili al livello superiore, innescando così un processo di svantaggio cumulativo.

Secondo i dati resi disponibili dal CUN, e aggiornati al 2018⁷, nell'Area 12 (Scienze giuridiche), la percentuale di donne nei diversi ruoli accademici è, rispettivamente, di 50.10% (assegniste di ricerca: AR), 43% (RTDA), 47.39% (RTDB), 49.96% (RU, ruolo ad esaurimento delle ricercatrici a tempo indeterminato), 40.90% (PA), 25.37% (PO).

Percentuali molto simili, e sostanzialmente sovrapponibili, sono quelle riportate nell'ultimo Annuario ISTAT 2020, i cui dati – sempre per l'Area 12 – si riferiscono all'a.a. 2018/19: la percentuale delle donne/PO si attesta al 25.4%, in ascesa rispetto agli a.a. immediatamente precedenti, precisamente dal 2014 in avanti. Da osservare, anche tenendo presente quest'ultima fonte di rilevazione, il divario, che ancora nel 2018/19, si registra nei passaggi di ruolo: se la percentuale femminile è del 48.6% nel primo gradino della carriera universitaria, quella percentuale si abbassa nel ruolo dei PA al 40.9%, per attestarsi, come detto, al 25.4%, ossia 1/4 del totale nel ruolo dei PO. Da poco meno del 50% iniziale a poco più del 25% finale! Nella loro freddezza, i numeri ci consegnano una realtà incontrovertibile.

Tornando ai dati del CUN, che comparano le situazioni del 2008 e del 2018, nel 2008 (cioè prima della l. 240/2010), i dati della componente femminile (invece) erano i seguenti: 49.16% (AR), 47.58% (RU), 34.82% (PA), 18.04% (PO). In sintesi, in termini assoluti, nel ruolo dei PA si riscontra una marcata maggioranza maschile nel 2008, che tende a ridursi nel 2018, mentre nel ruolo dei PO il rapporto uomini/donne si attesta attorno al valore 4:1 nel 2008 e circa 3:1 nel 2018. Per tutte le categorie e per entrambe le annualità considerate, i dati normalizzati permettono di riscontrare una prevalenza degli uomini rispetto alle donne che diventa particolarmente evidente per il ruolo dei PO, raggiungendo valori intorno a 7:1 e 4:1, rispettivamente nel 2008 e nel 2018.

⁶ Secondo i dati del Rapporto "*She figures*" (v. *supra* nota 2) l'indice è per l'Italia di 1.63: più l'indice assume valori superiori a 1, più le donne sono sotto-rappresentate.

⁷ Cfr. *supra* nota 3.

Secondo un'altra elaborazione, aggiornata al 2020, dei dati MIUR/Cineca per l'Area 12, il numero delle donne/PO è aumentato (dal 18.04% del totale della fascia nel 2008, al 26.77% nel 2020), così come il numero delle donne/PA (dal 34.82% del totale della fascia nel 2008, al 43,95% nel 2020)⁸.

Tutte le rilevazioni che si sono considerate mostrano pertanto un *trend* in costante miglioramento, ma lo squilibrio di genere resta evidente.

3. *Segue:...e nel SSD IUS/21 (Diritto pubblico comparato).*

Si tratta di un SSD che si potrebbe definire “a fisarmonica”, in quanto nel corso del tempo ha conosciuto e continua a conoscere modifiche in termini numerici. Tale dinamismo si deve, tra l'altro, al fatto che i/le docenti ad esso afferenti presentano interessi accademici e scientifici suscettibili di inquadramento anche in SSD affini e principalmente in quelli del Diritto costituzionale (IUS/08) e delle Istituzioni di diritto pubblico (IUS/09), i quali, per il principio dei vasi comunicanti, a loro volta si connotano per il medesimo assetto variabile⁹. Ciò premesso, dalla banca dati del Ministero dell'Università e della Ricerca, che riporta la distribuzione dei docenti per aree CUN, per fasce e per genere dal 2000 ad oggi, su un totale di 139 docenti¹⁰ che afferiscono, nel momento in cui si scrive (giugno 2021), al SSD IUS/21, i numeri distinti per genere sono i seguenti: 63 donne *vs* 75 uomini.

Non male, si potrebbe dire. Ma come è distribuita la componente femminile nelle diverse fasce? E, prima ancora, come si è arrivati a questo “consuntivo” che, di primo acchito, sembrerebbe moderatamente incoraggiante?

La prima donna – e unica per un ventennio – a ricoprire la cattedra nel SSD IUS/21 è stata nel 1981 Sara Volterra che ha prestato ininterrotto servizio presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Padova. Soltanto a decorrere dal 2001, il numero delle professoresse ordinarie di Diritto – pubblico/costituzionale/costituzionale italiano e – comparato inizia, lentamente e con qualche oscillazione, a salire: sono 4 nel 2001, 6 dal 2002 al 2004, 8 nel 2005, 9 nel 2006 e 2007, 8 dal 2008 al 2012, di nuovo 6 nel 2013, 7 nel 2014 e nel 2015, 8 nel 2016, 10 nel 2017, 12 nel 2018 e 2019, 13 nel 2020, attualmente sono 14. In sostanza, le donne/PO rimangono entro la decina fino al 2017 per poi salire di qualche unità, fino a raggiungere quello che oggi è il numero massimo mai raggiunto di 14.

Continuando, per il momento, a tenere presente la medesima fascia, i PO/uomini, dal numero di 5 nel 2000, salgono vertiginosamente a 49 nel 2001, sono 61 nel 2002, il loro numero rimane sempre al di sopra delle 40 unità dal 2003 al 2010, dal 2011 scendono di qualche unità per toccare

⁸ Cfr. M. STAZIO, M. TRAIOLA, D. NAPOLITANO, 2008-2020. *Rapporto sull'università italiana, unrest-net.it* (<https://www.unrest-net.it/rapporto-sulluniversita-italiana/>), 2021.

⁹ Chi scrive, ad esempio, ha affermato al SSD IUS/09 dal 2002 al 2014, per passare quindi al SSD IUS/21.

¹⁰ Nel numero totale è compreso anche un professore straordinario a tempo determinato.

il numero di 27 nel 2018 e nel 2019. Attualmente sono 29 i PO/uomini nel raggruppamento di Diritto pubblico comparato.

Pertanto, l'organico femminile rivela una variabilità che va da 1 (fino al 2001) a 14 (oggi), mentre nel medesimo arco temporale la componente maschile ha fatto registrare una variazione che va da 5 a 29, toccando *medio tempore* punte molto più elevate. A titolo di curiosità – ma le ragioni possono essere varie – risalta il fatto che nel 2002, come sopra riportato, il numero dei PO/uomini raggiungeva l'acme delle 61 unità, mentre le PO/donne erano soltanto 6.

Quanto al rapporto uomini/donne nelle restanti fasce accademiche del SSD IUS/21, al momento in cui si scrive, si contano 36 professoressa associate e 13 ricercatrici, mentre i professori associati sono 29 e i ricercatori 17. Dunque, più donne associate, ma meno donne ordinarie rispetto ai colleghi uomini. I dati confermano che le donne sono maggiormente, o in numero pressoché equivalente, presenti nelle prime fasi della carriera, ma al livello apicale il rapporto tra generi si inverte.

4. *Le donne nella governance universitaria.*

Donne rettrici, direttrici di dipartimenti, coordinatrici di corsi di studio. Qual è la situazione? La premessa perché le donne possano aspirare a ricoprire tali cariche è che siano poste in grado di raggiungere le posizioni di vertice della carriera universitaria (preferibilmente, PO), in caso contrario esse non trovano spazio o comunque le *chances* di accesso agli organi di governo dell'Università sono destinate ad assottigliarsi sensibilmente.

Attualmente, le donne rettrici sono 8 in 84 atenei¹¹, nessuna di loro è una giurista. L'art. 2 l. 240/2010, nel fissare i principi per la revisione degli statuti delle Università, ha previsto il rispetto del principio delle pari opportunità per la composizione dei consigli di amministrazione; alcune Università, ad esempio quella di Trieste, hanno esteso il principio a tutti gli organi collegiali elettivi, introducendo il doppio voto facoltativo di genere. È noto che la scelta è rimessa all'autonomia organizzativa delle singole Università (art. 33, co. 6 Cost.); ma l'autonomia non dovrebbe valere ad eludere l'attuazione di precise norme costituzionali che indubbiamente sono cogenti e precettive (artt. 3, co. 2, 51, 117, co. 7 Cost.).

In Europa, nel 2020, il 15% delle donne sono rettrici negli atenei pubblici che sono membri dell'*European University Association*. Il fatto positivo è che la presenza femminile nel ruolo di vertice della comunità accademica, in ambito europeo, è gradualmente aumentata dal 2014 al 2020.

Ma torniamo in Italia per un rapido sguardo alla presenza delle donne nelle altre cariche universitarie¹². Su un totale di 807 dipartimenti, soltanto il 16% ha una donna come direttrice (150 direttrici), mentre in 26 Atenei nessun dipartimento è diretto da una professoressa. Intersecando il dato numerico con quello territoriale e quello scientifico-disciplinare, che pure

¹¹ La prima donna ad essere eletta rettrice è stata la professoressa Bianca Maria Tedeschini Lalli (Università Roma Tre, 1992), che veniva confermata per un secondo mandato.

¹² Cfr., per approfondimenti, l'intervento di M. DE PAOLA al *webinar* "Donne e accademia" (*supra*, nota 4).

hanno la loro rilevanza, si scopre che le direttrici di dipartimento sono presenti in prevalenza in Atenei del Nord Italia e in percentuale maggiore nell'ambito delle scienze sociali dove rappresentano circa il 30%.

Maggiore invece la percentuale di donne nel ruolo di coordinatrici di corsi di studio (il 29%), dove l'incarico è soprattutto di carattere organizzativo-gestionale-di servizio e non è espressione di "potere accademico".

5. *Le costituzional-comparatiste in alcune istituzioni scientifiche di settore.*

Il riferimento è agli organismi direttivi delle associazioni nazionali che promuovono lo studio, l'insegnamento, la ricerca, la diffusione delle conoscenze nel diritto costituzionale, straniero e comparato. Anche in questa prospettiva di indagine si registra un *gap* di genere dovuto essenzialmente a due fattori: la disparità esistente sul versante dell'elettorato attivo (ci sono meno donne nelle fasce accademiche avanzate) e la disparità presente sul versante dell'elettorato passivo (le donne tradizionalmente vengono elette meno degli uomini)¹³.

Per ovviare a tali criticità, l'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), a conclusione di una vivace discussione svoltasi a novembre 2019, in occasione della riunione annuale della assemblea dei soci, ha introdotto in Statuto una specifica previsione concernente le modalità per l'elezione dei membri del consiglio direttivo, secondo la quale: «[...] Qualora siano presenti candidati di entrambi i generi e l'elettore esprima più di una preferenza, le preferenze non possono essere rivolte a candidati di un solo genere, pena la nullità del voto» (art. 8, co. 3).

Differente, invece, la situazione che si registra in seno alla Associazione italiana di diritto comparato (A.I.D.C.), cui aderiscono studiosi sia di diritto pubblico che di diritto privato comparato. Il consiglio direttivo in carica, eletto dalla assemblea generale e composto da 9 membri, è interamente maschile. Lo Statuto della Associazione non prevede misure per promuovere la rappresentanza femminile. Anzi, desta un certo stupore la norma che attribuisce alla assemblea generale la determinazione, non soltanto delle modalità del proprio funzionamento, ma altresì «per ciò che concerne la votazione per le cariche dei componenti il consiglio direttivo» (art. 5, co. 3), il quale «è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria dell'Associazione», dovendo fissare e gestire il programma «secondo i criteri di massima stabiliti dall'assemblea» (art. 6, co. 5). Inoltre, pur essendo stabilito per il consiglio direttivo un mandato quadriennale, lo Statuto prevede la «rieleggibilità per tutte le cariche» (art. 6, co. 6), in tal modo consentendo, senza alcun limite temporale, il permanere dello *status quo*.

Quello che si intende evidenziare è il fatto che, anche quando le donne raggiungono i livelli apicali della carriera accademica, a volte può essere opportuna – nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente stesso, che si tratti della comunità accademica oppure di una istituzione

¹³ Cfr. le osservazioni di A.O. COZZI, *Le quote di genere servono ancora? La rappresentanza elettiva negli enti nazionali di ricerca*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019, p. 117 ss. e spec. p. 119.

scientifico – l'introduzione (in via temporanea) di azioni positive forti, dirette a riequilibrare la disparità di genere e tali da consentire alle donne l'accesso agli organi di governo. Tuttavia, se la base associativa è formata prevalentemente da PO/uomini, non è agevole immaginare una modifica statutaria favorevole alla introduzione di quote (per quanto neutre) di genere.

6. Quali prospettive?

L'obiettivo della parità di genere è chiaramente sancito a livello di convenzioni internazionali, oltre che nelle normative europee e nella nostra Costituzione. Si tratta di un obiettivo solo in parte raggiunto. Cosa fare per promuovere la parità di genere nell'Università? Gli Atenei possono intervenire direttamente rispetto a determinati ambiti, quali la formazione, la valutazione, la ricerca, la struttura della *governance*, e indirettamente in relazione, ad esempio, a tutto quanto è in grado di favorire la riuscita negli studi, l'accesso al mercato del lavoro, la conciliazione della professione con il lavoro di cura sociale e familiare. Numerose sono in proposito le azioni suggerite, sia in termini di *hard law* che di *soft law*, e le relative allocazioni di risorse.

Si pensi, ad esempio, al Programma Horizon 2021-2027, nel quale l'eguaglianza di genere non è soltanto l'oggetto di programmi specifici, bensì una priorità trasversale che attraversa tutte le aree considerate strategiche per uno sviluppo sostenibile. In questa prospettiva, il Regolamento (UE) 2021/695, approvato il 28 aprile scorso, e la Decisione (UE) 2021/764, adottata il 10 maggio scorso, enunciano, in diversi passaggi, il principio di pari opportunità e il requisito della parità di genere¹⁴. Il Regolamento vi fa riferimento, oltre che nel considerando (53), all'art. 7.6 (Principi del programma), all'art. 28.3 (Criteri di attribuzione e selezione), all'art. 49.5 (Nomina di esperti esterni indipendenti), all'art. 50.1 b) (sorveglianza e rendicontazione del programma). Dal canto suo, la Decisione individua, tra gli obiettivi operativi del Programma Horizon 2021-2027, il rafforzamento della dimensione di genere (art. 2.2 lett. e) – Obiettivi operativi); dispone che il piano strategico pluriennale delle attività di ricerca e innovazione, adottato dalla commissione mediante un atto di esecuzione, deve contenere, tra gli altri elementi, «questioni specifiche, quali [...] la parità di genere, inclusa l'integrazione della dimensione di genere nei contenuti di ricerca e innovazione» (art. 6.3 lett. e) – Piano strategico); stabilisce che i membri del Comitato ad alto livello per l'innovazione, organo di consulenza della Commissione, sono nominati dalla Commissione in base a un invito pubblico e «tenendo conto della necessità di trovare un equilibrio tra competenze, genere, età e distribuzione geografica» (art. 12.3 – Comitato CEI). L'allegato 1 della Decisione, nel Pilastro II (Sfide globali e competitività industriale

¹⁴ Cfr. Regolamento (UE) 2021/695 del parlamento europeo e del consiglio che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione Orizzonte Europa e ne stabilisce le norme di partecipazione e diffusione, e che abroga i regolamenti (UE) n. 1290/2013 e (UE) n. 1291/2013; Decisione (UE) 2021/764 del consiglio che istituisce il programma specifico di attuazione di Orizzonte Europa – il programma quadro di ricerca e innovazione, e che abroga la decisione (UE) 2013/743/UE. Il Regolamento stabilisce l'obiettivo generale e gli obiettivi specifici del programma Orizzonte Europa, nonché la struttura e le linee generali delle attività da svolgere, laddove la Decisione detta le disposizioni per l'attuazione di Orizzonte Europa, definendone gli obiettivi operativi e le attività specifiche (considerando 2 della Decisione).

europea), indica che «La parità di genere è un fattore fondamentale per ottenere una crescita economica sostenibile, ed è quindi importante integrare una prospettiva di genere in tutte le sfide mondiali». È sempre la menzionata Decisione a ricordare che la parità di genere rientra tra gli obiettivi dello sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite (SDG) da realizzare mediante le attività di ricerca e innovazione che risultano incluse, in particolare, nel Polo tematico “Cultura, creatività e società inclusiva”. Infine, nella prospettiva della riforma e del consolidamento dello spazio europeo della ricerca (SER), la Decisione citata indica, tra le linee generali di supporto strategico alle politiche nazionali, il sostegno e il monitoraggio della parità di genere e di altre forme di diversità «nelle carriere scientifiche e nel processo decisionale [...]», integrando la dimensione di genere nei contenuti della ricerca e dell'innovazione. Inoltre, sulla scorta del lavoro condotto dall'Agenzia europea per l'uguaglianza di genere (EIGE), la Commissione europea, nella Strategia per la parità di genere 2020-2025, ha stabilito che, dal 2022, gli enti pubblici, gli organismi di ricerca e gli istituti di istruzione superiore degli stati membri della UE e dei paesi associati che intendono accedere ai bandi di ricerca e ai finanziamenti europei dovranno obbligatoriamente presentare, in sede di progetto, un Piano per l'eguaglianza di genere (*Gender Equality Plan*)¹⁵.

Meno efficaci, nell'ottica delle pari opportunità nell'accademia, sembrano essere le previsioni contenute nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), predisposto dal governo e recentemente approvato dalla Commissione europea, nonostante la promozione della parità di genere sia, nel Piano, una delle priorità trasversali in termini di inclusione sociale (insieme a giovani e sud). Il governo ha altresì annunciato l'adozione della Strategia nazionale per la parità di genere 2021-2026 con indicazione del relativo cronoprogramma. Tuttavia, in attesa della assunzione delle concrete misure operative, il PNRR indica – per il momento – interventi genericamente rivolti a potenziare il *welfare* in modo da garantire un migliore equilibrio tra vita professionale e vita privata, dispone la destinazione di una parte del FFO per incentivare la mobilità tra le Università, mentre nell'ambito della “Ricerca” stabilisce che, per effetto di partenariati allargati estesi a università, centri di ricerca, imprese, la percentuale delle ricercatrici a tempo determinato debba salire dall'attuale 34% al 40%. Inoltre, è previsto che tra il 2021 e il 2024 siano indetti inviti a presentare progetti di ricerca (PRIN) per lo studio dei divari di genere in Italia.

Decisamente ricco di potenzialità, che andrebbero opportunamente sfruttate, è l'introduzione del bilancio di genere negli atenei. Previsto nel 2003 da una Risoluzione del parlamento europeo¹⁶, laddove una direttiva del presidente del consiglio dei ministri del 2007, seguita dal d. lgs. 150/2009, ne raccomandava l'adozione in tutte le pubbliche amministrazioni, il bilancio di genere è strumento in grado di combattere la disparità di genere, perché consente una valutazione e una revisione *gender sensitive* dei bilanci pubblici e della politica economica delle singole istituzioni, inclusi gli atenei e il loro personale (docente, tecnico-amministrativo, studenti/studentesse). Tra

¹⁵ Il Piano per l'eguaglianza di genere è uno strumento strategico e operativo, finalizzato alla attuazione di politiche di *mainstreaming* di genere negli organismi scientifici di ricerca; cfr. B. DE MICHELI, B. LEDA KENNY, *Come il genere sta entrando nella scienza*, in *inGenere*, 29/4/2021 (<https://www.ingenere.it/articoli/come-il-genero-sta-entrando-nella-scienza>).

¹⁶ Risoluzione del Parlamento europeo 2002/2198(INI) del 3 luglio 2003 “La costruzione dei bilanci pubblici secondo la prospettiva di genere”.

gli atenei che finora lo hanno adottato, figurano quelli di Bologna, Milano statale, Pisa, Padova, Firenze, Siena, Sapienza-Università di Roma, Napoli Federico II. In proposito, il Gruppo CRUI per il bilancio di genere ha elaborato, da ultimo a settembre 2019, apposite Linee-guida che suggeriscono, tra l'altro, di utilizzare il bilancio di genere al fine di: incidere sulla attribuzione della quota premiale del FFO agli atenei; monitorare i risultati della ASN (con dati, distinti per genere, indicativi di coloro che hanno partecipato alla ASN, di quanti hanno conseguito l'abilitazione, del tempo trascorso tra l'abilitazione e la chiamata); valutare la composizione delle commissioni per le procedure di selezione del personale docente, come raccomandato dall'Aggiornamento 2017 del Piano nazionale anticorruzione dell'ANAC; valutare, in termini di premialità, la composizione di genere dei gruppi di ricerca che partecipano ai bandi di rilievo nazionale (PRIN), internazionale e di Ateneo; esaminare se e come l'ateneo assicura una formazione sulle tematiche di genere al personale valutatore; esaminare le performance dei dipartimenti, alla luce della loro composizione, ai fini della valutazione della qualità della ricerca (VQR); valutare se/quanti prodotti della ricerca che considerano le tematiche di genere siano stati presentati per la VQR e con quali esiti; incidere sulla valutazione delle università (AVA). In sintesi, il bilancio di genere, che attualmente non è obbligatorio, secondo le Linee-guida richiamate dovrebbe diventare parte integrante della programmazione di tutte le politiche di ciascun ateneo (e non solo del bilancio in senso stretto) e dunque di tutti gli atti di *governance* del sistema universitario, perché le scelte degli organi di governo possono avere un impatto differenziato sulle donne e sugli uomini della comunità accademica.

Dal canto suo, il dossier CUN del dicembre 2020, più volte menzionato, propone di: prevedere sistemi di valutazione delle esperienze lavorative (scatti stipendiali, concorsi, passaggi di livello) che considerino la partecipazione di uomini e donne al lavoro di cura; assicurare pari rappresentanza nei luoghi decisionali anche con misure di premialità agli atenei (giunta di dipartimento, senato, consiglio di amministrazione); promuovere la pari partecipazione di relatori e relatrici agli eventi organizzati dagli atenei (seminari, convegni, conferenze); redigere il bilancio di genere che analizzi e valuti, in ottica di genere, le scelte politiche e gli impegni economico-finanziari dell'Università, curandone il monitoraggio, la valutazione, la conoscenza dei risultati, e consenta, sulla base degli esiti, di adottare un piano di equità di genere¹⁷.

Molto altro, naturalmente, si potrebbe aggiungere, come la valorizzazione del ruolo dei CUG (Comitati unici di garanzia per le pari opportunità) e della loro attività a livello istituzionale negli atenei; il potenziamento delle attività della terza missione che abbiano tra i contenuti quello del "genere"; l'attivazione nei dipartimenti di insegnamenti su questi temi nel rispetto della libertà accademica dei docenti; la costituzione di Centri interdipartimentali per gli studi di genere (sul modello di quello attivato nella Università di Trieste). E ancora, sarebbe opportuno assicurare la trasparenza dei dati, disaggregati per genere, che sono in possesso del Ministero dell'Università e della Ricerca, in modo da rendere agevolmente accessibili, tra l'altro, le informazioni relative alla

¹⁷ Si vedano anche le raccomandazioni formulate nel 2018 dal Gruppo di lavoro "Genere e ricerca", coordinato dalla prof.ssa E. ADDIS "Indicazioni per azioni positive del MIUR sui temi del genere nell'Università e nella ricerca".

partecipazione e agli esiti di procedure di valutazione, quali ASN¹⁸, VQR, PRIN che vedono la presenza di donne sia nel ruolo di *Principal Investigators* sia in veste di partecipanti delle unità di ricerca.

Come si evince dal quadro sinteticamente tratteggiato, si tratta per lo più di obiettivi, auspici, propositi, raccomandazioni, impegni, linee-guida che attendono di ricevere la giusta attenzione nelle sedi competenti. Certamente, qualsiasi riforma sul piano normativo (leggi, decreti governativi, regolamenti di ateneo, ecc.) deve accompagnarsi a una mutata sensibilità culturale, perché le asimmetrie tuttora presenti nel sistema universitario non sono che lo specchio della disuguaglianza di genere che esiste nella nostra società. In questa prospettiva, un ausilio importante è quello legato alla promozione, fin dalla scuola primaria, di un uso inclusivo del linguaggio, il più possibile rispettoso dei generi e delle differenze¹⁹.

Insomma, il cammino verso la realizzazione delle pari opportunità è ancora lungo.

¹⁸ Le procedure per l'abilitazione scientifica nazionale (ASN), tenutesi nelle tornate del 2012-13, 2016-18 e 2018-20, si sono concluse, per quanto riguarda il settore concorsuale 12E/2 (Diritto comparato), con i seguenti numeri, rispettivamente, di donne e uomini che hanno conseguito l'abilitazione: per la prima fascia, 17 *vs* 23, 21 *vs* 35, 5 *vs* 10 (la valutazione relativa alle domande presentate per il VI e ultimo quadrimestre della terza tornata è attualmente in corso); per la seconda fascia, 15 *vs* 10, 29 *vs* 39, 9 *vs* 11 (anche per questa fascia si attende la conclusione della procedura di valutazione relativa al VI quadrimestre).

¹⁹ Con riferimento alla promozione di un linguaggio amministrativo e istituzionale inclusivo nell'ambiente accademico, cfr. le iniziative avviate da alcuni Atenei, come Sapienza-Università di Roma, Trento, L'Aquila, Siena, che si sono tradotte nella adozione di manuali e linee-guida.



Margherita Raveraira*

Le donne nell'Accademia italiana: le sfide per un lungo percorso **

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Il panorama generale del gender mainstreaming nelle carriere universitarie oggi. – 3. Le donne nella governance universitaria: una leadership al femminile? – 4. Parità di genere, ricerca e innovazione nella strategia europea e italiana.

1. Una breve premessa

Confesso di non aver mai dedicato particolare attenzione ai dati sulla presenza e sulle carriere delle donne nell'Università; ne ho avuto sino ad oggi una percezione generale fondata piuttosto sulle esperienze personali relativamente ai Settori del Diritto pubblico e costituzionale. Tanto meno ovviamente mi erano noti i dati nella loro disaggregazione per le aree scientifiche pubblicistiche, dati che sono stati invece così ben illustrati nelle varie relazioni a cominciare da quella del Prof. Lanchester, che ringrazio per aver organizzato questo interessante incontro, e della Prof.ssa Piciacchia, che mi hanno consentito non solo di colmare un vuoto conoscitivo, ma altresì di acquisire una precisa conoscenza e coscienza delle difficoltà che le donne incontrano in generale nelle carriere universitarie e non solo ovviamente in quelle delle aree giuspubblicistiche.

Difficoltà che nella mia esperienza personale fortunatamente non ho mai avvertito: sin dall'inizio, ormai "storico", della mia formazione nell'attività di studio e di ricerca nel Diritto costituzionale non mi sono mai sentita per alcun verso penalizzata in quanto donna né dai miei

* Già Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università di Perugia.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica", organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

Maestri Carlo Lavagna e Franco Modugno, né dall'*entourage* degli altri loro allievi, alcuni in posizioni ben più avanzate della mia, ma mi sono sentita seguita, aiutata a formarmi e valutata nella considerazione dei risultati scientifici ottenuti come persona e non in quanto donna. E così è poi stato via via nel prosieguo della carriera e delle varie cariche ricoperte sia nell'Università di Perugia, sia in varie Associazioni scientifiche ove lo stesso *sentiment* si è riprodotto nei rapporti con i colleghi uomini e donne nell'organizzazione della ricerca e nell'attività gestionale

2. Il panorama generale del gender mainstreaming nelle carriere universitarie oggi

A prescindere comunque da singole esperienze personali che possono rappresentare felici eccezioni, venendo all'oggi nella previsione dell'incontro odierno, ho analizzato i dati aggiornati, che si rivelano analoghi, raccolti nei vari Report (MIUR, CRUI, CUN, CNR).

Dati dai quali emerge come, nonostante le donne rappresentino la maggioranza degli studenti e si laureino in corso più dei maschi e con voti più brillanti, ancora nel 2018 negli Atenei italiani si registri un sensibile *gap* nel passaggio dalla fase della formazione a quella della carriera accademica; la presenza femminile tende cioè a diminuire fino a determinare l'inversione dei rapporti tra i due generi.

È appena il caso di citare nello stesso senso “*She Figures 2018*” – il rapporto elaborato dalla Commissione Europea sulla partecipazione femminile nel mondo della Scienza e della Ricerca – ove viene segnalato come, nel contesto europeo, all'incremento del numero di donne che intraprendono il percorso di studi universitari non corrisponde ancora un accesso in termini proporzionali alle carriere accademiche e di ricerca.

Più specificamente, i dati europei evidenziano, come è noto, che, se di fatto è stata raggiunta una sostanziale parità nel rapporto tra studenti e studentesse universitari/e, laureati e laureate, dottori e dottoresse di ricerca, nel successivo percorso relativo alle carriere accademiche il rapporto si inverte sensibilmente e rapidamente con una forte disegualianza a sfavore delle donne man mano che si procede nel livello della carriera verso posizioni apicali; disegualianza con una forbice storica ancora più ampia per determinati settori, notoriamente per quelli c.d. STEM (Science, Technology, Engineering, Mathematics)¹.

Se questa è la situazione europea, nel caso italiano i dati appaiono ancora più preoccupanti, in quanto negli ultimi anni si è comunque registrata sì una diminuzione del divario, ma così decisamente contenuta da non indurre a considerazioni particolarmente incoraggianti.

È utile ricordare a dimostrazione di ciò come in un volume curato dall'ISTAT² vent'anni fa sulla presenza femminile nelle università italiane si riportava come nel 1999 l'incidenza femminile fosse del 39.7% tra i ricercatori, del 26.1% tra i professori associati e dell'11.4% tra i professori

¹ Sul punto cfr. tra i tanti in particolare F. BREZZI, *Donne e Accademia*, in S. AVVEDUTO (a cura di), *Ricerca: femminile, plurale*, CNR-GETA, Osservatorio su generi e talenti, CNR ed., 2019.

² Cfr. ISTAT, *Donne all'Università*, Bologna, il Mulino 2001, 80 s.

ordinari, con una presenza invero scarsa tra rettori³, presidi di Facoltà e direttori di Dipartimento. Sono appunto passati vent'anni e secondo i dati diffusi dalla CRUI⁴ che compara i dati tra il 2008 e il 2018, mentre tra i ricercatori a tempo indeterminato pare rilevabile oggi una sostanziale parità, le donne sarebbero salite al 38% nel 2018 (33% nel 2008) tra le professoresse associate e solo al 23% tra le ordinarie; quanto ai rettori si rileva attualmente un risicato numero di 7.

E poco rileva nella disaggregazione dei dati, il fatto che, sempre secondo i dati MIUR, in determinati settori, quali giust'appunto nell'Area 12 (Scienze giuridiche), il numero delle donne associate sia aumentato nel 2020 al 43.95% dal 34.82% del 2008 e le donne ordinarie al 26.68% dal 18.04% nel 2008. E che più precisamente, secondo i dati rilevati dalla Prof. Piciacchia, nel periodo dal 2001 al 2021 le professoresse associate siano passate dal 32% al 33% nel IUS/08 (Diritto costituzionale) e dal 32% al 33% nello IUS/09 (Istituzioni di diritto pubblico), mentre le ordinarie siano passate nel Diritto costituzionale dall'11% al 25% e nelle Istituzioni di Diritto pubblico dal 9% al 31%. Anche per queste Aree e in particolare per i settori citati la parità appare lontana tanto più nelle posizioni apicali, nonostante l'avanzamento delle PO nel settore del Diritto Pubblico.

Insomma, di là dalle analisi disaggregate, un avanzamento in generale non certo esaltante che, a meno di mutamenti significativi conseguenti ad azioni incisive, non sembra far sperare in un prossimo radicale e consistente cambio di rotta.

Mi sembra infatti che questi dati siano di per sé sufficienti a dar conto della scarsa propensione delle donne, per quanto titolari di titoli adeguati (dottorati di ricerca, soggiorni di formazione all'estero), ad essere attratte nelle loro scelte professionali dalle carriere universitarie, ad intraprendere cioè carriere irte di difficoltà di vario genere che i numeri, nulla affatto asettici se considerati in riferimento agli specifici *framework*, già delineano. Dati che segnalano la permanenza di ostacoli culturali e strutturali che determinano, da un lato, l'abbandono della carriera accademica da parte delle donne (la nota metafora della *leaky pipeline*⁵) e, dall'altro, il persistere nelle istituzioni di una forte segregazione orizzontale e verticale, con alcune aree e posizioni ad appannaggio quasi esclusivamente del genere maschile⁶, e della difficoltà per le donne di raggiungere posizioni apicali in particolare di *governance*.

Che poi tale divario, come già sopra ricordato, si apparenti a quello che risulta dalla media europea rafforza ulteriormente il fatto che i pregiudizi che si pongono all'accesso delle donne nella progressione della carriera scientifica siano plurimi e di varia natura: il che assume un aspetto dovrebbe dirsi paradossale dal momento che le sedi accademiche sono quelle in cui si è maggiormente sviluppato il dibattito sul genere (sulla differenza di) come costruito culturale e simbolico.

³ La prima donna ad essere eletta Rettore è stata nel 1992 la Professoressa Bianca Maria Tedeschini Lalli dell'Università Roma Tre, riconfermata poi per un secondo mandato.

⁴ Cfr. CRUI, *Il bilancio di genere negli atenei italiani*, 2019.

⁵ Metafora che associa all'immagine della conduttura che perde come la perdita delle risorse e lo spreco di talenti per rappresentare la proporzionalità inversa che viene riscontrata tra livello di avanzamento della carriera associato a una posizione accademica e percentuale di presenze femminili: così in particolare J. ALPER, *The pipeline is leaking women all the way along*, «Science», 409 ss., 1993.

⁶ Si pensi alle Aree c.d. STEM.

Senza alcuna pretesa di approfondire le questioni talune attualmente ancora ampiamente arate sulle varie correnti ed ideologie del femminismo, si vuole qui solo rilevare come notoriamente i diversi orientamenti sul *gender gap* e sul *mainstreaming* maturati nelle scienze sociali ed in quelle giuridiche abbiano in comune il fatto di intendere il genere come categoria di indagine privilegiata, perché il modo di interpretare la relazione uomo/donna costituisce la rappresentazione di un rapporto che pervade la società in ogni suo ambito.

In particolare nella letteratura giuridica, si è da tempo affermata l'idea che il concetto di uguaglianza assorba quello di identità, unicità, omogeneità, celando la stretta interdipendenza con quello di differenza. Insomma, si è uguali non in quanto identici, ma in quanto talune differenze, nel caso essere uomini o donne, sono considerate irrilevanti rispetto alla pari partecipazione ad alcuni diritti e sfere di vita. Il genere è definito come un insieme complesso di relazioni generate mediante pratiche relazionali e sociali che ne fanno un principio organizzativo fondamentale che forgia le strutture sociali, le conoscenze e le identità.⁷

Brevi osservazioni che, ove condivise, portano a concludere che il punto nodale non riguarda allora tanto la discussione teorica sulla dicotomia tra uguaglianza e differenze e tra gli assunti diversi modelli, ma piuttosto come dovrebbero essere costruiti gli obiettivi, legali, ma anche sociali rispetto ai quali gli individui - uomini e donne - possano essere considerati uguali nell'Accademia: come sono cioè fornite le risorse e in quali ambiti e quali sono i criteri e gli scopi per cui vengono fatte valere le differenze. Tutte problematiche che si ripercuotono in difficoltà di realizzazione di pratiche concrete per la negoziazione delle *gender equality* nella scienza⁸.

Ciò tanto è vero che, in quest'ottica di socializzazione⁹, la riflessione in ambito accademico non si è sino ad ora tradotta in strumenti adeguati ad assicurare la parità nelle carriere, permanendo ostacoli di vario ordine: si pensi, come peraltro ripetutamente rilevato nei vari documenti, alle questioni relative alle attività di cura che, ove continuino a gravare sulle sole donne in carenza di una corresponsabilità con gli uomini o di strutture di supporto, le penalizza non poco in termini di fatica e di mancanza di tempo, con conseguente minore partecipazione alla ricerca, con minore partecipazione all'organizzazione istituzionale, considerata come negativa secondo quei modelli ancora prevalentemente al "maschile" che premiano spesso la presenza "fisica" (anche "fuori orario").

Che se poi si vuole diversamente aderire all'altra tesi, pervasiva nell'accademia, che nega la rilevanza della dimensione di genere nei contesti sociali, culturali, economici e politici in ragione di una rappresentazione della scienza come neutrale rispetto al genere dove sono valorizzati solo

⁷ Cfr. in particolare S. GHERARDI, B. POGGIO, *Creating and recreating gender order in organizations*, «Journal of World Business», 36, 3, 2001, 245 ss.

⁸ Sebbene nel dibattito pubblico e nelle politiche *mainstreaming* l'equità di genere sia generalmente presentata in termini di pari opportunità, quello di *gender equality* è un costrutto in evoluzione e controverso. Nella politica, nella società civile, così come nella letteratura accademica femminista, non esiste un consenso univoco sul suo significato e dagli anni Settanta a oggi, l'insieme di significati che questo concetto ha assunto continua a sollevare una molteplicità di dilemmi. Cfr. tra i tanti M. VERLOO e E. LOMBARDO, *Multiple meanings of gender equality. A Critical Frame Analysis of Gender Policies in Europe*, Budapest, Ceu ed., 2007.

⁹ Questa caratterizzazione della cultura accademica spiegherebbe secondo taluni, almeno parzialmente, la riluttanza delle istituzioni nell'adozione di politiche concrete di *gender equality*: cfr. M. W. NIELSEN, *Nuove e persistenti sfide per la parità di genere nel mondo accademico*, ISBN 978 - 87 - 7335 - 194 - 9 (stampa), 978-87-7335-194-9, trad. it., 2015.

il talento e il duro lavoro, si perviene ad affermare la meritocrazia e il perseguimento dell'eccellenza accademica anch'essi come neutrali e oggettivi; di modo che le pari opportunità si configurano come veicolo per ottenere ricompense sulla base dei meriti e degli sforzi individuali¹⁰. Tesi questa che nell'ideologica astrattezza dell'ethos meritocratico non si concilia con i dati che evidenziano il permanere di una "questione di genere" ancora irrisolta e che richiede una molteplicità di interventi non solo sul piano operativo, ma anche sul piano culturale, contrastando quegli stereotipi e pregiudizi, consci e inconsci, tuttora assai diffusi¹¹ che vengono spesso trasmessi sin dall'infanzia alle bambine ed ai bambini.¹²

Si tratta dunque di agire anche per determinare un vero e proprio capovolgimento culturale verso un cambio di mentalità, che non può non coinvolgere direttamente anche gli uomini e che, nel superamento dei fenomeni di segregazione orizzontale e verticale di cui hanno dato conto i dati riportati, indirizzi le donne che esercitano un ruolo sentito nella collettività scientifica come un modello maschile ad un percorso di autonomia nella ricerca di un equilibrio fra consapevole volontà di affermare il riconoscimento delle proprie acquisite competenze e capacità e la necessità di non rinunciare alla propria intima natura e sensibilità.

Non si tratta di affrontare la questione della presenza femminile nell'ambito della Accademia e dei Centri di ricerca in una logica di contrapposizione con gli uomini, quanto piuttosto di condividere analisi e dialogo che valorizzino una condivisione ed un ripensamento dei modelli di genere sino ad ora imperanti in tema di valutazione dei prodotti di ricerca, di percorsi di carriera, di organizzazione del lavoro.

3. *Le donne nella governance universitaria: una leadership al femminile?*

Se per ricoprire cariche nella *governance* universitaria occorre aver preferibilmente raggiunto la posizione di vertice quali professoresse ordinarie, va da sé che le donne trovano poco spazio negli organi di potere dell'Università. Ciò tanto è vero che su un totale di 807 Dipartimenti solo il 16% ha come Direttore una donna¹³ e si è già ricordato che le donne rettori sono attualmente solo 7, nessuna delle quali appartenente ad Aree giuridiche.

Di là comunque dai numeri interessa piuttosto svolgere qualche concisa osservazione relativamente alla questione della individuazione di un modello di *leadership* al "femminile", questione sulla quale negli studi di genere nell'ambito scientifico è stata posta molta enfasi,

¹⁰ Cfr. I. PICARDI, *La dimensione di genere nelle carriere accademiche. Riflessività e cambiamento nel progetto pilota di GENOVATE@UNINA*, Napoli, FedOAPress, 2017.

¹¹ E che sono ben riassunti e chiariti nelle *Indicazioni per azioni positive del MIUR sui temi di genere nell'Università e nella ricerca*, Gruppo di lavoro, 2018.

¹² Secondo un luogo comune, peraltro ampiamente smentito da studi approfonditi, le bambine sarebbero meno portate allo studio della matematica.

¹³ Nell'esercizio dell'autonomia statutaria alcune Università, peraltro ben poche, hanno previsto l'estensione del doppio voto facoltativo di genere per gli organi collegiali.

sempre più man mano che, per quanto lentamente, il divario tra i due generi nelle posizioni apicali tende a diminuire¹⁴.

Senza entrare nello specifico dei diversi approcci ed andando ad estrema sintesi, per la maggior parte degli autori le donne gestiscono il potere, in assunta contrapposizione allo stile maschile sino ad oggi dominante, con uno spirito di servizio istituzionale, con modalità gestionali diverse che si basano su una disponibilità all'ascolto, su modelli non baronali e su una maggiore propensione a cercare consenso tramite la costruzione di reti di discussione e riflessione per la definizione di una decisione condivisa, non imponendo la loro posizione, ma con una maggiore attenzione alle esigenze individuali.

Insomma, come ha detto la Rettore dell'Università Roma "La Sapienza" Antonella Polimeni¹⁵, "Il vero cambiamento culturale sarà quando le donne rinunceranno a scimmiettare modelli maschili, per costruire una nuova *leadership* fondata sull'empatia e l'ascolto".

Senonché, questa ricerca di stili differenziati non appare del tutto convincente fondandosi sulla generalizzazione di ciò che viene descritto come maschile e femminile nell'assunzione del modello culturale e degli stereotipi ancora oggi dominanti.

Che quando le barriere che a tutt'oggi impediscono alle donne di fare carriera in termini significativi nel mondo dell'Università e nella *governance* dell'Accademia saranno finalmente superate in modo rilevante, le donne saranno in condizione di competere alla pari con i colleghi maschi. Di modo che a fare la differenza non saranno assunti e presunti stili di genere, ma soltanto il modo di essere e le capacità individuali; le capacità di valore scientifico, di organizzazione del lavoro, di gestione e di relazione esprimendosi, come sopra accennato, secondo lo stile del proprio essere persona individuo indipendentemente dall'essere donne o uomini, per cui la differenza sarà allora tra chi è dotato e chi non lo è, tra individui meritevoli e non meritevoli, tra individui in grado di gestire efficacemente la carica per il miglior successo dell'istituzione e individui interessati piuttosto all'affermazione di scelte e posizioni di parte.

4. Parità di genere, ricerca e innovazione nella strategia europea e italiana

È appena il caso di ricordare come già nella *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* delle Nazioni Unite del 1948 la parità di genere sia stato definito un diritto fondamentale che richiede l'assenza di ostacoli per la pari dignità e uguali condizioni tra uomini e donne nel diritto, nella politica, nella società o nel lavoro. E come poi in successivi accordi internazionali sia stato ulteriormente ribadita la parità di genere come pilastro dello sviluppo sostenibile.

¹⁴ La letteratura in proposito, italiana e straniera, è molto ampia: si cita qui, tra gli altri, R. FONTANA, *Le donne nell'accademia italiana. Identità, potere e carriera*, Mondadori Università, 2015 e E. SPANÒ, *Donne leader nell'Higher Education: esplorare i miti*, in *AG AboutGender*, 2015, ai quali si rinvia per le numerose citazioni bibliografiche.

¹⁵ In un' intervista al giornale *la Repubblica* del 5/3/2021.

Ma senza volersi soffermare su tali importanti percorsi, è certamente da rilevare che l'UE sia certamente più avanzata sul piano internazionale nella connessione tra parità di genere, ricerca e innovazione.

Basti pensare al programma quadro Horizon 2021-2027 che allo stato è il più vasto programma di ricerca e di innovazione e a come in esso la Commissione europea abbia aggiunto regole più rigide rispetto alla precedente edizione Horizon 2020 per promuovere l'eguaglianza di genere. Seppure, infatti, i criteri principali per la valutazione delle proposte di finanziamento rimarrebbero l'eccellenza e l'impatto della ricerca, in caso di parità, l'equilibrio di genere nei gruppi di ricerca dovrebbe diventare, si sottolinea "per la prima volta", un elemento decisivo, quale elemento di giudizio ai fini della sovvenzione dei piani di ricerca che dovrebbero includere misure e obiettivi concreti per promuovere la diversità e l'inclusione nella ricerca e nell'innovazione. Ciò tanto più tenendo conto, da un lato, che le donne sono sottorappresentate nei settori delle scienze, della tecnologia e della matematica (occupando solo il 24% delle posizioni accademiche di vertice e rappresentando meno del 10% dei titolari di brevetti) e, dall'altro lato, che le Università dispongono in molti casi già di strategie per l'uguaglianza di genere (dalla formazione, alla valutazione, alla ricerca, alla struttura della *governance*, a strumenti per l'accesso al mercato del lavoro sulla base della riuscita negli studi, alla conciliazione della professione con il lavoro di cura sociale e familiare) che, ove opportunamente utilizzati, dovrebbero rendere loro più agevole corrispondere a questi requisiti richiesti per l'approvazione dei *planes*. Che poi la stessa Commissione europea ha stabilito che dal 2022, gli enti pubblici, i centri di ricerca e gli istituti di istruzione superiore per accedere ai bandi di ricerca ed ai finanziamenti europei dovranno obbligatoriamente accompagnare il progetto con un *Gender Equality Plan*¹⁶.

Per quanto riguarda la situazione nazionale, se molte erano le aspettative per lo sviluppo della ricerca e dell'innovazione, anche nell'ottica delle pari opportunità, riferite al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), è da sottolineare come queste siano andate in buona sostanza, almeno per il momento, deluse. Se, infatti, molta attenzione è dedicata nel PNRR alla questione di un miglior equilibrio nel rapporto famiglia lavoro tramite la costituzione di asili nido e all'istruzione inferiore e superiore, non molta attenzione viene dedicata all'Università e alla ricerca, le cui problematiche sono enumerate in termini descrittivi di obiettivi generali, senza però che siano previste misure effettivamente concrete per la loro realizzazione.

Molto più costruttivo appare invece il Documento del MIUR del 2018 "*Indicazioni per azioni positive del MIUR sui temi di genere nell'Università e nella ricerca*", il quale, dopo un'ampia analisi sullo stato di parità di genere in Italia, sulle cause¹⁷ e gli effetti della mancata integrazione, si individuano, sia pure come indicazioni per atti di indirizzo alla CRUI, al CUN, alle Università e agli Enti pubblici di ricerca, misure provviste di una certa operabilità, ivi compresa l'essenzialità

¹⁶ Nel 2021 il CNR ha costituito un Comitato permanente per la predisposizione del *Gender Equality Plan* che tiene conto delle indicazioni europee nella previsione della presentazioni di programmi di ricerca a partire, come richiesto, dal 2022.

¹⁷ Tra le quali opportunamente si sottolinea il persistere della distorsione nei confronti delle donne derivanti da convinzioni ideologiche esplicite e accettazione acritica di stereotipi di genere (solo un sesso sarebbe più adatto alla ricerca scientifica), nonché pregiudizi inconsci e impliciti che sono condivisi anche dalle donne.

di indicatori su svariati profili quali, tra altri, quelli relativi alle iniziative sull'equilibrio di genere in riferimento ai numeri di docenti, ricercatori e personale tecnico-amministrativo, la loro distribuzione per aree scientifiche, la partecipazione a centri, consorzi o osservatori interuniversitari, nonché le collaborazioni internazionali. Il MIUR prevede poi raccomandazioni traducibili in possibili provvedimenti, che qui non si possono enumerare, ma tutte miranti ad assicurare la differenza di genere nella selezione in riferimento sia alle modalità di ricerca, sia ai suoi contenuti.

Sulla stessa linea si orienta il CUN nel Dossier del dicembre 2020 nel quale si indicano alcune pratiche che potrebbero essere introdotte nel sistema universitario, quali politiche mirate, anche con finanziamenti previsti con bandi specifici, alla scelta delle donne nelle discipline che prevedono una prevalenza maschile e viceversa per quanto riguarda la scelta degli uomini; azioni che favoriscano una più precoce entrata in ruolo; valutazione delle esperienze lavorative (concorsi, passaggi di livello, scatti stipendiali) che per quanto attiene al lavoro di cura coinvolgano uomini e donne, congedi parentali per gli uomini, con orari e organizzazione del lavoro che favoriscano per entrambi i sessi la conciliazione dei tempi di vita con quelli del lavoro; incentivare nei bandi di ricerca la parità di genere nei gruppi partecipanti e nel ruolo di proponente; promuovere la pari partecipazione di relatori e relatrici nei seminari, convegni, conferenze organizzati dall'Università; assicurare, nell'esercizio dell'autonomia universitaria, pari rappresentanza nei luoghi decisionali, quali Giunta di Dipartimento, Senato accademico, Consiglio di Amministrazione, prevedendo al riguardo anche misure di premialità agli Atenei che la attuano ed altro ancora. Tutte misure che, come sopra affermato, già potrebbero essere poste in essere dalle Università stesse.

A tal fine uno strumento utile sembra essere certamente il Bilancio di Genere, strumento che già previsto nel 2001 per le amministrazioni pubbliche sia centrale, sia a diverso livello territoriale, è stato previsto anche per le Università nel 2019 a cura del Gruppo CRUI che ne ha stilato le linee guida prevedendo un percorso articolato. Detto in sintesi, il Bilancio di Genere, che comunque non è obbligatorio, ha la funzione di analizzare e valutare, in un'ottica di genere, le scelte politiche e gli impegni economico-finanziari dell'Università, curandone il monitoraggio, la valutazione e la disseminazione dei risultati e, sulla base dell'esito dell'analisi, adottare un piano di equità di genere tra uomini e donne ai fini di una programmazione strategica dell'Ateneo. Come ben si evince da alcune voci ad impatto polivalente che vanno considerate a seconda degli obiettivi che si rende necessario perseguire (conciliazione dei tempi di vita, di lavoro e di studio; benessere lavorativo; il genere nella didattica; il genere nella ricerca; il contrasto alla segregazione verticale; il contrasto alla segregazione orizzontale, il contrasto al mobbing, molestie e discriminazioni), voci che sono peraltro ampiamente specificate nelle singole possibili misure, non si tratta di un bilancio separato per le donne, ma, come ha specificato la Risoluzione del 2003 del Parlamento Europeo “*Building public budgets from a gender perspective*”, di un intervento sui bilanci pubblici, affinché, “all'interno dei programmi, delle azioni e delle politiche di bilancio, le entrate e le uscite siano valutate e ristrutturate in modo da assicurare che le priorità e le necessità delle donne siano prese in considerazione allo stesso modo di quelle degli uomini”.

Molto vi sarebbe ancora da dire sul Bilancio di genere, strumento certamente dalle rilevanti potenzialità, tanto più che sempre più numerose sono le Università italiane che lo adottano; il che potrebbe consentire di creare una rete informativa tra di loro sui vari metodi e risultati ottenuti al fine di una strategia, la quale pur tenendo conto delle esigenze delle singole Università anche in riferimento alle peculiarità sociali dei territori, tenda ad elevare il livello generale dell'Accademia italiana.

E molto vi sarebbe ancora da dire su altre rilevanti questioni: ad esempio sulla necessità di organizzare un sistema trasparente di pubblicizzazione dei dati, in possesso del MIUR, disaggregati per genere, relativamente alla composizione delle commissioni relativamente alla valutazione di ASN, VQR e PRIN, in modo da poter avere un quadro completo di come si configuri ed incida il ruolo delle donne nella loro funzione di “commissari giudicanti” in riferimento all'accesso alla carriera ovvero all'approvazione di progetti di ricerca.

Ma non è questa la sede.

Non si può che concludere, visti i dati all'inizio riportati e le stesse affermazioni dello *She Figures 2018 Report*, che il processo di avanzamento nei settori della ricerca, dell'innovazione, della inclusione nelle posizioni apicali e della *governance*, pur visibile, è per le donne ancora troppo lento, negativamente condizionato da una cultura non adeguata.

Insomma è ancora lunga the way to Tipperary!



Teresa Serra*

Un ricordo personale: il faticoso percorso degli anni Sessanta, Settanta e Ottanta**

Ho ascoltato con molto interesse sia la presentazione di Fulco, sia le testimonianze che hanno ricostruito l'ambiente culturale nel quale si viveva. Tante storie, tutte diverse, ma anche tutte inserite in un contesto che è quello, che ha chiaramente delineato Lanchester, di una lunga e faticosa marcia verso una parità che non si può dire sia stata raggiunta completamente. E Lanchester nota anche che l'intervenuta licealizzazione del settore giuridico (termine che voglio assumere in una accezione non negativa) evidenzia però che l'attività universitaria di ricerca e di docenza rischia di essersi spostata in altre sedi, ponendo nuovi problemi di disparità e quindi nuove sfide.

Ma vorrei cominciare ricordando per la mia Filosofia del diritto, come ha anche fatto Lanchester, un episodio eclatante dei primi anni del Novecento per alcune caratteristiche che ci possono far riflettere. Nel 1894 Teresa Labriola si laureò in Giurisprudenza all'Università di Roma, Ateneo in cui nel 1900 ottenne l'incarico di libero docente di Filosofia del diritto. Ma Teresa Labriola dovette rinunciare all'insegnamento. Di più, in una lettera di suo padre indirizzata a Benedetto Croce, si legge che solo grazie all'intervento delle forze dell'ordine poté tenere la sua prima lezione, disturbata da giornalisti e da studenti contrari ad accettare una donna in veste di docente universitario.-

* Già Professoressa Ordinaria di Filosofia del diritto – “Sapienza -Università di Roma”

** Il contributo propone l'intervento svolto il 23 giugno 2021, presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza-Università di Roma”, in occasione dell'Incontro di studio su *“Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica”* organizzato - nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla “Rete per la parità” – dalla *“Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà”* e dalla Rivista *“Nomos-Le attualità nel diritto”* in collaborazione con il *Master in Istituzioni parlamentari “Mario Galizia” per consulenti di Assemblea*.

Dovevano passare quasi cinquanta anni prima che le generazioni di studenti, tra le quali la presenza femminile era in notevole crescita, non facessero differenza tra lezioni, anche se molto rare (mi pare solo una in questa facoltà) tenute dalle assistenti donne e lezioni tenute dai colleghi maschi, ma si basassero sull'interesse che riuscivano a suscitare. Entro certi limiti poteva essere questo un primo segnale per il cambiamento di mentalità?

Lanchester ha rilevato alcuni anni di cesura. Il primo indubbiamente per me riguarda la generazione che entra nelle università nel '60 e che si laurea tra il '64 e '65. Questa generazione ha accesso, anche se non sempre agevolmente e sempre col contagocce, ai concorsi per assistente ordinario dopo aver iniziato generalmente come assistente volontario. E la ragione è evidente. Ricordo sedute interminabili di esami, quindi anche la necessità di avere del personale, volontario ma se possibile anche retribuito, per far fronte a una mole di lavoro che i professori ordinari, quegli stessi che temevano il tempo pieno, non possono affrontare. Bisogna fare lezioni e spesso assistenti e volontari sono chiamati a sostituire i professori. Bisogna creare le sottocommissioni per gli esami, bisogna seguire molte tesi di laurea. Cominciano in questo contesto ad entrare, anche se col contagocce, alcune assistenti. (Direi le donne come le operaie delle fabbriche durante il conflitto). Ma per loro niente prospettive di carriera. Ha ricordato Lanchester come il prof. Crespi, in un lungo colloquio, concludesse il suo ragionamento dicendo che “nel caso di un allievo di sesso femminile- il problema era meno rilevante, perché se ne poteva fare anche una semplice collaboratrice”. Eppure, senza questo primo passo non sarebbero stati possibili passi ulteriori. E ne sono state testimoni per la nostra Facoltà di Scienze Politiche Anna Maria Battista, studiosa raffinatissima, Maria Sofia Corciulo, Ginevra Conti Odorisio, per non citarne che alcune. Nell'atmosfera del tempo, anche nella mente di quei pochi docenti 'illuminati', le prospettive delle studiose non erano collegate alla carriera. Ma questi stessi professori non tenevano conto dell'impegno, della tenacia e delle capacità di chi, votato allo studio, avrebbe superato tutte le difficoltà che le istituzioni frapponivano. E qui un mio primo ricordo autobiografico. Siamo nello spazio avanti all'ascensore di questa Facoltà, davanti a me camminano Cammarata e Perticone. I quali stanno parlando di me senza rendersi conto che io li sto seguendo. Percepisco chiaramente Perticone che dice “purtroppo è una donna”. A distanza di tempo, precisamente oggi, questo nostro incontro mi riporta in mente l'episodio e mi rendo conto di aver interpretato quella notazione cogliendo una punta di rammarico e non una asserzione perentoria e un atteggiamento di chiusura.

Era quella che io considero la mia *ottusità senza rimedio* che ritengo mi abbia sempre aiutato in molti momenti della mia vita accademica quando mi sono sempre ottusamente rifiutata di considerare il mio essere donna come ostativo alla mia volontà di restare nell'Università per poter continuare ad approfondire i temi che mi interessavano.

Siamo intorno al 1967-68, quando io frequentavo il corso di perfezionamento in Filosofia del diritto, anche qui unica donna. di cui mi resi conto solo dopo che qualcuno me lo aveva fatto notare. Ma un altro episodio molto più significativo dovevo vivere intorno agli anni 73-75. Insieme ad una mia cara amica, moglie di un ricercatore, nuova figura che sostituiva gli assistenti, entravamo a salutare un grande professore il quale solitamente, ogni volta che io andavo a trovarlo, molto gentilmente ma anche con molto distacco, mi faceva cenno di accomodarmi ed

iniziavamo il colloquio. Con mia grande sorpresa quel giorno si alzò di scatto e corse verso la mia amica inchinandosi e salutandola con molto rispetto, ivi compreso il baciamento. E a me? Solo il famoso cenno, ma molto più distaccato del solito. Ecco il contesto in cui molti professori ordinari vivevano il loro rapporto con le donne. La dignità della donna dipendeva dall'essere *moglie di* o anche *figlia di*, non dalla sua realtà. Quel *di* mi risultò molto strano e non bastò la mia ottusità senza rimedio a farmelo considerare positivamente. Subentrò comunque una certa ironia, ma anche la consapevolezza che non avrei mai voluto che la mia dignità dipendesse dal quel *di* e non da quello che io ero. Un altro episodio è collegato a questo. Il nemico esterno era il maschilismo imperante, un dato culturale difficile da scalfire nei tempi brevi, e ce ne rendiamo conto ancora oggi, persistente anche nel linguaggio ordinario che è però specchio di una cultura. Esisteva però anche un nemico interno, che nemico vero e proprio non potrebbe chiamarsi, piuttosto un nemico-amico. Quella stessa generazione di studiose che si affacciava alla vita di ricerca negli anni sessanta aveva come priorità, e a distanza di anni ritengo anche giustamente, il matrimonio: essere moglie e madre. Molti anni dopo, alla fine della sua carriera, una collega, a mio giudizio, ma non solo a mio, brava e stimata, mi confessava con una punta di rammarico, ma senza rinnegare la pienezza della sua esperienza di donna, moglie, madre e studiosa, di non essere stata mai presa in considerazione per la sua realtà professionale, ma di essere stata sempre la moglie *di*, al quale e alla loro famiglia aveva dedicato la vita intera senza poter mai brillare di luce propria, ma cercando di conciliare, faticosamente, famiglia e carriera. Ecco, quello che ho considerato, nemico interno, un nemico particolare, tuttavia tale non deve considerarsi perché proprio questa esperienza complessiva e completa della vita si riverbera nella ricerca e darà i suoi frutti soprattutto quando dagli anni duemila in poi il numero delle studiose cresce e arricchisce i contenuti degli studi anche con tematiche molto più attinenti alla vita concreta e reale. Si trattava, d'altra parte, anche di scelte personali, anche se condizionate dalle situazioni culturali e ambientali oltre che da un fattore positivo che non credo sia venuto o debba venir meno ancora oggi per non perdere una specificità che è ricchezza e di cui l'atmosfera culturale del secolo scorso ha privato la società. Moglie *di*, madre, impegni che sottraggono tempo e risorse allo studio ma che contemporaneamente arricchiscono anche i contenuti del giuridico.

Esisteva, nella prima metà del Novecento anche la categoria delle figlie *di*, sparuta, a volte dotata di personalità eccellenti, che pure stentavano ad emergere.

Più tardi un altro *di*, ma di carattere diverso dovevo incontrare, e di cui per la mia ottusità senza rimedio non mi ero mai resa conto. "Di chi sei allieva?" Domanda fatta ovviamente da colleghi 'maschi' ben addentro alle dinamiche accademiche, di tutt'altro tenore, quindi, dall'essere moglie *di*. Servì leggermente a scalfire l'ottusità senza rimedio, ma era troppo tardi. Avevo già violato la regola del maestro unico, inconsapevole della esistenza della gelosia tra docenti, e avevo del tutto ignorato che il maestro doveva esser ordinario di prima forza. In relazione ai miei studi discutevo con chi su quelle stesse problematiche si era cimentato. Anche nell'ambito della filosofia e non della sola Filosofia del diritto.

Ciò non toglie che io non possa disconoscere di avere avuto dei maestri. I miei maestri, ai quali resterò sempre grata, erano stati innanzitutto Valitutti, col quale mi ero laureata e dal quale ho appreso il rispetto per gli altri e soprattutto per gli studenti, la passione per lo studio non

condizionato dalle aspirazioni di carriera, che per me sono intervenute molto più tardi, e tra gli ordinari, anche potenti, Cammarata. Ma quest'ultimo morì nel '71. Sulla sua cattedra subentrò Mercadante e forse fu un colpo di fortuna di cui la mia persistente ottusità senza rimedio, che mi faceva proseguire per la mia strada senza rendermi conto di molte asperità, non sembrò rendersi immediatamente conto. Mercadante segnerà in maniera significativa la mia strada, ternandomi come assistente, dopo soli 8 anni di volontariato, e continuando a seguirmi sempre nei passi successivi. Fino alla chiamata a Roma a succedergli. Ero diventata anch'io un *di* e oggi con mia grande soddisfazione dal momento che il rapporto con Mercadante continua con rispetto, affetto e stima reciproca.

Ricorda Lanchester come, con i meccanismi concorsuali del 1973, i professori ordinari di sesso femminile in ambito giuridico fossero più rari dei diamanti. Come si vedrà, la barriera ha incominciato infatti ad incrinarsi, anche se debolmente, con i concorsi centralizzati del 1974 e del 1979. Entrano tra gli ordinari della Filosofia del diritto due personalità eccezionali come Silvana Castignone e Letizia Gianformaggio, Solo nel 1990 io, dopo aver subito nell'86 quella che fu considerata una ingiustizia da ripagare.

Altro anno di cesura, dunque, il 78-79, quando entrano in ruolo per la mia disciplina una serie di professori 'di una nuova generazione', che ha studiato e discusso con molte di noi e che non sembrano avere più in maniera totale la fobia delle donne di cui apprezzano l'impegno e con le quali discutono. Ma... proprio un collega e amico di quegli anni, a proposito di un mio libro, disse: "Scrive come un uomo!". Per me era e non era un complimento.

Si tratta, comunque, di una svolta notevole che darà i suoi frutti però solo a distanza di alcuni anni, quando la nuova leva entrerà nelle commissioni. Ma l'atmosfera fino agli anni novanta era quella vissuta da tutte noi e da me vissuta con quella persistente ottusità che mi ha consentito di fare di quella che poteva essere una faticosa strada in salita una esperienza di vita positiva.



Lara Trucco*

Differenze di genere nell'area giuridica, tra diritto costituzionale ed istituzioni di diritto pubblico**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Differenze di genere nella carriera accademica nell'UE-28. – 3. La situazione di IUS/08 e IUS/09 nell'Area 12. – 4. L'impatto dell'ASN. – 5. Alcune sintetiche conclusioni.

1. Premessa

Desidero innanzitutto rivolgere un sentito ringraziamento al Prof. Fulco Lanchester, per avere organizzato l'incontro di studio odierno e, quindi, tutte le Colleghe per l'occasione offertami di dialogo e confronto.

In questa sede intendo presentare una serie di dati, come base per ulteriori riflessioni, relativi alla situazione di genere nell'area giuridica, segnatamente nei settori scientifico-disciplinari concernenti il diritto costituzionale e le istituzioni di diritto pubblico (concorsualmente accomunati sotto l'etichetta "12/C2").

Il tema stesso delle differenze di genere nell'area giuridica ha cominciato a prendere consistenza da quando, nell'Italia unita (segnatamente, nel 1875) fu concesso alle donne di accedere all'Università (previo, peraltro, all'epoca, il superamento dell'esame di licenza liceale come privatiste, dal momento che solo nel 1883 sarebbe stato possibile iscriversi indiscriminatamente alle classi liceali). Benché poi negli anni immediatamente successivi non siano stati rari i casi di laureate a pieni voti nelle allora Facoltà di Giurisprudenza, le quali, dopo

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università di Genova.

** Intervento svolto il 23 giugno 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su "Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica", organizzato – nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla Rete per la parità – dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e libertà e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti di Assemblea.

aver svolto bienni di pratica forense, si videro dipoi annullate in sede giudiziale la propria iscrizione nell'albo degli avvocati (v., ad es., il “caso Poët” del 1881¹).

Per avere una presenza femminile più significativa (anche) nell'ambiente universitario bisognerà attendere le norme sulla capacità giuridica della donna del 1919² e, dipoi, soprattutto, un più avanzato stato di maturazione del processo di emancipazione femminile, in epoca repubblicana. Là dove, come emerso anche nel corso dei lavori, centrale sarebbe stato il ruolo svolto dalla Corte costituzionale al riguardo, specie con la nota [sent. n. 33 del 1960](#) (relativa al cd. “caso Oliva”), di incostituzionalità della legge n. 1176 del 1919 nella parte in cui escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che implicavano l'esercizio di diritti e di potestà politiche: estromissione che sarebbe stata sanata solo molto più tardi dalla legge n. 66 del 1963³ di ammissione generalizzata delle donne ai pubblici uffici ed alle professioni.

2. Differenze di genere nella carriera accademica nell'UE-28

Un contributo di rilievo sarebbe stato dato dal processo di integrazione europea prima (v., ad es., la Direttiva del 1976 sull'attuazione del principio della parità di trattamento nell'accesso al lavoro⁴ e, più di recente, la risoluzione del 2015 relativa alle “carriere scientifiche universitarie delle donne”⁵).

In particolare, un ruolo importante è stato svolto dal Giudice di Lussemburgo, il quale, nel far valere il più (ampio) divieto di discriminazione sulla base della nazionalità sancito dalle norme dei trattati ha favorito un “effetto trascinamento” anche sul divieto di trattamenti differenziati sulla base del sesso. Si pensi al “[caso Defrenne](#)”⁶ per il riconoscimento dell'effetto diretto del principio della parità della retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile nei rapporti di lavoro di carattere subordinato; o alla “[sentenza Barber](#)”⁷ sul licenziamento per motivi economici ed il versamento anticipato delle pensioni di vecchiaia; nonché alle ulteriori garanzie (con riguardo, in partic., all'accesso al lavoro, alla formazione ed alla promozione professionali), da ultimo anche nei riguardi dei soggetti transessuali, nel “caso *Cornwall*”⁸.

¹ Cfr., per una descrizione della vicenda, G. FAVA, *Il contributo delle avvocate al riconoscimento dei diritti delle donne*, in <https://www.cassaforense.it>, fasc. n. 3 del 2019.

² Trattasi, per la precisione, della legge 17 luglio 1919 n. 1176, recante le “Norme circa la capacità giuridica della donna”. A Genova, ad esempio, nonostante alcune indicazioni bibliografiche indichino in Fausta Dogliotti la prima donna avvocato della città e facciano risalire la sua iscrizione all'albo al 1919, sfogliando gli albi degli avvocati lacunosamente conservati presso la Biblioteca del Consiglio dell'Ordine del Tribunale, la prima donna iscritta risulta essere Renata Federici, nel 1934: ben quindici anni dopo, dunque, la legge che ammetteva le donne all'esercizio della professione.

³ Trattasi, per la precisione, della legge 9 febbraio 1963 n. 66 di “Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni”.

⁴ Trattasi, per la precisione, della Dir. 76/207/CEE, “relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro”.

⁵ Trattasi, per la precisione, della Ris. del PE del 9 settembre 2015 “sulla carriera professionale delle donne in ambito scientifico e accademico e sui ‘soffitti di cristallo’ incontrati” (2014/2251(INI)).

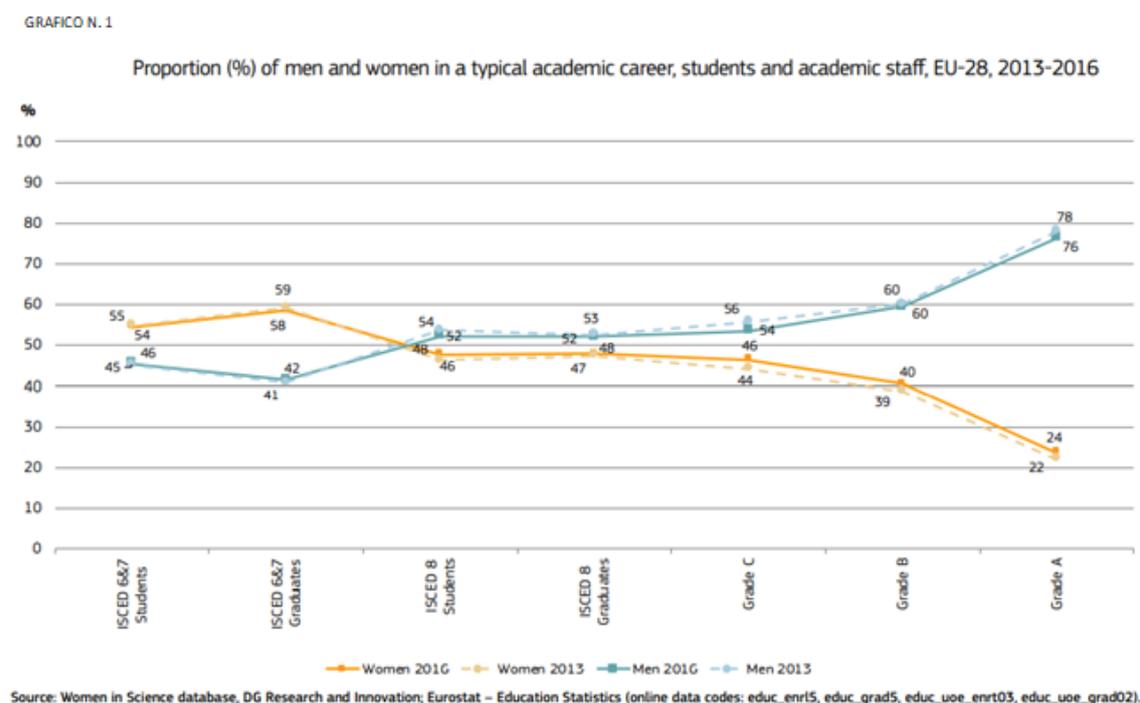
⁶ V. Corte di Giustizia, sent. dell'8 aprile 1976, [Gabrielle Defrenne](#), in C-43/75.

⁷ V. Corte di Giustizia, sent. del 17 maggio 1990, [Douglas Harvey Barber](#), in C-262/88.

⁸ V. Corte di Giustizia, sent. del 30 aprile 1996, [P v S and Cornwall County Council](#), in C-13/94.

Venendo ai dati relativi alla carriera accademica nell'UE-28, ci si avvede, però, di come, ancora nel 2016, il rapporto tra autrici e autori di pubblicazioni scientifiche fosse in media di uno a due. Criticità affliggono ancora a tutt'oggi il settore dei brevetti (uno a tre), nonché il conseguimento di borse di ricerca ed il tasso di successo dei finanziamenti, più alto per i capi squadra di sesso maschile (uno a tre)⁹.

Tra i dati più significativi v'è, poi, l'andamento inversamente proporzionale rispetto alla progressione in carriera verso i ruoli apicali. Così che, mentre ai livelli iniziali della carriera accademica (v. il grafico n. 1), si registra una presenza paritaria, rappresentando, le donne, il 48% dei laureati e dei dottorandi, se si passa alle posizioni accademiche di “grado C” si scende al 46%, giungendo al 40% per quelle di quelle di “grado B”, sino ad arrivare al 24% nelle posizioni accademiche apicali, di grado A (con un divario più marcato nelle cd. “STEM”).



3. La situazione di IUS/08 e IUS/09 nell'Area 12

Nel quadro descritto merita di rilevarsi come il nostro Paese, benché di poco, si ponga comunque al di sopra della media UE (v. grafico 2).

⁹ Cfr., in partic., Commiss. EU, *Rapporto triennale 2018 "She Figures"*; ma anche quanto rileva, ad es., nella Rel. del 12 maggio 2021 "sulla promozione della parità tra donne e uomini in materia di istruzione e occupazione nel campo della scienza, della tecnologia, dell'ingegneria e della matematica (STEM)" (2019/2164(INI)), relativa ad una Proposta di risoluzione del PE.

GRAFICO 2

Indicatori (dati riferiti all'anno 2016)	ITALIA	MEDIA UE(28)
% studentesse universitarie	56	54
% laureate	59	58
% dottorandi donna	51	48
% dottori di ricerca donna	52	48
% ricercatrici	46	46
% ricercatrici in area STEM (1)	43	35
% donne con qualifica di prof. ordinario	22	24
% donne con qualifica di prof. ordinario in area STEM	18	15
Glass Ceiling Index	1,68	1,64

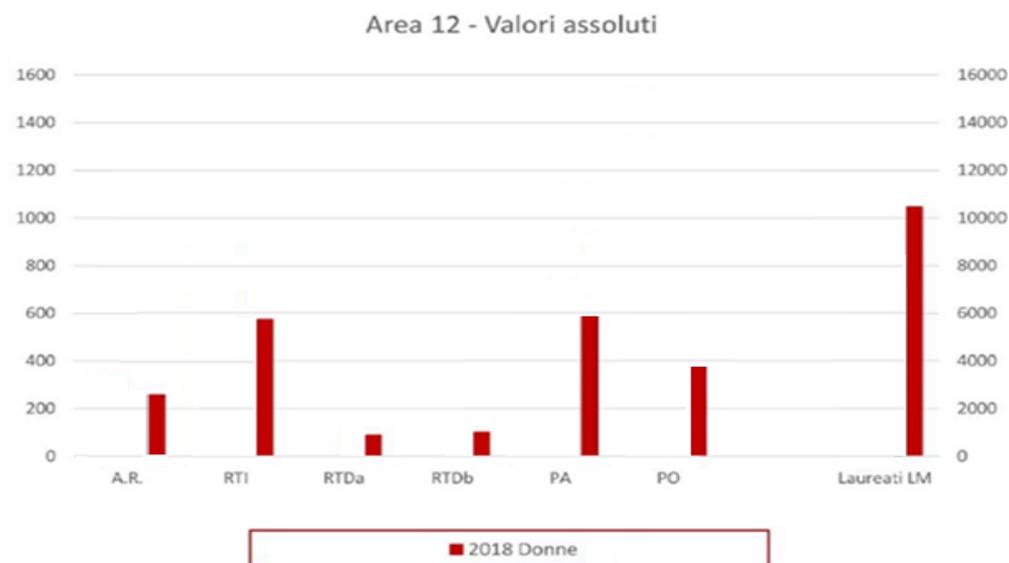
FONTE: Commiss. EU, *Rapporto triennale 2018 "She Figures"*

Come si vede, anche da noi si registra un *trend* “inversamente proporzionale” all’aumento dell’importanza del ruolo accademico (v. *supra*), con un allargamento del divario di genere nel passaggio tra il dottorato e quindi dal ruolo di ricercatore a quelli di associato e di professore ordinario¹⁰.

Quanto sinora osservato trova uno specifico riscontro nell’Area 12 (Scienze giuridiche), di nostro più diretto interesse (come rileva dal grafico 3).

GRAFICO 3

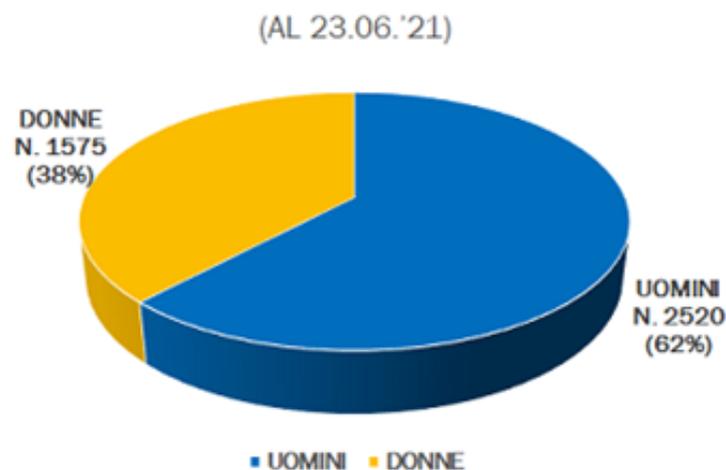
¹⁰ Tra le varie fonti documentali da cui si sono attinti i dati, menzioniamo CUN, [Dossier “sulla parità di genere nel mondo universitario: analisi e proposte sulla questione di genere nel mondo universitario italiano”](#), 2020; MUR, [Analisi e Proposte sulla questione di Genere nel mondo universitario italiano](#), 2020; Corte dei Conti, [Referto sul sistema universitario](#), maggio 2021.



FONTE: [Dossier CUN](#) “Parità di genere nel mondo universitario”

Al 23 giugno 2021, il numero di donne presenti nell’Area 12 era in valore assoluto di 1575 e quello degli uomini di 2520, il che è quanto dire, in valore percentuale, un rapporto 38% - 62% (come rileva dal grafico 4).

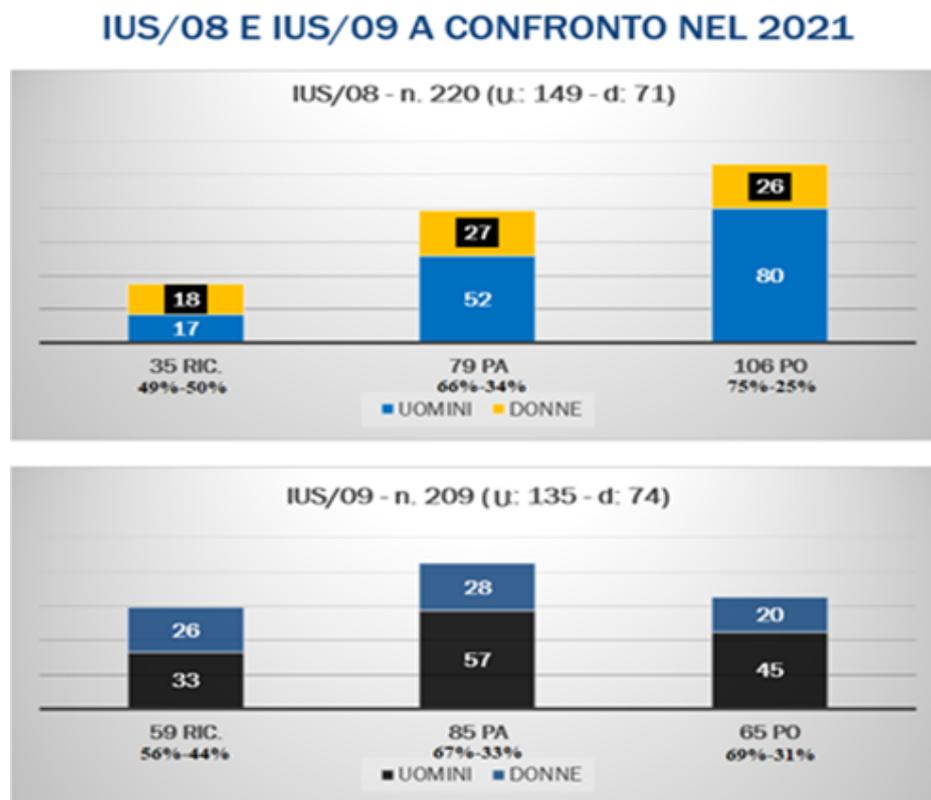
GRAFICO 4



FONTE DEI DATI: [MIUR organico Università](#)

Focalizzando, poi, ulteriormente l’attenzione sui settori scientifico disciplinari di Diritto costituzionale (IUS/08) e di Istituzioni di diritto pubblico (IUS/09), rileva la sostanziale parità di genere in ambo i settori (ed in particolare nello IUS/08) con riguardo ai RIC. (v. il grafico 5), a fronte del divario (circa 1 a 3) nei ruoli di PA e di PO.

GRAFICO 5



FONTE DEI DATI: [MIUR organico Università](#)

Si discosta, invece, nella tendenza a livello nazionale e sovranazionale (v. *supra*), il profilo concernente il numero complessivo di docenti nei “tre gradi” di carriera.

Nello IUS/08, infatti, la “piramide” risulta rovesciata, con un numero complessivo di RIC. inferiore rispetto all’ammontare di PA, a loro volta meno rispetto alle/ai PO; là dove lo IUS/09 conta invece un numero di PA superiore agli altri due livelli di carriera.

4. L’impatto dell’ASN

Passando all’incidenza avuta, sempre in punto di eguaglianza di genere nel settore concorsuale 12/C1, dal sistema di abilitazione scientifica nazionale (introdotto, com’è noto, dalla legge n. 240 del 2010), con riguardo alla seconda fascia (v. il grafico 6), rileva la sostanziale parità conseguita nella seconda commissione che vi ha operato (47% a 53%), là dove, invece, nella prima e nella terza, il rapporto ha visto prevalere gli uomini (con un rapporto, in ambo i casi, di all’incirca 40% a 60%).

GRAFICO 6

II FASCIA

ASN 2012-2013					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	224 (74 d.- 150 u.)	150	74	26 (35%)	48 (65%)
2	78 (30 d.- 48 u.)	35	43	17 (40%)	26 (60%)
TOTALE	302 (104 d.-198 u.)	185	117	43 (37%)	74 (63%)

ASN 2016-2017					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	47	23	24	9 (38%)	15 (62%)
2	10	1	9	3 (33%)	6 (67%)
3	8	3	5	3 (60%)	2 (40%)
4	15	6	9	4 (44%)	5 (66%)
5	67	19	48	26 (54%)	22 (46%)
TOTALE	147	52	95	45 (47%)	50 (53%)

ASN 2018-2021					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	4 (4 m.)	1	3	0	3 (100%)
2	9 (2 f. - 7 m.)	5	4	1 (25%)	3 (75%)
3	9 (2 f. - 7 m.)	3	6	2 (33%)	4 (67%)
4	7 (3 f. - 4 m.)	1	6	3 (50%)	3 (50%)
5	25 (11 f. - 14 m.)	4	21	9 (43%)	12 (57%)
6	29 (8 f. - 21 m.)	10	19	8 (42%)	11 (58%)
TOTALE	83 (26 f.- 57 m.)	23	60	23 (38%)	37 (62%)

Esiti parzialmente diversi si sono, invece, registrati con riguardo alla prima fascia (v. il grafico 7) che ha conosciuto una sostanziale parità di genere in occasione della terza commissione, mentre, nella prima, si è attestata sullo stesso livello della seconda fascia (all'incirca 40% a 60%), e, nella seconda, ad un livello più favorevole per il sesso maschile (all'incirca 30% a 70%).

GRAFICO 7

I FASCIA

ASN 2012-2013					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	88 (25 d.- 63 u.)	55	33	13 (39%)	20 (61%)
2	37 (10 d.- 27 u.)	15	22	8 (36%)	14 (64%)
TOTALE	125 (35 d.- 90 u.)	70	55	21 (38%)	34 (62%)

ASN 2016-2017					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	15	6	9	5 (56%)	4 (44%)
2	3	2	1	1 (100%)	0
3	4	0	4	2 (50%)	2 (50%)
4	12	1	11	2 (18%)	9 (82%)
5	39	5	34	9 (26%)	25 (74%)
TOTALE	73	14	59	19 (32%)	40 (68%)

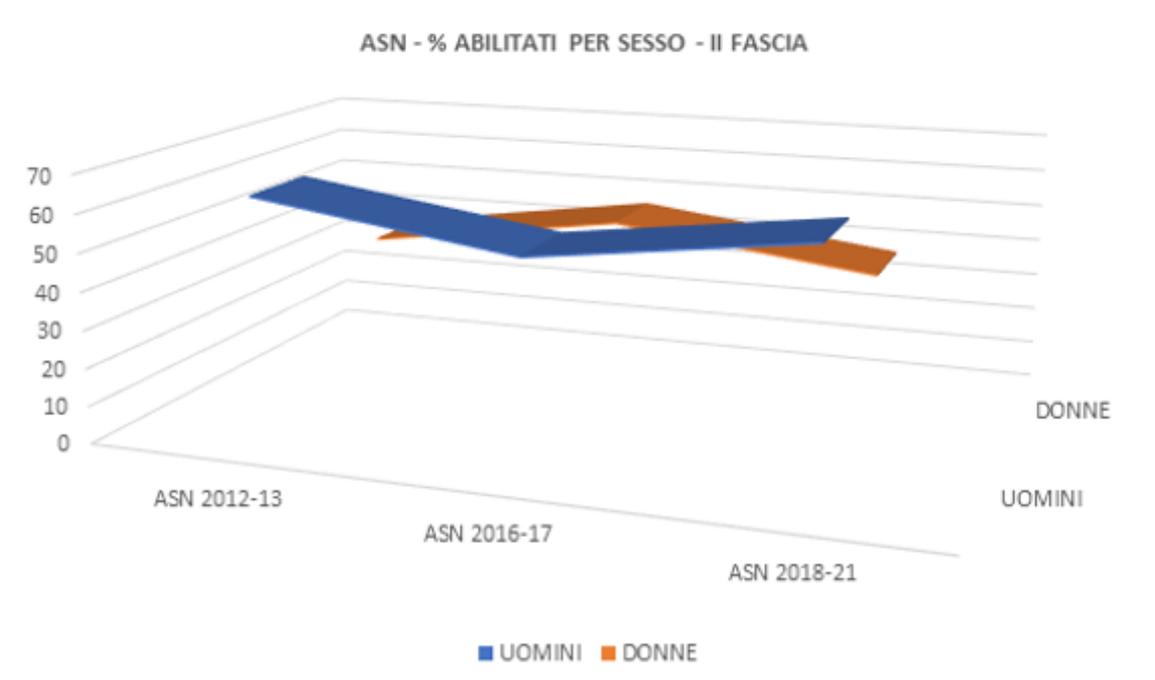
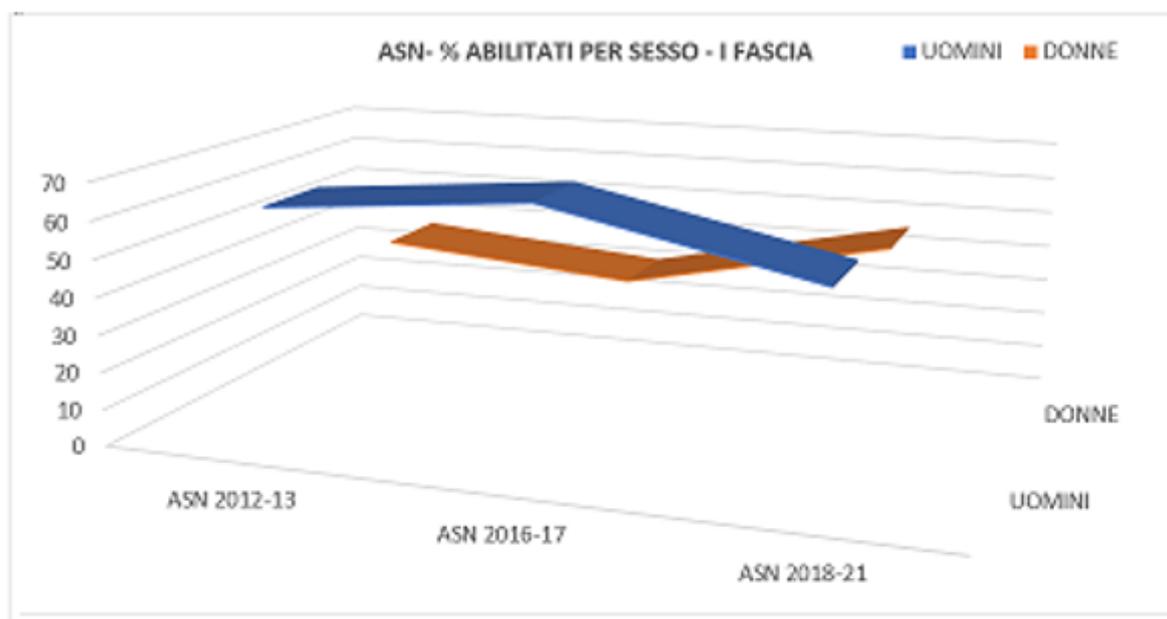
ASN 2018-2021					
TORNATA	N. CANDIDATI	NO	SI	DONNE AB.	UOMINI AB.
1	1 (0 d.- 1 u.)	1	0	0	0
2	1 (0 d.- 1 u.)	0	1	0	1 (100%)
3	7 (3 f. - 4 u.)	2	5	2 (40%)	3 (60%)
4	11 (2 f. - 9 u.)	5	6	2 (33%)	4 (67%)
5	16 (6 d.- 10 u.)	4	12	5 (42%)	7 (58%)
6	23 (10 d.- 13 u.)	9	14	9 (64%)	5 (36%)
TOTALE	59 (21 d.- 38 u.)	21	38	18 (47%)	20 (53%)

I dati disponibili segnalano, tra l'altro, una più marcata propensione (sulle cui motivazioni non è dato qui d'indagare) degli uomini a candidarsi per l'ottenimento delle abilitazioni. Spiccano, al riguardo, la prima finestra del 2012 che ha visto presentarsi nella seconda fascia abilitativa 74 donne a fronte di ben 150 uomini e nella prima fascia abilitativa 25 donne e 63 uomini).

Il risultato è stato un tendenziale aumento del numero di abilitazioni femminili nella prima fascia ed invece la loro diminuzione nella seconda fascia (v. grafico 8).

GRAFICO 8

ANDAMENTO I E II FASCIA IUS/08 E IUS/09



5. Alcune sintetiche conclusioni

Dall'analisi svolta, risulta che nell'Area 12, e negli SSD IUS/08 e IUS/09 (v., rispettivamente, i grafici n. 9 e n. 10), dal 2011 al 2021 tutti i valori in campo non hanno subito vistose evoluzioni.

GRAFICO 9

AREA 12: CONFRONTO TRA IL 2011 E IL 2021

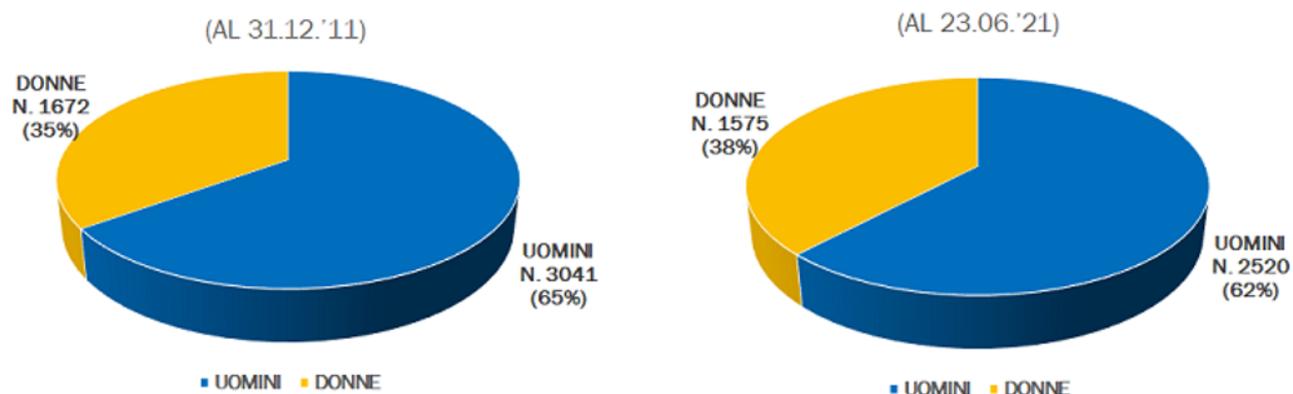
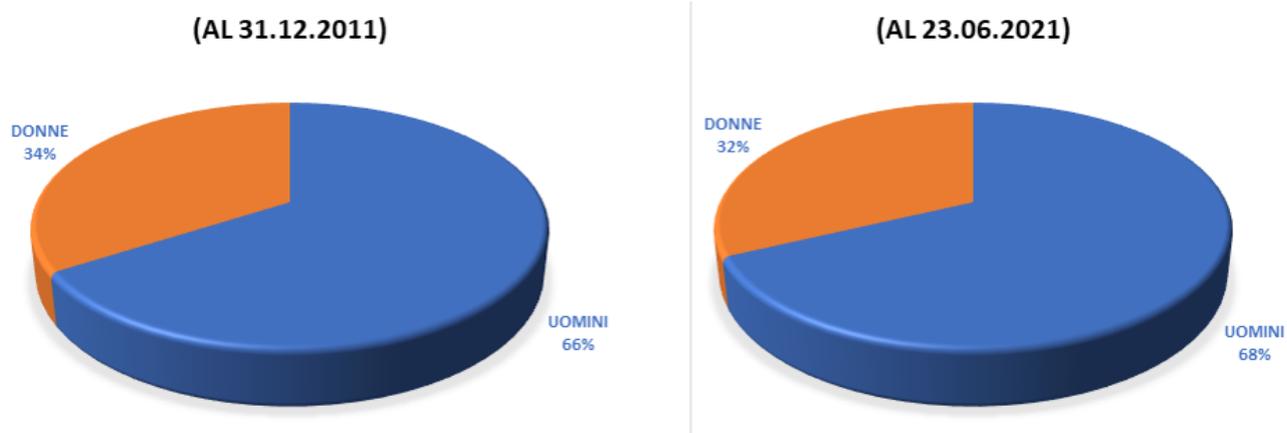


GRAFICO 10
IUS/08 E IUS/09: CONFRONTO TRA IL 2011 E IL 2021



Comunque sia, è negli auspici l'*acquis* rilevato sia ulteriormente valorizzato nel quadro di un reclutamento meritocratico ed imparziale.



Peter Häberle

Ricordo di Jörg Luther (1959-2020)*

Il 3 marzo del 2020 ci ha lasciato prematuramente Jörg Luther, dopo una breve e grave malattia. Lo avevo sentito al telefono poco tempo prima, ma non mi aveva chiarito la gravità della situazione. Il Prof. Balaguer ha potuto fargli visita a Torino poco prima della sua morte, e avere la possibilità di parlare a lungo con lui. La notizia della sua morte ha profondamente commosso il nostro circolo accademico, che riunisce amici da tutto il mondo. Da allora, sono stati pubblicati in sua memoria due ricchi – ed emozionanti – volumi: “Derechos Fundamentales, Desarrollo y Crisis del Constitucionalismo Multinivel” (2020) e “Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível” (2020), la cui pubblicazione è stata curata, assieme a me, da F. Balaguer e I. Sarlet. Particolarmente commovente è il capitolo “Profili di Jörg Luther”, con contributi di G. Zagrebelsky, F. Balaguer, R. Balduzzi e H.J. Blanke.

1. La giovinezza a Marburg/Lahn. Jörg Luther (nato il 26 giugno del 1959) è cresciuto in una famiglia colta e molto armoniosa. Suo padre era un assai rispettato preside di scuola secondaria a indirizzo classico. Jörg Luther si formò dapprima sulle lingue classiche, e ha ricevuto anche una educazione musicale, imparando a suonare il violoncello, ciò che avrebbe molto arricchito il suo circolo di amici, me compreso, in Italia e Spagna, così come in Germania. Aveva molti fratelli e sorelle: una famiglia numerosa, ricca di diversi interessi e talenti. Sua madre ha lavorato come pediatra di successo, e ancora oggi vive a Marburg.

2. Jörg Luther studio diritto a Göttingen. Tra i suoi professori più noti vi furono C. Starck e C. Link. Fin dall’inizio dimostrò un vero e proprio talento per l’amicizia, e venne coinvolto in numerosi gruppi di amici, intellettuali e politici. Tra questi amici vi erano G. Nolte, attualmente giudice della Corte internazionale di giustizia, e il politico – recentemente scomparso – T.

* Traduzione di Angelo Schillaci.

Oppermann. Luther superò i due esami di stato nel 1983 e nel 1989 in Bassa Sassonia e, per un breve periodo di tempo, esercitò la professione di avvocato a Francoforte. Come se avesse intuito già allora il suo grande amore per l'Italia – futura “seconda casa” – dedicò la sua tesi di dottorato, diretta da C. Link, al tema “La giurisdizione costituzionale in Italia. Storia, diritto processuale, giurisprudenza” (1989). In questa importante monografia è già ben visibile il suo talento per la comparazione in particolare e per la ricerca scientifica in generale. Dopo aver concluso il dottorato nell'Università Georg-August di Göttingen si trasferì in Italia. Nel 1992 ottenne (un tedesco!) il titolo di dottore di ricerca nell'Università di Milano con una tesi dedicata al rapporto tra giustizia costituzionale e diritti fondamentali. Dal 1996 al 2001 è stato professore associato nell'Università di Pisa. Si sarebbe poi trasferito nell'Università del Piemonte orientale ad Alessandria, divenendo professore ordinario: un successo straordinario, per un professore di diritto costituzionale di origine tedesca. La sua affiliazione all'Associazione italiana dei costituzionalisti (alla quale io stesso appartengo) e, successivamente, il suo ingresso nella “Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” furono un onore ben meritato.

3. Jörg Luther ha unito la ricerca e la docenza in una lotta eterna per la verità, nel senso della classica università tedesca, a partire da W. Von Humboldt. È stato un formidabile costruttore di ponti tra la cultura giuridica tedesca e quella italiana. Nella sua famiglia, assieme a sua moglie Antonella, era un vero “pater familias” per i suoi due figli. Era al tempo stesso un musicista assai dotato e un intellettuale di rilievo. Da ultimo, talento non meno importante, deve essere ricordata la sua grande capacità di coltivare con lealtà amicizie durature. Nel prof. G. Zagrebelsky, autorevole costituzionalista torinese e successivamente giudice e presidente della Corte costituzionale italiana, trovò un amico paterno, oltre che un pianista e melomane come lui stesso era.

La sua docenza si è dispiegata in un'area disciplinare molto vasta (dal 2010 insegnò anche nell'Università di Torino): istituzioni di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto regionale e locale e, soprattutto, diritti sociali e culturali così come la storia costituzionale. Padroneggiò, come pochi in Europa, il diritto comparato e il diritto europeo. Come raccontano i suoi allievi e dottorandi era totalmente compreso nella sua missione pedagogica durante le lezioni, ma manteneva anche una profonda umanità nei confronti di studenti e allievi. Seppe percepire il “momento pedagogico” e interpretò sé stesso come un modello, da cui trarre esempio. Il suo allievo indiano, P. Kumar, è stato ed è particolarmente leale.

4. Le pubblicazioni di Jörg Luther si collocano principalmente in due paesi, Germania e Italia. Menzionerò soltanto alcuni titoli (una bibliografia completa dei suoi scritti è contenuta nei richiamati volumi in sua memoria). In primo luogo, tra gli scritti tedeschi, ricordo quelli per lo “Jahrbuch des öffentlichen Rechts” che ho curato per trent'anni, inserendo Luther tra gli autori: ha scritto su “Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt”, JöR 43 (1995), “Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949 bis 2009)”, JöR 57 (2009), così come sull'amministrativista italiano C.F. Ferraris (1850-1924), JöR 56 (2008). Esplorò percorsi del tutto nuovi nell'articolo su “Verfassungsentwicklung der Republik Somalia: Frieden durch

Verfassung?“, JöR 53 (2005). Dei suoi molti lavori sulla storia costituzionale, deve essere menzionato l'articolo su H. Herrfahrdt, professore di diritto pubblico tedesco, JöR 62 (2014). Allo stesso modo, devono essere ricordati i suoi importanti contributi al dibattito nelle riunioni della “Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” (ad esempio, a Marburg: VVDStRL 79 (2020), pp. 415 ss.).

Le sue traduzioni italiane di testi classici tedeschi (da R. Smend, H. Kelsen, E. Fraenkel) sono uniche e preziose. Anche io gli sono debitore della traduzione di molti miei scritti in italiano (ad esempio P. Häberle: “Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura”, 2001). Luther è stato molto attivo anche come curatore, come ad esempio nel caso degli Scritti in onore di G. Zagrebelsky, 2016 (onorò anche me collaborando alle due Festschrift a me dedicate nel 2004 e nel 2014: l'originalità del suo contributo, in quest'ultimo caso, è evidente e accattivante già nel titolo: “La cultura costituzionale dell'homo ridens”). Non meno fruttifero il suo rapporto con il genere della recensione, oggi in pericolo: ricordo le sue recensioni di molti autori italiani (tra cui F. Lanchester e P. Ridola) e tedeschi (per ulteriori riferimenti si v. la bibliografia generale già richiamata). In tutti questi lavori, ha dimostrato la sua eccellente padronanza di entrambe le lingue (italiano e tedesco): riusciva sempre a coglierne le sfumature più sottili.

Tra le sue molte pubblicazioni italiane, vorrei ricordare almeno le tre monografie su “Idea e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento”, 1990, “Pratica dei diritti fondamentali”, 2000; “Europa costituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale”, 2007. Grazie alle sue grandi doti, che includevano anche una profonda conoscenza della storia della cultura, pubblicò sulle principali riviste giuridiche italiane, ma anche spagnole, come – per esempio – la “Revista de Derecho constitucional europeo” pubblicata a Granada. Il suo ultimo saggio è dedicato a “La cultura de los derechos culturales” (pubblicato nel già richiamato volume in suo onore, alle pp. 643 ss.). Le attuali restrizioni alla vita culturale dovute alla pandemia (compresi teatri e teatri d'opera, sale da concerto, musei, cinema) lo avrebbero profondamente colpito, come hanno colpito noi tutti, specie in paesi di grande tradizione culturale come l'Italia e la Germania. La vita culturale era per lui qualcosa di essenziale e cruciale, fondamento della sua stessa esistenza. E ciò contrasta con l'attuale situazione tedesca, nella quale lo “status culturalis hominis” è minacciato in forma molto seria. E tuttavia, questo peculiare status è in grado di riconfigurare l'intera dottrina classica degli status (che dobbiamo a G. Jellinek), la quale pure è in pericolo.

In virtù di tutti questi importanti contributi, il profilo di Jörg Luther è quello di un vero e proprio “giurista europeo” e, al tempo stesso, di un umanista con talento per le lingue straniere, colto, sensibile, tollerante e con una grande capacità di ascolto.

5. Infine, meritano una specifica menzione i suoi numerosi “viaggi scientifici” in paesi vicini e lontani. Restò fedele alla Germania grazie alla casa paterna di Marburg e alle sue amicizie tedesche. Mi visitò a Berlino, ad esempio, nel “Wissenschaftskolleg”, in occasione del mio soggiorno negli anni 1991/92 e ci recammo più volte a Granada (dove ci esibimmo assieme in un concerto) ma anche a Speyer per un congresso della Vereinigung (nel 2015). Visitammo anche

la sua città natale, Marburg. Via via, i suoi viaggi accademici si fecero più numerosi, raggiungendo mete sempre più lontane come l'India, la Somalia e gli Stati Uniti. Assieme a me e al Prof. D'Atena (e alla moglie di quest'ultimo) si recò in Brasile nel 2005. Tutti questi viaggi hanno prodotto risultati di grande valore sul piano scientifico, per lui e per tutti noi.

In modo inimitabile, Jörg Luther ci ha lasciato una grande testimonianza sulla sua vita in Italia e in Germania, sul suo umanesimo e sul suo moderato ottimismo nel suo ultimo libro (“Il corso della vita mia”) scritto a Torino durante la malattia. La sua umiltà divenne proverbiale: voleva essere soltanto un “buon costituzionalista”. E lo fu, fino all'ultimo respiro: un esempio per tutti noi, una vita che ha portato molto frutto, nonostante una morte davvero prematura.

ABSTRACT

L'A. delinea un breve ricordo del Prof. Jörg Luther, ordinario di diritto costituzionale, recentemente scomparso.

ABSTRACT

This work is a small remembrance of the recently deceased Professor Jörg Luther, Professor of Constitutional Law.

PAROLE CHIAVE: diritto costituzionale, diritto comparato, Jörg Luther.

KEY WORDS: Constitutional law, Comparative law, Jörg Luther.



Agatino Cariola*

Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva**

SOMMARIO: 1. Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva: il problema di diversi assetti giurisdizionali. – 2. Le comuni giustificazioni della giurisdizione esclusiva. – 3. Quale impronta a fondamento della giurisdizione esclusiva? – 4. Ma che cosa sono diritto soggettivo e interesse legittimo? – 5. La giurisdizione per blocchi di materie quale criterio di riparto. - 6. I problemi della giurisdizione esclusiva: il riconoscimento del danno. – 7. Segue: giurisdizione sugli atti o sul rapporto? – 8. Segue: il potere del giudice amministrativo di decidere sull'efficacia del contratto. – 9. In particolare sull'efficacia inibente del ricorso incidentale nelle procedure d'appalto. - 10. Il problema della discrezionalità tecnica.

1. Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva: il problema di diversi assetti giurisdizionali

Parlare di giurisdizione esclusiva porta pressoché di necessità a trattare puramente e semplicemente della giustizia amministrativa, che è per tanti aspetti la storia stessa del diritto amministrativo, delle sue categorie concettuali e dei suoi “luoghi” di esercizio, i quali sono per definizione le sedi giurisdizionali. Ogni trattazione di diritto amministrativo non a caso deve muovere dall'illustrazione del dato storico e dalle vicende relative all'assetto giurisdizionale.

In proposito devo, però, scoprire subito le mie carte.

Capisco la posizione che vede nel pluralismo delle giurisdizioni un aspetto del pluralismo sociale. Ed in fondo la pluralità delle giurisdizioni non dovrebbe avere altro fondamento che

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Catania.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il presente contributo è destinato al volume “*Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*”, a cura di A. Fabbi, G.A. Ferro, A. Guidara, E. Nicosia, F. Randazzo (di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli), che raccoglie gli Atti del Convegno dal medesimo titolo, tenutosi a Catania nei giorni 9 e 10 aprile 2021.

quello di riflettere la varietà e la ricchezza del pluralismo che dalla società si estende alla medesima struttura statale. È, quindi, coerente con un ordinamento pluralista la presenza di più giurisdizioni (che significa, poi, in concreto l'ammissione di tavole di valori diversi in relazione ai settori interessati: si pensi alle giurisdizioni sportive organizzate, appunto, attorno al valore della solidarietà sportiva ed alle peculiarità delle formazioni sociali sportive)¹, anche se subito dopo deve ammettersi che ogni ordinamento non può non prevedere ed esercitare strumenti di riconduzione ad unità del medesimo sistema, primo tra gli altri mezzi la giurisdizione costituzionale volta ad assicurare appunto che lo svolgimento del pluralismo sociale non comporti la menomazione dei valori comuni riconosciuti nella Carta².

Nell'esperienza storica italiana, l'istituzione di più giurisdizioni non è avvenuta però in nome del pluralismo; anzi, lo stesso termine è di uso generale piuttosto recente e di certo quella pluralista non era la prospettiva accolta nelle riforme crispine del 1889-1890, anche perché lo stesso termine (ed il relativo concetto) è "figlio" della cultura politica di ispirazione cattolica che vedeva nello Stato solo uno dei mezzi di espressione del potere e, pertanto, portava a limitarne l'azione ed a guardare, invece, con entusiasmo alle manifestazioni della c.d. comunità sociale. Al contrario, in un'ottica che si muoveva tutto attorno lo Stato, giurisdizioni diverse da quella ordinaria sono state (mantenute e) previste in nome dell'insufficienza della tutela prestata dalla giurisdizione ordinaria alle posizioni giuridiche soggettive. So bene che in tal modo dissacro il vero e proprio mito delle riforme crispine e dei suoi presupposti culturali, ad iniziare dalla proposta di Silvio Spaventa. Ma può convenirsi che esse muovevano dalla constatazione dell'insufficienza di tutela apprestata alle situazioni giuridiche soggettive nei confronti del potere pubblico dalla giurisdizione ordinaria e, per questo, invece di intervenire su quest'ultima, sulla sua organizzazione e sulla sua attività, e soprattutto sulla sua "cultura", si è creato un assetto (definito poi) giurisdizionale parallelo alla prima. In fondo è rimasta assai forte la suggestione del contenzioso amministrativo (non pienamente abolito dalla riforma del 1865)³: il giudice ordinario

¹ Sull'argomento si fa sempre più intenso l'interesse della dottrina come degli operatori, v. per tutti il recente A. SIMONE, *Lo sport come ordinamento giuridico. Un profilo storico*, Torino, 2021. I rapporti tra ordinamenti sportivo e statale sono stati ancora di recente oggetto di attenzione nella legge di bilancio 2019, l. n. 145/2018, art. 1, commi 646-650, sulla quale v. *infra*, nota 13. Per l'opinione di eliminare la considerazione pubblicistica del fenomeno sportivo e valorizzarne la dimensione sociale e, quindi, privatistica A. CARIOLA, *I rapporti tra giurisdizione sportiva e statale: è possibile un ritorno al privato?*, in *Foro amministrativo CdS*, 2010, 2257 ss.

² Al riguardo sempre attuale l'insegnamento di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. diritto*, 1975, 579 ss.

³ Al riguardo R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in G. MIELE, a cura di, *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, 204, ove la notazione che «la legge del 1865 all. E piuttosto enfaticamente fu intitolata abolitrice del contenzioso amministrativo. In realtà – come già notava il Meucci nel 1891 – la soppressione non fu totale» e rimasero assegnate al Consiglio di Stato le materie di giurisdizione «propria», che costituiscono il nucleo delle materie successivamente attribuite a titolo di giurisdizione esclusiva. Tra esse rientrava la definizione dei conflitti tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria, che «attenuava in gran parte il beneficio della abolizione del contenzioso amministrativo», sollevando critiche che portarono poi all'emanazione della legge 31 marzo 1877 n. 3761, che trasferirono tale competenza alla Corte di cassazione. Sull'argomento è classico G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871. L'aver conservato al Consiglio di Stato la cognizione sui conflitti di giurisdizione rispondeva, del resto, alla logica accentratrice della concezione dell'amministrazione quale apparato del tutto identificato con il Governo. A fronte della varietà delle fattispecie di conflitti

si sentiva parte della struttura statale e non poteva decidere su e contro di essa⁴. La soluzione del 1889 fu quella di assegnare ad un organo già esistente interno all'apparato amministrativo la cognizione dei rapporti in cui era parte lo Stato: come è noto la stessa qualificazione della competenza – e di converso della struttura – siccome giurisdizionale avverrà tempo dopo, forse perché al tempo si pensò che intercettasse il divieto di tribunali straordinari sancito dall'art. 71 dello Statuto⁵. Con il senno del poi diremmo che un intervento razionale sarebbe stato quello sulla tutela giurisdizionale comune, portando a compimento la riforma del 1865, ed evitando di mantenere vuoti di tutela. Si tratta di una tendenza ripetuta nella storia italiana, perché le volte in cui si avverte che una struttura amministrativa risulta di funzionamento deficiente, non la si abolisce, ma le si affianca altro apparato, volto ad autolegittimarsi, in una moltiplicazione di attività e, pure, alla fine di incombenze per il soggetto privato al quale si richiede di percorrere diverse procedure presso vari soggetti.

Il fatto è che valutazioni di opportunità – come sono state da sempre quelle sull'assegnazione dei settori materiali ai vari assetti giurisdizionali: potrebbe dirsi sia nelle posizioni di Mancini come poi in quelle di Spaventa – sono divenute quasi ragioni ontologiche, necessariamente da preservare. Questo è stato un vero e proprio salto concettuale e si è finito per guardare alle attribuzioni giurisdizionali come a sostanze quasi metafisiche, mentre si tratta di partizioni dell'unica funzione giurisdizionale.

La realtà – come si notava all'inizio – è che il diritto amministrativo è il processo e che quest'ultimo a sua volta è storia (della quale fanno parte interventi legislativi, ma anche le

che potevano insorgere sul territorio nazionale, la soluzione fu quella di “sfiduciare” i giudici locali (che magari provenivano dalla formazione ricevuta e dall'esperienza maturata negli Stati preunitari: cioè a dire, in concreto, potevano conservare posizioni di fedeltà ai precedenti regimi) e di accentrare la definizione dei conflitti nell'organo di diretta collaborazione con il Governo. Insomma, l'istituto dei conflitti di giurisdizione già nel 1865 si poneva al centro del sistema di diritto amministrativo che in quel tempo si conformava. Esso continua tuttora ad esercitare influenza nel diritto amministrativo. Si pensi al recente *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, siglato tra i titolari degli organi di vertice delle tre giurisdizioni il 15 maggio 2017, in *Foro it.*, 2018, V, 57 ss., con commenti di A. PROTO PISANI – G. SCARSELLI, G. CANZIO, A. CARATTA – G. COSTANTINO – G. RUFFINI, A. LAMORGESE, E. SCODITTI, G. AMOROSO, F. PATRONI GRIFFI, M. LUCIANI, S. CASSESE – L. TORCHIA, A. TRAVI, C. CONSOLO, A. COSENTINO, A. PAJNO, G. D'AURIA, C.M. BARONE – R. PARDOLESI.

Per la notazione che anche l'Adunanza plenaria n. 1/1978, la quale ha aperto alla possibilità di impugnare le ordinanze cautelari dei tribunali amministrativi regionali, fosse ispirata all'esigenza di controllare da subito le decisioni adottate da un ceto magistratuale di recente formazione, diffuso sul territorio e diverso da quello presente nella sede del Consiglio di Stato, A. CARIOLA, *L'appellabilità delle ordinanze istruttorie del giudice amministrativo. Un'occasione utilizzata ... a metà*, in *Foro amm.*, 2020, 155 ss.

⁴ Il punto relativo alla cultura della magistratura del periodo statutario meriterebbe di essere svolto con accuratezza. Di certo può rilevarsi che già gli artt. 68 e 69 dello Statuto albertino (con le rispettive proclamazioni che «la giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli istituisce» e che «i giudici [sono] nominati dal Re») evocavano l'immagine di una magistratura espressione del potere statale, cioè a dire (con una distinzione che sarà elaborata decenni dopo) dello Stato-persona e non certo dello Stato-ordinamento o comunità. Ancora oggi la cultura della magistratura italiana – particolarmente di quella amministrativa per la diffusa ed assai sospetta utilizzazione dei magistrati amministrativi presso gli uffici ministeriali – appare legata all'impianto che fa dello Stato la misura di ogni cosa e identifica *tout court* l'interesse pubblico con quello statale, anche nell'epoca in cui il pluralismo istituzionale accolto in Costituzione, specie all'art. 5, condurrebbe a dare rilievo alla molteplicità degli interessi pubblici ed ai relativi portatori.

⁵ Tali vicende sono assai note, ma è sempre lucida la ricostruzione della giurisprudenza ottocentesca di E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino verso la pubblica amministrazione. Appunti dalle lezioni*, Milano, 1964, 94 ss.; da cui ha preso le mosse S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977. Valorizza la prospettiva storica che ha condotto alla giurisdizione amministrativa ed alla sua estensione M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

pronunce giurisdizionali). Purtroppo, la Costituzione ha finito per cristallizzare un percorso: gli artt. 24, 100, 103 e 111 (al tempo, terzo comma; oggi ottavo) hanno finito per bloccare una storia che per definizione dovrebbe essere in continuo divenire. Sono state cristallizzate due nozioni, di per sé aperte – o forse vuote – e cui è stato necessario attribuire un contenuto. Attorno le due nozioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, che dovrebbero essere situazioni giuridiche viste dalla parte del soggetto privato che ne è titolare, si sono formate burocrazie magistratuali che ne difendono i confini, secondo logiche in cui si smussa l'esigenza di tutela del singolo, che pure dovrebbe essere il motore propulsivo di ogni considerazione sull'accesso alla tutela giurisdizionale.

Da posizioni di vantaggio a favore di un soggetto ben individuato, diritto soggettivo ed interesse legittimo sono divenuti - per così dire - campi di esercizio delle potestà giurisdizionali assegnate a corpi diversi dello Stato. È come ci scordassimo che la stessa indipendenza della magistratura – e si dovrebbe dire delle magistrature – non è affatto il valore primario nella considerazione del “servizio giustizia”: il valore fondamentale è la tutela di singoli individui, enti e gruppi; da Montesquieu in poi l'autonomia e l'indipendenza della magistratura (non è scopo a sé stessa, ma) è strumentale/servente al fine di garanzia delle libertà.

Ecco perché sono diventato sempre più un sostenitore dell'unicità della giurisdizione, mi affascina la figura di Pasquale Stanislao Mancini ed il suo sforzo per porre basi giuridiche rinnovate allo Stato unitario appena formatosi⁶. L'idea di porre fine alle tante giurisdizioni preunitarie e di rinforzare la tutela giurisdizionale mi pare una posizione tuttora assai moderna, idonea a far sviluppare su basi razionali l'intero ordinamento in tutte le sue sfaccettature. Specie per il fatto che lo stesso Mancini fondava quella riforma sul «concetto dominante di questa grande e liberale riforma, per cui l'Amministrazione riducevasi in condizioni pressoché di eguaglianza co' privati litiganti, ed il contenzioso giuridico che la riguardava passava sotto la competenza dell'unica e generale giurisdizione ordinaria de' Tribunali»⁷. Insomma, a prendere sul serio il valore dell'eguaglianza molti dogmi del diritto amministrativo andrebbero tuttora rimeditati e continua ad esercitare intensa suggestione la tesi di M.S. Giannini sulla formazione di un diritto comune⁸. Andrebbe guardato con estrema diffidenza il “medioevo” di giurisdizioni e riti speciali che l'ordinamento giuridico italiano continua a moltiplicare.

⁶ Invero lo stesso P.S. MANCINI ricordò il percorso che portò alla legge del 1865 nella *Relazione* che stese per la Commissione che si occupò dell'istituto dei conflitti di giurisdizione nel Primo Congresso giuridico italiano, tenutosi a Roma nel 1872, ed i cui *Atti* furono pubblicati lo stesso anno, 327 ss., ora in G. ALPA, a cura di, *Atti del primo congresso giuridico italiano*, Bologna, 2006, 323 ss. Invero, ci si accorse che aver conservato al Consiglio di Stato la cognizione sui conflitti di giurisdizione portava ad «abusi» e che quindi era necessario trasferire tale competenza «al Supremo Magistrato dell'ordine giudiziario». Da qui la legge n. 3761/1977, il cui impianto è poi confluito nel codice di rito.

⁷ P.S. MANCINI, *Relazione*, cit., 329; in G. ALPA, a cura di, *Atti del primo congresso giuridico italiano*, cit., 325.

⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 866.

Atteso che l'unità della giurisdizione richiede la revisione costituzionale⁹, potrebbe profilarsi in ogni caso l'unità della magistratura¹⁰: cioè che a Costituzione invariata sia possibile organizzare un unico ceto burocratico magistratuale, sottoposto ad un unico Consiglio superiore della magistratura, ed il quale di volta in volta svolge le funzioni giurisdizionali presso gli organi giurisdizionali ordinari, amministrativi, contabili, tributari (in parte starebbero solo i tribunale militari, e sempre con l'impugnabilità in cassazione delle loro decisioni in tema di libertà personale). Ma per ora si tratta solo di proposte destinate ad essere proclamate nell'indifferenza.

Non è peregrino, invece, ripercorre gli sviluppi della giurisdizione esclusiva amministrativa ed indicare taluni problemi che l'esperienza legale conosce.

2. Le comuni giustificazioni della giurisdizione esclusiva

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su «particolari materie» è stata costruita su un criterio di ripartizione della giurisdizione diverso da quello che si è sviluppato a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 e poi dalle leggi crispine del 1889-1890 e che dovrebbe essere quello abitualmente applicato, basato cioè sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere¹¹.

Potrebbe dirsi che siffatto criterio è sopravvissuto alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo¹², ha ricevuto consacrazione formale con il rd n. 2840/1923, poi tu n. 1504/1924; è stato valorizzato con la l. n. 205/2000 ed è letteralmente esploso con il codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104/2010, il cui art. 133 elenca un fitto coacervo di materie la cui cognizione è assegnata alla giurisdizione del g.a., intersecandosi con quella di merito e –

⁹ Come è noto, la proposta di revisione costituzionale nota sotto il nome di D'Alema, dal presidente della Commissione parlamentare che l'ha elaborata in attuazione della l.cost. 24 gennaio 1997, n. 1, prevedeva che «il Consiglio di Stato [fosse solo] organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo», e la Corte dei conti solo «organo di controllo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa», art. 113; che «la giurisdizione amministrativa [fosse] esercitata dai giudici dei tribunali regionali di giustizia amministrativa e della Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio di pubblici poteri», e comprendesse anche la cognizione della «responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre materie indicate dalla legge», art. 119. Ma la proposta non ha avuto seguito e non manca chi ritiene che ad ostacolarla sia stata anche l'ostilità delle magistrature amministrative riguardo tale riforma.

¹⁰ È la tesi di G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 707 ss.; ripresa da A. CARIOLA, *L'unità della magistratura*, in www.federalismi.it, 2015.

¹¹ Sulla giurisdizione esclusiva v. le trattazioni di M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. SASSANI, R. VILLATA, a cura di, *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 151 ss.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁹, aggiornamento a cura di F. FRACCHIA, Milano, 2017, 818 ss.; A. ZITO, M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*⁸, Torino, 2020, 99 ss.; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, ivi, 115 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*¹⁴, Torino, 2021, 186 ss.; M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 107 ss.

¹² Si è ricordato già alla nota 3 che R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, cit., 204 s., notava non a caso che la legge abolitrice conservava al Consiglio di Stato giurisdizione «propria» sui conflitti tra autorità amministrativa e giudiziaria e su altre controversie ad iniziare da quelle tra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti le leggi sul debito pubblico, ancora oggi contemplata dall'art. 133, lett. v, d.lgs. n. 104/2010 (anche se non si comprende quale possa essere la situazione di interesse legittimo in capo al risparmiatore che attrae al giudice amministrativo la cognizione di diritti soggettivi discendenti dai «contratti aventi per oggetto i titoli di Stato»). Sul punto ancora *infra* nel testo.

particolarmente critica, almeno in alcune vicende: si pensi alla protezione civile¹³ - con il criterio della competenza territoriale tutto a favore del Tar Lazio, sede di Roma (art. 135).

¹³ Non può smettersi di criticare la pronuncia della Corte costituzionale n. 237/2007, che ha ritenuto legittima l'attribuzione operata dal d.l. n. 245/2005, conv. in l. n. 21/2006 a favore del Tar Roma della competenza a conoscere dei provvedimenti adottati nelle situazioni di emergenza dichiarate ai sensi della legge sulla protezione civile, l. n. 225/1992. Invero, anche ad ammettere che costituisce una precipua competenza del Governo quella di disciplinare gli eventi di natura straordinaria che richiedono l'utilizzo di poteri straordinari, ed a riconoscere che le funzioni di protezione civile «hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione»; non si comprende perché la cognizione di tali atti debba essere fatta solo dal Tar Roma, che risulterebbe dotato di particolari competenze e specializzazioni. La Corte costituzionale ha trascurato che per l'art. 117, comma 3, Cost., la «protezione civile» è materia concorrente, di modo che l'attività dello Stato dovrebbe limitarsi alla posizione dei principi fondamentali della materia e, in ogni caso, non può escludersi l'attività gestionale delle regioni. La stessa legge n. 225/1992 istituiva il Servizio nazionale della protezione civile comprendente le amministrazioni statali, regionali e locali, ma anche enti pubblici nazionali e territoriali, istituzioni ed organizzazioni pubbliche e private. L'organizzazione del servizio sembrava riprendere il modello amministrativo di stretta integrazione tra diversi livelli di gestione sul quale già richiamava l'attenzione L. TORCHIA, *Le amministrazioni nazionali*, Padova, 1988. Addirittura, ora l'art. 3 d.lgs. n. 1/2018 include nel servizio le tante autorità di protezione civile competenti ad intervenire e che, riprendendo le medesime parole dell'art. 118 Cost., «secondo il principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, garantiscono l'unitarietà dell'ordinamento esercitando, in relazione ai rispettivi ambiti di governo, le funzioni di indirizzo politico in materia di protezione civile». È noto che si è fatto ricorso alle dichiarazioni di emergenza ex art. 5 l. n. 225 per tanti eventi, anche non calamitosi, cfr. per tutti F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, In AA.VV. (a cura di), *Annuario 2006 AIPDA*, Associazione italiana professori di diritto amministrativo, Milano, 2006, 93 ss. Ma allora, a fronte di atti che hanno in gran parte efficacia locale quando non sono adottati da organi (alcune volte di nomina statale, epperò) legittimati ad operare solo in ambito regionale, non si spiega perché non valga l'attrazione verso il tribunale amministrativo regionale, che è quello insediato sul territorio interessato, in applicazione dell'art. 125 Cost. L'attribuzione alla sede romana di tante controversie getta, in realtà, una luce sospetta proprio su tale organo giurisdizionale. Sul tema ancora *infra* le osservazioni nel testo ed a nota 21.

L'art. 125 Cost. esige un'organizzazione della giustizia amministrativa articolata sui territori regionali in considerazione della necessità di avvicinare la giurisdizione ai cittadini mentre, al contrario, l'accentramento di competenze in capo all'unico giudice comporta se non altro l'aumento dei costi di accesso al servizio giustizia e, di conseguenza, ha riflessi sull'effettività della tutela giurisdizionale. Probabilmente anche a proposito dell'organizzazione giudiziaria è da valorizzare il principio di sussidiarietà in senso orizzontale che l'art. 118 Cost. (ma già l'art. 5 allorché parla di decentramento) pone a fondamento dell'assetto amministrativo. Sull'applicazione all'organizzazione giudiziaria dell'art. 97 Cost. v. già M. NOBILI, in G. BRANCA, a cura di, *Commentario della Costituzione, sub art. 25*, Bologna-Roma, 1981, 135 ss. e quell'insegnamento può essere esteso a tutti i criteri costituzionali sulla pubblica amministrazione. In ogni caso, l'art. 125 Cost. esprime il valore che lo Stato amministrativo (è Stato regionale e che) assicura la prossimità degli organi giurisdizionali alle comunità insediate nei territori/periferie. La somma delle competenze del Tar Lazio, Roma, porta a snaturare per quantità/qualità l'articolazione della giustizia amministrativa quale voluta dall'art. 125. Non può essere a fondamento di tale accentramento «l'uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado» (secondo quanto affermato da Corte costituzionale n. 189/1992 a proposito del sindacato sugli atti del CSM ed ancora ripetuto nella sentenza n. 237/2007). L'uniformità della giurisprudenza non è di per sé un valore assolutizzato dall'ordinamento, che anzi accoglie il diverso principio della soggezione del giudice alla legge. La funzione nomofilattica nella giurisdizione amministrativa è assicurata dal Consiglio di Stato e, poi, dalla devoluzione delle questioni all'Adunanza plenaria.

A sostegno dell'accentramento di competenze a favore della sede romana non può essere nemmeno il rilievo nazionale delle funzioni di protezione civile, «precipua competenza del Governo», «data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione», sentenza n. 237/2007. Qui si tocca il punto estremamente significativo sul senso dell'organizzazione giudiziaria, se essa debba essere vista e strutturata dalla parte del Governo (e/o di ogni altra autorità amministrativa) ovvero dalla parte del cittadino che invoca tutela giurisdizionale: la soluzione non potrebbe essere che per il secondo corno dell'alternativa, di modo che non appare meritevole di considerazione la predisposizione di una sede giudiziaria conformata sull'esercizio delle attribuzioni governative.

A parte sta la notazione più generale se la protezione civile sia funzione dello Stato-persona, con la conseguenza data pressoché per assodata dalla citata sentenza n. 237 che tutti coloro i quali intervengono in materia lo fanno quali ufficiali del Governo nazionale e su delega di quest'ultimo; ovvero sia attribuzione dello Stato-comunità, con la diversa conclusione che presidenti delle regioni e sindaci interverrebbero quali esponenti delle rispettive collettività. (Ciò comporta di ripensare la distinzione oggi codificata persino negli artt. 50, comma 5, e 54, comma 4, tuel, nel senso di affermare sempre la competenza sindacale quale espressione di una legittimazione che deriva soprattutto dall'autonomia locale). La considerazione del principio

Come ancora si noterà, l'art. 133 d.lgs. n. 104 contiene un fitto elenco di rapporti assegnati alla giurisdizione esclusiva in maniera del tutto alluvionale e – lo si ammetta pure – senza un comune filo rosso.

Le giustificazioni della giurisdizione amministrativa sono comunemente individuate nella difficoltà in talune materie di discernere gli interessi legittimi dai diritti soggettivi; dalla considerazione che l'intreccio di interessi e diritti in taluni settori conduce ad una soluzione organizzativa che attribuisce ad un solo giudice di conoscere della vicenda, appunto per riparare in maniera piena al torto che il privato afferma aver subito; dalla specializzazione del giudice amministrativo, almeno sotto due profili e cioè per l'inerenza dell'interesse pubblico da tutelare e per le cognizioni tecniche che si richiedono a chi giudica del fatto amministrativo.

È subito da notare che tali giustificazioni sono tutte avanzate sul piano dell'opportunità: la stessa insistenza sull'«unità del fatto amministrativo»¹⁴ spingerebbe semmai ad impostare tutto il complicato sistema del riparto sulla distribuzione per blocchi di materie, piuttosto che su quello della situazione giuridica fatta valere. Il punto risulta significativo: se già l'impianto giurisdizionale è stato man mano costruito su valutazioni di efficienza del sistema di tutela giurisdizionale, con maggior insistenza le motivazioni tradizionalmente addotte a favore della giurisdizione esclusiva si poggiano su considerazioni di opportunità. Ciò va ricordato ad evitare che si attribuisca natura – per così dire – ontologica alla distribuzione di competenze operata dal legislatore.

Che le spiegazioni della giurisdizione amministrativa siano di opportunità, quindi piuttosto contingenti, e non di natura ontologica, lo ha mostrato la giurisprudenza che ha “inventato” la *traslatio iudicis*¹⁵ e che esclude la rilevanza d'ufficio delle questioni di giurisdizione oltre il primo grado¹⁶: il che significa che tutte le ragioni in ordine alla pretesa specializzazione di taluni assetti non riescono a fondare competenze esclusive e cedono di fronte all'esercizio in concreto di funzioni giurisdizionali da chiunque svolte. Le richiamate posizioni giurisprudenziali comportano che ogni giudice è competente a decidere su tutto e che, allora, la qualificazione delle situazioni soggettive e la perimetrazione delle materie assegnate all'una o all'altra giurisdizione –

di sussidiarietà e la presenza di organizzazioni private nelle vicende di protezione civile (ed appunto la presenza della “materia” tra quelle di legislazione concorrente) dovrebbero condurre ad esaltare la dimensione sociale e comunitaria di tale funzione.

Considerazioni in parte analoghe ed in parte diverse possono essere rivolte all'assegnazione al Tar Roma delle controversie avverso atti del CONI e delle Federazioni sportive, operato dal d.l. n. 220/2003, conv. in l. n. 280/2003, e confermato dalla più recente l. 145/2018, art. 1, commi 647-650, in ordine alle controversie relative ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche». A tale proposito l'osservazione riguarda la riforma costituzionale del 2001. Infatti, anche dell'«ordinamento sportivo» l'art. 117, comma 3, Cost. fa una materia di legislazione concorrente, come se per le varie discipline fossero in Italia campionati regionali e la stessa organizzazione della giustizia sportiva non fosse su base nazionale. Probabilmente la riforma costituzionale del 2001 intendeva innestare processi di riforma che non ci sono stati (oltre allo sport, si pensi al settore della tutela e sicurezza del lavoro, delle professioni, della previdenza complementare e integrativa, della produzione e della distribuzione dell'energia, delle casse di risparmio, delle grandi reti di trasporto e di navigazione, su cui è intervenuta Corte cost. n. 303/2003); oppure l'intervento che su tali settori ha preteso riformare addirittura la Costituzione in un'ottica contingente è stato semplicemente sbagliato e le vicende successive si sono occupate di non applicarlo.

¹⁴ Così efficacemente R. MEREGAZZI, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, cit., 211.

¹⁵ Cass. s.u. n. 4109/2007 e n. 7446/2008, poi Corte cost. n. 77/2007, prima ancora della l. n. 69/2009.

¹⁶ Tra le tante Cass. s.u. n. 21260/2016; n. 1309/2017; n. 22439/2018; n. 33685/2018; n. 29081/2019.

quest'ultima siccome disposta dal legislatore - non assumono un carattere così rilevante da importare la nullità delle decisioni giurisdizionali adottate dal giudice incompetente.

Deve insistersi sul significato sistematico espresso dalle posizioni affermate dalla giurisprudenza riguardo la *traslatio* ed il giudicato che si forma sulla giurisdizione, anche perché le comuni illustrazioni sul riparto di giurisdizione paiono talvolta ricordare il “mito” fondativo sull'istituzione della giurisdizione amministrativa, senza considerare tali sviluppi.

La circostanza che la decisione di ogni giudice faccia stato (sulla giurisdizione e pertanto) sulla definizione della controversia anche su materie assegnate ad altri assetti giurisdizionali è un fatto di gran lunga più importante della cognizione incidentale sulla legittimità di un atto al fine della sua possibile disapplicazione, perché appunto presuppone e comporta la pienezza della funzione giurisdizionale in capo ad ogni decidente.

La giustificazione della giurisdizione esclusiva su ragioni di opportunità estende per un verso la possibilità del legislatore di intervenire ad organizzare il servizio giustizia; ma per altro verso – ed è un punto sul quale in futuro possono continuare gli interventi del giudice delle leggi – ciò dovrebbe portare a riconsiderare sempre criticamente l'attribuzione di un settore materiale ad uno o ad un altro assetto giurisdizionale.

Ad esempio, dopo le varie leggi sul pubblico impiego che hanno visto alla fine con la n. 421/1992 operare la cd. privatizzazione del pubblico impiego e soprattutto dopo il d.lgs. n. 80/1998 che ha privatizzato anche il rapporto di lavoro dei dirigenti generali, viene da chiedersi che senso abbia conservare la giurisdizione esclusiva sul rapporto di lavoro dei docenti universitari, ma anche degli avvocati dello Stato e persino dei magistrati. La privatizzazione del pubblico impiego ha avuto tante motivazioni, ma si è mossa anche sulla base della tesi¹⁷ di considerare prioritaria la prestazione lavorativa e limitare solo all'esercizio delle funzioni pubbliche propriamente dette lo spazio tipico del pubblico impiego, appunto per quei funzionari che manifestano la volontà dello Stato. Riprendendo le parole del Rapporto Giannini, la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 68/1980 ha accolto l'idea che il settore della dirigenza pubblica, cui è assegnato l'esercizio della sovranità statale, non dovesse essere contrattualizzato¹⁸.

Ma una volta che anche il più alto ceto burocratico è legato ormai da un rapporto contrattualizzato (ed il personale diplomatico è parte di quello dirigenziale), viene meno la ragione per mantenere attratto nella logica pubblicistica il personale dipendente dallo Stato (alla fine)

¹⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, Ministro per la funzione pubblica, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, il quale a fronte del carattere assolutamente alluvionale della legislazione in materia si poneva il problema «se un'altra strada non percorribile non sia quella di privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio della potestà pubblica, conservando come rapporto di diritto pubblico solo quello di coloro ai quali tale esercizio è affidato o affidabile, cioè gli attuali direttivi e dirigenti» (4.6). Sul tema poi M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978. Sul fatto che negli anni Novanta dello scorso secolo il diritto amministrativo abbia perso la “provincia” del pubblico impiego L. TORCHIA, *Studiare il diritto amministrativo oggi*, in L. TORCHIA, a cura di, *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, 2017, 7.

¹⁸ Cfr. anche Corte cost. n. 313/1996.

diverso da quello militare¹⁹. In particolare, il mantenimento del regime pubblicistico non ha senso per i professori universitari, a parte che anche nell'ordinamento universitario della ricerca sono ormai presenti figure contrattualizzate in ordine alle quali risulta difficile l'accostamento al "vecchio" *status* del professore ordinario.

Non solo: saltando da una giurisdizione ad un'altra, è da chiedersi che senso abbia mantenere la giurisdizione contabile sui trattamenti di quiescenza di parte del personale pubblico, una volta che il trattamento pensionistico è retribuzione differita nel tempo e, soprattutto, ora che tale trattamento è calcolato secondo il metodo (non più retributivo, ma) contributivo sulla base di quanto versato anche dal lavoratore. Quella giurisdizione aveva senso allorquando il regime pensionistico era una benigna concessione di risorse pubbliche; non ha più significato una volta che è mutata profondamente la prospettiva di riferimento e si muove dal presupposto che il lavoratore ha diritto al trattamento pensionistico che anch'egli ha "costruito" a mezzo dei contributi versati.

Il lungo riferimento al pubblico impiego non è senza motivo, perché dal 1923 esso è stato la materia più estesa assegnata alla giurisdizione esclusiva.

Alla fine, il motivo più forte a sostegno della giurisdizione esclusiva formalmente istituita nel 1923 sembra essere stato l'approccio statalista proprio di larga parte della cultura ottocentesca ed esaltato dal fascismo. Non a caso l'istituzione formale della giurisdizione esclusiva riguardò appunto e soprattutto il pubblico impiego, ma il "passaggio" dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa si accompagnò nella riforma De Stefani appunto alla gerarchizzazione di tale rapporto, "spogliato" di ogni tratto contrattuale e organizzato *ad instar* della struttura militare.

Alla giurisdizione esclusiva nel 1923 è stata attribuita, oltre che sulle (già previste) controversie fra lo Stato ed i suoi creditori alla stregua delle leggi sul debito pubblico, la cognizione dei rapporti riguardanti le istituzioni pubbliche di beneficenza e di istruzione, la competenza passiva delle spese obbligatorie per Stato, province e comuni secondo le leggi in materia di sanità pubblica, i ricorsi in materia di spedalità e ricovero degli inabili al lavoro e le spese per gli alienati, i ricorsi contro i decreti prefettizi di regolazione o divieto dell'esercizio di industrie insalubri o pericolose.

Si trattava di una estensione notevole delle materie riservate al giudice amministrativo, inteso – ed è una notazione che non può non farsi – quale giudice dello Stato-persona. Ma è indubbio

¹⁹ Né potrebbe dirsi che una logica comune vale per magistrati, militari, funzionari e agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari, discendente dall'art. 98, comma 3, Cost. e dalla possibilità lì prevista di stabilire il divieto di iscrizione ai partiti politici. Infatti, da quella norma – eccezionale, per quanto legata al valore da assegnare all'imparzialità amministrativa da tutelare anche verso l'esterno – non sembrano poter derivare conseguenze in ordine alla cognizione del rapporto di lavoro ed al riconoscimento di taluni diritti. Ad esempio, la possibilità di valersi dei benefici riconosciuti dalla l. n. 104/1992 ai familiari di soggetti portatori di handicap vale per tutti i lavoratori, compresi gli appartenenti ai corpi militari e di polizia, e non si vede perché il giudice del lavoro possa decidere diversamente dal giudice amministrativo.

Per quanto riguarda i magistrati ordinari è da ricordare che la cognizione delle relative vicende di lavoro è oggi sottoposta a giurisdizioni diverse, senza in fondo alcun motivo sostanziale. Infatti, per l'art. 17 l. n. 195/1958 i provvedimenti sui magistrati adottati dal CSM sono ricorribili avanti il giudice amministrativo, ad eccezione di quelli disciplinari la cui cognizione è assegnata alla Corte di cassazione a sezioni unite (civili, ma con il rito del Codice di procedura civile). Eppure, un provvedimento disciplinare (al limite la rimozione e la destituzione) non è meno incidente sul rapporto di lavoro del magistrato di una promozione o di un trasferimento di sede. Di recente Tar Lazio, n. 11814/2020, e Cds, n. 215/2021, hanno negato la giurisdizione amministrativa – ed affermato quella ordinaria – su una vicenda che ha visto la decadenza di un magistrato eletto al CSM per il superamento dei limiti di età fissati per il rapporto di lavoro/servizio.

che l'attrazione alla giurisdizione esclusiva di vicende quali quelle in materia di istituzioni di assistenza e di educazione si legava all'idea (di non riconoscere alcun pluralismo sociale e) di fare dello Stato il soggetto titolare di competenze al riguardo. Lo stesso è da dire per l'attribuzione in ordine alle spese per sanità pubblica e ospedalità. Istruzione e sanità pubblica sono interessi dello Stato, secondo un'accezione tutta pubblicistica.

3. *Quale impronta a fondamento della giurisdizione esclusiva?*

La legislazione più recente ha assegnato alla giurisdizione esclusiva la cognizione di rapporti tanto diversi²⁰.

Può dubitarsi che l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione su una tale messe di rapporti abbia un filo comune. Invero, sembra che la regolazione di ogni "nuovo" settore legato alla "crescita" delle funzioni statali abbia comportato la creazione di "nuove" materie di giurisdizione esclusiva. Anzi, come anticipato, poiché autorità comunque con sede nella capitale svolgono attività sull'intero territorio nazionale, l'istituzione della giurisdizione esclusiva significa

²⁰ L'elenco è lunghissimo. L'art. 133 d.lgs. n. 104/2010 riporta le controversie in materia di «risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo»; quelle su «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni», e ciò malgrado la valorizzazione delle norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa, per la lettera dell'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241/1990; la «determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo»; la «nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato»; il «diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa»; le «controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici»; le «controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi»; le «controversie concernenti l'esercizio del diritto a chiedere e ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali»; le «controversie ... relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative»; «le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio»; «le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità»; «le controversie aventi ad oggetto i decreti di espropriazione per causa di pubblica utilità delle invenzioni industriali»; le «controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico»; le vicende «aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi» della legge sulla protezione civile e sul ciclo dei rifiuti; le controversie sui «provvedimenti anche contingibili e urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato»; le «controversie aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alla disciplina o al divieto dell'esercizio d'industrie insalubri o pericolose»; le controversie in materia di danno all'ambiente; quelle «relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari»; le controversie in materia di passaporti; quelle «tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico»; le controversie avverso atti delle autorità indipendenti e delle agenzie di regolamentazione del settore postale e per la regolazione e la vigilanza in materia di acque; quelle su atti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive; le controversie sui provvedimenti sanzionatori adottati a carico dei vertici degli enti del servizio sanitario in caso di dissesto; le controversie sull'esercizio dei poteri speciali inerenti alle attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e della sicurezza nazionale e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni»; le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, paragrafo 3, TFUE; quelle già citate sui provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche.

concretamente l'assegnazione di competenze al Tar Lazio ed alla sua sede romana. In ogni caso siffatto esito è stato disposto dalla legislazione intervenuta, spesso ad opera della decretazione d'urgenza di sospetta legittimità²¹.

Seguire la legislazione importa uno sforzo non indifferente. Ad esempio, al di fuori dell'elenco del codice di giustizia amministrativa, la l. n. 96/2012 ha istituito una Commissione formata da magistrati ordinari, amministrativi e contabili per controllare i rendiconti dei partiti e dei movimenti politici; il d.l. n. 149/2013, conv. in l. n. 13/2014, ha rinominato la Commissione e ne ha esteso le competenze sino al controllo sugli statuti dei partiti; nell'occasione è stata prevista la giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie che possono derivarne, con l'eccezione della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni amministrative²². Ora, anticipando svolgimenti che saranno avanzati anche in seguito, il punto è che risulta difficile ammettere che l'esercizio della libertà di associarsi in partiti politici, riconosciuta dagli artt. 18 e 49 Cost. oltre che dall'art. 12 CDFUE, possa qualificarsi di interesse legittimo alla stregua della categorizzazione usuale, secondo cui la giurisdizione esclusiva comporterebbe l'attrazione dei (frammenti di) diritti soggettivi verso il giudice degli interessi legittimi, se ed in quanto questi ultimi siano presenti in misura maggiore. Il sospetto è che la giurisdizione esclusiva "copra" la diversa scelta del giudice amministrativo romano.

Le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2005 e n. 161/2006, ma anche le decisioni n. 162/2012 e 94/2014, hanno adottato la prospettiva che l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva della cognizione di talune materie sia sottoponibile al sindacato di costituzionalità in ordine all'inerenza della materia con l'esercizio del potere pubblico. Da valutazioni di opportunità, come erano state in passato giustificate le assegnazioni di alcune materie alla giurisdizione esclusiva, si è passati a considerazioni di natura ontologica, dotate di fondamento costituzionale. Il che comporterebbe che le sistemazioni attuali sarebbero insuscettibili di essere modificate²³. Invero, la sentenza n. 204 aveva escluso che il legislatore disponga di «una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva»: egli avrebbe solo «il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e

²¹ Insomma, sulle giurisdizioni il legislatore interviene in maniera assolutamente contingente e come se l'art. 125 Cost. non vi fosse o non esprimesse alcuna valenza precettiva. È molto sospetta, come anticipato, la circostanza, infatti, che l'individuazione del Tar Lazio, Roma, quale sede competente per la definizione di alcune controversie abbia comportato anche il trasferimento delle vicende pendenti presso altri tribunali, art. 3, d.l. n. 220/2003, conv. in l. n. 280/2003; art. 3 d.l. n. 245/2005, conv. in l. n. 21/2006; art. art. 1, comma 650, l. n. 145/2018. Ciò sembra violare il principio di precostituzione del giudice naturale ex art. 25 Cost. e art. 6 Cedu, specie alla luce del carattere provvedimentoale di parte della decretazione d'urgenza. Pare che preoccupazione del legislatore emergenziale sia stata quella di "scegliersi" il tribunale romano e ciò sembra per l'appunto un esito assai discutibile. Cfr. retro nota 13.

²² Sull'argomento A.G. LANZAFAME, *Brevi note sul controllo giurisdizionale sugli statuti dei partiti politici dopo il d.l. n. 149/2013*, in questo volume.

²³ Tranne le occasioni in cui il legislatore si sia discostato da consolidati orientamenti del giudice del riparto, come nelle fattispecie decise da Corte costituzionale n. 162/2012 e n. 94/2014. Va segnalato, però, che l'attribuzione al giudice amministrativo (ed al Tar Roma) della cognizione sui provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia era stata contestata in giudizio proprio da quest'ultima.

non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie». Alla stregua di quella decisione²⁴ l'estensione generalizzata dovrebbe essere sospetta; eppure, ciò non ha impedito la dilatazione pressoché indiscriminata di materie assegnate alla giurisdizione esclusiva.

L'estensione della giurisdizione esclusiva ad una tale vastità di rapporti ha un'impronta indubbiamente statalista. Si pensi solo all'attribuzione al giudice amministrativo (romano) delle controversie sui provvedimenti delle autorità indipendenti. Se l'attività delle autorità indipendenti riguarda la regolazione di taluni mercati²⁵, assegnare al giudice amministrativo la cognizione di tali rapporti significa attrarre tale regolazione (dalla sfera sociale e/o dello Stato-comunità) nell'ambito del potere pubblico, anche se ne rimane dubbia la sottrazione al giudice ordinario che è, pure, in generale il giudice dei rapporti economici (anche di relevantissimo impatto). Si vuol dire che una cosa è la regolazione dei mercati dal punto di vista – per così dire – della società ed allora non vi è ragione per sottrarre la cognizione di tali rapporti al giudice comune, specie a dare rilievo alla norma costituzionale che sembrerebbe porre sullo stesso piano «l'attività economica pubblica e privata». Altra cosa è la regolazione secondo un impianto pubblicistico che fa leva, allora, sull'esercizio di potestà *lato sensu* discrezionali²⁶.

Lo stesso è da dire riguardo l'attribuzione al giudice amministrativo delle vicende relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, operata dall'art. 6 della l. n. 205/2000, ed oggi prevista appunto dall'art. 133 cpa²⁷. Invero, non si comprende perché l'amministrazione che opera quale soggetto economico – sia pure il soggetto più rilevante – debba essere sottoposta ad un giudice diverso da quello competente a conoscere di tutti i rapporti economici²⁸. Il procedimento di aggiudicazione altro non è che un procedimento contrattuale, all'interno del quale vige il “comune” canone di correttezza. Ora, sottrarre al giudizio della Cassazione un consistente settore della vita economica del Paese non è esente da dubbi di costituzionalità perché si integra in concreto la violazione dell'art. 103 Cost. (non si trasferiscono più «particolari materie», ma un intero settore) e dell'art. 111, comma VII, Cost. per la vanificazione della giurisdizione/competenza della Corte di cassazione e della sua funzione nomofilattica.

Come si vede, l'assegnazione di un settore materiale alla giurisdizione esclusiva rimane sempre (almeno) problematica.

²⁴ Sempre dalla sentenza n. 204: «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice “della” pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

²⁵ Per tutti sul tema K. PECCI, F.G. ALBISINNI, *Il giudice e la regolazione*, in L. TORCHIA, a cura di, *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, cit., 286 ss.

²⁶ Ad essere sospettosi può dirsi che è l'intenso potere di cui godono le autorità indipendenti ad essere oggetto di attenzione se non di mira da parte della burocrazia magistratuale amministrativa.

²⁷ Sull'art. 6 della l. n. 205/2000 C. DEODATO, in G. MORBIDELLI, a cura di, *Codice della giustizia amministrativa*, Milano 2008, 364 s.

²⁸ Sull'argomento già A. CARIOLA, *Libertà d'impresa ed efficienza della p.a.: del ragioner per principi e vederne le applicazioni*, in S. LICCIARDELLO, a cura di, *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, Torino, 2018, 175 ss., 185 ss., dove si è notato che non sarebbe blasfemo istituire un solo giudice dell'economia, con cognizione sui rapporti tra le imprese ed i procedimenti contrattuali, a prescindere dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti.

Su altro piano, prospettiva da non trascurare potrebbe e dovrebbe essere quella che – sulla scorta della lezione di Spaventa – valuti l’efficacia di tutela che comporta in capo alla situazione soggettiva fatta valere l’assegnazione della materia al giudice amministrativo. Ma ciò richiede di sciogliere il nodo medesimo del giudizio amministrativo: se esso, cioè, è funzionale alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive ovvero alla tutela dell’interesse pubblico, la cui sussistenza non a caso è spesso indicata dal giudice amministrativo a giustificazione di atti altrimenti da riconoscere illegittimi. È un’ambiguità che percorre l’intero processo amministrativo. L’art. 103 Cost. adotta la prospettiva tutta liberale di dover assicurare «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione»²⁹; sembrerebbe quindi porre in primo piano la garanzia delle situazioni giuridiche individuali. Ma il codice di rito ha lasciato irrisolto il problema, tanto è vero che a costo di un’ineleganza linguistica l’art. 1 non ha oggetto³⁰.

Infine, altro profilo da considerare è quello della razionalità interna e/o sistematica delle soluzioni ideate dal legislatore. Ad esempio, in applicazione della delega contenuta nella l. n. 69/2009, il d.lgs. n. 104/2010 ha previsto una forma di giurisdizione esclusiva (ed uno speciale rito) per gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni locali e regionali. A parte che il rito non è aperto ai candidati esclusi, in violazione degli artt. 3, 24, 51 e 113 Cost., ciò che stupisce è che l’esclusione dei candidati potrebbe essere disposta dall’ufficio elettorale per problemi di eleggibilità e/o candidabilità, vicende che integrano questioni da sempre ritenute di diritto soggettivo (e non solo di operazioni elettorali), attribuite alla giurisdizione ordinaria. Vi è insomma una sovrapposizione di giurisdizioni, niente affatto all’insegna della razionalità.

²⁹ Lo ha ricordato appunto Corte costituzionale n. 204/2004.

³⁰ Infatti, come noto, l’art. 1 riporta che «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»; solo che il verbo tutelare è transitivo e richiede un oggetto. Lo stesso è da dire per il titolo dell’articolo, dedicato a «effettività», senza specificare se essa si riferisce all’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, quindi, dalla parte del cittadino; ovvero all’effettività dell’azione amministrativa, che è pure il valore consacrato dall’art. 97 Cost. e dall’art. 41 CDFUE. Lo stesso è da dire per l’art. 2 del codice di giustizia contabile, d.lgs. n. 174/2016: la «tutela piena ed effettiva» assicurata dalla giurisdizione contabile si riferisce alla tutela delle posizioni soggettive sottoposte al giudizio del magistrato contabile o al recupero delle risorse pubbliche?

La mancanza di oggetto nell’art. 1 d.lgs. n. 104/2010 e nell’art. 2 d.lgs. n. 174/2016 non sembra solo frutto di un’imprecisione linguistica: il fatto è (soprattutto) che i magistrati amministrativi non rinunciano alle possibilità di impiego presso le strutture ministeriali, secondo quanto previsto da una fitta legislazione, ad iniziare dall’art. 18 della l. n. 400/1988, per il segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei ministri. È questo un vero e proprio tarlo dell’indipendenza e dell’imparzialità delle magistrature. Le citazioni di Montesquieu sull’indipendenza del potere giudiziario non possono essere solo di circostanza: esse comportano la separazione della magistratura – di ogni magistratura – da altre strutture di potere, specie quelle dotate di legittimazione politica. L’eccellenza delle persone non può significare indiscriminata accettazione di doppi o tripli incarichi, di nomina politica, ed il passaggio da ruoli giudicanti a funzioni amministrative o legislative negli uffici di gabinetto ministeriale. La divisione dei poteri comporta che chi fa le leggi, non sia a sua volta il soggetto che le applica. Inoltre, il circolo vizioso che spesso si realizza tra produzione normativa e sua applicazione porta all’esito che si modifica e si cambia una legge, allorchando essa non possa estendersi in via interpretativa secondo il contingente bisogno da soddisfare. È appunto alla fine il lavoro di chi sta nei gabinetti ministeriali, svolgendo un’attività che nulla ha da fare con la giurisdizione. Le disposizioni richiamate sono frutto della “cultura” dei magistrati (specie) amministrativi, che divengono tali per proporsi al potere politico e poter svolgere funzioni diverse da quelle giurisdizionali.

4. *Ma che cosa sono diritto soggettivo e interesse legittimo?*³¹

Il primo punto critico che sempre si solleva attiene alla distinzione tra diritto ed interesse.

Sulle situazioni giuridiche le culture civilistiche ed amministrative sembrano aver seguito spesso percorsi indipendenti e sono arrivati a parlare linguaggi divenuti talvolta incomunicabili. All'interesse legittimo la dottrina amministrativistica ha dedicato tantissima attenzione e ne ha rilevato spesso il carattere composito (cioè ne ha evidenziato i diversi profili di interesse: oppositivi, pretensivi, partecipativi), ma senza notare che analoghe riflessioni sono da tempo avanzate nei confronti della nozione di diritto soggettivo. È come se le due dottrine – legate a due giurisdizioni – vivano in mondi paralleli. Come se anche nel campo dell'esperienza civilistica non si conoscessero oramai e da tempo distinzioni tra le tante pretese (e/o i tanti profili di rilievo) che il diritto soggettivo fa sorgere (obblighi di informazione ed oneri di protezione in primo luogo).

Mario Nigro aveva a suo tempo valorizzato l'interesse legittimo come fondamento della partecipazione del soggetto privato al procedimento amministrativo³². Lo stesso Nigro ha tentato di rendere tale tesi di diritto positivo a mezzo della legge n. 241/1990, al cui progetto lavorò. Ma essa è stata quasi "abrogata" dalla giurisprudenza amministrativa, che richiede al privato di mostrare l'esito che la sua partecipazione avrebbe avuto. Ogni citazione sarebbe veramente superflua. La legge n. 15/2005, che ha introdotto l'art. 21-*octies* alla legge sul procedimento ha codificato tale orientamento³³. La giurisprudenza rimane insensibile anche al precetto dell'art. 41 CDFUE, il quale, anche se riferito all'ordinamento europeo, dovrebbe esprimere un principio valido ed efficace anche sotto il profilo del diritto statale. Ma se la mancata partecipazione del privato al procedimento non è quasi mai motivo di annullamento del provvedimento, ciò vuol dire che tale partecipazione purtroppo non è fondamento di alcuna situazione sostanziale. L'onere probatorio addossato al privato – dimostrare che la sua partecipazione avrebbe inciso sul provvedimento - è spesso di impossibile assolvimento.

In ogni caso la partecipazione consentita all'interessato è sempre in relazione ad un bene della vita di carattere sostanziale.

Alberto Romano ha sviluppato con vigore la tesi dell'interesse legittimo come diritto soggettivo nell'ordinamento amministrativo³⁴. La ricostruzione di Romano risulta quella che più ha assimilato diritto ed interesse ed ha aperto alla considerazione dell'interesse sostanziale perseguito nei confronti della p.a., anche se la nozione di ordinamento amministrativo può dare

³¹ L'ovvio riferimento è al titolo della tavola rotonda organizzata da M. NIGRO il 16 marzo 1987, con interventi dello stesso M. NIGRO, F.G. SCOCA, S. BACCARINI, P. RESCIGNO, E. ROSINI E D. SORACE, ed i cui interventi sono in *Foro amm.*, 1988, I, 317 ss.

³² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* ², Bologna, 1976, 105 ss., 112 s.

³³ Deve verificarsi l'impatto che potrebbe avere la modifica apportata all'art. 21-*octies* dal d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, secondo cui l'onere di preavviso ex art. 10-*bis* dovrebbe avere particolare considerazione.

³⁴ A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss., per il quale appunto l'interesse legittimo è «una situazione soggettiva a carattere sostanziale pertinente all'ordinamento amministrativo», 151; «l'interesse legittimo, strutturalmente, è a sua volta un diritto soggettivo: è il diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo», 182.

luogo ad ambiguità, giacché può comportare un'esaltazione dell'interesse pubblico oltre ogni misura. In altri termini, o l'ordinamento amministrativo altro non è che l'ordinamento generale, ed allora non vi è ragione di utilizzare il termine per indicare il sistema normativo per eccellenza fondato sui valori costituzionali; oppure l'accettazione di specialità dell'ordinamento amministrativo rischia di far ammettere deviazioni da alcuni principi che dovrebbero essere ritenuti generali: deviazioni che inevitabilmente avrebbero sempre il carattere di privilegio per le amministrazioni³⁵.

Più di recente Scoca ha insistito sull'interesse come pretesa al provvedimento favorevole³⁶ (oppure, può aggiungersi, al non provvedimento le volte in cui si difende un bene della vita che non si vuole inciso dal potere amministrativo), anche se non sempre l'esito si raggiunge e la situazione protetta si esaurisce nella dimensione strumentale.

In più lavori Greco ha marcato la pretesa al vantaggio che si ottiene a mezzo dell'adozione del provvedimento³⁷.

Ora, se l'interesse è di natura sostanziale, niente lo distingue più dal diritto soggettivo perché anche tale nozione comprende e "copre" un fascio di potestà, aspettative, *chance*. Il tratto distintivo dell'interesse pubblico sarebbe alla fine che uno dei soggetti del rapporto sarebbe l'ente pubblico.

Invece sull'interesse legittimo come legato all'esercizio del potere pubblico si fonda la stessa giurisdizione amministrativa di legittimità: si pensi all'art. 7 del codice del processo amministrativo, che ha preteso fare applicazione della lezione di Corte costituzionale n. 204/2004.

La prima notazione da fare al riguardo la debbo a Vittorio Ottaviano, il quale si chiedeva se avesse senso parlare a proposito dell'esercizio della giurisdizione amministrativa di interesse pubblico diverso da quello – assolutamente generale – di definizione delle controversie, che vale per ogni giudizio ad iniziare da quello civile? Il giudice che fondasse la propria legittimazione sull'interesse pubblico sarebbe ancora indipendente ed imparziale come vuole l'art. 6 Cedu, ripreso dall'art. 111 Cost.?

La nozione di interesse pubblico risulta di fatto sempre debordante: le volte in cui si constata la violazione delle regole cd formali o procedimentali sull'esercizio del potere, si ricorre spesso

³⁵ La notazione già in A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 279 s.

³⁶ G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 405 ss., 410 ss., particolarmente laddove si afferma che «l'interesse legittimo è situazione giuridica che vive in vicende di dinamica giuridica, di esercizio di poteri precettivi, di modificazione di assetti di interessi. Ne deriva che l'interesse legittimo sia concepibile come situazione essenzialmente dinamica, presente unicamente nelle vicende di produzione giuridica. Serve a non perdere beni che sono oggetto di mire da parte dell'amministrazione (o di altri soggetti) ovvero ad acquisire bei che sono oggetto di mire da parte del suo titolare: svolge il suo ruolo allorché l'amministrazione prende ad interessarsi di questi beni, facendo n'oggetto (o l'obiettivo) dell'esercizio del suo potere».

³⁷ G. GRECO, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss., per il quale «l'analisi dell'assetto complessivo del giudizio amministrativo e della applicazione giurisprudenziale ci restituisce una configurazione della situazione sostanziale protetta in termini di interesse finale e non strumentale. E da tale dato — che dimostra che è possibile costruire la posizione del cittadino di fronte al potere amministrativo (anche discrezionale) in termini di pretesa giuridicamente tutelata ad ottenere un risultato effettivamente utile (il bene della vita) — non è possibile prescindere, neppure nel contesto dialettico relativo alla qualificazione della figura come interesse legittimo o diritto soggettivo»; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino, ibi*, 2014, 585 ss.

all'interesse pubblico sempre in chiave emergenziale a giustificare il fatto compiuto. Epperò ciò è la negazione del diritto. Allora, la giustificazione della giurisdizione amministrativa non può essere l'interesse pubblico (diverso da quello che vale per ogni assetto giurisdizionale), perché ciò significherebbe ammettere che il criterio di giudizio non è la regola di legge, ma un interesse estraneo alla disciplina posta da quest'ultima: in concreto comporterebbe mettere tra parentesi l'art. 101 Cost. e la soggezione del giudice solo alla legge.

Secondo l'insegnamento di Benvenuti, il giudice – ogni giudice – è organo dello Stato-ordinamento o Stato-comunità, non dello Stato persona. Si tratta di definizioni che appaiono banali, eppure vale la pena di ripeterle a fronte di sempre presenti deviazioni dall'impianto dell'art. 16 Dichiarazione 1789 che legava tutela dei diritti ed organizzazione pubblica.

La seconda notazione attiene alla conformazione medesima delle situazioni giuridiche. Nigro sosteneva che è la legge a conformare le situazioni giuridiche soggettive, quindi diritto ed interesse³⁸. Ovviamente si aggiunge spesso che la “prima” legge è la Costituzione. Nutro dubbi sulla possibilità del legislatore di conformare le situazioni giuridiche soggettive e, persino, di far “nascere” diritti ed interessi. Si è già notato che taluni diritti nascono dalla Costituzione: anzi sono “riconosciuti” dall'art. 2 e quindi preesistono (e la formula dell'art. 2 si riferisce ovviamente a tutte le situazioni giuridiche e non solo ai diritti soggettivi), come di frequente si ammette specie di fronte ai cd nuovi diritti prodotti della realtà sociale. Oggi, poi, il diritto europeo ci avverte dell'apparire e della necessaria tutela da dare a situazioni giuridiche del tutto nuove alla nostra esperienza giuridica. Se si continua, si arriva alla conclusione che al legislatore spetta appunto riconoscere diritti(-interessi) che derivano in fondo dall'unico fondamento che è la dignità umana (sempre ex art. 2 Cost.) nelle sue varie forme.

I diritti nascono in un *laboratorio* fatto di principi costituzionali, leggi ordinarie, comparazione, interventi dei giudici, coscienza sociale. Lo stesso legislatore ne risulta vincolato, ad iniziare dall'obbligo di assicurarne sempre tutela piena ed effettiva³⁹.

La terza notazione è stata già anticipata: non vi sono differenze strutturali tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Se vuole, può dirsi che non c'è l'interesse legittimo, ma solo il diritto soggettivo o una posizione personale che attribuisce ad un soggetto una bene della vita o una

³⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 107, 116.

³⁹ La riflessione può continuarsi e può porsi il problema se, sempre spettando al legislatore di definire gli istituti, non sussista una vera e propria “riserva di giurisdizione” nello stabilire la natura di talune situazioni giuridiche di modo che lo stesso legislatore risulta vincolato dalle soluzioni adottate dalla giurisprudenza e non può modificarle se non a mezzo di un percorso coerente sottoposto a *strict scrutiny* di costituzionalità. La fattispecie di responsabilità sanitaria può offrire un campo di utile esercitazione: può il legislatore intervenire a riqualificare la responsabilità del medico e della struttura sanitaria in senso contrastante con le categorie ideate ed utilizzate dalla giurisprudenza alla stregua della vigente regolamentazione oppure sul legislatore incombono oneri di coerenza con le qualificazioni adoperate dai giudici e deve allora muoversi nell'opera di riforma con criteri di ragionevolezza che – ad esempio in ordine all'onere probatorio o a termini di prescrizione o decadenza – non conducano a rendere più difficile il riconoscimento di un diritto? Sulla responsabilità sanitaria è in corso, come è noto, un'intensa riflessione che ha trovato espressione anche nelle cd sentenze di San Martino della Corte di Cassazione ed in quelle collegate; in particolare sul nesso causale e sull'onere probatorio Cass., III, 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992. Come anticipato nella domanda retorica, la mia opinione è che il legislatore possa certamente intervenire a riformare settori dell'ordinamento che hanno dato luogo a consolidati orientamenti giurisprudenziali, ma che egli debba preservare certi assetti sostanziali e tener conto delle tendenze giurisprudenziali, sì da non diminuire la tutela delle situazioni giuridiche e soprattutto non ledere affidamenti indotti.

situazione di vantaggio il cui concreto ottenimento richiede spesso l'attività di altri. Anche il diritto soggettivo copre tante figure in cui il soddisfacimento della pretesa del soggetto "passa" attraverso l'attività e le scelte di altri, dal diritto del lavoro, a quello di famiglia, ai rapporti con le istituzioni finanziarie⁴⁰. Non a caso il diritto civile ha esaltato il ruolo del canone di correttezza e gli oneri di protezione a carico del debitore, specie se si tratta del contraente forte. Insomma, tutte dinamiche assimilabili al rapporto amministrativo cui l'interesse legittimo vorrebbe alludere. Se vuole riprendersi una terminologia consueta, può dirsi che per tutte le situazioni giuridiche si pongono in essere relazioni intersoggettive e che, quindi, le norme che creano, disciplinano, conformano tali situazioni, sono tutte di relazione. Del resto, sarebbero veramente marginali fattispecie di norme di azione riferite esclusivamente alla p.a. e di nessun rilievo per i cittadini (anche a fronte della progressiva giurisdizionalizzazione delle cd norme interne di carattere organizzativo)⁴¹.

Potrebbero essere tanti gli esempi relativi al fatto che esiste puramente e semplicemente la situazione giuridica, a prescindere dalla qualificazione data alla stregua delle consuete categorie. Mi rendo conto che toccherò più vicende in ordine alle quali le discussioni sono accese. Il rischio che accetto è quello di mettere assieme situazioni assai diverse tra loro ed irriducibili ad una considerazione unica.

In epoca di pandemia l'esempio più tipico di situazione giuridica relazionale che può riferirsi a diritto soggettivo e ad interesse legittimo è il diritto alla salute. Nessuno si sentirebbe di negare che quello alla salute è diritto personale fondamentale, definito anzi assoluto. Eppure, esso richiede l'adempimento di attività da parte di terzi: dallo Stato nelle sue varie articolazioni che organizza i servizi, al medico che diagnostica e cura la malattia, al sanitario che presta le cure, al familiare che si faccia carico dell'assistenza.

La dinamica relazionale è propria anche del diritto alla vita che pure l'art. 2 Cedu, l'art. 6 Patto internazionale diritti civili e politici, e l'art. 2 CDFUE sanciscono tra quelli assolutamente fondamentali. Epperò, la vita nasce e si sviluppa a mezzo dell'attività – e talvolta del potere – di tanti altri: dal sanitario che muove la provetta nella pma, a chi presta l'assistenza al neonato, a chi si occupa della formazione del bambino, ecc.

La vicenda che ha portato alla sentenza della Corte costituzionale sul cd caso Cappato riconosce un diritto a porre fine all'esistenza, quindi di necessità spesso a mezzo dell'intervento di terzi, ma a condizioni che comitati etici pubblici dovrebbero stabilire⁴². Lo schema sarebbe

⁴⁰ Tra i riferimenti sul tema sono ormai classici L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; e C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977. Per la considerazione del settore del credito e degli obblighi a suo carico v. ora A.G. LANZAFAME, *Credito e Costituzione: dal risparmio come «bene comune» al principio di accessibilità. Temi e problemi di democrazia economica*, in www.costituzionalismo.it, maggio 2019.

⁴¹ Sul punto già V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967, poi in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1981, 283, che dava appunto rilievo alle norme interne della p.a.

⁴² Infatti, quasi sul modello della l. n. 194/1978, che richiede alla donna che intende interrompere la gravidanza di rivolgersi ad un consultorio pubblico o a una struttura sociosanitaria abilitata o a un medico di sua fiducia, ed in ordine alla quale qualcuno al tempo aveva parlato di procedimentalizzazione della scelta della donna, la sentenza della Corte costituzionale n.

quello dell'esercizio di una posizione di libertà, condizionata al riconoscimento di strutture pubbliche (che è una prospettiva per alcuni versi preoccupante circa il potere che altri hanno sulle nostre vite)⁴³.

In tutte queste occasioni l'ordinamento – e concretamente l'istanza giurisdizionale – si occupa non tanto del fondamento della posizione personale, ma della sua lesione: la nascita indesiderata, le lesioni arrecate da una cattiva pratica medica, l'obbligo di mantenimento del soggetto che, una volta nato, ha diritto alla piena formazione, ecc.

Insisto sulla dinamica relazionale dei diritti perché mi pare che solo per convenzione chiamiamo diritti soggettivi molte situazioni personali, ad iniziare da quelle alla salute e alla vita. Lo dico per paradosso, ma il cultore di scienze amministrative potrebbe definire interessi legittimi tali posizioni soggettive, perché mediate dall'esercizio del potere altrui⁴⁴, che talvolta è appunto potere di soggetti pubblici.

Tranne a dire che a fare la differenza non è l'esercizio di un qualsiasi potere, ma l'«*esercizio del potere pubblicistico*», che per definizione sarebbe oggetto di un regime riservato e di un sindacato assegnato ad un'autorità giurisdizionale particolare.

Le considerazioni su profili di diritto soggettivo che adottano il modulo procedimentale dell'interesse possono essere rovesciate e possono analizzarsi situazioni di interesse che, al contrario, risultano di diritto soggettivo per l'ampiezza del contenuto da riconoscere alla situazione giuridica individuale. Lo spunto viene dalla dottrina che ha già discusso di storicità dell'interesse legittimo⁴⁵ ed ha trattato il vincolo che discende sull'azione amministrativa dall'esercizio dell'attività di programmazione compiuta dall'amministrazione, sì che «la decisione di merito [è] già interamente definita»⁴⁶.

242/2019 ha ritenuto che «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze». Ed allora è stato dichiarato illegittimo l'art. 580 c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi ... agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

La delicatezza di queste scelte è fuori discussione: esse attengono al campo di esercizio delle libertà (comprehensive di possibili limiti); le si è richiamate perché lo schema è quello del diritto che si esercita a mezzo dell'attività altrui, che talvolta può divenire vero e proprio potere. Eppure, nessuno penserebbe di qualificare tali libertà quali interessi legittimi piuttosto che quali diritti soggettivi riguardanti la sfera più personale ed intima.

⁴³ Già all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 D. MESSINEO, *Osservazioni in tema di giurisdizione e potere pubblico*, in A. CARIOLA, G. D'ALLURA, F. FLORIO, a cura di, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 214 ss., criticava le premesse di quella decisione ed i suoi esiti, e ricordava la vicenda dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche quale esempio emblematico di problemi relativi alla tutela da riconoscere ed assicurare ai diritti trattati, invece, in quell'occasione quali problemi di esercizio di potere in capo alla pubblica amministrazione con i connessi risvolti in tema di giurisdizione. Sui diritti costituzionali che possono qualificarsi interessi legittimi v. l'ampia analisi di N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013.

⁴⁴ Cfr. CdS, AP 23 marzo 2011, n. 3, ricordato da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 420, nt 43.

⁴⁵ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 116 s., a proposito dello *ius aedificandi*, al tempo definito «interesse legittimo puro», e che, però, oggi si stenterebbe a qualificare come «accessorio» al potere amministrativo, specie dopo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 1 Primo Protocollo Cedu.

⁴⁶ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 418.

È sicuro che ogni interesse tradizionalmente definito legittimo vada per sempre qualificato tale ovvero è da riconoscere che talora l'attività della p.a. è così vincolata che la pretesa del privato al "bene della vita" è di vero e proprio diritto?

Il campo dell'attività edilizia dovrebbe essere propizio a mostrare che l'attività discrezionale della p.a. si esercita laddove ed allorquando si programma e si pianifica, e che anzi l'attività di pianificazione dovrebbe essere la più compiuta a fronte degli interessi economici coinvolti. Ma una volta che su un lotto è possibile l'attività edificatoria, espressione che l'art. 1 Primo Protocollo Cedu e l'art. 42 Cost. riconoscono quale diritto, la potestà della p.a. cessa di essere discrezionale e si riduce ad un mero accertamento secondo la logica dell'*aut aut*, cioè della sussistenza o no delle ragioni che fondano l'intervento edilizio. Allora a fronte di un'attività della p.a. riempita di vincoli discendenti dalla pianificazione lo *ius aedificandi* potrebbe definirsi ormai di diritto soggettivo pieno.

5. La giurisdizione per blocchi di materie quale razionale criterio di riparto

Allora, se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso. Dovrebbe anzi dirsi che giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni. Esso trova oggi fondamento nel principio di durata ragionevole del processo e di concentrazione della tutela, che è pure figlio dell'esigenza di tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Epperò, tale criterio è stato al tempo sconfessato dalla giurisprudenza costituzionale, anche se è subito da aggiungere che nell'esperienza concreta le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 161/2006 sono state, per così dire, spuntate, finendosi per riconoscere la sussistenza di potestà di natura pubblicistica in tante fattispecie⁴⁷. L'art. 7 cpa ha quasi consacrato una formula tratlizia allorché ha sancito che la giurisdizione amministrativa è sempre legata all'esercizio, anche in forma mediata, del potere pubblico⁴⁸. Forse quelle sentenze, nel voler

⁴⁷ Un riferimento potrebbe essere CdS n. 6489/2004, che all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, ha riconosciuto «l'autorità della posizione della Regione» Veneto a causa del dovere di predisposizione delle risorse finanziarie necessarie per la copertura dei costi di trasporto pubblico. Cass. s.u. n. 3122/2006 ha affermato la giurisdizione ordinaria sulla vicenda, giacché l'obbligazione a carico della Regione discendeva direttamente dalla legge, ma – lo si noti – sulla base non solo della sentenza n. 204/2004, ma anche alla stregua della propria giurisprudenza, la quale anteriormente a quella sentenza aveva affermato che la giurisdizione amministrativa in materia di servizi pubblici, prevista dall'art. 33 d.lgs. n. 80/1988, e poi dall'art. 7 l. n. 205/2000, era limitata alle controversie inerenti al fatto in sé dell'erogazione del servizio pubblico, ma non alle prestazioni effettuate in favore del gestore, dal rilievo soltanto strumentale ed interno, Cass. s.u. n. 71/2000; n. 532/2000; n. 10726/2002; n. 1997/2003; n. 4994/2003.

⁴⁸ L'opinione drastica formulata nel testo non ignora che la giurisprudenza sul riparto esige che ad attrarre nella giurisdizione esclusiva la cognizione di talune fattispecie debba essere sempre il collegamento con l'esercizio di potestà pubbliche, secondo la giurisprudenza citata da M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 112; o che nelle vicende di affidamento di appalti lo spartiacque delle giurisdizioni sia costituito dal provvedimento di aggiudicazione. Il punto è – come indicato alla nota precedente – che ad una valutazione di sintesi la giurisprudenza amministrativa ed anche quella del giudice del riparto sembra essersi mossa su una linea di continuità rispetto alle posizioni precedenti e non aver risentito più di tanto delle decisioni della Corte costituzionale; anzi si è finito talvolta per valorizzare le dinamiche di esercizio di potestà riconducibili alla tutela di interessi pubblici.

applicare il criterio di *original intent* a vicende organizzative segnate da un notevole dinamismo, sono andate contro lo spirito dei tempi ed hanno preteso di riportare indietro le lancette della storia, di una storia che si è vista essere sempre in sviluppo⁴⁹. Il legislatore le ha utilizzate nel loro riferimento all'esercizio del potere pubblico per istituire tante ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche laddove tale esercizio è marginale. Si vuol dire che non è da escludere che l'insistenza sul potere pubblico quale chiave di volta del riparto di giurisdizione abbia portato ad esaltare la dimensione pubblicistica anche le volte in cui la stessa poteva ritenersi in fondo accessoria.

Nelle considerazioni che seguono si tenterà di indicare alcuni problemi che la giurisdizione esclusiva pone, specie ed appunto nella prassi giurisprudenziale, a mostrarne gli esiti contraddittori rispetto alle posizioni di quella giurisprudenza che lega esercizio del potere pubblico e giurisdizione amministrativa, e ne fa discendere l'attrazione dei diritti soggettivi al giudice amministrativo nelle materie nelle quali risulta preponderante appunto lo svolgimento della funzione pubblica e, quindi, la presenza di interessi legittimi.

6. I problemi della giurisdizione esclusiva: il riconoscimento del danno

Oggi la giurisdizione esclusiva fa di quello amministrativo il giudice non della funzione pubblica autoritativa, ma dell'economia. Allorché il d.lgs. n. 80/1998 ha assegnato al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sugli appalti ne ha fatto appunto il giudice dell'economia.

Ora, il rischio è che il diritto soggettivo (e cos'altro è se non la pretesa dell'operatore economico?) sia ridotto... a interesse legittimo trattato quale situazione protetta solo in modo occasionale e sempre che non si leda il cd interesse pubblico⁵⁰. Ad aderire all'impianto concettuale che fa della presenza dell'interesse pubblico la nota caratterizzante la nozione di interesse legittimo, il rischio è quello di una diminuzione della tutela da assicurare alla situazione giuridica soggettiva.

⁴⁹ Alla fine della sintesi sul quadro normativo e giurisprudenziale non a caso A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, cit., 126, conclude «che alla limitazione dei caratteri "intrinseci" della giurisdizione esclusiva, imposta dalle richiamate pronunce della Corte costituzionale, [ha] corrisposto – allo stesso tempo – un notevole aumento delle ipotesi di questa stessa giurisdizione esclusiva. Che sono divenute a tal punto numerose da farla sembrare, di nuovo, la più importante tra le forme di giurisdizione rimesse al giudice amministrativo».

⁵⁰ L'argomento è considerato dalla dottrina in maniera avvertita, cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, cit., la quale nota che di fronte all'alternativa se la giurisdizione esclusiva condivida la medesima natura della giurisdizione generale di legittimità e venga in rilievo solo laddove vi sia esercizio di potere amministrativo, oppure sia da intendere diversamente dalla giurisdizione di legittimità, il d.lgs. n. 104/2010 assume che tali giurisdizioni «partecipano della medesima natura, contrassegnata dalla circostanza che nelle relative controversie l'amministrazione agisce come autorità», 155. Giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva si trovano a condividere la medesima natura ed anche «la giurisdizione esclusiva deve essere sempre ricollegata a una situazione di potere amministrativo, che nello specifico potrà concretizzarsi non solo in un provvedimento o una omissione di provvedimento, ma anche in un altro atto amministrativo unilaterale, oppure in un atto bilaterale nel quale l'amministrazione disponga del suo potere pubblico, o, infine, in una condotta ricollegabile in via mediata alla spendita di potere amministrativo», 159. Epperò, in tal modo la tripartizione tra giurisdizione di legittimità esclusiva e di merito non solo non risponde ad alcun criterio rigoroso, ma alla fine non comporta differenziati regimi processuali, 162. Ivi ulteriori riferimenti bibliografici in commento alla posizione del giudice costituzionale ed alle scelte codicistiche.

Non può ignorarsi che il processo amministrativo sugli appalti ha tempi di definizione sconosciuti a quello civile; ma si vogliono segnalare alcune tendenze preoccupanti della legislazione e della giurisprudenza sotto il versante della tutela effettiva delle situazioni dedotte in giudizio.

Così, il giudice amministrativo, che si è pure intestato più volte la codificazione del 2010, ha chiesto di essere il giudice del danno, ma poi ha accettato il termine di decadenza dell'art. 30 cpa del tutto sproporzionato rispetto a quello di prescrizione.

La giurisprudenza amministrativa sul risarcimento dei danni dovuti ai soggetti privati per le varie ipotesi di responsabilità della p.a. deve di necessità usare categorie del diritto civile quali elaborate appunto dalla giurisdizione ordinaria in tema di responsabilità da illecito⁵¹. Il giudice amministrativo richiede che l'istante provi gli elementi costitutivi dell'illecito ed i pregiudizi subiti e la causalità materiale. Si distingue tra l'evento dannoso e le sue conseguenze e si accorda il risarcimento solo in applicazione della cd teoria condizionalistica con la regola del "più probabile che non"⁵². La stessa giurisprudenza circonda l'ammissibilità e la fondatezza dell'azione di tali

⁵¹ Sull'argomento di recente CdS AP n. 7/2021, che ha riportato ogni fattispecie di responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni nell'ipotesi di responsabilità da fatto illecito: «la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimento sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento – i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.». In una fattispecie in cui veniva in considerazione il danno da ritardo nella conclusione del procedimento la sentenza ha posto il principio secondo il quale «in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione».

⁵² Si riprende il quadro sulla responsabilità della p.a. fatto dalla recente sentenza CdS n. 3441/2021, dove è riportato lo schema seguito dalla giurisprudenza amministrativa. La parte che affermi di avere subito un danno in conseguenza dell'altrui condotta lesiva è tenuta a provare puntualmente gli elementi costitutivi dell'illecito e le conseguenze pregiudizievoli subite (CdS, n. 6393/2020). Pertanto si richiede: «- sul piano oggettivo, la presenza di un provvedimento illegittimo causa di un danno ingiusto, con la necessità, a tale ultimo riguardo, di distinguere l'evento dannoso (o c.d. "danno-evento") derivante dalla condotta, che coincide con la lesione o compromissione di un interesse qualificato e differenziato, meritevole di tutela nella vita di relazione, e il conseguente pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale scaturitone (c.d. "danno-conseguenza"), suscettibile di riparazione in via risarcitoria» (CdS, AP n. 3/2011); «- sul piano soggettivo l'integrazione del coefficiente di colpevolezza, con la precisazione che la sola riscontrata ingiustificata o illegittima inerzia dell'amministrazione o il ritardato esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'Amministrazione» (CdS, n. 358/2019). Inoltre, sempre «sul piano probatorio, l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo – c.d. "causalità materiale" – impone, inoltre, di verificare "se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento"», da CdS, n. 3318/2020. Secondo la giurisprudenza amministrativa «trattasi di un giudizio da svolgere in applicazione della teoria condizionalistica, governata dalla regola probatoria del "più probabile che non" e temperata in applicazione dei principi della causalità adeguata. In particolare, occorre procedere ad un giudizio controfattuale, volto a stabilire "se, eliminando o, nell'illecito omissivo, aggiungendo quella determinata condotta, l'evento si sarebbe ugualmente verificato, e, una volta risolto positivamente tale scrutinio, un secondo stadio richiede di verificare, con un giudizio di prognosi ex ante, l'esistenza di condotte idonee - secondo il criterio del "più probabile che non" - a cagionare quel determinato evento. Sicché l'esito positivo del predetto giudizio - riconducibile alla teoria della causalità adeguata - accerta definitivamente l'efficienza causale dell'atto illegittimo rispetto all'evento di danno, che va esclusa qualora emergano fatti o circostanze che abbiano reso da sole impossibili il perseguimento del bene della vita determinando autonomamente l'effetto lesivo». Inoltre, «positivamente definito lo scrutinio in ordine alla causalità materiale, a fronte d'un evento dannoso

oneri probatori – talvolta anche in ordine alla colpa di un apparato impersonale quale ogni p.a.⁵³ - tali da rendere talune volte difficile l'accoglimento della domanda risarcitoria.

causalmente riconducibile alla condotta illecita, occorre verificare la sussistenza di conseguenze dannose, da accertare secondo un (distinto) regime di causalità giuridica che ne prefigura la ristorabilità solo in quanto si atteggino, secondo un canone di normalità e adeguatezza causale, ad esito immediato e diretto della lesione del bene della vita ai sensi degli artt. 1223 e 2056 Cod. civ. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 agosto 2015, n. 3854). Peraltro, ove non sia possibile accertare con certezza la spettanza in capo al ricorrente del bene della vita ambito, il danno patrimoniale potrebbe, comunque, liquidarsi ricorrendo alla tecnica risarcitoria della chance, previo accertamento di una "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato, atteso che "al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità", vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto" (Consiglio di Stato Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845)».

«Il solo riscontrato illegittimo esercizio della funzione amministrativa non integra la colpa dell'Amministrazione, dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede - alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio dell'attività amministrativa - e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se per converso la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto (Consiglio di Stato, Stato, V, 9 ottobre 2013, n. 4968; VI, 14 novembre 2014, n. 5600). Per la configurabilità della colpa dell'Amministrazione assume rilievo, altresì, la tipologia di regola di azione violata: se la stessa è chiara, univoca, cogente, si dovrà riconoscere la sussistenza dell'elemento psicologico nella sua violazione; al contrario, se il canone della condotta amministrativa giudicata è ambiguo, equivoco o, comunque, costruito in modo tale da affidare all'Autorità amministrativa un elevato grado di discrezionalità, la colpa potrà essere accertata solo nelle ipotesi in cui il potere sia stato esercitato in palese spregio delle regole di correttezza e di proporzionalità.

A fronte di regole di condotta inidonee a costituire, di per sé, un canone di azione sicuro e vincolante, la responsabilità dell'Amministrazione può, infatti, essere affermata nei soli casi in cui l'azione amministrativa abbia disatteso, in maniera macroscopica ed evidente, i criteri della buona fede e dell'imparzialità, restando ogni altra violazione assorbita nel perimetro dell'errore scusabile (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 05 giugno 2019, n. 3799).

Sotto il profilo processuale del riparto dell'onere della prova, inoltre, deve rilevarsi che, in caso di acclarata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie; egli può, infatti, limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all' art. 2727 c.c. , mentre spetta alla Pubblica amministrazione dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile.

Tale presunzione di colpa dell'amministrazione, tuttavia, può essere riconosciuta solo nelle ipotesi di violazioni commesse in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo, giuridico e fattuale tale da palesarne la negligenza e l'imperizia, cioè l'aver agito intenzionalmente o in spregio alle regole di correttezza, imparzialità e buona fede nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre deve essere negata la responsabilità quando l'indagine conduce al riconoscimento di un errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per la incertezza del quadro normativo di riferimento, per la complessità della situazione di fatto (Consiglio di Stato Sez. VI, 28 giugno 2019, n. 4454)».

⁵³ Invero, il problema della "colpa" della p.a. è pressoché costante in ogni riflessione sulla responsabilità della p.a.: a seguito di CGCE 14 ottobre 2004, in causa C-275/2003, che ha ritenuto incompatibile con il diritto europeo un modello di diritto nazionale che subordini il risarcimento del danno alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della p.a., la giurisprudenza amministrativa per un verso ha operato una sorta di inversione dell'onere della prova che obbliga l'amministrazione a dimostrare di aver agito con attenzione; per altro verso richiede di accertare in concreto che la p.a. abbia «agito in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'amministrazione per danni conseguenti a un atto illegittimo solo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato ... La colpa della pubblica amministrazione va, quindi, individuata nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili ... Pertanto, la responsabilità deve essere negata quando l'indagine conduce al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto», così CdS n. 422/2021, sulla scorta di consolidata giurisprudenza ivi citata. Epperò, è da chiedersi se l'esclusione di colpa, e quindi di responsabilità, della p.a. in caso di errore scusabile risponda alle funzioni della responsabilità civile, le quali assolvono anche un compito di redistribuzione di risorse secondo un'impostazione solidaristica a fronte dei vantaggi che derivano a taluno dallo svolgimento di talune attività, sul tema v. i "classici" S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1961; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, 1970, trad. it. Milano, 1975.

La circostanza stessa che il danno (tipico quello da mancata aggiudicazione di un appalto) sia spesso definito in termini forfettari⁵⁴ fa del risarcimento deciso in sede amministrativa qualcosa di diverso da quello conosciuto in ambito civile. In realtà, il giudice amministrativo rimane di annullamento e guarda con riluttanza a divenire giudice del risarcimento⁵⁵.

Ma a questo punto possono avanzarsi diversi dubbi.

La prima perplessità è se il sistema così congegnato, che giunge a configurare per la p.a. un regime in parte diverso da quello di diritto comune, risulti coerente con il diritto europeo (a partire dalle “storiche” direttive 89/665/CE e 92/13/CE), che muove sempre dalla premessa formulata nella sentenza Francovich in ordine alla responsabilità dello Stato per l’inadempimento del diritto comunitario, ma espressione di un principio generale, che nelle vicende risarcitorie «le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento»⁵⁶.

Che il legislatore possa disciplinare e conformare le fattispecie di responsabilità civile, giacché le diverse ipotesi fattuali danno luogo a trattamenti diversificati, è da tempo ammesso⁵⁷; ma in ogni caso il principio di eguaglianza impone quantomeno obblighi di coerenza ordinamentale ed esclude di rendere complessa e difficile – se non evanescente - la tutela risarcitoria di un diritto.

La seconda considerazione è conseguente a siffatta notazione sul principio di eguaglianza quale chiave di ricostruzione dell’intero ordinamento. L’estensione delle fattispecie di danno la cui cognizione è assegnata al giudice amministrativo finisce per sottrarre un ampio settore della responsabilità civile alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione che ha pure fondamento nell’art. 111, comma settimo, Cost. La stessa possibilità che il giudice amministrativo elabori ed applichi criteri di risarcimento del danno diversi da quelli utilizzati dal giudice ordinario e che in ordine a tali decisioni non si eserciti il controllo della Cassazione per l’esclusione disposta dall’art. 111, comma ottavo, Cost., finisce per mettere sotto stress il criterio di eguaglianza. Questo è un punto che appare delicato: l’estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa è consentita dall’art. 103 Cost. per «particolari materie», ma una volta che riguarda molte ipotesi di danno da “eccezionale” diviene “regola” e conduce ad un esito posto agli estremi limiti dell’art. 111, comma settimo, se non del tutto in contrasto con esso. Il “danno” prodotto dalla p.a. ha il “suo” giudice ed è sospetto che tale esito sia consentito dall’art. 3 Cost.

⁵⁴ Si è riportato il passaggio di CdS AP n. 7/2021 secondo cui (in una fattispecie di danno da ritardo, ma con considerazione di carattere generale) il danno va risarcito quale perdita di chance e va esaltato l’esercizio della determinazione equitativa del giudice.

⁵⁵ La recente sentenza Cga n. 295/2021 dà forza a tale osservazione. Infatti, non è stato accordato alcun risarcimento al soggetto che si era visto revocare in maniera illegittima un piano di lottizzazione, solo perché la sentenza di annullamento della revoca lo aveva disposto per il vizio di motivazione, ritenendo assorbite le altre censure, e non si era mai portato il giudizio sulla legittimità della lottizzazione. Insomma, al privato sono state addossate le conseguenze della tecnica di redazione della sentenza (ed il fatto che il g.a. aveva ritenuto assorbite e non aveva trattato ulteriori doglianze) ed un onere probatorio impossibile da assolvere.

⁵⁶ È il noto passaggio di CGCE 19 novembre 1991, in cause C-6/90 e 9/90, n. 43.

⁵⁷ Se si vuole cfr., anche se datata, la ricostruzione dottrinale in A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, cit., 209 ss.

Un'ulteriore considerazione è di carattere generale ed attiene al fatto che l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione sul danno da esercizio (e nel caso del ritardo: da non esercizio) del potere amministrativo riguarda appunto una fattispecie di danno-conseguenza, che non ha più a che fare con l'esercizio del potere. Quest'ultimo è già stato svolto e la cognizione del danno è un fatto – per così dire - successivo ed obiettivo. A prendere sul serio l'insegnamento di Corte costituzionale n. 204/2004 ed il principio posto dall'art. 7 d.lgs. n. 104/2010, per il quale la giurisdizione amministrativa è intrinsecamente giustificata per il sindacato da svolgere sull'esercizio del potere pubblico, non si giustifica l'attribuzione al giudice amministrativo della competenza a giudicare dell'esito di tale esercizio, appunto il danno-conseguenza.

Come si è anticipato, una giustificazione potrebbe essere rinvenuta nell'esigenza di concentrare le sedi di tutela giurisdizionale, ma si tratterebbe di una motivazione per un verso non considerata dalla sentenza n. 204/2004, per altro verso in forte tensione con l'art. 111, comma settimo, Cost. e con la funzione nomofilattica della Cassazione.

7. *Segue: giurisdizione sugli atti o sul rapporto?*

La giurisdizione sulle vicende economiche – ché tali sono quelle sugli appalti - dovrebbe essere una tipica giurisdizione sul rapporto, ma il giudice amministrativo di frequente la intende ancora quale giurisdizione sugli atti e richiede l'impugnativa di ogni atto emesso dalla stazione appaltante, in un moltiplicarsi di gravami (e di versamenti di contributi unificati, che rendono talvolta evanescente la tutela giurisdizionale).

Altre volte la giurisprudenza adopera un criterio – la distinzione tra invalidità con effetto caducante e invalidità con effetto viziante⁵⁸ - che risulta in pratica di difficile applicazione, giacché non è prevedibile in anticipo quale posizione accoglierà il decidente.

Si comprende che nelle vicende di realizzazione di lavori o di prestazione di servizi pubblici l'esigenza di tempestività porti alla forte contrazione dei tempi processuali; non è ammissibile, invece, a carico del ricorrente la moltiplicazione degli oneri impugnatori. E questo vale per tante altre vicende di giurisdizione amministrativa. Nelle fattispecie relative agli appalti pubblici potrebbe recuperarsi a questo proposito la nozione di atti paritetici, *id est* contrattuali. Ad

⁵⁸ «Nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale, anche quando questo non sia stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto solo da illegittimità derivata, e pertanto resta efficace ove non impugnato nel termine di rito. Però la prima ipotesi, quella appunto dell'effetto caducante, ricorre nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di ulteriori valutazioni, il che comporta, dunque, la necessità di verificare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante solo qualora tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente, senza necessità di nuove valutazioni di interessi», da CdS n.

2168/2018, che richiama tanta altra giurisprudenza ed a sua volta è citato da CdS n. 2661/2021. Altre pronunce CdS n. 8243/2010; CdS n. 5986/2012; CdS n. 2611/2015; CdS n. 2464/2020. Sempre nello stesso senso Tar T.T.-A., Bolzano, n. 43/2019, sull'impugnazione di un piano di traffico perché non sarebbero stati impugnati atti consequenziali; Tar Sicilia, Catania, n. 709/2021, in cui si è richiesto il gravame di tutti gli atti, anche di quelli confermativi nemmeno pubblicati sul sito istituzionale della stazione appaltante, con buona pace della giurisdizione esclusiva quale giurisdizione sul rapporto.

eccezione di alcuni atti, cioè il bando e l'aggiudicazione, da impugnare nei termini tassativi oggi indicati dagli artt. 119 e 120 d.lgs. n. 104/2010, tutti gli altri atti sono tasselli dell'unico rapporto, dedotti di per sé in giudizio con l'impugnazione e destinati ad essere confermati oppure ad essere travolti dalla decisione⁵⁹.

8. Segue: il potere del giudice amministrativo di decidere sull'efficacia del contratto

Gli artt. 121 e 122 d.lgs. n. 104/2010 assegnano al giudice amministrativo di decidere sull'inefficacia del contratto, ma non chiariscono se ciò possa essere stabilito solo su domanda delle parti⁶⁰. L'espressione utilizzata «deduzioni delle parti» è assai ambigua, appunto perché lascia al giudice un potere di valutazione degli interessi che è in contrasto con il suo ruolo di soggetto terzo ed imparziale.

È vero che le disposizioni codicistiche degli artt. 121-122 riprendono in gran parte la terminologia della direttiva ricorsi n. 2007/66/CE (segnatamente l'art. 2-*quinquies* aggiunto alla direttiva n. 89/665/CEE) e ne mutuano le medesime espressioni; anzi aggiungono l'onere del giudice di tener conto delle «deduzioni delle parti». Il punto, però, è se il potere d'ufficio del giudice sia coerente ai presupposti di un ordinamento liberale.

È vero che da tempo la giurisprudenza di legittimità – in particolare le cd sentenze gemelle del 2014⁶¹ – riconosce la rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità di un contratto ex art. 1421 cc., ma per l'appunto alla stregua di una dinamica annullatoria. Al contrario gli artt. 121 e 122 cpa assegnano al giudice un potere di valutazione degli interessi della stazione appaltante a mantenere efficace un contratto che dovrebbe essere dichiarato invalido e quindi travolto: interessi definiti puramente e semplicemente interessi pubblici, al di là ed al di sopra delle prospettazioni della stazione appaltante.

La mia opinione è che occorra responsabilizzare l'amministrazione e richiederle di prendere posizione sulla possibile efficacia del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, anche perché essa sopporterebbe i costi sia della realizzazione dell'opera o della prestazione del servizio, sia del risarcimento del danno. Lo stesso è da dire per l'applicazione dell'art. 34, comma 3, cpc, ossia per l'ipotesi in cui l'annullamento dell'atto non risulta più utile per il ricorrente e si apre la strada al risarcimento del danno.

Il giudice che si sostituisce sin dalle prime battute all'amministrazione nella valutazione sull'interesse all'efficacia del contratto finirebbe per svolgere una funzione sussidiaria nei confronti della stessa e perderebbe allora la caratteristica di terzietà.

⁵⁹ E potrebbero comunque essere impugnati in giudizio senza versamento di ulteriori contributi unificati.

⁶⁰ Sull'argomento v., per tutti, E. STICCHI DAMIANI, in *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in www.ius-publicum.com, settembre 2012, il quale riporta le varie tesi apparse in dottrina e talune posizioni giurisprudenziali, compresa quella che distingue tra le ipotesi previste dall'art. 121 il quale sancirebbe una nullità-sanzione, caratterizzata dall'ufficiosità, e quelle indicate dall'art. 122 in cui sarebbe necessaria la domanda di inefficacia interposta dalla parte.

⁶¹ Cfr. Cass. s.u. nn. 26242 e 26243 del 2014.

9. *In particolare sull'efficacia inibente del ricorso incidentale nelle procedure d'appalto*

La giurisdizione amministrativa continua ad assumere in molti risvolti carattere obiettivo e ciò risulta in contrasto con l'immagine ed il ruolo di un giudice terzo ed imparziale. Il processo amministrativo è – dovrebbe assumere sempre di più il carattere di – un processo di parti, ispirato al principio della domanda.

Sotto questo versante è da ridiscutere anche la posizione della CGUE 5 settembre 2019, in causa C-333/2018, che in materia di appalti ha affermato l'obbligo del giudice di esaminare tutti i gravami, sia quello principale che quello incidentale, eventualmente accoglierli entrambi e pervenire così all'annullamento dell'aggiudicazione, nella prospettiva che in tal modo l'amministrazione potrebbe reindire la gara, questa volta adottare un bando legittimo ed aggiudicare l'appalto a seguito di una valida procedura.

La posizione della CGUE non “restituisce” a nessuno operatore economico un “bene della vita”, ma intende solo indicare l'eventuale decisione della stazione appaltante, ben oltre le domande spiegate dalle parti.

Su questo presupposto da qualche tempo il collega avvocato Carmelo Floreno propone di ripensare la citata giurisprudenza secondo cui nei giudizi relativi alle procedure di appalto il ricorso incidentale non avrebbe mai efficacia paralizzante, nonostante l'assenza in concreto di una specifica domanda giudiziale tesa all'annullamento della procedura di gara ed in mancanza di una situazione giuridica meritevole di tutela in capo al ricorrente principale e, pertanto, di un concreto ed attuale interesse ad agire. L'applicazione del criterio indicato dal Tribunale del Lussemburgo conduce a vanificare il principio di domanda, in contrasto con le medesime premesse del diritto eurounitario.

La c.d. direttiva ricorsi, CEE 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE, quale risulta dalle modifiche ancora apportate dalla direttiva 2014/23/UE, stabilisce che la proposizione del ricorso nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sia funzionale alla tutela di una situazione giuridica sostanziale. Tutte queste disposizioni presuppongono e fanno proprio il modello di un giudizio che è un giudizio di parte animato dal principio della domanda. A tale principio si lega indissolubilmente quello dell'interesse ad agire, che è un ineludibile elemento proprio di qualunque giudizio e che rappresenta la proiezione della posizione giuridica sostanziale in ambito processuale.

Può aggiungersi che il principio della domanda è un valore del diritto costituzionale comune cui fa riferimento l'art. 6 TUE: già l'art. 16 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino 26 agosto 1791 richiedeva di assicurare «la garanzia dei diritti» e presupponeva l'istanza giurisdizionale; l'art. 6 Cedu – che sempre per l'art. 6 TUE fa parte del diritto dell'Unione – appresta la necessaria tutela giurisdizionale al soggetto che agisce a tutela della sfera personale e patrimoniale; il diritto ad un ricorso effettivo è poi stato riconosciuto dall'art. 47 CDFUE. Tali proclamazioni assicurano la tutela giurisdizionale piena ed effettiva ai soggetti che ne fanno appunto domanda. Ciò è coerente con la prospettiva che l'Unione europea abbia dato vita ad un

ordinamento rispettoso dello Stato di diritto (art. 2 TUE), che riconosce i diritti e le libertà (art. 6 TUE). I presupposti relativi alla forma di organizzazione del potere hanno risvolti immediati in ordine al modello di conformazione del “servizio giustizia”. Da tempo si è notato che ordinamenti di ispirazione liberale “preferiscono” ed adottano modelli processuali che richiedono l’impulso di parte secondo una logica *adversarial*, di contro a modelli che vedono l’intervento pubblico giacché lo Stato organizza per intero la vita dei cittadini e quindi la società, ed allora adotta istituti processuali legati all’iniziativa pubblica, cd *processum per inquisitionem*⁶².

Ma allora non può prescindersi dal rilievo da accordare alla domanda. E ciò vale anche in occasione dei giudizi sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, oggetto della direttiva ricorsi n. 89/885/CEE.

In altri termini, occorre sempre che il ricorrente lamenti che la violazione del diritto europeo provochi la lesione della propria sfera personale e/o patrimoniale e che agisca per ottenere il “bene della vita” costituito per l’appunto dall’aggiudicazione.

Detto ancora con altre parole: le volte in cui il ricorrente impugna l’esito dell’aggiudicazione, lo fa per ottenere il bene della vita costituito dallo specifico appalto. Altre volte, allorché impugna il bando di gara che lo esclude, tende alla riedizione del potere amministrativo e, quindi, alla indizione di nuova gara, per così dire a tutela dell’interesse obiettivo dell’ordinamento (giacché in questa ipotesi lo stesso è portatore solo di una *chance* alla futura partecipazione ed all’aggiudicazione). Allora, nella prima fattispecie non può sostituirsi la domanda del ricorrente principale o incidentale (l’aggiudicazione) con altra (la riedizione della gara), perché ciò significherebbe il mutamento dell’azione e tale esito sarebbe inammissibile sotto diversi profili. Per un verso, infatti, al ricorrente si farebbe conseguire un bene non richiesto e, forse, nemmeno voluto, e ciò sarebbe oltretutto in contrasto con il riconoscimento dell’iniziativa economica in capo all’impresa e persino con la caratterizzazione dell’ordinamento europeo quale «economia sociale di mercato», art. 3 TUE; per altro verso, farebbe acquisire al giudice un ruolo sussidiario in violazione dei caratteri di terzietà ed indipendenza che lo debbono caratterizzare. Infatti, il giudice che si facesse portatore del cd interesse pubblico (per giunta astratto) al rispetto della legalità in assenza di apposita domanda del cittadino, non sarebbe più terzo ed imparziale.

Del resto, l’art. 1, comma 3, direttiva ricorsi n. 89/665/CEE, stabilisce espressamente che gli Stati membri assicurino accessibili procedure di ricorso «a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione»: il bene della vita direttamente preso in considerazione è per l’appunto l’aggiudicazione di un determinato appalto, e ciò sostanzia l’interesse alla proposizione del ricorso.

La soluzione che mutasse l’oggetto della domanda del ricorrente (che è poi per quanto si detto scelta imprenditoriale), che cambiasse il *petitum* spiegato nel processo dall’aggiudicazione della specifica gara alla *chance* di partecipare e vincere una futura eventuale procedura, facendo

⁶² Su tali temi è sempre fondamentale l’indagine comparatistica di M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, 1986, trad. it. Bologna 1991, 30, 41 s., ma *passim*.

assumere al giudizio sugli appalti inammissibile carattere obiettivo, finirebbe per contrastare proprio l'art. 1.3 della direttiva ricorsi.

10. Il problema della discrezionalità tecnica

Nell'esercizio della giurisdizione amministrativa esclusiva viene spesso in considerazione il problema della discrezionalità tecnica. L'esercizio di attività valutative che riempiono di contenuto l'esercizio delle potestà pubbliche è fenomeno assolutamente generale del diritto amministrativo, ma nelle materie di giurisdizione esclusiva assume un rilievo particolarmente importante, perché il giudice amministrativo limita espressamente il proprio sindacato in tante fattispecie ricomprese appunto in tali materie: a proposito delle decisioni delle amministrazioni nelle varie vicende economiche, allorché si tratta di verificare la congruità di un'offerta e quindi di assicurare la serietà delle proposte contrattuali e dare anche significato alla sana concorrenza tra le imprese⁶³; in ordine alle decisioni delle autorità indipendenti⁶⁴ e, in generale, di organi amministrativi tecnici⁶⁵; il giudice amministrativo si rifugia spesso in una posizione di deferenza nei confronti della stazione appaltante, che non trova spazio in altri contesti⁶⁶.

Il profilo si intreccia, poi, con l'uso dei poteri istruttori da parte del giudice amministrativo, giacché quest'ultimo intende la consulenza tecnica introdotta dalla l. n. 205/2000 limitata a far verificare talune circostanze sempre da personale appartenente all'amministrazione, come se

⁶³ Così riguardo la verifica di anomalia delle offerte CdS n. 3817/2021, ove si riporta la posizione secondo la quale «la valutazione sulla congruità dell'offerta reso dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta» e che il giudice amministrativo non potrebbe operare la verifica delle singole voci e sostituirsi alla p.a. nel giudizio tecnico elaborato; CdS AP n. 36/2012; CdS n. 4761/2013; CdS n. 162/2014.

⁶⁴ Sull'argomento K. PECCI, F.G. ALBISINNI, *Il giudice e la regolazione*, cit., 303 ss., i quali riportano taluna giurisprudenza e concludono che il sindacato sugli atti delle autorità di regolazione rimane estrinseco, anche se controlla la coerenza interna delle valutazioni tecniche poste a base delle loro decisioni; di recente F. BORRIELLO, *Judicial review of administrative decisions based on complex technical evaluations*, in www.federalismi.it, maggio 2021, in comparazione con l'esperienza statunitense ricostruisce la portata limitata del sindacato giurisdizionale esercitato sugli atti di autorità indipendenti di regolazione. In precedenza, G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del «governo dei giudici»*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX convegno Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Padova, 2008, 55 s., citava CdS n. 5116/2002, e notava l'arretramento del sindacato giurisdizionale nei confronti di manifestazioni di discrezionalità tecnica adottate da strutture slegate dal circuito della rappresentanza e della responsabilità politica.

⁶⁵ Sulle valutazioni di una Soprintendenza BB.CC.AA., che applicherebbe concetti non esatti, ma opinabili, ed il cui sindacato deve quindi essere estrinseco e limitato alle ipotesi in cui la valutazione possa ritenersi manifestamente illogica, ancora di recente CGA n. 406/2021.

⁶⁶ Sulla discrezionalità tecnica la letteratura è vastissima: può qui rinviarsi ad alcuni contributi ed alla bibliografia ivi contenuta: F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 371 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1992; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali I.2*, Milano, 2008, 471 ss.

consulenza e verifica si sovrapponevano e non fosse possibile assegnare tali compiti a soggetti esterni alla p.a.⁶⁷.

Eppure, l'insistenza sul sindacato giurisdizionale sulle pp.aa. e sull'attività economica delle stesse – che altro non è se non il diritto dei contratti pubblici – dovrebbe portare ad evitare il crearsi di “zone bianche” sottratte al controllo giurisdizionale in uno spazio indefinito ed assai pericoloso di conseguenze per la legalità sostanziale e per la stessa legittimazione sociale della giurisdizione.

Anche a questo riguardo possono avanzarsi alcune osservazioni.

Per un verso, infatti, siffatta posizione giurisprudenziale sembra in linea con quella ricostruzione dottrinale che ammetteva una distinzione sull'intensità del sindacato sulla cd discrezionalità tecnica tra quello esercitato dal giudice ordinario e quello svolto dal giudice amministrativo⁶⁸. Il primo avrebbe davanti diritti soggettivi di modo che non potrebbe limitarne la tutela rispetto alle forme ed alle condizioni valevoli per tali situazioni giuridiche nel giudizio civile “comune”; il secondo conoscerebbe di interesse legittimi, per definizione “prodotto” dell'azione di pubblici poteri con la conseguenza che non potrebbe “espropriarsi” all'organizzazione amministrativa l'esercizio di competenze ad esse riservate. Quella tesi riportava l'attività amministrativa all'organizzazione e ne faceva discendere conseguenze applicative: la discrezionalità tecnica ed il suo sindacato si ponevano al punto di snodo tra organizzazione ed attività. Sotto questo profilo quella ricostruzione è tuttora di interesse. In tanto può ammettersi la stessa esistenza della nozione di discrezionalità tecnica (e come potrebbe non farsi nella società tecnologica?), in quanto si riconosce l'esistenza di saperi specialistici e qualificati. La norma di organizzazione che istituisce un organo tecnico, valorizzerebbe tale sapere e/o patrimonio culturale ed in qualche modo lo assolutizzerebbe, giacché gli assegnerebbe il potere di assumere decisioni in maniera riservata ed esclusiva. La medesima ricostruzione sembra aver trovato applicazione nella posizione accolta dalla giurisprudenza amministrativa sulla composizione delle commissioni di concorso⁶⁹.

La prima osservazione al riguardo è che per l'appunto quella giustificazione del limitato sindacato del giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici si riferiva alle modalità

⁶⁷ Quello della nomina da parte del giudice amministrativo di verificatori e consulenti tra tecnici già in servizio presso uffici pubblici è certo un profilo “minore”, ma è espressivo del modo in cui il decidente intende l'esercizio di discrezionalità tecnica quale espressione di potere amministrativo e, quindi, sindacabile solo da altri soggetti dotati di analoga legittimazione – si direbbe *status*. L'art. 66 d.lgs. n. 104/2010 non contiene la definizione di verifica, ma si premura di far individuare «l'organismo che deve provvedervi», presupponendo l'istituto già previsto dall'art. 26 del regolamento adottato con r.d. n. 642/1907.

⁶⁸ Il riferimento è a V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, Milano 1992, 215 ss., 239. Per quell'A., infatti, «l'ordinamento circonda gli accertamenti tecnici demandati alla p.a. [anche i più complessi] di particolari cautele, stabilendo la composizione degli organi che li debbono eseguire, l'iter procedimentale attraverso cui vi si deve pervenire, e via dicendo. Il ritenere che il giudice possa sostituire il suo giudizio a quello dell'amministrazione significherebbe non tenere conto delle norme che così dispongono». Lo stesso A. continuava con l'osservazione «che diversamente in effetti verrebbero eluse le norme che stabiliscono che alle valutazioni procedano particolari organi la cui composizione è stabilita in ragione della natura dell'accertamento, o che vi si debba procedere con il loro ausilio, come si verifica ove siffatti organi debbano esprimere il loro parere», *ivi*, 243.

⁶⁹ CdS AP n. 18/2018, sulla cd fungibilità dei membri nelle commissioni per gli esami di avvocato, anche se in quell'occasione l'ordinanza ha fatto riferimento solo all'innovazione apportata dalla legge di riforma della professione forense.

di tutela degli interessi legittimi e presupponeva del resto l'assetto giurisdizionale del tempo (allorquando le materie di giurisdizione esclusiva erano quelle provenienti dalla riforma del 1923-1924). Ad accoglierla ed applicarla compiutamente, quella tesi comporterebbe di distinguere di volta in volta all'interno di ogni singola materia di giurisdizione esclusiva se viene in rilievo una posizione di diritto o di interesse e diversificare il sindacato giurisdizionale nell'una e nell'altra ipotesi: un esito a tutta evidenza improbabile. Eppure, dovrebbe convenirsi che l'intensa estensione delle materie di giurisdizione esclusiva in uno con la limitazione del sindacato giurisdizionale produce a carico dei diritti soggettivi un trattamento analogo a quello di interessi considerati sempre quale situazione-esito dell'azione amministrativa. Ed allora il sistema non è più sostenibile o, almeno, non risulta coerente.

Altra osservazione (più radicale) attiene al contenuto medesimo della cd discrezionalità tecnica: se cioè essa sia esercizio di un potere pubblico, espressione del circuito della rappresentanza politica, o al contrario svolgimento di un potere (per così dire) sociale perché manifestazione di un sapere sì specializzato ma anche diffuso perché appartenente ad un gruppo od un certo di esperti del tutto competenti a confrontarsi tra loro e, quindi, a valutare le rispettive attività. La discrezionalità tecnica è per l'appunto esercizio di un sapere qualificato⁷⁰. In occasione dell'esercizio di discrezionalità amministrativa viene in rilievo la valutazione di interessi pubblici, che non potrebbe essere fatta che da soggetti dotati in via diretta o mediata di legittimazione di natura politica. Al contrario, la discrezionalità tecnica si esercita in settori ove comunicano i mondi della burocrazia e delle professioni, uniti dal possesso di saperi specialistici. Allora non vi è motivo di ipotizzare una "riserva" di competenza in capo alla burocrazia, i cui apprezzamenti non possano essere ripetuti e "rifatti" da altri tecnici, anche se non appartenenti al personale di pubbliche amministrazioni. La discrezionalità tecnica manifesta il potere – se così può dirsi – della cultura e del sapere, ma per definizione tale potere è "sociale", esteso tra tutti gli specialisti del particolare settore, e niente affatto un potere pubblico da riconoscere in via esclusiva solo all'apparato amministrativo⁷¹.

Ciò apre al sindacato pieno sull'esercizio della discrezionalità tecnica ad opera di tutti gli specialisti del settore, a prescindere dal loro *status* burocratico. Il problema è sempre quello di individuare possibili errori integrati negli apprezzamenti tecnici fatti, ma secondo una dinamica consueta in tutte le vicende in cui si tratta di rivalutare, anche a mezzo di considerazioni probabilistiche, l'attività professionale di un soggetto chiamato ad esercitare competenze tecniche⁷². L'indagine istruttoria è rivolta ad individuare possibili errori dell'agente amministrativo, ma lo svolgimento dell'attività professionale (*id est*: lavorativa, ché tale è alla fine

⁷⁰ Sul punto già F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.; e A. CARIOLA, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, 469 ss.

⁷¹ È censurabile semmai solo a mezzo di accertamenti svolti da appartenenti ai cd corpi tecnici delle amministrazioni, come appunto avviene nella prassi giurisprudenziale che affida lo svolgimento di accertamenti solo a dipendenti pubblici. Si consideri a tal proposito che nelle fattispecie di controversie tra enti pubblici la prassi di affidare verificazioni e consulenze tecniche ad organi amministrativi finisce spesso per privilegiare lo Stato al quale appunto sono riconducibili i vari corpi tecnici.

⁷² Il riferimento ovvio è all'ipotesi di responsabilità medica che ovviamente non cambia a seconda del fatto che la prestazione sanitaria sia resa da una struttura pubblica o privata o da un medico dipendente della prima.

l'apprezzamento della situazione di fatto ad opera del soggetto inserito nella struttura amministrativa) non dà luogo ad alcun campo di per sé riservato ed insindacabile.

A questo riguardo anche solo una mutazione nel linguaggio adoperato nelle decisioni del giudice amministrativo sarebbe una vera e propria rivoluzione.

ABSTRACT

Il riparto tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa risulta oggi assai complicato. Il lavoro mostra talune incongruenze dell'assetto venutosi a creare, assume l'unità sostanziale di diritti soggettivi ed interessi legittimi e lamenta che il giudice amministrativo intenda spesso i diritti soggettivi assegnati alla sua giurisdizione alla stregua di interessi tutelati in via occasionale e riflessa, piegandoli al modello di tutela impugnatoria e riconoscendo all'amministrazione ampi spazi di insindacabilità.

ABSTRACT

The division between ordinary and administrative jurisdiction today is very complicated. This work highlights some inconsistencies in the framework righted accordingly, and it assumes the substantial unity of subjective rights and interests. This analysis also worries about the correct understanding by the administrative judge of the subjective rights assigned to his jurisdiction as interests protected on an occasional and reflected basis. These interests bend the judge to a model of appeals protection and recognize the administration open spaces without a proper judicial review.

PAROLE CHIAVE: giurisdizione amministrativa; diritto soggettivo; interesse legittimo; poteri del giudice; discrezionalità tecnica.

KEY WORDS: administrative jurisdiction; subjective right; interest; powers of the judge; technical discretion.



Francesco Bocchini*

Il problema della individuazione della disciplina costituzionale della pandemia nella giurisprudenza costituzionale**

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. Il “diritto vivente” avente ad oggetto la disciplina della pandemia in Italia tra «profilassi internazionale», «tutela della salute» e «protezione civile». - 3. L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sino alla sentenza n. 37/2021. - 4. La necessità di esaminare la normativa costituzionale anche sotto il profilo sostanziale: il profilo territoriale. – 5. Segue: il profilo temporale della pandemia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Il problema

Il problema dell’individuazione della disciplina costituzionale della pandemia sembra un pendolo che oscilla tra tre “materie” costituzionali: la «profilassi internazionale», la «tutela della salute» e lo «stato di emergenza sanitario».

Invero non solo la giurisprudenza costituzionale in tema di «profilassi internazionale» è mutata nel tempo, ma anche la dottrina ha assunto orientamenti variegati.

In primo luogo è dibattuto lo stesso contenuto della materia della «profilassi internazionale», perché si discute se essa sia una materia-oggetto o una materia-funzione e, quindi, trasversale. In secondo luogo è discusso se la «profilassi internazionale» comprenda la sola prevenzione o, anche, l’approccio terapeutico e, quindi, la cura della malattia. Infine è discusso se la «profilassi internazionale» sia una nozione formale nel senso che lo Stato sia obbligato ad attuare gli atti giuridici formali costituiti dalle raccomandazioni o dalle direttive internazionali nella materia della profilassi o sia possibile configurare una potestà legislativa esclusiva dello Stato avente ad oggetto l’intera disciplina della pandemia, a prescindere dal dettato delle raccomandazioni internazionali dell’Organizzazione mondiale della sanità.

* Professore associato Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

A sua volta le materie «tutela della salute», «profilassi internazionale» e «protezione civile», contrariamente a ciò che potrebbe apparire, a prima vista, pongono problemi concernenti non solo e non tanto la distinzione tra principi fondamentali e norme di dettaglio, quanto lo spazio legislativo e amministrativo riservato alle Regioni.

E' dibattuto, infine, lo spazio costituzionale della materia della «protezione civile» non previsto da alcuna norma costituzionale, non essendovi nella Costituzione alcuna materia etichettata come “stato di emergenza” o “stato di eccezione”.

A rendere più complessa la problematica è la convivenza delle materie della «tutela della salute», della «profilassi internazionale» e della «protezione civile» con il potere della decretazione d'urgenza che non si riferisce ad alcuna di esse, in particolare, perché le attraversa tutte. Nel caso della pandemia, poi, la decretazione d'urgenza ha previsto una delega dei poteri normativi al Presidente del Consiglio dei Ministri, che è stata oggetto di ampia discussione in dottrina. In tale articolato dibattito dottrinario è intervenuta, di recente, la Corte costituzionale¹ con una sentenza che ha sostanzialmente approvato l'attività normativa del Governo² e che dovrebbe rappresentare la “stella polare” della futura navigazione, anche se è stata, a sua volta, commentata, in modo divergente, dalla dottrina, come si dirà.

Il lavoro si propone, quindi, di razionalizzare il complesso quadro normativo e giurisprudenziale tenuto conto che la complessiva vicenda istituzionale, venuta sin qui svolgendosi, ha comportato, secondo la dottrina³, gravi torsioni degli equilibri prefigurati per le relazioni tra gli organi costituzionali delle quali si hanno numerose testimonianze⁴, già in tempi risalenti e fino ai giorni nostri⁵.

¹ Corte costituzionale del 12 marzo 2021, n. 37.

² Per una efficace ricostruzione del rapporto tra Stato e Regioni in materia sanitaria nel contesto delle competenze legislative “esclusive” e “concorrenti” ai sensi dell'art. 117 Cost. v. A. SAIITA, *Sanità. Fare l'unità d'Italia. La salute dopo il coronavirus*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, 119 ss. il quale osserva che «le Regioni devono subito impegnarsi a sviluppare una capacità di auto coordinamento per evitare di essere dirette da chi si limita a verificare l'attività sulla base di medie statistiche. ... L'auto-coordinamento tra le Regioni è il presupposto per un efficace e rinnovato regionalismo».

³ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, 1, 222 evidenzia la crisi che attanaglia il Parlamento quale organo motore, secondo Costituzione, della direzione politica, si da dare il nome alla forma di governo razionalizzata dalla Carta.

⁴ F. LANCHESTER, *La crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 106 ss. osserva efficacemente che la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale ha causato, a sua volta, una crisi della rappresentanza politica e del sistema dei partiti che potrebbe essere giunta al punto di non ritorno. Invero la crisi di rappresentanza dello Stato democratico di massa non si manifesta per la prima volta e mette in gioco lo stesso significato della rappresentanza.

⁵ ID., *La rappresentanza in campo politico*, Milano, Giuffrè, 2006; ID., *La crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, cit., 117 ss. osserva efficientemente che l'abbandono della forma di governo costituzionale naturalistica o razionalizzata per seguire il Governo di legislature sminuisce la funzione normativa di primaria importanza della rappresentanza nelle assemblee elettive perché si costituiscono maggioranze elettorali artificiali. La situazione attuale impone, pertanto, un rafforzamento delle esigenze valoriali del costituzionalismo originario come limite al potere a tutti i livelli.

2. Il “diritto vivente” avente ad oggetto la disciplina della pandemia in Italia tra «profilassi internazionale», «tutela della salute» e «protezione civile»

La normativa che il Governo ha emanato per prevenire e contrastare la pandemia può essere raccordata a quattro profili di disciplina costituzionale rappresentati dall'art. 117, lett. q), in materia di «profilassi internazionale», dall'art. 117, comma 3, in materia di «tutela della salute», dall'art. 117, lett. m), in materia di livelli essenziali delle prestazioni e dalla legislazione sulla protezione civile, che prevede lo “stato di emergenza”⁶, nel nostro caso, sanitario (artt. 7 e 24 del decreto legislativo n. 18 del 2 febbraio 2001)⁷.

La dottrina ha assunto, nei confronti dell'attività del Governo, un orientamento non univoco. E' possibile, così, distinguere, come subito si dirà, un orientamento maggioritario critico⁸ nei

⁶ Sullo stato di emergenza in generale v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, 317 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1985, 293 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 450 ss.; A. PIZZORUSSO, *Emergenza (stato di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani online*, 1993, 2 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza? Nota a Corte cost., sent. n. 15/1982*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, 108 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, 60 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, 273 ss.; P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta online*, 2020, 1, 160; L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. GALIZIA-P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, 479 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 217 ss.; ID., *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Relazione al Convegno annuale dell'AIC sul tema: “Libertà e sicurezza”*, in *Rassegna parlamentare*, 2004, 2, 427 ss.; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, Il Mulino, 2006, 330 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 2, 542 ss.; ID., *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 76 ss.; S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, 2006, 1, 35 ss.; G. MARAZZITTA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003. Per una prospettiva comparata v. E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2004, 4, 37, Jahrg., 101 ss.; U. BECK, *Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*, Frankfurt am Main, 2002; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 42 ss.; ID., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 1, 12 ss.; P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, in *cortecostituzionale.it*, marzo 2011, 5 ss. Sulla deliberazione dello stato di emergenza che trova il proprio fondamento nel Codice della protezione civile v., in particolare, nella giurisprudenza costituzionale Corte costituzionale del 1 febbraio 1982, n. 12; Corte costituzionale del 14 luglio 1988, n. 826; Corte costituzionale del 9 novembre 1992, n. 418; Corte costituzionale del 14 aprile 1995, n. 127; Corte costituzionale del 20 novembre 2002, n. 466. Sulla compatibilità della dichiarazione dello stato di emergenza con la Costituzione v., in particolare, Corte costituzionale del 9 novembre 1992, n. 418; Corte costituzionale del 14 aprile 1995, n. 127; Corte costituzionale del 5 marzo 2010, n. 83; Corte costituzionale del 26 febbraio 2020, n. 32.

⁷ Per un'efficiente analisi nell'ordinamento francese delle anomalie costituzionali e regolamentari nell'iter di approvazione del progetto di legge n. 2020-90 che ha introdotto nel Codice della salute pubblica una nuova figura di emergenza sanitaria v. A. DEFFENU-F. LAFFAILLE, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19: (breve) lettura francese di un fenomeno giuridico abnorme*, in *Costituzionalismo*, 2020, 1, 189 ss.

⁸ Per la dottrina che ha criticato la legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri v. S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 538 ss. il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri richiamano la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale ma senza alcun riferimento al Codice della protezione civile che costituisce il presupposto normativo abilitante; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 6 che prospetta alcuni dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'effettivo rispetto da parte dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri dei requisiti di proporzionalità e pertinenza in relazione allo stato d'emergenza; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Amministrazione in cammino*, 29 aprile 2020, 2 ss. il quale osserva che la scelta del Governo di accentrare la disciplina di fronte ad una normativa vigente inadeguata perché pensata per emergenze di rilievo

confronti dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e degli altri atti concorrenti adottati dal Governo e un orientamento minoritario più liberale⁹ che ha difeso, sulla base di una serie di

nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale non basta a comprendere perché si sia passati dai decreti-legge ai decreti del Presidente del Consiglio, trattandosi di fonti che riflettono una tendenza all'accentramento del potere normativo; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2-2020, 560 ss. il quale osserva che il concetto di «urgente necessità», di cui all'art. 77 Cost., non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti, ma impone di definire un valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Pertanto gli atti, secondo l'autore, dovrebbero rispettare, seppur adottati in regime emergenziale, il principio gerarchico delle fonti del diritto, la riserva di legge assoluta ed il principio di legalità; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, 3-2020, 524 il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono fondati esclusivamente sui decreti-legge come fonte atipica da questi individuata, con ampio margine di scelta discrezionale. In particolare, l'autore opera una distinzione tra i decreti-legge «originari», sui quali si fondano le fonti «derivate» e gli altri decreti-legge approvati durante la pandemia aventi ad oggetto variegati contenuti specifici, soprattutto, di natura economica; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 1-2020, 194 ss. la quale prospetta dubbi di costituzionalità in relazione alla temporaneità delle misure di emergenza, alla loro proporzionalità ed al rispetto della trasparenza dei processi decisionali; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo*, 1-2021, 22 ss. la quale critica l'interpretazione «estensiva» dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri; M. BELLETTI, *La «confusione» nel sistema delle fonti ai temi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 3-2020, 196 il quale ritenendo sempre competente il Parlamento per l'adozione delle misure legislative in costanza di pandemia, rileva che il Governo non poteva sostituire la propria attività a quella legislativa ordinaria; P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, 538 ss. il quale osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono privi di copertura costituzionale in quanto fonti prive di ogni controllo, A. D'ALOIA, *L'emergenza e... i suoi 'infortuni'*, in *Diritti fondamentali*, 26 marzo 2020, 3 ss. ritiene che l'attività del Governo configura una inammissibile «delegificazione della delegificazione»; A. D'ANDREA, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione giustizia*, 20 aprile 2020, il quale osserva che non è possibile sostituire, nel permanere della diffusione epidemica, una fluida sequenza di e di atti sub-secondari richiamati da tali provvedimenti fisiologicamente provvisori alla regolamentazione decreti-legge legislativa ordinaria; G. MARAZZITA, *Le ordinanze di necessità dopo la legge n. 127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n. 127 del 1995)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 525 ss. secondo il quale il principio organizzatore che informa il nostro sistema costituzionale prevede la competenza parlamentare della funzione legislativa ordinaria mentre quella straordinaria, pur spettando, in prima battuta, al Governo, necessità di un intervento preventivo (art. 78 Cost.) o successivo (art. 77 Cost.) delle Camere; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da coronavirus: i DPCM*, in *Ambiente Diritto*, 2021, 1, 560 ss. la quale critica lo strumento dei d.P.C.M. in quanto il decreto-legge non dovrebbe avere necessità di atti applicativi dello stesso.

⁹ Sulla legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, cit., 111 ss. il quale riprendendo le riflessioni svolte in ID., *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1173 ss. il quale esamina approfonditamente la «catena normativa dell'emergenza» pervenendo alla conclusione che alle «autorità amministrative possono essere affidate, nel rispetto della Costituzione, i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che, però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata». Invero si ravvisa, così, il fondamento costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* che sono considerati «valori» immanenti al sistema e positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata da Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, 524 il quale osserva che si è operato al di fuori delle previsioni costituzionali ma, probabilmente non *contra constitutionem* perché tutti gli atti sono stati posti in essere dal Governo in stato di necessità, al fine di tutelare il diritto fondamentale più rilevante che la Costituzione protegge: il bene supremo della vita dei consociati; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime osservazioni*, cit., 304 ss. osserva che non sono i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri a porre limitazioni a precedenti facoltà o diritti, ma è il legislatore (prima governativo e poi parlamentare) a determinare la liceità e possibilità di queste compressioni per contrastare la pandemia, affidando ai medesimi decreti il solo compito di specificarne esattamente la misura all'interno delle materie più o meno analiticamente elencate; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, aprile 2020, 6 ss. il quale osserva che essendo divenuto il decreto-legge nell'ultimo quarto di secolo una forma anomala, ma invalsa nella prassi, di legislazione corrente «si è verificato un effetto domino». Invero il decreto-legge è stato emanato al posto della legge mentre l'atto amministrativo è stato compiuto al posto del decreto-legge; G. DE

argomenti sistematici la legittimità costituzionale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, osservando che la loro legittimità costituzionale, sul piano della teoria delle fonti, risiede nei decreti-legge che hanno conferito la delega.

Le ricordate normative hanno fatto “mera apparizione” negli atti del Governo. In particolare, la normativa in materia di «profilassi internazionale» è stata solo evocata, ma, in concreto, non rappresenta il fondamento giuridico sul quale il Governo ha emanato i propri atti normativi. Per converso la Corte costituzionale con la sentenza del 24 febbraio 2021, n. 37 ha indicato nella «profilassi internazionale» l'unica materia applicabile alla pandemia. Come è noto, il 30 gennaio 2020 il Direttore Generale dell'Organizzazione Mondiale della sanità, Agenzia delle Nazioni Unite, istituita con il Trattato stipulato a New York nel 1946 ed entrato in vigore nel 1947, emanava una dichiarazione indirizzata a tutti i Paesi membri dell'Agenzia con la quale veniva dichiarato che il focolaio internazionale di Covid-19 fosse un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (*Public Health Emergency of International Concern – PHEIC*), ai sensi del Regolamento sanitario internazionale del 2005. Seguiva la dichiarazione del Direttore generale del 11 marzo 2020 con la quale il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 veniva «considerato una pandemia»¹⁰.

Il giorno successivo il Governo dichiara, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, lo stato di emergenza per sei mesi sino al 31 luglio 2020, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Lo stato di emergenza è prorogato con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 sino al 15 ottobre 2020. Segue, poi, una seconda proroga adottata con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020 sino al 15 ottobre 2020. Successivamente il Consiglio dei Ministri, con delibera del 7 ottobre 2020, adotta una terza proroga sino al 31 gennaio 2021, poi, con delibera del 13 gennaio 2021, una quarta proroga sino al 30 aprile 2021 e, infine, con delibera del 21 aprile 2021, una quinta proroga sino al 31 luglio 2021.

Durante lo stato di emergenza è adottata una congerie di atti normativi: decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, decreti-legge, decreti ministeriali, in primo luogo, del Ministero della Salute, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, ordinanze dei Presidenti delle Regioni e degli enti territoriali.

MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 34 ss. la quale ricostruisce il dibattito alla Costituente sullo stato di emergenza; A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti fatto*, in *Lo Stato*, 2019, 477 ss. osserva che i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri hanno assunto la veste delle ordinanze emergenziali, sebbene fossero privi di un esplicito riferimento ai requisiti della contingibilità e dell'urgenza, rispettando la disciplina costituzionale; E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 1, 19 ss. il quale osserva che il fatto emergenziale integra la previsione di legge, la quale, pur non prevedendo un oggetto determinato, trova una delimitazione del potere dell'organo agente nel medesimo fatto, che giustifica e, al tempo stesso, delimita la fattispecie.

¹⁰ Per una illuminante ricostruzione del rapporto tra la prescrizione normativa di condotte dettata dal diritto e la ragionevolezza scientifica delle soluzioni ai tempi del Covid-19, anche, con riferimento al pensiero di Max Weber v. A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. DE MINICO- M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Consulta online*, 2020, 41 ss.

Tutto questo “diritto vivente” è apparso alla dottrina scostarsi molto dai dettami della teoria delle fonti normative e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale¹¹. E’, quindi, interessante ripercorrere, l’*iter* normativo dell’operato del Governo, a partire dalle ricordate delibere del Consiglio dei Ministri. La delibera del 31 gennaio 2020 è adottata sulla base degli artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del decreto legislativo n. 1 del 2 gennaio 2018 (Codice della Protezione civile). Ma, come si è detto, nonostante l’apparente riferimento alla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus proclamata il giorno prima dall’Organizzazione mondiale della sanità, la stessa delibera ha ad oggetto la «dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario» e, pertanto, si fonda, sostanzialmente, sul Codice della Protezione civile. Ora, ponendo a confronto i “Considerando” della delibera che indicano le normative nelle materie della «protezione civile» e della «profilassi internazionale», appare evidente che ogni riferimento alla «profilassi internazionale» ed alla Organizzazione mondiale della sanità appare priva di rilievo decisionale, per lasciare “spazio” solo al Codice della Protezione civile. Infatti la delibera è adottata «ai sensi e per gli effetti dell’articolo 7, comma 1, lettera c), e dell’articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1» ed «è dichiarato per sei mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». A sua volta, la normativa di «attuazione degli interventi di cui all’articolo 25, comma 2, lett. a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è adottata mediante ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse».

Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 30 gennaio 2020 il Governo sembra scegliere la strada della legislazione sulla protezione civile e non della profilassi internazionale. Ma il 21 febbraio 2020, il Governo modifica lo strumento normativo con l’adozione da parte del Ministero della salute di due ordinanze fondate sull’art. 32 della legge n. 833 del 1978.

La prima ordinanza adottata, d’intesa con la Regione Lombardia e con efficacia limitata al territorio dei Comuni coinvolti dal focolaio, ha ad oggetto il divieto di entrare e di uscire da tale territorio.

La seconda ordinanza è estesa a tutto il territorio nazionale e prevede l’obbligo per le autorità sanitarie competenti di applicare la misura della quarantena. Entrambe le ordinanze si fondano sul potere di ordinanza assegnato al Ministro della Salute dall’art. 32 della l. n. 833/1978 e, dunque, sono adottate in un contesto normativo del tutto diverso da quello della protezione civile. Ma due giorni dopo, il 23 febbraio 2020, il Governo imbocca una terza strada, quella della decretazione d’urgenza, ai sensi degli artt. 76 e 87, comma 5, Cost.¹²

¹¹ Per una efficiente analisi della compressione dei diritti di partecipazione politica a fondamento della società e della relativa «verticalizzazione» del potere, v. A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 2, pp. 14 ss.

¹² Per una critica alla legittimità costituzionale della decretazione d’urgenza utilizzata dal Governo v. A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 2020, 1, 1 il quale osserva in modo puntuale che le misure generali di

Viene, così, emanato il decreto-legge. n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito nella legge n. 13 del 5 marzo 2020, che attribuisce il potere di adottare le «misure di contenimento» dell'epidemia, prescritte nello stesso decreto-legge solo a titolo esemplificativo, al Presidente del Consiglio dei Ministri, «su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della Difesa, il Ministro dell'Economia e delle Finanze e gli altri Ministri competenti per materia,

contenimento del contagio che operano sul terreno della libertà di circolazione conducono a risultati non molto diversi, nella loro materialità, rispetto ad una misura come la detenzione domiciliare che opera sul terreno della libertà personale; L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, II, 423 ss. la quale pone in evidenza la problematica costituzionale se le materie coperte da riserva di legge, compresa la riserva di legge assoluta, possano essere regolate, anche, con atti aventi forza di legge, a meno che non si tratti di riserva di legge formale come ad esempio le leggi di conversione dei decreti-legge, le leggi delega, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., 567 il quale osserva che il concetto di «urgente necessità», di cui all'art. 77 Cost., non può esaurirsi unicamente in un significato empirico, che permetta di qualificare alcuni fatti, ma impone di definire un valore attinente alla rilevanza giuridica specifica del provvedere in contesti emergenziali. Tale fondamento giuridico deve essere puntuale (principio di legalità in senso sostanziale) e relativa fonte sulla produzione rispetto ad atti di normazione secondaria; A. CELOTTO, *La necessitas non habet legem? Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Mucchi, Modena, 2020, 60 ss. il quale osserva che si sarebbe potuto applicare nella gestione dell'emergenza da coronavirus l'art. 78 Cost. attraverso una lettura estensiva ed evolutiva della nozione di "guerra" rispetto all'emergenza sanitaria, con un intervento di indirizzo del Parlamento e con il conseguente conferimento dei poteri necessari; G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e di attività motoria all'aperto*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 368.; ID., *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 212 ss. il quale osserva che quando uno stesso decreto-legge fonda provvedimenti, incidenti su diritti che sono diversi tra loro, l'atto che effettivamente restringe i diritti è il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e non il decreto-legge realizzandosi, così, una violazione della riserva di legge, del principio di legalità in senso sostanziale e dell'intero sistema delle fonti; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo*, 2020, 1, 138; L. MAZZAROLLI, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 1, 13 marzo 2020, il quale pone dubbi di legittimità costituzionale non solo sotto il profilo delle fonti del diritto ma, anche, sotto il profilo della forma di governo parlamentare che scandisce i passi del rapporto tra Camere e Governo anche quanto all'adozione dei decreti-legge, posto che l'adozione di questi ultimi e la responsabilità collegiale di cui s'è detto, non possono prescindere, ma danno anzi per presupposto il rapporto fiduciario instaurato tra Governo e Parlamento all'atto della concessione della fiducia di cui all'art. 94 Cost.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti fondamentali*, 1-2020. 590 ss. il quale avanza dubbi in ordine alla legittimità costituzionale dei decreti-legge per il fatto che ogni contrazione di diritti fondamentali soggiace, oltre che al vincolo della riserva di legge "assoluta", all'osservanza del parametro di proporzionalità in senso lato, intesa, cioè, come adeguatezza (rispetto allo scopo), essenzialità della misura (nel senso del suo contenimento entro i termini essenziali a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito) e sua necessità (proporzionalità in senso stretto, vale a dire, l'impossibilità del ricorso a provvedimenti meno limitativi della libertà), a cui si commisura anche la possibilità, per l'interessato, di esercitare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) contestando la legittimità delle misure adottate. In senso favorevole alla legittimità costituzionale della decretazione d'urgenza utilizzata dal Governo v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 115 ss. il quale osserva che la Costituzione contiene il fondamento legittimante, espresso ancorché implicito, della normazione *extra ordinem*, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria; E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli "spazi" e nei "tempi" del diritto costituzionale dell'emergenza. E' proprio vero che "nulla potrà essere più come prima?"*, in *federalismi.it*, 2020, 16, 6 ss.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 453 ss.; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime osservazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, 303 ss. il quale osserva che l'assenza di una completa legislazione in materia di situazioni emergenziali, malgrado quanto previsto dalla legislazione in materia di protezione civile, ha comportato legittimamente che l'unica fonte utilizzabile per integrare la legislazione sulla protezione civile appariva l'utilizzazione della decretazione d'urgenza; M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in *Questione giustizia*, 7 aprile 2020, 1 osserva che la decretazione d'urgenza ha permesso di coprire con la riserva di legge gli atti secondari che ne sono seguiti, sotto il controllo del Parlamento, dell'opinione pubblica e, potenzialmente, del giudice, anche, per l'elasticità delle norme della Carta; E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 1, 19 ss. osserva che il principio di legalità rappresenta l'architettura su cui si poggia l'ampio potere emergenziale. Pertanto nel contesto della specialità dell'ordinamento emergenziale i decreti-legge rappresentano la fonte primaria in un triplice rapporto venutosi a delineare tra autorizzazione primaria-intervento amministrativo e fatto emergenziale.

nonché i Presidenti delle Regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una Regione o alcune specifiche Regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale».

Con riferimento, poi, alle Regioni¹³ si prevede che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000. Le misure adottate perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione».

Sta, di fatto, che il ricorso alla decretazione d'urgenza suscita alcune perplessità.

In primo luogo, la strada della legislazione sulla Protezione civile consentiva, in attuazione del d.lgs. n. 1/2018, di emanare ordinanze da parte del Capo Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per una durata di dodici mesi prorogabili una sola volta per un totale di ventiquattro mesi. Ma tale strada era alternativa alla decretazione d'urgenza perché la legislazione sulla Protezione civile prevedeva, proprio, la declaratoria dello stato di emergenza che costituisce il presupposto della decretazione d'urgenza. L'emanazione, invece, di decine di decreti-legge avvenuta nel tempo, finiva con lo snaturare lo strumento giuridico della decretazione d'urgenza.

¹³ Con particolare riferimento ai rapporti tra Stato e Regioni durante la pandemia v. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista Diritti Comparati*, 2020, 1, 54 ss. il quale prospetta una soluzione più congrua nel rapporto tra Stato e Regioni fondata, da un lato, sul principio di sussidiarietà e, dall'altro, sulla reinterpretazione dell'individuazione con legge nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni, delineando funzioni amministrative statali di indirizzo sulla tutela della salute; E. CATELANI, *Il Forum. L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 23 luglio 2020, 11 la quale ravvisa l'esigenza di un maggior coordinamento sia nei rapporti tra Stato e Regioni che nei rapporti tra le stesse Regioni e gli enti locali attraverso l'istituzione di sedi appropriate di concertazione che realizzi un principio della leale collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo, al fine di evitare conflitti tra centro e periferia; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza in tempo di pandemia*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, 451 ss. il quale osserva criticamente che l'ambito materiale sul quale le ordinanze producono i propri effetti, ancorché normativamente definito, non deve essere tanto ampio da includere ogni aspetto della vita dei consociati, così da comportare, non già una sospensione temporanea dell'applicazione di singole disposizioni di legge, ma piuttosto nel dispiegarsi delle stesse forme della legalità; L. CHIEFFI, *Alla tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, 1, 18 ss. secondo il quale nessun trasferimento alle Regioni nella materia della tutela della salute potrebbe condurre alla frantumazione dello Stato centrale e, tanto meno, allo smantellamento di «presidi storicamente essenziali per l'unità e l'identità del Paese»; M. MANDATO, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 2021, 1, 8 ss. il quale esamina, con puntualità, il principio della leale collaborazione tra Stato e regioni attraverso un'attenta analisi delle ordinanze regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano emanate nel periodo emergenziale tra il 22 febbraio ed il 20 marzo 2020 osservando che le Regioni che hanno adottato un minor numero di ordinanze sono quelle dove si è maggiormente diffuso il virus; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni ai tempi di Covid 19*, in *federalismi.it*, 2020, 26, 89 il quale osserva che la legge regionale, in quanto fonte-atto primario ed espressione del potere legislativo, ottempera alla riserva di legge. Pertanto nelle materie rientranti nella competenza regionale, è, sempre, possibile, con legge approvata dal Consiglio regionale, limitare e/o sospendere i diritti di cittadini e imprese; R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Rivista AIC*, 2-2021, 233 il quale prospetta dei dubbi di legittimità costituzionale legati al principio, anche prima dell'emergenza pandemica, dell'inammissibilità di un potere di ordinanza locale derogatorio di norme di legge e, a maggior ragione, limitativo di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate; A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus: qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, 525 ss. il quale pone in evidenza due incertezze interpretative aventi ad oggetto, in primo luogo, il rapporto "sussidiario" tra misure statali e misure regionali ed, in secondo luogo, la compatibilità tra l'art. 3, comma. 2, del decreto-legge n. 19 del 2020 e l'art. 50 del T.U.E.L. che limita le ordinanze sindacali alle ipotesi di emergenza sanitaria «a carattere esclusivamente locale».

Inoltre la strada dei decreti-legge trovava autonoma copertura costituzionale rispetto alla legittimazione costituzionale delle ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile, in guisa che si verificava un parallelismo non convincente tra decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile perché la stessa materia è attribuita separatamente al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Capo Dipartimento della Protezione civile. Queste incertezze del contenuto del d.l. n. 6/2020 appaiono subito evidenti perché il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 emanato ad un mese di distanza dall'emanazione del primo decreto-legge abroga il d.l. n. 6/2020, ad eccezione degli articoli 3, comma 6-*bis*, e 4.

Avendo il Governo imboccato tre strade, l'ultima delle quali fondata sulla tutela della salute in ordine alla quale sussiste la potestà legislativa concorrente dello Stato e delle regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., le Regioni cominciano ad emanare, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978, una serie di ordinanze presidenziali. Ma queste ordinanze dei Presidenti delle Giunte regionali convivono con i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con le ordinanze del Capo della Protezione civile in un contesto spesso conflittuale.

Quando, poi, le Regioni imboccano la strada della legislazione regionale per legiferare nel proprio territorio in deroga alla normativa statale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri non esita a ricorrere alla Corte costituzionale per chiedere la declaratoria di illegittimità costituzionale della legge regionale, come si dirà a proposito della sentenza n. 37/2021.

3. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sino alla sentenza n. 37/2021

Un corretto inquadramento della giurisprudenza costituzionale muove dalla premessa secondo la quale la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è la prima sentenza in tema di pandemia umana perché la precedente giurisprudenza aveva esaminato fattispecie aventi ad oggetto la profilassi internazionale di pandemie animali. In secondo luogo, si pone per la prima volta all'attenzione della Consulta il problema del rapporto tra la materia della «profilassi internazionale» in tema di pandemia umana e la materia della «tutela della salute». Occorre, poi, precisare che la Consulta assume, come si dirà subito, un orientamento innovativo rispetto al passato in relazione alla materia della «profilassi internazionale».

Procediamo con ordine, partendo dalla nozione di profilassi internazionale. Sembra utile risalire alla nascita della nozione come elaborata, prima della sua introduzione nella Costituzione, avvenuta, con la riforma costituzionale del Titolo V nel 2001, anche perché la Corte costituzionale e la stessa dottrina presuppongono, più che approfondire, il contenuto.

La nozione di «profilassi internazionale»¹⁴ è risalente agli anni Settanta e si concreta «nell'attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio»¹⁵.

Negli anni '70, in occasione dell'emanazione dei primi decreti di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, si fa riferimento alla profilassi internazionale come attività non trasferita alle Regioni¹⁶.

La nozione è, anche, più antica perché già il Testo unico delle leggi sanitarie del 1934 distingueva, nell'ambito della profilassi internazionale, tra profilassi sanitaria in senso proprio e profilassi veterinaria, affidando la profilassi sanitaria agli uffici sanitari marittimi, di frontiera e di aeroporti (art. 2 R.d. 27 luglio 1934, n. 1265) e la profilassi veterinaria agli uffici veterinari di confine e di porto (art. 32 R.d. 27 luglio 1934, n. 1265), incardinati nel Ministero della sanità come articolazioni periferiche.

Tale assetto è rimasto, nella sostanza, immutato fino ad oggi, attribuendosi la vigilanza nei confronti dei viaggiatori e dei mezzi di trasporto nonché su prodotti di rilevanza sanitaria agli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera ed ai servizi per l'assistenza sanitaria al personale navigante, marittimo e dell'aviazione civile, mentre la tutela della salute degli animali è affidata, anche, con riferimento ai prodotti e mangimi provenienti dall'estero e destinati al mercato comunitario, agli uffici veterinari per gli adempimenti comunitari e ai posti di ispezione frontaliera. Analoga normativa vale per la sicurezza alimentare.

All'esito del processo di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, ai sensi dell'art. 6, n. 1, D.P.R. n. 4 del 1972, la profilassi internazionale viene, quindi, conservata in capo allo Stato, distinguendola dalla più generale «profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie». Tale assetto è rimasto successivamente inalterato, anche, nel secondo trasferimento di funzioni effettuato sulla base dell'art. 30, lett. a), D.P.R. n. 616 del 1977 che distingueva tra la profilassi internazionale, marittima, aerea e di frontiera e la profilassi nazionale delle malattie infettive e diffuse. Infatti la disciplina normativa è prevista dall'art. 6, lett. a), legge n. 833/1978 sul sistema sanitario nazionale e dall'art. 126 del decreto legislativo n. 112 del 31 marzo 1998 che conservavano in capo allo Stato «le funzioni amministrative in materia di profilassi internazionale, con particolare riferimento ai controlli igienico-sanitari alle frontiere, ai controlli sanitari delle popolazioni migranti, nonché ai controlli veterinari intracomunitari e di frontiera».

L'evoluzione legislativa si conclude con il d.m. 2 maggio del 1985 del Ministero della Salute che definiva i compiti di profilassi internazionale «nella vigilanza negli ambiti portuali,

¹⁴ Per la nozione attuale v. Relazione del Ministero della Salute sulle attività svolte dagli uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera (USMAF) e servizi per l'assistenza sanitaria al personale navigante, marittimo e dell'aviazione civile (SASN), III trimestre 2020, dicembre 2020, in *salute.gov*.

¹⁵ E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Giustizia Insieme*, 26 gennaio 2021, 5.

¹⁶ L'art. 6, comma 1, D.P.R. 14 gennaio 1972, recita: «Restano ferme le attuali competenze degli organi statali in ordine: ... 3) alla profilassi delle malattie infettive e diffuse per le quali siano imposte la vaccinazione obbligatoria o misure quarantenarie e ... 22) alla profilassi, polizia, ispezione e vigilanza veterinaria sugli animali, sugli alimenti di origine animale e sull'alimentazione zootecnica».

aeroportuali e di confine terrestre e sulle navi ancorate, sugli aeromobili e su ogni altro mezzo di trasporto nonché sulle persone e prodotti soggetti a controllo sanitario in arrivo, in partenza o in sosta al fine di provvedere alla difesa contro la trasmissione delle malattie infettive e diffuse». Tale evoluzione spiega il contenuto della nozione e la ragione per la quale con la modifica del Titolo V Cost. la materia della «profilassi internazionale» fa il suo ingresso nella Costituzione, come materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q, Cost. Tuttavia il quadro normativo, così ben articolato in ordine all'attribuzione della «profilassi internazionale» alla potestà legislativa allo Stato, non ha trovato un chiaro riscontro sul piano medico-legale in quanto è stato osservato¹⁷ che una vera e propria profilassi internazionale, intesa come metodica scientifica condivisa a livello sovranazionale per combattere il *virus*, non è mai stata elaborata.

L'analisi della nozione di «profilassi internazionale» è stata svolta per meglio inquadrare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale fino alla sentenza n. 37/2021 della quale occorre, ora, dare conto.

Con la sentenza del 13 gennaio 2004, n. 12¹⁸ la Corte costituzionale giudica infondata la censura rivolta dalle Regioni Marche, Toscana, Campania ed Umbria all'art. 66 della legge n. 448 del 2001 che pone prescrizioni dirette a ridurre i fenomeni di influenza catarrale dei ruminanti (c.d. *blue tongue*) nella materia affidata alla potestà legislativa residuale delle Regioni. In buona sostanza, secondo le Regioni, l'art 66 della legge n. 448/2001 è illegittimo nella parte in cui lo Stato estende gli interventi previsti per fronteggiare l'emergenza derivante dalla encefalopatia spongiforme bovina (c.d. mucca pazza) «alle aziende zootecniche e alle cooperative di allevamento bovini ubicate nelle Regioni e Province sottoposte a sorveglianza dall'influenza catarrale dei ruminanti» di cui all'allegato 1 della decisione 2001/783/CE della Commissione, del 9 novembre 2001. La Consulta, nel rigettare il ricorso delle Regioni, rileva che le iniziative adottate dallo Stato previste per il contenimento della influenza catarrale dei ruminanti «non sono state il frutto di libere scelte da parte dello Stato invasive della competenza legislativa regionale in materia di agricoltura e nelle materie residuali», ma costituiscono misure di attuazione «riconducibili alla materia della profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lettera q), di competenza legislativa esclusiva dello Stato e toccano profili incidenti sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, secondo comma, lettera s), anch'essa riservata alla legislazione statale». E, secondo la Consulta, anche l'attribuzione allo Stato delle «funzioni amministrative, quali la predisposizione di interventi per la protezione dall'influenza e la gestione di un apposito “fondo

¹⁷ M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 2021, 1, 333.

¹⁸ Corte cost. sent. 12/2004 esamina la legittimità costituzionale della normativa statale nella parte in cui prevede la predisposizione di una serie di interventi e la gestione di un apposito fondo per fronteggiare l'emergenza. In particolare, per le Regioni, l'art. 66 legge n. 448 del 2001 avrebbe violato i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, che devono porsi a fondamento di ogni allocazione di funzioni amministrative. La lesione non verrebbe meno neanche qualora si ritenesse che lo Stato abbia semplicemente introdotto delle modifiche alla disciplina di funzioni amministrative già ad esso riconosciute dalla legislazione previgente. In particolare, dopo la revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione, secondo le regioni lo Stato potrebbe legittimamente dettare norme per l'organizzazione di una funzione amministrativa «solo nell'ambito di un intervento che contempra la complessiva riallocazione delle funzioni amministrative relative ad un determinato ambito materiale», dovendosi escludere che esso possa procedere ad interventi di semplice integrazione parziale della disciplina previgente «in assenza di una simile operazione complessiva».

per l'emergenza *blue tongue*», trova giustificazione in esigenze di carattere unitario e, specificamente, nel principio di adeguatezza» in quanto «il coordinamento degli interventi economici e sanitari sarebbe necessario tenendo conto della diffusività della malattia, che travalica i confini territoriali delle singole Regioni».

In questa sentenza la Corte ha accolto una nozione giuridico-formale di profilassi internazionale costruendola come materia che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva allo Stato l'attuazione di precise raccomandazioni internazionali della Comunità europea. Inoltre la Consulta considera la profilassi internazionale una materia-oggetto che ha un contenuto non solo di prevenzione, ma anche di contrasto dell'emergenza, derivante dalla encefalopatia spongiforme bovina.

E veniamo alla sentenza del 3 novembre 2005, n. 406. Qui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge della Regione Abruzzo 1 aprile 2004, n. 14 (Disposizioni urgenti in materia di zootecnia) nella parte in cui prevedeva «la sospensione della campagna di profilassi obbligatoria contro la febbre catarrale degli ovini, ai sensi dell'art. 1 della legge della Regione Abruzzo n. 14/2004, e la possibilità che nello stesso periodo i capi non vaccinati possano essere movimentati, commercializzati e macellati, ai sensi dell'art. 2 della medesima legge, si pongono in palese contrasto con alcune delle prescrizioni fondamentali della normativa europea di cui alla direttiva n. 2000/75/CE del 20 novembre 2000, così ponendo anche a rischio la complessiva opera di profilassi a livello europeo». La Corte osserva, infine, che «la disapplicazione all'interno di un'area regionale della normativa sopranazionale incide sulla sua complessiva efficacia, che evidentemente presuppone una uniformità di comportamenti per ridurre i rischi di contagio».

Anche in questa sentenza la Corte costituzionale conferma il suo precedente orientamento accogliendo una nozione giuridico-formale di profilassi internazionale e indica tale profilassi come materia-oggetto.

A distanza di sette anni dalla precedente sentenza, con la sentenza del 23 aprile 2013, n. 72, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 della legge della Regione Basilicata n. 26/2011 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Basilicata - legge finanziaria 2012) nella parte in cui sopprime la certificazione del veterinario della ASL competente in materia di movimentazione del bestiame, sostituendola con una autocertificazione in violazione della «normativa statale che prevedeva il controllo sanitario della ASL competente sul bestiame in transito, in linea con quanto previsto in sede comunitaria e UE relativamente alle misure di applicazione della direttiva 2000/75/CE del Consiglio per quanto riguarda la lotta, il controllo, la vigilanza e le restrizioni dei movimenti di alcuni animali appartenenti a specie ricettive alla febbre catarrale». Secondo la Consulta nella materia della «profilassi internazionale» è «indispensabile una uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale, secondo livelli minimi di tutela che necessitano, proprio per le esigenze della profilassi internazionale, di una ineludibile omogeneità di criteri e parametri di valutazione».

La Consulta, richiamando la propria giurisprudenza delle sentenze del 13 gennaio 2004, n. 12 e del 3 novembre 2004, n. 406, ha nuovamente ricondotto la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato in

materia di «profilassi internazionale», coinvolgente, anche, i profili riguardanti la «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», anch'essa riservata alla competenza legislativa dello Stato. Tale argomentazione ha condotto la Corte ad affermare che la «normativa statale che prevede il controllo sanitario della ASL competente sul bestiame in transito è destinata ad assicurare, anche in relazione al profilo delle procedure (ad esempio in tema di programmi di prevenzione o di controllo e vigilanza), oltre che a quello strettamente sanzionatorio, una indispensabile uniformità di disciplina su tutto il territorio nazionale, secondo livelli minimi di tutela che necessitano, proprio per le esigenze della profilassi, di una ineludibile omogeneità di criteri e parametri di valutazione. In questo contesto per la Consulta spetta alla competenza del Ministero della Salute la cura dei rapporti con l'Organizzazione Mondiale della Sanità e con altre Agenzie ONU anche per l'attuazione di convenzioni e di programmi sanitari internazionali».

L'anno successivo con la sentenza del 13 giugno 2014, n. 173 la Corte, confermando l'orientamento assunto nella precedente sentenza, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 15 aprile 2013, n. 13 (Disposizioni per la semplificazione di procedure in materia sanitaria in materia di «igiene sanità, assistenza ospedaliera e profilattica») nella parte in cui abolisce gli obblighi e gli adempimenti previsti dalla normativa statale dettata dal d.P.R. n. 320 del 1954, e segnatamente dagli artt. 1, 2, 31, 41 e 42 in materia di polizia veterinaria, eliminando sia le certificazioni del veterinario dell'ASL competente in materia di movimentazione del bestiame, eliminando, sia la vigilanza sanitaria dell'ASL sugli allevamenti, sia l'obbligo di denuncia di malattie infettive e diffuse per alcune malattie degli animali.

La Corte applica al caso scrutinato l'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che attribuisce la materia della «profilassi internazionale» alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, rilevando che «l'art. 5 legge regionale n. 13 del 2013, nell'abolire le predette certificazioni veterinarie, eliminando la relativa vigilanza sanitaria e l'obbligo di denuncia di malattia infettiva e diffusa per alcune malattie degli animali, limita (o, addirittura, esclude) i necessari controlli (anche periodici) previsti dalla legislazione statale (d.P.R. n. 320 del 1954) finalizzati a prevenire l'insorgere di sempre possibili epidemie ed epizootie, mediante la tempestiva individuazione (che si attua proprio attraverso la prevenzione e l'accertamento) e la relativa denuncia delle malattie infettive e diffuse del bestiame, così ponendo a rischio la complessiva opera di profilassi anche a livello europeo».

Nella sentenza del 15 dicembre 2016, n. 270 la Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione, promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti dello Stato, in relazione agli artt. 3, comma 1, 9, commi 1 e 9, e 12 dell'ordinanza del Ministro della salute del 28 maggio 2015, recante «Misure straordinarie di polizia veterinaria in materia di tubercolosi, brucellosi bovina e bufalina, brucellosi ovi-caprina, leucosi bovina enzootica». La pronuncia di inammissibilità si fonda sul fatto che la competenza legislativa dello Stato in materia di «profilassi internazionale» è esclusiva e si concreta nell'adozione dei provvedimenti volti a rafforzare le misure di identificazione e registrazione degli animali, quale elemento imprescindibile per una efficace lotta alle malattie infettive trasmissibili. Invero la normativa statale dettata dall'art. 9, comma 1, dell'ordinanza del Ministro della Salute del 28 maggio 2015 non pone alcun vincolo

obbligatorio per la Provincia autonoma ed, a sua volta, il comma 9 della medesima norma disciplina la mera informatizzazione della procedura di richiesta, conferma e rilascio dell'autorizzazione per gli spostamenti degli animali.

Infine con la sentenza del 18 gennaio 2018, n. 5 la Consulta ritiene non fondato il ricorso della Regione Veneto in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1, 4 e 5 e degli artt. 3, 4 e 5 legge n. 119 del 2017. Invero l'art. comma 1 prevede l'obbligatorietà e la gratuità della vaccinazione per i minori fino a sedici anni ed i successivi artt. 1, commi 4 e 5, 3, 4 e 5 della medesima legge istituiscono un sistema di controlli e sanzioni volto a garantire il rispetto dell'obbligo vaccinale, anche in relazione all'accesso dei minori alle istituzioni scolastiche ed educative con la previsione delle relative sanzioni in caso di mancato adempimento.

Secondo la Corte costituzionale l'introduzione dell'obbligatorietà di alcune vaccinazioni, prevista dalla legislazione statale, chiama in causa la materia della «profilassi internazionale» prevista dall'art. 117, 2 comma, lett. q) Cost. Invero, nella specie, la profilassi per la protezione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente, a giudizio della Consulta, «l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale. Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, l'obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta "immunità di gregge", la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo. Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coesenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore (sentenze n. 192 del 2017, n. 301 del 2013, n. 79 del 2012 e n. 108 del 2010). Ciò è vero in particolare nel caso, in cui il legislatore, alla luce della situazione già descritta, ha ritenuto di impiegare l'incisivo strumento dell'obbligo, con il necessario corredo di norme strumentali e sanzionatorie, le quali a propria volta concorrono in maniera sostanziale a conformare l'obbligo stesso e a calibrare il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti». E la giurisprudenza costituzionale ha qualificato come «coesenziali ai principi fondamentali della materia disposizioni pur specifiche che prevedono sanzioni amministrative e regolano il procedimento volto ad irrogarle e, ancor prima, ad accertare le trasgressioni (ad esempio, nelle sentenze n. 63 del 2006 e n. 361 del 2003)». In buona sostanza la Corte osserva che «la competenza di profilassi internazionale» di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q, Cost., consente di emanare norme dirette a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale (come più volte ritenuto da questa Corte, sia pure nel settore veterinario: sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005, n. 12 del 2004)». La Corte accoglie, così, ancora una volta, una nozione giuridico-formale della materia della «profilassi internazionale».

Questo il quadro complessivo della giurisprudenza costituzionale in tema di «profilassi internazionale» anteriore alla sentenza n. 37/2021¹⁹. E', ora, possibile, sulla scorta delle singole decisioni ricordate, confermare il nostro assunto, in ordine all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale²⁰ contenuta nella sentenza n. 37/2021 rispetto alla precedente giurisprudenza, sotto diversi profili.

Invero le sentenze ricordate accolgono, in primo luogo, una nozione di carattere giuridico-formale di profilassi internazionale perché affermano che la profilassi internazionale riguarda solo ed unicamente le formali raccomandazioni internazionali, emanate dagli organi internazionali competenti, e che lo Stato ha il dovere di attuare.

In secondo luogo, la «profilassi internazionale» riguarda per la prevalente giurisprudenza solo la prevenzione, ma non la cura e terapia dell'epidemia in corso. E, infine, la giurisprudenza prevalente ritiene che la materia della «profilassi internazionale» presenta un carattere sostanzialmente trasversale, potendo incidere su diversi profili della disciplina, anche in settori di competenza della potestà legislativa regionale, perché, secondo la giurisprudenza ricordata, se è vero che alle Regioni spettano attribuzioni nelle materie «concorrenti» della tutela della salute e della protezione civile, questa potestà legislativa regionale può operare solo nei limiti in cui le strutture sanitarie regionali «si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica».

Venendo all'esame della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 il giudizio di costituzionalità presenta subito un aspetto peculiare.

Lo Stato, infatti, pur non avendo individuato nella materia della «profilassi internazionale» il fondamento giuridico della potestà legislativa esclusiva (decreti-legge, ordinanze del Capo Dipartimento della Protezione civile, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze del Ministro della Salute) ha, invece, fatto valere, davanti alla Corte costituzionale, proprio la materia della «profilassi internazionale», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., per dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge regionale²¹. E, a sua volta, la Consulta, in presenza di siffatto quadro normativo statale, ha accolto il ricorso e rilevato l'invasione da parte della Regione, con la legge n. 11 del 9 dicembre 2020, della potestà legislativa esclusiva statale nella materia della «profilassi internazionale», che lo Stato non aveva mai posto espressamente a fondamento giuridico della propria potestà legislativa esclusiva.

Da tale impostazione discende per la Consulta che nel caso in esame non rilevano né la violazione da parte della legislazione regionale delle singole norme statali, né la circostanza che tali norme fossero o meno costituzionalmente legittime, né che gli atti amministrativi a contenuto generale adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri fossero o meno validi, perché oggetto

¹⁹ Per una illuminante ricostruzione sull'universalismo della tutela dei diritti umani che la profilassi internazionale mira a difendere v. S. STAMMATTI, *Tutela dei diritti umani e prospettive di sviluppo democratico nei paesi del Mediterraneo meridionale*, in S. P. PANUNZIO, (a cura di) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 627 ss.

²⁰ Per un'ampia e puntuale analisi ed uno studio sistematico dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 8 ss.; ID., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, 25 ss. e 86 ss.

²¹ A. POGGI - G. SORBINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, 8 ss.

del giudizio di costituzionalità non è -dice la Corte- la normativa statale, ma la legge regionale. Secondo la Consulta «ciò che è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale (così come il legislatore statale rispetto alle leggi regionali) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna». Invero - prosegue la Corte- «non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale». A differenza di ciò che avviene nel campo della potestà legislativa concorrente -continua la Corte- nel caso della potestà legislativa esclusiva statale è esclusa ogni potestà legislativa regionale anche solo avente come finalità di rendere più restrittiva la profilassi internazionale prevista dalla legge statale. E ciò perché l'invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato non dipende dalla manifestazione di un effettivo contrasto tra le singole misure in concreto applicabili, sulla base, anche, dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e quelle imposte in funzione della normativa regionale. Infatti afferma la Corte «ciò che la legge statale permette non è una politica regionale autonoma sulla pandemia, quand'anche di carattere più stringente rispetto a quella statale, ma la sola disciplina (restrittiva o ampliativa che sia), che si dovesse imporre per ragioni manifestatesi dopo l'adozione di un d.P.C.M., e prima che sia assunto quello successivo».

Nel quadro di tale motivazione si spiega, poi, come e perché la Consulta esamini tutta la filiera delle normative emanate dallo Stato sotto l'usbergo della «profilassi internazionale».

E ciò vale sia per le delibere del Consiglio dei Ministri che hanno dichiarato lo stato di emergenza sanitario, sia per i decreti-legge, sia per i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia per le ordinanze del Capo della Protezione civile, sia per le ordinanze del Ministero della sanità.

A tanto la Consulta può pervenire perché estende, sul piano logico, prima che giuridico, la nozione di profilassi internazionale, oltre i confini della materia delineati, in passato, dalla precedente giurisprudenza. In tal guisa la Corte perviene alla conclusione che la profilassi internazionale comprende: a) le misure sia di prevenzione sia di cura terapeutica della pandemia in corso; b) l'attuazione di raccomandazioni internazionali che la normazione di profilassi nazionali, indipendenti da tali raccomandazioni giuridico-formali; c) la sola legislazione statale e non anche la legislazione regionale, essendo la potestà legislativa statale esclusiva. E ciò perché per la Consulta l'applicazione di una legge regionale divergente spezza la catena del contagio su scala territoriale minore. E ciò «mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali».

L'unico profilo di continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale concerne l'ambito di estensione territoriale della profilassi internazionale nel senso che quest'ultima debba comprendere anche la profilassi all'interno del territorio nazionale. La dottrina ha, in prevalenza, commentato favorevolmente la sentenza n. 37/2021, pur con alcune critiche a singoli punti della

motivazione. In particolare, si è osservato²² che la Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021 non si è limitata a colmare la vaghezza di un enunciato linguistico, ma ne ha allargato la sfera di operatività, integrandone il significato oltre la lettera della Costituzione. Ma tale operazione ermeneutica ha consentito alla Corte di saldare, attraverso un'interpretazione estensiva, ordinamento giuridico e Costituzione operando una “*reductio ad unitatem*” di contesto normativo e testo costituzionale che concorrono a comporre l'ordinamento costituzionale²³. In tal guisa la legislazione statale accentua la propria discrezionalità in relazione agli “spazi normativi” lasciati alle Regioni per contrastare la pandemia.

La dottrina²⁴ si è, poi, chiesta in relazione al rapporto tra le materie della «profilassi internazionale» e della «tutela della salute» affidata alla legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., se la gestione della crisi pandemica, che può condurre a preferire un intervento unitario a livello nazionale evitando il frazionamento delle misure a livello regionale o locale, possa, davvero, riguardare tutto ciò che sia ritenuto coesistente alla finalità di contrastare la diffusione e il contagio fino a toccare, anche, l'approccio terapeutico». In particolare, si domanda che ne resta dell'appropriatezza delle scelte terapeutiche che la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale ha, con un orientamento consolidato, affidato sempre all'autonomia ed alla responsabilità del medico sulla base «dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»²⁵.

La dottrina²⁶ ha osservato che, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale del 26 giugno 2002, n. 282 a fronte del novellato assetto derivante dalla revisione del Titolo V Cost., la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», giacché il ruolo principale spetta, invece al medico, il quale nella sua autonomia e responsabilità, «sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» e sulle «acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione». Tale principio di diritto comporta, a ragione, per questa dottrina l'inevitabile conseguenza che l'eventuale intervento del legislatore non potrà essere il frutto di «valutazioni di pura discrezionalità politica» nemmeno in un contesto emergenziale nel quale ci si trovi a fronteggiare la diffusione di un virus che sfugge alle consolidate acquisizioni sperimentali.

D'altra parte la discrezionalità del legislatore, come ribadito nella sentenza n. 5 del 2018 in tema di vaccinazioni obbligatorie, dovrà, anche, in questo caso «essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica».

²² C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 2021, 1, 4.

²³ A. BARBERA, *Costituzione della repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VII, Milano, 2015, 265 ss.

²⁴ D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, 2, 16.

²⁵ Corte cost. sent. 282/2002.

²⁶ D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. 37/2021*, cit., 16 ss.

La stessa dottrina si domanda, a questo punto, correttamente se l'approccio terapeutico alla pandemia può davvero ricondursi alla profilassi internazionale o non concerne piuttosto, e direttamente, l'ambito della tutela della salute? Invero se tale approccio si concretasse, anche, nella tutela della salute ciò delimiterebbe la sfera di discrezionalità di intervento del legislatore all'interno di una logica di principi volti ad indirizzare le proprie scelte normative radicate nelle indicazioni elaborate dalla comunità scientifica sul piano terapeutico.

In questo contesto si è, così, correttamente osservato²⁷ che è indispensabile contemperare le ragioni dell'unità con quelle dell'autonomia, valorizzando le autonomie territoriali «senza tralasciare la protezione di irrinunciabili istanze unitarie, coniugare la differenziazione con le garanzie di accesso al godimento dei diritti, e pertanto, in ultima analisi, soddisfare la domanda di eguaglianza sostanziale che sta dietro ai sistemi di *welfare* sui territori».

Nel caso della profilassi internazionale appare evidente l'ipotesi di intreccio e sovrapposizione della salute con le altre voci enumerate negli elenchi costituzionali e il conseguente rischio di «vulnerabilità» della competenza regionale in materia di tutela della salute.

E ancora: le strutture sanitarie regionali possono davvero configurarsi, in presenza di una crisi emergenziale, solo come un mero mezzo al quale la legislazione statale è autorizzata a imporre «criteri vincolanti di azione e modalità di conseguimento di obiettivi» a fini profilattici (così si legge in un altro passaggio della sentenza) come se si trattasse di autorità periferiche delle amministrazioni centrali? Scavalcare sempre e, comunque, l'autonomia dei sistemi sanitari regionali, che appare inevitabile nei casi di inadeguatezza nella gestione della crisi pandemica, non rischia di inibire anche le ipotesi di una efficiente collaborazione con le strutture sanitarie per l'erogazione dei relativi servizi?

In conclusione nei casi di in cui una disciplina legislativa incida potenzialmente su più materie, tra cui anche la materia della «tutela della salute», un ruolo primario e, nel nostro caso, risolutivo è stato assunto dalla Corte costituzionale che «nella complessa attività di regolamento dei confini, ha fatto spesso ricorso ai consueti criteri-risolutivi, ed in particolare a quello della prevalenza ed a quello della leale collaborazione».

Infine la dottrina²⁸ ha esaminato nella motivazione della sentenza n. 37/2021 il profilo della interpretazione, da parte della Corte costituzionale, della nozione di «principi fondamentali». La Corte -si è scritto- avrebbe operato un'ulteriore forzatura interpretativa accentratrice restringendo ulteriormente la competenza delle Regioni²⁹, nonostante la pregressa giurisprudenza

²⁷ ID., *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, 2 ss.

²⁸ Sulla differenza fra norme generali e principi fondamentali v. G. SCACCIA, *Norme generali sull'istruzione e potestà legislativa concorrente in materia di istruzione: alla ricerca di un criterio discrezionale (nota a Corte Cost., sentenza n. 279 del 2005)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4, 2716 ss. osserva che le norme generali sarebbero «capaci di esaurire in se stesse la loro operatività» e, cioè, si caratterizzerebbero per un livello di dettaglio variabile solo in funzione della valutazione politica (e come tale insindacabile, se non affetto da manifesta illogicità) circa l'interesse infrazionabile perseguito in concreto. Viceversa, i principi fondamentali, «pur sorretti da esigenze unitarie», non potrebbero assumere un grado di specificità tale da incidere sulla sfera d'azione riconosciuta alle Regioni.

²⁹ ID-C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 3, 111.

costituzionale³⁰ abbia sempre ritenuto «principi fondamentali in materia di salute» norme fra loro assai eterogenee, spesso, contraddistinte da un grado di dettaglio così elevato da incidere direttamente sulla competenza regionale.

La Consulta nella sentenza n. 37/2021 ha evitato di ricondurre la disciplina della profilassi internazionale alla materia della tutela della salute rifuggendo dall'affermazione dell'obbligo per lo Stato di assicurare il coinvolgimento delle Regioni nella forma della consultazione applicando il principio della leale collaborazione che è stato, invece, tramutato dalla Consulta in una mera facoltà. Va, però, osservato che, prima dell'emanazione della sentenza n. 37/2021, lo Stato ha individuato la copertura costituzionale della propria attività normativa, da un lato, nella protezione civile e, dall'altro, nella tutela della salute, materie di potestà legislativa concorrente. Sta di fatto che la concorrenza delle due potestà legislative si è trasformata ben presto in conflittualità. Ed è questa la ragione per la quale la Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021 ha preferito scegliere, tra le diverse opzioni rappresentate dalla protezione civile, tutela della salute e profilassi internazionale, quest'ultima per legittimare costituzionalmente la normativa emanata dal Governo, essendo lo Stato titolare, in questa materia, della potestà legislativa esclusiva.

4. La necessità di esaminare la normativa costituzionale anche sotto il profilo sostanziale: il profilo territoriale

Abbiamo rilevato nelle pagine precedenti che gli orientamenti della dottrina in relazione ai singoli atti emanati dal Governo sono stati prevalentemente critici, laddove i primi commenti alla sentenza n. 37/2021 sono apparsi, sostanzialmente, favorevoli, anche se con taluni rilievi critici, sopra ricordati, nei confronti di alcuni punti della motivazione. Sembra utile, ora, una riflessione sistematica complessiva.

³⁰ Corte costituzionale del 13 giugno 2008, n. 203 chiarisce il principio sulle forme di finanziamento delle prestazioni sanitarie affermando che nell'ipotesi di introduzione di quote di partecipazione al costo delle prestazioni solo lo Stato «dispone della potestà di circoscrivere in tal senso la spesa, per mezzo dell'introduzione di ticket o con il ricorso ad analoghe misure di contenimento»; ciò perché, «là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo» (sentenza n. 245 del 1984); Corte costituzionale del 24 luglio 2009, n. 249 afferma che ha stabilito che la valutazione relativa all'individuazione dei nuovi impianti per la gestione dei rifiuti deve essere attribuita allo Stato «in coerenza con il principio di sussidiarietà, in vista dell'obiettivo del soddisfacimento dell'esigenza unitaria di una dislocazione strategica dei medesimi impianti sull'intero territorio nazionale»; Corte cost. sent. 338/2003 attribuisce alla legislazione statale l'individuazione del confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali in quanto tale «determinazione investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi «all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica» (Corte cost. sent. 282/2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale». Pertanto «gli interventi legislativi regionali, posti in essere nell'esercizio di una competenza legislativa concorrente, come quella di cui le Regioni godono in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), sono costituzionalmente illegittimi ove pretendano di incidere direttamente sul merito delle scelte terapeutiche in assenza di - o in difformità da - determinazioni assunte a livello nazionale, e quindi introducendo una disciplina differenziata, su questo punto, per una singola Regione».

In una serena valutazione delle opinioni della dottrina è possibile osservare che l'orientamento critico dell'attività normativa del Governo ha stigmatizzato, alla luce della teoria delle fonti del diritto, l'operato del Governo e del Presidente del Consiglio dei Ministri avendo di mira, in un'ottica squisitamente soggettiva, l'operato del Governo che ha mostrato, talora, incertezze, ma, talora, anche la volontà di assumersi tutte le responsabilità o tutti i poteri per contrastare la pandemia. Viceversa, l'orientamento più liberale sembra prescindere dall'operato del Governo per fermare l'attenzione sul rispetto oggettivo del sistema delle fonti del diritto, elaborando «la catena normativa dell'emergenza»³¹.

Alla luce di tale quadro complessivo e della dottrina e della giurisprudenza, sembra possibile procedere ad un tentativo di razionalizzazione, sulla base di una triplice riflessione sistematica.

In una prima direzione la sentenza della Corte costituzionale va salvaguardata, perché appare utile per ricomporre a sistema l'intera normativa.

In una seconda prospettiva non ha senso continuare a recriminare sull'operato del Governo, che non ha fatto applicazione della materia della «profilassi internazionale» alla pandemia, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021.

Appare, invece, interessante esaminare più a fondo non solo, come si è fatto finora, il profilo astratto giuridico-formale della normativa alla luce della teoria delle fonti, ma, anche e soprattutto, il profilo sostanziale, quanto dire, la morfologia della malattia, per cercare di comprendere il tipo di emergenza occorsa per la prima volta, nella storia della Costituzione. Occorre, invero, valutare l'adeguatezza della normativa emanata dal Governo sia sul piano territoriale in relazione al profilo dell'accentramento o meno delle

funzioni esercitate per prevenire e contrastare la pandemia, sia sul piano temporale per valutare l'adeguatezza della normativa anche costituzionale, sotto il profilo cronologico, con riferimento alla realtà di una malattia che ha ben presto mostrato di essere a carattere duraturo e persistente nel tempo.

L'esame del profilo sostanziale della normativa costituzionale mostra tratti di estremo interesse sia sul piano territoriale che sul piano temporale. Sotto entrambi i profili appare, infatti, evidente che la pandemia ha trovato lo Stato italiano del tutto impreparato.

Invero sul piano territoriale, lo Stato italiano, all'insorgere della pandemia, non era dotato di un piano nazionale e regionale pandemico strategico operativo, in grado di ripartire territorialmente le funzioni per prevenire e contrastare la pandemia, chiarendo quali funzioni dovessero essere assunte a livello nazionale e a livello regionale e locale. E ciò nonostante l'Organizzazione Mondiale della Sanità avesse raccomandato agli Stati membri, già negli anni precedenti, la necessità di dotarsi di piani pandemici nazionali, regionali e locali.

Ma procediamo con ordine, partendo dal profilo territoriale di allocazione delle funzioni di pubblici poteri di fronte alla pandemia. In assenza di un piano pandemico strategico operativo, pubblicato solo il 25 gennaio 2021, lo Stato italiano ha dovuto affrontare il problema di sopperire alla suddetta lacuna, facendo «di necessità virtù». Il problema della ripartizione territoriale delle

³¹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 109.

funzioni è stato risolto, senza un vero criterio ordinatore programmatico, perché il Comitato tecnico scientifico istituito con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile solo il 5 febbraio 2020 e, quindi, in tempi molto ristretti con competenza di consulenza e supporto alle attività di coordinamento per il superamento dell'emergenza epidemiologica dovuta alla diffusione del coronavirus, ha dovuto sopperire non solo e non tanto alle necessarie ricerche scientifiche, ma anche alle decisioni operative relative alla ripartizione territoriale delle competenze e, quindi, al contenuto stesso delle azioni pubbliche da porre in essere per prevenire, ormai, solo il permanere della pandemia.

Sotto il profilo della ripartizione territoriale delle competenze, il Governo ha utilizzato poco e male il criterio che la dottrina³² e la giurisprudenza costituzionale³³ avevano ricostruito nella materia della «tutela della salute». Come è noto si era ritenuto che il rapporto tra principi fondamentali e norme di dettaglio deve essere inteso nel senso che le norme statali possono prescrivere i criteri e gli obiettivi, spettando, invece, alle norme regionali l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi. Nel caso in esame gli strumenti di attuazione degli obiettivi potevano essere rappresentati dall'organizzazione sanitaria-ospedaliera su scala regionale³⁴.

Si è verificata la tendenziale sovrapposizione, sul piano territoriale, dei diversi provvedimenti a carattere nazionale, sia nei loro reciproci rapporti (v. provvedimenti del Presidente del Consiglio dei Ministri e provvedimenti del Capo Dipartimento della Protezione civile e del Ministero della Salute, etc.) sia nei rapporti con le ordinanze dei Presidenti delle Regioni. Alla fine non è stata rispettata neanche la distribuzione delle competenze territoriali che la stessa Costituzione prevede, a livello legislativo e amministrativo, per i casi di legislazione concorrente plurilivello, come nel caso della tutela della salute.

Invero con riferimento al profilo territoriale vengono in rilievo quattro osservazioni.

In primo luogo, la separazione delle competenze normative sembra avere carattere relativo in quanto le due discipline, centrale e locale, presentano caratteri di interdipendenza e interattività perché in un piano pandemico strategico operativo (del quale l'Italia non era dotata al momento dell'emergenza e che è stato approvato, ora, per il 2021-2023) qualunque regolazione centrale presenta i “piedi d'argilla” se non trova corrispondenza biunivoca con la regolamentazione regionale o sub-regionale.

³² R. BIN, “Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale”. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004, 312 ss.; R. BIN-G. FALCON (a cura di), *Diritto regionale*, Bologna, Il Mulino, 2018, 251 ss.; F. POLITI, *La ripartizione della potestà legislativa fra Stato e Regioni*, in F. P. TRAI SCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, 51 ss.; L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co. Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, Utet 2006, 2242 ss.

³³ Corte cost. sentt. 390/2004; 181/2006.

³⁴ A. CARIOLA, *Lo statuto siciliano alla prova di un regionalismo in divenire*, in *Issirfa.cnr*, settembre 2017, 5 ss. il quale osserva efficacemente che sia necessaria non una separazione dei settori materiali di competenza, ma una vera e propria integrazione delle medesime, soprattutto, sotto il profilo procedimentale. In particolare, tale partecipazione procedimentale dovrebbe, per l'autore, consentire alle Regioni di esprimere pareri e raggiungere intese c.d. forti con lo Stato, sino a coordinare le reciproche attività con maggiore attenzione al versante amministrativo per attuare la legislazione statale a condizione che quest'ultima sia immediatamente attuabile.

Il piano nazionale vaccinale non avrebbe avuto successo se non corroborato ed attuato dalle ordinanze dei Presidenti delle Regioni che, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978, hanno puntualmente emanato. Questa interattività tra livello centrale e livello locale presenta un carattere biunivoco perché ogni regolazione centralizzata riverbera i suoi effetti positivi in tutto il territorio nazionale e, quindi, nel territorio regionale locale, mentre ogni focolaio locale di reviviscenza della malattia incide inevitabilmente sul territorio nazionale, per la forza diffusiva del virus, oltre ogni confine territoriale amministrativo.

La seconda osservazione è che, come correttamente è stata utilizzata l'immagine della "catena normativa" per ricondurre a sistema la regolazione normativa della malattia, così è possibile, sul piano sostanziale, costruire una profilassi come "catena sanitaria a cascata". Ciò comporta che partendo dal livello internazionale può essere collocata, al primo livello, la comunità internazionale della quale fa parte come soggetto agente lo Stato nazionale dovendo arginare nei propri confini la diffusione della malattia nei rapporti tra i singoli Stati e, quindi, con le comunità dei cittadini e degli stranieri. Ma questo sistema sarebbe privo di utilità sostanziale se ogni Stato non dettasse al suo interno una disciplina unitaria proporzionata ed adeguata scientificamente per contrastare la pandemia³⁵.

La terza osservazione è che una normativa nazionale centralizzata avulsa e separata dalla tutela del diritto alla salute in sede regionale e locale sarebbe priva di sostanziale utilità avendo qualsiasi normativa nazionale "i piedi di argilla" se la strumentazione non fosse assicurata dalle autorità regionali e locali. In questa prospettiva sostanziale appaiono preziosi gli orientamenti che si propongono di trovare un punto di equilibrio tra livello nazionale locale nella tutela del diritto alla salute nella potestà legislativa concorrente dello Stato e delle regioni. Questa dimensione territoriale Stato/Regioni pone, allora, sul piano sostanziale, quello che sul piano giuridico-formale è il criterio della distinzione tra principi generali nazionali e norme di dettaglio regionali.

Un'ultima osservazione. Nella sentenza n. 37/2021 la competenza trasversale delle regioni "uscita dalla porta" sembra rientrare "dalla finestra", laddove la Corte costituzionale afferma che le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono estranee alla gestione della pandemia anche «in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della tutela della salute e della protezione civile».

L'incompetenza dei legislatori regionali non inibisce, infatti, la possibilità di azione degli organi di governo territoriale, allorché sia richiesta o autorizzata dagli atti normativi statali (di rilievo, in quanto vigenti, sono soprattutto i dd.l. n. 19 e n. 33 del 2021). Questa gestione territoriale della pandemia costruita dalla Corte sulla base di un'azione o coordinamento unitario «può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze territoriali costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost. per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica per il quale appaia, invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore

³⁵ Per una efficace analisi delle più significative implicazioni del principio della solidarietà che riguardano, da un lato, la forma istituzionale dell'ordinamento e, dall'altro, le necessarie estensioni soggettive dei doveri e, quindi, la problematica dell'universalità delle situazioni soggettive e della comunità in quanto corpo politico che partecipa democraticamente alla determinazione e realizzazione del "bene comune", v. A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo*, 2016, 1, 35 ss.

statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni». La Corte costituzionale applica, sul piano territoriale, tale modello di gestione non solo all'adozione delle misure di quarantena e alle ulteriori restrizioni imposte alle attività quotidiane ma, anche, «all'approccio terapeutico, ai criteri e alle modalità di rilevamento del contagio tra la popolazione, alle modalità di raccolta e di elaborazione dei dati; all'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché ai piani per la somministrazione di questi ultimi e così via». I piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali devono svolgersi «secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso».

In conclusione, sotto il profilo territoriale, l'impressione finale che si ricava dall'attività del Governo e dalla motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 è che la distribuzione territoriale delle competenze sembra un pendolo che oscilla tra “accentramento” delle funzioni (per la materia della «profilassi internazionale») e “decentramento” delle funzioni (per la materia della «tutela della salute»), con l'inevitabile conflittualità.

E ciò perché la distribuzione territoriale delle funzioni tra Stato e regioni nella materia di «tutela della salute» non è stata rispettata, né dal Governo né dalle Regioni.

5. Segue: il profilo temporale della pandemia

Venendo all'esame del profilo temporale, occorre subito dire che l'attuale pandemia è una situazione inedita rispetto alla quale non è assurdo che siano saltati gli schemi e gli strumenti giuridici previsti dalla Costituzione e dalla legislazione primaria di settore³⁶.

Nella realtà sostanziale, sottostante alla normativa vigente, l'evento non si realizza in un solo istante o in un tempo ristretto, come nelle calamità naturali previste dalla legislazione sulla Protezione civile.

Nella pandemia vi è la protrazione nel tempo della malattia sempre più grave per la sua forza di propagazione per contagio. In essa sono presenti, allora, due momenti.

Il primo stadio costituisce il momento di perfezione della pandemia. Da questo momento la diffusione della malattia lede il bene giuridico della salute delle persone e, indirettamente, offende tutte le attività economiche e sociali della comunità. In tal guisa inizia un periodo di tempo né certo né breve durante il quale la pandemia permane nella comunità. Tale permanenza cessa quando il contagio finisce e con esso la sua diffusione con la conseguente immunità della comunità. Se il primo stadio segna la necessità dell'intervento dei pubblici poteri, il secondo momento impone la cessazione di ogni potere emergenziale delle istituzioni.

La struttura della pandemia consente, allora, di affermare che siamo in presenza non di una emergenza, come prevista dalla legislazione sulla protezione civile, ma di un particolare tipo di emergenza che assume le caratteristiche di un evento duraturo e incerto nella sua durata. Non basta perché la pandemia come emergenza di durata si caratterizza per essere un'emergenza a

³⁶ G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 173; ID., *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2020.

propagazione invisibile. Sotto il profilo cronologico, la durata non è determinata né determinabile. La pandemia, quindi, si caratterizza per la permanenza dello stato di malattia per un tempo imprevedibile, indeterminato e incerto per un periodo apprezzabile di tempo.

Ne deriva l'esigenza di costruire sul piano sostanziale e, poi, sul piano giuridico-formale una nozione di emergenza di durata a tempo indefinito caratterizzata da propagazione invisibile. A fronte di questo fenomeno sostanziale deriva la possibilità di elaborare una concezione, sul piano giuridico-formale bifasica e, cioè, a due fasi, rappresentate da un momento iniziale della declaratoria di emergenza da parte dei pubblici poteri e da un momento finale della sua consumazione e cessazione che va dichiarata dai pubblici poteri per la cessazione dei loro rispettivi poteri emergenziali.

La concezione bifasica della pandemia consente, allora, di affermare che l'attività dei pubblici poteri è, del tutto, peculiare.

Sul piano temporale l'attività dei poteri pubblici va valutata partendo dal fatto che gli strumenti giuridici dell'ordinamento non sono stati prefigurati in modo adeguato ad un contesto emergenziale pandemico quale quello che stiamo vivendo.

Si rifletta. La legislazione sulla Protezione civile è prevista per tutelare «la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo» (art. 1 d.lgs. n. 1/2018). Appare, dunque, evidente la fisiologia degli eventi tutelati dalla legislazione sulla protezione civile. Tali eventi a) sono già esauriti e consumati nel tempo quando i pubblici poteri sono chiamati ad intervenire; b) non hanno carattere duraturo e permanente; c) hanno carattere di fisicità, nel senso che hanno prodotto lesioni fisiche a persone o danni a cose; d) non sono malattie contagiose. Questi requisiti non ricorrono nel caso della pandemia in quanto la pandemia: a) non si esaurisce dopo il primo insorgere della malattia; b) ha carattere duraturo nel tempo nel senso che, dopo il primo apparire dell'evento, si propaga nel tempo senza soluzione di continuità fino ad assumere carattere di permanenza; c) non ha carattere di fisicità, perché si caratterizza per il fatto di poter essere asintomatica e perciò invisibile sul piano del contagio nel senso che, come avverrete la scienza medica, nel momento nel quale la persona contrae il *virus* può contemporaneamente contagiare, in modo invisibile altre persone se la sua malattia è asintomatica; d) è una malattia di carattere contagioso.

Si impone, allora, la distinzione tra emergenze momentanee ad effetti permanenti (terremoti, maremoti, catastrofi, etc.) ed emergenze permanenti. Infatti la pandemia costituisce un'emergenza permanente a durata imprevedibile, oltre che a propagazione invisibile, mentre gli eventi emergenziali previsti dalla legislazione sulla protezione civile hanno i caratteri momentanei (es. terremoti, maremoti, catastrofi, etc.), anche se ad effetti permanenti, a durata certa ed a propagazione caratterizzata dalla fisicità.

Le osservazioni svolte mostrano, anche, l'inadeguatezza della normativa sulla decretazione d'urgenza, ai sensi degli art. 77 e 87, comma 5, Cost. rispetto alla pandemia. Invero anche la decretazione d'urgenza presenta due caratteri strutturali che la rendono inadeguata nel caso della pandemia: a) l'eccezionalità dell'evento emergenziale; b) il carattere non duraturo dell'emergenza in quanto la decretazione d'urgenza non può avere carattere duraturo e/o permanente.

Analogo discorso vale per i poteri delegati dalla decretazione d'urgenza al Presidente del Consiglio dei Ministri che trovano la loro fonte di legittimazione nella decretazione d'urgenza legislativa.

Rimane da dire della «profilassi internazionale» che potrebbe apparire, ad un primo esame, la materia più adeguata a fronteggiare l'emergenza pandemica permanente.

Sta di fatto che né il Governo né il Parlamento vi hanno fatto ricorso. Invero la profilassi internazionale, dai contenuti, tuttora, discussi ed incerti, se, da un lato, presenta quei caratteri di durata che ogni profilassi, per sua natura, implica, presuppone, però, a sua volta, raccomandazioni internazionali che riguardano la posizione dello Stato rispetto alla comunità internazionale e, quindi, la propagazione della malattia oltre i confini nazionali. Pertanto rimane priva di copertura costituzionale la prevenzione del contrasto della pandemia all'interno del territorio nazionale, non potendo le raccomandazioni internazionali avere un effetto vincolante all'interno dei singoli Stati. E l'esperienza storica concreta impone di considerare che la stessa Organizzazione mondiale della sanità dopo aver dichiarato la pandemia si è fermata, chiedendo solo agli Stati di dare attuazione ai propri piani pandemici nazionali e regionali, se previsti per tempo. L'Italia non aveva al 30 gennaio 2020 un piano pandemico nazionale.

In tale contesto l'unica norma della Costituzione che si riferisce a un'emergenza di durata è l'art. 78 relativo allo "stato di guerra".

Le possibili interpretazioni di tale norma costituzionale sono state molteplici.

Un primo orientamento³⁷ monista esclude che possa desumersi, in via interpretativa, dal testo dell'art. 78 Cost. la legittimità costituzionale dello stato di emergenza.

Un secondo orientamento dualista³⁸ configura i fatti *extra-ordinem* a fonte originaria di un diritto eccezionale, capaci di sospendere libertà e principi fondativi di un assetto politico istituzionale.

Un terzo orientamento³⁹ osserva che l'unica norma della Costituzione che proclama lo Stato di emergenza è l'art 78 Cost. e tale norma potrebbe essere interpretata nel senso che essa preveda non solo la guerra, ma tutte le emergenze di durata.

³⁷ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 241 osserva che, alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, l'ipotesi delle "calamità naturali" non può essere configurato come esempio classico da prendere in considerazione tramite decretazione d'urgenza, in senso oggettivamente conforme alla Costituzione. V., anche, O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte I, Milano, Società editrice libraria, 1904, 1154; P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 391; L. PALADIN, G. MOTZO, *Assedio (Stato di)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 250; e, più di recente, cfr.: V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1984, 130 ss.; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 77 ss; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 218 e G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, 138 ss.

³⁸ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 251 ss

³⁹ A. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020, 6.

Un quarto orientamento⁴⁰ raggiunge lo stesso risultato interpretativo ma solo in via di fatto.

Un quinto orientamento⁴¹ ritiene che pur mancando nella Costituzione una norma espressa può ravvisarsi nella stessa una norma implicita relativa allo stato di emergenza.

Tale orientamento ricorda, in particolare, l'autorevole opinione di Barile che riprendendo, dopo anni, l'emendamento dell'on. Crispo ha affermato che per lo stato di emergenza non rappresentato dalla guerra occorre una procedura dichiarativa autonoma da quella dell'art. 78 Cost., superando la riserva parlamentare del relativo potere. Invero tale autorevole voce traeva dalla mancanza di una clausola *ad hoc* nella Costituzione argomenti favorevoli a riconoscere legittimi sia la dichiarazione disposta con legge del Parlamento che la dichiarazione contenuta in un decreto-legge del Governo⁴². Si osserva, così, che il Governo veniva proposto come il decisore naturale per la migliore conoscenza dei fatti rispetto al Parlamento e per la possibilità di decidere tempestivamente grazie al decreto-legge, mentre i tempi inevitabilmente più dilatati per l'approvazione di una legge avrebbero potuto pregiudicare l'efficacia dell'intervento.

Non è agevole prendere posizione in relazione all'interpretazione dello stato di guerra previsto dall'art. 78 Cost. per trarre dal sistema argomenti favorevoli alla previsione costituzionale dello stato di emergenza sanitario. Rispetto all'opinione di Barile, che trova spunto dall'emendamento dell'on.le Crispo nei lavori preparatori della Costituzione favorevole alla previsione costituzionale dello stato di emergenza, si osserva che la volontà dei Padri costituenti è sempre meno valorizzata ai fini dell'interpretazione delle norme della Costituzione, perché le espressioni della Carta non possono mai essere "pietrificate". D'altra parte non si possono dimenticare le remore dei Padri costituenti ad attribuire al Parlamento e al Governo, in via d'urgenza, la previsione dello stato di emergenza per il timore di derive autoritarie.

Per superare queste difficoltà, poiché la scienza medica ammonisce che dovremo abituarci a convivere con le pandemie e le loro varianti, non sembra irragionevole prospettare, dopo l'art.

⁴⁰ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti, Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta online*, 2020, 1, 208 il quale osserva che non è possibile dilatare il concetto di "guerra" riferendolo anche alla congiuntura in atto in quanto l'andamento dei lavori preparatori della Carta si oppone, in primo luogo, a tale interpretazione. Appare decisiva la circostanza che nel caso in esame non si è avuta la prescritta delibera parlamentare di deliberazione dello stato di emergenza. In breve, sarebbe stata pur sempre necessaria una previa delibera parlamentare che dichiarasse lo "stato di emergenza", sollecitandosi allo stesso tempo il Governo all'esercizio dei poteri idonei a farvi fronte.

⁴¹ G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale-2020, 544 ss la quale osserva che, pur non potendo trarre dai lavori preparatori della Costituzione elementi utili per ricostruire l'istituto dell'emergenza in quanto il medesimo non è previsto dal testo fondamentale, tuttavia, la suddetta omissione non impedisce di trarre dal sistema ed, in particolare, dall'elasticità della Costituzione argomenti favorevoli alla sua esistenza implicita e alla modalità di un'eventuale scrittura. Per una illuminante analisi della rottura della Costituzione v. F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011 il quale osserva che l'assetto della Costituzione del 1948 risulta in crisi in quanto la Carta costituzionale appare "innervata" e al limite della rottura materiale, nonostante essa si inserisca nell'ambito del tessuto unitario del diritto costituzionale europeo e di questo formi un tassello parziale.

⁴² A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 1, 11 ss.; A. CELOTTO, *L' "abuso" del decreto legge*, I, Padova, Cedam, 1997, 360; G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, X, Torino, Utet, 1995, 448; V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti leggi*, Milano, Giuffrè, 1970, 111 ss.; F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *Novissimo digesto italiano*, XVIII, Torino, Utet, 1971, 290 ss.

78 Cost., un art. 78 *bis* a tenore del quale: «Le Camere riconoscono lo stato di pandemia conferendo al Governo i poteri necessari» sostanziali⁴³.

Se quest'auspicio fosse fondato⁴⁴, vorremo ricordare che «una crisi esige da noi risposte nuove o vecchie purché scaturite da un esame diretto e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcepi, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce»⁴⁵.

6. Riflessioni conclusive

Con questo lavoro ci siamo sforzati di esaminare la normativa, anche, alla luce della giurisprudenza costituzionale, non solo sul piano giuridico-formale, ma anche sul piano sostanziale cercando di fare chiarezza sulla struttura intrinseca dell'evento pandemico. Alla luce di tale riflessione è sembrato che gli strumenti giuridici utilizzati dal Governo possano essere giudicati con minore severità.

La dottrina ha correttamente rilevato la mancanza di centralità del Parlamento nell'emanazione della normativa per contrastare la pandemia, ma va, parimenti, constatato che né il Parlamento, in sede di conversione dei decreti-legge, ha modificato il testo dei decreti né i soggetti legittimati, salvo rare eccezioni, hanno impugnato davanti al giudice amministrativo i provvedimenti del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Capo Dipartimento della Protezione civile e del Presidente delle Regioni.

Provvida, allora, è giunta la sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021 che, indicando la materia della «profilassi internazionale» di competenza legislativa statale esclusiva, ha, sia pure con una motivazione non esente da critiche in qualche punto, posto l'intera attività normativa del Governo e del Parlamento sotto il mantello protettivo della profilassi internazionale, in attesa che si ponga rimedio nella materia della «profilassi internazionale» alla lacuna dell'ordinamento giuridico.

⁴³ Sempre attuale è l'insegnamento di A. CERVATI, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in *Diritto romano attuale*, 1999, 2, 17 il quale ha ricordato, in modo efficiente, a più riprese che «le riforme delle Costituzioni sono una diretta e continua conseguenza del mutamento del cointesto sociale che esprime quell'insieme di valori che fondano gli ordinamenti giuridici».

⁴⁴ Per un'efficace ricostruzione del rapporto tra costituzionalismo e democrazia v. P. RIDOLA, *Costituzione e potere politico nella democrazia di massa tra *machtstaat* e *politische legitimation**, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 728 ss. il quale osserva che i principi regolativi dell'azione statale sono sciolti sostanzialmente da un quadro di limiti di natura formale, poiché l'universo di valori dettati dalla Costituzione vale anche come cornice di orientamento dell'azione e delle funzioni statali, nella sfera della posizione del diritto come in quella della sua applicazione.

⁴⁵ H. HARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, Garzanti, 1991, 229.

ABSTRACT

La disciplina costituzionale della pandemia sembra un pendolo che oscilla tra tre “materie” costituzionali: la «profilassi internazionale», la «tutela della salute» e lo «stato di emergenza sanitario». Il lavoro si propone di razionalizzare il complesso quadro normativo e giurisprudenziale arrivando alla conclusione che gli strumenti giuridici utilizzati dal Governo possano essere giudicati con minore severità se si prende consapevolezza di una lacuna dell’ordinamento giuridico nella disciplina della pandemia intesa come emergenza di durata permanente. In particolare, il lavoro approfondisce il valore sistematico della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 in ordine all’individuazione della materia della «profilassi internazionale».

The constitutional discipline of the pandemic seems to oscillate between three constitutional “subjects”: «international prophylaxis», «protection of health» and «state of health emergency». This work aims to rationalize the complex regulatory and jurisprudential framework while reaching the conclusion that legal instruments used by the Government can be judged with less severity if one becomes aware of a lacuna in the legal system regulating the pandemic; if for pandemic one means an emergency of permanent duration. In particular, this paper examines the systematic value of the Constitutional Court decision n. 37/2021 in order to identify the subject of «international prophylaxis».

PAROLE CHIAVE: Poteri del Governo. Rapporti tra Governo e Parlamento. Corte Costituzionale. Profilassi internazionale, tutela della salute e stato di emergenza sanitaria. Protezione civile.

KEYWORDS: Powers of Government. Relations between Government and Parliament. Constitutional Court. International prophylaxis, health protection and state of health emergency. Civil protection.



Mario Panebianco*

La dignità come parametro e come diritto all'autodeterminazione. Profili di giurisprudenza costituzionale**

SOMMARIO: 1. La dignità umana nel processo di giurisdizionalizzazione costituzionale. – 2. Note comparatistiche fra la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 242 del 2019 sul fine vita e la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020 in tema di diritto “sulla” vita. – 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale oltre il caso Cappato. – 4. La rideterminazione della dignità con bilanciamenti ragionevoli, non “meccanici”.

1. La dignità umana nel processo di giurisdizionalizzazione costituzionale

La dignità umana è l'architrave del sistema dei principi, dei diritti e dei poteri dell'ordinamento statale, è anteriore a, e non dipendente da esso¹, è criterio di misura che levoa anche una reinterpretazione dei principi di libertà ed eguaglianza², parimenti caratterizzanti lo Stato contemporaneo. Nell'ambito di un percorso di complessa definizione

* Professore associato confermato in Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Tali profili sono ben sintetizzati in G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno “Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU”*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014), in www.cortecostituzionale.it; inoltre, ID., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 1 ottobre 2007, ID., *L'individuazione dei diritti della persona, Testo della relazione presentata al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “Prof. G.D. Pisapia”, intitolato “Diritti della persona e nuove sfide del processo penale”*, Salerno 25-27 ottobre 2018, in www.penalecontemporaneo.it. Sulla dignità come paradigma “al centro della trama normativa costituzionale in tema di diritti fondamentali”, come “dote”, come “conquista” premessa dell'accezione sociale della dignità *ex art. 3 Cost.*, da ultimo M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, 119 ss.

² Sul rapporto fra dignità e libertà, L. FERRAIOLI, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, 23 ss. L'Autore, partendo da una distinzione fra libertà giuridica e libertà morale, distingue correlativamente fra dignità morale indipendente dal diritto e dignità giuridica che consiste nella libertà giuridica.

giuridica, la dignità è chiamata in causa anche nel diritto esterno³, in settori specifici ad elevata giurisdizionalizzazione⁴, nonché in differenti contesti costituzionali a sostegno delle tesi sia favorevoli che contrarie al riconoscimento ed alla garanzia di diritti nuovi⁵.

Non esiste più una nozione auto evidente, ovvero rigidamente predeterminata in ragione delle famiglie giuridico-costituzionali. Si profilano mescolanze e combinazioni fra una concezione tradizionalmente più “europea” di dignità – che evidenzia la dimensione oggettiva, la connessione fra diritti, doveri e limiti nell’esercizio della libertà di autodeterminazione – ed una più “nordamericana”, soggettiva e individualista, connessa intimamente ai concetti di autonomia, personalità e *privacy*.

³ Anche se la prospettiva assunta è costituzionalistica, non si può non dar conto, a mo’ di mero accenno, di un sistema integrato della tutela dei diritti in ragione dell’art. 6 TUE, paragrafi 2 e 3, che, postulando l’adesione formale dell’Unione europea alla CEDU, propone altresì la configurabilità dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea del 1950 quali principi generali del diritto dell’Unione europea. Ciò – come sottolineato dalla Corte costituzionale nelle sentenze. n. 80/2011 e n. 210/2013 – non deve distogliere dal valore sub costituzionale che è riconosciuto al diritto internazionale pattizio, a fronte di un’applicazione diretta del diritto dell’Unione nell’ordinamento interno. Sul punto M.R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali in Studi urbanati*, V. 67 n. 1-2/2016, 103 ss. Se nella CEDU manca un riferimento normativo esplicito alla tutela della dignità umana, pur tuttavia vi è stata un’elaborazione giurisprudenziale a partire dall’art. 8 CEDU – quale ausilio interpretativo per riconoscere il diritto all’identità personale e sociale – ed in ragione della c.d. tecnica del *consensus* quale regola di interpretazione estensiva dei trattati internazionali a motivo di una prevalenza del rispetto della dignità della persona - il quadro esterno di – tentativo – di definizione giuridica più nitida della dignità è integrato dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000 che qualifica la dignità sia come principio – primo – che come diritto – primo –. Sul tema, a fronte di un dibattito davvero vasto. Senza pretesa di esaustività: U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Wolters Kluwer Cedam, Milano 2018; P. BILANCIA, *Dignità umana e fine vita in Europa* in *Consulta online. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2020; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti in Forum di Quad. Cost. Rassegna*, n. 10/2019; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne editrice, Roma 2015; A. DI STASI, *Human dignity as a normative concept. “Dialogue” between European Courts (ECtHR and CJEU) in Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, 115-130, Springer Nature, Berna 2019; ID., (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam Wolters Kluwer, Padova 2016; ID., *Alla ricerca di una nozione giuridica di “embrione umano”: il contributo del judicial dialogue tra Corti internazionali in Federalismi.it*, 16 gennaio 2015; A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi in Rivista di Diritto internazionale*, Anno XCV, n. 2/2012; M. MONTAGNA, *Art. 3 CEDU e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ed il caso dell’Italia in Federalismi.it*, 17 maggio 2013; M. OLIVETTI, *Art.1*, in R. BIFULCO, R. CARTABIA, M. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, il Mulino, Bologna 2001; G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8 – 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ambito del convegno dal titolo “La Corte europea dei diritti dell’uomo: il meccanismo di decisione della CEDU ed i criteri di interpretazione conforme alla Convenzione europea”*, Aula Magna del Palazzo di Giustizia di Milano, 11 gennaio 2013.

⁴ I settori sono: l’aborto, i diritti riproduttivi, il suicidio assistito, il fine vita, la sperimentazione e la ricerca genetica, il matrimonio egualitario, la libertà di espressione, dei soggetti deboli, degli immigrati, piuttosto che delle persone omosessuali o nelle nuove famiglie; poi, il diritto ed il processo penale, il diritto penitenziario, il diritto del lavoro. Il principio in analisi è pure invocato allorché le biotecnologie e l’espansione del mercato, oppure da ultimo, la nota pandemia – con particolare riferimento al compito statale di assicurare a tutti i cittadini il diritto alla salute nel rispetto della loro dignità, senza distinzioni di età –, lo espongono a tensioni vecchie e nuove.

⁵ Sul ruolo della dignità nel riconoscimento dei nuovi diritti, nel senso che può essere enucleato un diritto nuovo solo se riconducibile ad un diritto enumerato e se, prima, è riferibile al principio supremo “dignità-libertà” M. RUOTOLO, *I diritti fondamentali nella Costituzione italiana. Il riconoscimento dei diritti inviolabili*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino 2019, 636 s. In diversa prospettiva, M. CARTABIA, *In tema di nuovi diritti*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, 625 ss.

Nuove considerazioni⁶ sono stimulate da recenti arresti giurisprudenziali interni ed esterni che, malgrado l'individuazione di punti di contatto o di divergenza, non possono non essere valutati innanzitutto nei – ed alla luce dei – rispettivi ordinamenti, tradizioni e culture costituzionali. Nell'ambito di una tendenza italiana alla giurisdizionalizzazione dei diritti⁷ rispetto alla diversa centralità della legislazione come statuto privilegiato di garanzia dei diritti stessi, la portata giuridica⁸ della dignità, oggi, passa ancor più per la giurisprudenza costituzionale. Essa, in dialogo con le Alte e le altre corti⁹, nonché con i giudici comuni, è divenuta terreno privilegiato per la verifica più “pratica” di ogni tesi sui diritti e sulla dignità.

2. Note comparatistiche fra la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 242 del 2019 sul fine vita e la sentenza del Bundesverfassungsgericht del 26 febbraio 2020 in tema di diritto “sulla” vita

Come è noto, il *Bundesverfassungsgericht* continua a segnalarsi nel costituzionalismo giurisprudenziale europeo mediante diverse decisioni che forniscono un ulteriore contributo allo sviluppo dei diritti fondamentali ed al riempimento giuridico del valore della dignità¹⁰. Degna di attenzione è una pronuncia del 26 febbraio 2020, a partire dal diritto al suicidio¹¹.

La sentenza è espressione di un lungo dibattito all'interno del Tribunale costituzionale e di un percorso motivazionale ed argomentativo ampio ed articolato, anche quanto all'analisi

⁶ Sia consentito rinviare a M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali* in *Diritto e società*, n. 2/2002, 151 ss. Contributi successivi su nuove sentenze sono in V. BALDINI, *Stato di prevenzione v/ stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita (A proposito di una decisione della Corte costituzionale federale tedesca sulla legge federale in materia di sicurezza dei voli)*, anche in *Jus*, 2-3/2006; A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in *www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, 20 marzo 2006.

⁷ L'ampiezza dei temi che vertono i diritti rende molto ampia la bibliografia di riferimento. Recentemente, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivistaic.it*, n. 4/2018, 30 dicembre 2018; A. CELOTTO, *L'età dei (non) diritti*, Giubilei Regnani, Roma 2017; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018.

⁸ Per portata giuridica si intende cosa la dignità è concretamente, se esiste “ancora” un modello “oggettivo”, un modello “astratto” di dignità che possa sovrapporsi a valutazioni “soggettive”, quale è il livello entro il quale può essere invocata come limite all'autonomia privata ed oltre il quale il richiamo ad essa diventa limite irragionevole per la libertà del singolo.

⁹ All'interno del dialogo più che noto fra le corti costituzionali e le corti europee, la prospettiva di fondo più corretta da assumere è in V. BARSOTTI, C. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (a cura di), *Italian constitutional justice in global context*, Oxford University press, Oxford 2016.

¹⁰ Senza pretesa di esaustività, nella dottrina tedesca sono decisivi i contributi di: E. DENNIGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998; ID., *Cinque tesi sull'architettura della sicurezza, in particolare dopo l'11 settembre 2001*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino 2005; G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, tr. it. a cura della cattedra del Prof. Häberle (Università di Bayreuth), Giuffrè, Milano 2003; ID., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma 1993; M. HERDEGEN, *Neuarbeitung von Art. 1 Abs.1 – Schutz der Menschenwürde* in T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München 2003; H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana* in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1999; N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Laterza, Roma-Bari 2002; A. PODLECH, sub *Art. 1, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, II ed., Luchterhand, Neuwied 1989; M. SACHS, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York 2000; D. SCHEFOLD, *La dignità umana*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova 2007; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III, Beck, München, 1988.

¹¹ Trattasi del *geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung Urteil*, 2347/15 del 26 febbraio 2020. Nel riportare il contenuto della sentenza, pare opportuno utilizzare un linguaggio “letteralmente” fedele a quanto scritto nel testo della pronuncia stessa.

sistemica, storica e comparata. La pronuncia citata porta la riflessione ad un livello nuovo e diverso¹², come riscontrabile anche in prospettiva comparata.

Secondo la sentenza, il diritto generale al libero sviluppo della personalità – art. 2, par. 1, in combinato disposto con l'art. 1, par. 1, della *Grundgesetz* – comprende il diritto ad una morte autodeterminata. Il *Bundesverfassungsgericht* afferma che se, nell'esercizio di questo diritto, un individuo decide di porre fine alla sua esistenza, la decisione deve, in linea di principio, essere rispettata come un atto di autodeterminazione¹³. La protezione della dignità e della libertà è principio informato dall'idea che gli esseri umani sono dotati di autodeterminazione. Radicato nella convinzione che l'autonomia e lo sviluppo della personalità siano parti integranti della libertà, la garanzia della dignità *comprende* in particolare la protezione dell'individualità, dell'identità e dell'integrità. La dignità inalienabile di conseguenza richiede, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, che qualsiasi essere umano sia riconosciuto *incondizionatamente* – e questo avverbio è uno snodo decisivo – come portatore di un'autonomia sua personale. Le garanzie specifiche derivanti dal diritto alla personalità danno effetto a questa nozione di autodeterminazione.

La pronuncia in commento prosegue stabilendo che mantenere la propria personalità nell'autodeterminazione richiede che l'individuo non sia costretto a modi di vivere non compatibili con le proprie idee di sé. Pertanto, il diritto a una morte autodeterminata non si limita al diritto di rifiutare trattamenti di mantenimento in vita, ma si amplia – e questo è un ulteriore passaggio davvero rilevante – anche ai casi in cui l'individuo decide di rinunciare alla vita “attivamente”.

Il diritto in questione, inoltre, non si limita a situazioni definite da malattie gravi o incurabili, né si applica solo in determinate fasi della vita o della malattia, ma – e questo è un altro snodo – è garantito in tutte le fasi dell'esistenza. Limitare la portata della protezione a causa di motivi specifici “esterni”, equivarrebbe alla predeterminazione dei motivi per porre fine alla vita. Tale decisione elude qualsiasi valutazione sulla base di valori generali, dogmi religiosi, norme sociali o considerazioni di razionalità oggettiva. Non è quindi compito della persona giustificare la propria decisione, poiché la decisione deve essere rispettata come un atto di autodeterminazione.

La pronuncia continua ritenendo che il diritto al suicidio non può essere negato perché una persona che si suicida perde la propria dignità, dato che, ponendo fine alla vita, rinuncia anche

¹² N. COLAIANNI, *L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungsGericht 26 febbraio 2020*, in www.statoebiese.it, n. 6/2020; N. FIANO, *Il diritto alla dignità nel “fine vita”: la storica e recentissima pronuncia del BVerfG in tema di suicidio assistito*, 14 aprile 2020, in www.diritticomparati.it; A. NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in www.laegislazionepenale.eu.it, 16 marzo 2020; S. GROSSO, *Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale italiana a confronto: il peso specifico della dignità personale nelle scelte di fine vita*, in Federalismi.it, 8 luglio 2020, 189 ss. (tale contributo di matrice penalistica, fermo solo alla sentenza citata, si conclude in maniera (s)valutativa per la Corte, sottolineando che l'assenza di un giudizio di bilanciamento comporta la conseguente degradazione dei principi di dignità e autodeterminazione ovvero la loro perdita di spessore costituzionale); V. ZAGREBELSKY, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in www.laegislazionepenale.eu.it, 2 marzo 2020.

¹³ Per questi motivi, la Seconda Camera ha stabilito che il divieto di servizi funzionali al suicidio assistito (par. 217 del codice penale) è incostituzionale e che il divieto pregiudica la possibilità per l'interessato di ricorrere al suicidio assistito. Da questa sentenza non consegue che al legislatore è precluso porre norme sull'assistenza suicida, ma, se il legislatore le adotta, è tenuto a garantire uno spazio sufficiente al perseguimento del diritto soggettivo a porre fine alla propria vita.

alle basi dell'autodeterminazione. Invece, l'atto suicidario è, secondo i giudici tedeschi, una manifestazione della ricerca dell'autonomia personale *in vita* nella dignità.

Il diritto di rinunciare alla vita comprende anche la libertà di cercare, se offerto e senza restrizioni o interferenze, il supporto fornito da terzi, laddove l'esercizio del diritto ed il libero sviluppo della propria personalità dipende dalla partecipazione di un altro soggetto. La norma all'attenzione del Tribunale costituzionale federale è una violazione di un diritto fondamentale, interferisce con il diritto al libero sviluppo della personalità degli individui che intendono morire, da cui la declaratoria di incostituzionalità. Il principio di dignità, sovente richiamato, diventa la base per censurare il par. 217 del codice penale e non pone limiti all'autodeterminazione.

Nell'ambito di un individualismo-personalismo dai contorni "forti" – e, volendo, nell'ambito di una visione più espansa del diritto di avere diritti fino al diritto "sulla" vita – si delinea il prevalere di una nozione estremamente soggettiva di dignità, che finisce col tratteggiare il riconoscimento di un diritto ad una morte autodeterminata e senza condizioni, senza la scelta di utilizzare parametri di oggettivizzazione.

La decisione in commento può essere almeno in parte comparata con l'ordinanza n. 207 del 2018¹⁴ e con la conseguente sentenza n. 242 del 2019¹⁵ della Corte costituzionale italiana. Nella

¹⁴ Nel ritenere in maniera esplicita l'insussistenza di un diritto soggettivo "a rinunciare a vivere" ovvero "un vero e proprio diritto a morire", l'ordinanza – punto 8 del Considerato in diritto – prevede che "l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione. Occorre, tuttavia, considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo.[...] Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.". In dottrina, senza pretesa di completezza: U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *forumcostituzionale.it*, 23 novembre 2018; P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *Federalismi.it*, n. 5/2019, 6 marzo 2019; P. F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli* (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018), in *forumcostituzionale.it*, 14 dicembre 2018; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019, 18 settembre 2019; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *forumcostituzionale.it*, 5 giugno 2019; D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019, 18 settembre 2019; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2019, 13 maggio 2019; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'"ordinanza Cappato"*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, 31 marzo 2019; A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 18 settembre 2019; F. S. MARINI, C. CUPELLI, *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019, 20 marzo 2019; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forumcostituzionale.it*, 1 dicembre 2018; M. PANEBIANCO, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del Parlamento. Note "inevitabilmente" intermedie*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2019; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forumcostituzionale.it*, 7 giugno 2019; M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2018; L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dall'ord. n. 207/2018 sul "caso Cappato")*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, 3 luglio 2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, 22 gennaio 2019; ID., *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2019; ID., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 1 luglio 2019; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forumcostituzionale.it*, 27 maggio 2019; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, n. 1/2019, 21 febbraio 2019, 92 ss.; ID., *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/29018, 26 ottobre 2018, 568 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, n. 3/2018, 20 novembre 2018, 571 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2019, 26 giugno 2019, 644 ss.; G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di "Quaderni costituzionali"*, in *Forumcostituzionale.it*, 8 giugno 2019; P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019, 15 aprile 2019.

¹⁵ La Corte "dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente". In dottrina, senza pretesa di esaustività: G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente*

prima la dignità è posta come “personale visione della dignità del morire”, come limite alle scelte legislative nel senso che il legislatore non può precludere l'autodeterminazione della persona imponendole di essere mantenuta in vita. L'ordinanza n. 207 del 2018, nella quale la dignità è collegata a doppio filo al diritto all'autodeterminazione, propone una sfumatura della dignità del malato, al contrario della sentenza n. 242 del 2019, nella quale non vi è più siffatto riferimento, anche se sono presenti ulteriori parametri di oggettivizzazione-regolazione quali la verifica delle condizioni e delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale ed il parere del comitato etico territorialmente competente. Tale “lacuna” è apparente nella misura in cui esplicitamente si colloca in continuità con la citata ordinanza.

L'eccezionalità della “circoscritta area” in cui la Consulta ha statuito la non punibilità di chi supporta un individuo nel morire risalta rispetto all'assenza di limiti dell'area tratteggiata dal Tribunale costituzionale federale tedesco. La Corte italiana esclude che dal diritto alla vita possa scaturire il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, da cui le note restrizioni nell'aiuto al suicidio di un paziente in particolarissime condizioni. Il *Bundesverfassungsgericht* amplia la prospettiva in quanto il diritto di autodeterminazione comprende pure quello di “disporre della propria vita”. La capacità di prendere decisioni con consapevolezza e liberamente è *ex se* sufficiente per esercitare il diritto in ogni momento dell'esistenza.

Inoltre, se la Corte italiana “ammorbidisce” la concezione soggettiva della dignità, non prevedendo nella sentenza n. 242 del 2019 l'inciso “propria idea di morte dignitosa” presente nell'ordinanza 207 del 2018, per il *BVG* la caratterizzazione soggettiva della dignità della persona coincide, *invece*, con “la sua comprensione della qualità della vita e della significatività della propria esistenza” (210, 275). Inoltre, all'esclusione di ogni tipo di “valutazione delle motivazioni” soggettive in ragione di parametri esterni ed anche di “considerazioni di ragionevolezza oggettiva”, si affianca la decisione italiana che mira ai valori generali desumibili dal diritto alla vita e dal libero sviluppo della personalità.

obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 17 dicembre 2019, 317 ss.; O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 21 gennaio 2020, 373 ss.; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2020, 187 ss.; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza “rime obbligate”*, in *Osservatorioaic.it*, n. 2/2020, 7 aprile 2020, 288 ss.; F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2020, 2 giugno 2020, 548 ss.; M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 23 dicembre 2019, 286 ss.; R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”*. *The final cut*, in *Consulta online*, n. 1/2020, 7 gennaio 2020, 1 ss.; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell'attivismo giudiziario*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 28 gennaio 2020, 303 ss.; F. LAUS, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2020, 10 aprile 2020, 65 ss.; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimenti implicazioni*, in *Consulta online*, n. 1/2020, 13 gennaio 2020, 64 ss.; sia consentito anche richiamare M. PANEBIANCO, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 23 dicembre 2019, 343 ss.; L. POLI, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2020, 14 gennaio 2020, 363 ss.; A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (Osservazioni su C. Cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)* in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2019; F. RINALDI, *Un totenrecht o diritto di non soffrire?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, 24 gennaio 2020, 222 ss.

A questa visione accorta della Consulta, almeno minima, di diritto all'autodeterminazione, riferibile anche al bene della vita, si *contrappone* quella del *BVG*, secondo cui quel diritto è “un’espressione diretta dell’idea di sviluppo personale autonomo insita nella dignità umana; è, seppur ultima, un’espressione di dignità” (211). Nella pronuncia tedesca il libero sviluppo della persona, secondo i valori costituzionali, *comprende* anche la libertà di arrestare quello sviluppo fino alla fine della vita, fino al diritto sulla vita¹⁶ cui si rinuncia.

La problematica controllabilità dei possibili esiti, la “normalizzazione sociale” del suicidio assistito sono profili chiaramente presenti al *Bundesverfassungsgericht*. A partire da questo passaggio, anche logico, le due pronunce denotano *maggiore convergenza* sulle guarentigie del diritto della personalità: consenso informato e volontà consapevole di congedarsi dalla vita. Ma comunque a tale volontà di azionare il diritto non corrisponde, come per la sentenza della Corte italiana, un obbligo. Ciò onde “impedire che il suicidio assistito si affermi nella società come una normale forma di cessazione della vita” (231)¹⁷.

A fronte della questione sul se ed in che termini spetti allo Stato o alla società stabilire quando e quanto rispettare l'autonomia delle persone alla fine della vita, offrire alternative e rimuovere ostacoli di natura personale e sociale¹⁸, l'orientamento delle Corti è diverso. Allargando la prospettiva comparata può dirsi che la Corte europea dei diritti umani afferma sia che la legittimità dell'aiuto fornito a chi abbia deciso di morire si fonda sul riconoscimento del diritto alla autodeterminazione, sia che nel regolare la materia gli Stati hanno un margine di apprezzamento, fermo restando che l'autodeterminazione, profilo della dignità della persona, riguarda il diritto al rispetto della vita, tutelato dalla Convenzione europea. Mentre la Corte europea parte dal riconoscimento dell'autonomia della persona individuando i motivi che possono portare a limitarne l'uso, la Corte costituzionale valuta il diritto di rifiutare le cure e ritiene irragionevole sia consentire il rifiuto delle stesse, sia prevedere, invece, la punibilità di un intervento che venga richiesto, nella medesima situazione di fatto, per cagionare la fine della vita. La Consulta, pur considerando il diritto all'autodeterminazione, ha ritenuto di ritagliare un'area di situazioni molto specifiche in cui a detta autodeterminazione si debba dare riconoscimento e

¹⁶ L'espressione, nell'ambito di una impostazione condivisibile in più tratti – e ripresa nel testo – è in N. COLAIANNI, *L'aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e BundesVerfassungsGericht 26 febbraio 2020*, *op. cit.*, 3

¹⁷ In definitiva, per il *BVG* la norma è il prodotto di un irragionevole bilanciamento tra profilo soggettivo del diritto alla vita come diritto pure alla morte autodeterminata e quello oggettivo come diritto alla protezione statale da “influenze che mettono in pericolo l'autodeterminazione” (275). Tale opera di bilanciamento – che ha consentito alla Corte italiana di introdurre una scriminante procedurale, la quale ha permesso di non dichiarare incostituzionale l'impianto dell'art. 580 cod. pen. – è stata, in altra logica, trasmessa dal *BVG* al legislatore, previa indicazione di più parametri per la futura attività di tale ultimo. Lo Stato ha a disposizione un'ampia gamma di opzioni, tranne quella che ha introdotto la Corte italiana, ossia “sottoporre l'ammissibilità dell'assistenza al suicidio a criteri materiali, ad esempio per renderla dipendente dalla presenza di una malattia incurabile o mortale” (340). Se al legislatore italiano è residuo – la Corte gli affida – il compito in colegislazione di integrare la disciplina risultante dalla sentenza, al legislatore tedesco spetta un ruolo in colegislazione, nel perimetro del super diritto all'autodeterminazione “sulla” vita, senza criteri materiali, come, ad esempio, la presenza di una specifica malattia. Un perimetro più ampio nella misura in cui gli è chiesta una nuova disciplina al posto di quella cassata dal Tribunale costituzionale stesso.

¹⁸ Tali interrogativi, diversamente declinati dalle Corti per un verso, ancora elusi per altro verso, sono in V. ZAGREBELSKY, *Il dolore e il diritto al fine vita*, in *La stampa*, 18 luglio 2020.

garanzia. Fuori da quelle situazioni, fuori da certi parametri e condizioni, al momento, l'autodeterminazione ha poco peso¹⁹.

3. La giurisprudenza della Corte costituzionale oltre il caso Cappato

La giurisprudenza costituzionale più recente non si limita a quella citata in ordine al caso Cappato. Essa propone ulteriori declinazioni di dignità, è parimenti equilibrata ed accorta nella sua confezione formale.

Una prima sentenza di interesse, nella quale si segnala il legame tra dignità della persona disabile, autodeterminazione, solidarietà ed atti personalissimi, è la n. 114 del 2019 sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 774, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non prevede che siano permesse donazioni ad opera dei beneficiari di amministrazione di sostegno. La Corte ha posto in essere una sentenza interpretativa di rigetto. Il presupposto individuato dal giudice *a quo* è ritenuto non condivisibile. L'articolo 774 c.c., nell'affermare che “non possono fare donazione coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni”, si riferisce agli interdetti, agli inabilitati ed ai minori di età – senza tralasciare che l'articolo seguente permette al donante, ai suoi eredi ed aventi causa di esperire l'azione di annullamento allorquando la donazione sia stata disposta da persona che, quantunque non interdetta, “si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere al momento in cui la donazione è stata fatta” –, ma non ai beneficiari di amministrazione di sostegno. Tale istituto ha una “logica dinamica e inclusiva”²⁰, tant'è vero che il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno non determina uno *status* di incapacità; l'amministratore di sostegno è come “uno strumento volto a proteggere senza mortificare la persona affetta da una disabilità, che può essere di qualunque tipo e gravità”, fisica o psichica, approntando “la massima tutela possibile a fronte del minor sacrificio della sua capacità di autodeterminazione” (punto 4 del Considerato in diritto). In definitiva, quanto il giudice tutelare non assegna esplicitamente e specificamente “all'amministratore di sostegno, in vista della cura complessiva della persona del beneficiario”, attraverso il provvedimento di nomina, “resta nella completa disponibilità di quest'ultimo” (punto 5 del Considerato in diritto), anche la facoltà di donare. Tale è un orientamento interpretativo finalizzato a preservare la dignità e il valore della persona.

La Corte, dunque, interpreta la disposizione impugnata alla luce dell'art. 3, commi 1 e 2, e dell'art. 2 Cost., valorizzando l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale per lo sviluppo della personalità del singolo. Nel caso di specie, peraltro,

¹⁹ Invero, ciò non esclude affatto un intervento da parte dei giudici ordinari. Essi ben potrebbero farsi promotori dell'individuazione di ulteriori parametri, che possano anche essere sottoposti al vaglio della Consulta, parametri che definiscano, anche allargandolo, il perimetro dell'autodeterminazione del malato.

²⁰ E. VIVALDI, *L'esercizio dei doveri di solidarietà da parte della persona con disabilità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2019, 147.

l'esercizio dei doveri di solidarietà si integra con il compimento di un atto personalissimo quale la donazione.

Una seconda sentenza di interesse²¹ è la n. 141 del 2019, relativa dell'art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), della legge n. 75/1958, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata. Il rimettente assumeva che “la scelta di offrire prestazioni sessuali verso corrispettivo costituirebbe una forma di estrinsecazione della libertà di autodeterminazione sessuale, garantita dall'art. 2 della Costituzione”, la quale risulterebbe compressa, al pari della libertà di iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41 Cost., dalla previsione di disposizioni che “sanzionino penalmente attività di terzi che – senza incidere sull'autodeterminazione della persona che si prostituisce – si limitino a mettere in contatto quest'ultima con i clienti (...) o a rendere più comodo l'esercizio della sua attività”.

La Corte ha rigettato la questione previa ricostruzione dei “tipi” di prostituzione nella legislazione italiana, la quale si colloca nell'ambito del modello “abolizionista” di derivazione inglese. La prostituzione volontaria non può essere posta come una “modalità auto-affermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità” (paragrafo 5.2 del Considerato in diritto), nel senso che essa non può essere uno strumento di garanzia o di promozione dello sviluppo della persona umana, “ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare attività economica”. Dunque, il riferimento operato dal giudice *a quo* all'articolo 2 Cost. non è calzante in quanto nel caso di specie la sessualità rileva come “un mezzo per conseguire un profitto, una prestazione di servizio inserita nel quadro di uno scambio sinallagmatico”.

Ora, se è vero che la libertà di iniziativa economica privata è tutelata dall'art. 41 Cost., è altrettanto vero che essa “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. La Corte ricorda in proposito che la scelta di prostituirsi, ancorché talora sia il frutto di una libera scelta, è sovente dovuta a situazioni di disagio economico, sociale, familiare o affettivo, fattori questi che tendono a ridurre “il ventaglio delle (...) opzioni esistenziali”, limitando o addirittura falsando la libertà di autodeterminazione.

A tali profili, poi, si affiancano esigenze di tutela di quegli stessi soggetti che, per ipotesi, si prostituiscono in maniera assolutamente libera, legate ai pericoli cui costoro si espongono. Tali

²¹ R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *forumcostituzionale.it*, 26 novembre 2019; A. BONOMI, *Il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione al banco di prova dei principi costituzionali. Qualche osservazione alla luce di una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 1/2018; A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *forumcostituzionale.it*, 20 giugno 2019; C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata “protetta” dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, 176 ss.; M. PICCHI, *La legge Merlin dinnanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 14/2019 della Corte costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 8 settembre 2019; F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 19 maggio 2020, (il contributo si segnala per una ricostruzione della legislazione comparata in materia di prostituzione, nonché per una ricostruzione della dottrina tedesca generale, in particolare nel paragrafo 3, cui si rimanda); P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, 8 gennaio 2020.

situazioni di disagio e di potenziali pericoli sono “quegli ostacoli di ordine economico e sociale” che la Repubblica si impegna a rimuovere. Ma, soprattutto, resta ferma la convinzione per cui la libertà di iniziativa economica privata trovi un chiaro limite, *ex art. 41 Cost.*, nella dignità umana, che la Corte richiama in senso “oggettivo”, legata al comune sentimento sociale, che individua nella prostituzione un’attività “che svilisce l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente”.

In tale quadro bisogna interpretare la legge c.d. Merlin, la quale non criminalizza la prostituzione in sé, ma lo sfruttamento della medesima da parte di terzi. La legge penale deve ritenersi funzionale alla “rimozione degli ostacoli”, alla tutela di chi è, inevitabilmente, il soggetto debole.

La questione di legittimità costituzionale sollevata verte sulla punibilità dei comportamenti di agevolazione, sfruttamento della prostituzione, richiamando: il diritto alla gestione del proprio corpo da parte della donna anche come espressione di libertà di autodeterminazione e di impresa, cioè la prostituzione come attività produttrice di reddito e la possibilità per la donna di decidere di farlo. La Corte ha ricordato l’insufficienza del parlare solo di autodeterminazione come capacità di decidere, ma ha richiamato anche la capacità di contrastare tutte le ricadute che il problema della prostituzione pone sul piano della tutela della persona, sul piano sociale rispetto ad un soggetto che per definizione è vulnerabile, cioè la persona che esercita liberamente – o tanto più coattivamente – la prostituzione. La Corte ha posto un problema di pari dignità sociale *ex art. 3 Cost.*, un problema di tutela della salute della persona *ex art. 32 Cost.* che porta ad affermare la necessità di una tutela della donna che esercita la prostituzione volente, tanto più se coatta. Tale ultima giustifica la punizione di comportamenti che aiutano l’esercizio di quest’attività.

La Consulta si è mossa con accortezza tra forme diverse di prostituzione: la prostituzione coatta, quella da strada nella quale la donna è costretta da ragioni economiche o altro, infine la prostituzione di libera scelta di chi intende a piacimento integrare le proprie entrate. Tre forme distinte, ma un filo comune di lesione della dignità per cui, stabilisce la Corte che la dignità della donna che esercita la prostituzione non è la dignità in senso soggettivo, è la dignità più in senso oggettivo, cioè il rispetto reciproco che deve essere garantito tra persone che hanno pari dignità sociale e che riguarda anche la prostituta che ha diritto alla tutela anche quando non lo sa o non lo vuole.

Queste argomentazioni si segnalano per la loro coerenza²², eppure non mancano degli aspetti critici, relativi all’irrigidimento della nozione di dignità oggettiva, che può dare “adito a perplessità in relazione ai confini poco chiari dei suoi contenuti²³ ed al rischio di strumentalizzazioni contrarie al principio di laicità dello Stato in ambito penale”, “nonostante dalla pronuncia emerga

²² P. SCARLATTI, “La sentenza n. 141 del 2019 della Corte Costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili”, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020,

²³ A proposito dei confini potenzialmente poco chiari della nozione di dignità, è opportuno ricordare che la Corte, nella sentenza n. 334/1996, ha affermato l’autonoma portata del principio: lo Stato, infatti, non può affatto ricorrere ad “obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l’efficacia dei propri precetti”.

comunque, con una certa chiarezza, la portata in verità istituzionale di siffatta accezione di dignità, legata al ruolo del legislatore-interprete del comune sentire nelle democrazie pluraliste anziché al modello dello Stato etico²⁴. Vi sarebbe, cioè, il rischio che questa accezione di dignità in senso oggettivo si tramuti in morale comune, in una nuova veste del “buon costume” e si rapporti all’uomo in astratto. Un’evenienza, questa, presente quando si parla di dignità oggettiva, specie ove si ritenga che essa si atteggi come “bilancia” – differentemente dalla dignità soggettiva, di per sé più bilanciabile.

Altra sentenza rilevante è la n. 144 del 2019. Il giudice tutelare aveva sollevato, con riferimento agli articoli 2, 3, 13 e 32 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219/2017, nella parte in cui stabilisce che l’amministratore di sostegno, la cui nomina preveda l’assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l’autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell’amministrato.

La Corte respinge l’eccezione sulla base dell’erroneità del presupposto interpretativo del giudice rimettente. Le norme di cui ai commi 4 e 5 dell’art. 3 della legge n. 219/2017, infatti, non hanno disciplinato “le modalità di conferimento, all’amministratore di sostegno, e di conseguente esercizio dei poteri in ambito sanitario”²⁵, ragion per cui le norme applicabili – limitatamente a questo aspetto – restano quelle generali relative all’istituto dell’amministrazione di sostegno. Ciò significa, come emerge in via generale dalla giurisprudenza di legittimità relativa agli atti personalissimi, che – nel caso di specie – le norme censurate “non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario anche il potere di esprimere o no il consenso informato ai trattamenti sanitari di sostegno vitale”²⁶. Quindi, le norme in questione si limitano a regolare il caso in cui l’amministratore di sostegno, nel provvedimento di nomina del giudice tutelare, sia stato espressamente e specificatamente investito anche di questo potere. In mancanza, resta indefettibile l’intervento del giudice tutelare.

Emerge, allora, ancora una volta, l’esigenza del rispetto dell’autonomia e della dignità della persona disabile.

Diverso riferimento alla dignità si rinviene nella sentenza n. 186 del 2020, che verte sull’esclusione dell’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo nel territorio nazionale *ex art.* 4, c. 1° bis, del decreto legislativo 18/08/2015, n. 142, come introdotto dall’art. 13, c. 1°, lett. a), n. 2, del decreto-legge 04/10/2018, n. 113, convertito, con modificazioni, nella legge 01/12/2018, n. 132.

La previsione contrasta con l’art. 3 Cost., in quanto per un verso è viziata da irrazionalità intrinseca, poiché, rendendo difficoltosa l’individuazione degli stranieri esclusi dalla registrazione, è incoerente con gli scopi del decreto di ampliare il livello di sicurezza; per altro verso riserva agli stranieri richiedenti asilo un trattamento irragionevolmente differenziato rispetto ad altre

²⁴ P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte Costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, *op. cit.*, 13 s. Sull’ombra del “germe del paternalismo penale” e della “spinta moraleggiante”, si ricordano le dure critiche di A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵ Paragrafo 5.1.1 del Considerato in diritto.

²⁶ Paragrafo 5.3 del Considerato in diritto.

categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che ai cittadini italiani. Per la sua portata e per le conseguenze che comporta anche in termini di “stigma sociale” – di cui è espressione, non solo simbolica, l'impossibilità per i soggetti in questione di ottenere la carta d'identità – la violazione del principio di uguaglianza assume la particolare valenza di lesione della “pari dignità sociale”. Infatti, prosegue la Corte al paragrafo 4.2 del Considerato in diritto, “pur potendo il legislatore valorizzare le esistenti differenze di fatto tra cittadini e stranieri (sentenza n. 104 del 1969), esso non può porre gli stranieri (o, come nel caso di specie, una certa categoria di stranieri) in una condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione, e ciò per la decisiva ragione che lo *status* di straniero non può essere di per sé considerato «come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi» (in questi termini sentenza n. 249 del 2010 (...)). La norma censurata, privando i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro condizione di residenti, incide quindi irragionevolmente sulla “pari dignità sociale”, riconosciuta dall'art. 3 Cost. alla persona in quanto tale, a prescindere dal suo *status* e dal grado di stabilità della sua permanenza regolare nel territorio italiano”.

Nella sentenza in esame il riferimento alla dignità è, dunque, alla sua più “classica” dimensione sociale intesa quale divieto di “minorazione”, sociale appunto, non solo per i cittadini, ma anche per certe categorie di stranieri. Ciò a riprova, anche per tali ultimi, della dignità come punto di riferimento “individuante la socialità dell'essere umano”²⁷, come strumento di garanzia passiva ma anche di sviluppo dinamico dell'identità personale²⁸.

All'esito di questa rassegna emerge che le pronunce “pattinano” fra più accezioni di dignità²⁹: una nel senso di autodeterminazione ed autonomia della persona, capace di bilanciarsi con altri interessi costituzionali anche contrastanti; un'altra – in materia di prostituzione – dal tenore ancora astratto, ben meno propensa al bilanciamento, bensì all'esclusione di altri diritti o interessi configgenti; un'altra ancora più riferita alla prospettiva sociale dell'art. 3 Cost. Le prefate pronunce non segnano mutamenti “storici” in ordine al diritto a decidere “sulla” propria esistenza-dignità. Esse, al contempo, non paiono definitive quanto alla delineazione giuridica del principio, anche perchè la Corte, nel circolo giurisdizionale della tutela dei diritti, è stata attenta a lasciare ovvero a restituire al giudice margini di valutazione, “righe bianche” in pagine che comunque la Corte ha ritenuto di scrivere.

Sembra necessario adottare un profilo accorto. Si può registrare l'assunzione di un approccio della Consulta non ancora pienamente “facoltizzante”, secondo le parole dell'ultimo Elia³⁰, che solleciterebbero scelte libere più che imposizioni e doveri. Parole queste, a ben vedere, non

²⁷ Ritorna sul punto M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, op. cit., 120.

²⁸ In tale condivisibile prospettiva, S. ROSSI, *Declinazioni della dignità sociale. L'iscrizione anagrafica nella sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020, 23 settembre 2020, 143 ss.

²⁹ Sui punto, senza riferimento alla sentenza n. 186/2020: R. BIN, *Dignità umana e biodiritto*, in *BioLaw Journal, Rivista di Biodiritto*, n.2/2017, 3 ss.; ID., *La Corte i giudici e la dignità umana*, anche in www.robertobin.it; ID., “Quanto è laica la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni eticamente sensibili?”, *Relazione al Convegno «30 anni di Laicità dello Stato. Fu vera gloria?»*, Firenze, 27 s., settembre 2019, anche in www.robertobin.it.

³⁰ L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 26 ottobre 2007.

distanti da altre posizioni ben note quali l'autodeterminazione personale ovvero la libertà psicofisica come vera matrice dei singoli diritti personali³¹, nonché criterio di sviluppo degli stessi.

4. La rideterminazione della dignità con bilanciamenti ragionevoli, non “meccanici”

La riflessione dottrina³² registra un interesse più che rinnovato per le implicazioni politico-costituzionali della dignità. Ciò in termini di “plasticità” del concetto, in termini di superamento di una “incrostazione” di formalismo giuridico, di un utilizzo retorico-argomentativo di dignità come carta aprioristicamente vincente su ogni altro argomento contrario e senza una pur minima base affidabile per una ragionevole verifica.

Risulta convincente la lettura³³ secondo cui il principio ha una connotazione evocativa della socialità dell'uomo, della sua autodeterminazione, della valutabilità del suo agire, ma possiede anche una caratterizzazione espressiva di un'istanza di tutela riferibile al diritto all'onore, all'idea di dignità come “dote” indisponibile, che si traduce in precise previsioni costituzionali. Il principio ha duplicità di sensi: da un lato, è patrimonio irrinunciabile, dote inviolabile di ogni uomo, connaturata alla stessa natura umana, contro la privazione dei diritti; dall'altro, esso è un

³¹ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 12.

³² Nella dottrina più recente, in aggiunta a quella richiamata, con approdi differenti quanto alla portata ed al peso normativo della dignità: V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 119 ss.; G. BARCELLONA, *Della forma dell'acqua: la dignità umana, volti e risvolti costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 30 marzo 2018; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009; F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2019, 20 dicembre 2019, 314 ss.; R. BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, I, Jovene, Napoli, 2004, 217 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Passigli, Firenze 2010, 19 ss.; ID., *Dignità umana*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Diritto Costituzionale*, Il sole 24 ore, Milano, 2008, 381 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando)*, in *Rivistaaic.it*, n.4/2014; G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, n. 2/2008, 380 ss.; M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.; ID., *I controllimiti e l'eterogeneità dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, 1270 ss.; V. MAEZOCCO (a cura di), *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2018; G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss.; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Aracne, Roma 2007, 19 ss.; ID., *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli 2012; ID., *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Giappichelli, Torino 2016, 1785 ss.; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino 2018; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, 13 ss.; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.; P. RIDOLA, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino 2018, 236 ss.; ID., *La dignità dell'uomo e il “principio di libertà” nella cultura costituzionale europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2010, 77 ss.; E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, 210; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo ed il diritto di avere i diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *www.consultaonline.it*, n. 2/2018, 3 giugno 2018; F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli 2005, 618; A. SPADARO, *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di auto-determinazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, *op. cit.*, 2296 ss.; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2017; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 315 ss.

³³ M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale*, *op. cit.*, 120; ID., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011; ID., *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, IV, 3123 ss.; ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

fine cui tendere, un scopo che si raggiunge solo in quanto meritato (volendo, *ex art. 48*, ultimo comma Cost.). Si è in presenza di una dimensione “genetica-egualitaria” da un lato, dall’altro subordinata all’esito dell’azione individuale.

I due profili sono da conciliare in ragione delle problematiche emergenti dall’assolutizzazione dei relativi concetti. Ciascuno, in quanto titolare della dignità “innata”, ha diritto di essere messo nelle condizioni di sviluppare in pieno la propria personalità. Poi, però, lo sfruttamento della *chance* riconosciuta dipende dalle sue azioni. Pari dignità sociale, diritti individuali inviolabili e pieno sviluppo della persona sono, dunque, intimamente connessi.

Approdi decisivi sono quelli di autorevole dottrina³⁴, che, richiamando coeve interpretazioni, propone una serie di questioni che aiutano a comprendere anche l’evoluzione giurisprudenziale.

³⁴ F. MODUGNO, *Esperienza elementare e “nuovi” diritti*, in “Dialogo intorno al volume “Esperienza elementare e diritto”, in *Quaderni della sussidiarietà* 2012, 38 ss.. Secondo l’Autore “È il valore supremo della libertà-dignità che merita allora di essere precisato nei concorrenti aspetti. Una perspicua sintesi è oggi quella offerta da F. VIOLA *Diritti umani*, in *Enciclopedia filosofica*, III, Bompiani, Milano 2006. Quale il rapporto fra i due termini? È la libertà un attributo della dignità, o viceversa? L’idea pure sostenuta che la dignità venga «costruita come uno degli attributi della libertà» condurrebbe alla conseguenza che «la persona potrà invocare il rispetto della propria dignità [...] mentre il principio di dignità non potrà a sua volta esserle opposto al fine di circoscrivere la sua sfera di libertà». La dignità sarebbe stabilita dall’arbitrio del singolo. Al contrario, se *la libertà viene intesa come un attributo della dignità*, l’invocazione del rispetto della dignità sarà sufficiente a giustificare una limitazione della libertà. Se i diritti, in quanto manifestazioni della libertà sono molteplici (perché l’attività umana si esplica nelle più diverse direzioni), se pure essi sono, presi in sé, indivisibili, sono però *ponderabili e interdipendenti*. Non bisogna mai dimenticare, sul piano dell’ordinamento positivo – dal quale il giurista deve muovere e al quale deve ritornare per saggiare la bontà delle sue opzioni – che i cosiddetti “nuovi” diritti non possono non essere che esplicazione o implicazione dei diritti enumerati. “Nuovi” diritti saranno o *presupposti* da questi ultimi (il diritto alla vita) o *impliciti* (i diritti di identità personale, al nome, all’immagine, all’identità sessuale) o *trasversali* (i diritti all’interiorità o libertà di coscienza, i diritti riconducibili al principio di laicità dello Stato). Se tutti i diritti, in generale, sono interdipendenti, essi sono altresì ponderabili e bilanciabili. E *il criterio fondamentale di ponderazione e di bilanciamento* non può non essere la *dignità umana*. È stato qualche anno fa perspicuamente osservato – Silvestri – che «la dignità possiede [...] un plusvalore, in quanto è il cuore del principio personalista che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo contemporaneo»; o in altri termini «si innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzione per effetto di un bilanciamento», dal momento che «essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima», una bilancia non meccanica – aggiungerei – ma da usare secondo ragione (ragionevolmente). Certamente, il meta valore della dignità umana può declinarsi – Ruotolo – sia in una *dimensione statica* («come “dote”, che spetta all’individuo come tale») sia in una *dimensione dinamica* (come “conquista”, «come risultato da raggiungere, in forma di autodeterminazione o autorealizzazione»), allo stesso modo in cui si declina il concetto di “persona”. Ma le due dimensioni non sono incompatibili. Com’è stato bene illustrato, «si potrà tollerare una differenziazione tra gli individui solo sul piano della dignità “acquisita”, frutto del merito o del demerito riscontrato nel processo di autodeterminazione», mentre «la dignità “innata” resta sempre e comunque, insuscettibile di essere condizionata dalle azioni o dalle mancate azioni, il che vale non solo a evitare che la persona possa mai diventare cosa, implicando, tra l’altro, la proibizione di trattamenti inumani o degradanti, ma anche a negare la possibilità stessa di una completa privazione dei diritti, potendo la mancata conquista della dignità “acquisita” giustificare solo puntuali limitazioni, proporzionate alla gravità del comportamento tenuto» e tali da non compromettere del resto un processo di riconquista della dignità (non) “acquisita”. Ma, com’è stato posto in evidenza, «l’aspetto forse più interessante che si trae dalla nostra giurisprudenza costituzionale è quello della connotazione del principio di libertà-dignità come possibile fonte di “nuovi diritti”, da intendersi, questi ultimi, come diritti emergenti dall’evoluzione sociale, “per l’innanzi non contemplati in quanto non (ancora) riconoscibili”. Diritti, dunque, “nuovi” rispetto al contenuto tradizionalmente riconosciuto ai diritti costituzionalmente codificati di cui sono comunque *espressione, sviluppo*». In una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale questo indirizzo era stato esattamente colto e tenuto ben fermo con l’asserzione secondo la quale: «non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente *conseguenti* a quelli costituzionalmente previsti» (sent. n. 98 del 1979) (corsivo mio). E s’intende che la “conseguenza” può essere intesa nel senso lato comprensivo della presupposizione, della implicazione e della derivazione combinatoria. Questo assunto, di riferirsi in primo luogo ai diritti enumerati e tra essi a quelli ritenuti “inviolabili”, consente forse di avviare a soluzione per il giurista la questione del rapporto tra dignità umana e diritti. La stessa contrapposizione tra dignità come «valore ontologico» e dignità

Un passaggio decisivo è quello di dignità come bilancia sì, ma da usare secondo ragione ovvero ragionevolmente.

Anche se, *prima facie*, è una scelta “complessa” quella di proporre un’ottica di bilancia “non meccanica” piuttosto che di architrave “mobile”, l’approdo dottrinario citato non è meramente linguistico o relegabile all’*elegantia iuris*. Anzi, la tesi menzionata pare una sorta di “idealizzazione” di un parametro costituzionale previsto, ad altro scopo, dall’117, comma 2 lett. r) Cost. Se la bilancia è lo strumento che misura un peso, che determina una massa, lo strumento mediante cui risalire, da misure di forza, ai valori di grandezze di altra natura, allora l’uso secondo ragionevolezza ha più implicazioni. Infatti, detto utilizzo supera una logica fondata essenzialmente sul “movimento meccanico” indipendente dagli oggetti “pesati” e dal contesto. Detto uso va oltre una prospettiva di attenzione alla sola bilancia per allargarsi alla specificità del caso “pesato” e mette al centro l’interprete e la sua ragionevole misurazione dei diritti che emergono in quella specifica attività di misurazione, in quel particolare caso.

Tutto ciò comporta pure che l’attenzione si sposta sul “bilanciato”, sulla Corte costituzionale. Essa avverte sempre più l’esigenza preminente di rendere giustizia costituzionale in un rinnovato contesto, con nuovi e diversi strumenti, ivi compreso il principio di ragionevolezza³⁵. Esso, essenzialmente oggettivo, applicato alla dignità non comporta che tale ultima sia “arbitrariamente” riempita di contenuti, ma almeno che, nel pendolo fra visione oggettiva e soggettiva, oppure statica e dinamica, possa avere uno “spazio” non esclusivamente oggettivo-statico, ad esempio, rispettosa della personale visione della dignità del morire da parte del malato, come previsto dall’ordinanza n. 207/2018. Tale ultima segnala la scelta operata dalla Corte, anche a proposito della proliferazione dei nuovi diritti, non nel senso di costruire un diritto soggettivo all’autodeterminazione senza condizioni, un diritto pieno ad una morte autodeterminata, ma nel senso di individuare un diritto soggettivo parzialmente “oggettivizzato”, mediante il ricorso a considerazioni di ragionevolezza oggettiva.

come «valore acquisito o sociale», come «dotazione» o come «prestazione», può trovare «un punto d’incontro» nel ritenere che «la dignità è qualcosa che insieme si ha e si deve conquistare». Per stabilire quali siano i diritti *inviolabili*, ossia immanenti al patrimonio irretirabile della persona umana, è opportuno, anzi necessario, non solo sottoporre a esame critico, anche alla luce dell’esperienza elementare, i vari diritti che si vengono disordinatamente e tumultuosamente affermando, ma soprattutto verificare se essi non si rivelino in contrasto con la dignità umana (intesa in senso oggettivo), dignità che sola rende possibile il *superamento* della nozione di “arbitrio” in quella di “libertà”, ossia del concetto di “individuo” in quello di “persona”.

³⁵Nell’ambito di un acceso dibattito – A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell’esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, n. 1/2021, 115 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021, 170 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost., nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consultaonline*, n. 1/2021, 221 s.; ID., *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?* in *Dirittifondamentali.it* n. 1/2021, 456 ss. – sui sempre controversi rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento in materia di diritti, si segnalano le condivisibili posizioni di M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 644 ss.; ID., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, 53 ss.

Invero, ferma restando la centralità della dignità come principio alieno da ogni logica riduzionista³⁶, che almeno in parte è dispensato da un bilanciamento giurisprudenziale e che preserva dall'arbitrio come degenerazione della libertà, la ragionevolezza è divenuta “nuova bilancia”, cioè il nuovo strumento misuratore o equilibratore³⁷. Un passaggio, questo, non di poco momento, soprattutto se riferito anche all'influenza sul principio della dignità, sempre in cerca di contenuti giuridici “incarnati” ovvero di una più diretta consistenza giuridica.

ABSTRACT

Il saggio esamina alcune linee evolutive della giurisprudenza costituzionale italiana sulla dignità umana fino al 2020, anche in comparazione con una recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul diritto all'autodeterminazione rispetto alla morte.

ABSTRACT

This essay examines the guidelines of the evolution of the Italian constitutional jurisprudence about human dignity until 2020, in comparison with the Bundesverfassungsgericht's recent decision on the right to self-determination about death.

PAROLE CHIAVE: Dignità umana; Diritto all'autodeterminazione; Bilanciamento; Giurisprudenza costituzionale; Comparazione.

KEY WORDS: Human dignity; Right to Self-determination; Balance; Constitutional jurisprudence; Comparison.

³⁶ Non è questa la sede per affrontare in maniera più compiuta la verifica del rispetto della dignità del paziente durante la recente emergenza pandemica, né il bilanciamento fra diritti nel periodo in questione. Sia almeno consentito l'interrogativo sulla scelta di preferire la cura di un paziente rispetto ad un altro di età maggiore, accettando in pratica situazioni di disuguaglianza sostanziale piuttosto che visioni “selettive” della dignità. Sul punto rilevanti le considerazioni J. HABERMAS, K GÜNTHER, *Kein Grundrecht gilt grenzenlos*, in *Die Welt*, 6 maggio 2020, secondo cui è fondamentale compito statale l'assicurare a tutti il diritto alla salute senza distinzioni-selezioni di età contrarie alla dignità umana come bene intangibile, pur in un contesto di limitabilità e bilanciamento dei diritti.

³⁷ Tale prospettiva è stata a più riprese segnalata, invero con approcci e conclusioni diversi: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss. Inoltre, J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *Polis, Working paper*, n. 79/2006; in particolare F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2007; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Giappichelli, Torino 2000.



Elisa Bertolini*

Annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcune precisazioni metodologiche. – 3. Annullamento e boicottaggio: alcuni casi paradigmatici. – 3.1. I segni ereditati da regimi totalitari e autoritari: alcune precisazioni. – 3.2. I segni dello spazio pubblico: l'approccio statunitense. – 3.3. I segni dello spazio pubblico: l'approccio francese. – 3.4. L'esperienza belga tra spazio pubblico e immateriale. – 3.5. Lo spazio immateriale. – 4. Memoria, Storia, oblio: una riflessione tra spazio pubblico e spazio immateriale. – 5. Lo Stato di fronte ad annullamento e boicottaggio. – 6. Riflessioni conclusive.

Démétrius

Ce fut une plaisante vengeance que celle que Démétrius Poliorcète exerça sur mes statues. Puisqu'elles étaient une fois élevées dans toute la ville d'Athènes, ne valait-il pas autant les y laisser?

Hérostrate

Oui; mais avant qu'elles fussent élevées, ne valait-il pas autant ne les point élever? Ce sont les passions qui font et qui défont tout. Si la raison dominait sur la terre, il ne s'y passerait rien.

(Fontenelle, *Nouveaux dialogues des morts. Hérostrate, Démétrius de Phalère. Que les principes sont nécessaires*, Paris, 1684)¹

1. Introduzione

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Dipartimento di Studi Giuridici, Università Bocconi.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ B. LE BOUYER DE FONTENELLE, *Nouveaux dialogues des morts*, Paris, Chez C. Blageart, 1683-1684. Il dialogo citato è il primo della *Seconde partie*, 1684, 3-17. Il dialogo è uno scambio tra Demetrio Falereo ed Erostrato sul modo migliore per affermare la propria gloria (e, per esteso, memoria): costruendo, secondo l'uno, distruggendo, secondo l'altro. Si delinea così un'opposizione tra il timore di una memoria cancellata e il timore di una memoria saturata.

Il 21 settembre 1794 Mirabeau veniva fatto uscire da una porta laterale del *Panthéon*, mentre Marat vi entrava in gran pompa dalla porta principale, quello stesso Marat che l'8 febbraio 1795 ne avrebbe condiviso la sorte, per trovare riposo nell'adiacente chiesa di Saint-Etienne-du-Mont².

Mirabeau era stato 'pantheonizzato' il 4 aprile 1791 ed è proprio la sua morte che porta la Rivoluzione a provare l'esigenza di un tempio laico che raccogliesse le tombe dei grandi uomini della nazione, come per necessità di superare l'*Ancien Régime*, in cui la statuarìa reale costituiva l'unico contatto diretto della monarchia con i sudditi. La Rivoluzione cancella, in un colpo solo, i sovrani e le loro statue in una ritrovata *damnatio memoriae*³, ma non può tuttavia fare a meno di quell'elemento celebrativo (più che commemorativo)⁴ connaturato alla statuarìa⁵.

Nel suo discorso del 2 aprile 1791 (il giorno stesso della morte di Mirabeau), Emmanuel Pastoret, *procureur syndic* del dipartimento di Parigi, illustra all'Assemblea una proposta del Direttorio del proprio dipartimento che si snoda in cinque punti fondamentali: la destinazione della chiesa, appena terminata, dedicata a Sainte-Geneviève a tempio laico; la scelta in capo all'Assemblea degli uomini degni dell'onore di esservi sepolti; l'immediata sepoltura di Mirabeau; l'ingresso di uomini illustri vissuti prima della Rivoluzione (riferimento espresso a Cartesio⁶, Voltaire e Rousseau); e infine l'apposizione sul frontone dell'iscrizione «aux grands hommes la Patrie reconnaissante»⁷. Immediatamente dopo Mirabeau, la Rivoluzione 'pantheonizza' dunque

² La 'de-pantheonizzazione' ha colpito contestualmente anche Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (seppure qui la ragione fu il reclamo del corpo da parte della famiglia) e Auguste Marie Henri Picot de Dampierre (il generale ricevette gli onori ma il corpo non fu mai finalmente integrato a causa del sospetto di tradimento che aleggiava sulla sua figura).

³ Se la Rivoluzione ha abbattuto e fuso (nel caso di statue bronzee) tutte le statue dei re di Francia, rimane doveroso sottolineare come essa sia stata tutt'altro che estranea al valore memoriale delle stesse – e più in generale della monumentalistica di *Ancien Régime* – e alla necessità di preservare questa memoria. Certo, la necropoli reale di Saint-Denis è quasi interamente distrutta, come decretato dalla Convenzione il 1-8-1793. La Convenzione aveva però già incaricato, nel 1791, Alexandre Lenoir di raccogliere in un unico luogo gli oggetti d'arte, diventati *biens nationaux*, sequestrati principalmente al clero. Lo stesso Lenoir, in occasione del vandalismo a Saint-Denis, riesce a 'salvare' alcune, macabre, reliquie reali. Lenoir dirige poi, dal 1795, il *Musée des Monuments français* (o *Musée révolutionnaire*). A Lenoir e al suo museo il *Louvre* ha dedicato un'interessante retrospettiva nel 2016 (dal 7-4-2016 al 4-7-2016): *Un musée révolutionnaire. Le musée des Monuments français d'Alexandre Lenoir*. Non pare doversi ricordare come l'intervento maggiormente 'distruttivo' dell'ordine costituito da parte della Rivoluzione sia stato l'istituzione del calendario rivoluzionario di Fabre d'Églantine.

⁴ Contrariamente alla commemorazione, la celebrazione è maggiormente connotata ideologicamente; dietro ad essa c'è sempre un'idea politica e moralistico-pedagogica, e questo anche al netto di una certa ambiguità del termine commemorazione, cui spesso è inconsciamente associata un'idea di omaggio. La vocazione pedagogica del *Panthéon* emerge sin dalle prime righe del *Rapport fait au Directoire du département de Paris: sur les travaux entrepris, continués ou achevés au Panthéon français depuis le compte-rendu le 17 novembre 1792 & sur l'état actuel du monument, le deuxième jour du second mois de l'an 2 de la République française, une & indivisible*, redatto da Antoine Quatremère de Quincy e pubblicato nel 1793. Si legge, infatti, a p. 1: «dans un moment où doit contribuer à renforcer dans l'âme des citoyens toutes les sensations que l'enthousiasme de la liberté fait puiser dans l'amour de la patrie; à l'époque où l'instruction publique, non pas celle qui parle à la mémoire de quelques hommes, par le récit de quelques faits, mais celle qui produit les grands faits, en parlant à l'âme de tous les hommes, est prête à fonder son vaste enseignement sur des institutions philosophiques, il est heureux qu'il puisse s'ouvrir enfin ce temple que la philosophie peut s'applaudir d'avoir deux fois élevé, par la conquête qu'elle en a fait sur la superstition».

⁵ Peraltro, a dispetto sia della Rivoluzione che della Comune, la più grande distruttrice di statue è stata, in ragione del sostegno allo sforzo bellico, la Seconda guerra mondiale. Un'analisi completa sull'iconoclastia francese è in E. FUREIX (a cura di), *Iconoclasme et révolutions de 1789 à nos jours*, Paris, Champ Vallon, 2014. Un *focus* sul periodo tra il 1814 (con la 'de-napoleonizzazione' e la 'de-revoluzionizzazione' dello spazio pubblico) e il 1871 è in ID., *L'œil blessé. Politiques de l'iconoclasme après la Révolution française*, Paris, Champ Vallon, 2019.

⁶ Nonostante la decisione positiva, Cartesio non è ancora stato 'pantheonizzato'.

⁷ E. PASTORET, *Discours à l'Assemblée Nationale de Monsieur Pastoret du 2 mars 1791*, in *Saint-genevieve.net*.

Voltaire (11 luglio 1791) e Rousseau (20 vendemmiaio dell'anno III-11 ottobre 1794)⁸, a tutt'oggi gli unici due rappresentanti dell'*Ancien Régime*.

Con l'*ordonnance royale* del 12 luglio 1816, la Restaurazione restituisce l'edificio al culto, che, simbolicamente, torna anche ad assumere la denominazione originaria di chiesa di Sainte-Geneviève. Il *revirement* religioso e ideologico spinge a non patrocinare alcun nuovo ingresso, ma soprattutto a una riflessione sulla sorte delle personalità che la Rivoluzione prima e l'Impero⁹ poi hanno ritenute degne dell'epiteto di grandi uomini e di riposare dunque nel tempio laico della nazione. Nonostante nel 1821 le tombe di Voltaire e Rousseau vengano spostate in una parte non accessibile al pubblico, il dibattito sulla permanenza di Voltaire in particolare rimane vivo, finché Luigi XVIII chiude la questione con un motto di spirito: «Laissez-le, il est bien assez puni d'avoir à entendre la messe tous les jours». Problematica si rivela anche l'iscrizione sul frontone che viene infatti rimossa nel 1823. La Monarchia di Luglio ripristina l'iscrizione e la destinazione di tempio laico, pur preferendo non patrocinare alcun nuovo ingresso, prassi su cui si allinea anche l'effimera Seconda Repubblica. Il Secondo Impero restituisce l'edificio al culto e provvede, nuovamente, alla rimozione dell'iscrizione, pur non mettendo più in discussione il carattere di tempio della nazione¹⁰. La ritrovata vocazione dell'edificio è irreversibilmente sancita con il decreto 26 maggio 1885, che stabilisce definitivamente all'art. 1 la denominazione di *Panthéon*, il ripristino dell'iscrizione e i requisiti per la 'pantheonizzazione', e con la legge del medesimo giorno che dispone la *panthéonisation* di Victor Hugo per il 1 giugno 1885¹¹. Da questo momento l'oggetto del dibattito si sposta, muovendo dalla destinazione laica ovvero religiosa dell'edificio, alla scelta che la Repubblica deve operare in merito ai *grands hommes* meritevoli della *panthéonisation*. Se infatti nessuna discussione solleva la scelta di Victor Hugo, praticamente già destinatovi ancora in vita in quanto vate della nazione¹², un violento dibattito suscita invece quella di Émile Zola negli anni 1906-1908, in una Francia fortemente antisemita e in cui la lacerazione provocata dall'*Affaire Dreyfus* era ancora più viva che mai¹³, o quella di Jean Jaurès nel novembre 1924¹⁴.

⁸ D. HIGGINS, *Rousseau and the Pantheon. The Background and Implications of the Ceremony of 20 Vendémiaire Year III*, in *The Modern Language Review*, 1955, 274-280.

⁹ Il Primo Impero ha 'pantheonizzato' una quarantina di dignitari imperiali nell'ottica della creazione di una nuova aristocrazia.

¹⁰ Come già la Monarchia di Luglio, il Secondo Impero non procede con alcuna *panthéonisation*.

¹¹ In *Journal officiel de la République française*, 27-5-1885, 2705-2076.

¹² Il che comunque non ha impedito violente campagne della stampa ultramontana (quale *La Croix*) e della sinistra radicale (quale *L'ami du peuple* di Jules Vallès) nei giorni immediatamente successivi alla morte del poeta.

¹³ Nella seduta del 13-7-1906, l'*Assemblée* esprime 316 voti favorevoli e 165 contrari alla *panthéonisation* di Zola. Si ricorda, per inciso, che la riabilitazione del capitano Dreyfus è del 12-7-1906. Accesa è anche la votazione del 19-3-1908 sullo stanziamento della somma di 35 mila franchi per coprire i costi del trasferimento delle spoglie e della cerimonia. La trascrizione del dibattito della seduta è nel documento predisposto dall'*Assemblée nationale*, *Zola au Panthéon 1908-2008*, in *Assemblée-nationale.fr*. Si v. anche J.-F. CONDETTE, *La translation des cendres d'Emile Zola au Panthéon. La difficile et posthume revanche de l'intellectuel dreyfusard, juillet 1906-juin 1908*, in *Revue Historique*, 2000, 655-684.

¹⁴ La *panthéonisation* di Jaurès fu voluta dal *Cartel des gauches* (radicali e socialisti) che aveva vinto le elezioni qualche mese prima. Non è solo la destra cattolica e nazionalista a opporvisi, ma anche il giovane Partito comunista. In ogni caso, il progetto di legge è adottato con un'ampia maggioranza (346 favorevoli e 110 contrari), ma senza quel consenso unanime che si era creato attorno alla figura di Jaurès all'indomani del suo assassinio del 31-7-1914. V. A. BEN-AMOS, *La "panthéonisation" de Jean Jaurès. Rituel et politique pendant la IIIe République*, in *Terrain*, 1990, 49-64.

Le vicissitudini che hanno caratterizzato la destinazione e la stessa ragione d'essere del *Panthéon* parigino, e che tutt'ora sono oggetto di dibattito¹⁵, ben illustrano le numerose implicazioni in termini di memoria, di Storia¹⁶, di oblio, di rapporto al passato, così come del ruolo dello Stato quale agente memoriale e portatore di valori e interessi generali, del fenomeno rubricato sotto la sbrigativa etichetta di 'cancel culture' e che, a sua volta, si colloca nel più ampio movimento *woke*¹⁷.

Se quindi le questioni memoriali non sono legate in via esclusiva alla contemporaneità, è indubbio come negli ultimi decenni esse – nella forma di leggi memoriali, riparazioni, scuse ufficiali, commissioni di riconciliazione, amnistie, statuaria, odonimi, siano ritornate di prepotente attualità negli Stati di democrazia pluralista e la ragione principale pare doversi rintracciare in quello smarrimento ideologico che ha fatto seguito al collasso del blocco comunista. Le rivendicazioni che la *cancel culture* esprime sono frutto di una nuova polarizzazione che rivela un malessere generalizzato, originatosi da una forte crisi economica e culturale, ma sono soprattutto la spia di questioni irrisolte, di mancate pacificazioni storiche e sociali, di discriminazioni sempre più profonde (a livello economico, sociale, educativo), sulle quali è mancato un attivo intervento dello Stato nella doppia veste di agente memoriale e di educatore. L'assenza di una appropriata politica memoriale e la sempre crescente marginalizzazione della Storia nella sfera educativa e, più in generale, nella società, sono il contraltare del fallimento di politiche redistributive, inclusive e di integrazione. Storicamente, nel momento in cui l'insoddisfazione di una frangia consistente della popolazione non può o non riesce a esprimersi attraverso canali istituzionali, sono i simboli esteriori del potere costituito a essere messi in discussione.

La *cancel culture* non ha dunque inventato nulla nella sua declinazione 'iconoclastica', eppure invita alla riflessione in quanto sembra sovvertire, sotto molti profili, il *pattern* sino ad oggi rappresentato dai movimenti protestatari ovvero di più generale rottura rispetto a un ordine costituito. Se infatti il fenomeno attuale invoca a gran voce la fine della società bianca, maschilista, cristiana e razzista, proponendo così un nuovo paradigma di lettura e interpretazione della Storia e della memoria, il *modus procedendi* e il fine esprimono una rottura, seppure in un contesto in cui non vi è una rottura del potere costituito né l'emergere di un nuovo potere costituente. Purtuttavia, si sta comunque assistendo all'emergere, informale ma efficace, di un nuovo pensiero dominante che mette in discussione il pluralismo di pensiero e di opinione così come il ruolo di sintesi che il decisore pubblico ricopre in quanto agente memoriale e garante dei diritti e delle libertà fondamentali.

¹⁵ Per una ricostruzione completa ed esaustiva di tutte le problematiche che il monumento ha sollevato a ciascun cambio di regime, nonché di quello che può essere il suo valore nella società contemporanea, si v. P. BÉLAVAL, *Pour faire entrer le peuple au Panthéon. Rapport à Monsieur le Président de la République*, in *Vie-Publique.fr*, 2013.

¹⁶ Si usa qui e in quasi tutto il testo la forma con la S al fine di connotare il termine in senso generico e distinguerlo così dalla storia individuale o di uno specifico Paese.

¹⁷ Variante afroamericana di *awake* o *woken*, significa, a partire prevalentemente dal 2008 (ma vi sono anche attestazioni anteriori) «well informed» ovvero «alert to racial or social discrimination and injustice» (così l'*Oxford English Dictionary*).

Non è dunque solo il profilo sostanziale della questione – che cosa sia la memoria, cosa la Storia, quale sia il rapporto tra le due, quale debba essere il ruolo di entrambe nella società e come lo Stato debba ad esse rapportarsi – a essere messo in discussione, ma anche quello formale-procedurale, come creare cioè, per dirla con Ricœur, una *juste mémoire*¹⁸. E ciò senza dimenticare come la difficoltà che il processo storico e memoriale incontra si riflette non solo sui segni dello spazio pubblico, ma anche sulle opere dello spazio immateriale, anch'esse veicolo di memoria¹⁹.

Il presente contributo si propone innanzitutto di discutere alcune questioni metodologiche, specialmente la sbrigativa etichetta di *cancel culture*, di cui sono individuati gli elementi costitutivi, anche in comparazione a fenomeni simili o supposti tali, per poi proporre una diversa denominazione, quella di cultura dell'annullamento e del boicottaggio. Successivamente, dopo aver analizzato alcune manifestazioni emblematiche di annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale, l'articolo riflette sulle criticità da esse poste in relazione al tritico Storia-memoria-oblio, propedeutiche a qualunque azione memoriale dello Stato. In quest'ottica deve interpretarsi l'apertura alla interdisciplinarietà in cui si inserisce la discussione sul metodo storico, sul rifiuto dell'anacronismo come approccio metodologico e sulla ricerca, anche da parte dello Stato, della imparzialità e terzietà che anima lo storico. Si delinea così la distinzione tra Storia, memoria e oblio, individuando le modalità attraverso cui si costituiscono e per il raggiungimento di quali finalità. Da qui lo Stato deve muovere per delineare il proprio approccio alle questioni memoriali (anche nei termini conciliatori rappresentati dall'oblio) ed è quindi su questa base che ne viene esaminato più nel dettaglio il ruolo rispetto a queste questioni, specialmente per come esse sono poste sia dai segni dello spazio pubblico che dalle opere dell'ingegno nello spazio immateriale. Lo Stato si serve quindi della Storia e dell'oblio (che è una non-memoria) per definire la propria politica memoriale. In questo quadro sono dunque prospettate alcune linee d'azione volte ad assicurare l'esercizio di un'azione memoriale terza, imparziale, ma al contempo trasparente, partecipativa, plurale, senza essere però identitaria, garantendo così sia il processo democratico che i diritti di libertà (in particolare, libertà di espressione e libertà accademica). Infine, alcune conclusioni sono tratte in rapporto al più ampio inquadramento di annullamento e boicottaggio non solo in termini memoriali, ma anche di politiche positive inclusive. Se la diversità memoriale è infatti da incoraggiarsi, essa però non deve intendersi né sostituiva delle memorie esistenti né deve ispirarsi a un totale livellamento in cui la diversità è l'unica giustificazione della memoria. Pur in un obiettivo ispirato alla diversità, lo Stato non deve svincolarsi da un progetto memoriale che sia sempre ancorato alla Storia, e che rimane comunque un progetto di matrice politica, seppure non più ideologica né propagandistica. È indubbio, però, che alla realizzazione di questo progetto devono concorrere anche più generali politiche positive

¹⁸ Da intendersi come bilanciamento tra troppa memoria da un lato e troppo oblio dall'altro. P. RICŒUR, *La memoria, la storia, l'oblio* (2000), ed. it. a cura di D. IANNOTTA, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2003.

¹⁹ Per quanto non saranno qui trattati nello specifico, anche in ragione del fatto della condivisione di problematicità con i segni dello spazio pubblico, sono da richiamarsi anche gli anniversari (si pensi ad esempio alla mancata partecipazione di esponenti di alcuni governi alle cerimonie del 25 aprile o al *Martin Luther Day* negli Stati Uniti che non ha mai visto la partecipazione del presidente Trump).

antidiscriminatorie e volte a promuovere una reale cittadinanza attiva per la società nella sua interezza.

2. Alcune precisazioni metodologiche

Alcune precisazioni metodologiche sono d'uopo al fine di delineare con maggiore precisione l'oggetto dell'indagine, l'utilizzo di alcuni termini ovvero espressioni e l'interdisciplinarietà dell'approccio adottato.

Per quanto concerne la delimitazione dell'oggetto dell'indagine, la statuaria non è l'unica espressione di memoria che le nostre città conoscono. Medesimo intento commemorativo/celebrativo è espresso dagli odonimi e dalla intitolazione di opere di edilizia pubblica, così come da qualunque altro segno (di natura quindi non scultorea né architettonica) che sia posto nello spazio pubblico. Ogni segno che 'abita' lo spazio pubblico deve quindi essere decodificato rispetto alla sua finalità, cioè cosa (persona, avvenimento) esso voglia commemorare. Non si può inoltre escludere la possibilità di rubricare un segno dello spazio pubblico nella categoria dell'opera d'arte, giacché ciò ne altera la percezione da parte della cittadinanza e ne limita la possibilità di poterne disporre, modificandone la collocazione ovvero la fisionomia.

In realtà, il dibattito attuale chiama in causa anche lo spazio immateriale, dal cinema alla letteratura, alla musica al teatro, in quanto anch'esso trasmette memoria. In questo caso la questione focale ruota attorno alla doverosa, secondo la cultura dell'annullamento e del boicottaggio, selezione, su base ideologico-identitaria, di ciò che va letto, studiato, messo in scena, ascoltato. Come già nella sua espressione 'iconoclastica', neppure questo aspetto del dibattito è di per sé nuovo (si pensi *en passant* alla polemica scatenata nel 2017 dalla decisione, poi abbandonata, dell'editore francese Gallimard di ripubblicare i quattro *pamphlets* antisemiti di Céline²⁰), ma lo è, come per i segni, nella misura in cui l'approccio selettivo si priva di una necessaria e doverosa contestualizzazione.

²⁰ La questione della ripubblicazione dei quattro *pamphlets*, *Mea Culpa* (1936, in cui però ancora non emerge il violento antisemitismo che caratterizzerà gli altri tre), *Bagatelles pour un massacre* (1937), *L'École des cadavres* (1938) e *Les Beaux draps* (1941), coinvolge altri profili problematici, al di là di quello immediato dell'antisemitismo e del sottile confine tra libertà di espressione e incitamento all'odio. Nello specifico, infatti, lo stesso Céline si era espresso contro una qualsiasi futura possibile ripubblicazione dei *pamphlets*, rimpiangendone la scrittura. Entra così nel dibattito non solo la volontà dell'autore (il c.d. *droit de retrait*, ex art. L. 121-4, *Code de la propriété intellectuelle*), la quale può comunque essere tradita dagli aventi diritto, ma anche la legittimità di un'operazione di oblio volontario di una parte comunque significativa della produzione celineiana che avrebbe un paradossale effetto positivo sulla sua memoria, purificandola dal peccato di antisemitismo. A margine di questa polemica, deve segnalarsi come i *pamphlets* siano comunque tutt'altro che introvabili – peraltro in edizioni prive di un adeguato apparato critico ed esplicativo – e che un antisemitismo esplicito caratterizza anche una parte importante della corrispondenza di Céline, edita anch'essa da Gallimard, nella *Bibliothèque de la Pleiade*. Si precisa, da ultimo, che a seguito della decisione della Cour d'appel di Parigi (Chambre I, Section A) dell'11-7-1979, confermata dalla stessa camera il 30-1-1980, la pubblicazione di scritti antisemiti non è contraria alla legge, ma lo diventerebbe nel momento in cui mancasse un *avertissement* da farsi precedere all'opera al fine di contestualizzarla storicamente. Analogo dibattito, se sia cioè opportuno rieditare certe opere fortemente controverse con

Chiarito dunque questo primo punto, è doveroso analizzare che cosa si intenda con la denominazione *cancel culture* e considerare se essa possa essere assimilata ai concetti di iconoclastia e *damnatio memoriae*, al fine di verificarne l'(in)appropriatezza dell'uso nella presente analisi.

L'espressione *cancel culture* è molto utilizzata in questi ultimi mesi in ambito anglosassone. Come tutte le *catch phrases*, ha il merito di sintetizzare efficacemente l'obiettivo – la rimozione di una determinata porzione di cultura occidentale, più precisamente, bianca anglosassone e protestante (c.d. *WASP*), ma anche eterosessuale maschile – ma, al contempo, peccando proprio di sintesi, si rivela riduttiva. Ulteriore cautela, per quanto non sia di per sé ragione sufficiente per sconsigliarne l'uso, è poi suggerita dall'uso ideologico che dell'espressione fa l'*alt-right* americana e, seppure con finalità differenti ('rinfacciare' all'Occidente il proprio passato coloniale e razzista e quindi delegittimarlo quale difensore di democrazia e diritti), anche i regimi autoritari (Cina e Russia prevalentemente) e/o nazionalisti (India). Pertanto, proprio per favorire un'analisi più attenta del movimento e delle sue implicazioni emerge la necessità di andare oltre *cancel culture*, in quanto l'espressione soffre indubbiamente di un eccesso di chiarezza, che ingenera un sentimento di comprensione generale del fenomeno (peraltro non univoco), ma che rimane superficiale. Sforzarsi di tradurre l'espressione si rivela quindi un momento propedeutico alla sua migliore comprensione. Pare impossibile rendere in un'unica parola le innumerevoli sfaccettature della *cancel culture* e, conseguentemente, si ritiene più efficace, soprattutto ai fini della presente analisi, ricorrere all'espressione cultura dell'annullamento e del boicottaggio, seguendo così una tendenza di area francofona, che ben fotografa i due momenti fondamentali in cui il fenomeno si articola (annullamento di personaggi, avvenimenti storici, opere d'ingegno da un lato ed emarginazione di personalità del mondo della cultura, del giornalismo²¹, ma anche di persone comuni²², che esprimano dissenso dall'altro). Si potrebbe inoltre discutere anche sulla scelta stessa del termine cultura per indicare un movimento di tal sorta; rileva non a torto Pierre Nora come tale impiego sia ossimorico²³. A supporto della necessità di dover andare oltre l'espressione *cancel culture* anche in ragione della sua forte connotazione ideologica, si può richiamare la lettera aperta *A Letter on Justice and Open Debate*, pubblicata il 7 luglio 2020 sul sito dell'*Harper's Magazine*²⁴, a firma di 153 intellettuali anglosassoni (*ex multis*, Margaret Atwood, Thomas Chatterton Williams, Noam

nuovo e robusto apparato critico oppure no, pur nella consapevolezza della circolazione di vecchie edizioni prive di apparato critico, ha suscitato la decisione delle edizioni Fayard di pubblicare il 2-6-2021 il *Mein Kampf* (di cui è ancora possibile trovare sul mercato l'edizione del 1935, priva, non senza sorpresa, di qualsiasi contestualizzazione e commento), seppure con il titolo di *Historiciser le mal, une édition critique de Mein Kampf*; F. BRAYARD, A. WIRSCHING (a cura di), *Historiciser le mal, une édition critique de Mein Kampf*, Paris, Fayard, 2021. Altri editori potrebbero muoversi in questa direzione in altri Paesi, essendo l'opera entrata nel dominio pubblico dal 2016, anno fino al quale i diritti erano detenuti in via esclusiva dal *Land* della Baviera (cui erano stati assegnati dalle Forze di occupazione statunitensi dopo il 1945).

²¹ Un caso emblematico sono state le dimissioni di James Bennet, responsabile della sezione *Opinions* del *New York Times*, nel giugno 2020, a seguito delle polemiche scaturite dalla pubblicazione dell'*op-ed* firmato dal senatore Tom Cotton. Cotton si è espresso contro il *1619 Project* lanciato proprio dal *New York Times* (che legge l'intera storia americana alla luce del peccato originale della schiavitù) e si è fatto promotore del *Save American History Act of 2020* (per la proibizione dell'uso di fondi federali per l'insegnamento del *1619 Project*).

²² Per quanto il profilo non sarà in questa sede esaminato, si precisa come la *cancel culture* colpisca anche persone comuni. Si v. Y. MOUNK, *Stop Firing the Innocent*, in *The Atlantic*, 27-6-2020.

²³ Così si è espresso lo storico, ospite di Alain Finkielkraut nella puntata dell'emissione *Réplique*. Si v. A. FINKIELKRAUT, *La fin du débat*, *franceculture.fr*, 19-9-2020.

²⁴ AA.VV., *A Letter on Justice and Open Debate*, in *Harper's Magazine*, 7 luglio 2020.

Chomsky, Francis Fukuyama, J.K. Rowling, Salman Rushdie), la quale mai qualifica il movimento di intolleranza, ostracismo e *public shaming* come *cancel culture*²⁵.

Sin qui si è più volte fatto ricorso al termine iconoclastia e derivati per veicolare l'idea di un atto volto a colpire delle statue, il cui fine ultimo è la loro rimozione. Si deve quindi riflettere sull'idoneità del termine per tradurre la *cancel culture*. Una prima osservazione riguarda il fatto che il termine stesso sarebbe di per sé improprio, in quanto esso indica un fenomeno collocato precisamente nel tempo e nello spazio. Purtuttavia, si ritiene di poter aderire all'uso che ne fa assumere una valenza atemporale, in riferimento cioè a qualunque atto demolitorio nei confronti di statue e, per esteso, di segni. In realtà, il fenomeno attuale ha un'estensione semantica ancora più ampia, tale da coprire qualunque segno, anche immateriale (dunque anche un'opera teatrale, musicale, letteraria), svincolandolo pertanto dalla connotazione esclusivamente religiosa propria dell'iconoclastia (il cui contraltare politico è il vandalismo²⁶). Volendo quindi cercare di costruire una sorta di definizione dell'iconoclastia contemporanea (o comunque dalla Rivoluzione francese in avanti), possono individuarsi tre elementi distintivi: innanzitutto, l'estrema varietà degli obiettivi; secondariamente, la varietà dei gesti che sostanziano la condotta (il *déboulonnage*²⁷ di una statua è forse il più spettacolare ma sicuramente non l'unico); infine, una finalità quasi sacrilega connaturata al gesto iconoclastico, che è appunto afferente alla sfera religiosa. Il termine iconoclastia copre pertanto solo un aspetto della cultura dell'annullamento e del boicottaggio e, mancando proprio di quest'ultimo elemento, non pare esprimere adeguatamente le implicazioni della *cancel culture*.

Un altro termine connesso a quello di iconoclastia è quello di *iconoclash* che ha indubbiamente delle connessioni con la cultura dell'annullamento e del boicottaggio, ma che non può essere ad essa assimilato né sostituito, almeno nella definizione del suo 'inventore', Bruno Latour. Secondo Latour, il termine *iconoclash* definisce un'azione equivoca, di cui non è chiaro se essa sia distruttiva ovvero conservativa²⁸. Perfetti esempi di *iconoclash* sono la dissimulazione del segno, che dunque viene coperto, nascosto, ovvero lo spostamento del segno, ad esempio, nei magazzini di un museo. Pare, però, potersi applicare il termine alla reazione di alcune istituzioni che hanno deciso di non decidere, sottraendo il segno controverso allo spazio pubblico e relegandolo a uno spazio inaccessibile al pubblico ovvero solo a quel pubblico che scelga di accedervi (i c.d. musei delle statue dimenticate).

²⁵ Lo stesso Chatterton Williams si è più volte pubblicamente opposto all'espressione *cancel culture* proprio in ragione del suo utilizzo strumentale da parte dell'*alt-right*. V. C. WILLIAMS, *Intervento*, in *Le temps du débat: 'Cancel culture': le débat est-il possible?*, *franceculture.fr*, 16-7-2020; M.-O. BHERER, *Thomas Chatterton Williams: «Un espace public corseté par la "cancel culture" ne sert pas les intérêts des minorités»*, in *Le Monde*, 26-7-2020.

²⁶ Termine peraltro coniato dall'Abbé Gregoire nel 1793 e da lui utilizzato in un discorso alla Convenzione il 14 fruttidoro dell'anno II (31-8-1794) in cui denunciava le distruzioni degli oggetti appartenenti alla nazione, i quali «n'étant à personne, sont la propriété de tous». Si v. ABBÉ GREGOIRE, *Rapport sur les destructions opérées par le Vandalisme et les moyens de le réprimer*, 14 fructidore an II, in www2.assemblee-nationale.fr. Si segnala *en passant* che l'Abbé Gregoire è stato 'pantheonizzato' in occasione del bicentenario della Rivoluzione nel 1989. Per quanto non sarà qui discusso, si segnala che il termine è impiegato anche in riferimento alla mancata manutenzione di edifici cui è attribuito un valore storico ovvero artistico; si v. V. HUGO, *Guerre aux démolisseurs*, in *Revue des Deux Mondes*, 13-3-1832.

²⁷ Sia consentito l'uso del preciso e 'immediato' termine francese, in mancanza di un vero e proprio equivalente italiano.

²⁸ B. LATOUR-P. WEIBEL, *Iconoclash: Beyond Image-Wars in Science, Religion, and Art*, Cambridge, MIT Press, 2002.

Un'ultima precisazione deve infine essere fatta rispetto alla *damnatio memoriae* che pare essere costantemente perseguita dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio. Come già per l'iconoclastia, l'espressione è stata 'popolarizzata' in epoca contemporanea, estrapolandola dal proprio contesto. Ora, la *cancel culture* non coincide interamente con la *damnatio memoriae* del diritto romano, in quanto manca un elemento costitutivo di natura procedurale, come cioè si arriva alla *damnatio memoriae*. La cancellazione sistematica della memoria è infatti il momento finale, che conclude un processo altrove avviato e deliberato. Nel diritto romano, essa è infatti una pena comminata dal Senato contro gli *hostes* di Roma. Il fatto che essa risulti da una procedura deliberativa non la mette al riparo, e questo vale specialmente per l'epoca imperiale, da faziosità né da una forte connotazione ideologica, ma ne denota comunque un inquadramento formale fornito dall'ordinamento giuridico che manca all'attuale movimento. Il riferimento alla *damnatio memoriae* e ai suoi elementi costitutivi consente di meglio delineare i punti cardine della presente analisi: il fine, e la riflessione ad esso sottesa, che ci si intende raggiungere con la messa in discussione di specifici segni; la reale raggiungibilità del fine stesso, specialmente in un contesto di società dell'informazione, così come le potenziali ricadute negative derivanti dal suo conseguimento; le modalità e i mezzi impiegati rispetto al fine e, quindi, la loro congruità e le ripercussioni in termini di garanzia di diritti e libertà di terzi e quindi, per esteso, rispetto al pluralismo che deve caratterizzare un ordinamento democratico. Sicuramente, però, la qualifica del soggetto colpito come *hostis*, cioè come nemico, caratterizza anche la cultura dell'annullamento e del boicottaggio.

Deve motivarsi infine la scelta di un approccio interdisciplinare alla questione che si sostanzia in una riflessione sul metodo storico, sul ruolo della Storia e sul suo rapporto rispetto alla costruzione memoriale così come all'oblio 'comandato'. La discussione di questi profili non è oziosa, in quanto si rivela propedeutica a tre punti fondamentali: l'azione e costruzione memoriale dello Stato, che deve diventare sempre più plurale e questo in ragione della forma di Stato pluralistica in cui essa si colloca; il modo con cui ciascuno Stato debba approcciare la propria storia e veicolarla alle nuove generazioni; come lo Stato debba garantire il pluralismo nella ricerca e nell'educazione, proteggendo contestualmente la libertà di espressione e la libertà accademica. L'approccio interdisciplinare si rivela dunque necessario in considerazione del fatto che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio presenta criticità interdisciplinari e, conseguentemente, il fenomeno deve essere analizzato in tutta la sua complessità. Ciò vale in rapporto sia allo spazio pubblico, dove l'elemento commemorativo e memoriale è certamente più in diretta connessione con la Storia, ma anche allo spazio immateriale, laddove siano in discussione opere che si sono generate o che si situano per ambientazione in momenti storici non contemporanei e che, pertanto, trasmettono memoria. Storia e memoria sono due concetti ben distinti, e tali devono rimanere; ciononostante, sono legati da un doppio filo, essendo l'una la base dell'altra. La memoria nutre la Storia e ne è la motrice, in particolar modo sotto forma di testimonianza, ma poi la seconda deve distaccarsi dalla prima, perché deve disegnare un quadro incontestabile, privo di quella soggettività e individualità che sono gli elementi essenziali della memoria. La memoria è, in un certo senso, triangolare, nella misura in cui oppone io-tu-loro, gruppi differenti a cui corrispondono memorie differenti; ed è su queste che lo storico lavora. Dice Pierre Nora che

«L'histoire rassemble, la mémoire divise»²⁹ e questo perché la Storia si fonda sulla sintesi di memorie tra loro conflittuali. Dalla innegabile differenza tra Storia e memoria emergono due dati che l'attuale movimento di annullamento e boicottaggio mette in discussione: la conflittualità come elemento chiave dell'azione umana e l'universalismo della Storia in opposizione al particolarismo della memoria. Questa distinzione deve anche mettere in guardia dall'utilizzo di espressioni fuorvianti in quanto prive di reale contenuto quali la memoria storica³⁰: o è Storia o è memoria.

Eppure la memoria non nutre solo la Storia, ma anche lo spazio immateriale. E ciò emerge chiaramente dal fatto che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio non mette solo in discussione la Storia, ma anche le opere dell'ingegno.

3. Annullamento e boicottaggio: alcuni casi paradigmatici

Il primo punto di analisi della cultura dell'annullamento e del boicottaggio passa per la disamina di alcuni casi paradigmatici che hanno coinvolto lo spazio pubblico e immateriale, al fine di individuarvi le criticità sia in termini di costruzione della memoria/rapporto con il passato che questi casi riflettono, anche in rapporto al procedimento democratico, sia in termini di ricadute che essi hanno sulla libertà di espressione e accademica.

La cultura dell'annullamento e del boicottaggio si struttura dunque attorno a due momenti: l'annullamento, che colpisce il segno, sia esso materiale o immateriale, e il boicottaggio, che colpisce invece l'effigiato, l'autore ovvero chiunque si esprima a favore di esso.

Oggetto dell'annullamento più frequente sono i segni che occupano lo spazio pubblico. Nessun tipo di dibattito è mai scaturito di fronte a *débouloonnages* di statue di dittatori nel momento del crollo dei loro regimi. Nessun parallelismo, però, può e deve essere fatto tra un *débouloonnage* che avviene in un momento di rottura dell'ordine costituito e uno che avviene nel quadro della legalità democratica. Non perché uno sia più legittimo dell'altro o perché in democrazia le statue siano intoccabili, quanto perché essi sottostanno a delle procedure differenti e si caratterizzano per implicazioni differenti in termini di memoria e di espressione. Due sono infatti gli elementi che rilevano: come un segno sia giunto ad abitare lo spazio pubblico e con quale finalità, ovvero cosa esso esprima. Rispetto a quest'ultimo punto emerge chiaramente come la finalità commemorativa ovvero celebrativa sottenda un approccio didattico-pedagogico (ideologicamente più connotato nella seconda). Il venir meno di queste riflessioni preliminari rappresenta la prima criticità dell'annullamento.

Vandalizzare una statua di Cervantes, come accaduto in un parco a San Francisco, in virtù dell'equazione per cui spagnolo coincide con *conquistador* o di Vittorio Emanuele II, apostrofato

²⁹ Diverse sono le formulazioni con cui si trova questo commento di Nora; si v. P.-M. DESCHAMPS, *Pierre Nora: «L'histoire rassemble, la mémoire divise»*, in *Les Echos*, 1-7-2007.

³⁰ Questa è l'espressione con cui è informalmente definita la legge spagnola n. 52/2007, *Ley de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, denominata appunto *Ley de Memoria Histórica*, in BOE, n. 310, 27-12-2007, 53410 ss.

come colonizzatore, manca decisamente il bersaglio ed evidenzia una generalizzazione semplicistica e una ignoranza della Storia. Definire Cervantes un *bastard* perché spagnolo come i *conquistadores* non solo disconosce l'incontestabile grandezza del letterato, ma oltraggia l'uomo che ha vissuto per cinque anni schiavo (1575-1580). Parimenti, considerare Cristoforo Colombo³¹ un genocida non solo non riconosce la straordinarietà della sua impresa³², ma neppure l'assetto valoriale della società di cui era espressione. Analogamente, il mantenere in piedi una statua di Churchill non ne giustifica le concezioni etnocentriche e di superiorità della razza bianca.

Ciascun segno che abita lo spazio pubblico deve essere contestualizzato e un necessario bilanciamento di tutti i profili dell'effigiato, così come dell'evento commemorato, deve essere operato. La ragione risiede nel fatto che è irrealistico pensare che potrà mai esserci un segno, e una statua in particolare, che faccia unanimità, perché la sua apposizione rimane, in ultima istanza, il risultato di una decisione politica³³. La neutralità nello spazio pubblico (così come nello spazio immateriale) non esiste; persino statue dedicate a figure non politiche, quali uomini di scienza, possono essere lette in chiave conflittuale, in quanto strumentalizzazioni e decontestualizzazioni sono sempre possibili. Già Victor Hugo, nel commentare l'abbattimento della Colonne Vendôme da parte della Comune, rileva come se dovessimo distruggere un monumento sulla base di ciò che esso evoca, allora dovremmo distruggere il Partenone, l'Alhambra, il Colosseo e tanti altri³⁴. Il tempo e lo spazio si rivelano dunque come le variabili chiave al fine della comprensione e della lettura dei segni dello spazio pubblico. Un medesimo segno 'parla' una lingua diversa in differenti momenti storici e in differenti luoghi³⁵.

³¹ Il *Cristopher Columbus Monument* che si trova al *Columbus Circle* di New York è stato oggetto d'esame da parte della *Commission on Controversial Monuments*, creata nel 2017 dal sindaco Bill de Blasio. La *Commission*, in un *report* finale rilasciato nel 2018, si esprime a favore del mantenimento del monumento e della promozione del dialogo attorno alla figura e al contesto storico dell'effigiato. V. MAYORAL ADVISORY COMMISSION ON CITY ART, MONUMENTS AND MARKERS, *Report to the City of New York January 2018*, in *Nyc.gov*, 2018.

³² Come ha ben sottolineato lo storico Alessandro Barbero in un'intervista: N. MASSELLA, *Il celebre storico Barbero: "Abbatere la Statua è un'idiozia"*, in *Ilforo.eu*, 17-6-2020.

³³ Particolarmente interessante il dibattito sulla statuaria della Terza Repubblica, che si distingue, come già il Secondo Impero, per una vera e propria 'statuomania', sul finire del XIX secolo. Nello specifico, molto dibattito hanno suscitato le statue dedicate a rivoluzionari giudicati da più parti troppo radicali – Marat –, così come statue giudicate troppo anticlericali – lo *chevalier* de La Barre. Più nel dettaglio, si v. N. MCWILLIAM, *Lieux de mémoire, sites de contestation. Le monument public comme enjeu politique de 1880 à 1914*, in S. LE MEN-A. MAGNIEN (dir.), *La statuaire publique au XIXe siècle: actes du colloque international, Université de Nanterre, 16 et 17 novembre 2000*, Paris, Éditions du Patrimoine Centre des monuments nationaux, 2005, 100-113.

³⁴ «Je n'en veux pas d'autre preuve que les motifs donnés pour la destruction de la Colonne [Vendôme]; ces motifs, ce sont les souvenirs que la Colonne rappelle. S'il faut détruire un monument à cause des souvenirs qu'il rappelle, jetons bas le Parthénon qui rappelle la superstition païenne, jetons bas l'Alhambra qui rappelle la superstition mahométante, jetons bas le Colisée qui rappelle ces fêtes atroces où les bêtes mangeaient les hommes, jetons bas les Pyramides qui rappellent et éternisent d'affreux rois, les Pharaons, dont elles sont les tombeaux; jetons bas tous les temples à commencer par le Rhamseion, toutes les mosquées à commencer par Sainte-Sophie, toutes les cathédrales à commencer par Notre-Dame. En un mot, détruisons tout; car jusqu'à ce jour tous les monuments ont été faits par la royauté et sous la royauté, et le peuple n'a pas encore commencé les siens. Détruire tout, est-ce là ce qu'on veut? Évidemment non». V. HUGO, *A MM. Meurice et Vacquerie*, in *Actes et paroles, III, Depuis l'exil, 1870-1876*, Paris, Ancienne Maison Michel Lévy Frères, 1876, 113-114. La Colonna, che si trova nell'omonima piazza, è eretta per volere di Napoleone per celebrare la vittoria di Austerlitz.

³⁵ Nell'affrontare la variabile spazio, un approfondimento particolare deve essere riservato alle terre di confine, in quanto ex terre contese. Qui la costruzione memoriale si rivela di grande complessità. Come esempio si può citare la memoria della Prima guerra mondiale che, nelle terre irredente, copre il quadriennio 1914-1918, contrariamente al resto d'Italia dove il

3.1. I segni ereditati da regimi totalitari e autoritari: alcune precisazioni

Diverse invece le considerazioni che possono portare al *déboulonnage* di statue espressione di un vecchio regime. Così, ad esempio, l'*Asamblea de la Ciudad Autónoma* dell'enclave spagnola di Melilla, con l'astensione del PP e l'opposizione di VOX, ha votato nel febbraio 2021 per la rimozione dell'ultima statua di Franco ancora in piedi in Spagna, peraltro eretta nel 1978, quindi già in periodo democratico³⁶. In questo caso specifico, la questione più problematica consiste nella decisione di erigere la statua più che di rimuoverla. Ma pur trattandosi di Franco, l'opzione conservativa non deve essere aprioristicamente esclusa, in quanto la statua potrebbe comunque trasformarsi in uno strumento pedagogico rispetto alla figura storica di Franco, nonché di promozione della memoria delle vittime della Guerra civile e della dittatura. È parimenti da rimarcarsi, però, come l'approccio ai segni dello spazio pubblico in quegli ordinamenti che hanno vissuto un'esperienza autoritaria/totalitaria debba essere integrato con considerazioni in termini di conservazione della stabilità dell'*acquis* democratico. Se una statua di Franco potrebbe prestarsi a un suo uso pedagogico, ad un analogo uso possono difficilmente essere destinate altre vestigia di regime. Particolarmente emblematici sono le sepolture dei capi/gerarchi di regime³⁷ e i loro luoghi natali. La traslazione delle ossa di Franco dalla *Valle de los Caídos* nel 2019 o il mancato rinnovo della concessione tombale alla famiglia di Hess da parte del Consiglio parrocchiale di Wunsiedel, così come la 'neutralizzazione' della casa natale di Hitler o la distruzione del carcere berlinese di Spandau alla morte di Hess, hanno posto fine a pellegrinaggi e manifestazioni apologetiche i cui valori ispiratori non hanno cittadinanza in un ordinamento democratico. La traslazione delle spoglie di Franco, sulla base della *Ley de Memoria Histórica*, è animata, come ha più volte rimarcato il governo socialista, dalla *reconciliación entre españoles*³⁸. In questo contesto, la vicenda della casa natale di Hitler a Braunau merita un accenno in quanto, in ragione dell'essere un edificio e non un segno né un odonimo, invece che essere distrutta, ha subito un processo di

riferimento è al triennio 1915-1918. Un altro è quello delle foibe, le quali da anni di oblio sono state consegnate all'estrema destra. Su di esse e, più in generale, sui rapporti tra i Paesi coinvolti, sono istituite, nell'ottobre 1993, dai ministeri degli Esteri d'Italia, Slovenia e Croazia due Commissioni miste storico-culturali, una italo-croata (naufragata) e una italo-slovena, la quale, nel 2000, ha rilasciato un rapporto comune. V. ISGREC, *Relazione della Commissione mista storico-culturale italo-slovena (1993-2001)*, in *isgrec.it*.

³⁶ Ó. ESTAIRE, *La última estatua de Franco que quedaba en España es retirada de las calles de Melilla*, in *El País*, 23-2-2021.

³⁷ In molti casi, infatti, le ceneri vengono disperse in mare o sepolte in località non divulgate al pubblico (si pensi alle ceneri di Eichmann o dei gerarchi condannati a Norimberga). La questione delle sepolture va ben oltre i gerarchi; si pensi al dibattito sulla possibile traslazione delle spoglie di Vittorio Emanuele III al Pantheon (poi definitivamente tumulate, assieme a quelle della Regina Elena, nel Santuario di Vicoforte, il 18-12-2017).

³⁸ Ciò non ha naturalmente evitato la forte spaccatura del mondo politico, con VOX, *Ciudadanos* e i Popolari contrari, così come una serie di ricorsi in giustizia da parte della famiglia del dittatore. Nel settembre 2019, la *Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo* ha validato l'intera procedura. La sentenza n. 1279/2019 ha affrontato tre questioni: la supposta incostituzionalità del *Real Decreto-Ley* 10/2018 per dare copertura giuridica all'esumazione; l'illegalità dell'esumazione e l'arbitrarietà del diniego di sepoltura nella cripta della cattedrale madrilenana della *Almudena*. Il Tribunale evidenzia come non vi siano profili di incostituzionalità nel ricorso alla fonte del *Real Decreto-Ley* e come l'esumazione riposi sulla *Ley de Memoria Histórica*; inoltre, l'esumazione non attenta in alcun modo all'intimità della famiglia del dittatore, in quanto, in ragione della particolarità della figura di Franco, l'interesse pubblico deve prevalere.

‘neutralizzazione’, di privazione, cioè, di quegli elementi che la rendevano distintiva in quanto casa natale del *Führer*. Nel corso dei decenni l’edificio ha avuto varie destinazioni rimanendo comunque una costante meta di pellegrinaggio di neonazisti. Nel 2016 lo Stato austriaco decide di espropriare la casa per impedirne una riappropriazione nazista, che avrebbe potuto essere facilitata dalla vendita a terzi da parte dei proprietari³⁹ e, al di fine decidere quale potesse esserne un uso storicamente corretto, il Ministero federale degli Interni, nel giugno 2016, istituisce un’apposita commissione interdisciplinare di esperti, la *Interdisziplinäre Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers*⁴⁰. Nel suo rapporto conclusivo, rilasciato nell’ottobre 2016, essa esamina cinque differenti possibili destinazioni dell’edificio: uso museale; uso per finalità sociali e caritative; uso per finalità educative; uso per finalità amministrative; demolizione⁴¹. La *Kommission* non giudica il luogo adatto né come museo (opzione ciclicamente considerata nella seconda metà del secolo scorso) – e la ragione è che la scelta rafforzerebbe l’associazione tra l’edificio e Hitler – né come luogo scolastico; al contrario, l’uso per finalità di natura sociale è positivamente considerato, in quanto consentirebbe di marcare un simbolico stacco rispetto alla mortifera ideologia nazionalsocialista; positivamente è valutata anche la destinazione per finalità amministrative statali, quali un ufficio delle imposte o una stazione di polizia, in quanto contribuirebbe a rafforzare la presenza dello Stato. L’ultima ipotesi, quella della demolizione, viene negativamente valutata dalla *Kommission*, in quanto simbolizzerebbe un tentativo di obliterare il passato, laddove invece è necessario spiegare e contestualizzare il passato. Considerazione questa chiaramente in controtendenza rispetto alla demolizione del carcere di Spandau nel 1987. In sostanza, la *Kommission* si esprime a favore di destinazioni e interventi architettonici che eliminino la possibilità di identificare la casa come luogo di nascita di Hitler⁴². Sulla costituzionalità dell’esproprio, avvenuto chiaramente nell’interesse pubblico, ma contestato dai proprietari, si è pronunciato il *Verfassungsgerichtshof*⁴³. La Corte ha sottolineato come il rifiuto del nazionalsocialismo sia uno dei fondamenti dello Stato (p. 25) e come tutti gli organi costituzionali siano investiti della responsabilità di prevenire l’insorgere e la diffusione di idee neonaziste (p. 26); e l’unico modo, nel caso concreto, è, ad opinione del Giudice delle leggi, che lo Stato diventi proprietario dell’edificio e che quindi proceda all’esproprio (p. 27)⁴⁴. Un’altra Corte costituzionale, quella slovena, ha avuto modo di esprimersi sull’intitolazione di una via a Tito a Ljubljana (nel 2011)⁴⁵ e nella cittadina di Radenci (nel 2020)⁴⁶. Se nella prima decisione la

³⁹ Cosa che farà una volta che la *Kommission* rilascia il proprio rapporto con un’apposita legge federale di esproprio, *Bundesgesetz über die Enteignung der Liegenschaft Salzburger Vorstadt Nr. 15, Braunau am Inn*, in BGBl. I, 4/2017.

⁴⁰ La composizione interdisciplinare è di particolare interesse. La *Kommission*, di 13 membri, comprendeva studiosi di storia contemporanea, giuristi, rappresentanti della pubblica amministrazione, della società civile e della politica.

⁴¹ KOMMISSION ZUM HISTORISCH KORREKTEN UMGANG MIT DEM GEBURTSHAUS ADOLF HITLERS, *Abschlussbericht*, Oktober in *bmi.gv.at*, ottobre 2016.

⁴² Una volta ristrutturata e ridipinta, l’edificio dal 2022 sarà una stazione di polizia.

⁴³ G 53/2017-23, 30-6-2017.

⁴⁴ La Corte si dichiara invece incompetente circa la determinazione della compensazione.

⁴⁵ Decisione U-I-109/10, *Official Gazette RS*, No. 78/2011 e *OdUS XIX*, 26 | 26-9-2011.

⁴⁶ Decisione U-I-228/20 del 4-12-2020.

Corte dichiara incostituzionale nel merito l'ordinanza municipale di intitolazione⁴⁷, la seconda dichiara incostituzionale il decreto che dispone la rimozione dell'intitolazione per ragioni tecniche, senza dunque entrare nel merito⁴⁸. Per quanto le due decisioni non siano assimilabili, non avendo nel 2020 la Corte valutato la compatibilità a costituzione dell'intitolazione come aveva invece fatto nel 2009 – la Corte ha considerato incostituzionale il tentativo di intitolazione del 2009, in quanto il simbolo, in questo caso Tito, esprime dei valori che sono contrari a quelli sanciti nella Carta costituzionale, *in primis* la dignità umana, sussiste comunque un dato cronologico importante, cioè il momento dell'intitolazione (o comunque della proposta): il 2009 per Ljubljana e il 1979 per Radenci. Il dato è rilevante per misurare la reazione della cittadinanza, ostile in entrambi in casi, seppure in senso opposto. Il tentativo del 2009 è stato percepito come anacronistico e non più in consonanza con i valori della Slovenia indipendente, tanto che l'ordinanza è stato oggetto di ricorso individuale diretto. L'intitolazione del 1979, al contrario, proprio perché risalente nel tempo, è diventata parte della quotidianità della cittadinanza di Radenci, la quale si è fortemente e fermamente opposta all'iniziativa del sindaco; pertanto, la violazione dei termini di legge per consentire alla cittadinanza di formalizzare la propria opposizione (sanzionata dalla Corte) si è originata nel tentativo dell'amministrazione di scavalcare l'opposizione. La Corte ha così tutelato il diritto della cittadinanza a partecipare al processo decisionale in materia di onomastica, nonostante concretamente questo si sia tradotto nella conservazione di una intitolazione che, letta con l'approccio del 2011, è contraria ai principi fondativi dell'ordinamento sloveno.

Tornando alla statuaria, se se ne considera diacronicamente lo sviluppo, è possibile delineare una prassi tale per cui gli uomini di Stato sono sempre stati considerati come meritevoli di commemorazione o di celebrazione per la sola ragione della carica ricoperta⁴⁹. Si potrebbe pertanto sostenere che è la carica ricoperta a creare quasi in via automatica un diritto alla commemorazione (o celebrazione) in capo all'uomo e un dovere alla commemorazione in capo allo Stato. Chiaramente nel contesto di uno Stato di democrazia pluralista un diritto/dovere di memoria sulla base della carica ricoperta, anche retrospettivamente, non sussiste; *a fortiori* dinnanzi a statue o altri segni che siano, come nel caso di Franco o di Hitler, ascrivibili a una forma di Stato non democratica.

Partendo da queste considerazioni pare ora opportuno passare all'analisi di segni specifici, cercando di ricostruire il valore che vanno ad assumere nello spazio pubblico, i motivi che li hanno portati a divenire oggetto di dibattito e, infine, se e secondo quali modalità lo Stato ha affrontato la criticità da essi posta.

⁴⁷ Più precisamente, l'art. 2 dell'ordinanza municipale del 2009 che intitolava e regolava la *Titova cesta* (via Tito) nel territorio municipale.

⁴⁸ La dichiarazione di incostituzionalità è di natura tecnica, in quanto il decreto municipale non aveva garantito alla cittadinanza i 15 giorni disposti dalla legge al fine di far valere la propria opposizione (che è risultata numericamente significativa).

⁴⁹ Specialmente quando la fotografia non esisteva, le statue dei sovrani (così come le monete) erano l'unico modo che il popolo avesse per conoscerli visivamente. Nell'*Ancien Régime* la statua del sovrano in maestà assumeva anche un valore mistico, simbolizzando l'unione carnale dei sudditi e della Corona. Non a caso, l'iconoclastia contro le immagini del sovrano integrava la fattispecie del reato di lesa maestà.

I Paesi anglosassoni – Stati Uniti e Regno Unito –, la Francia e il Belgio si rivelano di particolare interesse, in considerazione del dibattito rispetto sia alla statuaria (in cui sono accomunate personalità storiche dal percorso personale molto differente e che dunque richiedono una differente riflessione sulla loro presenza) che alle opere d'ingegno che li caratterizza⁵⁰.

3.2. I segni dello spazio pubblico: l'approccio anglosassone

Gli Stati Uniti sono sicuramente il Paese in cui la controversia sui segni che abitano lo spazio pubblico (e immateriale) ha assunto maggior rilievo. In questo quadro, un'attenzione particolare è devoluta a quei presidenti compromessi con schiavitù e razzismo, in quanto o possessori di schiavi o segregazionisti o 'tiepidi' abolizionisti o sterminatori di nativi americani. Da qui il dibattito su Washington, Jefferson e lo stesso Lincoln, cui sono intitolati rispettivamente la capitale federale, il *Jefferson Memorial* e il *Lincoln Memorial*; su Teddy Roosevelt e la sua statua dinnanzi all'*American Museum of Natural History* di New York; e su Woodrow Wilson cui è intitolata la *School of Public and International Affairs* di Princeton. L'annullamento ha colpito Teddy Roosevelt, la cui statua è stata rimossa, e Wilson, cui è stata tolta l'intitolazione della *School* da lui stesso fondata. Ci si deve pertanto chiedere perché questi presidenti siano dove sono e porsi la domanda, così come trovare una risposta, chiama in causa la loro parabola storica e la memoria che lo Stato ne ha costruito e come lo Stato ha trasmesso alle nuove generazioni l'una e l'altra.

Il caso della statua bronzea di Teddy Roosevelt è di particolare interesse in rapporto al *modus procedendi*, cioè al come la città di New York sia arrivata a decidere in favore della rimozione. La statua, assieme alla placca in onore del maresciallo Pétain e al monumento a Cristoforo Colombo, è stata oggetto d'esame da parte della *Commission on Controversial Monuments*. La *Commission* non era giunta ad alcuna conclusione in merito al destino della statua, in quanto circa metà dei membri evidenziava la mancanza di un'adeguata ricerca e documentazione storica, necessaria per poter valutare il momento e la sua collocazione, mentre l'altra metà si era espressa a favore di una sua ricollocazione, e infine pochi membri richiamarono la necessità di una sua contestualizzazione e spiegazione. Nonostante, dunque, un organo appositamente preposto e creato in seno alla Municipalità di New York avesse concluso, seppure senza realmente decidere alcunché, a favore dello *status quo*, la cultura dell'annullamento, scavalcando qualunque tipo di confronto dialettico e democratico, ha prevalso, ottenendo la rimozione della statua.

⁵⁰ Il dibattito ha toccato naturalmente anche altri Paesi, seppure in maniera più sfumata, quali Italia e Germania. In Germania la controversia maggiore ha avuto per oggetto l'omonimo di *Mobrenstraße* nel *Bezirk Mitte* di Berlino. Il consiglio del distretto ha votato il 21-8-2020 a favore della intitolazione a Anton Wilhelm Amo, primo africano a frequentare un'università europea e a ottenerne un dottorato (a Wittenberg nel 1734). Il cambio di omonimo non è comunque ancora effettivo. La società di trasporto pubblico berlinese, BVG, nell'estate 2020 ha votato poi per rinominare la stazione *Mobrenstraße* della *U-Bahn* in *Glinkastraße*, via intitolata al compositore russo Glinka e perpendicolare a *Mobrenstraße*; la nuova denominazione è però tutt'altro che condivisa, in ragione dell'antisemitismo del compositore. Al momento la stazione rimane dunque denominata *Mobrenstraße*. Sul punto si rimanda a S. KITTEL-C. LATZ, *U-Bahnbof Mobrenstraße oder Glinkastraße-das ist hier die Frage*, in *Berliner Morgenpost*, 7-7-2020.

La presenza di Philippe Pétain nel c.d. *Canyon of Heroes* presenta dei *distinguo* rispetto a quanto sin qui analizzato. Questi sono nell'ordine di tre: innanzitutto, non si tratta di una statua ma di una targa commemorativa (e non celebrativa), detta *marker*, posta nel 2004 a ricordo della *ticket-tape parade* di Pétain del 1931, precisazione tutt'altro che trascurabile in quanto questo segno ha un impatto visivo molto scarso rispetto a quello che avrebbe una statua e inoltre è parte di un *ensemble* di targhe di più di 200 *ticket-parades*; la dimensione temporale del segno che ricorda la parata di Pétain nel 1931, dunque cronologicamente precedente ai crimini per cui oggi se ne chiede la rimozione; infine, il canale del dibattito. La dimensione temporale del segno è di particolare importanza perché circoscrive la commemorazione a un evento ben specifico: Pétain, l'eroe di Verdun⁵¹. La memoria del maresciallo, così come dell'intero regime di Vichy, è peraltro ancora controversa anche in Francia – nonostante Chirac nel 1995 abbia ammesso le responsabilità dello Stato francese in occasione della commemorazione dei cinquantatré anni della *rafle du Vel'd'Hiv*⁵². Come già per il monumento a Colombo (e, seppure in maniera diversa, anche per la statua bronzea di Teddy Roosevelt), la *Commission on Controversial Monuments* si è chiaramente espressa a favore del mantenimento della targa. In questo caso, però, la conclusione pare meglio articolata e giustificata. Essa ha infatti rilevato come i *markers* lungo la via della parata siano 206 e come essi vadano trattati come un *unicum* cronologico che trae la propria accuratezza storica dalla presenza di tutti e 206, fatto questo che osta alla rimozione di anche uno solo di essi⁵³. Interessante, poi, il fatto che la *Commission*, pur riconoscendo il valore onorifico della parata, neghi l'intento celebrativo della targa. Questo punto è particolarmente interessante, in quanto pur essendo difficilmente contestabile il carattere celebrativo della parata del 1931, nulla osta all'attribuzione di un valore meramente commemorativo al relativo *marker*.

Similmente all'esperienza della commissione newyorkese del 2017, nell'estate 2020 a Washington DC, su impulso del sindaco democratico Bowser, ha visto la luce un *working group* con il compito di individuare monumenti e odonimi che possano rivelarsi problematici, di proporre soluzioni e di misurarne i diversi impatti, così come di raccogliere anche la 'voce' dei residenti. Il gruppo di lavoro è privo di poteri decisionali, può limitarsi a proporre, in quanto la maggior parte dei monumenti e gli odonimi di cui è stata proposta la rimozione (tra gli altri, l'obelisco del *Washington Monument* e il *Jefferson Memorial*) rientrano nella sfera di competenza federale o sono comunque di proprietà federale⁵⁴, pertanto al di fuori della competenza della Municipalità.

⁵¹ In realtà Pétain fu al comando per soli due mesi nel 1916 e i veri vincitori furono i generali Nivelle e Mangin. Fu la grande popolarità di Pétain tra i fanti, contrariamente a Nivelle, ad assegnargli, retrospettivamente, la vittoria nella battaglia di Verdun. V. M. FERRO, *Pétain*, Paris, Fayard, 1987, 678.

⁵² S. GUERRIER, *Le discours de Jacques Chirac au Vel d'hiv en 1995*, in *Le Figaro*, 27-3-14. Chirac ha marcato lo stacco rispetto alla presidenza Mitterrand. Questi ha sempre ritenuto che la Francia non avesse nulla di cui scusarsi, perché Vichy non era in un rapporto di continuità con lo Stato francese; inoltre, egli portò fiori sulla tomba del maresciallo dal 1987 al 1992 e ancora nel 1994 (l'omaggio floreale sull'Île-d'Yeu era concretamente portato dal prefetto della Vandea e all'insaputa dell'opinione pubblica, cui diventa noto solo nel 1992). Mitterrand parla diffusamente del proprio rapporto con il maresciallo e con la sua memoria in *Mémoires interrompus*, Paris, Odile Jacob, 1996.

⁵³ Per l'elenco completo si rimanda a *List of ticket-tape parades in New York City*, in *Wikipedia*.

⁵⁴ Il *report*, intitolato *DC Faces*, in *mayor.dc.gov*.

Emerge per una significativa differenza procedurale la vicenda della gigantesca statua del generale confederato Robert E. Lee che sino al 9 settembre 2021 era l'ultima statua confederata ancora ad abitare *Monument Avenue* a Richmond (VA). Sulla scia dell'emozione per l'assassinio di George Floyd, nel giugno 2020, il governatore democratico Northam annuncia di voler rimuovere dallo Stato tutti i segni confederati ancora visibili, annuncio cui alcuni residenti e discendenti di Lee rispondono intentando causa allo Stato⁵⁵. Più precisamente, secondo i ricorrenti, né il governo né la *Virginia General Assembly* avevano il potere di revocare i due *covenants* del 1887 e del 1890 intercorsi tra lo Stato e gli eredi di Lee (il primo è approvato dalla *Virginia General Assembly* nel 1889) con cui questi ultimi trasferivano la proprietà della statua allo Stato, ne veniva decisa la collocazione su *Monument Avenue* e, soprattutto, con cui il *Commonwealth* della Virginia si impegnava a non rimuovere mai la statua. La Corte suprema statale accoglie la difesa dell'avvocatura dello Stato, concludendo che «restrictive covenants are unenforceable as contrary to public policy»⁵⁶, in quanto hanno come effetto quello di costringere il government speech, nella misura in cui lo forzano a veicolare a perpetuità un messaggio (razzista) con cui nel momento presente si trova in disaccordo.

A riprova che il movimento di annullamento non coinvolge in via esclusiva la statuaria⁵⁷, pare opportuno richiamare una decisione (6 a 1) del 26 gennaio 2021 della Commissione scolastica di San Francisco sulla necessità che, entro il mese di aprile 2021, 44 scuole cambino nome in quanto attualmente intitolate a personaggi dalla biografia controversa (Stevenson, Hoover, Monroe, Washington, Lincoln tra i più rilevanti). L'intervento della Commissione ha suscitato forti opposizioni, sia per il *timing* che per la mancata consultazione della società civile, e dei genitori in particolare, specialmente perché figura tra le intitolazioni da sostituire quella alla senatrice democratica californiana Feinstein, colpevole, nel 1986, da sindaco di San Francisco, di aver fatto sostituire una bandiera confederata vandalizzata con una nuova.

Per quanto concerne la Gran Bretagna, assieme a quella di Churchill e di Cecil Rhodes, è la vicenda della statua di Edward Colston a Britsol a essere maggiormente paradigmatica. Colston, infatti, schiavista di neri e filantropo di bianchi, è stato rimosso e poi sostituito, di nascosto e alle prime luci dell'alba, dalla statua di Jen Reid, una delle manifestanti di *Black Lives Matter* che ha contribuito all'abbattimento della statua⁵⁸. L'arbitrarietà dell'intera operazione solleva significative criticità, specialmente in quanto essa si colloca al di fuori di qualunque procedura deliberativa e porta alla sostituzione di un monumento divisivo secondo modalità non condivise. Soprattutto, pone ulteriori problemi non solo circa la legittimazione dell'occupazione dello spazio pubblico, ma la finalità della stessa. Se Colston era divisivo, lo è parimenti anche la statua di

⁵⁵ Due sono i ricorsi: *Gregory v. Northam* (SCV record 201307) e *Taylor v. Northam* (SCV record 210113), entrambi decisi dalla Corte suprema il 2-9-2021.

⁵⁶ *Taylor v. Northam* (SCV record 210113), 12.

⁵⁷ Il fenomeno del *renaming* negli Stati Uniti è molto più generalizzato; ad esempio, s v. il cambio di nome della squadra di football dei *Washington Redskins*, ribattezzati *Washington Football Team*.

⁵⁸ Si v. l'articolo di A. BLAND, *Edward Colston statue replaced by sculpture of Black Lives Matter protester Jen Reid*, in *The Guardian*, 15-7-2020. La statua è comunque stata collocata nel museo *M Shed* di Bristol. Si rimanda alla pagina informativa del museo in bristolmuseums.org.uk.

un'attivista. Ciò naturalmente non implica sostenere che non sia necessario, oltre che doveroso, un dibattito sulla presenza di specifiche statue nello spazio pubblico.

3.3. I segni dello spazio pubblico: l'approccio francese

Nell'esperienza francese maggiormente discussi si sono rivelati i segni connessi a Colbert, in particolare la statua posta dinnanzi all'*Assemblée nationale*. La problematicità di Colbert risiede nel suo essere stato il promotore del c.d. *Code noir* (*Édit ou ordonnance sur les esclaves des îles d'Amérique*)⁵⁹, un testo giuridico volto a regolamentare la schiavitù nelle colonie, unificando una serie di *ordonnances* datate tra il 1667 e il 1681⁶⁰. La risposta delle istituzioni, a cominciare da Emmanuel Macron, è stata nettamente opposta a qualsiasi forma di *déboulonnage*, pur richiamando la necessità che le statue 'parlino', spiegando sé stesse e giustificando la loro presenza nello spazio pubblico. Questo approccio deve leggersi in un quadro più ampio, volto ad abbracciare anche tutte quelle personalità politiche che hanno creato il *roman national* durante la Terza Repubblica e con cui essa, nella sua 'statuomania'⁶¹, ha popolato lo spazio pubblico della *République*⁶². La linea presidenziale ha avuto modo di essere ribadita in più occasioni, in particolare nel discorso di commemorazione del bicentenario della morte di Napoleone – sulla cui opportunità la società francese si è spaccata più che sulle statue, discorso in cui Macron ha ribadito la necessità di guardare la Storia in faccia, non cancellando alcunché, al contrario, assumendola tutta e di procedere con quella che ha definito una «commémoration éclairée»⁶³.

Pare opportuno richiamare qui come anche alcune esperienze locali italiane si collochino su questa medesima linea. Il riferimento è alla statua del giornalista Indro Montanelli e alla mozione del Consiglio di Municipio 1 di Milano che, con 16 voti favorevoli e 3 astenuti, si è espressa a favore della realizzazione di un percorso di memoria sul colonialismo italiano (anche se probabilmente un percorso storico sarebbe più indicato di uno memoriale)⁶⁴. Seppure meno recentemente (nel 2014), in questo senso era già andata la municipalità di Bolzano, la quale ha operato un importante lavoro di contestualizzazione intorno al controverso Monumento alla Vittoria⁶⁵. Costruito tra il 1926 e il 1928, esso è stato uno degli strumenti attraverso cui si è

⁵⁹ Una selezione degli articoli più significativi, in francese normalizzato, è disponibile su *Gallica*. Sempre su *Gallica* è disponibile anche il testo integrale nella versione della *Imprimerie Royale* del 1727.

⁶⁰ Si rimanda alla *tribune* di Thierry Sarmant, direttore delle collezioni del *Mobilier national*: T. SARMANT, *Colbert et le Code noir: quels sont exactement les faits?*, in *Le Figaro*, 25-6-2020. Si v. anche M. SANTORO, *I Code Noir. Istituzioni, società e potere nelle colonie francesi di Antico Regime*, in *Le Carte e la Storia, Rivista di storia delle istituzioni*, 2017, 55-69.

⁶¹ Cui fa da contraltare l'epurazione degli odonimi voluti dal Secondo Impero.

⁶² Il riferimento è in particolare a Jules Ferry, sostenitore dell'espansione coloniale della Terza Repubblica, ma al tempo stesso promotore delle c.d. *lois Ferry* che, nel 1881-1882, rendono l'istruzione gratuita e la scuola primaria obbligatoria e laica.

⁶³ La registrazione video del discorso presidenziale tenuto il 5-5-2021 all'*Institut de France* è disponibile sul canale *Youtube* dell'Eliseo, mentre il testo è in *elysee.fr*.

⁶⁴ Sembra essere stata 'dimenticata' dalle attuali polemiche la statua triestina di D'Annunzio, oggetto di una vivace contestazione da parte dell'ambasciata croata nel 2019. Sicuramente la scelta di inaugurare la statua nell'anniversario dell'impresa di Fiume non ha contribuito a smorzare la tensione.

⁶⁵ Si v. A. CARLÀ-J. MITTERHOFER, *Transforming a Controversial Heritage: the Case of the Fascist Victory Monument in South Tyrol*, in *Acta Universitatis Carolinae. Studia Territorialia*, 2017, 11-34.

esplicata la politica fascista di oppressione/repressione della minoranza germanofona dell'Alto Adige da poco annesso⁶⁶. Non stupisce dunque che il monumento, e con particolare vigore dagli anni Novanta, sia stato oggetto di una forte controversia tra le popolazioni di lingua italiana e di lingua tedesca, controversia che ha avuto per oggetto anche il nome della piazza antistante, denominata piazza della Vittoria⁶⁷. Al fine di cercare di superare l'opposizione tra le due comunità, una prima targa di contesto viene apposta nel 2005, finché il governo italiano nel 2011 si fa promotore, assieme alla municipalità, di un'opera di contestualizzazione di più ampio respiro e soprattutto di de-potenziamento di tutti i monumenti fascisti dell'area, il cui risultato è l'istituzione di un percorso espositivo permanente dal titolo *BZ '18-'45: un monumento, una città, due dittature*⁶⁸. Similmente a quanto accaduto con la casa natale di Hitler, la scelta non è stata dunque la rimozione, ma un depotenziamento, realizzato tramite un approccio critico e calato nel contesto.

Il dibattito sulla statuaria si è poi caratterizzato per un risvolto ulteriore, in cui il punto cardine non è il *déboulonnage* quanto l'erezione della statua: il riferimento è alla statua del generale Dumas, padre di Dumas *père*. La questione è meritevole di essere richiamata in quanto coinvolge la finalità del segno, che cosa cioè esso si proponga di commemorare, e la sua contestualizzazione storica. Al generale Dumas, figlio di una schiava dominicana, fu eretta una statua nel 1913, statua che, come tante altre durante l'occupazione, fu fusa per scopi bellici. Né la Quarta né la Quinta Repubblica hanno ritenuto di doverla ripristinare. In un intervento all'*Assemblée nationale* nel maggio 2020, Eduard Philippe, esprimendosi contro il *déboulonnage*, ha auspicato il ripristino della statua del generale, imputandone l'oblio al colore della pelle. Pierre Branda, specialista del Primo Impero, sottolinea invece come la situazione richieda una maggiore riflessione sulle motivazioni e le finalità di una tale operazione; più precisamente, se la finalità sia la promozione di una maggiore diversità nella statuaria pubblica parigina ovvero il riparare a una discriminazione di cui il generale Dumas sarebbe stato vittima per il colore della pelle. Branda invita alla cautela nel seguire quest'ultima linea di lettura, sottolineando come il mancato ripristino della statua non dovrebbe essere letto necessariamente come un atto discriminatorio, ma come il risultato di un'attenta analisi storica che non restituisce necessariamente profili meritevoli di memoria⁶⁹. Il che, naturalmente, non osta – come ha peraltro deliberato il *Conseil de Paris* – al ripristino della statua, soprattutto in ragione della promozione della diversità⁷⁰.

La comprensione della finalità e della complessità della personalità che il segno pubblico vuole commemorare è *a fortiori* ancora più indispensabile in relazione ai nuovi segni. L'azione memoriale

⁶⁶ O Südtirol. Ennesimo esempio di quanto la variabile spazio sia determinante nella percezione e nell'approccio anche alla geografia che, pertanto, non è una scienza neutra.

⁶⁷ Nel dicembre 2001 la Giunta comunale di Bolzano modifica il nome da piazza della Vittoria (*Siegesplatz*) a piazza della Pace (*Friedensplatz*). Alleanza Nazionale, contraria al cambio di odonimo, propone un *referendum* consultivo sul ripristino dell'odonimo originario. La consultazione referendaria, che vede la scarsissima partecipazione della cittadinanza germanofona, vede una netta vittoria del 'sì' con il 61,94% dei voti. La Giunta ha cercato di ricomporre la frattura creatasi con il ripristino dell'odonimo originario apponendo sotto la targa toponomastica la scritta 'già della Pace'.

⁶⁸ Si rimanda al sito internet del percorso, *monumentoallavittoria.com*, per ulteriori dettagli.

⁶⁹ Si v. la *chronique* di P. BRANDA, *Le général Dumas doit-il être remis sur son piédestal?*, in *napoleon.org*, giugno 2020.

⁷⁰ Decisione del 4-2-2021 a favore del ripristino della statua *à l'identique*. Peraltro, esso è il completamento ideale della statuaria della *place du général Catroux* dove già si trovano le statue di Dumas *père* e *fils* e un monumento agli schiavi liberati.

da parte dei poteri pubblici non può infatti prescindere da una approfondita ricerca storica, in quanto essa deve essere consapevole di eventuali ‘criticità’ della persona che si commemora e deve veicolare chiaramente la finalità della commemorazione. Fondamentale diventa quindi l’apporto degli esperti che devono affiancare il decisore pubblico. Rimanendo ancora su Parigi, emblematica di un approccio a volte superficiale, che va a detrimento della credibilità delle istituzioni, è la commemorazione del militante omosessuale Guy Hocquenghem (1946-1988), per cui la Municipalità aveva apposto una targa ... per poi farla ritirare poco dopo⁷¹.

3.4. L’esperienza belga tra spazio pubblico e immateriale

Il caso belga, totalmente incentrato sul passato coloniale, consente di collegare le problematiche di occupazione dello spazio pubblico con quelle di occupazione dello spazio immateriale e, più nello specifico, di come Storia e memoria sono trasmesse nel settore educativo. Se nel primo caso è la statuarità di Leopoldo II l’oggetto della controversia principale, nel secondo lo è il rapporto del Belgio, da intendersi sia come Stato che come società civile, con la colonizzazione.

Leopoldo II è l’emblema una colonizzazione *sui generis*, essendo il suo l’unico caso di un territorio africano trasformato in una colonia personale con il nome di *État Indépendant du Congo* (e annesso al Belgio solo nel 1908⁷²). La brutalità della colonizzazione è stata dettagliatamente documentata in particolare dallo storico David Van Reybrouck⁷³, il cui studio ha messo in luce la forte ambivalenza di un sovrano che con metodi brutali ha creato una macchina incredibilmente efficiente per il suo arricchimento personale. Questa ambivalenza porta al paradosso tale per cui se in Belgio le statue del sovrano sono abbattute o vandalizzate, nella Repubblica democratica del Congo sono invece erette⁷⁴. Emerge qui prepotentemente la soggettività e l’individualità della memoria rispetto alla Storia, ma, al tempo stesso, l’operazione ideologica dei dirigenti congolese

⁷¹ Si v. F. MARTEL, *Pourquoi la mairie de Paris n’aurait jamais dû rendre hommage au militant homosexuel Guy Hocquenghem*, in *franceculture.fr*, 8-9-2020. La criticità di Hocquenghem e la sua ‘apertura’ alla pedofilia va letta all’interno di un dibattito molto ampio che coinvolge la generazione del *mai 1968* e il suo supposto lassismo – nonché pratica – nei confronti della pedofilia. Si v. A.-C. AMBROISE-RENDU, *L’histoire de la pédophilie*, Paris, Fayard, 2014. Sulla stessa linea rientra anche l’affaire Matzneff – prepotentemente tornato alla ribalta dopo la pubblicazione del libro di Vanessa Springora, *Le consentement* (Paris, Grasset, 2019) – a seguito del quale quattro editori francesi, tra cui Gallimard, hanno sospeso la pubblicazione e la commercializzazione di alcuni libri dello scrittore (*Carnets noirs* e *Les Moins de seize ans*).

⁷² L’annessione di quello che era lo Stato libero del Congo al Belgio nel 1908 (a seguito del voto del Parlamento belga) chiude la c.d. questione del Congo, incentrata sulla brutalità contro i nativi e sulla rapina delle risorse del Paese ed emersa prepotentemente a livello internazionale a partire dal 1895. Le pressioni della comunità internazionale e del governo britannico (del 1903 è il c.d. *Casement Report* redatto dal console britannico Roger Casement) imposero a Leopoldo la creazione, nel 1904 (per il decreto di nomina, si v. *Bulletin Officiel de l’État Indépendant du Congo*, n. 7, luglio 1904), di una commissione internazionale d’inchiesta (E. JANSSENS-G. NISCO-E. DE SCHUMACHER, *Rapport de la commission d’enquête*, in *Bulletin Officiel de l’État Indépendant du Congo*, n. 9 & 10, 1905). Si v. J. DANIELS, *The Congo Question and the “Belgian Solution”*, in *The North American Review*, 1908, 891-902. Per una dettagliata analisi della Commissione d’inchiesta e del suo rapporto, si v. il più recente contributo di B. BEVERNAGE, *The making of the Congo question: truth-telling, denial and ‘colonial science’ in King Leopold’s commission of inquiry on the rubber atrocities in the Congo Free State (1904–1905)*, in *Rethinking History*, 2018, 203-238.

⁷³ D. VAN REYBROUCK, *Congo*, trad. it. F. PARIS, Milano, Feltrinelli, 2014.

⁷⁴ L’ultima recentemente, nel 2018, a Lubumbashi, nel Katanga.

di richiamarsi a Leopoldo quasi per ricercare una maggiore legittimazione. Rimane che l'approccio alla colonizzazione che ancora caratterizza il Belgio è tuttora ambivalente e forse le statue del sovrano non sono l'elemento che richiede maggiore riflessione. Due sono infatti gli altri profili su cui il Belgio dibatte nel momento in cui si affronta la questione coloniale: i programmi scolastici e la BD (*bande dessinée*). Per quanto concerne i programmi scolastici, essi si rivelano piuttosto problematici in quanto la colonizzazione non vi è sostanzialmente inclusa e, per quanto il Ministero dell'istruzione li abbia riformati, la riforma non entrerà in vigore prima del 2026⁷⁵. In sostanza, i programmi sono stati sì riformati, ma non verranno insegnati se non tra sei anni (salvo inversioni di rotte ministeriali)! Per quanto concerne la BD, il dibattito si è quasi esclusivamente concentrato sull'albo *Tintin au Congo*⁷⁶, secondo episodio delle avventure del celebre reporter Tintin creato dalla matita di Hergé nel 1929 sulle pagine de *Le Petit Vingtième*⁷⁷, albo su cui ha avuto modo di esprimersi in due occasioni anche la giustizia belga e il cui carattere controverso ha valicato i confini nazionali. L'albo (nonostante tutto ancora oggi uno dei più popolari della saga, soprattutto in Africa⁷⁸) fu preparato senza alcuna documentazione da parte dell'autore, in quanto destinato al supplemento per ragazzi di un giornale, *Le Vingtième Siècle* (fondato e diretto dall'ultrareazionario abate Wallez, grande ammiratore di Mussolini), e abbonda di paternalismo e di stereotipi sugli africani di chiara impronta razzista e colonialista, quasi caricaturale⁷⁹. Lo stesso Hergé ne è consapevole, tanto da definirlo un *péché de jeunesse* e accettarne l'oblio voluto dall'editore Casterman, che ritira infatti l'albo dal catalogo nel 1960 per poi ripubblicarlo solo nel 1970 (non a caso gli anni della decolonizzazione del continente africano, con il Congo che diventa indipendente nel 1960)⁸⁰. L'albo è stato poi, tra il 2007 e il 2012,

⁷⁵ Si v. M. HELLEFF, *La Belgique en butte à l'amnésie*, in *Luxemburger Wort (édition francophone)*, 12-6-2020. Interessante anche l'*opinion* di Romain Landmeters, Enika Ngongo, Bérengère Piret e Nathalie Tousignant dell'*Université Saint-Louis-Bruxelles-Centre de recherche en histoire du droit, des institutions et de la société*, dal titolo *De l'urgence d'enseigner la colonisation belge*, in *Le Soir*, 28-1-2020.

⁷⁶ P. GODDIN, *Les tribulations de Tintin au Congo*, Tournai, Casterman, 2018.

⁷⁷ Tra le numerose opere dedicate al fumettista Georges Remi, in arte Hergé (1907-1983), si v. P. ASSOULINE, *Hergé*, Paris, Plon, 1996 e P. GODDIN, *Hergé-Lignes de vie*, Bruxelles, Éditions Moulinsart, 2007. Le controversie sul giovane reporter, e quindi, di riflesso, sul suo autore, non si esauriscono con *Tintin au Congo*. Esse hanno infatti avuto per oggetto anche il primo albo, *Tintin au Pays des Soviets* (non a caso non ripubblicato tra il 1930 e il 1981, ma anche nel 1981 comunque solo in edizione limitata) e più in generale un atteggiamento velatamente antisemita che si è riflesso nella mancata presa di posizione di Hergé durante gli anni dell'occupazione (si v. la scelta di cognomi di assonanza ebraica per i *villains* così come quella di scienziati appartenenti ai soli Paesi dell'Asse o neutrali quali membri della commissione scientifica protagonista dell'albo del 1942 *L'étoile mystérieuse*, il decimo episodio della serie).

⁷⁸ È il secondo albo più venduto della serie, con più di dieci milioni di copie in tutto il mondo.

⁷⁹ Esemplificativamente si v. le tavole a p. 20 nell'edizione a colori edita da Casterman nel 1946, quasi identiche alla versione originale del 1930-1931.

⁸⁰ Con qualche modifica, come ad esempio la parola *negre* sostituita da *noir* e la parlata dei congolesi, resa meno caricaturale e ridicola. Per avere un'idea del tenore della versione originale, si rimanda alla versione in neerlandese pubblicata sul quotidiano belga *Het Laatste Nieuws* tra il 26-9-1940 e il 16-10-1941 con il titolo di *Tintin in Kongo* e disponibile in P. GODDIN, *Les tribulations de Tintin au Congo*, cit., 61-169. Simili rimaneggiamenti di linguaggio saranno anche nel 1966 per i personaggi di colore dell'albo *Coke en stock* (1958). Altre modifiche all'albo, richieste nel 1975 per la pubblicazione in Svezia, Danimarca e Germania e avente per oggetto la brutalità, tipicamente coloniale, nei confronti degli animali, sono state invece rifiutate da Hergé, in quanto avrebbero non solo snaturato l'albo, ma ne avrebbero richiesto la quasi intera riscrittura. Da ultimo, si segnala che nelle librerie di alcuni Paesi (Inghilterra, Australia, Nuova Zelanda) l'albo è disponibile nella sezione della letteratura per adulti (e non dunque per ragazzi).

protagonista di una vicenda giudiziaria volta a interdirla la pubblicazione. Nel 2007⁸¹ uno studente congolese residente in Belgio, dà l'avvio – senza successo – a un'azione penale contro Moulinsart SA⁸² e poi a un'azione civile nel 2010, questa volta sostenuta dal *Conseil représentatif des associations noires* (CRAN)⁸³, al fine di chiederne l'interdizione in quanto razzista e xenofobo. Il 10 febbraio 2012 il *Tribunal de première instance* di Bruxelles ha dichiarato la domanda non fondata e quindi ha rifiutato l'interdizione, sostenendo che la *Loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie* del 1981⁸⁴ possa essere applicata solo laddove vi sia un chiaro intento discriminatorio e che, in considerazione di quello che era il contesto nel 1930, Hergé non poteva essere animato da alcun intento discriminatorio. Inoltre, la legge non era in vigore nel 1930, elemento che ha portato il tribunale a escludere la possibilità di condannare il lavoro di Hergé sulla sua base. Non diversamente si è espressa il 28 novembre dello stesso anno la *Cour d'appel* di Bruxelles, ribadendo come Hergé si fosse limitato a realizzare un'opera di finzione con il solo scopo di divertire i suoi giovani lettori e come, conseguentemente, mancasse la volontà di comparare le razze al fine di dimostrare l'inferiorità dei Congolesi. Recentemente, la soluzione di aggiungere una nota esplicativa volta a contestualizzare l'opera è tornata oggetto di dibattito. Tuttavia, dopo un iniziale accordo, nel 2018 la casa editrice Casterman ha rilevato come questa soluzione sarebbe andata a violare il diritto morale dell'autore. In ogni caso, la questione è cassata dall'opposizione della vedova di Hergé. Il carattere controverso dell'albo ha portato alla sua rimozione (o alla limitazione dell'accesso) dalle biblioteche e librerie di molti Paesi. In via più generale, pare opportuno segnalare come nel momento della pubblicazione negli Stati Uniti delle avventure di Tintin, a partire dal 1959, Hergé sia stato costretto a far subire ad alcuni personaggi secondari un processo di *whitewashing*⁸⁵. La *querelle* su Tintin è emblematica di come la letteratura per ragazzi sia la categoria maggiormente colpita dalle 'epurazioni' degli ultimi mesi⁸⁶. Volendo rimanere nel terreno della BD franco-belga, l'elefante Babar, nato nel 1931 dalla matita di Jean de Brunhoff, è oggi qualificato come una rappresentazione del più bieco colonialismo.

3.5. Lo spazio immateriale

⁸¹ In questo stesso anno la britannica *Equality and Human Rights Commission* aveva richiesto alle librerie del Paese di eliminare l'albo dai propri scaffali in ragione del suo contenuto razzista. Pur non avendo ottenuto l'interdizione dell'albo, dal 2007 esso è accompagnato da una nota di contestualizzazione. Peraltro in Gran Bretagna l'albo, nella sua versione originale in bianco e nero è pubblicato solo nel 1991 e solo nel 2005 la versione a colori del 1946.

⁸² La società che gestisce i diritti derivanti dallo sfruttamento e dalla riproduzione di tutto ciò che non rientra nei c.d. *droits d'édition*, la cui gestione è invece nelle mani della vedova di Hergé, Fanny Rodwell-Vlamynck.

⁸³ Deve specificarsi però che il CRAN (associazione francese e non belga) si limita a chiedere l'inserimento di una nota esplicativa che contestualizzi l'opera.

⁸⁴ In *ejustice.just.fgov.be*.

⁸⁵ Ne sono stati oggetto personaggi 'negativi' e 'positivi', principalmente in due albi: *Tintin en Amérique* (1932 nella sua versione in bianco e nero, 1946 per quella a colori) e *Le crabe aux pinces d'or* (1941 nella sua versione in bianco e nero, 1943 per quella a colori).

⁸⁶ Anche sei libri del dr Seuss, tra cui *And to Think That I Saw It on Mulberry Street* (1937) e *If I Ran the Zoo* (1950), sono stati ritirati dal mercato a causa di stereotipi razziali in essi contenuti. Inoltre, *eBay* ne ha vietato la vendita anche ai privati. Non sembra lontano il giorno in cui Amazon potrà decidere quali libri si possono vendere e quali no... Per le medesime ragioni, sono nel mirino anche *Le aventure di Huckleberry Finn* (1884) di Mark Twain.

Lo spazio immateriale – le opere dell’ingegno – è dunque l’altro versante colpito da annullamento e boicottaggio, che si sostanzia in una vera e propria censura. Seguendo questa linea, Shakespeare, ad esempio, non è più un requisito per l’*English major* nelle università top degli Stati Uniti secondo il *report The Unkindest Cut: Shakespeare in Exile 2015*⁸⁷. Uno dei motivi è esemplificato chiaramente da quanto espresso nel 2016 dagli studenti di Yale: il Bardo crea una cultura ostile alle minoranze e, conseguentemente, l’*English major* deve ‘decolonizzarsi’⁸⁸. Analogamente, la progressiva abolizione di dipartimenti di studi classici, in quanto le culture dell’Antica Grecia e di Roma avrebbero fornito, e continuerebbero a farlo, l’ispirazione per teorici e promotori della supremazia bianca⁸⁹. Il catalogo dei classici e delle letture scolastiche e universitarie viene così integralmente ridisegnato in molti Paesi, principalmente negli Stati Uniti. Accanto all’opzione boicottaggio, meno drastica è la contestualizzazione dell’opera per il tramite di avvertenze da leggersi prima della fruizione dell’opera⁹⁰. La scelta a favore della contestualizzazione, qualora adottata, viene considerata come il requisito per evitare la conseguenza più drastica, quella della censura dell’opera. In questa direzione ha proceduto HBO Max per non rimuovere totalmente *Via col vento* dal proprio catalogo o la Disney rispetto ad alcuni film animati degli anni 1940-1960, in quanto veicolerebbero stereotipi ormai datati e che quindi oggi risulterebbero offensivi (su tutti *Dumbo*, *Peter Pan* e *Gli Aristogatti*)⁹¹. La scelta stessa di contestualizzare non è scevra da problematiche, in quanto corre il rischio, se non operata con accortezza, di avallare una visione anacronistica della Storia.

Neppure le scienze esatte sono state esenti da attacchi simili, in quanto anch’esse possono essere considerate figlie di una cultura discriminatoria, maschilista, razzista e schiavista; messa in discussione che il filosofo Bernard-Henri Lévy ha ben qualificato come attacco alla cultura da parte di una ragione igienista⁹².

Vi sono indubbiamente parallelismi tra la cultura dell’annullamento e boicottaggio da un lato e la tendenza moralizzatrice del politicamente corretto di matrice anglosassone dall’altro⁹³, per quanto importanti differenze permangano. Nel momento in cui si ritiene che un’opera non sia politicamente corretta, una conseguenza possibile può essere la rimozione dal programma di studi. Qui il politicamente corretto porta all’annullamento. Al contrario – e questo si verifica tendenzialmente, per la loro stessa natura, con opere da rappresentarsi a teatro, esso può portare

⁸⁷ AMERICAN COUNCIL OF TRUSTEES AND ALUMNI, *The Unkindest Cut: Shakespeare in Exile 2015*, in *files.eric.ed.gov*, aprile 2015. Secondo il *report* sulle 52 *schools* analizzate, solo la *Harvard University*, la *University of California at Berkeley*, la *U.S. Naval Academy* e il *Wellesley College* avevano il Bardo tra i *requirements* per l’*English major*.

⁸⁸ D. ERNST, *Yale students: Shakespeare requirement creates ‘hostile’ culture for minorities*, in *The Washington Times*, 2-6-2016.

⁸⁹ Così ad esempio l’Howard University, *alma mater* della VP Kamala Harris. Si v. M. PERSIVALE, *Howard University, l’ateneo simbolo degli afroamericani cancella gli studi classici*, in *Il Corriere della Sera*, 20-4-2021.

⁹⁰ Nelle opere cinematografiche l’avvertenza non può essere ‘saltata’ con il tasto *fast forward*. Su Disney+ l’avvertenza dura una dozzina di secondi.

⁹¹ La ‘controversia’ Disney è di più ampio respiro, in quanto abbraccia anche il tema della rappresentazione della donna. Sul punto si rinvia allo studio, ancora in corso, di C. FOUGHT-K. EISENHAUER, *Language, Gender and Disney Princesses*, in *kareneisenbauer.org*, 2016.

⁹² Si v. il suo commento *La battaglia che aspetta l’Europa*, in *La Repubblica*, 25-10-2020.

⁹³ Un’interessante discussione del politicamente corretto nell’arte è offerto da I. BARBÉRIS, *L’art du politiquement correct*, Paris, PUF, 2019.

non tanto all'annullamento, quanto all'alterazione e alla manipolazione dell'opera stessa, scelta comunque critica perché anacronistica. Se il 'problema' della *Carmen* è il femminicidio finale, ma si è al contempo così consapevoli del valore musicale dell'opera da non volersene privare, è 'sufficiente' manipolare il finale; due finali alternativi sono addirittura possibili: Carmen non muore per mano di don José ovvero è Carmen a uccidere il geloso don José⁹⁴! Esaminando con più attenzione le differenti messe in scena della *Carmen* si scopre che non è solo il femminicidio a essere problematico, ma anche un supposto elogio al fumo nell'atto I, tanto che la *West Australian Opera*, nel 2014, ha annullato una rappresentazione dell'opera in ragione di una campagna contro il tabagismo. Non c'è dubbio, quindi, che il politicamente corretto, così come annullamento e boicottaggio, sia dotato di una forte carica repressiva e censoria da un lato – di cui non vanno sottovalutati i legami con il puritanesimo protestante – e aggressiva dall'altro.

E, in effetti, annullamento e politicamente corretto si saldano con il boicottaggio nella misura in cui personalità pubbliche e del mondo della cultura che si facciano portatrici di espressioni contrarie al nuovo pensiero dominante 'corretto' diventano vittime di *public shaming* e di una più generale marginalizzazione e pertanto oggetto di una vera e propria censura. Il dibattito dialettico e la composizione del conflitto che caratterizza l'ordinamento democratico cedono il passo alla censura propria degli ordinamenti autoritari.

Un ulteriore corollario riguarda la traduzione e l'ortografia. L'annullamento, tramite una diversa scelta di termini ovvero perifrasi, di alcuni vocaboli dallo spazio linguistico in ragione della loro connotazione razzista ovvero discriminatoria gioca su un piano anacronistico nel momento in cui esso opera rispetto a un tempo passato. Così ad esempio la modifica in molte edizioni contemporanee del titolo del giallo di Agatha Christie *Ten Little Niggers*⁹⁵. Ma non sempre è possibile un'opzione di tal sorta; in alcune opere letterarie, e il riferimento è, ancora, a *Via col Vento*, per quanto le nuove traduzioni possano smussare il razzismo che le scelte linguistiche dell'originale veicolano (si noti, che questo intervento non può essere invece operato in alcun modo sull'opera in versione originale), il contenuto, e dunque il messaggio, rimane razzista, salvo procedere con interventi riscrittivi ovvero di natura censoria. Un altro esempio può essere quello dell'uso del nome francesizzato del Profeta Mahomet, al posto della sua denominazione araba Muhammad (o della traslitterazione Mohammed), giudicata da molti musulmani francesi offensiva⁹⁶; naturalmente anche in questo caso la prudenza è d'obbligo, così come lo è un'indagine etimologica, fermo restando che anche questo dibattito evidenzia significativi problemi di integrazione e di dialogo interculturale. Il rapporto traduzione-colore, per così dire, ha assunto una nuova declinazione nel marzo 2021, quando l'attivista culturale Janice Deul ha aspramente criticato la scelta dell'editore neerlandese Meulenhoff di affidare la traduzione delle poesie di Amanda Gorman alla poetessa bianca Marieke Lucas Rijneveld (selezionata peraltro da

⁹⁴ In questa direzione la messa in scena di Leo Muscato rappresentata a Firenze nel gennaio 2018.

⁹⁵ Oggetto di dibattito è stata la recente modifica del titolo nella nuova edizione francese, ora intitolata *Ils Étaient Dix*. Deve comunque sottolinearsi come la controversia sul titolo sia tutt'altro che recente; la Francia è uno degli ultimi Paesi ad avere conservato sino ad ora la *n-word* nel titolo.

⁹⁶ Il dibattito è contestualizzato e 'decodificato' nella rubrica *Les décodeurs* da A. MAAD-W. AUDUREAU, *Pourquoi parle-t-on de «Mahomet» et pas de «Mohammed» ou «Muhammad»?*, in *lemonde.fr*, 13-4-2021.

Gorman stessa). Questo episodio è il versante letterario di un analogo fenomeno che sta coinvolgendo anche il mondo del cinema e del doppiaggio, tale per cui debba sussistere una totale sovrapposizione tra l'esperienza di vita dell'attore/doppiatore e quella del personaggio da interpretare/doppiare. Accanto all'anacronismo, questo è l'altro elemento distintivo della cultura dell'annullamento e del boicottaggio: il particolare uccide l'universale.

Per quel che concerne invece l'ortografia, il riferimento è alla recente revisione operata dal *New York Times* (ma anche, tra gli altri, dal *Washington Post* e dall'*Associated Press*) sull'uso delle maiuscole che ha portato a scrivere 'Black' invece di 'black' (mentre 'white' rimane 'white') al fine di «better reflect a shared cultural identity»⁹⁷.

Numerose sono ancora le ramificazioni di annullamento e boicottaggio e, pur nell'impossibilità di svilupparle tutte, pare importante un ultimo riferimento, in ragione delle rilevanti implicazioni in termini di libertà di espressione ma anche di contropotere ad esso associate: il rifiuto della caricatura e della satira da parte di molte testate giornalistiche anglosassoni, prima fra tutte, ancora una volta, il *New York Times*⁹⁸.

4. Memoria, Storia, oblio: una riflessione tra spazio pubblico e spazio immateriale

I casi paradigmatici di annullamento e boicottaggio appena analizzati sollevano due ordini di problemi che devono essere analizzati separatamente: l'uno riguarda l'approccio al passato, nella duplice accezione di Storia e memoria e, in alcuni frangenti, anche di oblio; l'altro come esso debba essere veicolato nello spazio pubblico e nello spazio immateriale e dunque quale sia il ruolo del decisore pubblico quale agente memoriale ed educatore, soprattutto in 'risposta' agli attacchi di annullamento e boicottaggio (da esaminarsi nel paragrafo successivo).

Il dibattito che gli atti di *débouloonnages* e vandalismo contro le statue hanno suscitato è caratterizzato da un orizzonte temporale di ampio respiro, in quanto esso non si esaurisce in termini di gestione dei segni che attualmente abitano lo spazio pubblico, ma, al contrario, deve consentire di tracciare delle direttrici anche per la gestione dei segni che abiteranno lo spazio pubblico in futuro.

Il primo momento da esaminare è dunque quello che verte sull'approccio al passato, nella doppia declinazione di Storia e memoria (e soprattutto dei *distinguo* tra le due), che richiede una preliminare riflessione sul metodo storico. Già nell'Antichità il metodo storico è oggetto di dibattito e due sono i punti nodali, strettamente interconnessi: il tasso di verità del racconto storico e chi racconta la Storia. Nei regimi monarchici era tendenzialmente il sovrano a parlare e pertanto il tasso di manipolazione dei fatti elevato⁹⁹. Per ovvie ragioni, la Grecia antica propone un approccio differente, più scientifico. Tucidide, quando si accinge a scrivere la Guerra del

⁹⁷ N. COLEMAN, *Why We're Capitalizing Black*, in *The New York Times*, 5-7-2020.

⁹⁸ La decisione risale al 10-6-2019. Il 7-4-2021 Facebook ha deciso invece di sperimentare negli Stati Uniti un'etichetta particolare con cui segnalare ai propri utenti i contenuti e le pagine satiriche così da evitare fraintendimenti e confusioni.

⁹⁹ Un riferimento può essere alle *Res gestae* in cui Augusto sostiene di aver restaurato la Repubblica.

Peloponneso¹⁰⁰, introduce una vera e propria spiegazione metodologica¹⁰¹, dichiarando di scrivere la verità¹⁰², di attenersi alle parole veramente dette e ai testimoni (qui in chiara polemica con Erodoto¹⁰³) e di ricorrere ai documenti per quegli avvenimenti così remoti nel tempo per i quali è impossibile raccogliere testimonianze dirette e attendibili; ciò senza dimenticare il particolare valore che assumono nell'impianto tucidideo i discorsi, i quali, per quanto imperfetti nella loro registrazione, non sono da lui considerati meno autorevoli rispetto ai documenti tradizionali¹⁰⁴. Già in Tucidide, quindi, la Storia deve essere liberata dalla soggettività. Quest'ultima è veicolata dai testimoni, i quali sono portatori di memoria; e seppure Tucidide marchi un significativo passo in avanti rispetto all'approccio di Erodoto al valore della testimonianza per lo storico, è soprattutto la storiografia del Novecento, con Bloch in particolare, ad approcciarsi scientificamente alla questione. Rimane comunque importante richiamare l'approccio metodologico tucidideo specialmente in considerazione del fatto che Tucidide racconta avvenimenti a lui contemporanei e dunque riflette, in via principale, su come raccontare la contemporaneità, momento in cui è indubbiamente più arduo separare nettamente Storia e memoria, stante il coinvolgimento dello storico. Non a caso, infatti, descrivere il presente richiede un'accortezza ulteriore al fine di non incorrere in una deformazione di prospettiva che nasce proprio dal racconto di eventi contemporanei (I 21.2). Per quanto la spiegazione metodologica tucididea sia importante, non è esente da criticità. Nello specifico, le dichiarazioni di intenti di Tucidide non sono verificabili. Lo storico contemporaneo sa, da altre fonti, che Tucidide non ha mantenuto fede al proprio intento; seppure non possa essere accusato di aver inserito falsità nel proprio racconto, egli ha comunque omesso alcuni elementi, in ragione di una ben specifica posizione ideologica, operando così una manipolazione degli stessi¹⁰⁵. La ricerca scrupolosa della verità anima anche l'approccio metodologico di Polibio il quale, sostenitore di una Storia pragmatica¹⁰⁶, privilegia l'esposizione di fatti, azioni politiche e militari. Polibio quindi si concentra su una Storia prettamente politica, e dunque tecnica, in cui l'obiettivo principe diviene

¹⁰⁰ TUCIDIDE, *Guerra del Peloponneso*, a cura di L. CANFORA, Bari, Laterza, 2 vol., 1986.

¹⁰¹ In I 1, ma soprattutto in I 20-23.

¹⁰² Gli argomenti invece e gli indizi da me adottati assicurano la possibilità d'interpretare i fatti storici, quali io stesso ho passato in rassegna, con una certezza che non si discosta essenzialmente dal vero» (I 21).

¹⁰³ Per il quale comunque il motore ultimo della Storia umana rimane in un universo trascendente. Sul rapporto con Erodoto, si rimanda esemplificativamente all'introduzione di L. CANFORA, cit., XXI-XXIII.

¹⁰⁴ Sui discorsi e sul lavoro di ricostruzione fatto da Tucidide, si v. I 22: Per quanto concerne i discorsi pronunciati da ciascun oratore, quando la guerra era imminente o già infuriava, era impresa critica riprodurre a memoria, con precisione e completezza, i rispettivi contenuti... Questo metodo ho seguito riscrivendo i discorsi: riprodurre il linguaggio con cui i singoli personaggi, a parer mio avrebbero espresso nelle contingenze che via via si susseguivano i provvedimenti ritenuti ogni volta più opportuni. Ho impiegato il massimo scrupolo nel mantenermi il più possibile aderente al senso complessivo dei discorsi effettivamente declamati».

¹⁰⁵ Il riferimento è all'episodio della repressione di Melo da parte di Atene nel 416 a.C. Tucidide omette di richiamare come Melo avesse tradito l'alleanza ateniese, elemento decisivo per comprendere la brutale reazione (V 84-116). Sulla concezione politica tucididea e sul modello di Stato, si rimanda ancora all'introduzione di CANFORA, XXVI-XXXIII.

¹⁰⁶ Più precisamente, Polibio distingue tra Storia *πραγματική* e *ἀποδεικτική* (v. rispettivamente I 2.8, I 35.9, III 47.8, IV 40.1 e II 37.3, VII 13.2), laddove con la prima deve intendersi il profilo contenutistico della storia contemporanea e con la seconda la sua connotazione metodologica. V. A. ZANGARA, *La storiografia di Polibio tra mythos ed episteme*, in *Lexis*, 2-1989, 7.

mettere in luce i fatti stessi, nella loro concatenazione di causa-effetto¹⁰⁷, perché la Storia è insegnamento e il suo scopo è l'utilità (e, solo in seconda battuta, il piacere). La Storia è dunque la narrazione di ciò che accade o è accaduto¹⁰⁸.

Nonostante, dunque, nessuno storico dell'Antichità sia stato estraneo a riflessioni sul metodo, l'unico studio teorico metodologico giunto sino a noi è *Come si deve scrivere la storia* di Luciano¹⁰⁹. L'opera è un *pamphlet* contro la storiografia servile verso il potere (il bersaglio era la storiografia del periodo di Marco Aurelio e, nello specifico, la narrazione delle guerre contro i Parti). Luciano pone due punti importanti che sono di estrema attualità: la Storia deve essere distinta dall'encomio e il fine della Storia è l'utile e l'utile si ottiene solo con il vero. E per raggiungere il vero è necessario raccogliere i fatti, con diligenza e fatica, ricercando testimoni oculari. Lo storico antico ancora non riflette a fondo sulla problematicità di un metodo storico quasi totalmente incentrato sui testimoni in ragione della scarsa disponibilità di altre fonti¹¹⁰, pur essendo consapevole delle insidie manipolatorie insite nelle testimonianze così come in qualunque altra fonte¹¹¹. Fondamentale per raggiungere l'utile è, secondo Luciano, anche lo stile dello storico che deve essere chiaro, sintetico, asciutto, ordinato (un richiamo allo stile sarà anche nell'opera metodologica di Bloch).

La memoria, dunque, come nutrimento della Storia in un primo momento e la Storia come riflessione e studio autonomo dalla e della memoria in un secondo momento. L'arte di saper distinguere nel racconto di un testimone il vero, il falso e il verosimile è, secondo Bloch, la *critique historique*¹¹²; e, seguendo Tucidide, ci si deve sforzare a controllare e verificare, vincendo così la naturale pigrizia umana¹¹³.

L'Antichità ci ha consegnato due punti fondamentali del metodo storico: la ricerca del vero e la neutralità nell'esposizione dei fatti. Tuttavia, questo metodo, ben delineato da Luciano, non ha avuto molto successo; al contrario, si è progressivamente rafforzata la tendenza a leggere il passato rispetto a un obiettivo ideologico, manipolandolo e strumentalizzandolo. Questo approccio è diventato dominante con il progressivo affermarsi dell'idea di nazione (concetto

¹⁰⁷ I fatti empirici realizzano, secondo Polibio, il progetto della τύχη, dea che a volte sembra essere una sorta di necessità naturale, altre volte il caso, altre ancora una divinità onnipotente cui è soggetta ogni vicenda umana. Si v. sinteticamente G. ZELASCO, *Introduzione*, in POLIBIO, *Storie*, trad. it. C. SHICK, Milano, Mondadori, 1970, XXX.

¹⁰⁸ Proprio su questo punto verte la contrapposizione, rimasta celebre, tra lo statuto dello storico e quello del poeta formulata da Aristotele in *Poetica* 9, 1451b 5-10: Lo storico e il poeta... si distinguono in questo: l'uno dice le cose avvenute, l'altro quali possono avvenire. Perciò la poesia è cosa di maggior fondamento teorico e più importante della storia perché la poesia dice piuttosto gli universali, la storia i particolari». V. ARISTOTELE, *Poetica*, trad. it. di D. LANZA, Milano, Rizzoli, 1987. Da qui probabilmente il tentativo polibiano di elevare la Storia all'universale.

¹⁰⁹ LUCIANO, *Come si deve scrivere la storia*, in *Dialoghi*, a cura di V. LONGO, Torino, UTET, 1986, vol. 2, 57-111.

¹¹⁰ Peraltro lo storico contemporaneo deve poi guardarsi anche dal c.d. falso vero, documenti veri montati insieme per costruire un falso.

¹¹¹ Per quanto incentrato esclusivamente sulla lettera, definita a p. 113 come «il genere più falsificabile per eccellenza», si rimanda a L. CANFORA, *La storia falsa*, Milano, Rizzoli, 2008.

¹¹² M. BLOCH, *Critique historique et critique du témoignage* (1914), in A. BECKER-É. BLOCH, *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, Paris, Gallimard, 2006, 100. Molto ampia è la riflessione di Bloch su testimoni e testimonianza: in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, v. anche: *L'étrange défaite* (1940), 519-653; *Pourquoi et comment travaille un historien* (1940), 832-842; *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1942), 843-985..

¹¹³ Bloch fa quindi proprio l'approccio tucidideo; v. M. BLOCH, *Critique historique*, cit., 101.

ineffabile, ma sicuramente di natura non giuridica)¹¹⁴ e con la conseguente necessità di fondare la legittimità della stessa in quanto nuova detentrica del potere sovrano. La nazione è sempre esistita come comunità ed è pertanto necessario ricercarne l'origine, anche creando ovvero manipolando dei testi/avvenimenti che vengono rilette come fondativi. La prima metà dell'Ottocento è l'epoca della creazione dei romanzi nazionali, cui, non a caso, corrisponde il maggior successo del romanzo storico.

Lo spogliare la Storia di qualsiasi elemento di soggettività non si declina in via esclusiva nell'approccio alla testimonianza, che lega Storia e memoria, ma anche nel lavoro stesso dello storico. La soggettività è pertanto duplice, è sia nella memoria, nella persona cioè del testimone, che nell'applicazione del metodo storico, nella persona dunque dello storico stesso.

Fortemente dibattuta, in rapporto a questo secondo punto, è la periodizzazione, o meglio, la specifica connotazione terminologica per qualificare un determinato arco di tempo. Lucien Febvre sottolinea in più occasioni come il termine rinascimento sia un'invenzione di Jules Michelet e sia il risultato di una interpretazione retrospettiva, positiva in questo caso¹¹⁵. L'idea stessa di modernità si è costruita dall'opposizione antico-moderno¹¹⁶. La parcellizzazione della Storia in epoche presenta quindi molti profili problematici, l'eccessiva semplificazione, l'arbitrarietà della scelta, la generalizzazione¹¹⁷ e un certo grado di manipolazione, ma quello che maggiormente rileva in questa sede è proprio il rischio concreto di ideologizzare la Storia e di approcciarla in maniera anacronistica e soggettiva. Proprio a questa problematica è dedicato l'ultimo lavoro di Jacques Le Goff, in cui il medievista arriva a dimostrare l'inutilità dell'intera operazione¹¹⁸. Periodizzazione e terminologia non sono dunque neutre¹¹⁹. È al contempo indiscutibile, però, come sostiene Patrick Boucheron, che «découper le temps, c'est le nommer politiquement; et le nommer politiquement c'est designer le problème qui se pose à lui»¹²⁰. La Storia è così l'arte della problematizzazione e lo storico colui che deve individuare il problema che ciascuna epoca si è trovata ad affrontare. Diventa pertanto fondamentale, e qui è sicuramente decisivo il ruolo che lo Stato deve giocare nell'educazione, guardarsi dalla banalizzazione e dalla

¹¹⁴ Celebre è rimasta la definizione di Renan nel suo discorso alla Sorbonne dell'11-3-1882, secondo cui la nazione e la sua esistenza è «un plébiscite de tous les jours». Renan oppone una visione volontaristica e soggettiva di nazione agli approcci classici fondati rispettivamente su razza, religione, lingua, dinastia, comunità di valori, geografia. Si v. E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, 11-3-1882, disponibile in *gouvernement.fr*. Per un commento, si v. X. MAGNON, *Commentaire sous Qu'est-ce que la nation ? d'E. Renan*, in W. MASTOR-J. BENETTI-P. EGEA-X. MAGNON (a cura di), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, 2020, 134-150.

¹¹⁵ L. FEBVRE, *Comment Jules Michelet inventa la Renaissance*, in *Studi in onore di Gino Luozatto*, Milano, Giuffrè, 1950, vol. 3, 1-11 e anche in ID., *Le genre humain*, 27, *L'Ancien et le nouveau*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, 77-87 ; ID., *Michelet et la Renaissance*, Paris, Flammarion, 1992. Un'altra celebre invenzione è il termine di girondini ad opera di LAMARTINE nella sua *Histoire des Girondins*, Paris, Furne et Coquebart Éditeurs, 8 vol., 1847, che sostituisce quelli di *Brissotins* o *Rolandistes* usati sino a quel momento.

¹¹⁶ P. RICCEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 59-103.

¹¹⁷ Non si considera cioè come un medesimo avvenimento possa essere vissuto, e dunque interpretato, diversamente dalla pluralità di soggetti coinvolti. Esemplicativo è l'esempio dell'Illuminismo offerto da V. DESCOMBES, *Une question de chronologie*, in J. POULAIN (dir.), *Penser au présent*, Paris, L'Harmattan, 1998, 44-45.

¹¹⁸ J. LE GOFF, *Faut-il vraiment découper l'histoire en tranches?*, Paris, Éditions du Seuil, 2014.

¹¹⁹ Sulla non neutralità terminologica che si innesta sulla periodizzazione, si v. P. RICCEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 403. Si v. anche lo studio di K. POMIAN, *L'Ordre du temps*, Paris, Gallimard, 1984.

¹²⁰ Così Patrick Boucheron. Si v. l'ultima lezione del corso tenuto al *Collège de France* nell'anno accademico 2018-2019, intitolato *Les inventions du politique: expérimentations médiévales*, in *college-de-france.fr*.

semplificazione della Storia, della ricerca e del suo insegnamento, al fine di renderla più inclusiva, nel senso di più immediatamente comprensibile; privarla della sua complessità vuol dire, al contrario, renderla incomprensibile.

Il portare al riparo la Storia dalla soggettività, che richiede un superamento della memoria, si declina anche nell'implementazione di un metodo scientifico, in cui rileva l'approccio adottato da chi scrive rispetto a ciò che scrive¹²¹.

Già Luciano metteva in guardia dal mescolare Storia ed encomio; non diversamente Bloch, secondo cui «le savant cherche à connaître et à comprendre; il ne juge pas»¹²². Boucheron va ancora oltre: se la Storia problematizza, lo storico deve quasi complicare il nostro rapporto con il passato, senza giudicare, epurare, esaltare, celebrare¹²³. Sollecitato proprio sull'*affaire* della statua di Colbert, egli sottolinea come lo storico debba spiegare perché quella statua si trova davanti all'*Assemblée nationale*¹²⁴, perché per alcune generazioni Colbert è identificato con il colbertismo e perché invece per altre quasi esclusivamente con il *Code noir*. Il nocciolo della questione non è dunque, o comunque non lo è in via esclusiva, Colbert in quanto tale, ma l'uso politico che per secoli la narrativa ufficiale ha fatto di lui. Ciò consente il collegamento con un altro profilo metodologico fondamentale su cui non manca la riflessione di Bloch: «que demander à l'histoire?»¹²⁵; difficilmente una domanda analoga può essere posta nei confronti della memoria, stante il suo essere soggettiva. Quello che Bloch avverte è un progressivo discredito della Storia, la cui causa egli individua nel fatto che le si pongono le domande sbagliate, il che porta quasi alla configurazione di un delitto di *lèse-histoire*. Vi sarebbe in sostanza una cattiva comprensione del passato che si fonda su quella che Bloch qualifica come *fausse analogie*, approcciarsi cioè al presente con gli occhi del passato. Il fenomeno contrario è analogamente pericoloso; è un grande errore alla parola *aujourd'hui* sottintendere *toujours*¹²⁶, «car l'histoire est la science d'un changement et, à bien des égards, une science des différences»¹²⁷. Ci troviamo nella più assoluta attualità; Bloch denunciava una crisi di cui la cultura dell'annullamento e del boicottaggio è figlia. Proprio il fatto che la Storia ci insegna che due fatti non si riproducono mai uguali – pur nella presenza di

¹²¹ La riflessione teorica sullo scrivere la storia caratterizza anche molte opere dello storico dell'antichità Luciano Canfora. Spunti sintetici, ma interessanti, sono in L. CANFORA, *La lotta per la memoria*, in *Storici e storia*, Torino, Nino Aragno Editore, 2003, 11-21.

¹²² Qui Bloch commenta *The Outline of History* di H.G. WELLS pubblicata nel 1920. L'obiezione che Bloch muove a Wells, oltre a quella di uno stile troppo vivo, è il suo giudicare, costantemente («[il] juge sans cesse»). M. BLOCH, *Une nouvelle histoire universelle: H. G. Wells (1922)*, in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 328.

¹²³ P. BOUCHERON, *Notre histoire est plus grande que celle qu'exaltent les apôtres des grandeurs de la France*, in *Philosophie Magazine*, 25-6-2020.

¹²⁴ Si rimanda anche alla *tribune* dello storico J.-C. PETITFILS, *Colbert et le «Code noir»: la vérité historique*, in *Le Figaro*, 29-6-2020.

¹²⁵ M. BLOCH, *Que demander à l'histoire?* (1937), in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 467-484. Strutturato con una serie di domande alla Storia, alla luce delle sue implicazioni anche in termini patrimoniali e memoriali è il recente lavoro di F. HARTOG, *Confrontations avec l'histoire*, Paris, Gallimard, 2021.

¹²⁶ *Ibid.*, 476.

¹²⁷ *Ibid.*, 475.

elementi se non proprio permanenti, almeno durabili – rende l'anacronismo un grave errore¹²⁸. Entrambi i fenomeni indicati da Bloch realizzano l'anacronismo, perché entrambi negano il cambiamento. Tuttavia, anche la critica all'approccio anacronistico va maneggiata con cura, giacché esso non è monolitico. Se infatti si può difficilmente contestare la condanna di Bloch dell'anacronismo, parimenti si può dire rispetto al *distinguo* operato dalla posizione di Jean-Clément Martin quando rivendica alla Storia un certo anacronismo metodologico, poiché «l'histoire est anachronique. On fait l'histoire avec nos concepts»¹²⁹. Ciò riporta la riflessione nuovamente alla difficoltà dell'eliminazione della soggettività o comunque alla doverosa cautela nell'applicare al passato categorie e concetti attuali.

Tuttavia, la critica di Bloch all'anacronismo non osta a che lo studio del passato sia condotto in parallelo all'osservazione del presente¹³⁰; anzi, l'incomprensione del presente nasce dall'ignoranza del passato; ma è vano sforzarsi di comprendere il passato se non si conosce nulla del presente¹³¹. Peraltro, questa sorta di antinomia passato-presente insidia fortemente il sapere storico¹³²: il punto nodale è che lo studio del presente si avvale della percezione diretta degli eventi, dei sentimenti che essi suscitano, percezione che, inevitabilmente, scema progressivamente quando si approccia un fatto dopo anni dal suo accadimento. Lo svincolamento dal presente renderebbe lo studio più obiettivo (e quindi forse anche più vero) e sicuramente più documentato (in ragione dell'accesso a una maggior quantità di fonti documentali), ma al contempo lo priva dell'elemento dell'esperienza diretta. Pur non essendo il primo ad aver sottolineato questo punto, Benedetto Croce mette in guardia con particolare vigore gli storici del futuro dal rischio di scrivere una storia 'falsa'¹³³.

¹²⁸ M. BLOCH, *L'étrange défaite* (1940), in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 611. L'incomprensione del cambiamento diventa per Bloch nel 1940 un atto d'accusa nei confronti dell'insegnamento della Storia nelle scuole militari, tale per cui «aux chefs de 1914, il [l'insegnamento della Storia militare] a persuadé que la guerre de 1914 serait celle de Napoléon; aux chefs de 1939, que la guerre de 1939 serait celle de 1914», *ibid.*, 612. Al contrario, lo storico sa che due guerre che si susseguono nel tempo e che hanno visto nel proprio intervallo un mutamento sociale, tecnico e di mentalità non saranno mai la stessa guerra.

¹²⁹ L'affermazione di Martin risponde alla domanda sull'opportunità di qualificare la guerra di Vandea come un genocidio e un crimine contro l'umanità. L'intervista è a cura di A. GIACONE, *Parler de Révolution. Entretien avec Jean-Clément Martin*, in *Historia Magistra. Rivista di storia critica*, 2020, 123-136 e disponibile analogamente anche in *mediapart.fr*. Martin riflette sulla memoria della Vandea in *La Vendée de la mémoire. 1800-2018*, Paris, Perrin, 2019 (nuova edizione, con aggiunte, di *La Vendée de la mémoire. 1800-1980*, Paris, Éditions du Seuil, 1989) e *La Vendée et la Révolution: Accepter la mémoire pour écrire l'histoire*, Paris, Perrin, 2007.

¹³⁰ M. BLOCH, *Réflexion d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre* (1921), in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 298. Anzi, Bloch, collocandosi sulla linea degli storici antichi, non condivide l'idea per cui gli accadimenti a noi vicini siano ribelli a un loro studio 'sereno'; così in *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1942), in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 874.

¹³¹ M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1942), in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 879. Nell'introduzione all'edizione critica curata da Étienne Bloch nel 1993 per i tipi di Armand Colin, Jacques Le Goff qualifica proprio la Storia come «le résultat d'un va-et-vient constant de l'historien du passé au présent et du présent au passé». La riflessione metodologica di Le Goff si colloca pertanto come naturale evoluzione di quella di Bloch. Si v. anche J. LE GOFF, *Histoire et mémoire*, Paris, Gallimard, 1988. Diverso giudizio aveva dato invece Georges Duby nella propria prefazione all'edizione precedente dell'opera, quella del 1974, sempre per i tipi di Armand Colin, che considera l'*Apologie* come un lavoro oramai superato.

¹³² Così L. CANFORA, *In tempo reale*, cit., 8.

¹³³ L'appello di Croce è da contestualizzarsi rispetto alla figura di Mussolini. Scrive infatti Croce: «Ma pure rifletto talvolta che ben potrà darsi il caso, e anzi è da tenere per sicuro, che i miei colleghi in istoriografia si metteranno a scoprire in quell'uomo tratti generosi e geniali, e addirittura imprenderanno di lui la difesa, la riabilitazione come la chiamano, e forse anche lo esalteranno. Perciò mentalmente mi indirizzo a loro, quasi parlo con loro, colà, in quel futuro mondo che sarà il loro, per avvertirli che lascino stare, che resistano in questo caso alla seduzione delle tesi paradossali e ingegnose e brillanti». B. CROCE, *Quando l'Italia era tagliata in due. Estratto di un diario. Luglio 1943-Giugno 1944*, Bari, Laterza, 1948, 37.

La collocazione degli uomini nel loro tempo, dato chiave che il *débouloonnage* attuale sembra non considerare in alcun modo, è fondamentale per Bloch; la Storia non è fare astrazione, ma è necessità di contestualizzare. Ritorna quindi la Storia come scienza del cambiamento, ma anche come «science des hommes dans le temps»¹³⁴, tale per cui «jamais, en un mot, un phénomène historique ne s'explique pleinement en dehors de l'étude de son moment»¹³⁵. Bloch sottolinea così l'importanza dello studio scientifico del modo di sentire e pensare¹³⁶, prodromico a una necessaria contestualizzazione degli uomini e degli eventi. Nuovamente si ritorna così al ruolo e all'approccio dello storico, che la questione del *débouloonnage* delle statue chiama costantemente in causa. Pur condividendo l'approccio di fondo già esplicitato da Erodoto – raccontare i fatti come sono accaduti –, Bloch evidenzia un'ambiguità di fondo sul ruolo dello storico e sull'analisi che esso deve condurre, in quanto tale approccio esige un passo indietro da parte dello storico, una sua neutralità. Due problemi si originano qui: l'imparzialità dello storico e la Storia come tentativo di analisi¹³⁷. L'imparzialità è maggiormente problematica in quanto non univoca concettualmente; è imparziale lo studioso, ma lo è anche il giudice. Una volta che il primo ha osservato e spiegato, il suo compito è concluso; non così per il secondo. Mentre però il secondo pronuncia la propria sentenza sulla base della legge, realizzando così la propria imparzialità, il primo non potrebbe né condannare né assolvere senza perdere la propria imparzialità¹³⁸. Dunque per lo storico la parola guida è comprendere¹³⁹ o, per dirla con Boucheron, problematizzare.

La riflessione sulla contrapposizione tra soggettività e oggettività dello storico, così come la comparazione tra quest'ultimo e il giudice non si esaurisce con Bloch¹⁴⁰. La necessità di mantenere i due ruoli nettamente separati è stata ben espressa da Henry Rousso, il quale, chiamato dalla difesa a testimoniare nel processo contro Maurice Papon, collaborazionista del regime di Vichy, chiede di non comparire e motiva la richiesta proprio evidenziando il rischio di generare confusione tra lo storico e il giudice.

Continuando sul parallelismo tra i due ruoli, accomunati da un dovere di terzietà assoluta impossibile da raggiungere¹⁴¹, esso è stato messo in rilievo a partire dai processi penali di Norimberga fino all'attuale processo *Charlie Hebdo*, che intersecano ulteriormente il ruolo dello Stato non solo in termini di agente memoriale, ma quasi di 'autore' (e non attore) della Storia. Se infatti lo storico non può essere giudice, in quanto le due figure sono accomunate dalla diversità

¹³⁴ M. BLOCH, *Apologie*, cit., 867.

¹³⁵ *Ibid.*, 873.

¹³⁶ Bloch si riferiva in particolare allo studio della mentalità feudale. M. BLOCH, *I re taumaturghi* (1924), trad. it. S. LEGA, Torino, Einaudi, 1973; ID., *La società feudale* (1939-1940), trad. it. di B.M. CREMONESI, Torino, Einaudi, 1999. Meno esposto all'influenza durkheimiana, Febvre si preoccupava che con questo approccio Bloch finisse per non considerare l'individuo, concentrandosi esclusivamente sulla società. Contro *l'histoire des mentalités* si v. G.E.R. LLOYD, *Smascherare le mentalità* (1990), trad. it G. ROSKSI, Roma-Bari, Laterza, 1991. Secondo l'A., il concetto di mentalità non è solo inutile, ma anche nocivo alla ricerca storica.

¹³⁷ Ad essi è dedicato il capitolo IV, *L'analyse historique, Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, in *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, cit., 947-979.

¹³⁸ In questo contesto si inserisce la celebre 'invettiva' «Robespieristes, antirobspieristes, nous vous crions grâce: par pitié, dites nous simplement, quel fut Robespierre». V. M. BLOCH, *Apologie*, cit., 948.

¹³⁹ M. BLOCH, *Apologie*, cit., 950.

¹⁴⁰ Si v. C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Torino, Einaudi, 1991.

¹⁴¹ Così P. RICŒUR, *La mémoire*, cit., 414.

della rispettiva imparzialità e terzietà, non è anodino riflettere sulle implicazioni in termini di ricerca storica dello Stato che, per il tramite della figura del giudice, si inserisce nella Storia: è il caso dei processi della Storia, per la Storia e alla Storia di cui si discuterà più ampiamente nel prosieguo.

Sulla base degli esempi sopra richiamati e della discussione sul metodo storico sin qui condotta, emerge incontrovertibilmente come la cultura dell'annullamento e del boicottaggio sia totalmente in opposizione rispetto a qualunque riflessione storica. Non si può naturalmente pretendere che ciascun manifestante conosca le riflessioni teoriche sul metodo storico, né si astenga da qualunque anacronismo/giudizio nel momento in cui si trovi di fronte a un segno nello spazio pubblico. Spetta al decisore pubblico questa riflessione, così come spetta a lui spiegarla e trasmetterla. Molte statue sono state erette sulla base di considerazioni valoriali ora superate. Sussiste così una discrepanza tra le motivazioni che hanno portato all'erezione della statua e ciò che essa rappresenta da una parte e l'asse valoriale attuale dall'altra. Semplicisticamente, dunque, si potrebbe sostenere che l'unico modo per superare questa discrepanza sia la rimozione della statua. Semplicisticamente, appunto; e questo perché in realtà la Storia e gli uomini e le donne che l'hanno fatta sono complessi e sfaccettati e come tali devono essere maneggiati. La società della post-verità, in cui tutto è immediato e le distanze sono azzerate mal tollera approfondimento e riflessione che tutto sono tranne che immediati.

L'analisi del complesso rapporto tra Storia e memoria e le implicazioni che esso ha in termini di metodo storico che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio pone fortemente sotto pressione non esaurisce la riflessione, la quale, al contrario, deve arricchirsi di un altro elemento: l'oblio. Esso rileva sia rispetto alla costruzione memoriale – secondo Ricœur solo da un equo bilanciamento dei due nasce la *juste mémoire* – che alla ricerca storica e contribuisce a differenziare ulteriormente Storia e memoria. *A fortiori*, nel caso di memorie conflittuali, ben dice Benjamin Stora quando afferma che lo storico deve mediare tra la troppa memoria da parte di alcuni e il troppo oblio da parte di altri¹⁴².

L'oblio è chiamato direttamente in causa dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio sotto due aspetti: innanzitutto, perché esso è esplicitamente/implicitamente invocato quale obiettivo intrinseco all'annullamento e, secondariamente, in quanto la volontà di annullamento si origina da una non conoscenza della Storia in favore della memoria di specifiche minoranze. L'oblio merita inoltre di essere discusso in quanto tutt'altro che concetto monolitico, essendo declinabile sotto varie forme. Per seguire Ricœur, si possono esaminare oblio e memoria

¹⁴² Così Stora parlando di colonizzazione e guerra d'Algeria nel *rapport* commissionatogli dal presidente Macron. B. STORA, *Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie*, in *vie-publique.fr*, gennaio 2021, 11.

‘impedita’ (*empêchée*)¹⁴³, oblio e memoria manipolata¹⁴⁴, oblio comandato (amnistia, ma anche la prescrizione)¹⁴⁵, e infine oblio e perdono¹⁴⁶.

Delle quattro declinazioni dell’oblio, le ultime tre si rivelano di maggiore interesse e tutte e tre chiamano in causa, a diverso titolo, il ruolo dello Stato. In oblio e memoria manipolata, lo Stato si pone quale manipolatore, e della memoria e della Storia; in oblio comandato così come in oblio e perdono lo Stato agisce in qualità di pacificatore di memorie, ponendosi pertanto al di fuori della Storia. Non spetta infatti alla Storia né amnistiare, né perdonare.

L’oblio comandato per eccellenza, l’amnistia, è la base per la pacificazione sociale, come dimostrato dal fatto che essa intervenga di frequente a seguito di avvenimenti storici che hanno dilaniato il tessuto sociale, quali le guerre civili¹⁴⁷. Sottile è in effetti la linea che demarca le forme istituzionali di oblio e l’amnesia storica¹⁴⁸. Sotto il profilo giuridico in effetti, l’amnistia è un oblio giuridicamente imposto che, seppur limitato a uno specifico avvenimento, è in realtà di vasta portata in termini memoriali perché cancella le attestazioni della memoria (il particolare), sostenendo che nulla sia realmente avvenuto¹⁴⁹. Eppure, proprio nel momento in cui cancella, si fonda un nuovo ordine sociale, in cui prevale il desiderio di vivere insieme e in cui l’interesse generale prende il sopravvento su quello particolare. L’oblio dunque come sola e unica forma di perdono¹⁵⁰, cui viene conferita quasi una valenza salvifica¹⁵¹. *Mutatis mutandis*, anche la grazia, che altro non è che un’altra forma di oblio, è espressione di condivisione e di aggregazione nazionale intorno alla decisione. Retaggio di *Ancien Régime*, essa non è più un atto capriccioso del sovrano; la procedimentalizzazione della sua concessione è diventata fondamentale nello Stato di democrazia pluralista e l’associazione di più poteri dello Stato indica non solo assunzione di

¹⁴³ P. RICŒUR, *La mémoire, l’histoire, l’oubli*, cit., 575-579. Qui il riferimento è prevalentemente alla psicanalisi e all’opera filosofica di Bergson.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 579-584. Qui l’A. riflette ancora sul versante psicanalitico, discutendo la critica freudiana a Bergson.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 584-589. Qui l’A. si sofferma sui lavori di Rousso, sul concetto da lui sviluppato di *résistencialisme*, sulla c.d. *syndrome de Vichy* (H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy: de 1944 à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1987) e sul relativo «passé qui ne passe pas» (H. ROUSSO-É. CONAN, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Fayard, 1994).

¹⁴⁶ P. RICŒUR, *La mémoire*, cit., 591-656.

¹⁴⁷ La reale portata dell’amnistia è ben esemplificata dal discorso di Victor Hugo a favore dell’amnistia ai Comunardi nella seduta del 22-5-1876 al Senato: «Je la [l’amnistia] demande dans un but de réconciliation»; si v. V. HUGO, *L’amnistie au Sénat, Séance du lundi 22 mai 1876*, in *Actes et paroles, III, Depuis l’exil, 1870-1876*, Paris, Michel Lévy Frères, Éditeurs, 1875, 309. La legge di amnistia generale per i comunardi è promulgata l’11-7-1880. Per completezza, pare doveroso ricordare che Hugo rifiuta l’amnistia proposta a lui, come a tutti gli altri dissidenti, da Napoleone III nel 1859; nella breve dichiarazione del 18-8-1859, il rifiuto è così motivato: «fidèle à l’engagement que j’ai pris vis-à-vis de ma conscience, je partagerai jusqu’au bout l’exil de la liberté. Quand la liberté rentrera, je rentrerai», in V. HUGO, *L’amnistie*, in *Actes et paroles, II, Pendant l’exil, 1852-1870*, Paris, Michel Lévy Frères, Éditeurs, 1875, 169.

¹⁴⁸ Un ottimo esempio è offerto dall’*Editto di Nantes*, specialmente dagli art. I e II. In particolare, si legge all’art. I: «la mémoire de toutes choses passées d’une part et d’autre, depuis le commencement du mois de mars 1585 jusqu’à notre avènement à la couronne et durant les autres troubles précédents et à leur occasion, demeurera éteinte et assoupie, comme de chose non advenue».

¹⁴⁹ Chiarisce bene ancora Hugo: «Les amnisties ne s’éluent point. Si vous votez l’amnistie, la question est close; si vous rejetez l’amnistie, la question commence». V. HUGO, *L’amnistie*, cit., 315.

¹⁵⁰ Ancora Hugo nel medesimo discorso, a p. 306: «L’oubli seul pardonne. [...] Il faut fermer toute la plaie. Il faut éteindre toute la haine». O ancora: «La fin des guerres ne s’obtient que par la fin des haines. Comment finissent les haines? Par l’amnistie. L’amnistie, aujourd’hui, est la condition profonde de l’ordre»; si v. V. HUGO, *Au peuple de Paris*, in *Actes et paroles, III*, cit., 190 (l’appello è dell’8-1-1872).

¹⁵¹ Così H. ARENDT, *The Human Condition* (1958), Chicago & London, The University of Chicago Press, 1998, II ed., 236-243.

responsabilità politica, ma anche l'esistenza di una condivisione. Sullo Stato grava sì un dovere di memoria che però, contrariamente a quello che grava sulla Storia, non è assoluto.

Infine, il perdono che trova la sua ragione nell'essere l'orizzonte comune della Storia, della memoria e dell'oblio¹⁵². Rispetto alla maggior parte delle memorie, esso è non solo difficile da raggiungere, ma quasi inconcepibile, in considerazione della disproporzione esistente tra la gravità dell'atto che dovrebbe essere oggetto di perdono e la concessione dello stesso (l'una è presupposto dell'altra). In aggiunta, l'idea stessa di perdono chiama in causa non solo la colpa dal punto di vista penale, ma anche dal punto di vista politico¹⁵³ e morale¹⁵⁴ che mina la realizzazione di una cittadinanza condivisa. Conseguentemente, il mutamento di prospettiva rimette la questione del perdono nel margine d'azione delle istituzioni incaricate della punizione. Si può perdonare solo laddove si può punire. E i processi penali post-Norimberga hanno marcato l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, in quanto crimini che rompono il principio di proporzionalità tra il crimine e la pena.

Il perdono, nella declinazione di comprendere e non vendicare – in opposizione quindi ai processi di Norimberga e Tōkyō e della giustizia retributiva che essi rappresentano – anima le commissioni di riconciliazione, quale la *Truth and Reconciliation Commission* in Sudafrica, la cui esperienza si è risolta più in un fallimento che in un successo¹⁵⁵. Il rapporto finale della *Commission*¹⁵⁶ è stato rigettato, quasi a voler dimostrare che certe verità – e le memorie ad esse connesse – sono talmente brutali da non consentire la riconciliazione (e nuovamente si ritorna alla sproporzione tra colpa e perdono). Forse solo il livellamento di questa disproporzione può fondare il perdono, considerandone la richiesta e la concessione come un atto di scambio¹⁵⁷.

Come poco sopra rilevato, la richiesta e la concessione del perdono da parte di uno Stato afferiscono alla politica e non alla Storia e pertanto non spetta a quest'ultima pronunciarsi sull'opportunità che uno Stato chieda/conceda il perdono¹⁵⁸. Inoltre, e alcuni precedenti ben lo dimostrano¹⁵⁹, porgere le scuse può essere una condizione necessaria ma non sufficiente per superare passato e memorie conflittuali.

Il fallimento di tutti i tentativi politici di istituzionalizzare il perdono, e dunque di costruzione memoriale, porta quindi all'ultima questione, la giuridicizzazione della Storia, non solo a livello

¹⁵² P. RICŒUR, *La mémoire*, cit., 593.

¹⁵³ Per quel che concerne la colpa politica, Jaspers distingue la colpa politica dei cittadini da quella dei politici. V. K. JASPERS, *Die Schuldfrage*, Heidelberg, Lambert Schneider, 1946.

¹⁵⁴ Qui il richiamo è alle manifestazioni esteriori, quali gesti di pentimento (Willy Brandt che si inginocchia a Varsavia nel dicembre 1970) e l'espressione di scuse.

¹⁵⁵ Si v. A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, il Mulino, 2005.

¹⁵⁶ Il rapporto è disponibile in *justice.gov.za*.

¹⁵⁷ P. RICŒUR, *La mémoire*, cit., 594. L'A. sottolinea la parentela semantica che esiste in molte lingue tra dono e perdono (sul rapporto tra dono e perdono, si v. 624-630).

¹⁵⁸ Sulla scarsa utilità delle scuse ai fini di una costruzione memoriale si è espresso, esponendosi a numerose critiche (specialmente da parte del governo algerino), B. STORA, *Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie*, cit., 79-82.

¹⁵⁹ Il caso forse maggiormente emblematico è quello che vede protagonista il Giappone da un lato e Corea del Sud, Taiwan e Cina dall'altro.

penale, ma anche a livello civile, per ‘riparare’¹⁶⁰. Essa si rivela oltremodo delicata in quanto sfuma il confine che dovrebbe esserci tra Storia e memoria, ammettendo in un certo senso un intervento sulla Storia al fine di riparare la memoria. Tre sono le tipologie di riparazione: simbolica (e qui si rientra nel perdono), politica (azioni positive, in cui lo Stato è il *pivot*) e materiale (un indennizzo)¹⁶¹. L’azione civile, in particolare, apre in rapporto alla Storia due problematiche maggiori: la riapertura per così dire di capitoli che sembravano chiusi (con lo scopo di chiuderli definitivamente) e la configurazione di una sorta di diritto a decontestualizzare la Storia. In sostanza, l’azione civile porta il giudice a giudicare anacronisticamente, rivisitando cioè la Storia secondo le categorie giuridiche del presente (confusione tra storico e giudice). Ciò genera un’altra criticità, trovare cioè il fondamento su cui si invoca la riparazione di un fatto che, quando commesso, era legale e dunque non suscettibile di fondare qualsivoglia responsabilità. Per Antoine Garapon tale fondamento è una nuova rappresentazione della Storia. Anche accettando questa posizione, un’altra criticità si affaccia in relazione a dove si deve collocare il limite storico oltre il quale la giustizia non può pretendere di indagare (schiavitù, colonialismo, *Shoba*). La Storia diventa così un debito permanente. In ogni caso, se lo scopo dell’azione civile di risarcimento è la chiusura di un capitolo della Storia¹⁶², l’obiettivo finale non è altro che l’oblio, il denaro del risarcimento affranca così la memoria e ne impedisce una vera costruzione. L’azione civile è per sua natura individuale, come lo è la memoria, fatto questo che sottintende un ripensamento dei rapporti storici non più in termini di collettività politica, secondo il tipico modello westphaliano, ma di rapporti interpersonali¹⁶³.

Le criticità che la cultura dell’annullamento e del boicottaggio pone in termini di Storia-memoria-oblio incidono in egual misura, *mutatis mutandis*, anche sullo spazio immateriale. Non sono quindi solo i segni dello spazio pubblico a soffrire di anacronismo e di mancata contestualizzazione. Contrariamente però allo spazio pubblico, in quello immateriale le ‘vittime’ sono spesso due: l’autore e la sua opera. Inoltre, in misura maggiore rispetto a quanto avviene per i segni dello spazio pubblico, annullamento e boicottaggio colpiscono su due assi temporali, il passato e il presente. Se per lo spazio immateriale del passato si può parlare di anacronismo e di mancata contestualizzazione, non così per quello presente. Tuttavia, a prescindere dall’asse temporale di riferimento, annullamento e boicottaggio richiamano in causa l’eterna questione della separazione dell’autore dall’opera che attualmente è divenuta rilevante persino in riferimento alle scienze esatte.

La separazione dell’autore dall’opera può essere affrontata sotto diversi profili, a ciascuno dei quali corrispondono implicazioni differenti in termini di annullamento e boicottaggio. Da un punto di vista prettamente letterario, Proust, nel celeberrimo capitolo *Sur la Méthode* del suo *Contre Saint-Beuve*, ritiene poco profondo l’approccio del critico secondo cui si deve conoscere un autore per poterne apprezzare l’opera; la ragione risiede nel fatto che questa interpretazione

¹⁶⁰ A questa tematica è dedicata la monografia di A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù* (2008), ed. it. a cura di D. BIFULCO, Milano, Raffello Cortina Editore, 2009.

¹⁶¹ *Ibid.*, 11-12.

¹⁶² *Ibid.*, 75.

¹⁶³ *Ibid.*, 60-62. E questo comunque in opposizione al diritto penale che rimane nel quadro di una dimensione statale.

disconoscerebbe che l'opera è in realtà il prodotto di un altro io rispetto a quello che si manifesta nella vita di tutti i giorni¹⁶⁴. In sostanza, Proust scinde nettamente i due io, ragione per la quale non si deve pensare che l'io di tutti i giorni debba per forza trasferirsi nell'io che scrive. Estremizzando, si può arrivare a sostenere l'irresponsabilità di chi scrive rispetto a ciò che scrive. Ora, sotto un profilo prettamente giuridico, non si può sostenere che qualunque espressione è permessa giacché si tratta di letteratura (o di qualunque altra espressione artistica). La posizione di Proust ha sicuramente profili condivisibili, ma non si può negare come molte opere possano essere comprese appieno solo tramite una pregressa conoscenza dell'autore; è la *singularisation de l'oeuvre par l'homme et l'universalisation de l'homme par l'oeuvre*¹⁶⁵, per usare un'espressione di Sartre, il quale dunque riversa nella critica letteraria il proprio approccio filosofico, nel solco di Saint-Beuve. La totale scissione proustiana non può realizzarsi, perché, in fattispecie specifiche, la responsabilità dell'autore entra in gioco¹⁶⁶. Se i grandi processi letterari che l'Ottocento ha conosciuto (Hugo, Baudelaire, Flaubert) erano processi in cui l'opera, che attentava alla morale, era processata tramite l'autore, i limiti che un'opera letteraria può attualmente incontrare sono di diversa natura: diffamazione¹⁶⁷, violazione della *privacy*, incitamento all'odio. La cultura dell'annullamento e del boicottaggio opera diversamente. Essa giudica e l'autore e l'opera sulla base delle idee che il primo veicola con la seconda e dello stile con cui lo fa e il giudizio negativo sull'una si trasferisce sull'altro (e viceversa). Due sono le conseguenze: la censura dell'intera produzione di un autore ovvero una sua censura selettiva. Si richiama così la triangolazione Storia-memoria-oblio. Siamo pertanto ben lontani dalla contrapposizione tra Proust e Saint-Beuve che si articolava su ben altro ragionamento, nel quadro della critica letteraria. Si diceva che, per quello che sia il valore 'salvifico' dell'oblio, la Storia non può dimenticare; analogamente, la letteratura e le arti in generale non possono conoscere oblio, specialmente all'interno dell'insegnamento scolastico e accademico. L'oblio letterario merita un'ultima riflessione che deve ricollegarsi ai limiti della libertà di espressione. Quelle opere letterarie, già percepite come controverse al momento della loro pubblicazione, in cui vi sono espressioni penalmente sanzionate in molti ordinamenti, quali incitamento all'odio razziale, devono divenire oggetto di oblio? Espungere dalla produzione di un autore alcune opere controverse, colpendole con l'oblio, non finirebbe per purificare e assolvere l'autore? Alla luce di queste criticità, si ritiene di dover sconsigliare l'oblio letterario; al contrario, come per i segni controversi, è necessario un lavoro di contestualizzazione e di spiegazione, così da fornire al lettore tutti gli strumenti per 'maneggiare' correttamente l'opera.

¹⁶⁴ M. PROUST, *Contre Sainte-Beuve précédé de Pastiches et mélanges suivi de Essais et articles*, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1971, 221-223.

¹⁶⁵ L'espressione è usata da Sartre in un'intervista degli anni Sessanta a proposito dell'*engagement* di Flaubert. L'intervista è stata parzialmente riproposta nel quadro della puntata *Actualité de Gustave Flaubert* dell'emissione *Concordance des temps* di Jean-Noël Jeanneney, in *franceculture.fr*, 30-3-2013 (e in replica il 17-4-2021).

¹⁶⁶ G. SAPIRO, *La responsabilité de l'écrivain: littérature, droit et morale en France: XIXe-XXIe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2011.

¹⁶⁷ È curioso rilevare come l'*Académie Goncourt* abbia aspettato il 1956 per procedere alla pubblicazione del *Journal* dei fratelli Goncourt nella sua versione integrale proprio per timore di processi per diffamazione (secondo il testamento di Edmond, l'*Académie* avrebbe dovuto procedere alla pubblicazione nel 1916; anche considerando le difficoltà connesse al periodo bellico, il ritardo rimane notevole).

5. *Lo Stato di fronte ad annullamento e boicottaggio*

La riflessione sin qui condotta ha consentito di esaminare alcune delle recenti manifestazioni della cultura dell'annullamento e del boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale da un lato e di strutturare il complesso rapporto che lega Storia, memoria e oblio in entrambi gli spazi dall'altro. L'analisi di alcuni casi paradigmatici di annullamento e boicottaggio condotta nel par. 3 ha certamente messo in luce una confusione di fondo tra cosa sia la Storia e cosa la memoria per come entrambe sono state definite nel par. 4. La discussione ivi tenuta fornisce così le coordinate metodologiche per l'azione memoriale dello Stato e per l'azione di trasmissione della Storia (fondamentale per la comprensione proprio dell'azione memoriale). È in questo quadro che deve disegnarsi il ruolo dello Stato quale agente memoriale in grado di recepire la domanda di inclusione e di diversità di cui la cultura dell'annullamento e del boicottaggio è portatrice, senza però venir meno alla tutela delle libertà e dei diritti fondamentali, così come di un approccio critico e improntato alla contestualizzazione.

Ogni intervento dello Stato in ambito storico e memoriale sembra quasi contribuire a rendere la distinzione tra i due sempre più evanescente. Nessuna forma di Stato, neppure quella di democrazia pluralista, è indenne dalla tentazione di manipolare alcuni eventi storici per finalità politico-ideologiche. La scelta di alcune memorie rispetto ad altre si inserisce in questo discorso; ma è la memoria – singolare generico – che nutre la Storia, non una specifica memoria a scapito di altre. La criticità maggiore per lo Stato non è tanto l'esistenza di memorie conflittuali, quanto il suo porsi rispetto ad esse; si ripropone la questione della terzietà e imparzialità dello storico e del giudice, che dello Stato è espressione. La terzietà dello Stato è quella del giudice, non dello storico e ciò complica ulteriormente il suo approccio alla memoria, anche in considerazione del fatto che esso è ciò che è in quanto figlio di una ben specifica memoria. Lo Stato di democrazia pluralista ha tentato di avvicinarsi alla terzietà dello storico, basti solo pensare al passaggio semantico dalla celebrazione alla commemorazione. Ma è proprio in ragione del fatto che lo Stato non può esprimere il tipo di terzietà che appartiene allo storico che assume un'importanza fondamentale la costruzione dell'approccio memoriale, approccio che, come si è cercato di dimostrare, impatta allo stesso modo sullo spazio pubblico, materiale, che su quello culturale, immateriale. Lo Stato è agente memoriale nello spazio pubblico, nel momento in cui promuove l'apposizione/rimozione di segni, ma lo è anche nel momento in cui garantisce la libertà di espressione e la libertà accademica e di ricerca. Eppure questi due ambiti, spazio pubblico e spazio immateriale, richiedono azioni differenti da parte dello Stato; nel primo, l'approccio statale è prevalentemente di tipo strettamente memoriale, con le implicazioni già richiamate, vale a dire la possibilità di dimenticare (amnistia, perdono, riconciliazione), anche in ragione della tutela dei valori fondativi dello Stato stesso¹⁶⁸, mentre nel secondo lo Stato deve farsi garante di una totale

¹⁶⁸ Per questa ragione, ad esempio, il quadro costituzionale italiano non consentirebbe alcun segno pubblico a memoria della Repubblica sociale.

libertà che può implicare anche espressioni legate ad avvenimenti storici ovvero ad opere immateriali che possono non essere gradite ad alcune memorie, ma non per questo meno meritevoli di essere insegnate e discusse.

La cultura dell'annullamento e del boicottaggio porta lo Stato a riflettere su Storia e memoria in termini leggermente differenti rispetto a quelli posti dalle leggi memoriali¹⁶⁹. Innanzitutto, essa sembra invertire il paradigma stesso della memoria, laddove non si esplica più un dovere di memoria per non dimenticare, quanto, seppure non esclusivamente, un dovere di dimenticare al fine di eliminare (distinguendosi così dall'oblio che vuole riconciliare o comunque ricostruire un ordine sociale)¹⁷⁰. Secondariamente, in quanto si assiste allo sviluppo di un approccio di natura sempre più comunitarista che sembra voler sostituire la Storia con la memoria e con una memoria in particolare. Non si può ignorare il motivo per cui questo avvenga. La questione di fondo non è solo che la memoria è soggettiva e pertanto frammentata, ma che la società contemporanea è sempre più plurale, per cui più memorie convivono nello stesso Stato e tutte, in misura diversa, sono parte della sua storia. Il mancato recepimento, però, di questa pluralità nella costruzione memoriale sta generando la deriva identitaria e comunitarista della memoria che, polarizzandosi sempre più, vuole imporsi come nuova Storia.

Nel momento in cui si deve delineare una linea d'azione per lo Stato, si deve suggerire una correzione di queste assenze che paiono doversi imputare, almeno in buona parte, a una errata ovvero mancata riflessione e costruzione memoriale, che deve passare anche attraverso azioni positive, così come a una degradazione del ruolo assegnato alla Storia nel campo dell'istruzione, in cui determinante è stata, ancora una volta, l'assenza dello Stato¹⁷¹. La duplice assenza si è sostanziata in una incapacità educativa (il caso dei manuali di storia belgi è solo uno dei tanti esempi possibili) e in una incapacità di realizzare un processo democratico realmente inclusivo, sia nella sostanza che nella forma, non solo nell'azione memoriale, ma, più in generale, in termini di reale cittadinanza attiva.

Si rivela pertanto necessario discutere come lo Stato debba concretamente confrontarsi rispetto alle sfide che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio pone al suo ruolo di agente memoriale e di garante dell'interesse generale e dei diritti e libertà fondamentali. Diversi sono quindi i profili da approfondire.

Innanzitutto, un approccio negativo dello Stato rispetto alla Storia. Ciò non vuol dire netta separazione, nella misura in cui l'azione memoriale dello Stato deve fondarsi su di una rigorosa ricerca storica, ma una astensione dello Stato rispetto a interventi manipolatori e tentazioni di riscrittura di alcune pagine della propria storia. Il fatto che lo Stato fondi la propria azione sulla ricerca storica tramite l'apporto di studiosi, e che quindi al contempo garantisca la libertà accademica, è propedeutico alla terzietà e imparzialità rispetto alla memoria. In secondo luogo, secondo quali modalità e rispetto a quali criteri lo Stato dovrebbe porsi dinnanzi ai segni

¹⁶⁹ Esemplificativamente, si v. A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, Franco Angeli, 2018.

¹⁷⁰ Sulla soppressione del passato e quindi della Storia, si v. A. PROSPERI, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*, Torino, Einaudi, 2021. Si rimanda anche all'intervista all'A. da parte di G. SERGI, *Molte storie: quale in crisi?*, in *L'Indice dei libri del mese*, marzo 2021, 16.

¹⁷¹ Prosperi parla proprio di crisi scolastica in *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*, cit.

commemorativi. È proprio questo profilo procedurale ad essere posto maggiormente sotto stress dalle varie forme di *déboulonnage* materiale e immateriale cui si sta assistendo, soprattutto perché esso chiama in causa il ruolo della minoranza trascinante (che prevale sulla maggioranza silenziosa) – ulteriormente amplificato dai *social networks* (SNs) – e la confusione tra rappresentazione e rappresentatività che l’insistenza sulle memorie di classe/categoria sembra realizzare. In stretta connessione con il ruolo dello Stato quale agente memoriale pare opportuno ragionare anche circa una sua eventuale esclusività ovvero opportunità di aprire un ruolo anche per istituzioni altamente specializzate da esso indipendenti. Infine, per quel che concerne più prettamente lo spazio immateriale, una particolare attenzione deve essere devoluta al progressivo deterioramento che alcuni tradizionali contropoteri stanno subendo, i *media* e l’accademia, in ragione della compressione della libertà di espressione e della libertà accademica e al rischio che lo Stato, proprio per garantirle, abbandoni il tradizionale approccio negativo e finisca per porre in essere interventi anch’essi critici in rapporto alle due libertà che vorrebbe tutelare.

Il rapporto tra Stato e Storia è molto complesso e, un po’ semplicisticamente, si può rilevare come esso sia stato per secoli improntato alla manipolazione della seconda da parte del primo, in ragione principalmente della creazione di una comunità nazionale. Non a caso, infatti, come già sottolineato, la costruzione dei romanzi nazionali coincide con l’emergere della sovranità in capo alla nazione. La manipolazione della Storia finalizzata al rafforzamento del ruolo dello Stato, internamente ed esternamente, ha caratterizzato e continua a caratterizzare forme di Stato non democratiche. Uno dei primi ambiti di intervento di uno Stato non democratico è la riscrittura della Storia che passa attraverso la riscrittura dei manuali scolastici e la censura della ricerca storica. Lo Stato di democrazia pluralista non è esente da queste tentazioni. I manuali scolastici sono un esempio paradigmatico dell’uso politico che i pubblici poteri fanno della Storia tramite la promozione di ‘oblii’ selettivi (i già citati manuali belgi e l’assenza di una adeguata trattazione del passato coloniale)¹⁷², ma non sono certamente l’unico. La ormai ex presidenza Trump ha offerto un esempio particolarmente interessante di intervento manipolatorio della Storia tramite l’istituzione, nel novembre 2020, di una commissione, la *1776 Commission*, preposta alla promozione di una «patriotic education» (sec. 1 dell’*Executive Order* istitutivo)¹⁷³. La Commissione, il cui mandato biennale è stato immediatamente revocato dal neo Presidente Biden, presentava evidenti profili critici, sia in rapporto alla propria composizione che ai propri obiettivi, che sono ben emersi nel *report* da essa rilasciato il 18 gennaio 2021¹⁷⁴. Per quel che concerne la composizione, la criticità è rappresentata dal fatto che dei diciotto membri nominanti da Trump

¹⁷² Un caso paradigmatico è offerto dalla manualistica nipponica in cui alcuni episodi chiave della guerra di aggressione in Asia (quali lo ‘stupro’ di Nanchino) sono del tutto assenti ovvero fortemente ridimensionati. Notevole è pertanto anche la compressione della libertà accademica causata dall’*iter* di approvazione dei manuali di storia che è fortemente centralizzato e invasivo. L’*iter* è ben descritto da H. MITANI, *Japan’s History Textbook System: Creation, Screening, and Selection*, in *Nippon.com*, 28-6-2012. V. anche S. GUÉX, *The History Textbook Controversy in Japan and South Korea*, in *Chipango-French Journal of Japanese Studies. English Selection*, 2015, 147-180. Un altro richiamo può essere alla recente revisione dei manuali di storia di Hong Kong in cui il governo di Pechino ha introdotto nuove spiegazioni alle Guerre dell’oppio. Si v. *Pékin reprend en main les manuels d’histoire hongkongais*, in *Courrier international*, 7-4-2021.

¹⁷³ Così nell’*Executive Order on Establishing the President’s Advisory 1776 Commission*, in *web.archive.org*, 2-11-2020.

¹⁷⁴ Il *1776 Report* è stato immediatamente rimosso dal sito della Casa Bianca all’indomani dell’insediamento della nuova amministrazione. Esso è comunque disponibile in *upload.wikimedia.org*.

nessuno fosse uno storico di professione. Circa invece l'obiettivo della stessa, esso si presenta come problematico in quanto consiste nella promozione non dell'educazione in sé, attraverso lo studio della storia degli Stati Uniti, ma di una educazione «accurate, honest, unifying, inspiring, and ennobling», che sia liberata una volta per tutta da quella che viene qualificata come una «radicalized view of American history» (sec. 1). Non vi sono pertanto dubbi sul fatto che la Commissione sia stata pensata come risposta al *1619 Project* lanciato dal *New York Times* (anch'esso non certo esente da anacronismo). Concretamente, la *1776 Commission* si è rivelata un modesto tentativo di centralizzare surrettiziamente i *curricula* scolastici, subordinando l'allocatione dei fondi federali all'implementazione dell'educazione patriottica (sec. 2 (v)). Non essendo i *curricula* di competenza federale, ma statale (più precisamente, dei distretti scolastici), la presidenza Trump non aveva altri mezzi a disposizione per promuovere la *patriotic education*. Per quanto questo intervento fosse destinato a riscrivere la Storia, emerge come esso non fosse circoscritto all'ambito storico, ma andasse anche a incidere su quello memoriale, proponendosi, se non proprio di negare cittadinanza, almeno di limitare fortemente l'esistenza di memorie minoritarie. L'amministrazione Trump ha dunque risposto alle sfide della cultura dell'annullamento e del boicottaggio, che proprio su queste memorie minoritarie si fonda, né con politiche memoriali comuni e improntate alla diversità né riportando la Storia al centro del dibattito pubblico, ma con manipolazione e ideologia.

L'istituzione, da parte dei poteri pubblici, di commissioni di esperti, laddove volte a promuovere la ricerca storica e, su questa base, anche una pacificazione memoriale, è da incoraggiare, come ad esempio è stato fatto dalle presidenze Hollande e, soprattutto, Macron¹⁷⁵.

Altre forme in cui lo Stato si approccia alla Storia con finalità educative e memoriali sono rappresentate dai processi e dalle politiche museali e, in misura minore per quel che qui interessa, dalle politiche di gestione degli archivi.

Per quel che concerne i processi, dal secondo dopoguerra in avanti, la Storia è entrata di frequente nelle aule dei tribunali e il risultato, anche in termini di costruzione di memoria, non è sempre scevro di criticità, in ragione della confusione di piani che esso genera, soprattutto rispetto a Storia e memoria, cui contribuisce l'intromissione del giudice nel lavoro dello storico. Pare pertanto opportuno distinguere tre tipologie di processi sulla base del rapporto che essi intrattengono con la Storia e quindi, per riflesso, con la memoria. Henry Rousso distingue i processi della Storia dai processi per la Storia, ai quali si ritiene di dover aggiungere i processi alla Storia. Nella prima categoria rientrano i processi penali internazionali dal secondo dopoguerra in

¹⁷⁵ Già sono stati richiamati i *rapports* commissionati da Hollande a Béval sul *Panthéon* e da Macron a Stora sull'Algeria. Macron ha anche istituito nel 2019 la *Commission de recherche sur les archives françaises relatives au Rwanda et au génocide des Tutsi*, presieduta dallo storico Vincent Duclert, la quale ha presentato il proprio rapporto il 26-3-2021, disponibile in *vie-publique.fr*. Nel 2017 Macron aveva già commissionato agli accademici Felwine Sarr e Bénédicte Savoy un *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain – Vers une nouvelle éthique relationnelle*, consegnato nel novembre 2018 e disponibile anch'esso in *vie-publique.fr*. Questo rapporto è stata la base su cui il Parlamento ha adottato il 24-12-2020 la *Loi n° 2020-1673 du 24 décembre 2020 relative à la restitution de biens culturels à la République du Bénin et à la République du Sénégal*, derogando così al principio dell'inalienabilità della collezione nazionali (testo disponibile in *legifrance.gouv.fr*). Per quanto non possa essere trattato più diffusamente in questa sede, non sfugge come il 'saccheggio' da parte delle potenze coloniali della grande maggioranza del patrimonio artistico africano sia un'ulteriore ramificazione della triangolazione Storia-memoria-oblio e di pacificazione della memoria.

avanti; nella seconda, Rousso include quei processi, quale quello per il massacro di *Charlie Hebdo*, il cui scopo sembra essere principalmente quello di capire e indagare le dinamiche di un determinato avvenimento, al fine di fornire elementi alla ricerca storica¹⁷⁶. Infine, l'ultima categoria si riferisce a quei processi in cui la Storia, cioè la ricerca storica, siede sul banco degli imputati e il cui esito è quello di un intervento manipolatorio. Il profilo di annullamento e boicottaggio, che dunque va ben oltre il *woke* anglosassone, di quest'ultima tipologia di processi ben emerge in una recente decisione della Corte distrettuale di Varsavia che, il 9 febbraio 2021, ha condannato due dei massimi storici dell'olocausto, Barbara Engelking e Jan Grabowski, alla pubblicazione di pubbliche scuse per aver diffamato lo zio della ricorrente. I due storici, in uno studio sul destino degli ebrei in alcune province polacche durante la guerra, brevemente menzionavano lo zio della ricorrente, qualificandolo come collaborazionista¹⁷⁷. Per giungere alla sentenza di condanna, la Corte ha messo in dubbio il lavoro di ricerca e di analisi delle testimonianze condotto dai due storici, evidenziando come la testimonianza della donna ebrea da essi utilizzata per qualificare l'uomo come collaborazionista presenterebbe delle discrepanze al suo interno¹⁷⁸. Alla Corte non è sfuggita l'implicazione in termini di libertà della ricerca storica e ha pertanto respinto la richiesta di danni. Il caso vede la contrapposizione tra un supposto onore nazionale, che sarebbe leso dall'associazione della Polonia e dei suoi cittadini con la collaborazione nazista, e l'indipendenza della ricerca accademica sull'olocausto. La Polonia, nell'approcciarsi al proprio passato, rifiuta la Storia e si appoggia a una ricostruzione memoriale parziale, soggettiva, approccio che è culminato con la legge del 2018, una sorta di legge memoriale 'al contrario', su cui la sentenza si è fondata, che punisce chiunque diffami la nazione polacca associando cittadini polacchi alle atrocità dell'olocausto.

Se i processi alla Storia presentano delle criticità non indifferenti rispetto al lavoro dello storico, neppure i processi della Storia, seppur per ragioni differenti, ne sono esenti. Più precisamente, nei processi della Storia, la criticità risiede in quale possa effettivamente essere il margine di ricerca per uno storico dinnanzi a un avvenimento sotto la 'sorveglianza' di una sentenza penale di condanna già emessa da un tribunale penale (nazionale o internazionale) e di una sentenza di colpevolezza già emessa anche da parte dell'opinione pubblica. Rispetto dunque a una verità processuale può diventare difficile per lo storico portare avanti la propria ricerca in *disensus*, in quanto il suo lavoro potrebbe essere interpretato in ottica revisionistica,

¹⁷⁶ Lo storico ha diffusamente discusso le due tipologie di processi, principalmente opponendo il processo a Klaus Barbie (il boia di Lione) del 1987 (primo processo filmato di Francia) a quello appunto per gli attentati a *Charlie Hebdo*, nonché il ruolo fondamentale che può essere giocato dai musei nella costruzione memoriale, nel corso dell'emissione *Comment se construit la mémoire des attentats?*, in *franceculture.fr*, 2-9-2020.

¹⁷⁷ Lo zio della ricorrente è brevemente menzionato in E. ENGELKING-J. GRABOWSKI (a cura di), *Dalej jest noc: losy Żydów w wybranych powiatach okupowanej Polski* (*Night without End: The Fate of Jews in Selected Counties of Occupied Poland*), Warsaw, Polish Center for Holocaust Research, 2018, 2 vol.

¹⁷⁸ Sulla valenza della testimonianza in rapporto alla persecuzione e sterminio degli ebrei durante il Secondo conflitto mondiale, si rimanda a A. WIEVIORKA, *L'era del testimone* (1998), ed. it. a cura di F. SOSSI, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999. Nel delineare il rapporto tra testimonianza e Storia, l'A. distingue tre fasi a partire dall'immediato dopoguerra e la seconda si sostanzia nella sollecitazione della testimonianza proprio a fini giudiziari (non a caso essa corrisponde cronologicamente al periodo immediatamente successivo al processo Eichmann).

giustificazionista ovvero negazionista¹⁷⁹. Problematica che, per esteso, chiama in causa la reale possibilità di uno studio dell'inaccettabile, che non sia né negazionista né revisionista, ma che invece offra una nuova riflessione sull'evento storico¹⁸⁰. Non a caso, alcune fattispecie penali, che incriminano il negazionismo, constano di una clausola generale che fa salva la libertà di ricerca scientifica. Le stesse leggi memoriali ripropongono quindi la problematica della separazione delle sfere di competenza.

Le politiche museali marcano un'altra occasione di intervento dello Stato nella Storia e nella memoria¹⁸¹. I musei, in effetti, condividono finalità e problematiche di molti segni dello spazio pubblico e quindi sono stati chiamati in causa anch'essi dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio. Il museo realizza infatti un intervento attivo e propositivo dello Stato a favore della Storia così come della costruzione memoriale, ma, al contrario dei segni, esso 'parla' di più, essendo in grado, per sua stessa struttura, di offrire una contestualizzazione che manca, o che è comunque non sufficientemente adeguata, a un segno dello spazio pubblico. Di particolare interesse, in ragione dell'espressa volontà di combinare un luogo di memoria, un museo di storia e uno spazio di ricerca e trasmissione del sapere che accolga il grande pubblico così come gli specialisti, è il progetto del *Musée-mémorial des sociétés face au terrorisme* di cui si sta discutendo in Francia¹⁸². Per quanto la cultura dell'annullamento e del boicottaggio abbia ravvivato in alcuni Paesi il dibattito in tema museale – è il caso della Francia dove ha ripreso corpo il progetto del *Musée sur l'histoire de la France et de l'Algérie* a Montpellier –, l'impatto maggiore che essa ha avuto è stato in termini di *iconoclash* istituzionale, laddove cioè le istituzioni decidono di non decidere in merito a un segno incriminato (tendenzialmente una statua), il quale viene sì rimosso, ma non del tutto, venendo così temporaneamente collocato nelle riserve museali ovvero in un vero e proprio 'museo delle statue dimenticate'. La prima opzione, quella cioè della collocazione nelle riserve museali, suggerisce l'assenza di una politica chiara e organica nell'approcciare la supposta criticità di alcuni segni dello spazio pubblico e porta a dubitare della terzietà e imparzialità che lo Stato dovrebbe dimostrare. Diversamente l'opzione del museo delle statue dimenticate che, seppure può anch'essa suggerire una mancata intenzione di affrontare in maniera dialettica le criticità di alcuni segni, può comunque esplicitare una funzione pedagogica nella misura in cui i segni rimossi dallo spazio pubblico siano contestualizzati e spiegati. Se quindi il museo sembra essere particolarmente idoneo alla contestualizzazione, altra cosa è pensare che questo lo renda esente da attacchi di annullamento. Un altro fronte si apre così, quello cioè della comprensione che non può essere raggiunta, nella maggior parte dei casi, a causa di un approccio anacronistico. Il museo

¹⁷⁹ Alla questione dà molto spazio P. RICEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, cit., 413-436. Si v. anche M. OISEL, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, London and New York, Routledge, 1997.

¹⁸⁰ S. FRIEDLANDER, *Probing the Limits of Representation. Nazism and 'The Final Solution'*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1992.

¹⁸¹ Luigi Filippo, nel 1837, crea a Versailles il *Musée de l'Histoire de France* nell'ottica di riconciliare la memoria nazionale, tra Rivoluzione, Primo Impero, Restaurazione e Monarchia di Luglio. Sulla nascita e sul ruolo del museo, si v. K. POMIAN, *Le musée, une histoire mondiale*, Paris, Gallimard, di cui sono usciti due volumi (vol. 1: *Du trésor au musée*, 2020 e vol. 2: *L'ancrage européen, 1789-1850*, 2021) sui tre previsti. Nella stessa ottica anche il rientro delle ceneri di Napoleone il 15-12-1840, sempre su impulso di Luigi Filippo.

¹⁸² Henry Rousso, su incarico del Primo Ministro, ha presieduto dal 2018 al 2020 la *Mission de préfiguration du musée mémorial dédiés aux victimes du terrorisme*. Lo storico ha consegnato il proprio *rapport* nel marzo 2021; il testo è disponibile in vie-publique.fr.

universitario torinese di antropologia criminale dedicato a Cesare Lombroso è oggetto di cicliche richieste di chiusura¹⁸³, nonostante l'opera di contestualizzazione e di spiegazione del suo lavoro messa in atto dal museo¹⁸⁴.

Per quel che concerne gli archivi, essi rilevano nel rapporto innanzitutto tra Stato e Storia e quindi, di riflesso, tra Stato e memoria, in quanto le politiche di accesso e soprattutto le differenti tempistiche previste per la loro desecretazione possono promuovere significativamente la ricerca storica e la pacificazione delle memorie¹⁸⁵.

Si è sino ad ora più volte richiamata la terzietà e imparzialità dello Stato rispetto alle differenti memorie dei singoli gruppi – che si affiancano ma che più frequentemente confliggono tra loro – quando esso agisce in qualità di agente memoriale. Come tale, lo Stato è garante dell'interesse generale – ed in quanto tale può 'dimenticare' tramite forme di oblio giuridico, ma anche volontario rispetto a memorie non rispondenti ai valori che esso rappresenta – e prende posizione esclusivamente rispetto a valori imprescindibili ai fini di una mediazione memoriale. Deve però al contempo sottolinearsi come lo Stato, attraverso gli organi preposti nei suoi differenti livelli territoriali di governo, prende decisioni di natura politica, che difficilmente riescono a fare l'unanimità. Sicuramente, come già rilevato, il passaggio semantico da celebrare a commemorare ha contribuito in maniera significativa a de-ideologizzare le questioni memoriali, ma i *cleavages* destra-sinistra permangono e la politica memoriale è uno degli ambiti in cui la più ampia politica di governo si sostanzia. L'attuale dibattito politico intorno alla scelta della Municipalità di Parigi di commemorare il 150° anniversario della Comune ben lo dimostra; la Comune sarebbe di sinistra e pertanto divisiva, conseguentemente non dovrebbe essere commemorata¹⁸⁶. *A fortiori*, quindi, lo Stato, al fine di essere ulteriormente legittimato quale agente memoriale, deve fondare la propria azione su di una ricerca storica metodologicamente rigorosa che spieghi e aiuti a comprendere la pluralità di memorie e la scelta di commemorare o non commemorare. Il che,

¹⁸³ L'ultima il 12-5-2021, quando il senatore De Bonis ha presentato una interrogazione al Ministro della cultura. Il documento, Atto n. 4-05449, è disponibile in *senato.it*.

¹⁸⁴ Non sussistono dubbi sugli intenti del museo; il sito internet è molto esplicito al riguardo: «Il nuovo allestimento vuole fornire al visitatore gli strumenti concettuali per comprendere come e perché questo personaggio così controverso formulò la teoria dell'atavismo criminale e quali furono gli errori di metodo scientifico che lo portarono a fondare una scienza poi risultata errata». V. *museolombroso.unito.it*.

¹⁸⁵ Non a caso, Stora include lo scambio di archivi tra Francia e Algeria, così come la costituzione di archivi comuni, tra gli strumenti di riavvicinamento tra i due Paesi. V. B. STORA, *Les questions mémorielles portant sur la colonisation et la guerre d'Algérie*, cit., 61-69.

¹⁸⁶ Neanche gli storici sono uniformemente concordi sull'opportunità di commemorare la Comune. Pierre Nora, ad esempio, non ritiene che essa vada ricordata non avendo lasciato alcuna eredità positiva; diversamente invece Éric Anceau, il quale svincola l'opportunità della commemorazione da una supposta eredità positiva/negativa (nella cui valutazione è ampio l'elemento soggettivo). Rimane indubbio che, in campo memoriale, l'esperienza della Comune sarà sempre divisiva, essendo stata una guerra civile tra due visioni della *République* difficilmente conciliabili. Hugo ne ha ben riassunto la complessità (che è poi anche la complessità della Storia) quando afferma che essa era una «bonne chose mal faite» e che era «pour la Commune en principe, et contre la Commune dans l'application»; si v. V. HUGO, *A MM. Meurice et Vacquerie*, in *Actes et paroles*, III, cit., 116, 108. Per la dichiarazione di Nora, si v. P. NORA, *Commémorer Napoléon oui, la Commune, non*, nel quadro dell'emissione di *France Inter L'invité de 8h20: le grand entretien*, in *franceinter.fr*, 4-3-2021. Anceau ha risposto a Nora sul proprio profilo *Facebook* il 5-3-2021. Anche l'inserimento della basilica del *Sacré-Cœur* nell'elenco dei *monuments historiques*, votata il 13-10-2020 da parte della *Commission régionale du patrimoine et de l'architecture (CRPA) d'Île-de-France* e approvata poi con decreto del *Ministère de la culture*, ha suscitato a sinistra una vivace opposizione, in quanto la costruzione della basilica avvenne affinché Parigi, Montmartre in particolare, espiasse il peccato della Comune. La richiesta proveniva dalla DRAC, la *Direction régionale des affaires culturelles d'Île-de-France*. Sulla procedura, si v. il *dossier de presse* rilasciato dalla CRPA in *culture.gouv.fr*.

comunque, non implica necessariamente identità di vedute, neppure tra gli storici, in quanto né la Storia né la ricerca storica sono monolitiche. Rimane il fatto che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio questiona questo approccio nella sostanza, in quanto propugna la necessaria prevalenza di memorie sino ad ora considerare come minoritarie rispetto alla memoria dominante. Si tratterebbe pertanto di un avvicendamento di memorie particolari in cui il dominato diventa dominante e viceversa. Ciò è cosa ben diversa rispetto alla promozione di memorie minoritarie.

Se dunque il profilo sostanziale dell'azione memoriale è fortemente ancorato, pur nelle differenze, alla ricerca storica nell'ottica di garanzia della terzietà e imparzialità dell'agente memoriale, altrettanta importanza assume, nella medesima ottica, il profilo procedurale, anch'esso posto fortemente sotto stress dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio.

Fondamentale da un punto di vista procedurale è capire chi rappresenta questo movimento o, più correttamente, l'entità, il peso dello stesso. La società dell'informazione, fortemente strutturata attorno ai SNs e al fenomeno della bolla da essi generato, è particolarmente idonea a dare vita a quella che viene qualificata come la minoranza trascinante, un gruppo ben organizzato e capace di grande mobilitazione, tale da dare l'impressione di essere maggioritario, di rappresentare la società, riuscendo quindi a prevaricare la reale maggioranza, che rimane silenziosa. Inoltre, il rifiuto stesso del confronto che è connaturato alla cultura dell'annullamento e del boicottaggio trasforma l'oppositore in nemico e ne propone l'espulsione dal consesso civile e sociale. La dialettica tra maggioranza e minoranza, essenza stessa del sistema democratico, non trova così modo di esplicarsi.

La rimozione ovvero la sostituzione di segni nello spazio pubblico, così come di odonimi, invocata o realizzata dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio tende a scavalcare la procedura democratica deliberativa e realizza una sostanziale confusione di rappresentanza con rappresentatività di classe/categoria. È come se la democratizzazione dello spazio pubblico e dei segni che lo abitano non dovesse passare attraverso un canale istituzionale che vede alla propria base una procedura deliberativa ovvero la decisione di un organo costituzionale dotato di legittimazione democratica che esprime l'interesse generale, nonché terzietà ed imparzialità; ma come se, al contrario, dovesse sostanzirsi nella necessità che qualunque gruppo minoritario occupi, anche arbitrariamente, una porzione di spazio pubblico, semplicemente in virtù del suo essere minoritario. È come se il pluralismo dovesse sostanzirsi in una mera uguaglianza numerica, per cui ogni gruppo deve vedersi attribuita la stessa porzione di spazio pubblico. La necessaria diversificazione della memoria non può prescindere da un *iter* procedurale così come dal soddisfacimento di specifici criteri individuati dal decisore pubblico e che riflettono anche l'evoluzione storica di una determinata realtà (una realtà etnicamente più omogenea avrà uno spazio pubblico meno plurale). Si assiste in tal modo a una sempre maggiore polarizzazione e conflittualità delle memorie, a una loro comunitarizzazione e a una promozione di una logica oppositiva, che enfatizza i *cleavages* sociali, etnici, religiosi, economici, di genere invece che

ricomporli¹⁸⁷. L'idea della società come somma di individui invece che di gruppi sociali, ordini, ceti – che è una delle più grandi eredità dell'Illuminismo e della Rivoluzione – è rigettata *in toto* dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio. Certamente l'universalismo dello Stato di democrazia pluralista è a carattere inclusivo rispetto a tutte le sue differenti componenti e in tutte le loro declinazioni e dunque supera l'universalismo di impianto giacobino che si fonda sull'annientamento del pluralismo. Inoltre, il carattere sempre più identitario e comunitario della memoria si riallaccia a un altro punto fondamentale, quello cioè della finalità della commemorazione. Lo spirito ideologico, paternalista e moralista che connotava la celebrazione è abbandonato dalla commemorazione, la quale quindi sembra essere improntata alla promozione di valori universali così come di eventi e personaggi storicamente rilevanti. Spingendosi oltre, la celebrazione è riduttiva perché militante, al contrario della commemorazione che presuppone lo sforzo di comprendere ciò che è successo. La cultura dell'annullamento e del boicottaggio contesta questo quadro di massima, invocando non tanto la diversità, quanto piuttosto la sostituzione e l'avvicendamento di memorie e rivendicando così l'inutilità della comprensione.

Nuovamente si deve quindi ritornare a discutere della procedura destinata a porre in essere il segno e di chi ne è titolare – non solo dunque la legittimazione democratica degli organi che ne sono intitolati, ma anche l'eventuale ricorso a istituti di democrazia diretta, e i criteri che ne devono guidare la scelta. Alcuni casi recenti si sono rivelati particolarmente emblematici, soprattutto perché fanno sorgere una nuova domanda: se sia cioè ancora opportuno ricorrere a intitolazioni, odonimi, segni commemorativi; è ancora opportuno intitolare, sapendo che qualunque intitolazione sarà in un certo qual modo divisiva?

I due casi in questione riguardano entrambi l'intitolazione di un edificio pubblico, nell'un caso di una biblioteca di quartiere al giovane ricercatore Giulio Regeni, assassinato in Egitto nel 2016, e nell'altro di una scuola a Samuel Paty, il professore decapitato nell'ottobre 2020 fuori dalla propria scuola a Conflans-Sainte-Honorine (Yvelines)¹⁸⁸. Nei due casi gli organi competenti hanno adottato due approcci procedurali diversi e il risultato ha evidenziato polarizzazione ideologica e autocensura.

Nel primo caso, il Comune di Bergamo ha deliberato di intitolare la biblioteca del quartiere Colognola a Giulio Regeni. La decisione ha scatenato la viva opposizione del parroco del quartiere, il quale ha lamentato innanzitutto il mancato confronto con la cittadinanza, da lui giudicato doveroso, dinnanzi a una iniziativa di questo tipo e quindi l'azione unilaterale del Comune; e secondariamente, il merito della scelta, evidenziando come il carattere politicamente divisivo di Regeni lo renderebbe suscettibile di strumentalizzazioni politiche¹⁸⁹. Duplici sono i

¹⁸⁷ Stora sottolinea la recente «communitarisation de la mémoire», giudicandola negativamente in quanto porterebbe alla «concurrance de la mémoire» e da qui a una «mémoire fractionnée». Così in una intervista nel programma di *France Culture L'Invité des matin été*, in *franceculture.fr*, 7-8-2020.

¹⁸⁸ Il *Conseil municipal* di Parigi ha votato il 17-11-2020 l'intitolazione di una via a Samuel Paty, derogando così alla regola secondo cui non è possibile procedere ad alcuna intitolazione prima che siano decorsi cinque anni dal decesso. La regola è stata nuovamente derogata nell'aprile 2021 con la decisione di intitolare due porzioni dei *quais* da una parte e dall'altra del *pont de l'Alma* a Chirac (*quai Jacques-Chirac*) e all'avvocatessa algerina femminista Gisèle Halimi (*promenade Gisèle-Halimi*). V. D. COSNARD, *A Paris, rendez-vous bientôt «quai Jacques-Chirac» et «promenade Gisèle-Halimi»*, in *Le Monde*, 2-4-2021.

¹⁸⁹ La notizia del 29-1-2021 è riportata da *Repubblica*, in *milano.repubblica.it*.

profili da considerare. In primo luogo, il richiamo alla retorica della contrapposizione tra democrazia rappresentativa e diretta e in secondo luogo la contestazione nel merito della scelta così come dei criteri che l'hanno motivata. Per quanto non vi sia una formalizzazione di questi criteri, si può comunque richiamare la terzietà e l'imparzialità dello Stato quale agente memoriale, così come le finalità che esso si pone con l'azione memoriale, la difesa e la promozione di valori di cittadinanza universale. Non sfugge come Regeni risponda perfettamente a questi criteri e che l'addurre un non meglio declinato carattere politicamente divisivo sembra rispondere a una strumentalizzazione proprio di natura politica. Si è già richiamato come nessun segno/odonomo/intitolazione potrà mai fare l'unanimità e, conseguentemente, non si ritiene di dover aderire al blocco di alcune memorie proprio a causa di strumentalizzazioni politiche¹⁹⁰.

Il caso riguardante l'intitolazione di una scuola a Samuel Paty è come se 'rispondesse' alla prima critica del parroco di Colognola, in quanto l'amministrazione comunale ha coinvolto nel processo decisionale tutti gli interessati (non l'intera cittadinanza), dunque il personale scolastico, gli alunni e le loro famiglie. Il sindaco della cittadina di Ollioules, nel dipartimento provenzale del Var, avanza la proposta di intitolare il *Collège des Eucalyptus* a Samuel Paty, proposta che ottiene l'accordo sia del preside che del Consiglio di dipartimento, oltre che della famiglia Paty. Pochi giorni prima del voto del Consiglio comunale, la proposta viene sottoposta all'intera comunità scolastica e rigettata con percentuali 'bulgare', la totalità del corpo insegnante, l'89% degli alunni e il 69% dei loro genitori. Il maggior sindacato dell'insegnamento secondario, lo Snes (*Syndicat national des enseignants de second degré*), motiva il rigetto sollevando due punti che qui interessano: il primo è rappresentato dalla qualificazione della intitolazione come un rischio inutile e che, come tale, può e deve essere evitato¹⁹¹; il secondo, di particolare rilievo quando si tratta di onomastica locale, concerne la mancanza di legame territoriale tra il professor Paty e il comune di Ollioules. Il primo punto non mette in discussione la scelta di Samuel Paty in quanto tale, ma la rigetta perché potenzialmente foriera di conseguenze negative. Certo, la questione è da leggersi nel quadro del più ampio dibattito che sta fortemente polarizzando la società civile e il mondo accademico su *laïcité*, *islamo-gauchisme* e *islamophobie* così come sulla c.d. *loi séparatisme*¹⁹², ma quello che qui rileva è l'incidenza che un ambiente fortemente polarizzato ha sia sulla libertà di espressione che sulla procedura di onomastica che dovrebbe essere in capo al decisore pubblico. Il secondo punto sollevato dallo Snes merita anch'esso di essere considerato, per interventi futuri di onomastica, poiché può rivelarsi l'elemento chiave ai fini dell'accettazione da parte della comunità, fermo restando che la connessione territoriale non è garanzia di consenso.

¹⁹⁰ Il riferimento è soprattutto a strumentalizzazioni di bassa lega, quali quelle che possono sostanziarsi in un rifiuto di una determinata memoria perché la proposta proviene da una parte politica avversa.

¹⁹¹ Così Sandra Olivier, rappresentante dello Snes nella scuola. V. S. KOVACS-C. BEYER, *Le collège d'Ollioules ne sera pas baptisé «Samuel Paty»*, in *Le Figaro*, 27-1-2021. L'articolo è comunque accessibile nella sua integralità sul sito del *Comité Laïcité République*, in laicite-republique.org.

¹⁹² *Projet de loi n° 3649 confortant le respect des principes de la République*, presentata dai ministri Darmanin e Schiappa al Consiglio dei ministri del 9-12-2020, approvata dall'*Assemblée nationale* il 16-2-2021 e in discussione ora al *Sénat*.

Entrambi i casi suggeriscono che la procedura da seguire quando i pubblici poteri agiscono come agenti memoriali deve garantire democraticità, trasparenza (nell'articolazione del processo, nella decisione ma anche nella motivazione), terzietà e imparzialità rispetto alle memorie ed essere improntata a criteri universali, inclusivi e plurali. Una procedura che si rivela piuttosto interessante da analizzare per come cerca di affrontare e risolvere le criticità che l'azione memoriale pone è quella di *panthéonisation*, regolata dal già citato decreto del 26 maggio 1885.

Già sono state richiamate le finalità celebrative, ideologiche e pedagogiche che sono state all'origine delle *panthéonisations* a partire dal 1791 e come il 1885 sia stato un momento decisivo in questo percorso, avendo fornito un primo inquadramento giuridico che, seppure minimo, rimane formalmente in vigore ancora oggi. Dopo il 1885, il nuovo momento fondativo del *Panthéon* quale luogo di commemorazione è stato il discorso di André Malraux in occasione della *panthéonisation* di Jean Moulin il 19 dicembre 1964¹⁹³, dove, con lo stile che lo contraddistingue, Malraux tratteggia, attraverso il percorso umano e civile di Moulin, quelle caratteristiche che devono contraddistinguere il 'pantheonizzato'. Inoltre, il discorso contrappone un'idea inclusiva di nazione, rappresentata dalla Francia, al nazionalismo, rappresentato dalla Germania nazista, e inserisce Moulin nella storia repubblicana (richiamo a Carnot e ai soldati dell'Anno II, a Hugo e ai suoi Miserabili e a Jaurès, vegliato dalla Giustizia). Il discorso è fondativo poiché va a porsi come integrazione informale di una procedura poco formalizzata dal decreto del 1885, andando a elaborare una sorta di criteri guida.

Il decreto del 1885 è, si diceva, assolutamente parco nel delineare procedura e requisiti. Per quel che concerne la procedura, l'art. 2 fa riferimento a un decreto presidenziale che deve ordinare la traslazione delle spoglie al *Panthéon* e per quel che concerne i requisiti l'aver ricevuto funerali nazionali, il che dunque implica l'essere deceduti¹⁹⁴. Conseguentemente, procedura e requisiti hanno finito per seguire delle regole non scritte. Il riferimento alla traslazione delle spoglie ha portato a ritenere indispensabile l'accordo della famiglia così come dell'interessato (disposizione testamentarie che la escludano)¹⁹⁵. Peraltro, neppure l'esplicito riferimento ai funerali nazionali (da decretarsi con legge), di cui all'art. 2, è realmente vincolante, in quanto l'art. 1 parla di *grands hommes* che hanno meritato la riconoscenza nazionale, la quale è data per scontata in caso di funerali nazionali, ma può comunque sussistere anche a fronte del soddisfacimento di altri requisiti. Quali, il decreto non lo dice. Il testo è volutamente vago, per evitare un irrigidimento e una eccessiva formalizzazione che avrebbero potuto rivelarsi problematici in futuro (ferma restando la possibilità di emendamento del decreto) e probabilmente anche aggirare la difficoltà rappresentata dalla formulazione di criteri univoci e precisi. Tuttavia, considerando la continuità che ha accomunato le *panthéonisations* da Hugo in avanti, una loro formalizzazione non pare

¹⁹³ Il discorso è disponibile in *malraux.org*. Il video è disponibile sul sito dell'INA, in *ina.fr*.

¹⁹⁴ Requisito peraltro non rispettato dai *Justes de France*.

¹⁹⁵ La sepoltura nella cripta non è comunque l'unica forma di omaggio: vi sono anche placche commemorative nella navata (Bergson, Saint-Exupéry...) e monumenti individuali o collettivi. Recentemente, si è dibattuto sull'opportunità di privilegiare le pantheonizzazioni virtuali nella forma della placca o del monumento, che non richiedono la traslazione dei resti, cosa che permetterebbe di superare l'opposizione della famiglia (come nel caso di Camus) ovvero dell'interessato (come nel caso di Clemenceau). V. P. BELAVAL, *Pour faire entrer le peuple au Panthéon. Rapport à Monsieur le Président de la République*, cit., 12.

attualmente né necessaria né utile. Del resto, neppure l'esplicita menzione di *grands hommes* ha ostato all'ingresso di figure femminili, nell'ottica di una interpretazione evolutiva della norma. Ciononostante, requisiti e procedura meritano un approfondimento ulteriore.

Per quanto riguarda i primi, le regole non scritte hanno evidenziato come fondamentale la possibilità di iscrivere la parabola di vita del candidato nella storia della *République* (come esplicitato dallo stesso discorso di Malraux). La connessione con gli ideali repubblicani è pertanto fondamentale, tanto che la sua mancanza ha portato a escludere la *panthéonisations* anche di personalità illustri quali La Fayette o Berlioz (erano entrambi di dichiarate simpatie monarchiche). Chiaramente questo profilo non può poi essere svincolato dalla finalità dell'operazione della *panthéonisation*, la quale è stata nuovamente chiamata in causa dalla recente proposta, sostenuta anche dal Ministero della cultura, dell'ingresso di Rimbaud e Verlaine in ragione del loro essere stati una coppia omosessuale, 'categoria' non ancora presente al *Panthéon*. La proposta non ha poi avuto modo di concretizzarsi (opposizione della famiglia di Rimbaud), ma porta a chiedersi se nella costruzione del *Panthéon* quale sorta di *maison de l'histoire de France* abbia senso porsi la questione delle lacune. La risposta deve essere negativa. Il 'motore' della *panthéonisation* deve garantire la diversità, ma nel quadro di una coerenza rispetto al progetto memoriale che vede nella lotta civica e civile e nella difesa dei valori repubblicani il proprio perno. E a ciò risponde la *panthéonisation* di Joséphine Baker del 30 novembre 2021¹⁹⁶, laddove il suo essere la prima donna di colore (oltre che la prima donna a entrare 'in solitaria'¹⁹⁷) è un dato sì importante, ma accidentale rispetto alla sua parabola di vita in difesa proprio dei valori repubblicani, i quali annoverano al proprio interno anche la lotta contro il razzismo e la segregazione¹⁹⁸. Memoria e commemorazione devono essere sì inclusivi e plurali, ma si deve anche considerare come la commemorazione passi attraverso diverse forme e diversi livelli e conseguentemente non si possa proporre aprioristicamente un livellamento di fatto. Nel caso specifico, la finalità della commemorazione espressa dal *Panthéon* non si sposa con la rappresentazione di categoria.

La questione dell'inclusione e del pluralismo incide anche sulla procedura su cui il decreto del 1885 è quasi totalmente silente, tanto che è stato idoneo a fondare la procedura parlamentare della Terza e Quarta Repubblica e quella presidenziale della Quinta. Il cambio di forma di governo del 1958 ha ovviamente avuto un impatto sulla procedura, tale per cui l'*Assemblée nationale* perde il proprio ruolo pivotale a vantaggio del Presidente, di cui la 'pantheonizzazione' diventa una delle tipiche prerogative *régaliennes*. La decisione, presa con decreto del Consiglio dei ministri, è di competenza esclusivamente presidenziale¹⁹⁹, senza che siano stati introdotti, per prassi, altri

¹⁹⁶ Questa 'panthoenizzazione' non prevede lo spostamento delle spoglie, che rimangono quindi nel *Cimetière marin* di Monaco.

¹⁹⁷ Le altre cinque donne onorate al *Panthéon* vi sono infatti sempre entrate in compagnia di uomini, compagni di vita (Sophie Berthelot, la prima donna, è entrata nel 1907 per non essere separata dal marito, il chimico Marcellin Berthelot; stesso discorso, anche se a parti invertite, nel 2017 per Simone Veil, accompagnata dal marito), compagni di lavoro (Marie Curie, entrata nel 1995 col marito Pierre) ovvero di lotta (Geneviève de Gaulle-Anthonioz e Germaine Tillion, resistenti sopravvissute a Ravensbrück, entrate nel 2015 assieme ad altre due figure cardine della resistenza, Jean Zay e Pierre Brossolette).

¹⁹⁸ Il comunicato ufficiale dell'Eliseo ne motiva la 'pantheonizzazione' in quanto «incarnation de l'esprit français». Si v. Palais de l'Élysée, *Communiqué*, in *gouvernement.fr*, 23-8-2021.

¹⁹⁹ Controfirmato dal Primo ministro, *ex art.* 19 Cost.

passaggi intermedi, quali un voto parlamentare ovvero l'obbligo di consultare una commissione di esperti o esponenti della società civile. Quest'articolazione della procedura mette in discussione l'idoneità della stessa in un contesto democratico sempre più plurale e dalla sempre crescente necessità di ricomposizione. Da un punto di vista costituzionale, il Presidente gode della medesima legittimazione democratica diretta dell'*Assemblée nationale* e la competenza in materia di *panthéonisations* può rientrare nella funzione di garanzia della Costituzione e della nazione e quindi, più in generale, della *République* che la Costituzione gli attribuisce. La previsione di una commissione che affianchi il Presidente non sarebbe esente da profili critici, rispetto alla selezione dei suoi membri, alla natura del parere e ai rapporti con il Presidente. Una nomina presidenziale difficilmente potrebbe essere considerata soddisfacente, se l'obiettivo è bilanciare la preminenza presidenziale; si potrebbe alternativamente ipotizzare un'elezione parlamentare, con il rischio concreto di eccessiva politicizzazione della commissione. Un'ipotesi potrebbe essere quella di integrare dei membri stranieri che potrebbero diluire il tasso di politicità della commissione e contestualmente essere portatori di un approccio diverso, proprio in quanto non nazionali²⁰⁰. Per quel che concerne il parere, in ragione del ruolo consultivo che essa verrebbe a svolgere, questo non potrebbe che essere non vincolante, ma in caso esso sia discordante rispetto alla posizione presidenziale l'intera procedura risulterebbe compromessa e delegittimata. Il secretare il parere potrebbe risolvere questo profilo, ma non sarebbe in consonanza con la trasparenza che dovrebbe caratterizzare le questioni memoriali. Pertanto, analizzando i pro e i contro, una procedura alternativa non sarebbe necessariamente garanzia di una maggiore condivisione della scelta. Rimane il fatto che, in considerazione del ruolo centrale che il Presidente occupa nella forma di governo francese, qualunque intervento memoriale, così come un mancato intervento, del capo dello Stato deve essere contestualizzato e spiegato. Così ha fatto il presidente Macron quando ha deciso di partecipare alla commemorazione del bicentenario della morte di Napoleone, in netta controtendenza con il 'boicottaggio' di Chirac (e del governo), durante la cui presidenza cadde il bicentenario della battaglia di Austerlitz²⁰¹.

Se dunque la procedura di 'pantheonizzazione' è una prerogativa *régalienn*e del Presidente, un potere di iniziativa permane comunque nelle mani dell'*Assemblée nationale* – che dunque non è

²⁰⁰ Per quanto risalente, e forse non l'unico, si può richiamare l'esempio di Hugo che, nel marzo 1865, è invitato a far parte della commissione per l'erezione di un monumento nazionale a Cesare Beccaria nell'omonima piazza milanese e ivi inaugurato nel 1871. Hugo, di cui era noto l'impegno contro la pena capitale, ha fieramente accettato la proposta. V. HUGO, *La statue de Beccaria*, in *Actes et paroles, II, Pendant l'exil, 1852-1870*, cit., 269.

²⁰¹ Chirac fu accusato di non assumersi il peso della storia di Francia. Si v. R. FAGET, 1805-2005. *Le pâle soleil d'Austerlitz*, in B. COTTRET-L. HENNETON (dir.), *Du bon usage des commémorations. Histoire, mémoire et identité, XVIe-XXIe siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, 157-167. Proprio su questo punto, l'assumersi cioè il peso della propria storia, ha insistito Macron in un passaggio del proprio discorso del 5 maggio, laddove, riecheggiando il Napoleone di «De Clovis au Comité de salut public, j'assume tout», afferma «Aujourd'hui encore, nous assumons tout». Sicuramente Napoleone è un 'uomo per tutte le stagioni', essendo stato oggetto di celebrazione/commemorazione, seppur per profili differenti, da parte di tutti i regimi e governi francesi, siano stati essi di destra o di sinistra, dalla Monarchia di Luglio in avanti. Pierre Nora ha etichettato la polemica sulla commemorazione del bicentenario come «ridicule» in una intervista del 4-3-2021 a *France Inter*, sottolineando come Napoleone, per quanto presenti indubbi punti controversi, abbia avuto un impatto troppo determinante e positivo sulla storia e sulle istituzioni francesi per essere dimenticato. Si v. P. NORA, *Commémorer*, cit. Un'altra risposta alle polemiche sul perché si debba commemorare Napoleone è in T. LENTZ, *Pour Napoléon*, Paris, Perrin, 2021 (per dovere di cronaca, si segnala che Thierry Lentz è il direttore della *Fondation Napoléon*).

totalmente estromessa in questo ambito – per quel che concerne le intitolazioni di edifici pubblici nazionali. L’iniziativa si sostanzia in una *résolution*, non vincolante, che la Camera può indirizzare all’esecutivo. Così il 25 marzo 2021 l’*Assemblée* ha votato all’unanimità la *Résolution* 364 a favore dell’aggiunta alle denominazioni di *Musée d’Orsay* e *Musée de l’Orangerie* (entrambi musei pubblici nazionali) di Valéry Giscard d’Estaing²⁰², mozione accolta dal Presidente e dalla *Ministre de la Culture*.

Al fine di reintegrare, ufficiosamente, gli esperti nel processo memoriale, una soluzione potrebbe essere quella di considerare l’apporto che può essere fornito da associazioni/istituzioni specialistiche, composte da storici, o comunque, da studiosi di alto profilo. Un esempio interessante in questa direzione è offerto dal servizio *France Mémoire* lanciato il 21 gennaio 2021 dall’*Institut de France* (*institut publique*, ma indipendente dal governo)²⁰³. *France Mémoire* si incarica ogni anno di proporre un calendario di una cinquantina di anniversari (esclusivamente cinquantenari e centenari) di personalità, di opere ed eventi marcati della storia di Francia; per ciascuno di essi sul sito internet del servizio sono resi disponibili contenuti storici e pedagogici, appositamente creati da gruppi di esperti e in accesso libero. È importante rilevare che la finalità del servizio non è di natura commemorativa ufficiale – soprattutto poiché la lista di anniversari che esso propone è meramente indicativa, non esaustiva né tantomeno prescrittiva, e numericamente limitata – e pertanto non va a sostituirsi all’azione di politica memoriale dello Stato. L’alta specializzazione dell’*Institut de France*, che beneficia delle competenze delle cinque *Académies* che lo compongono²⁰⁴ e che lo qualifica come un ‘Parlamento di saggi’, non esclude che esso possa sollecitare contributi e pareri di specialisti ad esso esterni, al fine di favorire un confronto e un dibattito più ampio e inclusivo possibile.

La questione della diversità e del pluralismo nella commemorazione è diventata uno dei punti cardine della presidenza Macron (Macron che, lo ricordiamo, è stato collaboratore di Paul Ricœur) che si è concentrata sull’odonomastica e sulla statuaria (con la c.d. pedagogia urbana). Il Presidente si è dichiarato nettamente contrario a *déboulonnages* di statue esistenti, ma ha al contempo iniziato a riflettere su come affrontare la questione in prospettiva futura. In quest’ottica deve dunque leggersi la creazione, su impulso presidenziale, da parte della *ministre déléguée chargée de la Ville*, Nadia Hai, di una commissione di diciotto esperti, presieduta dallo storico Pascal Blanchard, che ha predisposto una lista, ad uso delle collettività territoriali, di 433 persone (318 decedute e 115 viventi)²⁰⁵ che hanno contribuito alla storia della Francia (a partire dalla Rivoluzione) e che sono pertanto meritevoli di trovare una loro collocazione nella memoria collettiva del Paese tramite statue e odonimi. L’obiettivo è duplice: improntare la memoria a una maggiore diversità e risolvere la crescente difficoltà, dovuta all’aumentata polarizzazione, di

²⁰² Il testo della *résolution* è disponibile sul sito dell’*Assemblée nationale* (*assemblee-nationale.fr*). La proposta si deve al fatto che è stato Giscard a decidere, nel 1977, di trasformare la dismessa *gare d’Orsay* nel museo attuale. Giscard va così ad aggiungersi agli altri presidenti della Quinta Repubblica (Pompidou cui è intitolato il *Centre Pompidou*, Mitterrand e Chirac cui sono cointestati rispettivamente la BnF e il *Musée du quai Branly*; a de Gaulle è invece intestato l’aeroporto di Roissy).

²⁰³ La presentazione del servizio è in *institutdefrance.fr*.

²⁰⁴ *Académie française*; *Académie des inscriptions et belles-lettres*; *Académie des sciences*; *Académie des beaux-arts*; *Académie des sciences morales et politiques*.

²⁰⁵ La lista dei 318 è disponibile in *cohesion-territoires.gouv.fr*, mentre quella dei 115 non è ancora stata resa pubblica.

selezionare personalità da commemorare. Lo scoglio dovrebbe essere superato favorendo anche la scelta di personalità dotate di un certo ancoraggio al territorio, essendo stata la lista predisposta a beneficio degli enti territoriali.

Un'operazione analoga, la predisposizione cioè di una lista che dovrebbe guidare gli eletti locali nella scelta di personalità da commemorare promuovendo contestualmente anche la diversità nell'odonomastica, è stata portata avanti dal *ministère des Armées* che, nel quadro di una convenzione stipulata nel 2019 con l'*Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité* (AMF), ha prodotto una pubblicazione intitolata *Aux combattants d'Afrique, la patrie reconnaissante*, contenente le biografie di un centinaio di soldati africani che hanno contribuito allo sforzo bellico e alla liberazione della Francia nel Secondo conflitto mondiale²⁰⁶. Le comunità territoriali che desiderino partecipare all'iniziativa possono essere adiuuate dall'*Office national des anciens combattants et victimes de guerre* (ONACVG) e dal *Service historique de la Défense* (SHD) nella ricerca di un combattente che abbia effettivamente partecipato a operazioni belliche sul proprio territorio. Alcune problematiche devono tuttavia essere evidenziate anche in rapporto a questa iniziativa. Innanzitutto, per quanto animata da una volontà di coinvolgere il livello locale, può risultare difficile per le comunità territoriali partecipare nel concreto all'iniziativa, in quanto l'identificazione dei combattenti è stata operata in maniera centralizzata e dunque senza necessariamente ricercare quella connessione locale che diventa sempre più decisiva in un tempo di memoria polarizzata e identitaria. Secondariamente, da un punto di vista strettamente metodologico, può essere questionabile la decisione di includere anche soldati morti per malattia, visto che il criterio di selezione corrisponde esclusivamente all'essere stato un soldato africano morto per la Francia. Infine, pur non discutendo l'obiettivo di questa iniziativa di pedagogia urbana, la Storia raccomanda cautela nell'approcciare la memoria delle truppe coloniali ed esige uno sguardo critico, dunque non commemorale solo per favorire la diversità²⁰⁷.

Questi interventi propositivi, improntati dunque al pluralismo e alla diversità anche degli odonimi, e che dunque non contemplano l'opzione di rimuovere quelli preesistenti, sembrano però non considerare un punto affatto trascurabile, a quale elemento urbanistico destinare in concreto i nuovi odonimi. La Municipalità di Parigi sembra aver individuato una soluzione che corre su due binari²⁰⁸. Innanzitutto, denominare porzioni di spazio urbano precedentemente innominate, o perché di dimensioni molto limitate ovvero perché incluse da altri odonimi; è il caso di piccole porzioni di verde, di terrapieni, di controviai, di fermate del tram. La seconda, volta esclusivamente ad aumentare la rappresentanza femminile, è quella di aggiungere un nome proprio femminile a odonimi esistenti; indi per cui, ad esempio, la *rue Récamier* diventa *rue Juliette-Récamier*²⁰⁹.

²⁰⁶ La pubblicazione è disponibile in freresdarmes.org.

²⁰⁷ Non si deve ad esempio dimenticare il ruolo che esse hanno avuto nella repressione della rivolta del Madagascar nel biennio 1947-1948.

²⁰⁸ Questa soluzione, nelle sue due accezioni, ha permesso, dal 2014 al 2020, di raddoppiare la rappresentanza di genere nell'odonomastica, dal 6% al 12%. Si rimanda alle pagine di presentazione del progetto sul sito della *Ville de Paris* (paris.fr). Un elenco di odonimi e placche commemorative femminili è in cdn.paris.fr.

²⁰⁹ Così CONSEIL DE PARIS, *Délibération n° 167*, in *Bulletin officiel de la Ville de Paris, Débats, Séance des mardi 1er, mercredi 2, jeudi 3 et vendredi 4 octobre 2019*, disponibile in cdn.paris.fr.

Nel campo dell'odonomastica, e più in generale della commemorazione urbana, il potere decisionale è in capo alla municipalità. L'attualità però chiama in causa – e i due casi di Bergamo e di Ollioules lo hanno dimostrato, come anche la commissione scolastica di San Francisco – l'opportunità di rendere l'intera procedura più partecipativa. Non si tratta solo di aprire a istituti di democrazia diretta ovvero partecipativa sia nella fase propositiva che decisionale/consultiva, ma soprattutto del porre in essere interventi di natura pedagogica ed esplicativa (cercando di non sfociare nel paternalismo), sia del processo decisionale e delle motivazioni alla base dell'iniziativa, che della figura ovvero dell'avvenimento che si propone di commemorare con un segno nello spazio pubblico. Si potrebbe suggerire un approccio di duplice natura, sulla base che si tratti di un segno già esistente ovvero di un segno ancora da apporsi. Nel primo caso, si ritiene più opportuna la conservazione del segno e pertanto diventa fondamentale che gli organi locali di governo agiscano con massicci interventi di natura pedagogica e di contestualizzazione del segno (si è precedentemente richiamato il voto del Municipio 1 di Milano per la contestualizzazione della statua di Montanelli). Questa soluzione consente di mettere il segno al passo con la società contemporanea, evidenziandone e spiegandone le criticità, evitando così le possibili 'trappole' che si accompagnano al *déboulonnage*. La rimozione del segno presenta infatti un problema chiave rispetto alla motivazione e quindi ai criteri che portano alla decisione. Si è poc'anzi rilevato come nel caso di azione memoriale appositiva, i criteri si caratterizzano per una scarsa codificazione, per potersi meglio adeguare ai cambiamenti sociali. Conservare questa vaghezza anche per azioni negative rischia di favorire l'anacronismo, sia storico che memoriale, e di amnesia del passato, che marcherebbe quindi la prevaricazione di una memoria sull'altra. La rimozione di un segno non ha infatti nulla a che vedere con l'oblio comandato dallo Stato che può leggersi nel contesto della ricostruzione di un ordine sociale; esso realizzerebbe, al contrario, un'amnesia storica. A maggior ragione poi quando si tratta di odonimi, l'opportunità di una loro rimozione va ulteriormente valutata anche in ragione delle difficoltà tecniche che cambi nell'odonomastica possono creare e che quindi la consigliano solo in casi di seria ed effettiva problematicità dell'odonomo. Per quel che concerne invece il secondo caso, cioè i segni futuri, è consigliabile un'apertura alla partecipazione popolare nella fase dell'iniziativa rispetto a una consultazione confermativa; il voto negativo, quand'anche non vincolante, si rivelerebbe altamente pregiudizievole all'intera azione memoriale che nascerebbe non condivisa. Inoltre, rispetto a segni/odonomi particolarmente divisivi il ricorso alla democrazia diretta potrebbe non essere consigliabile anche in ragione dell'effetto ulteriormente polarizzante che una consultazione popolare, ancorché non necessariamente vincolante, potrebbe generare. Non solo, essa potrebbe realizzare una esclusione nonostante la volontà originariamente inclusiva, come avvenuto nel *referendum* bolzanino sull'odonomo piazza della Vittoria sopra richiamato. La democrazia partecipativa, nella sua accezione quindi di dibattito e di confronto critico e pedagogico, potrebbe rivelarsi maggiormente idonea. Nel momento infatti in cui si apre alla partecipazione popolare, diventa però fondamentale che essa sia consapevole e pertanto il ruolo educativo e pedagogico del potere pubblico non deve venire meno. Non si deve comunque pensare che l'apertura al coinvolgimento della cittadinanza garantisca la condivisione della scelta memoriale; l'unanimità è un qualcosa di assolutamente irraggiungibile in campo memoriale e non è l'obiettivo. Questo, al

contrario, è specialmente informare e coinvolgere. L'unanimità non è poi neppure da prevedersi per gli organi preposti, a ogni livello territoriale, all'apposizione di odonimi ovvero all'erezione di statue, per quanto sia invece da consigliarsi maggioranze qualificate particolarmente elevate.

Si è particolarmente insistito sull'importanza della procedura che porta lo Stato a esercitare la propria azione memoriale in quanto fondamentale garanzia della terzietà e della imparzialità dello stesso. Se dunque la procedura deve esplicarsi attraverso organi democraticamente legittimati e responsabili, che agiscono in modo trasparente sulla base di criteri universali e plurali, ciò vale sia per l'apposizione di nuovi segni che per la rimozione di segni esistenti. In quest'ultimo caso, però, deve considerarsi che non tutto può essere rimosso. Se il segno è di interesse storico, esso è protetto dai trattati Unesco o comunque può vedersi associato un valore artistico da parte della legislazione nazionale²¹⁰. Doveroso è quindi il riferimento a quelle rimozioni che si inseriscono espressamente in un quadro memoriale, quale quello offerto dalla *Ley de Memoria Histórica* che dispone la rimozione progressiva di tutti i segni della dittatura franchista, da interpretarsi estensivamente (ceneri incluse), ma che non può concretizzarsi «cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley», *ex art. 15, c. 2*.

Non è solo lo spazio pubblico a essere messo sotto accusa dalla cultura dell'annullamento e del boicottaggio. Si sono richiamati esempi di manipolazione di opere dell'ingegno, di messa al bando di alcune di esse dalle università americane, ma anche di decisioni di alcuni giornali, sempre in ambito anglosassone, di bandire dalle proprie pagine la satira. Sotto un profilo prettamente giuridico, lo spazio immateriale solleva problematiche sì analoghe (anch'esso veicola memoria), ma al contempo differenti rispetto ai segni dello spazio pubblico. Il profilo che maggiormente colpisce al primo sguardo è che gli ambiti più colpiti sono quello dell'informazione e quello accademico, due dei tradizionali contropoteri rispetto al potere costituito, il cui effettivo funzionamento come tali viene così minato alle fondamenta.

Nello spazio immateriale il momento dell'annullamento si sostanzia nell'autocensura, mentre quello del boicottaggio nella censura nei confronti di voci interne e terze dissenzienti. La questione dell'autocensura si rivela particolarmente interessante, in quanto è solita caratterizzare i *media* o l'accademia di ordinamenti non democratici, laddove, a fronte dell'incertezza del diritto, essa è percepita come un mezzo per evitare una sanzione giuridica. Emblematica di come l'autocensura si esplica in un contesto democratico è il recente rigetto della caricatura da parte di alcune delle maggiori testate statunitensi, come è ben emerso dai commenti all'omicidio di Samuel Paty e il suo rapporto con le caricature di *Charlie Hebdo*. Più che sull'omicidio, i *media* statunitensi

²¹⁰ La questione del valore artistico di un segno pubblico già si era posta durante la Comune. Il pittore Courbet, nella petizione indirizzata al *Gouvernement de Défense nationale* in favore dell'abbattimento della Colonna Vendôme il 14-9-1870, evidenzia come essa sia «un monument dénué de toute valeur artistique» (si v. *Bulletin officiel de la municipalité de Paris*, 14-9-1870). È poi la Comune a votarne il 12-4-1871 l'abbattimento, con relativo decreto (si v. il *Journal officiel de la Commune de Paris*, 12-4-1871, 671, in *classiques.uqac.ca*). Si rilevi come la decisione sia il risultato di una delibera democratica, a conclusione di un dibattito in cui le due posizioni, favorevoli e contrari, si sono dialetticamente confrontate. Courbet è stato poi processato dal *Conseil de guerre* per il *déboulonnage* e condannato a sei mesi di prigione e al pagamento di 500 franchi d'ammenda e poi dal *tribunal civil de la Seine* a quello di 323.091,68 franchi, il costo dell'intero cantiere di ricostruzione. Sulla vicenda, a difesa *post mortem* del pittore, si v. J.-A. CASTAGNARY, *Gustave Courbet et la colonne Vendôme: plaidoyer pour un ami mort*, Paris, E. Dentu, Libraire Éditeur, 1883.

si sono concentrati sull'espressione inopportuna che le caricature avrebbero veicolato (e che il professore ha riproposto), nella forma di un accanimento contro una minoranza religiosa²¹¹. Il diverso sentire delle testate statunitensi e francesi non si esaurisce nel differente approccio alle caricature, ma denota una diversa interpretazione del rapporto Stato-religione e un'incomprensione della *laïcité*, considerata negli Stati Uniti come un'indebita intromissione dello Stato nella vita dei cittadini.

Negli Stati Uniti, l'annullamento e il boicottaggio nello spazio immateriale oltre ad avere raggiunto proporzioni maggiori rispetto all'Europa, che pure non ne è esente, è di particolare interesse in quanto si pone in un rapporto piuttosto ambiguo rispetto al Primo emendamento. Un regime di massima tutela della libertà di espressione – pur nella consapevolezza, come ricordato anche in più occasioni dalla Corte suprema, che non tutte le espressioni sono uguali e dunque meritevoli della medesima tutela – si sostanzia in limitazioni non giuridiche della libertà di espressione. Laddove la legge non interviene, sopperisce il popolo, indignato. Se la legge non reprime discorsi di natura offensiva, discriminatoria, reali o percepiti come tali da alcune categorie, la loro repressione viene presa in carico dalla società civile, da movimenti di cittadini che si aggregano sui SNS. Il problema è quindi duplice. Innanzitutto, viene a realizzarsi una (auto)censura indiscriminata, che non risponde ad alcun criterio chiaro e oggettivo, posta in essere dal primo venuto che si erge ad alfiere di una supposta maggioranza, della cui reale esistenza non solo non ci sono prove (impossibile verificarla, non essendo il dissenso strutturato secondo i canali ufficiali), ma di cui si deve addirittura dubitare. Si ricade nuovamente nella minoranza trascinante che nega qualunque possibilità di confronto dialettico. Inoltre, considerando la bolla informazionale creata dai SNS, parafrasando Tocqueville, si può affermare che una volta che una minoranza trascinante si crede maggioranza, la libertà di espressione viene meno, in quanto la 'maggioranza' suppone che tutti la pensino come lei e che la sua opinione sia l'unica giusta e socialmente accettabile²¹².

La seconda criticità, strettamente connessa con la prima, è, ancora una volta, il ruolo giocato dai SNS come luogo principe di aggregazione e alternativo ai canali procedurali propri di un ordinamento democratico. Le bolle informazionali polarizzano le opinioni e strutturano il rifiuto del confronto, fomentando la deriva identitaria e comunitarista. Diventano quindi generatori e portavoce di indignazione di gruppi sociali che si credono rappresentativi dell'intera popolazione e che riescono a imporsi in virtù dell'aggressività delle proprie rivendicazioni. Ci si domanda così se l'indignazione che nasce da rivendicazioni che non riescono a incanalarsi secondo i canali messi a disposizione dell'ordinamento possa di per sé costituire una sorta di legittimazione ad agire e a rivendicare così il diritto a 'censurare' espressioni considerate 'inopportune' da specifiche categorie.

²¹¹ *Ex multis*, v. A. NOSSITER, *Man Beheads Teacher on the Street in France and Is Killed by Police*, in *The New York Times*, 16-10-2020.

²¹² Il carattere intrinsecamente dispotico della democrazia (secondo Tocqueville) è ben discusso in P. MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Gallimard, 2006.

A ben analizzare il movimento della cultura dell'annullamento e del boicottaggio nel contesto statunitense, e principalmente in quello dei *campus* universitari, emerge come esso vada collegato al fenomeno delle c.d. *microaggressions*, azioni e parole che, pur non avendone l'intento, sono percepite come violente e aggressive²¹³. È qualificato come *microaggression* anche lo studio di opere letterarie considerate disturbanti a diverso titolo, perché misogine, razziste, abusive, da specifiche categorie di studenti. Al fine di evitare il verificarsi di queste 'aggressioni' sono stati sviluppati i c.d. *trigger warnings*, avvertenze che i docenti dovrebbero apporre nei *syllabi* dei propri corsi al fine di segnalare preventivamente la trattazione di materiale (su qualunque supporto) che potrebbe essere considerato offensivo ovvero disturbante da parte dell'uditorio, laddove lo studio di questi materiali sia indispensabile ai fini del corso (leggasi: espungerli se possibile). Seguendo Lukianoff e Haidt, l'obiettivo è la trasformazione del *campus* in un luogo protetto da espressioni e idee che possono essere giudicate *uncomfortable* e la punizione di chiunque interferisca con questo progetto. I due Autori definiscono questo impulso punitivo *vindictive protectiveness* e vedono la sua origine nella mutata interpretazione delle leggi federali contro la discriminazione. Questa è una posizione alquanto interessante, giacché postula una confusione di piani, con una progressiva penetrazione in ambito accademico del c.d. *emotional reasoning*, secondo cui le emozioni negative provate da un individuo rifletterebero necessariamente una realtà di fatto. Questo atteggiamento consente anche un collegamento sia con la già richiamata tendenza statunitense a estendere il proprio sentire agli altri membri della comunità che con la questione della minoranza trascinante. Sembrerebbe andarsi così a configurare una sorta di diritto a non essere offesi, laddove la percezione di alcune espressioni come offensive non è più valutata esclusivamente in rapporto alla propria soggettività, ma oggettivizzata, tale per cui l'autore dell'espressione (che può essere uno studente, un docente o un ospite) deve essere punito da una qualche forma di autorità (nello specifico quella del *campus*). La questione delle *microaggressions*, dell'*emotional reasoning* e dell'impatto che possono avere sulla libertà di espressione e accademica all'interno di un *campus* deve essere contestualizzata nel quadro della lotta alla discriminazione razziale. Più specificamente, la sec. 602 del *Title VI* del *Civil Rights Act* del 1964²¹⁴ proibisce qualunque discriminazione sulla base di razza, colore della pelle ovvero origine nazionale, al cui interno rientra anche il c.d. *environment harassment*²¹⁵. Un ambiente è percepito come ostile quando un membro di una minoranza subisce una molestia grave o pervasiva, tale da impedirne ovvero limitarne la partecipazione a un programma educativo ovvero di trarne beneficio²¹⁶. L'altra base giuridica è rappresentata dal *Title IX* degli *Education Amendments* del 1972²¹⁷ che pone in capo al *Department of Education* (DOE) il

²¹³ La questione è ben analizzata da G. LUKIANOFF-J. HAIDT, *Coddling the American Way*, in *The Atlantic*, September 2015 issue e poi trasformato nel libro *The Coddling of the American Mind: How Good Intentions and Bad Ideas Are Setting Up a Generation for Failure*, London, Penguin Books, 2018. Lukianoff è avvocato e presidente della *Foundation for Individual Rights in Education* (FIRE), mentre Haidt uno psicologo sociale.

²¹⁴ 42 U.S.C. § 2000d (2006).

²¹⁵ *Si v.* DEPARTMENT OF EDUCATION'S OFFICE FOR CIVIL RIGHTS (OCR), *Racial Incidents and Harassment Against Students at Educational Institutions; Investigative Guidance*, 59 Fed. Reg. 11449, in *www2.ed.gov*, 10-3-1994.

²¹⁶ *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986), ma anche *Monteiro v. Tempe Union High Sch. Dist.*, 158 F.3d 1022 (9th Cir. 1998).

²¹⁷ 20 U.S.C. § 1681(a).

compito di verificare che tutte le istituzioni educative pubbliche che beneficiano di fondi federali rispettino il *Title IX degli Education Amendments* e il *Title VI del Civil Rights Act*. Nell'esercizio di questa competenza, la linea del *Department of Education's Office for Civil Rights* (OCR) è sempre stata a favore del requisito dell'oggettività dell'espressione offensiva per poter avviare una procedura per molestia e, conseguentemente, del superamento del *reasonable person test*. Più precisamente, nel 2003, l'OCR in una *'Dear Colleague' Letter* sottolineava come un *harassing speech* dovesse andare «beyond the mere expression of views, words, symbols or thoughts that some person finds offensive»²¹⁸. Interpretazione estesa però nel 2013, quando DOE e DOJ, con la c.d. *Findings letter*²¹⁹, vi includono qualunque espressione semplicemente «unwelcome», rovesciando nella sostanza i c.d. *Davis standards* elaborati dalla Corte suprema sul *peer-on-peer sexual harassment*²²⁰ e recepiti dal DOE nel 2003. Risulta quindi piuttosto comprensibile come le università, al fine di evitare di essere l'oggetto di indagini federali, abbiano ulteriormente espanso il concetto di espressione offensiva al di là dell'ambito della molestia sessuale, tanto che l'*emotional reasoning* è considerato sufficiente per configurare una forma di *harassment*. E ciò anche al netto dell'indubbia difficoltà nel definire un *offensive speech*, così come dell'impossibilità di eliminare totalmente l'elemento soggettivo²²¹. L'atteggiamento di estrema cautela di molte università è ben illustrato dalle *guidelines*, non vincolanti, ad uso della *faculty* dell'Oberlin College (Ohio)²²² in cui figurava un elenco di argomenti che avrebbero giustificato dei *trigger warnings*. La questione dei *trigger warnings* è molto vasta, anche in considerazione del carattere pluridisciplinare che essi assumono (specialmente in relazione al disturbo da stress post-traumatico)²²³, ma, per quanto qui interessa, deve rilevarsi come essa abbia trovato nuova linfa dal quadro della cultura dell'annullamento e del boicottaggio nei confronti di molte opere letterarie presenti nei programmi dei corsi di letteratura (ma non solo) che sono suscettibili di contenere espressioni considerate *blissing* da specifiche minoranze. Per quanto i *trigger warnings* non siano obbligatori, sono comunque critici rispetto a due libertà protette del Primo emendamento, in quanto possono originare sia una censura che un'autocensura (quest'ultima tende a caratterizzare maggiormente la *non tenured faculty*)²²⁴. Al contrario di altre libertà per la cui tutela la Corte suprema ha elaborato specifici standard di tutela, in tema di libertà accademica la Corte ammette l'adozione da parte delle università di *policies* finalizzate a promuovere un ambiente educativo sano e sicuro, ma questo

²¹⁸ Il testo è disponibile in 2.ed.gov.

²¹⁹ *Letter from Anurima Bhargava, Chief, U.S. Dep't of Justice, and Gary Jackson, Regional Director, U.S. Dep't of Educ., to Royce Engstrom, President, U. of Mont., and Lucy France, U. Counsel, U. of Mont., U.S. Dep't Of Just.*, in www.justice.gov, 9-5-2013.

²²⁰ «A plaintiff must establish sexual harassment of students that is so severe, pervasive, and objectively offensive, and that so undermines and detracts from the victims' educational experience, that the victim-students are effectively denied equal access to an institution's resources and opportunities». *Davis v. Monroe Cty. Bd. of Educ.*, 526 U.S. 629 (1999), p. 651.

²²¹ B. HART, *A Balancing Act for American Universities: Anti-Harassment Policy v. Freedom of Speech*, in *J. L. e Pol'y*, 2016, 399-435.

²²² *Si v. oberlin.edu*.

²²³ F. LAGUARDIA-V. MICHALSEN-H. RIDER-MILKOVICH, *Trigger warnings: From panic to data*, in *J. Legal Educ.*, 2016, 882-903.

²²⁴ Una parziale risposta a questo rischio è stata fornita da Jeff McMahan, Francesca Minerva e Peter Singer che hanno fondato nel 2021 una nuova rivista, il *Journal of Controversial Ideas*, con l'intento di dare vita a un «forum for careful, rigorous, unpolemical discussion of issues that are widely considered controversial, in the sense that certain views about them might be regarded by many people as morally, socially, or ideologically objectionable or offensive» e cui gli autori possono intervenire anche sotto pseudonimo.

perché l'obiettivo era combattere la discriminazione razziale²²⁵. Il fine di queste *policies* è ora mutato, così come lo è il loro contesto e il loro modo di esplicitarsi. I *trigger warnings* non sono neutrali dal punto di vista contenutistico e, pertanto, la legittimità della restrizione dovrebbe essere valutata rispetto a standard più elevati. Risulta poi molto difficile, se non impossibile, distinguere materiale realmente traumatico da materiale meramente disturbante. La stessa *American Association of University Professors* si è nettamente espressa contro i *trigger warnings*, criticandoli soprattutto dal punto di vista educativo²²⁶.

Nel febbraio 2021 il governo britannico, constatando come il bilanciamento tra *emotional safety* da un lato e libertà di espressione e accademica dall'altro sia operato sempre più a favore della prima, ha presentato, tramite il *Secretary of State for Education*, un *policy paper* in merito a una riforma delle università inglesi (la materia è devoluta)²²⁷. Il progetto ha poi assunto la forma di un vero e proprio progetto di legge, lo *Higher Education (Freedom of Speech) Bill*, presentato ai Comuni il 12 maggio 2021²²⁸. La proposta più interessante è l'istituzione di un *Freedom of Speech and Academic Freedom Champion*, il quale avrà il compito di segnalare possibili violazioni della libertà di espressione e accademica al *Board* dell'*Office for Students* (OfS)²²⁹, già competente a comminare sanzioni, oltre che di accertarsi che coloro che abbiano sofferto una compressione della propria libertà di espressione/accademica possano ottenere giustizia. Così come configurato, è lecito sollevare dubbi sull'indipendenza del *Champion* che pare piuttosto debole, essendo inquadrato nel *Department of Education* e dunque nell'esecutivo. Il rischio è quindi che anch'esso possa realizzare un'intromissione nella sfera della libertà di espressione/accademica di ciascuna università. Inoltre, pare concreto il rischio che questo progetto di legge ottenga l'effetto inverso, nella misura in cui sembra favorire la litigiosità in quanto è intitolato all'azione legale chiunque ritenga che una università o associazione studentesca non abbia tutelato la sua libertà di espressione.

Il fenomeno dei *trigger warnings* rimane al momento confinato al mondo anglosassone e non va amplificato oltremisura, neppure nel Regno Unito dove, nonostante la proposta di riforma, non è, ad oggi, numericamente rilevante²³⁰. Rimane però come essi evidenzino la volontà di perseguire un'inclusione emozionale sacrificando il profilo educativo e pedagogico. L'obiettivo deve sempre essere l'inclusione, specialmente in società plurali, ma esso va raggiunto tramite un rafforzamento della conoscenza, che consente di contestualizzare, di problematizzare e, soprattutto, di comprendere e di pensare criticamente. Le istituzioni scolastiche e universitarie non sono

²²⁵ *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

²²⁶ AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, *On Triggers Warnings*, in *aaup.org*, 2014.

²²⁷ *Higher education: free speech and academic freedom Presented to Parliament by the Secretary of State for Education by Command of Her Majesty*, in *assets.publishing.service.gov.uk*, February 2021.

²²⁸ Per il testo, si veda *bills.parliament.uk*, mentre per un'analisi dettagliata si rimanda a S. HUBBLE, *Higher Education (Freedom of Speech) Bill No 12 of 2021-22, Briefing Paper Number 9215*, 18 House of Commons Library, May 2021.

²²⁹ L'OfS è un *non-departmental public body* in seno al *Department of Education* istituito con l'*Higher Education and Research Act 2017*, in *legislation.gov.uk*.

²³⁰ Così la *Parliamentary Human Rights Committee* in un *report* del 2018, in *publications.parliament.uk*. Ad ogni modo, pare opportuno segnalare il più recente *report* commissionato nel 2020 dal *think tank Public Exchange* e redatto da tre accademici, che mostra come l'autocensura dei docenti sia tutt'altro che irrilevante, caratterizzando il 32% degli accademici che si considerano di destra e il 15% di quelli di sinistra. V. R. ADEKOYA-E. KAUFMANN-T. SIMPSON, *Academic freedom in the UK Protecting viewpoint diversity*, Public Exchange, 2020.

compagnie private quotate in borsa, come Disney o HBO, che possono decidere di censurare contenuti dei propri cataloghi in quanto, dovendo rispondere ai propri azionisti, sono inclini a seguire il vento dell'indignazione *social*²³¹.

La medesima polarizzazione e criticità in termini di libertà accademica e di ricerca propri della cultura dell'annullamento e del boicottaggio sono riscontrabili anche nel dibattito sull'*islamo-gauchisme* che anima le università francesi. La *ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche* Frédérique Vidal ha infatti deciso di lanciare un'inchiesta sulla questione, volta più precisamente a indagare su cosa si faccia ricerca, con riferimento particolare a «radicalités», «études postcoloniales» e «intersectionnalité». Nei propositi della ministra, l'obiettivo è quello di distinguere ricerca da ideologia, attività accademica da militatismo²³² e di decostruire il pensiero unico che sta prendendo sempre più piede rispetto a specifiche questioni. Tuttavia, esso appare piuttosto debole in ragione principalmente della non-scientificità del termine di *islamo-gauchisme*²³³. Non risulta neppure chiaro quale debba essere lo sbocco concreto dell'inchiesta, se non finire comunque per porre in essere una compressione della libertà accademica e di ricerca. Sicuramente gli studi 'incriminati' sono caratterizzati da una crescente polarizzazione e da un confronto dialettico sempre più difficile (come suggerisce la recente vicenda dell'*Institut d'études politiques* di Grenoble²³⁴), ma un intervento dell'esecutivo nella ricerca universitaria non sembra essere lo strumento migliore ai fini di garantire il pluralismo ed evitare episodi di (auto)censura di espressioni dissenzienti.

6. Riflessioni conclusive

La cultura dell'annullamento e del boicottaggio, fortemente legata al *woke* e al movimento BLM, è un fenomeno altamente complesso e poliedrico, nel cui contesto il *déboulonnage* delle statue, dal quale la presente riflessione si è originata, è la manifestazione più spettacolare. Si deve chiaramente andare oltre, soprattutto perché esso chiama in causa dei fallimenti dello Stato. Il movimento non deve essere ridotto a una opposizione tra iconoclasti e iconodoli né si tratta di perorare a favore della intangibilità delle statue (o degli odonimi); nel corso della Storia, una volta erette, le statue sono state distrutte, abbattute, mutilate, imbrattate. Esse esplicano una funzione importante, sono dei sismografi sociali, perché riflettono mutamenti sociali nel momento in cui sono in corso. Eppure le statue, come gli odonimi, esplicano anche un'altra funzione: sono uno degli strumenti possibili di commemorazione, attraverso cui si trasmettono e perpetuano Storia e memoria.

²³¹ HBO Max ha dichiarato nel febbraio 2021 che non procederà a rimuovere dal proprio catalogo la filmografia di Woody Allen, preferendo lasciare allo spettatore la libertà di scelta.

²³² Peraltro, anche su questo termine si dovrebbero operare dei *distinguo*, nella misura in cui il militatismo da scoraggiarsi è quello di matrice ideologica, mentre è da incoraggiarsi quello che si fonda sull'insistenza della necessità di fare il mestiere di storico. In quest'ottica Laterza ha dato avvio alla serie *Fact Checking: la Storia alla prova dei fatti*, nella collana *i Robinson*.

²³³ Come si è affrettato a chiarire il CNRS (*Centre national de la recherche scientifique*) il 17-2-2021.

²³⁴ Per una ricostruzione di quanto accaduto, si rimanda a AFP, *Sciences Po Grenoble: l'accusation d'islamophobie de deux professeurs fait polémique*, in *Le Point*, 7-3-2021.

La cultura dell'annullamento e del boicottaggio mette in discussione l'approccio memoriale e commemorativo sotto nuovi profili. Se, tradizionalmente, la polemica memoriale si incanalava secondo un *cleavage* ideologico, di opposizione destra-sinistra, ora hanno invece acquistato sempre maggiore rilevanza *cleavages* di natura identitaria, portatori di una nuova lettura non soltanto della memoria nello spazio pubblico ma anche dello spazio immateriale. Il movimento ha riportato al centro del dibattito problematiche storico-memoriali associate a particolari avvenimenti storici, su tutti schiavitù e colonizzazione, rispetto ai quali lo Stato ha fallito nel suo ruolo di costruttore e conciliatore di memoria, ma anche di costruttore di una reale cittadinanza inclusiva.

Analizzando le manifestazioni di annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e immateriale e le problematiche giuridiche – in termini di democrazia procedurale e sostanziale – che esse sollevano, emerge come il movimento possa essere quasi esclusivamente ricondotto a un obiettivo di obliterazione – che diviene poi quasi autoassolutorio – e a una lotta di potere; è dunque fortemente deficitario sotto il profilo propositivo, mancando di una reale progettualità. Se lo scopo è l'eliminazione di discriminazione e disuguaglianza, il perseguimento di una reale giustizia sociale e la promozione di una cittadinanza attiva e inclusiva, pare alquanto difficile porvi rimedio censurando opere dell'ingegno, comprimendo la libertà accademica e di espressione o rimuovendo statue e totemi, soprattutto se si procede su base identitaria. Questi sono attacchi alla ragione, rispetto ai quali gli Stati di democrazia pluralista – specialmente quelli anglosassoni, complice un legame con il protestantesimo puritano – si sono dimostrati vulnerabili. Il pluralismo e la diversità nella statuaria e nell'onomastica – ma il medesimo discorso, *mutatis mutandis* si applica allo spazio immateriale – non si raggiungono sostituendo statue di bianchi con statue di uomini o donne di colore, ma affiancando le une alle altre e spiegando la presenza delle une e delle altre.

Uno Stato di diritto deve accogliere le sfide che la cultura dell'annullamento e del boicottaggio ha sollevato, ma non incoraggiando un approccio anacronistico, acritico e identitario alla Storia, alla memoria, ai segni dello spazio pubblico e alle opere dello spazio immateriale. Esso, al contrario, deve promuovere la conoscenza della Storia da un lato e la costruzione memoriale dall'altro. Una memoria che sia inclusiva e plurale, come lo è la società contemporanea, ma senza introdurre un'uguaglianza acritica e dogmatica nel momento della commemorazione. Senza dimenticare che Storia e memoria debbono rimanere ben distinte, perché se la memoria può essere positiva, la Storia deve guardarsi dal sovrastimare l'impatto di certe minoranze.

I segni dello spazio pubblico, così come le opere dell'ingegno, debbono essere letti quali strumenti della costruzione memoriale, in cui diventa fondamentale il ruolo dello Stato quale garante delle libertà e dei diritti fondamentali. La condivisione dell'azione memoriale da parte dello Stato, così come la messa in opera di politiche educative, economiche e fiscali positive, specificamente rivolte alle minoranze svantaggiate e pertanto oggetto di segregazione – per quel che qui rileva quella educativa è sicuramente quella di maggiore criticità – sono gli unici strumenti per combattere l'oscurantismo e il carattere antidemocratico di annullamento e boicottaggio. Cercare di perseguire l'uguaglianza delle opportunità, di rawlesiana memoria, è una scelta politica dello Stato. Così come è una scelta politica la messa in atto di una determinata costruzione memoriale. La memoria deve essere de-ideologizzata, ma non può essere de-politicizzata.

Quando il presidente Macron decide di diversificare l'odonomastica francese opera una scelta politica, così come nel momento in cui decide di assegnare a una commissione di esperti, da lui scelta, la selezione delle nuove personalità da commemorare.

In ultima istanza, dunque, ciò che realmente rileva è che lo Stato non abdichi al proprio ruolo di garante dei diritti e delle libertà fondamentali, del processo democratico né alla imparzialità e terzietà necessaria nell'azione memoriale. Anche per questo motivo, la risposta alla domanda se abbiano ancora senso intitolazioni e odonomastica deve essere affermativa. È attraverso di esse che possiamo dialogare con la nostra storia e con la nostra memoria.

ABSTRACT:

The article discusses the phenomenon of the so-called cancel culture, by first proposing an alternative denomination, i.e. culture of annulment and boycott. The focus is on the impact this culture has on the signs in the public space and on the works of arts and literature. The article claims that this favours an anachronistic approach to history as well as an identity-based approach to memory. Finally, the article advocates for a strengthening of the role of the State with respect to the inclusion of all minorities in the memorial policies, without abandoning its impartiality, and in the protection of the academic freedom and the freedom of expression.

ABSTRACT

L'articolo discute il recente fenomeno della c.d. cancel culture, suggerendo l'uso di una denominazione alternativa, quella di cultura dell'annullamento e del boicottaggio, considerandola maggiormente adatta a identificarne i tratti distintivi. Oggetto dell'indagine sono annullamento e boicottaggio nello spazio pubblico e nello spazio immateriale, nei quali i fenomeni annullamento e boicottaggio hanno rivelato un approccio anacronistico alla storia e un approccio memoriale di matrice identitaria. Infine, l'articolo si propone di ridefinire il ruolo dello Stato, sottolineando la necessità che esso si faccia promotore di una politica di inclusione memoriale e di rafforzamento della tutela della libertà accademica e di espressione.

KEYWORDS: Cancel culture; Boycott; Annulment; History; Memories; Democracy.

PAROLE CHIAVE: Cancel culture; Boicottaggio; Annullamento; Storia; Memoria; Democrazia.



Dimitri De Rada*

Cancel Culture e diritto all'accesso all'informazione**

SOMMARIO: 1. *Cancel culture*. Definizione e ragioni di interesse. – 2. Il diritto ad essere informati. – 3. Le armi della *cancel culture*: motori di ricerca, *social media* e dati. Eliminazione di informazioni, modificazione di informazioni, attivazione dei comportamenti dell'utente. – 4. Cancellazione, oblio e “filtraggio” Vs Informazione e Verità storica. – 5. Conclusioni: per un'etica della tolleranza.

1. *Cancel culture*. Definizione e ragioni di interesse

Negli ultimi anni il tema della c.d. *cancel culture*¹ si è sempre più posto all'attenzione² del dibattito mediatico, politico e sociale³. Ciò anche a causa della notorietà dei personaggi che ne sono stati vittima, nonché del rilievo pubblico dei temi che l'hanno innescata.

Si pensi, ad esempio, al caso di J.K. Rowling, ovvero, più di recente, agli avvenimenti negli Stati Uniti legati al movimento “*MeToo*” o “*Black Lives Matter*”⁴, arrivando sino alla vandalizzazione di statue di Cristoforo Colombo, Thomas Jefferson e di George Washington⁵. Anche il nostro Paese, in una forma sensibilmente più ridotta e di minor impatto, ha visto episodi

* Avvocato del Foro di Pavia e docente a contratto presso l'Università degli Studi “La Sapienza” di Roma.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ M. D. CLARK, *Drag them: A brief etymology of so-called “cancel culture”*, in *Communication and the Public*, 5/2020, 88 ss.

² Il sintagma “cancel culture” è stata definita “parola dell'anno” 2019 dal Macquarie Dictionary, che è il più noto dizionario australiano e che in Oceania viene considerato un'autorevole fonte sull'evoluzione della lingua inglese. Ciò è indicativo di come tale espressione sia rappresentativa del linguaggio e della società e di come sono cambiati nei dodici mesi appena trascorsi influenzandosi a vicenda.

³ Uno degli aspetti che più colpisce della vicenda è il supporto a simili movimenti da parte di politici ovvero membri dell'Accademia. Sul punto anche O.F. VON FEIGENBLATT, *The Importance of Historical Heritage and the Fallacy of the Cancel Movement: International Case Studies*, in *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, 10, 3/2020.

⁴ Per altri esempi connessi a vicende relative a personaggi del mondo dello spettacolo, o a vicende diventate di dominio pubblico su internet, si veda ad esempio N.K. CARR, *How Can We End# CancelCulture-Tort Liability or Thumper's Rule?*, in *Cath. UJL & Tech*, 28, 2019.

⁵ O.F. VON FEIGENBLATT, *cit.*

simili: si pensi ai casi di sfregio di statue di personaggi storici o comunque celebri di cui si chiede la rimozione dalla “memoria” collettiva⁶.

Si tratta in buona sostanza di un attivismo che nasce *on line*, per poi innescare azioni nel mondo reale, che tenta di rimuovere dalla presenza pubblica e produzione culturale o - in generale dalla “*mainstream culture*” - persone o aziende che si considerano colpevoli di aver sostenuto – anche in passato, o con presunte singole azioni personali – valori contrari a quelli degli attivisti⁷. Rispetto al bersaglio si parla di “*Character assassination*” o “*Social Murder*”.

La *cancel culture* si differenzia dalla “*Call-out culture*”⁸ in quanto l'obiettivo non è limitato alla pubblica critica ma contiene anche la volontà di far perdere al “bersaglio” la posizione professionale, l'esposizione pubblica e la rimozione di quanto da lui espresso (es. boicottaggio opere passate o cancellazione anche di testimonianze storiche, come nell'esempio dell'abbattimento di statue).

Il tema della *cancel culture* non è solo rilevante da un punto di vista sociale e mediatico e non lo è solo dal punto di vista della tutela dei diritti delle “vittime” di tali meccanismi - tutela ovviamente imprescindibile e necessaria ma di cui non ci occuperemo⁹ - ma è altresì ricco anche di altri spunti di riflessione per il giurista. Infatti, la *cancel culture* assume particolare rilievo in relazione ad alcuni temi al centro del dibattito della dottrina e della giurisprudenza, quali i principi generali dell'ordinamento¹⁰, il bilanciamento dei diritti fondamentali degli individui, nonché delle nuove sfide che si pongono – e per la tutela di quegli stessi principi fondamentali – a causa dell'impatto di internet, dei motori di ricerca e dei social media sulla società e sui sistemi giuridici contemporanei¹¹.

In materia di diritti fondamentali, in particolare, il tema della *cancel culture* si lega alla libertà di opinione e di parola di tutti i cittadini, che viene ad essere limitata a causa delle potenziali rappresaglie su internet (da parte del c.d. “*social media activism*”¹²) a fronte di opinioni ritenute non in linea con il pensiero “dominante”, potenzialmente offensive dell'attivismo o comunque con il c.d. *politically correct*¹³ del momento. Contestualmente, e su questo aspetto ci soffermeremo particolarmente, il tema si lega anche al diritto ad essere informati. Vogliamo anche sottolineare

⁶ A. FRISINA, M. GHEBREMARIAM TESFAU, “Decolonizzare la città. L'antirazzismo come contro-politica della memoria. E poi?”, in *Studi culturali*, 3/2020 pg. 399-412.

⁷ Cfr. Cambridge Dictionary, voce “*cancel culture*”, <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/cancel-culture>.

⁸ “*A way of behaving in a society or group in which people are often criticized in public, for example on social media, for their words or actions, or asked to explain them*”. Cfr. Cambridge Dictionary, voce “*call-out culture*”, <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/call-out-culture>.

⁹ In realtà quella che nel mondo anglofono è stata ribattezzata come “cancel culture” in Europa, storicamente, ha avuto molti antecedenti: la “*damnatio memoriae*”, la “scomunica” ecc. La dinamica operativa sui social media ricorda una forma di “bullismo di branco”, nel senso che la vittima viene “processata” mediante un meccanismo di “*character assassination*” e quando “muore” una folla inferocita ne decreta la “*damnatio memoriae*”. In pratica, un “linciaggio” mediatico a cui per nessuno è concretamente possibile opporsi. Ci sia consentito ricordare come G. Orwell abbia descritto molto bene un meccanismo assolutamente analogo quando, in 1984, descrisse i “due minuti di odio” quotidiano.

¹⁰ G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale*, 4/2014.

¹¹ C. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2014.

¹² P. GERBAUDO, E. TRERÉ, *In search of the 'we' of social media activism: introduction to the special issue on social media and protest identities*, in *Information, Communication & Society*, 18, 8/2015, 865 ss.

¹³ S. DZENIS, F.N. FARIA, *Political Correctness: the Twofold Protection of Liberalism*, in *Philosophia*, 48, 1/2020.

come generalmente le “vittime” della *cancel culture* siano personaggi pubblici ed *opinion leaders* che finiscono con l’essere “cancellati” dalla vita pubblica e dalla pubblica comunicazione (tra le vittime recenti di questa “cultura dell’annullamento” figurano ad es. Joshua Katz, professore dell’Università di Princeton; Il giornalista del New York Times Bari Weiss e l’opinion editor James Bennet; così come il docente dell’UCLA Gordon Klein).

Infatti, il diritto all’informazione, riflesso passivo della libertà di manifestazione del proprio pensiero, rischia di essere limitato ove un movimento di cancellazione porti ed eliminare o boicottare opinioni, personaggi o fatti storici non in linea con le idee e la sensibilità della maggioranza o comunque di un gruppo influente. Il diritto all’informazione, come si dirà, deve invece essere completo, integrale e tenere conto anche degli elementi più “scomodi” e delle opinioni della minoranza¹⁴ (anche se il concetto di *cancel culture* non è necessariamente legato ad una idea di repressione di una “minoranza”). L’individuo deve pertanto avere la possibilità di conoscere anche i fatti storici più sgradevoli, così come le opinioni dissonanti, senza che vi sia qualcun altro in grado di decidere aprioristicamente per lui. In un contesto nel quale, invece, le opinioni venissero integralmente omologate a quelle della maggioranza o di un gruppo comunque dominante, ovvero fatti ed elementi storici ritenuti sgradevoli venissero cancellati, la conseguenza sarebbe una chiara lesione o, quantomeno, un impoverimento del dibattito democratico e del progresso anche sociale che da questo deriva. Ci sia permesso anche ricordare a livello storico le sinistre analogie che tale atteggiamento culturale e tali condotte hanno con i roghi dei libri, o la condanna e messa alla pubblica gogna dell’“arte degenerata” o lo storico fenomeno della distruzione di immagini o simboli che rimandavano ad idee non condivise¹⁵.

Tutto questo è chiaramente anche un attentato ad ogni “diversità culturale”¹⁶.

Per poter interpretare il fenomeno della *cancel culture* sotto un profilo giuridico, è opportuno partire da una descrizione del suo perimetro operativo. Letteralmente, la *cancel culture* implica la pratica di “cancellare” o boicottare figure pubbliche che abbiano sostenuto o espresso opinioni considerate non condivisibili o ritenute offensive di altre secondo un gruppo dominante (almeno

¹⁴ “Il concetto di minoranza, inteso come gruppo di persone che si distingue per qualche aspetto da tutti gli altri, è difficilmente precisabile e potenzialmente infinito, perché infiniti sono i possibili elementi di distinzione: si può appartenere ad una minoranza in quanto uomo o in quanto donna, in quanto religioso o in quanto ateo, in quanto analfabeta o in quanto laureato. Quando si affronta il tema delle minoranze ci si riferisce tuttavia normalmente – anche alla luce dell’evoluzione storica - a gruppi che si identificano per peculiari legami etnici, linguistici o religiosi, con ciò differenziandosi dal resto della collettività del Paese preso in considerazione, e che, secondo la nota definizione di Capotorti, manifestino – anche in modo implicito – un sentimento di solidarietà, tendente a preservare la propria cultura, le proprie tradizioni, la propria religione o la propria lingua. Il concetto di minoranza è in questa prospettiva dunque variamente declinabile come minoranza nazionale, etnica, linguistica, culturale, religiosa. La tutela dei diritti delle minoranze è uno degli aspetti più significativi all’interno del tema generale della tutela dei diritti fondamentali ed è un problema che presuppone la consapevolezza dell’importanza che assume la difesa delle identità e delle diversità per la costruzione di società democratiche e pluraliste”, Cfr. G. LATTANZI, *La tutela dei diritti delle minoranze in Italia*, Relazione svolta in occasione dell’incontro con la delegazione della Corte costituzionale del Kosovo, 2013. Si veda anche F. PALERMO, *Le sfide del diritto delle minoranze in ambito internazionale e il ruolo dell’UE, con particolare riferimento all’iniziativa Minority Safe Pack*, in R. TONIATTI (a cura di), *Le minoranze linguistiche nell’Unione Europea: Le prospettive di nuovi strumenti di tutela e promozione*, 2019, 33 ss..

¹⁵ Si vedano in proposito: P. BELLINI, F. FERRARA, E.S. STORACE, *Simboli e potere: studi sull’immaginario politico*, Milano, Alboversorio, 2016; P. BELLINI, *Conflict, tolerance and power legitimation*, in *Online International Review Of Philosophy*, 21, 2016; A. MARANESI, *Vincere la memoria, costruire il potere: Costantino, i retori, la lode dell’autorità e l’autorità della lode*, Milano, Mimesis, 2016.

¹⁶ Cfr. la Dichiarazione UNESCO del 2001, che include inoltre la diversità culturale nell’ambito dei diritti umani Cfr. Art.4-6,

in termini di comunicazione) o comunque influente. Concretamente, il fenomeno è mutevole: il contesto e contenuto delle opinioni dalle quali parte la reazione sociale può essere molto vario, così come le modalità con le quali il soggetto autore delle affermazioni viene concretamente attaccato. Con riferimento al contenuto delle opinioni, infatti, queste possono ad esempio riferirsi a valori contrari ai diritti di gruppi di qualunque tipo (religiosi, politici, etnici, sessuali), alla parità di genere o su determinati eventi. Il fenomeno della cancellazione può inoltre riguardare la rinnegazione di fatti o personaggi storici, così come la distruzione di beni storico-culturali appartenenti ad un passato¹⁷ – dal quale discostarsi, a causa di ideologie politiche o di avvenimenti infelici o comunque rinnegati di un gruppo di attivisti che ne svolge la contestazione o anche da parte della “opinione prevalente”¹⁸. Può anche trattarsi del boicottaggio (richiesta rimozione da incarichi e dalla visibilità pubblica o artistica, rifiuto di prodotti¹⁹) di autori (reali o presunti)²⁰, di condotte o dichiarazioni considerate collidenti o offensive di alcune opinioni o principi. Riguardo alle concrete modalità con la quale avviene invece la “cancellazione”, anche questa varia a seconda dei casi: può infatti andare dal ritiro di una qualunque forma di supporto, in termini di spettatori, *followers* sui social, diminuzione di acquisto di prodotti²¹, sino a tentativi di vera e propria rimozione del personaggio, facendo pressione su organismi ed istituzioni al fine di escludere tali individui, censurarli, licenziarli ovvero sanzionandoli.

Nessun settore è rimasto immune, neppure quello accademico²². Il timore degli effetti della *cancel culture* ha anche portato immediatamente una deviazione “difensiva” del cruciale settore del *marketing* che finisce con l’amplificare le conseguenze della stessa²³.

Uno dei portati della *cancel culture* dovrebbe essere anche la cancellazione delle informazioni relative al tema o soggetto “bersaglio” dai risultati dei motori di ricerca, e delle sue comunicazioni (o pubblicazioni) sui social media (cancellazione dei *tweet*, dei posts ecc.) al pari di quanto oggi avviene per i risultati contrari alla legge o alle *policies* delle piattaforme²⁴: si pensi all’oscuramento (deindicizzazione dai motori di ricerca) dei risultati attinenti siti pedopornografici, di gruppi

¹⁷ Senza nessun riguardo per le norme nazionali ed internazionali a tutela dei beni culturali, si veda per una panoramica in proposito: G. BAJ, *Beyond Resolution 2347/2017: the search for protection of cultural heritage from armed non-State groups*, in corso di pubblicazione; N. ASSINI, G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici: diritto interno, comunitario, comparato e internazionale*, Padova, Cedam 2006.; F. RIGANO, *Tutela dei valori culturali e vincoli di destinazione d'uso dei beni materiali*, in *Giur. Cost.*, 1990, 665.

¹⁸ Per approfondimenti su episodi simili nel corso della storia si veda, ad esempio, O.F. VON FEIGENBLATT, *The Importance of Historical Heritage and the Fallacy of the Cancel Movement: International Case Studies*, cit.

¹⁹ Z. JIAO, D. GOH, “Culture: canceling from the west to the east?”, Asia Media International – A Publication from Loyola Marymount University's Asia Pacific Media Center in Los Angeles-, 5 luglio 2020.

²⁰ K.J. HOLMAN, *Can You Come Back from Being Cancelled? A Case Study of Podcasting, Cancel Culture, and Comedians during #MeToo*, 2020, University of Nebraska at Omaha, ProQuest Dissertations Publishing, 2020; H. ITALIE, *Everywhere and nowhere: The many layers of 'cancel culture'*, 26 luglio, 2020.

²¹ E. NG, *No grand pronouncements here...: Reflections on cancel culture and digital media participation*, in *Television e New Media*, 21, 6/2020.

²² P. NORRIS, *Closed Minds? Is a 'Cancel Culture' Stifling Academic Freedom and Intellectual Debate in Political Science?*, in *HKS Faculty Research Working Paper Series*, 2020.

²³ B. NGUYEN, *Cancel Culture on Twitter: The Effects of Information Source and Messaging on Post Shareability and Perceptions of Corporate Greenwashing*, in *Wharton Research Scholars*, 2020.

²⁴ Portiamo il semplice esempio di Facebook: “We hide or remove content (example: photo, comment, post) from Facebook when we find that it goes against our Community Standards. Our Community Standards define what is and isn't allowed on Facebook, and they apply all over the world. They're designed to encourage expression and create a safe environment on Facebook.” <https://m.facebook.com/help/2090856331203011>.

terroristici alla rimozione (dalle piattaforme *social media*) degli *hate speeches* ecc. Fenomeni di deindicizzazione e sostanziale cesura sono già operati dalle piattaforme social e dai motori di ricerca a favore di governi al fine di garantirsi l'attività in tali Paesi. In pratica le entità commerciali tendono, per poter operare in un mercato o in un Paese – e non solo nei paesi assolutisti - ad adattarsi al pensiero dominante anche a costo di eliminare alcuni contenuti o di impedirli.

Ad oggi, la *cancel culture* ha trovato una notevole diffusione e forza dirompente grazie ad internet ed in particolare ai *social network*, legandosi strettamente a quello che viene così definito come *social media activism*²⁵. Ciò consente a chiunque ed in qualunque momento, utilizzando gli strumenti e caratteristiche delle piattaforme (in genere *social media*), di organizzare o unirsi ad un "attacco" nei confronti di altri individui. Come condivisibilmente osservato in realtà la *cancel culture* non costituisce altro che una forma speciale di *cd. group* e *online shaming*, di "purga"²⁶, cioè di espressione – o meglio di imposizione - di un'opinione di un gruppo e non tanto di una ricerca del ripristino della verità fattuale e storica sulle informazioni, che viene perpetrata in gruppi organizzati (spesso di dubbia spontaneità²⁷) e mediante gli strumenti messi a disposizione dalla rete. In maniera particolarmente incisiva ed efficace, taluno parla di "*soft totalitarianism*"²⁸, con ciò intendendo, nel nostro caso, un tipo di totalitarismo basato sulla cultura dell'annullamento, in cui cioè alla vittima è culturalmente impedito di avere una piattaforma o carriera pubblica di primo piano e viene cancellata dalla vita pubblica, sociale e professionale.

2. Il diritto ad essere informati

Sul piano del diritto interno, in assenza di un riferimento costituzionale espresso, il diritto ad essere informati è stato desunto per via interpretativa dall'art.21 Cost.²⁹ da parte della Corte

²⁵ Per approfondimenti sul *social media activism* in relazione anche al caso della *cancel culture* si rinvia ad esempio E. NG, *No grand pronouncements here...: Reflections on cancel culture and digital media participation*, cit.; S. JEPPESEN, *Media Activist Research Ethics: Global Approaches to Negotiating Power in Social Justice Research*, Springer Nature, 2020.

²⁶ J.C. VELASCO, *You are Cancelled: Virtual Collective Consciousness and the Emergence of Cancel Culture as Ideological Purging*, in *Rupkatha Journal on Interdisciplinary Studies in Humanities*, 12, 5/2020.

²⁷ S. BRADSHAW, P. HOWARD, *Troops, trolls and troublemakers: A global inventory of organized social media manipulation*, 1/2017, Oxford Internet Institute; M. BAY, *Weaponizing the haters: The Last Jedi and the strategic politicization of pop culture through social media manipulation*, in *First Monday*, 23, 2018.

²⁸ D. J. MAHONEY, "The Specter of Soft Totalitarianism." *The Intercollegiate Review*Digital (June 8, 2016). <https://home.isi.org/specter-soft-totalitarianism>.

²⁹ La bibliografia sull'art. 21 Cost. è amplissima. Senza presunzioni di completezza si rinvia almeno ai lavori storici di S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè 1958; V. CRISAFULLI, *Problematica della libertà d'informazione*, in *Il politico*, 1964, 285 ss.; A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, Jovene, 1969; ID., *Informazione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971; P. TESAURO, *Democrazia e informazione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 3, 1968; C. CHIOLA, *L'informazione nella costituzione*, Padova, Cedam, 1973; ID., *Informazione, pensiero e radiotelevisione*, Napoli, Jovene, 1984; ID., *Manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1988; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975.; V. ITALIA, *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero*, in V. ITALIA, *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, Cedam, 1985; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero: linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, Giuffrè, 1988; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza*

costituzionale, che lo legge come risvolto passivo della libertà di manifestazione del pensiero, sebbene sia stato affermato anche in dottrina³⁰. In generale tale diritto viene inteso come necessità del pluralismo delle fonti per una completa ed obiettiva informazione del cittadino. Tra tutte citiamo Corte costituzionale, sent. 112/1993: «Il “diritto all'informazione” va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale». Tale principio viene ripreso successivamente anche nella sentenza 225/1974 (in tema di legittimità della riserva allo Stato del sistema radiotelevisivo). Ed ancora, nella sentenza 155/2002: «Il diritto all'informazione garantito dall'art. 21 Cost. deve essere caratterizzato sia dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie -così da porre il cittadino in condizione di compiere le proprie valutazioni avendo presenti punti di vista e orientamenti culturali e politici differenti -sia dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti, sia infine dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata [...] È in questa prospettiva di necessaria democraticità del processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica, che occorre dunque valutare la congruità del bilanciamento tra principi ed interessi diversi».

Non può esservi dubbio quindi, sul piano del diritto interno e dell'elaborazione giurisprudenziale, circa il riconoscimento costituzionale del diritto ad essere informati grazie ad un'informazione imparziale, veritiera e non strumentale o, peggio ancora, decettiva.

Il diritto ad essere informati è inoltre sancito in atti normativi di rango sovranazionale (cui l'ordinamento giuridico italiano deve conformarsi ex artt. 10 e 117 Cost). Fra questi ultimi è importante ricordare ad esempio l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere» e l'art. 10 della CEDU: «Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione»; vi è poi l'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere

costituzionale italiana, in *Politica del diritto*, 4/1989.; S. FOIS., A. VIGNUDELLI, *La libertà d'informazione*, Rimini, Maggioli, 1991; P. COSTANZO, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993; A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, Giuffrè, 2006; A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21: la libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2006.

³⁰ Per tutti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "diritto ad essere informati" quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 22, 1/2006. Si veda anche R. PERRONE, *Fake news e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso*, in *Nomos*, 2/2018, che afferma «...Da tale constatazione (dell'esistenza del diritto di essere informati n.d.r.), si fa discendere un ulteriore corollario: se esiste un diritto dei consociati ad essere informati, ne conseguirebbe che vi è un interesse, costituzionalmente protetto sempre ai sensi dell'art. 21 Cost., a che le informazioni che circolano siano trasparenti e veritiere, donde la possibilità di intervenire su quelle notizie che tali requisiti non presentino, e che dunque non godrebbero della tutela costituzionale».

o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera»; gli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza, che distinguono il diritto al rispetto della propria sfera personale (c.d. *privacy* in senso stretto) dal diritto alla protezione dei dati personali (c.d. *data protection*) e il diritto all'identità personale³¹; il Final report, annexe I, Principle I, United Nations Documents- 2 Ottobre 1997: «Tutti hanno l'inalienabile diritto di conoscere la verità sui fatti passati e sulle circostanze e le ragioni che, attraverso casi rilevanti di gravi violazioni di diritti umani, hanno portato a commettere crimini aberranti. L'esercizio pieno ed effettivo del diritto alla verità è essenziale per evitare che tali fatti possano ripetersi in futuro».

Diviene quindi rilevante il binomio verità/menzogna, termini che, entrambi, dipendono anche da quelli di oblio e memoria e diviene necessario indagare su quali diritti gravitino intorno alle due opzioni. Diritto/dovere alla verità e alla memoria, ma anche diritto all'oblio (*ex art. 17 GDPR*)³² - speculare rispetto al dovere di oblio che la cancel culture vuole imporre - che può influire sulla completa e corretta ricostruzione dei fatti storici. Per completezza informativa ricordiamo anche l'esistenza del “diritto a non sapere” sancito, nel solo campo di informazione medica, dall'articolo 10 della Convenzione di Oviedo³³, che tratta del diritto alla *privacy* relativamente alle informazioni che riguardano la salute e di due altri diritti che derivano da esso: il diritto ad essere informato (“diritto di sapere”) e il diritto a non essere informato (“diritto a non sapere”) relativamente alle proprie condizioni di salute.

Cruciale appare quindi il tema del “diritto alla verità” (si parla anche di “diritti atletici”³⁴) frutto della lezione di S. Rodotà³⁵ secondo cui «La democrazia non è soltanto governo “del popolo”, ma anche governo “in pubblico”. Per questo la democrazia deve essere il regime della verità, nel senso della piena possibilità della conoscenza dei fatti da parte di tutti. Perché solo così i cittadini sono messi in condizione di controllare e giudicare i loro rappresentanti, e di partecipare al governo della cosa pubblica. Perché qui si colloca una delle sostanziali differenze tra la

³¹ G. ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, Seam, 1998; G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, Giuffrè, 2015; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 33, 3/2017.

³² Garante Privacy, *Linee guida 5/2019 sui criteri per l'esercizio del diritto all'oblio nel caso dei motori di ricerca, definite in base alle previsioni del Regolamento (UE) 2016/679 (parte I)*; F. DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corriere Giuridico*, 1/2019, 5 ss. Si veda inoltre Cass. Sezioni Unite, 19681/2019, secondo cui il giudice deve valutare l'interesse pubblico, concreto e attuale all'identificazione dei protagonisti di vicende passate.

³³ Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997. Si veda in particolare l'art. 10: “Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata allorché si tratta di informazioni relative alla propria salute. Ogni persona ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta sulla propria salute. Tuttavia, la volontà di una persona di non essere informata deve essere rispettata. 3 A titolo eccezionale, la legge può prevedere, nell'interesse del paziente, delle restrizioni all'esercizio dei diritti menzionati al paragrafo 2”.

³⁴ F. D'AGOSTINI, M. FERRERA, *La verità al potere: sei diritti atletici*, Torino, Giulio Einaudi editore 2019; F. D'AGOSTINI, *Diritti atletici*, Centro Einaudi, Anno LII, n. 218, gennaio-aprile 2017.

³⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, Laterza, 2012, 211-231.

democrazia e gli altri regimi politici, quelli totalitari in particolare, dove l'oscurità avvolge l'intera vita politica e sono i governi a definire quale sia la verità»³⁶.

Anche alla luce di queste affermazioni riteniamo che da un punto di vista giuridico il fenomeno della cancel culture non possa essere ritenuto sostenibile poiché gravemente lesivo del diritto ad essere informati, anche solo potenzialmente.

Come già visto a livello sovranazionale il diritto ad essere informati viene, al contrario che nel diritto interno, espressamente affermato. Con riferimento allo specifico tema della cancel culture, la dimensione internazionale di tale principio è fondamentale, in virtù del fatto che, come detto, la cancel culture trova il proprio contesto naturale nella rete, che come noto trascende i semplici confini nazionali. Ai fini che qui interessano, un principio, affermato dalla Corte EDU, assume particolare rilevanza: la Corte infatti in diverse pronunce³⁷ evidenzia l'importanza del dibattito pubblico al fine di promuovere la democrazia, la coesione e lo sviluppo sociale, specie ove si abbia a che fare con tematiche complesse e controverse. In tal senso il confronto fra gruppi con idee ed identità diverse è essenziale e da ciò deriva, a carico degli Stati, un vero e proprio obbligo al rispetto della visione delle minoranze. È appena il caso di sottolineare come spesso la libertà di parola sia l'unica arma a disposizione delle minoranze di qualunque genere³⁸.

Gli ordinamenti anche più moderni, invero, contemplano comunque delle forme di censura, sebbene i principi dello Stato liberale stridano con quest'ultima³⁹. La censura ad ogni modo costituisce uno strumento che si pone in maniera critica nel bilanciamento fra i diritti, poiché finisce inevitabilmente per limitare la libertà di parola a tutela di altri interessi. Così facendo, anche lo stesso diritto ad essere informati viene leso, proprio in quanto il soggetto non viene più posto nelle condizioni di poter acquisire le informazioni oggetto della censura stessa⁴⁰.

³⁶ Si veda inoltre S. RODOTÀ, *Verso una Dichiarazione dei diritti di Internet*, consultabile all'indirizzo https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload_file/upload_files/000/000/193/Intern et_Libe.pdf. «...è opportuno ricordare la necessità di considerare l'accesso a Internet come diritto fondamentale della persona -Tim Berners-Lee lo ha paragonato all'accesso all'acqua-, come garanzia essenziale non solo contro ogni forma di censura (...) L'insieme dei diritti riconosciuti non «serve a garantire una generica libertà in Rete, ma ha la specifica funzione di impedire la dipendenza della persona dall'esterno, l'espropriazione del diritto di costruire liberamente la propria personalità e identità, come può accadere con l'uso intenso di algoritmi e tecniche probabilistiche. L'autonomia nella gestione delle informazioni personali, allora, deve considerare anche nuovi diritti come quelli not to be tracked e to keep silent the chip. Questa prospettiva richiede un particolare approfondimento perché si sta costruendo una società profondamente interconnessa, con un passaggio dall'Internet of Things a quello che alcuni già definiscono come all'Internet of Everything che determina una digitalizzazione del quotidiano che può trasformare le persone e i loro corpi».

³⁷ Sul punto si vedano ad esempio le pronunce della Corte EDU *Gough v. the United Kingdom* App no 49327/11 (ECtHR, 28 October 2014), *Alekseyev v. Russia* App nos 4916/07 and 2 others (ECtHR, 21 October 2010), *Gorzelik and Others v. Poland* [GC] ECHR 2004-I, para 92, *Doğan and Others v. Turkey* [GC] App no 62649/10 ECHR 2016.

³⁸ N. STROSSEN, *Hate: Why we should resist it with free speech, not censorship*, Oxford University Press, 2018. Ci piace ricordare come in risposta alla campagna puritana che molte femministe americane negli anni Ottanta avevano lanciato contro la pornografia – che consideravano espressione del patriarcato e della violenza sessuale contro le donne – N. Strossen nel 1995 pubblicò “Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights”, Scribner, 1995: un articolo a favore della libertà di parola, e contrario ad ogni tipo di censura la cui lettura è senz'altro assai utile come guida anche nel dibattito attuale sulla libertà di espressione e cancel culture.

³⁹La censura può anche permettere di evitare che i soggetti entrino in contatto con contenuti a potenziale impatto negativo. Si pensi alle possibili censure relative alla pornografia minorile ovvero ad un linguaggio scorretto e volgare, nonché alle limitazioni relative ai casi di cd. *hate speech*.

⁴⁰ Si veda ad esempio Corte EDU, *Cyprus v. Turkey* [GC] ECHR 2001-IV, ovvero *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992) Series A no 246-A.

3. *Le armi della cancel culture: motori di ricerca, social media e dati. Eliminazione di informazioni, modificazione di informazioni, attivazione dei comportamenti dell'utente*

Il diritto ad essere informati ha notevoli implicazioni e derivazioni dovute allo sviluppo di internet, sia in senso positivo che negativo⁴¹.

Nel contesto attuale il ruolo dei motori di ricerca e dei social media è in prima battuta un ruolo promozionale del diritto ad essere informati. Infatti i motori di ricerca si pongono come intermediari digitali⁴² (da alcuni definiti anche “*monopoly gatekeeper for the internet*”)⁴³ che forniscono l'accesso alle notizie, attuando il pluralismo dell'informazione, inteso tanto come accesso quanto come scelta delle informazioni da parte degli utenti. Va anche ricordata la volontà di tutti gli Stati Democratici di una apertura totale all'accesso ai dati presso le Pubbliche Amministrazioni⁴⁴. Sotto questi profili i motori di ricerca aumentano le fonti da cui attingere notizie e garantiscono la totale personalizzazione dell'esperienza informativa, amplificando il *surplus* informativo tipico dell'*information society*⁴⁵, creando però un mutamento radicale nella percezione della realtà e delle informazioni.

È necessario, senza pretesa di esaustività, una sommario accenno alle “strategie” di funzionamento dei motori di ricerca e dei social media che permetta di comprendere perché siano divenute lo strumento principale della *cancel culture*.

Quando un qualsiasi utente effettua una ricerca su Google o pubblica dei contenuti sui social network, spesso non è consapevole che le sue attività vengono catalogate e registrate. Ciò avviene sia con riferimento a quei dati più immediati, come i propri interessi e convinzioni, ma anche dati meno immediati e spesso involontariamente forniti (cd. *data exhaust*)⁴⁶, come le esitazioni nell'aprire determinati *link*, i modi in cui vengono formulate domande e richieste sui motori di ricerca, le tempistiche di ricerca, i modi di reagire ai contenuti. Questi dati spesso sono

⁴¹ Anche il Consiglio d'Europa ha evidenziato, nella Raccomandazione del 4 aprile 2012 sulla *protection of human rights with regard to social networking services* l'importanza di Internet ed in particolare dei social network in relazione agli obiettivi del diritto di essere informati, quali quello di facilitare la diffusione delle informazioni, con potenziali vantaggi sul processo democratico e sulla coesione sociale.

⁴² M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 39, 4/2019.

⁴³ Tuttavia ricordiamo che per esempio Google è stato definito “*monopoly gatekeeper for the internet*” dal Dipartimento di Giustizia americano, in un'azione legale fondata sulla violazione dello Sherman Act, iniziata il 20 ottobre 2020.

⁴⁴ D. FUSCHI, *Accesso telematico e utilizzo dei dati nell'e-government*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 22, 4/2020.

⁴⁵ L. BOLOGNINI, *Effetti dei motori di ricerca sul pluralismo dell'informazione Aspetti giuridici e di analisi econometrica*, Roma, Istituto Italiano per la Privacy e la Valorizzazione dei Dati, 2014.

⁴⁶ Si ricordi che gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea considerano il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali diritti fondamentali, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/157/protezione-dei-dati-personali>; si veda anche il documento *A human rights-based approach to data*, OHCHR, 2018. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>.

estremamente preziosi e consentono agli inserzionisti di classificare e schedare gli individui con livelli altissimi di precisione, permettendo così di isolare psicometricamente il “tipo” di individuo, il cd. UPI (User Profile Information). Grazie a queste informazioni i motori di ricerca come Google sono in grado sia di proporre in tempo reale pubblicità pertinenti (grazie al cd. *matching*) e di potenziale interesse all’utente, sia di effettuare un’analisi predittiva comportamentale accurata e ulteriore rispetto alla sua specifica ricerca⁴⁷. Quindi accanto alla “estrazione” dei dati comportamentali⁴⁸ esiste l’attività di “associazione”. Sulla base di queste previsioni vengono poi sviluppati dei “grafici associativi” per svelare le relazioni tra utenti, documenti, *query* e pagine web: Tali relazioni possono essere generate anche da associazioni tra utente e utente⁴⁹.

Oltre alla “estrazione” ed alla “predizione” dei comportamentali operata grazie all’intelligenza artificiale ed al suo *deep learning*, «i nuovi protocolli automatizzati sono progettati per influenzare e modificare il comportamento umano ... Non è più computazione ubiqua. Il vero obiettivo sono intervento, azione e controllo ubiqui. Il vero potere è quello di modificare le azioni in tempo reale nel mondo real»⁵⁰.

E’ appena il caso di ricordare che i risultati offerti da Google (la c.d SERP Search Engine Result Page pagina dei risultati del motore di ricerca) sono diversi per ogni utente (in base a quanto illustrato precedentemente) e sono frutto di differenti e complessi (e non pubblicati) algoritmi di “selezione”: in pratica mentre un utente digita una query, il motore di ricerca deduce l’argomento, deduce l’intenzione dell’utente, invia i risultati ad algoritmi specializzati, li personalizza e, infine, li mostra all’utente selezionando i primi 10 risultati (e la pubblicità pertinente), memorizzando il tutto⁵¹.

È molto interessante in questo contesto anche l’esempio dell’utilizzo degli algoritmi da parte di Facebook. Sino al 2011 Facebook ordinava e prioritizzava amici e loro contenuti utilizzando un algoritmo chiamato Edgerank, che valorizzava tre fattori per determinare i rapporti e le interazioni sociali fra utenti (la vicinanza sociale, l’affinità, il peso e i conflitti), specificamente verificando quanto si interagisce con l’altro utente, con che modalità e quanto tempo sia trascorso dall’ultima interazione. L’algoritmo attuale è invece decisamente più complesso ed ha aggiunto oltre 100.000 fattori⁵². Questo algoritmo sfrutta il *machine learning* e si basa su migliaia di *data point* per determinare la prossimità sociale delle persone. L’equazione inoltre darà un peso diverso a diversi tipi di interazione: essere taggato in una foto o partecipare allo stesso evento con qualcuno

⁴⁷ S. ZUBOFF, P. BASSOTTI, *Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press 2019, 89.

⁴⁸ Che costituisce la “controprestazione che l’utente paga per il servizio cfr. TAR Lazio, 260/20.

⁴⁹ S. ZUBOFF, cit., 89

⁵⁰ *Ibid.*, 309.

⁵¹ F. PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, 2015.

⁵² T. BUCHER “*The algorithmic imaginary: exploring the ordinary affects of Facebook algorithms*”, Information, communication & society, 25 feb. 2017, pg. 30-44.

fa presupporre un rapporto stretto con quella persona più che un *like* a un post o un commento sulla bacheca che già fungono da evidenti indicatori⁵³.

Questi dati personali⁵⁴ (migliaia per ogni utente) vengono utilizzati dalle piattaforme e spesso ceduti a terzi generalmente solo grazie ai consensi rilasciati con le condizioni generali di servizio ed il consenso ai sensi del GDPR.

Il sapiente o malizioso sfruttamento di tali algoritmi e di tali dati da parte di diversi soggetti per motivi commerciali⁵⁵, politici⁵⁶ o di altro genere, permette un enorme impatto sui miliardi di utenti⁵⁷ proprio per tramite dei motori di ricerca e dei *social media*⁵⁸.

Circa le tecniche usate nell'utilizzo di tali dati queste confluiscono in quella scienza denominata "psicografia". Senza nessun approfondimento (qui non pertinente) ci limitiamo a rilevare che tali tecniche siano utilizzate anche in campo militare (c.d. *psy-ops*) e spesso dai medesimi soggetti che li utilizzano in ambito civile (la stessa Cambridge Analytica ha iniziato la sua operatività in campo militare).

Pensare addirittura di cancellare informazioni dai risultati della ricerca o pubblicazioni dai social *network* appare senz'altro, a tacere degli altri profili, lesivo del diritto ad essere informati (tanto quanto rimuovere professori universitari, giornalisti o altri personaggi pubblici dai loro ruoli a causa di opinioni espresse).

Come si illustrerà in seguito, altrettanto riteniamo si possa dire anche quando tale risultato si ottiene a mezzo del "filtraggio" e "customizzazione" dei risultati dei motori di ricerca, cioè di tutte le ipotesi in cui una ricerca di informazioni riporti un risultato "artatamente" non oggettivo oppure che una piattaforma *social* mostri solo alcune notizie (*post-tweet*). Entrambe queste consapevoli alterazioni del flusso di informazioni hanno infatti come effetto il limitare attorno agli individui l'architettura di scelta e li vincolano entro canali sempre più strettamente preorientati di mentalità, decisione ed azione⁵⁹.

⁵³ Si veda anche il documento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua adunanza del 29 novembre 2018 https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf. Si veda per una analisi critica dei termini e condizioni il documento "From social media service to advertising network A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms", <https://www.law.kuleuven.be/citip/en/news/facebook-1/facebook-s-revised-policies-and-terms-v1-2.pdf>, Cambridge Analytica: il Garante privacy multa Facebook per 1 milione di euro, Garante Privacy, <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9121352>; Garante Privacy, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Facebook Ireland Ltd e Facebook Italy s.r.l. - 14 giugno 2019 [9121486].

⁵⁴ Il considerando n. 1 del GDPR ricorda, qualora fosse dubbio, che: "La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale".

⁵⁵ R. L. KAHLE, L. CHIAGOURIS, *Values, Lifestyles, and Psychographics*, Psychology Press, 2014.

⁵⁶ S. ARAL, D. ECKLES, *Protecting elections from social media manipulation*, in *Science*, 2019.

⁵⁷ R.J. GONZÁLEZ, *Hacking the citizenry?: Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump*, in *Anthropology Today*, 33, 3/2017; V. BAKIR, *Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica's Psychographic Profiling and Targeting*, in *Frontiers in Communication*, 5, 2020.

⁵⁸ Celeberrimo il caso Cambridge Analytica, Tra tutti si veda I. KOZLOWSKA, *Facebook and Data Privacy in the Age of Cambridge Analytica*, (e la bibliografia ed articoli riportati) Henry M. Jackson School of International Studies, University of Washington. <https://jsis.washington.edu/news/facebook-data-privacy-age-cambridge-analytica/>.

⁵⁹ A. ANDRONICEANU, *Using automated digital systems to thoroughly regulate social governance: monitoring and behavior modification through data-driven algorithmic decision-making*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 11, 1/2019.

4. Cancellazione, oblio e “filtraggio” Vs Informazione e Verità storica

Può fornire utili spunti confrontare il dovere di oblio che la cancel culture richiede per alcune informazioni con lo speculare diritto all’oblio che la normativa europea riconosce.

Va premesso che in Italia la giurisprudenza utilizza il termine “oblio” con differenti accezioni: tanto per indicare fattispecie di diffamazione compiuta mediante un comportamento omissivo⁶⁰, in altre ipotesi per indicare il diritto alla de-indicizzazione di dati personali⁶¹, in altro caso come diritto all’aggiornamento dei dati personali⁶² o della descrizione delle vicende narrate⁶³.

In riferimento al diritto all’oblio, come noto, la cancellazione delle informazioni dalla rete appare un diritto consolidato.

Il tema relativo al ruolo dei motori di ricerca in relazione al diritto all’informazione ed alla possibile cancellazione di dati dai risultati (c.d. deindicizzazione) è stato recentemente assai dibattuto in riferimento al suo rapporto con il diritto all’oblio, che ne costituisce un’importante limitazione⁶⁴ e che appare speculare rispetto all’oblio “forzato” (dovere di oblio) che la cancel culture vorrebbe imporre. Riteniamo utile quindi approfondirne le motivazioni ed i diritti tutelati nel caso di esercizio del c.d. diritto all’oblio ed i limiti a questo per trovare principi utili anche in fattispecie di cancel culture o di cancellazioni di dati diversamente motivate.

Sul punto non si può non richiamare la celebre sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea relativa al caso Google Spain, nella quale è stato ritenuto che Google rispettasse i requisiti per poter essere considerato come titolare del trattamento dei dati personali, con la conseguenza di derivare a carico di Google stessa il dovere di mettere a disposizione dell’utente strumenti e meccanismi finalizzati alla rimozione dei link riguardanti questi ultimi, a tutela del loro diritto all’oblio ed alla cancellazione dei loro dati personali. Questo in particolare attraverso la cd. deindicizzazione, cioè rendere un contenuto, presente su di un archivio virtuale, non più accessibile mediante ricerca effettuata grazie a motori di ricerca esterni a quello stesso archivio,

⁶⁰ Cfr. Corte di Cassazione n. 3679/1998, secondo cui la liceità del diritto di cronaca viene fatta salva anche in caso di pregiudizio all’onore e alla reputazione ove sussistano cumulativamente tre condizioni: verità, pertinenza e continenza. Da qui poi una notevole evoluzione giurisprudenziale sui corretti contorni dei tre requisiti.

⁶¹ Cfr. Corte di Cassazione n. 15096/2015 “la deindicizzazione del dato risalente nel tempo (nella specie, un annuncio immobiliare di vendita all’asta pubblicato nelle pagine di un quotidiano) è stata stabilita dalla Corte UE a carico del motore di ricerca con riguardo ai link al sito che lo conteneva (così decidendo di dislocare i costi sul soggetto economicamente più forte): ma giammai con riguardo alla pagina del sito Web”.

⁶² Corte di Cassazione n. 5525/2012 definisce il diritto all’oblio come il diritto a che “non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati. Un fatto di cronaca può, a tale stregua, assumere rilevanza quale fatto storico, il che può giustificare la permanenza del dato mediante la conservazione in archivi altri e diversi (es., archivio storico) da quello in cui esso è stato originariamente collocato[...] Anche in tal caso i dati debbono risultare esatti e aggiornati, in relazione alla finalità del loro trattamento. A fortiori in caso di relativo inserimento in un archivio storico che come nella specie venga memorizzato pure nella rete di Internet la notizia non può continuare a risultare isolatamente trattata e non contestualizzata in relazione ai successivi sviluppi della medesima”.

⁶³ Cfr. A. MANTELETO, *Right to be forgotten ed archivi storici dei giornali. La Cassazione travisa il diritto all’oblio*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 10/2012.

⁶⁴ L’European Data Protection Board il 5 luglio 2020 ha adottato la seconda versione delle Linee guida 5/2019 sui criteri del diritto all’oblio nei casi riguardanti i motori di ricerca.

cioè di fatto invisibile⁶⁵ sulla rete. Un'operazione, comunque, diversa dalla cancellazione o rimozione di un contenuto.

Il GDPR sembra superare invece le motivazioni poste a fondamento del diritto all'oblio nella succitata sentenza, infatti «occorre comunque sottolineare la differenza fra il diritto all'oblio così come postulato nella sentenza Google Spain e il diritto alla cancellazione dei dati personali previsto dall'art. 17 del GDPR: nel primo caso, infatti, la richiesta di de-indicizzazione dei link contenenti informazioni personali è valutata in base alla persistenza o meno dell'interesse del pubblico rispetto a tali informazioni; nel secondo caso, invece, tale elemento è del tutto irrilevante poiché, come si è visto, la richiesta di cancellazione dei dati può essere avanzata in base a presupposti del tutto diversi. Ciò rende l'espressione "diritto all'oblio" non pertinente in relazione al GDPR, poiché la richiesta di cancellazione dei dati non presuppone necessariamente il fatto che tali dati siano stati resi pubblici e quindi non sempre è collegata all'esigenza di "essere dimenticati»⁶⁶.

Ed ancora il GDPR pone l'accento sulla cancellazione dei dati indipendentemente dalla loro circolazione pubblica, senza che la richiesta di cancellazione avanzata dalla persona cui i dati si riferiscono debba essere necessariamente valutata in relazione alla libertà di cronaca degli organi di informazione. La cancellazione dei dati, infatti, può essere richiesta per qualsiasi ragione (non solo per ragioni inerenti alla tutela della reputazione o della corretta rappresentazione pubblica della personalità individuale); può riguardare anche dati non pubblici, ma gestiti solo dal titolare del trattamento; può riguardare informazioni che non sono mai state, nemmeno in passato, di interesse pubblico⁶⁷.

In connessione con il tema della cancel culture (che vuole un oblio forzato) è legittimo chiedersi se e quanto l'esercizio del diritto all'oblio sia una forma di controllo sulla propria identità digitale piuttosto che una riscrittura della storia⁶⁸. Si è spesso fatto riferimento, in modo tecnicamente impreciso, alla "storia come diritto umano"⁶⁹ e al "diritto di ricordare"⁷⁰, oppure si

⁶⁵ E. PARISER, *The filter bubble: What the Internet is hiding from you*, Londra, Penguin, 2011.

⁶⁶ M.R. ALLEGRI, *Gdpr e diritto di cancellazione dati/rettifica: come funziona*, Agenda digitale, 31 ottobre 2018.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ A. PEASE, *The right to be forgotten: Asserting control over our digital identity or re-writing history? Technical Report*, in *IRPPS Working Papers*, 2015, 1 ss.

⁶⁹ Il fondatore di Wikipedia, Jimmy Wales, ha sostenuto che: "La storia è un diritto umano e una delle cose peggiori che una persona può fare è tentare di costringerla a tacere un'altra", Cfr. Sophie Curtis and Alice Philipson, "Wikipedia founder: EU's 'right to be forgotten' is 'deeply immoral'", *The Telegraph*, 6 agosto 2014, <http://www.telegraph.co.uk/technology/wikipedia/11015901/EU-ruling-on-link-removal-deeply-immoral-says-Wikipedia-founder.html>.

⁷⁰ Un interessante precedente giurisprudenziale interno inerente, seppur sotto altro profilo, il "Diritto a ricordare" soggettivo è quello espresso da Corte di Cassazione, terza sezione civile, n. 13370 del 29 maggio 2018, la quale, tra l'altro, accerta che non sussiste alcun diritto costituzionalmente tutelato al "ricordo" o alla "memoria" di un particolare evento della vita di un soggetto. Nel caso di specie nell'ambito di un giudizio instaurato da una donna avverso una S.r.l., onde sentir condannare quest'ultima società al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata consegna del servizio fotografico commissionato in occasione del suo matrimonio. Il giudice di primo grado riconobbe dapprima, oltre al risarcimento dei danni patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale, anche quello per danno non patrimoniale, da qualificare come danno morale ed esistenziale, ritenendo che l'assenza del servizio fotografico potesse incidere negativamente sulla vita dell'attrice, per

è parlato anche di “diritto alla verità”⁷¹. Naturalmente, la memoria è alla base dell'umanità ma d'altra parte il diritto alla *privacy* e, in Europa, il diritto alla tutela dei dati personali sono diritti umani incorporati, armonizzati e legalmente riconosciuti.

Il difficile tema giuridico (oltre che sociopolitico) al centro del cosiddetto “diritto all'oblio” non riguarda tanto i motori di ricerca, servizi online, Google o Wikipedia in sé, riguarda principalmente il valore che l'umanità attribuisce loro in quanto fornitori di “verità”, di “storia” e di “memoria”.

È stato sostenuto che nel diritto europeo il diritto all'oblio e quello alla memoria identificano due sezioni temporali del più generale diritto all'identità. Il diritto all'oblio è la proiezione nel futuro del diritto all'identità (per questo esso si atteggia anche come diritto alla correzione dei propri dati personali); il diritto alla memoria cristallizza invece l'identità del soggetto nel passato. Ed inoltre esiste, anche a nostro parere, un duplice diritto alla memoria: un diritto alla memoria individuale e un diritto alla memoria collettiva⁷².

È stato affermato inoltre che «Gli attori che accompagnano oblio e memoria sono vari e sono il principio della libera manifestazione del pensiero, la ricerca storica, il diritto alla identità personale, il principio di dignità, la verità, il diritto di cronaca. Per la memoria di Internet, la caoticità ed al contempo l'imprevedibilità della memorizzazione dei dati, pone il problema concreto della ricerca di modalità sicure ed efficienti di contrasto. Al contrario nella memoria storica, che emerge in tutta la sua evidenza nella repressione del negazionismo, si pone il problema dell'accertamento della verità di fatti della storia e della individuazione dei soggetti legittimati a custodirne la paternità. A ciò si aggiunge l'innegabile natura soggettiva della memoria, la cui caratterizzazione fortemente emotiva fuga la tentazione di considerarla una mera cristallizzazione nel tempo del ricordo»⁷³.

Ed ancora: al di là della diversa articolazione del fattore tempo in questi diritti, è chiaro che la memoria, soprattutto quella storica, si ponga come antagonista ad un corretto esercizio del diritto all'oblio, in quanto impedisce di aggiornare o di cancellare fatti ed eventi che, se pure veri, il soggetto vorrebbe dimenticare. La dimensione storica o la notorietà della persona o dell'evento impediscono la sua cancellazione e ne richiedono una memoria coatta. Inoltre questa contrapposizione tra oblio e memoria ha dovuto fare i conti con le diverse accezioni della memoria stessa. Così si è evidenziata in dottrina la difficoltà di rimuovere e cancellare contenuti dalla memoria di Internet, diversamente da quanto potrebbe avvenire per gli archivi storici e quindi per la memoria storica. Si è altresì evidenziata la dovuta distinzione tra la memoria destrutturata di Internet, qualificata come “mare di Internet”, memoria perenne, e la memoria strutturata degli archivi storici, per sua natura selettiva e critica di eventi e persone. La diversità

l'impossibilità di vivere nel tempo, attraverso gli scatti, le emozioni del matrimonio. La decisione veniva tuttavia riformata in appello, poiché la Corte territoriale – fermo restando il danno da inadempimento contrattuale – non ravvisava tuttavia alcun danno non patrimoniale, non trattandosi nella specie di un fatto di reato, né gli interessi lesi potevano dirsi costituzionalmente rilevanti.

⁷¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 211 ss.

⁷² Così M. BIANCA, *Memoria e Oblio: due reali antagonisti?*, in *Medialaws*, 11/2019.

⁷³ *Ibid.*

tra le due tipologie di memoria enfatizza il conflitto con la memoria di Internet, dato che l'automaticità ed incombenza della memorizzazione dei nostri dati personali, talvolta contro ogni scelta consapevole, rende ancora più impellente una loro cancellazione o aggiornamento⁷⁴.

Su questo tema nel nostro Paese la Corte di Cassazione, con la sentenza 05/04/2012 n° 5525⁷⁵ ha avuto modo di affermare che se l'interesse pubblico sotteso al diritto all'informazione costituisce un limite al diritto fondamentale alla riservatezza allora al soggetto cui i dati appartengono deve essere attribuito anche il diritto all'oblio e ciò al fine di evitare una ulteriore divulgazione di notizie che col passare del tempo risultano ormai dimenticate. D'altra parte un fatto di cronaca può comunque assumere rilevanza quale fatto storico e quindi giustificare la sua permanenza e conservazione in archivi. Al fine quindi di tutelare l'identità sociale ed i diritti del soggetto cui si riferisce la notizia di cronaca, bisogna garantire al medesimo l'aggiornamento della stessa notizia e cioè il collegamento ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o addirittura mutare il quadro sorto a seguito della notizia originaria, ciò in quanto come già precedentemente affermato il soggetto ha diritto al rispetto della propria identità e a non vedere travisato o alterata la propria immagine, in rapporto al momento storico.

Sostanzialmente questa pronuncia sembra anticipare il GDPR e richiedere l'obbligo di garantire una ricerca completa dei dati e delle notizie relative ad un soggetto o ad uno specifico evento. Ove questo non fosse possibile, sarebbe allora legittima la cancellazione dei dati che distorcono la verità della propria immagine nel determinato momento storico, dovuto della parzialità di questi dati.

In Italia il Garante della *Privacy* sembra aver incisivamente affermato il principio che «la Storia non si cancella»⁷⁶: principio sancito dal Garante nel dichiarare infondato il ricorso di un ex terrorista che chiedeva la deindicizzazione di alcuni articoli, studi e atti processuali in cui erano riportati gravi fatti di cronaca che lo avevano visto protagonista tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80. Il Garante, in tale pronuncia, ha affermato che «che tali informazioni riguardano una delle pagine più buie della storia italiana, ... ed hanno ormai assunto una valenza storica avendo segnato la memoria collettiva ... nonostante il decorso del tempo dall'accadimento dei fatti, sussiste il preponderante interesse pubblico al reperimento di notizie relative ad una delle pagine più buie della storia italiana, i c.d. "anni di piombo»⁷⁷.

Proprio con riferimento al rapporto fra diritto soggettivo all'oblio e diritto all'informazione in tale contesto, come è stato osservato, l'imposizione da parte della Corte di Giustizia a Google di

⁷⁴ *Ibid.* Si veda anche M. MEZZANOTTE, *Diritto all'oblio vs. diritto alla memoria: il moderno sviluppo della privacy*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2003, 1604 ss.

⁷⁵ Il caso riguardava un esponente politico di un piccolo Comune lombardo, appartenente al Partito Socialista, che venne arrestato per corruzione nel lontano 1993, ma alla fine del procedimento giudiziario, ovviamente riportato dalle cronache dell'epoca, venne prosciolto. Ciononostante la notizia e gli articoli d'epoca erano reperibili su internet, con evidente danno al soggetto dalla continua riproposizione della stessa. Si rinvia alla lettura delle conclusioni della stessa sentenza, da ritenersi chiare, ricche di riferimenti puntuali e corretti al funzionamento di Internet ed al rapporto con i principi fondamentali e certamente condivisibili.

⁷⁶ Garante Privacy, *Anni di piombo: no diritto all'oblio per l'ex terrorista. Per reati particolarmente gravi prevale l'interesse del pubblico ad accedere alle notizie*, <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5176031#1>.

⁷⁷ *Ibid.*

prevedere meccanismi di cancellazione dei dati può costituire una limitazione al pluralismo e, più ancora, alla completezza dell'informazione nonché al diritto di accesso alle informazioni, poiché potenzialmente delle notizie di interesse pubblico vengono eliminate non tanto a livello editoriale quanto a livello della loro raggiungibilità e rintracciabilità⁷⁸.

In sintesi mentre il diritto all'oblio riconosciuto dal GDPR (interesse del singolo ad essere dimenticato) pare arrestarsi proprio davanti ad ogni tentativo di “cancellare la storia” per il preminente interesse pubblico all'accesso completo all'informazione, la cancel culture ha solo lo scopo specifico di “nascondere” dalla storia personaggi ed idee ledendo quindi ogni aspetto dell'imprescindibile diritto all'informazione (oltre che i diritti individuali dei soggetti “cancellati”) ed in contrasto anche con i principi ispiratori della normativa Europea.

Le richieste della *cancel culture* porterebbero ad un risultato di preliminare eliminazione di alcune informazioni dai risultati della ricerca (come per altri versi avviene nel caso della targettizzazione e personalizzazione dei risultati sui motori di ricerca o con forme di censura o eliminazione di contenuti in ragioni di “policies aziendali” dagli stessi o dalle piattaforme social media le quali non paiono insensibili al mainstream politico e mediatico), a danno dunque del diritto dell'utente ad acquisire informazioni complete, trasparenti e neutrali.

Ma la cancel culture non opera solo attraverso il semplice allontanamento di personaggi dai loro incarichi o l'abbattimento di monumenti, ma agisce soprattutto attraverso i canali internet (motori di ricerca e, soprattutto, social media) e la “sparizione” dei post ed in generale delle pubblicazioni dei bersagli (oltre che attraverso le campagne di propaganda contro quegli stessi bersagli).

Ai fini che qui interessano, cioè dimostrare come la *cancel culture* risulti essere lesiva tanto per il diritto soggettivo di essere informati, quanto per il preponderante interesse pubblico alla conoscenza, un altro aspetto da evidenziare è quello riguardante il diritto ad assumere informazioni selezionate in maniera trasparente e attendibili anche su un piano “accademico” (così come era nella promesse della originaria architettura di Google⁷⁹), non personalizzate (c.d. profilate e quindi rese “soggettive” e perciò deviate dal risultato “oggettivo”) da parte dei motori di ricerca o degli altri siti (quali i social media) che, viceversa, si basano oggi proprio su algoritmi di personalizzazione⁸⁰. In altre parole, il diritto alla ricerca di risultati e informazioni completi e non alterati lasciando la “personalizzazione” solo tra le opzioni facoltative disponibili.

In stretta connessione con il diritto ad essere informati ed alla stessa neutralità della rete, un aspetto cruciale relativo ai motori di ricerca è quello della c.d. profilazione⁸¹ degli utenti finalizzata

⁷⁸ L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2016, 26. Sul punto si vedano anche i cons. n. 1 e 4 del GDPR.

⁷⁹ S. BRIN, L. PAGE, *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, in *Computer Networks and ISDN System*, Volume 30, Issues 1–7, April 1998, Pages 107-117.

⁸⁰ Sul punto ampiamente S. ZUBOFF, P. BASSOTTI, *Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, cit.

⁸¹ Sotto questo profilo la fonte più importante di regolamentazione di questi profili sul territorio europeo è senz'ombra di dubbio il GDPR. Con specifico riferimento ai temi qui in analisi, innanzitutto viene chiarito cosa si intende per profilazione (art.4), vengono poi previste delle disposizioni specifiche al fine di tutelare i diritti individuali dei soggetti a fronte di pratiche quali la profilazione stessa, prevedendo ad esempio che questa non possa essere completamente automatizzata o il rispetto di principi minimi quali la trasparenza e la liceità (artt.4, 5, 13, 15, 22). Garante Privacy, *Processi decisionali automatizzati e profilazione*.

al fornire queste informazioni “personalizzate”: aspetto che ha assunto, ad oggi, particolare importanza nell’economia e nella società digitale. Come già indicato con tale concetto si intende la raccolta ed elaborazione dei dati degli utenti, finalizzata ad anticiparne i bisogni, acquisirne abitudini ed orientamenti, nonché incidere sulle scelte degli individui. A fianco di questa operazione “automatica” sussiste una eliminazione dei contenuti che risponde a regole fatte proprie delle piattaforme social o del motore di ricerca: le cosiddette *Policies*, che permettono alle piattaforme di rimuovere o deindicizzare alcuni contenuti degli utenti.

Va evidenziato come tale distorsione dei risultati delle ricerche e delle informazioni ricevute sui social media tende a farli ritenere veri creando sia “l’illusione della maggioranza”⁸² (meccanismo attraverso il quale ad es. i *social media* fanno credere ad un singolo soggetto - grazie alla profilazione - che certi contenuti siano popolarissimi mentre in realtà non lo sono) sia “l’illusione della conoscenza”⁸³ (ciò perché facciamo affidamento sulla conoscenza degli altri e dell’ambiente, anche virtuale, nel quale viviamo) potendo generare, esattamente come la cancel culture -ed in alcuni casi come effetto di questa e del suo “attivismo” -, che alcune opinioni vengano sostenute (o non contraddette criticamente) solo per non contraddire il proprio gruppo sociale di riferimento o di appartenenza che le ha generate⁸⁴. Tutto questo può essere definito artificio e raggirio decettivo, avente, nei diversi casi, differenti finalità (di lucro, di propaganda o altro).

Ciò avviene mediante strumenti di organizzazione e modellizzazione di dati raccolti, riguardanti gli utenti stessi⁸⁵ e ponendo sostanziali problemi anche in relazione al GDPR. I dati relativi alle scelte ed agli interessi degli utenti possono essere forniti sia volontariamente sia indirettamente, cioè senza la collaborazione consapevole del soggetto profilato. È proprio quest’ultima la modalità che ad oggi viene sempre più utilizzata, specie grazie all’immensa mole di dati forniti dalla navigazione in Internet⁸⁶, spesso inconsciamente o senza prestarvi particolare attenzione. Ciò consente, in definitiva, di fornire agli utenti dei prodotti e informazioni su misura attraverso le previsioni dei comportamenti, nonché delle decisioni di consumo⁸⁷.

⁸² K. LERMAN, X. YAN, X.Z. WU, *The "Majority Illusion" in Social Networks*, in *PLoS ONE*, 11, 2/2016.

⁸³ S. SLOMAN, FERNBACH, *The knowledge illusion: Why we never think alone*, Londra, Penguin, 2018.

⁸⁴ E. NOELLE-NEUMANN, *The Spiral of Silence: A Theory of Public Opinion*, in *Journal of Communication*, 24, 2/1974.

⁸⁵ Si veda *Indagine conoscitiva sui Big Data*, a cura dell’AGCM, AGCOM e del Garante per la protezione dei dati personali, disponibile a

<https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Indagine+conoscitiva+sui+Big+Data.pdf/58490808-c024-bf04-7e4e-e953b3d38a9a?version=1.0>.

⁸⁶ A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all’autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020.

⁸⁷ S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informazione e informatica* (II), 2013; M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e mercato*, 2016. Alcuni autori osservano come, in linea di principio, la profilazione abbia anche risvolti positivi, in quanto consente al soggetto esperto di approfondire con maggiore facilità argomenti di proprio interesse, così come di effettuare ricerche più mirate. Sul punto ad esempio H. P. BANG, *Among everyday makers and expert citizens*, in J. NEWMAN (a cura di), *Remaking Governance: Peoples, Politics and the Public Sphere*, Policy Press, 2005; Y. LI, D. MARSH, *New Forms of Political Participation: Searching for Expert Citizens and Everyday Makers*, in *British Journal of Political Science*, 38, 2/2008, 247; Y. THEOCHARIS, J. W. VAN DETH, *The continuous expansion of citizen participation: A new taxonomy*, *European Political Science Review*, in corso di pubblicazione.

Come è stato opportunamente osservato⁸⁸, le attività di profilazione, specie ove devolute esclusivamente a procedure automatizzate, rischiano di avere conseguenze particolarmente negative e, ai fini che qui interessano, intaccare alcuni diritti fondamentali come quello ad essere informati. Tali fenomeni infatti possono portare ad un aumento di discriminazioni e ad un rafforzamento degli stereotipi e tipizzazioni già esistenti in un individuo – che emergono dai dati raccolti – nonché condurre a fenomeni di cd. penalizzazione delle propensioni⁸⁹, limitando i canali sulla base dei quali il singolo effettua le proprie scelte ed esercita le proprie libertà, arrivando in definitiva ad accentuare la bolla informativa nella quale ciascun individuo tende a collocarsi⁹⁰.

Le piattaforme online basano il proprio modello di business sulla raccolta pubblicitaria con contenuti mirati ad un determinato soggetto (in base ad i vari dati su lui raccolti) e non più linkati alla query della ricerca e sulla vendita o concessione dei dati degli utenti raccolti (in modo che terze parti possano sfruttarli per creare contenuti personalizzati). Si tenta quindi anche di catturare quanto più a lungo possibile l'attenzione dell'utente e di allungare la sua permanenza sulla piattaforma in modo da registrare sempre una maggiore quantità di suoi dati comportamentali (c.d. Surplus comportamentale). Quindi una volta che quest'ultimo è stato "catturato", le finalità della piattaforma sono quelle di fargli produrre il maggior numero possibile di azioni, in modo tale da immagazzinare quanti più dati possibili, sulla base delle azioni stesse compiute e delle scelte o il contenuto ad esse legate⁹¹. Grazie a tali meccanismi, i successivi contenuti proposti all'utente saranno fortemente personalizzati e collegati alle attività online compiute dal soggetto, in modo da suscitare nello stesso un forte interesse ed impatto emotivo⁹². Si è quindi realizzata la profezia di N. Negroponte che nel 1995 preconizzò il "Daily Me", affermando che i cittadini non avrebbero più acquistato giornali o guardato la televisione per informarsi sugli argomenti di proprio interesse ma avrebbero avuto accesso ad informazioni quotidiane i cui contenuti avrebbero essi stessi selezionato preventivamente⁹³. I contenuti e le idee proposte all'utente divengono così "circolari", in quanto confermativi delle sue opinioni, credenze e convinzioni⁹⁴ semplicemente rendendo "invisibili" le opinioni differenti.

⁸⁸ A. PAPA, cit., 10 e note ivi richiamate.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.* Si veda anche M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Medialaws*, 2/2019: "la filter bubble (bolla di filtraggio), è quel fenomeno che è stato definito quale isolamento intellettuale che può verificarsi quando i siti web fanno uso di algoritmi per identificare in maniera selettiva le informazioni riguardanti gli utenti, attraverso la creazione di un determinato profilo. Nello studio di Eli Pariser la *filter bubble* mette in luce gli aspetti patologici del fenomeno e la possibile lesione del diritto alla privacy e del diritto all'identità personale del soggetto utente, che viene ingabbiato in una bolla che contiene i dati relativi alle proprie scelte. L'analisi delle *filter bubbles*, in quanto fenomeno fondato sull'uso di algoritmi, offre l'opportunità per rivisitare la tradizionale contrapposizione tra diritto e tecnica e oggi tra diritto e intelligenza artificiale e per esplorare nuovi contenuti del diritto all'identità. Il nuovo paradigma della identità digitale emerge dal nuovo reg. UE GDPR e in particolare dalla profilazione, omologo della *filter bubble*".

⁹¹ Per approfondimenti si rinvia all'analisi *Indagine conoscitiva sui Big Data* sopra richiamata, p. 33 ss.

⁹² M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, cit. in cui si afferma che "In questo contesto, hanno origine fenomeni noti come filter bubble e self-confirmation bias, caratterizzati da un meccanismo di causazione circolare per il quale l'utente con le proprie scelte, rivela le informazioni che lo interessano e, a sua volta, la selezione delle informazioni operata dall'algoritmo influenza le scelte dell'utente, confermandone la visione pregressa del mondo".

⁹³ N. NEGROPONTE ET AL., *Being digital*, in *Computers in Physics*, 11, 3/1997, 261 ss.

⁹⁴ M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, cit.

Il fatto di poter “*to screen-in or screen-out*” opinioni, persone o temi “differenti” pone serie questioni sul funzionamento della democrazia (che non si può trasformare in una echo-chamber)⁹⁵.

Le ricadute sotto un profilo giuridico degli strumenti di profilazione, perlomeno con riferimento alle tematiche qui in esame, sono evidenti e di notevole impatto. La profilazione infatti, come è stato osservato⁹⁶, influenza la libera determinazione dell’individuo, impattando sui meccanismi cognitivi degli individui e sulle modalità con le quali questo percepisce la realtà circostante. In un ordinamento democratico e pluralista, è necessario che sussista un pieno ed efficace pluralismo nelle informazioni, affinché gli individui possano sviluppare la propria personalità nonché esprimere scelte consapevoli, prese all’esito della valutazione dei fatti e delle opinioni altrui, anche di minoranza e non sempre approvate dalla maggioranza di un dato momento storico. A contrario, gli strumenti di profilazione fanno pervenire all’utente solo notizie che, secondo l’algoritmo stesso – e secondo chi organizza la piattaforma o, comunque dispone dei dati del soggetto-, egli deve essere interessato a ricevere, orientandolo sempre verso tipi di notizie simili a quelle già ricevute e verso opinioni od orientamenti in linea con le proprie convinzioni già formate, ciò al fine come detto di stimolarne interesse ed interazioni, permettendo a loro volta di raccogliere nuovi dati e di fornire nuovi contenuti. Così facendo, pertanto, il tipo e contenuto delle informazioni destinate all’utente vengono preventivamente selezionate e filtrate, sicché ciò che gli giunge non è un’informazione trasparente, completa e pluralista, ma piuttosto parziale e già preorientata verso proprie precedenti convinzioni o che riesce ad orientarla facilmente verso modifiche comportamentali progressive. In questo ovviamente opera anche l’eliminazione delle informazioni che avrebbero potuto essere ricevute.

In sostanza una informazione incompleta o “personalizzata” rischia di essere un falso (un fake).

Dinanzi a questa situazione, nonché dei pericoli che discendono da questi strumenti, il legislatore in particolare europeo da diversi anni ha deciso di intervenire⁹⁷. Ciò anche nella convinzione che, vista la rilevanza sui processi decisionali democratici del pluralismo informativo, serva un soggetto e degli strumenti regolatori dei meccanismi che possono incidere sul pluralismo stesso⁹⁸. La creazione di strumenti di controllo è però ancora agli inizi e si scontra con la necessità di bilanciare i diversi principi contrapposti. Ad analoghe limitazioni dell’informazione si perviene anche, come già accennato, attraverso la “privatizzazione della censura” propria dei motori di ricerca stessi⁹⁹.

⁹⁵ C. R. SUNSTEIN, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, IX.

⁹⁶ A. PAPA, cit.

⁹⁷ Per una panoramica storica si veda F. PIZZETTI, *Privacy e Diritto Europeo alla protezione dei Dati Personali, Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁹⁸ A. PAPA, cit., 12.

⁹⁹ Cfr. M. MONTI, *Le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *Federalismi.it*, 2017.

L'operato del legislatore europeo, sotto questo profilo, ha svolto e svolgerà un ruolo imprescindibile¹⁰⁰.

Così si può anche affermare che le carte internazionali, ispirate ai principi propri degli Stati democratici, in un contesto globalizzato e non regolato non sono ancora pienamente cogenti e nemmeno hanno una forza in qualche modo equiparabile a quella delle Carte di diritto europeo. Ciò, ancorché esse siano legittimate da vari statements del G20 e siano state qualificate come Bill of Rights (si pensi alla Carta dei diritti globali di Internet elaborata dall'Internet Governance Forum, struttura di supporto dell'ONU, presentata al meeting di Vilnius il 22 e 23 novembre 2012). Ma è anche vero che hanno pur sempre un loro valore giuridico, in quanto indicano un modello sociale e politico di riferimento che si contrappone a quello iperprivatistico teubneriano, influenzato dalle grandi società informatiche¹⁰¹.

5. Conclusioni: per un'etica della tolleranza

Nelle sezioni precedenti si è cercato di riassumere, brevemente, alcuni aspetti del diritto ad essere informati nel contesto tecnologico contemporaneo, in cui ci si può legittimamente chiedere se la democrazia digitale può sostituire – e non solo integrare – la democrazia rappresentativa¹⁰².

Nella nostra prospettiva il Diritto deve essere una parte integrante ed inscindibile della società dell'informazione¹⁰³.

Alla luce di quanto delineato, si può ora ben comprendere come il fenomeno della cancel culture operato dal c.d. *social media activism*, anche in ragione delle sue attuali caratteristiche, collida con i diritti sopra illustrati e trovi nei motori di ricerca, social media e nella gestione dei dati raccolti delle vere e proprie armi.

La cancel culture infatti, come si è cercato di evidenziare, rappresenta inevitabilmente una forma moderna di attacco e di censura, nei confronti di opinioni – e loro autori – ritenuti “scomodi” o “avversari” da un gruppo di persone, e opera con l'obiettivo di ottenere la rimozione dalla conoscibilità pubblica di tali soggetti e delle loro idee e affermazioni.

A contrario, il diritto ad essere informati porta inevitabilmente con sé la possibilità di entrare in contatto con fatti ed opinioni scomode, dinanzi ai quali è necessario essere disposti al confronto, anche ove tali opinioni e fatti non sempre siano ritenuti facilmente sopportabili e

¹⁰⁰ N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 12, 2/2020. Sotto questo profilo la fonte più importante di regolamentazione di questi profili sul territorio europeo è senz'ombra di dubbio il GDPR. Con specifico riferimento ai temi qui in analisi, innanzitutto viene chiarito cosa si intende per profilazione (art.4), vengono poi previste delle disposizioni specifiche al fine di tutelare i diritti individuali dei soggetti a fronte di pratiche quali la profilazione stessa, prevedendo ad esempio che questa non possa essere completamente automatizzata o il rispetto di principi minimi quali la trasparenza e la liceità (artt.4, 5, 13, 15, 22).

¹⁰¹ F. GALLO, *Democrazia 4.0. la Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, 1/2020.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Cfr. M. DURANTE, *The online construction of personal identity through trust and privacy*, *Information*, in *Information*, 2, 2011, 594 ss. In Dottrina si è sostenuto che i sistemi moderni sono regolati da quattro forze: il mercato, la legge, le norme sociali, e l'architettura. Nel caso di sistemi altamente informatizzati, l'architettura viene sostituita dal codice sorgente, Cfr. L. LESSIG, *Code And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, New York, Basic Books, 2008.

condivisibili, proprio perché lo sviluppo degli ordinamenti democratici passa anche dal confronto con queste realtà. Gli Stati hanno anzi un obbligo di garantire alle minoranze di poter partecipare al dibattito pubblico, come la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato sin dalla sentenza "Handyside c. Regno Unito" del 1976¹⁰⁴. In questa sentenza la Corte sottolinea non solo l'importanza della libertà di espressione, protetta dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche la necessità del rispetto di opinioni che sono diverse, e quindi del pluralismo come carattere essenziale della società democratica. La Corte che la protezione della libertà di espressione non riguarda solo le informazioni e le idee che sono favorevolmente recepite ovvero sono ritenute innocue o indifferenti, ma anche quelle che offendono, turbano o disturbano lo Stato o qualunque settore della popolazione. Queste, secondo la Corte, sono «... le esigenze di quel pluralismo, di quella tolleranza e di quella apertura mentale senza i quali non vi è una 'società democratica'»¹⁰⁵. Quindi, ciò comporta anche la necessità di confrontarsi con fatti controversi o che, alla luce dello sviluppo della società e dell'etica comune, ad oggi sono difficilmente ritenuti accettabili. Questo permette di esaminare la realtà con occhio critico nonché distinguere fatti reali da mere invenzioni e suggestioni, o fatti riportati solo parzialmente ricollegandoci in tal senso con quel fenomeno ad oggi sempre più diffuso delle *fake news*.

Il ruolo dei motori di ricerca e dei *social networks* in questo contesto è fondamentale, proprio per il suo aspetto promozionale del diritto ad essere informati. A contrario, proprio eccessivi fenomeni di arbitrario controllo dei contenuti e di profilazione dei risultati sui motori di ricerca e sui social networks (con le loro differenti finalità) rischiano di filtrare eccessivamente le notizie e di eliminare fatti, individui od opinioni ritenuti non in linea con il profilo dell'utente limitando quindi le possibilità di scelta e di sviluppo dell'utente, favorendo la chiusura dello stesso in una "bolla informativa" che può essere facilmente "sfruttata" a fini commerciali o di propaganda. Di questo meccanismo la cancellazione di contenuti appare lo strumento più radicale ma – paradossalmente - conforme al *modus operandi* delle piattaforme: operando, in concreto, un meccanismo di cancellazione sulla base di un giudizio sui contenuti. Ancora più evidente poi la lesione del diritto se la rimozione dei contenuti o deindicizzazione è volontaria e non frutto di un automatico algoritmo di profilazione¹⁰⁶.

Va poi qui solo accennato il tema cruciale di come gli algoritmi e le caratteristiche sopra accennate proprie delle piattaforme possano essere strumentalmente usati da abili attori anche all'insaputa degli stessi titolari delle stesse. Oggi motori di ricerca e social media sono diventati "il campo di battaglia" su cui si difende la democrazia¹⁰⁷ ed in cui a cadere, per ora, sono solo i diritti dei cittadini.

¹⁰⁴ Corte EDU, Handyside c. Regno Unito, 7 dicembre 1976, Serie A, n. 24, § 49.

¹⁰⁵ Cfr. ampiamente G. RAIMONDI, *Il multiculturalismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione Giustizia*, 1/2017, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-multiculturalismo-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo_428.php.

¹⁰⁶ M.HEINS, *The Brave New World of Social Media Censorship*, in *Harvard Law Review*, F. 325 (2013-2014), 325 ss.

¹⁰⁷ R. SUNSTEIN, cit.; G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Eguagliamento epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion Pratica*, 2/2018. 445 ss.

Facendo un passo ancora nella prospettiva della “censura o “boicottaggio” il fenomeno della cancellazione (all’opposto di quanto avviene nel caso di esercizio del diritto all’oblio) non è lesivo soltanto del diritto ad essere informati, che è diritto come detto spettante a tutti i consociati¹⁰⁸ ma, contestualmente, cagiona una lesione dei diritti del soggetto vittima della cancellazione, il quale può patire conseguenze particolarmente gravi sotto un profilo personale, economico e di carriera, sicché è ben comprensibile come taluno evidenzi la necessità di evitare attacchi di questo tipo, oltre che disporre strumenti di risarcimento per il danno patito¹⁰⁹.

Altro riflesso negativo è quello che parte della dottrina definisce come *private censorship*¹¹⁰. Con ciò si intende la tendenza a non esprimere la propria opinione, in particolare su tematiche particolarmente dibattute a livello sociale, morale o politico, ove l’individuo tema che la maggioranza degli altri soggetti (in un ambiente di riferimento reale o virtuale o, comunque per come percepito anche tramite i mezzi di comunicazione) possa non condividere le sue opinioni con effetti quali la “Tirannia della maggioranza”, oppure tema di porsi in pubblico contrasto con gruppi attivisti o soggetti radicalizzati (che nel caso della *cancel culture* può portare alla “*Tyranny of the minority*”¹¹¹) generando la c.d. “spirale del silenzio”¹¹². In concreto un effetto sostanzialmente intimidatorio.

Riteniamo che solo la difesa del diritto individuale e collettivo ad essere informati unitamente alla battaglia contro censure e manipolazioni del flusso di notizie e la guerra alle fake news siano

¹⁰⁸ O.F. VON FEIGENBLATT, *The Importance of Historical Heritage and the Fallacy of the Cancel Movement: International Case Studies*, cit. l’A. giudica particolarmente negativo fenomeni di cancellazione quali la distruzione o rimozione di opere del passato facenti parte del patrimonio storico e culturale, evidenziando come tale atto costituisca la più grave forma possibile di censura nonché una grave violazione a danno dell’intera umanità. Non solo, quindi, una lesione del diritto ad essere informati, ma anche quello di poter godere della conservazione del patrimonio storico e culturale dell’umanità.

¹⁰⁹ N.K. CARR, *How Can We End# CancelCulture-Tort Liability or Thumper’s Rule?*, cit. Secondo l’A., sarebbero astrattamente configurabili azioni di risarcimento civile per il danno patito a seguito di un attacco ricollegabile ai casi di cancel culture. Ciò ovviamente con tutte le problematiche che questo porrebbe, sotto un profilo di individuazione del corretto strumento giuridico utilizzabile, dell’individuazione del danno e dell’effettivo responsabile. L’A. evidenzia inoltre che in tale contesto difficilmente sarebbe, invece, utilizzabile lo strumento della diffamazione, in quanto la cancel culture parte da dichiarazioni o fatti effettivamente imputabili alla vittima della cancellazione.

¹¹⁰ P. COOK, C. HEILMANN, *Two Types of Self-Censorship: Public and Private*, in *Political Studies*, 1/2013, 178 ss.; J. FOX, K. M. WARBER, *Queer Identity Management and Political Self-Expression on Social Networking Sites: A Co-Cultural Approach to the Spiral of Silence*, in *Journal of Communication*, 65, 2015, 79 ss.

¹¹¹ La teoria si occupa dell’analisi del potere persuasivo dei mass media. La tesi di fondo è che i mezzi di comunicazione di massa, ma soprattutto la televisione, grazie al notevole potere di persuasione sui riceventi e quindi, più in generale, sull’opinione pubblica, siano in grado di enfatizzare opinioni e sentimenti prevalenti, mediante la riduzione al silenzio delle opzioni minoritarie e dissenzienti. In particolare, la teoria afferma che una persona singola è disincentivata dall’esprimere apertamente e riconoscere a sé stessa un’opinione che percepisce essere contraria alla opinione della maggioranza, per paura di riprovazione e isolamento da parte della presunta maggioranza. Questo fa sì che le persone che si trovino in tali situazioni siano spinte a chiudersi in un silenzio che, a sua volta, fa aumentare la percezione collettiva (non necessariamente esatta) di una diversa opinione della maggioranza, rinforzando, di conseguenza, in un processo dinamico, il silenzio di chi si crede minoranza. Cfr. *Wikipedia, spirale del silenzio*. B. BISHIN, *Tyranny of the Minority: The Subconstituency Politics Theory of Representation*, Temple University Press, 2009, M.L. GOGGIN, *Threats to Freedom from a Tyranny of the Minority*, Published online by Cambridge University Press: 17 May 2016. <https://www.cambridge.org/core/journals/politics-and-the-life-sciences/article/abs/threats-to-freedom-from-a-tyranny-of-the-minority/186468C56DC8C69D903A53808869798C>.

¹¹² E. NOELLE-NEUMANN, cit.; K. N. HAMPTON, I. SHIN, W. LU, *Social media and political discussion: when online presence silences offline conversation*, in *Information, Communication & Society*, 20, 7/2017; D. TAMBINI, D. LEONARDI, C. T. MARSDEN, *The Privatisation of Censorship: Self-regulation and Freedom of Expression*, in *Codifying Cyberspace: Communications Self-Regulation in the Age of Internet Convergence*, Routledge, 2008.

in grado di salvaguardare i cittadini, la democrazia e le stesse piattaforme social media e motori di ricerca.

In conclusione, riteniamo utile una breve riflessione sull'importanza e sul senso del dibattito democratico, della diversità delle idee e del pluralismo etico, nonché del rispetto delle idee diverse – anche le più scomode – e del *vulnus* che questi profili patiscono da fenomeni quali la cancel culture, basati non solo sul semplice rigetto di pensieri o fatti scomodi – che può anche essere comprensibile ed ammissibile – ma addirittura su di una loro rimozione dalla memoria storica e collettiva oltre che dai mezzi di informazione.

Alla base di ogni società libera odierna, infatti, vi è il principio di tolleranza¹¹³ (riconosciuto tanto dalla Costituzione Italiana che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹⁴), e quindi l'idea che l'etica del diritto è la tolleranza¹¹⁵. Ciò comporta la necessità che gli individui debbano garantire la convivenza con gli altri consociati, raggiungibile solo accettando la diversità delle idee e delle concezioni morali, anche al fine di ottenere una produttiva collaborazione collettiva¹¹⁶. La tolleranza pertanto presuppone la fede nei propri valori ed interessi ma anche il riconoscimento che altri hanno fede nei propri differenti valori¹¹⁷. A contrario, e qui vi è un punto cruciale, vietare ad alcuno di esprimere la sua opinione, imporre il proprio senso del giusto e di cosa sia etico o ammissibile in una società e cosa invece non lo sia, siano essi pensieri, riflessioni su fatti storici o altro, può in ipotesi anche essere un atteggiamento connotato da buona fede, ma rimane pur sempre un atteggiamento di imposizione, che caratterizza non tanto le società democratiche quanto, piuttosto, le idee del despota. La cancellazione di fatti o di persone per fatti o opinioni ritenute riprovevoli secondo un determinato gruppo o una maggioranza non si discosta in alcun modo da queste conclusioni.

Sia consentito allora richiamare le celebri parole di Zagrebelsky, il quale si schierava apertamente a favore del dubbio e del dibattito, rigettando con forza un'etica ed una ideologia basata sull'assoluta affermazione di una precisa verità: «Contro l'etica della verità significa a favore dell'etica del dubbio. Al di là delle apparenze, il dubbio non è affatto il contrario della verità. In certo senso, ne è la riaffermazione, è un omaggio alla verità. (...) Così l'etica del dubbio non è contro la verità, ma contro la verità dogmatica, che è quella che vuole fissare le cose una volta per tutte e impedire o squalificare quella cruciale domanda: “sarà davvero vero?”»¹¹⁸.

ABSTRACT

¹¹³ Ci sia permesso rilevare che, ironicamente e come segno dei tempi, la statua di Voltaire (autore nel 1736 del “Trattato sulla Tolleranza”) sia stata vandalizzata in nome della cancel culture.

¹¹⁴ “La tolleranza e il rispetto della dignità di tutti gli esseri umani costituiscono il fondamento di una società democratica e pluralista. Ne consegue che, in via di principio, si può considerare necessario, nelle società democratiche, sanzionare e cercare di prevedere tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio basato sull'intolleranza ...” (CEDU Erbakan c. Turchia, sentenza del 6 luglio 2006, §56).

¹¹⁵ G. VISENTINI, *L'etica del diritto è la tolleranza*, Roma, Luiss Guido Carli, 2008.

¹¹⁶ Sul punto si rinvia a D. DE RADA, *Etica e Business*, Rimini, Maggioli Editore, 2013, 48, nonché a G. VISENTINI, *Etica e affari*, Roma, Ciampi, 2001, 221.

¹¹⁷ G. VISENTINI, *Etica e affari*, cit., 224.

¹¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Lo scopo di questa ricerca è quello di evidenziare come il fenomeno della c.d. cancel culture incida su diversi principi e diritti fondamentali garantiti da tutte le Costituzioni democratiche. Particolare rilievo è dato all'ordinamento italiano e sovranazionale (es. libertà di opinione, diritto di manifestazione di pensiero, diritto ad essere informati). Il contributo intende dimostrare come queste scelte ledano il principio di tolleranza, pietra miliare di tutti gli Stati democratici. In relazione al tema principale, nello scritto sono analizzate le problematiche sollevate dall'utilizzo di informazioni personalizzate da parte dei motori di ricerca e dei social media, al posto di informazioni complete e trasparenti non viziate dalla profilazione. È valutata anche l'incidenza di pratiche legate al c.d. attivismo online e la sua dubbia legittimità.

ABSTRACT

The purpose of this analysis is to highlight how the phenomenon of cancel culture affects various principles and fundamental rights guaranteed by all the democratic Constitutions, with particular focus on the Italian system, in connection with the supranational legal system (e.g. freedom of opinion, right to manifestation of thought, right to be informed). The paper aims at demonstrating how these choices undermine the general principle of tolerance, milestone of all democratic States. In connection with the main topic, the issues raised by the provision of customized, sometimes even purged, information by search engines and social media, rather than complete and transparent information, are analysed. The exploitation of such practice in online activism practices, and its dubious legitimacy, are assessed as well.

PAROLE CHIAVE: Cancel culture, Diritto ad essere informati, Diritto all'oblio, Profilazione, Censura.

KEYWORDS: Cancel culture, Right to be informed, Right to Oblivion, Profiling, Censorship.



Giulia Vasino*

Legislative unresponsiveness in the current stage of the Italian constitutional justice: a brief overview**

SOMMARIO: 1. Parliamentarian inertia in the Italian constitutional system: searching for a different approach. – 2. The main features of judicial review of legislation in the present phase of the Italian Court. – 3. The landmark “Cappato” rulings and the creation of a new judicial reasoning technique. – 4. Beyond order 207/2018: the innovative role of parliamentary inertia in the Court’s decision-making in the field of criminal law. – 5. Conclusions.

1. Parliamentarian inertia in the Italian constitutional system: searching for a different approach

Parliamentarian inertia, «never sufficiently decried»¹, represents a well-known issue in pluralistic States and is a recurring feature in the Italian legal system. The inability to implement decisions “at an acceptable pace” is usually connected to the dysfunctions of parliamentary democracies. Nowadays, the ever-increasing range of people’s needs and the significant fragmentation of political systems have a negative impact on the efficiency of parliaments².

With regard to the Italian political context, this phenomenon, arguably exacerbated by the weakness of its political and institutional structures, has deeply affected the relationship between

* Ph.D in Public, Comparative and International Law, Department of Political Science, Sapienza University of Rome.

** Double blind peer reviewed essay. This essay represents a revised version of the conference paper “Legislative unresponsiveness and the Constitutional Court’s legitimacy in Italy” presented at the European Consortium for Political Research (ECPR) General Conference 2020 in the section “Law and Courts”, 24-28 August 2020.

¹ As a famous definition of justice of the Italian Constitutional Court Franco Modugno highlighted. See F. MODUGNO, *La giurisdizione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1239.

² See P. PASSAGLIA, *Right-based constitutional review in Italy*, in *Consultaonline.org*, 2013, 12; B. CARAVITA, *Quanta Europa c’è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2020, 71; M.G. RODOMONTE, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia*, Milano, CEDAM, 2020, 225 FF.

the Italian Parliament and the Constitutional Court³. Since 1956, when the Constitutional Court was established, constitutional justices have indeed dealt with a “timid” representative organ⁴. The latter has revealed itself to be neither capable of developing solid and autonomous law-making nor swift at accepting the Constitutional Court’s suggestions. As a consequence, the judicial body has progressively changed its judgements and the perception of its own position within the constitutional framework⁵.

Especially in the first phase of the judicial review of legislation, the action of the Constitutional Court was regarded by both scholars and other institutional actors as more than supplementary⁶. By dismantling the illiberal acts mainly inherited from the fascist regime, the Court played a primary role in the process of democratization and the implementation of new republican values⁷. Hence, the first stage is commonly defined as “the great stand-in period”⁸ (*grande supplenza*)⁹, due to the Court’s willingness, in the absence of Parliament¹⁰, to take charge in the consolidation of constitutional principles¹¹.

A quick glance at the various interpretations of the issue seems to prove that legislative unresponsiveness in Italy has mostly been analysed from a systemic point of view. More clearly, doctrinal approaches to the topic may be summarily divided into two different stances: the first stance, which can be called “critical/descriptive”, highlights the deficiencies and shortcomings in

³ F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (ed.), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, Firenze University Press, 2006, 25.

⁴ See also L. ELIA, *L’esperienza italiana della giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici*, in M. OLIVETTI-T. GROPPI (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 148.

⁵ As highlighted by Silvano Tosi, see S. TOSI, *Intervento*, in G. MARANINI (ed.), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, 230 FF.; A. SIMONCINI, *L’avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4-2004, 3066 FF.; C. TRIPODINA, *Il “potere politico” della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-J. LUTHER (eds.), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, 21.

⁶ L. ELIA, *Intervento*, in *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 1969, 190 FF.; S. RODOTÀ, *La svolta “politica” della Corte costituzionale*, in *Pol. del Dir.*, 1970, 41.

⁷ C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 40 argues that in that phase the Court’s activity was characterized by a “combative” attitude, which reflected an orthodox view of the constitutional values’ implementation.

⁸ On that regard, see L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, CEDAM, 1985, 306 who clarifies that, in a strictly technical sense, the modus operandi of the Court in the early stages cannot be considered as “substitutional” as the Court used the ordinary tools of constitutional review of legislation; since the first legislature, the Parliament’s lack of willingness to engage a continuative activity of implementation of constitutional provisions has emerged; on this matter see P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in VV.AA., *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Roma-Bari, Laterza, 1955, 25.

⁹ For insights on the chronological framework regarding the Italian Constitutional Court’s phases, see the authoritative historical reconstruction developed by V. BARSOTTI-P. CARROZZA-M. CARTABIA-A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 37 FF.

¹⁰ T. GROPPI, *The Italian Constitutional Court: towards a ‘Multilevel System’ of Constitutional review?*, in *Journal of comparative Law*, III (2), 2008, 108; see also A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in ID. (ed.), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, Edizioni di comunità, 1975, 69.

¹¹ P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 2000, 124.

Italy's constitutional architecture¹². Researchers who adopt this standpoint mainly interpret the different decisional instruments utilized by the Court. They specifically focus on the techniques which aim at compensating for the negative impact of inertia on the guarantee of fundamental rights¹³; the second stance, which has been mainly characterized by a “propositive” enquiry method, suggests solutions to foster legislative responsiveness¹⁴.

Studies related to the first thread usually examine the type of judgements which involve the relationship with the legislature. A particularly complex form is the so-called *doppia pronuncia*, which, in substance, consists of an informal declaration of unconstitutionality¹⁵. Structurally, this kind of judgement is characterized by the apparent logical contradiction between the Court's reasoning and the decision to reject the question. The Court denounces the act for not complying with constitutional parameters, but then forgoes its annulment, and instead calls upon the Parliament to correct the defective law. The following threat which is made to the legislator is fairly straightforward: if the Assembly fails to heed the judicial warning in a reasonable amount of time, the Court will strike down the law in a subsequent judgement concerning the same issue. In this way, the Constitutional Court performs an unusual kind of self-restraint. It does not provide the challenged act with a label of constitutional conformity but, «planting a foot on either side of the constitutional fence»¹⁶, the Court impels both Chambers to act.

Moreover, studies which focus on the type of decisions known as *additive di principio* have assumed a certain importance. While in the judgement previously described the Court was extremely reluctant to intervene, in this case it undertakes a less cautious strategy, by nullifying

¹² G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in VV.AA., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 224; G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 45; P. VIPIANA, *La legislazione negativa*, Torino, Giappichelli, 2017, 168 FF.

¹³ C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 162 FF.; A. PIZZORUSSO, *Art. 136*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (eds.), *Commentario alla Costituzione. Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma, Società editrice del Foro italiano, 1997, 176; among the various types of judgements created by the Court, it is undeniable that the utilisation of the “additive” judgements have been particularly controversial since the beginning; on that subject see C. LAVAGNA, *Sulle sentenze “additive” della Corte costituzionale*, in VV.AA., *Scritti in onore di G. Ambrosini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1970, 1131 FF.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in VV.AA., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, CEDAM, 1985, 302 FF.; N. PICARDI, *Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale*, in VV.AA., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, 597 FF.; see also V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, in N. OCCHIOCUPO (ed.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978.

¹⁴ A. PREDIERI, *Considerazioni sul tema*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 152 FF.; S. BARTOLE, *Elaborazioni dottrinali e interventi normativi per delimitare l'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 127 FF.

¹⁵ R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993, 80 FF.; A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in VV.AA., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Atti del Convegno svoltosi a Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, 127; A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 631.

¹⁶ W.J. NARDINI, *Passive activism and the limits of judicial self-restraint: Lessons for America from Italian Constitutional Court*, *Seton Hall Law Review*, 30, 1999, 4.

the questioned statute¹⁷. However, as this mere annulment cannot restore constitutional legality, the Court hereby introduces a new principle into the legal framework which both common judges and the legislator are required to follow. More clearly, the CC's goal is to achieve a more balanced stand between guaranteeing constitutional integrity and not interfering in the Parliament's legislative sphere of competence¹⁸. Rather than establishing an exhaustive set of norms by itself, the guardian of the Constitution lets the Parliament's discretionary power decide how to thoroughly implement the provision¹⁹.

Many studies related to the second approach emphasize the need to modify article 136 of the Italian Constitution. Article 136 provides basic rules concerning declarations of unconstitutionality (*sentenze di accoglimento*), by establishing that «the norm ceases to be effective on the day after the publication of the decision»²⁰. It also determines that the Parliament must be promptly informed of the invalidation in order to let it, if deemed appropriate, take action with follow-up decisions «in the proper constitutional forms»²¹.

A long-standing scholarly debate centers on the idea that constitutional discipline in relation to temporal effects is too rigidly fixed²². The argument is that this lack of flexibility and the absence of a well-structured procedure of coordination between the Court and the Parliament impairs the efficiency of the judicial review. As this problematic issue is commonly raised in other constitutional systems, a comparative analysis often offers inspirational solutions. The Austrian Constitutional Court can delay the invalidating effect of any of its decisions for up to one year in order to let the Assembly adopt a provision accordingly²³. Also, the German Constitutional Court provides itself with an even more sophisticated technique. *BundesVerfassungsgericht* can declare acts

¹⁷ C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000, 262-263 points out how the development of this new technique by the Court was unavoidable due to the Court's "lost of patience" with Parliament's lack of promptness; G.P. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in *romatrepress.uniroma3.it*, 2019, 387 FF.; G.P. DOLSO, *Le additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4113; M. D'AMICO, *Un nuovo tipo di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, 1810.

¹⁸ T. GROPPI, *The Italian Constitutional Court: towards a 'Multilevel System' of Constitutional review?*, in *Journal of comparative Law*, III (2), 2008, 108; E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quad. cost.*, 1994, 153; A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, ESI, 2019, 204 considers this kind of judgement as the expression of both a pragmatic and a balanced approach.

¹⁹ See R. PINARDI, *Il mutato atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'inerzia del legislatore quale causa di una maggior "diffusione" del giudizio sulle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione": verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, Giappichelli, 2002, 624. A. GUZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, V, 2002, 3435 FF.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther (eds.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, 339; C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento*, cit., 279 FF. states that this kind of judgements are characterized by «open normative standards»; see also A. RUGGERI, *Esperienze di normazione ed esperienze di giustizia costituzionale a confronto: un rapporto tra giudici e Corte a geometria variabile?*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 524-525 and E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3-2008, 766-767.

²⁰ Italian Const. art. 136 § 1.

²¹ Italian Const. art. 136 § 2.

²² Many scholars suggest indeed a constitutional amendment in order to make the discipline regarding the effects more flexible. Among others, see the authoritative opinions of two former Presidents of the Italian Constitutional Court Francesco Saja and Livio Paladini in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989.

²³ B. CARAVITA, *Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, CEDAM, 1985, 134 FF.

“incompatible” (*unverain*) with the fundamental law (GG) without nullifying them, for the purpose of avoiding legal gaps²⁴. These types of decisions are very pragmatic: challenged statutes are granted a time-limited certificate of constitutional “tolerance”. The Tribunal’s decision usually sets a deadline for the legislator to change the defective act in accordance to the Court’s detailed guidelines²⁵.

Other authoritative voices assert that, in order to make the Constitutional Court’s imprecations more efficacious, new mechanisms should be included in the internal rules of the Senate and of the Chamber of Deputies. In fact, both these Chambers have introduced procedural improvements aimed at stimulating quicker consequential lawmaking throughout the years. For example, article 109 of the Chambers of Deputies’ Rules of Procedure (hereinafter R.C.) states that the Court’s judgements must be transmitted to the relevant Commission and to the Constitutional Affairs Commission. Moreover, it establishes that the Committee may produce a report indicating the proper legislative measures that the Assembly should consider. However, these procedures are practically obsolete. They seem not to have a considerable impact on the Parliament’s follow up action²⁶.

These studies, even with their differences, share a common predilection for the Constitutional Court’s perspective, by arguing that its efforts to improve Parliament’s responsiveness have been far from decisive. On the other hand, in spite of the complexity of different scholars’ points of view, the *fil rouge* of these approaches is the idea that the Court have played a passive role in this dysfunctional framework. Put more clearly, these previous studies appear to imply that the Court perceives inertia as a weakness and as an obstacle to its proper undertaking of its functions.

However, the Italian Parliament’s inertia seems to have acquired a new function in the recent constitutional reasoning. In the following part of the essay, the idea that the Court has developed

²⁴ G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca: tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2002, 156 FF.; N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, 7 FF.; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerkl rung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1997, 138; M.T. RÖRIG (eds.), *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in *Corte costituzionale-Servizio studi*, available in www.cortecostituzionale.it, 2018, 26; B. CARAVITA, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 247; F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l’esperienza tedesca*, in *Quaderni Costituzionali*, 3-2015. On that matter see also M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 1-2017, 17; K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, München, 2001, 269; J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in ID.-R. ROMBOLI-R. TARCHI (eds.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 182.

²⁵ T. GINZBURG, *Judicial review in New democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 40.

²⁶ Two empirical studies have shown that, despite the existence of the mentioned internal practices, Parliament cooperation has been constantly unsuccessful. By selecting the Court’s decisions which contained suggestions/directives/warnings for the legislator, they examine how many of them have been followed. The first one, conducted by Lucio Pegoraro refers to the period 1975-1985. The latter is slightly more recent, covering the period 1990-1999. Interestingly, they present an almost identical conclusion: only about one-third of Court’s admonitions were not disregarded (39 on 114 the former, 50 on 148 the latter). Both of the researches are reported by N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, in VV.AA., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 21*, Torino, Giappichelli, 2010, 127 who further argued that these positive goals were rarely obtained thanks to *ad hoc* procedures. He also underlines the fact that the efforts carried out by the Presidents of both Chambers, aimed at further facilitating Parliament’s reaction, often failed. For example, in 1997 they adopted new internal provisions which provided that new bills must be considered jointly with the Court’s judgements on the same matter (if any).

a new way of turning the legislator's omissions into a powerful tool will be highlighted. More clearly, the Court seems to have transformed delays and *lato sensu* failures of the representative organ into an instrument to legitimise its own intervention.

2. The main features of judicial review of legislation in the current stage of the Italian Court

In order to understand what has changed in the Court's approach to parliamentary inertia, the current stage of the Italian constitutional justice system and its distinctive traits must be portrayed. Indeed, since the second decade of the 21st century, the Court has been called upon to deal with issues with significant systemic implications. As a matter of fact, many commentators claim that the Court has taken on a more politically ambitious role in this time period²⁷.

The first important turning point occurred when the Constitutional Court made its decision on the electoral system (law. no. 270 of 2005). Unexpectedly, after having declared the issue admissible, it adopted a decision of partial unconstitutionality. By reversing an established tradition of self-restraint on political and electoral issues²⁸, the Court nullified the core features of the Parliament's electoral law. As a result, this was transformed into a pure proportional system (judgement no. 1/2014)²⁹. A few years later, the Court intervened again in electoral matters by partially striking down the new electoral legislation for the Chamber of Deputies (judgement no. 35/2017)³⁰.

Furthermore, a wide-ranging debate was aroused by the Court's decision on the so-called "Robin Tax" (judgement no. 10/2015). This tax consisted of a supplementary imposition for petroleum and energy companies. In fact, the challenged provision, which was part of many austerity solutions approved under the Monti cabinet, was declared unconstitutional. However, the Court decided to impose a limit on the ordinary retroactive effectiveness of its judgement by

²⁷ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2-2019; see also T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *federalismi.it*, 3-2021, 129.

²⁸ M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (eds.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 25 FF.; E. CATELANI, *Giustizia costituzionale tra "anima politica" ed "anima giurisdizionale" e sua incidenza sulla forma di governo*, in *federalismi.it*, 8-2017, 9-10; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3-2013, 12.

²⁹ The provision of a majority premium without providing a minimum electoral threshold and the blocked and long lists of candidates were found unconstitutional. According to the Court, they did not comply with the criterion of proportionality and violated the right to vote (art. 48 It. Cost.)

³⁰ In this case, the run-off system that the law provided was nullified on the grounds that it infringed the principles of reasonableness.

establishing that it would have just *pro futuro* effects³¹. More clearly, in order to mitigate the negative impact of its judgement on the budgetary equilibrium, it sacrificed the applicants' interests³². For that reason, this controversial operation of the Court was severely criticized³³.

Finally, the propulsive action that the Court nowadays plays with regard to highly controversial and ethical issues should be mentioned. For many years, the Court had generally maintained a prudential restraint in the field of civil rights. Even when both ordinary and supranational courts repeatedly reported the urgent need for legislative recognition of rights³⁴, the Court refrained from granting the so-called "new rights". On the contrary, in this new phase the Court has even more assumed the role of institution willing to take a leading role in giving voice to divisive issues³⁵.

³¹ Although judgement no. 10-2015 presents unique features, rulings establishing variations in the effectiveness of judgements "with regard to the past" (*pro praeterito*) represent a sophisticated judicial operation which are often adopted by the Italian Court. In fact, the derogation from the "natural retroactivity" of the declaration of unconstitutionality is justified on the basis of the actual supervening of the illegitimacy (the so-called supervening unconstitutionality judgements in narrow sense) or can be the result of a discretionary choice of the Court (deferred unconstitutionality judgements). With regard to the latter, the contested provision is declared unconstitutional at a later date with respect to the moment when the defect of unconstitutionality occurred, in order to ensure the gradual development of the legal system, thus tempering the drastic impact of the declaration of unconstitutionality. On this matter see again the authoritative theoretical reconstruction of R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1993; See also P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo nella svolta del millennio (appunti per una discussione)*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-J. LUTHER (eds.), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, 211 and F. SORRENTINO, *Considerazioni sul tema*, in VV.AA., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, 160. Recently, the above-mentioned significant needs underlying the issue have been made explicit by the Court in the reasoning of decision no. 246/2019. In this judgement, while acknowledging the contrast between the contested provision and the constitutional parameters invoked (articles 117 § 3, 118 § 1 and the principle of loyal cooperation), the Court deemed it appropriate to modulate the effects, by establishing that the illegitimacy cannot concern ongoing administrative proceedings. Indeed, despite the statute under scrutiny causing an illegitimate "degradation" of the involvement of the Regions with regard to a subject included in the legislative concurring powers (Art. 117 §3), the Court considered it a priority to guarantee the continuity of the action of the extraordinary commissioner for the emergency (§ 8 judgement no. 246/2019).

³² M. RUOTOLO, *Ambiguità della Corte o arbitrio del giudice? Il "seguito" abnorme e contraddittorio della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3-2015, 1075 FF.; Instead F. POLTI, *"Questo potere che la Corte si è dato": quando Corte costituzionale e Cassazione giocano "di sponda" sul potere della prima di modulare gli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 3-2019, 1537 FF.; R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3-2015. Besides, the Constitutional Court itself tried to mitigate the negative impact of this unusual decision-making, by arguing that the individual rights of the applicants would be partially guaranteed at least with regard to the future (judgement no. 10/2015 § 7).

³³ Among many, see A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 1, who claims that the Court's approach manifested in this decision represents an "epitaph" for the incidenter system.

³⁴ For example, a long judicial confrontation between the European Court of Human rights and the Italian Constitutional Court on the lack of legal recognition of same-sex unions in Italy took place. On that regard, see, among others, the ECtHR's *Oliari and Others v. Italy* (Application nos. 18766/11 and 36030/11) and the Italian Court's judgement no. 138/2010.

³⁵ For instance, important judgements have been delivered in matter of artificial fertilization (law no. 40/2004). The legislative framework was significantly reshaped by the Court with "surgical precision" (judgements nos. 151/2009, 162/2014, 96/2015). See also the highly debated decision no. 170/2014 (on divorce and sex-change). On these topics, see C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3-2016, 4 FF.; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; L. TRUCCO, *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Consultaonline.org*, 2009; D. CHINNI, *La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004*, in *Consultaonline.org*, 2009; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Rivista di Biodiritto*, 2-2016, 245; A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *Rivista di Biodiritto*,

Hence, from the observation of these recent tendencies, relevant changes can be highlighted in the Constitutional Court's conduct. Firstly, it appears to adopt a more flexible approach to procedural rules.

For example, the *incidenter* proceeding often assumes the function of direct access to constitutional justice. The Court's scrutiny on admissibility requirements has indeed evolved into a less rigorous check³⁶. The well-known judgements on electoral cases were scholarly regarded as an example of *fictio litis*³⁷. This expedient demonstrates that the indirect way to the Court has often become a path to bring individual claims and collective issues before the Court³⁸.

Similarly, the decision on the Robin Tax shows the Court's intent to "bend" the rules on temporal effect in order to accomplish its purposes. As the Court highlighted in decision no. 10/2015, derogations to the retroactive effects of acceptance judgements must be subject to strict proportionality rule. Moreover, they can be justified only by the compelling need to guarantee fundamental rights, which would otherwise be irremediably compromised. The Court claims its duty to protect constitutional values by looking at them as a whole. That means that the set of constitutional interests requires a non-fragmentary and comprehensive defense. More clearly, a declaration of unconstitutionality must not produce a far greater condition of constitutional violation. From the Court's perspective, the need to ensure a reasonable balance between all the instances at stake would legitimize a pervasive modulation of the effects.

What, then, would be the new core features of the "Fifth phase" of the constitutional review of legislation in Italy? First of all, constitutional justice as a subject has entered with vigour into the arena of public debate. In a climate of general crisis and deep distrust of traditional representative institution, judicial review of legislation has become a pivotal forum within which new rights can be demanded. In particular, when the Assembly does not manifest any interest in modifying laws which are not aligned with the evolution of social consciousness or constitutional principles, the *incidenter* system plays a subsidiary role. The underlying stimulus behind this is the idea that the fundamental rights of citizens and constitutional principles cannot be left unguarded.

2-2014, 1; Also L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, 2014. Furthermore, it should be mentioned the ongoing evolution of the Court's case-law with regard to married couple's rights to confer both parents' surnames to children. After the judgement no. 61/2006, in which the Court simply had underlined the inadequacy of the applicable legislative provisions establishing the automatic transmission of the father surname, without annulling it, the Court has progressively modified its self-restraint attitude on this issue. With judgement no. 268/2016, the Court adopted a declaration of unconstitutionality, by pointing out how the provisions in force reflected rooted patriarchal traditions and outdated cultural assumptions no longer corresponding with the social consciousness. Therefore, with decision no. 18/2021 the Court decided to go further, by calling into discussion the whole normative architecture on surname's conferment. In doing so, the Court asserted that, despite the positive modifications introduced, the legislation still reflects discrimination based on the parents' sex, which cannot be longer tolerated. On that regard, see N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4-2017; M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2018, 87 FF.; about the pending case awaiting final decision, which originated with decision no. 18/2021, see C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "l'anche" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 11-2021.

³⁶ R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 3-2019, 1897 FF.

³⁷ J. FROSINI, *Constitutional Court of Italy (La Corte Costituzionale Della Repubblica Italiana)*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017, 12.

³⁸ *Ibidem*.

The Court's awareness of this issue seems to have inevitably changed its approach to both the relations with the Parliament and its procedural rules.

3. The controversial landmark “Cappato” rulings and the creation of a new judicial reasoning technique

A recent case, commonly known as the “Cappato case”, appears to perfectly summarize the new characteristics of this current “era”. But more importantly, it sheds light on the apparent new function of inertia in the Court's reasoning.

The decision deals with the delicate issue of assisted suicide. As procedural and substantial facets are deeply intermingled in this case, the concrete background is worth mentioning. The case involved a popular Dj known as Fabo who after becoming tetraplegic as a result of a car accident went to a private clinic in Switzerland which provides service in the field of assisted suicide. The car which took Fabo across the Italian border into Switzerland was driven by Marco Cappato, a member of the Italian Radical party and a leading figure in the campaign for the legalisation of assisted suicide in Italy.

After the patient had ended his life, Cappato went back to Italy and reported himself to the police for having provided material assistance to Fabo. Indeed, according to a long-run interpretation of Italian law, it is a criminal offence to accompany by car a person who wants to commit suicide to such a clinic. For Cappato, in fact, the decision to report himself to the police was a conscious choice, aimed at bringing the case to trial and consequently the issue before the Court. The final goal was to dismantle the criminalisation of assisted suicide due to its asserted incompatibility with the constitutional values of liberty and self-determination³⁹.

However, the Court's response was different from that which had been expected. In the supreme Court's view, sanctioning the provision of material assistance to suicide is not unconstitutional *per se*⁴⁰. In fact, the concept of protecting vulnerable people is rooted in the Italian Constitution and in its fundamental vocation to ensure social solidarity⁴¹.

³⁹ The law at stake was indeed adopted in 1930, under the fascist regime, before the entry into force of the republican Constitution, on that regard see S. SEMINARA, *L'art. 580 c.p. e il diritto a morire*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 311 FF.; according to the Court of Assize of Milan, a univocal interpretation of article 580, conflicting with the Constitution, could be identified, although a comparison with previous trials on the same matter might have led to different conclusion, to the absence of a unique hermeneutical approach; on that profile see A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 3 FF.; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, 2-2018, 495 FF.

⁴⁰ M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 115.

⁴¹ Ord. no. 207/2018 § 4.

Nevertheless, there are situations that were conceivably unimaginable «at the moment art. 580 of the penal code was written»⁴². The Constitutional Court refers to specific conditions such as those of patients like Dj Fabo: «(i) patients suffering from an incurable disease (ii) that causes him or her severe and subjectively intolerable pain and distress, and is (iii) kept alive by life-sustaining treatments, but (iv) retains full mental capacity»⁴³. Patients facing these difficult conditions already have the possibility to end their lives, by refusing medical treatments (including the life sustaining ones such as hydration and artificial feeding). This is the only option they have under the legislation in force (law. no. 219/ 2017), which does not allow healthcare professionals to provide any form of euthanasic intervention or assisted suicide⁴⁴.

According to the judges, this legislative obstacle would harm patients' personal perception of "dignity" and, in particular, "dignity in death"⁴⁵. More clearly, the criminalisation of assistance in suicide could result in the person suffering from the above-described extreme conditions forcing himself/herself to end life in a way conflicting with his/her personal beliefs. Therefore, it stated that the current art. 580 did not comply with the combined provisions of articles 2, 3, 12 and 32 of the Italian Constitution.

Interestingly, the Court decided to delay its decision of unconstitutionality by adopting a sophisticated type of "wait and see" approach. By delivering a procedural order, it granted ten months to the Parliament to discuss the issue and correct the legislative framework. The new cooperative decision was named as a "foreseen unconstitutionality" judgement⁴⁶. The Court's

⁴² Ord. no. 207/2018 § 8.

⁴³ See F. VIGANÒ, *The Italian Constitutional Court on Assisted Suicide*. Available at: <https://www.criminaljusticenetwotk.eu/it/post/the-italian-constitutional-court-on-assisted-suicide> (accessed: 3 august 2020).

⁴⁴ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 6; To understand more in depth the spirit of the "new" legislation and its core features see, among others, U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3-2018, 112-113; A. LO CALZO, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3-2018; C. BARBISAN, *La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di BioDiritto*, 1-2018, 14.

⁴⁵ C. CUPELLI, *Il caso Cappato: autodeterminazione e dignità nel morire*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 87.

⁴⁶ The definition is usually attributed to the then-president of the Constitutional Court Lattanzi, see G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, 12.

Nevertheless, other significant expressions have been created in order to define the new decisional technique, mostly emphasizing the complexity and the biphasic nature of the decision, see M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 1; R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, 6-2019, 1892; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3-2018, 711; G. REPETTO, *Interventi addizionali della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2464; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3-2019, 568; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 1; S. PENASA, *Il "seguito" dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 3; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative*

choice was based on two main points: 1) a comprehensive legislative intervention was deemed necessary. The law-enforcement would therefore avoid legal gaps, which could allow for abuses in a delicate area such as that involving the rights of vulnerable people; 2) the issue of unconstitutionality was “frozen” by the Court. Indeed, by fixing a new hearing in order to give time to the legislator, it prevented the norm from producing effects⁴⁷. The option of a mere exhortative decision was purposely rejected as it would probably have led to the conviction of the claimant.

Scholars’ attention has been predominantly focused on the original technique adopted by the Court. Its uniqueness resides in the presence of an admonition carrying an explicit deadline⁴⁸. However, the Court’s response to the legislative unresponsiveness is significant likewise. After having verified that no subsequent actions were taken on the day of the new hearing, scheduled on 24 September 2019, it adopted an acceptance declaration with no further hesitation (judgement no. 242/2019)⁴⁹.

The motivation given by the Court appears to illustrate the change in the Court’s approach to unresponsiveness. Firstly, the Court asserted that the previous adjournment of the hearing followed the same logic of the *doppia pronuncia* method. It adopted an interlocutory decision at first, by encouraging the immediate restoration of the effectiveness of constitutional principles.

della corte costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, 3-2019, 38; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l’ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 1. Other authors highlight the threefold essence of the decision, by pointing out how it embraces the features of an acceptance judgement as well as those of a dismissal or inadmissibility judgement; see A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerkeiterklärung? (osservazioni su Corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3-2019, 3 and A. NATALINI, *Brevi note a margine di una storica ordinanza “trifronte”*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 243.

⁴⁷ Judgement no. 207/2018 § 11.

⁴⁸ P. CARNEVALE, *Incappare in...Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consultaonline.org*, 2-2019, 362; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 14; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 3-2019, 546 FF.; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 3; M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3-2018, 18-19; C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all’istante con l’aiuto d’altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull’ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 6-2018, 2476 FF.; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’ “ordinanza Cappato”*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 179; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 3-2018, 3; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consultaonline.org*, 1-2019, 97. See also the analysis undertaken by G. SALVADORI-A. SPERTI-G. FAMIGLIETTI in VV.AA., *Il Forum-Sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2019; R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, 13; U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale sul caso Cappato, tra “forma” (di ordinanza) e “sostanza” (di sentenza)*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, 65-66; E. ROSSI, *L’ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 2.

⁴⁹ See V. BARSOTTI-P. CARROZZA-M. CARTABIA-A. SIMONICINI, *Introduction. Dialogue as a method*, in V. BARSOTTI-P. CARROZZA-M. CARTABIA-A. SIMONICINI (eds.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice: a comparative perspective*, Routledge-Giappichelli, 2020, 5-6.

Secondly, it reaffirmed the ethical and political significance of the issue, which required that constitutional legality prevails over legislative discretion.

According to the Court, “judicial review-free zones” especially in penal matters must be avoided. What emerges is that there was a need for the Court’s corrective intervention, despite the inexistence of a univocal normative solution clearly deducible from the constitutional source of law⁵⁰. Apparently, the binding force of the *rime obbligate* limit has been significantly softened. It would be sufficient for the Court to have at its disposal a normative “point of reference” in the legal framework, which in this specific case is represented by law no. 219/2017⁵¹.

4. Beyond order 207/2018: the innovative role of parliamentary inertia in the Court’s decision-making in the field of criminal law

This new incisive decision-making style deserves a particular mention in this analysis. Indeed, it may be argued that the Court has established an implicit connection between the Parliament’s evasion of one or more warnings and the consequential legitimization of its less constrained intervention⁵². This trend is more visibly expressed in other judgements, all regarding penal laws.

In judgement no. 222/2018 the Court found that the accessory sanctions (art. 216 penal code), automatically imposed as a consequence of the principal penalty of fraudulent bankruptcy, was in conflict with articles nos. 3 and 27 It. Const. According to the Court, the fixed entity of the penalty did not comply with the principles of gradualness and proportionality⁵³. Although only the legislator is responsible for establishing the legislative framework regarding the nature and level of criminal sanctions, some insurmountable limits would exist. The Court itself admitted that the same question had been handled differently earlier. The issue of constitutionality on the same matter had been rejected on two occasions on the grounds that the Parliament’s discretion had to be safeguarded (judgement no. 134/2012 and procedural order no. 208/2012)⁵⁴. However, the Court stated that its self-restraint approach had to be revised. It should be taken into account that no legislative system-wide reform had been realized. Since none of the Court’s severe warnings was heeded, a patently irrational penalty system could no longer be allowed. For that reason, the presence of a legislative “point of reference” was sufficient for the Court to justify its corrective action⁵⁵.

⁵⁰ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019.

⁵¹ Judgement no. 242/2019 § 5.

⁵² M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2-2019, 653-654.

⁵³ On that decision see F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2-2017, 66 and M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4-2016, 18.

⁵⁴ A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, par. 6.2.

⁵⁵ However, despite of the relevance of judgement no. 222/2018, decision no. 236/2016 concerning penalties for alteration in birth certification by willfully giving false statement (article 567 penal code) is generally deemed as the true “opening act” of this change in the case-law direction.

In another decision (no. 40/2019), the Constitutional Court dealt with penalties for drug trafficking. More specifically, the minimum statutory penalty of 8 years of imprisonment (for serious offences) was found to be inconsistent and irrational. Throughout the reasoning, the importance of a legislative repeal of the unconstitutional norm was emphasized. Nevertheless, after repeated calls to the Parliament⁵⁶, the restoration of constitutional legality could no longer be postponed. Especially in a field where personal liberty is at stake, constitutional legality must be promptly reconstituted. If the legislator remains inert, the Court cannot excuse itself from performing its guaranteeing role. Drawing upon existent provisions, albeit not constitutionally univocal rules, seems to be again a fair compromise⁵⁷.

In order to ensure an efficacious and pervasive protection of fundamental rights, the CC seems to have developed a new type of activism. It would appear to consist of a form of concrete interventionism. The Court would not limit itself to blaming legislative unresponsiveness. Parliament's omissions seem to arise as an objective criterion to legitimise a judicial operation less constrained by traditional procedural limitations. More clearly, pending warnings seem to have become a procedural element within the constitutional processual rules⁵⁸.

This approach seems to represent a significant change when compared to other phases of constitutional review of legislation in Italy. Among various techniques, the Constitutional Court has developed a wide range of exhortative judgements throughout the years. They became crucial between the late 1970s and the beginning of the following decade. As mentioned before, the so-called *doppia pronuncia* decisions (or *incostituzionalità accertata ma non dichiarata*) raised special criticism. By using this technique, the Court temporarily rejects the issue adopting a dismissal decision containing a plea to the legislator to modify the statute. With regard to the relations between the Court and the Parliament, the most significant feature of this kind of judgements is the threat of an imminent declaration of unconstitutionality.

Although the lawmaker generally remained inert, the CC's menace was rarely put into practice. In fact, if a challenge was raised again before the Court, it used to postpone the discharge decision by adopting further judgements with the same logic pattern before nullifying the provision. Many chains of identical decisions taken by the Court in these circumstances testify its reluctance to strike down the challenged statute⁵⁹. Indeed, in spite of the considerations expressed in its reasoning, the Court tends to evermore delay the acceptance decision.

An earlier example of this is decision no. 212 of 1986, whereby the Court asserted that the absence of public hearings in proceedings before the tax Courts did not comply with the

⁵⁶ Among others, see judgement no. 179/2017; on the latter see C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 11-2017, 231 FF.

⁵⁷ R. CABAZZI, *Sulle "rime obbligate" in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *federalismi.it*, 6-2020, 51 FF.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2-2019, 151 FF.

⁵⁸ D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6-2020.

⁵⁹ R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 1993.

constitutional right of fair trial (art. 101 It. Cost.)⁶⁰. However, it decided temporarily not to grant an annulment, by urging the Parliament to fix the legal framework as soon as possible. It also claimed an imminent acceptance of the issue in the event of Parliament's further carelessness. Despite this threat the Court rejected, in ordinance no. 378/1988, once again the challenge due to the «serious implications» that the declaration of unconstitutionality would have determined⁶¹. The statute was finally declared invalid only in 1989 with decision no. 50. The reason underlying the Court's decision seemed to be the fact that the Parliament started to discuss a reform bill. For that reason, the CC was less reluctant to pursue its objective as the legal gap that the acceptance would have been less “traumatic”. Another clamorous case in which inertia decisively affected the CC's judgements can be observed in its judgement regarding the so-called “health tax” (decision no. 431 of 1987). Although the «widespread inconsistency» of the legal setting was acknowledged in the abstract, the Court did not strike down the statute. It urged the legislator to promptly amend the glaring flaws of the law. Nevertheless, this decision was followed by eight ordinances of dismissal.

Thus, as argued, despite the appearance, the effectiveness of this form of judicial admonition is disappointingly poor⁶². As the law enforcement is deemed necessary to amend the legislative framework, the Court is unlikely to react promptly. As a result, the lawmaker can “sleep soundly”. Paradoxically, the Court's attempt to limit its “demolishing” activity results in fostering Parliament's inertia. These significant faults have contributed to rendering this decision-making style increasingly less common, especially over the last decade. Among these latest judgements, the dismissal decision no. 279/2013 can be considered as marking the end of that period characterized by the intense usage of that judicial self-restraint. This decision concerned the issue of endemic overcrowding in national penalty institutions. Since Italy had just been condemned by the ECHR in the well-known pilot judgement *Torreggiani*, the Italian Court could have easily struck down the law, by arguing that the provisions in force failed to ensure the protection of human dignity under any form of detention or imprisonment (Italian Const., article 13 § 4; article

⁶⁰ N. PALAZZO, *Law-making power of the Constitutional Court of Italy*, in M. FLORCZAK-M. WATOR (eds.), *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, New York, Routledge, 2020.

⁶¹ Ord. no. 378/1988.

R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 2007. Despite the uniqueness of this type of judgements, many scholars give more emphasis to the legal status of the decision. According to this approach, the idea that the solution adopted by the CC must be regarded just as a more severe kind of “admonitory decisions” or “follow up decisions” seems extremely appropriate; see V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in VV.AA., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione. Atti del seminario (Roma, Palazzo della Consulta, 8-9 novembre 1991)*, Milano, Giuffrè, 1993, 37 FF. who asserts that this form of interaction between the CC and the legislator would represent a «self-feeding substitutionary power»; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3201 FF. depicts the legislator as «unconcerned to the persuasive effect of the CC's ultimatum»; A. PISANESCHI, *Le sentenze di costituzionalità provvisoria e di incostituzionalità non dichiarata: la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, 632 FF. argues that this form of judgement often leads to a “mortification” of the guarantee of the applicants' individual rights involved in the main proceeding; under a different perspective A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3-2019, 100 claims that the consequence of this ineffectiveness can be defined as a “short circuit” of the principle of loyal cooperation between constitutional organs.

⁶² W.J. NARDINI, *Passive activism and the limits of judicial self-restraint: Lessons for America from Italian Constitutional Court*, in *Seton Hall Law Review*, 30, 1999, 4.

27 § 3). However, despite these ascertained profiles of unconstitutionality, the issue was rejected. Nevertheless, the deeply-felt tension between the effective guarantee of constitutionally protected rights and the respect of institutional boundaries emerges with a strong sense of urgency in the reasoning of decision no. 279. Moreover, the judicial warning seems to convey a relentlessly critical approach to the Parliament's future delays and the idea that the Constitution's gatekeeper was already envisioning less compromise solutions. Not surprisingly, that decision was afterward defined by its own author, justice Silvestri, as «an ultimate act of deference towards the legislator»⁶³.

By contrast, in the current stage, when a blatant violation of constitutional principles occurs, the legislator would have priority for mending the constitutional “vulnus”⁶⁴. However, in the case of prolonged delay, the Court can invoke its institutional duty to intervene “whatever it takes”⁶⁵. The presence of unheard warnings would acquire the power to transform the long-term absolute *rime obbligate* obstacle into a relative limit⁶⁶.

In the Court's action, legislative omissions and the Parliament's “dysfunctions” have become the justifying base of a new judicial review technique. By precisely reporting its previous attempts to stimulate law-making, the Court has established a new method, apparently cooperative but substantially activist.

Whatever one may think of this *modus operandi*, it can hardly be denied that it also appears to reflect a strategy of self-legitimation. In fact, the institution has been undergoing difficult times in which the legitimacy of the Constitution's gatekeeper is constantly called into question⁶⁷. Moreover, criticism on judicial supremacy is deeply entrenched in the political system. For that reason, the Court is aware of the fact that more pervasive decisions must be founded on solid grounding. As a consequence, it seems to have found a way to turn Parliament's “failures” into a way to support more drastic decisions without undermining its institutional position. Indeed, the missed opportunities of the representative organ would highlight the indispensability of its subsidiary role. By forging a new decisional method based on the principles of gradualness, proportionality and institutional loyal cooperation, it implicitly would intend to confirm how its conduct is in compliance with the principle of separation of powers.

Recently, the Court seems to have further clarified the essence of this “new” category of acceptance decisions with judgements nos. 132/2020 and 97/2021. Both can be regarded as

⁶³ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, 2-2014, 5.

⁶⁴ G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consultaonline.org*, 2020, 3.

⁶⁵ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019.

⁶⁶ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 650.

⁶⁷ Even though Max Weber was not the first author to raise the debate on the meaning of “legitimacy”, his popular doctrine emancipates the concept from its more restrictive meaning of mere “bureaucratic legality”. To Weber, indeed, the idea of legitimacy acquired its dense meaning of «higher normative status». More specifically, being legitimate implies that those who are in power can rely on a condition of unwavering acknowledgement. This concept usually applies to States or groups of people in command. Weber shifted the meaning of this concept to a more “relational” and vertical horizon, describing the interaction between governed and governors; on that matter see M.E. SPENCER, *Weber on legitimate norms and authority*, in *The British Journal of Sociology*, vol. 21, no. 2, 123-134.

additional examples of “foreseen unconstitutionality”. In the first one⁶⁸, the Court stated that punishing the offence of defamatory libel with a prison sentence conflicted with constitutional values (articles 3, 21 and 117 It. Const.). According to the Court, a more adequate balance between journalistic freedom of expression and the protection of individual reputation must be achieved. In its view, this judicial operation pertains to the legislator in the first place, as the Parliament can better provide a more comprehensive criminal framework, while the Court’s “natural task” should consist of *ex post* review. However, in view of the fact that the Parliament was evaluating different reform bills of the issue at stake, the Court found it advisable to postpone the decision. The Court considered waiting and setting a deadline as the preferable solution, in the spirit of cooperation and in compliance with the limitations established by the Constitution. The “proceduralism” characterizing this new form of judicial review and a cautious approach strongly emerges again in the reasoning.

The same approach was undertaken in relation to the sensitive issue of life imprisonment without parole in judgement no. 97/2021. After decision no. 253/2019, the Court ruled again on the legitimacy of the relevant provisions for mafia-related offences, which deprive any convicted of the right to apply for release on licence or for other adjustments of sentence if the offender is not willing to cooperate with the judicial authorities (section 4 *bis* of the Prison Administration Act). Behind the impediment established by the law under scrutiny lies the presumption of dangerousness and the idea that there would be no progress in term of rehabilitation in order to justify the favourable measure. As a result, according to the statute in force, the lack of cooperation even prevents the supervisory court from examining the applicant’s request for release. In the Court’s view, the aforementioned legal framework conflicts with many constitutional principles, especially with article 27, which establishes that punishment must always fulfil a rehabilitative function. In this light, the legislative provisions are deemed overly rigid, as other indicators concerning the prisoner’s conduct. Similarly, the prisoner’s individual history should be taken into consideration to assess his/her personal developments and whether the pre-existing criminal connections with Mafia circles still endure. On the other hand, the decision to cooperate could not give any guarantee of genuine repentance, as already pointed out by the ECtHR in the important decision *Viola v. Italy*, regarding the same issue. However, despite the evident profiles of unconstitutionality highlighted, the Court recommends the legislator to modify the statute by adopting the foreseen unconstitutionality judgement. Indeed, unlike decision no. 253/2019, whereby the less delicate issue at stake (leave of absence bonuses) has made it suitable to deliver a prompt acceptance decision, in this recent case the Constitutional Court advocates an organic legislative reform of the normative framework within a predetermined time.

⁶⁸ A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consultaonline.org*, 3-2020, 406; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3-2020, 1417 FF.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 105.

5. Conclusions

Institutional and political relations have always had a decisive impact on the effectiveness of the judicial review of legislation in Italy. Among them, the relationship with the legislature has acquired a particularly considerable influence. Poor legislative responsiveness has been a crucial feature throughout the evolution of the constitutional framework.

By addressing the key issues of the development of the Constitutional Court's decisional strategies and the weaknesses of the parliamentary organ, it is self-evident that these important elements are highly interrelated. Since the Constitutional Court's normative stimuli often fall upon deaf ears, alternative and more flexible judicial options have been created. However, despite all these efforts, parliamentary inertia contributes to undermining the Court's guarantee function. To put it more clearly, if the Court cannot rely on its main counterpart, most of its power lacks concreteness. For this reason, legislative omissions have always been subjected to various criticisms.

On the other hand, the fact that the Court is currently manifesting a new approach to the Parliament's lack of responsiveness has been argued. Some landmark judgements in criminal proceedings and the development of the above-mentioned cooperative decision ("foreseen unconstitutionality") suggest that parliamentary inertia can become a solid grounding to justify the Court's interventionism. Indeed, due to the fragile legal basis of the Italian constitutional justice's architecture, the Constitutional Court's legitimacy has been periodically called into question, and more frequently in recent times. As a result, even when the Court has to come to terms with parliamentary inefficiency, it has adopted a more activist judicial strategy without renouncing to self-imposed rigorous procedural limitations.

This concept follows the course of other such interesting theories suggesting that the Italian Court has developed a peculiar form of «strength in weakness»⁶⁹. The fragility of both the political context and the legal framework could have been a weak spot for the Court's action. However, the Court has been able to transform this fragility into an innovative cornerstone of a new form of "legitimate" activism.

As von Bogdandy and Paris underlined, «if one had to visualize the style of the Italian Constitutional Court, one might say that it is a poker-player. Poker games last awhile, and it is essential to observe how the other players react to your move. The Italian Constitutional Court does not put its cards, its core arguments, on the table in a single move, but rather announces only one of them, possibly not the strongest, and waits for the reaction of its competitor»⁷⁰. By highlighting its own unsuccessful attempt(s) to establish institutional cooperation with the

⁶⁹ A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper, no. 1., 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3313641> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3313641> (accessed 3 August 2020).

⁷⁰ *Ivi*, 15.

Parliament, the Court invokes the urgency of unconditionally guaranteeing fundamental rights⁷¹. In this way, its subsidiary action proves not only to be necessary but also fully aligned with its guarantee function. Inertia ceases to be a stumbling block to evolve into a milestone, reshaped by the Court in order to legitimise its own role in the system and in the eyes of the public opinion.

Therefore, the parliamentary indifference has become a crucial procedural element within the Court's reasoning. Besides, these decisional options also demonstrate that the Court's activism is firmly underpinned by a jurisdictional *modus operandi*. It may be suggested that even this more audacious style of reasoning unfolds through solid procedural rules or, at least, tries to keep appearance of objectiveness and proportionality. By describing the essence of the Constitutional Court's nature, one of its former Presidents, justice La Pergola, pointed out that «the judicial procedure fits the substance of its powers like a glove»⁷². This statement seems to perfectly summarize the Court's intentions. Such an innovative approach, even if aiming at justifying interventions less constrained by procedural limitations, paradoxically found in the procedural rulings its pivotal element and the main source of its success and legitimisation.

ABSTRACT

The Italian Constitutional Court is currently manifesting centralizing tendencies which result in the achievement of a role of unprecedented relevance. Starting from the analysis of this new scenario, the paper aims to highlight how the Italian constitutional Court has meanwhile developed an innovative approach to Parliament's unresponsiveness. Unlike previous stages, whereby the Parliament's lack of reaction to judicial stimuli proved detrimental to the effectiveness of the judicial review, some recent landmark judgements suggest that legislative omissions may have turned into a crucial procedural element in the Court's reasoning and into a solid mainstay to legitimize the Court's activism.

ABSTRACT

L'attuale fase della giustizia costituzionale italiana si caratterizza per l'acquisizione di un ruolo di rinnovata centralità da parte dell'organo di garanzia. Partendo dall'analisi di questo scenario in evoluzione, il contributo si propone di evidenziare come oggi la Corte abbia sviluppato anche un approccio differente in presenza dell'inerzia parlamentare. L'annoso problema della scarsa reattività dell'organo politico di fronte ai moniti del giudice delle leggi, tradizionale elemento cardine della dialettica Corte-Parlamento e fattore in grado di incidere negativamente sull'operazione di giustizia costituzionale *lato sensu*, appare infatti emergere sotto una nuova luce nella giurisprudenza più recente. L'analisi di alcune rilevanti decisioni dimostra come le omissioni

⁷¹ See G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4-2020.

⁷² A. LA PERGOLA, *Introductory statement*, in *The role of the constitutional court in the consolidation of the rule of law*, in *Science and technique of democracy*, no. 10, 1994, 12.

legislative sembrano esser diventate un fondamento procedurale cruciale all'interno della motivazione della Corte e un solido caposaldo per legittimare il suo attivismo.

KEYWORDS: Constitutional Court, Parliament, legislative unresponsiveness, constitutional justice, judicial activism.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale, Parlamento, inerzia legislativa, giustizia costituzionale, attivismo giudiziale.



Enrico Campelli*

L'ordinamento libanese tra crisi economico-politica e confessionalismo costituzionale**

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'attuale tracollo economico. - 2. Le proteste e la paralisi governativa. - 3. Il confessionalismo nell'ordinamento costituzionale libanese. - 3.1 Dal 1926 al *Patto Nazionale*. - 3.2 Gli *Accordi di Ta'if*. - 4. Gli squilibri nella Forma di Governo. - 4.1 La Prima Repubblica libanese. - 4.2 La Seconda Repubblica libanese. - 5. Conclusioni

1. *Introduzione: l'attuale tracollo economico*

Il Libano attraversa da tempo una crisi grave e profonda. Dal punto di vista istituzionale l'analisi del suo ordinamento mostra, con chiarezza da laboratorio, quanto le dinamiche particolaristiche di tipo religioso, al limite del settarismo, costituiscano un elemento fondamentale ed imprescindibile per l'analisi delle Forme di Stato e di Governo, in questo e in altri ordinamenti giuridici del quadrante sociopolitico e giuridico mediorientale e nordafricano, strutturalmente - si direbbe - instabile ed irrequieto. Con particolare evidenza, a causa delle specificità radicate nell'ordinamento, il Libano si mostra ancora lontano dall'individuazione di una struttura istituzionale svincolata dalle divisioni settarie e religiose e dalle prassi corruttive dell'amministrazione.

Il proposito di inquadrare organicamente le criticità strutturali del paese non può, peraltro, che iniziare da una analisi della crisi economica ed istituzionale dell'ultimo biennio, indispensabile per identificare adeguatamente la portata ed il radicamento dei fenomeni in atto, dalle pesanti ricadute anche in termini di corretto funzionamento degli organi costituzionali. L'analisi dell'ordinamento libanese non può prescindere in effetti da una disamina, per quanto superficiale, del tracollo economico attuale. Non si può infatti comprendere la crisi politica in corso in Libano, un tempo

* Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale – curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate, "Sapienza" Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

noto come ‘la Svizzera del Medioriente’, senza considerare l’ampiezza della crisi che da anni ne strangola l’economia. La Banca Mondiale ha descritto il tracollo del Libano come uno dei più preoccupanti nella storia moderna¹ - una delle tre peggiori crisi economiche dal 1850 - le cui cause datano da ben prima della pandemia². Il debito pubblico ha superato del 180% il Pil e la recessione in tre anni ha spazzato via il 40% del reddito pro capite, con la lira libanese che ha perso il 90% del proprio valore. Alimentata da decenni di corruzione e intrighi di palazzo, la crisi affonda le sue radici in tempi relativamente lontani e ha subito una brusca accelerazione dopo che un’enorme riserva di nitrato di ammonio è esplosa nel porto della capitale nell’agosto 2020, provocando oltre 250 morti, 7mila feriti e migliaia di sfollati, dilaniando i quartieri circostanti. Molti osservatori internazionali ritengono che l’incapacità della classe politica nel gestire una crisi che essa stessa ha contribuito a creare abbia esacerbato la frustrazione dei cittadini, in mobilitazione permanente dall’ottobre 2019, e non è impensabile che il malcontento sociale alimenti ulteriormente le sempre presenti tensioni settarie sfociando in un più violento conflitto. La paralisi politica, le divisioni religiose, la crisi economica e le tensioni geopolitiche che covano sotto la cenere anche a livello regionale potrebbero infatti rivelarsi una miscela esplosiva per un paese in cui un abitante su due vive al di sotto della soglia di povertà, dove ormai da un anno sono introvabili anche i più comuni farmaci da banco e che ospita oltre due milioni di profughi su una popolazione complessiva di circa sei milioni di persone.

2. *Le proteste e la paralisi governativa*

Come punto prospettico per ricostruire l’ultimo biennio istituzionale libanese, le pagine che seguono assumono di avviare l’analisi dall’inizio delle proteste dell’ottobre 2019, a quasi dieci anni dalle più ampie “Primavere Arabe” e vera genesi dell’attuale crisi politica.

Scoppiate il 17 ottobre 2019, e innescate dalle nuove imposte previste su benzina e tabacco, nonché - come spesso accade per l’imprevedibile rilevanza sociale degli aspetti “minori” - dall’aumento delle tariffe delle telefonate online, le proteste in Libano del triennio 2019-2021 costituiscono una serie di manifestazioni, attualmente ancora in corso a livello nazionale, in risposta all’incapacità del Governo di trovare soluzioni alla crisi economica a cui si è già fatto riferimento. Tali manifestazioni, denominate da alcuni *Tax Intifada* (Intifada delle Tasse) e

¹ Si veda a questo proposito World Bank Report, *Poverty & Equity and Macroeconomics, Trade & Investment Global Practices, Lebanon*, pp. 162-163, ottobre 2019 e *World Bank: Lebanon is in the Midst of Economic, Financial and Social Hardship, Situation Could Get worse*, 6 novembre 2019.

² Secondo una interpretazione dell’Ottobre 2019 formulata da *The Economist*, in un paese come il Libano, fortemente dipendente dalle importazioni, la combinazione di recessione economica - dovuta in parte anche alle ricadute della guerra civile nella vicina Siria - con la continuazione di una politica monetaria ancorata alla valuta estera, ha prodotto un forte aumento del deficit di bilancio del Governo, ed una accentuata dipendenza dall’uso delle riserve di valuta estera della Banca Centrale della nazione per mantenere il valore della valuta. Una successiva carenza di dollari nel 2019 ha ulteriormente influenzato l’economia, poiché le imprese importatrici locali ed i cittadini non sono stati in grado di acquisire dollari al tasso ufficiale, con la conseguenza di una forte crescita del mercato nero.

*Whatsapp Revolution*³, hanno portato sotto gli occhi degli esperti di tutto il mondo la stagnazione economica, il caro-vita, la corruzione e la disoccupazione che stanno condizionando la vita istituzionale e politica libanese. Ne è nata, inoltre, una mobilitazione sociale ampiamente condivisa, che si è mostrata capace di orientare su obiettivi convergenti diversi segmenti della complessa società libanese. È questa, in effetti, una circostanza da sottolineare esplicitamente in un contesto confessionale come quello che si sta affrontando: si è trattato in effetti di rivendicazioni aggreganti, di natura non particolaristica o settaria, e dunque capaci per una volta di mettere insieme ambienti culturali marcatamente eterogenei, e di superare le profondissime e strutturali divisioni religiose endemiche del paese. Le proteste hanno per l'appunto messo in evidenza una circostanza cruciale, e cioè quanto le divisioni confessionali tipiche dell'ordinamento libanese siano una delle cause principali di una gestione pubblica disfunzionale e superficiale⁴, caratterizzata, come si vedrà, da continui blackout tra gli organi costituzionalmente rilevanti.

In risposta all'ondata di proteste il Primo Ministro Ḥarīrī ed il Capo di Stato, l'ex generale Michel Aoun, hanno annunciato il ritiro delle nuove tasse ed una nuova manovra economica che prevedesse un taglio del debito pubblico, tramite la richiesta di più di tre miliardi di dollari alle banche private libanesi da versare nelle casse della Banca Centrale. L'impegno riguardava anche la cancellazione dell'aumento di imposte, alcune liberalizzazioni nel campo delle telecomunicazioni e nel settore energetico, misure a sostegno della povertà, la cancellazione di organismi statali inutili (come i Consigli dello Sviluppo, nati a seguito della guerra civile e con il tempo divenuti organismi clientelari) e tagli agli stipendi dei politici. Le riforme e le promesse, però, non hanno placato le proteste, a seguito delle quali, il 29 ottobre 2019, Ḥarīrī - leader del partito a maggioranza sunnita "*Movimento Futuro*" - ha annunciato le sue dimissioni. Il 19 dicembre dello stesso anno è stato eletto dalla sola maggioranza dell'*Alleanza 8 marzo*⁵ (69 su 128) il sunnita Hassan Diab⁶, professore di ingegneria informatica all'università americana di Beirut e già ministro dell'Istruzione tra il 2011 e il 2014.

La nuova compagine di Governo di Diab, formatasi ufficialmente il 21 gennaio 2020, è stata più ristretta rispetto alle precedenti: venti i ministeri, assegnati, perlopiù a "figure tecniche" che hanno ricevuto il sostegno di vari partiti, e si è caratterizzata per l'alto numero di donne tra le sue file. Tra queste Zeina Akar, vice Primo Ministro e Ministro della Difesa – nonché prima donna a ricoprire questo ruolo nel mondo arabo – e Mary Claude Negm al Dicastero della Giustizia. In termini di rappresentanza politica, il nuovo esecutivo è stato creato dall'accordo tra *Hezbollah*, il partito a maggioranza sciita *Amal* e il blocco cristiano del *Movimento dei Patrioti Liberi*, guidato dall'ex Ministro degli Esteri Gebran Bassil, e a cui è andato il maggior numero di Ministeri (7).

³ Una dicitura giornalistica spiegabile con il fatto che l'inesco diretto delle proteste è stato l'annuncio di nuove imposte previste su benzina, tabacco e soprattutto sulle telefonate online tramite WhatsApp.

⁴ Si veda, a titolo di esempio, lo scoppio, in più di 100 località del Libano, di forti incendi non adeguatamente contrastati a causa della mancanza di manutenzione degli elicotteri antincendio e dell'infelice rimpallarsi delle responsabilità tra i membri dell'esecutivo e del Parlamento in base alle divisioni etnico-religiose.

⁵ La coalizione politica, alleata di *Hezbollah*, guidata dal Presidente libanese Michel Aoun.

⁶ Ḥarīrī ha rifiutato il 27 novembre un nuovo incarico come Capo di Governo al fine di non essere nuovamente identificato come l'esponente di un sistema politico contrario alla volontà popolare espressa dalle imponenti manifestazioni.

La neonata coalizione, tuttavia, escludeva diverse forze politiche di primo piano, tra cui proprio il “*Movimento Futuro*” di Ḥarīrī e i partiti cristiani delle Forze libanesi e delle Falangi, nonché il partito druso di Walid Jumblatt, tutti riuniti all’interno della *Coalizione 14 Marzo*, nota per le sue posizioni filooccidentali. Di fatto, una simile coalizione sanciva definitivamente la fine dell’accordo di compromesso istituzionale siglato nel 2018 tra *Hezbollah*, il *Movimento dei Patrioti Liberi* e la *Coalizione 14 Marzo*, evidenziando una ulteriore profonda spaccatura all’interno del sistema politico libanese.

La nuova amministrazione Diab, appoggiata quasi esclusivamente da partiti sciiti e da una parte dei cristiani, non è comunque riuscita a rispondere alle sfide proprie del contesto libanese. In particolare non è valsa, da un lato, a implementare efficacemente le riforme istituzionali strutturali, condizione necessaria per ottenere i finanziamenti internazionali né a ripristinare condizioni socioeconomiche sostenibili e, dall’altro, a traghettare il paese verso nuove elezioni parlamentari, e farsi così vero portavoce delle richieste della popolazione al di là delle appartenenze circoscritte e particolaristiche delle diverse sottoculture religiose. Se infatti già nel marzo 2020 appariva chiaro come le nuove politiche economiche della maggioranza non avessero ottenuto l’effetto sperato, con il Governo che annunciava addirittura la bancarotta di Stato (per la prima volta nella storia libanese), la coalizione guidata da Diab ha avuto davvero pochi mesi per tentare efficaci riforme statali. Il 10 agosto 2020, infatti, a pochi giorni dalla tremenda esplosione che, oltre ad aver rinfocolato le proteste contro l’esecutivo e aggravato la già drammatica crisi economica, ha devastato Beirut e causato oltre 250 morti, migliaia di feriti e circa 300000 sfollati, Hassan Diab ha annunciato le dimissioni in blocco del suo Governo. Il Primo Ministro, nel suo annuncio, e prima di recarsi dal Presidente Aoun, non ha risparmiato riferimenti alla “corruzione endemica” che affligge ormai in maniera capillare l’amministrazione libanese e alle profonde divisioni sociali e giuridiche esistenti⁷.

A seguito delle dimissioni dell’Esecutivo Diab, e con l’aggravarsi di una crisi economica senza precedenti, il 22 ottobre 2020 Ḥarīrī è stato nuovamente incaricato dal Capo di Stato, Michel Aoun, di formare un nuovo Governo. Una designazione che ha dunque segnato una sconfitta durissima per il movimento di piazza che fino ad un anno prima aveva scosso il Paese, chiedendo il rinnovamento di una classe politica corrotta che ha sprofondato il Libano nella peggiore crisi economica della sua storia: Ḥarīrī, infatti, era proprio uno dei leader-simbolo, che la piazza avrebbe voluto allontanare definitivamente. Il politico sunnita ha ricevuto così 65 preferenze, ottenendo una limitata maggioranza in un Parlamento da 128 seggi (per l’occasione 118, viste le dimissioni pregresse di una manciata di deputati). Il *Fronte della Libera Corrente Patriottica* ed *Hezbollah* si sono astenuti sulla sua nomina, appoggiata invece dal partito socialista progressista druso, dal principale partito sciita *Amal* - ago della bilancia, che inaspettatamente non si è allineato alle posizioni del suo alleato *Hezbollah* - e dallo stesso partito di Ḥarīrī, *Mustaqbal*.

⁷ All’annuncio del premier sono seguiti i festeggiamenti di una parte della popolazione di Beirut. Fuochi d’artificio e spari sono stati infatti uditi nella capitale, con i festeggiamenti che si sono concentrati nel quartiere a maggioranza sunnita di *Tariq al-Jadideh*, territorio a forte predominanza dei sostenitori dell’ex Premier Saad Ḥarīrī.

Ḥarīrī, in una sorta di traiettoria “circolare”, è così tornato ad assumere l’incarico di Primo Ministro per la quarta volta, a quasi un anno esatto dalle dimissioni rassegnate il 28 ottobre 2019, incalzato dalle proteste *anti-establishment* a cui si è già fatto riferimento. Per completezza, va peraltro ricordato come nel corso del 2020 per due volte – a gennaio e a settembre – il navigato leader avesse escluso questa possibilità, lasciando il campo anche alla brevissima esperienza istituzionale di un Governo tecnico guidato da Moustapha Adib⁸, dimessosi dopo appena 20 giorni dall’assunzione dell’incarico ad inizio settembre 2020. Va osservato che, per un insieme di vincoli – in origine di natura consuetudinaria e più tardi, come si vedrà, in parte costituzionalizzati dagli accordi di Ta’If - il ruolo di Primo Ministro è assegnato nell’ordinamento giuridico libanese ad un membro della comunità sunnita, quello di Capo di Stato ad un cristiano maronita e quello di Presidente del Parlamento ad un musulmano sciita. Proprio un simile assetto istituzionale di *power sharing* confessionale sembra essere una delle ragioni della cronica instabilità libanese, e non è un caso che le impetuose manifestazioni di piazza avessero mirato apertamente al suo superamento, poiché percepito come un moltiplicatore di settarismo, clientelismo e corruzione⁹. È in questa chiave che va letta la fallimentare esperienza di Adib e dunque l’inevitabile ritorno al timone dell’Esecutivo di un Premier “pre-rivoluzionario”, che incarna perfettamente il sistema confessionale religioso che caratterizza l’ordinamento del paese.

In quella che sembra davvero una crisi senza fine, il 15 luglio 2021, dopo quasi nove mesi di trattative, Saad Ḥarīrī, Primo Ministro designato del Libano, ha tuttavia rinunciato all’incarico, a seguito di uno scontro con il Presidente Michel Aoun - e con suo genero Gebran Bassil, deputato a capo del *Movimento Patriottico Libero*, il più grande blocco parlamentare cristiano del paese, fondato da Aoun nel 2015 - proprio nel giorno in cui avrebbe dovuto presentare il suo nuovo Esecutivo. Le dimissioni di Ḥarīrī hanno certamente destabilizzato ulteriormente l’ordinamento, guidato da un Governo provvisorio con poteri limitati da quando, come si è detto, il dramma nazionale dell’enorme esplosione di Beirut ha provocato le dimissioni del Governo di Hassan Diab. Anche in questo caso, le disposizioni normative libanesi che prevedono che le principali cariche istituzionali siano attribuite sulla base dell’appartenenza religiosa¹⁰, con il Primo Ministro che deve essere un musulmano sunnita, costituiscono, insieme al tracollo economico, un elemento centrale nell’analisi della crisi libanese. Ḥarīrī è in effetti di gran lunga il politico sunnita più influente del paese, e la ricerca di un altro valido candidato per la guida del Governo è ulteriormente complicata precisamente dalla necessità che il candidato appartenga allo stesso gruppo religioso di Ḥarīrī, la cui leadership tra i sunniti libanesi è al momento senza discussione. A rendere ancora più difficoltoso il quadro complessivo è inoltre da considerare il fatto che, dopo l’annuncio della rinuncia di Ḥarīrī, la sterlina libanese è crollata ad un nuovo minimo storico: la

⁸ Sunnita, Adib è stato eletto il 31 agosto 2020 con 90 voti su 118 e attraverso il sostegno del movimento *Futuro* del leader sunnita Ḥarīrī, dei cristiani del Presidente della Repubblica Aoun e quello degli sciiti di *Hezbollah*. Le dimissioni sono però arrivate già il 26 settembre 2020, a causa delle oggettive difficoltà per il Premier designato di conciliare le diverse posizioni politiche dello spettro politico libanese.

⁹ Cfr C. Habib, *Lebanese Politics and the Tyranny of Confessionalism*, Dans *Confluences Méditerranée*, n. 3/2009 (N°70), pp 63-70.

¹⁰ Si vedano i più di trenta emendamenti costituzionali del 21 settembre 1990, concordati negli Accordi di Ta’if del 1989, di cui si dirà più avanti.

valuta ha perso più del 90% del suo valore dall'anno precedente, mentre nel paese si sono registrati accesi scontri tra i sostenitori di Ḥarīrī, sunnita, e quelli del Presidente Aoun, cristiano maronita.

Infine - per completare questa cronaca in tempo semi-reale - è di lunedì 26 luglio 2021 l'annuncio che il Presidente Michel Aoun ha affidato al ricco uomo d'affari Najib Mikati l'incarico di formare un nuovo Governo. Mikati ha 65 anni, è sunnita, è stato Ministro dei Lavori pubblici e dei Trasporti e ha già ricoperto due volte il ruolo di capo del Governo, nel 2005 (in qualità di Premier ad interim all'indomani dell'assassinio di Rafik Ḥarīrī) e nel 2011. Secondo la rivista *Forbes* possiede un patrimonio di 2,7 miliardi di dollari, pari a 2,3 miliardi di euro, che ne fa, insieme al fratello Taha, l'uomo più ricco del Libano. Da una parte del paese Mikati è però considerato come uno dei simboli del potere sopravvissuto alle rivolte popolari del 2019, vicino a quell'*establishment* indicato come il principale responsabile del momento drammatico che il Libano sta vivendo. Non meraviglia dunque che già il 26 luglio, subito dopo la nomina, Beirut sia stata il centro di partecipate manifestazioni di piazza che accusavano il nuovo Premier di corruzione e nepotismo. Il basso indice di popolarità di cui gode il nuovo Primo Ministro designato sarà certamente uno dei punti cruciali nella difficile opera di mediazione che lo attende. Anche sul piano delle alleanze politiche, tuttavia, la situazione non sembra particolarmente promettente. Durante le consultazioni vincolanti prima della sua nomina, infatti, Najib Mikati aveva ricevuto il sostegno di 72 deputati su 118, compreso quello dei parlamentari sunniti di *Futuro*, lo stesso di Ḥarīrī, e quello dei deputati sciiti di *Hezbollah*, una delle principali forze politiche nel paese. Oltre agli assenti, 42 deputati si sono però astenuti dal voto: Mikati non ha cioè ricevuto l'appoggio dei due maggiori partiti cristiani del Libano, compreso il *Movimento Patriottico Libero* guidato da Gebran Bassil.

3. Il confessionalismo nell'ordinamento costituzionale libanese

3.1 Dal 1926 al Patto Nazionale

L'ordinamento libanese, multiconfessionale ma non multietnico, è culturalmente, politicamente e religiosamente estremamente composito, tale da portare con sé i segni forse inevitabili di un contesto particolarmente frammentato. Più specificamente, sono diciotto le diverse comunità religiose presenti nel paese, sei delle quali musulmane (in ordine di consistenza numerica: sunniti, sciiti, drusi, isma'iliti, alawiti e nusayri), e dodici cristiane (cattolici maroniti, greco-ortodossi, cattolici melchiti, armeni-ortodossi, siro-cattolici, armeno-cattolici, siro-ortodossi, cattolici romani, caldei, assiri, copti, protestanti) per una nazione che assomma in totale a circa 6 milioni di persone¹¹.

¹¹ Gli ebrei libanesi, che attorno agli anni Cinquanta del secolo scorso costituivano la più folta comunità ebraica del Levante arabo, assommano oggi a poche centinaia di persone

Questo complesso mosaico di persone, confessioni e comunità religiose ha portato il Libano ad adottare una disposizione costituzionale nota come confessionarismo¹² (o *consociational confessionarism* nella letteratura statunitense). Tale disposizione organizza la proporzionale distribuzione degli uffici e dei seggi parlamentari tra musulmani e cristiani e, all'interno di ciascuna di queste due comunità religiose, tra i gruppi confessionali. In termini di Forma di Stato, il confessionarismo si riferisce alla grande autonomia concessa alle diverse comunità confessionali, che regolamentano autonomamente lo status personale dei relativi appartenenti¹³. Per quel che riguarda invece la Forma di Governo, il sistema confessionale libanese prevede che il Presidente dello Stato sia un cristiano maronita, il Primo Ministro un musulmano sunnita, e lo *Speaker* del Parlamento un musulmano sciita. Tuttavia, come ha osservato Romy Khoneisser, “*quella che una volta era considerata una risposta ottimale a un mosaico demografico, si trova oggi sull'orlo di un precipizio, poiché sempre più percepita come un fattore di disfunzione costituzionale e di ostruzione politica*”¹⁴, e ancora: “*increasing the number of communities represented in Parliament led in the same time to an increase in the number of veto players. The more the veto players, the greater the chances are to be confronted with deadlocks. As a result of this, political paralysis became part of Lebanon's day-to-day political scenery, and it is not uncommon for the country to go through long periods of presidential or governmental vacancy*”¹⁵.

Un attento esame del sistema giuridico libanese permette in effetti di distinguere due serie di norme costituzionali differenti. Da un lato, vi è la consacrazione dei principi costituzionali tradizionali regolati e garantiti da un parlamentarismo di tipo classico. Dall'altro lato, tuttavia, l'ordinamento in vigore adotta un regime confessionale di rappresentanza e condivisione del potere. Nelle parole di Farid el Khazen, professore e direttore del Dipartimento di Studi Politici dell'Università americana di Beirut, *la coesistenza di queste due serie di norme giuridiche divergenti emerge quando i principi democratici universali, di natura laica, funzionano accanto ed in relazione a norme che riflettono la composizione multiconfessionale della società libanese*¹⁶. Le radici di un simile dualismo vanno ritrovate negli anni del primo sviluppo del sistema politico libanese ed erano motivate da una duplice necessità: da un lato preservare il patrimonio socio-confessionale preesistente all'interno della società libanese, garantendo la partecipazione di ogni segmento religioso alla vita politica, e dall'altro dalla volontà dei costituenti di unirsi al movimento internazionale di democratizzazione¹⁷ dell'inizio del ventesimo secolo, trascendendo le differenze settarie e imponendo all'ordinamento giuridico una nuova dimensione basata sulla uguale e piena cittadinanza.

¹² A questo proposito si veda il lavoro di A. Lijphart, Arend, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Explanation*, New Haven: Yale University Press, 1977; A. Lijphart, *Multietnic Democracy*, *The Encyclopedia of Democracy* 3: 853-865, 1995 e P. Dixon, *Power-Sharing in Deeply Divided Societies: Consociationalism and Sectarian Authoritarianism*, *Studies in Ethnicity and Nationalism*. Vol. 20, No. 2, 2020.

¹³ S. Badran, *Lebanon's presidential vacancy: An opening for constitutional reform?*, ConstitutionNet, ottobre 2016.

¹⁴ R. Khoneisser, *Lebanese Confessionarism, a Constitutional System in Crisis*, *Revue Des Juristes de Science Po*, novembre 2020.

¹⁵ G. Tsibelis, *Veto Players: How Political Institutions Work*, Princeton University Press, 2002.

¹⁶ F. Khazen, *The communal pact of national identities*, Papers on Lebanon, Center for Lebanese Studies, Oxford 1991, p. 12.

¹⁷ Si veda a questo proposito S. Huntington, *The third wave: Democratization in the late twentieth century*, University of Oklahoma Press, 1991.

Il proposito dei padri fondatori del moderno Stato libanese di incorporare nel proprio sistema giuridico principi costituzionali e parlamentari universalmente riconosciuti non poteva ignorare le convenzioni comunitarie esistenti internamente al Libano e precedenti alla formazione dello Stato. Il sistema settario-confessionale definiva in effetti la politica libanese già prima della sua cristallizzazione come Stato indipendente. Con la caduta dell'impero ottomano e la creazione del "Grande Libano"¹⁸ nel 1920 - gli anni del mandato francese - l'instaurazione di questo dualismo fu quindi necessaria per unire i vari gruppi confessionali intorno allo Stato libanese e costituire il passaggio verso una nazione unita, sovrana e stabile. L'adozione di un sistema istituzionale confessionale aveva dunque lo scopo di proteggere i diritti delle varie comunità religiose presenti nel paese, impedendo un possibile rapporto egemonico e conflittuale tra di esse. In origine un simile ordinamento confessionale doveva dunque costituire una struttura sussidiaria al sistema democratico principale e preparare la società libanese ad una piena transizione verso lo stato di diritto. A questo proposito, l'art. 95 della Costituzione Libanese, così come emendata il 9 novembre 1943 e poi nel settembre 1990, sancisce che: *"The Chamber of Deputies that is elected on the basis of equality between Muslims and Christians shall take the appropriate measures to bring about the abolition of political confessionalism according to a transitional plan. A National Committee shall be formed, headed by the President of the Republic, it include, in addition to the President of the Chamber of Deputies and the Prime Minister, leading political, intellectual, and social figures. The tasks of this Committee shall be to study and propose the means to ensure the abolition of confessionalism, propose them to the Chamber of Deputies and to the Ministers council of ministers, and to follow up the execution of the transitional plan. During the transitional phase:*

a. The sectarian groups shall be represented in a just and equitable manner in the formation of the Cabinet.

b. The principle of confessional representation in public service jobs, in the judiciary, in the military and security institutions, and in public and mixed agencies shall be cancelled in accordance with the requirements of national reconciliation.."

Forse inevitabilmente, tuttavia, questo sistema politico confessionale è entrato presto in conflitto con le più classiche norme e prassi democratiche-parlamentari, creando cortocircuiti e forzature tali da "piegare le fondamenta dello Stato di Diritto"¹⁹. Usando le parole di Vida Hamd, *senior policy advisor e lecturer* presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Beirut, il confessionalismo, *"that distributes political and institutional power proportionally among Christian and Muslim sects, has undermined all efforts to establish the State of Law (...). Successive and protracted political and economic crisis continue to hamper the strengthening of the rule of law despite the political discourse that poses the rule of law as a solution to the crisis"*²⁰. In pratica, l'applicazione del sistema confessionale in Libano ha ostacolato il raggiungimento di un organico equilibrio tra le due serie di norme, relative le une ai tradizionali principi costituzionali di un sistema parlamentare e le altre al *power sharing*

¹⁸ Lo Stato libanese posto sotto il mandato francese portò il nome di *Grand Liban* dal momento della sua costituzione (1° settembre 1920) fino all'instaurazione della Repubblica Libanese nel 1926.

¹⁹ Si veda a questo proposito S. Badran, *The dissolution of the Lebanese parliament: A perverted application of the parliamentary system*, Digest of Middle East Studies, 2020, p.201.

²⁰ V. Hamd, *Overview of the rule of law in Lebanon*. In M. Koetter & G. F. Schuppert (Eds.), *Understandings of the rule of law in various legal orders of the world*, Rule of Law Working Paper Series, 2012, p.1.

confessionale. La problematica coesistenza di queste due categorie giuridiche contraddittorie (le prime tipiche dei sistemi parlamentari “classici” e le altre di natura confessionale) ha di conseguenza causato gravi violazioni dei diritti individuali e ha giocato un ruolo importante nella crisi già descritta. Nonostante l'enfasi sullo Stato di diritto nel discorso dell'élite politica, le considerazioni confessionali e settarie continuano in effetti a prevalere. La legittimità del Governo libanese deriva conseguentemente più dalla misura in cui promuove la coesistenza tra le comunità confessionali e meno dal suo rispetto degli articoli della Costituzione. Alcuni autori, a questo proposito, si spingono addirittura ad affermare che il regime parlamentare libanese sia stato modellato a immagine del confessionalismo stesso, che le comunità religiose abbiano *de facto* sostituito lo Stato nel suo rapporto con i cittadini²¹ e che conseguentemente i conflitti tra il sistema confessionale e le esigenze democratiche parlamentari siano sorti in termini di diritti individuali e attività dello Stato.

Provando, seppure sinteticamente, a tracciarne una analisi storico-giuridica, è importante sottolineare come il confessionalismo fosse radicato nei precedenti sistemi di governo già ai tempi dall'Impero Ottomano, e come sia stato istituito, in quanto disposizione temporanea nella prima Costituzione libanese del maggio 1926 per assicurare una pacifica coesistenza tra le varie comunità religiose. Benché adottato come soluzione costituzionale transitoria, il confessionalismo fu poi mantenuto dal “Patto Nazionale” (al-Mithāq al-Waṭānī, الوطني الميثاق) del 1943 che pose le basi del sistema politico libanese post-indipendenza. Nei decenni successivi, le disfunzioni del confessionalismo divennero però sempre più evidenti, fino a diventare una delle cause generalmente riconosciute dei disordini politici che portarono alla guerra civile del 1975. Nonostante i suoi evidenti limiti strutturali, il confessionalismo fu rafforzato, ed in parte costituzionalizzato (con ben 30 emendamenti approvati il 21 settembre 1990), dagli “Accordo di Taif” (الطائف اتفاق), noto anche come *Documento di Accordo Nazionale o Charter of Lebanese National Reconciliation*), che ha fornito la base sociopolitica per la fine della guerra civile nel 1989.

A proposito del “Patto Nazionale”, è importante sottolineare come l'accordo avesse come base un censimento di dubbia trasparenza del 1932, che riportava una maggioranza cristiana del 51% della popolazione e che sancì da quel momento una forte preponderanza cristiana negli equilibri della Forma di Governo libanese. Il “Patto Nazionale” stabiliva infatti che: “1. I maroniti non ricorreranno all'intervento straniero e accettano il Libano come un paese arabo affiliato agli altri contesti arabi. 2. I musulmani abbandoneranno le loro aspirazione di unificazione con la Siria. 3. Il Presidente della Repubblica sarà sempre un cristiano maronita. 4. Il Primo Ministro sarà sempre un musulmano sunnita. 5. Il Presidente dell'Assemblea Nazionale sarà sempre un musulmano sciita. 6. Il Vicepresidente del Parlamento e Vice Primo Ministro sarà sempre un greco ortodosso. 7. I componenti dell'Assemblea Nazionale saranno ripartiti secondo una proporzione 6:5 in favore dei cristiani rispetto ai musulmani. 8. La carica di Capo di Stato Maggiore della Difesa sarà riservata a un cristiano maronita. 9. La carica di Capo di Stato Maggiore dell'esercito sarà riservata a un druso”.

²¹ I. Salamey & R. Payne, *Parliamentary consociationalism in Lebanon: Equal citizenry vs. quoted confessionalism*, The Journal of Legislative Studies, 14(4), 451–473, 2008.

Negli anni successivi, il trend demografico ha subito modifiche decisamente importanti, in particolare per un incremento della popolazione musulmana - tendenzialmente più povera della comunità cristiana - assai più consistente di quello di quest'ultima, ed ulteriormente dilatato anche dall'imponente immigrazione palestinese. Inoltre, i cristiani sono emigrati in proporzione molto superiore, erodendo ulteriormente la maggioranza della loro componente nel Paese e mostrando sempre più chiaramente, col trascorrere degli anni, un forte squilibrio nella ripartizione della sovranità a favore dei cristiani. Le tensioni religiose e settarie, fortemente esacerbate da una Forma di Governo considerata iniqua, sono appunto una delle principali cause²² della sanguinosa Guerra Civile libanese del 1975, la cui analisi, peraltro, supera ampiamente gli obiettivi di queste pagine.

3.2 *Gli Accordi di Ta'if*

Con gli *Accordi di Ta'if* del 1989 e i conseguenti emendamenti costituzionali del 21 settembre 1990, non si procedette però all'abolizione del sistema confessionale causa della guerra, ma furono riequilibrati i rapporti di forza per l'Assemblea tra le confessioni maggiori previste dal *Patto Nazionale* del 1943. In particolare, si fece in modo che il numero di deputati musulmani fosse, dalle successive elezioni, pari al numero di deputati cristiani (art. 24), e furono aumentati i poteri e le prerogative del Primo Ministro (musulmano sunnita, art. 64 e ss) a scapito del Presidente della Repubblica (cristiano maronita, art. 49 e ss)²³. L'accordo prevedeva anche che il Parlamento diventasse finalmente bicamerale, con un Senato rappresentativo delle comunità religiose e una Camera dei Deputati eletta con criteri universalistici, senza però che fosse prevista una precisa *deadline* per una simile trasformazione costituzionale, rimasta difatti inattuata. Il numero dei seggi parlamentari fu portato da 99 a 128 (art. 6 sez 2 degli Accordi). Infine, in base all'art.2B sez.3 degli Accordi, venne previsto anche un nuovo organo, il "Consiglio costituzionale libanese", composto da 10 membri - 5 eletti dal Parlamento e 5 dal Consiglio dei Ministri - il cui ruolo è quello di controllare la costituzionalità delle leggi e garantire il rispetto e l'integrità delle istituzioni, in particolare il principio di equilibrio tra i poteri, costituzionalizzato nel 1993. In base a quanto stabilito all'art. 76 e 77 della Costituzione, la costituzione può essere modificata su richiesta del Presidente o del Parlamento, ed è necessaria una maggioranza di due terzi dei deputati per avviare le procedure di revisione costituzionale.

²² Oltre ai contrasti di tipo settario, altra causa rilevante fu il coinvolgimento di Siria, intenzionata a porre sotto tutela il Libano secondo il progetto di una "Grande Siria", e Israele, che intendeva contrastare i miliziani dell'OLP creando una fascia di sicurezza sotto il proprio controllo.

²³ Prima dell'accordo, il Primo Ministro musulmano sunnita era nominato dal Presidente maronita ed era responsabile nei suoi confronti. Dopo la riforma, il Primo Ministro è divenuto responsabile nei confronti della legislatura, in linea con quanto avviene in un sistema parlamentare tradizionale.

Secondo As'ad AbuKhalil²⁴ e la dottrina prevalente, l'accordo ha notevolmente diminuito il potere del Presidente a vantaggio del Consiglio dei Ministri²⁵, anche se è in corso un ricco dibattito sul fatto che questo potere sia passato al Consiglio nel suo complesso o piuttosto al Primo Ministro²⁶. Il Presidente, che godeva prima dell'accordo di un potere esecutivo privo di reali contrappesi, è stato sostanzialmente ridotto ad una figura di rappresentanza senza potere reale e/o sostanziale, come avviene nella maggior parte delle repubbliche parlamentari²⁷. Sempre con l'intento di garantire una maggiore aderenza parlamentare alla demografia libanese e dunque di sfuggire alle molte rigidità di un sistema strettamente confessionale, il mandato dello *speaker* del Parlamento è stato esteso da un anno a quattro anni, anche se la posizione “rimane in gran parte senza autorità significativa”²⁸. Provando quindi a tratteggiare le più importanti riforme costituzionali introdotte dall' Accordo di Ta'If ed entrate in vigore dopo la firma dell'allora Presidente Hrawi nel settembre 1990, va ricordato che: 1. Il rapporto tra cristiani e musulmani in Parlamento è stato ridotto da 6:5 a 1:1; 2. La durata del mandato dello *Speaker* del Parlamento è stata aumentata da un anno a quattro anni; 3. L'articolo 17 della costituzione è stato significativamente modificato da “*il potere esecutivo è conferito al Presidente della Repubblica, che lo esercita con l'assistenza dei suoi ministri*” a “*il potere esecutivo è conferito al Consiglio dei Ministri, che lo esercita secondo le disposizioni costituzionali*”.

Le prerogative presidenziali sono state dunque ricalibrate e ridotte. Secondo le nuove disposizioni il Presidente non può richiedere consultazioni parlamentari prima di nominare il Primo Ministro; non può sfiduciare o nominare singoli ministri a piacimento, ma viene ora richiesta l'approvazione del Consiglio; non può presentare disegni di legge in Parlamento con il nuovo iter che prevede ora la presentazione al *Cabinet*, che poi vota per trasmetterle al Parlamento. Inoltre, il Presidente non può più nominare o licenziare dirigenti statali, prerogativa spettante ora al Consiglio. Oltre alle già menzionate innovazioni in merito al rapporto tra Presidente ed Esecutivo, gli accordi di Tā'ī f conferiscono nuovi poteri al Parlamento, sottraendo quest'ultimo al controllo dell'Esecutivo che non ha più la possibilità di sciogliere la Camera: in questo modo il Parlamento è messo in condizione di esercitare un potere di controllo sull'attività del Governo. Inoltre, allo *Speaker* del Parlamento viene riconosciuto il potere di non calendarizzare obbligatoriamente i provvedimenti del Governo per l'approvazione. Questa figura istituzionale, inoltre, non ha nessun obbligo di convocare il Parlamento in seduta straordinaria,

²⁴ A. AbuKhalil, As'ad, *The Meaning of the Recent Lebanese Election (and How Hariri Suffered a Stinging Defeat)*, Consortiumnews.com, giugno 2018.

²⁵ Di conseguenza, le prerogative del potere esecutivo non sono più concentrate nelle mani di una sola persona appartenente a una data confessione religiosa ma sono esercitate attraverso un gabinetto collegiale che comprende le principali comunità del paese.

²⁶ Si veda I. Salamey, *Failing Consociationalism in Lebanon and Integrative Options*, *International Journal of Peace Studies*, 14 (2): pp. 83–105, 2009 e R. Adhami, *The confrontation between traditional constitutional principles and the Lebanese confessional formula*, University of Montpellier, 2009.

²⁷ Il primo comma dell'art. 49 della Costituzione libanese stabilisce che: *The President of the Republic is the Chief of State, and the symbol of the unity of the Homeland. He ensures the respect of the Constitution, and the maintenance of Lebanon's independence, its unity, and its territorial integrity in accordance with the provisions of the Constitution. He chairs the Higher Defence Council. He is the Commander in Chief of the armed forces which are subject to the authority of the Council of Ministers.*

²⁸ F. Salloukh, *The Limits of Electoral Engineering in Divided Societies: Elections in Postwar Lebanon*, *Canadian Journal of Political Science*, 39 (3), pp. 635–655, 2006.

assumendo così un ruolo importante nell'elezione del Presidente della Repubblica e del Consiglio. Questa redistribuzione dei poteri consente alla comunità sciita, oltre a quella sunnita a cui è riservata la carica di Primo Ministro, di assumere un ruolo rilevante nel panorama politico libanese.

Tuttavia, gli accordi di Ṭāi'f non sono esenti da responsabilità nell'attuale crisi, e certamente hanno mancato il grande appuntamento delle riforme costituzionali necessarie ad un superamento del sistema confessionale e ad uno strutturale rinnovamento istituzionale. Secondo buona parte della dottrina, infatti, “*gli accordi consacrano l'appartenenza confessionale di ogni cittadino come unico mezzo per muoversi nella vita pubblica e vero pilastro fondamentale dell'identità del singolo*”²⁹. L'altro punto debole dell'accordo è certamente la mancanza di un chiaro meccanismo legislativo di transizione - oltre che di una *deadline* precisa - per il superamento del vecchio sistema confessionale, delegando una simile responsabilità alla stessa classe politica precisamente fondata su interessi confessionali.

Dal 1990, la Costituzione libanese non è stata oggetto di alcun emendamento rilevante e la “democrazia confessionale consensuale” governa ancora il sistema politico di *power sharing*, continuando ad erodere uno spazio sempre maggiore del tessuto democratico e ad influenzare la funzionalità della Forma di Governo e di Stato dell'ordinamento. Il testo di riferimento per il confessionalismo politico, come già detto, è la Carta Costituzionale del 1926 e le relative modifiche effettuate nel corso degli anni. Due articoli dell'attuale Costituzione libanese permettono la rappresentanza confessionale nelle istituzioni statali. L'articolo 24 richiede un'equa distribuzione dei seggi parlamentari tra cristiani e musulmani e proporzionalmente tra le comunità di entrambi i gruppi confessionali. L'articolo 95 specifica, tra le altre misure, la necessità di una giusta ed equa rappresentanza tra le comunità nel processo di formazione del *Cabinet*. Questi due articoli sono in linea con il Preambolo della Costituzione (introdotto nel 1990) che al comma 10 stabilisce che “*there shall be no constitutional legitimacy for any authority which contradicts the pact of mutual existence*”. La formazione dei *Cabinet* assicura il rispetto di queste disposizioni costituzionali, ripartendo i posti ministeriali tra cristiani e musulmani dall'indipendenza nel 1943 fino al Libano attuale. Il riconoscimento della legittimità confessionale e il diritto di rappresentanza per tutti è dunque una costante che attraversa tutta la storia istituzionale libanese, dalle sue origini ottomane, fino alla presente fase di crisi economica e politica, dalla quale prende avvio questo lavoro. Vale la pena notare a questo proposito che la stessa Costituzione riconosce l'aporia inerente al confessionalismo. Infatti, il suo preambolo, al comma 8, afferma che “*Eliminating political sectarianism is a basic national objective, to be achieved according to a transitional plan*”. Eppure, dalla costituzionalizzazione di questo principio, nessun passo è stato fatto in questa direzione.

²⁹ C. Piccinini, *La legge elettorale Adwān in Libano: tra democrazia, interessi settari, innovazione e conservatorismo*, Università Ca Foscari, Venezia, 2018.

4. *Gli squilibri nella Forma di Governo*

4.1 *La Prima Repubblica libanese*

Se le conseguenze del sistema confessionale sulla Forma di Stato del Libano, e dunque sui rapporti tra governanti e governati sono evidenti, effetti altrettanto rilevanti possono essere riscontrati anche sul piano della Forma di Governo, e dunque sui mutevoli rapporti che intercorrono tra gli organi costituzionali in relazione all'indirizzo politico. La Prima Repubblica libanese, a partire dal 1926 fino agli *Accordi di Ta'if*, risultava, come si è visto, fortemente condizionata dal Patto Nazionale del 1943, e di conseguenza garantiva al Presidente della Repubblica, cristiano maronita, un diritto di scioglimento parlamentare praticamente illimitato, a causa delle condizioni fittizie necessarie per promulgarlo. Nel 1926, alla nascita della prima Repubblica, l'articolo 55 della Costituzione subordinava infatti l'esercizio del diritto di scioglimento a condizioni ben determinate. Il Presidente della Repubblica poteva, con decreto motivato emesso dal Consiglio dei Ministri e con l'assenso dei tre quarti dei membri del Senato, sciogliere la Camera dei Deputati prima della fine prevista del suo mandato. Le ragioni per cui il Presidente della Repubblica poteva decidere di adottare questa misura erano: “1° il rifiuto della Camera di riunirsi in sessione ordinaria o straordinaria nonostante due convocazioni successive del capo dello Stato; 2° il rifiuto di approvare il bilancio con l'intenzione di paralizzare l'azione del *Cabinet*; 3° l'adozione di decisioni suscettibili di sollevare il paese contro il mandato francese o la Costituzione. In questi tre casi, gli organi elettorali si riuniscono come previsto dalla Costituzione, e la nuova Camera sarà chiamata a riunirsi entro dieci giorni dalla proclamazione delle elezioni. Un secondo scioglimento non può avvenire per lo stesso motivo del primo”.

Entro questi stretti limiti, il potere di scioglimento non era però sufficiente “*per rompere la resistenza del Parlamento*”, ed era quindi necessario emendare la Costituzione. Questo obiettivo fu realizzato attraverso un doppio passaggio nel 1927 e nel 1929. Dapprima la legge costituzionale del 17 ottobre 1927 modificò l'articolo 55 con tre emendamenti, peraltro senza conferire al Presidente della Repubblica potere assoluto di sciogliere il Parlamento. Innanzitutto, si provvide ad eliminare l'approvazione del Senato, organo – del resto – mai effettivamente costituito. Si eliminò poi la disposizione riguardante la possibilità di sciogliere il Parlamento qualora emanasse una legge che mettesse in pericolo la Costituzione. Il legislatore costituzionale considerava quest'ultima disposizione ambigua perché rendeva il Presidente della Repubblica, assistito dai Ministri, giudice sovrano dell'incostituzionalità delle decisioni del Parlamento. Il terzo emendamento fu l'abrogazione dell'ultimo comma dell'articolo 55, che proibiva il ricorso ad un secondo scioglimento per lo stesso motivo che aveva dato origine al precedente scioglimento.

Tuttavia, una simile revisione costituzionale non era ancora sufficiente per garantire una piena centralità del Capo dello Stato nell'ordinamento giuridico libanese. Questa preoccupazione è evidente in una seconda revisione costituzionale che, pur garantendo al Capo di Stato condizioni meno restrittive in relazione al diritto di scioglimento, garantisse la parlamentarizzazione del

sistema e rafforzasse contemporaneamente l'autorità del Presidente della Repubblica³⁰. Di conseguenza, l'articolo 55, modificato nel 1929, e rimasto in vigore fino alla fine della guerra civile nel 1990, stabiliva che: *“The President of the Republic may, by motivated decree taken on the advice of the Council of Ministers, dissolve the Chamber of Deputies, before the expiry of its term of office. In this case, the electing bodies are gathered as provided in Article 25 and the new Chamber is convened within the fifteen clear days following the proclamation of the election results”*.

In seguito all'emendamento costituzionale del 1929, il Capo dello Stato aveva dunque, in qualsiasi momento del suo mandato, il diritto di rivolgersi agli elettori per risolvere una controversia tra il ramo esecutivo e quello legislativo. L'esercizio di tale prerogativa richiedeva però due condizioni: in primo luogo, il decreto di scioglimento doveva essere giustificato, per informare l'opinione pubblica delle ragioni che avevano portato il Presidente ad optare per lo scioglimento e, in secondo luogo, il decreto doveva essere seguito da una approvazione formale da parte del Governo.

Per quanto riguarda la motivazione del decreto di scioglimento, è peraltro necessario specificare la mancanza di un meccanismo di controllo sulla validità delle motivazioni presidenziali. Nelle parole di Simon Badran: *“It's worth mentioning that there can be no legal control over the validity of the reasons and justifications invoked by the Head of State”*³¹; e ancora: *“if a member of the Parliament considers a dissolution decree unfounded, that member typically would not ask the State Council for the annulment of the decree. Such an appeal at the State Council would be dismissed with near certainty”*³². Similmente, anche la necessità dell'approvazione governativa aveva in realtà una valenza fittizia poiché la Costituzione prevedeva all'epoca³³ che i Ministri fossero nominati e revocati proprio dal Presidente della Repubblica. Pertanto, in realtà, il Capo di Stato godeva di una libertà quasi totale in questo senso, ed il *Cabinet*, da parte sua, non aveva alcun reale strumento per impedire o ritardare lo scioglimento della Camera dei Deputati. Dal 1947 al 1990, cinque sono stati gli scioglimenti della Camera dei Deputati (1947, 1953, 1960, 1964, 1989), ma nessuno scioglimento ha avuto in realtà luogo a causa di un disaccordo o di un conflitto tra Governo e Parlamento e nessuno scioglimento è stato pronunciato sulla base di un'iniziativa del *Cabinet*.

Cercando quindi di districarsi nella complessa contingenza politica e istituzionale in esame, appare chiaro come, il Presidente, cristiano maronita, detenesse in questa fase un chiaro e rilevante potere per quanto riguarda la possibilità di sciogliere la Camera, a fronte di limitazioni costituzionali in realtà solo apparenti o marginali, e con il risultato di un percepibile squilibrio nella Forma di Governo. Il monopolio della comunità maronita sulla vita politica e istituzionale

³⁰ Si legga a questo proposito E. Bulmer, *Dissolution of parliament*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2017, pag 14.

³¹ S. Badran, *The dissolution of the Lebanese parliament: A perverted application of the parliamentary system*, op. cit, p.205.

³² I. Chiha, *General principles of Lebanese administrative justice*, Al-Dar Al Jamiya, 1996, p.43.

³³ Secondo la vecchia formulazione dell'Art. 53 della Costituzione Libanese così come emendata il 21 gennaio del 1947, *“the President of the Republic appoints and dismisses the Ministers among whom he designates a President for the Council of Ministers (...)”*.

del paese, che ha spinto molti costituzionalisti a parlare di “maronitismo politico”³⁴, ha provocato nel tempo un acuirsi degli attriti confessionali con le altre comunità, in particolare con i musulmani sunniti. Questi ultimi lamentavano da parte loro una condizione di subalternità rispetto ai maroniti, dal momento che il loro principale rappresentante, il Primo Ministro, non disponeva di un reale potere a livello esecutivo. La necessità di un assetto costituzionale maggiormente rappresentativo, considerati gli elementi di squilibrio insiti nell’assetto di *power sharing* confessionale tra cristiani e musulmani costituisce, come si è già detto, una delle principali cause della guerra civile libanese. Tuttavia, la riforma costituzionale intrapresa nel 1990 per ristabilire l’equilibrio tra le diverse comunità religiose non è riuscita, ad oggi, a raggiungere il proprio obiettivo in modo organico ed equilibrato.

4.2. La Seconda Repubblica libanese

Le considerazioni fin qui sviluppate hanno messo in evidenza come la Prima Repubblica fosse caratterizzata da una Forma di Governo a forte trazione presidenziale, e senza che un simile determinante potere fosse realmente controbilanciato dagli altri organi costituzionalmente rilevanti. Proprio questo assetto costituzionale ha contribuito in maniera sensibile al progressivo acuirsi delle tensioni religiose e settarie che hanno caratterizzato l’ordinamento libanese negli ultimi 4 decenni, ed è stato al centro del dibattito pubblico nella guerra civile del 1989. “*The absolute power of the President - scriveva alcuni anni dopo i fatti Safia Saade - and the quasi-presidential dictatorship of a Maronite leader who held the main keys of power required constitutional reforms after the end of the Lebanese Civil War*”³⁵.

Con la riforma del 1990, la maggior parte delle prerogative presidenziali furono quindi limitate o trasferite al Consiglio dei Ministri³⁶, e non al Primo Ministro, proprio per evitare un passaggio di monopolio da un Presidente maronita ad un Presidente del Consiglio sunnita. Tra le prerogative sottratte alla Presidenza, rilevante è quella legata al diritto di scioglimento del Parlamento, non solo trasferita al Consiglio dei Ministri, ma, a seguito delle modifiche costituzionali del 1990, soggetta ancora oggi a condizioni che ne rendono l’applicazione virtualmente impossibile. Benché tale prerogativa appartenga ormai al Consiglio dei Ministri, il *Cabinet* può infatti esercitare questo potere solo per impulso del Capo dello Stato. L’articolo 55 della Costituzione specifica infatti che: “*The President of the Republic may (...) ask the Council of Ministers to dissolve the Chamber of Deputies (...). If the Council, based on this request, decides to dissolve the Chamber, the President issues the decree dissolving it (...)*”. Inoltre, l’articolo 65 richiede, tra le altre prerogative del Consiglio dei Ministri, lo scioglimento della Camera dei deputati “su richiesta del

³⁴ Si vedano, a titolo di esempio, J. Maila, *The document of national understanding: A commentary*, The Centre for Lebanese Studies, 1992; G. Charaf, *Religious communities and power in Lebanon*, Lebanese Center for Documentation and Research, 1981 e S. Haddad, *A survey of Maronite Christian socio-political attitudes in postwar Lebanon. Islam and Christian-Muslim Relations*, 2001, 12(4), 465–479.

³⁵ S. Saade, *The status and role of the President of the Republic in the Lebanese political system (Before and after the Ta’if Agreement)*, Al-Halabi Legal Publications, 2008, p.234.

³⁶ L’art. 17 della Costituzione libanese, emendata il 21 settembre 1990 recita infatti: “*Executive power shall be entrusted to the Council of Ministers and the Council shall exercise it in accordance with conditions started in this constitution*”.

Presidente della Repubblica”. Infine, l'articolo 77 sulla revisione costituzionale stabilisce che: “*If the Chamber insists upon the necessity of the amendment by a majority of three fourths of the total members lawfully composing the Chamber, the President of the Republic can then (...) ask the Council of Ministers to dissolve the Chamber*”. L'iniziativa per lo scioglimento del Parlamento, quindi, non appartiene né al Consiglio dei Ministri né al Presidente del Consiglio. Il legislatore libanese è stato attento e vigile, da questo punto di vista, a non lasciare alcun dubbio sulla formulazione della richiesta di scioglimento. Si è infatti preferito mantenere il ruolo del Presidente come arbitro e garante della Costituzione³⁷. Tuttavia, sebbene il Presidente detenga il potere di avviare la procedura, non partecipa in alcun modo al processo decisionale dello scioglimento, responsabilità esclusiva del Consiglio dei ministri. Una volta presentata la richiesta, spetta infatti al *Cabinet* il compito di esaminarla e decidere in merito. Lo scioglimento della Camera è regolato dalle regole generali dei meccanismi decisionali del *Cabinet*: secondo l'articolo 65 della Costituzione, il Consiglio dei Ministri deve prendere le sue decisioni per consenso. Qualora non sia possibile, sarà sufficiente un voto della maggioranza dei membri presenti. Tuttavia, lo scioglimento del Parlamento è classificato come una delle “questioni fondamentali”³⁸ e, pertanto, richiede una maggioranza qualificata di due terzi dei membri del Governo. Va osservato a questo riguardo che già le disposizioni costituzionali del 1929 stabilivano la necessità dell'approvazione del Consiglio dei Ministri, ma non fornivano esplicitamente l'indicazione di una maggioranza necessaria, con la conseguenza che per sciogliere il Parlamento potesse essere sufficiente anche solo la maggioranza dei Ministri presenti.

Come si è già avuto modo di osservare, la riforma costituzionale del 1990 intendeva creare un equilibrio all'interno dell'esecutivo, stabilendo che fosse il Presidente della Repubblica (cristiano maronita) l'unica autorità in grado di avviare la richiesta di scioglimento, ma privandolo del potere di sciogliere la Camera dei Deputati. Al fine di creare un organico sistema di pesi e contrappesi al potere del Presidente, la decisione circa scioglimento spetta ora al Consiglio dei Ministri che deve approvarla con una maggioranza dei due terzi dei suoi membri. Il *Cabinet*, da parte sua, non può esprimere formalmente la sua volontà di sciogliere la Camera dei deputati. In alcuni casi, però, può implicitamente e ufficiosamente chiedere al Presidente di richiedere lo scioglimento. Quest'ultimo ha la libertà di acconsentire alla volontà del Consiglio o di rifiutarla. L'intervento di ciascuno dei due organi è dunque importante quanto quello dell'altro e le competenze costituzionali assegnate dal legislatore sono complementari, prevedendo un meccanismo in cui sia necessaria la volontà di entrambi gli organi per procedere allo scioglimento del Parlamento.

Se la nuova normativa ha il merito di assicurare una formale chiarezza procedurale, sembra tuttavia concretizzarsi in un sostanziale squilibrio tra l'esecutivo e il legislativo a favore di

³⁷ A questo proposito l'art.49 della Costituzione prevede che: “*The President of the Republic is the head of the State and the symbol of the nation's unity. He shall safeguard the Constitution and Lebanon's independence, unity, and territorial integrity (...)*”.

³⁸ Secondo quanto prescritto dall'art 65 (5) della Costituzione: “*The basic issues need the consent of two-thirds of the Government members, as specified in the decree of its formation. The following are basic issues: Amending the Constitution, declaring and canceling the state of emergency, war and peace, public mobilization, international accords and treaties, state budget, overall development plans, and long term, appointing employees of the first cadre and its equivalent, reconsidering the redistricting, dissolving the Chamber of Deputies, elections law, nationality law, personal affairs laws, dismissing the Ministers*”.

quest'ultimo³⁹. Oltre alle condizioni relative al diritto d'iniziativa e al meccanismo decisionale, il legislatore prevede infatti la possibilità di ricorrere allo strumento dello scioglimento solo in caso di grave crisi istituzionale, con il Presidente che vede la propria possibilità di avviare il relativo iter limitata ai pochi casi specifici previsti dal testo costituzionale. Come chiarisce Simon Badran, *“The dissolution of parliament is not a sine qua non condition for the existence of a parliamentary system. Once established, the rules governing the dissolution of the parliament must at least have practical application; if not, the rules do not serve their intended purpose. Exemplary in this regard is the Lebanese Constitution.”* La Costituzione del paese, così come modificata dagli emendamenti del 1990, sottopone il diritto di scioglimento a condizioni che, come già osservato, la rendono *de facto* inapplicabile, mancando di correggere gli squilibri di natura confessionale della Forma di Governo per cui tali modifiche erano state ritenute necessarie allo scoppio della guerra civile. Gli articoli 55, 65 e 77 della Costituzione stabiliscono infatti che lo scioglimento della Camera dei Deputati possa avvenire solo in tre casi specifici e assai ben determinati, e precisamente qualora: 1) la Camera, in assenza di ragioni imperative, si astenga dal riunirsi durante un'intera sessione legislatura ordinaria o durante due sessioni straordinarie successive, ciascuna superiore ad un mese; 2) respinga la legge di bilancio con l'obiettivo di paralizzare l'attività del *Cabinet*; 3) mantenga la sua proposta di revisione costituzionale con una maggioranza di tre quarti del totale dei membri che compongono legittimamente la Camera, mentre il *Cabinet* si oppone alla proposta. La combinazione di queste condizioni, tuttavia, sottolinea come l'unica possibilità per lo scioglimento della Camera dei Deputati sia quello in cui il ramo legislativo sia concorde al procedimento. *“In order to dissolve Parliament a prior consent must be obtained. A Parliament that voluntarily refrains from meeting, rejects the budget in its entirety or insists on a revision of the Constitution by a three-fourth majority, is aware of the result that would occur from such acts. It consciously takes the risk of being dissolved by the executive power. In the face of this crisis, the President asks the Council of Ministers for the dissolution of the Chamber. The Council deliberates and decides whether or not to dissolve the Chamber. As a result, the dissolution of the Lebanese parliament could be summed up as follows: the right of initiative lies with the President, the decision lies with the cabinet, and the conditions must fall within the scope of the “will of Parliament”⁴⁰.* Le parole di Simon Badran, che bene riassumono la questione e sottolineano la necessità di un Parlamento concorde al procedimento, sembrano tuttavia insufficienti a segnalare quanto le attuali condizioni per lo scioglimento parlamentare siano in realtà esse stesse un campanello d'allarme importante per valutare lo stato di salute dell'ordinamento libanese.

Gli emendamenti costituzionali del 1990 devono essere interpretati, in effetti, alla luce del rapporto tra il sistema di *power sharing* confessionale e il suo disegno politico istituzionale. Inizialmente, la preoccupazione del legislatore era quella di ridurre e limitare la portata del potere del Presidente maronita della Repubblica. Nel 1990, anche a causa della guerra civile appena conclusa, era necessario coinvolgere le altre grandi comunità nel processo decisionale reale – i sunniti attraverso la figura del Primo Ministro e gli sciiti attraverso lo *speaker* del Parlamento. Tale

³⁹ Cfr J. Bahout, *The unraveling of Lebanon's taif agreement. Limits of Sect-Based Power Sharing*, Carnegie Endowment for International Peace, 2016

⁴⁰ S. Badran, *The dissolution of the Lebanese parliament: A perverted application of the parliamentary system*, op. cit, p.209.

partecipazione “confessionale” al potere statale non dovrebbe, in linea di principio, favorire una comunità a spese delle altre, e questo perché “l'equilibrio confessionale” come concepito dall'élite politica, e su cui si basa l'intero sistema politico e giuridico libanese, risulterebbe sconvolto se uno dei rami del potere statale prevalessesse sull'altro. Lo scioglimento del Parlamento, quindi, richiede l'accordo delle “tre presidenze”⁴¹ dello Stato e, di conseguenza, l'accordo delle tre principali comunità religiose. In questo contesto, è improbabile che il potere di scioglimento sia applicato proprio a causa della contrattazione settaria e degli accordi intercomunitari che favoriscono la risoluzione dei conflitti tra le diverse autorità statali⁴².

È nozione generalmente condivisa che lo strumento dello scioglimento possa servire a vari scopi in relazione al funzionamento di una democrazia parlamentare. Proprio in società multipolari, multipartitiche e divise come quella libanese, lo strumento in analisi potrebbe in effetti costituirsi come un catalizzatore per i processi di formazione del Governo. In simili contesti, qualora un Governo non venga formato in un lasso di tempo ragionevole, la minaccia di scioglimento potrebbe incentivare le parti negoziali al compromesso. Tuttavia, non vi è traccia nella Costituzione libanese per un simile uso dello scioglimento anche se, dalla primavera del 2005, la formazione dei *Cabinet* è diventata sempre più difficile e le coalizioni sono spesso meno stabili che in passato, come si è visto nelle pagine precedenti attraverso l'analisi dei casi più recenti. Alla luce di queste riflessioni, è inevitabile considerare lo scioglimento del Parlamento come un potente strumento politico, strettamente associato al processo di formazione del *Cabinet* e del corretto ed equilibrato funzionamento della Forma di Governo.

5. Conclusioni

A un anno esatto dalla tragica esplosione nel porto di Beirut, l'attuale stallo politico-istituzionale -iniziato 9 mesi fa con le dimissioni di Hassan Diab che ne erano scaturite, complicato poi dal tentativo fallito di Harīrī fino al recentissimo incarico a Mikati - assume connotati paradossali. Quelli cioè di una situazione senza apparenti vie di uscita, che sembra per molti aspetti riflettere e rappresentare nel modo più convincente le contraddizioni del sistema di potere che (non) governa il Paese e si modella piuttosto sugli interessi della classe politica, premurandosi di proteggerli ad ogni costo. Anche la situazione economica del paese, punto di partenza di queste note, resta critica. L'inflazione si attesta al 90% e i prezzi dei beni alimentari sono aumentati di oltre il 220% nell'ultimo anno, causando una drammatica contrazione del potere di acquisto dei cittadini, di cui oltre il 50% vive in povertà. Il sistema sanitario è al collasso e la grave penuria di farmaci - tanto più preoccupante nel momento presente di severa pandemia - riaccende i riflettori sul più ampio problema della totale dipendenza del Libano dalle importazioni, sempre più insostenibile con una moneta che, letteralmente, vale poco più che zero.

⁴¹ Per questa definizione, che si riferisce alla “troika” composta dal Presidente della Repubblica, il Primo Ministro e lo Speaker del Parlamento si faccia riferimento a K. Gebara, *Pluralism in Lebanese politics: Formalizing the informal senate*, Rice University's Baker Institute for Public Policy, 2018.

⁴² Si veda a questo proposito la crisi, tra il 2014 ed il 2016, legata alle difficoltà di elezione del nuovo Presidente della Repubblica.

Il nuovo Premier designato Mikati, incarna perfettamente - secondo quanto ribadiscono le proteste in corso - il sistema di potere e clientelismo che si riproduce dalla fine della guerra civile, e che fagocita ogni risorsa pubblica ed ogni possibile opportunità per un reale cambiamento strutturale e istituzionale.

Da una analisi, seppure parziale, dello stato delle istituzioni democratiche libanesi, emerge al contrario l'intensificarsi delle dinamiche confessionali settarie nella società, e la progressiva invasione di queste nelle istituzioni statali, fino al punto da comprometterne il regolare funzionamento. Le attività dello Stato sono in effetti fortemente condizionate da una logica particolaristica e autoreferenziale delle appartenenze comunitarie, che indebolisce i principi democratici che dovrebbero invece rappresentare. La formula confessionale, vera base giuridica dell'ordinamento libanese, relativizza dunque, e indebolisce, il principio di separazione dei poteri sancito dalla Costituzione e, conseguentemente, *“the mechanism of checks and balances between the Government and the Parliament remains in constant regression”*⁴³. Da un punto di vista giuridico, gli emendamenti costituzionali del 1990 - ultima rilevante modifica del testo costituzionale - hanno favorito il ramo legislativo rispetto a quello esecutivo. Accanto all'impossibilità pratica dello scioglimento del Parlamento da parte dell'esecutivo, vi è inoltre la difficile attuazione della responsabilità politica del Governo di fronte al Parlamento: ulteriore capitolo, quest'ultimo, che meriterebbe da solo una analisi specifica. Peraltro, i cortocircuiti del sistema parlamentare descritti in queste pagine non costituiscono l'unico impatto del confessionalismo settario sull'attività dello Stato in Libano. Il fenomeno ha infatti importanti conseguenze anche nell'analisi della Forma di Stato del paese. Da questo punto di vista, diverse comunità religiose costituiscono sempre più dei corpi intermedi che si sostituiscono allo Stato nel suo rapporto con i cittadini e, inevitabilmente, lo distorcono.

Se è quindi evidente che la forte connessione tra affiliazione religiosa e ordine costituzionale costituisce l'ostacolo principale all'instaurazione di una democrazia funzionante in Libano⁴⁴, è altrettanto evidente, dato il profondo radicamento di tale affiliazione nella società libanese, che una soluzione che richieda una completa abolizione del confessionalismo non sia, ad oggi, strutturalmente praticabile⁴⁵. Per questo motivo, il cammino verso una democrazia sostenibile in Libano deve necessariamente passare attraverso una ristrutturazione graduale del suo sistema confessionale. Lanciandosi nell'arduo compito di provare ad immaginare soluzioni efficaci ai problemi descritti in questo lavoro, emerge chiaramente come un primo punto centrale possa essere l'istituzione di una legislatura bicamerale. In effetti, il bicameralismo potrebbe garantire una rappresentanza svincolata dall'assetto confessionale nella Camera dei Deputati, e una rappresentanza confessionale in un Senato, con poteri delimitati, eletto direttamente dal popolo libanese. L'effetto risultante sarebbe potenzialmente quello di confinare il confessionalismo politico al Senato, eliminando così il suo potere ostruzionistico dai restanti organi costituzionali.

⁴³ S. Badran, *The dissolution of the Lebanese parliament: A perverted application of the parliamentary system*, op. cit, p.210.

⁴⁴ A. Messarra, *Citizenship culture in a multi-confessional society*, Lebanon from a comparative perspective, 2013.

⁴⁵ Si legga su questo punto N. N. Calfat, *The Frailties of Lebanese Democracy: Outcomes and Limits of the Confessional Framework (As Fragilidades da Democracia Libanesa: Resultados e Limites do Arranjo Confessional)*, Contexto Internacional, 40(2), 269–293, 2018.

L'idea di un Parlamento bicamerale composto, da un lato, da una Camera dei Deputati eletta senza vincoli di appartenenza religiosa e, dall'altro, da un Senato che rappresenti i diversi gruppi confessionali non è, peraltro, completamente innovativa. La Costituzione libanese, adottata nel 1926, prevedeva (e di fatto prevede ancora) all'art. 22 l'istituzione di una legislatura bicamerale in Libano⁴⁶. Più in particolare, richiede che un Senato che rappresenti ogni gruppo religioso riconosciuto nel paese sia istituito dopo le prime elezioni di un Parlamento su base non confessionale. Tuttavia, fino ad oggi, l'articolo 22 non è stato in nessun modo implementato. Al contrario, proprio la sua mancata applicazione ha nel tempo portato i vari gruppi religiosi a ritenere che il Senato potrebbe non avere i poteri necessari per proteggere sufficientemente i loro diritti e libertà come previsto dalla Costituzione⁴⁷. Precisamente in ragione di queste preoccupazioni, cruciale sarebbe una precisa definizione delle prerogative spettanti al Senato: tale misura cautelativa garantirebbe i diritti dei gruppi confessionali rispetto a questioni specifiche potenzialmente lesive delle libertà essenziali o dell'ordine costituzionale e politico attentamente calibrato. Questi poteri potrebbero essere, come già avviene – tra gli altri - nel Senato americano, quelli relativi al bilancio nazionale, all'approvazione delle nomine governative ed alla ratifica dei trattati internazionali - tre pilastri che garantirebbero, rispettivamente, un'equa ripartizione delle risorse tra i diversi gruppi, la loro funzionale rappresentanza nel Governo e la formazione di una politica nazionale meno dipendente dall'influenza straniera.

I gruppi confessionali hanno sempre giocato un ruolo attivo nell'ordine politico libanese. Se da un lato questo ha permesso al paese di ricostruirsi dopo la guerra civile, dall'altro ha anche contribuito a significativi e laceranti cortocircuiti che hanno inibito nel paese un reale processo di democratizzazione delle istituzioni. A questo proposito, infatti, è plausibile ritenere che le comunità religiose abbiano di fatto svolto sempre più nettamente una funzione sussidiaria nei confronti dello Stato, sostituendolo in molte attribuzioni fondamentali nel suo rapporto con i cittadini, e costituendosi progressivamente come livello intermedio, e obbligato, nel rapporto tra Stato stesso, politica e cittadino. Il modello sembra dunque quello di comunità religiose che diventano sempre più simili a partiti politici, piuttosto che quello inverso di partiti politici mossi da intenzionalità religiose. Una processualità di questo genere finisce con il vanificare la possibilità stessa di una sfera *propriamente* politica, caratterizzata dunque da una significativa dialettica interna e da una autonoma progettualità di lungo periodo. Tutt'altro che insolito, del resto, constatare che i contesti istituzionali nei quali l'identità religiosa diviene senza mediazione auto-identificazione politica, siano caratterizzati da una problematica rigidità interna, di cui anche il Libano di oggi fatica a liberarsi. In attesa del definitivo superamento dell'assetto confessionale - ammesso che sia realmente possibile - confinare il ruolo dei gruppi confessionali ad un'istituzione dai poteri chiaramente determinati e condivisi sembra quindi essere un passo

⁴⁶ L'art. 22 recita infatti: “*With the election of the first Chamber of Deputies on a national basis, not sectarian, a new Senate shall be established in which all religious communities are represented and whose power shall be limited to supreme national causes.*”

⁴⁷ Si legga a questo proposito M. El Hayek, *The Senate in Lebanon: a solution or a problem?*, The Lebanese National Defense Bulletin, gennaio 2019.

necessario e non più eludibile per la rinascita ed il consolidamento di una democrazia confessionale che sia finalmente sostenibile in Libano.

ABSTRACT

Ad un anno dalla tragica esplosione di Beirut, e nel pieno di una gravissima economica, il saggio si propone di analizzare il tema del confessionalismo costituzionale libanese e delle attuali criticità esistenti nell'assetto istituzionale del paese. Attraverso una ricostruzione storico-giuridica della cronica instabilità politica, partendo dalla Prima Repubblica Libanese, passando per gli Accordi costituzionali di Ta'if e fino alla crisi attuale, il saggio proverà a mettere in evidenza la progressiva rigidità del modello costituzionale confessionale, come responsabile di alcuni tra i più importanti cortocircuiti della Forma di Governo dell'ordinamento libanese.

ABSTRACT

One year after the tragic explosion in Beirut, and in the midst of a very serious economic situation, this essay aims to analyze Lebanese constitutional confessionism and the current criticalities existing in the country's institutional set-up. Through an historical and juridical reconstruction of the chronic political instability, starting from the First Lebanese Republic, passing through the Constitutional Agreements of Ta'if and up to the current crisis, the work will try to highlight the progressive rigidity of the confessional constitutional model, held responsible for some of the most important blackouts of the Form of Government of the Lebanese legal system.

PAROLE CHIAVE: Libano; Confessionalismo; Forma di Governo; Forma di Stato, instabilità.

KEY WORDS: Lebanon; Confessionism; Form of Government; Form of State, instability.



Claudio Martinelli*

Il Regno Unito di fronte alla pandemia: assetti costituzionali, adattamenti procedurali e scelte politiche**

SOMMARIO: 1. Introduzione metodologica. – 2. Il *Coronavirus Act 2020*. – 3. I lavori parlamentari alla prova del Covid-19. – 4. Gli interrogativi costituzionali aperti dalla malattia di Boris Johnson. – 5. Le articolazioni della *Devolution* come strumento di contrasto alla pandemia. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione metodologica

Nei dibattiti scientifici tra gli economisti uno degli argomenti più ricorrenti è la cosiddetta “teoria del Cigno nero”, elaborata dal matematico ed epistemologo di origine libanese Nassim Nicolas Taleb¹. Come è noto, si tratta di una metafora, mutuata dall’osservazione del regno animale, che indica il verificarsi di un evento eccezionale e inaspettato. Di fronte a questa situazione, la teoria studia le conseguenze che l’evento determina, o che potrebbe determinare, e i comportamenti che gli operatori del settore coinvolto tengono, o dovrebbero tenere, per farvi fronte razionalmente. Tra gli esempi storici che si citano troviamo il repentino crollo dell’Unione Sovietica o la tragedia dell’11 settembre. Si discute molto se la pandemia da Covid-19 possa essere ricompresa in questa categoria concettuale. Secondo il suo autore, per esempio, la risposta non può che essere negativa poiché manca l’elemento determinante dell’imprevedibilità: le epidemie ci sono sempre state e in un mondo globalizzato

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Milano “Bicocca”.

** Contributo sottoposto a *double blind review*. Il saggio riproduce il testo dell’intervento presentato al webinar “*Le identità minoritarie alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva comparata*”, Siena 16 aprile 2021, i cui Atti sono in corso di pubblicazione con Cedam Wolters Kluwer.

¹ Cfr. N.N. TALEB, *Il Cigno nero. Come l’improbabile governa la nostra vita*, Milano, il Saggiatore, 2008.

che non si preoccupa di difendersi preventivamente e su scala planetaria non possono che trasformarsi in pandemie, con inevitabili conseguenze sulle dinamiche economiche².

Naturalmente non mi permetto di entrare nel dibattito tra epistemologi ed economisti sul punto, e tuttavia credo si possa costatare come la pandemia abbia certamente agito da “Cigno nero” sugli ordinamenti costituzionali. Fuor di metafora, intendo porre in rilievo come tutti i sistemi giuridici rientranti a pieno titolo nelle categorie concettuali del costituzionalismo democratico, compresi quelli dotati di norme specifiche di rango costituzionale sulle situazioni di emergenza, si sono trovati a fronteggiare una situazione per molti versi nuova e impreveduta, per lo meno nei termini qualitativi e quantitativi che abbiamo riscontrato, con strumenti spesso tutti da inventare, e con una tensione continua e talvolta incombibile tra valori astratti ed esigenze concrete.

Dunque, con il Covid-19 ci troviamo al cospetto di un tema dalla fortissima pregnanza costituzionale, che ha messo sotto tensione (e qualche volta perfino sotto scacco) gli ordinamenti più avanzati e raffinati prodotti nella storia dell’Umanità. Ovviamente le diversificate caratteristiche peculiari di ciascuno di essi hanno contribuito, insieme a mille altri fattori, a differenziare le risposte di tutti gli Stati coinvolti, determinando inevitabili asimmetrie quanto a prontezza, lucidità ed efficacia.

Questo scritto si propone di esaminare e capire l’impatto che ha avuto la vicenda Covid-19 sulle dinamiche della forma di Stato e della forma di governo in Gran Bretagna³. Da questo punto di vista il Regno Unito presenta molteplici elementi di grande interesse, sia sul piano strettamente giuridico sia su quello più latamente politico, dovuti a diversi fattori, tra cui il suo essere uno dei principali teatri della globalizzazione, il fatto di trovarsi nel mezzo delle trasformazioni legate alla Brexit, essere un’isola non solo geograficamente ma anche per i caratteri del suo sistema costituzionale. In merito a ciascuna di queste peculiarità i temi da trattare sarebbero infiniti ma qui ci limiteremo a segnalare alcuni momenti particolarmente significativi per la vita degli organi tradizionali della *British Constitution*, segnatamente Parlamento, Governo e istituzioni devolute, nella traiettoria di questa tragica esperienza. In sostanza, non analizzeremo la natura e i contenuti dei provvedimenti dal punto di vista sanitario, se non per qualche breve cenno necessario ai nostri fini, bensì esamineremo l’evoluzione dei rapporti tra Legislativi ed Esecutivi, centrali e periferici, nel quadro della vicenda Covid-19, concentrando l’attenzione su una selezione di profili di interesse costituzionalistico suscitati dalle modalità giuridiche e politiche con cui il Regno Unito ha affrontato le problematiche aperte da questa emergenza.

Preliminarmente credo sia importante sottolineare, per fissare un punto fermo generale e per capire il contesto in cui si sono verificati i fenomeni che andremo a descrivere e a interpretare, come le caratteristiche intrinseche della costituzione britannica obblighino sempre gli organi costituzionali ad un costante adattamento ai problemi che si trovano a fronteggiare. L’assenza di

² Si veda in tal senso l’intervista concessa dall’Autore a *la Repubblica* il 5 marzo 2020: «Scossa al sistema ma questo non è il mio Cigno nero».

³ Sul tema cfr. A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1781-1810.

una Carta rigida, in grado di fissare in modo relativamente definito i rapporti tra i poteri centrali, e poi tra questi e le istituzioni territoriali, lascia ampio spazio ai protagonisti della vita politica per muoversi diversamente in funzione delle circostanze. Questa constatazione sarà sempre presente come chiave interpretativa dei fenomeni di cui tratteremo e sarà anche decisiva per comprendere la tesi di fondo che animerà questo scritto, e cioè l'avvertenza a non sovrapporre mai il giudizio sulle scelte politiche operate discrezionalmente dai protagonisti con quello sulla vitalità o sulle carenze della Costituzione di fronte ad un evento come questo: si tratta di due piani diversi che devono sempre essere tenuti separati.

Un *caveat* di importanza centrale fin dalla valutazione della posizione iniziale del Governo guidato dal Primo Ministro Boris Johnson. Un approccio che solo con una buona dose di *understatement* britannico potremmo eufemisticamente definire “eccentrico”. Come si ricorderà, inizialmente il governo britannico aveva preso una posizione quanto mai discutibile, completamente diversa rispetto agli Stati che si preparavano a imporre il Lockdown. Durante una celebre conferenza stampa tenuta a Londra il 13 marzo 2020, il Primo Ministro annunciava di voler perseguire la strategia dell'immunità di gregge, esortando i cittadini a prepararsi all'inevitabile corollario di iniziali decessi. Successivamente, però, con uno *Statement* del 23 marzo, lo stesso Premier cambiava repentinamente indirizzo e lo sintetizzava in una frase secca e stentorea: «From this evening I must give the British people a very simple instruction - you must stay at home»⁴. Da quel momento le carte in tavola cambiarono completamente, e si aprirono svariate problematiche giuridiche di non poco conto.

2. II Coronavirus Act 2020

Per comprendere gli aspetti essenziali di queste problematiche giuridiche è necessario sottolineare innanzitutto come dal punto di vista legislativo gli organi costituzionali avessero cominciato a muoversi ben prima della iniziale presa di posizione dell'Esecutivo. Infatti, già il 10 febbraio, dunque dopo la diffusione delle allarmanti notizie provenienti dalla Cina (con il corredo delle immagini terrificanti che tutti ricordiamo) ma molto prima che si scoprisse che il virus stava già circolando tra la popolazione britannica, il Governo aveva presentato in Parlamento, per la prescritta approvazione tramite risoluzione di ciascuna Camera, il *Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020*, uno *Statutory Instrument*, pensato per contrastare eventuali trasmissioni epidemiche, che dotava di poteri, immediati ed effettivi, gli apparati del sistema sanitario «to screen, isolate and detain those at risk of spreading Covid-19». Si trattava di un atto normativo

⁴ Per mettere nella dovuta evidenza la cesura con l'indirizzo precedente è interessante richiamare le parole drammatiche con cui si apriva il discorso di Boris Johnson: «The coronavirus is the biggest threat this country has faced for decades», a dimostrazione di come il Governo si fosse accorto già dopo qualche giorno del fallimento della strada inizialmente intrapresa. E ancora più eloquente appare la seguente affermazione: «To put it simply, if too many people become seriously unwell at one time, the NHS will be unable to handle it - meaning more people are likely to die, not just from Coronavirus but from other illnesses as well. So it's vital to slow the spread of the disease». Insomma, un *overruling* di 180 gradi, che tuttavia sul piano dell'efficacia degli interventi sanitari costò al Regno Unito un ritardo di qualche settimana che finì per dispiegare i suoi effetti per diversi mesi.

del Governo che poggiava su un contesto legislativo risalente al *Public Health (Control of Diseases) Act 1984*, come emendato dal successivo *Health and Social Care Act 2008*⁵.

Tra le disposizioni più rilevanti, soprattutto in termini di poteri straordinari attribuiti ad organi pubblici limitativi delle libertà individuali, il testo consentiva alle forze dell'ordine di mantenere in quarantena persone a rischio o sospettate di avere contratto il virus. Lo stesso giorno un comunicato stampa del Department of Health and Social Care spiegava che le misure restrittive si erano rese necessarie per assicurare che: «NHS staff dealing with possible cases can be confident the necessary powers are in place to keep individuals in isolation where public health professionals believe there is a reasonable risk an individual may have the virus».

Il testo era corredato di una automatica *Sunset Clause* di due anni e, trattandosi di normativa delegata in una materia devoluta, poteva valere solo per l'Inghilterra. Questo limite sulla competenza territoriale suscitò molte preoccupazioni nei dibattiti parlamentari. In particolare, i Lords espressero l'auspicio che non solo il Governo restasse in costante contatto con le istituzioni devolute per il necessario coordinamento con le misure che a loro volta stavano prendendo Scozia, Galles e Irlanda del Nord, ma anche che prendesse in considerazione l'opportunità di introdurre un nuovo provvedimento legislativo «that would cover the entirety of the UK»⁶.

In realtà si trattava di preoccupazioni e intendimenti di cui il Governo si stava già facendo carico poiché nel suo *Coronavirus Action Plan*⁷, concordato con i Governi devoluti e pubblicato il 3 marzo, aveva confermato che stava preparando un progetto di legge per introdurre specifiche misure di contrasto al Covid-19 valide su tutto il territorio nazionale, le cui linee guida vennero infatti rese note in un successivo report del 17 marzo⁸.

Dunque, il 19 marzo il Governo britannico presenta alla Camera dei Comuni il progetto di legge, *Coronavirus Bill 2019-21*⁹, il cui breve iter parlamentare si conclude il 25 marzo, giorno in cui riceve anche il *Royal Assent*, entrando così in vigore.

Il *Coronavirus Act 2020* è una legge molto composita, che consta di 102 articoli e 29 allegati. Il suo principale obiettivo consiste nella protezione della salute individuale e collettiva, attraverso misure atte a limitare il più possibile la diffusione dell'infezione in modo da alleggerire la pressione sulle strutture dei sistemi sanitari. Le Linee Guida del Governo spiegano che i provvedimenti possono essere raggruppati in cinque categorie suddivise per obiettivi: a) incrementare lo staff utilizzabile dalle strutture sanitarie, per esempio permettendo al personale andato recentemente in pensione di ritornare al lavoro; b) alleggerire la pressione innanzitutto sul *frontline staff*,

⁵ Cfr. B. BALOGUN - E. ROUGH - G. HILL-CAWTHORNE - E. POTTON, *Coronavirus Bill: Background*, in *House of Commons Briefing Paper*, n. 8863, 20 March 2020.

⁶ Così Lord Bethell, House of Lords Debate, 9 March 2020.

⁷ Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, *Coronavirus: Action Plan. A Guide to what you can expect across the UK*, 3 March 2020, in cui si affermava, tra l'altro, che il Governo avrebbe considerato ogni «legislative options, if necessary, to help systems and services work more effectively in tackling the outbreak» e assicurava che «any necessary changes to legislation are taken forward as quickly as possible».

⁸ Cfr. DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL CARE, *Guidance: What the Coronavirus Bill will do*, 17 March 2020.

⁹ Su cui cfr. D. NATZLER, *Parliament and COVID-19: the Coronavirus Bill and beyond*, in *The Constitution Unit*, 23rd March 2020 che così concludeva il suo commento: «These are clearly testing times for parliament's constitutional role, as they are for the other elements of the constitution, from the monarchy downwards. It is early days, but unexpected things can be done quickly and effectively. Let us be thankful for the flexibility inherent in our constitutional arrangements that makes that possible».

intervenendo anche sugli adempimenti burocratici a cui sono soggetti coloro che occupano queste posizioni, con l'obiettivo di eliminarli o ridurli al minimo; c) contenere e rallentare il virus attraverso il rispetto del distanziamento sociale; d) trattare i deceduti con rispetto e dignità; e) assicurare un supporto economico e finanziario alle persone e alle imprese.

Il testo contiene la possibilità di introdurre tutte le misure specifiche che debbono essere adottate in questi casi, e che sono ormai ben note anche al di qua della Manica: distanziamento sociale, restrizioni alla libertà di circolazione, chiusura di edifici e servizi pubblici, limitazioni alle attività produttive, reclutamento emergenziale del personale sanitario, rinvio di *Local Elections*¹⁰, e così via¹¹.

Ma al di là dei singoli e dettagliati provvedimenti di ordine strettamente socio-sanitario, questa legge presenta alcuni profili di notevole interesse sul piano costituzionale. In particolare, si segnalano i rapporti tra le fonti del diritto coinvolte nella normativa e la disciplina della *Sunset Clause*, tutte questioni molto delicate perché toccano gli equilibri della forma di governo e la protezione dei diritti individuali.

Separiamo i due profili e iniziamo ad occuparci del primo. Per capire le ricadute di questa legge sul sistema delle fonti si tenga preliminarmente presente che siamo di fronte ad un ordinamento costituzionale che non contempla l'istituto del decreto-legge. Dunque, non ci troviamo nella stessa situazione che in Italia ha scatenato il dibattito sul rapporto tra legge, decreto-legge e Dpcm nel contrasto alla pandemia. Tuttavia, è del tutto evidente che comunque il Governo britannico necessita di poteri che gli consentano un intervento immediato ed efficace. Ebbene, lo strumento giuridico con cui questa legge del Parlamento intende consentire al Governo di implementare concretamente le misure restrittive consiste nell'attribuzione all'Esecutivo di amplissimi *Delegated Powers*, cioè sostanzialmente di deleghe normative conferite dal Parlamento al Governo per emettere gli opportuni *Statutory Instruments*. Tecnicamente gli atti che sono prodotti dal Governo grazie a questa delega di poteri sono definiti di *Secondary Legislation*, ma la terminologia non inganni perché in realtà si tratta di fonti che nell'ordinamento britannico ricoprono un ruolo cruciale¹². Inoltre, la legge prevede anche l'applicazione a favore del Governo della *Henry VIII Clause*, cioè l'antica consuetudine con cui possono essere conferiti all'Esecutivo i poteri necessari per provvedere a modificare con propri atti normativi leggi ordinarie che debbano essere riviste alla luce delle norme introdotte nell'ordinamento con il *Coronavirus Act 2020* stesso¹³.

¹⁰ Su quest'ultimo punto cfr. N. JOHNSTON, *Coronavirus Act: Elections*, in *House of Commons Briefing Paper*, n. 8856, 8 April 2020, nonché, da ultimo, ID, *Coronavirust: elections*, in *House of Commons Briefing Paper*, n. 8856, 14 April 2021.

¹¹ Per un'analisi completa delle misure contenute nel testo legislative, cfr. T. POWELL - L. PARKIN - D. FOSTER - D. THURLEY - D. FERGUSON - E. POTTON, *Coronavirus Bill: health and social care measures*, in *House of Commons Briefing Paper*, n. 8861, 20 March 2020.

¹² Per una dettagliata ed esauriente ricostruzione storica e giuridica del ruolo esercitato dagli *Instruments* del Governo, nonché delle procedure previste per la loro produzione e il loro *scrutiny* parlamentare, cfr. G. CARAVALE, *L'incremento del potere normativo dell'esecutivo britannico tra Brexit ed emergenza sanitaria*, in *Federalismi*, n. 28/2020, 12 ottobre 2020.

¹³ Su questo tema e, più in generale, sui rapporti tra Parlamento e Governo durante la pandemia, si vedano i rilievi critici mossi da F. ABBONDANTE, *Le soluzioni istituzionali alla crisi pandemica: tradizione e innovazione*, in F. NIOLA - M. TUOZZO (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 103-116, secondo la quale (112-113): «la presenza nella legge anti

La dottrina britannica ha espresso non poche preoccupazioni per le caratteristiche di questa legge e in particolare per il copioso trasferimento di poteri in capo all'Esecutivo, anche in materie particolarmente sensibili¹⁴. Per esempio, secondo Stephen Tierney e Jeff King «The constitutional implications of all of these measures are potentially exacerbated by the particular circumstances of the Coronavirus pandemic and its practical effects. In relation to any emergency measure such as this, there are two safeguards upon which the constitution ultimately relies: parliamentary oversight and legal accountability. It is a pathology of the current crisis that the health crisis may come to impede both of these avenues of constitutional protection. One significant risk is that broad Government powers may be exercised without oversight due to the physical restrictions that may come to restrict the operation of Parliament itself»¹⁵.

Comunque, a prescindere da qualunque valutazione si possa dare dell'impianto di questa legge, in virtù delle costatazioni esposte e in considerazione del fatto che sono talmente numerose le materie in cui si rende necessario l'intervento normativo del Governo, si può affermare che la legge mostra tutto il suo carattere peculiare di mera cornice giuridica.

Questa qualifica assume un doppio significato: da una parte, di contesto entro cui si potranno muovere i successivi provvedimenti dell'Esecutivo e, dall'altra, di complesso normativo valido su tutto il territorio del Regno ma che lascia poi spazio alle istituzioni devolute delle singole *country* per produrre la propria normativa ad ogni livello, in funzione anche delle specificità di ciascun sistema sanitario¹⁶. E, come vedremo, sarà proprio ciò che accadrà.

E infatti, il giorno successivo il Governo britannico emette il *The Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020*, un dettagliato *Statutory Instrument*, valido appunto per la sola Inghilterra, che implementa in maniera molto dettagliata le singole misure che le autorità dovranno fare rispettare¹⁷.

Venendo invece alla seconda questione, non vi è dubbio che sul piano dei rapporti tra gli organi costituzionali uno dei profili di maggiore interesse, divenuto anche tema di dibattito tra gli

Covid-19 dei tre elementi in precedenza segnalati – indeterminatezza del termine finale dello stato di emergenza, inserimento di ampi poteri delegati cui vanno ricompresi anche le *Henry VIII clauses* – rappresentano una compressione significativa della sovranità parlamentare (già messa a dura prova della vicenda Brexit e considerata da Dicey in poi l'asse portante dell'ordinamento costituzionale inglese) e del ruolo di controllo che proprio in questi particolari frangenti spetta alle Camere».

¹⁴ Cfr. J. WARD, *The British state and the recentralisation of power: from Brexit to Covid-19*, in *LSE British Politics and Policy*, 25th August 2020, secondo il quale il trasferimento di poteri nelle mani del Governo non è altro che la conferma di una tendenza già avviata con la Brexit. In realtà, a me sembra che le due vicende presentino profili talmente diversi da renderli difficilmente accostabili, non fosse altro che per il carattere volontaristico (popolare e istituzionale) della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Europea, mentre il Covid-19 è un'emergenza sanitaria che tutti avrebbero evitato molto volentieri. Pertanto, sarei prudente nel considerare le norme anti-pandemia come facenti parte di una tendenza irreversibile dell'ordinamento britannico.

¹⁵ Cfr. S. TIERNEY - J. KING, *The Coronavirus Bill*, in *U.K. Const. L. Blog*, 24th March 2020.

¹⁶ Inoltre, è opportuno sottolineare come la stessa legge preveda una propria limitazione temporale. Infatti, l'art. 87, rubricato significativamente *Commencement*, dispone un nutrito elenco di materie la cui normativa entrerà in vigore non al momento del *Royal Assent*, bensì solo dopo avere trovata attuazione in uno *Statutory Instrument* del Governo.

¹⁷ Sul tema cruciale della effettiva capacità dei poteri pubblici di far rispettare le norme anti-Covid, cfr. J. BROWN - E. KIRK-WADE, *Coronavirus: Enforcing restrictions*, in *House of Commons Library*, n. 9024, 16 June 2021.

studiosi¹⁸, consista nell'intreccio tra l'attribuzione di tali poteri al Governo per restringere le libertà fondamentali¹⁹ e la presenza di una *Sunset Clause* di due anni, cioè molto lunga e nelle mani del Governo stesso. L'articolo 89, infatti, prevede che la maggior parte delle disposizioni di questa legge cesseranno di esistere dopo due anni dalla sua entrata in vigore. Tuttavia, l'art. 90 consente al Governo, con un proprio provvedimento di natura regolamentare, di estenderne la vigenza per un massimo di 6 mesi.

A fronte di questi poteri così estesi, il Governo ha accettato un emendamento laburista (divenuto l'art. 98) secondo cui l'operatività della legge deve essere sottoposta ogni 6 mesi ad un controllo del Parlamento, il cui mancato consenso può determinarne la cessazione dell'efficacia²⁰.

Da questo punto di vista è interessante tracciare una comparazione con il caso scozzese. Infatti, come preannunciato, le istituzioni devolute scozzesi a loro volta hanno prodotto una legge con norme ad hoc per quel territorio: si tratta del *Coronavirus (Scotland) Act 2020*, approvato dal Parlamento di Edimburgo il 1° aprile e insignito del *Royal Assent* il 6 aprile. Ebbene, anche lo *Scotland Act* include una *Sunset Clause* ma di soli 6 mesi, con la possibilità per il Parlamento di Edimburgo di votare una prima estensione di 6 mesi e, al massimo, una seconda di altri 6 mesi. Dunque, un periodo di vigenza di non più di 18 mesi complessivi e determinati direttamente dal Parlamento.

3. I lavori parlamentari alla prova del Covid-19

Ma un altro tema di impronta costituzionalistica è stato al centro dell'attenzione in questi mesi nel Regno Unito: quello dei necessari adattamenti dei lavori e delle procedure parlamentari. Come è noto, si tratta di un problema diventato cruciale per tutte le assemblee rappresentative dei Paesi toccati dalla pandemia, quindi praticamente di tutti. Inevitabilmente, visto che per la loro natura fisica le riunioni parlamentari costituiscono una potenziale fonte di contagio, con il linguaggio discutibile che utilizziamo dall'inizio del 2020 diremmo un "naturale assembramento"²¹.

¹⁸ Cfr. S. MOLLOY, *Covid-19, Emergency Legislation and Sunset Clauses*, in *U.K. Const. L. Blog*, 8th April 2020, secondo il quale: «However, there are limitations associated with sunset clauses. They can exist on paper but have little impact in practice. They can be renewed on an ongoing basis, often with little or insufficient scrutiny. Thus, adherence to sunset clauses must itself be scrutinised. [...] To this one might also add the important role that the media, civil society, international community and human rights monitoring mechanisms will play in assessing the use of powers granted under emergency legislation».

¹⁹ Su cui cfr. H. WILBERG, *Lockdowns, the principle of legality, and reasonable limits on liberty*, in *U.K. Const. L. Blog*, 23rd July 2020.

²⁰ Su questa norma si vedano le problematiche considerazioni espresse da F. DE LONDRAS, *Six-Monthly Votes on the Coronavirus Act 2020: A Meaningful Mode of Review?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 25th March 2021, che così conclude: «One reason why the six-month debate on the Coronavirus Act 2020 was so general, imprecise, and engaged generally with questions of scrutiny by Parliament may well be because the motion itself did not relate to the pandemic response, and because it is difficult to pull out the parts of the response related specifically to the Act and disaggregate its effects, impacts, and rights implications from those of the whole panoply of measures being implemented».

²¹ Per un'analisi puntuale delle misure anti-Covid adottate in alcuni dei principali parlamenti del mondo, cfr. R. KELLY - J. CURTIS - S. FELLA - C. MILLS - B. SMITH, *Coronavirus: Changes to practice and procedure in the UK and other parliaments*, in *House of Commons Briefing Paper*, n. 8874, 9 April 2020. Per una panoramica estesa a tutti gli Stati facenti parte di questa organizzazione cfr. INTR-PARLIAMENTARY UNION, *Country compilation of parliamentary responses to the pandemic*, in *Parliaments in a time of pandemic*, 16 October 2020.

Rispetto ad altre realtà lavorative che hanno da subito optato per la modalità in *smart working*, quello britannico, come tutti gli altri parlamenti, sconta sicuramente la necessità di garantire alcuni valori costituzionali che sono tradizionalmente legati ad una presenza fisica in un luogo concreto. Esigenze riconducibili direttamente all'etimologia e al significato politico più profondo del vocabolo "rappresentare": dare corpo a qualcosa che non è presente e che non può essere presente, ovvero il popolo e la sua volontà.

Per quanto riguarda la realtà inglese, e in particolare quella riferibile al palazzo di Westminster, non vi è dubbio che il problema si sia posto in maniera molto pressante, anche in virtù delle caratteristiche fisiche dell'edificio e della quantità di persone che lo frequenta, abitualmente o potenzialmente. Come ha fatto rilevare fin da subito un Report dell'Institute for Government: «The Palace of Westminster, home to the UK parliament, is a workplace as well as a cornerstone of the nation's democracy. There are 650 MPs in the House of Commons, over 800 peers in the adjacent House of Lords, and 3,000 parliamentary staff serving both – as well as the staff employed by individual members. This means that there are large numbers of people in and around the parliamentary estate every day – all of whom could potentially be affected by or accelerate the spread of the virus»²². Inoltre, fin dall'inizio della pandemia furono riscontrati diversi casi di contagio sia tra i membri del Parlamento, sia tra i componenti dei loro staff.

Ebbene, in questo contesto, obiettivamente complicato da gestire per ragioni oggettive, bisogna prima di tutto sottolineare come l'epidemia sia caduta in un periodo dell'anno in cui il Parlamento è spesso *in recess*, cioè in uno di quei momenti dell'anno in cui le due *Houses* non sono convocate. In particolare, si trattava del cosiddetto *Easter Recess*. Pertanto, considerate le difficoltà pratiche già emerse e applicando il tradizionale pragmatismo inglese, il 25 marzo, cioè subito dopo avere licenziato il *Coronavirus Act*, la Camera dei Comuni approva una mozione presentata dal Governo (ai sensi delle norme regolamentari di questo ramo del Legislativo) per anticipare il *recess* di una settimana. Da calendario, infatti, la House of Commons avrebbe dovuto sospendere i propri lavori all'inizio di aprile. Saggiamente decide invece di iniziare il periodo di *recess* fino dal giorno dopo, coprendo quindi le settimane che vanno dal 26 marzo al 21 aprile. In questo modo veniva ottenuto un doppio vantaggio: mettere in stand-by la questione per qualche settimana evitando così un ulteriore sviluppo del cluster in questo arco di tempo; dare modo agli organi dell'istituzione parlamentare, tecnico-amministrativi e politici, di studiare le modalità più idonee da seguire alla ripresa dell'attività.

Tuttavia, bisogna dire che, grazie ad un accordo generalizzato tra le forze politiche presenti in Parlamento, reso poi operativo da una serrata attività di implementazione da parte di Mr. Speaker, Sir Lindsay Hoyle, già prima di quel momento erano stati presi alcuni accorgimenti di ordine pratico e procedurale, in linea con i margini di flessibilità consentiti dal Regolamento dei Comuni. Tra i provvedimenti principali si segnalavano per importanza i seguenti²³.

Innanzitutto deve essere menzionata la riduzione delle presenze in aula, anche se è doveroso ricordare che sui divani di Westminster non ci sono i seggi assegnati con i relativi scranni, come

²² THE INSTITUTE FOR GOVERNMENT, *The UK parliament and coronavirus*, 3 April 2020, 1.

²³ Cfr. R. KELLY ET AL., *Coronavirus: Changes to practice and procedure in the UK and other parliaments*, cit., pp. 5-6.

invece accade negli emicicli continentali, e che inoltre notoriamente non accade mai che tutti gli *MPs* siano seduti all'interno dell'Aula, proprio perché non vi è lo spazio fisico che consenta a tutti i 650 membri di sedersi contemporaneamente. Pertanto, sul piano meramente pratico, risulta più semplice prendere questa decisione per un'assemblea che presenta queste caratteristiche in tempi normali.

Le tradizionali procedure di voto per divisione, cioè quelle usualmente utilizzate ai Comuni, venivano praticate solo a piccoli gruppi per volta, in modo da evitare il sovraffollamento delle sale in cui si recano i parlamentari per manifestare il proprio voto.

Inoltre, era stato stabilito che durante l'iter del *Coronavirus Bill* le decisioni del *Committee of the Whole House*, ossia la particolare modalità con cui, per le leggi considerate più importanti, l'esame in Commissione viene svolto direttamente in Aula con la potenziale partecipazione di tutti gli *MPs*, sarebbero state prese senza procedere a una votazione, salvo in casi veramente eccezionali ed essenziali.

Invece, per quanto riguardava le sedute dei *Select Committee* venne deciso di tenerle in videoconferenza. Poi ciascun Presidente, autorizzato da Mr. Speaker, avrebbe provveduto a presentare una relazione all'Assemblea sui lavori del proprio *Committee*.

Durante le settimane di *recess* Mr. Speaker si adopera affinché la ripresa dei lavori possa avvenire in sicurezza ma anche nel pieno rispetto dei principi costituzionali e delle prerogative parlamentari. Così il 31 marzo scrive una lettera al Leader of the House of Commons, Jacob Rees-Mogg, perché presenti una mozione che permetta agli *MPs* «to participate in key parliamentary proceedings virtually», e lo stesso giorno ne scrive un'altra al Clerk of the House, John Benger, per chiedergli un aggiornamento sullo stato di avanzamento del processo «to connect MPs and Parliament together with different technology».

Grazie anche a questa attività preparatoria²⁴, il 21 aprile 2020, alla ripresa dei lavori, la Camera dei Comuni approva una mozione con cui introduce il modello ibrido, ossia la possibilità di utilizzare il voto da remoto, inizialmente limitato all'attività di *parliamentary scrutiny*, garantendo la presenza di 50 membri in aula e altri 120 online. Così, in virtù di questa scelta, il 12 maggio 2020 la House of Commons, per la prima volta nella sua storia, vota in modalità telematica decidendo di prolungare al 20 maggio la vigenza di queste procedure, inizialmente previste fino al 12 maggio stesso.

Successivamente, dal 2 giugno 2020, quando la situazione complessiva sembrava essersi parzialmente normalizzata, i Comuni sono ritornati alle procedure in presenza con l'adozione delle misure di distanziamento sociale, in linea con le *Public Health Guidance*, ma con la possibilità di partecipare agli *scrutiny proceedings* da remoto per coloro che fossero stati impossibilitati a recarsi in aula per ragioni di salute legate alla pandemia.

Contestualmente la stessa Camera approvava la richiesta del Governo di estendere, sia pur a titolo sperimentale, la possibilità di voto per delega per quei membri che fossero «at high risk

²⁴ In questo frangente i maggiori esperti del diritto parlamentare britannico non mancarono di far sentire la loro voce, taluni anche elargendo opportuni consigli in proposito. Tra gli altri, cfr. D. NATZLER, *Democracy and the coronavirus: how might parliament adapt*, in *The Constitution Unit*, 5th April 2020.

from coronavirus for reasons that they are either ‘clinically extremely vulnerable’ or ‘clinically vulnerable’», in luogo del voto da remoto. Il 10 giugno 2020 il *proxy voting* veniva poi esteso ai parlamentari «unable to attend at Westminster for medical or public health reasons related to the pandemic». L’istituto del voto per delega è stato poi prorogato una prima volta fino al 28 luglio e successivamente al 28 settembre. Dal 23 settembre 2020 il progetto è diventato definitivo ed il *proxy voting* è stato esteso dapprima sino al 31 marzo 2021 e poi al 22 luglio²⁵.

Il bilancio di queste misure adottate dai Comuni mi pare sostanzialmente positivo per tempestività ed efficacia, e direi che si possa concordare con chi ritiene che «The Common’s initial response was pragmatic, given the unprecedented and rapidly evolving nature of crisis. Its response prioritised allowing the House to continue to operate until the recess and enable the Select Committees to carry out their vital work. It is also important to recognise that this initial response bought senior Commons figures valuable time to consult and reflect on the more innovative and ambitious changes that might be needed following the recess»²⁶.

Il percorso della House of Lords è stato sostanzialmente parallelo. Il 21 aprile 2020 venne approvata una mozione con cui si introduceva, con decorrenza immediata, la possibilità di tenere le riunioni in modalità “virtual proceedings”. Successivamente, altre mozioni stabilirono le regole per la “Hybrid House”, in particolare per assicurare il rispetto del distanziamento tra i pochi *Peers* ammessi a partecipare fisicamente, e quelle per l’applicazione del “Remote Voting”, una soluzione utilizzata diverse volte nonostante in un paio di occasioni sia fallita per ragioni tecniche, costringendo così la Camera dei Lords a riprogrammarla per un secondo momento²⁷. Inoltre, è interessante notare come i Lords stiano seriamente riflettendo sull’opportunità di mantenere alcune innovazioni regolamentari anche dopo la fine delle esigenze imposte dalla pandemia²⁸.

In sostanza, dalla ricostruzione della catena di provvedimenti adottati dai due rami del Parlamento britannico mi pare emerga un’apprezzabile dose di reattività e flessibilità dimostrata di fronte alle complesse problematiche sorte durante la pandemia. Il peso della tradizione non si è dimostrato affatto un ostacolo all’introduzione di modifiche regolamentari e procedurali in grado di assicurare la funzionalità dei lavori anche in quella difficile situazione.

4. Gli interrogativi costituzionali aperti dalla malattia di Boris Johnson

²⁵ Per una dettagliata ricostruzione di tutti questi provvedimenti cfr. V. BARBE, *Le Parlement britannique et la pandémie: entre continuité et innovations, la question de l’effectivité de la démocratie à distance*, in *Le Parlement au temps du coronavirus*, Fondation Robert Schuman, 2020.

²⁶ Così R. GREALLY, *The House of Commons’ Initial Procedural Response to the Coronavirus*, in *U.K. Const. L. Blog*, 22nd April 2020.

²⁷ Per maggiori dettagli su tutte le misure adottate dalla House of Lords per fronteggiare i problemi posti dalla pandemia ai lavori parlamentari cfr. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Covid-19 and Parliament*, in *House of Lords - 1st Report of Session 2021-22*, HL Paper 4, 13 May 2021, nonché E. SCOTT, *House of Lords: remote participation and hybrid proceedings*, in *House of Lords Library – In Focus*, 8 July 2021.

²⁸ Sul punto, cfr. PROCEDURES AND PRIVILEGES COMMITTEE, *Procedural adaptation arising from the hybrid House. Interim option of voting using PeerHub. Ongoing virtual participation by disabled members*, in *House of Lords - 1st Report of Session 2021-22*, HL Paper 41, 6 July 2021.

Il 27 marzo 2020 Boris Johnson risultava positivo al test per il Coronavirus e si metteva in auto-isolamento all'interno della residenza di Downing Street No. 10. Ma nei giorni successivi le sue condizioni peggioravano e il 5 aprile veniva ricoverato in ospedale. Il giorno successivo la drammatica svolta con l'ingresso in terapia intensiva. Oggi, grazie alle parole del diretto interessato, sappiamo che il Primo Ministro britannico Boris Johnson ha rischiato seriamente la vita a causa del Covid-19. Per fortuna le sue condizioni sono andate evolvendo favorevolmente. Terminato il suo ricovero in ospedale ha ringraziato pubblicamente e calorosamente il personale medico e infermieristico che lo aveva curato ed è subito ripartito verso la residenza di Chequers per un periodo di convalescenza, la cui durata risultava inizialmente indefinita e che comunque ha comportato per qualche tempo l'impossibilità per il Premier di adempiere pienamente alle sue funzioni.

Ovviamente si è trattato innanzitutto di un evento drammatico sul piano personale e sanitario ma che, al tempo stesso, ha aperto anche seri interrogativi dal punto di vista costituzionale: il Primo Ministro da chi può essere sostituito in casi come questo? Per quanto tempo e con quali poteri? Esiste la figura del vice-Premier? Proviamo ad abbozzare qualche risposta, sulla base di coordinate giuridiche, storiche e politiche.

Il primo elemento importante da sottolineare è che nel diritto costituzionale britannico non esistono regole scritte che delineino un percorso preciso da seguire in caso di improvviso impedimento del Primo Ministro. Le ragioni sono da ricercare nei caratteri intrinseci della Costituzione britannica, fortemente caratterizzata da consuetudini che si formano solo a seguito di reiterate applicazioni casistiche nel corso del tempo (e ovviamente non poteva essere questo il caso), e con una scarsa propensione a codificare a priori ipotesi astrattamente immaginabili. Basti considerare che perfino la disciplina della stessa carica di Primo Ministro è ancora oggi lasciata in larga misura alle *constitutional conventions*.

Il caso in questione ha risentito proprio di queste indeterminanze. Infatti, appena prima del trasferimento in terapia intensiva Johnson ha delegato alcune funzioni di sua competenza al Ministro degli Esteri Dominic Raab. È bene precisare subito che si trattava certamente di un importante esponente del Cabinet²⁹ e del Partito conservatore, ma la scelta del suo nome non corrisponde ad un criterio normativo imposto dal fatto di guidare l'apparato diplomatico del Regno Unito, bensì semplicemente ad una gerarchia tra i ministri liberamente decisa da Johnson al momento della formazione del suo Esecutivo. In quell'occasione, vuoi per sottolineare il rilievo del Ministro degli Esteri (carica già occupata dallo stesso Johnson nel Governo May), vuoi per premiare l'appoggio ricevuto da Raab nella lotta per la leadership nel partito³⁰, il Premier lo ha gratificato del titolo di First Secretary of State, che automaticamente lo poneva subito dietro al Primo Ministro nel ranking dei Senior Ministers del Governo.

²⁹ Sulla composizione e le funzioni del Cabinet, cfr. THE INSTITUTE FOR GOVERNMENT, *Cabinet*, 25 March 2020.

³⁰ Per una ricostruzione del *Tory contest* che si svolse nell'estate del 2019 e, più in generale, sulle regole che presidono alle rispettive procedure adottate dai tre partiti tradizionali del sistema politico britannico per individuare la propria leadership, mi permetto di rinviare a C. MARTINELLI, *Le dinamiche della British Constitution alla luce delle regole democratiche interne ai partiti*, in DPCE *Online*, n. 1 del 2021, 503-513.

Tuttavia, è opportuno chiarire che tale qualifica non coincide con quella di vice-Primo Ministro. Questa figura, infatti, non essendo una componente giuridicamente necessaria della compagine ministeriale, viene inserita abbastanza raramente e di solito per motivazioni di carattere politico³¹. Un esempio eloquente risale ad un decennio fa. A seguito dei risultati delle *General Election* del 2010 i Conservatori furono costretti a formare un governo di coalizione con i Liberal Democratici. L'accordo prevedeva che il Premier David Cameron si facesse affiancare dall'allora leader di questo partito, Nick Clegg, attribuendogli la carica di Vice (Deputy Prime Minister): una mossa a garanzia della stabilità della coalizione per tutta la durata della legislatura.

Johnson, invece, all'indomani delle elezioni del dicembre 2019 che avevano decretato il trionfo del Partito conservatore, e suo personale, non sentì alcun bisogno di nominare un suo Vice. E infatti Dominic Raab, non possedendo quella qualifica, non è stato investito di un ruolo vicario generale, ma solo di determinate mansioni. Gli Uffici di Downing Street, infatti, hanno immediatamente precisato che egli avrebbe continuato a lavorare dal Foreign Office mentre si sarebbe recato a Downing Street No. 10 solo laddove necessario. Inoltre, hanno voluto ribadire che non avrebbe proceduto al tradizionale incontro settimanale con la Regina, né avrebbe potuto esercitare il potere di nomina o revoca di un ministro.

Non vi è dubbio, però, che tutto questo assetto di qualifiche, attribuzioni e limiti, abbia trovato fin dall'inizio di questa vicenda specifica una necessaria premessa nella generale convinzione (o forse sarebbe meglio dire auspicio) che la sede più importante e operativa del potere politico britannico sarebbe stata vacante per un tempo relativamente breve. Tuttavia è lecito chiedersi, in via generale, nel malaugurato caso di un impedimento permanente del Primo Ministro (o addirittura di un suo decesso) quale sarebbe il corretto percorso da intraprendere per la sua definitiva sostituzione? Pur in assenza, anche in questo caso, di una specifica e dettagliata *road map* normativa, il Cabinet Manual (ossia il documento redatto a cura del Governo che raccoglie leggi, consuetudini e regole sul funzionamento del Potere esecutivo, le cui affermazioni e interpretazioni sono generalmente accettate e considerate in armonia con i principi costituzionali) precisa che anche se la compagine in carica contemplasse la figura del Deputy Prime Minister, la Regina non sarebbe affatto tenuta a nominarlo Primo Ministro, visto che il contesto politico che ne aveva consigliato la previsione era strettamente legato al suo rapporto con quel Primo Ministro e agli equilibri politici che costui aveva costruito.

La strada maestra, invece, dovrebbe essere la nomina ad interim di una personalità concordata tra i ministri del Cabinet, in grado di godere della fiducia della Camera dei Comuni e traghettare la nazione in attesa che il partito che gode della maggioranza assoluta in Parlamento abbia espletato le proprie procedure interne per la scelta del suo nuovo leader che, immediatamente dopo, verrebbe nominato Primo Ministro dalla Regina³².

³¹ Secondo THE INSTITUTE FOR GOVERNMENT, *Acting prime ministers*, 27 March 2020: «The title of deputy prime minister has been given to ministers to denote their seniority. It is not filled in every government. Unlike in the US, where the vice president automatically succeeds the president, the deputy prime minister has no formal constitutional powers or ability to replace the prime minister if the prime minister is unavailable».

³² Per un'analisi delle *constitutional conventions* e del Cabinet Manual sul tema, cfr. J. KING - G. PHILLIPSON, *A Prime Minister in Hospital: the Constitutional Implications*, in *VerfBlog*, 4th August 2020.

Insomma, un percorso non semplice ma coerente con una delle più radicate convenzioni della democrazia britannica, e cioè che il Primo Ministro è sempre il leader del partito maggioritario ai Comuni, sia che abbia guidato il partito nel momento elettorale, sia che sia stato scelto come leader durante la legislatura.

5. *Le articolazioni della devolution come strumento di contrasto alla pandemia*

Il panorama comparativo ci mostra in modo eloquente come la pandemia abbia posto sotto tensione tutti gli ordinamenti costituzionali che garantiscono spazi di autonomia democratica ai loro territori. E questa constatazione vale per tutti i modelli autonomistici con le loro specifiche declinazioni. È facile notare come praticamente ovunque si siano verificati conflitti tra i poteri sulle competenze a prendere determinate decisioni e sui limiti entro cui queste decisioni dovessero essere prese. Un contesto in cui il termine conflitti deve essere inteso certamente in senso lato, come occasioni di attrito politico e istituzionale tra organi titolari di attribuzioni e competenze in materia, ma anche in un'accezione più stretta e peculiare che coinvolga il ruolo non secondario giocato dagli organi di giustizia costituzionale.

In questo quadro, mi pare si possa affermare che la *Devolution* britannica si sia dimostrata una volta di più come un assetto dei poteri del tutto fuori dagli schemi e capace di travalicare tutti gli steccati categoriali. Naturalmente, non perché i rapporti tra Governo centrale e istituzioni devolute sia stato del tutto scevro da tensioni e conflitti, ma per le peculiari modalità con cui quei rapporti si sono dispiegati nel corso della parabola pandemica e per come sia stato ricercato un *modus vivendi* del tutto anomalo rispetto a quanto accaduto pressoché dappertutto nelle altre democrazie liberali. Infatti, se negli stati regionali e federali, europei ed extra-europei, abbiamo assistito a forme variegata e momenti reiterati di riaccentramento dei poteri a fronte delle drammatiche sfide poste in essere dalla pandemia, non si può non riconoscere come la *Devolution* britannica abbia agito in direzione diametralmente opposta, nel tentativo di ridurre la conflittualità e responsabilizzare le strutture istituzionali e sanitarie locali. I poteri centrali hanno provveduto solo a dare una cornice legislativa minimale e flessibile, oltre ad assicurare il necessario coordinamento tra i centri decisionali per tutto ciò che concerneva l'efficacia sull'intero territorio UK di determinati provvedimenti, mentre la concreta gestione dei sistemi sanitari e delle specifiche norme anti-Covid è stata radicalmente separata, evitando così l'emersione di un numero eccessivo di occasioni di contrasto. In sostanza, una gestione per separazione anziché per condivisione, in una sorta di trasformazione in una forma confederale, relativamente e limitatamente ai temi e ai tempi riguardanti l'emergenza pandemica. Tutto sommato, il bilancio che se ne può trarre mi pare positivo, soprattutto se confrontato con le criticità emerse in Paesi comparabili da vari punti di vista (per esempio, Italia, Germania, Spagna e Francia), e purché, come ricordato all'inizio, si tengano separati i giudizi sulle dinamiche

istituzionali da quelli sulle scelte politiche. Alcuni momenti appaiono particolarmente significativi ed eloquenti da questo punto di vista³³.

Innanzitutto, è opportuno precisare che il *Coronavirus Act 2020* aveva tra le sue principali funzioni quella di dotare di poteri regolamentari i Governi devoluti. Infatti, mentre quello di Londra era già coperto dalla citata legge del 1984, quest'ultima ovviamente non poteva valere per istituzioni sorte successivamente³⁴. Ebbene, dentro questo quadro normativo, e poche settimane dopo l'approvazione del già menzionato *Coronavirus (Scotland) Act 2020*, il Governo scozzese presenta il *Coronavirus (Scotland) (No.2) Bill 2020*, anch'esso prontamente approvato dal Parlamento di Edimburgo. Ebbene, entrambi gli atti legislativi contengono norme particolari rispetto alla legislazione nazionale, sia riguardo alle funzioni di controllo esercitabili dall'Assemblea devoluta, sia, come già sottolineato in precedenza, relativamente alla *sunset clause*. Come affermato dal Deputy First Minister and Cabinet Secretary for Covid Recovery, John Swinney, in uno Statement pronunciato il 9 giugno 2021 presso il Parlamento scozzese: «In addition to those in the United Kingdom Coronavirus Act 2020, the Coronavirus (Scotland) Act 2020 and the Coronavirus (Scotland) (No 2) Act 2020 contain extraordinary measures that were required for us to respond to an emergency situation. In recognition of the far-reaching and unprecedented nature of some of the provisions, the Scottish acts contain a number of safeguards. They include: that the relevant provisions in the acts automatically expire less than six months after they come into force – although the period can be extended by the Scottish Parliament for two further periods of six months; that the Scottish ministers have the power to bring provisions in the acts to an end earlier, when ministers consider that they are no longer necessary; and that, every two months, the Scottish ministers are required to report on the continued need for the measures and on use of the powers in the Scottish acts».

In generale, e salvo taluni aspetti specifici in controtendenza, è possibile affermare che le istituzioni scozzesi si siano distinte per un approccio alle misure sulla pandemia meno sbilanciato sui poteri del governo di quanto non si possa dire a livello centrale. In particolare, rispetto al ruolo dell'assemblea rappresentativa, sembra condivisibile l'opinione secondo cui «During this pandemic, the Scottish Parliament has generally distinguished itself through impressive (though imperfect) political accountability characterised by openness and transparency by the government, cross-party collaboration, and energetic parliamentary committees performing high quality scrutiny»³⁵.

Questi scostamenti scozzesi, ed altri analoghi che si sono riscontrati presso tutte le *country*,³⁶ stanno a dimostrare il valore di mera cornice giocato dalla legge di Westminster in queste

³³ Per un articolato esame sulle ragioni e le modalità delle divergenze tra i quattro governi del Regno Unito quanto all'approccio rispetto al lockdown, cfr. J. SARGEANT, *Co-ordination and divergence. Devolution and coronavirus*, The Institute for Government, October 2020.

³⁴ Sul punto cfr. S. BARBER - J. BROWN - D. FERGUSON, *Coronavirus: lockdown laws*, in *House of Commons Library*, n. 8875, 10 June 2021.

³⁵ Così P.G. HIDALGO - F. DE LONDRAS - D. LOCK, *Parliamentary scrutiny of extending emergency measures in the two Scottish Coronavirus Acts: on the question of timing*, in *U.K. Const. L. Blog*, 21st June 2021.

³⁶ Per una dettagliata analisi delle differenze normative riscontrabili nelle legislazioni delle quattro *country* del Regno Unito, cfr. J. BROWN - S. BARBER - D. FERGUSON, *Coronavirus: Lockdown laws*, in *House of Commons Library*, n. 8875, 9 April 2021.

circostanze. Analogamente a quanto è possibile verificare per il ruolo assunto dal Governo di Sua Maestà: decisivo per quanto riguarda l'Inghilterra e il suo NHS; di coordinamento per le azioni di contrasto alla Pandemia messe in campo dai governi devoluti e dai rispettivi sistemi sanitari³⁷. La pressante esigenza di concertazione ha visto l'istituzione di diversi luoghi e momenti per il confronto di idee e lo scambio di informazioni, ma quello più importante, come sempre accade da cinquant'anni a questa parte nel Regno Unito di fronte ad una situazione di emergenza, è stato il celebre *Cabinet Office Briefing Rooms* (COBRA)³⁸.

6. Considerazioni conclusive

Come si può evincere chiaramente da queste pur brevi annotazioni, la principale peculiarità che ha presentato la *Devolution* britannica rispetto alle altre forme di autonomismo è che nel Regno Unito il Governo centrale ha agito più come Esecutivo dell'Inghilterra, cioè della *Nation* più rilevante sul piano quantitativo, che non come titolare di alcune esclusive attribuzioni dello Stato. Si è venuto perciò a creare un rapporto di sostanziale parità tra tutti gli attori istituzionali in campo, dal cui riconoscimento è scaturito un comune interesse al coordinamento degli elementi di necessaria interazione e, contemporaneamente, notevoli spazi di differenziazione riempiti dalle competenze esclusive di ciascuna *country* su se stessa. Insomma, come si vede una vicenda drammatica come questa epidemia ha aperto anche nel Regno Unito alcune linee di frattura dal punto di vista della forma di Stato, a riprova che la realtà talvolta impone accelerazioni a cui il diritto è costretto ad adeguarsi; e tuttavia mi pare che la strada seguita per farvi fronte abbia mostrato spunti di originalità e abbia contribuito a mostrare alcune potenzialità strutturali della *Devolution*.

Quanto all'impatto sulla forma di governo, credo che vada preliminarmente riconosciuto come le emergenze, per loro natura, non siano mai il momento dei parlamenti ma necessariamente quello dei governi. In fondo, se solo pensiamo alle guerre, è vero che la loro deliberazione spetta generalmente alle Assemblee ma poi la conduzione del momento bellico è sempre una prerogativa degli Esecutivi.

Detto questo, però, il confronto comparatistico tra i diversi Paesi mette in luce come il ruolo dei vari parlamenti nazionali sia stato molto diverso in questa vicenda Covid-19³⁹. In Gran

³⁷ Sul tema del coordinamento tra i Governi delle quattro *country* cfr. J. HARRINGTON - E. THOMAS - B. HUGHES-MOOR, *Is there a Welsh Health Law? Values, Divergence and Devolution after Covid-19*, in *U.K. Const. L. Blog*, 25th January 2021, che opportunamente mettono in luce come «The UK nations' divergent responses to COVID-19 highlight the interplay, interaction and negotiation between devolved governments and Westminster in legislating on public health matters. The diversity of devolved administrations has been illuminated through the regular announcement and amendment of public health regulations such as closing non-essential businesses and requiring face coverings to be worn in public indoor settings. Coordination between the four UK governments was a key aspect of the pandemic's early stages, embodied in their joint Coronavirus Action Plan published on 3 March 2020 and their collective decision to institute a UK-wide lockdown on March 23».

³⁸ Su cui cfr. THE INSTITUTE FOR GOVERNMENT, *COBR (COBRA)*, 30 March 2021.

³⁹ Sul tema cfr. F. ROSA, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 2489-2508.

Bretagna non si può certo sostenere che il Parlamento si sia eclissato. Al contrario, ha esercitato comunque un ruolo di interlocutore e controllore del Governo, sia in fase di elaborazione della legge su cui si regge tutto l'impianto giuridico di contrasto alla pandemia, sia nei successivi passaggi che inevitabilmente non lo vedevano protagonista nella concreta attuazione delle misure.

Per contro, però, non si può obliterare il fatto che la pandemia ha generato, forse inevitabilmente, un trasferimento di poteri e di funzioni dal Legislativo all'Esecutivo, all'interno di un ordinamento che questo trasferimento lo aveva già vissuto in anni recenti con la vicenda Brexit, in particolare ai sensi del *Withdrawal Act 2018* e successive modificazioni e integrazioni, cioè l'impianto legislativo con cui il Parlamento ha delegato il Governo ad adattare l'ordinamento britannico alla fuoriuscita dall'Unione Europea. Dunque, non vi è dubbio che la pandemia abbia determinato un ulteriore slittamento verso uno sbilanciamento giuridico a favore del Governo e a discapito del Parlamento, ma, trattandosi di un'emergenza e non di un processo innescato da una scelta politica, solo il futuro sarà in grado di dirci se si tratta di una tendenza irreversibile o solamente di un assestamento momentaneo.

ABSTRACT

Questo contributo vuole analizzare l'impatto che la vicenda Covid-19 ha avuto sulle dinamiche della forma di Stato e della forma di governo nel Regno Unito. Verranno esaminati i profili giuridici e politici di alcuni momenti topici verificatisi durante la parabola della pandemia, particolarmente significativi per la vita degli organi della *British Constitution*, segnatamente Parlamento, Governo e istituzioni devolute. In particolare, l'attenzione verrà prestata all'evoluzione dei rapporti tra Legislativi ed Esecutivi, centrali e periferici, nel quadro della vicenda Covid-19, concentrando l'attenzione su una selezione di profili di interesse costituzionalistico suscitati dalle modalità con cui il Regno Unito ha affrontato le problematiche aperte da questa emergenza. L'obiettivo di fondo, anche in un'ottica comparativa, è verificare come le consuete dinamiche della Costituzione britannica abbiano reagito all'emergenza, e discutere se e come, anche in questa occasione, si siano mostrate flessibili, duttili e aperte all'innovazione.

ABSTRACT

This contribution aims to analyze the impact that the Covid-19 affair has had on the dynamics of the form of State and form of government in the United Kingdom. It will be examined the legal and political profiles of some topical moments that occurred during the parable of the pandemic, particularly significant for the life of the bodies of the British Constitution, notably Parliament, Government and devolved institutions. In particular, attention will be paid to the evolution of relations between Legislative and Executive, central and peripheral, in the context of the Covid-19 affair, focusing attention on a selection of profiles of constitutional interest raised by the ways in which the United Kingdom addressed

the problems caused by this emergency. The fundamental goal, also from a comparative point of view, is to verify how the usual dynamics of the British Constitution have reacted to the emergency, and to argue if and how, even on this occasion, they have shown themselves to be flexible, ductile and open to innovation.

PAROLE CHIAVE: Regno Unito, Covid-19, Coronavirus Act 2020, Primo Ministro, Devolution

KEYWORDS: United Kingdom, Covid-19, Coronavirus Act 2020, Prime Minister, Devolution



Simone Gianello*

Covid-19 e *Devolution*... Forme di coordinamento patologiche a fronte di una disomogeneità fisiologica**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’iniziale “*four nations approach*” tra formale coordinamento e sostanziale omogeneità. – 3. L’allentamento delle misure restrittive e il progressivo disallineamento nella definizione della “*exit strategy*”. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

L’irrompere della pandemia da Covid-19 all’interno dei confini britannici, oltre alle drammaticamente evidenti ripercussioni prodotte sul fronte della salute, in termini di perdita di vite umane e contingente compressione dei diritti e delle libertà fondamentali quale soluzione generalmente individuata al fine di contenerne gli effetti¹, si è riverberata anche sul piano istituzionale, nella dinamica dei rapporti fra i rami della forma di governo², nonché sulla stessa forma di Stato, incuneandosi all’interno di una delle *issues* fondamentali dell’architettura istituzionale del Regno Unito: la *devolution*. Nel pieno di una fase di transizione nella quale le istituzioni delle singole *Nations* erano ancora focalizzate sulla riflessione volta a prender coscienza delle implicazioni politiche, costituzionali ed anche internazionali conseguenti alla *Brexit*³,

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l’Università Milano-Bicocca.

** Il contributo riproduce il testo dell’intervento presentato al webinar “Le identità minoritarie alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva comparata”, Siena 16 aprile 2021, i cui Atti sono in corso di pubblicazione con Cedam Wolters Kluwer.

¹ Cfr. M. AMOS, *Covid-19 and Constitutional Law in the United Kingdom*, in J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Covid-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, 199 ss.

² A titolo di esempio si vedano J. HINKS, *The Coronavirus Act 2020: An Examples of ‘Excessive Executive Dominance’*, in U.K. Const. L. Blog, 9 June 2020, T. KONSTADINIDES – L. MARSONS, *Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament*, in U.K. Const. L. Blog, 26 March 2020

³ A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in DPCE online, 2/2020, p. 1790.

«durante i primi mesi del 2020 [...] il Paese ha avuto la possibilità di sperimentare, sul piano pratico, quanto in 21 anni di *devolution* era accaduto solo in maniera graduale e parziale, vale a dire l'impegno contemporaneo di quattro Parlamenti e quattro Esecutivi nel fronteggiare un nemico comune, in quello che è stato definito un *'four nations approach'*»⁴.

Come è stato scritto, il sistema di devoluzione britannica rappresenta un «policy laboratory in which different approaches to tackling similar problems operate in parallel, with all able to learn from each other about what works best»⁵. Un processo in continuo divenire⁶, scandito dal succedersi di tappe, che si informa sull'integrazione e sullo scontro di forze divergenti operanti sul piano dei rapporti politico costituzionali che a loro volta traggono la propria origine da una molteplicità di fattori. Seppur, di norma, non è un buon insegnamento estrapolare la regola in un momento di crisi, allorché la regolarità lascia spazio alla ricerca di soluzioni che sovente assumono il carattere dell'emergenzialità, è pur vero che focalizzando l'attenzione al di là della Manica, tali fasi tendono ad assumere un diverso significato. Basterebbe tornare con la memoria alle giornate immediatamente precedenti al voto referendario sull'indipendenza scozzese per rendersi conto di come lo *spettro* separatista abbia rappresentato un potente volano nel riconoscimento di maggiori competenze ai territori devoluti, *in primis* alla Scozia⁷. La stessa *Brexit*, a sua volta, ha riattivato ancestrali tensioni fra le diverse componenti del Regno Unito in ragione, *inter alia*, di un differente sentimento percepito circa il modo di intendere le relazioni con il continente⁸.

In ragione di questa breve considerazione di ordine generale, si intuisce come l'emergenza dettata dalla pandemia abbia riportato l'attenzione sull'organizzazione territoriale britannica quale momento di sintesi fra esigenze di unità e differenziazione⁹. Riprendendo le parole di Jeane Freeman, la *Scottish Government's Cabinet Secretary for Health and Sport*, «the virus is no respecter of national boundaries»¹⁰. In altri termini, «coronavirus is not only a problem for any one country or region, but for all of them, and its impact is more severe for each precisely because of its

⁴ G. CARVALE, *Una tempesta perfetta? La fine del periodo di transizione, l'emergenza sanitaria e il problema del mercato interno*, in *Nomos*, 2/2020, p. 1. Diffusamente sul tema, M. KENNY – P. RYCROFT – J. SHELDON, *Union at the Crossroads. Can the British State handle the challenges of devolution?*, The Constitution Society, 2021, nonché A. TORRE, «On devolution». *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2/2020, 203 ss., C. MARTINELLI, *Territorial asymmetries in the comparative landscape and the UK devolution process*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, Fasc. Spec. Monografico «Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto», 505 ss.; M. ONEILL, *Devolution and British Politics*, London, Routledge, 2013, R. DEACON – A. SANDY, *Devolution in United Kingdom*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007 e P. LEYLAND, *Devolution, the British Constitution and the Distribution of Power*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 53, No. 4, 2002, 408 ss.

⁵ A. PAUN – J. RUTTER – A. NICHOLL, *Devolution as a Policy Laboratory*, Institute For Government, 2016, 7.

⁶ P. HOGWOOD, *The Asymmetric Institutions and Politics of Devolution*, in *La Costituzione Britannica*, Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, Torino, Giappichelli editore, 2005, 410.

⁷ Sul punto sia concesso un rinvio a S. GIANELLO, *La marcia verso lo Scotland's moment of destiny: un'analisi della campagna per il referendum*, in A. TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2016, 257-258.

⁸ Sulle implicazioni del divorzio dall'Unione europea, ampiamente, C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017.

⁹ C. KINCAID, *Devolution and the Union: then and now*, in *The Constitution Unit*, 18 December 2018.

¹⁰ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Oral evidence: Coronavirus and Scotland*, HC 314, 11 June 2020, Q 117.

consequence for all»¹¹, sicché *ab origine* è emersa l'esigenza di un coordinamento fra le diverse componenti del Regno Unito nell'approntare una iniziale risposta¹².

Da ultimo, prima di entrare nel merito delle modalità con cui è stata organizzata l'azione britannica volta al contrasto delle problematiche in parola, si impone una precisazione circa la delimitazione temporale entro cui si è deciso di circoscrivere l'indagine che segue. Benché al momento in cui si scrive sia tuttora in itinere il processo di gestione degli effetti della pandemia, si è voluto focalizzare l'attenzione sui mesi immediatamente successivi all'individuazione dei primi casi di contagio al precipuo fine di analizzare quali siano state le scelte assunte nei momenti di massima emergenza, a riscontro di come dinanzi ad uno *stress test* di inedita portata, il sistema devolutivo ed in particolare l'interazione fra i governi di Londra, Edimburgo, Cardiff e Belfast abbia effettivamente dato prova di operare. Non si deve, infatti, dimenticare come nonostante Westminster conservi un cospicuo ventaglio di competenze ad esso riservate, fra le quali vi rientrano *key policies* dal più immediato impatto economico – estrinsecatesi, ad esempio, nel fornire supporto ad imprese e lavoratori dinanzi alle limitazioni all'esercizio delle rispettive attività – altrettante aree cruciali quali la tutela della salute, l'organizzazione del sistema sanitario e dei trasposti pubblici, nonché l'educazione scolastica ricadono nell'ambito delle materie devolute. Le stesse misure relative all'applicazione dei diversi *lockdown* territoriali sono state assunte nell'ambito della *public health legislation*, dunque frutto di decisioni separate, ancorché coordinate, dei rispettivi organi di governo nazionali.

2. L'iniziale “four nations approach” tra formale coordinamento e sostanziale omogeneità

Superato l'iniziale momento di sottovalutazione del fenomeno critico che stava avanzando da parte del Primo Ministro Boris Johnson¹³ – benché il 30 gennaio 2020 i *Chief Medical Officers* di Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord avessero consigliato l'innalzamento del livello di guardia da basso a moderato – in una prima fase la reazione britannica alla pandemia è stata caratterizzata da un discreto grado di integrazione e coordinamento *infra-istituzionale* palesatosi nell'assunzione di decisioni che, per quanto riconducibili singolarmente a ciascun governo, hanno plasticamente disvelato un percettibile grado di consonanza sostanziale, differenziandosi per lo più in termini temporali.

La scelta di non ricorrere allo strumento legislativo emergenziale del *Civil Contingencies Act 2004*, per quanto applicabile in circostanze «which threatens serious damage to human welfare in a place in the United Kingdom» (Section 1), a loro volta suscettibili di cagionare «loss of human life, human illness or injury, homelessness, damage to property, disruption of a supply of money,

¹¹ A. BLICK, *The Constitution after coronavirus: a discussion paper*, in *The Constitution Society*, 29 April 2020, 4.

¹² Sulla ricerca di un approccio coordinato all'interno di ordinamenti compositi si veda CoE, European Committee on Democracy and Governance (CDDG), *Democratic Governance and Covid-19. Preliminary Draft Report*, CDDG(2020)10, 31 August 2020, 11 ss.

¹³ G. CARVALE, *Dalla Brexit all'emergenza sanitaria. Il Regno Unito sperimenta la forma di governo parla-virtuale*, in *Nomos*, 1/2020, 3.

food, water, energy or fuel, disruption of a system of communication, disruption of facilities for transport, or disruption of services relating to health» (Section 2) ha trovato formale giustificazione nella necessità di individuare soluzioni all'interno di tempistiche non determinabili *ex ante*, in controtendenza con gli stringenti limiti temporali cui l'atto in parola subordina l'efficacia delle misure adottate¹⁴. Sicché, il rinvenimento di una soluzione *ad hoc* è primariamente transitata attraverso la pubblicazione del *Coronavirus Action Plan*, un documento condiviso dai governi di Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord «recognizing the respective roles and responsibilities of the UK government and Devolved Administration [...] to tackle the [...] coronavirus outbreak»¹⁵. Di lì a breve è seguita l'approvazione del *Coronavirus Act 2020* che ha ricevuto il *royal assent* nella giornata del 25 marzo 2020 ed il quale, previo assenso legislativo delle amministrazioni devolute per il tramite della *Sewell Convention*, ha fornito ampi poteri ai quattro esecutivi in modo da fronteggiare il propagarsi della pandemia¹⁶. In tal senso, un chiaro esempio di direzione congiunta in questa fase la si può osservare con riferimento all'imposizione del primo *lockdown* generalizzato. Le misure restrittive sono entrate in vigore il 26 marzo 2020 in Inghilterra, Scozia e Galles, mentre in Irlanda del Nord si è dovuto attendere il 28 marzo 2020¹⁷.

La tendenziale omogeneità d'intervento in questa fase, scontate alcune fisiologiche differenze¹⁸, oltre che nella prevalente esigenza di contenere il propagarsi del virus e salvaguardare il funzionamento del *National Health System*¹⁹, da un punto di vista istituzionale trova riscontro anche nelle modalità attraverso le quali si è realizzato il formale coordinamento²⁰. Durante questo periodo, infatti, diversi sono stati i luoghi del confronto. Sul versante delle relazioni intergovernative, anziché la via frammentaria dei *Joint Ministerial Committees (JMCs)* previsti dal *Memorandum of Understanding*, il cui (dis)funzionamento ha rappresentato nel corso degli anni uno degli anelli deboli del raccordo territoriale nel solco della *Devolution*²¹, per quanto avrebbero dovuto rappresentare il cuore delle formali relazioni intergovernative²², si è optato per la

¹⁴ V. FREDIANELLI, *L'emergenza Covid-19 in Francia e nel Regno Unito: un bilancio comparato*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2020, Fasc. Spec. Monografico «L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato», p. 76. In aggiunta, House of Commons, Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *Parliamentary Scrutiny of the Government's handling of Covid-19*, Fourth report of Session 2019-21, HC 377, 10 September, 9 ss.

¹⁵ *Coronavirus: action plan. A guide to what you can expect across the UK*, 3 March 2020, p.to 1.3.

¹⁶ Cfr. G. CARVALE, *Il Coronavirus Act 2020 e le misure adottate dal Regno Unito per affrontare l'emergenza Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020.

¹⁷ Si veda in proposito, *Coronavirus lockdown rules in each part of the UK*, Institute For Government, 29 March 2021.

¹⁸ A livello normativo si vedano per la Scozia il *The Health Protection (Coronavirus) (Restriction) (Scotland) Regulations 2020*, per il Galles il *The Health Protection (Coronavirus) (Restriction) (Wales) Regulations 2020* e per l'Irlanda del Nord il *The Health Protection (Coronavirus) (Restriction) (Northern Ireland) Regulations 2020*. I primi due entrati in vigore il 26 marzo 2020, l'ultimo il 28 marzo 2020. Relativamente alla sola Scozia, si segnala altresì l'approvazione, sottoposta a *royal assent* il 6 aprile 2020, del *Coronavirus (Scotland) Act 2020*. Un provvedimento legislativo approvato dal Parlamento di Holyrood sulla falsariga di quello "generale" introdotto da Westminster con il quale si è fornito alle istituzioni nazionali la possibilità di introdurre ulteriori misure quali, ad esempio, maggiori tutele a sostegno degli affittuari in difficoltà con i pagamenti o relativi al funzionamento degli organismi giurisdizionali.

¹⁹ A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, cit., 1792.

²⁰ *What parts of the coronavirus response are the responsibilities of the devolved administrations?*, Institute For Government, 1 July 2020.

²¹ Conf. N. MCEWEN – M. KENNY – J. SHELDON – C. BROWN SWAN, *Intergovernmental Relations in the UK: Time for a Radical Overhaul?*, in *The Political Quarterly*, Vol. 91, No. 3, 2020, 632 ss, P. LEYLAND, *The Constitution of United Kingdom. A Contextual Analysis*, 2nd edition, Oxford, Hart Publishing, 2012, 262-263.

²² House of Commons, Scottish Affairs Committee, *The Relationship between the UK and the Scottish Governments*, Eight Report of Session 2017-2019, HC 1586, 7 June 2019, 11 (p.to 20).

convocazione del *COBRA* (*Cabinet Office Briefing Rooms*)²³ presieduto dal Primo Ministro – a partire dalla riunione del 2 marzo dopo le critiche ricevute in seguito alla decisione di lasciarne inizialmente la guida a Matt Hancock, il *Secretary of State for Health and Social Care*²⁴ – ed all’interno del quale hanno partecipato i ministri devoluti di volta in volta competenti nonché, in diverse occasioni, gli stessi *First Ministers* di Scozia e Galles, Nicola Sturgeon and Mark Drakeford, nonché il *First Minister* nordirlandese Arlene Foster e il *Deputy First Minister* Michelle O’Neill²⁵. Quest’ultimo, riunitosi per la prima volta il 24 gennaio 2020, allorquando la pandemia all’interno dei confini britannici poteva ancora dirsi in una fase ancestrale, ha operato con continuità sino al mese di maggio 2020, contandosi ben 15 incontri durante questo periodo. Ancorché non un luogo propriamente decisionale, in virtù dell’articolato riparto competenziale fra Londra e i territori devoluti, nondimeno ha incardinato un ruolo cruciale nella definizione delle linee guida sulla base delle quali sono stati susseguentemente adottati i relativi provvedimenti²⁶.

L’attività del *COBRA*, a sua volta, è stata coadiuvata dall’apporto scientifico del *SAGE* (*Scientific Advisory Group on Emergencies*), guidato da Sir Patrick Vallance, il *Government Chief Scientific Adviser* (*GCSA*) e da Chris Whitty, il *Chief Medical Officer* (*CMO*) e composta da esperti scientifici, tanto governativi quanto esterni all’amministrazione²⁷. Scozia e Galles, addirittura, hanno dato vita a proprie strutture “parallele”, contribuendo di tal guisa al flusso informativo all’interno di quest’ultimo in modo da fornire una visuale maggiormente diffusa della propagazione del virus. Al di là di quest’ultimo aspetto, ad ogni modo, il coordinamento si è potuto apprezzare anche sul lato della condivisione delle informazioni scientifiche. I *Chief Scientific Advisers* (*CSAs*) e i *Chief Medical Officers* (*CMOs*) delle quattro amministrazioni sono stati soliti riunirsi più volte a settimana secondo un approccio «four-nation basis»²⁸.

Considerata la sintetica ricostruzione della catena decisionale durante i primi mesi di pandemia e la sua tendenza all’interazione fra i diversi poli, è ad ogni modo necessario aggiungere un ulteriore tassello al complesso mosaico oggetto di osservazione: ossia che «co-ordination between the four Nations on the UK exit strategy is a sensible aspiration. But co-ordination is not the same as homogeneity, and the UK exit strategy is not the same as the UK government exit strategy»²⁹.

²³ Sulle funzioni del *COBRA* si veda *COBR* (*COBRA*), Institute For Government, 30 March 2020.

²⁴ Fatta eccezione per il lasso temporale intercorrente fra l’ultima metà del mese di marzo 2020 e l’inizio del mese di aprile quando a causa del ricovero del Primo Ministro Jhonson la direzione della cabina d’emergenza è stata affidata a Dominici Raab, *First Secretary of State e Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs*.

²⁵ Sulla funzione di coordinamento del *COBRA*, positivamente, A. BLICK, *The Constitution after coronavirus: a discussion paper*, cit., 14.

²⁶ *UK government coronavirus decision making: key phases*, Institute For Government, 29 June 2020.

²⁷ Sul ruolo del *SAGE*, per alcuni rilievi critici della sua interazione con il *COBRA* ed in particolare con il *Cabinet*, si rimanda a S. NICKSON – A. THOMAS – E. MULLENS-BURGESS, *Decision making in a crisis. First responses to the coronavirus pandemic*, Institute For Government, August 2020, 40 dove gli Autori non mancano di sottolineare come in diverse occasioni è sembrato che all’organismo scientifico, anziché l’attività di supporto consultiva, sia stata affidata una sorta di funzione informale di *policy-making*. Di contro, riprendendo le osservazioni contenute nel paper *de quo*, «SAGE is set up to provide tailored scientific advice based on the available evidence, but is not responsible for formulating government policy: that is the domain of ministers and their departments».

²⁸ A. PAUN – J. SARGENT – A. NICE, *A four-nation exit strategy. How the UK and devolved governments should approach coronavirus*, Institute For Government, May 2020, 3.

²⁹ A. PAUN – J. SARGENT – A. NICE, ult. op. cit., 9.

3. L'allentamento delle misure restrittive e il progressivo disallineamento nella definizione della "exit strategy".

Con i primi segnali – segnatamente invertitieri ove ci si rapporti ad essi in ottica retrospettiva – di allentamento della curva del contagio e in previsione di una riduzione dei provvedimenti di contenimento, anche l'iniziale coordinamento fra le quattro *Nations* è venuto a mancare, in specie nella configurazione dei rapporti fra Westminster, Holyrood, Cardiff e Stormont. Una diversificazione che non si è avuta solo in ragione dell'assunzione di politiche eterogenee, quanto anche in virtù di una sostanziale ridefinizione unilaterale dei processi e dei luoghi decisionali da parte del governo di Londra³⁰.

Sul piano figurativo, il momento dal quale si tende a far derivare il venir meno del "four Nations approach" è imputabile alla dichiarazione pubblica del Primo Ministro Jhonson, il quale il 10 maggio 2020 ha ufficialmente annunciato un affievolimento delle prescrizioni limitative della circolazione mutando il messaggio governativo dal precedente «stay at home, protect the NHS, save lives» al più lasco «stay alert, control the virus, save lives», aggiungendo altresì che «anyone who can't work from home, for instance, those in construction or manufacturing, should be actively encouraged to go to work»³¹. Un mutamento non concordato con gli altri governi che hanno dovuto, in risposta, rettificare il messaggio del Primo Ministro confermando il momentaneo mantenimento delle precedenti disposizioni, predisponendo nelle settimane successive proprie linee guida relative alla diminuzione delle restrizioni alle libertà di movimento e al distanziamento sociale³². Divergenze che legittime e finanche opportune nell'ambito della ripartizione delle competenze, al contempo sono state foriere di ingenerare un quadro comunicativo di riferimento tutt'altro che univoco. Non di rado, infatti, il messaggio veicolato dal Westminster, ancorché riferito esclusivamente al territorio inglese, è parso portatore di una prescrittività *UK-wide*, generando così incertezze nei confronti della popolazione interessata. Un esempio emblematico di quanto si va dicendo è riconducibile propriamente alle richiamate parole del Primo Ministro, volte ad incoraggiare la ripresa di alcune attività lavorative. Ebbene, come è stato attentamente messo in luce, «this posed the dilemma for people who commuted work in England from another part of the UK, who were unsure which government's advice to follow, particularly those living in Wales where a five-mile travel limit was still in place at that point»³³.

³⁰ J. GALLAGHER, *Coronavirus and the Constitution*, in *Centre of Constitutional Change*, 27 May 2020.

³¹ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Coronavirus and Scotland: Interim Report on Intergovernmental Working*, First Report of Session 2019-2021, HC 314, 23 July 2020, 17 (p.to 31). Si veda, in aggiunta, S. CUSHION – N. SOO – M. KYRUAKIDOU – M. MORANI, *Different lockdown rules in the four nations are confusing the public*, in *London School of Economics and Political Science Blog*, 22 May 2020.

³² Cfr. A. PAUN, *Five key questions about coronavirus and devolution*, in *The Constitution Unit*, 31 May 2020.

³³ J. SARGEANT, *Co-ordination and divergence. Devolution and coronavirus*, Institute For Government, October 2020, 11. Sulla scarsa chiarezza della comunicazione delle autorità di governo, in particolare da parte di Whitehall, si rimanda a House of

Dalla prospettiva del coordinamento non si può fare a meno di osservare come il cambio di passo nelle relazioni fra le diverse componenti del Regno Unito sia seguito, risultando così il frutto, di una palpabile rimodulazione dei luoghi del confronto politico. Già a partire dalla seconda metà del mese di marzo 2020 erano stati costituiti quattro *Ministerial Implementation Committees (MIGs)* ripartiti in altrettante *policy area*: *Healthcare*, presieduto dal *Secretary of State for Health and Social Care*, Matt Hancock; *Public Services*, presieduto dal *Minister for the Cabinet Office*, Micheal Gove; *Economy*, presieduto dal *Chancellor of the Exchequer*, Rishi Sunak e, da ultimo, *International*, presieduto dal *Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs*, Dominic Raab³⁴. Questi avevano il compito di far confluire le proprie risultanze quotidianamente nelle riunioni del C-19 il quale, a sua volta, avrebbe dovuto monitorare lo stato di diffusione del virus portando a concretezza le scelte generali di carattere strategico deliberate dal COBRA. A dispetto della formale distribuzione delle responsabilità, a partire dal mese di maggio i Comitati di Implementazione Ministeriali sono parsi divenire i reali centri di *decision-making*, iniziando a sollevare le resistenze dei governi devoluti, stante il progressivo scemare della loro effettiva capacità d'incidenza³⁵.

Nonostante ciò, sempre nel mese di maggio 2020 il governo britannico ha deciso nuovamente di mettere mano all'assetto decisionale in essere, modificandolo. Se da un lato sono *de facto* cessate le riunioni del COBRA – non avendo avuto luogo tra il 10 maggio e il 12 settembre 2020 – dall'altro si è optato per il superamento del sistema dei Comitati ministeriali e la loro sostituzione con due *Cabinet Committees*, sulle basi dello schema già tracciato nelle ultime fasi dei negoziati *Brexit*³⁶. Il primo di essi, denominato *Covid-19 Operation Committee*, presieduto dal *Minister for the Cabinet Office*, Michael Gove, al quale sarebbero stati affiancati in “composizione fissa” il *Chancellor of the Exchequer* e il *Secretary of State for Health and Social Care*, oltre ad altri membri del *Cabinet* in funzione del suo ordine del giorno ed avente lo scopo «to deliver the policy and operational response to Covid-19»³⁷. Il secondo, invece, sotto la definizione di *Covid-19 Strategy Committee*, presieduto dal *Prime Minister* Boris Jhonson e composto dal *Chancellor of the Exchequer*, dal *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and First Secretary of State*, dal *Secretary of State for the Home Department*, dal *Minister for the Cabinet Office*, dal *Secretary of State for Health and Social Care* e dal *Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy*, con l'obiettivo di guidare «the

Commons, Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *Government transparency and accountability during Covid 19: The data underpinning decisions*, Eight Report of Session 2019-2021, HC 803, 15 March, 3 ove, oltre a stigmatizzare lo scarso coordinamento con i governi devoluti, si afferma come alla luce delle straordinarie limitazioni imposte ai singoli individui ed agli enormi costi sopportati dal Paese nel suo complesso, «there is a moral imperative for Government to clearly justify each of their decisions». In dottrina, J. GALLAGHER, *Coronavirus and the Constitution*, cit. Da ultimo, sull'importanza della comunicazione pubblica durante la pandemia, J. GROGAN – N. WEINBERG, *Principles to Uphold the Rule of Law and Good Governance in Public Health Emergencies*, in *Reconnect*, August 2020 pp. 9 ss. e R. HOGARTH, *The government must draw a clear line between law and guidance during the coronavirus crisis*, Institute For Government, 1 April 2020.

³⁴ Sul funzionamento dei Comitati di Implementazione Ministeriale, *Cabinet Committees*, Institute For Government, 1 July 2020.

³⁵ *UK government coronavirus decision making: key phases*, cit.

³⁶ Cfr. A. THOMAS, *The Prime Minister is right to apply his Brexit management model to coronavirus*, Institute For Government, 5 June 2020.

³⁷ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Coronavirus and Scotland: Interim Report on Intergovernmental Working*, cit., 22 (p.to 54).

Government's strategic response to Covid-19, considering the impact of both the virus and the response to it, and setting the direction for the recovery strategy»³⁸.

Come è osservabile *prima facie*, dagli stessi è stato espunto qualsiasi riferimento – tanto in termini operativi quanto compositivi – alla questione devolutiva, la quale è rimasta sostanzialmente estranea al funzionamento dei medesimi. Dal punto di vista delle vie del raccordo, lungo una direzione che era già andata progressivamente dipanandosi all'esito delle primissime fasi di risposta alla pandemia, queste ultime sono divenute appannaggio di forme di coordinamento prettamente informali, a discapito di un approccio olistico in grado di tenere insieme, almeno apparentemente, le diverse esigenze provenienti dalle varie parti del Regno Unito. Un aspetto, quest'ultimo, icasticamente sottolineato dalla relazione dello *Scottish Affairs Committee* della Camera di Comuni allorché si è specificato come «we are concerned to hear that Ministerial Implementation Groups (MIGs) and COBRA have ceased to meet in the context of the pandemic. From what we have heard about how communication standards currently stand, decision-makers in devolved nations have come to be consulted in an informal way, rather than via formalised, minuted mechanisms like the *JMC* [...] The Government should explain why *MIGs* and *COBRA* have ceased to meet and what consultation there was with the Scottish, and other devolved governments, prior to this decision»³⁹.

4. *Riflessioni conclusive.*

Volendo trarre delle considerazioni sulla base di quanto visto sinora, così come ricordato *supra* nella premessa, l'obiettivo di questo breve scritto non è mai coinciso con l'ambizioso tentativo di voler ricostruire analiticamente il succedersi diacronico dei provvedimenti adottati, nella loro eterogeneità, nelle diverse parti del Regno Unito. Al contrario, ciò che si è inteso porre all'attenzione è il duplice piano sul quale ha dispiegato la propria operatività il modello devolutivo britannico: l'organicità (eventuale) delle misure attuate, da un lato, ed il coordinamento (necessario), dall'altro. Due livelli che ad una prima lettura superficiale potrebbero essere erroneamente fatti coincidere ma che, ad una più accorta osservazione, disvelano tutta la loro diversità. In parte lo si è già anticipato, ma vale la pena ribadirlo, «co-ordination does not mean there should be uniformity across the UK, but that the four governments must work together, sharing information, considering the implication for one another and, where they consider necessary, aggregating common elements of their approach»⁴⁰.

Non v'è, dunque, da stupirsi se sul piano delle scelte assunte dai quattro governi, scontata una fase di primaria emergenza, queste sono andate differenziandosi rispetto ad un primario approccio tendenzialmente parallelo. Divergenze che non debbono neppure essere ricondotte

³⁸ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Coronavirus and Scotland: Interim Report on Intergovernmental Working*, cit., 22 (p.to 55).

³⁹ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Coronavirus and Scotland: Interim Report on Intergovernmental Working*, cit., 23 (p.to 60). *Conf.*

⁴⁰ J. SARGEANT, *Co-ordination and divergence. Devolution and coronavirus*, cit., 1.

minimalisticamente al mero confronto con il dato empirico del tasso di contagio territoriale, quanto a doverose oltreché necessarie ponderazioni di ordine politico. Basti pensare, a tal proposito, alla decisione del Primo Ministro di anticipare le riaperture di molte attività non indispensabili, allentando le restrizioni del *lockdown* e del distanziamento sociale. Ancorché, al vaglio di un giudizio di valore, possa essere apprezzata in termini negativi, è stata indubbiamente il frutto della presa in considerazione di molteplici variabili e l'estrinsecazione di una particolare sensibilità nella relazione dicotomica fra la tutela della salute e le esigenze, affatto secondarie, di supportare il sistema economico. Nuovamente, «co-ordination between the four governments of the UK is not an end unto itself; it is only desirable to the extent it leads to better outcomes»⁴¹. La stessa *devolution*, d'altronde, trova la sua stessa *raison d'être* nella decentralizzazione decisionale, conferendo, *rectius* delegando, alle rappresentanze politiche di Scozia, Galles ed Irlanda del Nord un considerevole spettro di attribuzioni da far valere anche, e verrebbe da dire soprattutto, in contraddizione con quanto stabilito a Westminster e Whitehall. Vero è che molto spesso i rapporti fra il centro e la periferia nella cornice ordinamentale del Regno di *Her Majesty* scontano quello che è stato denominato con l'appellativo di “*devolution paradox*”, ovvero la tendenza per la quale «voters often simultaneously express support for the principle of devolved decision-making, and resistance to the reality of different rules and rights applying in different parts of the country»⁴². Nondimeno, tale contraddizione, per quanto in determinate circostanze possa gettare le premesse di un riavvicinamento sul fronte dei provvedimenti, non toglie sostanza all'architettura della *devolution*. In tal senso, dunque, se posta in comparazione con altri modelli di organizzazione statale decentrata – Italia, Spagna e Germania solo per indicarne alcuni pur nella loro diversità – che alla prova della pandemia hanno visto la bilancia decisionale pendere molto spesso verso il centro anziché in direzione dei vari soggetti territoriali, il sistema britannico, riprendendo una parola il cui impiego è stato massiccio nel corso degli ultimi mesi, ha denotato un elevato grado di “resilienza” nella ripartizione delle competenze fra i diversi fori decisionali.

Altro aspetto, invece, è quello che concerne il coordinamento fra di essi. Trascorso, come si è dato atto, un primo periodo di effettiva cooperazione concretizzatasi con la scelta di far convogliare il flusso informativo e decisionale all'interno della cabina di regia del *COBRA* e nel quale «the Governments were literally [...] at the same page»⁴³, a stretto giro si sono riaffacciate le medesime, risalenti, problematiche relative all'individuazione di meccanismi di formale cooperazione intergovernativa⁴⁴. La stessa opzione del *Cabinet Office Briefing Rooms*, in fondo, rivela l'individuazione, in funzione della necessità, di forme di raccordo prevalentemente informale, rispetto ai più consoni Comitati Ministeriali. Una realtà i cui contorni si definiscono anche in ragione dell'ulteriore tendenza fatta propria da Londra e figlia di un centralismo tutt'altro che superato, per cui anche in ambiti non riservati il governo britannico non di rado mostra un

⁴¹ J. HARRINGTON – E. THOMAS – B. HUGHES-MOORE, Is there a welsh Health Law? *Values, Divergence and Devolution after Covid-19*, in *U.K. Const. L. Blog*, 25 January 2021.

⁴² A. PAUN, *Five key questions about coronavirus and devolution*, cit.

⁴³ House of Commons, Scottish Affairs Committee, *Coronavirus and Scotland*, Second Report of Session 2019-21, HC 895, 22 October 2020, 9 (p.to 10).

⁴⁴ Criticamente, sul punto, C. MULLAY, *No unity in the United Kingdom*, in *VerfBlog*, 26 June 2020.

atteggiamento volto ad inglobare il margine di autonomia delle *Nations*⁴⁵. L'effetto, nel caso di specie, si è concretato in una comunicazione spesso confusa nei confronti della popolazione, a tratti smarrita di fronte alla difficoltà di comprendere quali misure trovassero applicazione nei propri confronti e quali, invece, no.

Infine, così come per molti altri aspetti non propriamente riferibili al tema di cui si tratta, la pandemia da Covid-19 ha rappresentato un forte elemento di esaltazione e catalizzazione, rispettivamente, di situazioni e processi già in atto, ove non addirittura sedimentati da tempo. Lo stesso discorso non fa eccezione rispetto alla *devolution*. Guardando in prospettiva, non è ovviamente questa la sede per procedere a speculazioni su quale potrà essere il futuro del Regno Unito (anche) in ragione delle ripercussioni dettate dal virus. Una cosa, però, è fuor di dubbio. Come mai probabilmente prima d'ora, la pandemia ha permesso a Scozia, Galles ed Irlanda del Nord di saggiare la propria capacità di gestione di settori particolarmente sensibili della vita pubblica. Le stesse rilevazioni sondaggistiche del *sentiment* popolare dimostrano, mediamente, un maggiore apprezzamento della gestione *lato sensu* dell'emergenza a livello locale anziché a quello centrale. I risultati della recente tornata elettorale scozzese, con la riconferma dello *Scottish National Party* (SNP), da solo in grado di raggiungere la quasi maggioranza assoluta dei seggi in seno al Parlamento, sono il riscontro fattuale di questa tendenza, ridando forza alla fiamma che arde dietro alle richieste di un secondo referendum indipendentista. Analogo discorso, *mutatis mutandis*, trova applicazione rispetto alle rivendicazioni unioniste nordirlandesi.

Al tempo stesso, tuttavia, come attentamente suggerito «unionists will point to the role the UK government has played – both in providing additional financial resources to all parts of the country, and in coordinating a UK-wide public health response, for instance through creating additional COVID-19 testing capacity [...] on the other hand, the crisis has enabled the devolved administrations to demonstrate their own capacity to coordinate much of the coronavirus response within their territories»⁴⁶. Una disparità di vedute che, in qualunque modo la si voglia considerare, fonda le sue radici ben al di là delle coeve vicende legate alla pandemia. Sicché, per concludere, almeno per quanto riguarda la questione territoriale, i prossimi mesi sono destinati a riportare indietro le lancette del dibattito pubblico, sebbene con nuove argomentazioni a disposizione di ambo le parti. In altri termini, per concludere con una battuta, nonostante tutto, *business as usual*.

⁴⁵ Passim A. GIOVANNINI, *Covid-19 and English Devolution*, in *Political Insight*, September 2020.

⁴⁶ A. PAUN, *Five key questions about coronavirus and devolution*, cit.



Lucia Bozzi*

**Scarsità estrema delle risorse e scelte/criteri allocativi in ambito sanitario.
Brevi riflessioni ****

SOMMARIO: 1. Scelte macro allocative e scelte micro allocative. Lo scenario pandemico e i documenti elaborati in ambito medico: le Raccomandazioni della SIAARTI, il documento congiunto SIAARTI-SIMLA. – 2. «Porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva». Il criterio 'ageistico' e le sue implicazioni (più simboliche (ch)e reali. – 3. La ricerca, difficile e poco fruttuosa, di un efficiente criterio extra clinico per risolvere le situazioni dilemmatiche. – 4. Decidere in base all'appropriatezza clinica, (inevitabilmente) caso per caso. Il ruolo del medico e il principio di autodeterminazione. – 5. Limiti, superabili e non, della decisione caso per caso. I vantaggi, sperati, di decisioni allocative assunte in base a criteri allocativi predeterminati (sì, ma quali?)... – 6. ...e i probabili costi. Il mito della oggettività vs il rischio della disumanità delle decisioni algoritmiche e quasi algoritmiche.

1. Scelte macro allocative e scelte micro allocative. Lo scenario pandemico e i documenti elaborati in ambito medico: le Raccomandazioni della SIAARTI, il documento congiunto SIAARTI-SIMLA

Sia che si assuma la scarsità delle risorse in ambito sanitario come ineliminabile, sia che la si consideri, al contrario, evitabile in quanto semplice esito di scelte modificabili, è comunque fuori di ogni dubbio che con essa è necessario confrontarsi. Regolare i processi di allocazione delle risorse in ambito sanitario rappresenta quindi un problema da sempre (e, forse, per sempre) dibattuto e dalla almeno duplice declinazione.

* Professoressa Ordinaria di Diritto privato presso l'Università di Foggia

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il contributo propone, con integrazioni, l'intervento svolto il 23 giugno 2021, presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della Sapienza-Università di Roma, in occasione dell'Incontro di studio su *Differenze di genere in alcuni SSD dell'Area giuridica* organizzato - nell'ambito delle iniziative del Comitato 603360 promosso dalla «Rete per la parità», dalla *Fondazione Paolo Galizija - Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* in collaborazione con il *Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizija" per consulenti di Assemblea*.

La scelta allocativa può essere guardata sotto il profilo della ‘macro allocazione’ delle risorse, ovvero della decisione ‘a monte’ di quante risorse attribuire al sistema sanitario, nonché, in un secondo momento, di come suddividerle all’interno dello stesso (privilegiando, per esempio, la medicina cd. ‘territoriale’ o quella dei grandi centri ospedalieri)¹. La scelta allocativa può essere guardata altresì sotto il profilo della ‘micro allocazione’, ovvero delle scelte effettuate dagli operatori sanitari riguardo alle prestazioni da offrire ai singoli pazienti. I piani non corrono sempre paralleli, ma sono destinati a intersecarsi nella misura in cui è inevitabile che l’entità dei fondi complessivamente assegnati all’assistenza sanitaria e la scelta, anch’essa ‘politica’, su quale tipo di assistenza deve essere fornita o, *rectius*, garantita (e quale in via prioritaria) finirà con l’influenzare la decisione del singolo operatore sanitario.

Le scelte macroallocative sono state prevalentemente ascritte alla dimensione ‘politica’, ed indagate soprattutto in quella prospettiva, mentre quelle microallocative sono state e sono oggetto di un intenso dibattito bioetico, che l’emergenza COVID ha riproposto con rinnovata intensità. L’inimmaginabile stress cui è stato sottoposto il nostro sistema sanitario (in particolare, ospedaliero) ha infatti evidenziato e amplificato difficoltà latenti² e sollecitato riflessioni - che senza il carico emotivo imposto dalla situazione emergenziale si auspica possano essere più pacate (anche se, forse, più problematiche) - e, soprattutto, interrogativi.

Per evitare la tentazione di sfuggire la complessità e la drammaticità che implica assumere una decisione allocativa, rifugiandosi in ragionamenti meramente teorici, l’analisi non può che prendere le mosse dai documenti elaborati in ambito medico e in particolare da una attenta lettura dei passaggi più critici in essi contenuti. Il diretto coinvolgimento degli ‘estensori’ rende infatti meno facilmente occultabile la tragicità intrinseca e terribilmente concreta della scelta e la conseguente inadeguatezza di soluzioni che da tale concretezza prescindono integralmente.

Il primo documento è stato elaborato dalla Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (da ora, anche, SIAARTI) nei primissimi giorni dell’emergenza pandemica³. In esso si prospetta uno scenario caratterizzato da un «enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive (...) in cui potrebbero essere necessari criteri di accesso alle cure intensive (e di dimissione) non soltanto strettamente di appropriatezza clinica e di proporzionalità delle cure, ma ispirati anche a un criterio il più possibile condiviso di giustizia distributiva e di appropriata allocazione di risorse sanitarie limitate».

¹ Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020: “C’è bisogno di una medicina di comunità efficiente e ramificata, proprio il settore in cui si è registrato il deficit più preoccupante. Solo in parte queste carenze sono addebitabili ai tagli degli ultimi anni al Servizio Sanitario pubblico. Più alla radice, andrebbe ripensato l’equilibrio generale del sistema per come si è sviluppato in maniera sbilanciata nel corso di decenni, fra prevenzione e cura, fra medicina di base e alta specializzazione, fra territorio e ospedale. Una questione rilevante è in particolare la mancata integrazione fra componente sociale e sanitaria. In altri termini, appare necessario e urgente implementare il rapporto di continuità-integrazione, di sinergia di obiettivi (pur nella differenza di funzioni) fra ospedale e territorio, la cui importanza è stata sottovalutata negli ultimi anni, giacché si è privilegiato un modello di sanità pubblica incentrato su grandi centri ospedalieri».

² Comitato Nazionale di Bioetica (CNB), *Covid-19*, cit.: «Oltre alla scarsa preparazione rispetto all’emergenza, la fase acuta dell’epidemia ha mostrato anche carenze “ordinarie” nel nostro sistema sanitario».

³ Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), *Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6.3.2020.

Pertanto, «come estensione del principio di proporzionalità delle cure, l'allocazione in un contesto di grave carenza (shortage) delle risorse sanitarie deve puntare a garantire i trattamenti di carattere intensivo ai pazienti con maggiori possibilità di successo terapeutico: si tratta dunque di privilegiare la «maggior speranza di vita». Il bisogno di cure intensive deve pertanto essere integrato con altri elementi di «idoneità clinica» alle cure intensive, comprendendo quindi: il tipo e la gravità della malattia, la presenza di comorbidità, la compromissione di altri organi e apparati e la loro reversibilità. Questo comporta di non dover necessariamente seguire un criterio di accesso alle cure intensive di tipo «first come, first served».

In questa prospettiva, il documento detta alcune Raccomandazioni, che hanno tra l'altro il dichiarato obiettivo «(A) di sollevare i clinici da una parte della responsabilità nelle scelte, che possono essere emotivamente gravose, compiute nei singoli casi; (B) di rendere espliciti i criteri di allocazione delle risorse sanitarie in una condizione di una loro straordinaria scarsità». Tra queste raccomandazioni, particolare clamore ha suscitato quella secondo cui «Può rendersi necessario porre un limite di età all'ingresso in TI [terapia intensiva]. Non si tratta di compiere scelte meramente di valore, ma di riservare risorse che potrebbero essere scarsissime a chi ha in primis più probabilità di sopravvivenza e secondariamente a chi può avere più anni di vita salvata, in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone. In uno scenario di saturazione totale delle risorse intensive, decidere di mantenere un criterio di «first come, first served» equivarrebbe comunque a scegliere di non curare gli eventuali pazienti successivi che rimarrebbero esclusi dalla Terapia Intensiva». Occorre poi, secondo la SIAARTI, valutare attentamente la «presenza di comorbidità e lo status funzionale (...) in aggiunta all'età anagrafica» e «deve essere considerata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT (disposizioni anticipate di trattamento)».

La SIAARTI è successivamente tornata sul punto e, unitamente alla Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni (da ora, anche, SIMLA), ha elaborato un ulteriore documento⁴, assai più articolato e 'cauto' del precedente, con l'obiettivo dichiarato di «offrire ai professionisti sanitari uno strumento idoneo a rispondere in modo appropriato all'attuale situazione di emergenza dovuta alla pandemia di COVID-19, che riguarda potenzialmente la salute di tutti i cittadini, nel caso in cui si verificasse uno squilibrio tra domanda di assistenza sanitaria e risorse disponibili, con particolare riferimento alle cure intensive»⁵. Il documento dichiara che anche in presenza di una straordinaria sproporzione tra necessità e offerta di assistenza deve essere assicurato il primario e fondamentale diritto alla salute, «senza deroghe a principi etici e di giustizia e, quindi, nel rispetto del criterio universalistico ed egualitario dell'accesso alle cure», in aderenza al principio di uguaglianza, di solidarietà sociale, di

⁴ Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI) - Società italiana di medicina legale e delle assicurazioni (SIMLA), *Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*, Versione 01, pubblicato il 13/1/2021.

⁵ Obiettivi specifici sono «fornire ai professionisti sanitari criteri condivisi per l'ammissione, la permanenza e la dimissione dei pazienti nel livello di ricovero ad alta intensità di cure, nonché orientare verso un appropriato trattamento dei pazienti ai livelli di media e bassa intensità di cure; garantire la trasparenza delle scelte dei professionisti sanitari attraverso una chiara esplicitazione dei criteri decisionali; preservare il rapporto di fiducia tra cittadini, operatori sanitari e SSN durante l'emergenza».

autodeterminazione. Qualora le risorse sanitarie siano insufficienti per garantire a tutti le necessarie cure, trattare le persone malate secondo il loro ordine di arrivo non sarebbe corrispondente al fondamentale criterio di equità e si ritiene pertanto necessario ricorrere al *triage* per stabilire la priorità di trattamento tra i pazienti. Si afferma inoltre con nettezza che il *triage* deve basarsi su parametri clinico-prognostici definiti e il più possibile oggettivi e condivisi e che «L'età deve essere considerata nel contesto della valutazione globale della persona malata e non sulla base di cut-off predefiniti» e si precisa nel commento che «solo a parità di altre condizioni, il mero dato anagrafico (età in anni) può avere un ruolo nella valutazione globale della persona malata in quanto con l'aumentare dell'età si riducono le probabilità di risposta alle cure intensive». Vengono poi riportati in allegato l'Indice di Charlson, la Clinical Frailty Scale (CFS) e, solo per il caso di pazienti affetti da COVID-19, il punteggio di mortalità 4C, che contengono espliciti riferimenti all'età ma che dovrebbero rivestire «valore di semplice generale orientamento». Deve inoltre, si legge nel documento SIAARTIO-SIMLA, «essere verificata con attenzione l'eventuale presenza di volontà precedentemente espresse attraverso disposizioni anticipate di trattamento (...) anche consultando la banca dati delle DAT. In caso di DAT contrarie all'inizio dei trattamenti indicati, la volontà della persona deve essere rispettata, a meno che non ricorrano le circostanze previste dalla legge».

Tra i due documenti, un parere del Comitato Nazionale di bioetica (da ora, anche, CNB)⁶. Secondo il CNB, in situazioni di grave carenza di risorse, il criterio clinico rappresenterebbe il punto di riferimento più adeguato per l'allocazione delle risorse medesime; «ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età anagrafica, il sesso, la condizione e il ruolo sociale, l'appartenenza etnica, la disabilità, la responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia, i costi, è ritenuto dal Comitato eticamente inaccettabile». Il *triage* in emergenza pandemica, dovrebbe secondo il CNB fondarsi sulla *preparedness*, sulla appropriatezza clinica e sulla attualità. Nella valutazione di appropriatezza clinica attuale e prognostica – intesa come «valutazione medica dell'efficacia del trattamento rispetto al bisogno clinico di ogni singolo paziente, con riferimento alla gravità del manifestarsi della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione» – potrebbe assumere rilievo anche l'età del paziente. Non si tratterebbe tuttavia dell'unico parametro, né di quello principale e anzi il CNB precisa che «non si deve (...) adottare un criterio, in base al quale la persona malata verrebbe esclusa perché appartenente a una categoria stabilita aprioristicamente».

2. «Porre un limite di età all'ingresso in terapia intensiva». Il criterio 'ageistico' e le sue implicazioni (più) simboliche (ch) e reali

Il primo documento elaborato dalla sola SIAARTI - o meglio, l'enunciazione del criterio fondato sull'età in esso contenuto - ha suscitato un intenso dibattito e non poche polemiche, il

⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile 2020.

secondo, elaborato dalla SIAARTI insieme con la SIMLA è passato quasi sotto silenzio. Inevitabile, pertanto, chiedersi se sia pienamente giustificato il clamore per l'uno e la (quasi) indifferenza per l'altro.

La formulazione del documento SIAARTI si presenta in alcuni passaggi per la verità alquanto problematica. «Porre un limite di età all'ingresso in TI», come ivi previsto, sia pure solo in alcuni casi, implica, o quanto meno sottintende, qualcosa in più del dovere, in taluni casi, scegliere di assegnare la scarsissima risorsa a disposizione a un soggetto più giovane (e quindi, presumibilmente, con maggiore possibilità di beneficiare della terapia e di trarne giovamento in tempi più rapidi, così da consentirne anche ad altri il godimento). Così come enunciato, il criterio sembra quasi evocare una 'preclusione' nell'accesso alla risorsa/cura che neanche la drammaticità dello scenario riesce a giustificare. Nessun criterio allocativo che automaticamente escluda qualcuno dalla possibilità di ricevere le opportune cure, infatti, può essere considerato dal punto di vista etico giustificabile.

Il criterio stesso è stato poi, come visto, sconfessato nel successivo documento congiunto SIAARTI-SIMLA, ma è possibile chiedersi se sia stato davvero anche definitivamente seppellito. Gli allegati al documento stesso sollecitano infatti più di un interrogativo in tal senso. L'allegato contenente la Clinical Frailty Scale (CFS) include nel processo decisionale un parametro, la scala di fragilità per l'appunto, che sembra basarsi su termini - mobilità del paziente, necessità di assistenza da parte di terzi, 'autosufficienza gestionale' - correlati (anche graficamente⁷) all'età del paziente ed estranei al giudizio prognostico circa l'utilità dell'accesso a cure intensive o ventilazione. L'allegato con il punteggio di mortalità 4C, solo per il caso di pazienti affetti da COVID-19, dal canto suo attribuisce un «punteggio di mortalità» che contiene espliciti riferimenti all'età e si presenta non del tutto in sintonia con la «valutazione comparativa delle condizioni globali delle persone malate» affermata invece nel documento. La precisazione che tali documenti rivestono un valore meramente orientativo (del resto, anche le Raccomandazioni SIAARTI, a ben vedere, non rappresentavano qualcosa di significativamente diverso e/o più vincolante) non riesce del tutto a fugare il sospetto che si faccia «rientrare dalla finestra quello che era uscito dalla porta». Né a dissipare completamente il dubbio che il documento congiunto SIAARTI—SIMLA sia passato, almeno per ora, quasi sotto silenzio non tanto per la siderale diversità del suo contenuto rispetto a quello delle raccomandazioni SIAARTI, quanto piuttosto per via della maggiore condivisione nella elaborazione, per la formulazione sicuramente molto più accorta, per il carattere più 'meccanicistico' e asettico delle determinazioni maggiormente spinose e forse anche per una inconsapevole assuefazione al contenuto stesso. Sembra pertanto frettoloso considerare il criterio fondato sull'età definitivamente liquidato.

⁷ Si legge nel documento che la scala «Prende in esame lo stato basale della persona prima del recente evento acuto e non è in gran parte validata per la valutazione di persone giovani o con disabilità stabilizzate che interessano un singolo sistema (Can Geriatr J. 2020 Sep 1;23(3):210-215. doi: 10.5770/cgj.23.463)». La versione grafica utilizzata è «tratta da Baldasseroni S. et al. G Ital Cardiol 2019;20(4):210-222» e riporta una serie di figure, accompagnate da una didascalia, che associano con molta chiarezza la fragilità con l'età.

Si tratta del resto di un criterio richiamato, sia pure per negarne l'ammissibilità, in vari documenti elaborati anche in altre esperienze giuridiche⁸, sicché appare inevitabile (tentare di) confrontarsi con esso e con il suo corredo di implicazioni, reali e simboliche.

A ben vedere più simboliche che reali. Sul piano simbolico, attribuire, con chiarezza e forse crudezza, al criterio fondato sull'età - sia pure con la precisazione che si tratta di un criterio da adattare alla singola situazione e che devono essere attentamente valutati, in aggiunta all'età,

⁸ In via meramente esemplificativa, senza alcuna pretesa di completezza, *Management of scarce resources in healthcare in the context of the COVID-19 pandemic, Opinion of the Bioethics Commission*. § 3. «There is no justification for excluding a person from treatment based on criteria such as their remaining lifetime or quality of life» e ancora, § triage «it would not be professionally relevant to legitimise the use of sole criteria such as age or an externally attested quality of life, either from an ethical point of view or in terms of fundamental rights», Vienna, marzo 2020. Deutscher Ethikrat, *Solidarity and Responsibility during the Coronavirus Crisis, Ad Hoc Recommendation*, § 3, a) «Any direct or indirect differentiation of the state with regard to the value or duration of life and any associated regulation by the state resulting in the unequal allocation of chances of survival and risks of death in acute crisis situations is inadmissible. Every human life enjoys the same protection. This means that not only differentiations based on gender or ethnic origin are prohibited. The state must also refrain from classifying lives on the basis of age, social role and its assumed “value” or a predicted lifespan». An Roinn Slàinte- Department of Health, *Ethical Framework for Decision- Making in a Pandemic*. «Categorical exclusion e.g. on the basis of age should be avoided as this can imply that some groups are worth saving more than others and creates a perception of unfairness» (p. 17); British Medical Association, *Statement/briefing about the use of age and/or disability in our guidance*. «Under our guidance, the fact that someone is above a particular age, or that they have an existing medical condition is not, in itself, a factor that should be used to determine access to intensive treatment. Similarly, someone with a disability should not have that disability used by itself as a reason to withhold treatments, unless it is associated with worse outcomes and a lower chance of survival. A decision to exclude from treatment everyone above a particular age, or with a disability, would be both unacceptable and illegal. We also state clearly in our guidance that these decisions must not be based upon discriminatory judgments about the value or worth of individual lives»; Comitato Sammarinese di Bioetica, *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legato all'uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età e con gravi disabilità in relazione alla pandemia da Covid-19*: «Unico parametro di scelta, pertanto, è la corretta applicazione del triage, nel rispetto di ogni vita umana, sulla base dei criteri di appropriatezza clinica e proporzionalità delle cure. Ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l'età, il genere, l'appartenenza sociale o etnica, la disabilità, è eticamente inammissibile, in quanto attuerebbe una graduatoria tra vite solo in apparenza più o meno degne di essere vissute, costituendo una inaccettabile violazione dei diritti umani»; Accademia svizzera delle scienze mediche, *Pandemia Covid-19: triage dei trattamenti di medicina intensiva in caso di scarsità di risorse Indicazioni per l'attuazione del capitolo 9.3 delle direttive dell'ASSM «Provvedimenti di medicina intensiva» (2013)*, Versione aggiornata 3.1 del 17 dicembre 2020, p. 4: «L'età, una disabilità o una demenza in sé e per sé non costituiscono criteri applicabili. Fondare una decisione esclusivamente su tali fattori rappresenterebbe una violazione del principio costituzionale del divieto di discriminazione, in quanto significherebbe attribuire alle persone anziane, disabili o dementi un valore inferiore rispetto alle altre. In generale, non è corretto giungere automaticamente alla conclusione secondo cui un paziente bisognoso di un ricovero in terapia intensiva presenti una prognosi a termine negativa solo per il fatto di avere una certa età o una disabilità o di essere affetto da demenza. Per l'assegnazione di un grado di priorità inferiore a un determinato paziente devono sempre sussistere fattori di rischio specifici che si traducono in una mortalità più elevata e quindi in una prognosi a breve termine negativa. Uno degli elementi che implicano una maggiore mortalità, ad esempio, è la fragilità dovuta all'età. Nelle persone anziane, essa comporta una prognosi a breve termine non favorevole, pertanto costituisce un criterio rilevante di cui tenere conto in caso di risorse insufficienti. Fra i vari strumenti che sono stati proposti per valutare tale parametro, la scala della fragilità clinica risulta essere quello maggiormente validato (cfr. Appendice, Clinical Frailty Scale, CFS)». *Prise de position de la C.N.E. quant aux Repères éthiques essentiels lors de l'orientation des patients dans un contexte de limitation des ressources thérapeutiques disponibles due à la crise pandémique du COVID-19* (31 mars 2020), Luxembourg: «Tous les patients sont égaux. Seuls des critères médicaux permettent de les distinguer entre eux. Toute discrimination en fonction de l'âge, du sexe, d'un handicap, de l'origine, de la nationalité, de l'appartenance ethnique, de l'appartenance religieuse, du statut social, du statut d'assurance à la sécurité sociale et du lieu de résidence est donc absolument proscrite. Chaque patient est traité en tant que cas particulier et a ainsi droit à la prise en compte de sa situation médicale spécifique. Les critères de décision appliqués sont ainsi strictement objectifs et scientifiquement fondés. L'évaluation de l'état général de santé du patient de même que le pronostic individuel de survie et de santé à court et à moyen terme sont des critères essentiels pour guider les choix thérapeutiques, notamment en cas de limitation de moyens. La prise en compte de l'état de santé à moyen terme inclut l'évaluation des risques de séquelles de réanimation»; National Commission of Mexico, *Recommendations regarding the COVID - 19 pandemic, from a bioethical approach*, Mexico City, March 31st, 2020: «1. Protect the human rights and integrity of people, within a framework of interculturality, equity, non-discrimination and gender perspective. 2. In all interventions, consider optimizing the number of years of life saved and hospital survival. 3. Assess the person comprehensively, considering their biological age».

presenza di comorbidità e status funzionale - il rango di regola generale rappresenta di per sé ‘un risultato’ nient’affatto trascurabile. Significa quanto meno incrinare il tabù che circondava e che, viste le reazioni alle raccomandazioni della Siaarti, sembra continui almeno in parte a circondare, l’utilizzo di criteri extra clinici per valutare la possibilità di accesso alle cure. Sul piano pratico, a costo di apparire irriverenti, è possibile chiedersi se in realtà tale enunciazione non sia stata sovraccaricata di una portata innovativa e discriminatoria che forse di per sé non possiede, e non solo perché nel documento SIAARTI il criterio ‘incriminato’ non assurgerebbe al ruolo di criterio unico e perché in ambedue avrebbe un valore meramente orientativo. Piuttosto, perché da un lato pare possibile dubitare che davvero a tale criterio non si sia mai ricorsi nei reparti di terapia intensiva, o in altre situazioni caratterizzate da scarsità di risorse e quindi dalla necessità di una scelta allocativa ‘escludente’. Dall’altro, e soprattutto, scegliere, ove sia inevitabile scegliere, di preferire il più giovane, in alcune situazioni, corrisponde a un ‘sentire’ comune, verosimilmente funzionale alla prospettiva evolutiva, che affonda forse le sue radici in esigenze legate al meccanismo di sopravvivenza della specie introiettate in ciascuno. Al di là di ogni possibile (e sempre opinabile) giustificazione teorica, comunque fornita ex post perché la decisione in tal senso è in genere ‘istintiva’, la scelta è generalmente ‘condivisa’, nel senso che è quella che tutti, o almeno una larga percentuale di decisori (medici e non medici) assumerebbero. Ciò non la rende automaticamente ‘etica’, ma la ragionevolezza sottesa alla sua corrispondenza, in talune situazioni, al ‘senso comune’ non deve essere negata né snobisticamente sottovalutata.

Non sembra, pertanto, si possa ravvisare nel ricorso, in particolari circostanze, a tale criterio una ingiustificabile (e odiosa) discriminazione o una deriva ageistica. Occorre invece, per valutare ragionevolezza e quindi ‘eticità’ del criterio, guardare alle circostanze in cui lo stesso è richiamato. E così, mentre l’adozione di un parametro sfavorevole agli anziani con riguardo alla distribuzione del vaccino anti COVID avrebbe potuto considerarsi discriminatoria e non facilmente argomentabile dal punto di vista etico, posto che gli anziani risultano la categoria maggiormente esposta agli esiti negativi del contagio, attribuire l’ultimo posto disponibile in terapia intensiva ad un soggetto più giovane appare, come detto, scelta di per sé eticamente accettabile, o quanto meno argomentabile.

Un criterio, quindi, quello fondato sull’età, di per se stesso non (almeno, non sempre) discriminatorio, ma di per se stesso neanche (sempre) risolutivo. Sembra infatti possibile dubitare della sua idoneità a risolvere *hard cases*, situazioni veramente ‘dilemmatiche’. Se la scelta di attribuire l’unica risorsa disponibile ad un ventenne piuttosto che ad un novantenne, per quanto dolorosa, può considerarsi, ‘al netto’ di ogni ipocrisia, ‘condivisa’, cioè corrispondente al comune sentire ed eticamente (e ‘istintivamente’) giustificabile, è evidente che qualora si tratti di decidere l’allocazione della medesima risorsa tra un quarantenne e un quarantacinquenne la scelta diventa molto più problematica e il criterio fondato sull’età mostra tutti i suoi limiti.

3. La ricerca, difficile e poco fruttuosa, di un efficiente criterio extra clinico per risolvere le situazioni dilemmatiche

Individuare un criterio idoneo a risolvere situazioni problematiche e al contempo eticamente fondato, o almeno argomentabile, nonché generalmente condiviso, però, non è affatto agevole. Tutti i requisiti indicati sono del resto necessari. Idoneità ed eticità sono in genere immediatamente riconosciuti come tali. La rilevanza della condivisione non di rado si presenta invece decisamente meno avvertita. Tuttavia, negare, trascurare o ridicolizzare il ruolo della condivisione, sintomo di corrispondenza al comune ‘sentire’, e quindi funzionale alla spontanea adesione al precetto che il criterio (a ben vedere, qualsiasi criterio) in ultimo aspira a porre, appare quanto meno poco pragmatico. La mancata condivisione del criterio (di ogni criterio) diminuisce infatti in maniera significativa l’efficacia della sua indicazione dal punto di vista pratico.

Posto, dunque che si tratta di requisiti (tutti) necessari, occorre verificare se i criteri generalmente prospettati ne sono provvisti. E così si può dubitare che ne sia adeguatamente provvisto il criterio della ‘massimizzazione dei benefici’, in termini di vite salvate e di anni di vita salvata. Il criterio si declina in modo duplice, anche se pare tendere alla convergenza. Nel senso che salvare più vite dovrebbe significare attribuire prioritariamente le scarse risorse disponibili a chi ha necessità di trattamenti sanitari meno intensi e lunghi, per questo presumibilmente soggetti in migliori condizioni di salute, presumibilmente meno anziani, presumibilmente con più ampia aspettativa di vita: molte presunzioni e convergenza solo tendenziale con il criterio dei «più anni di vita salvata».

L’esigenza di massimizzare i benefici dell’azione terapeutica in termini di numero di vite salvate potrebbe ritenersi generalmente condivisa (nonché generalmente coincidente nei risultati con l’utilizzo del criterio fondato sulla appropriatezza dell’intervento rispetto al quadro clinico) e, nonostante l’impronta ‘utilitaristica’, in fondo si presenta corrispondente ad un principio di ‘giustizia’ largamente (e ‘istintivamente’) percepito, per cui se la risorsa è solo una è ‘giusto’ che di essa possano beneficiare più persone possibili. Molto più problematico appare invece declinare la massimizzazione dei benefici con riferimento agli anni di vita salvata. Criterio quest’ultimo correlato con quello fondato sull’età anagrafica, con il quale condivide i medesimi limiti - che rendono il criterio, come detto, utilizzabile in modo efficiente solo in situazioni nettamente polarizzate, non ‘dilemmatiche’ -, aggravati da una maggiore arbitrarietà. Nella prognosi di una maggiore ‘aspettativa di vita’ potrebbero infatti influire numerose considerazioni. Tra queste, in via meramente esemplificativa, si possono menzionare: sesso (le donne sono più longeve), stili di vita (essere o non essere, per esempio, fumatori o obesi), familiarità ereditaria con alcune patologie (come diabete o particolari forme tumorali), eventuale presenza di sindrome di Down (gli individui che ne sono affetti hanno infatti una aspettativa di vita in genere inferiore a chi non lo è), facilità di accesso a più efficaci sistemi di prevenzione e cura (non di rado collegata a livello di istruzione e capacità reddituale). Si finirebbe così con l’introdurre nella scelta allocativa variabili con tutta evidenza assai discutibili dal punto di vista etico, anzi sicuramente odiose ma che non sembra si possa escludere rivestano un certo rilievo nel calcolo prognostico degli «anni di vita salvata».

Né sembra idoneo a risolvere *hard cases*, eticamente argomentabile e generalmente condiviso il criterio che si richiama alla «qualità della vita salvata». In base a tale criterio, con molta

approssimazione visto il suo variegato atteggiarsi e le molteplici possibili declinazioni, nella scelta selettiva di chi curare dovrebbe essere privilegiato il paziente con maggiori possibilità di tornare dopo la terapia a una vita di ‘qualità’, una vita cioè ‘degn’ di essere vissuta. A parte le evidenti criticità sul piano etico derivanti dall’affidarsi a un criterio che inevitabilmente porterebbe a ritenere alcune vite meno ‘di qualità’ e quindi meno degne, resta il fatto che qualità e dignità della propria vita sono qualificazioni ormai caratterizzate in senso decisamente auto-soggettivo⁹, che non possono essere ‘consegnate’ in valutazioni eteroformulate. Tali valutazioni non solo aprirebbero inaccettabili spazi di abbandono dei soggetti considerati ‘marginali’, in quanto improduttivi, dipendenti e costosi, ma negherebbero apertamente il rilievo del principio di autodeterminazione, affermato con grande enfasi da ogni parte¹⁰ e sul quale si avrà comunque modo di tornare.

In questa prospettiva suscita non pochi interrogativi il documento elaborato dalla Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) ove si prevede che «Cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva»¹¹. La previsione è stata prontamente e decisamente criticata nell’Informe elaborato dal Comité de Bioética de España, secondo cui tali affermazioni «non son compatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado firmado y ratificado por España (...). A la luz de estos preceptos, resulta claro que la discapacidad de la persona enferma no puede ser nunca por sí misma un motivo que priorice la atención de quiete carecen de discapacidad. Ello vulneraría nuestro ordenamiento jurídico (...) lesionaría de forma más flagrante principios éticos elementales, pues supondría entender que la vida de las personas con discapacidad tiene menos calidad y por tanto merece menos la pena atenderla, lo que resulta no solo absolutamente incoherente con la visión de la discapacidad que hoy tiene la sociedad española... sino que supondría establecer una división entre vidas humanas en función de un supuesto valor de esas

⁹ Cfr. Corte cost. sent. del 25 settembre 2019, n. 242, dove, nell’individuare i requisiti che possono giustificare un’assistenza di terzi nel porre fine alla vita di una persona malata, si parla espressamente di «sofferenze fisiche o psicologiche che *ella* reputa intollerabili» (c.vo aggiunto: la persona malata/diretto interessato, non altri). Cass. sent. del 16 ottobre 2007, n. 21748, evoca una nuova dimensione della salute «non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» e ancora «la salute (...) come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato».

¹⁰ L. n. 219 del 22 dicembre 2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, art. 1, *Consenso informato*, «1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona».

¹¹ Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*, Recomendaciones Específicas, n. 4, p. 12; SEMICYUC, Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19, «6.2.2. Criterios de exclusión (...) Deterioro cognitivo severo de base» (p. 54).

vidas arbitrariamente asignado o en función de su utilidad social»¹². Tuttavia, nonostante la chiara e tempestiva replica, resta il fatto che il documento della SEMICYUC introduce nella valutazione allocativa un parametro la piena efficienza cognitiva, che appare con tutta evidenza quanto meno eticamente discutibile (a tacer d'altro perché di per sé estraneo alla valutazione del beneficio che potrebbe trarre il paziente dalla ventilazione meccanica e del tutto avulso dalla prospettiva 'soggettiva' di salute ormai generalmente accolta) e sul quale, senza cadere in allarmismi dal sapore apocalittico, vale forse la pena di riflettere. Anche perché, a volere essere maliziosi, si tratta di un parametro non sideralmente distante dalla 'fragilità' delineata nella Scala CFS.

Poco convincente appare anche il criterio «first come first served»¹³, fonte di potenziali iniquità e probabile contenzioso. Basti pensare alla difficoltà di stabilire chi può considerarsi «first come»: chi per primo è giunto al pronto soccorso o chi per primo ha chiamato il servizio di ambulanza ma è giunto successivamente, magari perché abitava più lontano o a motivo del traffico? Difficilmente 'praticabile' ed eticamente discutibile anche il criterio fondato sulla responsabilità rispetto a comportamenti che hanno indotto la patologia (come, per esempio, fumo per cancro ai polmoni, non utilizzo della mascherina per pazienti COVID). Eticamente discutibile in quanto attribuirebbe al medico un potere di 'infliggere' sanzioni che certo non gli compete. Difficilmente 'praticabile' in quanto risulterebbe altamente problematico - specie in situazioni emergenziali, laddove la decisione deve essere assunta in tempi particolarmente rapidi - determinare con la necessaria (visto il rilievo dei beni 'in gioco') certezza e accuratezza il ruolo eziologico del comportamento 'colpevole' nella patologia, nonché la stessa 'libertà' e consapevolezza del comportamento. Specie considerando che questo potrebbe essere stato tenuto o da soggetti psicologicamente 'vulnerabili' e quindi facilmente influenzabili o in situazioni dove la autonomia decisionale potrebbe risultare compromessa.

Si potrebbero, volendo, prendere in considerazione anche altri criteri, come il più importante ruolo sociale (o, in maniera meno brutale, la maggiore utilità sociale) o (perché no?) la maggiore responsabilità rivestita in ambito familiare (un padre o una madre di famiglia, con figli ancora in tenera età in ipotetico confronto con un single privo di legami affettivi significativi). Tutti,

¹² Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus*, §9.7., v. anche § 9.6., «Si bien en un contexto de recursos escasos se puede justificar la adopción de un criterio de asignación basado en la capacidad de recuperación del paciente, en todo caso se debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad. El término "utilidad social" que aparece en alguna de las recomendaciones publicadas recientemente nos parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana». Sul rilievo dell'età v. § 9.9. «El criterio de la edad solo puede ser empleado, pues, para priorizar, pero no para denegar o limitar la asistencia sanitaria y el recurso a determinadas medidas de soporte vital. Sin duda, la edad, como otras circunstancias, pueden incidir en el pronóstico clínico, pero en ningún caso pueden obviarlos. Es necesario valorar las circunstancias concretas de cada paciente, sin excluir a nadie a priori. La única posible excepción de discriminación positiva por la edad son los niños, como ya se ha explicado», 25 marzo 2020.

¹³ The Hasting Center, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19) Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19, Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice*, March 16, 2020, «First come, first served is an unsatisfactory approach to allocating critical resources: a critically ill patient waiting for an ICU bed might be better able to benefit from this resource than a patient already in the ICU whose condition is not improving».

evidentemente, eticamente assai discutibili e molto difficilmente in grado di suscitare generale condivisione.

Parzialmente diverso e probabilmente corrispondente ad esigenze realistiche, se pure eticamente non privo di problematicità, prevedere una sorta di ‘corsia preferenziale’ per alcune categorie, come gli operatori sanitari, sia per garantire l’efficiente funzionamento del sistema sanitario sia per scoraggiare l’assenteismo che potrebbe essere incentivato dall’alto rischio di contagio (laddove questo sussista)¹⁴. Fermo restando che dato il numero tutto sommato esiguo dei soggetti coinvolti il criterio non sarebbe comunque risolutivo, è comunque possibile osservare da un lato che l’effetto della applicazione di tale criterio sul funzionamento del sistema sanitario è quanto meno incerto (nella misura in cui è difficile pronosticare un rientro in servizio degli operatori che abbiano avuto bisogno di trattamenti intensivi in tempi così rapidi da giustificare la misura in loro favore). Dall’altro lato, che l’assenteismo è in sé censurabile e una soluzione premiale per evitarlo potrebbe apparire oltre che eticamente problematica anche discriminatoria nei confronti di altre categorie, pure esposte al rischio di contagio (forze dell’ordine, addetti a servizi essenziali), talvolta chiamate ad operare anche con minori protezioni e minore dimestichezza nel loro utilizzo.

4. Decidere in base all’appropriatezza clinica, (inevitabilmente) caso per caso. Il ruolo del medico e il principio di autodeterminazione

L’*impasse* nella individuazione di un criterio allocativo extra clinico in grado di risolvere situazioni dilemmatiche, eticamente argomentabile e generalmente condiviso sembra a questo punto evidente e, bisogna riconoscerlo, non facilmente superabile.

In questa prospettiva, il criterio della appropriatezza clinica, indicato dal CNB come «il più adeguato punto di riferimento per l’allocazione delle risorse»¹⁵, appare, pur nella consapevolezza dei suoi non pochi né secondari limiti, meritevole quanto meno di essere preso in considerazione senza pregiudizi (a dire il vero, forse un po’ snobistici). In base a tale criterio - che, a ben vedere, di per sé non esclude affatto il criterio della massimizzazione di benefici in termini di numero di vite salvate - si dovrebbe valutare l’efficacia del trattamento con riferimento al bisogno clinico di ogni singolo paziente, guardando alla gravità della patologia e alla possibilità prognostica di guarigione. L’età, insieme ad altri fattori quali gravità del quadro clinico in atto, comorbilità, quadro di terminalità a breve, dovrebbe essere presa in considerazione per individuare i pazienti per i quali ragionevolmente il trattamento può risultare maggiormente efficace, nel senso di

¹⁴ Interim Pennsylvania Crisis Standards of Care for Pandemic Guidelines March 22, 2020, (Pennsylvania), p. 31: «2. Giving heightened priority to those who are central to the public health response. Individuals who are engaged in tasks that are vital to the public health response, including all those whose work directly supports the provision of acute care to others, should be given heightened priority (...).Justifications for this prioritization include saving public health responders so that they may help future patients, and to promote the effectiveness of their work by signalling that certain protections are in place for the risks these workers take during the public health emergency».

¹⁵ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse*, cit.

garantire la maggiore possibilità di sopravvivenza e stabilire quindi un ordine di priorità. Nella stessa direzione si colloca la dichiarazione congiunta della Società Italiana di Geriatria e Gerontologia (da ora anche Sigg) e dalla Società Italiana di Geriatria Ospedale e Territorio (da ora anche Sigot)¹⁶. Sigg e Sigot, dopo avere premesso che «Non ci può essere una Rupe Tarpea, dove gli anziani saranno lasciati al loro destino», affermano che «la dolorosa selezione dell'ordine di priorità nelle cure intensive può basarsi solo su una valutazione multidimensionale, che tenga conto dello stato di salute funzionale e cognitivo precedente l'infezione».

Come prevedibile data la delicatezza della questione, tale posizione non è certo stata oggetto di unanime approvazione. L'indicazione espressa dal CNB è stata infatti da taluno giudicata inadeguata e, in particolare, si è osservato che «finisce per lasciare l'ultima parola al giudizio clinico individuale senza dare indicazioni precise»¹⁷. La medesima critica può rivolgersi alle dichiarazioni delle società di geriatria ed è, a ben vedere, una critica, almeno parzialmente, certamente fondata. Parzialmente perché anche i criteri extraclinici in genere prospettati, età, aspettativa di vita, qualità della vita, scontano una vaghezza davvero non facile da superare: basti pensare alla difficoltà che implica fissare quale sia in concreto il limite di età massimo per l'attribuzione della risorsa o individuare i parametri utilizzabili per pronosticare gli anni di vita salvati. Fondata (comunque) perché indicare quale criterio allocativo esclusivamente quello clinico indubbiamente significa rinunciare a individuare criteri generali, da indicare *ex ante* e probabilmente più facili da controllare *ex post*. Significa, in ultima analisi, tornare alla soluzione del 'caso per caso', che rende il medico decisore 'ultimo' e che certamente sembra presentare non pochi limiti.

Sembra, perché almeno alcuni limiti potrebbero rivelarsi più apparenti che reali. La vaghezza per esempio, come visto, non è esclusivo appannaggio del criterio clinico. Il paventato ritorno del paternalismo medico, a discapito del principio di autodeterminazione, poi, potrebbe essere revocato in dubbio. Il principio di autodeterminazione, inteso quale diritto di rifiutare le cure (non già di pretenderle) continuerebbe infatti ad operare quale limite alla scelta 'clinica' del medico, che potrebbe quindi decidere quale paziente curare in via prioritaria solo tra quelli che abbiano espresso la volontà di essere curati. Né a ben vedere il ricorso al solo criterio clinico implica riconoscere quale unico valore la vita biologica. I valori 'extra biologici', che prendono forma e corpo nel consenso informato, non risulterebbero infatti offuscati dalla valutazione clinica affidata al medico, posto che questa, come detto, non potrebbe in alcun caso prevalere sul consenso, o meglio sul dissenso alla attivazione e/o continuazione delle cure, manifestato dal paziente. L'affievolimento del principio di autodeterminazione potrebbe invece delinarsi qualora si declinassero in senso 'sociale' tali valori extra biologici, in ultima analisi riferibili alla qualità della vita, che, proprio in ossequio ad esso, dovrebbero essere rimessi alla esclusiva valutazione del paziente.

¹⁶ Raffaele Antonelli Incalzi, presidente Sigg (Società Italiana di Geriatria e Gerontologia) e Filippo Fimognari, presidente Sigot (Società Italiana di Geriatria Ospedale e Territorio), commento alle linee guida deontologiche rese note da SIAARTI per la gestione dei casi di Covid-19 da trattare in Terapia intensiva, *No a Rupe Tarpea, la soluzione non è sacrificare gli anziani*, in *quotidianosanità.it*, 09 marzo 2020.

¹⁷ CNB, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse*, cit., Posizione di minoranza del Prof. Maurizio Mori: le Raccomandazioni Siaarti puntano nella direzione giusta.

In una prospettiva più generale, lo scenario pandemico, caratterizzato da acutissima scarsità delle risorse sembra a dire il vero sollecitare una riflessione ‘aggiornata’ sul principio di autodeterminazione, il cui ruolo di ‘regolatore’ non solo supremo ma unico in ambito terapeutico/sanitario sembra avere subito una sorta di ridimensionamento. Non solo, e forse non tanto perché nella concitazione della situazione emergenziale in talune ipotesi il necessario consenso informato potrebbe essere stato sottovalutato. È ben possibile che questo sia successo, è ben possibile cioè che il decisionismo medico dettato dall’urgenza abbia soppiantato lo schema della alleanza terapeutica, della condivisione medico-paziente e in talune ipotesi abbia addirittura trascurato la necessità del consenso (magari, considerandolo tacitamente prestato per il solo fatto di essersi recati in ospedale). Si tratta, tuttavia, di un *fatto* che, proprio per le circostanze a dir poco straordinarie in cui si è verificato, da un lato suggerisce di valutare con particolare prudenza la responsabilità del medico per la mancata acquisizione del consenso. Dall’altro, proprio per la già rilevata eccezionalità del contesto, non sembra in grado di porre seriamente in discussione il principio di autodeterminazione che si esplicita nel consenso informato e nelle DAT, peraltro richiamate sia nel documento SIAARTI sia, e con maggiore enfasi, in quello congiunto SIAARTI-SIMLA¹⁸. E del resto, non sembra retorico chiedersi se i soggetti curati senza il necessario consenso siano davvero più numerosi di quelli che avrebbero voluto essere ‘più’ curati.

La necessità di compiere una scelta allocativa in caso di scarsità delle risorse (scenario che, sebbene in toni meno drammatici, non caratterizza solo l’emergenza pandemica) sembra invece indicare con maggiore incisività (o, forse, semplicemente disvelare senza riguardi) che la autodeterminazione non è l’unico principio che governa la scelta terapeutica (e resta da chiedersi se sia davvero il più importante). L’accesso alle cure - prospettiva forse desueta per valutare operatività e rilievo del principio di autodeterminazione, solitamente considerato sotto il profilo del diritto al rifiuto delle cure stesse - risulta infatti subordinato alla loro effettiva disponibilità¹⁹.

¹⁸ Nel documento elaborato dalla SIAARTI si legge che «Deve essere considerata con attenzione l’eventuale presenza di volontà precedentemente espresse dai pazienti attraverso eventuali DAT», nel documento congiunto SIAARTI-SIMLA il rilievo attribuito alle DAT appare più netto. L’eventuale presenza di DAT deve essere infatti solo «verificata con attenzione», alla stregua (si direbbe) di un assolvimento di carattere burocratico e le DAT devono essere «ricercate» anche consultando l’apposita banca dati. Si puntualizza, inoltre, che «la volontà della persona deve essere rispettata, a meno che non ricorrano le circostanze previste dalla legge»: una precisazione di per sé pleonastica, che vale però ad enfatizzare il rilievo attribuito alle DAT e quindi alla volontà del soggetto interessato. La questione, assai più delicata di quanto potrebbe *prima facie* apparire, è stata oggetto di attenzione anche da parte di Hasting Center.

¹⁹ Cfr. già Corte cost. sent. del 16 ottobre 1990, n. 455, «considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il diritto alla salute è soggetto alla «determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione» della relativa tutela da parte del legislatore ordinario (...). Quest’ultima dimensione del diritto alla salute, che è quella concernente le questioni di costituzionalità in esame, comporta che, al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento (...). Questo principio, che è comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l’attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre

L'osservazione, tanto ovvia da essere banale, è presente nel dibattito sulle scelte 'macro allocative' in ambito di salute ma in genere trascurata e marginalizzata in quello relativo alle scelte micro allocative, ovvero all'accesso del singolo paziente alle 'cure mediche'. Tra scelte macro e micro allocative sussiste tuttavia - è bene non dimenticarlo - un rapporto osmotico che 'morale sociale' e principio di autodeterminazione intersecano. La volontà individuale, la autodeterminazione contribuisce a plasmare la 'morale sociale' (e ne è a sua volta, consapevolmente o no, influenzata) e la 'morale sociale' è alla base della scelta 'politica' macro allocativa, che a sua volta si rifletterà in modo tutt'altro che trascurabile sull'effettiva realizzazione del principio di autodeterminazione. Non è infatti sufficiente la volontà di essere curati, di potere usufruire per esempio di trattamenti intensivi, occorre che questa esigenza sia stata riconosciuta 'socialmente' e quindi 'a monte', politicamente, siano state attribuite le risorse necessarie al suo soddisfacimento, e che pertanto ci siano posti (sufficienti) in terapia intensiva. Nello scenario in cui la scelta allocativa concretamente si compie il match, per usare un gergo tennistico, non sembra dunque destinato a svolgersi tra principio di autodeterminazione e paternalismo medico, ma piuttosto tra principio di autodeterminazione e disponibilità delle cure (e quindi, in ultima analisi, quel 'terribile bilanciamento' tra destinazione universale delle cure e loro sostenibilità economica): un avversario assai più temibile del paternalismo medico, ormai (semberebbe) in lento ma inesorabile disarmo.

2.3 Limiti, superabili e non, della decisione caso per caso. I vantaggi, sperati, di decisioni allocative assunte in base a criteri allocativi predeterminati (sì, ma quali?) ...

Revocare in dubbio che il criterio del caso concreto, fondato sull'apprezzamento clinico del paziente, implichi un ritorno del paternalismo medico e la possibile scalfittura del principio di autodeterminazione non significa ignorare o negare che il criterio stesso comunque presenta limiti nient'affatto trascurabili. Si mostra, per esempio, inadeguato qualora si tratti di decidere a chi attribuire la risorsa tra pazienti con un quadro clinico sovrapponibile. La decisione del medico in tali ipotesi non potrà che attingere anche a criteri extra clinici, con un inevitabile (ed elevato) margine di discrezionalità. Sembra però onesto riconoscere che individuare un criterio davvero oggettivo diverso dal sorteggio in tali ipotesi è più che difficile, quasi chimerico.

I limiti della decisione effettuata 'caso per caso' non sembrano tuttavia riguardare solo la (molto probabilmente) inevitabile discrezionalità che accompagna la decisione allocativa nei casi in cui il quadro clinico di un paziente si presenta sovrapponibile a quello di un altro. La decisione 'caso per caso' a ben vedere presenta *sempre* un (considerevole) margine di discrezionalità, che

delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità»; Corte cost. sent. del 27 luglio, 2011, n. 248, parla di configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come «finanziariamente condizionato», giacché «l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (*ex multis*, sentenza n. 111 del 2005)».

non può essere ignorato (e che si teme, non senza una qualche ragione, possa trascinare in arbitrarietà), e una opacità che rende ontologicamente poco agevole controllarne *ex post* la ragionevolezza. Ciò, oltre a presentare profili di problematicità sotto il profilo etico, potrebbe amplificare non poco il rischio di contenzioso che abitualmente già accompagna tali vicende. I soggetti 'esclusi', cioè pregiudicati dalla scelta allocativa compiuta 'caso per caso' dal medico, potrebbero infatti giudicare la decisione erronea e ritenere di essere stati ingiustamente danneggiati e quindi agire giudizialmente di conseguenza. Inoltre, una simile modalità operativa comporta un carico emotivo non indifferente per il medico decisore.

Resta tuttavia da verificare se la fissazione di rigidi criteri allocativi - posto che, come visto, è estremamente difficile, forse utopistico, individuarne di realmente dirimenti in situazioni non 'di scuola', eticamente argomentabili e generalmente condivisi - rappresenti davvero la soluzione più opportuna o se tali limiti possano essere *aliunde* e più efficacemente, o comunque con minori costi, superati.

Riguardo ai limiti in qualche modo collegabili alla discrezionalità del decisore, per esempio, è possibile chiedersi se non possano trovare migliore risposta nella 'condivisione procedimentalizzata' della decisione. La decisione stessa dovrebbe cioè essere per quanto possibile 'suddivisa' tra più fasi e più soggetti e le motivazioni sottese dovrebbero essere documentate e descritte con chiarezza, in tutte le fasi e da tutti i soggetti coinvolti. La proceduralizzazione non è certamente una panacea per ogni dilemma in ambito terapeutico ma rappresenta in molte situazioni il miglior compromesso possibile. La necessità di decidere l'allocazione 'vitale' di risorse scarsissime configura una di queste situazioni, pur nella consapevolezza che i tempi necessariamente 'contingenti' nei quali simili decisioni debbono essere assunte possono talvolta rendere anche tale compromesso non facilmente praticabile. La 'condivisione procedimentalizzata', beninteso ove si riesca ad attuarla, potrebbe limitare (anche se, ovviamente, non escludere integralmente) la discrezionalità della decisione e quindi esorcizzare il rischio della sua arbitrarietà, così come potrebbe limitare (anche se, ovviamente, non escludere integralmente) l'opacità della decisione stessa. E potrebbe inoltre essere funzionale all'esigenza di schermare il medico decisore dai condizionamenti del caso concreto e 'sollevarlo' dal pesante carico emotivo implicito in una scelta allocativa 'ultima' come quella che è chiamato a compiere, in misura forse maggiore di quanto dovere (comunque) decidere applicando regole avvertite come 'non giuste', estranee al proprio (e non di rado anche al 'comune') 'sentire'.

Il rischio che la decisione caso per caso possa alimentare il contenzioso è tutt'altro che ipotetico. Tralasciando però la (fondamentale) questione del 'rango' della fonte in cui i criteri dovrebbero essere esplicitati per potere essere funzionali a contrastare efficacemente tale rischio, comunque questo potrebbe forse, e con non poca difficoltà, essere limitato (mai, per onestà occorre ammetterlo, escluso) se i criteri allocativi alla base del giudizio - fondati sull'età o sulla qualità della vita o su altro - fossero non solo noti, trasparenti e correttamente applicati ma anche e soprattutto condivisi, ritenuti cioè dal sentire sociale, e quindi anche dagli esclusi, eticamente fondati, 'equi'. La non generalizzata condivisione dei criteri ne mina infatti l'attitudine persuasiva e rende quanto meno incerto che l'assunzione degli stessi possa davvero rappresentare un argine sufficientemente robusto non solo per neutralizzare ma finanche per limitare pretese risarcitorie

e/o, eventualmente, azioni penali. Gli eventuali ‘pretermessi’ (o i loro familiari), infatti, continuerebbero probabilmente a sentirsi trattati ‘ingiustamente’ e quindi a reclamare in via giudiziale ‘giustizia’. Nessun miglioramento significativo, anzi, forse, una maggiore incertezza rispetto a quanto potrebbe essere, almeno in buona misura, ottenuto attraverso l’applicazione di regole già previste nell’attuale quadro normativo, basti pensare, per quello che concerne il diritto civile, ad una interpretazione dell’art.1218 che consideri l’estrema scarsità/indisponibilità di risorse causa non imputabile da cui è derivata l’impossibilità di adempiere la prestazione sanitaria. E sicuramente un netto regresso rispetto a quanto potrebbe essere per taluno ottenuto, *de iure condendo*, attraverso specifici interventi normativi²⁰.

L’obiettivo di prevenire o quanto meno limitare in modo significativo il contenzioso potrebbe con buona probabilità essere raggiunto solo se i criteri allocativi prescelti, al di là della loro condivisione, fossero rigidamente determinati, senza lasciare alcuno spazio alla discrezionalità dell’interprete/medico. Nella consapevolezza che prevedere un ordine gerarchico tra i vari criteri rappresenterebbe una ulteriore complicazione, potrebbe addirittura essere più funzionale allo scopo di prevenire ogni conflitto e recriminazione tra gli esclusi indicare un solo criterio. In tal caso, qualora lo stesso fosse correttamente (e pedissequamente) applicato, probabilmente si limiterebbe il contenzioso. Il criterio assunto dovrebbe però essere valutabile in modo assolutamente preciso e certo, essere cioè oggettivamente (matematicamente, si potrebbe dire) misurabile. Individuare un criterio simile non è affatto semplice. L’età - anagrafica, posto che quella biologica presenta un margine di discrezionalità nella determinazione - sembra uno dei pochi, se non l’unico, a rivestire tali caratteristiche. Qualora il criterio fosse l’età, un soggetto escluso, in ipotesi un settantenne complessivamente in buona salute, non potrebbe lamentare di essere stato trattato ingiustamente (né potrebbero farlo i suoi parenti) - e quindi intentare azioni legali - qualora l’unica risorsa disponibile fosse stata, conformemente al criterio prefissato, attribuita ad un soggetto più giovane, in ipotesi un sessantacinquenne in condizioni generali nell’insieme più precarie.

²⁰ La questione è oggetto di un intenso dibattito e meriterebbe un approfondimento che non è però nell’economia delle presenti riflessioni, sembra pertanto sufficiente in questa sede ricordare che in sede di conversione in legge del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 sono stati proposti diversi emendamenti che introducevano modifiche alla disciplina della responsabilità sanitaria disegnata dalla legge n. 24 del 8 marzo 2017(c.d. legge Gelli-Bianco), ridefinendone i parametri applicativi. In particolare, l’emendamento presentato al Senato da Marcucci e altri (1.0.4) prevedeva «1. Per tutti gli eventi avversi che si siano verificati o abbiano trovato causa durante l’emergenza epidemiologica COVID-19 di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, le strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche e private e gli esercenti le professioni sanitarie – professionali – tecniche amministrative del Servizio sanitario non rispondono civilmente, o per danno erariale all’infuori dei casi in cui l’evento dannoso sia riconducibile: a) a condotte intenzionalmente finalizzate alla lesione della persona; b) a condotte caratterizzate da colpa grave consistente nella macroscopica e ingiustificata violazione dei principi basilari che regolano la professione sanitaria o dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per :fronteggiare la situazione in essere; c) a condotte gestionali o amministrative poste in essere in palese violazione dei principi basilari delle professioni del Servizio sanitario nazionale in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell’agente che le ha poste in essere o che vi ha dato esecuzione. 2. Ai fini della valutazione della sussistenza della colpa grave di cui al comma 1, lettera b), vanno anche considerati la proporzione tra le risorse umane e materiali disponibili e il numero di pazienti su cui è necessario intervenire nonché il carattere eterogeneo della prestazione svolta in emergenza rispetto al livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore». Gli emendamenti sono stati ritirati ed è stato proposto un ordine del giorno che impegna il governo a occuparsi della materia in futuri provvedimenti normativi, che taluni auspicano e altri ritengono invece superflui, se non addirittura controproducenti.

Resta da chiedersi se tale risultato possa davvero considerarsi eticamente fondato (e generalmente auspicato). Quasi inevitabile più di un dubbio.

6. ...e i probabili costi. Il mito della oggettività vs il rischio della disumanità delle decisioni algoritmiche e quasi algoritmiche

Questo, con non poca approssimazione, il quadro dei limiti, in parte correggibili ma in parte, bisogna riconoscerlo, insiti nel criterio del ‘caso concreto’ e da questo ineliminabili, e dei benefici contrapposti che invece potrebbero, presumibilmente o forse, *rectius*, auspicabilmente, derivare dall’assumere a parametro decisorio regole di carattere generale fondate su criteri extraclinici. È necessario a questo punto interrogarsi sui costi che potrebbe presentare quest’ultima opzione, nella consapevolezza che anche in tale ipotesi molto difficilmente si potrebbe integralmente prescindere da una valutazione concreta di volta in volta effettuata, con un margine (seppure forse più ridotto) di discrezionalità.

In primo luogo occorre considerare che assumere tali criteri (beninteso, dopo averli individuati, operazione come visto, tutt’altro che facile) come regole di carattere generale, che si prefiggono di indicare un dover essere, di orientare cioè le scelte, significa implicitamente attribuirgli un particolare rilievo. Significa cioè riconoscere che si tratta di criteri eticamente ‘giusti’.

In questa prospettiva appare (quanto meno) miope negarne il valore simbolico e la almeno potenziale vis espansiva. Sembra infatti ingenuo coltivare l’illusione che l’insinuarsi di tali criteri non si rifletta poi sulla ‘morale sociale’, ‘motore immobile’ decisamente assai influente sulla ‘inclinazione del pendio’ in ambito etico. Il rischio che il ricorso a criteri extraclinici possa contribuire, al di là delle intenzioni, a determinare o quanto meno avallare atteggiamenti discriminatori nei confronti di alcune categorie di persone, le più ‘fragili’, favorendo un ritorno alla cultura dell’inutilità della vita, con eventuali annesse derive eugeniche, non può essere frettolosamente liquidato. E del resto il documento della SEMICYUC prima richiamato sembrerebbe ricordarcelo. Per altro verso, è possibile domandarsi se non sia altresì illusorio ritenere che la ‘scala valoriale’ che tali criteri possono contribuire, o forse, *rectius*, non possono non contribuire a delineare resti confinata nella situazione emergenziale determinata dalla pandemia. O se invece non sia più che probabile che questa proietti i suoi effetti ben oltre essa, riflettendosi inevitabilmente anche sulle scelte macro allocative, che continueranno a dovere essere comunque effettuate, troppo spesso se non sempre, in un contesto di scarsità delle risorse, e che pertanto finirebbero con il prevedere sempre meno risorse da destinare a particolari categorie di soggetti. Uno scenario sulla cui desiderabilità è lecito interrogarsi.

Così come, in una prospettiva più generale ma solo apparentemente aliena dalla presente riflessione, è lecito interrogarsi sulle ragioni della crescente aspirazione a delegare le decisioni più spinose e problematiche a criteri assolutamente rigidi e predefiniti, se non addirittura a sofisticati algoritmi – di cui comunque tali criteri mimerebbero il *modus operandi* -, confidando (se non si vuole parlare di infallibilità, almeno) nella loro indiscutibile oggettività. A volere essere maliziosi

si potrebbe pensare che la ragione ultima di tale delega sia, almeno parzialmente, imputabile alla sfiducia nella capacità di esercizio della discrezionalità da parte dei decisori e, ad essere ancor più maliziosi che rappresenti un tentativo di de-responsabilizzazione (o, quanto meno, di attenuazione della responsabilità) dai decisori stessi avallato (se non orchestrato). In ogni caso, bisogna riconoscere che l'opzione pare presentare non pochi vantaggi, che certo non possono essere sottovalutati. Basti pensare che si eliminerebbe la arbitrarietà insita in ogni giudizio discrezionale e si otterrebbe al contempo la prevedibilità della decisione. E in materia bioetica, dove la difficoltà di giudizi assolutamente oggettivi risulta indubbiamente amplificata dalla molteplicità delle concezioni ad essi sottese, soggettive e opinabili, pervenire ad una decisione prevedibile, assunta in base a regole certe e attraverso un meccanismo trasparente può apparire il miglior risultato che si possa realisticamente sperare di ottenere.

Si intravedono tuttavia dei chiaroscuri. In primo luogo, occorrerebbe forse chiedersi se la neutralità 'algoritmica' (o dei criteri epigoni), fondamento della sua oggettività, corrisponda al vero o sia solo un mito, cui si crede o si finge di credere, resta da capire se per troppa ingenuità o troppa scaltrezza. Inoltre, occorrerebbe almeno mettere in conto il rischio che talvolta (il miraggio di) tale oggettività possa finire con l'infrangersi contro una realtà troppo complessa per un pur sofisticato algoritmo (e ancor più per un criterio di questo mimo), del quale rimarrebbe intatta solo la fissità. Fissità che conduce ad un giudizio prevedibile e magari (pur ammettendo che non sia anche questo una illusione) assunto in base a regole certe e attraverso un meccanismo trasparente ma qualche volta anche assolutizzante - e quindi, non del tutto refrattario a qualche forma di spietatezza, propria di ogni assolutizzazione - e comunque assai difficile da correggere. Un giudizio che, almeno in materia bioetica, talvolta rischia di essere forse troppo astratto per potere essere 'giusto' o quanto meno - se si dubita che sia possibile stabilire con assoluta certezza, una volta per tutte cosa è giusto e cosa non lo è -, 'sentito' come tale. Resterebbe a questo punto la prevedibilità della decisione, la sua oggettività (sia pure declinata al ribasso come mera assunzione della decisione stessa secondo regole rigidamente predeterminate) e la (relativa) de-responsabilizzazione dei decisori. E resterebbe anche da valutare se è tanto, abbastanza o (troppo) poco.



Salvatore Bonfiglio*

Per una riforma del sistema elettorale in senso stretto**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Per un sistema elettorale a formula alternativa (proporzionale o maggioritaria). - 3. Equilibri e *quorum* costituzionali di garanzia.

1. Premessa

Il governo guidato da Mario Draghi è sostenuto da un'ampia maggioranza parlamentare. Si tratta di una maggioranza non omogenea, che si è formata per far fronte alla crisi sanitaria, economica e sociale.

Prima delle elezioni politiche previste nel 2023 – a meno che si vada a un voto anticipato – è auspicabile che il Parlamento adotti alcune riforme istituzionali necessarie per una maggiore stabilità ed efficienza del governo e per dare continuità e rilievo alle iniziative italiane in ambito europeo. Oggi questo rilievo dipende molto da una personalità autorevole, come l'attuale Presidente del Consiglio, figura estranea al sistema dei partiti. E, del resto, pure il predecessore di Mario Draghi, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, non ricopriva nessuna carica politica nell'ambito del partito di maggioranza relativa.

Nel Regno Unito, come in Germania e in Spagna, e così anche nella maggior parte dei sistemi parlamentari, pure in situazioni di crisi molto gravi la guida del Governo non è affidata a *leadership* estranee al sistema dei partiti. Sarebbe molto utile per il Paese che i partiti politici la smettessero di fare i malati cronici che si affidano alle cure dei medici senza in realtà voler guarire. Le riforme

* Professore associato di Diritto costituzionale italiano e comparato nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi Roma Tre.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

istituzionali non sono certo una cura miracolosa, ma possono contribuire a dare una risposta al bisogno di legittimazione democratica.

Ancor prima della caduta del Muro di Berlino, Leopoldo Elia scriveva: «dobbiamo utilizzare i dati di diritto comparato per raggiungere l'obiettivo di "europeizzare", con congegni non troppo sofisticati, il sistema elettorale politico, per sottrarre l'elettore alla condizione di inferiorità in cui viene mantenuto, per dare, non ultimo vantaggio, un coefficiente di stabilità ai governi della Repubblica»¹.

2. Per un sistema elettorale a formula alternativa (proporzionale o maggioritaria)

Anche se poco probabile², è certamente auspicabile una trasformazione – ma non in via referendaria³ – del sistema elettorale per almeno due motivi. Il primo riguarda la legge n. 165 del 2017 (c.d. *Rosatellum-bis*)⁴, che andrebbe comunque cambiata in quanto presenta profili di incostituzionalità⁵ – basti pensare al fenomeno delle pluricandidature – e, inoltre, perché si è rilevata incapace di garantire governabilità. Il secondo motivo è riconducibile all'esigenza di valorizzare la partecipazione dei cittadini attraverso i partiti politici nell'ambito del sistema parlamentare e di una democrazia pluralista che vede un'espansione di diverse forme di partecipazione politica e di molteplici livelli decisionali a livello locale, regionale, nazionale ed europeo.

Per sottrarre l'elettore alla condizione di inferiorità in cui viene mantenuto, dunque, è opportuno favorire per le elezioni dei componenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica la formazione di coalizioni pre-elettorali e, sulla base della scelta operata dal corpo elettorale, la formazione di compagini e maggioranze parlamentari in grado di dar vita a governi più stabili. Ciò, come si dirà, è possibile mettendo l'elettore nella condizione di fare una scelta sia a favore del singolo partito, sia per la coalizione di partiti in grado di costituire una maggioranza.

¹ L. ELIA, *Proposte per un possibile riordino istituzionale*, in *Il Politico*, 4/1987, 572.

² Sulla probabile inazione in materia di sistema elettorale in senso stretto, si veda F. LANCHESTER, *Introduzione. Il sistema elettorale in senso stretto: Quali prospettive?*, intervento al Convegno "La legge elettorale in senso stretto quali prospettive in Italia?" del 28 aprile 2021 organizzato da *Nomos* e dalla Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà", in questa *Rivista*, n. 1/2021, 5. Nello stesso fascicolo si vedano anche i contributi di Roberto Borrello, Augusto Cerri, Nicola Colaianni, Matteo Cosulich, Pino Pisicchio, Massimo Siclari e Lara Trucco. Come affermava Roberto Ruffilli, assassinato il 16 aprile 1988 dalle Brigate Rosse-Partito comunista combattente, permane più in generale d'intreccio fra un uso "partigiano" ed un uso "sistemico" della riforma elettorale: tra una sua finalizzazione al miglioramento delle posizioni del singolo partito a scapito degli altri ed una sua finalizzazione ad un funzionamento più efficace e corretto del sistema dei partiti, e delle sue relazioni con le istituzioni e con i cittadini» (R. RUFFILLI (a cura di), *Premessa*, in *Materiali per la riforma elettorale*, Bologna, il Mulino-Arel, 1988, 10; pubblicato anche in R. RUFFILLI, *Istituzioni società Stato*, vol. III, *Le trasformazioni della democrazia: dalla Costituzione alla progettazione delle riforme istituzionali*, Bologna, il Mulino, 1991, 810).

³ Del resto, come era prevedibile, è stato bocciato dalla Corte costituzionale per «eccessiva manipolatività» il tentativo di trasformare in via referendaria la legge n. 165 del 2017 in un modello interamente maggioritario (Corte cost., sent. n. 10/2020).

⁴ Ora *Rosatellum-ter*, dopo la legge 27 maggio 2019 n. 51, che ha introdotto una formula frazionaria in grado di rapportarsi alla variabilità del numero dei parlamentari e successivamente alla nuova determinazione dei collegi uninominali e plurinominali, attuata mediante il d.lgs. 23 dicembre 2020, n. 177, in esecuzione della delega contenuta nella stessa legge n. 51 del 2019.

⁵ Vedi A. APOSTOLI, *Il c.d. Rosatellum-bis. Alcune prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, 8 e ss. e, più di recente, R. BORRELLO, *La disciplina del sistema elettorale in Italia: sulla necessità di una palingenesi*, in questa *Rivista*, n. 1/2021.

Di diverso segno, rispetto all'orientamento suddetto, appare il disegno di legge di cui il primo firmatario è l'on. Brescia (AC 2329), il quale propone un modello proporzionale – che presenta profili di incostituzionalità, già evidenziati dalla dottrina⁶ – con soglia di sbarramento al 5% alla Camera e al 15% a livello regionale per il Senato, liste bloccate fino ad otto candidati e sistema delle pluricandidature che permette di candidarsi fino a cinque collegi plurinominali. In sintesi, si tratta di una “delega in bianco” ai partiti politici, che si può evitare, invece, proprio con la formazione di coalizioni pre-elettorali. Queste ultime, pur essendo un'espressione creativa della attività dei partiti politici, ricevono però un consenso elettorale immediato; esse, inoltre, favoriscono una più stretta correlazione fra uomini e programmi, riducendo le potenzialità trasformistiche degli accordi partitici post-elettorali.

Ovviamente questo non basta per avere maggioranze stabili e, soprattutto, omogenee.

Tra le proposte in materia elettorale⁷, si potrebbe considerare l'ipotesi di un sistema elettorale a formula alternativa (proporzionale o maggioritaria), in particolare con un premio assegnabile a doppio turno eventuale. Il funzionamento, piuttosto articolato, vorrebbe contemperare esigenze di rappresentanza, auspici di governabilità e indicazioni della Corte costituzionale: le forze politiche sarebbero libere di presentarsi singolarmente o di coalizzarsi tra loro (per le coalizioni, in tutti i casi, i seggi spettanti sarebbero distribuiti prima alla coalizione stessa e poi alle sue liste, in base ai loro risultati).

Volendo immaginare un premio di maggioranza a favore della governabilità, sembra opportuno prevedere la soglia minima del 40% dei voti perché una coalizione (o una lista non coalizzata) possa ottenere il premio al primo turno⁸, arrivando al massimo al 55% dei seggi in entrambe le Camere. Qualsiasi premio che andasse oltre questa soglia metterebbe in pericolo

⁶ G. AZZARITI, *La modifica del sistema elettorale secondo la proposta di legge dell'attuale maggioranza*, in *Consulta online*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 8 giugno 2020; F. A. SANTULLI, *La proposta di modifica del sistema elettorale: appunti su A.C. 2329*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021; R. BORRELLO, *op. cit.*

⁷ Già nel 1984 Roberto Ruffilli proponeva una quota riservata alle coalizioni, ipotizzando un premio del 10% dei seggi riservato al collegio unico nazionale ripartito tra la coalizione vincente e la seconda classificata. Si veda il suo intervento nella seduta del 18 luglio 1984 della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali (Camera dei deputati, Senato della Repubblica, IX legislatura, Doc. XVI bis, n. 3 ter, pp. 486 e ss.); ora in R. RUFFILLI (a cura di), *Materiali per la riforma elettorale*, Bologna, il Mulino, 1987, 43 ss. In questo volume si veda anche il lucido contributo di Antonio Agosta, il quale, pur apprezzando la proposta di Ruffilli, considera il premio ipotizzato «insufficiente a garantire (in quella misura) stabilità e omogeneità della maggioranza» (A. AGOSTA, *Il dibattito sulla riforma del sistema elettorale (in tema di rappresentatività e efficienza*, in R. RUFFILLI (a cura di), *Materiali per la riforma elettorale*, cit., 234; questo scritto riproduce, con alcuni aggiornamenti, il *paper* presentato al Convegno della Società Italiana di Scienza politica, dedicato al «Rendiconto delle istituzioni» Università di Padova, 18/20 aprile 1985, pubblicato nella rivista *Il Politico*, n. 2/1986, 285-315). Per correggere la proposta di Ruffilli, Agosta ipotizzava «un meccanismo che, prevedendo circoscrizioni più ampie (al fine di assicurare la massima rappresentanza), assicurasse però anche un premio di consistenza maggiore di quello proposto, da assegnare alla coalizione (dichiarata preventivamente) che ottenesse la maggioranza relativa» (A. AGOSTA, *op. cit.*, 250).

⁸ La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale ha ritenuto che il premio, mancando una soglia minima di voti per conseguirlo, consentisse «una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare». La cosiddetta “legge Calderoli” fu dichiarata incostituzionale anche perché sovra-rappresentava la lista o la coalizione di liste vincente, attribuendo il premio di maggioranza del 54% dei seggi a prescindere dalla percentuale di voti ottenuti, anche se minima. Ed, in effetti, nelle elezioni politiche del 2013 la coalizione di centro sinistra alla Camera dei deputati ottenne il 54% dei seggi (340) con appena il 29,5% dei voti. Viceversa, la soglia del 40% «non appare in sé manifestamente irragionevole, poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obbiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro» (sentenza n. 35/2017, 6).

l'equilibrio dei diversi poteri e il sistema delle garanzie costituzionali.

Se la prima coalizione o lista non raggiungesse il 40% dei voti, si potrebbe assegnare lo stesso premio di maggioranza al ballottaggio; per evitare distorsioni eccessive sanzionabili dalla Corte costituzionale⁹, tuttavia, sembra opportuno prevedere questo secondo turno solo ove entrambe le coalizioni/liste più votate abbiano raggiunto almeno il 35%. Ciò, oltre a porre al riparo le nuove norme da censure già incontrate in passato (relative soprattutto all'ipotesi in cui al ballottaggio vincessero la coalizione/lista meno votata delle due pochi giorni prima), favorirebbe sin dal primo turno la tendenza alla bipolarizzazione. Un effetto simile non si avrebbe, per esempio, portando la soglia minima per l'attribuzione del premio dal 40% al 45%: più che ridurre la frammentazione partitica, produrrebbe solo coalizioni molto disomogenee.

Qualora, invece, una sola coalizione o lista arrivasse al 35% (o se nessuna di queste raggiungesse l'obiettivo), non scatterebbe alcun premio di maggioranza e i seggi sarebbero tutti distribuiti secondo una formula proporzionale.

Nei primi due casi si sarebbe di fronte, in concreto, a un sistema maggioritario con rappresentanza delle minoranze; nel terzo e ultimo caso, a un sistema proporzionale. Per questo si è parlato, all'inizio, di un sistema a formula alternativa. Questa soluzione punta a distinguere nettamente l'applicazione di un sistema di fatto maggioritario (pur con l'inevitabile ripartizione dei seggi tra le coalizioni di minoranza e all'interno delle singole coalizioni in proporzione ai voti ottenuti) da quella di una formula proporzionale: in questo modo si "prende sul serio" il monito lanciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/2014 (guardando anche alla giurisprudenza costituzionale tedesca), per cui «qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita" [...] che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare».

Pensando al concreto funzionamento di questo sistema, si potrebbe dividere il territorio nazionale in circoscrizioni (di dimensione regionale, ma non necessariamente, alla Camera; di dimensione regionale al Senato, a meno che ovviamente non vada in porto la "riforma Fornaro" che introduce l'elezione dei senatori a base circoscrizionale), assegnando a ciascuna di queste i seggi loro spettanti in base alla popolazione. L'85% dei seggi assegnati a ogni circoscrizione sarebbe comunque assegnato secondo una formula proporzionale in base allo scrutinio di lista, con la previsione della doppia preferenza di genere¹⁰.

I seggi restanti (pari all'incirca al 15% di quelli da distribuire, sia pure per difetto) avrebbero un destino diverso in base al risultato elettorale. Qualora il premio scatti al primo turno, i seggi sarebbero assegnati alla lista o alla coalizione che ha superato il 40% dei voti, a partire dalle circoscrizioni in cui la lista/coalizione ha ottenuto la percentuale maggiore, fino al raggiungimento da parte della stessa del 55% dei seggi della singola Camera: qualora tale quota

⁹ Corte cost. sent. n. 35/2017, 9.2.

¹⁰ Con la revisione delle preferenze, si ricorda che la Corte costituzionale ha censurato nella sentenza n. 1/2014 le liste «bloccate», in quanto riguardavano quasi «la totalità dei parlamentari eletti» e spesso erano molto lunghe, così da non rendere conoscibili le persone candidate e da annullare per l'elettore il margine di scelta dei suoi rappresentanti.

fosse raggiunta senza esaurire l'intero "pacchetto" del premio, i seggi residui (legati alle circoscrizioni in cui i soggetti destinatari del premio hanno "vinto meno") verrebbero attribuiti alla lista/coalizione giunta seconda nello scrutinio di lista. In entrambi i casi, i voti si trasformerebbero in seggi a beneficio delle prime persone non elette nei vari territori, sempre in ogni caso rispettando le preferenze espresse dal corpo elettorale.

Qualora invece almeno due liste/coalizioni raggiungano il 35%, il ballottaggio – senza possibilità di nuovi apparentamenti – servirebbe a far determinare agli elettori la lista o coalizione destinataria del premio, che in quel caso verrebbe assegnato per intero (visto che i beneficiari resterebbero comunque sotto il 55% dei seggi). Ovviamente la compagine parlamentare di maggioranza sarebbe meno nutrita rispetto al caso del premio vinto al primo turno; ciò sembra accettabile, considerando che si vuole limitare la distorsione del risultato del primo turno (come richiesto dalla Corte costituzionale e come l'introduzione della soglia di accesso al ballottaggio aiuta a fare). Anche in questo caso, il premio si tradurrebbe nell'assegnazione dei seggi corrispondenti alle prime persone non elette, nelle varie circoscrizioni, dalla lista/coalizione premiata in base alle preferenze ricevute nel primo turno.

Se, da ultimo, non scattasse affatto il premio, anche i seggi destinati a quello scopo sarebbero distribuiti con il sistema proporzionale nelle varie circoscrizioni, tra le liste e coalizioni che si sono affrontate. All'ipotesi in cui soltanto una o nessuna lista/coalizione raggiungesse il 35% dei voti, peraltro, occorrerebbe aggiungere quella in cui il premio dovesse essere vinto in modo disomogeneo tra le due Camere (quindi da liste/coalizioni diverse): anche in questo scenario, dunque, la distribuzione dei seggi sarebbe interamente proporzionale.

Queste ipotesi, ovviamente, sono sempre possibili, ma il modo in cui il sistema è stato pensato rende assai più probabile la formazione di maggioranze parlamentari (nette, ma mai oltre il 55% dei seggi) espressione della stessa coalizione elettorale vincente.

Nella sua parte a funzionamento maggioritario, il sistema può ricordare quello più diffuso a livello regionale (dopo il superamento dei "listini"), con il premio "ribaltato" sui gruppi di liste circoscrizionali. Ovviamente ci sono differenze rilevanti: innanzitutto non c'è l'elezione diretta di un presidente (e non si indica un capo della forza politica o della coalizione), poi il premio è solo eventuale e può richiedere un ballottaggio per la sua assegnazione (previsto in Toscana, sia pure a condizioni diverse da quelle viste qui).

Naturalmente alla struttura di base del sistema elettorale occorre affiancare altri dettagli non trascurabili. Oltre alla frammentazione, infatti, va scoraggiata o "neutralizzata" la possibilità che i partiti principali delle coalizioni creino e coinvolgano "liste rastrellavoti", di scarsa consistenza, ma utili per raggiungere le soglie di accesso al premio o al ballottaggio: sarebbe quindi bene prevedere che ai fini del raggiungimento delle soglie predette, non siano computati i voti delle liste che hanno ottenuto meno dell'1% (queste potrebbero comunque concorrere al riparto dei seggi, non prevedendo il sistema proposto clausole di sbarramento).

Visto il mancato superamento del bicameralismo perfetto, poi, occorre naturalmente allineare l'elettorato attivo per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato. In tale senso, è auspicabile a breve l'approvazione in seconda lettura da parte del Senato della modifica dell'art. 58 della Costituzione; modifica che estende agli elettori che hanno superato il diciottesimo anno di età il

diritto di votare anche per i componenti della seconda Camera.

Da ultimo, la scheda elettorale non subirebbe particolari scossoni rispetto alle forme cui siamo abituati in altre circostanze; essa potrebbe essere simile a quella prevista per le elezioni amministrative nei comuni superiori, ovviamente senza l'indicazione di capi della forza politica o della coalizione: ci sarebbe un rettangolo per ogni lista presentata (contenente il rispettivo contrassegno e le due linee per consentire la doppia preferenza di genere), accostando i rettangoli delle liste coalizzate (“impilati” in fila per due, come prevede il modello più recente di scheda per quelle elezioni amministrative).

Gli elettori, dunque, non incontrerebbero difficoltà: potrebbero votare per una lista (e, volendo, indicare una o due preferenze tra le candidature), sapendo quali corrono da sole e quali in coalizione. Le distorsioni della loro volontà sarebbero eventualmente limitate alla sola quota del 15% dei seggi (e solo se scattasse il premio), ma si tradurrebbero in seggi sempre sulla base delle indicazioni del corpo elettorale fornite con le preferenze. Il risultato, dunque, non sarebbe frutto di alcuna “delega in bianco” ai partiti, ma dipenderebbe comunque dalle scelte degli elettori, nel far scattare il premio oppure no, nell’assegnazione dello stesso (magari col ballottaggio) e comunque nell’individuazione delle persone elette. In tal modo, l’*equilibrio ragionevole* tra rappresentanza e governabilità sarebbe il risultato non soltanto della legislazione elettorale, ma anche delle scelte degli elettori.

Il meccanismo elettorale proposto dovrebbe funzionare a regime con l’assegnazione del premio di maggioranza al primo turno, riducendo al minimo le occasioni di ricorso al ballottaggio. In ogni caso, anche nell’ipotesi che fosse necessario ricorrere al secondo turno, sono escluse, come si è detto, forme di collegamento o apparentamento fra liste elettorali tra il primo e il secondo turno¹¹, per rafforzare la scelta del cittadino-elettore orientata a favore di una più stretta correlazione fra uomini e programmi. In effetti, è impensabile che tra il primo e il secondo turno vi possa essere una seria e approfondita ridefinizione programmatica. In sostanza, con l’apparentamento verrebbe meno l’obiettivo di consentire al corpo elettorale di confrontare programmi di governo alternativi e di non precludere ad esso «la possibilità di contribuire alle scelte di indirizzo»¹².

¹¹ Sono le concrete modalità dell’attribuzione del premio attraverso il turno di ballottaggio a determinare la lesione degli artt. 1, secondo comma, 3 e 48, secondo comma, Cost.; mentre «non è il turno di ballottaggio fra liste in sé, in astratto considerato, a risultare costituzionalmente illegittimo» (Corte cost. sentenza 35/2017, 9.2). Forme di collegamento fra liste tra il primo e il secondo turno si possono considerare necessarie soltanto in assenza di correttivi alla riduzione dell’offerta elettorale nel turno di ballottaggio: ad esempio, senza un correttivo quale un *quorum* minimo di accesso con almeno il 35% vi è il rischio che il premio sia attribuito a una lista/coalizione priva di un adeguato radicamento nel corpo elettorale, «trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta» (Corte cost. sentenza 35/2017, 9.2).

¹² La citazione è tratta da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, decima edizione rielaborata ed aggiornata, a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, Padova, Cedam, 1991, 464. Aggiunge Mortati: «Sembra invece che proprio dal riconoscimento ai cittadini del diritto considerato dall’art. 49 debba argomentarsi l’obbligo del legislatore di predisporre sistemi elettorali non solo limitativi di un esasperato proporzionalismo, ma anche tali da agevolare la formazione, preventivamente al voto popolare, di accordi programmatici impegnativi per la futura azione di governo fra più formazioni politiche; accordi dai quali potrebbe derivare il duplice benefico risultato: di permettere una pronuncia da parte degli elettori sui programmi medesimi e di assicurare una loro maggiore stabilità quale può ottenersi attraverso la formazione di “governi di legislatura”» (C. MORTATI, *op. cit.*, 464).

3. *Equilibri e quorum costituzionali di garanzia*

La rilegittimazione dei partiti politici non è una variabile indipendente rispetto alla «necessità di fare del cittadino, e dell'elettore, il reale arbitro ultimo per l'individuazione della maggioranza e della opposizione e per la valutazione dell'operato dell'una e dell'altra»¹³. D'altra parte, i cittadini non possono pensare di fare a meno dei partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost. it.). Una democrazia senza partiti politici democraticamente organizzati¹⁴ si espone continuamente al rischio di una deriva plebiscitaria o a nuove forme di populismo¹⁵. Per tale ragione, anche sul tema della regolazione dei partiti politici occorrerà fare un altro e più decisivo passo in avanti rispetto al decreto-legge n. 149/2013 voluto dal governo guidato da Enrico Letta¹⁶ e convertito con legge n. 13/2014.

Ora, vediamo di riflettere sulla necessità di “mettere in sicurezza”¹⁷ gli attuali *quorum* costituzionali di garanzia. Questi, indipendentemente dal premio sopra ipotizzato, sono già oggi a rischio con il *Rosatellum-bis*, che può determinare «un premio implicito ben maggiore di quello che gli offrirebbe il sistema a doppio turno di coalizione con premio di maggioranza»¹⁸.

Anche nel caso, poco probabile, di un ritorno al proporzionale – e, del resto, anche il sistema elettorale qui proposto a “formula alternativa” dovrebbe funzionare a regime con l'attribuzione del premio – appare necessario, a tutela della rigidità della Costituzione, elevare a due terzi dei voti (senza subordinate) il *quorum* per la revisione dell'art. 138 Cost., secondo il modello della Legge Fondamentale della Repubblica Federale di Germania¹⁹. In tal senso una proposta di legge costituzionale fu presentata per iniziativa di Leopoldo Elia, Franco Bassanini e altri deputati nel

¹³ R. RUFFILLI, *Istituzioni società Stato*, vol. III, *Le trasformazioni della democrazia: dalla Costituzione alla progettazione delle riforme istituzionali*, Bologna, il Mulino, 1991, 813. Sul punto vedi il recente saggio di A. SCORNAJENGGI, *Il progetto riformatore di Roberto Ruffilli*, in *Studium*, 2/2021.

¹⁴ Sulla democrazia nei partiti sono numerosi i contributi. Si segnalano qui soltanto quelli pubblicati più di recente: F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017, 100 ss.; M. GORLANI, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico. Il declino della «forma» partito e la crisi del parlamentarismo italiano*, Bari, Cacucci, 2017, 101 ss.; S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: “rilettura” o “incompiuta” costituzionale?*, in questa *Rivista*, n. 3/2018; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, Milano, Franco Angeli, 2018, 42-76; D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Torino, Giappichelli, 2019, 90 ss.; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Milano, Giuffrè, 2019, 135 ss.; M.R. Magnotta, *Costituzione e diritto vivente dei partiti*, in questa *Rivista*, n. 2/2019; I. LAGROTTA, *La crisi dei partiti e la democrazia in Italia*, II ed., Bari, 2020, Cacucci, 199 ss.; R. ORRÙ, «Il “metodo democratico” nei partiti: alcune considerazioni di contesto», in *DPCE online*, n. 1/2021, 364; S. BONFIGLIO - G. MAESTRI, *I partiti e la democrazia. Dall'art. 49 della Costituzione italiana ai partiti politici europei*, seconda edizione, Bologna, il Mulino, 2021.

¹⁵ R. TARCHI, *Le «democrazie illiberali» nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato?*, in *DPCE online*, n. 3/2020, 4170 ss.

¹⁶ Si veda la relazione al disegno di legge presentato dal presidente Letta, di concerto con i ministri Quagliariello e Saccomanni (XVII Legislatura, Atto Camera n. 1154).

¹⁷ Sul punto si veda G. DELLE DONNE, *Stabilità e condivisione delle scelte in materia elettorale. Osservazioni sulle proposte di legge costituzionale A.C. 2244 e 2335*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020, 132 ss.; e, più di recente, S. CURRERI, *Riforma della legge elettorale: le indicazioni della Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info* (18 giugno 2021).

¹⁸ F. LANCHESTER, *Introduzione*, cit., 5.

¹⁹ Art. 79, comma 2, LF.

corso della XII Legislatura²⁰. A differenza della Legge Fondamentale tedesca, però, la suddetta proposta confermava il referendum sospensivo-confermativo anche sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale approvate dalla maggioranza parlamentare dei due terzi²¹.

Un'altra importante questione riguarda il Presidente della Repubblica, che opera in costante riferimento alla riaffermazione dei principi costituzionali e all'ordine costituzionale europeo in cui è inserita la stessa unità della Nazione italiana²². Pur non essendo organo di indirizzo politico, il Capo dello Stato ha indubbiamente esercitato nel corso dell'esperienza repubblicana – e anche di recente con il presidente Mattarella – una significativa influenza sulla dinamica della forma di governo. Non è un caso che in Italia l'attenzione della dottrina costituzionalistica si sia concentrata più sul Presidente della Repubblica e meno sul Presidente del Consiglio. Soprattutto nei momenti più difficili, basti pensare alle complesse vicende legate alla formazione dei governi anche nella legislatura in corso²³, il Presidente della Repubblica, quale Capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale ha svolto fino in fondo la sua funzione di garante della Costituzione, operando per il mantenimento degli equilibri costituzionali all'interno della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione.

Il Presidente della Repubblica deve conservare la sua posizione costituzionale di organo *super partes*; una posizione questa che sarebbe compromessa, ad esempio, nel caso in cui si volesse prevedere la sua elezione a suffragio universale diretto. Piuttosto, per rafforzare la sua funzione di garante, occorrerebbe una revisione dell'art. 83, comma 3, della Costituzione, prevedendo l'elezione del Presidente della Repubblica per scrutinio segreto a maggioranza di due terzi dell'assemblea nei primi tre scrutini e dei tre quinti (non bastando più, dunque, la maggioranza assoluta) nei successivi, come previsto, del resto, per l'elezione da parte del Parlamento in seduta comune dei cinque giudici costituzionali²⁴.

Inoltre, nel caso in cui alla scadenza del mandato del Presidente uscente non sia stato ancora

²⁰ Proposta di legge costituzionale *Modifica agli articoli 64, 83, 136 e 138 della Costituzione*, presentata il 28 febbraio 1995, AC 2115. Essa prevedeva di elevare a due terzi la maggioranza costituzionalmente prescritta per approvare leggi costituzionali o di revisione della Costituzione, al fine di riformare i regolamenti parlamentari e per eleggere i principali organi di garanzia: Presidente della Repubblica e giudici costituzionali di designazione parlamentare.

²¹ Inoltre, si proponeva che il referendum potesse essere richiesto ed indetto «solo per singoli articoli della Costituzione sottoposti a revisione o per gruppi di disposizioni costituzionali tra loro collegate per omogeneità di materia: condizione essenziale per consentire all'elettore una valutazione delle singole innovazioni costituzionali, data la natura binaria della decisione referendaria (che non consente emendamenti o voti per separazione)» (AC 2115).

²² Si parla anche del Presidente della Repubblica quale garante dell'indirizzo politico costituzionale europeo. Sul punto vedi: G. PICCIRILLI, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in R. IBRIDO – N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, il Mulino, 2018, 402 s.; F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, edited by E. VAN DER SCHYFF - D.L. CALLIES, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 201 s.; L. CAPPUCIO, *Forma di governo italiana ed integrazione europea: il progressivo rafforzamento del governo*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna on-line*, 1/2020, 8 ss.

²³ Anche nel caso del governo Draghi, come negli altri governi “tecnici” Ciampi Dini e Monti, l'impulso del Presidente della Repubblica è stato particolarmente evidente nel rispetto della Costituzione e delle norme ‘convenzionali’. Si veda: N. LUPO, *Un governo “tecnico-politico”? Sulle costanti nel modello dei governi “tecnici”, alla luce della formazione del governo Draghi*, in *federalismi.it*, n. 8/2021, 134-148.

²⁴ Come noto, secondo l'art. 3 della legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2, *Modifiche dell'art. 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale*: «I giudici della Corte costituzionale che nomina il Parlamento sono eletti da questo in seduta comune delle due Camere, a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi dei componenti l'Assemblea. Per gli scrutini successivi al terzo è sufficiente la maggioranza dei tre quinti dei componenti l'Assemblea».

eletto dall'Assemblea il suo successore, le funzioni di Presidente sarebbero provvisoriamente assunte dal Presidente della Corte costituzionale oppure sarebbero prorogati i poteri del Presidente in carica. In quest'ultima ipotesi, per spingere le forze politiche parlamentari a raggiungere un accordo sul candidato alla Presidenza ed evitare una rischiosa paralisi istituzionale, sarebbe anche utile prevedere lo scioglimento delle due Camere con un atto firmato dal Presidente della Repubblica e controfirmato dal Presidente della Camera dei deputati.

Infine, un'altra revisione auspicabile riguarda l'art. 64 della Costituzione sul *quorum* necessario per l'adozione dei regolamenti parlamentari: dalla maggioranza assoluta a quella dei due terzi dei suoi componenti.

Sin qui si è detto quanto sia importante la revisione di alcuni *quorum* costituzionali, ma non si può trascurare neppure quanto sia altrettanto utile l'introduzione di altri *quorum* per gli equilibri costituzionali.

Ad esempio, come per l'amnistia e l'indulto è prevista dalla Costituzione una legge deliberata a maggioranza dei due terzi (art. 79 Cost. it.), anche per l'approvazione di altre leggi – non costituzionali o di revisione costituzionale, ma certamente di rilevanza costituzionale, oltre che, ovviamente, costituzionalmente necessarie²⁵ – si dovrebbe prevedere la medesima maggioranza qualificata. Ciò dovrebbe valere, in primo luogo²⁶, per le leggi elettorali relative alla Camera e al Senato²⁷.

La previsione di una maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera per l'adozione del sistema elettorale consentirebbe un'ampia convergenza sulla formula elettorale²⁸; mentre le riforme partigiane, anche quando riescono a passare, hanno sempre il fiato corto, come ci conferma l'esperienza costituzionale.

²⁵ Come ha dichiarato la Corte costituzionale nella sentenza 1/2014, visto che le leggi elettorali sono indispensabili per garantire il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali.

²⁶ Non solo, si pensi alle leggi sul numero dei componenti o sul sistema elettorale riguardanti il CSM, alla legge in materia di ordinamento giudiziario.

²⁷ In tal senso, si veda la proposta di legge costituzionale, *Modifica all'articolo 72 della Costituzione concernente la maggioranza necessaria per l'approvazione delle leggi che disciplinano l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*, presentata il 7 novembre 2019 (AC 2244).

²⁸ L'adozione di tale *quorum* non esclude che si possa anche introdurre un giudizio preventivo di legittimità costituzionale sulle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Le suddette leggi, prima della loro promulgazione, dovrebbero essere sottoposte al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge. Si tratta di una proposta analoga a quella contenuta nel testo di legge costituzionale recante: «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*» (G.U. n. 88 del 15-4-2016). In questo testo si prevedeva che il ricorso motivato potesse essere presentato oltre che da un quarto dei componenti della Camera, anche da almeno un terzo dei componenti del Senato. In alternativa, per allentare la pressione politica indotta sulla Consulta dall'iniziativa delle minoranze parlamentari, si potrebbe riconsiderare la proposta emendativa avanzata in sede di lavori preparatori del testo di riforma da M. LUCIANI, *Appunti per l'Audizione dinanzi alla I Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* – 28 luglio 2015, in *Astrid-online.it*, volta a sostituire il giudizio preventivo “su ricorso”, con un controllo pure anticipato rispetto alla promulgazione, ma attivato in via “automatica”. D'altra parte, il controllo preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali non chiude certo la strada che la Corte costituzionale ha reso praticabile con la sentenza n. 1 del 2014 (e che ha confermato soprattutto con le successive pronunce n. 35 del 2017 e n. 48 del 2021) sul controllo delle leggi elettorali innescato per via incidentale.



Marco Ciriello*

Le riforme costituzionali dopo la riduzione del numero dei parlamentari**

a Afra Guarda, mia Madre

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le riforme costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari nei precedenti tentativi di riforma costituzionale. – 2.1. Le proposte di riforma riguardanti il Parlamento. – 2.2. Le proposte di riforma riguardanti il Governo. – 2.3. Le proposte di riforma riguardanti la democrazia diretta. – 3. Le riforme costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari nella XVIII legislatura. – 4. Le riforme costituzionali e la politica nella storia della Repubblica. – 4.1. L'avvio del processo riformatore e la fine anticipata dell'VIII legislatura. – 4.2. La Commissione Bozzi e il Patto della staffetta. – 4.3. Commissione De Mita-Iotti e la fine della c.d. Prima Repubblica. – 4.4. La Commissione D'Alema e l'«assassinio» da parte di Berlusconi. – 4.5. La c.d. Bozza Violante e il caso Mastella. – 4.6. Le riforme e i referendum: le c.d. riforme Berlusconi e Renzi, tra politicizzazione, partitizzazione e personalizzazione. – 4.7. Sintesi. – 5. Le riforme costituzionali e la politica nella XVIII legislatura. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

L'entrata in vigore della Legge costituzionale n. 1 del 2020, che ha sancito la riduzione del numero dei Deputati da 630 a 400 e dei Senatori da 315 a 200, ha riaperto il mai sopito dibattito nazionale sulle riforme istituzionali e costituzionali¹.

* Dottore Magistrale in Giurisprudenza laureato all'Università degli Studi di Padova, Avvocato del Foro di Padova, Master in Istituzioni parlamentari «Mario Galizia» per Consulenti d'Assemblea presso l'Università La Sapienza di Roma.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Sul punto F. BIONDI, *Le conseguenze della riforma costituzionale del 2019*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2019; E. CATELANI, *Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori alla mera riduzione del numero dei Parlamentari?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020; L. LEO, *La riduzione del numero dei parlamentari tra passato e presente*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020; F. NERI, *Le Commissioni parlamentari: verso un'inevitabile riforma dell'intero sistema*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020; G. SANTINI, *Verso un Parlamento meno rappresentativo?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020; C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020; E. VIVALDI, *Prime considerazioni sulla legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 26 marzo 2020.

La Costituzione, secondo la celebre definizione luhmanniana, e per riflesso le riforme costituzionali, rappresentano l'accoppiamento strutturale tra sistema giuridico e sistema politico, attraverso cui questi due sottosistemi differenziati limitano le influenze reciproche ed acquisiscono autonomia, ma non totale indipendenza².

La possibilità di riuscire a realizzare le auspiccate riforme dipende, quindi, da un duplice piano di valutazione: oggettivo-giuridico, e soggettivo-politico.

Sotto il profilo oggettivo, giuridico, si pone il problema di dare un contesto sistematico armonico alla riduzione del numero dei parlamentari, al fine di garantire la rappresentatività e la democraticità del sistema istituzionale ed implementarne il funzionamento. Il numero dei rappresentanti, infatti, non esprime, in sé, un contenuto significativo determinante del sistema istituzionale, ma, eccettuati gli estremi, un dato fondamentalmente neutro, ed è il tessuto normativo costituzionale, legislativo elettorale e regolamentare parlamentare che gli conferisce significato.

Tutti i plurimi precedenti tentativi di riforma organica della Costituzione, succedutisi e rincorsi nel corso di più di metà della storia della Repubblica italiana, hanno proposto la riduzione del numero dei parlamentari, ma questa si innestava in un disegno di riforma in cui il mutamento quantitativo della composizione del Parlamento traduceva il riflesso superficiale del mutamento qualitativo della sua struttura e della sua funzione, nel contesto con-causale di una pluralità di interventi diretti alla semplificazione, all'efficienza e all'efficacia della struttura e dell'azione delle istituzioni, perseguita attraverso la riforma della forma di Stato e della forma di Governo.

Anche durante la XVIII legislatura la riduzione del numero dei parlamentari è stata concepita in quadri di riforme più ampi: durante il Governo Conte I, si innestava nel quadro delle «*Riforme del cambiamento*» previste dal «*Contratto per il Governo del cambiamento*», sottoscritto tra Movimento 5 Stelle e Lega-Salvini premier; durante il Governo Conte II, è stata reinnestata nel quadro di un più ampio processo di revisione previsto dal «*Programma di Governo*», sottoscritto da Movimento 5 Stelle, Partito democratico e Liberi e Uguali, e dettagliato ne «*L'impegno dei Capigruppo di maggioranza in tema di riforme della Costituzione, delle leggi elettorali di Camera e Senato e dei Regolamenti parlamentari*».

A seguito dell'insediamento del Governo tecnico-politico Draghi, retto da una maggioranza inter-partiti di sostanziale unità nazionale, il tema delle riforme costituzionali è passato in secondo piano e la riduzione del numero dei parlamentari è rimasto un provvedimento essenzialmente isolato, suscettibile di ingenerare ulteriori distorsioni in un sistema istituzionale di per sé problematico.

Sotto il profilo politico, si pone il problema del delicato rapporto tra le riforme costituzionali e la politica, un rapporto che, per metà della storia repubblicana e, ancora, nel corso dell'attuale XVIII legislatura, si è dimostrato disfunzionale e improduttivo, condannando il Paese in un

² G. CORSI, *The Constitution in the Work of Niklas Luhmann*, in A. FEBBRAJO, G. CORSI (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Abingdon-New York, Routledge, 2016, 259-263.

circolo vizioso fatto di immobilismo costituzionale, ipercinetismo elettorale, conflittualità politica e populismo.

Dei sette momenti fondamentali che possono essere individuati nella storia dei tentativi di riforma del parlamento e della forma di governo³, tutti sono stati influenzati in modo determinante dalla politica che, in alcuni casi ha impedito l'approvazione parlamentare delle riforme e, in altri casi, ne ha indirettamente determinati il rigetto da parte del corpo elettorale in sede referendaria.

La XVIII legislatura, che nei suoi primi tre anni ha visto il succedersi di tre governi, retti da tre differenti maggioranze parlamentari, rende in modo esemplare e concentrato la politicizzazione del tema: le riforme proposte da una maggioranza parlamentare sono state abbandonate dalla successiva e gli stessi partiti hanno votato a favore o contro la stessa riforma sulla base di argomenti e strategie strettamente e dichiaratamente politici.

2. Le riforme costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari nei precedenti tentativi di riforma costituzionale

Ogni precedente progetto di riforma costituzionale⁴ si è caratterizzato per linee di innovazione e di continuità rispetto ai precedenti, e la loro analisi congiunta permette di individuare alcune coerenze di fondo, alcune matrici concettuali comuni, che accompagnano e danno significato alla riduzione del numero dei parlamentari e che si riferiscono a tre macroambiti istituzionali: il Parlamento, il Governo e la democrazia diretta.

2.1. Le proposte di riforma riguardanti il Parlamento

³ Il riferimento è 1) alla risoluzione Labriola e all'Ordine del Giorno De Giuseppe della VIII legislatura; 2) alla Commissione parlamentare bicamerale per le riforme istituzionali costituita nella IX legislatura, c.d. Commissione Bozzi; 3) alla Commissione parlamentare bicamerale per le riforme istituzionali costituita nella XI legislatura, c.d. Commissione De Mita-Iotti; 4) alla Commissione parlamentare bicamerale per le riforme costituzionali, istituita nella XIII legislatura, c.d. Commissione D'Alema; 5) alla Proposta di Legge costituzionale A.C. n. 553 e abb.-A, approvata dalla I Commissione Permanente della Camera dei deputati, presieduta dall'On. Luciano Violante, e presentata alla Presidenza della Camera dei deputati il 17 ottobre 2007, c.d. Bozza Violante; 6) il testo di legge costituzionale recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione», pubblicato nella G.U. n. 269 del 18 novembre 2005, c.d. riforma Berlusconi; 7) al testo di Legge costituzionale recante: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», pubblicato nella G.U. della Repubblica n. 88 del 15 aprile 2016, c.d. riforma Renzi.

⁴ Sul punto S. BONFIGLIO, F. PIETRANCOSTA, *“Imperfetto perfettismo”: le riforme costituzionali nell'Italia del secondo dopoguerra. Intervista a Salvatore Bonfiglio*, in *Diacronie - Studi di storia contemporanea*, n. 27, 3/2016; F. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Anno LXV, n. 2/2015; S. GAMBINO, *La revisione della costituzione fra teoria costituzionale e tentativi (falliti) di ‘decostituzionalizzazione’*, in S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti, fra teoria costituzionale, diritto interno e esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007; L. VIOLANTE, *La riforma costituzionale nella XVI legislatura: problemi ed ostacoli* (Intervento al Seminario «Una moderna democrazia europea. L'Italia e la sfida delle riforme istituzionali», promosso da ASTRID, tenuto a Roma il 14 luglio 2008).

Per quanto riguarda il Parlamento il nodo centrale è rappresentato dal superamento del bicameralismo paritario, nella direzione della sua differenziazione, sul duplice piano della legittimazione e delle funzioni.

Sul piano della legittimazione delle due Camere:

- due progetti hanno previsto la conservazione di una legittimazione paritaria a suffragio universale diretto, uno prevedendo l'elezione contestuale di Camera e Senato⁵, e l'altro l'elezione contestuale, a livello nazionale, della Camera, e l'elezione differenziata, a livello regionale, del Senato, in coincidenza con le relative elezioni politiche regionali⁶;
- due progetti hanno proposto la differenziazione della legittimazione dei due rami del Parlamento, conservando la legittimazione a suffragio diretto per la Camera e introducendo un meccanismo di elezione indiretta di secondo grado per il Senato ad opera delle Assemblee elettive regionali e locali, riprendendo il modello della camera delle regioni, tedesca, austriaca e spagnola⁷;
- una soluzione spuria prevedeva l'istituzione, presso il Senato, di una Commissione delle Autonomie Territoriali, con funzioni deliberanti rispetto a leggi in materia regionale e territoriale, composta anche da Presidenti di Regioni e rappresentanti di Comuni e Province⁸.

Sul piano delle funzioni delle due Camere:

- la maggioranza dei progetti⁹ ha proposto la differenziazione delle funzioni per funzione prevalente, assegnando l'esercizio prevalente della funzione legislativa alla Camera, e l'esercizio prevalente della funzione di controllo al Senato.

Nello specifico, per quanto riguarda la funzione legislativa, questi progetti hanno proposto la distinzione di due procedimenti legislativi: l'uno ordinario, monocamerale nella decisione, affidata alla Camera, e solo eventualmente bicamerale nel procedimento, in cui il Senato è coinvolto su sua diretta iniziativa e solo in ruolo consultivo; l'altro riservato ad un individuato e ristretto novero di materie la cui importanza esige la partecipazione paritaria di entrambe le Assemblee rappresentative, secondo il modello bicamerale paritario nel procedimento e nella decisione.

Due fra questi progetti, proponevano, inoltre, un terzo tipo di procedimento legislativo, monocamerale nella decisione, affidata alla Camera, e bicamerale nel procedimento, con coinvolgimento necessario del Senato, le cui determinazioni, pur non vincolanti per la

⁵ Così il progetto della c.d. Commissione Bozzi.

⁶ Così la c.d. riforma Berlusconi.

⁷ Così la c.d. Bozza Violante, e la c.d. Riforma Renzi.

⁸ Così il progetto della c.d. Commissione D'Alema, che accoglie la proposta formulata dal senatore Elia, con parte del gruppo dei popolari, relativa all'istituzione presso il Senato di una speciale Commissione delle Autonomie territoriali, presieduta da un senatore, formata per un terzo da senatori, per un terzo dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, per un terzo da rappresentanti dei Comuni e delle Province eletti con le modalità stabilite con legge approvata dalle due Camere.

⁹ Così il progetto della c.d. Commissione Bozzi, della c.d. Commissione D'Alema, la c.d. Bozza Violante e la c.d. riforma Renzi.

Camera, avrebbero potuto essere superate solo a maggioranza assoluta dei componenti di quest'ultima¹⁰;

- un progetto ha proposto la differenziazione della funzione legislativa per materia, assegnando l'esercizio prevalente della funzione legislativa ordinaria alla Camera, e l'esercizio prevalente della funzione legislativa in determinate materie di rilievo regionale e territoriale al Senato, con leggi monocamerali nella decisione ed eventualmente bicamerali nel procedimento, salvo un ristretto novero di materie riservate a leggi bicamerali, nella decisione e nel procedimento¹¹.

Tutte queste soluzioni, in parte simili, in parte diverse, convergevano allo scopo di ridurre il carico di lavoro gravante su ciascun ramo del Parlamento e consentire la specializzazione della loro composizione e della loro struttura in ragione della relativa funzione, così da razionalizzare la riduzione del numero dei parlamentari, evitando la creazione di deficit funzionali per carenza di risorse organiche.

2.2. *Le proposte di riforma riguardanti il Governo*

Per quanto riguarda il Governo il punto centrale è rappresentato dalla stabilità, perseguita attraverso due principali tipo di intervento: il rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri e la ridefinizione strutturale del rapporto di fiducia.

Per quanto riguarda il rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri:

- tutti i precedenti progetti hanno previsto l'attribuzione in suo favore del potere sostanziale di nomina e revoca dei singoli Ministri¹²;
- alcuni progetti di riforma hanno concentrano nella sua figura il rapporto fiduciario¹³;
- un solo progetto ha previsto l'attribuzione in suo favore del potere sostanziale di scioglimento delle Camere¹⁴.

Per quanto riguarda la ridefinizione del rapporto fiduciario le variabili della disciplina consistono nell'individuazione dei soggetti del rapporto, e delle modalità della sua espressione, in positivo e in negativo.

Sotto il profilo dei soggetti del rapporto, per quanto riguarda il polo parlamentare, in una prima fase, coincidente con i progetti di riforma redatti nel corso della c.d. prima repubblica, il soggetto che conferisce la fiducia è il Parlamento in Seduta comune¹⁵, al fine di conservare l'ampiezza della

¹⁰ Così nella c.d. Bozza Violante e nella c.d. riforma Renzi.

¹¹ Così la c.d. riforma Berlusconi.

¹² Così il progetto elaborato dalla c.d. Commissione Bozzi, quello della c.d. Commissione De Mita/Iotti, quello della c.d. Commissione D'Alema, la c.d. riforma Berlusconi, la c.d. bozza Violante.

¹³ Così il progetto della c.d. Commissione Bozzi, quello della c.d. Commissione De Mita/Iotti e la c.d. Bozza Violante.

¹⁴ Ossia la c.d. riforma Berlusconi, che in questo trova il tratto di maggiore divergenza rispetto ai precedenti e successivi tentativi di riforma, nella direzione di quello che Leopoldo Elia ha definito essere un «*premierato assoluto*» (L. ELIA, *Il premierato assoluto*, Relazione al Seminario ASTRID sul progetto governativo di riforma della Seconda Parte della Costituzione Roma, lunedì 22 settembre 2003).

¹⁵ Così il progetto della c.d. Commissione Bozzi e della c.d. Commissione De Mita/Iotti.

legittimazione politica governativa ed evitare le duplicazioni e i rischi conseguenti al conferimento da parte di entrambi i rami del Parlamento in forma separata e autonoma; in una seconda fase, principiata con il progetto della c.d. Commissione D'Alema, coincidente con la c.d. seconda repubblica, la fiducia è conferita dalla sola Camera¹⁶, in linea di coerenza con la tendenza ad individuare in quest'ultima la sede dell'indirizzo politico nazionale e del continuum tra maggioranza parlamentare e potere esecutivo.

Ancora sotto il profilo dei soggetti del rapporto, per quanto riguardo il polo governativo:

- alcuni progetti hanno proposto l'instaurazione del rapporto di fiducia tra il solo Presidente del Consiglio e il Parlamento¹⁷, al già evidenziato fine di rafforzarne la posizione istituzionale e intragovernativa e attraverso questa stabilizzare il Governo.
- in altri progetti la fiducia è, invece, riferita al Governo, nel suo complesso e con il suo programma¹⁸, in un contesto di riforma in cui il rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri è tale da portarlo, in ogni caso, ad esercitare una funzione determinante nelle concrete dinamiche di concessione e di revoca della fiducia¹⁹.

Sotto il profilo dell'espressione della fiducia la maggioranza dei progetti di riforma ne prevedono il conferimento in forma espressa tramite mozione motivata²⁰ mentre in due progetti, la fiducia, è considerata implicita, in quanto strutturale o presunta²¹.

Sotto il profilo dell'espressione della sfiducia la generalità dei progetti prevede una mozione motivata con quorum di approvazione rafforzati in misura variabile²², e due di essi l'introduzione della c.d. sfiducia costruttiva, istituito in forza del quale nella mozione di sfiducia deve essere indicato il nome del successore al ruolo di Presidente del Consiglio dei Ministri²³. L'obiettivo è quello di rafforzare la stabilità del Governo e imporre razionalità e coerenza nell'espressione del rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo, disinnescando il meccanismo delle cosiddette «crisi al buio», aperte senza prospettazione di alternativa politica²⁴.

Tutte queste soluzioni, anche in questo caso, in parte simili, in parte diverse, convergevano allo scopo di stabilizzare l'esecutivo, dall'un lato rimediando le maggiori cause di instabilità di esso emerse dall'incessante succedersi nella storia repubblicana delle crisi di governo, dall'altro andando a compensare le potenziali instabilità derivanti dall'incremento del peso politico ponderale dei singoli deputati e senatori, che è inversamente proporzionale al loro numero complessivo.

¹⁶ Così il progetto della c.d. Commissione D'Alema, la c.d. riforma Berlusconi, la c.d. Bozza Violante e la c.d. riforma Renzi.

¹⁷ Così il progetto elaborato dalla c.d. Commissione Bozzi, quello della c.d. Commissione De Mita/Iotti e la c.d. Bozza Violante.

¹⁸ Così il progetto elaborato dalla c.d. Commissione D'Alema, la c.d. riforma Berlusconi, e la c.d. riforma Renzi.

¹⁹ Così nel progetto della c.d. Commissione D'Alema, nella c.d. riforma Berlusconi e nella c.d. riforma Renzi.

²⁰ Così il progetto della c.d. Commissione Bozzi, la c.d. riforma Berlusconi, la c.d. Bozza Violante, la c.d. riforma Renzi.

²¹ Nel progetto della c.d. Commissione De Mita/Iotti, è 'strutturale', dacché il Presidente del Consiglio è eletto direttamente dal Parlamento in seduta comune, e, nel progetto della c.d. Commissione D'Alema, è 'presunta' sulla base della 'non sfiducia' iniziale.

²² Così la c.d. Commissione Bozzi, la c.d. Commissione D'Alema, la c.d. riforma Renzi.

²³ Così la c.d. Commissione De Mita/Iotti e la c.d. Bozza Violante, che in tal senso sarebbe stata modificata in Aula.

²⁴ Cfr. Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, Progetto di legge costituzionale, Revisione della parte seconda della Costituzione, Camera dei Deputati n. 3597 - Senato della Repubblica n. 1789, p. 43.

2.3. *Le proposte di riforma riguardanti la democrazia diretta*

Per quanto, infine, riguarda la democrazia diretta, i punti centrali sono il rafforzamento dell'iniziativa legislativa popolare e dell'istituto referendario.

Con riguardo all'iniziativa legislativa popolare più progetti hanno previsto il rafforzamento dell'istituto attraverso l'introduzione di un limite temporale entro il quale il Parlamento debba deliberare sulla proposta di iniziativa legislativa popolare, divergendo sulle modalità di determinazione del termine e sulle garanzie del suo rispetto²⁵.

Per quanto riguarda il referendum alcuni progetti ne hanno previsto l'estensione di ambito applicativo, attraverso l'introduzione di nuovi tipi di referendum, quali:

- un referendum consultivo, non vincolante, su questioni di alta rilevanza politica²⁶;
- un referendum propositivo e d'indirizzo, da disciplinarsi con apposita legge costituzionale²⁷;
- un deliberativo in connessione all'ipotesi di proposta di legge di iniziativa popolare, sulla quale il Parlamento non si sia pronunciato entro il predetto termine²⁸.

Tutte queste soluzioni, ancora una volta, in parte simili, in parte diverse, convergevano allo scopo di tutelare il pluralismo e potenziarne l'espressione, e compensavano il potenziale *vulnus* di rappresentatività delle istituzioni discendente dalla riduzione del numero dei parlamentari, derivante dalla riduzione del numero dei rappresentanti, dal necessario ampliamento delle circoscrizioni elettorali e dall'inevitabile ridefinizione verso l'alto della soglia di sbarramento per l'ingresso dei partiti in Parlamento.

3. *Le riforme costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari nella XVIII legislatura*

Come premesso, la riduzione del numero dei parlamentari, nel corso della XVIII legislatura, è stata concepita in due diversi quadri di riforma: le «*Riforme del cambiamento*» del Governo Conte I, e il «*percorso*» riformista disegnato dal «*Programma di Governo*» e da «*L'impegno dei Capigruppo di maggioranza in tema di riforme della Costituzione*» del Governo Conte II.

La Legge costituzionale n.1 del 2020, infatti, riceve l'approvazione in prima deliberazione di entrambe le Camere e in seconda deliberazione da parte del Senato, durante il Governo Conte I, nato dal «*Contratto per il Governo del cambiamento*» tra il Movimento 5 Stelle, guidato da Luigi Di Maio, e la Lega-Salvini Premier, di Matteo Salvini.

²⁵ Nella c.d. riforma Renzi tanto il termine, quanto le garanzie, sono rimessi ai regolamenti parlamentari; nel progetto della c.d. Commissione Bozzi il termine è predeterminato in 24 mesi e la garanzia della sua *inderogabilità* è rimessa ai regolamenti parlamentari; nel progetto della c.d. Commissione D'Alema il termine è predeterminato in 18 mesi, e garantito dalla possibilità di ricorso a referendum popolare approvativo nell'ipotesi della sua violazione, laddove la proposta non oggetto di deliberazione sia stata sottoscritta da almeno ottocentomila elettori.

²⁶ Così il progetto elaborato dalla c.d. Commissione Bozzi.

²⁷ Così la c.d. riforma Renzi.

²⁸ Così il progetto della c.d. Commissione D'Alema.

Nella volontà politica della maggioranza «giallo-verde», la riduzione del numero dei parlamentari si inserisce in un quadro di riforme istituzionali dirette a compensare la riduzione del numero dei rappresentanti attraverso il rafforzamento e l'implementazione degli strumenti di partecipazione politica popolare, nell'ottica di un'interazione sinergica tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta.

Già il «*Contratto per il Governo del cambiamento*», del maggio 2018, al punto 20, rubricato «*Riforme istituzionali, autonomia e democrazia diretta*», fa riferimento ad «*alcuni interventi limitati, puntuali, omogenei, attraverso la presentazione di iniziative legislative costituzionali distinte ed autonome*»²⁹, ed è nella Conferenza stampa del 2 ottobre 2018 che il Ministro per la democrazia diretta e i rapporti con il Parlamento, Riccardo Fraccaro, presenta le «*Riforme del cambiamento*», che «*più di ogni altra proposta di legge incardinano il cuore lo spirito del processo di cambiamento che ci ha portato qui il 4 marzo e con cui gli elettori ci hanno dato un mandato chiaro*»³⁰.

Il nucleo delle «*Riforme del cambiamento*», presentato in Conferenza stampa e illustrato in un apposito documento governativo, si articola in quattro punti: 1) la riduzione del numero dei parlamentari; 2) l'abrogazione della base costituzionale del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro; 3) l'eliminazione del quorum strutturale con riferimento al referendum abrogativo; 4) l'introduzione di una forma rafforzata di iniziativa legislativa popolare con il referendum propositivo³¹.

Il piano si concretizza nella presentazione di tre proposte di legge costituzionale, rispettivamente:

- il disegno di legge costituzionale A.S. 214 (A.C. 1585), in materia di riduzione del numero dei parlamentari, destinato a diventare la Legge costituzionale n. 1 del 2020;
- il disegno di legge costituzionale D'Uva ed altri, A.C. 1173-A (A. S.1089), che propone un duplice intervento diretto ad implementare l'efficacia della partecipazione politica popolare:
 - a) il rafforzamento dell'iniziativa legislativa popolare attraverso l'introduzione di un limite temporale entro il quale il Parlamento debba deliberare sulla proposta di iniziativa popolare e l'introduzione di un referendum deliberativo in connessione all'ipotesi di proposta di legge di iniziativa popolare, sulla quale il Parlamento non si sia pronunciato entro il predetto termine, o si sia pronunciato sulla stessa apportandovi modifiche non meramente formali (nel qual caso la proposta originale sarebbe sottoposta a referendum e la proposta modificativa approvata dal Parlamento sarebbe promulgata laddove il referendum avesse esito negativo)³²;
 - b) l'abrogazione del quorum di efficacia del referendum abrogativo.

²⁹ Contratto per il governo del cambiamento, punto 20.

³⁰ Camera dei Deputati, WebTv, Riforme costituzionali - Conferenza stampa di Riccardo Fraccaro, 2 ottobre 2018.

³¹ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le riforme istituzionali, «*Le riforme del Cambiamento*», Scheda di Lettura, p. 1.

³² La proposta riprende la proposta di rafforzamento dell'istituto dell'iniziativa legislativa popolare attraverso la previsione di un termine entro il quale il parlamento debba deliberare in merito, già avanzata, con modulazioni differenti, dalla Commissione Bozzi, dalla Commissione D'Alema e dalla c.d. riforma Renzi, e l'introduzione del referendum deliberativo in connessione con l'iniziativa legislativa popolare, già avanzata, in termini parzialmente differenti, dalla Commissione D'Alema.

- il disegno costituzionale Calderoli, A.S. 1124, che propone l'abrogazione della base costituzionale del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e la soppressione del medesimo Consiglio³³.

A questi si aggiungono, coevamente, il disegno di legge costituzionale Bruno Bossio, Ceccanti, Brescia, Meloni, A.C. 1511-1647-1826-1873-B (S. 1440), parallelo alle Riforme per il cambiamento e di iniziativa politica trasversale, che propone l'abbassamento del requisito anagrafico per l'esercizio dell'elettorato attivo per l'elezione del Senato da 25 a 18 anni, e più proposte di legge costituzionale di provenienza politica trasversale in materia di tutela costituzionale dell'ambiente.

La realizzazione del piano delle «*Riforme del cambiamento*» è interrotta dalla crisi di governo «agostana», che porta alla nascita del Governo Conte II, frutto dell'alleanza tra il Movimento 5 Stelle, il Partito Democratico, e Liberi e Uguali.

La maggioranza parlamentare «giallo-rossa» dà una nuova dimensione e nuove prospettive alla riduzione del numero dei parlamentari: il punto 10 del «*Programma di Governo*», affronta il tema delle riforme istituzionali e afferma la necessità di «*inserire, nel primo calendario utile della Camera dei deputati, la riduzione del numero dei parlamentari, avviando contestualmente un percorso per incrementare le opportune garanzie costituzionali e di rappresentanza democratica, assicurando il pluralismo politico e territoriale. (...) Contestualmente, si rende necessario procedere alla riforma dei requisiti di elettorato attivo e passivo per l'elezione del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché avviare una revisione costituzionale volta a introdurre istituti che assicurino più equilibrio al sistema e che contribuiscano a riavvicinare i cittadini alle Istituzioni*»³⁴.

In questa prospettiva i Capigruppo di maggioranza hanno assunto un *Impegno* comune sulle riforme costituzionali e istituzionali considerate necessarie³⁵, che, sul piano delle riforme costituzionali prevede: un progetto di riforma costituzionale relativo all'abbassamento dell'età per il voto per il Senato della Repubblica, già in corso di esame in quel ramo del Parlamento; un testo volto a modificare il principio della base regionale per l'elezione del Senato e per riequilibrare il peso dei delegati regionali che integrano il Parlamento in seduta comune per l'elezione del Presidente della Repubblica; e l'avvio di un percorso che coinvolga tutte le forze politiche di maggioranza, aperto al contributo dei costituzionalisti e della società civile, volto anche a definire possibili interventi costituzionali, tra cui quelli relativi alla struttura del rapporto fiduciario tra le Camere e il Governo e alla valorizzazione delle Camere e delle Regioni per un'attuazione ordinata e tempestiva dell'autonomia differenziata³⁶.

Il nuovo equilibrio politico ha portato, innanzitutto, l'8 ottobre 2019, all'approvazione, in seconda deliberazione, da parte della Camera, del disegno di Legge costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari, con 553 voti favorevoli e 14 contrari, laddove le precedenti

³³ La proposta riprende una volontà politica da più parti manifestata e già precipitata nella c.d. Riforma Renzi.

³⁴ Programma di governo, punto 10.

³⁵ Deputati PD, Ufficio documentazione e studi, *Riduzione del numero dei parlamentari: perché il PD vota a favore*, Dossier n. 29, 8 ottobre 2019, p. 2.

³⁶ *Ibidem*, Allegato n. 1 «*L'impegno dei Capigruppo di maggioranza in tema di riforme della Costituzione, delle leggi elettorali di Camera e Senato e dei Regolamenti parlamentari*», p. 5.

approvazioni erano invece avvenute con una maggioranza inferiore ai due terzi per voto contrario del Partito democratico e di Liberi e Uguali. Il Testo della Legge costituzionale è stato, quindi, pubblicato nella G.U. 12 ottobre 2019, n. 240, e fatto oggetto di richiesta di referendum confermativo ai sensi dell'art. 138 Cost., che, come noto, porterà al referendum del 20 settembre 2020, con il quale l'elettorato confermerà la riduzione del numero dei parlamentari.

La concretizzazione del più ampio quadro di riforma prospettato nell'*Impegno dei Capigruppo parlamentari di maggioranza* si intreccia all'*iter* del referendum e alle eccezionali circostanze storiche legate alla pandemia di Covid-19, che dopo aver registrato i primi focolai italiani il 20 febbraio 2020, si è rapidamente diffusa su tutto il territorio nazionale contagiando, nel primo anno, quasi tre milioni di persone, e provocando, nello stesso periodo di tempo, quasi centomila morti.

In sintesi, sul piano delle riforme costituzionali, la maggioranza parlamentare espressa nel Governo Conte II, ha portato alla presentazione:

- della proposta di legge costituzionale Fornaro ed altri, A.C. 2238, che propone di modificare il principio della base regionale per l'elezione del Senato, adottando la base elettorale circoscrizionale, e di riequilibrare il peso dei delegati regionali che integrano il Parlamento in seduta comune per l'elezione del Presidente della Repubblica. La proposta di legge, presentata il 6 novembre 2019, circa trenta giorni dopo l'approvazione definitiva del Testo di Legge costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari e la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, vuole rappresentare «*un primo nucleo di interventi volti ad accompagnare la riduzione del numero dei parlamentari*»³⁷ e il primo adempimento del *Programma* delineato e dell'*Impegno* assunto.
- della proposta di legge costituzionale Delrio ed altri, A.C. 2697, (Marcucci ed altri, A.S. 1960), «*modifiche alla parte II della Costituzione concernenti le competenze delle Camere e del Parlamento in seduta comune, la composizione del Senato della Repubblica, il procedimento legislativo e i procedimenti di fiducia e sfiducia*», che propone una riforma sistematica della forma di governo, sebbene relativamente più contenuta rispetto ai precedenti tentativi storici. La proposta, presentata il 1° ottobre 2020, dieci giorni dopo il referendum, si offre ai partiti della maggioranza a completamento degli interventi costituzionali previsti dal *Programma* e dall'*Impegno dei Capigruppo*, quale avvio di un più ampio e sistematico percorso di riforme.

La proposta innesta elementi di innovazione, più strettamente legati all'avvenuta riduzione del numero dei parlamentari, su un tessuto che si sviluppa in linea di continuità rispetto alle prevalenti matrici concettuali emergenti dal lungo percorso dei tentativi di riforma costituzionale, in particolare guardando ad alcune soluzioni enucleate nella c.d. Bozza Violante.

L'innovazione più rilevante è rappresentata dal ruolo del Parlamento in seduta comune, che alla luce della riduzione del numero dei parlamentari, verrà ad avere un numero di

³⁷ Disegno di legge costituzionale Fornaro e altri (Movimento 5 Stelle, Partito Democratico, Liberi e Uguali, Italia Viva, Misto-Minoranze linguistiche) «*Modifiche agli articoli 57 e 83 della Costituzione, in materia di base territoriale per l'elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica*» (A.C. 2238), Relazione illustrativa, p. 2.

componenti sostanzialmente sovrapponibile a quello della Camera ante riforma. La proposta conferisce nuova centralità politica al Parlamento in seduta comune, affidandogli i momenti più solenni di decisione sull'indirizzo politico nazionale, in primis accordando e revocando la fiducia³⁸.

Per quanto concerne il Parlamento:

- a) sul piano della legittimazione, la proposta prevede che il Senato sia eletto a suffragio diretto a base circoscrizionale e integrato da un senatore eletto a maggioranza assoluta dei componenti da ogni Consiglio regionale e delle Province Autonome, tra i componenti medesimi³⁹;
- b) sul piano delle funzioni, la proposta riprende un modello differenziato per funzione prevalente in attribuzione della funzione legislativa non riservata al Parlamento in seduta comune alla Camera, e l'attribuzione prevalente della funzione di controllo al Senato⁴⁰. In particolare, sul piano della funzione legislativa, la proposta prevede tre tipi di procedimento legislativo: un procedimento bicamerale paritario, un procedimento monocamerale nella decisione ed eventualmente bicamerale nel procedimento, e un procedimento monocamerale nella decisione ed eventualmente bicamerale nel procedimento, in cui il ruolo del Senato è rinforzato ed è previsto che la Camera possa superare le eventuali modifiche apportate solo con deliberazione a maggioranza assoluta dei suoi componenti⁴¹.

Per quanto riguarda il Governo:

- a) sul piano del rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio, la proposta gli attribuisce il potere di proporre tanto la nomina, quanto la revoca dei singoli ministri⁴²;
- b) sul piano del rapporto di fiducia, la proposta, infine, prevede che la fiducia sia attribuita dal Parlamento in seduta comune, riferita all'intero Governo, conferita in modo espresso, revocata con mozione di sfiducia costruttiva, approvata a maggioranza aggravata⁴³. Inoltre, sempre al fine di conferire maggiore stabilità al Governo, la proposta prevede la costituzionalizzazione della questione di fiducia e l'obbligatoria parlamentarizzazione delle crisi di governo.

La nascita del Governo tecnico politico guidato da Mario Draghi, ha visto la successiva concentrazione dell'azione di Governo sulla gestione della pandemia, del piano vaccinale e del

³⁸ *Ibidem*. Il Parlamento in seduta comune, in particolare: accorda o revoca la fiducia, determina il contenuto della legge di bilancio, autorizza con legge la ratifica dei maggiori trattati internazionali e svolge una funzione centrale nella definizione della politica dell'Italia nell'Unione Europea.

³⁹ Riprendendo in forma parziale e limitata a circa un decimo della composizione dell'Assemblea, la logica della Camera delle Regioni, che al Senato propone l'insediamento parlamentare di membri eletti in secondo grado dai Consigli regionali e delle Province autonome, fatta propria, per l'intera Assemblea dalla c.d. Bozza Violante e dalla c.d. Riforma Renzi.

⁴⁰ La differenziazione funzionale riprende la logica già fatta propria dalla maggioranza dei precedenti tentativi di riforma.

⁴¹ La tripartizione dei procedimenti legislativi riprende la proposta fatta propria dalla c.d. Bozza Violante e dalla c.d. Riforma Renzi.

⁴² In linea di continuità sul punto con la generalità dei precedenti tentativi di riforma costituzionale.

⁴³ La previsione di una maggioranza aggravata per l'approvazione della mozione di sfiducia si pone in linea di continuità con la maggioranza dei precedenti progetti di riforma, e l'introduzione della c.d. sfiducia costruttiva trova precedenti nel Progetto della Commissione De Mita/Iotti, e nella c.d. Bozza Violante, che sarebbe stata in tal senso modificata in Aula.

piano di ripresa e resilienza e, sul piano delle riforme, l'avanzamento delle sole proposte già trasversalmente condivise dai partiti della nuova maggioranza di governo, con l'approvazione in seconda deliberazione da parte di entrambe le Camere della riduzione del requisito anagrafico per l'elettorato attivo al Senato e l'approvazione in prima deliberazione da parte del Senato di una proposta in materia di tutela costituzionale dell'ambiente.

La riduzione del numero dei parlamentari, immaginata nel complesso e quale effetto razionale di una riforma sistematica nei precedenti tentativi di riforma costituzionale, fattasi puntuale e vestita di un significato indipendente e nuovo nell'ambito delle «*Riforme del cambiamento*» del Governo Conte I e re-immersa nella prospettiva di un «percorso» di riforme della forma di governo dall'«*Impegno dei capigruppo della maggioranza*» del Governo Conte II, resta, ad oggi, un provvedimento isolato e potenzialmente disfunzionale che non soltanto non risolve le disfunzioni istituzionali che stanno alla base dell'esigenza di riforma costituzionale, ma le aggrava, facendone un'urgenza politica.

La riduzione del numero dei parlamentari, non compensata da altri interventi strutturali, infatti:

- per quanto riguarda il Parlamento, rischia di generare ulteriori disfunzioni in termini di efficacia ed efficienza della capacità decisionale parlamentare, in quanto lascia inalterati funzioni e carico di lavoro dei due rami del parlamento sottraendo un terzo delle risorse umane disponibili, a titolo di esempio in Senato venendo meno i 'numeri' per la costituzione delle Commissioni parlamentari;
- per quanto riguarda il Governo, lo espone sensibilmente alle instabilità discendenti dall'aumento del peso politico ponderale dei singoli deputati e senatori che, se dall'un lato incrementa il prestigio e la responsabilità personali discendenti dalla carica, dall'altro lato aumenta il peso istituzionale e il potere politico-contrattuale del singolo parlamentare;
- per quanto, infine, riguarda, la tutela del pluralismo e la partecipazione politica popolare, traduce un *vulnus* di rappresentatività potenziale che, non compensato, sottrae spazio di rappresentanza, in particolare alle minoranze.

4. Le riforme costituzionali e la politica nella storia della Repubblica

Il lungo percorso dei tentativi di riforma costituzionale in Italia evidenzia, come premesso, un rapporto disfunzionale tra la politica e le riforme costituzionali.

In questo percorso possono, infatti, essere individuati sette momenti fondamentali per significato politico e grado di definizione del risultato raggiunto: 1) l'avvio del processo riformatore, con la Risoluzione Labriola e l'Ordine del giorno De Giuseppe, nell'VIII legislatura; 2) la Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali presieduta dall'On. Bozzi, nell'IX legislatura; 3) la Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali, presieduta, dall'On. De Mita e, poi, dall'On. Iotti, nell'XI legislatura; 4) la Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali, presieduta dall'On. D'Alema, nella XIII Legislatura; 5) la c.d. riforma Berlusconi, bocciata al referendum del 25-26 giugno 2006, nella XIV Legislatura; 6) la c.d. Bozza Violante, elaborata dalla Commissione affari costituzionali della Camera, presieduta dall'On. Violante, nella

XV Legislatura; 7) la c.d. riforma Renzi, bocciata dal referendum popolare del 4 dicembre 2016, nella XVII Legislatura.

4.1. *L'avvio del processo riformatore e la fine anticipata dell'VIII legislatura*

Il primo avvio del processo riformatore, avviene il 14 aprile 1983, durante l'VIII legislatura, sotto il Governo di Amintore Fanfani, con la parallela approvazione, alla Camera, della risoluzione Labriola e, al Senato, dell'Ordine del giorno De Giuseppe⁴⁴, di identico tenore, diretti alla costituzione di una Commissione bicamerale per le riforme istituzionali.

Questi documenti parlamentari, nel conferire alla costituenda Commissione un ampio mandato di studio e relazione, focalizzano quelli che saranno i termini fondamentali del dibattito sulle riforme costituzionali nei successivi quarant'anni: il mandato è sintetizzato in 16 questioni, formulate in termini di «problemi istituzionali» che primariamente comprendono:

- *«problemi del Parlamento concernenti la sua formazione con riguardo...all'esigenza della diversificazione tra i due rami del Parlamento e della composizione di essi»; «problemi del Parlamento relativi alla sua struttura, e alle opzioni tra ordinamento monocamerale, bicamerale uguale o ineguale, ed ai criteri distintivi di questa ultima ipotesi (separazione funzionale esclusiva o prevalente, con il ricorso alla nozione di legge bicamerale e leggi monocamerale)»⁴⁵;*
- *«problemi del Governo, relativi alla sua struttura costituzionale e politica, alla riorganizzazione dei Ministeri e all'ordinamento della Presidenza del Consiglio», «problemi del Governo, relativi alla sua legittimazione politica ed ai rapporti costituzionali intragovernativi»⁴⁶;*
- *«problemi della democrazia diretta, con la revisione della disciplina del referendum abrogativo delle leggi ordinarie»⁴⁷.*

Questo primo avvio delle riforme si scontra da subito con le dinamiche politiche: il 22 aprile, una settimana dopo le delibere istitutive della Commissione, il Comitato Centrale del PSI delibera l'uscita strategica del partito dal Governo; il 29 aprile il Governo Fanfani dà le dimissioni e il 4-5 maggio successivi il Presidente della Repubblica, Sandro Pertini, dispone lo scioglimento anticipato delle Camere e la convocazione dei Comizi per il 26 e 27 giugno 1983⁴⁸.

4.2. *La Commissione Bozzi e il c.d. Patto della staffetta*

⁴⁴ Risoluzione Labriola, che assorbe le Mozioni Labriola e altri e Napolitano ed altri, in Resoconto stenografico - VIII Legislatura - Camera dei Deputati, 14 aprile 1983, p. 62365 e ss.; e Ordine del giorno De Giuseppe e altri, in Resoconto Stenografico - VIII Legislatura - Senato della Repubblica, 14 aprile 1983, p. 10 e ss.

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ Decreto del Presidente della Repubblica del 4 maggio 1983, n. 146, Decreto del Presidente della Repubblica del 5 maggio 1983, n. 147.

Il processo riformatore riprende nella IX legislatura, con il governo Craxi, il primo Presidente del Consiglio dei Ministri socialista: il 13 ottobre 1983, la Camera approva la Mozione Bozzi⁴⁹, che riedita e rinvia, alla Risoluzione Labriola e il Senato approva la Mozione Bisaglia⁵⁰, che riedita e rinvia all'Ordine del giorno De Giuseppe.

La «*Commissione bicamerale per le riforme istituzionali*», presieduta dall'On. Aldo Bozzi, su nomina congiunta da parte dei Presidenti delle Camere, si riunisce per la prima volta il 30 novembre 1983 e, il 29 gennaio 1985, presenta la propria Relazione conclusiva, «*una relazione propositiva, in cui sono formulate le proposte di revisione costituzionali e legislative*»⁵¹.

Ne seguì il deposito in Parlamento di diverse proposte di revisione costituzionale, da parte di vari gruppi politici, che riprendevano in tutto o in parte le conclusioni formulate dalla Commissione; lo stesso On. Aldo Bozzi si fece promotore di 9 proposte, ma la Commissione Affari Costituzionali non ne iniziò mai l'esame⁵².

L'attenzione pubblica e dei partiti è distratta e monopolizzata da un clima di incertezza e tensione crescente nei rapporti tra Democrazia Cristiana e il Partito Socialista Italiano determinati dall'attrito tra il c.d. Patto della staffetta, siglato nel 1983, tra Ciriaco De Mita e Bettino Craxi, che subordinava l'affidamento del governo a Craxi, ad una successiva alternanza di governo con De Mita⁵³, e la leadership craxiana, che si dimostra insofferente ai vincoli imposti dall'alleato.

Sarà questa tensione a portare due crisi di governo successive: il 26 giugno 1986, quando la Camera, per effetto del voto segreto di circa settanta «franchi tiratori», boccia il Decreto legge sulla finanza locale, precedentemente approvato dal Senato e sul quale il Governo ha posto la fiducia, provocandone le dimissioni il giorno successivo; e il 17 febbraio 1987, quando Craxi, intervistato da Giovanni Minoli nella trasmissione televisiva Mixer, smentisce pubblicamente l'esistenza di qualsiasi patto per l'alternanza al governo tra Democrazia Cristiana e il Partito Socialista italiano, scatenando la reazione immediata di democristiana che si traduce in ultimatum che il 3 marzo 1987 porta alle dimissioni del secondo Governo Craxi e alla fine anticipata della legislatura.

4.3. La Commissione De Mita-Iotti e la fine della c.d. Prima Repubblica

Il 23 luglio 1992, a sette anni di distanza dalla Relazione della c.d. Commissione Bozzi, durante l'XI legislatura, sotto il governo Amato, l'ultimo governo politico della c.d. prima repubblica, la

⁴⁹ Mozione Bozzi e altri, in Resoconto Stenografico - IX Legislatura - Camera dei Deputati, seduta del giorno 13 ottobre 1983.

⁵⁰ Mozione Bisaglia e altri, in Resoconto Stenografico - IX Legislatura - Senato della Repubblica, 13 ottobre 1983.

⁵¹ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, IX Legislatura, *Relazione della Commissione Parlamentare per le riforme istituzionali*, presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985, Doc. XVI-bis, n. 3, p. 7.

⁵² Camera dei Deputati, Dossier - *La Commissione parlamentare per le riforme istituzionali* («*Commissione Bozzi?*») costituita nella IX legislatura, disponibile presso il sito <https://www.camera.it>.

⁵³ R. ZUCCOLINI, *De Mita rivela: in un convento decidemmo il patto della staffetta*, Corriere della sera, 20 gennaio 2000.

Camera, con la Risoluzione Bianco⁵⁴, e il Senato, con l'Ordine del giorno Gava⁵⁵, deliberano l'istituzione di una *Commissione bicamerale per le riforme istituzionali*, che sarà presieduta, prima, dall'On. Ciriaco De Mita, e, dopo le dimissioni di questo a seguito dell'arresto del fratello, dall'On. Leonilde (detta Nilde) Iotti, sino alla conclusione dei lavori, nel gennaio del 1994.

Sullo sfondo «Tangentopoli» travolge il Paese: dal febbraio 1992 al marzo 1994 sono emessi 25400 avvisi di garanzia, sono compiuti 4525 arresti, sentenziate 1233 condanne, presentate 507 richieste di autorizzazione a procedere alla Camera e 172 al Senato, 6 ministri sono costretti a dimettersi per aver ricevuto comunicazioni giudiziarie, 10 indagati si suicidano.

Il contesto storico in cui è chiamata ad operare la Commissione ne segna la conclusione anticipata: l'On. Iotti, nella Relazione introduttiva che accompagna il «*Progetto di legge costituzionale*», comunicato alle Presidenze delle Camere l'11 gennaio 1994, premette: «*il progetto si presenta organico (...) ma non compiuto*»⁵⁶; «*l'atmosfera inquieta e carica di minacce, il sempre maggiore numero di inquisiti che ha tolto prestigio al Parlamento, le sempre più accentuate incertezze della situazione politica, hanno indotto a presentare il progetto al punto in cui esso è giunto, perché possa restare come documento per il futuro lavoro*»⁵⁷.

Cinque giorni più tardi, il Presidente della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro, decreta lo scioglimento anticipato delle Camere⁵⁸ e, l'indizione, per domenica 27 marzo 1994, dei comizi elettorali⁵⁹ che vedranno il completo stravolgimento del quadro politico nazionale.

4.4. La Commissione D'Alema e l'«assassinio» da parte di Berlusconi

A seguito del crollo del sistema dei partiti costituenti, sorge un sistema di partiti bi-polarizzato, frutto della scomposizione dell'area centrale e del suo sostanziale riassorbimento entro i due emergenti poli del centro-sinistra e del centro-destra.

In questo contesto, il tema delle riforme costituzionali ritorna con grado di compiutezza istituzionale, nella XIII legislatura, durante il Governo Prodi I, e assume il nuovo significato di un momento neocostituente fonte di legittimazione istituzionale dei partiti del nuovo sistema politico.

La promessa di costituire una nuova Repubblica si traduce nella Legge costituzionale 24 gennaio 1997, n.1, con la quale il Parlamento provvede all'istituzione di una *Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, che sarà presieduta dall'On. Massimo D'Alema, e disciplina un procedimento di revisione costituzionale speciale, che prevede la trasmissione di un progetto di riforma dalla Commissione alle Camere, l'emendamento di esso in seno all'Aula e, quindi, una

⁵⁴ Resoconto stenografico - XI Legislatura - Camera dei Deputati, Seduta del giorno 23 luglio 1992.

⁵⁵ Resoconto stenografico - XI Legislatura - Senato della Repubblica, Seduta del giorno 23 luglio 1992.

⁵⁶ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, *Progetto di legge costituzionale, Revisione della parte seconda della Costituzione*, con Relazioni di Nilde Iotti, Presidente della Commissione, Silvano Labriola, relatore per la forma di Stato, Franco Bassanini, relatore per la forma di governo, Camera dei Deputati n. 3597 - Senato della Repubblica n. 1789, p. 5.

⁵⁷ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, *Progetto di legge costituzionale, Revisione della parte seconda della Costituzione*, cit., pp. 5-6.

⁵⁸ Decreto del Presidente della Repubblica del 16 gennaio 1994, n. 27.

⁵⁹ Decreto del Presidente della Repubblica del 16 gennaio 1994, n. 28.

duplice deliberazione approvativa, a procedimento semplificato, ad intervallo non minore di tre mesi, la seconda delle quali a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera.

Il 30 giugno 1997 la Commissione approva il Progetto di legge costituzionale A.C. 3931 – A.S. 2583, frutto di composizioni e giustapposizioni politiche, ad esito delle quali ogni partito è riuscito ad inserire elementi ‘di bandiera’, cui ha vincolato la propria adesione al Progetto.

In Aula vengono annunciati decine di migliaia di emendamenti: l’esame esacerba le tensioni e naufraga di fronte all’emergere di personalismi politici, irrigidimenti ideologici, che si traducono in *diktat* ed *ultimatum*, ed egoismi partitici, che sfruttano posizioni di minoranza per ottenere leve strategiche che ne incrementino il potere.⁶⁰

Ad ‘assassinare’⁶¹ la bicamerale è Silvio Berlusconi, che, rivalutata la posizione di interesse di partito, dopo aver ottenuto risultati incoraggianti nelle elezioni amministrative, e di interesse personale, dopo aver ottenuto il diniego dell’autorizzazione a procedere nei confronti dell’Avvocato Cesare Previti richiesta dal Pool milanese di Mani pulite, si sottrae al progetto.

Il Presidente di Forza Italia, rinnega patentemente i risultati raggiunti, che definisce una «*pseudo-riforma*» «*di cui doverci scusare con gli italiani*»⁶², frutto di una «*deriva verso le sabbie mobili di un compromesso di basso livello*»⁶³: il 9 giugno 1998, il Presidente della Camere dei Deputati, On. Prof. Luciano Violante, avverte l’Assemblea, del «*venir meno delle condizioni politiche per la prosecuzione della discussione in Assemblea del progetto di legge di revisione della parte seconda della Costituzione*»⁶⁴.

4.5. La c.d. Bozza Violante e il caso Mastella

Tra i momenti fondamentali del processo di riforma destinati a non uscire dall’Aula di Montecitorio e a essere travolto dagli eventi del conflitto politico, si colloca, durante la XV legislatura, sotto il Governo Prodi II, la c.d. Bozza Violante⁶⁵, che costituisce il massimo risultato di sintesi condivisa tra le forze politiche parlamentari in materia di riforme costituzionali.

Il testo è elaborato sulla base di quattordici precedenti proposte di riforma costituzionale e della riflessione maturata dall’esperienza delle Commissioni bicamerali, da cui isola i «*filii conduttori*» e i «*contenuti minimi comuni*» oggetto di «*consenso per intersezione*» fra le diverse forze politiche⁶⁶, al fine

⁶⁰ Sugli attriti, le contrattazioni, gli arroccamenti e gli *ultimatum* che si intrecciano attorno al Progetto elaborato dalla Commissione bicamerale, E. SCALFARI, *L’amara minestra di D’Alema*, la Repubblica, 11 gennaio 1998, disponibile al sito <https://ricerca.repubblica.it/>.

⁶¹ Fabio Mussi, alto dirigente del Partito Democratico della Sinistra, lapidariamente dichiara «*La Bicamerale è morta. Sia chiaro che non è né un suicidio né un ictus. È un omicidio e l’assassino si chiama Silvio Berlusconi*», in S. BUZZANCA, *Cancellare la Bicamerale anche il finale è al veleno*, la Repubblica, 10 giugno 1998.

⁶² Resoconto stenografico - XIII legislatura - Camera dei deputati, Seduta del giorno 27 maggio 1998, p. 105.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Resoconto sommario e stenografico - XIII Legislatura - Camera dei Deputati, Seduta del giorno 9 giugno 1998 - p. VI, pp. 14-15.

⁶⁵ Proposta di legge costituzionale A.C. n. 553 e abb.-A, elaborata dalla I Commissione permanente Affari costituzionali, Presidenza del Consiglio e Interni della Camera dei Deputati, presieduta dall’On. Prof. Luciano Violante.

⁶⁶ Camera dei deputati, XV Legislatura - Disegni di legge e relazioni - *Relazione della I Commissione permanente Affari costituzionali, sulle Proposte di legge costituzionale 553-1524-2335-2382-2479-2572-2574-2576-2578-2586-2715-2865-3139-3151-A*, presentata il 17 ottobre 2007, Presidente e Relatore: Luciano Violante, p. 6.

di effettuare «*interventi mirati e limitati, pur se dalla portata fortemente innovativa (...) frutto di un metodo pragmatico e graduale*»⁶⁷, che attengono all'esigenza minima necessaria di superare il bicameralismo paritario e di dare stabilità al potere esecutivo.

A dimostrazione della solidità e della condivisione del progetto, la c.d. Bozza Violante è stata approvata in Commissione Affari Costituzionali all'unanimità e due anni dopo, mutate la legislatura e la maggioranza parlamentare, l'On. Gianfranco Fini, di Alleanza Nazionale, nuovo Presidente della Camera, dichiarerà «*la bozza Violante potrebbe essere votata all'unanimità alla Camera e al Senato e in poche settimane diventare legge dello Stato*»⁶⁸.

A impedire a questo condiviso progetto di riforma di ottenere l'approvazione parlamentare si impongono, anche in questa occasione, dinamiche politiche, partitiche e personali, che travolgono le istituzioni: il 16 gennaio il Ministro della giustizia Clemente Mastella, si dimette a seguito dell'arresto della moglie e dell'apertura di un'indagine per concussione che coinvolge lo stesso Ministro e numerosi dirigenti del partito da lui presieduto, l'UDEUR, innescando la crisi di governo; il 23 gennaio il Presidente del Consiglio Romano Prodi rende comunicazioni e ottiene la fiducia alla Camera⁶⁹; ma il giorno successivo non ottiene la fiducia al Senato per effetto della defezione determinante dei senatori dell'UDEUR⁷⁰; il giorno stesso rassegna le proprie dimissioni nelle mani del Capo dello Stato che provvede allo scioglimento delle Camere⁷¹ e convoca i Comizi per i giorni 13 e 14 aprile 2008⁷².

4.6. Le riforme e i referendum: le c.d. riforme Berlusconi e Renzi, tra politicizzazione, partitizzazione e personalizzazione

Due progetti di riforma distanti per provenienza politica, ma simili sotto più punti di vista, hanno, invece, ottenuto l'approvazione parlamentare e sono stati sottoposti, entrambi con esito fallimentare, al giudizio popolare, espresso attraverso il referendum confermativo ex art. 138 Cost.: il Progetto di riforma presentato dal Governo Berlusconi II e bocciato dal referendum del 25 e 26 giugno 2006⁷³, e il Progetto di riforma presentato dal Governo Renzi e bocciato dal referendum del 4 dicembre 2016⁷⁴.

⁶⁷ Camera dei deputati, XV Legislatura - Disegni di legge e relazioni - Relazione della I Commissione permanente Affari costituzionali, sulle Proposte di legge costituzionale 553-1524-2335-2382-2479-2572-2574-2576-2578-2586-2715-2865-3139-3151-A, presentata il 17 ottobre 2007, Presidente e Relatore: Luciano Violante, p. 6.

⁶⁸ I.C.S. «*Riforme possibili in poche settimane*», Fini: basta ripartire dalla bozza Violante e Camera e Senato potrebbero votare anche all'unanimità, il Corriere della Sera, 24 novembre 2009.

⁶⁹ Dalla quale ottiene la fiducia con 326 sì e 275 no (Resoconto stenografico - XV Legislatura - Camera dei Deputati - Seduta n. 272 del 23 gennaio 2008).

⁷⁰ Dove si vede negare la fiducia in una votazione che si conclude con 161 no, 156 sì e 1 astensione (Resoconto stenografico - XV Legislatura - Senato della Repubblica - Seduta n. 280 del 24 gennaio 2008).

⁷¹ Decreto del Presidente della Repubblica 6 febbraio 2008, n. 19.

⁷² Decreto del Presidente della Repubblica 6 febbraio 2008, n. 20.

⁷³ D.d.L. «*Modifiche alla parte seconda della Costituzione*» (A.C. 4862-B - A.S. n. 2544-D).

⁷⁴ D.d.L. «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*» (A.S. 1429-D, A.C. 2613-D).

Entrambi i progetti di riforma, anziché ricercare il minimo intervento necessario, erano tesi a realizzare il massimo intervento possibile, investendo, il primo, 50 articoli, e il secondo 47 articoli della Costituzione; entrambi i progetti, in quanto espressione di un clima politico fortemente bipolarizzato e contrappositivo, si sono proposti come progetti ‘di partito’, *rectius* ‘di maggioranza’, elaborati e approvati con i soli voti favorevoli della maggioranza parlamentare; entrambi i progetti, per effetto della crescente personalizzazione della politica, sono finiti con l’essere identificati con il *leader* della maggioranza parlamentare che li propone, Silvio Berlusconi, nel primo caso, e Matteo Renzi, nel secondo, che a loro volta hanno esasperato l’identificazione tra la proposta di riforma, il Governo, il partito, e la loro persona, arrivando, Matteo Renzi, a far dipendere espressamente dall’esito referendario, la sopravvivenza dell’esecutivo e la propria carriera politica⁷⁵.

Entrambi i progetti, proprio in quanto di portata omnicomprensiva, politicamente divisivi e fortemente personalizzati, nel corso della campagna referendaria hanno visto il coagularsi di un multiforme e diversificato fronte avverso, aggregato per opposizione a uno o più contenuti, a uno o più partiti componenti la maggioranza parlamentare o al *leader* in carica, e si sono arrestati di fronte al prevalere del voto popolare, indirettamente dimostrando che «*la Costituzione, e così la sua riforma, sono e debbono essere patrimonio comune il più possibile condiviso, non espressione di un indirizzo di Governo e risultato del prevalere contingente di alcune forze politiche su altre*»⁷⁶.

4.7. Sintesi

In sintesi tutti i momenti fondamentali del lungo percorso dei tentativi di riforma costituzionale in Italia, si sono scontrati con dinamiche di conflitto politico che ne hanno impedito, in forma causalmente diretta o indiretta, la traduzione in Legge costituzionale:

- cinque sono naufragati per cause direttamente imputabili alla politica e ai partiti, senza vedere la luce dell’approvazione parlamentare. Di questi:
 - tre sono stati travolti dalla fine anticipata della legislatura che ha portato al rinvio del progetto di riforma (avvio del processo riformatore, VIII legislatura), all’interruzione del relativo sviluppo (Commissione De Mita/Iotti, XI legislatura) o all’abbandono del progetto allo stato di definizione raggiunto (Bozza Violante, XVI legislatura);
 - due, pur non materialmente impediti dallo scioglimento anticipato delle Camere, sono stati incisi in modo determinante dalle dinamiche tra i partiti che

⁷⁵ Resoconto stenografico - XVII Legislatura - Senato della Repubblica, Seduta del giorno 20 gennaio 2016, p. 134: «*Ho personalmente affermato davanti alla stampa, e lo ribadisco qui davanti alle senatrici e ai senatori, che nel caso in cui perdessi il referendum, considererei conclusa la mia esperienza politica. L’ho fatto perché credo profondamente in un valore: la dignità del proprio impegno nella cosa pubblica*».

⁷⁶ *Riforma della Costituzione Italiana, Appello dei costituzionalisti*, Documento elaborato nell’aprile 2016, contrario al metodo e al merito della riforma proposta dal Governo Renzi e sottoscritto da più di cinquanta costituzionalisti, fra cui Sergio Bartole, Lorenza Carlassare, Enzo Cheli, Gianmaria Flick, Silvio Gambino, Fulco Lanchester, Valerio Onida, Roberto Zaccaria e Gustavo Zagrebelsky, p. 1.

in un caso hanno distratto l'attività delle istituzioni dalle riforme (Commissione Bozzi, XI legislatura) e nell'altro caso ne hanno impedito fattivamente la realizzazione (Commissione D'Alema, XIII legislatura);

- due sono naufragati per cause indirettamente imputabili alla politica e ai partiti, in quanto si sono tradotti in testi di legge costituzionale approvati dal Parlamento e sono stati bocciati dal referendum popolare confermativo ex art. 138 Cost., con un esito sul quale le dinamiche del conflitto politico hanno avuto un peso determinante, in ragione della marcata politicizzazione, partitizzazione e personalizzazione dei progetti di riforma e della relativa campagna referendaria.

La storia dei tentativi di riforma costituzionale, e dei relativi fallimenti, dimostra, così, l'incapacità sostanziale del sistema politico di superare sé stesso, di reinstaurare quella tensione, di adempiere a quell'impegno religioso, a causa della debolezza fisiologica dello stesso sistema dei partiti e dell'incidenza patologica di interessi contrari alle riforme e favorevoli a conservare lo *status quo*.

Il sistema dei partiti della c.d. prima repubblica giunge a dare l'avvio al processo riformatore negli anni ottanta, quando i partiti costituenti erano già in crisi a seguito degli anni di piombo, dell'assassinio di Aldo Moro, della delusione politica degli anni Settanta e di quel 'ritorno al privato' che ha segnato gli ottanta, dominato da spinte individualistico-materialistiche di matrice reaganiana e thatcheriana e di un crescente distacco della popolazione dalla dimensione pubblicopolitica. L'esercizio del ruolo costituente richiede, però, una concertazione e maggioranze parlamentari ampie, rette da equilibri politici stabili, idealmente informati e concettualmente strutturati, condizioni tutte assenti in una dimensione parlamentare instabile, retta da accordi di scambio, come quella che accoglie i frutti della c.d. Commissione Bozzi, e, infine, prossima al collasso, che travolge i lavori della c.d. Commissione De Mita-Iotti.

I partiti della c.d. seconda repubblica hanno ereditato la 'questione' delle riforme istituzionali e approcciato il ruolo di 'nuovo' costituente attraverso tentativi condivisi, come nel caso della c.d. Commissione D'Alema, e della c.d. Bozza Violante, e tentativi divisivi, quali la c.d. Riforma Berlusconi e la c.d. Riforma Renzi. Nei primi il nuovo sistema dei partiti ha ricercato la fonte della propria legittimazione di fronte al popolo e della propria legittimazione reciproca, fallendo a causa dell'emergere e prevalere di interessi politici e personali particolari; nei tentativi divisivi, i partiti di maggioranza hanno ricercato il riconoscimento istituzionale della propria preminenza come singolo partito o ristretta coalizione, fallendo proprio a causa della partitizzazione e della personalizzazione delle riforme proposte.

5. Le riforme costituzionali e la politica nella XVIII legislatura

L'analisi dell'*iter* in Commissione e in Aula dei disegni di legge costituzionale all'esame del Parlamento nel corso della XVIII legislatura evidenzia, nondimeno, la perdurante e, spesso, preclusiva incidenza delle dinamiche politiche sui tentativi, anche limitati e puntuali di riforma costituzionale. La maggioranza delle riforme proposte da un Governo si sono arrestate, infatti,

durante il successivo e il voto dei partiti, a prescindere dal merito della proposta, ha spesso assunto un significato puramente politico.

Per quanto in particolare riguarda l'*iter* parlamentare delle proposte di legge costituzionale espressione della maggioranza politica «giallo-verde», reggente il Governo Conte I:

- la proposta di legge costituzionale A.C. 1173-A (S.1089), il 21 febbraio 2019, tre mesi dopo la sua presentazione, è stata approvata in prima deliberazione alla Camera, con alcuni emendamenti, tra cui la previsione per cui la proposta soggetta a referendum sarebbe approvata con la maggioranza dei voti validamente espressi a condizione che detta maggioranza sia superiore a un quarto degli aventi diritto al voto. La proposta è stata, quindi, trasmessa al Senato, dove la Commissione, nel luglio 2019, è giunta all'approvazione di alcuni emendamenti e ha rinviato l'esame, non più proseguito a seguito della crisi «agostana» e del conseguente mutamento della maggioranza parlamentare;
- il disegno costituzionale A.S. 1124, l'8 maggio 2019, due mesi dopo la sua presentazione, ha concluso positivamente l'esame in Commissione Affari costituzionali del Senato, ma l'esame in Aula non è mai iniziato a causa della succitata crisi «agostana» di Governo;

Per quanto riguarda, poi, l'*iter* parlamentare delle proposte di legge costituzionale espressione della maggioranza politica «giallo-rossa», reggente il Governo Conte II:

- la proposta di legge costituzionale A.C. 2238, il 14 ottobre 2020 risulta in stato di avanzato esame presso la Commissione affari costituzionali della Camera, che ha udito 20 esperti segnalati da tutti i gruppi parlamentari e proseguito l'esame in cinque sedute tra il settembre e l'ottobre 2020, ma l'esame non più proseguito a seguito della crisi di governo «renziana» di inizio anno;
- la proposta di legge costituzionale A.C. 2697 (A.S. 1960), è stata assegnata alle Commissioni affari costituzionali, che non hanno iniziato l'esame per le medesime ragioni dianzi esposte.

La proposta di legge costituzionale A.C. 1511-1647-1826-1873-B (S. 1440), in materia di elettorato attivo per l'elezione del Senato, di iniziativa politica trasversale, ha avuto un *iter* più complesso, che si è intrecciato a tre maggioranze e a due crisi di governo e rende in modo plastico l'occlusiva interferenza delle dinamiche e degli interessi politici rispetto alle riforme costituzionali.

Il 31 luglio 2019, due mesi e mezzo dopo la sua presentazione, sotto il Governo Conte I, la proposta è stata approvata in prima deliberazione dalla Camera con il voto favorevole non solo dei partiti dell'allora maggioranza (Movimento 5 Stelle e Lega), ma anche di tutti i partiti dell'opposizione (Partito Democratico, Liberi e Uguali, Forza Italia e Fratelli d'Italia).

Il 9 settembre 2020, a seguito del cambio di maggioranza parlamentare, e della necessaria postergazione determinata dall'intervento della crisi sanitaria, la proposta è stata approvata in prima deliberazione anche al Senato, questa volta con il voto favorevole dei soli maggiori partiti di maggioranza (Movimento 5 Stelle, Partito Democratico e Liberi e Uguali). Si sono astenuti dal voto la Lega, che pure ha proposto e votato in prima deliberazione il medesimo testo, e Fratelli d'Italia, che ha dichiarato di condividere il merito della riforma, ma ha accusato la maggioranza di seguire un metodo di riforma propagandistico, esclusivamente finalizzato ad accrescere il consenso popolare nei confronti del Governo.

Non hanno, invece, partecipato al voto Forza Italia, che prescindendo anch'essa dal merito, già condiviso, come Fratelli d'Italia ha accusato la maggioranza parlamentare di voler utilizzare le riforme costituzionali come strumento di consenso popolare, e anche Italia Viva, scissasi dal Partito Democratico sotto la leadership di Matteo Renzi, che pur parte della maggioranza parlamentare di governo, ha manifestato la propria contrarietà, non per il merito della proposta, condiviso, ma per quanto rimasto estraneo ad essa, e cioè perché non comprensiva anche dell'abbassamento del requisito anagrafico per l'elettorato passivo.

Il testo, così approvato dalla maggioranza dei votanti, ma non dalla maggioranza assoluta dei componenti del Senato, è stato quindi ritrasmesso alla Camera per la seconda deliberazione, per cui l'art. 138 Cost. richiede, almeno, la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera (e prevede che non si faccia luogo a referendum popolare laddove la legge sia stata approvata in seconda votazione, da ciascuna camera, a maggioranza dei due terzi).

Il 15 ottobre 2020, l'Assemblea avrebbe dovuto dare seguito all'esame della proposta di legge costituzionale, ma nella Conferenza dei Presidenti di gruppo è stato richiesto un rinvio a breve termine, che il Presidente ha accolto, senza fissare la data della successiva seduta di trattazione, a causa del progressivo deteriorarsi dei rapporti interni alla maggioranza che porteranno alla crisi di governo «renziana» di inizio anno, alla caduta del governo Conte II e all'insediamento del Governo tecnico-politico guidato da Mario Draghi.

Solo il 9 giugno 2021, nel nuovo contesto politico di una maggioranza inter-partito, l'Assemblea ha approvato il testo in seconda deliberazione, a maggioranza assoluta, inferiore ai due terzi, e lo ha trasmesso al Senato, che, l'8 luglio 2021, lo ha approvato in seconda deliberazione, anche in questo caso, a maggioranza assoluta, inferiore ai due terzi. Nel mutato contesto di maggioranza, sono tornati a votare a favore della riforma Lega, Fratelli d'Italia, Forza Italia e Italia Viva.

Il testo è stato, quindi, pubblicato nella G.U. n. 166 del 13 luglio 2021, data dalla quale decorrono i tre mesi per la proposizione del referendum confermativo previsti dall'art. 138 Cost.

Separato è stato il percorso delle otto proposte di riforma in materia di tutela costituzionale dell'ambiente, avanzate da più parti politiche, e unificate nel testo approvato dalla Commissione affari costituzionali del Senato nella seduta del 23 marzo 2021 (A.S. 83 e connessi)⁷⁷. La proposta è diretta alla modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione al fine di inserire espressamente nella Carta la tutela della biodiversità e dell'ecosistema, anche nell'interesse delle future generazioni, e prevede una riserva di legge statale per la disciplina della tutela degli animali.

Il testo unificato (A.S. 83 e connessi) è stato trasmesso all'Assemblea del Senato che, il 9 giugno 2021, lo ha approvato in prima deliberazione, con emendamenti. Il testo, quindi, è stato trasmesso alla Camera, dove è stato assegnato alla Commissione affari costituzionali che, il 29 luglio 2021, dopo l'abbinamento con ulteriori dieci proposte di legge costituzionale provenienti da diversi

⁷⁷ A.S.83, De Petris (LeU-Misto); A.S.212, De Petris (LeU-Misto); A.S.938, Collina (PD); A.S.1203, Perilli (M5S); A.S.1532, Gallone (FI); A.S.1627, L'Abbate (M5S); A.S.1632, Bonino (+Europa); A.S.2160, Calderoli (Lega).

partiti⁷⁸, conservando come testo base il testo già approvato dal Senato, ne ha concluso l'esame conferendo mandato alla Relatrice a riferire favorevolmente in Assemblea.

6. Conclusioni

In uno stato di immobilismo costituzionale, l'equilibrio tra i sottosistemi luhmanniani del diritto e della politica si è sbilanciato, e la riconosciuta e denunciata inefficienza del sistema disegnato dalla Costituzione, che è prima di tutto limite e vincolo al potere, è divenuta occasione per un'invasione politica delle istituzioni.

I problemi istituzionali già riconosciuti all'avvio del processo riformatore quale «*costo assai elevato per l'economia e lo sviluppo sociale e civile*» e «*un grave ostacolo supplementare e distorto per la soluzione dei problemi politici aperti nella società italiana*»⁷⁹ si sono cronicizzati e i 'rimedi' adottati in supplenza si sono strutturati in un sistema istituzionale distorto e sovrapposto a quello costituzionale, che continua a portare all'«esercizio di poteri senza responsabilità e a situazioni di responsabilità senza poteri»⁸⁰ nell'affermarsi di rapporti di puro potere di fatto, in cui unico elemento determinante e scriminante è il dato elettorale, la cui instancabile rincorsa ha indotto il Paese in un vortice di ipercinetismo elettorale e populismo.

I problemi del Parlamento in termini di efficienza e capacità decisionale, derivanti dalle dinamiche del bicameralismo paritario perfetto, o semi-perfetto, nella legittimazione e nelle funzioni, sono rimasti irrisolti, e gli interventi di supplenza che, da allora, hanno cercato di ovviare *de facto* all'inefficienza decisionale parlamentare sono diventati l'architettura di una costituzione materiale che ha fatto dell'abuso della decretazione d'urgenza, delle leggi di conversione e della questione di fiducia, un metodo legislativo alternativo e prevalente rispetto al procedimento legislativo parlamentare.

I problemi del Governo in termini di stabilità, discendenti dalla disciplina dei rapporti intragovernativi e del rapporto fiduciario, restano irrisolti, nel moltiplicarsi di crisi di governo generate dal formarsi di maggioranze divergenti nei due rami del Parlamento, di crisi di governo «al buio», aperte senza prospettive di soluzione politica, e di crisi di governo, almeno in origine, extraparlamentari, tese ad ottenere la ridefinizione della compagine ministeriale in conformità ad interessi particolari.

I problemi del pluralismo e della partecipazione politica popolare, sono rimasti anch'essi irrisolti, in una deriva che vede marginalizzata la partecipazione politica popolare, da «*essenziale*

⁷⁸ A.C. 15., Brambilla (FI); A.C. 143., Russo (FI); A.C. 240 cost., Del Barba (IV); A.C. 2124 cost., Prestigiacomo (FI); A.C. 2150 cost., Meloni (FdI); A.C. 2174 cost., Muroni (LeU); A.C. 2315 cost., Consiglio regionale del Veneto; A.C. 2914 cost., Pezzopane (PD); A.C. 3181 cost., Cunial (Misto).

⁷⁹ Risoluzione Labriola e altri, Resoconto stenografico - VIII Legislatura - Camera dei Deputati, Seduta del 14 aprile 1983, p. 62365 e ss.; e Ordine del giorno De Giuseppe, in Resoconto Stenografico - VIII Legislatura - Senato della Repubblica, Seduta del 14 aprile 1983, p. 10 e ss.

⁸⁰ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, IX Legislatura, *Relazione della Commissione Parlamentare per le riforme istituzionali*, presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985, Doc. XVI-bis, n. 3, pp. 10-11.

*veicolo tra le istanze provenienti dalla società civile e la produzione normativa*⁸¹ a lamentazione inascoltata, alimentando il distacco del popolo dalla politica e concorrendo al sempre crescente astensionismo politico e alla diffusione di populismi di matrice anti-politica.

Di fronte all'incapacità del sistema politico di addivenire alla riforma della istituzioni costituzionali, ricreando quella «*tensione etico-politica*»⁸² che fu della Costituente, il punto di fuga è sempre più ricercato nel ricorso al popolo, attraverso il referendum confermativo, alla cui valorizzazione si sono rivolti, in forme diverse, il Gruppo di Lavoro per le riforme istituzionali istituito dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, la cui Relazione, propone di prevedere che le leggi di revisione costituzionale possano sempre essere sottoposte a referendum popolare confermativo e che il testo sottoposto a referendum debba essere distinto per parti omogenee al fine di consentirne l'effettiva comprensione e libertà di decisione nel merito da parte del corpo elettorale, e, il piano delle «*Riforme del cambiamento*» inaugurato dal Governo Conte, che ha optato per un metodo di riforma per temi specifici e interventi limitati e omogenei, allo stesso fine di consentire il manifestarsi attraverso il referendum confermativo di una volontà effettivamente libera di decidere nel merito della riforma, non coartata dall'ampiezza e dall'indeterminatezza del quesito referendario e conseguentemente non costretta a mera preferenza politica.

Al Parlamento, perciò, il compito di enucleare attraverso una 'genealogia' del processo riformatore, le matrici concettuali, le «*coerenze di fondo*»⁸³, i «*contenuti minimi comuni*» oggetto di «*consenso per intersezioni*»⁸⁴, e tradurli nell'elaborazione di interventi puntuali, omogenei e autonomi, ma sistematicamente coordinati, tanto al contesto costituzionale vigente, quanto al contesto costituzionale potenzialmente risultante dal reciproco intervento, nella consapevolezza che «*tutto si tiene nella Costituzione*», «*e tutto si tiene in particolare in quella che è chiamata "la seconda parte" della Costituzione: cioè quel complesso di norme che disegnano la forma di governo della Repubblica*»⁸⁵.

Al Popolo, a quello stesso Popolo il cui progresso materiale, culturale e coscienziale ha dato impulso sociale al processo riformatore, la responsabilità della composizione finale dei suoi frutti più maturi, attraverso la loro approvazione o il loro rigetto nei referendum popolari confermativi sui singoli interventi, per una palingenesi costituente popolare che ritrovi il senso di una Costituzione che sia «*patrimonio di tutti ma senza diritto di primogenitura di nessuno*»⁸⁶ e permetta alla XIX legislatura, la prima con 400 deputati e 200 senatori, di portare avanti e completare il necessario processo di ripresa e ricostruzione politica, economica e sociale del Paese, senza che

⁸¹ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, IX Legislatura, *Relazione della Commissione Parlamentare per le riforme istituzionali*, presentata alle Presidenze delle Camere il 29 gennaio 1985.

⁸² G. SPADOLINI, *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, in S. BERETTA (a cura di), *La Costituzione italiana quarant'anni dopo, Scritti di G. Spadolini, V. Rognoni, S. Beretta, M. Luciani, I. Musselli, E. Bettinelli, I. Valiani. Quaderni della rivista Il Politico*, Milano, Giuffrè, 1989, 15.

⁸³ C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015) - estratto -*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Anno LXV, 2/2015, 518.

⁸⁴ Camera dei Deputati, XV Legislatura - Disegni di legge e relazioni - *Relazione della I Commissione permanente Affari costituzionali, sulle Proposte di legge costituzionale 553-1524-2335-2382-2479-2572-2574-2576-2578-2586-2715-2865-3139-3151-A*, presentata il 17 ottobre 2007, Presidente e Relatore: Luciano Violante, p. 6.

⁸⁵ G. SPADOLINI, *La Costituzione italiana*, cit., 10.

⁸⁶ G. SPADOLINI, *La Costituzione italiana*, cit., 7.

lo stesso venga ad essere geneticamente convulso da disfunzioni istituzionali cronicizzate nel radicalizzarsi della conflittualità politica e del prevalere di interessi particolari, partitici e personali, sugli interessi collettivi.

«Contro ogni deviazione, contro ogni inerzia bisogna ascoltare più che mai quella che Calamandrei chiamava la viva vox Constitutionis. Perché i programmi tecnici da soli non bastano senza un impulso ideale che li faccia vivere, che dia ad essi serio impegno del dovere morale: questo è il segreto del risanamento istituzionale. Avere nel cuore il fuoco della speranza, il calore della solidarietà, l'impegno religioso di un dovere da compiere. In una parola, ritornare a quell'impegno comune di lavorare insieme che fu, alla Costituente, il programma dei padri fondatori, in linea con la promessa di fare insieme un lungo tratto di strada verso l'avvenire»⁸⁷.

«È l'eredità vivente di una stagione costituente che tocca – ancora – a noi recuperare intera nella sua tensione ideale»⁸⁸.

ABSTRACT

La riduzione del numero dei parlamentari, se non contestualizzata in un quadro di riforme sistematico, rischia di generare inefficienze e disfunzioni istituzionali. Possibili soluzioni possono essere ricercate nei precedenti tentativi di riforma costituzionale, che contemplavano la riduzione quantitativa quale riflesso di un mutamento qualitativo, nell'ambito della revisione della forma di stato e di governo. Da questi tentativi è possibile individuare delle matrici concettuali, delle linee di continuità, che li attraversano e animano le attuali proposte di riforma. L'analisi delle ragioni del fallimento dei precedenti tentativi di revisione, e dell'iter dei progetti di revisione presentati durante i primi tre anni (e corrispondenti governi) dell'attuale legislatura, evidenzia il rapporto asfissiante tra la politica e i processi di revisione sistematica, che cerca il suo punto di fuga nel referendum su singole questioni costituzionali.

ABSTRACT

The reduction in the number of parliamentarians, if not contextualized in a systematic reform plan, risks to generate inefficiencies and institutional dysfunctions. Possible solutions can be searched in previous attempts in constitutional reform, which contemplated the quantitative reduction as the reflection of a qualitative change, in the context of the revision of the form of state and government. From these attempts it's possible to identify conceptual matrices, lines of continuity, which cross them and animate the current reform proposals. The analysis of the reasons for the failure of previous revision attempts, and of the iter of the revision projects presented during the first three years (and corresponding governments) of the current legislature, highlights the suffocating relationship between policy and systematic revision processes, which seeks its vanishing point in the referendum on individual constitutional issues.

⁸⁷ G. SPADOLINI, *La Costituzione italiana*, cit., 12-13.

⁸⁸ G. SPADOLINI, *La Costituzione italiana*, cit., 15.

PAROLE CHIAVE: Riforme costituzionali - Riduzione del numero dei Parlamentari - Riforma del bicameralismo - Referendum popolare propositivo - Elezione del Senato

KEYWORDS: Constitutional reforms - Reduction in the number of parliamentarians - Reform of bicameralism - Proposal popular referendum - Election of the Senate



Ciro Palumbo*

Sistema, *φιλία* e reciprocità nel diritto. Uno studio su Alessandro Giuliani.**

Forse la vocazione giuridica di Giuliani era ‘condizionata’ dalle sorti familiari, o almeno potrebbe pensarsi; ma spesso, anche se la tradizione giuridica è nelle relazioni interpersonali più vicine, come quelle familiari, non è detto che essa si si tramandi e trovi terreno fertile, oppure che si manifesti in modo subito prolifico, fecondo.

In Giuliani, infatti, l’approccio al diritto matura dopo quello all’arte dell’ingegneria gerarchicamente ‘organizzata’¹, iniziando uno scavo nella dimensione giuridica che ha costituito il fulcro dei suoi interessi di studioso, portandolo ad essere un riferimento essenziale tra i pensatori del ‘900 giuridico italiano.

Purtuttavia, a questa maturazione non è mancato un passaggio essenziale, quasi inaspettato per un autore – per così dire – avvezzo al mondo del diritto, tanto da doversi il suo nome in una curatela intitolata *L’educazione giuridica*² i cui contributi, in più lingue, rappresentano quel particolare clima culturale in cui la libertà ed il diritto non sono ne’ antinomici ne’ disgiunti, necessitando il tema, sotto il profilo speculativo, di studi che facessero emergere un concetto di diritto in chiave di educazione, disciplina, aprendo al fenomeno autonomo della giuridicità rispetto alle altre discipline.

In questa direzione diviene inevitabile lo studio dei classici del diritto che porterà Giuliani ad affermare che «a seguito della distanza venutasi a creare tra etica ed economia si è venuto

* Ricercatore in Filosofia del diritto presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

**Contributo sottoposto a double blind peer review.

¹ Dopo gli studi superiori si iscrisse all’Accademia di artiglieria e genio di Torino, al corso di ingegneria all’interno della carriera militare, frequentando anche la facoltà di scienze politiche a Pavia per poi abbandonarla per passare a giurisprudenza.

² Cfr. AA. VV., *L’educazione giuridica*, Perugia, 1979, Vol. II- Profili storici, a cura di A. Giuliani e N. Picardi.

determinando l'impoverimento della loro disciplina»³, cogliendo così che la quantità senza la qualità, che fa da misura giuridica ed etica, non solo spegne il concetto di disciplina/materia/argomento in se', ma contribuisce in modo esponenziale alla affermazione di un determinismo senza scopo, con l'unico fine di essere per esso stesso quantitativamente utile e funzionale, «sulla presunzione dell'umano di poter dominare a suo piacimento le 'forze naturali' ... questa sorta di 'potenza operativa' induce al convincimento che tutto sia permesso»⁴.

In Giuliani la questione morale fa, in un primo momento, da verga per abbattere le sterpaglie che invadono e confondono i confini tra il terreno della libertà (libero arbitrio, agire umano, dirà Giuliani) e determinismo, in un secondo momento, fatta luce tra gli sterpi, costituiranno il viatico per accedere alla discussione sul fenomeno 'diritto', indipendente ed autonomo.

Da qui, e dagli studi kantiani e non solo, si possono intuire le affermazioni che deriveranno, come quella secondo la quale – per Giuliani – questi temi investono «direttamente quella branca della filosofia morale (un tempo denominata *philosophia practica*), che è la filosofia del diritto»⁵. E ciò in quanto non appena si pone la domanda sulla giustizia della quantità o sulla moralità del mercato e della distribuzione dei beni economici, immediatamente si rinvia a quel problema «più generale dei fondamenti logici ed etici dell'ordine economico 'giusto' [che] ci obbliga a mettere in discussione il divorzio tra ... giusto ed utile»⁶.

Questa discussione, per Giuliani, è affidata alla filosofia, in quanto suo compito è la «analisi del linguaggio metaforico»⁷. Per trasposizione, quanto alla dimensione giuridica, compito della filosofia del diritto è la analisi del linguaggio giuridico metaforico, anche essa da condurre nel convincimento che l'operazione dell'interprete non è di natura aritmetica, ma è un apprezzamento della norma anche ... per *scegliere* il significato di essa e *prevedere* il gioco delle sue reazioni»⁸.

Ma è lo stesso Giuliani a chiedersi e spiegarsi «*che cosa mai significa scegliere e prevedere se non agire? L'interpretare ed il decidere nel campo del diritto non sono che un particolare aspetto dell'agire umano ... ogni decisione tronca un'infinità di atti possibili ... nessuno sfugge a questa specie di mortificazione naturale. E ogni norma non è altro che un incitamento all'azione futura*»⁹. Il futuro, però, non è delle scienze logiche e matematiche, che rinviano a previsioni, è piuttosto una dimensione alla quale si dedica l'interprete con intento di farvi luce, perché – continua Giuliani – «il peso della incertezza del futuro ... è ineliminabile nello studio dei fatti umani»¹⁰.

³ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Perugia, 1992-1993, p. 11.

⁴ L. AVITABILE, *Una riflessione su giusto, legalità e persona in Francesco Gentile*, Rivista *L'Ircocervo*, 2019, 18, n. 0., p. 9.

⁵ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Perugia, 1992-1993, p. 11.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ ID., *Scienza del diritto e scienza dell'azione umana*, Pavia, 1952, p. 11.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ivi*, p. 9.

Questo *agire umano* trova in Giuliani un più forte radicamento a partire dagli insegnamenti di scienza politica di Bruno Leoni, dal quale Giuliani apprende il metodo della riflessione fondata sul *liberismo*¹¹, poggiante a sua volta sul tema di un individualismo, per così dire, ‘nuovo’, in cui le idee di diritto e Stato muovono a partire da un agire che, per essere umano, è anzitutto un agire individuale che affiora ‘dal basso’, dove – appunto – c’è la società di individui, luogo in cui si materializza il socievole accanto all’insocievole, il primo leggibile come volontà di relazione, il secondo come volontà di conservazione.

La ripresa di un itinerario kantiano non è sempre esplicita, come spesso accade negli autori del ‘900 italiano, ma in Giuliani se ne colgono essenziali passaggi in quanto nei suoi scritti è sollecitata una riflessione sul tema della «*insocievole socievolezza* degli esseri umani, cioè la loro tendenza a riunirsi in società, unita però a una generale resistenza che minaccia costantemente di dividere questa società»¹².

Nell’espressione ‘insocievole socievolezza’ si coglie un nucleo esistenziale dell’individualismo, al quale Giuliani pone attenzione, una sorta di morbo della ‘falsa libertà’ – per Leoni bonario – radicato nella ‘condizione’ umana, che non libera l’individuo dal pensare per se stesso, così impedendogli la riflessione sulla giustizia, la libertà di muoversi per istituire, la realizzazione della personalità nella socievolezza delle relazioni interpersonali.

Questa concezione dell’individualismo, letta in un’ottica estrema, può condurre alla condizione dello stato di natura, che *a)* non ammette alcun diritto se non quello del più forte; *b)* non contempla alcuna forma di società se non la dualità delle relazioni: in queste il rapporto io/tu non è garantito da una società che riconosce le relazioni e le tutela, bensì è garantito dal timore e dalla forza.

‘Muovere dal basso’ diviene inevitabile se si pensa alla considerazione di von Hayek quanto a Leoni, al quale Giuliani attinge, uno studioso in cui è presente il «coraggio di trascendere i limiti di una specialità e di cercare di vedere i problemi della società come un tutto»¹³.

La ‘specialità’, infatti, nel pensiero moderno, segna l’ambito di strutturazione delle scienze in generale, come, appunto, quelle politica, economica e giuridica: la scienza si specializza, si settorializza; i vari settori, poi, si pongono, alternativamente, in contrasto o in armonia, secondo un itinerario speculativo che, però, resta chiuso, sia perché si conforma ad un linguaggio ermetico, sia perché l’uscita da un settore costituisce la negazione positiva della stessa specialità scientifica professata; come a dire che il positivismo rappresenta l’altra faccia di un sistema chiuso quale è quello delle leggi di natura¹⁴; ma, ‘vedere i problemi della società come un tutto’ significa uscire dai ‘limiti della specialità’. Giuliani coglie questo aspetto significativo del pensiero giuridico e – anche riprendendo il pensiero di Adam Smith – scrive

¹¹ Cfr. A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2003.

¹² I. KANT, *Idea per una storia universale in prospettiva cosmopolitica*, Milano, 2015, p. 61.

¹³ F. VON HAYEK, *Bruno Leoni. Lo studioso*. “Quaderni della Rivista Il Politico”, contributo dal titolo *Omaggio a Bruno Leoni*, Milano, 1969, p. 30.

¹⁴ A. GIULIANI, *Contributi ad una teoria pura del diritto*, Milano, 1954, p. 29.

che «l'uomo ... non viene considerato isolato in un mitico stato di natura, ma sempre vivente nella società»¹⁵.

Si tratta anche di chiarire questo 'vivente' che è l'umano, impossibile da cesellare in esistenze giuridiche, politiche ed economiche di impronta sistemica.

Nella vita di relazione l'ambito di un *proprium*, che nella vita biologica rappresenta il primo appetito, diviene luogo dove si esperisce quel che si intende come *unicuique suum*¹⁶, messo in reciprocità di conoscenza con gli altri, avviando una attività interpretativa della giustizia e della equità, orientata a custodire – in qualsiasi *sistema*, come quello di norme – i due versanti dell'«insocievolezza» e della «socievolezza», leggibili come egoità ed alterità; calati nell'ambito del diritto, queste dimensioni conducono ad affermare che non si può dire alcunché sulla giuridicità senza un riferimento ermeneutico ai temi centrali dei classici della filosofia. Infatti, non a caso Giuliani riprende i temi aristotelici, tra cui quelli del rapporto tra legge e giustizia¹⁷, attraversati dal tema dell'amicizia, ponte di unione e tacitazione della discordia, al punto che «persino le città sembrano tenute dall'amicizia»¹⁸.

L'attenzione di Giuliani al tema della *φιλία*¹⁹ è centrale e segna anche il motivo del riferimento a Kant sul tema del *proprium*: l'amicizia, da un canto, rinvia alla «reciprocità»²⁰ che viene «caratterizzata come eguaglianza»²¹, ricercata nel «conflitto tra atteggiamento quantitativo e qualitativo»²²; da un altro, essa 'lega' la legalità alla giustizia e questo «legame dell'amicizia risulta saldo nella misura in cui ognuno ha il 'suo', e pertanto esiste eguaglianza tra ciò che si dà e ciò che si riceve»²³. Questo itinerario di riflessione rinvia al tema dell'*equum*, ripreso da più pensatori del '900, che a loro volta rinviano ad Aristotele, con preciso riferimento a questo equilibrio che si ha nella proporzione, letta in alcuni nella «interdipendenza economica ... il momento concreto dell'ideale astratto e utopistico della eguaglianza»²⁴.

La reciprocità, così intesa, è annunciatrice di un cambiamento in quanto non si fonda sull'utilità ma sulla giustizia e l'equità; e cogliere che nessun cambiamento può aversi se non si ha contezza dei classici del pensiero e della storia, significa che nella dimensione giuridica nulla può mutare rispetto a quella che Giuliani indica come la «tradizionale scienza del diritto»²⁵: 'cambiare' non è inteso come una trasformazione che qualifica tutti gli elementi e gli insiemi di elementi che ci ambientano; è un movimento dell'agire umano che richiede

¹⁵ ID., *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, Estratto dalla 'Rivista Internazionale di Filosofia del diritto', Milano, 1954, p. 13.

¹⁶ I. KANT, *Divisione della dottrina del diritto*, in *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1978, pp. 415 ss. Già in ULPIANO, *Digesto*, 1.1.10. Si veda anche CICERONE, *De natura deorum*, III, 15.

¹⁷ A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, Perugia, 1971, p. 69.

¹⁸ ARISTOTELE, *La natura dell'amicizia*, in *Etica Nicomachea*, 1155a, 22. Così ripreso in A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 100.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ivi*, p. 101.

²² *Ibidem*.

²³ *Ivi*, p. 102.

²⁴ G. PERTICONE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2012, p. 126.

²⁵ A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 40.

l'intervento responsabile ed intenzionale della persona che orienta gli scopi esistenziali della vita, nel diritto, nell'economia, nella politica.

La persona muove col diritto ed «evita – attraverso le sue istituzioni e procedure – che prevalga la premessa biologica»²⁶, scegliendo e selezionando gli atti, come contenuto e manifestazione delle condotte con cui Giuliani intende la stessa «azione umana»²⁷, nel contrasto edificante dei meri fatti, esplicativi di ogni 'cambiamento' inteso solo come un fluire di mutamenti evolutivi: l'essere umano da questi si «distacca, dice 'no', perché il 'dirsi' di un io è il lavorare dialogicamente per differenziarsi nel formare la propria personalità»²⁸.

Negli esseri umani vi è, dunque, una «tendenza a riunirsi in società, unita però a una generale resistenza che minaccia costantemente di dividere questa società»²⁹. Scrive ancora Kant: «L'essere umano ha un'inclinazione ad *associarsi* ... [e] anche una grande tendenza ad *isolarsi*»³⁰. Si tratta di «due direzioni della condizione umana sono l'una essenziale all'altra: quando se ne considera solamente una, quella dell'*associarsi*, la concretizzazione estrema si ha in un coesistere dove ogni singolo si disperde in un tutto, diviene un nessuno, come si registra nei sistemi del *totalitarismo*; quando, invece, si considera solamente l'altra, quella dell'*isolarsi*, la concretizzazione estrema si ha nella pienezza nientificante dell'*anarchia*»³¹.

Sono due versanti che si prestano a supportare lo scavo che Giuliani si prefigge nello studio su «condotta e azione umana»³², in cui è presente una tendenza a riferirsi a principi naturali dell'umano che, letti nella dimensione giuridica, non traducono affatto un modo normativo o deontologico dell'agire, intendendo così e chiaramente una diversa lettura del 'naturale', in quanto «la natura non ha prescritto questa sublime contemplazione come la grande occupazione della vita»³³: se così fosse, si avrebbe una dimensione totalitaria, giuridica, politica ed economica, che predilige il livellamento numerico delle esistenze umane, e tutta la dimensione stessa dell'esistere si fonderebbe sul dominio della legalità, che si serve solo del linguaggio normativo³⁴, biologico-numerico in natura, con «lo scopo di renderci indifferenti di fronte al successo o alla disgrazia»³⁵, dimensioni che traducono il bene e l'ingiusto in un itinerario di giustizia giuridica dell'umano.

È la condizione dell'isolamento che traduce l'insocievolezza: ma questa stessa condizione fonda il paradosso di essere regola della socievolezza.

In Giuliani a chiarificare il flusso attraverso il quale si armonizzano queste due direzioni è il tema del *giuoco*, della «vita considerata come giuoco»³⁶, ponendo in costante confronto la

²⁶ L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare. Diritto e ratio giuridica*, Torino, 2013, p. 18.

²⁷ A. GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 36.

²⁸ B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015, p. 185.

²⁹ I. KANT, *Idea per una storia universale in prospettiva cosmopolitica*, Milano, 2015, p. 61.

³⁰ *Ivi*, p. 63.

³¹ B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, cit., p. 190.

³² A. GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 36.

³³ *Ibidem*.

³⁴ ID., *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 7.

³⁵ ID., *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 36.

³⁶ *Ibidem*.

scelta, unicamente tipica della dimensione umana, tra selezionare il bene o il male, la giustizia o l'ingiustizia, nella tensione continuativa tra «dominio dell'irrazionale»³⁷ e ragione dialogica.

Quello del *giuoco* – osserva Giuliani – è «un termine che nel linguaggio corrente è generalmente collegato alla idea di qualcosa di non serio»³⁸; ma, a ben vedere – scrive Giuliani – «nel giuoco si esce dal dominio puramente biologico e naturale e si entra nel dominio dell'umano e della libertà»³⁹.

Si ha, dunque, un accostamento tra *homo juridicus* e *homo ludens*, ognuno – come osserva Giuliani con Huizinga – evocante quel particolare «fenomeno culturale in tutti i suoi aspetti dalla lingua al diritto»⁴⁰.

Nel gioco opera, apparentemente, una sola ragione, che sembra essere quella procedurale; in realtà questa è mossa dalla ragione giuridica, che consente non solo la programmazione procedurale del gioco ma, soprattutto, il suo essere pensato; perché, in effetti, la ragione giuridica è il motore della creatività, di quel pensante umano che pensa al gioco ed alla sua strutturazione creativa. E quando questo è pensato in quella che Giuliani chiama la 'azione umana', allora si registra la qualità e la modalità con la quale «la ragione giuridica misura la ragione procedurale»⁴¹.

Subentra, dunque, la progettualità che è accessibile solo a partire dalla relazione, unica «capace di misurare qualunque rapporto di forza»⁴², espressione principale della controggiuridicità.

Il *dialogo* ed il *gioco* sono così accomunati sia da questo progettare sia – per questo – dal non poter essere trattabili mediante sistemi di norme, i quali, siccome prevedibili ed anticipabili nella programmazione, non lasciano spazio alla creatività.

Programmazione e progettualità sono così ben distinte: solo nella seconda dialogo, gioco e diritto sono viventi, perché qualificati da una dimensione temporale non anticipabile, oltre che mai metaforizzabile⁴³, sempre sfuggente alla capacità predittiva dei numeri, ovvero sono due fenomeni che permangono nel rischiare la formazione di intenzioni che creano un senso nella comunicazione compiuta con gli atti delle persone di una comunità.

Le relazioni tra gli esseri umani sono dialogiche: dunque, *dialogo*, *diritto* e *gioco* hanno in comune il fatto che in essi «è principale la qualificazione del tempo propria del futuro, che non è mai compiutamente determinato in un definito orientamento, consiste in una forma costantemente in formazione»⁴⁴.

In questa formazione opera la libertà perché – osserva Giuliani – ogni gioco è soprattutto e anzitutto un atto libero»⁴⁵; *sopra* e *anzi*, ovvero *super* e *ante*, sopra ogni forza, prima di ogni

³⁷ ID., *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 9.

³⁸ ID., *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 37.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare. Diritto e ratio giuridica*, Torino, 2013, p. 97.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, p. 92.

⁴⁴ B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo Giudizio Pensiero*, Torino, 2018, p. 82.

⁴⁵ A. GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 37.

forza; e prima e sopra di questa c'è la regola giuridica. Si chiarisce così anche il tema del 'muovere dal basso' della società, da quella parte che non ha potere e non lo cerca, non lo ha conosciuto e non intende conoscerlo, ma che si affida agli individui ai quali lo ha delegato. E, inoltre, si chiarisce anche l'insocievole col socievole, messi in movimento di interdipendenza proprio a partire dalla regola del dialogo e del gioco edificante delle relazioni, dunque dal diritto.

Giuliani sollecita l'importanza di questo itinerario 'ludico' nel diritto riferendosi anche a Calamandrei, del quale osserva l'affermazione secondo la quale «in tutte le istituzioni processuali, è riconoscibile, per chiara derivazione storica, un significato figurativamente agonistico»⁴⁶, sollecitazione idonea a spiegare che col carattere agonistico del diritto e del processo si intende dar rilievo alla dimensione della storia, che è alla base dell'esperienza giuridica. Con l'avvertenza, quanto al linguaggio giuridico, che ogni «carattere figurativo – osserva Giuliani, anche con Aristotele – non è stato eliminato dal linguaggio legislativo»⁴⁷ e che non può capirsi né il discorso figurativo né «il discorso prescrittivo, se non si capisce il dialogo»⁴⁸, inteso come quel luogo – non padroneggiabile da alcun individuo – in cui si assiste a quell'«incontro-scontro di linee metodologiche e di personalità profondamente differenti»⁴⁹.

Il dialogo consente l'accesso ad un confronto giuridico che rende – appunto – *dia-logica* la discussione sul rapporto tra sistema legale e creatività giuridica: qui, riprendendo il pensiero di Smith, Giuliani arriva a cogliere quanto appare sempre attuale, ovvero come il filosofo del diritto (lo scienziato delle norme, o comunque) «lo studioso si trova in sostanza di fronte ad una alternativa: se insiste sull'aspetto ludico del diritto deve rinunciare ad una condizione razionale o deontologica del problema della giustizia»⁵⁰, perché il diritto, letto tra esperienza giuridica, azione e regole del vivere, interessa al filosofo soltanto come «fenomeno 'umano'»⁵¹. E solo in tale prospettiva lo interessa, in quanto se ineliminabile – come osservato – «il peso della incertezza del futuro», altrettanto è e resta ineliminabile per il diritto lo studio dei 'fatti umani' in quanto è con essi che si indaga la dimensione esistenziale del singolo caso come «problema umano»⁵².

⁴⁶ *Ivi*, p. 38.

⁴⁷ *Id.*, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, cit., p. 24.

⁴⁸ *Ivi*, p. 28.

⁴⁹ F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana dal fascismo alla repubblica*, *Rivista AIC*, 2018, n. 2, p. 2.

⁵⁰ A. GIULIANI, *Adamo Smith filosofo del diritto. Riflessioni intorno al diritto come scienza storica*, cit., p. 38.

⁵¹ *Ivi*, p. 39.

⁵² A. E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, voce in "Enciclopedia del diritto", Roma, 1968, p. 1017.



Matteo Frau*

La “*loi Molac*” al vaglio del *Conseil constitutionnel*, tra tutela del patrimonio linguistico regionale e difesa del principio di ufficialità della lingua francese: note a margine della decisione n. 2021-818 del 21 maggio 2021**

SOMMARIO: 1. Dal riconoscimento del francese come lingua ufficiale della Repubblica alla protezione del patrimonio linguistico regionale. – 2. Il deferimento della c.d. *loi Molac* al Consiglio costituzionale: l’oggetto della pronuncia. – 3. Il (non) bilanciamento tra *officialité* del francese e *patrimonialité* delle lingue regionali: alcuni spunti comparativi e un confronto con l’esperienza italiana. – 4. La scarsa incidenza della tutela costituzionale multilivello sul modello francese della *patrimonialité*.

1. *Dal riconoscimento del francese come lingua ufficiale della Repubblica alla protezione del patrimonio linguistico regionale*

La legge n. 2021-641 del 21 maggio 2021 *relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion* (nota anche come *loi Molac* dal nome del suo principale artefice, il deputato Paul Molac) si è posta in apparente discontinuità con la tradizionale tendenza della cultura dominante francese a salvaguardare e promuovere la lingua nazionale. Una tendenza, questa, che non si esaurisce affatto in un dato meramente culturale, trovando una forte espressione giuridica, anzitutto, nella Costituzione. È certamente significativo, infatti, che il Titolo I della Costituzione francese, dedicato alla sovranità, si apra proprio con una disposizione che recita: «Lingua ufficiale della Repubblica è il francese» (art. 2, primo alinea). L’enunciato relativo alla *officialité* del francese non risale peraltro al varo della Costituzione della V Repubblica, ma è il frutto di successive revisioni del testo della Costituzione del 1958 introdotte negli anni Novanta e suggerite in origine dalla volontà di salvaguardare il francese dalla crescente anglofonia e non già dall’esigenza di contrastare le lingue regionali (esigenza alla quale nondimeno la norma

* Professore associato di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Brescia.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

sulla *officialité* è stata poi, almeno in parte, asservita)¹. Più precisamente, il comma in questione è stato aggiunto dalla legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992 e, in seguito, è divenuto primo comma dell'articolo 2 della Costituzione con la legge costituzionale n. 95-880 del 4 agosto 1995.

Eppure, questa esplicitazione normativa non è che l'approdo finale di un lungo percorso storico-giuridico che affonda le sue radici nell'ordinanza di Villers-Cotterêts del 1539². Lungi dal limitarsi a sancire l'alto valore di un simbolo importante, frutto della peculiare storia della Francia, il principio di *officialité* contemplato dall'art. 2 rappresenta «una vera norma giuridica che vincola e obbliga»³ e che fa della lingua designata non soltanto la lingua ufficiale della legge, ma anche un elemento essenziale ai fini della certezza del diritto, nonché l'esclusivo mezzo di espressione dei poteri e dei servizi pubblici, portando così a compimento una tradizione gallica di plurisecolare memoria⁴.

Alla centralità della questione linguistica nella storia della nazione francese si affianca anche l'ossessione per la purezza della lingua. Il decreto n. 72-19 del 7 gennaio 1972 *relatif à l'enrichissement de la langue française* affidò a organi della pubblica amministrazione il compito di confezionare nuove parole francesi per sostituire il ricorso a vocaboli stranieri, «ricordando con ciò un analogo provvedimento del legislatore italiano del ventennio»⁵. Su questa scia, la legge n. 75-1349 del 31 dicembre 1975 *relative à l'emploi de la langue française* ha rappresentato la prima organica esplicitazione normativa di un orientamento di sapore nazionalista. Tra le principali ragioni ispiratrici della legge vi era infatti l'esigenza di contrastare il predominio del mondo anglosassone che si stava affermando anche tramite la lingua e che stava contaminando con l'uso di forestierismi la purezza del francese e gli stessi «modi di pensare e di ragionare» del popolo francese⁶. Con l'apparente intento di tutelare i deboli, l'art. 1 del provvedimento rese obbligatorio l'uso del francese nei rapporti commerciali⁷. La legge del 1975 stabilì inoltre sanzioni in caso di

¹ Cfr. R. DEBBASCH, *La République indivisible, la langue française et la nation*, in A.-M. LE POURHIET (dir.), *Langue(s) et Constitution(s)*, Paris, Economica, 2004, 57.

² Come ricorda E. GRASSO, *Multilinguismo e funzione pubblica. Dal prestigio del modello francese alla costruzione dell'identità europea*, Napoli, ESI, 2020, 92: «L'importanza della lingua è strategica per esercitare l'autorità: con l'ordonnance di Villers-Cotterêts del 15 agosto 1539 il *langage maternel français* diventa strumento dell'affermazione e della costruzione dello Stato, perché rappresenta un vettore formale per iniziare a uniformare il diritto sul territorio su cui esercita la sovranità». V. anche S. SOLEIL, *L'ordonnance de Villers-Cotterêts, cadre juridique de la politique linguistique des rois de France*, in A.-M. LE POURHIET (dir.), *Langue(s) et Constitution(s)*, cit., 19 ss. Per un approfondimento di tali significativi profili storici, v. B. POZZO, *Lingua e diritto in Francia ai tempi di Francesco I*, in M.C. FOI (a cura di), *Diritto e letterature a confronto. Paradigmi, processi, transizioni*, Trieste, EUT, 2016, 18 ss.

³ Cfr. J. ARLETTAZ, *Le Conseil constitutionnel et les normes constitutionnelles linguistiques*, in *JP Blog*, 9 giugno 2021, <https://blog.juspoliticum.com> (le traduzioni dal francese riportate nel testo sono sempre a cura dell'autore).

⁴ Del resto, come osserva E. GRASSO, *Multilinguismo e funzione pubblica*, cit., 131, «l'esperienza giuridica d'oltralpe è contraddistinta da un'evoluzione lenta e costante che ha contribuito a plasmare una mentalità comune che affonda le sue radici nell'idea stessa della Francia: questa idea è [...] "indotta dall'assorbimento linguistico, culturale ed istituzionale di un territorio in uno Stato e non già un'idea preesistente ad esso" [citazione di A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET, 2008, 289-290]. Per tale ragione il modello francese si caratterizza per una spiccata interdisciplinarietà giuridica, che non consente di individuare cesure di natura pubblica o privata».

⁵ A. SOMMA, *La politica linguistica del legislatore nelle esperienze italiana e francese*, in *Politica del diritto*, 1, 1997, 76.

⁶ *Ivi*, 61, ove si citano alcuni passaggi salienti del rapporto supplementare del deputato Lauriol.

⁷ Stabilendo, più precisamente, al primo alinea: «*Dans la désignation, l'offre, la présentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue et les conditions de garantie d'un bien ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire*».

utilizzo di parole straniere per le quali gli organi preposti avessero individuato un'espressione sostitutiva in lingua autoctona. Del resto, erano gli anni in cui l'Algeria, non più francese, era dominata dall'imperativo dell'arabizzazione⁸, mentre nella Francia metropolitana si sedimentava la comunità nordafricana emigrata a causa del nuovo corso degli eventi.

Sull'onda delle novità costituzionali introdotte nei primi anni Novanta, la successiva legge n. 94-665 del 4 agosto 1994 (la nuova legge *relative à l'emploi de la langue française* che ha abrogato il testo del 1975, meglio nota come *loi Toubon*) precisa all'articolo 1 che la lingua francese – «lingua della Repubblica in virtù della Costituzione» – è «un elemento fondamentale della personalità e del patrimonio della Francia» ed è «la lingua dell'educazione, del lavoro, del commercio e dei servizi pubblici»⁹. Il principio di ufficialità comporta pertanto un dovere all'uso del francese che non vale soltanto per lo Stato e per gli uffici pubblici, ma che si estende anche a tutti i soggetti, di diritto pubblico o privato, implicati nell'erogazione dei servizi pubblici, mentre gli utenti di tali servizi non possono, dal canto loro, vantare alcun diritto all'uso di una lingua differente dall'unica lingua ufficiale. La *loi Toubon* ha inoltre conservato l'obbligo di utilizzare il francese nei contratti in cui sia parte un ente pubblico e in vari settori della comunicazione. Deferita dai deputati socialisti al Consiglio costituzionale per il controllo preventivo di costituzionalità, la legge fu sostanzialmente confermata nel suo impianto generale venendo riscontrata la sola incostituzionalità di alcune disposizioni specifiche che si ponevano in contrasto con l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino in materia di libertà di pensiero e di opinione¹⁰ (pur precisando, lo stesso Consiglio, che tale libertà doveva essere bilanciata anche con il principio di ufficialità del francese, di cui al novellato primo alinea dell'art. 2 Cost.¹¹).

⁸ Cfr. G. GRANDGUILLAUME, *Les débats et les enjeux linguistiques*, in A. MAHIOU-J.-R. HENRY (dir.), *Où va l'Algérie ?*, Aix-en-Provence, Karthala, 273 ss.

⁹ V. J.-Y. FABERON, *La protection juridique de la langue française*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2, 1997, 323 ss.; G. DE BROGLIE, *La loi Toubon, débat grave et querelle oiseuse*, in *Revue des deux mondes*, 10, 1994, 91 ss.; V. STAEFFEN-L. VEYSSIERE, *La nouvelle loi en matière de protection de la langue française*, in *Les petites affiches*, 141, 25 novembre 1994, 19 ss. Il principio di ufficialità della lingua francese nella materia degli scambi commerciali ha peraltro finito per comportare anche alcuni problemi di compatibilità con il diritto comunitario, su cui v. M. FRANGI, *Le consommateur français entre loi Toubon et droit communautaire*, in *Revue internationale de droit économique*, 1, 2003, 135 ss. Dovendosi qui peraltro ricordare che l'art. 15 del Regolamento (UE) 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, stabilisce oggi che «le informazioni obbligatorie sugli alimenti appaiono in una lingua facilmente comprensibile da parte dei consumatori degli Stati membri nei quali l'alimento è commercializzato» (paragrafo 1) e che «Sul loro territorio, gli Stati membri nei quali è commercializzato un alimento possono imporre che tali indicazioni siano fornite in una o più lingue ufficiali dell'Unione» (paragrafo 2), pur precisando che «I paragrafi 1 e 2 non ostano a che tali indicazioni figurino in più lingue» (paragrafo 3, enfasi aggiunta).

¹⁰ Per quanto riguarda, nello specifico, le poche disposizioni dichiarate incostituzionali, si rinvia, per un approfondimento, a A. SOMMA, *La politica linguistica del legislatore nelle esperienze italiana e francese*, cit., 74-77. Come riassume l'a. (*ivi*, 77), il Consiglio costituzionale ha sì riconosciuto che la lingua francese, in quanto lingua vivente, evolve, potendo integrare anche espressioni tratte dalle lingue regionali e parole straniere, ma, d'altro canto, ha «sostanzialmente salvato il provvedimento del 1994», evitando di «mettere in discussione l'impronta nazionalista della politica legislativa francese in tema di lingua, politica legislativa caratterizzata da un atteggiamento di ossessionante fastidio verso l'impiego di foresterismi». Tra i commenti a questa pronuncia v. A. ROUX, *Contrôle de constitutionnalité de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française* [Note sous décision n° 94-345 DC], in *Recueil Dalloz*, 36, 1995, 303 ss.; J.-P. CAMBY, *Le Conseil et la langue française*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 6, 1994, 1663 ss.

¹¹ Considerando 6 della *Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française*: «Considérant qu'un nombre de ces règles, figure celle posée par l'article 2 de la Constitution qui dispose : « La langue de la République est le français » ; qu'il incombe ainsi au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre ces dispositions d'ordre constitutionnel et la liberté de communication et d'expression proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen».

A testimoniare il grande favore costituzionale di cui gode la lingua francese vi è anche il tenore del Titolo XIV, denominato «Della francofonia e degli accordi di associazione», il cui articolo 87 stabilisce che la «Repubblica partecipa allo sviluppo della solidarietà e della cooperazione tra gli Stati e tra i popoli che *condividono l'uso della lingua francese*» (enfasi aggiunta). Una norma che, come afferma il documento dell'Assemblea nazionale predisposto in occasione della celebrazione del decimo anniversario dalla sua introduzione, impegna la Repubblica «in favore della lingua francese e dello spazio francofono, inteso come insieme politico che condivide valori comuni»¹². Insomma, una solidarietà costituzionale a due tinte, più sfumata quella riferita alla fratellanza universale degli uomini, più accesa quella basata sulla comunanza della lingua, un fattore di diversificazione che certo è incomparabile a quello della “razza” (anzi, per certi versi, ne è la negazione) ma che nondimeno testimonia il valore *costituzionalmente discriminante* della lingua francese¹³. Su queste basi costituzionali, il terzo alinea dell'articolo 1 della *loi Toubon* conferma che la lingua francese è, fra le altre cose, anche «il legame privilegiato degli Stati che compongono la comunità della Francofonia».

Riguardo alla legislazione in materia di attuazione del principio di ufficialità del francese, bisogna precisare che non trapela alcuna avversione per le lingue regionali. Anzi, la stessa legge Toubon, all'articolo 21, afferma espressamente che le sue disposizioni si applicano senza pregiudizio per la normativa relativa alle lingue regionali e non si oppongono al loro uso. L'art. 43-11 della legge n. 86-1067 del 30 settembre 1986 *relative à la liberté de communication* stabilisce a sua volta che le società audiovisive promuovono, oltre alla lingua francese, anche le lingue regionali, valorizzando la «*diversité*» del patrimonio culturale e linguistico della Francia.

Il tema è però quello della possibilità di configurare, oltre al generico favore per il valore culturale delle lingue regionali, anche un diritto soggettivo, del singolo come tale o di un gruppo linguistico, all'uso della lingua regionale al di fuori della sfera privata. Da questo punto di vista la chiusura derivante dal principio di ufficialità della lingua francese sembra essere netta.

E fu proprio un solido e univoco filone giurisprudenziale del Consiglio costituzionale, di cui si tratterà più analiticamente nel prosieguo, a ratificare l'affermazione di un limite piuttosto stringente al diritto soggettivo di esprimersi in una lingua regionale, stabilendo una dicotomia rigida tra la sfera privata e la sfera pubblica (latamente intesa): fuori dalla sfera strettamente privata l'uso della lingua francese è in linea di massima sempre doveroso, anche nelle comunicazioni dei

¹² AN, *Deuxième anniversaire de la consécration de la francophonie dans la constitution française (2008-2018)*, 13.

¹³ Si prevede peraltro che la solidarietà basata sulla francofonia e sulla diffusione della lingua francese abbia un importante ritorno in termini economici: «*Aujourd'hui, la Francophonie poursuit sa progression. 5ème langue parlée dans le monde mais déjà la 4ème langue du web par le nombre la langue de quelques 274 millions de pratiquants. Avec une progression de 15% des locuteurs, l'Afrique subsaharienne s'affirme comme une terre de promesses de développement économique et de coopération entre la France et les 48 États de la zone, riches d'une démographie de plus d'un milliard d'individus. L'espace francophone représente plus de 14% des investissements directs étrangers, une part du marché mondial que nos vœux appellent à croître*» (A. JOYANDET, *Le Français demeure le socle d'une fraternité spontanée*, in AN, *Deuxième anniversaire de la consécration de la francophonie dans la constitution française*, cit., 13). Espressione istituzionale di questa cooperazione transnazionale è l'*Assemblée parlementaire de la Francophonie* (v. *ivi*, 25-26, e www.apf.francophonie.org). Senza però scordarsi che, dietro al francese sostanzialmente alloctono di certi popoli, si cela spesso una storia di dominazione coloniale. E dunque, a ben vedere, la maggiore sensibilità solidaristica che la Carta costituzionale rivolge a Stati e popoli francofoni trova forse anche una giustificazione di tipo *lato sensu* “retributivo”.

(e coi) soggetti privati incaricati di un pubblico servizio, con la sola eccezione delle trasmissioni radiofoniche e televisive.

In seguito, la complessa riforma introdotta con la legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 aggiunse una nuova disposizione costituzionale espressamente dedicata alle lingue regionali alimentando così le speranze di quanti auspicavano una svolta in questa materia. Benché infatti la novella costituzionale del 2008 non abbia comportato alcuna profonda modifica dei diritti spettanti alle collettività territoriali, essa ha perlomeno inserito un nuovo importante tassello nella disciplina costituzionale del fattore linguistico, la cui colonna portante era stata appunto edificata, circa quindici anni prima, con il riconoscimento del francese come lingua ufficiale della Repubblica. E così, il titolo XII della Costituzione, dedicato alle collettività territoriali, si è arricchito di un nuovo articolo 75-1 (approvato dopo un *iter* non facile), in base al quale «le lingue regionali appartengono al patrimonio della Francia»¹⁴. Si tratta di un'affermazione importante, che denota la consapevolezza della situazione non facile in cui versano gli idiomi locali francesi, duramente provati da una lunga storia assimilazionista (testimoniata anche dalla «politica di unificazione linguistica» della Rivoluzione)¹⁵, nonché la sincera volontà di proteggerli in quanto, a loro volta, patrimonio francese (dopo il sostanziale fallimento della vecchia legge 51-46 dell'11 gennaio 1951 *relative à l'enseignement des langues et dialectes locaux*, c.d. *loi Deixonne*, risalente alla IV Repubblica e abrogata nel 2000, che aveva aperto per la prima volta all'insegnamento delle lingue regionali, *rectius* di alcune lingue regionali). Tuttavia, sarebbe un grave errore pensare che l'art. 75-1 sia stato introdotto con l'intento di riequilibrare, come una sorta di contrappeso, il valore riconosciuto alla lingua francese come lingua ufficiale¹⁶. I due aspetti, quello della ufficialità, da un lato, e quello della protezione del patrimonio linguistico regionale, dall'altro, non soltanto non hanno lo stesso peso costituzionale (o perlomeno non sembrano averlo) ma, più ancora, operano tendenzialmente su piani differenti, che in teoria non si dovrebbero incrociare.

Se infatti è vero che, grazie all'art. 75-1, la Francia ha ridotto le distanze con gli ordinamenti europei che tutelano espressamente il patrimonio linguistico nazionale nella sua complessità e diversificazione, è altresì vero che ciò è avvenuto senza connettere tale tutela alle situazioni giuridiche soggettive dei singoli e dei gruppi linguistici.

Il Consiglio costituzionale era infatti già intervenuto, con una decisione del 20 maggio 2011, per chiarire che la novella costituzionale in questione non comporta la configurazione di un diritto o di una libertà di cui si può invocare la protezione costituzionale¹⁷. Oltretutto, tale

¹⁴ V. in proposito M. VERPEAUX, *La reconnaissance constitutionnelle des langues régionales (L'article 75-1 de la Constitution)*, in *Les petites affiches*, 254, 19 dicembre 2008, 123 ss.; C. LAVIALLE, *Du nominalisme juridique. Le nouvel article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Revue française de droit administratif*, 2008, 1110 ss.; C. LE BRIS, *Les langues régionales dans la Constitution*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 3, 2009, 787 ss.

¹⁵ M. GIACOMO, *La politique à propos des langues régionales : cadre historique*, in *Langue française*, 25, 1975, 12 ss., in particolare 16.

¹⁶ Anche se, come reputa L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française : à nouvelles donnes, nouvelle réponse ?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 2011, 72, è innegabile che l'art. 75-1, per il solo fatto di affermare l'appartenenza al patrimonio della Francia delle lingue regionali, necessariamente, «bouleverse donc un cadre constitutionnel qui les ignorait jusqu'alors».

¹⁷ Nella *Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]*, il Consiglio costituzionale ha infatti chiarito «que cet article [cioè l'art. 75-1 Cost.] n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; que sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution» (considerando 3).

pronuncia del 2011 non si discosta da un orientamento già emerso prima della riforma costituzionale che ha introdotto il nuovo articolo 75-1. In particolare, è possibile riscontrare una sostanziale continuità tra la decisione del 2011 e l'impostazione seguita dal *Conseil* nell'importante pronuncia del 15 giugno 1999, con cui la Carta europea delle lingue regionali o minoritarie era stata dichiarata parzialmente non conforme alla Costituzione. La Carta in questione, secondo i Consiglieri della rue Montpensier, si poneva infatti in contrasto con il principio di ufficialità della lingua francese (in base al quale «gli individui non possono rivendicare, nelle loro relazioni con le amministrazioni e i servizi pubblici, un diritto all'uso di una lingua diversa dal francese»¹⁸), nella misura in cui vi si stabiliva il diritto a usare una lingua diversa da quella ufficiale non soltanto nelle comunicazioni attinenti alla «vita privata», ma anche in quelle relative alla «vita pubblica» (giustizia, attività amministrative e servizi pubblici)¹⁹. D'altro canto, l'unica disposizione del *bloc de constitutionnalité* in cui poteva trovare fondamento il diritto di esprimersi in una lingua diversa del francese, ossia l'articolo 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (in materia di libertà di comunicazione dei pensieri e delle opinioni)²⁰ doveva essere necessariamente «conciliata» con il principio costituzionale per cui la lingua francese è la lingua ufficiale della Repubblica²¹.

In quella stessa occasione il Consiglio aveva peraltro chiarito che le disposizioni della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie, proprio perché conferivano «diritti specifici» a gruppi linguistici, si ponevano in contrasto anche con i principi affermati nell'articolo 1 della Costituzione, in particolare con quelli di indivisibilità della Repubblica e di eguaglianza davanti alla legge²².

In estrema sintesi, la formulazione letterale del primo alinea dell'art. 2 della Costituzione, la tradizione storico-giuridica da cui questo enunciato sorge, la sua collocazione sistematica e l'intreccio con i dogmi della *unicité* del Popolo francese (art. 3) e della indivisibilità (art. 1)²³ – dogmi qui non temperati né da un riconoscimento costituzionale dei diritti delle minoranze linguistiche né da un principio autonomistico comparabili a quelli sanciti nella Costituzione italiana – contribuiscono a scolpire la *doverosità* dell'uso del francese nella sfera pubblica in forme ed estensioni sconosciute ad altri ordinamenti che pure affermano implicitamente o

¹⁸ Considerando 8 della *Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

¹⁹ Considerando 11 della decisione citata nella nota precedente.

²⁰ Che recita: «*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi*».

²¹ Considerando 7 della citata *Décision n° 99-412*: «*Considérant, d'autre part, que la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [...] doit être conciliée avec le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution selon lequel « La langue de la République est le français »*».

²² Così statuisce il Consiglio al considerando 10 della citata *Décision n° 99-412*, dopo avere chiarito (al considerando 6) «*que ces principes fondamentaux [ossia quelli sanciti dall'art. 1 della Costituzione: indivisibilità, democrazia, laicità ed uguaglianza] s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance*».

²³ L'affermazione della indivisibilità della Repubblica condiziona in modo particolare la questione del riconoscimento delle minoranze, poiché risale a una specifica concezione dello Stato fortemente influenzata dall'Abate Sieyès e che si basa sulla «identificazione tra la Nazione e lo Stato» (C. TORRISI, *Francia*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Appunto sulla tutela delle minoranze nazionali ai sensi della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Strasburgo, 1° febbraio 1995)*, Corte costituzionale, Servizio studi, Area di diritto comparato, comp. 228, febbraio 2018, 7), ossia sulla concezione dello Stato come «personificazione giuridica della nazione» (A. ESMAIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1906, 4).

esplicitamente il principio costituzionale di ufficialità di una lingua (v. *infra*, paragrafo 3, per alcuni cenni comparativi al principio di ufficialità della lingua italiana).

Da questo punto di vista, la disposizione introdotta dalla riforma costituzionale del 2008, per cui le lingue regionali fanno parte del patrimonio della Francia, non poteva certo comportare alcuna dirompente innovazione normativa. Se è vero che la novella in questione, al di là della sua interpretazione letterale, si prestava a essere intesa più come un «punto di partenza» che non come «un punto di arrivo»²⁴, è anche vero che si trattava comunque di una debolissima base di partenza, come i sofferti lavori preparatori di questa disposizione lasciavano presagire. Inizialmente pensata per figurare, niente meno, che nell'articolo primo della Costituzione, si è poi proposto di spostarla all'articolo 2, per evitare che le lingue regionali si collocassero in una posizione «privilegiata» rispetto allo stesso principio di ufficialità della lingua francese, che appunto non figura nel primo articolo della Costituzione, bensì nel secondo. Ma poi anche l'idea che nel medesimo articolo 2 potessero essere ospitati sia il principio di ufficialità del francese sia quello del riconoscimento del valore delle lingue regionali fu scartata, nel timore che tale «coabitazione» potesse suggerire l'idea di una concorrenza tra i due principi²⁵. E così, infine, si è deciso di «relegare» la disposizione in parola nel Titolo XII, dedicato alle collettività territoriali, con la conseguenza che alla scarsa incisività della norma ricavabile dall'interpretazione letterale dell'enunciato (per via del tenore museale della tutela accordata alle lingue regionali in quanto «patrimonio della Francia») si unisce anche l'ulteriore elemento di debolezza discendente dalla collocazione sistematica piuttosto periferica della disposizione costituzionale.

Questo poco incoraggiante giudizio prognostico sembra oggi trovare un'importante conferma proprio nella recente decisione n. 2021-818 del 21 maggio 2021, con cui il Consiglio costituzionale ha dichiarato la non conformità parziale alla Costituzione della citata *loi Molac*, legge che appunto mirava a dare finalmente attuazione all'art. 75-1 della Costituzione.

La legge sulla protezione delle lingue regionali del 2021 ha infatti individuato uno spazio di interferenza tra il principio dell'ufficialità della lingua francese e il principio della c.d. *patrimonialité* delle lingue regionali, nel quale si è innestato l'intervento del Consiglio costituzionale qui in commento. Questo intervento, come subito si dirà, si è posto in continuità con la giurisprudenza pregressa del *Conseil*, deludendo le attese di quanti auspicavano una svolta in materia.

2. Il deferimento della c.d. *loi Molac* al Consiglio costituzionale: l'oggetto della pronuncia

Il 22 aprile del 2021, prima della sua promulgazione, la nuova legge relativa alla protezione del patrimonio delle lingue regionali e alla loro promozione viene deferita al Consiglio costituzionale, su iniziativa di oltre 60 deputati, ai sensi dell'articolo 61, secondo alinea, della Costituzione. Preliminarmente, il Consiglio costituzionale rigetta la domanda di quattro firmatari della *saisine*

²⁴ Cfr. A. ROBLOT-TROIZIER, *L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés*, in *AJDA*, 2008, 1867, e L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française*, cit., 75.

²⁵ Cfr. L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française*, cit., 73-74.

che, avendo avuto un successivo ripensamento, chiedono che le loro sottoscrizioni siano ritirate in quanto apposte in modo «precipitoso» o per «errore» (errore che, peraltro, non era stato meglio precisato)²⁶. Sgomberato il campo dalla citata questione procedurale, il *Conseil* passa ad analizzare il motivo di doglianza dei firmatari della *saisine parlementaire*. Esso riguarda l'articolo 6 della legge impugnata, che modifica le disposizioni del codice dell'educazione in relazione alla partecipazione finanziaria di un comune alla scolarizzazione di un bambino residente sul suo territorio presso una scuola elementare privata situata sul territorio di un altro comune nella quale si eroga un insegnamento di lingua regionale²⁷. I deputati ricorrenti ritengono che questa disposizione comporti una violazione dell'articolo 2, primo alinea, della Costituzione, proprio alla luce della pregressa giurisprudenza del Consiglio Costituzionale, secondo la quale, in base al principio della ufficialità della lingua francese, l'insegnamento delle lingue regionali non può essere che facoltativo.

Ma i Giudici della rue Montpensier respingono questo rilievo rispondendo che il primo alinea dell'articolo 2 non impedisce affatto allo Stato e agli enti locali di contribuire alla protezione e alla promozione delle lingue regionali fornendo aiuti alle associazioni che si prefiggono questo scopo²⁸. Infatti, le disposizioni contestate non hanno né l'effetto di imporre l'uso di una lingua diversa dal francese nella sfera pubblica, né quello di attribuire agli individui, nei loro rapporti con la pubblica amministrazione e i servizi pubblici, un diritto all'uso di una lingua diversa dal francese²⁹. Il semplice fatto di prevedere, alle condizioni previste dalle disposizioni impugnite, la partecipazione di un comune al finanziamento della scolarizzazione di un allievo che risiede sul suo territorio e che desidera essere istruito in una scuola elementare "convenzionata" situata sul territorio di un altro comune, poiché essa fornisce un insegnamento di lingua regionale, non viola l'articolo 2, primo comma, della Costituzione³⁰. Pertanto, questo motivo di doglianza va respinto.

Merita a questo punto di essere evidenziato che solo l'art. 6 della legge era stato deferito al Consiglio, mentre le altre due censure, riguardanti rispettivamente l'articolo 4 e l'articolo 9, erano state sollevate d'ufficio dai Giudici, circostanza che mostra come, da parte del mondo politico francese, sembri esservi ormai un'apertura alle lingue regionali maggiore di quella dimostrata dal *Conseil*.

²⁶ Il Consiglio osserva che, anche alla luce della sua precedente giurisprudenza (*Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, Loi de finances rectificative pour 1996*, considerandi da 1 a 6; *Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, considerandi da 2 a 4), nessuna disposizione della Costituzione né della legge organica relativa al Consiglio costituzionale permette alle autorità o ai parlamentari abilitati a deferire una legge al Consiglio di ostacolare lo svolgimento del controllo di costituzionalità già instaurato, salvo che nei casi di errore materiale, di frode o di vizio del consenso (cfr. paragrafo 3 della decisione in commento).

²⁷ L'articolo 6 della legge sostituisce gli alinea sesto e settimo dell'art. L. 442-5-1 del codice dell'educazione con un nuovo alinea, in base al quale: «*La participation financière à la scolarisation des enfants dans les établissements privés du premier degré sous contrat d'association dispensant un enseignement de langue régionale au sens du 2° de l'article L. 312-10 fait l'objet d'un accord entre la commune de résidence et l'établissement d'enseignement situé sur le territoire d'une autre commune, à la condition que la commune de résidence ne dispose pas d'école dispensant un enseignement de langue régionale*».

²⁸ Cfr. paragrafo 8 della decisione in commento.

²⁹ Cfr. paragrafo 13 della decisione in commento (in continuità con il considerando 37 della *Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Cors*).

³⁰ Cfr. *ibidem*.

Per quanto riguarda l'articolo 4 della *loi Molac*, si tratta di una disposizione che estende le forme in cui l'insegnamento facoltativo della lingua regionale può essere offerto nel quadro dei programmi dell'insegnamento pubblico, stabilendo la possibilità di somministrarlo sotto forma di insegnamento immersivo nella lingua regionale, ancorché senza pregiudizio a una buona conoscenza della lingua francese. Secondo le disposizioni dell'articolo 2 della Costituzione – ribadisce il Consiglio costituzionale in linea con la sua precedente giurisprudenza – l'uso del francese è obbligatorio per le persone giuridiche di diritto pubblico e per le persone di diritto privato chiamate a erogare un servizio pubblico, donde l'assenza di un diritto (e a maggior ragione di un obbligo) dei singoli a usare in tali sedi una lingua regionale³¹. A questo riguardo i giudici osservano che l'insegnamento immersivo in una lingua regionale implica l'uso di tale lingua come lingua principale di comunicazione. E, giunti a questo punto, chiamano in causa le implicazioni dell'articolo 75-1 della Costituzione («Le lingue regionali appartengono al patrimonio della Francia»): «Se, per contribuire alla protezione e alla promozione delle lingue regionali, il loro insegnamento può essere previsto in istituti che prestano il servizio pubblico d'istruzione o sono associati ad esso, è a condizione che siano rispettate le suddette esigenze dell'articolo 2 della Costituzione»³². Esigenze che nel caso di specie non sarebbero rispettate poiché dai lavori preparatori della legge risulta che l'insegnamento immersivo di una lingua regionale è un metodo che non si limita all'insegnamento di quella lingua, ma consiste nell'utilizzarla come lingua principale di insegnamento e come lingua di comunicazione all'interno della scuola³³. Di conseguenza, prevedendo che l'insegnamento di una lingua regionale possa assumere la forma di un insegnamento immersivo, l'articolo 4 della legge in questione viola l'articolo 2 della Costituzione³⁴.

Alla stessa conclusione, cioè di contrarietà alla Costituzione per violazione dell'articolo 2, i Giudici di Montpensier giungono anche a proposito dell'articolo 9 della legge impugnata, in base al quale i segni diacritici delle lingue regionali possono essere utilizzati negli atti di stato civile³⁵. Ciò comporta infatti «il diritto degli individui di usare una lingua diversa dal francese nelle loro relazioni con le autorità e i servizi pubblici», diritto che viceversa è escluso in base all'articolo 2 della Costituzione³⁶.

³¹ «L'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public. Les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage», come recita il paragrafo 16 della decisione in commento, riproducendo il tenore del considerando 8 della precedente *Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, e il considerando 48 della *Décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002*.

³² Paragrafo 18 della decisione in commento.

³³ «L'enseignement immersif d'une langue régionale est une méthode qui ne se borne pas à enseigner cette langue mais consiste à l'utiliser comme langue principale d'enseignement et comme langue de communication au sein de l'établissement» (paragrafo 19 della decisione in commento).

³⁴ Cfr. paragrafo 20 della decisione in commento.

³⁵ Come si legge nel *Commentaire* che accompagna la decisione, né il codice civile né le disposizioni regolamentari relative agli atti di stato civile (decreto n. 2017-890 del 6 maggio 2017) stabiliscono regole sull'utilizzo dei segni diacritici in questo genere di atti, bensì se ne occupa una circolare del 23 luglio 2014 del Ministro della giustizia relativa allo stato civile, la quale si richiama a sua volta alla legge del 2 termidoro dell'anno secondo della Repubblica (20 luglio 1794), in base alla quale, in tutto il territorio francese, nessun atto pubblico può essere scritto se non in lingua francese (art. 1) né può essere registrato «aucun acte, même sous seing privé, s'il n'est écrit en langue française» (art. 2).

³⁶ Cfr. paragrafi 22-23 della decisione in commento.

Una pronuncia che conferma pertanto, nel suo complesso, la natura puramente “patrimoniale” della tutela accordata dalla Costituzione alle lingue regionali, inibendo al legislatore chiamato a darvi concreta attuazione la possibilità di fare leva sull’art. 75-1 Cost. per riconoscere specifici diritti a chi le parla. Ne discende giocoforza una oggettiva difficoltà a delineare, con riferimento alla tutela delle lingue regionali francesi, «diritti linguistici» sussumibili nell’alveo dei diritti fondamentali dell’uomo³⁷. Parimenti, in base ad alcune precedenti pronunce, la tutela di simili diritti non potrebbe nemmeno basarsi sulla libertà di comunicazione di cui all’art. 11 della Dichiarazione del 1789, posto che tale disposizione va bilanciata con il principio di ufficialità del francese³⁸.

In estrema sintesi, in questa decisione trova conferma l’opinione per cui nel contesto francese «la storia delle lingue regionali è marchiata dal sigillo della regolamentazione piuttosto che da quello della libertà»³⁹.

3. Il (non) bilanciamento tra ufficialità del francese e patrimonialità delle lingue regionali: alcuni spunti comparativi e un confronto con l’esperienza italiana

Il problema della tutela costituzionale delle minoranze linguistiche regionali discende – anche dopo la novella del 2008 – non soltanto dall’interpretazione estensiva del principio di ufficialità del francese, ma anche da un’idea “radicale” dei capisaldi dell’indivisibilità della Repubblica e della *unicité* del Popolo francese (a mala pena scalfiti dalla necessità di gestire la spinosa questione dei territori d’oltremare⁴⁰); idea a sua volta strettamente legata, come in un intreccio indissolubile, al prevalere di un orientamento omogeneizzante e assimilazionista nell’applicazione del principio di uguaglianza a tutto ciò che attiene alla nazione francese⁴¹. Orientamento, questo, che forse ha

³⁷ Sulla categoria costituzionale dei diritti linguistici v., in generale, G. POGGESCHI, *I diritti linguistici. Un’analisi comparata*, Roma, Carocci, 2010.

³⁸ V. *supra*, note 11 e 21.

³⁹ L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française*, cit., 70.

⁴⁰ Il problema si era posto soprattutto in relazione al riconoscimento del popolo kanak e del popolo maori. Nella *Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, il Conseil, mutando un suo precedente indirizzo, ha ritenuto ammissibile la previsione legislativa della consultazione della popolazione Mayotte sulla base dell’argomento per cui la Costituzione del 1958 opera(va) un distinguo tra popolo francese e popoli dei territori d’oltremare, ai quali è riconosciuto un diritto di autodeterminazione. Sottoposta a dure critiche, l’impostazione della pronuncia in questione è stata poco dopo corretta nella *Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d’orientation pour l’outre-mer*, ove si richiamava genericamente il concetto di popolazione (utilizzato anche nella legge impugnata) e mai quello di popolo (v. i considerando 3, 5, 11, 42 e 43 della decisione). In conformità a questo indirizzo, la riforma costituzionale del 28 marzo 2003 ha introdotto, invece di un riferimento ai popoli d’oltremare, il riconoscimento, «in seno al popolo francese», delle «popolazioni d’oltremare» (v. art. 72-3 Cost.). Cfr. C. TORRISI, *Francia*, cit., p. 11 ss.

⁴¹ Con una felice sintesi comparativa, V. PIERGIGLI, *Rileggendo l’opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche: le “nuove minoranze” tra identità e integrazione*, in *Nomos*, 1, 2019, 8, offre al riguardo una chiara e netta prospettiva critica (anche se con prevalente riferimento al tema specifico dell’integrazione dei migranti stabilizzati): «la Francia ha scelto il medesimo modello per tutte le situazioni minoritarie, quello assimilazionista, che però col tempo si è rivelato fallimentare almeno con riguardo alle comunità immigrate, così come è entrato in crisi l’opposto modello multiculturalista, praticato per lungo tempo nel Regno Unito nei confronti delle comunità composte da immigrati. L’ordinamento italiano ha optato invece per un approccio formalmente promozionale ma di fatto asimmetrico: da un lato, una legislazione che valorizza il pluralismo linguistico e culturale delle minoranze storiche e che si basa sull’art. 6 Cost., dall’altro lato, un modello teoricamente ispirato alla tutela ed integrazione degli immigrati regolari e incentrato nel Testo Unico sulla immigrazione (d. lgs 286/1998)».

spinto la Francia a non sottoscrivere ancora la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali nell'ambito del Consiglio d'Europa.

In realtà, il riconoscimento della *patrimonialité* delle lingue regionali non sembra a prima vista porsi in conflitto con il principio di indivisibilità della Repubblica, che infatti non è mai stato evocato nelle motivazioni della decisione commentata, ove si ragiona soltanto di una tensione tra salvaguardia della *officialité* del francese (primo alinea dell'art. 2 Cost.) e promozione della *patrimonialité* delle lingue regionali (art. 75-1 Cost.). Del resto, come qualcuno ha sottolineato, «*indivisibilité ne signifie pas uniformité*»⁴². E un discorso molto simile può farsi anche per altri principi sanciti nell'articolo 1 della Costituzione, come il principio di laicità e il principio di eguaglianza, che talvolta sono stati chiamati in causa come potenziali limiti alla promozione del patrimonio linguistico regionale⁴³.

Eppure, sarebbe erroneo ritenere che il problema della composizione dei due confliggenti interessi, quello della ufficialità del francese, da un lato, e quello della tutela del patrimonio linguistico regionale, dall'altro, sia stato risolto senza considerare l'intreccio dei principi costituzionali richiamati nell'articolo 1 della Costituzione, nella peculiare accezione che tali principi assumono nell'ordinamento francese. La sostanziale prevalenza del principio di ufficialità del francese discende infatti dal tendenziale “disfavore” della cultura costituzionale gallica per il pluralismo identitario e per i diritti delle minoranze linguistiche.

Da questo punto di vista, anche la scelta francese di utilizzare l'espressione «lingue regionali», in seno a un tipo di Stato ove le regioni godono di scarsa autonomia politica e difettano di qualsivoglia potestà legislativa, rivela in qualche modo l'intenzione di affermarne la subordinazione “istituzionale” alla lingua ufficiale⁴⁴. Per le stesse ragioni l'espressione perde viceversa questa valenza riduttiva e ne acquista una densa di implicazioni ove sia utilizzata nell'ambito di un tipo di Stato che valorizza l'autonomia politica regionale.

Questa circostanza rivela anche la debolezza dell'argomento comparativo, che pure è stato più volte invocato dai fautori di una tutela più incisiva delle lingue regionali, ora per suggerire una lettura più coraggiosa dell'art. 75-1 da parte del *Conseil constitutionnel*⁴⁵ ora per dimostrare che l'indivisibilità della Repubblica può essere consolidata, piuttosto che danneggiata, dalla

⁴² W. MASTOR, *Contribution extérieure à l'appui de la conformité à la Constitution de la loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*, 3 maggio 2021, in www.conseil-constitutionnel.fr, 5.

⁴³ In particolare, il principio della laicità dello Stato, che talora è declinato anche nella versione di un'educazione pubblica, omogenea ed egualitaria, non ostacola – come ha precisato il *Conseil constitutionnel* – «*la participation des collectivités publiques au financement du fonctionnement des établissements d'enseignement privés sous contrat d'association selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignements*» (Décision n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009, *Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence*).

⁴⁴ Cfr. G. IANACCARO-V. DELL'AQUILA, *La pianificazione linguistica. Lingue, società e istituzioni*, Roma, Carocci, 105; M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale. Italia, Spagna, Europa (1945-1992)*, in *Spagna contemporanea*, 54, nota 3.

⁴⁵ Cfr., in questo senso, L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française*, cit., 72. V., più in generale, V. BERTILE, *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, Bruxelles, Bruylant, 2009. Per il profilo comparativo, v. F. PALERMO-J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, CEDAM, 2011; A. PIZZORUSSO, *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Le Regioni*, 6, 1987, 1329 ss.; P. CARROZZA, *Lingua, politica, diritti: una rassegna storico-comparatistica*, in *DPCE*, 4, 1999, 1465 ss.; E. CECCHERINI-M. COSULICH (a cura di), *Tutela delle identità culturali, diritti linguistici e istruzione. Dal Trentino-Alto Adige/Südtirol alla prospettiva comparata*, Padova, CEDAM, 2012.

protezione del patrimonio linguistico regionale⁴⁶. Costoro fanno esplicito riferimento alle esperienze di ordinamenti regionali che affermano una simile convergenza e, in particolare, citano, oltre al modello spagnolo, l'esempio della Costituzione italiana in cui l'unità e l'indivisibilità della Repubblica si combinano al riconoscimento e alla promozione delle autonomie e dei diritti delle minoranze linguistiche. Tale parallelismo non è però calzante, poiché l'art. 75-1 della Costituzione francese, come si è già visto, non configura alcun diritto costituzionalmente garantito che possa essere rivendicato dalle minoranze linguistiche.

Invero i modelli europei di protezione delle lingue minoritarie divergono da quello francese sia per il collegamento stretto tra protezione della lingua minoritaria e protezione di una minoranza, sia per il tenore del principio di ufficialità della lingua principale.

Da questo punto di vista, il modello spagnolo della c.d. «normalizzazione linguistica»⁴⁷ è probabilmente fra quelli più distanti dall'esperienza francese, poiché, non limitandosi affatto all'affermazione della patrimonialità delle lingue regionali – meglio definibili, in questo contesto, come lingue nazionali – di cui al paragrafo 3 dell'art. 3 della Costituzione («la ricchezza del pluralismo linguistico in Spagna è un patrimonio culturale che sarà oggetto di speciale rispetto e protezione»), prevede, accanto al riconoscimento del castigliano come la «lingua ufficiale dello Stato» che tutti gli spagnoli hanno il dovere di conoscere e il diritto di usare (paragrafo 1, art. 3), un riconoscimento «aperto» alle «ulteriori lingue spagnole», che potranno essere a loro volta insignite della qualità di «lingue ufficiali» (*rectius* coufficiali) dalle singole Comunità autonome in base ai rispettivi statuti (paragrafo 2, art. 3)⁴⁸. E, così, affianco al castigliano, anche il catalano, il galiziano, il basco-euskara il valenzano, l'occitano (o aranés, dichiarato lingua ufficiale in Catalogna nel 2010) in quanto lingue delle rispettive nazionalità spagnole, hanno ciascuna ricevuto il crisma statutario di lingua ufficiale dalle Comunità autonome. Tale bilinguismo (e, in alcuni casi, multilinguismo) territoriale a «geometria variabile» si esprime nel diritto (e nel dovere) di conoscere e utilizzare ciascuna delle due o più lingue ufficiali delle diverse Comunità autonome; donde non soltanto la promozione della rispettiva lingua «regionale» ufficiale attraverso l'insegnamento e i mass media, ma anche il dovere delle pubbliche istituzioni territoriali di utilizzarla correntemente, accanto al castigliano. Viceversa, altre lingue regionali, come l'aragonese, l'asturiano, il benasqués, il cántabro e molte altre, in quanto appunto non riconosciute come lingue ufficiali dagli statuti, non godono del medesimo grado di tutela di queste ultime, venendo classificate come lingue minoritarie. Si tratta pertanto di un modello costituzionale di tutela delle lingue regionali-nazionali basato su premesse molto diverse da quelle

⁴⁶ W. MASTOR, *Contribution extérieure à l'appui de la conformité à la Constitution de la loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*, cit., 10-11, riportando vari esempi tra cui quelli offerti dagli Stati regionali spagnolo e italiano, ritiene che, pur considerando la singolarità del caso francese, «Depuis la loi constitutionnelle de 2008, le législateur français a agi dans le sens d'une protection et promotion des langues régionales, la loi du 8 avril 2021 s'inscrivant dans ce processus logique et cohérent», cioè quello «d'une Europe qui s'enorgueillit de se définir à travers la richesse de sa diversité».

⁴⁷ Sulla «normalizzazione linguistica» in Spagna, cioè sulla peculiare forma di tutela costituzionale delle lingue nazionali ivi praticata, v., tra gli altri, M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 53 ss.

⁴⁸ Come osservano G. POGGESCHI-E. CUKANI, *I diritti linguistici in Spagna: dalle nazioni linguistiche integrate alle nazioni linguistiche separate?*, in *DPCE*, 4, 2016, 1095 ss., 1099, l'articolo 3 della Costituzione spagnola presenta una «struttura a tre piloni» così ben congegnata, sul piano della formulazione giuridica, da essere stata imitata dall'art. 68 della Costituzione russa del 1993.

su cui si basa il modello francese, a cominciare dal tipo di Stato delineato nella Costituzione spagnola, che non realizza soltanto una peculiare declinazione dello Stato regionale, ma più ancora assume il carattere di uno Stato regionale plurinazionale, ove alle singole lingue ufficiali spagnole corrispondono appunto altrettante nazionalità ufficiali spagnole⁴⁹. Sono qui evidenti, oltre alle differenze con il modello francese di protezione delle lingue regionali, anche le differenze con il modello italiano, in cui la speciale protezione rafforzata di cui godono alcune lingue minoritarie, a cominciare dalla lingua tedesca nella Regione autonoma (bilingue) del Trentino Alto Adige, si connette principalmente alla differente *ratio* costituzionale di dare appropriata attuazione alla tutela delle «minoranze linguistiche» (art. 6 Cost.) in quanto minoranze nazionali (e non già in quanto “nazionalità italiane” parlanti una delle diverse “lingue italiane”).

Il sistema spagnolo, pur rappresentando un modello strutturalmente distante dallo schema del tipo di Stato composto-federale multinazionale, al quale possono ad esempio ascrivere i sistemi elvetico e belga (per tale ragione incomparabili con il sistema francese fatto oggetto della presente esplorazione), fa propria una formula consimile di Stato plurinazionale e plurilingue adattandola al peculiare tipo di Stato regionale emerso dalla Costituzione del 1978⁵⁰. Ne discende la protezione costituzionale non già delle minoranze nazionali ma le *nacionalidades* spagnole. Eppure, un modello apparentemente così avanzato implica due livelli di disparità di trattamento fra le lingue e i gruppi linguistici: il primo riguarda le nazionalità spagnole le cui lingue non siano statutariamente riconosciute come lingue ufficiali da una Comunità autonoma; il secondo è relativo alle minoranze nazionali vere e proprie, in veste di gruppi linguistici minoritari (come nel caso della minoranza nazionale berbera o di quella gitana)⁵¹.

Se la distanza del modello francese dal modello spagnolo è incolmabile, non è molto minore quella intercorrente con il modello italiano, che, come si accennava, viene talora evocato, accanto a quello ispanico, dagli studiosi francesi che promuovono un’interpretazione costituzionale più aperta al riconoscimento dei diritti dei locutori delle lingue regionali.

Infatti, mentre la Costituzione italiana dedica alla tutela delle minoranze linguistiche persino un apposito principio fondamentale, la tutela delle lingue regionali approntata dalla Costituzione francese, viceversa, si pone sul piano, piuttosto “impersonale”, della conservazione del patrimonio culturale, in quanto patrimonio autoctono della cultura di Francia⁵². E, proprio a questo riguardo, si può riscontrare una profonda differenza con l’approccio della nostra Corte costituzionale, la quale si basa su una tavola di valori per cui è giocoforza concepire i due aspetti

⁴⁹ Sul tema, basti qui rinviare a G. POGGESCHI, *Le nazioni linguistiche della Spagna autonómica*, Padova, Cedam, 2002.

⁵⁰ In cui l’affermazione del carattere della plurinazionalità della Spagna mira, da un lato, a ripudiare la pregressa politica di omogeneizzazione nazionale praticata sotto il franchismo e, dall’altro, a prevenire le istanze secessioniste delle c.d. nazionalità storiche. Cfr. M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 68 ss.

⁵¹ Cfr. C. GUERRERO PICÓ, *Spagna*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Appunto sulla tutela delle minoranze nazionali ai sensi della Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Strasburgo, 1° febbraio 1995)*, cit., 27 ss.

⁵² Si tratta dunque di una concezione riduttiva non soltanto perché focalizzata sull’aspetto patrimoniale anziché su quello dei diritti soggettivi, ma anche perché ristretta alla dimensione autoctona francese. Ciò a fronte dell’esigenza opposta, alimentata dagli effetti del fenomeno delle migrazioni di massa, per cui la nozione di minoranza protetta «appare destinata a non essere esclusivamente limitata alle formazioni sociali caratterizzate dal fattore autoctono», potendo rivolgersi, altresì, alla «componente linguistico-culturale delle etnie presenti sul territorio» (G. DE VERGOTTINI, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, 1-2, 1995, 21).

in questione, cioè quello della ufficialità dell'italiano e quello della tutela del patrimonio linguistico regionale, in modo assai distante dall'approccio dei Giudici della rue Montpensier⁵³.

Esemplare è in proposito il tenore della sentenza della Corte costituzionale dell'11 marzo 2011, n. 88, con cui la Consulta ha dimostrato un'apertura notevole alla tutela delle lingue minoritarie⁵⁴. Oggetto del rinvio era, nel caso di specie, la legge del Friuli-Venezia Giulia n. 5 del 17 febbraio 2010 sulla valorizzazione dei dialetti di origine veneta parlati nella Regione (al punto da consentirne l'utilizzo esclusivo nei cartelli stradali locali)⁵⁵. In quella occasione il Giudice delle leggi si preoccupò di chiarire il fondamento costituzionale della tutela accordata ai dialetti locali rinvenendolo, oltre che nell'articolo 6 della Costituzione, relativo alla protezione delle minoranze linguistiche⁵⁶, nei principi fondamentali "qualificanti" l'ordinamento, ossia quelli contemplati nell'articolo 2 e nell'articolo 3, e, appunto, anche nell'articolo 9, da cui si desume, implicitamente, la *patrimonialité* delle lingue minoritarie e dei dialetti parlati in Italia⁵⁷. Dalla constatazione che la lingua esiste solo in quanto «parlata e udita, scritta e letta»⁵⁸ discende una visione filosofica di fondo, rinvenibile anche nella Costituzione italiana, per cui «l'interesse per una lingua, intesa come valore e patrimonio culturale, non può che riguardare anche chi quella lingua la usa»⁵⁹.

È pertanto evidente che, nel nostro ordinamento, la tutela della "patrimonialità" delle lingue minoritarie, cioè la difesa del valore culturale che esse rappresentano, si intreccia strettamente

⁵³ E questo accade, per l'appunto, soprattutto in virtù dell'affermazione contenuta nell'art. 6 della Costituzione, cui va necessariamente rapportata anche la non semplice questione della tutela della lingua italiana, come ricorda M. GRISOLIA, *La lingua italiana: un valore da tutelare? Problemi e prospettive*, in P. CARETTI-G. MOBILIO (a cura di), *La lingua come fattore di integrazione sociale e politica*, Torino, Giappichelli, 2016, 13 ss.

⁵⁴ Corte cost., sent. 88/2011, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2011, 1297, con nota di A. ANZON DEMMIG, *La Corte apre a "nuove" minoranze?*, in *idem*, 1307 ss.

⁵⁵ Nel ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, si contestava soprattutto il fatto che la legge impugnata, consentendo di utilizzare in via esclusiva il dialetto locale nella cartellonistica stradale, violava alcune leggi statali (ossia il codice della strada, che ammette tale utilizzo solo in aggiunta alle denominazioni in lingua italiana, nonché la legge statale sulle minoranze linguistiche storiche, che individua le lingue utilizzabili nei toponimi). V. in proposito A. ANZON DEMMIG, *La Corte apre a "nuove" minoranze?* cit.; P.L. GETI, *La Corte ritorna sull'utilizzo degli idiomi locali nella segnaletica: conferme giurisprudenziali e una questione lessicale*, in *Diritti regionali*, 21 marzo 2011.

⁵⁶ V. V. PIERGIGLI, *Art. 6*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano, UTET, 2006, 155 ss.

⁵⁷ Come ricorda V. PIERGIGLI, *Rileggendo l'opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche*, cit., 10, con riferimento a A. PIZZORUSSO, *Il pluralismo linguistico in Italia tra Stato nazionale e autonomie regionali*, Pisa, Pacini, 1975, 36 ss., «Secondo Pizzorusso» – indubbiamente un precursore nell'individuazione di questo inscindibile intreccio di principi costituzionali – «l'art. 6 costituisce una delle possibili specificazioni dell'art. 3 Cost. nella duplice accezione della eguaglianza formale e sostanziale (commi 1° e 2° dell'art. 3). Inoltre, Egli collega idealmente l'art. 6 ad altri Principi fondamentali della nostra Costituzione, come l'art. 2, l'art. 9, l'art. 5, oltre che all'art. 21 (principi personalista e pluralista, promozione della cultura, principio del decentramento territoriale, libertà di manifestazione del pensiero)». V. anche A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, Giuffrè, 1967, 193. La stessa V. PIERGIGLI, *Le minoranze linguistiche storiche nell'ordinamento italiano: quale futuro di fronte alle politiche per l'immigrazione e l'internazionalizzazione?*, in *federalismi.it*, 8, 2015, 5, evidenzia a sua volta che «in reazione alla concezione individualistica ottocentesca, che non tollerava o comunque non incoraggiava le manifestazioni del pluralismo sociale, l'art. 6 si collega idealmente al principio di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2), tra le quali sono sicuramente da annoverare quelle formazioni volontarie che sono le minoranze linguistiche».

⁵⁸ E. SAPIR, *Il linguaggio. Introduzione alla linguistica*, Torino, Einaudi, 1969, 155, *apud* M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 61, nota 20.

⁵⁹ M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 61.

con l'elemento della tutela delle posizioni soggettive di chi le parla, rendendole lingue *vive*⁶⁰. Ne discende – tornando a Corte cost., sent. 88/2011 – che gli interventi legislativi regionali volti a proteggere e «promuovere la vitalità del patrimonio dialettale» permettono, conformemente al disegno costituzionale, di tutelare lingue e gruppi minoritari che sarebbero viceversa esclusi basandosi sulla legislazione statale relativa alle minoranze linguistiche storiche⁶¹.

L'argomento della patrimonialità (pur senza esplicito riferimento all'art. 9 Cost.) in connessione a quello dell'identità e della tutela dei gruppi minoritari era stato particolarmente valorizzato anche nella precedente sentenza della Corte costituzionale del 13 maggio 2010, n. 170, in cui si ragionava di «consapevole custodia e valorizzazione di patrimoni di sensibilità collettiva vivi e vitali nell'esperienza dei parlanti», ma in quel caso per inferirne una competenza legislativa statale finalizzata a sottrarre il «tema della tutela della “lingua” (o, piuttosto, come si è detto, di coloro che la parlano) [...] alla competizione, o alla conflittualità, tra legislatori “competenti”»⁶².

Al di là del problema del riparto delle competenze tra legislazione statale e legislazione regionale, che ovviamente non riguarda l'ordinamento francese, l'elemento utile per la comparazione dei due approcci giurisprudenziali attiene all'intreccio di valori e principi costituzionali (fondamentali) su cui la Corte costituzionale italiana basa la tutela del patrimonio linguistico territoriale.

Ed è proprio sulla base di tale intreccio che nel nostro ordinamento la presenza di un legame inscindibile tra patrimonialità delle lingue minoritarie e diritti delle minoranze linguistiche – cioè, in particolare, il legame tra l'articolo 9 e l'articolo 6 e della Costituzione – è evidente e densa di implicazioni⁶³.

In una più recente pronuncia, ossia la sentenza del 20 aprile 2018, n. 81, la Corte afferma che «la tutela delle minoranze linguistiche di cui all'art. 6 Cost. è considerata espressione

⁶⁰ Sul tema, v., in generale, oltre alle opere citate in precedenza, L. PANZERI, *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Milano, Giuffrè, 2016; E. MALFATTI, *La legge di tutela delle minoranze linguistiche: le prospettive ed i problemi ancora aperti*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 111; M. COSULICH, *Lingue straniere e lingue minoritarie nell'ordinamento repubblicano*, in *Quaderni regionali*, 3, 2012, 133 ss.

⁶¹ Infatti, la legge n. 482 del 15 dicembre 1999, contenente norme per la tutela delle minoranze linguistiche storiche, «non esaurisce ogni forma di riconoscimento a sostegno del pluralismo linguistico, ma al contrario si riferisce esclusivamente alla tutela delle minoranze linguistiche storiche» (Corte cost., sent. 88/2011, punto 3 del considerato in diritto). Affermazione che per V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 139, s'innesta «nella prospettiva di uno sviluppo interpretativo dell'art. 6 Cost. [...] lasciando ragionevolmente immaginare spazi per una politica linguistica maggiormente sensibile, in futuro, alle necessità provenienti da gruppi alloglotti e idiomi non coincidenti con quelli tradizionalmente protetti fino ad oggi». Sull'argomento v. anche C. GALBERSANINI, *La tutela delle nuove minoranze linguistiche: un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost.?*, in *Rivista AIC*, 3, 2014.

⁶² V. il punto 4 del considerato in diritto della sentenza in questione.

⁶³ Infatti, come sottolinea V. PIERGIGLI, *Le minoranze linguistiche storiche nell'ordinamento italiano*, cit., 5, «un nesso con l'art. 6 è individuabile nella disposizione, anch'essa collocata tra i Principi fondamentali, che attribuisce, di nuovo, alla Repubblica, cioè allo stato-ordinamento, la promozione dello sviluppo della cultura e la tutela del patrimonio storico e artistico della nazione (art. 9), nel quale rientrano i patrimoni linguistici e culturali minoritari. Infatti, non sembra potersi dubitare che gli idiomi minoritari costituiscono beni culturali da salvaguardare e valorizzare, oltre che elementi distintivi di un gruppo sociale i cui componenti condividono la volontà di preservare quegli idiomi e utilizzarli sia in ambito familiare che nella vita pubblica» (implicazioni, dunque, quasi opposte a quelle desumibili dalla “versione francese” della tutela della patrimonialità delle lingue regionali).

paradigmatica di una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale»⁶⁴, così confermando, da un lato, l'ancoraggio dell'articolo 6 agli altri principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento italiano in senso fortemente pluralista e inclusivo e, dall'altro lato, la possibilità di una interpretazione estensiva del concetto di minoranza linguistica. Il nostro Giudice delle leggi fa dunque proprio il convincimento che la lingua contribuisca «a forgiare l'identità di ciascuno, sia nella dimensione individuale che in quella collettiva»⁶⁵.

La connessione con tale intreccio di principi consente di affermare una tutela del patrimonio linguistico regionale di gran lunga più incisiva di quella ammissibile in Francia, ove la copertura costituzionale si basa, almeno per ora, sul solo – e isolato – argomento del patrimonio culturale linguistico (*ex art. 75-1 Cost.*), svincolato dal riconoscimento di un corrispondente diritto soggettivo a beneficio delle minoranze linguistiche e inserito in una visione costituzionale dei rapporti tra centro e periferia che, a differenza di quanto afferma la nostra Costituzione all'articolo 5, non associa affatto l'indivisibilità all'autonomia e men che meno le equipara dal punto di vista assiologico.

E sullo sfondo vi è – elemento comparativo ancor più denso di implicazioni – l'invocazione in senso diametralmente opposto del principio di uguaglianza da parte dei due organi, ossia del *Conseil constitutionnel*, da un lato, e della Corte costituzionale, dall'altro. Mentre nel 1999 il Consiglio costituzionale aveva richiamato il principio di uguaglianza come uno dei motivi di contrasto tra la Costituzione francese e le disposizioni della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie, in quanto norme attributive di diritti speciali ai gruppi linguistici (v. *supra*, paragrafo 1); viceversa, nella citata pronuncia del 2011, la Corte costituzionale italiana lo ha invocato, specialmente nella dimensione dell'eguaglianza sostanziale, per giustificare una tutela estensiva della lingua dialettale.

Naturalmente, bisogna anche riconoscere che, per quanto riguarda il caso dell'Italia, questa tendenziale apertura verso una tutela più ampia e più diffusa dei diritti dei locutori di lingue minoritarie lascia pressoché intatto il problema dell'individuazione, in concreto, dei possibili beneficiari di tale tutela, a fronte della presenza, nel nostro ordinamento, di minoranze linguistiche «riconosciute» e di altre che non lo sono⁶⁶. Oltretutto, in Italia il concetto di minoranza linguistica ha finito spesso per assumere un'accezione molto ristretta, dovuta sia alla sovrapposizione con il differente concetto di «alloglossia» sia alla frequente confusione con la nozione di «minoranza nazionale» (testimoniata anche dall'uso della locuzione scientificamente

⁶⁴ Corte cost., sent. 81/2018, punto 3.1 del considerato in diritto. Per quanto riguarda gli effetti della pronuncia in questione nei rapporti tra lo Stato e le Regioni, v. R. DICKMANN, *La Corte costituzionale estende il paradigma dell'art. 6 Cost. a tutte le minoranze e contesta la competenza della legge regionale a identificare la popolazione locale come minoranza nazionale*, in *federalismi.it*, 1, 2018.

⁶⁵ «In questo senso, la lingua impiegata nella vita privata e pubblica concorre a contraddistinguere l'appartenenza a una specifica comunità, più o meno numerosa; svolge un indiscutibile ruolo di aggregazione e identificazione sociale; consente di individuare la collettività umana che trova nella coesione linguistica dei propri aderenti il fondamento, o uno dei fondamenti, per la condivisione di un corredo comune di valori storici, tradizionali, culturali» (V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, cit., 131-132).

⁶⁶ Per una ricostruzione della – non del tutto lineare – giurisprudenza costituzionale sul punto, fino a giungere alla citata Corte cost., sent. 88/2011, v. M. PODETTA, *Il lungo, maldestro surplace del legislatore statale a proposito della tutela delle lingue minoritarie e le recenti aperture regionalistiche del giudice costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 luglio 2012, 6 ss.

impropria di «minoranza etnico-linguistica») ⁶⁷. Nel suo corretto significato, cioè di gruppo parlante una lingua materna diversa da quella parlata dalla maggioranza (che, di norma, è la lingua ufficiale dello Stato) la definizione di minoranza linguistica include tanto i gruppi parlanti lingue di recente importazione quanto le minoranze dialettali ⁶⁸. Rispetto a queste ultime, il modello francese sembra essere tendenzialmente più attento e più equo. La formula “minimale” della *patrimonialité* delle lingue regionali adottata in Francia ha infatti il pregio di non introdurre, almeno in linea teorica, una disparità di trattamento tra i locutori dei vari idiomi locali ivi parlati.

Ciò vale per la comparazione con il modello italiano e, a maggior ragione, per quella con il modello spagnolo, ove il diverso grado di tutela delle lingue regionali dipende, come si è visto, dal conseguimento della qualifica di lingue nazionali ufficiali da parte degli statuti delle Comunità autonome e quindi da fattori discriminanti che prescindono dalla concreta esigenza di protezione dell’idioma, ma dipendono piuttosto da contingenze politico-istituzionali.

Fatta questa doverosa precisazione, la cartina di tornasole del diverso approccio costituzionale che contraddistingue il modello francese è la differente accezione con cui il principio di ufficialità della lingua principale viene inteso, rispettivamente, qui da noi e Oltralpe.

Come si è già visto nel paragrafo introduttivo, il principio di ufficialità della lingua francese è anzitutto un principio esplicitato nel testo della Costituzione (a seguito delle citate novelle degli anni Novanta) ed è peraltro forte di una collocazione sistematica privilegiata. Anche per via di tale base testuale il principio è stato accolto dal Consiglio costituzionale in un’accezione piuttosto stringente: il francese è la sola lingua ammessa nelle comunicazioni della Repubblica e con la Repubblica; l’uso imperativo di essa si estende, oltre che allo Stato, all’universo intero dei soggetti pubblici, nonché ai privati incaricati di un pubblico servizio.

Nella visione della Corte costituzionale italiana il principio di ufficialità della lingua italiana, che si ricava anche da alcuni riferimenti normativi di rango costituzionale ⁶⁹, appare più sbiadito

⁶⁷ Cfr. F. TOSO, *Lingue d’Europa. La pluralità linguistica dei Paesi europei fra passato e presente*, Milano, Baldini Castoldi Dalai, 2006; ID., *Minoranze linguistiche*, in R. SIMONE (a cura di), *Enciclopedia dell’italiano*, II, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2011, 891-893.

⁶⁸ Cfr. F. TOSO, *Minoranze linguistiche*, cit., 891. Più complesso è invece il concetto di minoranza (*tout court*) nell’accezione invalsa nel contesto internazionale e, in particolare, quella accolta dal Consiglio d’Europa che si rifà alla definizione elaborata dal gruppo di lavoro coordinato da Capotorti, per cui la minoranza è «una comunità insediata nel territorio di uno Stato in modo compatto o sparso, numericamente inferiore alla restante popolazione, i cui membri si differenziano dagli altri cittadini dello Stato stesso per caratteristiche etniche, linguistiche o religiose e manifestano, anche in maniera implicita, un sentimento di solidarietà allo scopo di mantenere la loro cultura, la loro lingua o la loro religione» (F. CAPOTORTI, *Study on Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, U.N., 1979, *apud* M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 56).

⁶⁹ Nella legislazione ordinaria l’ufficialità dell’italiano è affermata da varie fonti, tra cui la stessa l. n. 482/1999, in tema di minoranze linguistiche, mentre a livello di fonti di rango costituzionale il riconoscimento dell’italiano come lingua nazionale è affermato dall’art. 38 della legge costituzionale n. 4 del 26 febbraio 1948 (Statuto speciale per la Valle d’Aosta) e dalle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, più precisamente dall’art. 99 del DPR n. 670 del 31 agosto 1972 (approvazione del TU delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige). Il citato art. 99 stabilisce espressamente un principio di ufficialità dell’italiano: «Nella regione la lingua tedesca è parificata a quella italiana che è la *lingua ufficiale dello Stato* [enfasi aggiunta]. La lingua italiana fa testo negli atti aventi carattere legislativo e nei casi nei quali dal presente Statuto è prevista la redazione bilingue». Per quanto riguarda, più in generale, le implicazioni del principio di ufficialità della lingua italiana v., tra i contributi più recenti, E. CAVASINO, *Lingua ufficiale e uso di altre lingue tra funzioni della*

che nella realtà francese. La Consulta se ne occupò la prima volta nella sentenza dell'11 febbraio 1982, n. 28, in cui essa ha affermato: «la Costituzione conferma per implicito che il nostro sistema riconosce l'italiano come unica lingua ufficiale, da usare obbligatoriamente, salvo le deroghe disposte a tutela dei gruppi linguistici minoritari, da parte dei pubblici uffici nell'esercizio delle loro attribuzioni». Balza agli occhi, a parte il riferimento più restrittivo agli «uffici pubblici nell'esercizio delle loro attribuzioni», l'ampia apertura alle «deroghe» disposte a tutela dei gruppi linguistici minoritari.

E tale approccio viene sostanzialmente confermato nella successiva sentenza 22 maggio 2009, n. 159, in cui la Corte costituzionale ha sottolineato che «La consacrazione nell'art. 1, comma 1 della legge n. 482/1999 della lingua italiana quale “lingua ufficiale della Repubblica” non ha evidentemente una funzione formale, ma funge da criterio interpretativo generale delle diverse disposizioni che prevedono l'uso delle lingue minoritarie, evitando che esse possano essere intese come alternative alla lingua italiana o comunque tali da porre in posizione marginale la lingua ufficiale della Repubblica»⁷⁰.

Il principio di ufficialità dell'italiano è dunque inteso come un canone interpretativo che vieta di «marginalizzare» la lingua italiana.

È pertanto evidente la distanza con il modello offerto dal principio della *officialité* del francese, il quale afferma invece una chiara *primauté* della lingua ufficiale sulle lingue regionali. E ciò spiega anche perché la *patrimonialité* delle lingue regionali tutelata dall'art. 75-1 Cost., come si è più volte osservato, non possa che essere concepita nella sola dimensione della ricchezza culturale della Francia. Questa disposizione introdotta nel 2008, benché non priva di conseguenze significative, si è pertanto rivelata inidonea a produrre una ristrutturazione degli assetti fondamentali preesistenti, al pari delle altre pur importanti novità costituzionali intervenute con la c.d. riforma Sarkozy (e soprattutto quelle in tema di forma di governo) che non hanno comunque comportato, come taluni invece auspicavano, il passaggio a una “VI Repubblica”.

Rispetto al tema specifico delle lingue regionali, sembra potersi affermare che l'attuale quadro costituzionale impedisce di giungere ad alcuna significativa forma di tutela sia sul piano della *territorialità* sia su quello della *personalità*⁷¹. A ostacolare la realizzazione in Francia del modello comparativo della *territorialità* nella tutela dei diritti delle minoranze linguistiche è anzitutto l'interpretazione stringente e in senso assimilazionista dei principi di unicità del popolo e

pubblica amministrazione ed autonomia privata, in *federalismi.it*, 8, 2017. Circa le varie proposte di revisione costituzionale che in passato sono state presentate allo scopo di riconoscere solennemente in Costituzione la lingua italiana come lingua ufficiale della Repubblica, bisogna annotare che le forze politiche e le diverse impostazioni ideologiche rappresentate in Parlamento hanno dato vita a dibattiti particolarmente accesi e controversi. M. FRANCHINI, “Costituzionalizzare” l'italiano: lingua ufficiale o lingua culturale?, in *Rivista AIC*, 3, 2012, 5-6, descrive, in proposito, i passaggi di discussioni parlamentari molto pugnaci, in cui la scelta di “costituzionalizzare” l'italiano è stata talora definita persino come scelta «razzista» o «nazionalista» o di chiusura all'integrazione europea. Sempre nel corso dei lavori parlamentari – come ricorda l'a. – «da stessa ammissibilità giuridica della previsione dell'italiano in Costituzione fu messa in dubbio, affermandosi che l'indicazione di una (sola e determinata) lingua nazionale ufficiale sarebbe stata in contrasto con gli articoli 6 e 3 (e, potenzialmente, 21) della Carta, in quanto incompatibile con i principi fondamentali della tutela delle minoranze linguistiche e della non discriminazione dei cittadini per motivi di lingua» (*ivi*, 5).

⁷⁰ Sulla pronuncia in questione cfr. M. GRISOLIA, *La lingua italiana: un valore da tutelare? Problemi e prospettive*, cit., 24-25.

⁷¹ Cfr. L. MALO, *Les langues régionales dans la Constitution française*, cit., 78-81.

indivisibilità della Repubblica, da cui, come si è già visto, il *Conseil* ha tratto la non conformità a Costituzione di qualsiasi speciale diritto conferito a un gruppo linguistico regionale (senza considerare che in Francia si contano decine di lingue regionali parlate su tutto il territorio). Non meno difficoltoso sarebbe il riconoscimento di una tutela basata sulla *personalità*, cioè su di un diritto soggettivo del singolo individuo, come tale, a comunicare nella lingua parlata, diritto che sembra peraltro meglio rispondere alla emergente esigenza di tutela delle c.d. nuove minoranze, alloctone e diffuse sul territorio, che sono il prodotto dei flussi migratori, nonché delle minoranze nomadi⁷². Tale riconoscimento porterebbe fatalmente alla negazione, anzi al rovesciamento, del principio di ufficialità della lingua francese, implicando un dovere della sfera pubblica di comunicare nella diversa lingua indicata dal singolo. Oltretutto, così concepito, il diritto in questione difficilmente potrebbe venire circoscritto ai locutori delle lingue regionali patrimonio della Francia ma si presterebbe ad acquisire un carattere tendenzialmente universale.

4. La scarsa incidenza della tutela costituzionale multilivello sul modello francese della patrimonialité

Il modello della *patrimonialité* è, come si è visto, la cifra distintiva dell'ordinamento costituzionale francese. Basato su di una demarcazione netta tra il profilo della tutela delle lingue regionali, in quanto patrimonio culturale, e il riconoscimento dei diritti soggettivi connessi all'uso di tali lingue, questo modello si pone in controtendenza rispetto ai documenti dell'UNESCO che affermano lo stretto legame tra patrimonialità delle lingue minoritarie e protezione delle minoranze linguistiche (come la Dichiarazione universale dell'UNESCO sulla diversità culturale del 2001, la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 e la Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005)⁷³.

Sul piano della tutela multilivello dei diritti, incerta appare anche la via di un riconoscimento pretorio da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, benché il fatto che la Convenzione non contempli espressamente i diritti delle minoranze linguistiche non esclude di per sé l'astratta possibilità di una lettura estensiva del divieto di discriminazione e/o della libertà di espressione

⁷² È il caso, in Italia, dei nomadi sinti e rom, che appunto hanno sviluppato «un legame con il territorio diverso da quello delle minoranze “storiche” certificate e presentano peculiarità ed esigenze che non si prestano ad essere soddisfatte con le medesime misure apprestate uniformemente per queste ultime», come ricorda A. ANZON DEMMIG, *La Corte apre a “nuove” minoranze?*, cit., 1314, commentando la citata pronuncia della Corte costituzionale n. 88/2011. Sulla relatività del concetto di minoranza, v., tra gli altri, R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette: modelli costituzionali comparati*, in T. BONAZZI-M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, il Mulino, 1994, 279 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, cit.

⁷³ Come sottolinea V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, cit., 144-145, la Dichiarazione universale sulla diversità culturale del 2001 «contribuisce alla chiarificazione del legame indissolubile tra i concetti di cultura, diritti culturali, identità, diversità e pluralismo culturale», mentre la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 «si rivolge alla protezione di tutte le pratiche, rappresentazioni, espressioni, conoscenze, abilità – ivi compresa la lingua per la sua funzione veicolare – che compongono il patrimonio culturale degli individui, dei gruppi e delle comunità», mentre la Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali del 2005 afferma che la diversità linguistica è un «elemento fondamentale della diversità culturale», richiamando il ruolo dell'educazione nella protezione e promozione delle espressioni culturali (art. 4).

sino a includervi un diritto derivato, per le minoranze linguistiche, a usare la propria lingua anche in ambiti non strettamente limitati alla sfera privata. Il problema sta semmai nel fatto che tale diritto è già stato considerato dalla Corte EDU, la quale lo ha però ritenuto sacrificabile da parte degli Stati contraenti proprio in nome del principio di ufficialità della lingua nazionale. Se è vero, infatti, che esistono già diverse pronunce in cui i diritti individuali tutelati dalla Convenzione vengono contemplati anche in una dimensione linguistica – come anzitutto il diritto a non essere discriminati (art. 14 CEDU)⁷⁴, il diritto all'istruzione (art. 2 CEDU)⁷⁵, il diritto ad essere informati (art. 10 CEDU)⁷⁶, il diritto ad avere un processo equo (art. 6 CEDU)⁷⁷ e il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁷⁸ – è altresì vero che la Corte di Strasburgo ha chiaramente affermato: «La Convenzione non garantisce di per sé né il diritto di usare una lingua specifica nei rapporti con le autorità pubbliche né il diritto di ricevere informazioni in una lingua di propria scelta. Di conseguenza, fatto salvo il rispetto dei diritti protetti dalla Convenzione, ogni Stato contraente è libero di imporre e regolamentare l'uso della propria lingua o delle proprie lingue ufficiali nei documenti di identità e in altri documenti ufficiali»⁷⁹. A ciò si aggiunga la citata *Décision n° 99-412*, con cui il *Conseil constitutionnel* ha appunto affermato la parziale non conformità della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1992, ai principi costituzionali francesi.

Piuttosto, uno scenario futuribile, per una tutela di maggior spessore del diritto dei francesi a usare le lingue regionali anche fuori dalla sfera privata, potrebbe derivare dall'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui articolo 22 sancisce il rispetto dell'Unione per la diversità linguistica, oltre che per quella culturale e religiosa, mentre l'art. 21, paragrafo 1, proibisce in modo esplicito le discriminazioni basate sul fattore linguistico. Oltretutto, con l'entrata in vigore, nel 2009, del Trattato di Lisbona, che ha equiparato il valore giuridico della Carta a quello dei Trattati, i diritti delle minoranze linguistiche possono trovare una sponda anche in alcune delle disposizioni introdotte dallo stesso Trattato, come ad esempio quella di cui al paragrafo 4 dell'articolo 2, concernente la valorizzazione delle autonomie locali e territoriali (da cui, sia pure indirettamente, può farsi derivare una maggiore attenzione per il

⁷⁴ V., ad esempio, la sentenza della Corte EDU (Grande Camera) del 13 novembre 2007, D.H. e altri c. Repubblica Ceca, n. 57325/00, per cui costituisce condotta discriminatoria ai danni di una minoranza etnica la collocazione di bambini rom in scuole destinate a minori con difficoltà di apprendimento.

⁷⁵ V., ad esempio, la storica sentenza della Corte EDU (Plenaria) del 23 luglio 1968, Caso relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico nell'insegnamento in Belgio, n. 1474/62 e altri.

⁷⁶ V., ad esempio, le sentenze della Corte EDU (Grande Camera) del 13 novembre 2007, D.H. e altri c. Repubblica Ceca, n. 57325/00.

⁷⁷ in tema di diritto a un processo equo di un individuo appartenente a una minoranza linguistica v., da ultimo, sentenza della Corte EDU (Quarta Sezione) del 28 agosto 2018, Vizgirda c. Slovenia, n. 59868/08.

⁷⁸ Così, ad esempio, la sentenza della Corte EDU (Seconda Sezione) dell'11 gennaio 2011, Mehmet Nuri Özen e altri c. Turchia, n. 15672/08 e altri, sulla violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare derivante dal diniego al detenuto di inviare corrispondenza privata in quanto redatta nella lingua di una minoranza etnica; e, da ultimo, la sentenza della Corte EDU (Seconda Sezione) del 22 aprile 2014, Nusret Kaya e altri c. Turchia, n. 43750/06 e altri, in relazione alla violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare conseguente al divieto imposto al detenuto di utilizzare la propria lingua madre nei colloqui telefonici con i familiari.

⁷⁹ Così recita la massima della sentenza della Corte EDU (Seconda Sezione) del 2 febbraio 2010, Kemal Taskin c. Turchia, n. 30206/04, in base alla quale non viola l'art. 8 della CEDU il rifiuto delle competenti autorità nazionali di registrare nomi con lettere non presenti nell'alfabeto della lingua nazionale.

fattore linguistico regionale). Inoltre, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, TUE, l'Unione «rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». In aggiunta a questi appigli normativi vi sono poi le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, che, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 3, TUE, fanno ormai parte del diritto dell'Unione in quanto «principi generali», donde la possibilità che i diritti dei locutori delle lingue regionali possano trovare una sponda giurisdizionale anche in questa fonte “aperta”. Su tali basi, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha valorizzato, per quanto possibile, la tutela delle minoranze linguistiche e delle lingue minoritarie, ancorché si tratti di una *case law* indubbiamente “compromissoria”⁸⁰.

Tuttavia, sulla reale capacità di penetrazione della descritta normativa euro-unitaria pesa la versione francese della dottrina dei controlimiti, in cui l'argomento delle tradizioni costituzionali comuni è stato dirottato verso l'esigenza di (ri)leggere la Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce della peculiare tradizione costituzionale francese⁸¹. Il *Conseil constitutionnel* aveva infatti già chiarito – statuendo nel 2004 la non conformità parziale del (poi naufragato) Trattato costituzionale – che l'applicazione della Carta di Nizza trova un limite invalicabile nel rispetto dei principi contenuti nei primi tre articoli della Costituzione francese, in base ai quali si devono escludere «diritti collettivi attribuibili a un qualche gruppo, quale che esso sia, definito da una comunità di origine, di cultura, di lingua o di credo»⁸². Vista la rigidità di siffatta impostazione è lecito dubitare che il Trattato di Lisbona, nonostante l'alto valore giuridico che esso ha conferito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, abbia aperto nuove prospettive in questa materia.

Sicché, al momento, l'unica evidenza emergente dalla costante giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese e confermata nella sua ultima decisione in materia del 21 maggio 2021 va nel senso di ammettere, in virtù dell'art. 75-1 Cost., soltanto una tutela costituzionale “spersonalizzata” delle lingue regionali e non già il riconoscimento di un qualche diritto a coloro che le parlano, motivo per il quale può affermarsi la sostanziale prevalenza del principio di ufficialità del francese, sancito dall'art. 2 della Costituzione, sull'interesse degli appartenenti ai

⁸⁰ Come ricorda V. PIERGIGLI, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, cit., 153-154, si tratta di una giurisprudenza non del tutto lineare e che lascia ancora molto spazio ai giudici nazionali nella risoluzione dei casi concreti, ma che «si è dimostrata sensibile alle questioni minoritarie, la cui tutela fa parte a pieno titolo dell'*acquis* euro-unitario, nonostante l'assenza di un parametro esplicito nei trattati». Sicché, la «*case-law* intervenuta in questi anni rivela in più occasioni lo sforzo di conciliare le normative nazionali dettate a protezione delle minoranze linguistiche e delle lingue minoritarie con le regole dell'Unione, senza vincolare gli Stati membri alla assunzione di azioni positive, ma semplicemente limitandosi ad offrire loro una base giuridica in tale direzione a garanzia della diversità linguistica e culturale». Tenendo ben presente che «né l'Unione europea, né il Consiglio d'Europa dispongono del resto di competenze dirette in materia di protezione delle minoranze linguistiche ovvero delle lingue minoritarie» (*ivi*, 134).

⁸¹ Cfr. i considerando 7 e 16 della *Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Sui grandi principi repubblicani come potenziali limiti all'integrazione nel diritto europeo (e con riferimento alla «*forme républicaine du gouvernement*» come limite c.d. sostanziale alla revisione costituzionale) v., tra gli altri, B. GENEVOIS, *Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992*, in *Revue française de droit administratif*, 1992, 373 ss.; F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, in *Revue de droit publique et de la science politique en France et à l'étranger*, 6, 1991, 1499 ss.; Id., *La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit publique et de la science politique en France et à l'étranger*, 1, 2005, p. 51 ss.; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 59 ss.

⁸² Considerando 16 della decisione citata nella nota precedente.

gruppi linguistici regionali a utilizzare (o a vedere utilizzata) la propria lingua nelle attività attinenti alla “vita pubblica”.

In conclusione, la *patrimonialité* delle lingue regionali, scissa da un principio fondamentale di tutela delle minoranze linguistiche o comunque avulsa da una valorizzazione del pluralismo e delle autonomie territoriali paragonabile a quella che contraddistingue, ad esempio, il nostro assetto di principi fondamentali, non può scalfire più di tanto il pervasivo principio della *officialité* della lingua francese.

Ciò non toglie che anche il modello francese rifugge dalla c.d. «oppressione linguistica»⁸³ e presenta degli indubbi vantaggi. Evitando il problema della disparità di trattamento nella protezione dei vari idiomi locali (che nel nostro ordinamento discende dalla tutela speciale accordata alle minoranze linguistiche riconosciute), tale modello permette comunque alle collettività territoriali di intraprendere seri percorsi di salvaguardia delle lingue regionali, come appunto quelli basati sul finanziamento del loro insegnamento nelle scuole.

ABSTRACT

Con la decisione n. 2021-818 del 21 maggio 2021 il Consiglio costituzionale francese si è pronunciato sulla legge n. 2021-641 relativa alla protezione patrimoniale delle lingue regionali e alla loro promozione. Questa pronuncia conferma che il modello francese della *patrimonialité* delle lingue regionali (art. 75-1 della Costituzione francese) non comporta il riconoscimento dei diritti soggettivi connessi all'uso di tali lingue ed è influenzato dalla primazia accordata al principio di ufficialità del francese (art. 2 della Costituzione francese). Alcune considerazioni comparative permettono di mettere in luce le profonde differenze con l'esperienza costituzionale italiana.

ABSTRACT

In its decision No 2021-818 of 21 May 2021, the French Constitutional Council ruled on Law No 2021-641 on the patrimonial protection of regional languages and their promotion. This pronouncement confirms that the French model of the *patrimonialité* of regional languages (art. 75-1 of the French Constitution), on the one hand, does not entail the recognition of subjective rights linked to the use of these languages and, on the other hand, is influenced by the primacy accorded to the constitutional principle by which ‘The language of the Republic shall be French’ (art. 2 of the French Constitution). Some comparative considerations allow us to highlight the profound differences with the Italian constitutional experience.

⁸³ Ciò non mira a una «imposizione della lingua dominante al gruppo numericamente inferiore e linguisticamente diverso», secondo la definizione di «oppressione linguistica» di M. STOLFO, *Diritti linguistici e diversità culturale*, cit., 55, che si richiama a sua volta a R. CROSETTI, *Lingua e politica*, Roma, Officina, 1976, 8.

PAROLE CHIAVE: Consiglio costituzionale; lingue regionali; lingua ufficiale; minoranze linguistiche; lingua francese

KEYWORDS: Constitutional Council; regional languages; official language; linguistic minorities; French language



Alessandro Fricano*

Genesi e sviluppi di un diritto costituzionale all'ambiente**

SOMMARIO: 1. Dal paesaggio all'ambiente: origini di un'evoluzione concettuale. – 2. Breve storia dell'ipercinetismo europeo in materia ambientale. – 3. Un quadro normativo multidimensionale. – 4. Quale Ministero per l'ambiente? – 5. Un diritto giurisprudenziale a presidio di un "costituzionalismo verde" – 6. Considerazioni conclusive.

1. Dal paesaggio all'ambiente: origini di un'evoluzione concettuale

La definizione costituzionale di ambiente è destinata a mutare continuamente nel corso del tempo, essa risente di sensibilità talvolta ben lontane dalla dimensione giuridica *de iure condendo*. L'evoluzione stessa del concetto di paesaggio sembra infatti derivare da altri rami del sapere¹, senza che questo infici il presupposto di giuridicità. Una simile liquidità pone non poche difficoltà sotto il profilo della qualificazione costituzionale. Il paesaggio è ontologicamente soggetto alle trasformazioni, basti pensare a come i cambiamenti climatici e geologici condizionino la sua fisionomia. In tal senso è il paesaggio a dare forma al territorio quale

* Dottorando di ricerca in diritto costituzionale, Università degli Studi del Molise.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*

¹ «Il rapporto tra dimensione giuridica e dimensione extragiuridica, del resto, era e rimane tuttora intrinseco all'oggetto.» così G. SEVERINI, *Paesaggio: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica*, in *Aedon*, 2019, n. 1, 2. Come suggerisce con precisione Daniele Porena: «gli ordinamenti giuridici, specie ove innervati da radicate tradizioni culturali e religiose, sembrano aver fatto una certa fatica a discostarsi da una concezione delle fenomenologie naturali che, per certi aspetti, appare persino utilitaristica. L'idea che conferirebbe all'uomo, unico creato ad immagine della divinità, la prerogativa del *dominium terrae* – per quanto in parte rimeditata nello sviluppo plurisecolare della cultura cristiana – si sposa felicemente e, per molti aspetti, paradossalmente, con il concetto comune a una gran parte delle teorie della giustizia secondo cui la fenomenologia giuridica, quale astrazione umana, non può che avere l'uomo quale unico ed autentico referente soggettivo. Da qui la tendenza talora a trascurare l'ambiente, talora a ridimensionarlo all'interno di una relazione di tipo "proprietario" che lo vedrebbe inesorabilmente asservito ai bisogni ed alle necessità dell'uomo.» cit. D. PORENA, *Ambiente: complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrire un'ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 2020, fasc. 3, 3.

elemento costitutivo dello Stato.

La ricostruzione normativa della tutela dell'ambiente affonda le radici molto lontano². Prima fratutte la legge n. 411 del 1905 per la conservazione della pineta di Ravenna, meglio nota come legge Rava.

L'intervento più significativo in materia fu certamente la legge n. 778 del 1922 o legge Croce posta a tutela delle bellezze naturali e panoramiche e degli immobili di particolare interesse storico. Questa faceva riferimento all'ambiente non come valore autonomo, bensì nella sua dimensione storica-estetica e pertanto funzionale alla formazione di un'identità nazionale. Tale dimensione era idonea a giustificare la sussistenza di un interesse pubblico.

In quegli stessi anni diversi ordinamenti dell'Europa continentale cominciarono ad avviare un sistema di protezione dell'ambiente come bene giuridico. Si pensi all'art. 150 della Costituzione di Weimar del 1919. La disposizione infatti non trattava esplicitamente la questione ambientale, ma faceva riferimento alle «bellezze della natura». Non è difficile ritenere che proprio l'art. 150 sia stato assunto a modello per la stesura dell'art. 9 della Costituzione italiana. Sul medesimo concetto di bellezze naturali insisterà anche la legge Bottai del 1939. Va tuttavia precisato che l'interesse per le questioni ambientali dai primi anni del novecento fino a tutta l'esperienza fascista veniva circoscritto prevalentemente a mere operazioni di bonifica.

Nel secondo dopoguerra la questione ambientale si è dovuta scontrare con la ricostruzione post-bellica e con la massiccia migrazione dalle campagne alle città¹. Motivo per cui il paesaggio² delineato in Costituzione non poteva riferirsi soltanto a quello naturale ma anche a quello urbano. Come si è visto, la legislazione vigente al momento della promulgazione della Costituzione faceva riferimento nello specifico alle bellezze naturali³, il concetto di paesaggio nell'ambito dei principi fondamentali ha assunto invece un significato ben più ampio delle restrittive categorie precedenti.

Durante i lavori dell'Assemblea Costituente il ricorso al termine paesaggio, a discapito di più precisi lemmi come ambiente o natura, non è casuale. Siffatta disposizione costituzionale, volutamente generica, presenta una volontà programmatica che ben si presta ad un adeguamento di tipo estensivo⁴. Pur riferendosi la norma al singolare parlando di paesaggio, non esiste un

² Tra i primi, se non gli unici, contributi della dottrina in materia si segnalano: N.A. FALCONE, *Il paesaggio italiano e la sua difesa. Studio giuridico-estetico*, Firenze, F.lli Alinari, 1914; L. PAPPALÀ, *La difesa delle bellezze naturali d'Italia*, Roma, Società Editrice d'Arte Illustrata, 1923.

¹ Così G. SEVERINI, «Paesaggio»: storia italiana, ed europea, di una veduta giuridica, in *Aedon*, 2019, n. 1, 10.

² Sul punto rilevanti gli studi di Aldo Mazzini Sandulli. Cfr. A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967, 2.

³ L'art. 2 della Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale, firmata a Parigi nel 1972 e ratificata in Italia con la l. n. 184/1977, ascrive al «patrimonio naturale» tre categorie di beni. La prima riguarda i monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche e biologiche dal valore universale eccezionale. La seconda afferisce alle formazioni geologiche e fisiografiche e alle zone che costituiscono l'habitat di specie animali e vegetali minacciate, di particolare rilievo sotto il profilo scientifico o conservativo. La terza categoria riguarda invece i siti naturali o le zone naturali strettamente delimitate di valore universale eccezionale dall'aspetto scientifico, conservativo o estetico naturale.

⁴ Tale polarizzazione interpretativa circa la natura stessa di paesaggio non è una questione «di puro interesse storico» come ritiene invece Cerrina Feroni, che tuttavia distingue «una lettura restrittiva ed una lettura estensiva» sul punto v. G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *federalismi.it*, 2019, fasc. 8, 1-3. Certamente non è accessoria neppure la ricostruzione normativa (e dogmatica), che risulta rilevante per valutare gli sviluppi della normativa ambientale italiana in relazione alla legislazione europea.

significato univoco dello stesso perché riflette quel pluralismo proprio della Carta costituzionale. Sarebbe dunque più opportuno parlare di paesaggi, siano essi naturali o urbani.

Non è casuale neppure la collocazione della tutela del paesaggio affianco di quella del patrimonio storicoed artistico della nazione. Il concetto stesso di paesaggio allude inevitabilmente ad un carattere culturale. Una stratificazione di cui esso è espressione. L'elemento territoriale viene quasi sublimato, concorrendo così alla formazione dell'identità nazionale. Il paesaggio costituzionale subisce cioè una trasfigurazione: l'ordinamento non si limita alla mera tutela di un luogo, ma al riconoscimento di un suo intrinseco valore sociale, capace di permeare la cultura di un popolo nel tempo e nello spazio. In questo senso, l'art. 9 sembrerebbe – citando Massimo Severo Giannini – più una «nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altre discipline»⁵.

Secondo l'art. 1 della Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000, il paesaggio «designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni»⁶. Volendo inserire la politica ambientale nel solco dell'annosa questione relativa agli elementi costitutivi dello Stato, l'ambiente non può che coincidere con una parte di territorio. Se è vero che ad ogni ambiente corrisponderebbe di certo una determinata porzione di territorio, è altrettanto vero che nontutto il territorio può godere di una tutela ambientale diffusa e non già differenziata.

Se il concetto di paesaggio figura tra i principi fondamentali all'art. 9, il concetto di ambiente compare in Costituzione solo una volta nel rescritto art. 117 Cost. Il secondo comma dell'art. 117 Cost. nel citare le materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva alla lettera s) fa riferimento alla: «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali». Tuttavia il terzo comma dello stesso articolo include tra le materie di legislazione concorrente sia il «governo del territorio» sia la «valorizzazione dei beni culturali e ambientali». Quanto fin qui stabilito dalla legge cost. n. 3 del 2001 evidenzia, a ben vedere, una certa contraddizione. L'espressione governo del territorio non è certo foriera di poche perplessità: può essere intesa in un senso costituzionale o con una accezione di tipo amministrativo. Nel primo caso, essa fa riferimento al territorio come elemento costitutivo dello Stato. Nel secondo, invece, è da intendere come gestione amministrativa di una porzione di territorio corrispondente ad un determinato ente locale. Sarebbe più opportuno propendere per la seconda soluzione, forse più aderente al caso di specie. Resta tuttavia di dubbia comprensione la differenza tra la tutela dell'ambiente ed il governo del territorio, una di competenza esclusiva statale, l'altra invece *res* concorrente. La valorizzazione dei beni culturali e ambientali rimanda in maniera evidente all'art. 9 Cost. La combinazione tra paesaggio e patrimonio storico-artistico sotto il profilo della tutela viene infatti ribadita dall'art. 117 quando parla di una valorizzazione congiunta di beni culturali ed ambientali. L'art. 117, come novellato, risulta quindi determinante per interpretare in senso estensivo il concetto di paesaggio, il cui

⁵ Cit. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, I, 3.

⁶ La Convenzione europea del paesaggio è stata adottata dal Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e poi ratificata dall'Italia con la l. n. 14/2006. Per una analisi più accurata si rinvia a G.F. CARTEI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, in *Aedon*, 2008, n. 3.

significato costituzionale è da intendersi come sinonimo di ambiente o ecosistema.

Sarebbe più opportuno parlare di un diritto dell'uomo all'ambiente o di un diritto dell'ambiente in senso stretto? La risposta non può che essere la prima sebbene questa non sia del tutto scontata. Sotto un profilo sostanziale è possibile distinguere un ambiente di tipo naturale-esclusivo ed un ambiente coordinato, che contempra cioè l'iterazione dell'uomo con lo stesso. Le due categorie non sono però tassative, specie nell'esperienza italiana. Non esiste costa, montagna o bellezza naturale che non conosca forme, anche elementari, di collegamento o servizio. L'ambiente non è altro da noi. Ciò che regola questo delicato rapporto tra rispetto ambientale e intervento umano, prende il nome di diritto costituzionale dell'ambiente. Un ambito di ricerca che gode di un rinnovato interesse scientifico data la recente attenzione per i temi di natura ecologica. Ma esiste davvero un diritto ambientale?⁷ La difficoltà resta quella di districarsi entro una complessa e fitta articolazione normativa, che tuttavia non può fare a meno del formante giurisprudenziale. L'ambiente non è predeterminabile e pertanto non può essere oggetto di un diritto o di una situazione giuridica soggettiva, sia essa diffusa o collettiva⁸. Può soltanto essere oggetto di politiche, la cui definizione si ricava dagli obiettivi stessi che esse intendono perseguire. Al diritto costituzionale spetta dunque l'arduo compito di trovare una qualificazione giuridica in grado di superare qualsivoglia recentismo⁹.

2. Breve storia dell'ipercinetismo europeo in materia ambientale

Da più parti si invoca un intervento costituzionale in materia ambientale adeguato allo spirito dei tempi¹⁰. Si tratta davvero di un iato normativo in grado di giustificare l'*horror vacui* di un intero ordinamento? Le diverse esperienze costituzionali, vicine o lontane sia per latitudini sia

⁷ Per ulteriori rilevamenti si rinvia a B. CARAVITA DI TORITTO-L. CASSETTI-A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 2016 e N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2020.

⁸ «L'ambiente si presenta non come pluralità d'interessi, ma come un interesse pubblico fondamentale della collettività nazionale. Il riconoscimento di un diritto all'ambiente, come diritto della personalità, risponde non solo ad una profonda esigenza etica, ma si pone in linea con l'orientamento espresso da varie costituzioni e da organismi internazionali. Consente di ancorare il diritto all'ambiente al diritto positivo e in primo luogo alla nostra Costituzione, superandosi la concezione restrittiva dell'ambiente come salubrità ambientale; elimina le ambiguità dell'ambiente come interesse diffuso (formula priva di significato), ma lascia sussistere accanto al diritto soggettivo all'ambiente come della personalità individuale, l'interesse collettivo all'ambiente come espressione della personalità sociale; pone l'essenza della giuridicità non tanto nel carattere unitario dei fenomeni ambientali (che è un dato pacifico), quanto nella tutela della persona» cit. C. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, 32.

⁹ «La dimensione etica, la dimensione scientifica e la dimensione di corresponsabilità multilivello che caratterizzano il concetto relazionale di ambiente non possono non implicare l'individuazione di soluzioni e scelte di livello costituzionale, perché la complessità dei problemi si risolve con l'individuazione dei principi che devono guidare il metodo per affrontarli: le costituzioni costituiscono la sede in cui tali principi possono essere recepiti e definiti» cit. S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, n. 3, 9.

¹⁰ Come segnala Montaldo: «una revisione costituzionale ben strutturata, accompagnata dall'introduzione di una legge costituzionale di principi, volte al riconoscimento espresso della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione, e alla specificazione dei suoi principi, sarebbe certamente opportuna ed auspicabile, permettendo al testo costituzionale di continuare a rappresentare, per l'avvenire, una *Costituzione per il futuro*». Cit. R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, 454.

per tradizione giuridica, disciplinano in maniera difforme il valore ambiente¹¹. Molte costituzioni, specie le più recenti, si limitano al riconoscimento di un diritto ad un ambiente sano, restando quindi nell'ambito dell'antropocentrismo classico. Una fra le soluzioni più raffinate è certamente quella definita dalla *Grundgesetz*. L'art. 20a della Costituzione tedesca, rubricato come «protezione dei fondamenti naturali della vita», stabilisce che: «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita e gli animali mediante l'esercizio del potere legislativo, nel quadro dell'ordinamento costituzionale, e dei poteri esecutivo e giudiziario, in conformità alla legge e al diritto». Emergono due elementi significativi: il primo si riferisce ai controversi diritti delle generazioni future (la cui esistenza sul piano ontologico è tutt'altro che pacifica¹² come si cercherà di dimostrare nelle conclusioni), il secondo invece riguarda i diritti del mondo animale. Quest'ultimo aspetto, sebbene correlato alle questioni ambientali, gode di un'autonomia propria. Proprio il 29 aprile 2021 la Corte costituzionale tedesca¹³ è intervenuta sulla Legge federale in materia di cambiamenti climatici del 12 dicembre 2019 (*Bundes Klimaschutzgesetz - KSG*) dichiarando l'illegittimità di alcune sue parti. I Giudici di Karlsruhe hanno giudicato come troppo blande e insufficienti le misure di riduzione delle emissioni di gas serra fino al 2030 previste dalla legge, in quanto lesive dei diritti fondamentali delle generazioni future.

I modelli scandinavi risultano di gran lunga più avanzati e sensibili sul tema rispetto a quelli dell'Europa mediterranea. Si pensi ad esempio agli istituti giuridici del *jokamiehenoikeus* in Finlandia o dell'*allemansrätten* in Svezia. Ambo i concetti risultano di difficile traduzione: il primo sta a significare il diritto di ogni persona al godimento della natura, con il secondo si intende invece il

¹¹ Certamente avanzato appare ad esempio il sistema di tutela previsto dalla Costituzione brasiliana. Ciò tuttavia non trova conferma nelle politiche recenti, come dimostrano le drammatiche vicende relative al disboscamento dell'Amazzonia. Secondo l'art. 225 della stessa «tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, in quanto bene di uso comune del popolo, indispensabile per una sana qualità di vita; si impone all'autorità pubblica ed alla collettività il dovere di difenderlo e preservarlo per le generazioni presenti e future». Tale orientamento «trova spiegazione, tra l'altro, nella tendenza di molti Stati economicamente meno progrediti a reclamare più ampie condizioni di sfruttamento delle risorse naturali al fine di sostenere il pieno sviluppo delle rispettive economie.» cit. D. PORENA, *'Ambiente': complessità di una nozione giuridica. I tentativi di offrirne un'ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica'*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, 2020, fasc. 3, 9.

¹² Imprescindibile in questo senso l'analisi di Massimo Luciani v. M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, fasc. 2, 2008. Come correttamente osservato dallo stesso più di recente: «[...] non è dato identificare alcun soggetto cui imputare quei diritti; perché non si sa neppure se ve ne sarà mai uno; perché non si sa quale delle n generazioni future dovrebbe prevalere una volta che si considerassero partitamente i "diritti" di ciascuna» cit. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, Relazione al Convegno «Per i sessant'anni della Corte costituzionale», Roma, 19-20 maggio 2016, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 3, p. 14.

¹³ L' impatto metagiuridico della pronuncia non è passato inosservato neppure alle nostre latitudini. Nella prospettiva di Raffaele Bifulco: «è da alcuni anni che le Corti supreme hanno iniziato a porsi il problema della responsabilità intergenerazionale. Anche la nostra Corte costituzionale lo fa da qualche tempo. È tuttavia **la prima volta che un giudice della caratura del Tribunale costituzionale tedesco** porta, con tanta capacità argomentativa, il testo costituzionale a spiegare i propri effetti in una dimensione intertemporale e quindi **intergenerazionale**» cit. R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luis Open*, 28 maggio 2021. Segnala invece Roberto Bin: «questa decisione unanime, ampiamente argomentata e molto chiara nell'individuare i diritti e i loro titolari, pronunciata da una Corte di grande prestigio, segna una pagina importantissima nella storia del diritto ambientale. In Italia mancano strumenti processuali analoghi: ma le associazioni ecologiste possono agire in giudizio a tutela degli interessi che difendono; se i giudici saranno disposti a seguire la Corte tedesca nell'individuazione del diritto al clima, anche da noi la pressione può trovare la strada per incanalarsi e per reperire gli strumenti processuali necessari a portare davanti alla Corte costituzionale la questione della legittimità di leggi troppo compiacenti e timide nel limitare il degrado ambientale» cit. R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *lacostituzione.info*, 30 aprile 2021.

diritto di pubblico accesso. Tutti i cittadini hanno diritto di accedere, in modo gratuito ma nel rispetto di taluni limiti, a terreni pubblici o privati al fine di godere della natura, traendo da essa vantaggi. Fanno eccezione, come ovvio, i terreni coltivati. Occorre che l'esercizio di tale diritto non arrechi danno o nocimento alcuno al fine di preservare la *kotirauhaa* (pace domestica). Si tratta di consuetudini antichissime le cui origini si perdono nel tempo, e che si sono sviluppate per due ragioni. La prima, di ordine pratico, riguarda la difficile reperibilità di risorse dovute alle caratteristiche proprie del territorio e del clima. La seconda ragione è tutta giuridica: essendo i paesi scandinavi, di fatto, estranei alla tradizione gius-romanistica, mal concepiscono le categorie della *proprietas*. Di contro, hanno sviluppato nel corso dei secoli una particolare propensione per la dimensione pubblico-collettiva, che pone al centro la condivisione delle risorse per il bene comune, come dimostrano gli elevatissimi livelli di *welfare*.

La scarsa attenzione del legislatore italiano per il bene giuridico ambiente si scontra tuttavia con l'iperincinetismo normativo delle istituzioni europee. Il diritto ambientale è prevalentemente un diritto di derivazione comunitaria. Agli esordi del processo costitutivo dell'Unione Europea l'interesse per le politiche ambientali rivestiva un ruolo decisamente marginale rispetto a quelle economiche. La prima tappa di questo sentiero normativo risale al vertice di Parigi del 1972, con cui si cominciò a parlare di tutela ambientale e miglioramento della qualità di vita. A stretto giro seguì la stesura di un primo programma di azione della Comunità in materia ambientale. Dal 1987, con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, è possibile parlare di una disciplina organica dell'ambiente. Nel 1990 viene istituita l'Agenzia europea dell'ambiente (EEA) con sede a Copenaghen. Il 27 maggio del 1994 nell'omonima cittadina danese è stata approvata la Carta di Aalborg, in occasione della Conferenza europea sulle città sostenibili.

Con Trattato di Maastricht (TUE) la disciplina ambientale prende forma e sostanza. Si parla per la prima volta di una crescita sostenibile che rispetti l'ambiente. Secondo l'art. 3, par. 3 del TUE l'Unione Europea «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata [...] e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Il trattato di Amsterdam del 1997 ha inciso in maniera significativa stabilendo tra i programmi della Comunità, di cui all'art. 2, quello di promuovere un «elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo». Il richiamo è costante in tutto l'impianto normativo come dimostra anche l'art. 6, secondo cui: «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie». In questa disposizione risiede infatti l'apporto più innovativo, considerando per la prima volta l'ambiente un valore costitutivo europeo al pari delle altre politiche comunitarie. La politica ambientale europea, definita dall'art. 191 del TFUE (ex art. 174 del Trattato di Amsterdam), si pone il perseguimento di quattro obiettivi: la salvaguardia ed il miglioramento della qualità ambientale, la protezione della salute umana, l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali ed infine la promozione internazionale di misure volte alla risoluzione di problemi ambientali. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea non apporta alcun contributo significativo. Meglio nota come la Carta di Nizza, essa si limita a prevedere all'art. 37 che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

Impostazione questa, che pare aver deluso le aspettative di tanti, trattandosi di un riconoscimento sul piano formale e non di una tutela sostanziale.

Il Trattato di Lisbona del 2009 compie un ulteriore passo in avanti. L'art. 176 A dello stesso fa infatti esplicito riferimento all' «esigenza di preservare e migliorare l'ambiente» entro l'inedita cornice della politica europea nel settore dell'energia.

La tutela europea dell'ambiente ruota attorno al principio di precauzione. Questo viene consacrato, nell'ambito del diritto internazionale, nella Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo a margine del Summit della Terra del 1992¹⁴. A livello europeo il principio di precauzione viene recepito nel Trattato di Maastricht all'art. 130 R (2), per essere successivamente ripreso dal Trattato di Amsterdam all'art. 174. Tale articolo enuncia per la prima volta un complesso di principi che concorrono, parimenti a quello di precauzione, ad orientare le politica ambientale dell'UE. Si tratta nello specifico dei principi¹⁵ di precauzione, di azione preventiva, di correzione dei danni causati all'ambiente ed il principio chi inquina paga. Quest'ultimo è uno strumento di compensazione, sotto il profilo della responsabilità, tra costi ambientali e costi economico. Il ricorso a tale principio è quello di fungere da deterrente necessario e sufficiente a ridurre il rischio di immissioni e a prevenire l'inquinamento. Tuttavia un'interpretazione distorta dello stesso potrebbe in concreto tradursi in una legittimazione di un diritto ad inquinare, previa corresponsione di un risarcimento pecuniario. La *ratio* è invece di segno opposto e consiste nell'intento di sgravare i singoli ordinamenti nazionali dall'onere di sostenere i costi riparativi del danno ambientale. Il secondo paragrafo dell'art 174 del Trattato di Amsterdam punto tende a precisare tuttavia come la loro applicazione sia subordinata ad un criterio di differenziazione in forza del quale si deve tener conto della «diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità». A ciò si ricollega anche quanto disposto dal terzo paragrafo dello stesso articolo, secondo cui la politica ambientale europea deve tener conto, oltre ai dati tecnico-scientifici disponibili e agli oneri o vantaggi derivanti dall'azione o dall'assenza di azione, delle diverse condizioni ambientali dei singoli paesi membri e del loro equilibrato sviluppo socioeconomico. Il principio di precauzione viene esperito nei casi in cui si ritiene necessaria l'adozione di un intervento urgente dinanzi ad un potenziale rischio ambientale o di salute. L'attuazione del principio di precauzione - la cui natura è sempre preventiva - deve essere preceduta da una scrupolosa valutazione scientifica in grado di valutare con precisione l'entità del rischio. Al fine di assicurare un bilanciamento, le misure adottate devono tuttavia temperare i criteri di proporzionalità, coerenza, capacità di revisione, non discriminazione in ambito applicativo e di analogia con eventi o circostanze simili.

¹⁴ Il Principio 15 della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo afferma che: «Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il Principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale».

¹⁵ Tali principi di derivazione europea sono stati recepiti dalla Francia con la legge costituzionale n. 205/2005, meglio nota come la *Charte de l'Environnement*. Forse il testo normativo più rilevante in materia ambientale della storia costituzionale francese più recente.

Soltanto così si spiega il successo su scala mondiale delle proteste del movimento *Fridays for Future*, fondato da Greta Thunberg nel 2018. Al cambiamento del clima atmosferico corrisponde un cambiamento del clima culturale. In ragione di quanto fin qui esposto, il modello europeo di tutela ambientale risulta essere senza dubbio il più avanzato nel panorama giuridico internazionale, malgrado ogni sforzo successivo agli Accordi di Parigi del 2015 venga reso vano dal disimpegno degli stati maggiormente coinvolti (e quindi responsabili) nel progressivo surriscaldamento globale.

3. Un quadro normativo multidimensionale

La tutela dell'ambiente si caratterizza per una quadrimensionalità dei livelli normativi: internazionale¹⁶, europeo¹⁷, interno e regionale. In Italia con la cd. legge Galasso del 1985 si definisce in maniera più compiuta il concetto di vincolo paesaggistico. La legge n. 431 del 1985 ha tuttavia un merito in più che certamente non passa inosservato. Si tratta infatti del primo intervento normativo in materia ambientale in età repubblicana, quarantasei anni dopo la legge n. 1497 del 1939 avente ad oggetto la protezione delle bellezze naturali. A questo lungo intervallo è seguito un secondo vuoto normativo¹⁸. Risale infatti solo al 2004 il Codice dei beni culturali e del paesaggio (decreto legislativo n. 42 del 2004), successivamente integrato dal decreto legislativo

¹⁶ Impossibile passare a rassegna tutti i trattati e le convenzioni internazionali in materia di ambiente. Certamente il più importante è il Protocollo di Kyoto, un trattato internazionale avente ad oggetto i cambiamenti climatici, pubblicato nel 1997 ed entrato in vigore nel 2005. È stato recepito dall'Unione Europea attraverso il Programma europeo sul cambiamento del clima (ECCP) tra il 2000 e il 2002. Si pensi ad esempio alla Convenzione di Washington del 1973, ratificata in Italia con l. n. 874/1975, che affronta la questione del commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione. L'applicazione della convenzione in sede europea è avvenuta grazie al regolamento CEE n. 3626/82, recepita in Italia con la l. n. 150/1992, con il successivo decreto ministeriale 4 settembre 1992 e con la l. n. 59/1993. Assai rilevante è la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, nota come Marpol 73/78, che comprende al suo interno due trattati internazionali di interesse ambientale volti a contrastare l'inquinamento marino dovuto da idrocarburi. Di fondamentale importanza è la Convenzione per la protezione del Mar Mediterraneo dai rischi dell'inquinamento del 1976, comunemente nota come Convenzione di Barcellona, e ratificata dall'Italia con la l. n. 30/1979. I paesi contraenti si obbligano a perseguire azioni volte a prevenire e contrastare l'inquinamento nel Mediterraneo, valorizzando l'ambiente marino e costiero nel suo complesso. Risale invece al 1979 la Convenzione per la conservazione della vita selvatica e dei suoi biotopi in Europa, meglio nota come Convenzione di Berna, recepita dall'ordinamento interno con la l. n. 503/1981. Si ricorda altresì la Convenzione di Ginevra sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a grande distanza del 1979 che impegna gli stati ratificanti a collaborare per limitare, prevenire e ridurre gradualmente le emissioni di inquinanti atmosferici. Numerosi i protocolli sviluppati nell'ambito della stessa convenzione: il protocollo EMEP (1984), il protocollo di Helsinki (1985), il protocollo di Sofia (1988), il protocollo sui COV (1991); il protocollo di Oslo (1994), il protocollo di Aarhus (1998) ed infine il protocollo di Göteborg (1999). Seguirà la Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono del 1985, che ha trovato attuazione attraverso il Protocollo di Montreal nel 1987, ratificato con l. n. 393/1988. Successive sono la l. n. 409/2000 sull'erogazione del contributo obbligatorio dell'Italia al Fondo multilaterale per il Protocollo di Montreal e la l. n. 35/2001 di ratifica ed esecuzione degli emendamenti al protocollo stesso.

¹⁷ «Per le politiche ambientali, in altri termini, non sono in alcun modo previsti in Italia – a differenza di quanto si è visto per l'ordinamento europeo – processi decisionali specifici e idonei a soddisfare le molteplici esigenze che la tutela dell'ambiente impone: l'adeguata programmazione di medio/lungo periodo degli obiettivi strategici (e della loro successiva verifica); la corretta e trasparente istruttoria tecnica di ogni questione, che consenta l'individuazione trasparente e distinta degli apporti forniti dagli *expertise* tecnico-scientifici rispetto alle scelte pubbliche delle autorità politiche o amministrative; la garanzia effettiva di una partecipazione strutturata e permanente di tutti i soggetti pubblici o privati potenzialmente interessati.» cit. M. CECCHETTI, *Le politiche ambientali tra diritto sovranazionale e diritto interno*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 7, 110-111.

¹⁸ Decisamente più marginale la portata del d.lgs. n. 490/1999.

n. 63 del 2008. Il testo vigente del predetto codice insiste sul binomio inscindibile tra paesaggio e identità nazionale, qui intesa come patrimonio culturale comune. Il primo comma dell'art. 131 definisce paesaggio quel «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni». Prosegue il secondo comma affermando che la tutela del paesaggio da parte del codice avviene «relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali».

Viceversa, la prima vera riforma ambientale si deve al decreto legislativo 152 del 2006, meglio noto come Codice dell'ambiente o Testo Unico Ambientale (TUA). Questo incide su diverse questioni: dalle procedure amministrative di interesse ambientale (VAS, VIA, IPPC) alla gestione dei rifiuti, dalla protezione delle risorse idriche alla riduzione delle emissioni nell'atmosfera, ivi compresa la tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente. Numerose sono state le modifiche subite dal TUA nel corso degli anni. Si pensi, ad esempio, all'introduzione della Parte VI *bis* riguardante la disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia ambientale, come disposto dalla legge n. 68 del 2015 sugli ecoreati. Il decreto legislativo n. 4 del 2008 ha introdotto cinque nuovi articoli. L'art. 3-bis. colloca tra i principi generali in tema di tutela dell'ambiente quelli adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42 e 44, 117 commi 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario. L'ambiente è da intendersi pertanto come un valore primario o un diritto fondamentale? Ciò rimanda alla questione del bilanciamento tra principi costituzionali ed il potenziale conflitto tra loro. Primi fra tutti il diritto alla salute e la libera iniziativa economica¹⁹. La tutela dell'ambiente dovrebbe fondarsi sul criterio di primarietà, in forza del quale emerge come fondamentale rispetto agli altri principi di rango costituzionale.

L'art. 3-ter invece orienta l'azione ambientale al rispetto dei principi europei di precauzione, azione preventiva, correzione, nonché al principio «chi inquina paga».

L'introduzione del concetto di sviluppo sostenibile si deve all'art. 3-quater del TUA. Secondo questo infatti «ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». La stessa attività della pubblica amministrazione deve consentire la piena realizzazione di tale principio. Nel settembre del 2015, con pretese e clamori forse eccessivi, è stato sottoscritto dai governi di ben centonovantatré paesi membri dell'ONU un piano d'azione per lo sviluppo sostenibile noto come Agenda 2030. Il concetto di sviluppo sostenibile, così come introdotto per la prima volta nel 1987 dal rapporto Brundtland, è da ritenersi superato. Sarebbe

¹⁹ Sul delicato equilibrio tra ragioni ambientali e ragioni economiche si rinvia a F. FALCONE, *Crescita economica e tutela ambientale: due obiettivi inconciliabili?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; G. ROSSI-M. MONTEDURO, *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, Giappichelli, 2020. Come ricorda Papa Francesco al punto 56 dell'enciclica *Laudato si'*: «I poteri economici continuano a giustificare l'attuale sistema mondiale, in cui prevalgono una speculazione e una ricerca della rendita finanziaria che tendono ad ignorare ogni contesto e gli effetti sulla dignità umana e sull'ambiente. Così si manifesta che il degrado ambientale e il degrado umano ed etico sono intimamente connessi.» cit. *Lettera enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 51-52.

infatti più opportuno parlare oggi di progresso sostenibile. Non si tratta, a ben vedere, di un distinguo di pasoliniana memoria. Secondo il rapporto Brundtland, meglio noto come *Our Common Future*, pubblicato dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, «lo sviluppo sostenibile è quello che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri». Alla categoria dei bisogni del presente dovrebbe sostituirsi quella dei bisogni necessari. Pertanto nell'ambito di una scelta discrezionale tra interessi pubblici e privati, l'interesse alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale deve essere oggetto di una prioritaria considerazione. Sempre l'art. 3-quater insiste sull'individuazione di «un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro».

Certamente l'articolo del Codice dell'ambiente più rilevante sotto il profilo costituzionale, come novellato nel 2008, è l'art. 3-quinquies. Questo, riguardante i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione, incide sul rapporto tra i diversi livelli normativi. Nella prassi, non ci si trova mai in presenza di un *solo* ambiente ma di una pluriterritorialità. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano infatti possono adottare forme di tutela ambientale più restrittive qualora lo richiedano particolari esigenze del loro territorio. Lo Stato interviene in questioni d'interesse ambientale laddove gli obiettivi previsti non possano essere sufficientemente realizzati dai livelli territoriali inferiori di governo. Tale principio opera anche nei rapporti tra regioni ed enti locali minori.

Secondo l'art. 2, il TUA si pone «come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali». La *ratio* principale del Codice dell'ambiente va rinvenuta nella precisa volontà di riorganizzare una disciplina normativa organica in materia ambientale. Sono tuttavia mancati quei decreti attuativi necessari a dare realizzazione giuridica e compiuta al TUA. Sebbene siano stati introdotti numerosi principi europei, resta la difficoltà di adeguare continuamente la legislazione vigente alla luce dei più recenti istituti di derivazione europea, delegando così al diritto pretorio l'onere di una qualificazione. I tempi dei processi ambientali, che guardano agli equilibri ecologici, non coincidono pertanto con i tempi propri delle procedure legislative.

La questione della revisione costituzionale non si è esaurita neppure nel corso dell'attuale XVIII legislatura. Sono stati quattro i disegni di legge costituzionale posti all'esame della prima Commissione Affari Costituzionali del Senato. Questi sono risultati perlopiù accomunati dalla volontà di introdurre in Costituzione un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente²⁰. Il primo,

²⁰ Nonostante «la questione ambientale e le connesse evidenze scientifiche abbiano ormai conquistato e permeato in profondità l'opinione pubblica e la coscienza delle collettività, manca ancora una norma costituzionale che, nella materia ambientale, assuma portata *sostanziale* e che dunque sia finalizzata a 'cristallizzare' un'autentica scelta di tipo valoriale» cit. D. PORENA, *Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 14, 319.

posto al vaglio della Commissione è stato il disegno di legge De Petris e altri²¹ che proponeva un intervento poderoso e per certi profili assai invasivo. Alla Repubblica si sarebbe rimessa, *ex art. 9 Cost.*, la tutela segnatamente dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi. Tale forma di tutela avrebbe costituito un «diritto fondamentale della persona e della collettività» essendo fondata sui principi europei di precauzione, azione preventiva, responsabilità e correzione dei danni ambientali. Un richiamo implicito all'ordinamento europeo assai pertinente se si considera l'incidenza di quest'ultimo in materia. La Repubblica dovrebbe pertanto perseguire: «il miglioramento delle condizioni dell'aria, delle acque, del suolo e del territorio, nel complesso e nelle sue componenti». L'elemento più innovativo si è riscontrato nell'individuazione di una protezione costituzionale degli animali, riconosciuto in un novellato (quanto ipotetico) art. 9 Cost. che tutelerebbe gli animali «come esseri senzienti» promuovendone «il rispetto a un'esistenza compatibile con le loro caratteristiche etologiche». Coerentemente con ciò, il DDL in questione ha contemplato anche l'inserimento all'interno dell'articolo 117, secondo comma, lettera s) della tutela degli animali, già prevista per ambiente, ecosistema e beni culturali. Il secondo disegno di legge De Petris²², diversamente dal precedente, ha ridotto la dimensione giuridica della tutela animale limitandosi al riconoscimento di una protezione della biodiversità e promozione di un più generico «rispetto degli animali»²³. Decisamente meno ambizioso ma di gran lunga più coinciso è apparso invece il disegno di legge Perilli. Esso si è limitato infatti alla formulazione del seguente disposto normativo: «la Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge le biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni»²⁴. Ancor più modesta la previsione del DDL Gallone²⁵, che ha circoscritto l'intervento revisorio all'introduzione della parola ambiente nell'art 9 Cost. dopo il riferimento alla tutela il paesaggio. Proprio il DDL S. n. 83 (secondo disegno di legge De Petris) è stato approvato a Palazzo Madama nel giugno 2021 con un'ampia maggioranza: duecentoventiquattro voti a favore, ventitré astenuti e nessun voto contrario. L'integrazione all'art. 9 Cost. approvata in Senato ha aggiunto tra i compiti della Repubblica la «tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». La modifica posta al vaglio del Senato si è spinta fino a riconoscere che «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Un profilo certamente inedito e dalla rilevanza storica. Le modifiche hanno riguardato anche l'articolo 41 della Costituzione, prevedendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare danno «alla salute e all'ambiente». Sono così estesi i limiti già contemplati per la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Appare tuttavia opportuno interrogarsi

²¹ D.d.l. S. n. 212 - XVIII Leg.

²² D.d.l. S. n. 83 - XVIII Leg.

²³ Come correttamente solleva Marilisa D'Amico «una previsione così dettagliata come quella in esame sembra non adattarsi pienamente ad una norma di rango costituzionale la quale ha il compito di sancire regole chiare e precettive, ma deve allo stesso tempo stabilire previsioni di ampio respiro che possano modularsi in relazione a futuri cambiamenti sociali. Un riferimento così dettagliato rischia, invece, forse di imbrigliare eccessivamente il legislatore, che potrebbe trovarsi a fronteggiare il problema del superamento nei fatti dei principi espressi in Costituzione a seguito dell'evoluzione scientifica e tecnologica.» cit. M. D'AMICO, *Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2019, n. 6, 99.

²⁴ D.d.l. S. n. 1203 - XVIII Leg.

²⁵ D.d.l. S. n. 1532 - XVIII Leg.

sul significato di una simile operazione, che potrebbe condurre ai medesimi risultati a Costituzione invariata con una semplice interpretazione estensiva dello stesso concetto giuridico di paesaggio.

4. *Quale ministero per l'ambiente?*

La determinazione giuridica di ambiente risulta essere un'operazione preliminare affinché la tutela ad esso preposta non venga svuotata di ogni senso. Non esiste infatti una definizione assoluta. La difficoltà sta nello stabilire i confini: trasversali per natura e interministeriali per materia. Si pensi al rapporto tra *tecnica* e *politica*. Ai saperi scientifici sono rimesse infatti le valutazioni di tipo tecnico, spetta però alla politica l'onere delle scelte. Nell'assenza di misure chiare e consapevoli risiede il vulnus di qualsiasi tutela. Mancano cioè processi decisionali complessi, in grado di coordinarsi su più livelli. Un'asimmetria che ben si rappresenta nella storica *debolezza* del Ministero dell'ambiente, il cui funzionamento viene da sempre sacrificato dinanzi ad opinabili logiche di spartizione. La vicenda storica prima di giungere all'attuale Ministero della transizione ecologica è certamente peculiare. Si comincia a parlare di beni ambientali in senso compiuto, seppur in posizione ancillare rispetto ai beni culturali, con la l. n. 5/1975. A questa si deve infatti l'istituzione del Ministero per i beni culturali e ambientali, un'attenzione alquanto timida che mirava tuttavia a dare attuazione pragmatica all'art. 9 Cost. In realtà nel Governo Rumor IV (1973) figura un primo Ministero senza portafoglio dell'Ambiente. Prima della costituzione di un vero e proprio dicastero era presente una struttura amministrativa incardinata presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, nota come Dipartimento per l'ecologia. Fu soltanto nel 1983, durante il primo governi Craxi, che venne nominato per la prima volta un Ministro senza portafoglio per l'ecologia. In un secondo momento, con la l. n. 349/1986 venne istituito il Ministero dell'ambiente. Un ritardo che denota la scarsa sensibilità italiana per le politiche ambientali, rispetto ai restanti ordinamenti europei. Si pensi ad esempio alla Francia in cui già nel 1971, ben quindici anni prima dell'Italia, fu istituito il *Ministère de la Protection de la nature et de l'environnement*. Secondo l'art. 1 della legge n. 349 del 1986 spetta al Ministero assicurare «la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita». Sono rimesse ad esso anche «la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento». La stessa norma prevede che il Ministero promuova studi e rilevamenti d'interesse ambientale adottando iniziative volte a sensibilizzare l'opinione pubblica sui problemi dell'ambiente. Per questa particolare funzione educativa nel testo normativo si fa riferimento al ruolo socio-culturale della scuola e del Ministro della pubblica istruzione. Dopo il decreto legislativo n. 300 del 1999, nell'ambito della riforma Bassanini, venne assunta la denominazione di Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio. L'art. 35 dello stesso decreto stabilisce che a suddetto dicastero «sono attribuite le funzioni e i compiti spettanti allo stato relativi alla tutela dell'ambiente, del territorio e dell'ecosistema». Nello specifico si fa riferimento alle seguenti materie: individuazione, conservazione e valorizzazione delle aree

naturali protette, tutela della biodiversità e della biosicurezza di fauna e flora, difesa del mare e dell'ambiente costiero, comunicazione ambientale, tutela delle risorse idriche, politiche di sviluppo sostenibile, coordinamento delle misure di contrasto e contenimento del danno ambientale, ripristino in sicurezza dei siti inquinati, monitoraggio e recupero delle condizioni ambientali conformi agli interessi fondamentali della collettività. La lettera c-bis pone, con lungimiranza, l'attenzione sulle politiche volte a favorire l'economia circolare e l'uso efficiente delle risorse, che la struttura ministeriale deve perseguire nel rispetto delle competenze del Ministero dello sviluppo economico. La lettera e dell'art. 35 indica tra le funzioni quella di «difesa e assetto del territorio con riferimento ai valori naturali e ambientali». Tale punto appare tuttavia di dubbia applicabilità, rinviando a più generali categorie di principio. Simili contenuti normativi rischiano di trasformare il diritto ambientale in un diritto delle buone intenzioni, con il rischio inevitabile che si dissolva tra i consociati il senso stesso di giuridicità. Il d.lgs n. 300/1999, fatte salve le competenze proprie del Ministero delle politiche agricole e forestali, affida anche la gestione dei rifiuti ed interventi di bonifica dei siti inquinati. Nel riparto delle competenze Stato-Regioni ciò pone non poche difficoltà se si considera il ruolo primario degli enti di prossimità. La denominazione di Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, introdotta dal secondo governo Prodi, risale al 2006. Data in cui la competenza del dicastero fu estesa anche alla tutela del mare. Con il decreto legge n. 22 del 1 marzo 2021 viene istituito il Ministero della transizione ecologica. A questo sono rimesse le competenze precedentemente spettanti al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con l'aggiunta di quelle in materia energetica prima proprie del Ministero dello Sviluppo economico. Si tratta infatti di un cambiamento tutt'altro che nominale che trova fondamento da un lato nelle istanze del Movimento Cinque Stelle, che considerava la previsione di un apposito dicastero come *conditio sine qua non* per l'ingresso in maggioranza, e dall'altro nelle ingenti risorse economiche messe a disposizione dal *Recovery Fund* per lo sviluppo sostenibile. Già a partire dal 2019 la Commissione europea ha avviato un programma noto come *European Green Deal* con l'obiettivo di ridurre di almeno il 50% le emissioni di gas a effetto serra in tutti i paesi membri dell'Unione Europea, raggiungendo la neutralità climatica entro il 2050. Almeno il 37% dei fondi stanziati, secondo il regolamento del *Next Generation EU*, sarà impiegato per il raggiungimento degli obiettivi climatici. Di conseguenza, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza presentato dal Governo Draghi ha individuato nella transizione verde una delle sei aree di intervento, nonché l'elemento più significativo e ambizioso del PNRR.

Le procedure amministrative più ricorrenti espletate dal ministero sono: la valutazione di impatto ambientale (meglio nota come VIA) e la valutazione ambientale strategica (detta VAS). Si tratta di due strumenti di derivazione europea introdotti rispettivamente dalla direttiva 85/337/CEE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, e dalla direttiva 2001/42/CE riguardante la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente. La prima è una tecnica di supporto all'autorità competente e pertanto volta a rinvenire e valutare l'impatto ambientale di una determinata opera, la cui realizzazione è sottoposta ad approvazione. La seconda invece è una procedura che mira a fornire una valutazione degli effetti ambientali riguardo piani e programmi di sviluppo, da adottarsi o

approvarsi, al fine di perfezionare la qualità della decisione. La differenza più evidente tra VIA e VAS risiede nell'elemento temporale: mentre la valutazione di impatto ambientale viene effettuata quando l'opera è stata già eseguita, la valutazione ambientale strategica invece agisce *ex ante* o *in itinere* rispetto al processo decisionale. Inoltre la VIA riguarda opere specifiche, mentre la VAS si esperisce su piani e programmi. In materia di autorizzazione rileva l'AIA, ovvero l'autorizzazione integrata ambientale. La disciplina è stata anch'essa dettata dall'Unione Europea nel 1996, grazie alla direttiva 96/61/CE. Questa è richiesta per talune installazioni in grado di cagionare danni ambientali di entità significativa, al fine di adeguarsi ai cosiddetti principi di *integrated pollution prevention and control*, meglio noti come IPPC. Alle Regioni, malgrado notevoli differenze fra esse in ambito applicativo, è rimessa la competenza di rilasciare autorizzazioni integrate ambientali per le installazioni meno rilevanti. Vengono invece rilasciate dal ministero le autorizzazioni destinate ad impianti più importanti. Per il rilascio di AIA di competenza statale, spetta ad una apposita commissione ministeriale l'espletamento delle attività istruttorie necessarie. Tale valutazione motivata viene infatti redatta dalla Commissione istruttoria per l'IPPC, composta da ventitré esperti di area giuridico – amministrativa o tecnico – scientifica. In conclusione, la natura trasversale della materia ambientale esige l'attuazione di un raccordo interministeriale che funga da cabina di regia e che veda la reciproca collaborazione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e del Ministero dello Sviluppo economico.

5. Un diritto giurisprudenziale a presidio di un “costituzionalismo verde”

Nulla o quasi può comprendersi dell'ambiente se non si analizza lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia²⁶. Nell'ordinamento italiano alla Consulta è spettato il ruolo di colmare i vuoti normativi e le omissioni del legislatore, traducendo di fatto i principi europei in valori costituzionali. Sarebbe impossibile districarsi nella fittissima rete di pronunce della giurisprudenza amministrativa, o tantomeno di quella europea, in materia ambientale. In questa sede ci si limiterà pertanto all'individuazione di quelle pronunce della Corte Costituzionale indispensabili per la ricostruzione di una teoria giuridica dell'ambiente. Esse vertono prevalentemente sul riparto delle competenze tra centro e periferia. Il Giudice delle leggi

²⁶ Sul punto: «al livello costituzionale, il valore primario e assoluto dell'ambiente è sconosciuto alla Costituzione in senso formale ed è stato affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale attraverso un percorso di costruzione di questa categoria di cui è innegabile il carattere pretorio, come pure pretorio è stato il processo con cui la Corte costituzionale ha trasformato in principi costituzionali modelli di azione ambientale derivati dal diritto comunitario e caratterizzati da una elevata elasticità. [...] Il ruolo così assunto dalla Corte costituzionale nella costruzione della scala dei valori costituzionali evoca importanti suggestioni di carattere non solo dogmatico: i valori costituzionali sono tiranni e ancora più tirannico è colui che ha la forza di stabilire il corretto bilanciamento fra di essi» cit. G.L. CONTI, *La tutela dell'ambiente: prospettive di diritto pubblico della transizione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, n. 3, 117.

sembrerebbe impegnato più sull'annosa questione relativa alla distribuzione dei poteri piuttosto che sul contenuto degli stessi²⁷.

Per un'elaborazione giurisprudenziale matura in materia ambientale bisognerà attendere la metà degli anni ottanta. Prima fra tutte la sent. n. 151/1986 secondo cui la tutela paesaggistica «si sostanzia in una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce della primarietà del valore estetico – culturale». Una primarietà che tuttavia «non legittima un primato assoluto in un'ipotetica scala gerarchica di valori, ma origina la necessità che debbano essere sempre presi in considerazione [...] nei processi decisionali, all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative». L'intuizione di tale pronuncia sta tuttavia nell'aver sottolineato «il carattere non più conservativo e statico, ma gestionale e dinamico». La connessione tra il diritto all'ambiente e il diritto alla salute è uno dei temi affrontati dalla sent. n. 210/1987. La tutela ambientale viene qui inquadrata come un «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività». La Corte elabora così un cd. diritto all'ambiente salubre²⁸. La sentenza insiste su una concezione unitaria del bene ambientale, includendo cioè tutte le risorse naturali e culturali. Pur facendo riferimento all'aspetto conservativo e alla razionale gestione delle risorse, il Giudice delle leggi rimane nel solco di una dimensione antropocentrica, valorizzando la relazione tra l'ambiente e la «persona umana in tutte le sue estrinsecazioni». Ne consegue secondo la Corte che qualsiasi attività, volontaria o colposa, che arrechi un danno ambientale ad animali, piante o risorse naturali in generale costituisce un'offesa al diritto vantato da ciascun cittadino individualmente e collettivamente. Con la sent. n. 210/1987 per la prima volta in Italia si fa riferimento alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica riguardo ai problemi dell'ambiente. Risale sempre agli anni ottanta una sentenza determinante come la sent. n. 641/1987. In questa pronuncia l'ambiente viene considerato un bene immateriale unitario sebbene ciascuna delle sue varie componenti possa costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura o di tutela. Anche la sent. n. 391/1989 analizza il delicatissimo equilibrio tra gli artt. 9 e 42 Cost. Ambo le norme costituzionali devono trovare una sintesi. La tutela del paesaggio deve necessariamente integrarsi con la funzione sociale della proprietà prevista dal secondo comma dell'art. 42. La giurisprudenza costituzionale opera in continuità rispetto alle pronunce immediatamente precedenti, definendo l'ambiente un elemento in grado di determinare la qualità della vita e che

²⁷ Come più attenta dottrina segnala: «il tipo di giudizi costituzionali di cui la Corte italiana viene investita nella materia della tutela dell'ambiente sono, in larghissima prevalenza, i giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale e i conflitti intersoggettivi; nel complesso, infatti, in questa materia, i giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale dai giudici comuni, a prescindere dal merito e dalla tipologia delle questioni sollevate, rappresentano una percentuale assai ridotta (circa 1 giudizio su 5). Da ciò discende una conseguenza di non scarso rilievo per il tema che si affronta, ossia che le questioni ambientali vengono portate all'attenzione del Giudice costituzionale quasi sempre in giudizi in cui si controverte del riparto di competenze tra gli enti territoriali della Repubblica, ovvero della distribuzione sul territorio dei poteri per come stabilita dalle norme costituzionali, anziché del contenuto dei poteri in concreto esercitati. In altri termini, le controversie che la Corte costituzionale è chiamata a risolvere in materia ambientale non richiedono quasi mai – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – un sindacato di merito sulla normativa tecnica o sul presupposto tecnico-scientifico dell'esercizio di un potere normativo (o amministrativo); le questioni tecniche ambientali, dunque, non sono quasi mai il cuore del *thema decidendum* dei giudizi costituzionali.» cit. M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2020, fasc. 14, 46-63.

²⁸ Diritto alla salubrità dell'ambiente eminentemente sancito anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la celebre sent. n. 5172/1979.

assurge a valore primario ed assoluto. La sua tutela non persegue «astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce».

Con la sent. n. 196/2004 la giurisprudenza costituzionale in tema di condono edilizio ha ribadito la primarietà dell'ambiente nel complesso sistema di bilanciamento tra diversi valori costituzionali. Rileva una pluralità di interessi pubblici che necessariamente devono trovare un punto di convergenza entro una cornice di equilibrio: dal paesaggio all'iniziativa economica privata, dalla salute alla funzione sociale della proprietà, dal diritto al lavoro e ad un'abitazione al rispetto della dignità umana. Appare dunque evidente che «la tutela di un fondamentale valore costituzionale sarà tanto più effettiva quanto più risulti garantito che tutti i soggetti istituzionali cui la Costituzione affida poteri legislativi ed amministrativi siano chiamati a contribuire al bilanciamento dei diversi valori in gioco». La sent. n. 183/2006, sottolinea come la giurisprudenza costituzionale consideri l'ambiente un valore costituzionalmente protetto più che una materia in senso tecnico, in quanto «esso s'intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze, di modo che la sua protezione non elimina la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle a carattere unitario definite dallo Stato». Secondo la sent. n. 367/2007 invece il concetto di paesaggio sta ad indicare «la morfologia del territorio» cioè «l'ambiente nel suo aspetto visivo». Sarebbe questo il motivo per cui, secondo la giurisprudenza, l'art. 9 Cost. sancisca il principio fondamentale della tutela del paesaggio senza tuttavia prevedere altre forme di specificazione. La sent. n. 378/2007, fa riferimento all'ambiente come sia come bene immateriale sia come «bene della vita, materiale e complesso». La stessa sentenza, richiamando la Dichiarazione di Stoccolma del 1972, tende a guardare l'ambiente come sistema, «considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto». Richiamando l'art. 117, comma secondo, lettera s), della Costituzione, la sent. n. 378/2007 precisa che «spetta allo Stato disciplinare l'ambiente come una entità organica» dettando cioè le «norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto». Emerge pertanto un chiaro rimando alle pronunce n. 151 del 1986 e n. 210 del 1987 che considerano l'ambiente come un interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto. La sentenza precisa tuttavia che affianco del bene giuridico ambiente in senso unitario possano coesistere «altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati». L'ambiente viene qui definito come materia trasversale, in quanto su di essa insistono interessi diversi, ovvero «quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni».

Il caso Ilva costituisce certamente la vicenda ambientale di maggior rilievo nella storia recente e non solo. Dirimente in tal senso la sent. n. 85 del 2013. Qui la Corte costituzionale indica la necessità di un bilanciamento tra il diritto all'ambiente salubre ed altri valori costituzionalmente rilevanti, come il diritto al lavoro *ex art. 4 Cost* e la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Quest'ultima libertà non può esercitarsi in “modalità tali da recare danno alla sicurezza ed alla dignità umana” compromettendo cioè “la tutela del diritto fondamentale alla salute e all'ambiente salubre”. Pur ribadendo “l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni

sforzo in tal senso” la Corte sancisce, ancora una volta, la primarietà del diritto ad un ambiente salubre ex artt. 9 e 32 Cost. Viene pertanto respinto l’assunto del giudice rimettente «secondo cui l’aggettivo fondamentale, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona». La definizione giurisprudenziale dell’ambiente e della salute come valori primari non implica tuttavia una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. Come ricorda la Corte: «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi». La primarietà dei valori costituzionali di ambiente e salute sta a significare che «gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto». Il punto di equilibrio, precisa la Corte, «deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Nella sent. n. 126/2016 in materia di danno ambientale, la Corte costituzionale ha ricostruito l’accidentato percorso dell’ambiente come valore costituzionale proprio. Tale pronuncia precisa che nonostante il testo originario della Costituzione non contenesse espliciti riferimenti all’ambiente o disposizioni finalizzate a proteggere l’ecosistema, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto con numerose sentenze la «preminente rilevanza accordata nella Costituzione alla salvaguardia della salute dell’uomo (art. 32 Cost.) e alla protezione dell’ambiente in cui questi vive (art. 9, c. 2, Cost.), quali valori costituzionali primari». L’ipotesi che – asserisce il Giudice delle leggi – «l’ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l’ordinamento prende in considerazione». La disciplina unitaria del bene ambiente è rimessa in via esclusiva allo Stato che pertanto, investendo l’ambiente nel suo complesso ed in ogni sua parte, funge da limite alle Regioni e alle Province autonome, che in questo modo non possono derogare o peggiorare i livelli di tutela previsti dallo Stato.

6. *Considerazioni conclusive*

La protezione dell’ambiente oggi non può ridursi all’esercizio di un mero controllo sui comportamenti attivi dell’uomo. L’ordinamento costituzionale deve esperire ogni strumento possibile per tutelare l’ambiente come bene giuridico, sia rispetto a comportamenti attivi di *facere* sia passivi di *non facere*. A quest’ultima categoria si ascrivono le omissioni o la mancata adozione di misure idonee alla salvaguardia del patrimonio ambientale costituzionalmente protetto. Ne consegue che la tutela dell’ambiente non può circoscriversi a meri interventi conservativi, ma

deve iniziare con la pianificazione del territorio²⁹. Pianificazione resa ancor più urgente dalla complessiva fragilità del territorio italiano, esposto ad un continuo dissesto idrogeologico.

Tutta la Costituzione è intrinsecamente permeata di valori ambientali, qualsiasi procedura di revisione che abbia ad oggetto l'art.9 Cost. pare dunque irrealizzabile. Da esso infatti discende implicitamente la rilevanza costituzionale dell'ambiente nel nostro ordinamento. Nonostante ciò numerose (e autorevoli) sono le voci che auspicano un riconoscimento testuale. Appare tuttavia più prudente, e forse anche più concreto, ricavare una tutela costituzionale dell'ambiente alla luce di un'interpretazione estensiva dell'art. 9. L'apparente indeterminatezza della norma apre spiragli del tutto inediti. Qualsiasi scelta o valutazione in materia ambientale non può non risentire di interferenze di matrice culturale, filosofica o confessionale. Serve invece un approccio laico che guardi alle risultanze scientifiche e rifugga dalle tentazioni di una legislazione emozionale. Alle battaglie ideologiche deve sostituirsi la concretezza della norma alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Il costituzionalismo è per sua natura un limite all'uso e all'abuso di qualsiasi risorsa pubblica. In tal senso, l'art.9 non costituisce una forma di tutela flessibile o evanescente, basta capirne fino in fondo ambiti e confini. La Costituzione o pone dei limiti, o non è.

Se l'ambiente in passato rilevava per un intrinseco valore estetico o culturale, oggi a prevalere è l'aspetto ecologico. Si tratta dunque di un concetto composito in cui si scontrano due visioni antitetiche: l'antropocentrismo e l'ecocentrismo. Il superamento del primo nasce dall'evidente incapacità di cogliere il rapporto osmotico tra l'uomo e l'ambiente. Può parlarsi di un diritto delle generazioni future? Una mera condizione di aspettativa può assumere la forma di diritto? E qualora esistesse davvero, chi sarebbero i titolari? Possono ritenersi indistintamente tali i minori di anni diciotto, i concepiti o addirittura i non nati? I diritti invero si incarnano nella contemporaneità sociale: non possono sussistere dunque senza l'esatta individuazione dei titolari. Il rischio più evidente sarebbe quello di incorrere in una certa deresponsabilizzazione dei contemporanei: prima di essere un diritto dei posteri è un dovere dei contemporanei. Se non si tratta di un'aspettativa giuridicamente vincolante, impone almeno un senso di responsabilità che non si circoscriva ad interventi bandiera privi di risvolti pratici. Si può con ragione sostenere, senza retorica alcuna, che non esiste giustizia ambientale senza giustizia sociale³⁰. In questo senso l'ambiente è giuridicamente comprensibile solo se viene garantita la più assoluta accessibilità allo stesso. Il principio di uguaglianza diventa così la *conditio sine qua non* per la concretizzazione di una tutela fondata sul combinato disposto degli artt. 3 e 9 della Costituzione. L'ambiente si configura

²⁹ «I tempi di evoluzione e resilienza dei sistemi naturali, infatti, non tengono il passo con la rapidità dell'evoluzione tecnologica e delle sue capacità di consumo dei beni ambientali» cit. S. GRASSI, *op. cit.*, 6.

³⁰ Concetto ribadito da Fabrizio Barca, promotore del Forum Disuguaglianze e Diversità, nelle proposte per il Green New Deal v. G. RIVA, *Fabrizio Barca: «Non ci può essere ecologia senza giustizia sociale»*, in *L'Espresso*, 16 ottobre 2019.

pertanto come il luogo deputato alla realizzazione della dignità umana: più elevato è il livello di protezione, migliore è la qualità della vita³¹.

Ambiente non è sinonimo di natura o tantomeno di campagna. Lo stesso vale per il concetto assai più ampio di paesaggio che, come ricorda lo stesso Predieri, risulta essere omnicomprensivo sia di quello agricolo sia di quello urbano³². Si tratta di una fattispecie multidimensionale e multilivello, frutto di un complesso equilibrio fra più fattori. L'ambiente non va inteso come una realtà bucolica o idealizzata, ma come una porzione di territorio in cui l'uomo si inserisce in piena armonia con la natura. L'azione umana forma e trasforma il paesaggio giuridico. In tal senso è impossibile scindere l'ambiente dalla comunità che su di esso agisce³³. Soltanto nel rispetto di questo equilibrio è possibile stabilire un rapporto nuovo, distante tanto dall'antropocentrismo quanto da un ambientalismo irenico. Quando i diritti delle generazioni future cederanno il passo ai doveri delle generazioni presenti si potrà realizzare una piena maturità costituzionale in materia ambientale. Soltanto così un bene pubblico potrà sublimarsi in bene comune.

ABSTRACT

Il contributo intende analizzare i profili giuridici e costituzionali dell'ambiente, anche alla luce dei disegni di legge presentati nel corso della XVIII Legislatura. Il costituzionalismo ambientale nasce dall'esigenza di comprendere il rapporto osmotico tra comunità e territorio, ed i relativi limiti all'uso di quest'ultimo. L'evoluzione legislativa ambientale viene così definita in relazione al concetto giuridico di paesaggio come previsto dall'art. 9 della Costituzione. L'ipercinetismo europeo in materia di ambiente e la giurisprudenza costituzionale più recente hanno di fatto anticipato le scelte del Legislatore, condizionando altresì la fisionomia stessa delle strutture ministeriali competenti. L'attualità della vicenda in esame trova conferma nell'intenzione di introdurre in forma esplicita la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile nel testo costituzionale, malgrado la possibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 9 Cost. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza individua, non a caso, nella *transizione verde* una delle sei aree di intervento. Sarebbe più opportuno parlare di un diritto delle generazioni future o di un dovere delle generazioni presenti? La prospettiva ecocentrica trova risposte differenti in relazione alle diverse esperienze costituzionali. Il concetto di ambiente è giuridicamente comprensibile solo se viene garantita la più assoluta accessibilità del bene comune. Non esiste pertanto giustizia ambientale senza giustizia sociale. Il principio di uguaglianza diventa così il presupposto affinché l'ambiente si possa configurare come il luogo deputato alla realizzazione della dignità umana: più elevato è il livello di protezione, migliore è la qualità della vita.

³¹ Come opportunamente ribadito da Laura Ronchetti nella sua relazione al Corso di Alta formazione in Diritto costituzionale diretto da Massimo Cavino (Novara, 09 settembre 2020): «esiste una stretta relazione tra la pari dignità sociale e l'uguaglianza sostanziale con l'inviolabilità dei diritti ecologici a causa delle diseguali conseguenze determinate dal degrado ambientale» cit. M. CECCHETTI-L. RONCHETTI-E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

³² Sul punto v. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'assemblea costituente*, Firenze, 1969, 382.

³³ Il paesaggio, scriverà Predieri, è «la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città o nella campagna» così A. PREDIERI, *op. cit. ult.*, 387.

ABSTRACT

The contribution intends to analyze the legal and constitutional profiles of the environment, also in the light of the bills presented during the 18th Legislature. Environmental constitutionalism arises from the need to understand the osmotic relationship between community and territory, and the relative limits to the use of this. The evolution of environmental legislation is thus defined in relation to the legal concept of landscape as required by art. 9 of the Constitution. European hyperkineticism in the field of the environment and the most recent constitutional jurisprudence have in fact anticipated the choices of the Legislator, also conditioning the very physiognomy of the competent ministerial structures. The relevance of the matter in question is confirmed by the intention to explicitly introduce environmental protection and sustainable development in the constitutional text, despite the possibility of an extensive interpretation of art. 9 Cost. Recovery Plan identifies, not surprisingly, in the green transition one of the six areas of intervention. Would it be more appropriate to speak of a right of future generations or a duty of present generations? The ecocentric perspective finds different answers in relation to the different constitutional experiences. The concept of environment is legally understandable only if the most absolute accessibility of the common good is guaranteed. Therefore, there is no environmental justice without social justice. The principle of equality thus becomes the prerequisite for the environment to be configured as the place dedicated to the realization of human dignity: the higher the level of protection, the better the quality of life.

PAROLE CHIAVE: ambiente, paesaggio, sviluppo sostenibile, ecocentrismo, PNRR

KEYWORDS: environment, landscape, sustainable development, ecocentrism, PNRR



Giulia Sulpizi *

L'Arma dei Carabinieri, "guardia" dell'articolo 9 della Costituzione italiana. Nuove prospettive in tema di tutela del paesaggio.**

SOMMARIO: 1- Il Corpo Forestale dello Stato: dalle origini alla fusione con l'Arma dei Carabinieri – 2- L'art. 9 della Costituzione repubblicana e la normativa europea ed internazionale: il paesaggio come valore dell'ordinamento italiano contemporaneo – 3- Le attribuzioni dell'Arma in tema di tutela del paesaggio – 3.1-Le resistenze al cambiamento: le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano – 4- L'ambiente come materia trasversale: le competenze dello Stato e delle Regioni a statuto ordinario – 5- Proposte legislative: un ritorno al passato?

1. *Il Corpo Forestale dello Stato: dalle origini alla fusione con l'Arma dei Carabinieri*

La tutela dell'ambiente e del paesaggio, tramite un'azione di vigilanza e di controllo sul territorio, costituisce uno dei compiti e degli obiettivi fondamentali che l'ordinamento italiano si è da sempre posto¹.

* Dottoressa in Giurisprudenza e Cultrice della materia di ELP- *Global English for Legal Studies* presso l'Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

**Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ L'inserimento di questa norma nei primi dodici articoli della Costituzione italiana risulta particolarmente significativo, poiché evidenzia un mutamento complessivo nella visione della struttura dello Stato e dei rapporti tra società ed istituzioni, oltre che una diversa concezione delle funzioni e dei contenuti dell'ordinamento giuridico. La centralità dell'art. 9 emerge dallo stesso dibattito presente nell'Assemblea costituente. Ci si riferisce, in particolare, alla polemica intercorsa nella seduta del 23 aprile 1947 tra Vittorio Emanuele Orlando e Costantino Mortati. In questa sede Orlando propose di sopprimere l'articolo 29, che, nel Progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei 75, regolava la materia dei Beni culturali. Chiese, invece, di inserirlo, insieme a tutti gli altri articoli del Titolo II, in un *Preambolo*, definendolo come privo di un effettivo contenuto normativo ed incidente su una materia regolata in senso unitario dalla legge ordinaria. Mortati, al contrario, sostenne che le norme del Titolo II, anche quelle apparentemente solo definitorie, avessero in realtà un contenuto giuridico sostanziale e sottolineò, a proposito della necessità di riservare le materie in oggetto alla legge ordinaria, come solo la valutazione effettuata in sede politica fosse legittimata ad attribuire contenuto legislativo o costituzionale ad una norma. Diversi furono gli altri contrasti che caratterizzano tale articolo, ma la questione fu, infine, risolta grazie alla proposta di Emilio Lussu di sostituire

Per tale ragione è stato istituito, nel secondo dopoguerra², il Corpo Forestale dello Stato, preposto a custodire i valori espressi nell'art. 9 della nostra Carta costituzionale³. Questa è solo una delle molteplici funzioni allora assegnate al C.F.S. e ora svolte dai Carabinieri Forestali⁴.

Trattandosi, dunque, di un apparato facente capo al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, si può ben comprendere che – nelle intenzioni del legislatore del tempo – la competenza per la tutela dell'ambiente fosse da assegnare primariamente allo Stato, anche se, sulla base del disposto del vecchio art. 117 Cost.⁵, già erano state individuate delle materie su cui gli enti territoriali sarebbero potuti intervenire. In tale contesto si deve, quindi, tenere conto dell'importanza assunta dalle Regioni, che hanno, fin da subito, rivendicato la materia ambientale e paesistica come propria⁶. Non a caso, in seguito a numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali⁷, il nostro sistema giuridico è stato testimone di un progressivo assottigliamento delle attribuzioni del C.F.S.

alla parola Stato la parola Repubblica per lasciare “impregiudicata la questione dell'autonomia regionale”. Particolarmente felice fu l'individuazione degli oggetti della tutela, soprattutto con riferimento all'introduzione del concetto unitario di “paesaggio”, in luogo della doppia dizione “monumenti naturali” e “monumenti artistici e storici”. Questa è la testimonianza di quanto avvenuto in sede di Assemblea costituente, come ricostruito da A. RAGUSA, *Costituzione e cultura Il dibattito in tema di Beni culturali nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *Storia e Futuro*, 06 agosto 2014, 2 ss.

² Trae le sue origini dall'Amministrazione forestale per la custodia e la tutela dei boschi del Regno di Sardegna. Successivamente le funzioni sopra richiamate sono state attribuite, con la legge Luzzatti del 1910, all'Amministrazione forestale. È, però, con la legge forestale del 1923 che si è giunti a strutturare in modo organico il Corpo reale delle foreste, costituito da personale tecnico, d'ordine e di custodia. Nel 1928 è stata, poi, istituita la Milizia nazionale forestale, ad ordinamento di carattere militare²: così, N. GIORDANO, C. SANCHIOLI, *La Milizia Nazionale Forestale*, Messina, EDAS, 2005, 32-52. In seguito alla seconda guerra mondiale, si ebbe la soppressione della Milizia tramite il d.lgs. n. 804/1948. Da qui nasce il Corpo Forestale dello Stato, che, in tale momento storico, non risulta inserito nell'ordinamento militare, essendo dipendente dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Così testimonia G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, Roma, Aracne Editrice, 2012, 111 ss.

³ In seguito a tale riordino, al Corpo sono assegnati diversi compiti, di natura tecnica, amministrativa e di polizia, molti dei quali attengono alla tutela boschiva ed idrica del territorio: G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 112-113.

⁴ Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano, tra gli altri, i compiti istituzionali dei Forestali, che ricadono in un più ampio contesto di difesa dell'ambiente e del territorio, della salute umana, di tutela degli animali, della flora e di controllo sulle produzioni agro-alimentari, di conservazione della biodiversità e delle aree protette terrestri e marine, nonché di protezione civile e di contrasto all'eco-crimine. Così si testimonia sul sito dell'Arma, in <http://www.carabinieri.it/arma/oggi/organizzazione/organizzazione-per-la-tutela-forestale-ambientale-e-agroalimentare>.

⁵ Tra le materie di competenza regionale si annoverano, tra le altre, l'“urbanistica”, le “acque minerali e termali”, la “pesca nelle acque interne”, e l'“agricoltura” e le “foreste”: tutti ambiti riconnessi, anche se indirettamente, alla tutela dell'ambiente e del paesaggio.

⁶ G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 113. Nello specifico, si rinvia alla trattazione, contenuta nel presente contributo, in merito alle c.d. materie trasversali e al – difficile – riparto di competenze, in tema di tutela paesistica, tra Stato e Regioni.

⁷ Ci si riferisce – in un breve accenno – ai D.P.R. n. 11/1972 e n. 616/1977, oltre che ad alcune pronunce della Corte costituzionale. Con la sentenza n. 142/1972 il Giudice delle leggi ha rilevato, in merito ad alcune riserve a favore dello Stato indicate nel D.P.R. n. 11/1972, come “l'affidamento allo Stato dello stato giuridico degli appartenenti al Corpo forestale trova fondamento nella natura delle funzioni ad esso assegnate che comprendono la polizia forestale, cioè una attività che sfugge alle Regioni (...) ed altresì un'altra serie di compiti pure essi di esclusiva o prevalente competenza statale (...)”. È, poi, con la sentenza n. 772/1988 che la stessa Corte è arrivata a sottolineare l'importanza di mettere in atto efficaci strumenti di cooperazione tra le singole Regioni ed il Ministero dell'agricoltura e foreste.

È con la l. n. 121/1981 che si è assistito, al contrario, ad un rafforzamento dell'azione di polizia ambientale, laddove il suddetto Corpo è stato inserito tra le cinque forze di polizia dello Stato⁸.

Adottando un approccio di realismo giuridico⁹, non si può fare a meno di rilevare la complessità della struttura amministrativa dell'ordinamento italiano, anche nel campo della pubblica sicurezza¹⁰. Da qui è nata l'esigenza di ripensare all'attività di coordinamento dell'azione delle diverse forze di polizia, allo scopo di evitare duplicazioni e diseconomie, salvaguardando, così, la specializzazione dei singoli Corpi¹¹.

Si è tentato, dunque, di garantire una migliore e maggiormente efficiente organizzazione, anche alla luce della riforma del Titolo V della nostra legge fondamentale, che ha introdotto il concetto di ambiente nel testo costituzionale¹². Dapprima tale obiettivo era stato delineato nella l. n. 36/2004, avente ad oggetto una riorganizzazione complessiva della Forestale, la quale risulta, in questo testo, qualificata come “forza di polizia dello Stato ad ordinamento civile, specializzata nella difesa del patrimonio agroforestale italiano e nella tutela dell'ambiente, del paesaggio e dell'ecosistema, nel controllo del territorio, con particolare riferimento alle aree rurali e montane”¹³. È, poi, specificatamente l'art. 4 della succitata normativa che prevede la possibilità di stipulare con le Regioni delle specifiche convenzioni per l'affidamento al C.F.S. di compiti e funzioni propri delle Regioni stesse, sulla base di un accordo quadro approvato dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano¹⁴.

⁸ In particolare, è l'art. 16 della l. n. 121/1981 che individua “quali siano le componenti delle Forze di polizia legittimate allo svolgimento delle specifiche funzioni a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, sotto il diretto controllo governativo”, come testimonia E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, Trento, Giunta della Provincia autonoma di Trento, 2008, 16. È stato, poi, con l'approvazione del nuovo Codice di procedura penale che è stato conferito al personale della Forestale, a seconda del ruolo, le qualifiche di ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. Precedentemente la giurisprudenza riteneva che ufficiali, sottoufficiali ed agenti del C.F.S. avessero una competenza di polizia giudiziaria limitata al solo ambito specifico di polizia forestale. Così, G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 115.

⁹ Sull'importanza di prestare attenzione alle vicende concrete e fattuali del nostro ordinamento, vicende che devono, quindi, porsi al centro dello sguardo del giurista contemporaneo, si veda quanto autorevolmente espresso da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 14. Quando, infatti, egli tratta delle differenze esistenti tra le Costituzioni e le Carte ottocentesche e quelle del secondo dopoguerra si esprime in tal modo: “Il soggetto unitario dello stato di natura, soggetto a-storico e a-sociale, soggetto virtuale, viene sostituito da una entità umana dal carattere squisitamente relazionale; non una realtà insulare come l'individuo auto-referenziale disegnato nelle ‘carte’, bensì soggetto inserito in un contesto culturale, sociale, economico, e pertanto fornito di una vivace carnalità storica. Ed è pensato in stretto rapporto con l'altro, con gli altri, all'interno di strutture comunitarie che integrano e arricchiscono la sua individualità”.

¹⁰ G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 116.

¹¹ “(...) la necessità è emersa dai lavori parlamentari che hanno portato alla L. n. 121/81, che hanno fatto emergere «la piena consapevolezza, da cui scaturisce lo stesso successo dell'idea di coordinamento, dell'essenzialità democratica di questo pluralismo delle Forze di polizia»”: in tal senso si orienta C. MOSCA, *Il coordinamento delle Forze di polizia teoria generale*, Padova, Cedam, 2005, 138.

¹² Il riferimento esplicito all'ambiente è stato introdotto dalla l. cost. n. 3/2001, in relazione al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni (artt. 117, comma 2, lett. s) e 177, comma 3). Fino ad allora la protezione di questo bene era ancorata agli artt. 9 e 32 Cost. “Successivamente al 2001, la Corte costituzionale ha interpretato le nuove norme in continuità con la propria giurisprudenza, facendo leva sul carattere dell'ambiente come valore, tale da orientare trasversalmente l'attività legislativa dei diversi enti territoriali”: così testimonia, A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 16.

¹³ G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 116.

¹⁴ E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, cit., 49. Ai fini, inoltre, di assicurare l'azione congiunta del Corpo e dei servizi tecnici forestali regionali è stato istituito un apposito Comitato di coordinamento con il compito di garantire la tutela

Rileva, qui, precisare che tra le competenze legislative esclusive delle Regioni a statuto speciale rientra esplicitamente o implicitamente, anche la materia del “corpo forestale”¹⁵. Ogni realtà autonoma ha, dunque, istituito il proprio corpo¹⁶, definendone l’assetto istituzionale, organizzativo e funzionale e assegnandovi sia mansioni tecniche che di polizia¹⁷.

Un’importante innovazione è, successivamente, intervenuta con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 177/2016¹⁸. In questo testo, all’art. 2, in tema di “Comparti di specialità delle Forze di polizia”, si affida all’Arma dei Carabinieri il compito di tutelare la “sicurezza in materia forestale, ambientale e agroalimentare”, arrivando, così, alla fusione del Corpo Forestale dello Stato principalmente con l’Arma¹⁹.

Nell’ambito di una più generale riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni si deve evidenziare come la Benemerita²⁰ sia stata ritenuta, tra tutte le Forze di polizia, la più idonea ad unirsi con il C.F.S., dal momento che essa ha già sviluppato, nel proprio ambito, specifiche competenze nei settori ambientale e agroalimentare ed essa risulta, altresì, strutturata in modo capillare sul territorio, vicina alle esigenze dei cittadini e presente anche nei Comuni di minori dimensioni²¹. Nell’ordinamento vigente, quindi, “l’organizzazione territoriale del Corpo forestale dello Stato, nonché le restanti componenti centrali e periferiche del medesimo Corpo

dell’ambiente e dell’ecosistema. In particolare, i servizi tecnici forestali regionali sono apparati regionali, cui si accenna all’art. 3, 7° co. della l. n. 36/2004, laddove si afferma che “La Scuola del Corpo forestale dello Stato provvede alla formazione, all’addestramento, all’aggiornamento e alla specializzazione del personale del Corpo, nonché, a richiesta, di quello dipendente da altre pubbliche amministrazioni, ivi compreso quello dei servizi tecnici forestali regionali e di altri operatori dell’ambiente. Gli oneri relativi alla formazione da espletare nei confronti degli operatori dell’ambiente non appartenenti alla pubblica amministrazione sono a carico degli operatori medesimi”. Così, E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, cit., 49-50, oltre che G. CORRADO, *Principi di diritto forestale, ambientale, montano*, cit., 117. In attuazione di tale disposizione, inoltre, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome ha adottato, in data 15 dicembre 2005, un provvedimento con cui è stato approvato uno schema di Accordo-quadro nazionale avente ad oggetto la regolamentazione dei rapporti tra Stato ed enti territoriali e volta ad individuare le modalità, i criteri generali ed i principi direttivi della collaborazione tra questi soggetti. È, poi, con il Decreto del Ministro dell’Interno del 28 aprile 2006 che sono state fissate le direttive per il riassetto dei comparti di specialità delle forze di polizia, con la finalità di creare delle strutture che, essendo dotate di particolari competenze tecniche, possano vedersi affidare specifiche funzioni. Ciò si traduce nell’attribuzione di un ambito di intervento rimesso alla competenza esclusiva o prevalente di una Forza di polizia, in modo che questa sola abbia la possibilità di creare strutture deputate all’esercizio di quella funzione. Così, E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, cit., 53.

¹⁵ E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, cit., 58.

¹⁶ L’istituzione di questi corpi forestali è avvenuta in Valle d’Aosta nel 1968, in Friuli Venezia Giulia nel 1969, in Sicilia nel 1972, nella Provincia autonoma di Bolzano nel 1973, in Sardegna nel 1985 e nella Provincia autonoma di Trento nel 1997.

¹⁷ E. BROTTTO, *Le organizzazioni forestali nello Stato*, cit., 58.

¹⁸ “Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell’articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”.

¹⁹ In termini di “assorbimento” si tratta in *Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato. Atto del Governo n. 306*, Dossier-XVII Legislatura, giugno 2016, 4. Si afferma che la fusione sia avvenuta “principalmente” nell’Arma poiché, sebbene a quest’ultima siano state assegnate le funzioni del C.F.S., vi sono delle importanti eccezioni, previste all’art. 7 dello schema di decreto legislativo, con riferimento all’attribuzione di alcune funzioni ai Vigili del fuoco, alla Guardia di Finanza, alla Polizia di Stato e al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali. Così si sottolinea in *Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato*, ivi, 27.

²⁰ “Termine che designa comunemente, per antonomasia, l’Arma dei Carabinieri. In merito all’origine di tale appellativo, sulla ipotesi della sua derivazione spontanea dalla riconoscenza popolare, prevale quella dell’aggettivazione usata per la prima volta nel 1864, riguardo ai Carabinieri, in sede parlamentare e poi diffusa nell’uso corrente”: così si testimonia su <http://www.carabinieri.it/arma/curiosita/non-tutti-sanno-che/b/benemerita>.

²¹ *Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato*, cit., 4.

confluiscono nelle strutture organizzative dell'Arma dei carabinieri per lo svolgimento dell'attività dirette alla tutela dell'ambiente, del territorio e delle acque, alla sicurezza e ai controlli nel settore agroalimentare”²².

Si è giunti, così, a delineare un ruolo specifico per i Carabinieri Forestali, distinto da quello c.d. ordinario, proprio al fine di evidenziare la professionalità specifica di cui questi soggetti sono dotati²³. In questo senso, infatti, gli uomini e le donne che dapprima erano ricompresi nei ranghi della Forestale sono transitati nei Carabinieri, mantenendo, però, una distinta struttura gerarchica, funzionale ed operativa²⁴.

Si badi, però, che tale complessivo riordino non ha interessato – e non interessa tutt'ora – i sei corpi forestali delle Regioni e delle Province autonome, che sono rimasti, quindi, intatti ed inalterati²⁵.

2. L'art. 9 della Costituzione repubblicana e la normativa europea ed internazionale: il paesaggio come valore dell'ordinamento italiano contemporaneo

Come si è avuto modo di accennare, la tutela del paesaggio costituisce uno dei principi di maggiore rilievo dell'ordinamento costituzionale italiano. Esso risulta, infatti, enunciato all'art. 9, in particolare al secondo comma, della nostra legge fondamentale²⁶.

La lettura di questa disposizione conduce, innanzitutto, a sottolineare la relazione tra lo “sviluppo della cultura” – definito nel 1° comma del succitato articolo – e la nozione di patrimonio storico ed artistico – di cui al 2° comma –²⁷. Il tema è stato a lungo dibattuto e ha

²² Così l'art. 8, 1° co., lett. e), d.lgs. n. 177/2016.

²³ “Il Comando unità forestali, ambientali e agroalimentari dipende gerarchicamente dal Comandante Generale dell'Arma dei Carabinieri e funzionalmente dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali per le materie afferenti alla sicurezza e tutela agroalimentare e forestale. Del Comando, inoltre, si avvale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, del mare e del turismo limitatamente allo svolgimento delle specifiche funzioni espressamente riconducibili alle attribuzioni dello stesso Ministero”. Dal Comando unità forestali, ambientali e agroalimentari dipendono: il Comando Carabinieri per la Tutela Forestale; il Comando Carabinieri per la Tutela della Biodiversità e dei Parchi; il Comando Carabinieri per la Tutela Ambientale; il Comando Carabinieri per la Tutela Agroalimentare. <http://www.carabinieri.it/arma/oggi/organizzazione/organizzazione-per-la-tutela-forestale-ambientale-e-agroalimentare>.

Tale configurazione ha incontrato non poche resistenze. Innanzitutto, da parte di chi criticava questa “militarizzazione di ritorno” del C.F.S., con il conseguente venir meno delle organizzazioni sindacali che tutelavano i Forestali. In secondo luogo, si sosteneva che si sarebbe verificata una diluizione delle professionalità acquisite. Così, <http://unforced.it/notizie/71-la-corte-europea-boccia-l-italia-sulla-riforma-madia-ora-si-punta-alla-polizia-ambientale>, oltre che L. FRANCO, *Avvocatura dello Stato boccia il trasferimento dei forestali nei Carabinieri voluto da Renzi: 'Viola Convenzione europea diritti dell'uomo'*, in *Il Fatto Quotidiano*, 30 dicembre 2020, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/12/30/avvocatura-dello-stato-boccia-il-trasferimento-dei-forestali-nellarma-dei-carabinieri-voluto-da-renzi-viola-diritto-associazione-sindacale/6050883/>. Al contrario, in questo lavoro si argomenta, come si vedrà in seguito, a proposito della bontà di tale fusione e dei numerosi benefici che ne sono derivati. Tra questi, basti segnalare l'implementazione di sinergie già esistenti tra C.F.S. e Arma dei Carabinieri, oltre che tra Arma e civili.

²⁴ Così, http://www.carabinieri.it/arma/oggi/organizzazione/organizzazione-per-la-tutela-forestale-ambientale-e-agroalimentare_old/cufaa_old/comando-carabinieri-per-la-tutela-forestale.

²⁵ *Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato*, cit., 5.

²⁶ All'art. 9 Cost. si afferma: “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.

²⁷ F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani. Cenni sulla tutela paesistica*, in *Diritto all'ambiente*, giugno 2006, 8.

dato origine a due diverse interpretazioni, una restrittiva e una estensiva²⁸. Con la prima, che può essere definita come “statica o storico-riduttiva”²⁹, la nozione di paesaggio è stata identificata come quella di “bellezze naturali”, di cui alle leggi nn. 778/1922 e 1497/1939³⁰. Con la seconda, che può essere definita “dinamica” o “integrale”³¹, il concetto di “paesaggio” è stato legato al significato che esso assume nel linguaggio comune³², “da riferirsi indistintamente alla forma (o aspetto o immagine) dell’intero territorio nazionale, così come plasmata e risultante dall’interazione tra uomo e ambiente e composta anche dagli effetti dell’antropizzazione, cioè dalle dinamiche delle forze naturali e (...) delle forze dell’uomo”³³.

Nel dibattito odierno – e nella presente trattazione – prevale la seconda impostazione, che assegna alla nozione contenuta nell’art. 9 Cost. un significato nuovo, di “forma dell’intero Paese”³⁴. La tutela di tale bene di rilievo costituzionale comprende, quindi, non solo il dato naturale³⁵, ma anche quello derivante dall’interazione uomo-natura³⁶. Sotto entrambi questi profili emerge una dimensione culturale, che inserisce, dunque, a pieno titolo il paesaggio tra gli elementi garantiti dal disposto dell’art. 9 Cost.³⁷.

L’importanza che tale principio assume nel nostro ordinamento è, altresì, testimoniato dal lungo ed annoso problema dell’individuazione dei confini di azione tra lo Stato e le Regioni: entrambi questi soggetti istituzionali, infatti, sono chiamati ad adempiere al disposto dell’art. 9, 2° co., Cost.³⁸. Non è un caso che sia stata proprio la Consulta ad individuare nella tutela paesistica una concreta configurazione del principio – necessario – di leale collaborazione³⁹.

²⁸ Si rinvia a M. IMMORDINO, voce *Paesaggio (tutela del)*, in *Digesto pubbl.*, X, 1999, 574; F. MERUSI, *Art. 9*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali* (art. 1-12), Bologna, Zanichelli, 1975. Per una ricostruzione storica del concetto, giuridico e non solo, di paesaggio, si rinvia a S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, Laterza, 2010; S. SETTIS, *Paesaggio, Costituzione cemento*, Torino, Einaudi, 2010, 66 ss.

²⁹ Ci si riferisce all’impostazione di A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 1967, 69 ss.

³⁰ Così testimonia G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *Federalismi*, aprile 2019, 3.

³¹ Questa è la lettura di A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’assemblea costituente*, vol. II, Firenze, Vallecchi, 1969, 381 ss.

³² G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 3.

³³ G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 3.

³⁴ Ci si riferisce alla nozione elaborata da Corte cost., sentt. nn. 367/2007 e 309/2011, oltre che Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2001.

³⁵ Così, G. FALCON, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto di competenze tra Stato e Regioni)*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 84 ss.

³⁶ G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 4.

³⁷ In questo senso si può parlare di una dimensione culturale ed identitaria. Così argomenta G. SEVERINI, *La tutela costituzionale del paesaggio*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (cur.), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, Einaudi, 2013, 33.

³⁸ Ciò è chiarito magistralmente in Corte cost., sent. n. 94/1985.

³⁹ In tal senso si esprime Corte cost., sent. n. 359/1985. Già, quindi, prima della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 si era posto il problema della difficile distinzione di competenze tra Stato e Regioni. La Corte si è trovata, non a caso, a sottolineare che “i problemi concernenti il rapporto tra competenze statali e competenze regionali che una siffatta tutela paesistica pone (...) non sono ignorati dalla nuova normativa, la quale (...) accoglie in proposito soluzioni correttamente atteggiate, nella direttrice della primarietà del valore estetico-culturale e della esigenza di una piena e pronta realizzazione di esso, secondo un modello ispirato al principio di leale collaborazione”. Si fa riferimento, in questa sede, alle espressioni contenute in Corte cost., sent. n. 151/1986. Si deve, in ogni caso, tenere conto del fatto che, a seconda della particolarità delle situazioni, vi sia, di volta in volta, un equilibrio diverso da perseguire, allo scopo di bilanciare i diversi interessi in gioco. In

È, poi, con il d.l. n. 657/1974 che si istituisce il Ministero per i beni culturali e l'ambiente, cui sono conferite le competenze in tema di tutela, valorizzazione e diffusione del patrimonio culturale del Paese⁴⁰.

Centrale risulta, però, l'introduzione della c.d. legge Galasso⁴¹, la quale arriva a rivedere radicalmente la materia paesistica. Tale intervento si coniuga perfettamente con le innovative disposizioni contenute nella l. n. 241/1990, che, in materia di procedimenti amministrativi, individua la creazione della Conferenza dei Servizi, chiamata ad operare anche per l'organizzazione di procedimenti nei campi della tutela dell'ambiente e dei beni culturali⁴².

Con il d.lgs. n. 368/1998 viene istituito il Ministero per i beni e le attività culturali, che si sostituisce al precedente Ministero per i beni culturali e ambientali, dal momento che tale nomenclatura aveva creato non pochi problemi di coordinamento con il Ministero per l'ambiente, sorto nel 1986⁴³.

Il legislatore è, poi, intervenuto con il d.lgs. n. 490/1999, un testo unico in materia di beni culturali ed ambientali, avente lo scopo di coordinare tutta la precedente legislazione nazionale e di recepire il contenuto delle Convenzioni internazionali e dei Regolamenti e delle Direttive dell'Unione europea sul punto⁴⁴. Tra queste, basti ricordare la Convenzione europea del paesaggio del 2000⁴⁵, che ha delineato nozioni come quelle di “sviluppo sostenibile” o di “uso consapevole del territorio”⁴⁶.

particolare, si argomenta che “qualunque sia l'equilibrio che il legislatore, nel suo discrezionale apprezzamento, intende stabilire fra le competenze dello Stato e quelle delle Regioni, resta fermo per esso il vincolo costituzionale in base al quale deve essere fatto salvo (...) il principio di una equilibrata concorrenza e cooperazione tra le une e le altre competenze in relazione ai momenti fondamentali della disciplina stabilita a protezione del paesaggio” (così, Corte cost., sent. n. 302/1988).

⁴⁰ F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 11.

⁴¹ La l. n. 431/1985.

⁴² F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 11-12.

⁴³ F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 13.

⁴⁴ F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 13-14.

⁴⁵ Essa è stata ratificata in Italia con l. n. 14/2006. L'importanza che la tutela paesistica assume nel nostro ordinamento è testimoniata, infatti, non solo dall'art. 9 Cost., ma anche dalle diverse disposizioni – di rango legislativo e non solo – che attengono a tale materia introdotte dal legislatore. Sulla forte rilevanza della tutela di tale bene giuridico e sugli – importanti – influssi del diritto internazionale e comunitario si guardi alla trattazione di G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 18 ss.

⁴⁶ Tali principi saranno, poi, espressi nei medesimi termini all'art. 131, comma 6, del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Questo testo – similmente a quanto avviene in Italia – elabora una concezione al contempo unitaria e plurale di paesaggio. La Convenzione, infatti, “riguarda non solo i paesaggi «eccezionali», ma anche a quelli «della vita quotidiana» e quelli «degradati» (art. 2). La Convenzione mira inoltre a potenziare modelli di pianificazione socialmente partecipata”: questa la spiegazione di A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio*, cit., 17, che riprende G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, il Mulino, 2007.

Solo con il d.lgs. n. 42/2004 si apre, infine, una nuova fase nella tutela dell'ambiente e del paesaggio. Tale normativa – che prende il nome di Codice dei beni culturali e del paesaggio⁴⁷ – definisce, tra l'altro, il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia ambientale.

Tale aspetto, infatti, costituiva, all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione e dell'emanazione della richiamata disciplina legislativa, una problematica di non facile risoluzione⁴⁸. Ciò influenza profondamente l'oggetto della presente trattazione: stabilire, infatti, se la tutela del paesaggio sia da assegnare allo Stato o agli enti territoriali costituisce la premessa indefettibile e necessaria per definire se attribuire tale compito ad istituzioni quali il Corpo Forestale dello Stato e l'Arma dei Carabinieri o a corpi ed apparati regionali⁴⁹.

3. Le attribuzioni dell'Arma in tema di tutela del paesaggio

Con il già citato d.lgs. n. 177/2016 è intervenuta la fusione del personale del Corpo Forestale dello Stato e delle relative funzioni con l'Arma dei Carabinieri⁵⁰. Quest'ultima, in seguito a tale riordino, si è vista assegnare nuovamente⁵¹, *ex multis*, il compito della “tutela del paesaggio e dell'ecosistema”⁵².

Queste innovazioni hanno destato, però, in un primo momento, diverse perplessità, soprattutto in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni. Tali resistenze sono state, infine, superate dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha sancito la legittimità di tale accorpamento, pronunciandosi con la sentenza 170 del 2019⁵³.

⁴⁷ Il Codice risulta diviso in cinque parti ed è composto da 184 articoli, abrogando il precedente testo unico del 1999. Lo scopo è quello di ottenere “il pieno recupero del paesaggio nell'ambito del ‘patrimonio culturale’, del quale oggi costituisce parte integrante alla pari degli altri beni culturali del nostro Paese”, “il fondamentale riconoscimento del carattere rigorosamente unitario della tutela dell'intero nostro patrimonio storico-artistico e paesaggistico”, “l'enucleazione (...) di un apposito demanio culturale nell'ambito del più ampio patrimonio pubblico” e “l'autentica svolta che porterà la pianificazione in materia urbanistica ad avere d'ora in avanti un carattere rigorosamente subordinato rispetto alla pianificazione in materia paesaggistica”: così, F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 14-16.

⁴⁸ F. Gargallo di Castel Lentini (a cura di), *Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani*, cit., 16.

⁴⁹ Per porre in essere tale verifica si renderà necessario guardare alla realtà e all'esperienza: tali elementi, infatti, non possono prescindere dal metodo d'indagine che il giurista contemporaneo deve adottare. In tal senso, si vedano i magistrali insegnamenti del Prof. Mario Bertolissi. La sua concezione del diritto guarda al *realismo* e all'*antiformalismo*. Da qui, l'importanza di queste dichiarazioni: “Vi è, al fondo, la convinzione che il diritto (...) costituisca espressione dei rapporti sociali di cui vuole essere la misura. Un diritto che, dunque, dovrebbe divenire uno specchio della realtà così come questa si affaccia spontaneamente tutti i giorni”. Ciò riporta U. VINCENTI, *A proposito di libertà giovani responsabilità*, in *Libertà Giovani responsabilità. Scritti in onore di Mario Bertolissi*, Napoli, Jovene, 2020, 26.

⁵⁰ Seppure con alcune eccezioni, come si è avuto modo di ricordare in precedenza.

⁵¹ La tutela ambientale era già stata assegnata dal legislatore sia all'Arma dei Carabinieri sia al Corpo Forestale dalla l. n. 389/1986, che ha istituito il Ministero dell'Ambiente. In particolare, così si sanciva all'art. 8 co. 4 della citata normativa: “Per la vigilanza, la prevenzione e la repressione delle violazioni compiute in danno dell'ambiente, il Ministro dell'ambiente si avvale del nucleo operativo ecologico dell'Arma dei carabinieri, che viene posto alla dipendenza funzionale del Ministro dell'ambiente, nonché del Corpo forestale dello Stato, con particolare riguardo alla tutela del patrimonio naturalistico nazionale, degli appositi reparti della Guardia di finanza e delle forze di polizia, previa intesa con i Ministri competenti, e delle capitanerie di porto, previa intesa con il Ministro della marina mercantile”.

⁵² Art. 7, 2° co., lett. u), d.lgs. n. 177/2016.

⁵³ Di questa pronuncia si tratterà più ampiamente in seguito.

Non è un caso, dunque, che sia stato lo stesso Comandante Generale Giovanni Nistri, nel corso dell'audizione parlamentare del 8 ottobre 2020, a definire come positivo il suo personale bilancio in seguito all'immissione degli *ex* forestali nell'Arma⁵⁴. Per questo, il Comandante Generale non ha fatto segreto delle sue perplessità in merito ai progetti di legge per ricostituire il Corpo della Forestale portati in Parlamento⁵⁵ ed ha, anzi, enfatizzato il successo di tale manovra di fusione⁵⁶.

Da qui si evince, dunque, come, guardando la realtà dei fatti⁵⁷, tali mutamenti non possano – ancora oggi – dirsi definitivi, soprattutto alla luce delle opposizioni formulate alla citata riforma.

3.1. *Le resistenze al cambiamento: le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano*

Non è un caso, infatti, che “nei territori delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano restano ferme tutte le attribuzioni spettanti ai rispettivi Corpi forestali regionali e provinciali”⁵⁸. Non stupisce, dunque, che la Conferenza Unificata, nell'esprimere un parere favorevole sul provvedimento in questione, abbia, altresì, auspicato la possibilità che il personale del Corpo Forestale dello Stato transiti non solo presso “altre Amministrazioni statali”, ma anche presso i corpi forestali delle regioni a statuto speciale e delle province autonome, previa intesa con il singolo ente interessato⁵⁹.

⁵⁴ Il Comandante Generale ha sostenuto che alle 4574 stazioni operanti sul territorio si sono aggiunte, infatti, 784 stazioni della *ex* Forestale e 148 dei Parchi, ma la “linea territoriale” e la “linea forestale”, cioè l'organizzazione dei reparti rispettivamente dell'Arma e della *ex* Guardie dei Parchi, non sono di facile integrazione. Così, S. LIMITI, “Mancano 10mila carabinieri e quelli che ci sono hanno un'età media alta”: l'audizione in Parlamento del comandante generale Nistri, in *Il Fatto quotidiano*, 16 ottobre 2020.

⁵⁵ In questa sede, il Comandante Generale accennava alle proposte di legge delle commissioni Affari costituzionali e Difesa presso le Camere. La prima è partita dagli onorevoli Silvia Benedetti (Gruppo Misto) e Luca De Carlo (Fratelli d'Italia), i quali chiedono la sostanziale ricostituzione del Corpo Forestale dello Stato. La seconda si riferisce a quanto sostenuto da Maurizio Cattoi (M5S), il quale ha proposto l'istituzione di un ufficio di Polizia forestale presso il Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, cui confluisca il personale dell'*ex* Corpo Forestale. Così testimonia S. LIMITI, “Mancano 10mila carabinieri e quelli che ci sono hanno un'età media alta”, cit. Sul tema si ritornerà in seguito nella presente trattazione.

⁵⁶ S. LIMITI, “Mancano 10mila carabinieri e quelli che ci sono hanno un'età media alta”, cit. Una simile opinione è stata espressa, recentemente, dal Comandante Generale Teo Luzi, anch'egli interpellato sul punto nel corso di un'audizione parlamentare: così su <https://webtv.camera.it/evento/17747>, 16 marzo 2021.

⁵⁷ Sul tema del realismo giuridico e della sua importanza si rinvia al pensiero di Mario Bertolissi, ad avviso del quale “Il diritto è altro dalla normetta e il metodo sistematico non può condurre che alla pietrificazione giuridica: il dato di realtà vs il sistema delle regole”. Bertolissi si riconosce, non a caso, nelle parole di Santi Romano: “Bisogna essere convinti e, in ogni caso, è necessario adoperarsi affinché il diritto e la costruzione di un popolo rappresentino sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura”. Così, U. VINCENTI, *A proposito di libertà giovani responsabilità*, cit., 26.

⁵⁸ Art. 1, 7° co., della legge delega.

⁵⁹ *Razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato*, cit., 5. La sopracitata riforma si inserisce nel novero di interventi delineati dalla legge Madia (legge delega n. 124/2015), la quale non ha ignorato la presenza nel territorio di corpi forestali delle Regioni e Province autonome. Li annovera all'art. 8, 7° co., in cui si sancisce che “Nei territori delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano restano ferme tutte le attribuzioni spettanti ai rispettivi Corpi forestali regionali e provinciali, anche con riferimento alle funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, secondo la disciplina vigente in materia e salve le diverse determinazioni organizzative, da assumere con norme di attuazione degli statuti speciali, che comunque garantiscano il coordinamento in sede nazionale delle funzioni di polizia di tutela dell'ambiente, del territorio e del mare, nonché la sicurezza e i controlli nel settore agroalimentare”. La legge delega è stata attuata con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 177/2016, come si è già avuto modo di sottolineare.

Restano, quindi, salve le competenze di questi enti territoriali, anche se il legislatore nazionale ha cercato di introdurre, in materia ambientale e paesistica, delle disposizioni comuni, volte a coordinare l'azione dello Stato e delle Regioni. Ci si riferisce, a tal proposito, al d.lgs. n. 34/2018, il “Testo unico in materia di foreste e filiere forestali”⁶⁰, il quale, stante il riparto di competenze sancito dalla Costituzione e in attuazione del principio di leale collaborazione, “reca le norme fondamentali volte a garantire l'indirizzo unitario e il coordinamento nazionale in materia di foreste e di filiere forestali, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale ed europeo”⁶¹.

Alla luce di tali prospettazioni, si può, quindi, comprendere come lo Stato abbia cercato di delineare una linea di programmazione comune, in modo da gestire in maniera più efficiente ed efficace l'operato dell'Arma dei Carabinieri e dei Corpi Forestali delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome.

Tale necessità risulta evidente se si guarda – in particolar modo – ai recenti provvedimenti della Regione Sardegna. Quest'ultima, già nel luglio 2016⁶², ha formulato una proposta di riforma della l. regionale n. 26/1985 riguardante l'istituzione del Corpo Forestale della Regione. Lo scopo era quello di intervenire per ottenere un riordino delle funzioni e delle competenze del Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale che, nel territorio sardo, ha svolto i medesimi compiti e le stesse attribuzioni del C.F.S.⁶³. La finalità di questo progetto era quello di modernizzare l'organizzazione e la struttura del Corpo, cercando di uniformarla, altresì, a quelle delle altre Regioni a statuto speciale e delle altre Province autonome⁶⁴.

In particolare, in seguito alle innovazioni apportate dal sopracitato d.lgs., la Sardegna ha ravvisato la necessità di intervenire anche sul C.F.V.A. della Regione. Tale esigenza è legata, da una parte, all'enunciazione del principio di sussidiarietà, in forza del quale sono chiamati ad operare i corpi forestali regionali e delle province autonome, intervenendo in quelle materie che il Corpo stesso ha dovuto svolgere su delega, “in virtù del fatto che il Corpo forestale dello Stato

⁶⁰ In questo testo normativo si richiama la l. n. 154/2016, “recante deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale, e, in particolare, il comma 2, lettera h)”, il d.lgs. n. 42/2004, il Codice dei beni culturali e del paesaggio, e il d.lgs. n. 152/2006, “recante norme in materia ambientale”.

⁶¹ Art. 1, 2° co., d.lgs. cit. Lo stesso sancisce, altresì, che “Lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, promuovono (...) la gestione forestale sostenibile (...)” (art. 1, 3° co., d.lgs. cit.) e che essi “promuovono in modo coordinato la tutela, la gestione e la valorizzazione attiva del patrimonio forestale (...) nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale ed europeo” (art. 1, 4° co., d.lgs. cit.). Per perseguire tali finalità è l'art. 2 del citato d.lgs. a sancire l'importanza di un'azione coordinata tra svariati soggetti pubblici. Tra questi, il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo hanno il compito di adottare “gli atti di indirizzo” e assicurare “il coordinamento delle attività necessarie a garantire il perseguimento unitario e su tutto il territorio nazionale delle finalità di cui al comma 1”. Si stabilisce, altresì, che “Per l'ordinato perseguimento delle finalità di cui al comma 1, lo Stato e le regioni promuovono accordi, intese istituzionali e progetti di valenza interregionale e internazionale”.

⁶² E poi nel settembre dello stesso anno, come testimonia Consiglio Regionale della Sardegna, XV legislatura, *Interpellanza n. 330/A*, 20 febbraio 2018, 1.

⁶³ Consiglio Regionale della Sardegna, XV legislatura, *Riforma della legge regionale n. 26/85 e istituzione del Corpo forestale della Regione Sardegna. Relazione dei proponenti*, 19 luglio 2016, 1.

⁶⁴ Consiglio Regionale della Sardegna, XV legislatura, *Riforma della legge regionale n. 26/85*, cit., 1.

non era presente con propri presidi permanenti di controllo dei territori delle regioni e province autonome”⁶⁵.

Non è un caso, dunque, che, in tale prospettiva, il Corpo Forestale della Regione Sardegna abbia stipulato con l’Arma dei Carabinieri, con deliberazione n. 19/25 del 23.05.2019, una convenzione avente ad oggetto i rapporti di collaborazione fra il Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale e l’Arma dei Carabinieri⁶⁶. In questo testo si evidenzia la necessità di attuare “azioni di reciproco sostegno nei seguenti esclusivi ambiti di collaborazione, tenuto conto delle prioritarie rispettive esigenze di servizio, nonché delle disponibilità di risorse logistiche, umane, finanziarie e strumentali”⁶⁷. Tale scelta è motivata dall’esigenza di tutelare l’ambiente e il paesaggio con “efficacia” e di promuovere “fondamentali sinergie” tra l’Arma e il Corpo, dando, così, concreta applicazione anche alle norme di diritto internazionale e comunitario in questi ambiti⁶⁸.

4. L’ambiente come materia trasversale: le competenze dello Stato e delle Regioni a statuto ordinario

Il dibattito inerente alla ripartizione delle competenze in materia ambientale e paesistica tra Stato e Regioni ha da sempre interessato il nostro ordinamento. Già con riferimento alla vecchia versione dell’art. 117 Cost. la giurisprudenza costituzionale si era interrogata sul punto, ma tale questione è riemersa – con ancora maggiore forza – in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001⁶⁹. Essa risulta dirimente poiché, alla luce della recente unione del C.F.S. all’Arma dei Carabinieri, sarà necessario comprendere se e come possa conciliarsi l’azione della Benemerita con quella di apparati regionali. Avendo, infatti, assegnato ai Carabinieri il

⁶⁵ Consiglio Regionale della Sardegna, XV legislatura, *Interpellanza n. 330/A*, cit., 1. Tali compiti, ad avviso della giurisprudenza, sono assegnati ai corpi delle regioni autonome, che sono dotati di un’“effettiva fungibilità al Corpo Forestale dello Stato”, “stante le medesime funzioni svolte dai predetti corpi in via principale”.

⁶⁶ “Rapporti di collaborazione fra il Corpo forestale e di vigilanza ambientale e l’Arma dei Carabinieri - Comando Unità Forestali, Ambientali e Agroalimentari Carabinieri (C.U.F.A.). Modifica ed integrazione deliberazione n. 7/12 del 13 febbraio 2018 e approvazione schema di convenzione”: questo il nome completo.

⁶⁷ Così l’art. 1 della citata convenzione.

⁶⁸ Queste le finalità espresse nella D.G.R. n. 19/25 del 23.05.2019, oltre che nell’Allegato 1 alla Delibera, ossia la stessa “Convenzione di collaborazione tra il comando unità forestali, ambientali e agroalimentari carabinieri e il Corpo forestale e di vigilanza ambientale della Regione Sardegna”.

⁶⁹ “(...) la questione è divenuta ancor più rilevante a partire dalla revisione del Titolo V del 2001, quando la materia ‘ambiente’ si affaccia nel testo costituzionale e non più solo nelle fonti comunitarie e (talvolta, di conseguenza) nella legislazione ordinaria interna di settore. Prima della riforma, volta per volta spettava ai decisori competenti, secondo i rispettivi titoli, di assicurare un bilanciamento tra le posizioni in gioco, eventualmente mediante strumenti di leale cooperazione”: così, P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi*, n.20/2020, 123 ss., laddove si richiama qui la ricostruzione di G. RECCHIA, *La tutela dell’ambiente in Italia: dai principi comunitari alle discipline nazionali di settore*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001, 29 ss., oltre che G. VOSA, *La tutela dell’ambiente “bene materiale complesso unitario” fra Stato e autonomie territoriali: appunti per una riflessione*, in *Federalismi*, n. 19/2017, 3. Nel contributo citato si argomenta, inoltre, che, anche prima della riforma del Titolo V e dell’introduzione di una definizione a livello costituzionale della nozione giuridica di ambiente tale questione è stata analizzata dalla dottrina. In particolare, giova ricordare l’impostazione di M.S. GIANNINI, *«Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1973, 15 ss., che ha assertedo che il significato giuridico di ambiente è declinabile in tre sensi: “1) l’ambiente a cui fanno riferimento e la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l’ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell’aria, dell’acqua; 3) l’ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli dell’urbanistica”.

fondamentale compito di tutela del paesaggio – valore espresso all’art. 9 della nostra Carta costituzionale –, il legislatore ha compiuto una netta scelta di campo, favorendo l’attività di una forza di polizia, che rappresenta il potere coercitivo dello Stato sul territorio⁷⁰.

Sul punto si è espressa più volte la Corte costituzionale. Quest’ultima ha, in particolare, avuto modo di affermare che “La tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali ed ambientali”⁷¹. Si chiarisce, altresì, in diverse pronunce⁷², che la normativa ambientale statale possa essere derogata da disposizioni di rango regionale solo *in melius*, costituendo, dunque, la normativa dello Stato un limite ed un vincolo all’autonomia degli enti territoriali.

Una decisione che risulta, ai fini della presente analisi, dirimente è la sentenza n. 272/2009. In questa sede il giudice delle leggi arriva a sostenere la sostanziale equivalenza tra i concetti di tutela e di conservazione del paesaggio, attribuendo tali compiti, sulla base del disposto dell’art. 117, 2° co., lett. s), Cost., “alla cura esclusiva dello Stato”⁷³.

Con specifico riguardo alla tutela del paesaggio è opinione della Consulta che – in materia di pianificazione paesaggistica – sia rispettato il principio di necessaria interlocuzione tra Stato e Regioni⁷⁴, i quali congiuntamente sono deputati alla difesa delle bellezze naturali del nostro Paese⁷⁵.

In questo senso la reintroduzione della tipologia dei beni paesaggistici e la relativa ricognizione, operate dalle disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, rappresentano un’attuazione dell’art. 9 Cost.⁷⁶. Il Codice assume, dunque, la connotazione di parametro interposto, poiché è lo “stesso art. 1 del codice, in particolare, nel dettare i principi della relativa disciplina” che “significativamente sancisce – al comma 2 – che ‘la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura’: implicando, per un verso, il riferimento a un ‘patrimonio’ intrinsecamente comune, non suscettibile di arbitrarie o improponibili frantumazioni ma, nello stesso tempo, naturalmente esposto alla molteplicità e al mutamento e (...) affidato, senza specificazioni, alle cure della ‘Repubblica’; e, per altro verso, una sorta di

⁷⁰ Ai fini di tutelare l’ordine e la sicurezza pubblica risulta centrale che i cittadini abbiano fiducia nelle Forze di polizia. Si nota come sia “progressivamente cresciuta la consapevolezza che la sicurezza di tutti dipenda da una pluralità di dimensioni, che incrociano aspetti diversi e ugualmente importanti dell’esistenza: la tutela della salute, dell’ambiente e del patrimonio culturale; il settore agroalimentare; la protezione civile; i luoghi di lavoro; i mezzi di comunicazione; l’informazione e le nuove tecnologie informatiche. Dell’ampiezza e dell’intreccio di queste dimensioni l’Arma ha fatto esperienza fin dai primi anni della sua lunga storia”. Non a caso, l’“immagine della ‘guardia’ che vigila e interviene ogni volta che una legge è violata si è ampliata nella direzione di una funzione di *proximità* che richiede la capacità di cogliere i diversi bisogni dei cittadini e coltivare le competenze spesso complesse che sono richieste per soddisfarli”: così, AA.VV., *Etica del Carabiniere*, 2017, 18.

⁷¹ In tal senso ha avuto modo di esprimersi Corte cost., sent. n. 367/2007.

⁷² Tra queste si annoverano, *ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 378/2007, 104/2008, 12/2009 e 272/2009.

⁷³ Così, Corte cost., sent. n. 272/2009, laddove si richiamano, altresì, Corte cost., sentt. nn. 226/2009 e 367/2007.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 182/2006.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 367/2007.

⁷⁶ Così Corte cost., sent. n. 66/2012.

ideale contiguità, nei limiti consentiti, fra le distinte funzioni di ‘tutela’ e di ‘valorizzazione’ di questo ‘patrimonio’ medesimo, ciascuna identificata nel proprio ambito”⁷⁷.

Particolarmente rilevante ai fini della presente trattazione risulta essere la sentenza n. 152 del 2019. In questa sede il Giudice delle leggi ha replicato alle contestazioni mosse dai T.A.R.⁷⁸ in merito alla legittimità costituzionale della fusione del Corpo con l’Arma dei Carabinieri. A tal proposito la Consulta è arrivata a sostenere che “(...) l’obiettivo del legislatore è quello di assicurare razionalizzazione e omogeneizzazione delle funzioni di polizia e sicurezza (...) sul presupposto che siano esse a dare la misura della professionalità nell’attività di chi le esercita. (...) In definitiva, la struttura complessiva del riordino (...) realizza un bilanciamento non implausibile tra l’esigenza di rendere più efficiente la tutela ambientale, quella di salvaguardare le posizioni lavorative del personale proveniente dal disciolto Corpo forestale e quella di migliorare l’utilizzazione delle risorse economiche disponibili. Bilanciamento che (...) dovrà trovare coerente attuazione, garantendo l’ottimale prestazione dei servizi inerenti alla tutela ambientale e l’impiego, nel nuovo ambito operativo, del personale proveniente dal precedente assetto amministrativo. (...) In conclusione, la riforma (...) appare caratterizzata da una coerenza interna e da non implausibili soluzioni di bilanciamento dei valori in gioco”⁷⁹. Da queste parole si può ben comprendere l’importanza che le finalità della riforma rivestono per l’ordinamento italiano contemporaneo⁸⁰.

5. *Proposte legislative: un ritorno al passato?*

Tracciate le linee essenziali dell’attuale disciplina in tema di tutela del paesaggio conviene interrogarsi sull’importanza di assegnare tale compito all’Arma dei Carabinieri.

Se, infatti, da una parte vi sono state esigenze di riorganizzazione e di snellimento delle procedure e dei meccanismi di tutela del territorio nazionale⁸¹, dall’altra non si possono non considerare le critiche che sono state rivolte a tale nuova impostazione da più parti nel nostro ordinamento.

Solo, infatti, tramite uno sguardo attento alla realtà si può arrivare a comprendere quali siano le presenti problematiche che agitano il sistema giuridico italiano⁸².

⁷⁷ Così Corte cost., sent. n. 194/2013.

⁷⁸ Più specificatamente, dei T.A.R. Abruzzo, Molise e Veneto.

⁷⁹ Così i punti 6.2.4 e 7 del *Considerato in diritto* della sentenza.

⁸⁰ Non a caso, anche alla luce di un’analisi comparata, attenta alle influenze degli altri ordinamenti e della normativa europea ed internazionale, “il bene paesaggio è sia forma sensibile dell’ambiente, sia forma del Paese, purché dotato di uno speciale valore identitario”: così, G. CERRINA FERONI, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 24.

⁸¹ Queste le esigenze fondamentali alla base dell’intervenuta riforma.

⁸² Sull’importanza del realismo giuridico si vedano le riflessioni non solo di Mario Bertolissi, già citato in precedenza, ma anche di P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., 69. In questa sede, l’autore si richiama ai “fatti”, che devono essere al centro dell’esperienza conoscitiva del giurista contemporaneo, laddove si afferma che “il mondo dei fatti è (...) il terreno tipico della storia”. Tali considerazioni sono, altresì, richiamate da G. TIEGHI, *Educare, non solo decidere. Nuovi scenari dalle recenti opere dei giudici costituzionali Grossi e Sotomayor*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 177-178.

Non è un caso che già nel 2019, a pochi anni dall'approvazione della riforma *ante* delineata, sia stato presentato al Senato un DDL inerente alla “Ricostituzione del Corpo forestale dello Stato”⁸³, in cui, invocando esigenze di efficienza e di buon andamento della pubblica amministrazione⁸⁴, si argomenta che le innovazioni intervenute non avrebbero apportato i risultati sperati⁸⁵. Si evidenzia, infine, come in molti Paesi europei sia stata preferita mantenere il “pluralismo dei corpi” che “tendenzialmente risponde ad un principio d’ispirazione democratica (la dispersione del potere coattivo)”⁸⁶ e che risulta, altresì, legato “alla salvaguardia di tradizioni organizzative e di criteri di specializzazione funzionale e territoriale”⁸⁷.

Alla luce di tali prospettazioni, non stupisce che siano state avanzate altre tre proposte in merito al Corpo Forestale dello Stato e ad una sua – possibile – nuova collocazione nell’ordinamento italiano.

Basti accennare, in questa sede, al contenuto della pdl C. 1057⁸⁸, che prevede la ricostituzione del Corpo Forestale dello Stato, o della pdl C. 1610⁸⁹, che chiede di fornire una delega al Governo per istituire un corpo specialistico di polizia ambientale a ordinamento civile, o, infine, alla pdl C. 1670⁹⁰, che domanda l’istituzione, presso il Ministero dell’Interno, dell’Ufficio centrale per la

⁸³ Si tratta del DDL n. 1270, comunicato alla Presidenza il 9 maggio 2019. Per giustificare tale proposta è stata invocata una “poco lungimirante frammentazione” del Corpo e una “militarizzazione coatta” dei forestali. Si argomenta, inoltre, che in altre parti del mondo la tutela del paesaggio e dell’ecosistema risulta affidata a poliziotti civili. Si sostiene, poi, che tale nuovo assetto abbia reso maggiormente difficoltoso coordinare le diverse funzioni assegnate ora allo Stato ora alle Regioni. Essendo, infatti, a queste ultime attribuita la materia di “agricoltura e foreste”, sarebbe risultato opportuno – così si sostiene – che la riorganizzazione del C.F.S. fosse realizzata mediante un’intesa in Conferenza unificata. Si tratta del Disegno di legge d’iniziativa del senatore De Bonis, Comunicato alla Presidenza il 9 maggio 2019, *Ricostituzione del Corpo forestale dello Stato*, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 2.

⁸⁴ Di cui all’art. 97 Cost.

Non si sarebbero, quindi, ottenute una migliore organizzazione delle funzioni di tutela e salvaguardia delle bellezze naturali e paesistiche italiane e una diminuzione della spesa pubblica: così in Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) (all. alla direttiva P.C.M. 16 gennaio 2013 – G.U. 12 aprile 2013, n. 86), 1 ss. Le criticità evidenziate a tal proposito attengono, al contrario, alla “sovrapposizione di compiti tra le diverse forze in specifici ambiti settoriali o comparti di specialità e nella organizzazione di servizi e nuclei specialistici”, all’“assenza di economie di scala nella gestione dei servizi strumentali e degli acquisti” e all’“assenza di un numero unico di emergenza, essendo presenti sul territorio nazionale diversi numeri di emergenza legali alle singole forze”⁸⁵. Da qui deriverebbero svariati problemi di cooperazione e collaborazione tra le diverse forze coinvolte e difficoltà nella distribuzione territoriale delle risorse, essendo mancata una “ottimizzazione della spesa”: *ivi*, 2-4.

⁸⁶ M. SAVINO, *L’assetto delle forze di polizia in Italia: i problemi esistenti e le prospettive di riforma*, scritto integrativo dell’audizione tenuta il 5 dicembre 2007 davanti alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati, nell’ambito dell’Indagine conoscitiva dello stato della sicurezza in Italia, pubblicato a gennaio 2008 su IRPA.

⁸⁷ M. SAVINO, *L’assetto delle forze di polizia in Italia*, cit.

⁸⁸ Proposta dell’On. Benedetti. Tale proposta è attualmente analizzata presso la Camera dei Deputati in sede referente, all’attenzione delle Commissioni Comm. I Affari Costituzionali e Comm. IV Difesa, come si testimonia su <https://www.camera.it/leg18/126?tab=4&leg=18&idDocumento=1057&sede=&tipo=>. “Sostenere in tutte le sedi competenti la ricostituzione del Corpo di polizia forestale e ambientale dello Stato a ordinamento civile”, è quanto chiedeva la mozione presentata da Fratelli d’Italia in Consiglio regionale, primo firmatario il capogruppo Francesco Torselli, che l’Aula di palazzo del Pegaso ha respinto, registrando 18 voti contrari e 14 favorevoli. Nell’atto di indirizzo si ricordano le proposte di legge attualmente all’esame delle commissioni Affari istituzionali e Difesa della Camera dei deputati e si rileva la specifica competenza del Corpo di polizia ambientale per “monitoraggio e difesa del sistema di biodiversità, miglioramento della qualità della vita dei cittadini toscani e valorizzazione del comparto turistico”. Così testimonia, in merito alla Regione Toscana, REDAZIONE, *Ricostituzione Corpo polizia forestale*, respinta mozione in Consiglio regionale, 7 luglio 2021, su <https://www.gonews.it/2021/07/07/ricostituzione-corpo-polizia-forestale-respinta-mozione-consiglio-regionale-toscana/>.

⁸⁹ Proposta dell’On. De Carlo.

⁹⁰ Proposta dell’On. Cattoi.

Polizia forestale, ambientale e agroalimentare, ad ordinamento civile⁹¹. L'esigenza, quindi, è quella di una nuova centralizzazione, resa possibile, questa volta, tramite l'attribuzione, ad uno specifico e preciso corpo, del compito di tutelare il paesaggio⁹².

Nonostante tali resistenze si è, però, argomentato che l'aver assegnato, ancora una volta, all'Arma dei Carabinieri la funzione ambientale risponde non solo ad un'esigenza – chiaramente manifestata dalla normativa richiamata – di razionalizzare la spesa pubblica, ma anche e soprattutto di garantire un migliore servizio alla collettività⁹³. Si pensi al fatto che già nel 1986 erano stati istituiti dei corpi specializzati – i Nuclei Operativi Ecologici – presso l'Arma dei Carabinieri, dotati di specifiche competenze tecniche in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema⁹⁴, così permettendo di garantire una tutela rafforzata nella materia paesistica⁹⁵.

Soprattutto, però, risulta dirimente il fatto che l'Arma dei Carabinieri sia da sempre la Forza di polizia più presente sul territorio. Essendo, dunque, istituita presso Comuni anche di modeste dimensioni essa costituisce un valido strumento per capire ed interpretare le istanze dei cittadini⁹⁶. In questa prospettiva, quindi, è fondamentale rammentare il ruolo – centrale – che l'Arma oggi

⁹¹ Camera dei Deputati, XVIII legislatura, Ricostituzione del Corpo forestale *dello Stato. A.C.C. 1057, 1610 e 1670*, n. 331, 23 giugno 2020, 15. Quest'ultimo progetto risulta di particolare rilevanza, poiché esprime a chiare lettere come finalità quella di stabilire “univocamente la piena centralità della sicurezza forestale, ambientale e agroalimentare nella sfera articolata degli interessi della sicurezza pubblica e nel più ampio quadro della sicurezza nazionale”.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ L'obiettivo dichiarato della riforma, come si è già avuto modo di sottolineare, consiste nella razionalizzazione della spesa pubblica. Si deve, poi, ricordare che “i principi costituzionali (come l'art. 9), per potersi tradurre in concreta azione politica, giuridica e amministrativa, richiedono il riferimento a un sistema di valori che collochi ambiente, paesaggio e patrimonio entro una cornice garantita, quella delle comunità umane, dei loro diritti e delle loro organizzazioni sociali e politiche”. Non a caso la stessa Corte costituzionale, ragionando sulla convergenza tra tutela del paesaggio, di cui all'art. 9, e del diritto alla salute, di cui all'art. 32, “ha stabilito che anche la tutela dell'ambiente è un «valore costituzionale primario e assoluto» in quanto espressione di un interesse diffuso dei cittadini, che esige un identico livello di tutela in tutta Italia, come mostra nell'art. 9 il cruciale termine *Nazione*. La creazione in via interpretativa di questa avanzatissima nozione costituzionale di ‘ambiente’ è la prova provata (...) di quanto la Costituzione sia lungimirante; e che essa, dunque, non va cambiata, ma interpretata e soprattutto applicata”. Così, S. SETTIS, *Articolo 9 della Costituzione. Cittadini attivi per il paesaggio e l'ambiente*, in *Intervento del Prof. Salvatore Settis per la lezione inaugurale del progetto e concorso nazionale*, Camera dei Deputati, 2015, 8-9.

⁹⁴ “Il Nucleo Operativo Ecologico dei Carabinieri (N.O.E.), costituito il 1° dicembre 1986 con decreto dei Ministri dell'Ambiente e della Difesa, è posto alla ‘dipendenza funzionale’ del Ministero dell'Ambiente ‘per la vigilanza, la prevenzione e la repressione delle violazioni compiute in danno dell'ambiente’. È costituito da personale particolarmente addestrato, che ha frequentato, tra l'altro, un corso di ‘Legislazione e cultura dell'ambiente’. (...) Il reparto ha giurisdizione su tutto il territorio nazionale ed ha conseguito, già nei primi anni di attività, risultati che stanno a dimostrare credibilità, reattività operativa e concretezza. (...)”: in questo senso, <http://www.carabinieri.it/arma/curiosita/non-tutti-sanno-che/n/nucleo-operativo-ecologico-dei-carabinieri>.

⁹⁵ “L'Italia è stata la prima nazione in Europa che ha istituito una forza scelta ed orientata, in via prioritaria, all'applicazione della normativa ambientale. (...) Con la Legge 23 marzo 2001, n° 93, il N.O.E. ha assunto la nuova denominazione di Comando Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente e la struttura organizzativa del Reparto è stata potenziata e calibrata su base interprovinciale, in modo da garantire una presenza qualificata su tutto il territorio nazionale”. Così, <http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/ambiente/cenni-storici>. “Il Reparto, composto da personale specializzato in legislazione e cultura dell'ambiente, assolve funzioni di polizia giudiziaria in materia ambientale, con esclusione degli accertamenti di natura tecnico-scientifica, per i quali si avvale degli organismi pubblici a ciò preposti, in particolare del sistema agenziale (APAT e ARPA), del Servizio Sanitario Nazionale, oltre che del Raggruppamento Carabinieri Investigazioni Scientifiche (Ra.C.I.S.)”. In tal senso, <http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/ambiente/compiti>.

⁹⁶ “Il Carabinieri è al servizio delle persone a partire da un'etica di centralità della persona”: da qui deriva una particolare responsabilità ai fini di tutelare la sicurezza dello Stato e dei suoi cittadini. “La pratica costante della vicinanza, la presenza delle Stazioni in ogni angolo del Paese e la *partecipazione* ai bisogni dei cittadini sono il banco di prova della consapevolezza del ruolo e dell'esercizio della responsabilità”: in tal senso, AA.VV., *Etica del Carabiniere*, cit., 5-6.

svolge per la tutela del paesaggio⁹⁷, testimoniato dalla stipulazione di diverse convenzioni⁹⁸ e dalla nomina del Generale dell'Arma Sergio Costa⁹⁹ a Ministro dell'ambiente¹⁰⁰.

In merito all'importanza dell'attività della Benemerita in questo settore si devono necessariamente ricordare le recenti dichiarazioni rese dal Comandante Generale dell'Arma Teo Luzi, che ha affermato: “Guardo ai ragazzi come Greta perché dobbiamo imparare da loro: testimoniano l'importanza di contrastare il cambiamento climatico e di riscattare la Terra dall'inquinamento”¹⁰¹. Da qui deriva la centralità del legame tra il concetto di garanzia delle bellezze paesaggistiche e i giovani: l'ambiente si configura, nel nostro sistema giuridico e non

⁹⁷ Sulla consapevolezza del proprio ruolo nel nostro ordinamento si è espresso il Presidente emerito della Repubblica Giorgio Napolitano, che, nel 2014, ha affermato, in occasione del bicentenario dell'Arma, che la stessa “ha acquisito via via la forza di un simbolo che è ormai parte integrante e nutrimento continuo della nostra identità e coscienza nazionale”, valendo quale “sostegno prezioso”, anche per l'impegno dell'Arma a livello internazionale, per coloro che sono chiamati “a valorizzare nelle sue tante luci l'immagine dell'Italia contro ricorrenti pregiudizi e luoghi comuni”: così, AA.VV., *Etica del Carabiniere*, cit., 5. Si ricordi, dunque, l'importanza che la tutela del paesaggio assume per l'Arma, tutela riconnessa alla garanzia dell'ambiente. La confluenza del C.F.S. nei Carabinieri, in particolare, è stata salutata con favore, anche e soprattutto perché vincolata alla garanzia “degli attuali livelli di presidio dell'ambiente, del territorio e del mare e della sicurezza agroalimentare” e alla salvaguardia “delle professionalità esistenti, delle specialità e dell'unitarietà delle funzioni da attribuire”. Si è creata, dunque, un'opportunità di “potenziamento delle attività di polizia in questo settore e di rafforzamento della consapevolezza di una responsabilità fondamentale nei confronti di queste ricchezze che abbiamo ricevuto in eredità”. In tal senso, AA.VV., *Etica del Carabiniere*, cit., 46.

⁹⁸ Ciò è ben testimoniato anche dalle parole dedicate da Giulia Maria Crespi, Presidente onorario del Fondo Ambiente Italiano, all'Arma, definita nella sua veste di garante non solo della sicurezza dei cittadini, ma anche e soprattutto del territorio dello Stato. La stessa ha affermato, dunque, la necessità di “un progetto culturale per definire l'identità di un territorio”, progetto che risulta, oggi, possibile grazie allo stretto legame – di collaborazione e cooperazione – che sussiste tra F.A.I. e Arma. Quest'ultima, infatti, continua ad operare tramite le diverse articolazioni del Comando Unità Forestali, Ambientali e Agroalimentari Carabinieri, le cui funzioni risultano implementate, anche a seguito della stipulazione del “Protocollo d'intesa tra l'Arma dei Carabinieri e il Fondo Ambiente Italiano”, avvenuta in data 6 maggio 2019, avente ad oggetto un'attività di collaborazione per la “promozione di iniziative per la salvaguardia del territorio e la difesa dei beni comuni”, lo “sviluppo di forme di cooperazione, nell'ambito di attività di ricerca, analisi, formazione e informazione sui temi della tutela forestale, ambientale, agroalimentare e del patrimonio d'arte, natura e paesaggio del Paese” e l’“organizzazione di azioni comuni per l'educazione e la sensibilizzazione dei giovani al valore fondamentale dei beni culturali e paesaggistici”. Similmente appare centrale la recente firma di un “Protocollo d'intesa tra l'Arma dei Carabinieri e l'Associazione Italia Nostra”, avente ad oggetto la collaborazione tra questi soggetti nella “promozione di iniziative di sensibilizzazione in tema di tutela del territorio”, oltre che nella definizione di strategie comuni per salvaguardare il paesaggio e dare il via a segnalazioni “di situazioni che necessitano di intervento e approfondimento”.

⁹⁹ Dapprima Dirigente Superiore del C.F.S. è, poi, transitato nell'Arma, assumendo il grado di Generale di brigata. È stato nominato Ministro nel 2018.

¹⁰⁰ Egli, non a caso, ha sostenuto la promozione di “un Nuovo Patto a tutela e valorizzazione del patrimonio ambientale e paesaggistico del Paese, attraverso un rafforzamento della *governance* delle aree e delle azioni di difesa del Mediterraneo”, al fine di “imprimere nuovo slancio alla tutela e salvaguardia delle nostre risorse naturali e promuovere una conoscenza più profonda del patrimonio ambientale, del paesaggio e delle tradizioni storico-culturali e sociali che le aree protette del nostro meraviglioso Paese offrono, sia in ambito terrestre che marino”. Così, S. COSTA, *Ambiente, le linee programmatiche*, <https://www.minambiente.it/comunicati/ambiente-le-linee-programmatiche-del-ministro-sergio-costa>.

¹⁰¹ Redazione ANSA, *Luzi, impariamo da Greta, Carabinieri hanno una missione verde*, 29 marzo 2021. Sull'importanza dell'educazione delle nuove generazioni e del loro apporto si è espressa, altresì, la Presidente onoraria del FAI, affermando che un tema su cui l'Arma potrebbe essere chiamata ad innovarsi e a lavorare ulteriormente consiste nel far comprendere ai giovani i valori legati alla natura e al paesaggio, affinché, crescendo, essi diventino cittadini responsabili. Così si testimonia in <https://www.carabinieri.it/editoria/natura/la-rivista/home/tematiche/ambiente/patrimonio-e-paesaggio>, cit., oltre che in AA.VV., *Etica del Carabiniere*, cit., 46, laddove si richiama il legame tra Arma, tutela del paesaggio e valori da trasmettere alle nuove generazioni. Tra i compiti dell'Arma, ha ricordato la sua incessante attività di vigilanza e di prevenzione nella tutela del territorio e del paesaggio, funzioni che risultano, nell'ordinamento italiano contemporaneo, assolutamente pregnanti. “La cura” di questi beni giuridici “è una missione che va oltre la repressione ed è centrale”, dal momento che si può “individuare il colpevole di un reato ambientale, ma il danno prodotto devasta quel patrimonio per generazioni”.

solo, come uno dei più importanti lasciti da assegnare alle nuove generazioni¹⁰². Per tale ragione risulta fondamentale, ad avviso del Comandante Generale Luzi, il ruolo svolto dall'educazione e dalla comunicazione ambientale¹⁰³, veicoli di primaria importanza per la crescita culturale dei cittadini del futuro.

Alla luce di tali prospettazioni si delinea, con ancora maggiore chiarezza, l'impegno – profondo, continuo e costante – che l'Arma dei Carabinieri si è assunto in tema di vigilanza sul paesaggio¹⁰⁴, incarico non semplice, considerata la rilevanza del bene tutelato dalla nostra legge fondamentale¹⁰⁵ e dalla normativa internazionale e comunitaria¹⁰⁶.

¹⁰² Sull'importanza del valore dell'ambiente e del paesaggio per le generazioni future si rinvia alle considerazioni espresse da S. SETTIS, *Articolo 9 della Costituzione. Cittadini attivi per il paesaggio e l'ambiente*, cit., 10.

¹⁰³ Non a caso, ha affermato: “Abbiamo lanciato, con il ministero dell'Ambiente, il progetto 'Un albero per il futuro'. I carabinieri della biodiversità saranno nelle scuole, quando la ripresa delle attività lo consentirà, mettendo a dimora insieme ai ragazzi oltre 50.000 alberi”. Così, Redazione ANSA, *Luzi, impariamo da Greta, Carabinieri hanno una missione verde*, cit.

¹⁰⁴ In linea generale risulta centrale l'impegno che l'Arma dei Carabinieri ha sempre mostrato nell'attuazione e nella tutela dei valori di rango costituzionale, di cui si sono fatti – e si fanno – portatori: “I principi dell'etica del Carabiniere sono innanzitutto quelli della Costituzione, radicati nel terreno dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili di ogni essere umano. È sempre alla coscienza che spetterà di applicare principi e regole nella concretezza delle diverse situazioni”. Così, AA.VV., *Etica del Carabiniere*, cit., 3. In particolare, essa ha contribuito e contribuisce in maniera fattiva al contrasto del degrado ambientale e paesaggistico in una rinnovata e rinforzata organizzazione che, anche attraverso i nuovi Reparti della specialità Forestale, assicura direttamente il benessere collettivo, come si è già avuto modo di evidenziare ed argomentare in precedenza.

¹⁰⁵ Non a caso, fin dall'entrata in vigore della Carta costituzionale l'art. 9 è stato connesso agli artt. 32, 2, 41, comma 2, 42, comma 2 e 3, comma 2 della Costituzione: A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio*, cit., 16. Il paesaggio ha, non a caso, un “significato dinamico, che risponde alle esigenze di una società industriale complessa, imponendo allo stato compiti di regolazione e l'attivazione di procedimenti per il coinvolgimento della comunità stanziata sul territorio. Nella medesima prospettiva, l'ambiente è considerato un bene al quale fa capo una pluralità di interessi, di natura non solo estetica, ecologica e sanitaria, ma anche culturale e partecipativa”: *ivi*, 16. Si parla, non a caso, oggi, della necessità non tanto di “aggiornare” l'art. 9 Cost., ma di portarlo a concreta attuazione, “ri-attribuendogli quotidianamente senso e valore” per “garantirne l'ordinato godimento, in un'ottica di bilanciamento dei diversi interessi meritevoli di tutela”: così, AA.VV., O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020. Da qui risulta, altresì, centrale accennare alle proposte di modifica dell'art. 9 Cost. alla luce del DDL n. 1203, *Modifica dell'articolo 9 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, protezione della biodiversità e degli animali, promozione dello sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni*, comunicato alla Presidenza il 2 aprile 2019, che porterebbe all'aggiunta di tali parole al predetto disposto: “La Repubblica tutela l'ambiente e l'ecosistema, protegge la biodiversità e gli animali, promuove lo sviluppo sostenibile, anche nell'interesse delle future generazioni”. L'impegno dell'Arma dei Carabinieri nella tutela ambientale è, oggi, testimoniata anche dal Protocollo d'intesa siglato lo scorso 28 maggio tra il Comandante Generale Teo Luzi e il Presidente dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), il Prefetto Stefano Laporta. “L'intesa (...) impegnerà le due Istituzioni (...) a condividere banche dati e reciproche expertise, a realizzare attività di studio, ricerca e analisi relativi alla tutela forestale, ambientale e agroalimentare, a mettere in atto programmi di monitoraggio capaci di rilevare gli effetti dei cambiamenti climatici sugli ecosistemi. Perché il benessere delle comunità dipende da quello dell'ambiente in cui vivono”: così si testimonia nella rivista *Il Carabiniere*, Roma, luglio 2021, 63.

¹⁰⁶ “Il carattere transnazionale delle problematiche ambientali comporta che le norme costituzionali vadano lette in stretta interdipendenza con i livelli testuali, sviluppatasi in questa materia nel diritto internazionale e nel diritto europeo, dove si è consolidato un diritto dell'ambiente ‘per principi’”: così, A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio*, cit., 16. Qui si richiamano i contributi di S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, 1122-1126; A. Fodelca, L. Pineschi (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009. Per il diritto europeo si rinvia agli artt. 3, comma 3 TUE; 11 TFUE, 191 ss. TFUE.

In tale prospettiva appare, quindi, ancora più pregnante la realizzazione di una fusione del C.F.S. all'Arma non solo giuridica, ma anche e soprattutto fattuale, in modo da implementare l'attività e l'operatività dei Carabinieri Forestali nella Benemerita¹⁰⁷.

ABSTRACT

Il Corpo Forestale dello Stato – cui era assegnata la funzione di tutela del paesaggio – è stato, dal 2017, fuso con l'Arma dei Carabinieri. Tale scelta si motiva con il forte radicamento dei Carabinieri sul territorio e con la loro specializzazione nella tutela ambientale, assunta nel corso degli ultimi anni. In particolare, vista l'importanza che il valore espresso nell'art. 9 della Costituzione ha acquisito nell'ordinamento italiano contemporaneo, si analizzeranno, nella presente trattazione, due aspetti. Dapprima, ci si soffermerà sulle nuove modalità con cui i Carabinieri sono chiamati a vigilare sull'ambiente e le bellezze naturali del nostro Paese. In questa sede sarà opportuno delineare come sia avvenuto, sotto questo profilo, il riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni a statuto ordinario, tenendo conto delle eccezioni rappresentate dalle Regioni a statuto speciale. In secondo luogo, si chiarirà perché, nel nostro ordinamento, risulti fondamentale assegnare all'Arma il compito di tutelare il paesaggio, accennando anche alle ultime proposte legislative sul tema.

ABSTRACT

The Corpo Forestale dello Stato – that had the function of protecting the natural landscape – has been merged into the Arma dei Carabinieri, after a reorganization of the Italian security forces. This choice is based on the very strong presence of the Carabinieri in small realities and on their skills in guarding the environment. In particular, the importance of the value, expressed by article 9 of the Italian Constitution, has given the chance to analyze two different aspects. On one hand, this work will focus on the concrete means used by the Carabinieri to shield Italian landscape. This is the reason why it is fundamental to stress the different assignments given to the State and the Regions, taking into account the existing differences with the Regions with special statutes. On the other hand, the present work will explore why it is important to give to the Arma dei Carabinieri the task of protecting Italian natural landscape, considering also the latest legislative proposals.

¹⁰⁷ Anche se sono state registrate delle resistenze da una parte dei Forestali in seguito alla fusione (tra queste basti accennare alle proteste delle associazioni sindacali, come testimoniato da Atto di Sindacato Ispettivo n. 3-03868, su <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=17&id=1035576>), il bilancio delle attività svolte può, comunque, definirsi positivo. A tal proposito basti accennare, in questa sede, al “lavoro intenso e corale, svolto dallo Stato Maggiore del Comando Generale dell'Arma con instancabile determinazione, in piena sintonia con l'Ispettorato Generale del Corpo Forestale dello Stato, per corrispondere al meglio alla volontà del Governo, condivisa dal Parlamento”. In questo senso si esprime il Comandante Generale dell'Arma in audizione al Senato, in https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/004/799/Documentazione.pdf.



Elisabetta Frontoni*

L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata**

SOMMARIO: 1. Il diritto vivente e lo *status* del minore nato grazie alla maternità surrogata. – 2. La sentenza n. 272 del 2017 e il principio di diritto formulato dalla Cassazione a sezioni nella sentenza n. 12193 del 2019. – 3. Il mutamento del contesto sovranazionale: dal parere sul caso *Menesson* alla pronuncia della Corte europea D. contro Francia del 2020. – 4. La Corte e la necessità di un indifferibile intervento del legislatore per porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

1. Il diritto vivente e lo status del minore nato grazie alla maternità surrogata.

Con la sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale torna a occuparsi della questione della cd. surrogazione di maternità, o, come forse sarebbe preferibile chiamarla, della gestazione per altri¹, dopo quattro anni dalla importante sentenza n. 272 del 2017².

In quella occasione, a dire il vero, il giudice costituzionale non si era pronunciato su quanto disposto dalla legge n. 40 del 2004 che, come è noto, prevede, all'articolo 12, un divieto di ricorrere a tale pratica e una sanzione penale per coloro che «in qualsiasi forma, realizzino,

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Nelle due formule, già emerge in modo evidente la complessità del fenomeno reso possibile dal progresso scientifico e tecnologico. Gestazione per altri vuol dire, senza contenere un'accezione negativa, portare avanti per altri una gravidanza.

Sulla questione vedi le contrapposte posizioni espresse in due volumi S. NICCOLAI-E. OLIVITO (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017 e

M. CAIELLI-B. PEZZINI-A-SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019.

² Su questa decisione cfr. i commenti di S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in *Forum quaderni costituzionali*, 9.3.2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 15.2.2018; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all'estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in *Diritti fondamentali*, 18 gennaio 2018.

organizzino o pubblicizzino la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità».

Con la decisione in commento, invece, la Corte è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di tale articolo, dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile), nella parte in cui tali disposizioni «non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico»³.

In particolare, secondo la prima sezione civile della Corte di Cassazione, tali previsioni si porrebbero in contrasto con gli articoli 2, 3, 30, 31, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli articoli 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, nonché all' art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tali disposizioni sarebbero violate sotto una molteplicità di profili: lesione del diritto all'identità personale del minore, da cui discende il suo diritto a rimanere nel proprio nucleo familiare; disparità di trattamento tra i minori nati attraverso la surrogazione di maternità e gli altri minori; irragionevolezza della previsione che consente di riconoscere il rapporto di genitorialità in capo al genitore biologico e non a quello “d'intenzione”.

Le violazioni sarebbero evidenti alla luce del recente parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019 e di successive pronunce, cosicché sarebbe integrata anche la violazione indiretta dell'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'articolo 8 della Cedu. La Corte europea, infatti, sottolinea che nell'interesse dei minori nati attraverso la surrogazione, gli Stati devono riconoscere il legame di filiazione, potendo anche non trascrivere l'atto di nascita, ricorrendo, invece all'adozione, a condizione però che le modalità di tale adozione garantiscano l'effettività e la celerità della procedura. Secondo il giudice rimettente, al contrario, l'attuale diritto vivente in Italia, affermato dalle Sezioni Unite civili nel 2019, che prevede che si faccia ricorso all'istituto dell'adozione in casi particolari per riconoscere il legame con il genitore “d'intenzione”, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983 n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), non creerebbe un vero rapporto di filiazione.

Come efficacemente sintetizzato dallo stesso giudice costituzionale «in sostanza, le questioni di legittimità che [...] la Corte è chiamata a esaminare riguardano lo stato civile dei bambini nati

³ L'art. 64, comma 1, lettera g), della legge n. 218 del 1995 vieta il riconoscimento di sentenze straniere allorché producano effetti contrari all'ordine pubblico e l'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 vieta la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di atti formati all'estero contrari all'ordine pubblico.

attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004»⁴.

Si tratta di una questione particolarmente delicata e complessa perché incide sulla relazione tra i bambini nati grazie a tale tecnica e il cosiddetto “genitore d'intenzione”, ovvero colui o colei che partecipa al processo procreativo esclusivamente attraverso un atto di volontà, l'intenzione, appunto, di formare una famiglia.

La Corte risolve la questione con una sentenza di inammissibilità, che tuttavia può essere letta come una pronuncia di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, in quanto la motivazione si chiude con un monito al legislatore affinché intervenga al più presto «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁵. Ed è proprio questo profilo della decisione che merita di essere segnalato, perché testimonia un significativo cambio di passo della giurisprudenza costituzionale su un tema riguardo al quale il giudice costituzionale sembra compiere un vero “balzo in avanti” rispetto al precedente del 2017.

2. La sentenza n. 272 del 2017 e il principio di diritto formulato nella sentenza n. 12193 del 2019.

Nella pronuncia del 2017, la Corte aveva affrontato la questione della maternità surrogata, attraverso la vicenda di una coppia di genitori eterosessuali che si erano visti impugnare, ex articolo 263 del codice civile, il riconoscimento non veritiero del figlio nato all'estero, facendo ricorso a tale pratica.

Nel giudizio di appello, la Corte di Appello di Milano aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 263 del codice civile per contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., «poiché, nel giudizio di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, *essò* non consentirebbe di tenere conto, in concreto, dell'interesse del minore “a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita”»⁶. Secondo il giudice rimettente, al contrario, l'impugnazione del riconoscimento del figlio minore, per difetto di veridicità, avrebbe dovuto essere accolta solo nel caso in cui rispondesse a tale interesse.

La Corte risolve la questione con una sentenza interpretativa con la quale, pur rigettando la questione, sottolinea, tuttavia, come spetti al giudice «un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore»⁷. In questa valutazione, egli dovrà tener conto di diverse variabili, quali la durata del rapporto istauratosi, ma anche le modalità del concepimento.

⁴ Così Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 2 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017, punto 4 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

In tale prospettiva, il giudice costituzionale osserva che, nonostante il nostro ordinamento riconnetta alla pratica della maternità surrogata un «elevato grado di disvalore»⁸ l'interesse del minore può, e deve, essere garantito facendo ricorso a istituti quali l'adozione in casi particolari, appositamente pensati dall'ordinamento per dare veste giuridica a legami che possono essersi instaurati in via di fatto⁹.

La Corte coglie l'occasione per ribadire la sua posizione nella successiva sentenza n. 221 del 2019, nella quale si occupa della diversa questione dell'accesso di una coppia formata da due donne alla fecondazione eterologa. A prescindere dalle conclusioni di infondatezza e dai rilievi sulla famiglia ad *instar naturae*¹⁰, anche in questa pronuncia, la Corte «avalla» l'indirizzo giurisprudenziale favorevole all'adozione in casi particolari, *ex* articolo 44, lettera d), della legge n. 183 del 1984, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, sottolineandone la precipua funzione di garantire «l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate»¹¹.

Il giudice costituzionale torna sulla adeguatezza dell'adozione in casi particolari da parte del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore nella successiva sentenza n. 230 del 2020, sempre affrontando una questione relativa al diritto alla fecondazione eterologa per una coppia di donne. La pronuncia si conclude con l'affermazione che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto

⁸ In questi termini, Corte cost., sent. n. 272 del 2017.

⁹ Su questo tipo di adozione e sul ricorso a essa attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 183 del 1984 per garantire i legami dei bambini con i genitori d'intenzione cfr. in dottrina G. FERRANDO, *L'adozione in casi particolari nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, 111 ss.; J. LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 109 ss. e le osservazioni critiche su questa giurisprudenza creativa di I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione. Chi decide?*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

¹⁰ La Corte ha ritenuto non fondata la questione, ritenendo di non poter addivenire all'addizione richiesta. Secondo il giudice costituzionale, infatti, «le tecniche di PMA, le quali, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari affatto innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina degli artt. 29, 30 e 31 Cost., suscitando inevitabilmente, con ciò, delicati interrogativi di ordine etico». Pertanto, «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale, salvo il successivo sindacato sulle soluzioni adottate [...], onde verificare che esse non decampino dall'alveo della ragionevolezza. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata. Di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

¹¹ Così, Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.2 del *Considerato in diritto*. Su questa pronuncia cfr. i commenti di L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 3.1.2021; N. VINAI, *Il confine. La sentenza n. 221 del 2019 e i suoi echi di sistema*, in *Federalismi.it*, 6/2021; M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, n. 5, 2019, 2613 ss.; C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in*, 5/2019, 2626 ss.

con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»¹².

Nello stesso periodo di tempo, la Corte di Cassazione pronuncia l'importantissima decisione a sezioni unite n. 12193 del 2019, da cui origina il diritto vivente, richiamato dalla prima sezione della Cassazione, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale.

Nella sentenza, la Cassazione formula il principio di diritto che «il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983»¹³.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, anche senza riconoscere effetto alla sentenza straniera (come invece aveva fatto la Corte di Appello), tale interesse può essere garantito, stabilizzando il rapporto del padre intenzionale con i figli, attraverso l'istituto dell'adozione di tipo particolare. Questa forma di adozione si configura, infatti, come una «clausola di chiusura del sistema»¹⁴, consentendo al minore di «salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa» che si è instaurata in via di fatto¹⁵.

Tale soluzione, per la Cassazione, consente di garantire l'interesse del minore, come tra l'altro impongono al nostro ordinamento diversi atti internazionali, senza farlo diventare “tiranno”, per dirla con un'espressione cara alla dottrina¹⁶. Nell'ottica della Cassazione, salvaguardare l'interesse del minore non significa che «la tutela del predetto interesse non possa costituire oggetto di contemperamento con quella di altri valori considerati essenziali ed irrinunciabili dall'ordinamento, la cui considerazione può ben incidere sull'individuazione delle modalità più opportune da adottare per la sua realizzazione, soprattutto in materie sensibili come quella in

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2020, punto 9.1 del *Considerato in diritto*. Su questa decisione cfr. i commenti di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili*, in *Nomos*, 3/2020; M. PICCHI, *“Figli di un dio minore”: quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 1.1.2021.

¹³ Corte di Cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

¹⁴ Cfr., Corte di Cassazione, 22 giugno, 2016, n. 12962.

¹⁵ Così già Corte di Cassazione, 22 giugno, 2016, n. 12962.

¹⁶ Per la considerazione che il superiore interesse del minore possa diventare un principio tiranno, cfr., in dottrina, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 150 ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 83 ss.

esame, che interrogano profondamente la coscienza individuale e collettiva, ponendo questioni delicate e complesse, suscettibili di soluzioni differenziate»¹⁷.

3. Il mutamento del contesto sovranazionale: dal parere sul caso *Menesson* alla pronuncia della Corte europea *D. contro Francia* del 2020.

Dopo la decisione della Corte costituzionale del 2017, la Corte europea si è espressa a più riprese sul tema della gestazione per altri. Sulla questione, in particolare, la Corte EDU rende il suo primo parere, adottato nell'esercizio della nuova competenza prevista dall'articolo 16 del protocollo addizionale, che successivamente viene trasfuso nelle sentenze 19 novembre 2019, *C. contro Francia* ed *E. contro Francia* e nella, più recente, *D. contro Francia* del 2020¹⁸.

Il parere, depositato il 10 aprile 2019 su richiesta della Corte di Cassazione francese, rappresenta il seguito di una precedente decisione della Corte Europea resa nel caso *Menesson* contro Francia del 2014¹⁹. La Corte di Cassazione francese aveva posto la questione se il mancato riconoscimento della relazione della madre d'intenzione con i minori, nati attraverso la surrogazione di maternità, costituisca una violazione dell'articolo 8 della Convenzione. La Corte europea risponde in modo molto chiaro che il superiore interesse del minore verrebbe inevitabilmente leso dal mancato riconoscimento di un legame giuridico anche con la madre intenzionale e per questo motivo agli Stati è riconosciuto un ridotto margine di apprezzamento. Secondo la Corte, tuttavia, i singoli Stati possano decidere in maniera discrezionale con quale strumento giuridico conferire valore legale a tale relazione. Per i giudici di Strasburgo, ad esempio, anche l'adozione da parte della madre intenzionale può servire a tale scopo, nella misura in cui la

¹⁷ Così, ancora, Corte di Cassazione, sezioni unite, 8 maggio 2019, n. 12193.

¹⁸ La nuova competenza, attribuita dal protocollo 16, dovrebbe servire a migliorare e sviluppare l'interazione tra Corte EDU e giudici nazionali prima che la questione giunga a Strasburgo. In questa prospettiva, la Corte è chiamata a rendere un'interpretazione sulle disposizioni della Convenzione. Su tale Protocollo cfr. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 6.2.2019; R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione Giustizia*, 29.1.2019; F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2.10.2019; E. ALBANESI, *Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*, in *Consulta online*, 29.3.2021.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno, 2014, *Menesson c. Francia*, nello stesso senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 giugno 2014, *Labassée c. Francia*. I signori *Menesson*, due coniugi francesi, avevano chiesto la registrazione dell'atto di nascita di due gemelli, nati in Canada attraverso la tecnica della surrogazione di maternità. Il signor *Menesson* era il padre biologico, mentre la signora *Menesson* era la madre legale, o madre d'intenzione. Nella decisione del 2014, la Corte di Strasburgo si era già espressa nel senso che, con la mancata trascrizione dell'atto di nascita, lo Stato francese aveva violato l'articolo 8 della Convenzione, ledendo il diritto alla vita privata e familiare dei due minori. Secondo la Corte, infatti, la circostanza che i genitori, e in particolare il padre biologico, non abbiano rispettato il divieto di ricorrere alla tecnica di maternità surrogata previsto nell'ordinamento francese, non può prevalere sull'interesse dei minori a vedere riconosciuta la loro relazione almeno con il padre. L'interesse dello Stato al rispetto delle sue norme giuridiche, al contrario, deve essere considerato recessivo rispetto al superiore interesse dei minori coinvolti nel caso concreto.

procedura sia rapida e la relazione con il minore non subisca alcuna interruzione²⁰. Nel parere, la Corte sottolinea in modo particolare il valore del principio dei *best interests of the child*, che si sostanzia nel diritto del minore a mantenere le relazioni nelle quali si trova. Tale interesse deve prevalere anche su norme imperative del singolo Stato. Queste conclusioni, come si diceva, sono riprese nelle successive decisioni 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia e nella sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia. Si tratta di un passaggio fondamentale che contribuisce a dare forza vincolante alle affermazioni contenute nell'atto consultivo che, al contrario, come ricorda la stessa Corte costituzionale nella sentenza in commento, ai sensi dell'articolo 5 del Protocollo non ha forza vincolante né per lo Stato richiedente, né per gli altri, tantomeno per quelli che, come l'Italia, non hanno ancora ratificato il protocollo 16.

4. La Corte e la necessità di un indifferibile intervento del legislatore per porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore.

Rispetto al 2017, dunque, il contesto sovranazionale nel quale si inserisce la decisione in commento è significativamente mutato e questo mutamento del quadro sembra avere effetto sulla motivazione della decisione, anche se ciò evidentemente non emerge dal dispositivo di inammissibilità²¹.

Nella pronuncia, infatti, il giudice costituzionale afferma chiaramente che corrisponde all'interesse del bambino «accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo [...] ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia [...]». Tali legami «sono parte integrante della stessa identità del bambino» che vive in una determinata famiglia, a prescindere dal modo in cui essa sia formata e composta. In questa prospettiva, precisa ancora il giudice costituzionale, è interesse del minore che a essi sia dato riconoscimento «non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora,

In questo senso, il parere segna una discontinuità anche con la precedente giurisprudenza della Corte e, in particolare, con le due decisioni rese nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia. Affrontando tale caso, infatti, la Corte, in un primo tempo, aveva condannato l'Italia per aver allontanato dai suoi genitori intenzionali un minore nato in Russia da maternità surrogata. Successivamente, tuttavia, la Grande Camera ha ribaltato la decisione, ritenendo che non poteva configurarsi una violazione dell'articolo 8 della Cedu, perché tra il minore e i genitori intenzionali non sussisteva alcun legame biologico.²⁰ Cfr. Corte europea, 25 gennaio 2015, Paradiso Campanelli c. Italia e Corte europea, Grande Camera, 24 gennaio 2017, Paradiso Campanelli c. Italia. Su questa vicenda cfr. M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015, 243 ss.; C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2.3.2017 e C. MASCIOTTA, *La Grand Chambre pone un freno alla forza espansiva della «vita familiare»: uno stop all'attivismo giudiziario in tema di maternità surrogata nel caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *Osservatorio AIC*, 2/2017.

²¹ Sul ruolo, più generale, del contesto nel quale si inseriscono le decisioni della Corte costituzionale cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 61 ss e, più di recente, ID. *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in *Federalismi.it.*, 3/2021.

allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte»²².

Tali interessi, tuttavia, secondo la Corte, non possono avere una tutela incondizionata, ma devono essere «bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»²³.

Quest'ultimo è stato realizzato dalla Corte di Cassazione indicando la soluzione dell'adozione in casi particolari. Una simile soluzione, però, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, non può essere ritenuta sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori in quanto non è in grado di costituire un legame di vera e propria “filiazione” tra adottante e adottato e non si realizza attraverso modalità che garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, condizioni necessarie, secondo la Corte EDU, perché l'adozione sia considerata conforme all'interesse del minore.

Questa articolata motivazione spinge la Corte costituzionale a superare la sua precedente giurisprudenza nella quale, al contrario, la soluzione dell'adozione in casi particolari, individuata dalla giurisprudenza di merito e poi di legittimità, era stata considerata adeguata a realizzare l'interesse dei minori. Il giudice costituzionale rileva, infatti, che l'adozione in caso di maternità surrogata dovrebbe «essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983»²⁴. Essa non conferisce al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante e non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»)»²⁵.

L'inadeguatezza dell'istituto, del resto, è ben evidente al giudice costituzionale alla luce della vicenda decisa nella coeva sentenza n. 32 del 2021. Nel caso di coppia omogenitoriale in crisi, infatti, tale forma di adozione, che presuppone il consenso del genitore biologico, risulta, addirittura impraticabile, finendo per privare il minore di quelle garanzie funzionali al suo benessere, proprio nelle situazioni più delicate²⁶. In questo caso, il minore si trova nella assoluta impossibilità di mantenere le relazioni istaurate con il genitore di intenzione, finendo per essere ascritto alla categoria dei “nati non riconoscibili”²⁷.

²² Per tutte le citazioni tra virgolette, cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

²³ Così, Corte cost. sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.8 del *Considerato in diritto*.

²⁵ Così, ancora, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.8 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2021, punto 2.4.1.3 del *Considerato in diritto*. L'assenso del genitore biologico è necessario ai sensi dell'art. 46 della legge n. 184 del 1983.

²⁷ Così F. MANNELLA, *Oltre un serio avvertimento al legislatore? La Corte costituzionale e la nuova categoria di “nati non riconoscibili”. Nota alla sentenza n.32 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2021. Su questa decisione v. anche il commento di A. MATTEONI *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta online*, 2/2021.

A questo punto, tuttavia, il giudice costituzionale si ferma e pronuncia una sentenza di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore. Secondo la Corte, infatti, spetta al legislatore il compito di «adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori [...]»²⁸.

Alla luce di una così articolata motivazione, ci si può domandare quali siano le ragioni che, diversamente da un orientamento affermatosi di recente, che ha visto la Corte impegnata a superare il limite delle “rime obbligate”, la spingono ad arrestarsi per rispettare la discrezionalità del legislatore che, almeno “in prima battuta”, deve pronunciarsi in materia²⁹.

A ben guardare, scartata l'ipotesi della sentenza additiva, a fronte della pluralità di situazioni possibili, e della mera pronuncia ablatoria, perché una decisione di questo tipo avrebbe sanzionato l'incostituzionalità, ma avrebbe lasciato un ambito così delicato della vita delle persone privo di disciplina³⁰, al giudice costituzionale non restava neppure l'appiglio di un precedente monito inascoltato, in quanto, come si è cercato di chiarire, al contrario, nelle sentenze precedenti il ricorso all'adozione in casi particolari era stato ritenuto uno strumento adeguato a garantire l'interesse dei minori³¹. La Corte avrebbe potuto, tuttavia, procedere utilizzando la nota tecnica inaugurata nel cosiddetto caso Cappato con l'ordinanza n. 207 del 2018 cui è seguita la decisione additiva n. 242 del 2019, e riproposta in altre due occasioni, ma il giudice costituzionale decide di arrestarsi³².

²⁸ Così, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Su questa evoluzione della giurisprudenza costituzionale v. le ricostruzioni di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019; Id., *Corte e legislatore*, in *Dir. soc.*, 53 ss. Id., *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi.it*, 3/2021; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi.*, 780 ss. Sui complessi rapporti tra Corte costituzionale e legislatore sono tornati recentemente F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 791 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*, *ivi.*, 545 ss.

³⁰ Su questa possibile soluzione della questione, cfr. la posizione di Pinardi, secondo il quale, le decisioni di illegittimità accertata ma non dichiarata rappresentano un mancato esercizio della funzione di garanzia costituzionale, in quanto in questi casi la Corte viene meno al suo dovere di accogliere puramente e semplicemente la questione. Cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 92.

³¹ Anche nella sentenza n. 230 del 2020, infatti, la Corte non invita il legislatore ad intervenire, ma ritiene la scelta di tale intervento nella sua discrezionalità.

³² Secondo la ricostruzione proposta da Ruotolo, quando la Corte ricorre alla tecnica del caso “Cappato”, il limite diventa “relativo” perché, pur rimanendo insuperabile in “prima battuta”, può essere superato dalla Corte quando interviene in “seconda battuta”, a seguito dell'inerzia del legislatore. Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 664. Sulla tecnica inaugurata con il caso “Cappato”, tra i molti, cfr., per i profili di interesse di questo lavoro, C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità di aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 3/2019, 543 ss.; M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; S. CATALANO, *La sentenza 242 del*

E allora, le ragioni di tale pronuncia, rispettosa, sia pure “in prima battuta”, della discrezionalità del legislatore, vanno ricercate altrove³³.

Si può provare a ipotizzare che la Corte non si sia pronunciata perché si tratta di una materia fortemente divisiva e il giudice costituzionale su questi temi non si fa “avanguardia isolata”³⁴.

Come del resto è stato autorevolmente rilevato, quando un organo costituzionale decide, trae la sua legittimazione formale dalla Costituzione, ma sul piano sostanziale, si appoggia sulla storia e sulla cultura giuridica di un determinato paese, su «elementi che risultano legati all’accumulazione giurisprudenziale, all’autorevolezza dei precedenti, alla trasparenza degli argomenti adottati a sostegno delle pronunce, che, per la materia trattata, devono poter trovare rispondenza nel senso comune che si esprime attraverso i comportamenti della collettività»³⁵.

Tutte condizioni che nel caso *de quo* non sembrano sussistere per sostenere una decisione della Corte di segno diverso da quella adottata.

Che il tema della famiglia omogenitoriale rappresenti una questione complessa per la società, del resto, era emerso già nelle richiamate sentenze n. 221 del 2019 e 230 del 2020, relative all’accesso alla PMA per le coppie formate da due donne. A questo proposito, la Corte osservava che nel prendere in considerazione «la diversità di sesso dei componenti della coppia- condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha

2019: una pronuncia additiva molto particolare senza “rime obbligate”, in *Osservatorio AIC*, 2/2020; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l’esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020. La Corte ha utilizzato nuovamente la tecnica inaugurata nel caso Cappato nella successiva ordinanza n. 132 del 2020 relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, recentemente seguita dalla sent. n. 150 del 2021, e nella ord. n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo. Sulla pronuncia n. 132 del 2020, cfr. R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum quaderni costituzionali*, 3/2020; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 9.7.2020; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in *Consulta online*, 6.10.2020; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7.10.2020; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: l’ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, 5/2020; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020. Sulla ord. n. 97 del 2021 cfr., tra i molti commenti, D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*, in *Giustizia insieme*, 20.5.2021; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull’ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti Comparati*, 20.5.2021.

³³ Si sofferma sul fatto che la Corte non si tirerà indietro A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021.

Sulla minaccia della Corte cfr. anche M. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull’ omogenitorialità?*, in *Giustizia civile*, 2/2021.

³⁴ Per questa espressione cfr. N. ZANON, che nel saggio *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale” interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017 si sofferma sul problematico rapporto tra giurisprudenza della Corte costituzionale ed evoluzione della coscienza sociale; Id, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021. Sul rilievo della coscienza sociale, cfr. di recente, anche A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 4/2019, 523 ss.; V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 377 ss. Sul ruolo dell’evoluzione della coscienza sociale nella giurisprudenza in materia di famiglia cfr. G. SERGES, *Famiglia e matrimonio*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 587 ss. e A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti comparati*, 1/2017.

³⁵ Così, E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 16.

tenuto conto, d'altronde, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto»³⁶.

A queste difficoltà si aggiungono, nel caso specifico della surrogazione, pratica che riguarda sia le coppie formate da persone dello stesso sesso sia coppie formate da persone di sesso diverso, anche le perplessità nei confronti di tale tecnica, stigmatizzata espressamente dal giudice costituzionale.

L'intervento della Corte, inoltre, è reso difficile dalla complessità della materia sulla quale dovrebbe incidere³⁷. A questo proposito, in un passaggio della motivazione si rileva la «grande complessità sistematica»³⁸. Come è ormai chiaro dal caso Cappato, infatti, quando il giudice costituzionale fissa un termine al legislatore deve essere in grado di intervenire qualora quest'ultimo non si adegui alla sua pronuncia. Evenienza che, del resto, si è già realizzata anche in occasione della vicenda relativa al reato di diffamazione a mezzo stampa, nella quale la nuova tecnica è stata utilizzata³⁹.

Alla luce di queste molteplici considerazioni, il mutamento del contesto sovranazionale, come anche il cambio di prospettiva nel guardare la vicenda, dalla parte del figlio e non del genitore, non sono sufficienti a spingere il giudice costituzionale al di là delle rime obbligate, per lo meno "in prima battuta".

In questa prospettiva, la decisione della Corte se, da un lato, come si è detto, rappresenta un grande passo in avanti rispetto alla sua precedente giurisprudenza in materia, perché censura espressamente l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione in casi particolari, dall'altro, si espone all'accusa di denegata tutela costituzionale⁴⁰, che diventa più drammatica a fronte della sperimentata incapacità del legislatore di decidere su una questione tanto divisiva, come ha ampiamente dimostrato quanto avvenuto durante l'iter di approvazione della legge n. 76 del 2016⁴¹.

³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 13.1 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Per un'analoga osservazione rispetto alla ordinanza n. 18 del 2021 in materia di cognome dei figli v. E. MALFATTI, *Ricostruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, 1/2021, 12.

³⁸ Così, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*.

³⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 150 del 2021, che pur adottando una sentenza meramente ablatoria di una delle disposizioni censurate, si preoccupa dei suoi effetti sul sistema proponendo una interpretazione conforme a Costituzione dell'altra disposizione impugnata.

⁴⁰ Molto critica su questa decisione è G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2/2021.

⁴¹ Nel 2016, all'esito di un lungo iter parlamentare, è stata approvata la legge n. 76, in materia di unioni civili e convivenze di fatto. Tale legge ha disciplinato per la prima volta in Italia le unioni tra persone dello stesso sesso, regolando numerosi aspetti della vita in comune, ma non le relazioni che possono instaurarsi tra il figlio del genitore naturale e il partner unito civilmente. A dire il vero, il testo del disegno di legge conteneva una previsione volta a consentire l'adozione del figlio del partner, la cosiddetta *stepchild adoption*, che aveva suscitato un vivace dibattito nell'opinione pubblica. In particolare, l'art. 5 del disegno di legge Cirinnà, modificando l'articolo 44, lett. b), della legge n. 184 del 1983, prevedeva che potesse ricorrere all'adozione in casi particolari non solo, come è attualmente previsto, il coniuge del genitore biologico, ma anche «da parte dell'unione civile dello stesso sesso». Successivamente, con un maxiemendamento sul quale è stata posta la fiducia, che ha riscritto l'unico articolo di cui si compone la legge, è stato inserito il comma 20 che, con formula molto ambigua, prevede che «le disposizioni

E' indubbio, tuttavia, che spetti al legislatore considerare una realtà complessa e mediare tra i diversi interessi in gioco. Basti pensare che lo stesso superiore interesse del bambino, come bene è stato evidenziato dalla dottrina, è un principio ancipite, che può essere letto come *best interests of the child* o *best interests of children*, vale a dire migliori interessi del singolo bambino e migliori interessi dei bambini, come gruppo⁴². Per quanto riguarda la surrogazione di maternità, i migliori interessi del singolo bambino possono essere identificati con il mantenimento delle relazioni nelle quali si trova, ma per i bambini in generale, il loro interesse può essere individuato, per esempio, nel non divenire merce di scambio, nel non essere considerati un bene come un altro. Allo stesso tempo, non si può negare che è sempre nell'interesse del gruppo dei minori nati dalla surrogazione di venire trattati allo stesso modo degli altri minori, in quanto è ingiusto che ricadano su di loro le conseguenze di azioni commesse dagli adulti⁴³.

Pure alla luce di queste considerazioni, il modo in cui si è realizzata la gestazione per altri non è indifferente. Come dimostrano anche le posizioni della dottrina più aperta a tale pratica, il profilo dei contratti della gravidanza per altri non è affatto secondario, anzi è un aspetto qualificante per valutarla⁴⁴.

In questa prospettiva, il legislatore dovrà prendere in considerazione una questione che sicuramente è riconducibile al principio dei *best interests of the child*, perché incide significativamente sul diritto del minore all'identità personale: la relazione con la madre gestante. Infatti, tale relazione precede e affianca le relazioni con i genitori intenzionali⁴⁵. La dottrina più attenta non ha mancato di osservare come, sotto questo profilo, non sia indifferente il modo in cui la relazione che la madre gestante istaura con il bambino viene disciplinata nel paese nel quale avviene la maternità surrogata. In questa prospettiva, dovrebbe essere valutata negativamente, ad esempio, una disciplina legislativa che non tenesse conto della peculiare relazione affettiva che si crea tra una donna e il bambino che porta in grembo, non prevedendo che la madre possa

che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», ma «non si applica alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184» e, tuttavia, «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». All'indomani dell'entrata in vigore della legge, tale formula è stata interpretata nel senso di legittimare i giudici a individuare la soluzione caso per caso, come molti giudici avevano già fatto prima dell'approvazione della legge, facendo ricorso, nell'interesse del minore, all'istituto dell'adozione in casi particolari, oppure nel senso di escludere che potesse essere utilizzata questa forma mite di adozione.

Per questa definizione, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 16. In questa prospettiva, esso richiede, «rigidità e cioè l'esistenza di istituti e di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori di età considerati astrattamente nel loro insieme, come gruppo sociale o come categoria»,⁴² ma anche flessibilità «perché obbliga ad attribuire al giudice la possibilità di scegliere di volta in volta».

⁴² In questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 494 del 2002, sul riconoscimento dei figli incestuosi.

⁴⁴ In questo senso, cfr. L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006; ID. *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 204 ss.; B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna, un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 194 ss.

⁴⁵ La Corte sembra consapevole di questo delicato profilo nel passaggio della motivazione nel quale osserva: «non v'è dubbio, in proposito, che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia, *ovviamente senza che ciò abbia implicazioni quanto agli eventuali rapporti giuridici tra il bambino e la madre surrogata*». Cfr. Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.4 del *Considerato in diritto*, corsivo aggiunto.

rifiutarsi di consegnare il bambino fino al momento del parto, o entro un ulteriore lasso temporale successivo a questo,⁴⁶ e non garantendo la possibilità di richiamare anche il nome della madre nell'atto di nascita. Pratica che, al contrario, permetterebbe al bambino di conoscere «la “verità” delle relazioni complesse che hanno consentito la sua nascita»⁴⁷.

Insomma, la strada per il legislatore, se mai deciderà di intraprenderla, si rivela tutt'altro che tracciata.

⁴⁶ Cfr., ancora, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 220 ss., secondo la quale, la gravidanza per altri non dovrebbe essere possibile sacrificando il nome della madre e con esso la relazione che si instaura durante la gravidanza. Sulla stessa linea v., anche, C. BOTTI, *Riproduzione, soggettività e relazioni*, in *Leggendaria*, 115, 2016, 27 che si sofferma sul fatto che alla donna che porta avanti la gravidanza per altri dovrebbe sempre essere riconosciuto il diritto di decidere «se interrompere la gravidanza con un aborto (ovvero rifiutarsi di farlo se le viene richiesto), oppure tenersi il/la bambino/a alla nascita».

⁴⁷ Così, B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, cit., 220.



Elisa Olivito*

I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*

SOMMARIO: 1. L'ordinanza n. 131 del 2021 nel contesto dell'ordinanza di rinvio. – 2. Dagli OPG alle REMS: una questione di politica legislativa e di attuazione della riforma. – 3. I poteri istruttori della Corte in funzione di monito anticipato e di stimolo per il legislatore (con un occhio a Strasburgo)? – 4. Qualche considerazione finale.

1. L'ordinanza n. 131 del 2021 nel contesto dell'ordinanza di rinvio.

Lo scorso giugno, al fine di acquisire informazioni utili alla decisione, la Corte costituzionale ha ritenuto di esercitare i suoi poteri istruttori pronunciando l'ordinanza n. 131. Il provvedimento è stato accompagnato da un comunicato ufficiale, nel quale si rimarca che la richiesta di informazioni è stata avanzata con riferimento alle difficoltà registrate nella concreta applicazione delle misure di sicurezza nei confronti degli autori di reato infermi di mente e socialmente pericolosi.

L'ordinanza si distingue in primo luogo per il fatto di essere numerata, poiché a partire dal 1987 la Corte ha preferito ricorrere a ordinanze istruttorie non numerate e, quindi, non pubblicate nella Gazzetta ufficiale. Ciò ha costituito un evidente ostacolo alla conoscibilità sia delle richieste

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza".

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

istruttorie sia, conseguentemente, del modo di esercizio dei poteri istruttori, come è stato prontamente e più volte rimarcato dalla dottrina¹.

Essa colpisce, inoltre, soprattutto per il merito dei quesiti posti dalla Corte e per la posta in gioco, per comprendere i quali è necessario fare un passo indietro ed esaminare l'ordinanza di rinvio.

Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale di alcune norme², in relazione agli articoli 27 e 110 Cost., nella parte in cui, attribuendo alle Regioni e agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (d'ora in avanti REMS), escludono la competenza del Ministro della giustizia in relazione all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva provvisoria. Esse violerebbero, inoltre, gli articoli 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., nella parte in cui consentono di adottare disposizioni generali in materia di misure di sicurezza attraverso atti amministrativi, in violazione della relativa riserva di legge.

La questione di costituzionalità trae origine dalla vicenda giudiziaria riguardante una persona indagata per il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, che al momento della commissione del fatto era in stato di totale incapacità di intendere e di volere, perché affetta da disturbo di psicosi schizo-affettiva con tratti antisociali e perché dedita al sistematico abuso di alcolici. L'indagato, che aveva sempre rifiutato le cure e non collaborava con le strutture sanitarie preposte al trattamento terapeutico, era stato pertanto riconosciuto come persona socialmente pericolosa e nei suoi confronti era stata disposta in via provvisoria la misura di sicurezza detentiva del ricovero presso una REMS (artt. 206 c.p. e 312 c.p.p.), da individuarsi a cura del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti DAP) nel rispetto del criterio della territorialità. Per far fronte alla pericolosità sociale del prevenuto, l'applicazione di una misura di sicurezza non contenitiva era stata, infatti, ritenuta insufficiente, anche perché avrebbe richiesto la collaborazione del soggetto.

La misura di sicurezza provvisoria detentiva del ricovero in REMS non era stata, però, eseguita, per mancanza di disponibilità di posti nelle strutture presenti sul territorio regionale e per l'impossibilità dell'amministrazione penitenziaria di disporre un trasferimento al di fuori della Regione, sia per mancanza di competenza in materia di gestione delle REMS – affidato al servizio sanitario regionale – sia in virtù del principio della territorialità delle cure che, insieme ai principi della residualità, della transitorietà e del reinserimento sociale, presiede alla gestione delle REMS. Disposta conseguentemente la misura di sicurezza provvisoria non detentiva della libertà vigilata

¹ Di recente si segnala, tuttavia, l'ordinanza istruttoria pubblicata come allegato in calce alla sentenza n. 197/2019.

Sull'importanza della conoscenza diretta delle richieste istruttorie, tra i molti e solo da ultimo, cfr. G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2020, 380 ss.

Per alcuni dati sul punto si veda, invece, M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 60 ss.

² Ordinanza n. 110/2020, con riferimento agli articoli 206 e 222 c.p., nonché all'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 9/2012, come modificato dall'art. 1 comma 1 lett. a) del decreto-legge n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81/2014.

presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico-riabilitativi a carattere estensivo, neppure questo provvedimento aveva avuto buon esito, poiché l'indagato aveva sistematicamente rifiutato il ricovero residenziale o se ne era allontanato, non sottoponendosi ad alcuna delle terapie imposte.

Ad avviso del giudice rimettente, l'impossibilità di dare esecuzione alla misura del ricovero in REMS sarebbe una diretta conseguenza del vigente assetto normativo, che da un lato ha affidato esclusivamente al servizio sanitario regionale sia la gestione del flusso dei dati relativi ai pazienti nelle diverse fasi della misura di sicurezza sia il tracciamento delle disponibilità di posti, dall'altro ha rimesso ad atti di natura non regolamentare l'intera disciplina del ricovero in REMS e dei connessi requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi.

Dalle difficoltà applicative della normativa che ha portato al graduale smantellamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (d'ora in avanti OPG) e dalle disfunzioni attribuite alla gestione sanitaria regionale delle misure di sicurezza detentive il giudice *a quo* ha, quindi, desunto due motivi di incostituzionalità³. Su di essi è opportuno soffermarsi per comprendere meglio i termini e il contesto in cui si colloca l'ordinanza istruttoria, poiché, ferma restando la fumosità delle argomentazioni utilizzate dal giudice rimettente, quei motivi denotano una lettura prevalentemente securitaria delle misure di sicurezza per i c.d. folli rei, che contraddice la *ratio* della normativa indubbiata.

Quanto al primo motivo di incostituzionalità, pesa innanzitutto l'inquadramento penalistico della misura di sicurezza detentiva provvisoria del ricovero in REMS che, secondo il Gip di Tivoli, pur avendo carattere terapeutico, è una forma di restrizione della libertà personale diversa da quella derivante dall'esecuzione di un trattamento sanitario obbligatorio. In ragione della pericolosità sociale dell'autore di reato che, per infermità mentale al momento della commissione del fatto, deve essere sottoposto al ricovero in REMS, tale misura ha l'obiettivo di tutelare non solo la salute della persona sottoposta al ricovero, ma anche la vita e l'incolumità dei terzi.

L'esecuzione del provvedimento è, pertanto, ritenuta sostanzialmente assimilabile all'esecuzione di una misura giudiziaria penale restrittiva della libertà personale e in conseguenza di ciò andrebbe affidata al Ministro della giustizia, che sovrintende all'Amministrazione penitenziaria ed è responsabile, ai sensi dell'art. 110 Cost., dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. L'attribuzione esclusiva dell'esecuzione delle misure di sicurezza a tale organo è, inoltre, desunta dal secondo comma dell'art. 117 Cost., là dove prevede che spetti in via esclusiva allo Stato la potestà legislativa in materia di ordine pubblico e sicurezza, giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale (lettere *b* e *l*).

Tuttavia, avendo previsto l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS e la sola sicurezza perimetrale esterna, con la soppressione di ogni forma di presidio di sicurezza interna e la destinazione a tali strutture di soggetti provenienti di norma dal solo territorio regionale, la normativa indubbiata avrebbe determinato la completa estromissione del Ministro della giustizia

³ Cfr. A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1978, 333 ss.

e del DAP da qualsiasi funzione in materia di misure di sicurezza nei confronti di infermi di mente, ponendosi così in contrasto, secondo il giudice rimettente, con le summenzionate disposizioni costituzionali.

In merito al secondo motivo di incostituzionalità, il giudice *a quo* argomenta che, poiché la misura di sicurezza detentiva del ricovero in REMS soggiace alla riserva di legge in materia penale *ex art. 25 Cost.*, tale disposizione sarebbe stata violata dalle norme in oggetto. Esse avrebbero consentito la delegificazione della materia, rimettendo di fatto l'intera disciplina del ricovero in REMS e dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali a un decreto da emanarsi di concerto da parte del Ministro della salute e del Ministro della giustizia, decreto poi adottato il 1° ottobre 2012 e qualificato dal Gip come decreto ministeriale di natura non regolamentare contenente disposizioni generali in materia di misure di sicurezza.

Per entrambi i motivi, gli argomenti del giudice rimettente appaiono, tuttavia, carenti e contraddittori, tanto da prefigurare una decisione di inammissibilità, che potrebbe ciononostante essere accompagnata – come si dirà – da un monito rafforzato, rivolto anche e non solo al legislatore.

Quanto al primo motivo, nel testo dell'ordinanza il Gip di Tivoli evoca l'art. 117, secondo comma, Cost., senza poi menzionarlo tra i parametri costituzionali che assume essere stati violati; tra questi parametri viene indicato, invece, l'art. 27 Cost., senza che nelle motivazioni tale motivo di incostituzionalità sia minimamente sviluppato. Il giudice *a quo*, inoltre, prospetta una pronuncia manipolativa (“nella parte in cui escludono”), ma non indica chiaramente il verso della richiesta addizione⁴.

Con riferimento al secondo motivo, il giudice rimettente indica tra i parametri costituzionali anche gli articoli 2 e 3 della Costituzione, senza che nel testo dell'ordinanza siano portati argomenti al riguardo. È, inoltre, apodittica e oscura la qualificazione del decreto ministeriale del 1° ottobre 2012 come atto di natura non regolamentare, che avrebbe attuato una forma di delegificazione, non essendo chiari i termini in cui la delegificazione sarebbe avvenuta e quale rapporto vi sarebbe tra il suddetto decreto e l'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011.

Occorre, pertanto, riflettere sulle ragioni che hanno spinto la Corte ad adottare l'ordinanza istruttoria in commento. Essa sembra, invero, sottendere questioni che vanno al di là sia del perimetro della questione promossa dal giudice *a quo* sia, a parere di chi scrive, delle decisioni che il giudice costituzionale potrebbe adottare nel merito.

2. Dagli OPG alle REMS: una questione di politica legislativa e di attuazione della riforma

⁴ Sul punto si vedano innanzitutto F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss.

Per la più recente giurisprudenza costituzionale sulle richieste di pronunce manipolative e sull'attenuazione del requisito delle rime obbligate si veda, però, tra gli altri, G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 2 ss.

Per cogliere la portata e la novità dell'ordinanza n. 131/2021 è necessario compiere un altro passo indietro e ricordare non tanto i passaggi normativi mediante i quali il sistema degli OPG è stato gradualmente superato in favore di un sistema basato, negli auspici, sulla marginalizzazione e sull'inserimento delle REMS in una più fitta rete di servizi psichiatrici territoriali⁵, quanto piuttosto la *ratio* e le scelte di politica legislativa che sono sottese al nuovo sistema di esecuzione delle misure di sicurezza detentive per autori di reato infermi di mente.

Un'analisi approfondita del nuovo sistema, che pure presenta aspetti problematici per via del controverso rapporto tra misure di sicurezza, infermità di mente e (presunzione di) pericolosità sociale⁶, prenderebbe troppo spazio⁷. Basti nondimeno ricordare che, nell'ambito di un più vasto intervento sulla sanità penitenziaria, il processo di riforma per l'applicazione delle suddette misure di sicurezza ha preso avvio con quell'art. 3-ter del decreto-legge n. 211/2011, sul quale si concentrano le attenzioni del giudice rimettente, ed è poi approdato alla legge n. 81/2014, che ha modificato il decreto legislativo n. 52/2014.

I criteri indicati dall'art. 3-ter per definire i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle REMS⁸, unitamente all'ulteriore indicazione del decreto ministeriale 1° ottobre 2012, per cui ogni struttura ha un massimo di venti posti, traducono altrettanti punti cardine della riforma, successivamente corroborati dalla legge n. 81/2014.

Tali punti cardine sono costituiti, in particolare, dai principi che ora presidono all'applicazione e all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, ovverosia il principio di territorialità, il principio dell'inclusione e del reinserimento sociale, il principio di *extrema ratio* e i principi di transitorietà e di residualità delle misure di sicurezza detentive. Essi, complessivamente intesi, sono tesi a orientare le misure di sicurezza detentive preminentemente verso le esigenze di tutela della salute mentale e di cura dei pazienti autori di reato, nell'idea che il contemperamento con le esigenze di sicurezza e di tutela della collettività non debba tradursi nella prevalenza di queste su quelle.

⁵ Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015, 23 ss.

A questo proposito, peraltro, la Corte costituzionale ha rimarcato che «le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione» (sentenza n. 99/2019, punto 3.2 del *Considerato in diritto*).

⁶ Basti solo pensare, per le ricadute pratiche, a ciò che è stato evidenziato, tra l'altro, dalla Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale, istituita dal Senato il 30 luglio 2008 e presieduta da Ignazio Marino, nella *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari* (20 luglio 2011), in merito alla necessità di «porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne, che dovrebbero essere individuate e messe a disposizione dai competenti Dipartimenti di salute mentale. In questo modo, il luogo della cura e dell'esecuzione della misura di sicurezza sembra essere condizionato dall'inefficienza dei servizi psichiatrici, i quali non riescono a provvedere alle necessità più complesse e gravose dei pazienti psichiatrici autori di reato».

⁷ Si veda, tra i molti, M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 82 ss.

⁸ Ci si riferisce innanzitutto all'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture, alla sola attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna e alla destinazione delle strutture ai soggetti provenienti, di norma, dal territorio regionale di ubicazione delle medesime.

L'esclusiva gestione sanitaria delle strutture residenziali e il principio della territorialità del ricovero esprimono, in particolare, la predilezione per l'attuazione dei trattamenti terapeutici e riabilitativi in contesti residenziali e territoriali, poiché la presa in carico dei servizi di salute mentale del luogo di residenza o di provenienza della persona interessata è tesa a scongiurare il suo sradicamento dal territorio e, quindi, le correlate difficoltà di reinserimento al termine delle cure o della fase di acuzie⁹.

Al rafforzamento di questi principi ha, del resto, contribuito la Corte costituzionale, che con alcune pronunce ne ha delineato sia i contorni sia l'ancoraggio costituzionale. Il giudice costituzionale ha, infatti, avuto modo di affermare che, tra le due polarità della cura dell'infermo di mente e del contenimento della sua pericolosità sociale, «le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente [...]: e pertanto, ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze»¹⁰.

Nondimeno, se sul punto la Corte ha avuto modo di intervenire in diverse occasioni, in special modo censurando alcuni automatismi legislativi¹¹, resta fermo che la delimitazione del sistema delle misure di sicurezza detentive per gli autori di reato infermi di mente è una questione di politica legislativa. Ciò comporta che siano compiute ponderazioni complesse e che siano fatte

⁹ Come ricorda A. CALCATERRA, *Misura di sicurezza con ricovero in REMS: il ritorno al passato no!*, in *Diritto penale e uomo*, 6/2020, 7 s.

¹⁰ Corte cost., sentenza n. 253/2003, punto 2 del *Considerato in diritto*.

Si veda altresì la sentenza n. 73/2020, punto 4.4 del *Considerato in diritto*: «[L]a misura di sicurezza dovrebbe auspicabilmente essere conformata in modo da assicurare, *assieme*, un efficace contenimento della pericolosità sociale del condannato e adeguati trattamenti delle patologie o disturbi di cui è affetto (secondo il medesimo principio espresso dalla sentenza n. 253 del 2003, in relazione al soggetto totalmente infermo di mente), nonché *fattivo sostegno rispetto alla finalità del suo «riadattamento alla vita sociale»* – obiettivo quest'ultimo che, come recentemente rammentato dalla sentenza n. 24 del 2020, il legislatore espressamente ascrive alla libertà vigilata (art. 228, quarto comma, cod. pen.), ma che riflette *un principio certamente estensibile, nell'attuale quadro costituzionale, alla generalità delle misure di sicurezza»* (corsivi miei).

¹¹ Oltre alla sentenza 253/2003, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 c.p. (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale, occorre ricordare la sentenza n. 367/2004, che similmente ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale.

Ma si vedano anche la sentenza n. 186/2015, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera *b*), del decreto-legge n. 52/2014, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 n. 81/2014, nelle parti in cui stabilisce che l'accertamento della pericolosità sociale “è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale” e che “non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”, e la sentenza n. 99/2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, della legge n. 354/1975, nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter.

scelte di non poco momento, che spettano in prima battuta al legislatore¹². Allo stesso modo, le disfunzioni e le criticità che hanno accompagnato l'attuazione della riforma, rischiando di minarne la credibilità, reclamano interventi strutturali e, a monte, valutazioni di natura politica, il cui peso e i cui tratti non possono ricadere sul (e non competono al) giudice costituzionale.

Il passaggio dagli OPG alle REMS si è, difatti, innestato su una riforma dai piedi fragili. Nel prevedere la chiusura degli OPG e fissare il limite massimo di applicazione delle misure di sicurezza detentive¹³, il legislatore non ha messo in conto che la predisposizione di percorsi terapeutico-riabilitativi per gli internati con vizio di mente presuppone sia la garanzia di molteplici condizioni materiali, strutturali e istituzionali, affinché l'attuazione delle misure avvenga sulla base dei principi già richiamati, sia la capacità del contesto politico, culturale e sociale di «recepire le scelte normative in ordine al rapporto tra salute mentale e sistema penale»¹⁴.

Alla prova dei fatti sono, pertanto, emerse diverse problematiche: *i.* la fragilità e l'inadeguatezza del tessuto socio-territoriale e di quello istituzionale, che avrebbero dovuto invece sostenere l'attuazione della riforma non solo nell'ipotesi di carenza delle strutture¹⁵; *ii.* la difficoltà di assicurare azioni sinergiche tra le istituzioni coinvolte, al fine di individuare la migliore risposta alle esigenze di cura dei rei infermi di mente; *iii.* l'utilizzo niente affatto residuale delle misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive, con conseguente formazione di lunghe liste d'attesa, dovute non tanto al ridotto numero di posti in ciascuna struttura o al numero di strutture disponibili¹⁶, bensì soprattutto alle richieste di applicazione provvisoria di misure di sicurezza¹⁷.

Tali criticità, nel loro insieme, rischiano di frustrare sia le esigenze di cura della persona su base sanitaria e territorializzata, sia quelle di difesa sociale.

L'esigenza di cura è frustrata quando la persona destinataria della misura di sicurezza detentiva, essendo già soggetta a misura di custodia cautelare e non potendo essere ricoverata in REMS per l'insufficienza di posti, è trattenuta in carcere fino a quando il ricovero non si renda possibile,

¹² La Corte costituzionale aveva, d'altronde, già rimarcato che «solo il legislatore (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, non può omettersi di rilevare ancora una volta) può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza, con particolare riguardo a quelle previste per gli infermi di mente autori di fatti di reato, e ancor più di una riorganizzazione delle strutture e di un potenziamento delle risorse» (Corte cost., sentenza n. 253/2003, punto 3 del *Considerato in diritto*, corsivi miei).

¹³ A questo proposito l'art. 1, comma 1-*quater*, del decreto-legge n. 52/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81/2014, ha stabilito che le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

¹⁴ M. PELISSERO, *Misure di sicurezza e REMS: una disciplina a metà del guado*, cit., 85.

¹⁵ Cfr. G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra Opg e Rems*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015, 14 ss.

¹⁶ Al riguardo si è, peraltro, osservato che «[s]e tutte le persone che sono in lista di attesa nel 2020 potessero entrare in REMS grazie a una moltiplicazione dei posti disponibili avremmo nuovamente degli OPG, più puliti e con strutture più decenti, ma con gli stessi numeri»: K. PONETI, *Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiudere*, in *L'Altro Diritto*, 11 maggio 2021, 43.

Per una diversa prospettiva sul ricorso della magistratura alle misure di sicurezza si veda P. DI NICOLA, *Vademecum per tentare di affrontare (e risolvere) il problema dell'assenza di posti nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2017, 2 ss.

¹⁷ Come da ultimo ricordato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, secondo il quale il numero delle misure di sicurezza provvisorie dimostra «un rapporto ancora 'acerbo' della Magistratura con la nuova configurazione del sistema dopo la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari»: *Relazione al Parlamento 2021*, 228, rinvenibile all'indirizzo www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

determinandosi così una situazione di illegittima detenzione priva di giustificazione costituzionale.

Per quanto concerne invece l'esigenza di difesa sociale, se la misura di sicurezza detentiva raggiunge una persona libera e non vi sono posti disponibili in REMS, il soggetto resta libero, «senza alcuna concreta possibilità di governarne le azioni, fino a quando non commette un reato per il quale sia prevista la custodia cautelare o non perde del tutto il controllo di sé, finendo sottoposto ad un TSO. Con buona pace della sicurezza pubblica e per lo più di quella dei familiari, solitamente i più coinvolti in questo genere di dinamiche»¹⁸.

3. I poteri istruttori della Corte in funzione di monito anticipato e di stimolo per il legislatore (con un occhio a Strasburgo)?

Dall'ordinanza di rinvio si evince pianamente che nelle difficoltà di esecuzione delle misure di sicurezza detentive il giudice rimettente intravede il segno di una più generalizzata e generica inefficienza della gestione sanitaria e territorializzata delle REMS, così come previsto dalla normativa di riforma. A sostegno di tale impostazione il gip di Tivoli richiama due risoluzioni del Consiglio superiore della magistratura (d'ora in avanti CSM) in cui, sulla base dell'istruttoria svolta per verificare l'impatto giudiziario delle disposizioni sul superamento degli OPG, sono state indicate direttive interpretative ed applicative, nonché protocolli operativi per l'esecuzione delle misure di sicurezza psichiatriche.

Le due risoluzioni sono state l'occasione per rimarcare alcuni problemi applicativi e sistematici, quali: *i.* l'esistenza di dubbi circa l'applicabilità delle norme sull'ordinamento penitenziario alle nuove istituzioni; *ii.* lo squilibrio numerico tra posti disponibili e richieste di disponibilità da parte delle autorità giudiziarie competenti, anche per via del fatto che alle strutture residenziali sono sempre più spesso assegnate persone soggette all'applicazione di tali misure in via provvisoria; *iii.* la conseguente attrazione dell'imputato nel circuito delle REMS in assenza delle caratteristiche idonee al recupero e alla cura del suo stato psicofisico, perché l'irrogazione provvisoria della misura di sicurezza avviene allo stato degli atti e con una conoscenza limitata della sua storia personale e del profilo di salute; *iv.* il nodo del computo e degli effetti del termine di durata massima del ricovero in REMS; *v.* l'esigenza della magistratura giudicante di adeguata e costante conoscenza delle risorse e delle soluzioni offerte dai servizi di salute mentale sul territorio, attraverso un rapporto di collaborazione e di scambio di informazioni e la sottoscrizione di protocolli operativi e programmi di formazione¹⁹.

¹⁸ M. PATARNELLO, *Le Rems: uscire dall'inferno solo con le buone intenzioni*, in www.questionegiustizia.it (20 giugno 2020), il quale da un lato riconosce, come qui si sostiene, che il gip di Tivoli chiede alla Corte costituzionale «un intervento difficile, dal punto di vista del valore politico aggiunto necessario rispetto alla manipolazione del testo vigente», ma dall'altro lato ritiene che «resterebbe comunque un'ampia gamma di possibilità per la Corte di indicare il percorso di un intervento legislativo necessario o almeno suonare un campanello di allarme ultimativo, rispetto ad un'indifferenza tanto prolungata quanto indifendibile» (*ibidem*).

¹⁹ Cfr. Risoluzione del 19 aprile 2017, avente ad oggetto *Direttive interpretative ed applicative in materia di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) e di istituzione delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, di cui alla legge n. 81 del 2014; Risoluzione del 24 settembre 2018, avente a oggetto *Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche*.

Alla luce di quanto appena osservato e sulla base dei quesiti che la Corte rivolge, per quanto di rispettiva competenza, al Ministro della giustizia, al Ministro della salute, al Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché, limitatamente al quesito di cui alla lettera *m*), al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, rimane da chiedersi perché il giudice costituzionale necessiti di informazioni e di dati tanto dettagliati per decidere la questione di legittimità costituzionale.

Alle predette Autorità la Corte chiede:

a) quante e quali siano, attualmente, le REMS attive sul territorio di ciascuna Regione e quanti pazienti siano effettivamente ospitati in ciascuna di esse;

b) quanti pazienti provenienti da Regioni diverse siano ospitati attualmente nelle REMS di ciascuna Regione e come sia regolamentato il meccanismo di deroga al principio di territorialità dell'esecuzione della misura del ricovero in REMS, previsto dall'art. 3-ter, comma 3, lettera *c*), del decreto-legge n. 211/2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 9/2012;

c) quante persone risultino attualmente collocate, in ciascuna Regione, nelle liste d'attesa per l'ammissione in una REMS e quanto sia il tempo medio di permanenza in tali liste;

d) quante siano, su scala nazionale, le persone destinatarie di un provvedimento di assegnazione a una REMS ancora non eseguito, adottato in via definitiva o provvisoria dal giudice;

e) quali siano, ovvero siano stati, nel caso di persone definitivamente prosciolte per infermità di mente, i titoli di reato contestati alle persone di cui alla lettera *d*);

f) quante di tali persone risultino allo stato collocate in una struttura penitenziaria sulla base di ordinanze di custodia cautelare, ovvero in reparti ospedalieri di medicina psichiatrica sulla base di ordinanze di custodia cautelare in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), o ancora siano sottoposte *medio tempore* alla misura di sicurezza della libertà vigilata, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*;

g) quali siano le principali difficoltà di funzionamento dei luoghi di cura per la salute mentale esterni alle REMS per gli imputati e le persone prosciolte in via definitiva, che siano risultati affetti da infermità mentale;

h) se esistano, e in caso affermativo come operino, forme di coordinamento tra il Ministero della giustizia, il Ministero della salute, le aziende sanitarie locali e i Dipartimenti di salute mentale, volte ad assicurare la pronta ed effettiva esecuzione, su scala regionale o nazionale, dei provvedimenti di applicazione, in via provvisoria o definitiva, di misure di sicurezza basate su una duplice valutazione di infermità mentale e di pericolosità sociale dell'interessato;

i) quali specifiche competenze esercitino, in particolare, il Ministro della giustizia e il Ministro della salute rispetto a tale obiettivo;

j) se il ricovero nelle REMS, ove disposto dal giudice, nonché gli altri trattamenti per la salute mentale disposti sulla base di un provvedimento di libertà vigilata rientrino nei livelli essenziali di assistenza, che le Regioni sono tenute a garantire;

k) se sia attualmente effettuato dal Governo uno specifico monitoraggio sulla tempestiva esecuzione dei provvedimenti di applicazione delle misure di sicurezza in esame;

l) se sia prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche Regioni;

m) se le riscontrate difficoltà siano dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie, ovvero ad altre ragioni;

n) se siano attualmente allo studio progetti di riforma legislativa, regolamentare od organizzativa per ovviare alle predette difficoltà e rendere complessivamente più efficiente il sistema di esecuzione delle misure di sicurezza applicate dal giudice nei confronti delle persone inferme di mente.

La Corte valorizza, in questo modo, i suoi poteri istruttori e utilizza il canale più consueto per immettere elementi fattuali nel giudizio di costituzionalità²⁰, probabilmente anche grazie alla spinta che di riflesso è scaturita dalle recenti modifiche delle Norme integrative su esperti e *amici curiae*²¹.

Nel caso di specie occorre, nondimeno, capire quale sia la direzione verso cui spinge l'acquisizione di tali elementi, dal momento che molti di essi esulano del tutto dai termini della *quaestio* e, quindi, dal chiesto (in particolare, lettere e, j, l, n), mentre altri alludono a criticità già desumibili, ad esempio, dalle richiamate risoluzioni del CSM (restanti lettere).

Dai quesiti formulati nell'ordinanza si desume che l'attività istruttoria predisposta dalla Corte è volta ad acquisire al giudizio sulle leggi la conoscenza di fatti che si pongono a cavallo tra fatti endoprocessuali e fatti extraprocessuali. Ciò conferma che la netta distinzione tra gli uni e gli altri non è affatto agevole, non solo perché i fatti endoprocessuali possono essere di per sé forieri di più ampie considerazioni attinenti a fatti extraprocessuali²², ma anche perché, come nel caso in questione, la Corte chiede ad altre autorità di fornire dati e informazioni, che solo per un verso attengono alla vicenda processuale da cui è scaturita la *quaestio*.

I quesiti sembrano, invero, preordinati soprattutto a rafforzare l'idea che gli elementi di valutazione desumibili per via istruttoria suggeriscano in definitiva una riforma della materia (lettera n), collocandosi pertanto tra il livello della norma-oggetto e quello della motivazione della successiva decisione costituzionale²³.

²⁰ Sul punto cfr. M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, *La giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 1985, 233 ss.

²¹ Per alcune riflessioni sul punto si rinvia a E. OLIVITO, *Il processo costituzionale si apre alla società civile? Le necessarie cautele*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 1071 ss.

²² Su tale distinzione e sul labile confine tra fatti endoprocessuali e fatti extraprocessuali sia consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 4 ss.; EAD., *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 137 ss.

²³ La distinzione fra tre livelli di attività conoscitiva della Corte (norma-parametro, norma-oggetto, motivazione del giudizio) è ripresa da A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1498, il quale peraltro riteneva che, quando l'attività conoscitiva della Corte incide direttamente sulla motivazione, «ha lo scopo di procurare asserzioni di fatto dirette a rendere più convincente la decisione adottata. In tal caso però trattandosi di un elemento inessenziale, le informazioni che la Corte ritiene opportuno procacciarsi dovrebbero essere preferibilmente acquisite o attraverso le notizie di fatto allegate dalle parti o in via assolutamente informale. Poiché, se così non fosse, la richiesta formale di dati potrebbe avere il senso di un ingiustificato *atto dilatorio*, che, in certi casi, potrebbe essere di pregiudizio al godimento di taluni diritti fondamentali, senza avere la contropartita della sua rilevanza essenziale per il giudizio» (*ivi*, 1499-1500, corsivi miei).

Si tratta di fatti che, per un verso, gettano luce sulle norme oggetto della questione di legittimità costituzionale, perché sono ritenuti utili a individuare la c.d. situazione normativa, ossia la disposizione normativa per come essa è applicata (o non applicata) nella realtà²⁴, ma per l'altro verso travalicano la stretta situazione normativa, riportando l'attenzione su elementi che meglio si addicono a considerazioni di politica del diritto.

Se da un lato si rientra nell'ipotesi in cui l'ordinanza istruttoria «tende ad acquisire elementi di conoscenza relativi al modo in cui la legge è stata applicata, ai criteri cui l'autorità amministrativa si è attenuta e, dunque, relativi alla vita della norma nella realtà concreta»²⁵, dall'altro lato si ha l'impressione che i quesiti insistano prevalentemente sulle carenze strutturali e sistemiche delle misure di sicurezza detentive.

E dal momento che «la prassi applicativa di un disposto normativo non può mai costituire oggetto del controllo della Corte in sede di giudizio sulle leggi [...] [potendo semmai] essere la *chiave di lettura* di quel disposto, almeno se ricorrono talune condizioni (saldezza ed inequivocità della prassi stessa)»²⁶, la conoscenza delle difficoltà di esecuzione delle misure di sicurezza detentive nei confronti delle persone inferme di mente prelude a una sorta di analisi di adeguatezza della normativa indubbiata, con intenti di monito e di stimolo, ma anche a scopo cautelativo.

Al riguardo, è innanzitutto opportuno ricordare che dalla giurisprudenza costituzionale è già emersa la differenza tra questioni di costituzionalità ammissibili, perché aventi a oggetto automatismi legislativi ai quali la Corte è in grado di porre rimedio, e questioni di costituzionalità inammissibili o infondate, perché tramite esse il giudice *a quo* chiede «interventi normativi o *fattuali*»²⁷, esorbitanti dai poteri del giudice costituzionale, quali ad esempio la mera eliminazione della misura di sicurezza o la sua sostituzione con misure alternative di creazione giurisprudenziale, ovvero ancora quando è denunciata la cronica inadeguatezza delle strutture degli OPG. Ancor di più, il giudice costituzionale ha rimarcato che «incombe sul legislatore il dovere di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture interne ed esterne al carcere»²⁸.

Si ha, nondimeno, l'impressione che dietro l'ordinanza n. 131 del 2021 vi sia un convitato di pietra e che l'esercizio del potere istruttorio serva alla Corte per suonare un campanello d'allarme e porre l'accento su problematiche emerse da tempo, sebbene *rebus sic stantibus* la soluzione di tali

²⁴ Sulla nozione di situazione normativa si veda A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1988, 55 ss., nonché ID., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 107 ss.

²⁵ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 1356.

²⁶ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 533 s. (corsivi dell'A.).

²⁷ Corte cost., sentenza n. 367/2004, punto 3 del *Considerato in diritto* (corsivo mio), che richiama la sentenza n. 228/1999 («l'ordinamento vigente può essere considerato meritevole di revisione e di correttivi [...]; e agli eventuali correttivi non può certo provvedere questa Corte, essendo le diverse opzioni possibili rimesse unicamente a scelte discrezionali del legislatore») e l'ordinanza n. 88/2001 («tramite i quesiti di costituzionalità sollevati, i giudici rimettenti chiedono in sostanza alla Corte interventi additivi di revisione della disciplina delle misure di sicurezza applicabili nel caso di proscioglimento dell'imputato per infermità psichica»).

²⁸ Corte cost., sentenza n. 99/2019, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

nodi – a parere di chi scrive – sia al di fuori delle sue disponibilità decisorie. La richiesta istruttoria potrebbe, quindi, avere l'inusuale intento di richiamare l'attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche sulle già menzionate difficoltà applicative della riforma, facendo sì che vi sia un intervento in tempo utile ovvero prima che sia troppo tardi.

Difatti, sebbene il giudice *a quo* non ne faccia menzione, il sistema delle misure di sicurezza detentive per gli infermi di mente, in particolare per ciò che concerne l'indisponibilità di posti nelle REMS, ha destato l'attenzione anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, che a marzo 2020 e a gennaio di quest'anno ha adottato due provvedimenti cautelari, ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento, volti a far cessare immediatamente la detenzione illegale di due pazienti psichiatrici all'interno di istituti penitenziari ordinari²⁹.

In entrambi i casi la Corte di Strasburgo è chiamata a valutare se la mancata esecuzione dei provvedimenti con cui era stata disposta l'applicazione provvisoria del ricovero in REMS e, data l'indisponibilità di posti, la detenzione illegale in carcere senza assicurazione dei trattamenti medico-sanitari adeguati alle esigenze di cura dei ricorrenti siano compatibili, tra gli altri, con il diritto alla libertà personale, di cui all'art. 5 §1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) e con il divieto di trattamenti e pene inumane e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU.

In attesa che la Corte di Strasburgo decida i ricorsi nel merito, per l'ordinamento italiano si pongono questioni che trascendono i singoli casi, poiché la detenzione illegale in strutture penitenziarie ordinarie di persone che attendono il ricovero in REMS costituisce un problema di tipo strutturale³⁰. Esso scaturisce, invero, dalle già richiamate difficoltà riscontrate nell'applicazione della suddetta misura di sicurezza, in presenza delle quali i giudici di Strasburgo potrebbero decidere di applicare, d'ufficio o su richiesta delle parti, la procedura della sentenza pilota, così come codificata dall'art. 61 del Regolamento.

Tale procedura può essere attivata quando i fatti all'origine di un ricorso rivelino l'esistenza, nell'ordinamento interessato, di un problema strutturale o sistemico o di una disfunzione analoga, che hanno dato luogo o potrebbero dar luogo alla presentazione di ricorsi ripetitivi. Conseguentemente, nella sentenza pilota la Corte indica, oltre alla natura del problema strutturale o sistemico o della disfunzione constatata, anche il tipo di misure riparatorie generali che lo Stato deve adottare in applicazione del dispositivo della sentenza, potendo all'occorrenza rinviare l'esame di tutti i ricorsi che traggono origine da uno stesso motivo, in attesa dell'adozione delle misure indicate.

²⁹ Si tratta dei provvedimenti emessi nell'ambito dei casi *Sy c. Italia*, ricorso n. 11791/20 e *Ciotto c. Italia*, ricorso n. 368/21. Ma si veda anche il caso *V.T. c. Italia*, ricorso n. 50023/20.

Nel caso *Ciotto c. Italia*, peraltro, tenuto conto del ritardo con cui lo Stato ha adottato misure in risposta alla decisione di cui all'articolo 39 del Regolamento (ossia "fornire al richiedente un alloggio in REMS o altrove, in cui può essere fornito un trattamento adeguato per la sua condizione psichiatrica"), il ricorrente lamenta altresì che vi è stato un ostacolo all'esercizio effettivo del diritto di ricorso del richiedente, garantito dall'art. 34 CEDU.

³⁰ Dagli ultimi dati rilevati dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale emerge che, tra il 2019 e il 2021, vi è stato un aumento del numero delle persone in attesa di collocazione in REMS. Al mese di febbraio 2021 le persone in attesa di ricovero sono settecentosettanta, di cui novantotto si trovano in carcere in uno stato di detenzione illegittima: cfr. *Relazione al Parlamento 2021*, cit., 228.

Si tratta, dunque, di uno strumento di cui la Corte di Strasburgo si è dotata per far fronte a violazioni sistemiche della CEDU, derivanti da quelli che potremmo ritenere veri e propri “fatti legislativi”, anche al fine di rafforzare l’obbligo di conformazione di cui all’art. 46 CEDU. Pertanto, data l’indicazione della tipologia di misure strutturali e di rimedi generali da adottare, la sentenza pilota ha un duplice effetto: *i.* incide sul margine di apprezzamento altrimenti riservato agli Stati contraenti nel decidere come eliminare la violazione della CEDU riscontrate dalla Corte; *ii.* unisce gli effetti del giudizio sul singolo ricorso a quelli più generali e oggettivi propri delle decisioni costituzionali³¹.

Lo spettro di una nuova sentenza pilota in ambito penitenziario richiama, peraltro, alla mente sia la sentenza Torreggiani³² sia il suo séguito normativo e giurisprudenziale³³. Tali elementi sono, infatti, particolarmente utili a leggere tra le righe dell’ordinanza n. 131/2021 e a intravedere sullo sfondo, nell’ipotesi di una perdurante inerzia legislativa, il tentativo della Corte costituzionale di scongiurare la procedura pilota o, più plausibilmente, di accendere i riflettori sulla questione di legittimità costituzionale in anticipo sulla decisione che seguirà all’istruttoria.

Vedremo a quali conclusioni giungerà la Corte sulla base delle risultanze istruttorie. Nell’attesa possono, nondimeno, farsi alcune osservazioni.

La scelta di ricorrere all’ordinanza numerata sembra, innanzitutto, essere dettata dall’esigenza di renderla conoscibile e – come conferma il comunicato – darle il dovuto risalto³⁴. Ciò risponde perfettamente all’idea che, nel caso di specie, l’istruttoria sia impiegata, anche in funzione

³¹ Sulla procedura di sentenza pilota, tra i molti, cfr. F. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 91 ss. Per un accostamento tra le sentenze pilota e le sentenze additive di principio si veda B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *I diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, 2/2006, 17.

Sul rafforzamento del ruolo quasi-costituzionale della Corte di Strasburgo attraverso la procedura pilota si veda W. SADURSKI, *“Partnering with Strasbourg”. Constitutionalisation of the ECtHR, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 402 ss.

³² Corte europea dei diritti dell’uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, sentenza 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

³³ Per il séguito costituzionale si veda Corte cost., sentenza n. 279/2013: nel dichiarare la questione inammissibile, il giudice costituzionale ha evidenziato che, fermo restando il rispetto della priorità di valutazione del legislatore sulla pluralità e sulla congruità dei mezzi per impedire che si protraga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, non sarebbe stato in ogni caso tollerabile «l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

³⁴ Nell’opinione di chi scrive, peraltro, questa è la ragione per cui la Corte costituzionale, anziché ricorrere all’audizione di esperti di chiara fama, ha preferito esercitare i poteri istruttori *ex art. 12* delle Norme integrative e pubblicare la relativa ordinanza, seppur con finalità e attraverso quesiti inconsueti.

L’audizione di esperti è prevista dall’art. 14-*bis* delle Norme integrative, quando le questioni di legittimità costituzionale da risolvere rendano necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline. Essa è disposta in camera di consiglio con apposita ordinanza depositata presso la cancelleria della Corte. Tuttavia, tale ordinanza non è pubblicata nella Gazzetta ufficiale e nella prima occasione in cui la Corte ha audito degli esperti (reg. ord. n. 167 del 2019) si è avuta sommaria conoscenza della convocazione soltanto attraverso un comunicato.

Inoltre, le parti costituite possono partecipare alla camera di consiglio in cui gli esperti sono sentiti, con la sola facoltà di formulare domande, mentre con l’istruttoria di cui all’art. 12 delle Norme integrative le parti sono maggiormente coinvolte, essendo previsto il deposito del materiale istruttorio, con facoltà delle parti di prenderne visione (art. 14 delle Norme integrative). Su tali differenze si veda, tra gli altri, G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021, 12.

Peculiare è, nondimeno, l’ordinanza n. 79/2021, con cui la Corte costituzionale, nell’esercizio dei poteri istruttori *ex art. 12* delle Norme integrative, ha chiesto alcune informazioni e ha contestualmente disposto l’audizione di alcune delle autorità destinatarie della richiesta istruttoria.

monitoria, per (tentare di) aprire un dibattito sulla normativa indubbiata e sulle sue prospettive di riforma, come *mutatis mutandis* auspicano di fare le c.d. ordinanze di incostituzionalità prospettata³⁵. L'ordinanza in commento, inoltre, non deve essere letta isolatamente, ma nel contesto della fase attuale della giustizia costituzionale³⁶, senza dubbio caratterizzata dall'attivismo della Corte nella ricerca di nuovi spazi decisori, nonostante il formale riconoscimento della discrezionalità del legislatore e a dispetto della sua inerzia.

4. *Qualche considerazione finale*

Come è stato già osservato, dal modo in cui il giudice *a quo* ricostruisce l'evoluzione normativa dagli OPG alle REMS e al contempo delinea, seppur confusamente, la questione di legittimità costituzionale, emerge pianamente che l'ordinanza di rinvio prospetta, per il tramite di una declaratoria di incostituzionalità, il superamento della gestione esclusivamente sanitaria delle REMS, «in particolare allo scopo di permettere al DAP di assegnare alle strutture i soggetti sottoposti a misura di sicurezza, se necessario anche superando i principi di territorialità e del numero chiuso delle strutture»³⁷.

In un'ottica questa volta di “giurisprudenza regressiva” più che solo “difensiva”³⁸, ciò comporterebbe, tuttavia, il rovesciamento di una riforma che, seppur con molte difficoltà e alcuni inciampi, ha inteso trasferire dal Ministro della giustizia alle Regioni la competenza in materia di esecuzione delle misure di sicurezza detentive nei confronti delle persone affette da patologie psichiatriche.

Tale giurisprudenza fa, peraltro, il paio sia con una logica di mero incremento delle strutture residenziali chiuse, in luogo dell'irrobustimento dell'intervento territoriale in funzione terapeutico-riabilitativa, sia con quello speculare orientamento contenitivo, che vorrebbe «impropriamente comprendere nel sistema delle Rems – destinate al trattamento sanitario di persone le cui forme di disagio mentale, totalmente o parzialmente incidenti sulla responsabilità penale, risalgono all'epoca di commissione del fatto ritenuto illecito – il carico di soggetti che tale disagio hanno sviluppato nel corso della detenzione [... e] il cui numero aumenta proporzionalmente alla tendenza progressiva di definire come ‘disturbi psichiatrici’ disagi che discendono, invece, da condizioni pregresse di fragilità sociale o da situazioni di privazione materiale che si acquiscono con l'ingresso nel sistema penitenziario»³⁹.

³⁵ Il riferimento è naturalmente per prima all'ordinanza n. 207/2018.

Per una lettura di tale ordinanza come nuova e più stringente forma di esercizio della funzione monitoria della Corte cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, 2/2019, 654.

³⁶ Cfr. R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consultaonline*, 24 aprile 2020, 34.

³⁷ K. PONETI, *Le REMS in prospettiva costituzionale: sul diritto alla salute contro il potere di rinchiodere*, cit., 49.

³⁸ Nel senso indicato da A. PUGIOTTO, *La giurisprudenza difensiva in materia di Opg a giudizio della Corte costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2015, 1 ss.

³⁹ Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2021*, cit., 227.

È, pertanto, evidente che sullo sfondo dell'ordinanza di rinvio e della richiesta istruttoria si stagliano questioni importanti, che incidono sul diritto alla salute dei folli rei e toccano il c.d. doppio binario, la non imputabilità, la pericolosità sociale, le misure di sicurezza e i servizi territoriali di salute mentale. Problematiche complesse, rispetto alle quali la diversità delle molteplici prospettive politico-culturali postula discussioni serrate, scelte consapevoli e visioni di sistema⁴⁰.

L'ordinanza istruttoria, nel porre in risalto la varietà e la gravosità delle questioni da affrontare, non fa altro che confermare la necessità di un momento di riflessione. Cionondimeno, a distanza di qualche anno dalla riforma degli OPG, la “seconda” parola su tali punti non spetta alla Corte, ma ad altri soggetti, quantunque in uno spirito di leale collaborazione, di cui il giudice costituzionale, da un lato, si vuole fare promotore in funzione di pungolo anticipato e dei cui esiti, dall'altro lato, chiede traccia attraverso i quesiti posti⁴¹.

L'auspicio fin d'ora è che tutto ciò non cada nel vuoto e che non ci si ritrovi nella condizione di ignorare prima un monito della Corte costituzionale e di rincorrere poi affannosamente una sentenza pilota della Corte di Strasburgo.

⁴⁰ Solo per ricordare alcune prospettive, si vedano M. IANNUCCI, G. BRANDI, *Il reo folle e le modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2018, 89 ss.; F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, Fiesole, Fondazione Michelucci Press, 2019.

Per un raffronto, invece, tra la prospettata riforma dell'ordinamento penitenziario del 2017 (legge delega n. 103/2017) e la parziale attuazione del 2018 (decreti legislativi nn. 121, 123, 124/2018), con particolare riferimento alle misure alternative alla detenzione e alle situazioni di disagio psichico di detenuti e internati, si veda ad esempio E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2019, 3 ss. L'A. evidenzia, tra l'altro, come non sia stata in alcun modo rafforzata «l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena, come previsto nella legge-delega, ma addirittura si è operato in senso opposto, fra l'altro eliminando dal testo del nuovo art. 11 ord. penit. la previsione secondo la quale “ogni istituto dispone... dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria”» (*ibidem*).

In Parlamento è, inoltre, in attesa di discussione un progetto di legge di iniziativa parlamentare in materia di imputabilità e di misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale (A.C. 2939). A differenza di passate iniziative di sola modifica del sistema delle misure di sicurezza e al fine del riconoscimento della piena dignità del malato di mente, il progetto propende per la soluzione più radicale dell'abolizione della nozione di non imputabilità per vizio di mente (con conseguente abolizione delle misure di sicurezza correlate), anche attraverso l'attribuzione al malato della responsabilità per i propri atti. Esso prevede altresì la riconversione delle REMS in strutture ad alta integrazione socio-sanitaria, quali articolazioni dei dipartimenti di salute mentale delle aziende sanitarie locali.

⁴¹ A questo proposito, è opportuno, peraltro, ricordare che il 26 febbraio 2015, in sede di Conferenza unificata, Governo, Regioni, Province autonome e Autonomie locali avevano siglato un accordo, in attuazione del decreto ministeriale 1° ottobre 2012.



Tatiana Guarnier*

**Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore.
Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte
costituzionale.****

SOMMARIO: 1. Premessa: un dialogo che corre su fili ad alta tensione. – 2. Il diritto al silenzio nel componimento fra sistemi. – 3. Le novità in tema di doppia pregiudizialità. In particolare: qualche notazione sulla pregiudiziale di validità e sulla sua valenza nel confronto fra le Corti. – 4. La vicenda Consob: prevenzione o elusione del confronto sui controlimiti? – 5. Le implicazioni interne della vicenda Consob. – 6. Qualche osservazione in chiave prospettica: nuove tensioni nel circuito giudici comuni-Corte costituzionale-Corte di giustizia.

1. Premessa: un dialogo che corre su fili ad alta tensione.

Tension is rising among Europe's highest courts, scriveva non più di qualche mese fa Daniel Sarmiento¹ con riferimento, tra le altre, alla recente vicenda che ha visto la nostra Corte costituzionale interpellare la Corte di giustizia dell'Unione europea per tentare di prevenire un possibile dissidio interpretativo intorno al cd. "caso Consob", ossia relativamente all'art. 14, par. 3, dir. 2006/3/CE, nella parte in cui non contempla il diritto al silenzio delle persone fisiche quando fornire informazioni all'autorità procedente possa comportare l'emersione di responsabilità per *insider trading*.

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n° 54, 16 aprile 2021, https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54_2.

Per la verità, la tesi sostenuta nello scritto è che la nostra Corte costituzionale abbia individuato una propria via, un particolare atteggiamento (definito “seduttivo”²) per allentare ed affrontare questa tensione. Atteggiamento che la distinguerebbe dalle Corti supreme di altri Stati membri, che invece praticano una “pragmatica rassegnazione” dinnanzi all’incalzare delle competenze e del potere decisionale della Corte di giustizia³, così come da quelle Corti – di cui emblematico è l’esempio tedesco – che mostrano invece un atteggiamento riottoso (sterilmente riottoso, nell’ottica dell’Autore).

Si tratta di tesi in certa misura condivisibile, specie nella parte in cui correttamente inquadra la particolare attitudine – persuasiva, argomentativa – della nostra Corte, l’autorevolezza della postura nel rivolgere le questioni interpretative al Giudice europeo quando la soluzione di quelle questioni abbia delle conseguenze sul piano costituzionale e, specialmente, sul piano dei diritti (ancor più quando siano coinvolti principi fondamentali o il nucleo essenziale – irriducibile – di garanzia dei diritti costituzionalmente previsti). Non del tutto convincente è, invece, l’ottimistica prospettiva che sembra trasparire dallo scritto, ovvero quella del pressoché sicuro successo di questo metodo: come si cercherà di argomentare in questo breve commento alla vicenda, la condivisione del plauso rivolto alla nostra Corte suprema per la raffinatezza di un argomentare capace di coprire con un guanto di seta un pugno di ferro⁴ non può non accompagnarsi ad una cauta ponderazione dei rapporti di forza in campo, che rendono l’operazione sempre passibile di sconfitta⁵ o che, detto in maniera meno forte, implicano necessariamente un atteggiamento collaborativo da parte della Corte di giustizia⁶.

Una certa cautela, inoltre, andrebbe prestata nel constatare l’allentamento della tensione determinato dal rinnovato successo nel componimento del conflitto⁷. Tale allentamento, di cui sicuramente la rilevata attitudine della Corte costituzionale italiana è fondamentale compartecipe, è infatti, a ben vedere, solo apparente poiché ancora in gioco, più alla radice, è il riposizionamento del Giudice costituzionale nella trama delle relazioni con le Corti sovranazionali che, in atto da diverso tempo, è stato manifestato in maniera chiara nell’oramai famosissimo *obiter dictum* della

² Così, *Op. cit.*, 5.

³ Il riferimento è alla Corte spagnola e a quella francese, ma potrebbero aggiungersi all’elenco almeno quella olandese e quella portoghese, che hanno mostrato nel corso del tempo grande condiscendenza nei confronti del principio del primato, dell’effettività del diritto eurounitario e dei conseguenti poteri della Corte del Lussemburgo.

⁴ Così, ancora, D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., 6.

⁵ Si pensi, per fare solo qualche eclatante esempio, al caso *Filipiak*, in cui la Corte di Giustizia, con sent. del 19 novembre 2009, in causa C-314/08, ha affermato l’incompatibilità con il diritto europeo di alcune disposizioni già dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale polacca, imponendone l’immediata disapplicazione, avverso la decisione della Corte suprema statale che aveva optato invece per un differimento degli effetti della dichiarata incostituzionalità; oppure al caso *Jozef Križan* (CGE, 15 gennaio 2013, in causa C-416/10) in cui la Corte europea ha affermato il potere del giudice comune di disapplicare, a seguito di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, una decisione della Corte costituzionale slovacca; oppure ancora al caso *Melloni* (CGE, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11), che ha visto la Corte suprema spagnola soccombere nel confronto con quella europea, pur se la decisione dalla Corte di Giustizia implicava problemi di compatibilità con la Costituzione. In questi casi, certo, si conviene con l’Autore, non è stato utilizzato lo stile argomentativo che ha caratterizzato il dialogo fra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia, ma altrettanto vero è che non è dato sapere se un differente stile avrebbe prodotto differenti risultati.

⁶ In questo senso, fra gli altri, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 16.

⁷ Di “lieto epilogo”, si è parlato in dottrina, a prima lettura della sentenza n. 84 del 2021: cfr. B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti Comparati*, 5 luglio 2021.

sentenza n. 269 del 2017, ma che probabilmente può farsi risalire già all'ord. n. 207 del 2013, nella misura in cui quel primo riconoscimento della possibilità per la Corte costituzionale di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia anche dalla sede incidentale può ritenersi un'apertura di dialogo con il Giudice del Lussemburgo proprio servente il recupero di una centralità del Giudice della costituzionalità nelle tematiche afferenti alla tutela dei diritti⁸.

A questa tensione, che si rivolge verso l'esterno e che, sia pur non crescente, deve essere mantenuta quantomeno costante affinché i tentativi del nostro Giudice di indirizzare, se non di farsi artefice, delle convergenze ermeneutiche fra Corti apicali possano approdare al successo, occorre poi combinare una tensione *interna*, relativa all'impatto che il nuovo ruolo assunto dalla Corte costituzionale nel sistema costituzionale integrato esercita nel rapporto con gli altri poteri dello Stato. In particolare: nel rapporto con i giudici comuni, il cui potere di disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella europea (in particolare, ma non solo, con la Carta dei diritti fondamentali), in una con il loro potere di richiedere chiarimenti interpretativi alla Corte di giustizia, viene (almeno in parte) eroso dalla nuova giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità; nel rapporto, poi, con il potere legislativo, che rischia invece di essere pretermesso, nell'attivazione di un confronto sull'attuazione dei diritti che si svolge e tende a risolversi tutto sul piano giurisprudenziale.

I fili di tensione, di *alta* tensione, sono dunque molti.

Il presente scritto intende percorrerli alla luce dell'analisi della sentenza della Corte costituzionale che chiude, dal versante interno, la "vicenda Consob".

2. Il diritto al silenzio nel componimento fra sistemi.

Quella della piena ed effettiva estensione del diritto al silenzio nei procedimenti tributari è una *vexata quaestio*, che il complesso delle decisioni culminate nella sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale lambisce solo in parte e che attiene alla necessità di declinare principi fondamentali e diritti inviolabili – quali quelli del giusto processo e delle garanzie di difesa – ad una speciale materia, quella tributaria, tradizionalmente ritenuta espressione di uno dei nuclei duri della sovranità dello Stato (che, per quanto progressivamente eroso sia a livello europeo, sia a livello

⁸ Il punto è stato a più riprese sottolineato dalla dottrina che, già prima dell'apertura della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale, ne evidenziava le potenzialità – e la necessità – sul particolare versante del confronto sulla tutela dei diritti (cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, V, 222 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, 508 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4783; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 337 s.; L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3551 ss.) e che, in seguito, ha salutato con favore il cambiamento della giurisprudenza della Corte sul punto (v., *inter alios*, M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014, 11 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 6 novembre 2017, 15; nonché, se si vuole, T. GUARNIER, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Diritto e Società*, 2013, 237 ss.).

internazionale, ancora ispira e richiede un atteggiamento cauto da parte delle istituzioni e delle Corti sovranazionali ed internazionali)⁹.

La modulazione di quelle garanzie è stata determinata dalla particolare funzione della contribuzione pubblica nella vita dello Stato, intesa quale fondamentale strumento di tenuta economico-finanziaria, oltre che quale espressione di uno dei principali doveri costituzionali della popolazione ed estrinsecazione del principio di solidarietà inteso in senso verticale, ossia della partecipazione di ciascuno – in ragione della propria capacità contributiva – alla vita ordinamentale. Dal complesso di queste caratteristiche scaturisce una natura ibrida dell'accertamento amministrativo dell'assolvimento del dovere fiscale e una natura altrettanto incerta delle correlative posizioni soggettive, qualificate ora come interessi legittimi, ora come diritti soggettivi.

Non stupisce, allora, che uno degli elementi indubbiamente centrali della nozione di giusto processo in materia penale, quello del *nemo tenetur se detegere*, ovvero del diritto al silenzio inteso come diritto di un soggetto di non collaborare alla propria incriminazione¹⁰, non sia stato considerato *tout court* estendibile al procedimento tributario, essendosi invece ritenuto di dover previamente valutare se le peculiari caratteristiche dell'accertamento tributario comportino una diversa ponderazione anche di tale cruciale aspetto. In questo complesso quadro occorre inquadrare la disposizione oggetto del giudizio di legittimità costituzionale nella sentenza in commento. L'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), nella versione applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui era causa nel procedimento *a quo*, è stato introdotto dalla legge comunitaria per il 2004 (L. n. 62 del 2005) al fine di dare attuazione alla direttiva europea 2006/3/CE e sanziona il mancato tempestivo ottemperamento alle richieste della Consob e della Banca d'Italia o il procurato ritardo nell'esercizio delle funzioni dell'organo di vigilanza. *Punctum dolens* della disposizione è quello della riferibilità della previsione (e delle correlative sanzioni) a «chiunque», e dunque anche al soggetto cui la Consob contesti un abuso di informazioni privilegiate.

La Corte di Cassazione, II sez. civ., su ricorso di D.B. avverso le sanzioni lui irrogate dall'organo di vigilanza (e confermate dalla Corte d'Appello di Roma), ha ritenuto allora di dover interrogare la Corte costituzionale circa la compatibilità di questo complesso normativo e sanzionatorio con gli artt. 24, 111, 117, c. 1, Cost. (in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 14, par. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici) e con il combinato disposto degli artt. 11 e 117, c. 1, Cost. (in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). La Corte di Cassazione rilevava infatti che il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo in parola è prodromico alla possibile irrogazione sia di sanzioni propriamente

⁹ Cfr., criticamente, A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria*, in *Consulta OnLine*, 2021, 7 giugno 2021, 454 ss.

¹⁰ Cfr. Corte edu, Grande Camera, 8 febbraio 1996, *John Murray v. United Kingdom*, § 45; Corte edu, 17 dicembre 1996, *Saunders v. United Kingdom*, § 68; Id., 21 dicembre 2000, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, § 40; Id., 5 aprile 2012, *Chambaž c. Suisse*, § 52. Sul versante interno, v. Corte cost., sent. n. 361 del 1998 e ord. nn. 291 e 485 del 2002; 202 del 2004. Sulla centralità del principio *nemo tenetur se detegere* per la caratterizzazione in chiave accusatoria del processo penale, v. la recente ricostruzione teorico-giurisprudenziale di G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 11 gennaio 2020, 57 ss.

penali, sia di sanzioni amministrative aventi natura sostanzialmente punitiva (la cui equiparazione alle sanzioni penali è ormai pacifica in giurisprudenza)¹¹. Per tale ragione, sulla scorta delle pronunce costituzionali che avevano ricavato dall'art. 24 Cost. il diritto di un imputato di non collaborare alla propria incriminazione¹², la Corte di Cassazione domandava alla Corte costituzionale se non fosse necessario estendere il diritto in parola ad un procedimento il cui esito è costituito dall'irrogabilità di tali sanzioni. L'estensione – si rilevava – doveva considerarsi suggerita anche dalle Carte internazionali ed europea richiamate, che prevedono il diritto al silenzio quale elemento caratterizzante del giusto processo ed il cui rispetto è imposto ora dall'art. 117, primo comma, Cost., ora dal combinato disposto degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Proprio quest'ultimo profilo è quello che interessa maggiormente il presente commento – e che ha attirato l'attenzione della dottrina costituzionalistica sulla vicenda – poiché la sussistenza di un doppio problema, di costituzionalità e di compatibilità, a diversi livelli, con il diritto dell'Unione, ha suggerito alla Corte costituzionale di fare ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, proponendo (con l'ordinanza n. 117 del 2019) i seguenti quesiti: se l'art. 14, par. 3, della direttiva – in combinato con l'art. 30, par. 1, lett. b), reg. UE n. 596/2014 – potesse essere interpretato nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva; se, in caso di risposta negativa, ciò non comportasse un problema di validità della norma per incompatibilità con gli artt. 47 e 48 CdfUE.

Diversi i profili di novità e di interesse di questo rinvio pregiudiziale rispetto ai precedenti e di cui, quindi, veniamo immediatamente ad occuparci.

3. Le novità in tema di doppia pregiudizialità. In particolare: qualche notazione sulla pregiudiziale di validità e sulla sua valenza nel confronto fra le Corti.

I profili di novità della vicenda Consob in tema di doppia pregiudizialità sono due: uno relativo (che pertanto potrà essere trattato più rapidamente) e uno assoluto (che quindi merita qualche riflessione più approfondita).

¹¹ Cfr. la giurisprudenza che, a partire dall'individuazione dei cd. "criteri Engel", estende alle sanzioni amministrative (e al procedimento di accertamento della loro erogabilità) le garanzie tipiche della sanzionabilità penale: Corte edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Com'è noto, è proprio in ambito tributario che quella giurisprudenza ha conosciuto rilevanti applicazioni, a partire dalla sentenza *Grande Stevens e a. c. Italia* (Corte edu, 4 marzo 2014), sulla quale si v., fra i numerosi altri commenti, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte edu)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014, 30 giugno 2014, 219 ss.; G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 10 luglio 2015. Quella giurisprudenza, in ambito tributario, ha poi trovato conferma nelle decisioni della Corte edu, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*; 20 maggio 2014, *Nykanen v. Finland*; 20 maggio 2014, *Glantz v. Finland*; 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Sveden*, mentre ha incontrato un più timido riconoscimento nella giurisprudenza del Lussemburgo (cfr. CGE, *Grande Sez.*, 26 febbraio 2013, *Åkelaqaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10). Per quanto concerne lo specifico aspetto del riconoscimento della natura punitiva delle sanzioni amministrative previste per l'abuso di informazioni privilegiate, cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017.

¹² V. la giurisprudenza costituzionale menzionata alla nt. 11.

Quanto al primo aspetto, è noto che, a seguito della sentenza n. 269 del 2017, la dottrina e i giudici comuni hanno dovuto affrontare il problema del carattere obbligatorio o meramente facoltativo della priorità della questione di costituzionalità rispetto a quella europea, affermata a partire da quella decisione in relazione ai casi in cui il parametro del controllo sia costituito dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Mentre in dottrina si affermava, in via largamente maggioritaria, una lettura della decisione non priva di profili problematici, secondo la quale la pronuncia introduceva in questi casi un *obbligo* per il giudice comune di rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale¹³, con l'effetto di poter interrogare la Corte di giustizia esclusivamente in relazione ad *altri profili*¹⁴, i giudici comuni, dal canto loro, avevano reagito in maniera non uniforme¹⁵, tanto che anche l'ordinanza di remissione tramite la quale la Corte di Cassazione ha promosso la questione di legittimità costituzionale in commento sollecitava un chiarimento sul punto¹⁶. *Medio tempore*, tuttavia, la Corte costituzionale aveva già avuto modo di offrire una risposta in merito, con le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019, affermando l'*opportunità* di sollevare

¹³ Si v., fra gli altri, D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *Federalismi.it*, 19 dicembre 2018, 23 e 32 ss. *Contra*, e per una disamina dei profili maggiormente critici di questa ricostruzione, si v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assai logicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, 3/2017, 240 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018, 6 ss.

¹⁴ Così, con formula che ha dato adito ad almeno altrettanti dubbi interpretativi, Corte cost., sent. n. 269 del 2017, § 5.2., sulla quale una risposta indiretta viene subito dopo dalla pronuncia della CGE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd*, in causa C-322/16, ove si afferma la necessaria piena libertà del giudice circa i profili su cui interpellare la Corte di giustizia.

¹⁵ Cfr. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione Giustizia*, 12 marzo 2018; L.S. ROSSI, *Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 1° agosto 2018, 5 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019. Particolarmente problematica, in tale contesto, la scelta della Corte d'Appello di Napoli di sollevare contemporaneamente le due pregiudiziali (cfr. B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020, 241 ss.; S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 183 ss.), ma non del tutto sorprendente, né imputabile alla sent. n. 269, dal momento che un caso analogo si era verificato addirittura all'epoca dell'auto-isolamento della Corte costituzionale e del rifiuto a ritenersi giudice della pregiudiziale interpretativa (sulla vicenda, che aveva visto nel 2008 il Tribunale di Milano fare la medesima scelta, v. A. ROVAGNATI, *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 717 s.; L. CAPPUCCIO, *La convivenza «more uxorio» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro italiano*, 2010, 3, 1, 804 ss.). Molto preoccupante, ancora, il rinvio pregiudiziale effettuato, con ord. n. 19598 del 2020, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, ove si interroga la Corte di giustizia sulla compatibilità di *quella decisione*, e dell'interpretazione ivi sostenuta dell'art. 111, co. 8, Cost., con l'ordinamento europeo (sulla vicenda, v. R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra fra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 675 ss.; B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, *ivi*, 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e «i motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, *ivi*, 7 ottobre 2020; G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021; V. CAPUOZZO, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale nella costruzione costituzionale europea: recenti tendenze nel dialogo orizzontale e verticale fra le Corti*, in *Diritto e Società*, 2021, 89 ss.; F. PROIETTI, F. SEVERA, *Giurisdizione, Costituzione e Corti: retrospettiva e prospettiva. A proposito di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, *ivi*, 109 ss.).

¹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 82 ss.

previamente la questione di legittimità, ma riconoscendo pure la libertà del giudice comune nella scelta dell'ordine in cui svolgere i due chiarimenti pregiudiziali, necessari per la risoluzione della controversia dinnanzi a lui pendente, oltre che relativamente ai profili sui quali interrogare il Giudice del Lussemburgo, evitando così che il nuovo indirizzo potesse essere oggetto di procedura di infrazione europea¹⁷. La Corte costituzionale, quindi, nell'ord. n. 117 del 2019, non ha fatto altro che confermare queste “precisazioni della precisazione”, già effettuate negli immediati precedenti¹⁸. Sul punto è allora possibile fare rinvio ai numerosi contributi dottrinali che hanno analizzato i relativi profili problematici¹⁹, poiché la pronuncia in commento non sollecita, da questo punto di vista, riflessioni diverse o ulteriori.

Quel che, invece, merita forse una qualche – sia pur breve – riflessione aggiuntiva è la circostanza che, per la prima volta, la Corte costituzionale ha rivolto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale *di validità*, accanto a – e a rinforzo della – questione pregiudiziale interpretativa.

Si tratta di novità importante, perché ha posto su un piano nuovo e diverso il dialogo – o, per meglio dire, il confronto – fra le due Corti.

Nella sent. n. 269/2017, come si sa, l'inversione dell'ordine delle pregiudiziali imposto – ordinariamente – dal requisito della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale²⁰ era stata motivata dalla particolare natura della CdfUE, dall'«impronta tipicamente costituzionale»

¹⁷ Cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 4 marzo 2019, 235; L.S. ROSSI, *La sentenza 267/2019*, cit., 6; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 321. È La Corte di Giustizia, infatti, a sostenere la compatibilità con il diritto dell'Unione di un ordine delle pregiudiziali che privilegi la questione di legittimità costituzionale, a condizione però che tale ordine non pregiudichi il potere del giudice comune di disapplicare il diritto interno in contrasto con la normativa UE direttamente applicabile e di interpellare, se del caso, il Giudice europeo per i chiarimenti interpretativi che ritenga necessari. Cfr. CGE, sentt. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, in cause riunite C-188/10 e C-189/10; 11 settembre 2014, *A c. B*, in causa c-112/13. Su questa giurisprudenza, fra i moltissimi, v. A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B. e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti comparati*, 2 ottobre 2014; R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal rivisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4089 ss.

¹⁸ Si v., in particolare, il § 2. *Cons. dir.* dell'ord. n. 117/2019, cit., in cui si afferma a chiare lettere che il potere della Corte costituzionale di decidere nel merito la questione lascia invariato il potere dei giudici comuni di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria, anche in seguito al procedimento incidentale di legittimità costituzionale, nonché il potere-dovere di disapplicare, ricorrendone i presupposti, la disposizione nazionale in contrasto con la Carta.

¹⁹ Cfr., oltre quelli sin qui richiamati, R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 21 ss.; R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a “rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it.*, 10 luglio 2019; G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Questa Rivista*, 1/2021, 14 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., ordd. nn. 536 del 1995, 319 del 1996, 108 e 109 del 1998, 249 del 2001, 85 del 2002, 62 del 2003, 454 del 2006, 284 del 2007, 415 del 2008, 100 del 2009, 227 del 2010, 75 del 2012, 216 del 2014. In queste pronunce la Corte ha costantemente affermato che la sollevazione di una questione di costituzionalità per la quale sia rilevante la soluzione di un dubbio interpretativo relativo a normativa europea autoapplicativa non è adeguatamente motivata in punto di rilevanza, dal momento che quel chiarimento potrebbe condurre il giudice *a quo* alla disapplicazione della normativa interna eventualmente in contrasto con il diritto europeo e, dunque, a non necessitare dell'ulteriore verifica di costituzionalità. Su questa giurisprudenza, v. R. BARATTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giustizia civile*, 1996, 932 ss.; F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 781 ss.

della stessa (per usare le parole della Corte²¹), che impone di non chiudere *a priori* le porte del sindacato di costituzionalità. Ove la Carta assurga a parametro del controllo delle disposizioni nazionali, diviene infatti necessaria una lettura sincronica – e, possibilmente, sintonica – della stessa con la Costituzione, al fine di valutare dove possa rinvenirsi il miglior standard di tutela fra i vari livelli di garanzia dei diritti²²; i diversificati punti di bilanciamento individuati da ciascuna Carta fra diritti, principi e interessi contrapposti; l'eventuale incursione in un'area intangibile – il nucleo essenziale – della tutela costituzionale del diritto di volta in volta coinvolto (e di quelli con esso bilanciati).

Il nostro Giudice rilevava, inoltre, in quell'occasione, che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*»²³, di un ritorno al sicuro *accentramento* della decisione in capo a quello speciale “giudice”, competente e specializzato, che solo possiede il potere di annullare la legge in contrasto con diritti e principi fondamentali. La diffusione del controllo, affermata nel nostro ordinamento a partire dalla sentenza *Granital*, merita dunque, in questo ambito, di essere riponderata in funzione dell'affermazione ed effettiva attuazione di un altro principio, fondamentale sia per l'ordinamento interno, sia per l'ordinamento UE: quello della certezza del diritto.

Sono, tutti questi, profili ampiamente studiati e dibattuti in dottrina a seguito delle pronunce che hanno segnato le tappe della “svolta” della Corte costituzionale in tema di doppia pregiudizialità e sui quali si tornerà oltre, quando si analizzeranno le conseguenze della giurisprudenza *de quo* sul rapporto con i giudici comuni. Più in ombra è invece rimasta un'ulteriore potenzialità del riconoscimento dell’“impronta costituzionale” della Carta dei diritti e della conseguente possibile inversione delle pregiudiziali, rimasta inespresa (quantomeno nel nostro ordinamento) sino all'ord. n. 117 del 2019: quella della possibilità di affrontare o presentare *in parallelo* una questione di validità, contemporaneamente interna ed europea. Non è affatto inconsueto, infatti, il caso che si è presentato all'attenzione della Corte costituzionale nella vicenda Consob, ossia quello di una normativa interna che entri in potenziale contrasto con la Carta dei diritti e che sia anche, contestualmente, a sua volta attuativa di direttiva europea. In questi casi occorre verificare se sia stato il legislatore statale, nell'attuare la direttiva, ad aver “generato” il problema di compatibilità con la Carta dei diritti ovvero se il germe di quella violazione si insidiava già nella direttiva europea. Nella seconda eventualità, infatti, il legislatore interno si trova in una situazione dalla quale difficilmente può districarsi, tenuto, com'è, da vincolo di rilievo costituzionale, ad attuare la direttiva, e *parimenti* vincolato al rispetto della Carta dei diritti.

In questi casi, la violazione della Carta, se mediata e determinata dalla direttiva europea, deve essere allora risolta all'interno dell'ordinamento di riferimento, tramite l'annullamento della disposizione di diritto derivato incompatibile con quella primaria; oppure, com'è accaduto nel caso di specie, tramite un'interpretazione della disposizione gerarchicamente inferiore in maniera

²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 269 del 2017, § 5.2.

²² Almeno quando la fattispecie rientra nella discrezionalità legislativa statale, come si vedrà meglio *infra*, al par. 6.

²³ Così Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *loc. ult. cit.*

conforme a quella gerarchicamente superiore²⁴. Ciò perché, in siffatti casi, la violazione *statale* della CdfUE non fa altro che replicare una violazione *europea* della stessa.

Ecco allora che si aprono, in queste evenienze, nuovi orizzonti del confronto tra le Corti, che non sono certo sfuggiti alla Corte di Giustizia, né al nostro Giudice costituzionale. La prima, dal canto suo, aveva già rilevato nel caso *Melki*²⁵ che il ricorso all'incidente di costituzionalità – pur ammesso – non deve però precludere il sindacato europeo sulla validità (e dunque, in altri termini, non può concludersi con un annullamento della disposizione interna che impedisca al giudice comune di rivolgersi alla Corte del Lussemburgo la relativa questione)²⁶. Bene ha fatto, quindi, la Corte costituzionale a sollevare essa stessa la questione di validità, poiché l'annullamento “a valle” della disposizione statale non avrebbe consentito al giudice *a quo* di occuparsi della possibile violazione “a monte” della Carta dei diritti da parte della direttiva (salvo che, proprio per via dell'annullamento, la Corte di Cassazione non si fosse sentita obbligata a verificare un'eventuale diretta applicabilità della direttiva e, dunque, a richiederne comunque un vaglio di validità).

Ma non è soltanto questa la ragione per la quale il rinvio pregiudiziale di validità, innestato nel percorso di gestione della doppia pregiudiziale, merita di essere menzionato (poiché il punto, come si vede, non è poi così netto come a una prima lettura della sentenza *Melki* potrebbe apparire). Quello su cui si vuole qui ritornare è piuttosto la questione della rilevata astuzia argomentativa (e della conseguente speciale efficacia persuasivo-“seduttiva”), che sembra presentare profili di novità rispetto ai precedenti episodi di rinvio pregiudiziale rivolti dalla nostra Corte costituzionale alla Corte di giustizia. Nella vicenda, infatti, il nostro Giudice ha condotto verso nuovi approdi la capacità, già altrove dimostrata, di ragionare sul piano non solo del diritto interno, ma anche di quello internazionale ed europeo, di ricercare sintonie fra le previsioni relative ai diritti e le giurisprudenze delle varie Corti, orientandole nella direzione auspicata (e richiesta dal disposto costituzionale), presentando infine al Giudice europeo i profili di incompatibilità che un'eventuale interpretazione difforme da quella prospettata potrebbe comportare per il sistema costituzionale di tutela dei diritti o per il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (ovvero, secondo altro lessico, dell'identità costituzionale dello Stato).

Nel caso di specie, infatti, la rilevata possibile sintonia fra gli articoli costituzionali dedicati al giusto processo e al diritto di difesa, la relativa giurisprudenza costituzionale, le disposizioni e la giurisprudenza Cedu, le disposizioni e la giurisprudenza dell'Unione, si traducono nella prospettazione di una doppia – parallela, o multilivello – questione di validità, cosicché quella statale (che è ad un tempo una questione di costituzionalità interna ed europea) viene traslata nel suo riflesso o *pendant* sovranazionale, proprio sulla base della premessa che le due Carte di diritti

²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 2 febbraio 2021, *D.B. c. Consob*, in causa C-481/19.

²⁵ Cfr. CGE, *Melki*, cit., § 55.

²⁶ La sollevazione della pregiudiziale di validità è, peraltro, da ritenersi obbligatoria, alla luce della giurisprudenza europea che ritiene le questioni di validità di esclusiva pertinenza europea (cfr. CGE, 22 ottobre 1987, *Foto-frost*, in causa C-314/85).

sono in sintonia sul punto²⁷. Affrontare la questione di costituzionalità della norma statale, nella prospettiva della Corte, vuol dire, *ad un tempo*, affrontare la questione di validità della disposizione della direttiva attuata, così che il loro diviene un comune destino, del quale la Corte costituzionale si fa tessitrice, incidendo indirettamente non tanto e non soltanto sull'interpretazione del diritto *primario*, ma anche sull'interpretazione o – questa la novità – sul possibile annullamento del diritto *derivato* europeo²⁸.

Si è verificata, così, un'inversione dell'usuale direzione di incidenza delle decisioni delle Corti: siamo oramai avvezzi ad una Corte di giustizia che, per il tramite dell'interpretazione del diritto UE, indirizza le decisioni relative alla compatibilità del diritto interno con quelle interpretazioni; decisamente sorprendente è invece la capacità conquistata in pochi anni dalla nostra Corte di influenzare le determinazioni sulla normativa europea, non solo relativa ai diritti e ai principi (area che il Giudice della legittimità non ha mai lasciato del tutto sgombra dalla sua presenza), ma anche all'attuazione di quei diritti e principi, tramite disposizioni di diritto derivato. Si tratta di una conquista di non poco momento, poiché potrebbe consentire alla Corte costituzionale – se si darà un seguito a questa nuova apertura – di porre un significativo argine al rischio che le prestazioni di accentramento e di ricerca della certezza del diritto, minate dal sindacato diffuso, possano essere agli occhi dei giudici comuni integralmente sostituite dal sindacato europeo.

Per di più, nel fare questo, la nostra Corte ha occupato un ruolo decisivo nella composizione triangolare dei sistemi di diritti, portando al “livello” eurounitario la ricerca di una sintonia per molti versi già raggiunta nella relazione con il sistema Cedu²⁹. Non è un caso, a tal proposito, che la Corte di giustizia abbia argomentato l'interpretazione conforme alla CdfUE proprio muovendo – fra l'altro – dall'art. 52, par. 3, della Carta e dal “recepimento” tramite esso effettuato dei corrispondenti diritti garantiti dall'art. 6 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

A tal proposito, può in effetti rilevarsi che la strada della pregiudiziale di validità era stata già in altre occasioni tentata al fine di comporre le diverse tutele dei diritti accordate al livello eurounitario e convenzionale, senza però riuscire nell'impresa. Si pensa, ad esempio, al caso *J.N.*³⁰, in cui la Corte di Giustizia, interpellata dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi circa la compatibilità della normativa europea in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari con l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali UE, domandava anche di vagliare il contenuto di quell'articolo in relazione all'“omologo” convenzionale – l'art. 5, par. 1(f) CEDU – in virtù della clausola di equivalenza di cui all'art. 52, par. 3, CdfUE. In quella circostanza, la Corte di giustizia aveva ribadito quanto già affermato in occasioni precedenti, ossia di poter svolgere il

²⁷ Diversamente si atteggia, dunque, questo caso rispetto alla prospettiva della pregiudiziale di validità da parte del *Tribunal constitucional* spagnolo nel caso *Melloni*, che invece muoveva dal riscontro di una *divergenza* di contenuti fra Costituzione spagnola e del complesso normativo e giurisprudenziale europeo.

²⁸ Lo dimostra bene il caso *Digital Rights* (cfr. CGE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, in cause riunite C-293/2012 e C-594/12) in cui la Corte di giustizia ha disposto l'annullamento dell'intera direttiva europea sulla conservazione dei dati, per violazione del diritto alla *privacy* e alla tutela dei dati personali, sulla base di una pregiudiziale di validità avanzata dalla Corte costituzionale austriaca e dalla Corte suprema irlandese.

²⁹ Lo rileva A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, 2019, 13 maggio 2019, 246, con riferimento all'abbattimento del doppio binario sanzionatorio.

³⁰ Cfr. CGE, 15 febbraio 2016, *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, in causa C-601/15 PPU.

giudizio di validità solo alla luce della Carta dei diritti fondamentali europea, fintanto che l'Unione non aderirà alla CEDU³¹, schiudendo semmai le porte alla sola “parametricità interposta” delle norme e della giurisprudenza edu, per il tramite della clausola di equivalenza.

Si tratta di un tentativo che, in quel caso, non ha condotto verso la dichiarazione di invalidità – nonostante vi fosse più di un margine per giungere ad una decisione di annullamento alla luce della giurisprudenza edu³² – e che, nella vicenda che ci impegna in questo scritto, è stato portato avanti solo *ad adiuvandum*, quale sostegno ulteriore di una questione della quale, in prima battuta, si tenta una soluzione interpretativa (sia pur nelle forme dell'interpretazione conforme, e dunque secondo dinamiche che implicano un componimento fra fonti gerarchicamente sopra e sotto-ordinate). Ciò nonostante merita di essere segnalato e di essere seguito con una certa attenzione perché dietro questi ripetuti tentativi si può forse scorgere la “messa in prova” di un ulteriore strumento di confronto, dai diversi e molto più dirompenti potenziali effetti, non solo nelle dinamiche binarie del rinvio pregiudiziale, ma anche in quelle triangolari del componimento dei bilanciamenti con la giurisprudenza di Strasburgo. Quelle dinamiche triangolari, si badi, necessitano di essere tenute in adeguata considerazione non solo per cercare un più convincente equilibrio fra Corte di Giustizia e Corte costituzionale, ma anche perché un'eventuale soluzione della questione non soddisfacente nell'ottica di Strasburgo implicherebbe una responsabilità statale per violazione della Convenzione e aprirebbe spiragli di ricorso alla Corte edu, in linea con la sentenza *Bosphorus*³³. Indispensabile, dunque, che il Giudice statale si faccia direttore d'orchestra di tutti questi strumenti non sempre ben accordati.

4. *La vicenda Consob: prevenzione o elusione del confronto sui controlimiti?*

Che gli strumenti dell'integrazione non siano sempre ben accordati, o che la musica suonata da ciascuno di loro possa non essere la stessa, è stato dimostrato in passato in varie circostanze. La più eclatante, per il nostro ordinamento, è stata ovviamente la “saga Taricco”, che ha visto la Corte costituzionale dover intervenire a moderare e chiedere il rimodellamento di una sentenza della Corte di giustizia che, se adempiuta dai nostri giudici, avrebbe intaccato il principio fondamentale di legalità in materia penale³⁴. Il successo di quella difficile impresa ha senz'altro confermato la bontà della scelta fatta dalla Corte costituzionale nel 2013 di entrare nei circuiti del dialogo con la Corte di Giustizia, poiché è facile immaginare che, se non avesse avuto a disposizione lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo, la prospettazione del controlimite nel caso di specie avrebbe potuto assumere solo i toni dello scontro e non già quelli

³¹ Cfr. CGE, 24 aprile 2012, *Kamberaj*, in causa C-571/10, § 62; CGE, Grande Sez., 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, cit., § 44.

³² Per qualche chiarimento si v., se si vuole, T. GUARNIER, *Il caso J.N.: la pregiudiziale di validità può comporre i diversi livelli di tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 380 ss.

³³ Cfr. Corte edu, Grande Camera, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Irlanda*.

³⁴ Data la mole impressionante di contributi ad analisi del complesso giurisprudenziale menzionato, ci si deve limitare qui a rinviare a due lavori collettanei, che offrono ulteriori spunti di arricchimento bibliografico: A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017; e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, Giuffrè, 2018.

del confronto. Questo “precedente”, accanto alle rimarchevoli aperture che la Corte di Giustizia ha nel corso degli ultimi anni dimostrato nei confronti del riconoscimento del ruolo delle corti supreme nazionali in materia di diritti³⁵, hanno consentito alla Corte costituzionale, nel caso che in questa sede ci occupa, di presentare la questione interpretativa europea utilizzando toni più distesi (ma non per questo meno assertivi³⁶) rispetto al passato.

Com'è stato sottolineato in dottrina, infatti, l'aver potuto “toccare con mano” il peso che la Corte è in grado di esercitare tramite il rinvio pregiudiziale (e che i giudici comuni invece non avrebbero potuto esercitare), ha impresso un'ulteriore spinta propulsiva al suo ingresso a pieno titolo nell'area del confronto sui diritti, incoraggiandola a muovere ulteriori passi in questa direzione³⁷. Ha dimostrato, inoltre, l'efficacia di quel particolare metodo che gli osservatori internazionali, come si diceva in apertura, non hanno mancato di rilevare: un metodo che muove dalla ricerca di un'empatia con la Corte di giustizia, che rintraccia anche nell'ordinamento dell'Unione gli argomenti per trovare un terreno comune ed una soluzione condivisibile da parte di entrambi i Giudici³⁸.

Anche nella vicenda Consob, in effetti, lo schema è il medesimo, lo si vedeva poco sopra con riferimento alla questione di validità e lo si può senz'altro ribadire anche con riferimento alla questione di interpretazione: la nostra Corte non individua solo nelle disposizioni costituzionali e nella giurisprudenza interna gli argomenti per sostenere l'interpretazione prospettata, e le conseguenze sulle disposizioni primarie interessate, ma anche nella lettura della Carta dei diritti, alla luce delle sue Spiegazioni, nella giurisprudenza del Lussemburgo, nonché in quella di Strasburgo riferita al *pendant* convenzionale degli articoli della CdfUE di riferimento. Nel fare ciò, si diceva, i toni sono addirittura più distesi del caso *Taricco*, poiché in questa circostanza il campo era sgombro da precedenti della Corte di giustizia avversi alla soluzione proposta dalla Corte costituzionale³⁹ e, dunque, quest'ultima è stata libera di esercitare *davvero* quel diritto alla “prima parola”⁴⁰ che si è autoattribuita proprio al fine di poter influenzare il corso della giurisprudenza europea.

I toni sono talmente distesi che in questo caso l'“arma” dei controlimiti – per anni rimasta “disinnescata” e poi solo “minacciata” – non è stata neppure sfoderata. Ciò, nonostante vi fossero dei margini perché la Corte costituzionale ponesse la questione su quel terreno⁴¹: l'argomentare

³⁵ Il riferimento è, evidentemente, alle già menzionate sentenze *Melki e Abdeli e A. c. B.*, accanto alle sentenze 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ens*, in causa C-5/14 e 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, cit., in cui la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile con l'ordinamento UE la priorità alla questione di costituzionalità nei casi di doppia pregiudiziale.

³⁶ Cfr. D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 marzo 2017, 1.

³⁷ In questo senso, quasi letteralmente, N. LUPO, *Con quattro pronunce*, cit., 7.

³⁸ In questi termini, D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., 5.

³⁹ Sottolinea questo punto A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti*, cit., 244.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁴¹ Condivide l'idea che il rinvio pregiudiziale in oggetto celasse «la sostanza di un preannunciato “controlimite”» G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2019, 5 novembre 2019,

sul punto della centralità del diritto al silenzio per l'ordinamento costituzionale, da un lato, e sulla necessità di accordare adeguate garanzie anche in presenza di sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, dall'altro, è piuttosto serrato e non sembra lasciare molte alternative alla Corte di giustizia, se non quella di seguire la soluzione prospettata. Ciò, sia guardando alle questioni dal punto di vista esclusivamente interno, sia guardando alle questioni dalla prospettiva di Strasburgo.

Dal primo punto di vista, la Corte costituzionale afferma nell'ord. n. 117 del 2019, e ribadisce nella sent. n. 84 del 2021, che il diritto al silenzio dell'imputato costituisce un «corollario *essenziale* dell'*inviolabilità* del diritto di difesa» (corsivi aggiunti)⁴², sulla scorta di una pregressa giurisprudenza costituzionale che così, letteralmente, si era pronunciata in passato⁴³. Afferma poi che, pur non essendosi mai esplicitamente espressa sulla questione se tale diritto si estenda anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva, i precedenti su fattispecie analoghe depongono in questo senso⁴⁴. Dal secondo punto di vista, invece, la Corte costituzionale si fa portavoce e megafono della – oramai copiosa – giurisprudenza edu che ha espressamente esteso il diritto al silenzio, desumibile dall'art. 6 CEDU, ai procedimenti amministrativi⁴⁵.

Si stagiava abbastanza bene sullo sfondo, quindi, la prospettiva che una risposta negativa ad entrambi i quesiti pregiudiziali europei avrebbe fatto riemergere da sotto il “tappeto” delle questioni interpretativa e di validità la “polvere” della questione di costituzionalità riferita agli artt. 24 e 111 Cost. (oltre, forse, al 117 Cost.), alla quale, date le premesse, molto difficilmente la Corte costituzionale avrebbe potuto rispondere con un rigetto.

Eppure, i controlimiti non vengono mai menzionati, né la Corte sembra volersi far scudo di questo argomento per rinforzare la persuasività delle argomentazioni ed indirizzare la pronuncia europea. Non v'è dubbio, allora, che nel caso *Consob*, forse ancor più che nel caso *Taricco*, la Corte costituzionale abbia dato prova di saper intendere i controlimiti come un confine, certo, insuperabile, ma non per questo necessariamente terreno di scontro bellico (se non, più precisamente, come ultima trincea di una guerra di posizione), quanto piuttosto – per rimanere nella metafora – come luogo di esercizio del confronto diplomatico per la soluzione dei potenziali conflitti, preferibilmente prima della loro esplosione. Volendo, anche senza parlarne esplicitamente.

Tutto bene, dunque?

170, mentre altri, più cautamente, affermano non fosse «del tutto improbabile l'azionamento dei controlimiti», alla luce del carattere notoriamente supremo del diritto di difesa (cfr. S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, *ivi*, 4/2019, 2 luglio 2019, 10). C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 25, opera dei *distinguo*, ritenendo che i controlimiti entrino in gioco solo in caso di mancata tutela di un diritto fondamentale e non di affermazione di una tutela del diritto più elevata di quella garantita dall'ordinamento dell'Unione.

⁴² Cfr. Corte cost. ord. n. 117 del 2019, § 7.1. *Cons. dir.*; Id., sent. n. 84 del 2021, § 3.2. *Cons. dir.*

⁴³ In particolare, Corte cost., ordd. nn. 291 e 485 del 2002 e 202 del 2004.

⁴⁴ Il riferimento è a Corte cost., sentt. nn. 78 del 1967; 196 del 2010; 104 del 2014; 276 del 2016; 68 del 2017; 121 e 213 del 2018; 63 del 2019; 96 del 2020 e 28 del 2021.

⁴⁵ V., oltre alla giurisprudenza citata *supra*, in nt. 11-12, Corte edu, sentt. 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, § 44.

Non esattamente, perché dietro all'apparente sintonia raggiunta dalle due Corti in questo, come nei casi precedenti, si celano in realtà non poche distanze e perché quelle distanze dischiudono scenari non del tutto (anzi, tutt'affatto) pacificati. Sono distanze e scenari che emergono molto bene da un confronto fra le due sentenze conclusive della questione dal versante europeo e dal versante interno, come si vedrà nei paragrafi che seguono.

5. *Le implicazioni interne della vicenda Consob.*

Vi è un altro angolo prospettico dal quale è indispensabile osservare la vicenda Consob: quello interno. Da questa visuale, infatti, la pronuncia n. 84 del 2021 assume significati ulteriori e per certi versi differenti, segnando un'ulteriore tappa del processo di progressivo ricollocamento del Giudice costituzionale nelle sempre più intricate trame di relazione con i poteri dello Stato, che ci ha reso testimoni, specialmente nel corso degli ultimi anni, di un certo attivismo della Corte. Da un lato, vi sono le tensioni verso il ri-accentramento del sindacato costituzionale, che concernono oramai i più disparati ambiti, andando dall'attenuazione dell'onere di ricerca di interpretazione costituzionalmente conforme, alla rimodulazione della dottrina delle "rime obbligate", alla rielaborazione del criterio di rilevanza in termini meno forti (tale da consentire, ad esempio, una più ampia accessibilità al sindacato di legittimità anche in zone franche o con d'ombra della giurisprudenza costituzionale), alla rimeditazione della giurisprudenza sulla "ridondanza". Dall'altro lato, vi sono i segnali di un atteggiamento schiettamente collaborativo nei confronti del legislatore, come testimoniato dal frequente ricorso ai moniti e – soprattutto – dall'invenzione della tecnica dell'"incostituzionalità prospettata"⁴⁶.

La contestualità di tutti questi mutamenti, di pari passo con la riformulazione della giurisprudenza *Granital*, non può certo essere casuale e, anzi, impone agli osservatori il tentativo di una lettura d'insieme o, quantomeno, di una valutazione delle implicazioni di quest'ultima giurisprudenza *anche* alla luce del riposizionamento che la Corte costituzionale sta attuando, in questo ultimo turno d'anni, nei rapporti con i giudici comuni e con il legislatore.

Guardiamo, quindi, al rapporto con i giudici comuni, che il complesso decisionale in commento – e in particolar modo la sentenza conclusiva della vicenda – stabilizza e, per certi versi, fortifica. Da questo versante, ne risulta infatti confermata l'idea, già esplicitata nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, che le violazioni dei diritti della persona non possono essere adeguatamente affrontate dai giudici comuni, tramite il ricorso alla disapplicazione, per almeno due ordini di ragioni.

⁴⁶ Su tutti questi profili si v., *ex multis*, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 2226 ss.; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, Giappichelli, 2020, 243 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2020, 101 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 26 maggio 2020; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; nonché i contributi raccolti nel fascicolo tematico n. 3/2021 di *Federalismi.it*.

La prima: nell'ipotesi di una disapplicazione orientata al caso concreto, il giudice può essere tentato (e la prassi dimostra che spesso lo è) di piegare la lettura delle disposizioni in tema di tutela di diritti in maniera tale da accordare la più ampia garanzia del diritto soggettivo di volta in volta lesa. Invece, le valutazioni relative ai diritti e ai principi richiedono uno spettro di analisi capace di andare oltre il caso concreto, sottoposto all'attenzione del giudice, per svolgere ponderate riflessioni sulle esigenze del bilanciamento con altri diritti, interessi, valori e principi, in nome anche (e nelle moderne società il punto si fa sempre più cruciale) della garanzia del principio del pluralismo⁴⁷. In questi ambiti, allora, la "specializzazione" di alcune Corti (come la Corte di Strasburgo) o il carattere astratto del sindacato (come, seppur con importanti correttivi, quello della nostra Corte costituzionale) offrono garanzie di una capacità di ponderazione più equilibrata fra tutte le istanze in gioco⁴⁸ e di una – indispensabile – attitudine a pensare le decisioni in "maniera universalizzabile".

Quest'esigenza, lungi dall'essere solo interna, concerne anche le relazioni fra i diversi livelli di tutela dei diritti, nella misura in cui la ricerca del più elevato standard di protezione di uno di essi non può essere effettuata isolatamente, ma necessita di essere svolta alla luce degli altri diritti per come tutelati dalle *diverse* Carte, così che può darsi l'ipotesi in cui il maggiore standard di protezione di un diritto offerto dalla Costituzione nazionale, in linea con la Carta dei diritti (e la conseguente possibile soluzione disapplicativa della norma interna in contrasto con esse), riduca il livello di protezione di un altro diritto, maggiormente protetto a livello europeo⁴⁹. Non è facile, allora, né probabilmente possibile, rinunciare ad un intervento delle Corti apicali specializzate in materia di diritti e principi. Cosa che, peraltro, la Corte di Giustizia sembra aver riconosciuto nel corso del tempo in varia maniera: in una prima fase, praticando un certo *self restraint* in materia⁵⁰; in seguito, riconoscendo esplicitamente la compatibilità con gli obblighi europei, in deroga alla giurisprudenza *Simmenthal*, della priorità della questione di costituzionalità in questi ambiti, sia pur con le cautele già sopra ricordate.

La seconda ragione è invece legata alle migliori prestazioni in termini di certezza del diritto che è capace di offrire un intervento *erga omnes*, eventualmente di annullamento delle norme statali in contrasto con le Carte dei diritti. Su questo punto, però, occorre soffermare un secondo l'attenzione perché, inteso in maniera netta e perentoria, implicherebbe un'esclusione totale dei giudici comuni dalla possibilità di "maneggiare" diritti che entrerebbe in contrasto con gli obblighi europei di rispetto dei principi del primato e della leale collaborazione, ogniqualvolta sia in gioco il diritto europeo autoapplicativo. Tanto è vero che, come si vedeva sopra, la nostra

⁴⁷ Cfr., da ultimo, R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 16 ss.

⁴⁸ Cfr. J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 5 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4771 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*, in *Astrid Online*, 22 aprile 2006, 13.

⁴⁹ Lo rileva, correttamente E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13, con riferimento ai casi *Viking*, *Laval* e *Riifert*.

⁵⁰ Cfr. V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009, 130.

Corte costituzionale ha dovuto rimodulare e ammorbidire la svolta del 2017, nel senso di non accordare un carattere obbligatorio alla sollevazione prioritaria della questione di costituzionalità, anche in caso di contrasto con disposizioni della Carta dei diritti direttamente applicabili, pur precisando che rimane comunque la scelta *più opportuna* da compiersi.

È tutta qui, allora, la sintesi del nuovo rapporto delineato con i giudici comuni: se le disposizioni parametro della CdfUE non sono autoapplicative, essi *devono* rivolgersi alla Corte costituzionale, com'è sempre stato; se le disposizioni parametro della CdfUE sono autoapplicative, *sarebbe bene* si rivolgessero comunque alla Corte costituzionale, organo in grado di assicurare un sindacato che vada oltre il caso concreto e di offrire – eventualmente interpellando la Corte di giustizia per i dovuti riscontri – una soluzione valida *erga omnes*; ma, anche in quest'ultimo caso, se entrano in gioco i controlimiti, il giudice comune torna a *doversi* rivolgere alla Corte costituzionale perché dirima la questione (anche qui, com'è sempre stato).

Se tanto è vero, allora forse la portata dell'innovazione introdotta a partire dal 2017 è semplificabile nel senso dell'ammissione di un sindacato costituzionale nell'area di autoapplicabilità della Carta di Nizza che non incida sui controlimiti e nel senso della possibilità/opportunità dell'inversione dell'ordine delle pregiudiziali in tutti i casi. Tutto ciò incide, certo, sul potere di disapplicazione dei giudici comuni e di sollevazione, da parte loro, del rinvio pregiudiziale interpretativo, ma non in maniera così forte e netta come in principio si era prospettato, bensì nella direzione della richiesta di una leale collaborazione dei giudici comuni con la Corte costituzionale nell'area della tutela dei diritti.

E sul punto, a seguito degli assestamenti che hanno interessato la giurisprudenza di entrambi i livelli ordinamentali interessati, le due Corti supreme sembrano procedere di pari passo e senza particolari frizioni.

Quel che invece emerge dalla sentenza n. 84 del 2021 in maniera piuttosto chiara e netta sono le diverse potenzialità dell'intervento *erga omnes* nel sindacato sui diritti. Ad un immediato raffronto fra i due dispositivi delle pronunce della Corte di Giustizia e della sentenza conclusiva dal versante interno, emerge infatti la differenza fra le decisioni delle due Corti: mentre la prima opta per il componimento interpretativo del potenziale conflitto fra direttiva e Carta dei diritti, individuando una interpretazione conforme che consente di intendere la direttiva europea in maniera compatibile con il diritto al silenzio, la nostra Corte non può (o non vuole) procedere nello stesso senso e ritiene invece necessario procedere all'annullamento parziale della disposizione interna attuativa della direttiva.

Lampante diviene, così, il “vantaggio ordinamentale” del ricorso prioritario alla Corte costituzionale: se il giudice *a quo* avesse interrogato preliminarmente il Giudice europeo, la sua risposta (a voler ammettere che sarebbe stata identica, anche senza l'intervento del Giudice costituzionale) gli avrebbe consentito di procedere autonomamente, disapplicando la normativa interna in contrasto con la direttiva e con la Carta dei diritti, ovvero interpretando la normativa interna in maniera conforme al diritto al silenzio, in parallelo con la decisione del Lussemburgo. Un identico risultato, insomma, per il caso di specie; una maggiore incertezza per tutti i casi analoghi, pendenti e futuri, con l'effetto di una potenziale disparità di trattamento fra essi.

Ma v'è di più, perché questa decisione consente alla Corte costituzionale di consegnare – ostentatamente – al legislatore uno spazio di manovra e di discrezionalità nell'attuazione ed implementazione del diritto al silenzio, declinandolo in funzione delle specificità dei procedimenti interessati. Afferma esplicitamente la Corte, al par. 5. del *Considerato in diritto*, che spetta «primariamente al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea». Si potrebbe aggiungere pure che un intervento legislativo sia necessario anche per prevedere le condotte che integrano fattispecie coperte dal diritto al silenzio, essendovi dubbi in dottrina se, ad esempio, il ritardo nella risposta possa esservi *tout court* accomunato o se meriti una differente disciplina.

Sono dunque almeno due (forse tre) le considerazioni che suscita questo spazio di discrezionalità espressamente lasciato al legislatore. Da un lato, la constatazione che si tratta di uno spazio che non si sarebbe aperto in caso di disapplicazione o di interpretazione conforme della normativa interna e che sollecita a guardare a questo ulteriore elemento come ad uno dei profili che sostengono l'opportunità di un intervento preventivo della Corte costituzionale (poiché maggiormente compatibile con gli equilibri fra i poteri dello Stato). Dall'altro, la verifica che, in caso di disapplicazione da parte del giudice della normativa interna, non vi sarebbe stata un'altra “regola” europea da applicare al caso concreto, ad onta dell'affermata – e non discussa dalla nostra Corte – natura autoapplicativa del diritto al silenzio. Congiunta a questo profilo appare pure l'affermazione (dal basso) di uno spazio di discrezionalità e di manovra nell'attuazione del diritto al silenzio anche a seguito della direttiva e del regolamento europeo, e dunque, secondo i dettami della sentenza *Fransson*, la rivendicazione della permanente rilevanza del parametro costituzionale.

A queste ultime considerazioni si dedicherà lo spazio delle osservazioni conclusive.

6. Qualche osservazione in chiave prospettica: nuove tensioni nel circuito giudici comuni-Corte costituzionale-Corte di giustizia.

Rimangono allora, infine, da svolgere solo poche riflessioni, in chiave ipotetico-prospettica, se è vero che quello che si scorge all'orizzonte (e che, forse, in controluce già traspare dalla lettura di molti dei casi che si sono sin qui analizzati) è la possibilità di uno spostamento (o un allargamento) del terreno dello scontro da quello relativo ai contenuti delle disposizioni delle Carte e dei bilanciamenti ivi operati, a quello dei criteri di determinazione delle rispettive aree di competenza (tutti, è bene ricordarlo, ricavati in via pretoria⁵¹).

⁵¹ Cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017.

Ci si riferisce – come si vedeva in chiusura del precedente paragrafo – non più solo alla questione dell’ambito di applicazione della Carta di Nizza, di cui all’art. 51 CdfUE, invero di non semplicissima determinazione, ma già a più riprese affrontata dalla nostra Corte⁵², quanto soprattutto alla decisione sui casi di diretta applicabilità della Carta dei diritti (che innesca particolari – se pur non più esclusivi – circuiti fra giudici comuni e Corte di Lussemburgo) e a quella relativa alla sussistenza o meno di un margine di discrezionalità statale nell’attuazione della normativa derivata (che preclude, secondo il Giudice europeo, il riferimento alla tutela costituzionale dei diritti, fatta salva la consueta eccezione dei controllimiti).

Sono questi ultimi, quindi, i punti su cui è necessario spendere qualche parola.

Quanto alle decisioni in tema di diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali europea, è piuttosto evidente, negli ultimi anni, un deciso cambio di attitudine, sia della dottrina, sia della giurisprudenza. Se all’alba del riconoscimento della piena efficacia giuridica della Carta si dava quasi per scontato che le relative disposizioni, dal contenuto ancor più vago ed essenziale di quelle che le Carte costituzionali usualmente dedicano ai diritti (soprattutto in punto di limiti previsti per ciascuno di essi)⁵³, si nutrissero necessariamente dell’applicazione normativa e giurisprudenziale, sia europea, sia statale⁵⁴ (anche alla luce dell’art. 52, par. 4, CdfUE, che richiede di interpretare i diritti in essa contenuti «in armonia» con le tradizioni costituzionali comuni⁵⁵), da qualche tempo va invece emergendo l’idea di una differenziazione fra diritti e principi contemplati dalla Carta (sulla scorta dell’art. 52, par. 5, CdfUE e delle relative Spiegazioni) che renderebbe operante una sorta di presunzione di autoapplicabilità dei diritti e di non autoapplicabilità dei principi⁵⁶.

⁵² Cfr., per tutti, D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter*, cit., 1272 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 3 ss., nonché il dibattito aperto a seguito della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale (v., per tutti, A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 4 settembre 2011, 5 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2012, 23 ss.).

⁵³ V. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 157 ss.; L. TRUCCO, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in AA.VV., *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 317 ss.

⁵⁴ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Some considerations*, cit.; C. SALAZAR, *A Lisbon Story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 21 dicembre 2011, 20 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, 221 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, 837 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 7 ss.

⁵⁵ Il punto è più volte sottolineato da M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit. e G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2958.

⁵⁶ Cfr., sul punto, A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1° febbraio 2018. Sulla base di questa distinzione, in effetti, la Corte di cassazione ha fondato la sua argomentazione circa la diretta applicabilità dell’art. 47 CdfUE nell’ordinanza n. 3831/2018, dalla quale tutta la “vicenda Consob” ha tratto origine. Spunti critici in proposito possono essere rinvenuti in D. TEGA, *Il seguito in Cassazione*, cit. Per un’attenta analisi delle condizioni dell’autoapplicabilità, in ottica non solo europea, ma anche interna e internazionale, v. A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, Jovene, 2011; con riferimento specifico all’ordinamento dell’Unione v. D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018; ID., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 4 marzo 2019, 220 ss.; ID., *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 2 ss.

E anche la Corte di Giustizia, dal canto suo, recupera possibili spazi di intervento mediante un sempre più frequente riconoscimento di efficacia diretta (anche orizzontale) a disposizioni dei trattati e della CdfUE⁵⁷, quasi a controbilanciare le aperture prima ricordate, non incontrando su questo versante alcuna opposizione da parte dei nostri giudici. Si ricorderà, ad esempio, che anche il caso *Taricco* affondava le radici sull'assunto dell'autoapplicabilità dell'obbligo per gli Stati membri di imporre sanzioni efficaci e dissuasive avverso le frodi che ledano interessi finanziari dell'Unione; assunto che avrebbe potuto essere messo in questione⁵⁸, ma che la nostra Corte ha accettato come presupposto del confronto. Osservazioni analoghe potrebbero svolgersi anche in relazione al caso, meno controverso, che occupa la nostra attenzione: la tesi che il diritto al silenzio, per come ricavato dagli artt. 47 e 48 della CdfUE, sia direttamente applicabile non viene minimamente sottoposta a scrutinio. In altre parole, la Corte costituzionale (almeno per il momento) ammette che la statuizione circa ciò che è direttamente applicabile (e ciò che non lo è) appartiene ad un'area di competenza europea, anche quando "i fatti" dimostrano il contrario: quando, come nel caso di specie, occorre rinviare al legislatore affinché eserciti la necessaria opera di chiarimento e di delineazione delle differenti discipline che ciascuna fattispecie concreta necessita, tenendo conto delle peculiarità del procedimento di accertamento fiscale rispetto al processo penale e delle differenti condotte in cui può integrarsi il diritto al silenzio.

Parzialmente connesso a queste riflessioni è, poi, il tema del margine di discrezionalità del legislatore statale: con le – speculari – sentenze *Melloni* e *Åkerberg Fransson*, la Corte del Lussemburgo ha interpretato la clausola di maggior favore di cui all'art. 53 CdfUE in una maniera peculiare rispetto all'uso che normalmente, di analoghe clausole, le Corti fanno con riferimento ad altre Carte di diritti. È stato in dottrina osservato, in proposito, che il carattere *sui generis* dell'ordinamento dell'Unione (ordinamento di fonti autonome e sovraordinate rispetto a quelle degli Stati nazionali) si manifesta in quest'ambito rendendo l'art. 53 "qualcosa di più" di una "*minimum standard clause*", avvicinandola piuttosto ad una regola di risoluzione dei conflitti fra fonti nell'area dei diritti fondamentali⁵⁹. Ciò, almeno, nella lettura della Corte di giustizia, la quale ha affermato che, laddove il diritto dell'Unione non lasci margine di discrezionalità agli Stati

⁵⁷ Fra queste, ad esempio, vi sono l'art. 47 CdfUE (cfr. Corte conti, sez. riunite in sede giurisdizionale, ord. n. 1 del 26 aprile 2012); l'art. 50 CdfUE (così, almeno, Gip Milano, dec. n. 1795 del 21 novembre 2011); il divieto di discriminazione (CGE, Gr. Sez., 19 gennaio 2010, *Kucukdeveci*, in causa C-555/07; Trib. Udine, sez. lav., 29 giugno 2010). A questi, occorre poi aggiungere i casi in cui è stato riconosciuto l'effetto diretto della Carta nei rapporti orizzontali: cfr. CGE, sent. 14 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, in causa C-176/12; CGE, 17 aprile 2018, *Egenberger*, in causa C-414/16, dove si dichiara l'effetto diretto dell'art. 21 CdfUE con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; Id., 6 novembre 2018, *Bauer*, in cause riunite C-569/16 e C-570/16 e Id., 6 novembre 2018, *Max Planck-Gesellschaft*, in causa C-684/16, dove si riconosce l'effetto diretto dell'art. 31, par. 2, CdfUE sul diritto alle ferie annuali retribuite. Ma non può non menzionarsi anche il caso di controversia in ordine alla diretta applicabilità di direttiva (in particolare, in punto di discriminazioni fondate sull'età) che ha visto contrapporsi apertamente la Corte di giustizia (sent. 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, in causa C-441/14) e la Corte suprema danese (6 dicembre 2016, *Ajos*).

⁵⁸ Come fa, ad esempio, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venire fuori?*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2016; A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 14 s. Sul punto, v. anche P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, 359 ss. che vi scorge il potenziale (non attuato) per affrontare i controlimiti – alla tedesca – anche nella dimensione del rispetto delle competenze da parte degli organi europei.

⁵⁹ Così, espressamente, D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1288.

membri, il parametro di riferimento per la tutela dei diritti è la Carta di Nizza; laddove invece gli Stati abbiano un margine di discrezionalità nell'attuare gli obblighi UE, il punto di riferimento tornano ad essere pure le Carte nazionali, purché lo *standard* di tutela dalle stesse assicurato sia superiore a quello europeo.

La *ratio* di questa giurisprudenza è legata a doppio filo con le ragioni dell'uniformità dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto europeo all'interno degli Stati membri, della sua effettività e dell'effetto utile, ma, guardandola con gli occhi degli ordinamenti nazionali, pone un'enorme mole di problematiche con riguardo al rispetto non tanto dell'area dei controlimiti (sulla quale da sempre gli Stati si sono riservati uno spazio di manovra), quanto dei "comuni" riscontri di un maggior standard di tutela di un diritto a livello statale, oltre che in ordine ai necessari bilanciamenti con gli altri diritti e principi che entrano in relazione con quello di volta in volta interessato, che vengono così attratti nel monopolio della Corte di giustizia, per il tramite dei test di proporzionalità e di rispetto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁶⁰.

Ebbene, con riferimento a questa problematica, non si può trascurare la portata potenzialmente dirompente della pronuncia n. 20 del 2019, con la quale è stata riconosciuta la possibilità per il giudice comune di invertire l'ordine delle pregiudiziali anche quando una norma europea *di diritto derivato* partecipi della "stessa natura" della Carta dei diritti (nella specie, quando quella normativa sia assunta a modello per la delineazione dei contenuti della Carta): portata diversa perché dai contorni più incerti e in grado di intercettare molte più disposizioni direttamente applicabili del diritto eurounitario, potenzialmente in varia maniera collegate all'attuazione di un diritto contemplato dalla CdfUE o adottate a riferimento al momento della redazione della Carta⁶¹. Tramite questa ulteriore "finestra" di intervento, accanto a quella della pregiudiziale di validità (che, come si è visto, consente alla Corte di influire anche sulle determinazioni relative al diritto derivato con efficacia potenzialmente *erga omnes*), la Corte costituzionale potrebbe, insomma, riservarsi un (sia pur contenuto) spazio di intervento anche in quella delicata area definita dalla giurisprudenza del Lussemburgo come area "non discrezionale" o di "completa determinazione europea", ribaltando lo schema affermato dalla Corte di Giustizia. Si inizia così, infatti, ad erodere, anche dal basso – ovvero, dal lato di quella normativa che,

⁶⁰ Si v., sul punto, a mero titolo esemplificativo, L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 35, 1998, 629 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *Diritti comparati*, 2 aprile 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013; D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter*, cit., 1291 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; E. MARTINI, *L'europizzazione dei controlimiti alla prova del dialogo tra le Corti: i casi Melloni e Taricco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 maggio 2018.

⁶¹ Cfr., per un'analisi delle problematiche di questa estensione, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, 2019, 25 febbraio 2019, 113 ss.; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2019; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE*, cit.; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 434 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 23 settembre 2019; nonché i contributi raccolti in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited?*, cit., 37 ss.

eventualmente, possa esaurire la discrezionalità statale nell'attuare gli obblighi UE – il monopolio che la Corte di Giustizia si era costruita intorno al sindacato sul rispetto dei diritti. E si sposta ancora un po' il terreno del possibile futuro scontro con il Giudice europeo.

D'altro canto, guardando a questa giurisprudenza nel suo complesso, anche il compito dei giudici comuni diventa più complesso perché, prima di poter decidere se possano o debbano rivolgersi (anche) alla Corte costituzionale, essi sono chiamati a verificare se la disposizione della Carta dei diritti interessata sia o meno direttamente applicabile oppure – e le due questioni, non sono affatto sovrapponibili, né confondibili, come invece a volte accade – se la normativa primaria europea di riferimento lasci o meno margini di discrezionalità al legislatore statale per la sua attuazione. A tali fini, in assenza di precedenti, il giudice comune potrebbe aver bisogno di interpellare la Corte di giustizia perché chiarisca il quadro.

Ma, una volta interrogata sull'efficacia della normativa (primaria o fondamentale) avrebbe poco senso non interpellarla anche nel merito dell'interpretazione o dell'eventuale questione di validità, dal momento che, venuta meno la priorità *obbligatoria* della questione di legittimità, le ragioni dell'*opportunità* di quella precedenza possono essere facilmente controbilanciate da quelle di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

È facile pronosticare, allora, che il prossimo terreno di conflitto possa essere allargato, se non spostato altrove, coinvolgendo anche i giudici comuni: dal versante della Corte di giustizia, potrebbero incontrarsi resistenze in caso di indebita estensione dell'area del diritto eurounitario derivato “attratto” nella sfera di rilevanza costituzionale; dal lato della Corte costituzionale, potrebbero verificarsi resistenze in caso di indebita estensione delle disposizioni sui principi e i diritti cui venga riconosciuta efficacia autoapplicativa; dal lato dei giudici comuni, potrebbero rivendicarsi spazi di autonomia nei confronti dell'una e dell'altra (tramite il sostegno all'affermazione della discrezionalità statale, nei confronti della prima; tramite il sostegno della diretta applicabilità, nei confronti della seconda).

Ma non è questo il caso delle pronunce sul caso Consob, ove tutti questi campi di tensione non vengono attivati. Almeno, non esplicitamente.



Michele Massa*

La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tecnica decisoria e i suoi precedenti. – 3. Il dibattito. – 4. Quattro osservazioni conclusive (più due).

1. Premessa.

In una questione di grande rilievo sostanziale, l'ordinanza qui commentata fa applicazione di una tecnica decisoria che era stata già sperimentata in due occasioni precedenti¹ e si colloca nella stagione di particolare effervescenza processuale che si vive da alcuni anni a Palazzo della Consulta². La tecnica consiste nell'uso di un'ordinanza per rinviare di qualche tempo, a data fissa, la decisione definitiva di una questione, contestualmente anticipando, almeno in parte, i contenuti di questa decisione, tendenzialmente nel senso dell'accoglimento, e invitando il Parlamento a intervenire, entro il termine del rinvio, sulla situazione normativa in esame e sui problemi costituzionali posti da essa. Gli stessi Presidenti della Corte costituzionale ne hanno parlato come di una incostituzionalità «prospettata»³.

È davvero il segno di un cambiamento durevole nel modo di governare e decidere le questioni di legittimità costituzionale? All'apparire di questa nuova figura, c'era stato chi aveva dubitato che potesse

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Cattolica del Sacro Cuore.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Corte cost., ord. 24 ottobre-16 novembre 2018, n. 207, seguita da sent. 25 settembre-22 novembre 2019, n. 242; ord. 9-26 giugno 2020, n. 132, seguita da sent. 22 giugno-12 luglio 2021, n. 150. Rinuncio ad elencare in blocco gli estremi di tutti i commenti sviluppati su queste decisioni (e soprattutto sulla prima, sommersa da una coltre di note tale da costituire forse più un ostacolo che uno strumento per l'approfondimento: cfr. P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2019, 360). Alcuni riferimenti saranno fatti in seguito, nei limiti in cui risultino funzionali al discorso (che non è quello di un saggio bibliografico), senza pretese di completezza o anche solo di rappresentazione panoramica.

² Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, sp. 24-45.

³ Da ultimo, G. CORAGGIO, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020* (relazione del Presidente, 13 maggio 2021), 13. Come è noto, l'espressione fu inizialmente usata dal Presidente Lattanzi.

andare al di là del primo, particolarissimo caso, in occasione del quale era stata elaborata⁴, e consolidarsi come un vero e proprio modulo suscettibile di generalizzazione o, comunque, di impiego in un più ampio novero di fattispecie. Ora siamo alla terza applicazione in tre anni, ma pare ancora prematuro formulare consuntivi e, per la verità, anche prognosi. La tecnica decisoria – ammesso che se ne possa parlare in questi termini, almeno come ipotesi di lavoro – è ancora in via di assestamento. Come sempre, il suo successo, o meno, dipenderà da numerosi fattori, anche storici e istituzionali, mutevoli e non agevolmente prevedibili⁵. Nondimeno, è possibile osservare la traiettoria compiuta sino a qui e ragionare, se non proprio sulle sue future evoluzioni, almeno sui segnali da tenere d'occhio all'orizzonte.

È questa la prospettiva adottata nel presente commento. Salvo alcuni cenni indispensabili all'economia del ragionamento, si lascia da parte il pur relevantissimo tema sostanziale dell'ordinanza n. 97 del 2021, ampiamente squadernato dalla dottrina anche alla vigilia della decisione e subito all'indomani di essa⁶. Neppure si intende dare istruzioni ai giudici comuni su cosa fare in attesa della decisione definitiva della Corte costituzionale, o ragionare sugli sviluppi possibili a seconda delle reazioni del Parlamento⁷. Saranno accantonati anche temi processuali interessanti, come l'imponente dispiegamento di *amici curiae*⁸. L'attenzione si focalizzerà, invece, sulla tecnica decisoria impiegata⁹ e, da questo punto di vista, la decisione commentata sarà paragonata ai precedenti immediati e messa a confronto con alcuni temi del fitto dibattito sviluppatosi in proposito¹⁰. Dopo la prima applicazione, la tendenza della Corte è andata nel senso di allentare il reticolo di prescrizioni che accompagnano l'invito al legislatore a provvedere entro il termine fissato: un passo in direzione di una collaborazione più aperta e di un maggiore rispetto del ruolo del Parlamento. Tuttavia, ciò non risolve le ambiguità insite nel metodo prescelto: anzi, in un certo senso, può accentuarle. Del resto, esse riflettono problemi di fondo, la cui difficoltà è acuita da dinamiche esterne, seppure naturalmente collegate, agli istituti di giustizia costituzionale.

⁴ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.

⁵ Parte da qui l'analisi di M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2019, 644 ss.

⁶ Per tutti, vedi G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (curr.), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, atti del seminario tenutosi a Ferrara, 25 settembre 2020, in *Forum di Quad. cost. Rass.*, 2020, n. 4. Tra i primi commenti segnalò subito, anche per ulteriori riferimenti, E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in www.sistemapenale.it (25 maggio 2021); nonché F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza n. 97 del 2021*, in www.questionegiustizia.it (27 maggio 2021).

⁷ Cfr. in argomento D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in www.giustiziainsieme.it (20 maggio 2021).

⁸ Uno dei quali (il Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità Macrocrimes) aveva contribuito all'organizzazione del seminario di cui alla nota 6. Su questo tema, cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 122 ss. L'introduzione, mediante una modifica delle Norme integrative, di questo istituto è stata preceduta da un seminario organizzato dalla stessa Corte costituzionale, le cui relazioni principali sono edite come T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, e V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 371 ss., 393 ss. (con una premessa di A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, ivi, 361 ss.).

⁹ Anche sulla scorta delle considerazioni che avevo sviluppato in *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1323 ss. (anticipata nel *Forum di Quad. cost.*, 1° dicembre 2018).

¹⁰ Pure in apposite iniziative organizzate di studio: cfr. ad es. il seminario *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, organizzato da *Quaderni costituzionali* a Bologna il 27 maggio 2019 (si vedano le relazioni di E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., e C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in quella *Rivista*, 2019, 531 ss. e 567 ss., nonché i numerosi interventi pubblicati in Seminario QC 2019 – Forum di Quaderni Costituzionali (forumcostituzionale.it)); nonché il *forum Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018). In attesa della pronuncia che verrà*, in *Gruppo di Pisa*, 2019, 155 ss.

2. La tecnica decisoria e i suoi precedenti.

La decisione capostipite del filone in esame è stata ampiamente analizzata alla luce della comparazione con le esperienze straniere di giustizia costituzionale, alle quali del resto si ispirava dichiaratamente. Riveste particolare interesse un'analisi¹¹ che ha messo in luce affinità e, soprattutto, differenze rispetto alle decisioni tedesche di incompatibilità. Queste ultime: *i*) sono decisioni di merito e hanno effetto vincolante nei confronti di tutti i poteri pubblici, compreso quello legislativo; *ii*) tuttavia, non preludono a future decisioni di illegittimità costituzionale a pieno titolo, qualora il legislatore resti inerte, né alla sostituzione o manipolazione da parte del giudice della normativa difettosa; *iii*) possono però regolarne transitoriamente l'applicazione, in attesa del necessario intervento del parlamento, precludendola o consentendola secondo i casi.

Invece, in tutte e tre le applicazioni che sinora ha ricevuto, la nuova tecnica decisoria italiana presenta i seguenti caratteri: *i*) combina la veste formale di ordinanza (collegiale e numerata) e un effetto di mero rinvio della decisione definitiva (non dissimile da quello di provvedimenti di norma assunti direttamente dal Presidente e non motivati) con la motivazione di una decisione di merito orientata all'accoglimento e la sollecitazione ad un rapido intervento politico sui delicati bilanciamenti tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti; *ii*) in mancanza di un tale intervento, prospetta il reperimento da parte della Corte stessa, in sede di decisione definitiva, di un punto di equilibrio tra quegli interessi, ferma restando la facoltà per il legislatore di rimaneggiare il tessuto normativo anche in seguito¹²; *iii*) non ha la possibilità di regolare il destino della normativa sospetta *medio tempore*, salvo contare sull'effetto di precedente autorevole in merito alla non manifesta infondatezza dei pertinenti dubbi di legittimità costituzionale.

C'è però un aspetto che distingue la vicenda dell'assistenza al suicidio, da un lato, e, dall'altro, quelle della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa e dell'ergastolo ostativo. La differenza è almeno quantitativa, se non qualitativa, e attiene alle indicazioni impartite al legislatore in merito all'intervento correttivo da adottare.

Nel cd. caso Cappato, la motivazione dell'ordinanza di rinvio – seguendo il calco del drammatico caso concreto da cui aveva avuto occasione il giudizio principale – aveva impartito una serie nutrita di indicazioni¹³, sia pure con un grado diverso di puntualità e, forse, cogenza (in termini ora di necessità, ora

¹¹ G. REPETTO, *Interventi addizionali della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2493-2495.

¹² Vedi infatti da ultimo, sul tema della prima coppia di ordinanza e sentenza, il testo base adottato il 6 luglio 2021 dalle Commissioni riunite II e XII della Camera dei deputati, in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia, nel corso dell'esame di vari DDL (C. 2 d'iniziativa popolare, C. 1418 Zan, C. 1586 Ceconi, C. 1655 Rostan, C. 1875 Sarli, C. 1888 Alessandro Pagano, C. 2982 Sportiello e C. 3101 Trizzino). I dibattiti nelle Commissioni (anche nella seduta indicata) insistono sulla necessità, ma allo stesso tempo testimoniano la difficoltà, di raccogliere l'invito della Corte costituzionale a legiferare. Frattanto, nella GU 21 aprile 2021, n. 95, è stata data notizia del deposito del quesito referendario per la parziale abrogazione dell'art. 579 cod. pen.: mediante un'operazione di scucitura e ricucitura dei tre commi della disposizione (che diventerebbero uno solo), si propone di sopprimere il reato dell'omicidio del consenziente, per consentire esclusivamente l'applicazione delle disposizioni relative all'omicidio nei casi di cui all'attuale terzo comma (quando il fatto sia commesso contro minorenni, contro persone con infermità o deficienze psichiche, o previa estorsione o inganno per ottenere il consenso alla morte). Naturalmente, perlomeno nel suo tenore letterale, la proposta manipolazione sarebbe muta sulla manifestazione e sull'accertamento della volontà di essere uccisi, nonché sui modi di attuazione di tale volontà, né interverrebbe sull'assistenza al suicidio (art. 580 cod. pen.), la quale resterebbe vietata in un novero più ampio di situazioni (eccettuate quelle sole di cui alla sentenza n. 242 del 2019).

¹³ V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, 2019, 1226, 1228, segnala numerosi «eccessi di motivazione» nell'ordinanza di rinvio li commentata e individua il problema di essa proprio «nei contenuti e nei vincoli che tale rinvio ha previsto».

di opportunità costituzionale¹⁴). Queste indicazioni sono state successivamente tradotte in un dispositivo di accoglimento manipolativo particolarmente articolato e creativo¹⁵.

Invece, negli altri due casi, il problema costituzionale da risolvere è stato inquadrato solo nelle sue linee generali, suggerendo bensì alcuni temi, anche collaterali, da considerare, ma senza impartire istruzioni dettagliate come quelle del 2018. Così, l'ordinanza n. 132 del 2020 richiamava la necessità di circoscrivere la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, fornendo alcuni esempi delle fattispecie per cui essa può (non deve) considerarsi comunque legittima, e al contempo elencava una serie di possibili misure sanzionatorie complementari (risarcitorie, riparatorie e deontologiche), lasciando ampio spazio alla discrezionalità del legislatore¹⁶. L'ordinanza n. 97 del 2021 è ancora più cauta: si muove sulla falsariga della sentenza n. 253 del 2019, ma si astiene dal riproporre lo stesso schema manipolativo realizzato in quella sede, sottolineando il particolare intreccio, nella situazione considerata, dei diversi interessi in gioco (ivi comprese le esigenze di prevenzione segnalate dai delitti e dalla pena in questione, rispetto alla particolare incisività del beneficio di cui si discute) e tutto un gioco di simmetrie e asimmetrie (tra ergastolani collaboranti e non, tra delitti di mafia e di altro tipo, tra liberazione condizionale e benefici intermedi quali il lavoro all'esterno e la semilibertà) che dovrebbe essere opportunamente regolato. Anche qui si dischiude al legislatore un ampio spazio da riempire con scelte politiche, che la Corte si guarda bene dal dettare analiticamente.

¹⁴ Si pensi al tema della disponibilità concreta di cure palliative. Nell'ordinanza n. 207 del 2018 si enfatizza la sua natura di vero e proprio «pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente». Nella sentenza n. 242 del 2019, il discorso è ripreso in termini più sfumati: il passaggio cit. dell'ordinanza viene riproposto solo per affermare «l'esigenza di adottare opportune cautele»; al contempo, si manifesta la consapevolezza (acquisita da un parere del Comitato nazionale per la bioetica) degli ostacoli a una diffusione adeguata e omogenea di queste terapie; ma poi si demanda al giudice dell'eventuale caso concreto nient'altro che l'accertamento dell'informazione del paziente «in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative». Orbene, evidentemente, un conto è verificare che il paziente sia stato informato; un altro che le terapie siano effettivamente disponibili, con tempestività e qualità adeguate alla gravità dei principi in gioco, in ciascun contesto. Chi scrive continua a pensare che, se non altro dinanzi a questo aspetto, sarebbe stato preferibile dichiarare la questione inammissibile per attendere che, dai referti periodici al Parlamento attualmente previsti, risultasse il tendenziale superamento delle presenti difficoltà di assistenza.

¹⁵ Mi limito qui a sottolineare il riferimento, nella sentenza n. 242 del 2019, al «previo parere del comitato etico territorialmente competente». Questi organi si sono visti così piovare addosso una competenza almeno in parte nuova e sicuramente delicata (salvo il generico aggancio alla clausola, di cui all'art. 1, comma 2, del d.m. 8 febbraio 2003, la quale prevede residualmente «funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona»). In proposito, indicazioni interessanti si ricavano da E. LAMARQUE (cur.), *Aiuto al suicidio e profili giuridici del fine vita dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019* (Corte costituzionale, Servizio studi, STU 317, febbraio 2021), in www.cortecostituzionale.it: non risultava reperibile (a oltre un anno di distanza dalla sentenza citata) alcuna documentazione formale sulla prassi applicativa (ivi, 7), il che si potrebbe considerare, appunto, un segno di difficoltà applicativa; sia un documento della Regione Toscana (ivi, 139), sia uno della Società italiana cure palliative e della Federazione cure palliative (ivi, 146) segnalavano l'elevata problematicità del nuovo ruolo dei comitati bioetici. Ciò a ennesima conferma di quanto sia arduo, per il giudice delle leggi, congegnare regole organizzative e procedurali idonee ad attuare quelle stesse garanzie sostanziali che pure esso ritenga costituzionalmente necessarie.

¹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2020, 406 ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2020, 135. La successiva sent. n. 150 del 2021 ha potuto limitarsi ad annullare la normativa speciale che imponeva l'irrogazione della pena detentiva, solo perché così tornava ad applicarsi quella generale, che prevedeva questa pena in termini alternativi a quella pecuniaria. Peraltro, anche qui è stato necessario fare un passo in più: precisare che, nella scelta di irrogazione delle pene, il giudice deve decidere anche alla luce dei pertinenti principi costituzionali ed europei. Peraltro, M. CUNIBERTI, *op. ult. cit.*, 132, 137 s. (diversamente da A. RUGGERI, *op. ult. cit.*), sembrava scettico sulla possibilità che la Corte, invece di caducare in modo definitivo e integrale la pena detentiva, cercasse di salvaguardarne l'applicazione in casi eccezionali, non ancorati a precisi parametri legislativi.

Nel caso dell'ergastolo ostativo, questa impostazione ha destato perplessità in una parte della dottrina¹⁷. Si è rilevato una sorta di passo indietro rispetto alla sentenza n. 253 del 2019, in cui la Corte era parsa spingersi al di là sia della formula tradizionale delle rime obbligate, sia forse anche del recente aggiornamento di essa argutamente qualificato in termini di «versi liberi»¹⁸. Inoltre, pure nel caso in commento si sarebbero potuti rinvenire nell'ordinamento criteri normativi per differenziare la posizione degli ergastolani a seconda che collaborino o meno con la giustizia¹⁹. Comunque, la questione della collaborazione nemmeno si porrebbe per i delitti, puniti con l'ergastolo ostativo, non connessi a contesti di criminalità organizzata²⁰. In altre decisioni costituzionali – e proprio nella sentenza n. 253 del 2019 – le asimmetrie risultanti dall'accoglimento – nel caso, rispetto ai benefici non toccati dalla sentenza – non sono state ritenute decisive nel senso di precludere interventi manipolativi²¹.

A quest'ultimo proposito, però, si potrebbe replicare che la sentenza del 2019 si riferiva al permesso premio, e cioè al primo e più ridotto beneficio, nella sequenza tipica del trattamento penitenziario; ciò diminuisce di per sé il rilievo dell'asimmetria rispetto ai benefici maggiori, all'inverso di quanto accadrebbe se si allentassero le regole di accesso al beneficio massimo (liberazione condizionale) lasciando inalterate quelle relative ai benefici intermedi. Nondimeno, resta vero che, in altre occasioni, il problema delle asimmetrie è stato superato con maggiore scioltezza. È accaduto, ad esempio, quando è stata annullata la preclusione, prima dell'espiazione di 26 anni di pena, all'accesso ai benefici penitenziari per gli ergastolani rei di sequestro di persona con morte della vittima²². «Questa Corte è consapevole» – fu scritto allora – «che la presente pronuncia potrebbe a sua volta creare disparità di trattamento rispetto alla disciplina – non sottoposta in questa sede a scrutinio di legittimità – dettata [...] in relazione ai condannati a pena detentiva temporanea per [gli stessi delitti]. Tuttavia, tale consapevolezza non può costituire ostacolo alla dichiarazione di illegittimità della disciplina qui esaminata», perché, anche se «[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici», la Corte «non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale» (è citata qui la sentenza n. 317 del 2009), mentre è compito del legislatore «individuare gli opportuni rimedi alle eventuali disparità di trattamento che si dovessero produrre» per effetto della sentenza di accoglimento.

Prima di procedere oltre, occorre ricordare un altro dato di contesto giurisprudenziale. Accanto alle ordinanze di rinvio, ai versi liberi e ad alcune manipolazioni ardite (legittimate anche sulla base delle prime due *doctrines*), ha continuato ad avere un certo corso anche la tradizionale dichiarazione di inammissibilità, per i casi in cui è (ritenuta) univoca l'inadeguatezza della situazione normativa in esame, ma non altrettanto la soluzione per correggerne i difetti.

¹⁷ E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., §§ 5-7 e 9.

¹⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 38 nota 32 (dove si spiega il senso della formula e se ne ricordano altre simili) e 101 ss. Vedi ora anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, sp. 77 ss., 278 ss., 306 ss.

¹⁹ Cfr. in merito E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., § 6; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro*, cit., § 8; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 3.

²⁰ In realtà, la questione era stata sollevata con specifico ed esclusivo riferimento al «condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia». Il che dovrebbe rappresentare un limite processuale alle possibilità di intervento della Corte costituzionale. Vedi però quanto si osserva alla nota seguente.

²¹ In questa sentenza, il problema riguardava almeno due ordini di simmetrie: tra l'associazione mafiosa e i relativi delitti di contesto, da un lato, e, dall'altro, tutti gli altri delitti; tra i permessi premio e gli altri benefici. Sul primo punto, la Corte è intervenuta con un'incisiva estensione dell'accoglimento in via di illegittimità consequenziale. Sul secondo punto, vedi subito oltre nel testo.

²² Sent. 21 giugno-11 luglio 2018, n. 149. Si riporta ora a questa massima anche F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 4.

Ad esempio, in materia di contributi all'editoria, pur ritenendo «evidente» la «grave lacuna di fondo» di una normativa che prevede tali contributi ma al contempo non garantisce certezza e chiarezza nella loro distribuzione, con ripercussioni su un diritto fondamentale qual è la libertà di manifestazione del pensiero, la Corte non va oltre una decisione di inammissibilità con monito, in quanto «l'adozione di una disciplina che risponda ai canoni ricordati, quanto all'esigenza di armonizzazione del sistema, non impone una soluzione costituzionalmente obbligata»²³. Ancora, quando è stata censurata la mancata possibilità di revocare il (decreto di ammissione al) patrocinio a spese dello Stato per la persona offesa che avesse calunniato un innocente, si è ammesso che in una situazione del genere l'attribuzione del beneficio è ingiustificata; ma si è addivenuti comunque a una conclusione di inammissibilità, in ossequio all'ampia discrezionalità del legislatore processuale, in particolare perché «introdurre una nuova ipotesi di revoca del decreto di ammissione [...] implica anche una scelta comunque distonica rispetto a quella effettuata dal legislatore di non operare alcuna distinzione tra i soggetti del processo penale»²⁴. Infine, con riguardo all'interesse dei minori nati attraverso la cd. maternità surrogata a vedere acclarato il rapporto di filiazione con il cd. genitore d'intenzione, la Corte – con una motivazione altamente discutibile, per ragioni sostanziali che qui non possono essere adeguatamente esposte – da un lato ha ritenuto «non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» la possibilità di adozione in casi particolari (ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge n. 184 del 1983), la quale risulterebbe «assai distante» dalle «peculiarità della situazione in esame»; ed ha affermato la necessità indifferibile di «adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata». Dall'altro lato, però, pur in presenza di tale asserita urgenza, ha lasciato il compito di intervenire «in prima battuta» al legislatore, «[d]i fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica»; e si è arrestata a una dichiarazione di inammissibilità, pur dando mostra di essere disponibile, in futuro, a pronunce più incisive²⁵.

Beninteso, al di là della tecnica processuale, è fin troppo facile trovare differenze che distinguano queste fattispecie tra loro e nei confronti delle altre passate in rassegna sopra: quanto al loro oggetto; di conseguenza, ai principi coinvolti, al loro rilievo (non certo capitale, ad es., nel caso del patrocinio a spese dello Stato) e all'urgenza di intensificarne la tutela (meno cogente, in presenza di misure comunque in grado di soddisfarli almeno in parte); alla delicatezza dei bilanciamenti da compiere in relazione ai principi antagonisti; infine, quanto al grado di creatività necessario per raggiungere un bilanciamento costituzionalmente accettabile, tenendo conto del tessuto normativo esistente e dei possibili punti di riferimento alternativi. Resta qualche difficoltà nel mettere in relazione in modo organico questi (ed eventuali altri) caratteri delle questioni con i diversi esiti possibili (dall'immediato accoglimento, più o meno manipolativo, all'ordinanza di rinvio, sino all'inammissibilità con moniti più o meno imperiosi). Sul punto si tornerà nelle conclusioni.

3. Il dibattito.

²³ Corte cost., sent. 4 giugno-25 luglio 2019, n. 206. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019* (relazione della Presidente, 28 aprile 2020), 14, indica questa decisione come esempio dei casi «in cui la mera caducazione della disposizione impugnata non è praticabile, ma allo stesso tempo l'ordinamento non presenta una risposta normativa precostituita che permetta alla Corte di offrire una soluzione transitoria in attesa dell'intervento del legislatore».

²⁴ Corte cost., sent. 12 febbraio-11 marzo 2020, n. 47.

²⁵ Corte cost., sent. 28 gennaio-9 marzo 2021, n. 33. Vedi anche la sent. 32, in pari data.

Le ordinanze del tipo oggi in esame sono state oggetto di una analisi scientifica serrata, che ha visto il contrapporsi di posizioni e argomenti di segno opposto. Una parte dei rilievi era strettamente legata al cd. caso Cappato: ad es., che si trattava di un caso critico, in cui l'impiego della tradizionale declaratoria di inammissibilità in prima battuta, sia pure per aprire la strada a un'eventuale seconda pronuncia di accoglimento, avrebbe rischiato di produrre esiti paradossali²⁶; oppure, in senso opposto, che la Corte non avrebbe dovuto forzare la mano del Parlamento che appena due anni prima si era occupato (anche) della dignità del malato terminale mediante la legge 219 del 2017²⁷.

Limitando ora l'attenzione agli argomenti suscettibili di generalizzazione, la più importante ragione a favore fa leva sul compito di assicurare la tutela dei diritti e dei principi non adeguatamente valorizzati dalla disciplina in esame: in una parola, sul rendere giustizia costituzionale²⁸. Rispetto a tale obiettivo, sarebbe ormai evidente il fallimento della funzione monitoria²⁹, la quale non assicura la certezza dei tempi di adeguamento della legge, né il controllo su di essi da parte del giudice costituzionale. Non sono considerazioni di scarso spessore, soprattutto se si conviene che le regole della giustizia costituzionale sono strumentali al diritto costituzionale sostanziale³⁰ e, perciò, devono essere fisiologicamente adattate a esso anche mediante interpretazioni evolutive³¹ e applicazioni innovative degli istituti noti (ivi compreso il potere di rinvio).

Più articolato il panorama degli argomenti contro la nuova forma di ordinanza interlocutoria³²: l'assenza di una chiara base normativa, anche nelle Norme integrative, e specificamente di una regolazione positiva dei criteri per l'esercizio del potere di rinvio, a maggior ragione se lo si deve considerare utilizzabile secondo queste originali e più incisive modalità; l'intrinseca ambiguità di una tecnica che impiega un'ampia motivazione di merito per produrre, nell'immediato, un effetto puramente processuale; di conseguenza, la limitatezza degli effetti dell'ordinanza nei confronti del legislatore, dei giudici comuni (che non possono essere obbligati a sollevare questioni analoghe o comunque a sospendere i giudizi cui presiedono) e della stessa Corte costituzionale (che resta libera di decidere in qualunque senso); il prolungamento dei tempi dei giudizi incidentali e, naturalmente, anche di quelli *a quibus*.

Per la verità, nessuno di questi argomenti è totalmente persuasivo. Il potere di gestione del calendario e, quindi, anche di rinvio è previsto dalla legge n. 87 del 1953 (art. 26) e dalle Norme integrative (artt. 7-8) e, in passato, è stato esercitato anche mediante ordinanze collegiali. Una certa ambiguità non è certo

²⁶ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 541-542: l'imputato avrebbe potuto essere condannato nel momento stesso in cui veniva riconosciuto il fondamento costituzionale della sua condotta di assistenza al suicidio.

²⁷ Rinvio ancora al mio *Un'ordinanza interlocutoria*, cit., 1339.

²⁸ Cfr. infatti G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 24 ss., sp. 31-33. Vale la pena ricordare anche ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 6, il quale si conclude ricordando con evidente insoddisfazione l'esito della nota questione costituzionale sul sovraffollamento carcerario (sent. 9 ottobre-22 novembre 2013, n. 279, decisa da un collegio di cui l'autore era Presidente).

²⁹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 648. Le relative difficoltà sono ammesse dalla stessa Corte: cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 17, e G. CORAGGIO, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020*, cit., 14.

³⁰ M. RUOTOLO, op. loc. ult. cit.; P. CARNEVALE, *Incapitare in... Cappato*, cit., 365.

³¹ Peraltro, anche la linea di pensiero che, diversamente da quella richiamata nel testo, più insiste sul valore intrinseco delle regole processuali, ha ritenuto accettabili talune interpretazioni evolutive molto discusse, come la svalutazione del canone dell'incidentalità nella nota vicenda del giudizio civile di accertamento autonomo quale canale di accesso al sindacato sulle leggi per l'elezione del Parlamento (R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Riv. AIC*, 2017, n. 3, 13 ss.).

³² Sui quali cfr., oltre a E. GROSSO, op. cit., anche A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, 2019, 108-112; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2470 ss.

estranea alla tradizionale tecnica della doppia pronuncia³³: anzi, quest'ultima lascia intatta per un tempo ancora più lungo – attraverso l'iniziale rigetto – la situazione di illegittimità sul cui merito, poi, comunque la Corte può trovarsi a intervenire. Per quanto riguarda i giudici comuni, essi hanno il dovere di sollevare le questioni di legittimità costituzionale che non siano manifestamente infondate e, comunque, di non dare applicazione alla normativa sospetta; tale dovere va esercitato alla luce dei precedenti, comprese le ordinanze interlocutorie come quelle qui in esame; a presidio di ciò, stanno i normali mezzi di reazione contro le interpretazioni errate del diritto. Infine, tenuto conto anche dei problemi sul tappeto, un certo prolungamento dei tempi del processo potrebbe non ritenersi di per sé irragionevole³⁴ e, comunque, risulta governato dagli stessi poteri esercitati dalla Corte.

Altri argomenti critici sembrano più consistenti. La nuova tecnica è apparsa piuttosto esigente nei confronti del Parlamento, le cui dinamiche e i cui tempi di decisione sono difficili da controllare (soprattutto) dall'esterno: in fin dei conti, anch'essi rientrano nella sfera di discrezionalità politica tipica dell'assemblea³⁵; specialmente laddove si tratti di temi delicati, sui quali le mediazioni sono difficili da trovare, sicché la loro ricerca può fisiologicamente slittare in avanti. La somma complessità dei problemi, la quale abbia dissuasione dall'assumere subito una decisione di merito, difficilmente può sciogliersi nel giro dell'anno, più o meno, di rinvio concesso dalla Corte nei tre casi in esame³⁶. In realtà, la stessa scelta di un simile lasso temporale sinora non è stata motivata e appare difficile da comprendere appieno³⁷:

³³ Questa tecnica trova ora una definizione quasi ufficiale in M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 16: «in un primo momento la Corte indica al Parlamento i punti problematici che richiederebbero una modifica legislativa nell'ambito di una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all'esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando gli strumenti normativi a propria disposizione».

³⁴ Critica, sul punto, C. MASCOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6, 13 (nonché 14, con riferimento alla possibilità che agli eventuali nuovi impieghi della tecnica in esame faccia seguito l'approvazione di leggi non conformi alle indicazioni della Corte). Tuttavia (a prescindere dal fatto che l'eventualità da ultimo richiamata non solo è teorica, ma dipenderebbe dall'intervento di un organo diverso dalla Corte e darebbe adito a un nuovo procedimento giudiziario dinanzi a quest'ultima), persino la Corte EDU – pur dalla sua caratteristica prospettiva monofocale – ha bensì affermato che il principio della ragionevole durata vale anche per i procedimenti e i giudici costituzionali, ma ha pure ammesso che, in questi casi, il principio non può essere interpretato allo stesso modo che per i giudici comuni. Il ruolo di custode della costituzione, che spetta a un tribunale costituzionale, può imporgli di tenere conto di aspetti diversi da quelli meramente cronologici nella gestione di un caso, come la natura di quest'ultimo e la sua importanza in termini sociali e politici (Corte EDU, GC, *Siissman c. Germania*, 16 settembre 1996, § 41, in una fattispecie in cui un giudizio del Tribunale costituzionale federale era stato ritardato di tre anni rispetto alla sua introduzione). Naturalmente, anche per questo margine di elasticità esistono dei limiti: ad esempio, sono state ritenute eccessive durate dei procedimenti costituzionali di quattro o sette anni (cfr. rispettivamente Corte EDU, GC, *Oršuš e altri c. Croazia*, 16 marzo 2010, § 109; Corte EDU, *Voggenreiter c. Germania*, 8 gennaio 2004, § 52). Il risalente *Giancarlo Lombardo c. Italia* (26 novembre 1992, §§ 17-23) ravvisa una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU in un caso in cui il procedimento principale e quelli incidentale erano durati, insieme, otto anni e quattro mesi. Nella fattispecie oggetto dell'ordinanza qui commentata, l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza era del 17 settembre 2019, quella di rimessione della Cassazione del 18 giugno 2020.

³⁵ Cfr. Corte cost., ord. 18 maggio-16 giugno 2016, n. 149, sia pure sulla diversa materia del conflitto di attribuzioni in merito alla gestione dei tempi del procedimento legislativo in base del regolamento del Senato: l'autonomia delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni primarie «si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare».

³⁶ Icastico il giudizio di R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quad. cost.* (23 giugno 2019), 5: «[i]l trascorrere di undici mesi non può costituire una ragione giuridicamente rilevante per rendere possibile quello che non lo era undici mesi prima [...], né può essere d'aiuto l'aver utilizzato espressioni come "almeno alla stato", "in linea di principio" e simili».

³⁷ Probabilmente, ha qualche rilievo la necessità di assicurare che almeno 11 dei giudici che hanno deciso il rinvio siano ancora in carica al momento della nuova discussione, della decisione e della lettura della (possibile) sentenza. Però non può

certamente non basta la pura e semplice vicinanza alla durata del rinvio disposto nel primo caso, se non altro per la diversità delle materie oggetto delle questioni successive.

Rispetto a tali problemi, le ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021 non presentano novità di rilievo, pur manifestando in linea generale un approccio più rispettoso nei confronti del Parlamento per la già rilevata maggiore parsimonia nel dettare indicazioni in merito alle correzioni legislative da apportare. È ormai storia che il tema della pena detentiva per i giornalisti non sia stato risolto nell'arco di tempo assegnato, rivelatosi una volta di più insufficiente. Quanto poi all'accesso degli ergastolani non collaboranti alla liberazione condizionale, salvo errore, al momento in cui si scrive (fine luglio 2021) risultano due proposte legislative, per le quali non è ancora iniziato l'esame parlamentare³⁸. Sono passati più di tre mesi dall'ordinanza di rinvio (più di due dal suo deposito), mentre ne mancano meno di dieci alla data prevista per la nuova discussione. Al momento, Governo e Parlamento sembrano assorbiti da altri temi di politica e organizzazione giudiziaria e, in linea di massima, saranno impegnati nei prossimi mesi a adottare le misure previste nel Piano nazionale di ripresa e resilienza presentato il 30 aprile 2021 alla Commissione europea e approvato, previa proposta di quest'ultima, dal Consiglio il successivo 13 luglio³⁹.

4. *Quattro osservazioni conclusive (più due).*

È giunto il momento di formulare quattro osservazioni finali sulla tecnica, o tattica, decisoria del rinvio come figura generale. Ad esse si intrecceranno due rilievi sulla specifica applicazione di questa tecnica al tema dell'ergastolo ostativo nell'ordinanza in commento.

In primo luogo, se la tecnica del rinvio è davvero ispirata alla leale collaborazione con il Parlamento e al rispetto dei suoi spazi di scelta (e responsabilità) politica, il suo impiego dovrebbe avvenire più con le modalità seguite negli ultimi due casi, che nel primo.

Quando si è trattato della dignità della persona alla fine della vita, l'estrema difficoltà della materia, la breve distanza di tempo da una legge organica come la n. 219 del 2017, l'analiticità e il costruttivismo delle indicazioni recate dall'ordinanza n. 207 del 2018 potevano fare sospettare che alla Corte interessasse più preconstituirsì un puntello supplementare per una sentenza fortemente creativa e manipolativa, come è stata la n. 242 del 2019, che sollecitare sinceramente una riflessione adeguata ed un eventuale intervento

essere questo l'unico fattore. Si prescinda pure dalle considerazioni di stretto diritto che si potrebbero fare in merito alla continuità dell'organo, la quale non è in discussione, e all'attitudine dello stesso potere di rinvio a risolvere eventuali problemi di composizione del collegio. Di fatto, nel caso dell'ordinanza n. 132 del 2020 il rinvio è stato al 22 giugno 2021: una data che non ha impedito il mutamento del collegio (con l'uscita di Cartabia, Carosi e Morelli e l'ingresso di Buscema, Navarretta e San Giorgio) ma è stata comunque anteriore alla cessazione dalla carica dell'ultimo giudice necessario al *quorum* di 11 (Coraggio, in scadenza nel gennaio 2022). Nel caso oggi in commento, salvo imprevisti, dei 15 membri del collegio decidente solo il Presidente dovrebbe essere cessato dalla carica alla data del rinvio (10 maggio 2022; il successivo sarà Amato, nel settembre 2022).

³⁸ La stessa ordinanza n. 97 del 2021 menziona la proposta C. 1951, Bossio, presentata il 2 luglio 2019, sulla scia di Corte EDU, sent. Marcello Viola c. Italia, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16 (ma vedi già, nella XVII Legislatura, C. 3091, Bossio e altri, presentata il 4 maggio 2015). In seguito, sono state presentate l'11 maggio 2021 la proposta C. 3106, Ferraresi e altri, e il 30 giugno 2021 la proposta C.3184, Delmastro e altri.

³⁹ Per un quadro di sintesi delle scadenze anche parlamentari cfr. SERVIZI STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI E DEL SENATO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Schede di lettura* (Documentazione di finanza pubblica n. 28/1; agg. 15 luglio 2021), 31-48.

da parte del Parlamento⁴⁰. Negli ultimi due casi, invece, il finale di partita è stato prospettato in termini più aperti. Il che, come si diceva, è indice di maggiore deferenza nei confronti del Parlamento, anche se non è a propria volta senza controindicazioni: quanto più si insiste sulla molteplicità e delicatezza dei bilanciamenti possibili, tanto meno si capisce come possa d'un tratto la Corte, a breve distanza di tempo e nell'inerzia del legislatore, sostituirsi a quest'ultimo. A ben vedere, l'ambiguità è intrinseca alla tecnica di decisione previo rinvio, quanto e più che alla doppia pronuncia, la quale almeno ha luogo in due giudizi formalmente distinti e ad una distanza di tempo tendenzialmente maggiore.

C'è poi il problema della durata temporale del rinvio: non si comprende perché debba sempre aggirarsi attorno a un anno⁴¹, che si è già dimostrato in due occasioni insufficiente, tanto più se viene a cadere in una fase di crisi che mette a dura prova il sistema istituzionale repubblicano e ne fa emergere i punti di debolezza strutturali⁴². A maggior ragione in una simile contingenza, se la collaborazione deve essere leale e reale, occorre prendere in attenta considerazione la possibilità, peraltro prefigurata sin dall'inizio⁴³, di eventuali rinvii ulteriori della scadenza inizialmente fissata.

In secondo luogo, conviene tornare a considerare la nuova tecnica insieme agli altri attrezzi decisori, vecchi e nuovi, che la Corte trova oggi nella propria cassetta. Ricapitolando, nei limiti della presente trattazione: la classica sentenza di inammissibilità, con o senza monito, con o senza prefigurazioni di eventuali esiti differenti nell'eventualità che i problemi esaminati persistano e siano nuovamente denunciati; sempre nel senso dell'inammissibilità, la sottolineatura dei rischi di asimmetrie come effetto dell'eventuale accoglimento, o in senso opposto (a sostegno di una decisione di merito) una svalutazione degli stessi rischi in nome dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale, o addirittura una loro correzione diretta con la medicina dell'interpretazione o la chirurgia dell'illegittimità consequenziale; naturalmente, l'accoglimento variamente manipolativo, quando sussistano le rime obbligate o anche solo la possibilità di agganciarsi, sia pure a versi sciolti, alla metrica di qualche punto di riferimento preesistente e non troppo distante; la tecnica, o tattica, del rinvio qui più specificamente analizzata; infine, la manipolazione degli effetti temporali, anche nel senso di un loro differimento al futuro per consentire un adeguamento del sistema⁴⁴.

⁴⁰ *Contra* R. PINARDI, *Il caso Cappato*, cit., 2475, secondo il quale la Corte avrebbe scommesso effettivamente sull'intervento del Parlamento. Nella maggioranza dei commenti, sembrava prevalere lo scetticismo sulla probabilità in concreto di questo intervento, o quantomeno un'attentissima considerazione degli scenari connessi all'eventualità del suo mancato sopraggiungere (vedi lo stesso R. PINARDI, op. cit., 2474).

⁴¹ Il punto non è affatto motivato, come nei due casi precedenti: cfr. ancora R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. cost. – Rassegna*, 2020, n. 3, 105.

⁴² Mi permetto di rinviare al mio *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts against COVID-19*, in E. HONDIUS E AA. (curr.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, 2021, 45 ss.

⁴³ Anche da parte di uno dei primi commentatori dell'ordinanza n. 207 del 2018, della quale è stato anche vicino osservatore (assistente di studio del Presidente della Corte al momento della decisione) e pugnace sostenitore: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it (19 novembre 2018), § 5 (ma si noti anche, al § 4: «la Corte stessa potrà calibrare il termine di rinvio (che è poi un termine di adempimento assegnato al legislatore) a seconda delle circostanze, restringendolo quando appaiano forti esigenze di certezza del diritto»).

⁴⁴ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 25 gennaio-17 marzo 2021, n. 41, in merito ai giudici ausiliari d'appello. La sentenza si muove sulla scorta sia dei noti precedenti relativi alla giurisdizione militare e tributaria, sia di forme più recenti e discusse di manipolazione degli effetti nel tempo. Il problema è quello di mitigare l'«innegabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello». La soluzione è trovata «inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire». Nel caso, il termine è agganciato alla «riforma in progress della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116 del 2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma, all'esame del Parlamento».

Orbene, è certamente un serio demerito dell'ordinamento italiano non avere mai aggiornato adeguatamente la legge n. 87 del 1953 e avere, così, lasciato in mano alla Corte formule, per così dire, primordiali, congegnate quando l'esperienza, non solo italiana ma europea, di giustizia costituzionale era ancora agli albori. Inoltre, da sempre quello delle tecniche decisorie è un laboratorio effervescente, in cui il giudice delle leggi è stato in qualche modo forzato a dare prova di creatività anche combinatoria⁴⁵. Del resto, la legittimazione, di cui la Corte è sempre alla ricerca in ciascuno dei contesti in opera di volta in volta, può avere molte fonti⁴⁶: la fedeltà ai precedenti e l'applicazione rigorosa delle regole processuali; ma anche la capacità di accrescere l'effettività dei principi costituzionali e, quando essi spingono in direzioni differenti, di verificare che trovino un temperamento che non ne annulli, o sacrifichi ingiustificatamente, alcuno⁴⁷. È a questa legittimazione orientata al risultato che, evidentemente, tendono le tecniche decisorie passate in rassegna poco sopra.

Nondimeno, oggi l'impressione è che, in questo strumentario, la flessibilità stia prendendo il sopravvento sulla prevedibilità. Vale a dire, che la moltiplicazione e comunque la pluralità delle opzioni possa compromettere la prevedibilità della loro applicazione e, dunque, un profilo anch'esso rilevante la credibilità del metodo giurisdizionale della Corte. Se non proprio una potatura, urge quantomeno una messa a punto e riordino. Altrimenti, il rischio è che non si capisca perché, ad esempio, a volte la Corte dichiara l'inaffidabilità; altre volte accoglie con effetti rimandati al futuro, più o meno prossimo; altre volte ancora rinvia a data fissa, senza che siano chiare le ragioni dei tempi scelti, e/o interviene in modo diretto e immediato. Simili difficoltà di comprensione possono ingenerare il sospetto che la scelta sia, in ultima analisi, libera e politica. Per dissipare questo sospetto, occorre anzitutto che la Corte metta a punto gradualmente un certo metodo e autodisciplina nella selezione e nella motivazione delle decisioni; e che, dal canto proprio, la dottrina continui a verificare, analizzare e, per quanto possibile, sistematizzare le varie figure.

In proposito – venendo così al primo rilievo specificamente relativo all'ordinanza qui commentata – questa ha un grande merito: nel momento in cui spiega perché, diversamente dalla sentenza n. 253 del 2019, non addivene subito a un accoglimento, mette in primo piano il carattere apicale e centrale degli aspetti della normativa apprestata per il contrasto delle organizzazioni criminali oggetto della questione. Si tratta di un argomento sostanziale e assiologico, non tecnico-giuridico e nomologico come quello – menzionato, credo non per caso, in posizione secondaria – delle asimmetrie. Viene così (non certo scoperto per la prima volta, ma) confermato un dato essenziale: la dinamica delle tecniche decisorie è condizionata anche da fattori sostanziali e valutativi, oltre che da argomenti processuali (siano essi di sistema, come il problema delle zone franche, oppure più specifici) o dalla pura e semplice coerenza con i precedenti. Il che è uno spunto sul quale si può lavorare per la sistematizzazione di cui si diceva, anche se probabilmente accresce la difficoltà della ricostruzione e rende i suoi eventuali risultati ancora più instabili.

Tornando sul piano generale e guardando al contesto giurisprudenziale descritto, in terzo luogo, non sembra alle viste (dati i precedenti anche recenti) il completo abbandono della vecchia tecnica della doppia pronuncia. Nemmeno ciò sarebbe auspicabile, del resto. Le virtù del giudice possono anche essere

⁴⁵ Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013. Le tesi generali ivi enunciate sono applicate al tema specifico ora in esame in ID., *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quad. cost.* (7 giugno 2019).

⁴⁶ Mi riporto ancora al quadro teorico delineato da D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 84 ss.

⁴⁷ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), rist. Napoli, 2015, 128, sulla doppia legittimazione in base ai valori e ai risultati.

passive, secondo la nota espressione di Alexander Bickel. In alcuni casi, il differimento della decisione di merito al momento di un eventuale nuovo incidente di legittimità può rappresentare una strategia minimalista fondata su numerosi precedenti e non priva di vantaggi di sistema⁴⁸.

Quanto si è appena detto vale in linea di principio. Nella specifica questione oggi in esame, ad avviso di chi scrive, le cose sono in parte differenti. Non sarebbe affatto implausibile la restituzione degli atti al giudice rimettente, ove sopraggiungessero gli auspicati interventi legislativi, né ulteriori rinvii, ove tali interventi risultassero concretamente avviati ma non ultimati alla data del 10 maggio 2022. Come si è detto e ripetuto, il termine più o meno annuale non può affatto considerarsi scolpito nel marmo. Invece, è da escludere recisamente un esito di inammissibilità, quand'anche lo si volesse accompagnare con eventuali moniti e prefigurazioni di “seconde pronunce”. Anzitutto, ovviamente, perché l'ordinanza commentata ha impegnato fortemente la credibilità della Corte. Inoltre, per due ulteriori ordini di ragioni: per il modo in cui la questione e la decisione interlocutoria hanno preso forma; per le caratteristiche del settore che esse concernono e le disfunzioni manifestate, al riguardo, dalla legislazione degli ultimi anni.

Deve essersi trattato di una decisione sofferta. Oltre al dispositivo, lo suggeriscono i tempi della camera di consiglio, i due comunicati stampa e le chiose nella conferenza annuale del Presidente della Corte costituzionale, anche in relazione a una eco mediatica vasta e allarmata⁴⁹. Ma non si è trattato di una decisione inattesa. Anzi, è il punto di arrivo di un lungo cammino, ricordato nella stessa ordinanza e nelle analisi scientifiche che l'hanno preceduta e accompagnata. Lo stesso Parlamento ancora molto di recente aveva mostrato piena cognizione del fatto che la questione era imminente. La relazione della Commissione antimafia sull'art. 4-bis ord. penit., menzionata anch'essa nell'ordinanza n. 97 del 2021, prevedeva con chiarezza che questa disposizione sarebbe andata incontro a ulteriori vagli di legittimità, in vista dei quali si riteneva opportuna una riscrittura complessiva⁵⁰. Dunque, non ci troviamo né all'indomani di interventi organici ancora da mettere alla prova dell'applicazione concreta, dato che tali interventi sono sinora mancati, pur essendo pacificamente doverosi; né alla prima emersione di un problema ordinamentale, alla cui elaborazione si attagliano i tempi più distesi e la pur blanda funzione di stimolo della doppia pronuncia.

Infine – quarta e ultima osservazione di ordine generale – anche le più strutturate disamine del minimalismo nell'esercizio delle funzioni di giustizia costituzionale si guardano bene dal consigliare questo atteggiamento in ogni caso. Esso calza, in particolare, alle decisioni di elevata complessità fattuale o etica e capaci di produrre un disaccordo da gestire mediante un processo deliberativo democratico; ma non ai settori e alle situazioni in cui i processi politici si rivelano intrinsecamente disfunzionali e difettosi⁵¹.

⁴⁸ Mi permetto di rinviare ai miei *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 53 ss., e *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. BERGONZINI e aa. (curr.), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 524 ss.

⁴⁹ Lo ricorda ancora F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 1.

⁵⁰ COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FENOMENO DELLE MAFIE E SULLE ALTRE ASSOCIAZIONI CRIMINALI, ANCHE STRANIERE, *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale* (doc. XXIII, n. 3, 20 maggio 2020), 12: «[i] recenti interventi della Corte EDU e della Corte costituzionale [...] hanno indotto questa Commissione ad incentrare specificamente la propria attenzione sul citato disposto normativo e sulle possibili influenze di tali pronunce sul diritto interno e sul regime penitenziario dei soggetti condannati per i reati ivi contemplati. Ciò anche in vista di un *nuovo testo normativo* che, senza retrocedere nel contrasto alla criminalità, sia in grado di resistere al *futuro vaglio* della Corte costituzionale e della Corte EDU» (corsivi aggiunti). Ciò veniva detto ancor prima che fosse decisa l'ordinanza di rimessione (3 giugno 2020) da cui è scaturita l'ordinanza n. 97 del 2021.

⁵¹ C.R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), 1999, 46, 59, 258, ma *passim*. Vedi in argomento N. DEVINS, *The Democracy-Forcing Constitution*, in *Michigan Law Review*, vol. 97 (1998-1999), 1971 ss.

Orbene, la storia recente mostra un'evidente crisi della legge e della legalità penale, segnata da una normazione stratificata, frammentaria, scoordinata e sovente impulsiva, quando non proprio populista⁵². Fin tanto che la situazione rimarrà questa, l'attivismo giudiziario non dovrebbe destare troppa meraviglia e – in questo settore e soprattutto nelle sue aree più critiche – il minimalismo potrebbe non addirsi al sistema di giustizia costituzionale. Dopotutto, come ha osservato una dottrina più volte citata, «[è] la debolezza della politica a evocare la forza del giudice, non il contrario», e il modo migliore per ridimensionare l'azione della Corte costituzionale è che siano ripristinate «le condizioni che mettano in grado il legislatore di esercitare pienamente le sue funzioni»⁵³.

⁵² Cfr. ancora D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., sp. 105 ss.

⁵³ EAD., *La Corte nel contesto*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 52.



Valeria Marcenò*

Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione**

SOMMARIO: 1. Mutamenti giurisprudenziali. – 2. La questione di legittimità costituzionale: sentenza n. 43 del 2017 e sentenza n. 68 del 2021 a confronto. – 3. Diversità di contesti? – 3.1. Le esigenze del caso concreto. – 3.2. Il nuovo diritto vivente. – 3.3. La vera novità. – 4. La preoccupazione dei giudici costituzionali. – 5. Le perplessità del commentatore.

1. Mutamenti giurisprudenziali.

Che la giurisprudenza costituzionale muti non è sorprendente. Il diritto posto muta; il diritto interpretato muta; e la giurisprudenza, anche quella costituzionale, non può non tenere conto di questi mutamenti. Ciò che, però, caratterizza il mutare del diritto giurisprudenziale rispetto al mutare del diritto legislativo, differenziandolo, è che il secondo risponde a esigenze di opportunità politica; il primo a esigenze di necessità giuridica. Il secondo è espressione della libertà nel decidere; il primo della necessità di decidere. Se il secondo, infatti, pur basato su motivi che sollecitano il cambiamento (intesi come le cause che hanno indotto all'adozione di una scelta legislativa diversa dalla precedente), può non essere accompagnato dalla motivazione (intesa come il percorso argomentativo che giustifica una

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

determinata scelta legislativa¹), il primo *deve* trovare fondamento in una struttura argomentativa che ne spieghi (che aiuti a comprendere) il cambiamento². E ciò è ancora più necessario quando il cambiamento giurisprudenziale è radicale.

Ne è un esempio la sentenza n. 68 del 2021, con la quale la Corte ha ribaltato, a distanza di pochi anni, quanto affermato in una sua precedente decisione, la sentenza n. 43 del 2017. Un ribaltamento di non poco conto se si considera che le pronunce riguardano uno tra i temi più delicati affrontati dalla giurisprudenza costituzionale: perché oggetto della questione di legittimità costituzionale è una delle disposizioni della legge n. 87 del 1953; perché inerisce agli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale; perché pone il principio della certezza del diritto e quello della tutela dei diritti uno di fronte all'altro; perché ripropone il tema delle garanzie nazionali penali a confronto con quelle convenzionali.

Dinanzi a simili inversioni giurisprudenziali due sono i possibili atteggiamenti del commentatore: approvare o contrastare l'avvenuto cambiamento; oppure, al di là della condivisione o meno del *revirement*, cercare di comprendere (e, dunque, di valutare la tenuta del) le ragioni che hanno giustificato la diversa scelta decisoria. Lungo questa seconda linea si immette il presente scritto.

2. La questione di legittimità costituzionale: sentenza n. 43 del 2017 e sentenza n. 68 del 2021 a confronto.

In entrambe le occasioni la Corte costituzionale è chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), il quale, nello stabilire che «[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali», esclude, in virtù del tenore letterale, la sua applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali siano state inflitte sanzioni amministrative che assumono natura sostanzialmente penale alla luce della Convenzione Edu (più precisamente, alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e noti come criteri Engel³). I giudici rimettenti ritengono di essere dinanzi a una sanzione qualificata come

¹ Più che di motivazione, dovrebbe parlarsi di motivi, riferendosi così alla *occasio legis*, cioè alla situazione che ha determinato l'esigenza dell'intervento normativo; alla *ratio legis*, il fine che il legislatore intende perseguire con l'approvazione della legge, e lo strumento prescelto, cioè, l'opzione, tra più soluzioni alternative, dei contenuti normativi giudicati più efficaci per il conseguimento dello scopo prefissato. Per una ricostruzione del dibattito sviluppatosi in dottrina intorno al tema della motivazione degli atti normativi, v. S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008, 140ss; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2011, 11ss.

² P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, 12.

³ Criteri così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi* e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento. Si tratta di tre criteri, tra loro alternativi, individuati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da esaminare per stabilire se vi sia o meno una imputazione penale: il primo è dato dalla qualificazione giuridica operata dalla legislazione nazionale; il secondo è rappresentato dalla natura della misura (risarcitoria o repressiva/preventiva); il terzo è costituito dalla gravità delle conseguenze in cui l'accusato rischia di incorrere. Alla luce di tali criteri, sanzioni qualificate come non aventi natura penale dal diritto nazionale, possono invece essere considerate tali ai fini della applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle relative garanzie.

amministrativa dal diritto interno, ma suscettibile di assumere rilevanza convenzionalmente penale per la natura afflittiva e per il fine repressivo che la connota (violazione delle previsioni in materia di durata dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti, nel primo caso⁴; revoca della patente di guida, nel secondo caso⁵); di dover dare seguito all'applicazione della sanzione sebbene le disposizioni in virtù delle quali esse erano state irrogate siano state dichiarate incostituzionali⁶; che la dichiarazione di incostituzionalità è successiva alla sentenza di condanna, e che il passaggio in giudicato esclude la retroattività degli effetti della declaratoria di incostituzionalità. Salvo che si giunga – ed è questa la analoga richiesta formulata dai giudici rimettenti – a una interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953: ossia, ritenere che nella portata normativa del suo comma quarto rientrino *anche* le situazioni – come quelle dei casi di specie – in cui la sentenza divenuta irrevocabile sia stata pronunciata sulla base di una disposizione, poi dichiarata incostituzionale, afflittiva di una sanzione amministrativa qualificabile come penale ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella sentenza più remota (n. 43 del 2017), la questione viene rigettata, ritenendo infondata la pretesa violazione degli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost. Nella recente sentenza (n. 68 del 2021), la questione è accolta per violazione dell'art. 3 Cost⁷: la Corte ricorre a una sentenza interpretativa di accoglimento, con la quale dichiara l'illegittimità costituzionale della *sola norma* che esclude dalla portata della disposizione censurata la sanzione amministrativa della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma secondo, del Nuovo codice della strada.

Tra le due pronunce si erge, come fosse lo spartiacque che ha determinato il ripensamento, la sentenza n. 63 del 2019, con cui la Corte ha esteso alle sanzioni amministrative convenzionalmente penali il principio di retroattività della *lex mitior*. In virtù del principio di eguaglianza, il mutato apprezzamento della gravità di un illecito da parte del legislatore, sia che si traduca in una *abolitio criminis* sia che si traduca in una mitigazione della sanzione, non può essere considerato in maniera differente a seconda che si sia in presenza di un illecito penale o di un illecito amministrativo di natura punitiva. Fatti che siano stati commessi prima e fatti che siano

⁴ Art. 18-*bis*, comma quarto, del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 (Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro), nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in materia di apparato sanzionatorio dell'orario di lavoro). Ai sensi di tale disposizione, la violazione, da parte del datore di lavoro, della durata dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti, di cui agli artt. 7 e 9 del medesimo decreto legislativo n. 66 del 2003, è punita con la sanzione amministrativa da 105 a 630 euro.

⁵ Art. 222, comma secondo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada).

⁶ Nel primo caso, l'art. 18-*bis* è stato dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, con la sentenza n. 153 del 2014. Nel secondo caso, l'art. 222, comma secondo, è stato dichiarato incostituzionale, con la sentenza n. 88 del 2019, nella parte in cui non consente, in caso di condanna o patteggiamento della pena per i reati di omicidio e lesioni personali stradali in cui non ricorressero le circostanze aggravanti dell'esser posto alla guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanza stupefacenti, al giudice di disporre la sanzione della revoca o in alternativa della sospensione della patente di guida, secondo la gravità della condotta del condannato.

⁷ La questione è qui sollevata per violazione degli artt. 117, primo comma, 3, 25, secondo comma, 35 e 41, 136, Cost. L'incostituzionalità deriva dal contrasto con il principio di eguaglianza, risultando assorbite le censure formulate in rapporto agli altri parametri costituzionali. Tuttavia, la motivazione è intrisa del riferimento agli altri parametri, la cui portata normativa incide sulla interpretazione della disposizione censurata e, di conseguenza, sulla decisione nel senso dell'accoglimento.

stati commessi dopo l'entrata in vigore della disposizione legislativa che ha fatto venire meno l'interesse del legislatore per l'illecito o ne ha mitigato la rilevanza devono essere equiparati sul piano sanzionatorio, a prescindere dalla natura penale o sostanzialmente penale della sanzione. Un balzo in avanti nel processo di assimilazione tra le due tipologie di sanzione, rispetto alla sentenza n. 43 del 2017. Un balzo che ha aperto la via alla decisione di incostituzionalità qui commentata: perché se non è legittimo distinguere tra sanzione penale e sanzione sostanzialmente penale in caso di ripensamento dell'illecito da parte del legislatore, a maggior ragione non è legittimo distinguere in caso di dichiarazione di illegittimità; se la distinzione è irrazionale a seguito di una situazione comunque fisiologica (quale è il ripensamento legislativo), non può che esserlo a seguito di una situazione patologica (quale è la dichiarazione di incostituzionalità). Come dice la Corte, «se così, a maggior ragione va escluso – come per le sanzioni penali – che taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativa “punitiva” inflittagli in base a una norma dichiarata costituzionalmente illegittima: dunque, non già oggetto di semplice “ripensamento” da parte del legislatore, ma affetta addirittura da un vizio genetico, il cui accertamento impone, senza possibili eccezioni, di lasciare immune da sanzione, o di sanzionare in modo più lieve, chiunque dopo di esso commetta il medesimo fatto»⁸.

3. *Diversità di contesti?*

In un imprescindibile confronto con il proprio precedente (troppo ingombrante, per la portata delle sue affermazioni, per essere annacquato tra le numerose pronunce in materia di sanzioni convenzionalmente penali), la Corte afferma che «la situazione appare [...] ora mutata»⁹.

Ma, davvero il contesto nel cui ambito le due decisioni sono state pronunciate è diverso?

La *ratio* del quarto comma dell'art. 30 è nota: dinanzi alla dichiarazione di illegittimità di una norma incriminatrice, il limite della sentenza irrevocabile di condanna agli effetti retroattivi delle pronunce di accoglimento si dissolve. La certezza del diritto nelle vesti del giudicato soccombe, in un doveroso bilanciamento, dinanzi alla tutela della certezza dei diritti, al principio che non si può essere condannati (o rimanere sottoposti a condanna) sulla base di una norma incriminatrice dichiarata contraria a Costituzione. La lettera di tale comma è stata poi tesa fino a includere la cedevolezza del limite del giudicato anche quando l'incostituzionalità verta non tanto sulla norma incriminatrice, bensì sulle norme che incidono sul *quantum* del trattamento sanzionatorio. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, infatti, introdotto tale interpretazione estensiva (con il limite, però, che la pena non sia stata integralmente eseguita)¹⁰; e la Corte costituzionale ha

⁸ Sentenza n. 68 del 2021, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁹ Sentenza n. 68 del 2021, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Corte di cassazione, 24 ottobre 2013, n. 18821; 29 maggio 2014, n. 42858; 26 febbraio 2015, n. 37107.

definito tale interpretazione non implausibile (sentenze n. 210 del 2013¹¹; n. 57 del 2016; n. 102 del 2016¹² e n. 43 del 2017), fino a ritenerla «in ogni caso, senz'altro configurabile, allo stato attuale, in termini di diritto vivente» (sentenza n. 68 del 2021). Ciò che non poteva essere ulteriormente inclusa in via interpretativa era l'applicabilità del comma quarto dell'art. 30 alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali: ripetutamente la Corte ha affermato la non legittimità da parte dei giudici di ricorrere in simili circostanze alla interpretazione conforme¹³.

Nelle diverse occasioni in cui alla Corte costituzionale era stato chiesto di valutare la natura sostanzialmente penale di una sanzione amministrativa e di estendere le garanzie costituzionalmente previste per le sanzioni penali, il giudice delle leggi aveva risposto con cautela: rimarcando la legittimità del doppio binario sanzionatorio, ribadendo la necessità che sia salvaguardata la discrezionalità del legislatore nella determinazione della natura della sanzione¹⁴ e offrendo una ricostruzione dei rapporti tra garanzie interne penali e garanzie convenzionali per

¹¹ «Nel caso in esame le sezioni unite rimettenti, con motivazione che soddisfa tale ultimo requisito [l'implausibilità delle ragioni addotte], hanno argomentato che, in base all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.» (punto 7.3. del Considerato in diritto, ripreso nella sentenza n. 57 del 2016).

¹² «Questa Corte non ha motivo, a tale proposito, di saggiare la plausibilità dell'argomentazione del rimettente sull'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 al caso in cui sia stato dichiarato incostituzionale non un reato ma un illecito amministrativo che assume veste "penale" ai soli fini del rispetto delle garanzie della CEDU» (sentenza n. 102 del 2016, punto 6.1. del *Considerato in diritto*).

¹³ «[...] correttamente il giudice rimettente si [è] astenuto dal praticare una interpretazione convenzionalmente orientata che lo avrebbe indotto a estendere la portata applicativa della disposizione impugnata senza coinvolgere previamente questa Corte. Infatti, secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale in materia, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma» (per tutte, sentenza n. 349 del 2007)» (sentenza n. 43 del 2017, punto 2 del *Considerato in diritto*). Orientamento confermato al punto 4.1. del *Considerato in diritto* della sentenza n. 68 del 2021.

¹⁴ «Non può negarsi che un siffatto divieto [il divieto di *bis in idem*] possa di fatto risolversi in una frustrazione del sistema del doppio binario, nel quale alla diversa natura, penale o amministrativa, della sanzione si collegano normalmente procedimenti anch'essi di natura diversa, ma è chiaro che spetta anzitutto al legislatore stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU (sentenza n. 102 del 2016, punto 6.1. del *Considerato in diritto*).

linee parallele¹⁵ (o per cerchi concentrici, a seconda delle diverse immagini geometriche di cui la dottrina si è avvalsa per delineare il rapporto¹⁶).

Le novità – il nuovo contesto - che, secondo la Corte, giustificano il ribaltamento stanno ora in ciò: nella vicenda concreta che è alla radice dell'odierno incidente di legittimità costituzionale (si potrebbe dire, nelle esigenze del caso); e nella giurisprudenza di legittimità, formata successivamente alla sentenza n. 43 del 2017, che consolida l'applicazione dei criteri Engel per la valutazione della natura afflittiva di una sanzione amministrativa, facendone conseguire l'estensione a quest'ultima del più garantista statuto costituzionale previsto per le sanzioni penali.

3.1. *Le esigenze del caso concreto.*

Con la sentenza n. 88 del 2019, l'art. 222, comma secondo, periodo quarto, del Nuovo codice della strada è dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevede, nei casi di condanna o di patteggiamento della pena per i reati di omicidio e di lesioni personali stradali gravi o gravissime, l'automatica applicazione della sanzione della revoca della patente, senza consentire al giudice una valutazione, caso per caso, della gravità della condotta del condannato. La Corte dichiara l'illegittimità di un automatismo legislativo¹⁷ sanzionatorio per la sua eccessiva rigidità, mantenendolo nei soli casi più gravi della guida in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di stupefacenti, e rimettendo, negli altri casi, al giudice la possibilità di disporre la più mite sanzione della sospensione della patente¹⁸. Se, per un verso, la pronuncia ha eliminato l'irrazionalità

¹⁵ «In tale contesto di coesistenza, e non di assimilazione, tra le garanzie interne e quelle convenzionali, si pone dunque la peculiare tutela di cui all'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, e la sua applicazione alle sole ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali, e non anche di norme amministrative. [...] Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito "l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale" (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che "[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi" (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell'ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a "scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati" (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (sentenza n. 43 del 2017, punti 4.1. e 4.3. del *Considerato in diritto*).

¹⁶ Per una ricostruzione delle diverse costruzioni dottrinali sulla applicabilità delle garanzie penalistiche agli illeciti amministrativi convenzionalmente penali, v. V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, Giappichelli, 2019, 145 ss.

¹⁷ Sul tema v. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. Apostoli e M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma «astratta» e caso «concreto»*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁸ «[N]ell'art. 222 cod. strada l'automatismo della risposta sanzionatoria, non graduabile in ragione delle peculiarità del caso, può giustificarsi solo per le più gravi violazioni contemplate dalle due citate disposizioni, quali previste, come ipotesi aggravate, sanzionate con le pene rispettivamente più gravi, dal secondo e dal terzo comma sia dell'art. 589-bis, sia dell'art. 590-bis cod. pen. Porsi alla guida in stato di ebbrezza alcolica (oltre la soglia di tasso alcolemico prevista dal secondo e dal terzo comma sia dell'art. 589-bis, sia dell'art. 590-bis cod. pen.) o sotto l'effetto di stupefacenti costituisce un comportamento altamente

derivante dall'applicazione indiscriminata della misura più grave (ricorressero o non ricorressero circostanze aggravanti speciali tali da qualificare negativamente i fatti sul piano della colpevolezza¹⁹), dall'altro ha ingenerato un nuovo profilo di illegittimità, ponendo, secondo il giudice rimettente, in una situazione irragionevole coloro che, condannati con la sanzione della revoca della patente, non avrebbero potuto chiedere, nonostante quanto affermato con la sentenza n. 88, la più tenue sanzione della sospensione, a causa del passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Le esigenze del caso concreto, che illuminano la via da percorrere, emergono in maniera evidente se si volge lo sguardo a quelle parti della pronuncia in cui la Corte enfatizza l'irragionevolezza con specifico riferimento alla situazione in cui viene a trovarsi il ricorrente nel giudizio *a quo* (autotrasportatore, per il quale l'impossibilità di condurre veicoli a motore per cinque anni a seguito della perdurante revoca della patente implicherebbe «una sanzione, più temibile della stessa pena principale di un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso»²⁰) e a quelle parti in cui evoca quale irragionevole conseguenza dell'automatismo l'indebita limitazione del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica del condannato²¹ (così indirettamente integrando il parametro costituzionale, pur senza richiamare le rispettive disposizioni costituzionali nel dispositivo).

3.2. *Il nuovo diritto vivente.*

La giurisprudenza di legittimità, come la decisione costituzionale ricorda, ha consolidato - in una serie di pronunce successive alla sentenza n. 43 del 2017²² e proprio con riferimento alla specifica sanzione della revoca della patente - l'orientamento per cui possono essere utilizzati i

pericoloso per la vita e l'incolumità delle persone, posto in essere in spregio del dovuto rispetto di tali beni fondamentali; e, pertanto, si giustifica una radicale misura preventiva per la sicurezza stradale consistente nella sanzione amministrativa della revoca della patente nell'ipotesi sia di omicidio stradale, sia di lesioni personali gravi o gravissime.[...] In conclusione, la revoca della patente di guida non può essere "automatica" indistintamente in ognuna delle plurime ipotesi previste sia dall'art. 589-*bis* (omicidio stradale) sia dall'art. 590-*bis* cod. pen. (lesioni personali stradali), ma si giustifica solo nelle ben circoscritte ipotesi più gravi sanzionate con la pena rispettivamente più elevata come fattispecie aggravate dal secondo e dal terzo comma di entrambe tali disposizioni (guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti). Negli altri casi [...] il giudice deve poter valutare le circostanze del caso ed eventualmente applicare come sanzione amministrativa accessoria, in luogo della revoca della patente, la sospensione della stessa come previsto - e nei limiti fissati - dal secondo e dal terzo periodo del comma 2 dell'art. 222 cod. strada» (sentenza n. 88 del 2019, punti 19 e 20 del *Considerato in diritto*).

¹⁹ G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

²⁰ Sentenza n. 68 del 2021, punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

²¹ «Con riguardo all'ipotesi che qui interessa, non appare, in effetti, costituzionalmente tollerabile che taluno debba rimanere soggetto per cinque anni, anziché per un periodo di tempo nettamente minore, ad una sanzione inibitoria della guida di veicoli a motore - con tutte le limitazioni che ciò comporta nella vita contemporanea, compresa, nel caso di specie, l'impossibilità di svolgere la propria attività lavorativa - inflittagli sulla base di una norma che, all'indomani del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è stata riconosciuta contrastante con la Costituzione. Ciò, quando invece il condannato a una, anche modesta, pena pecuniaria potrebbe giovare, finché non è eseguita, della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale che ne mitighi l'importo» (sentenza n. 68 del 2021, punto 7 del *Considerato in diritto*).

²² Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 14 novembre 2019, n. 1804, ripresa, testualmente o nella sostanza, in Corte di cassazione, sezione feriale penale, sentenza 20 2020, n. 24023; sezione prima penale, sentenza 3 marzo- 2020, n. 17834; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio, n. 17508; sezione prima penale, sentenza 20 febbraio, n. 17506; sezione prima penale, 30 aprile 2020, n. 13451).

criteri Engel per definire “penale” una sanzione amministrativa «- al di là del *nomen* attribuito dal legislatore interno - in rapporto all’analisi concreta delle finalità perseguite e del grado di afflittività, nel senso che lì dove risulti prevalente la finalità punitiva (rispetto a quella preventiva) o lì dove risulti particolarmente elevato il grado di afflittività, la misura in questione va attratta nel cono delle garanzie penalistiche»²³, inclusa quella della cedevolezza del giudicato. Quella interpretazione conforme in senso analogico che sembrava non potesse essere percorsa è, invece, ora, diritto vivente. Solo che nell’analisi della natura della sanzione accessoria della revoca della patente, nonostante la risalente qualificazione in senso convenzionalmente penale da parte della Corte di Strasburgo, la Cassazione non ne riformula la qualificazione, enfatizzando al contrario la sua finalità preventiva e non già repressiva²⁴.

3.3. La vera novità.

Se di novità deve parlarsi, essa non sembra tanto scorgersi nel contesto in cui è immersa la decisione costituzionale, quanto nella decisione stessa: nella scelta della Corte costituzionale di fare un ulteriore passo in avanti nel processo di superamento del modello di “coesistenza” tra le garanzie penali costituzionali e quelle convenzionali (sentenza n. 43 del 2017) per approdare al modello di “assimilazione” delle sanzioni amministrative punitive alle sanzioni penali (sentenza n. 68 del 2021).

La Cassazione, come detto, pur ritenendo consolidata la possibilità che siano utilizzati i criteri Engel come “parametro” per la corretta qualificazione della sanzione, ribadisce la natura preventiva della revoca della patente. La Corte costituzionale, invece, la ridetermina, accentuandone il lato afflittivo. Si avvale di quel diritto vivente consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, senza però farlo proprio fino in fondo. Sia perché – come si dirà – il dispositivo, a seguito di un accorto intervento sul *petitum*, non dichiara l’illegittimità della norma censurata nella parte in cui non include anche le sanzioni convenzionalmente penali (verso del dispositivo che, oltre a rispondere a quanto chiesto dal giudice rimettente, avrebbe recepito nella sua intenzione il diritto vivente, evitando che si consolidassero di fatto interpretazioni comunque *contra litteram legis*); e sia perché nega le conclusioni di quel diritto vivente.

Percorrere fino il fondo la via ormai segnata dalla sentenza n. 63 del 2019 vuol dire ritornare sul tema della natura della revoca della patente. Quest’ultima pronuncia, infatti, ha esteso uno

²³ Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 14 novembre 2019, n. 1804, punto 3.1., parole riprese testualmente dalla sentenza n. 68 del 2021, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

²⁴ «Il Collegio osserva che – ferma restando la ineliminabile componente afflittiva correlata all’effetto inibitorio allo svolgimento di una attività – dall’analisi del testo di legge e dagli stessi contenuti della decisione Corte Cost. n. 88 del 2019 emerge tanto la prevalente finalità preventiva della revoca della patente che la temporaneità del divieto di conseguire nuovo titolo, aspetti che portano ad escludere la possibile attribuzione a tale misura della etichetta di “sanzione penale”. Ed invero, lo stesso giudice delle leggi, nel censurare la disposizione introdotta con legge n. 41 del 2016 in tema di revoca della patente [...] definisce sempre la revoca quale *sanzione amministrativa accessoria* [...]. La revoca è concepita dal legislatore come misura inibitoria correlata all’avvenuta manifestazione di pericolosità del soggetto autore dell’illecito penale, dunque essenzialmente quale misura di prevenzione, atteso che la inibizione alla guida assicura la collettività dalla possibile reiterazione del comportamento pericoloso, con estraneità funzionale agli aspetti meramente afflittivi della pena» (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 14 novembre 2019, n. 1804).

dei principi tipici dello statuto costituzionale previsto per le sanzioni penali (quello dell'applicazione della *lex mitior*) alle sole sanzioni amministrative aventi natura afflittiva, e non a quelle aventi natura preventiva. La sanzione della revoca della patente *deve*, dunque, essere rivista in senso afflittivo. Ma è qui che l'argomentazione sembra avvitarci su sé stessa. Nella sentenza n. 88 del 2019 (quella che ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'automatismo di cui all'art. 222, comma secondo, del Nuovo Codice della strada e che ha dato adito al qui analizzato profilo di illegittimità), la revoca della patente è qualificata «misura preventiva»²⁵. Forse *sine cura*, non essendo il quel contesto in discussione la natura della sanzione amministrativa. L'affermazione è, però, così netta che è su di essa che poggiano quelle conclusioni, formulate dalla giurisprudenza di legittimità, sulla natura non convenzionalmente penale della revoca della patente²⁶. Ora, al contrario, il giudice delle leggi afferma che «non può [...] disconoscersi che ci si trovi al cospetto di una sanzione dalla carica afflittiva particolarmente elevata e dalla spiccata capacità dissuasiva»²⁷; e si avvale per tale ri-qualificazione del riferimento all'assimilabilità sanzionatoria consolidata nell'ordine convenzionale, a una giurisprudenza – è bene evidenziare - risalente²⁸ (non, dunque, di per sé una novità) e ritenuta dalla sentenza n. 43 del 2017 non sufficiente per superare il dualismo sanzionatorio previsto dalla legislazione nazionale.

La Corte non si limita, così, a sconfessare le conclusioni delle pronunce della Cassazione (conclusioni peraltro conseguenti alle affermazioni della stessa Corte costituzionale), ma rinnega anche quanto affermato nei suoi stessi precedenti.

4. *La preoccupazione dei giudici costituzionali.*

Una volta riqualificata la revoca della patente e ricondotta nell'alveo delle sanzioni convenzionalmente penali, il processo di assimilazione sanzionatoria, dunque, prosegue, ma non fino al suo pieno compimento.

Il chiesto e, di conseguenza, il disposto sono delimitati. Attraverso una attenta lettura (o un abile ritaglio) dell'ordinanza di rimessione, le questioni di legittimità costituzionale sono circoscritte alla sanzione della revoca della patente: pur avendo il giudice rimettente censurato l'art. 30, comma quarto, della l. n. 87 del 1953 «nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Edu», le argomentazioni da questi addotte devono essere intese - dice la Corte, «di là dal riferimento [...] all'indistinta platea delle sanzioni amministrative “convenzionalmente

²⁵ Sentenza n. 88 del 2019, punto 19 del *Considerato in diritto*. La natura afflittiva era stata anche esplicitamente esclusa nella sentenza n. 22 del 2018 («[...] la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei «requisiti morali» prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione»).

²⁶ Si veda quanto riportato in nota 24.

²⁷ Sentenza n. 68 del 2021, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²⁸ La giurisprudenza della Corte di Strasburgo dalla quale emerge un orientamento sostanzialmente univoco e risalente sulla natura convenzionalmente penale di siffatte misure amministrative è riportata al punto 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 68 del 2021.

penali» - con riferimento al solo art. 222 del Nuovo Codice della strada²⁹. Da qui, il dispositivo interpretativo di accoglimento: è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma quarto, «in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma secondo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)».

Si tratta di una delimitazione che, in qualche misura, sembra evocare una preoccupazione avvertita dal giudice delle leggi già in precedenti pronunce e che adesso riemerge seppur in forme tacite: quella di rischiare di introdurre, utilizzando le parole della Corte stessa, «una nuova configurazione del complessivo trattamento sanzionatorio di tutti gli illeciti amministrativi, in un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione» (sentenza n. 193 del 2016). Una pronuncia che si riferisca indistintamente a tutte le sanzioni amministrative che possano assumere rilevanza convenzionalmente penale spoglierebbe, di fatto, il legislatore del ruolo di determinare la natura di una sanzione e il conseguente sistema di garanzie, e attribuirebbe questo compito direttamente, con una valutazione caso per caso, al giudice comune.

5. *Le perplessità del commentatore.*

Al di sotto della (non del tutto lineare) struttura argomentativa della decisione giace, come detto, l'esplicito intento del giudice delle leggi di volgere sempre più verso la sovrapposizione delle sanzioni amministrative convenzionalmente penali alle sanzioni penali. In questo contesto l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 sembra anacronistico: alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla *matière pénale*; alla luce delle interpretazioni, di volta in volta più estensive, dello stesso art. 30 da parte della giurisprudenza di legittimità; alla luce della giurisprudenza costituzionale nel senso della “assimilazione” e non più della “coesistenza” tra garanzie costituzionali penali e garanzie convenzionali (come si esprimeva la sentenza n. 43 del 2017). Il riferimento in esso contenuto a «tutti gli effetti penali» è diventato troppo stretto. Come dice la Corte, «l'esigenza che la pena risulti conforme a Costituzione lungo tutto il corso della sua esecuzione prevale sulle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici, a cui presidio è posto l'istituto del giudicato»; e «[l]'esito del bilanciamento tra i contrapposti valori non può [...] ribaltarsi per le sanzioni amministrative a connotazione punitiva»³⁰. Eppure, tale intento non viene portato a compimento; anzi, la Corte consapevolmente evita di farlo.

Pur comprendendo (e condividendo) la preoccupazione sottintesa alla scelta di delimitazione del *petitum* e, conseguentemente, del *decisum*, non può infatti non notarsi che, una volta intrapreso

²⁹ Ciò è deducibile, secondo la Corte, dalle locuzioni utilizzate nella motivazione e dagli specifici parametri invocati (artt. 35 e 41 Cost.) dal giudice rimettente, «posto che la compressione del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica non rappresenta certamente un connotato generale delle sanzioni amministrative» (sentenza n. 68 del 2021, punto 5 del *Considerato in diritto*).

³⁰ Sentenza n. 68 del 2021, punto 7 del *Considerato in diritto*.

il percorso di tendenziale equiparazione tra sanzioni amministrative sostanzialmente penali e sanzioni penali *tout court*, la Corte avrebbe ben potuto proseguire con l'introduzione del principio della tangibilità del giudicato a seguito di dichiarazione di illegittimità della norma sulla cui base è stata irrogata la sanzione amministrativa sostanzialmente penale. La scelta, al contrario, di limitarsi a ridefinire, in senso punitivo, la natura della sanzione amministrativa del caso di specie ed estendere quel principio solo ad essa non può che sollevare nel commentatore qualche perplessità³¹.

Perché, come già detto, quel contesto che la Corte ritiene mutato e che la induce al ribaltamento del suo precedente, a ben vedere, non è mutato di per sé stesso; è la volontà della Corte di tendere a una sempre maggiore assimilazione tra le due tipologie di sanzione a indurla a rilevare l'avvenuto mutamento. Se, dunque, è vero che non può prescindersi, al momento della decisione, dal contesto in cui essa deve essere assunta³², è altrettanto vero che una sua lettura soggettivistica (in questo caso da parte della Corte) può (se non addirittura risultare arbitraria) condurre certamente a esiti non prevedibili.

Perché la Corte, in ossequio alla sua preoccupazione, si è attribuita il compito di valutare, caso per caso, la natura preventiva o afflittiva delle sanzioni amministrative. La valutazione individualizzante è effettuata dal giudice delle leggi. Con una duplice conseguenza: che la denominazione attribuita alla sanzione dal legislatore risulta, se non superflua, superabile, attenuando di fatto la vincolatività di quelle affermazioni, che costantemente ritornano nella giurisprudenza costituzionale, per cui «rientra nella discrezionalità del legislatore, sindacabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o di arbitrarietà della scelta in concreto effettuata, la configurazione degli illeciti penali e amministrativi e la individuazione del relativo trattamento sanzionatorio, nonché degli istituti che possono incidere sulla determinazione in concreto della sanzione da applicare»³³; e che la Corte sarà chiamata, d'ora in avanti, su sollecitazione dei giudici rimettenti (privati del compito di valutare la natura della sanzione amministrativa che devono applicare), a integrare l'elenco delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali cui non deve applicarsi il limite della tangibilità del giudicato³⁴ (ovviamente nei soli casi di annullamento della corrispondente disposizione sanzionatoria).

E perché una delle fondamentali disposizioni relative al processo costituzionale ha assunto (e verrà sempre più assumendo) una configurazione nuova rispetto a quella originaria: da

³¹ Ulteriori profili conseguenti alla decisione e che non sembrano risolvibili se non a seguito di un intervento del legislatore sono individuati da A. PISANESCHI, *La sentenza n. 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4 del 2021.

³² D. TEGA, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bonomia University Press, 2020.

³³ Da ultimo, sentenza n. 62 del 2021, punto 5.3. del *Considerato in diritto*.

³⁴ Per una diversa lettura, M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema penale*, 20 aprile 2021, secondo il quale «[l']inquadramento sostanziale della natura giuridica delle sanzioni è valutazione interpretativa che non risulta essere sottratta ai giudici ordinari, che infatti regolarmente valutano tale predicato allo scopo di definire lo statuto garantistico delle misure sanzionatorie di volte in volta in esame [...]. l'intervento della Corte costituzionale può risultare solo funzionale a sindacare – ed eventualmente correggere – quelle interpretazioni che ingiustamente sottraggono talune tipologie di sanzioni alla garanzia della “legalità della pena”; la Corte, in altre parole, interviene nei casi in cui si pone in dubbio il carattere punitivo della sanzione giuridica, ferma restando la facoltà dei giudici ordinari di svolgere tale valutazione sulla base dei noti parametri convenzionali».

prescrizione di principio generale a prescrizione di una serie (tendenzialmente infinita) di regole puntuali.

La Corte costituzionale prosegue, anche lungo questa via, nella sua opera di accentramento della giustizia costituzionale. Con l'evidente rischio, però, di diventare sempre più giudice dei diritti del caso concreto³⁵.

³⁵ A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota a sent. 85/21*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3 del 2021 (in corso di pubblicazione).



Ordinanza n. 97 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Nicolò Zanon
decisione del 15 aprile 2021, deposito dell'11 maggio 2021
comunicati stampa del [15 aprile 2021](#) e dell'[11 maggio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 100 del 2020](#)

parole chiave:

ORDINAMENTO PENITENZIARIO – ERGASTOLO PER DELITTI DI MAFIA O DI
STAMPO MAFIOSO – LIBERAZIONE CONDIZIONALE IN ASSENZA DI
COLLABORAZIONE CON LA GIUSTIZIA (PRECLUSIONE) – ERGASTOLO C.D.
OSTATIVO

disposizioni impugnate:

- artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della [legge 26 luglio 1975, n. 354](#);
- art. 2 del [decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 12 luglio 1991, n. 203](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

rinvio all'udienza pubblica del 10 maggio 2022

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulle **norme dell'ordinamento penitenziario che escludono che i condannati all'ergastolo per delitti di contesto mafioso, qualora non collaborino utilmente con la giustizia, possano essere ammessi al beneficio della liberazione condizionale**, le ha ritenute incompatibili con la Costituzione. Tuttavia, la stessa Corte ha preferito non dichiarare l'illegittimità costituzionale di tali norme, poiché ha stabilito

che spetta al Parlamento, in prima battuta, provvedere alla loro modifica e conseguentemente ha deciso di rinviare il giudizio all'udienza del 10 maggio 2022, in modo da garantire al legislatore il tempo necessario per intervenire. La disciplina del c.d. **ergastolo ostativo** era stata impugnata dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, per la supposta lesione degli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione.

Quanto ai fondamenti della decisione, vi è da rilevare, innanzitutto, come l'analisi dell'evoluzione legislativa e della propria giurisprudenza pregressa abbia condotto la Corte costituzionale a condividere la tesi, esposta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui le norme impuginate introducono, a carico del condannato per reati "ostativi", che non collabora utilmente con la giustizia, una **presunzione assoluta** (tale perché non superabile se non per effetto della stessa collaborazione) di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata, con la conseguenza che, «per il condannato all'ergastolo non collaborante, la pena perpetua *de iure* si trasformerebbe [...] in una pena perpetua anche *de facto*».

Nella motivazione si osserva, preliminarmente, come dalla giurisprudenza costituzionale consolidata si evinca che, a far propendere per la «**compatibilità della pena dell'ergastolo** di cui all'art. 22 cod. pen. **con il principio costituzionale di risocializzazione** sono state le previsioni che, in progresso di tempo, hanno consentito al condannato a tale pena di accedere alla liberazione condizionale». Per effetto delle scelte compiute in tal senso dal legislatore fra gli anni Sessanta e Ottanta del secolo scorso, prima dell'introduzione della disciplina impugnata, «l'accesso alla liberazione condizionale ha accentuato il proprio ruolo di fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo (il suo essere una pena senza fine), da una parte, e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, dall'altra». Un simile ruolo è stato confermato dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (è citata più volte la sentenza Viola contro Italia del 2019); mentre la disciplina "ostativa" oggetto di impugnazione, approvata all'indomani delle stragi di mafia dei primi anni Novanta del secolo scorso, «mette in tensione tali principi». Tale disciplina, infatti, «da una parte eleva la utile collaborazione a presupposto indefettibile per l'accesso (anche) alla liberazione condizionale, dall'altra sancisce, a carico del detenuto non collaborante, una **presunzione di perdurante pericolosità, dovuta, in tesi, alla mancata rescissione dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata**», ovvero, più precisamente, «una presunzione assoluta, perché non superabile da altro se non dalla collaborazione stessa, che lo esclude in radice dall'accesso ai benefici penitenziari e, appunto, fra questi, alla liberazione condizionale». Secondo la Consulta, l'aspetto più critico della disciplina impugnata risiede precisamente nel carattere assoluto di tale presunzione. In proposito, la Corte ricorda innanzitutto che, nell'ambito dell'ampia giurisprudenza costituzionale sviluppatasi sulla disciplina ostativa (dalla sentenza n. 306 del 1993 fino alla più recente n. 253 del 2019), essa ha più volte affermato che «**la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento**, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali». A tale considerazione si somma poi quella per cui è dubbio che la collaborazione sia frutto di una scelta sempre libera: si sottolinea, infatti, che l'attuale disciplina ostativa «prefigura una sorta di scambio» tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità di accedere ai benefici penitenziari. Per l'ergastolano ostativo che aspira alla libertà condizionale, questo scambio «può assumere una portata drammatica allorché lo obbliga a scegliere tra la possibilità di riacquisire la

libertà e il suo contrario, cioè un destino di reclusione senza fine»; e «in casi limite può trattarsi di una “scelta tragica”: tra la propria (eventuale) libertà, che può tuttavia comportare rischi per la sicurezza dei propri cari, e la rinuncia a essa, per preservarli da pericoli». Quanto alle conseguenze che devono trarsi da simili rilievi, la stessa Corte si è preoccupata di precisare che «ciò non significa affatto svalutare il **rilievo e utilità della collaborazione**, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione»: più limitatamente, «significa, invece, **negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale**».

La Corte ha inoltre ritenuto utile specificare che la **presunzione di pericolosità** gravante sul condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di “contesto mafioso”, che non abbia collaborato con la giustizia **non è, in sé stessa, in contrasto con la Costituzione** poiché, «l'appartenenza a una associazione di stampo mafioso implica, di regola, un'adesione stabile a un sodalizio criminoso, fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo»: sicché è «ben possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia». Come si è anticipato, **l'incompatibilità con la Costituzione deriva dal carattere assoluto di questa presunzione** poiché, allo stato, la collaborazione con la giustizia è l'unica strada a disposizione dell'ergastolano ostativo per accedere al procedimento che potrebbe portarlo alla liberazione condizionale: invece, affinché ne sia garantita la compatibilità con i principi costituzionali, la stessa presunzione **«deve poter essere superata anche in base a fattori diversi dalla collaborazione e indicativi del percorso di risocializzazione dell'interessato»**.

Nonostante tale conclusione, la Corte è dell'avviso che proprio un intervento meramente “demolitorio” potrebbe produrre effetti disarmonici sul complessivo equilibrio della disciplina impugnata, compromettendo «le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa». Appartiene invece alla **«discrezionalità legislativa»** decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione dell'ergastolano “ostativo” da quella degli altri ergastolani e, pertanto, possano accompagnare l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale. L'ordinanza si spinge fino al punto di suggerire che fra queste scelte «potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione», ma non valica tale limite. Dopo avere ulteriormente rilevato che si tratta comunque di «tipiche **scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte**» e posto in risalto «la necessità che l'intervento di modifica di aspetti essenziali dell'ordinamento penale e penitenziario [...] sia, in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa», si perviene alla conclusione che **«esigenze di collaborazione istituzionale»** impongono di disporre il rinvio del giudizio alla data già indicata, «dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia».

Pietro Masala



Sentenza n. 98 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò

decisione del 28 aprile 2021, deposito del 14 maggio 2021

comunicato stampa del [14 maggio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 168 del 2020](#)

parole chiave:

PROCESSO PENALE – PRINCIPIO DI LEGALITÀ – DIVIETO DI ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* – RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO – GIUDIZIO ABBREVIATO – DIFETTO DI MOTIVAZIONE

disposizione impugnata:

- Art. 521 del [codice di procedura penale](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24 e 111 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte costituzionale è stata investita, dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata, delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., «**nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio**», per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

Nel giudizio *a quo*, l'imputato era stato chiamato a rispondere del **delitto di atti persecutori** ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p., con l'aggravante di cui al secondo comma di tale articolo, configurabile qualora il fatto risulti commesso «da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

All'esito del dibattimento, tuttavia, il Tribunale aveva ritenuto di **dover riqualificare i fatti contestati nella diversa e più grave fattispecie del delitto di maltrattamenti in famiglia**, di cui all'art. 572, primo comma, c.p., il quale si applica a chiunque «maltratta», tra gli altri, «una persona della famiglia o comunque convivente».

Tale riqualificazione giuridica si fondava sull'argomentazione – suffragata anche da alcune pronunce della Corte di cassazione – secondo cui, pur nella riconosciuta assenza di convivenza tra imputato e persona offesa, il sintagma «una persona [...] comunque convivente» andrebbe riferito a un «contesto affettivo protetto», caratterizzato da «legami affettivi forti e stabili», all'interno del quale fossero state commesse le condotte contestate all'imputato. In tal caso, dunque, il più grave delitto di maltrattamenti in famiglia assorbirebbe l'ipotesi aggravata di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis*, secondo comma, c.p., nell'ambito del quale ricadrebbero le sole ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate da una «attuale condivisione di spazi e progetti di vita».

Pertanto, il Tribunale aveva invitato le parti a instaurare il contraddittorio in ordine alla prospettata riqualificazione giuridica del fatto contestato e l'imputato, di fronte al conseguente mutamento dei rischi sanzionatori, aveva chiesto l'ammissione al giudizio abbreviato.

Preso atto che l'art. 521 c.p.p., nel consentire al giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, non contempla la possibilità per l'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto così come diversamente qualificato, il rimettente sollevava questioni di legittimità costituzionale di tale disposizione per contrasto con il diritto di difesa giurisdizionale e i principi di eguaglianza e del giusto processo.

La Corte costituzionale non entra nel merito della questione, ma rinviene in via preliminare un **difetto della motivazione in punto di rilevanza**.

Secondo il giudice delle leggi, infatti, nel procedere alla riqualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio, **il rimettente avrebbe omesso di confrontarsi con il fondamentale canone ermeneutico rappresentato, in materia penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo**, il quale trova fondamento, oltre che in disposizioni di rango primario, nel **principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.** e nei suoi corollari costituiti dalla riserva di legge e dal principio di determinatezza della legge penale.

Tale divieto, ricorda la Corte, **impedisce di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore**, costituendo un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. Esso, come gli altri corollari del principio di legalità, risulta posto **a garanzia sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri**, che assegna in via esclusiva al legislatore, in quanto democraticamente rappresentativo dell'intera collettività nazionale, l'individuazione precisa delle condotte costituenti reato e dei confini tra le diverse fattispecie criminose; **sia della garanzia "soggettiva" costituita, per ogni cittadino, dalla**

prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, che verrebbe frustrata laddove al giudice fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello desumibile dalla sua immediata lettura.

Il rimettente, pertanto, **avrebbe dovuto valutare e argomentare circa la delicata compatibilità della propria interpretazione**, posta alla base della riqualificazione giuridica del fatto di reato, **con il divieto di analogia *in malam partem***. La violazione di tale divieto avrebbe potuto essere scongiurata solo qualora il Tribunale fosse riuscito a dimostrare convincentemente che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo *a quo*, consentiva di qualificare quest'ultima come persona appartenente alla medesima «famiglia» dell'imputato; o, in alternativa, che «un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro» poteva già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di «convivenza».

Il mancato confronto con tali decisive questioni interpretative si riflette, a giudizio della Corte, in una decisiva **lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate, tale da determinarne l'inammissibilità**.

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 112 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Emanuela Navarretta
decisione del 27 aprile 2021, deposito del 28 maggio 2021
comunicato stampa del [28 maggio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 111 del 2020](#)

parole chiave:

EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA – PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA –
DISPARITÀ DI TRATTAMENTO – REDDITI DA LAVORO AUTONOMO – DIRITTO
ALL’ABITAZIONE

disposizioni impugnate:

- Art. 31, comma 3, ultimo capoverso, e comma 4, lett. a), della [legge della Regione Lombardia 4 dicembre 2009, n. 27](#)

disposizione parametro:

- art. 3 della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento

Il TAR Lombardia, sez. IV, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 31, comma 3, ultimo capoverso, e comma 4, lettera a), della legge della Regione Lombardia 4 dicembre 2009, n. 27, **nella parte in cui, ai fini della determinazione dei canoni di locazione di edilizia residenziale “sopportabili”, «non consentono la collocazione nell’area della protezione a soggetti che percepiscono redditi da lavoro autonomo»**, per violazione dell’art. 3 della Costituzione.

Infatti, **il concorso delle due disposizioni**, come ricostruisce il rimettente, **riserva l’area della c.d. “protezione”, riferita ai nuclei familiari con ISEE-ERP fino a 9.000,00 euro, ai soli**

assegnatari «con reddito imponibile derivante esclusivamente o prevalentemente da pensione o da lavoro dipendente od assimilato», mentre i redditi diversi da questi, pur se di entità inferiore a 9.000,00 euro, vengono automaticamente collocati, ai fini della determinazione del canone “sopportabile”, nella categoria superiore a quella della “protezione”. L’esclusione dalla categoria della protezione dei nuclei familiari il cui reddito derivi da lavoro autonomo determinerebbe, ad avviso del rimettente, **una irragionevole disparità di trattamento** di situazioni sostanzialmente analoghe.

La Corte costituzionale, superata l’eccezione di inammissibilità avanzata dalla difesa regionale, accoglie la questione.

Nel proprio percorso argomentativo, la Corte ricorda, innanzitutto, che **la disciplina relativa all’accesso all’edilizia residenziale pubblica è rivolta a soddisfare un bisogno primario dell’individuo**, mirando a promuovere, a beneficio di nuclei familiari che versano in condizioni di notevole fragilità economica, **l’effettività della tutela del diritto all’abitazione**, incluso, sin dalla sentenza n. 404 del 1988, nel catalogo dei diritti inviolabili dalla propria consolidata giurisprudenza.

Premesso tale inquadramento, la Corte procede a valutare la ragionevolezza della distinzione operata dalla legge lombarda a svantaggio dei nuclei familiari che percepiscono redditi da lavoro autonomo, esaminando entrambe le possibili giustificazioni alla base della scelta legislativa, prospettate tanto nell’ordinanza di rimessione (sia pure in chiave critica) quanto nelle memorie della Regione Lombardia.

In primo luogo, secondo il giudice delle leggi, **nessuna ragionevole giustificazione può farsi derivare dal diverso meccanismo impositivo che caratterizza i redditi da lavoro autonomo** rispetto a quelli da lavoro dipendente o da pensione, dal momento che la valorizzazione di tale elemento ai fini dell’accesso all’edilizia residenziale equivarrebbe a un’inammissibile presunzione assoluta circa la non veridicità delle dichiarazioni fiscali effettuate dai lavoratori autonomi.

In secondo luogo, **la Corte esclude che la disparità di trattamento possa motivarsi in ragione del contributo che l’art. 10 della legge 14 febbraio 1963, n. 60, istituì a carico dei soli lavoratori dipendenti, onde finanziare, tramite il cosiddetto fondo GESCAL, l’edilizia residenziale pubblica.**

Da un lato, infatti, tali contributi costituivano solo una parte delle fonti di finanziamento dell’edilizia residenziale pubblica, venendo integrati da una quota versata direttamente dallo Stato e, quindi, a carico della fiscalità generale. Dall’altro, la legge 23 dicembre 1992, n. 498, ha disposto la cessazione del fondo GESCAL e l’eliminazione del relativo contributo già alla data del 31 dicembre 1995. Ne consegue che «il sottoinsieme degli attuali lavoratori dipendenti, che possono aver dato un parziale contributo economico alla realizzazione delle opere di edilizia residenziale pubblica, deve oramai ritenersi non rappresentativo di tutti i nuclei familiari con redditi da lavoro dipendente o assimilato, sì da giustificare il loro esclusivo beneficio». Peraltro, l’infondatezza di tale giustificazione emerge ancor più dal fatto che al trattamento più favorevole è ammessa anche la categoria dei pensionati, la quale ricomprende tanto chi, nel corso della propria carriera lavorativa, era stato lavoratore dipendente, quanto chi aveva svolto un’attività di lavoro autonomo, senza che rilevi l’eventuale diversa partecipazione finanziaria alla realizzazione dell’edilizia residenziale pubblica.

Sulla base di tali argomenti, la Corte conclude che **«non è dato ravvisare alcuna ragionevole giustificazione a fondamento della diversa determinazione del canone di locazione» a svantaggio dei nuclei familiari che, a parità di ISEE-ERP, dipendono da redditi da lavoro**

autonomo, e procede, pertanto, a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Lorenzo Madau



Sentenza n. 120 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Luca Antonini

decisione del 25 maggio 2021, deposito del 10 giugno 2021

comunicato stampa del [10 giugno 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 85 del 2020](#)

parole chiave:

IMPOSTE – RISCOSSIONE TRIBUTARIA – AGGIO – DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA –
MONITO AL LEGISLATORE

disposizioni impugnate:

- Art. 17, comma 1, del [decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 23, 24, 53, 76 e 97 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Commissione tributaria provinciale di Venezia ha sollevato, con ordinanza del 5 giugno 2019, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 1, del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, come sostituito dall'art. 32, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 53, 76 e 97 della Costituzione.

La disposizione censurata, nella versione applicabile *ratione temporis* ai fatti oggetto di giudizio, disponeva che l'«attività degli agenti della riscossione è remunerata con un aggio, pari al nove [“otto” *ex* decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95] per cento delle somme iscritte a ruolo riscosse e dei relativi interessi di mora e che è a carico del debitore: a) in misura del 4,65 per cento delle somme iscritte a ruolo, in caso di pagamento entro il sessantesimo giorno dalla notifica della cartella. In tal caso, la restante parte dell'aggio è a carico dell'ente creditore; b) integralmente, in caso contrario».

La Corte costituzionale, accogliendo l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato relativa all'eccessiva manipolatività della soluzione richiesta dal giudice *a quo*, **dichiara le questioni inammissibili**, ma approfitta dell'occasione per indirizzare un deciso **monito al legislatore riguardo la necessità di una riforma della normativa in tema di riscossione delle entrate pubbliche, in particolare nella parte relativa all'istituto del c.d. “aggio”**.

Nella propria argomentazione, la Corte prende le mosse da un'ampia ricostruzione del quadro normativo, giurisprudenziale e fattuale inerente al sistema di riscossione coattiva nel nostro ordinamento.

In tale ambito, l'aggio è riconosciuto come il meccanismo di finanziamento ordinario dell'intera attività di riscossione, funzionale a remunerare i costi che l'Agente della riscossione sconta in relazione alle operazioni che si rivelano infruttuose, il cui onere complessivo, sulla base di una precisa scelta di politica fiscale, è fatto gravare sui soggetti "morosi", piuttosto che sulla fiscalità generale.

Tuttavia, all'interno della categoria dei soggetti "morosi", cui viene addossato, attraverso l'aggio, il costo delle esecuzioni infruttuose, rientrano anche «coloro che, raggiunti da una cartella di pagamento, adempiono nel termine di sessanta giorni dalla sua notifica, nonché quelli che decidono di ricorrere per contestare la correttezza della pretesa tributaria e assolvono l'esecuzione provvisoria».

Richiamando la Relazione sul rendiconto generale dello Stato per l'esercizio 2019 della Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, nonché l'audizione del Direttore dell'Agenzia delle entrate presso la Camera dei deputati, VI Commissione finanze, del 14 settembre 2020, la Corte costituzionale si sofferma con particolare attenzione sulla «abnorme dimensione delle esecuzioni infruttuose» le quali, sulla base del meccanismo legislativo censurato, incidono fortemente «sulla proporzionalità dell'onere riversato sul contribuente che, sebbene inadempiente (o ricorrente avverso la pretesa tributaria), assolve il proprio debito tributario».

Infatti, a causa della dimensione delle esecuzioni infruttuose, riconducibile all'inefficienza della riscossione coattiva, il meccanismo di finanziamento della funzione di riscossione finisce per produrre il paradosso di «addossare su una limitata platea di contribuenti, individuati in ragione della loro solvenza (tardiva rispetto alla fase dell'accertamento dei tributi), il peso di una solidarietà né proporzionata, né ragionevole». Peraltro, la Corte sottolinea come **l'inadeguatezza dei meccanismi legislativi della riscossione coattiva determini, da un lato, anche una grave compromissione del dovere tributario**, il quale è preordinato al finanziamento non solo dei diritti sociali, ma anche di gran parte di quelli civili e, **dall'altro, concorra a impedire «di fatto» alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di cui all'art. 3, secondo comma, della Costituzione**.

Alla luce delle considerazioni effettuate, la riforma del servizio della riscossione coattiva appare alla Corte indifferibile.

Tuttavia, le modalità con cui essa potrebbe essere attuata sono molteplici e, pertanto, rimesse in prima battuta alla discrezionalità legislativa, mentre la soluzione avanzata dal giudice a quo – la quale avrebbe richiesto una pronuncia additiva che provvedesse alla determinazione sia di un minimo e un massimo della misura dell'aggio, sia di un rapporto inversamente proporzionale tra la stessa e la somma da riscuotere – **non rappresenta né l'unica astrattamente compatibile con la Costituzione, né quella costituzionalmente più "adeguata"**, mancando meccanismi analoghi all'interno del nostro sistema tributario cui fare riferimento. Le possibili soluzioni, infatti, sono ricomprese all'interno di un ampio spettro che varia dalla «previsione di soluzioni, anche miste, che prevedano criteri e limiti adeguati per la determinazione di un "aggio" proporzionato» sino alla "fiscalizzazione" degli oneri della riscossione, i quali verrebbero così posti a carico della fiscalità generale, con conseguente eliminazione dello stesso istituto dell'aggio (soluzione che, sottolinea la Corte, è stata adottata nei principali Paesi europei ed è stata in vigore per circa quindici anni anche nel nostro ordinamento, in base a quanto previsto dal d.P.R. 29 settembre 1973, n. 603).

In conclusione, dunque, **la Corte dichiara le questioni inammissibili «perché le esigenze prospettate, pur meritevoli di considerazione (nei sensi sopra precisati), implicano una modifica rientrante nell'ambito delle scelte riservate alla discrezionalità del legislatore».**

Lorenzo Madau



Sentenza n. 127 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 12 maggio 2021, deposito del 21 giugno 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [176 del 2020](#)

parole chiave:

RILEVANZA – PROCESSO PENALE – GIUDIZIO ABBREVIATO CONDIZIONATO

disposizioni impugnate:

-artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, del [codice di procedura penale](#)

disposizioni parametro:

- artt. 24 e 111 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità; trasmissione degli atti al Procuratore generale presso la Corte di cassazione

La decisione – originata dai dubbi del Tribunale ordinario di Lecce circa la compatibilità con gli artt. 24 e 111 della Costituzione degli artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui il Gip rigetti la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, l'imputato possa tempestivamente, nella fase dedicata alle questioni preliminari, riproporre la richiesta di rito alternativo al Giudice del dibattimento, e che questo possa sindacare la decisione del Gip ed ammettere il rito chiesto dall'imputato» – merita di essere segnalata soprattutto per alcuni profili di natura processuale.

Prima di porli in risalto, deve comunque riferirsi che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni prospettate dal *giudice a quo*, in ragione della **erroneità delle premesse interpretative poste alla base dell'ordinanza di rimessione**: per mezzo di questa, infatti, si «lamenta una lacuna in realtà insussistente, stante la perdurante operatività della sentenza n. 169 del 2003», che aveva già dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni impugnate, conseguentemente «divenute prive di oggetto» e, per l'appunto, inammissibili. Sotto tale aspetto, la decisione si limita ad applicare un principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale, recentemente riaffermato dalle ordinanze n. 125 e n. 105 del 2020, esplicitamente richiamate.

Vi è, tuttavia, una peculiarità: nel caso di specie, **per la Corte non rileva la circostanza che «entrambe le disposizioni incise dalla sentenza n. 169 del 2003 [siano]state oggetto di modifiche ad opera di leggi successive, le quali non hanno espressamente incorporato nei testi risultanti dalle modifiche le addizioni operate da questa Corte ai testi originari»**: giacché – osserva la stessa Corte – «pur dovendosi rilevare che una espressa incorporazione di tali addizioni sarebbe stata maggiormente funzionale a garantire la certezza del diritto, in una materia così densa di implicazioni per i diritti fondamentali come il processo penale, si deve escludere – contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo* – che le modifiche in parola abbiano inteso vanificare gli effetti della sentenza n. 169 del 2003: la quale resta dunque pienamente operante» con riferimento a entrambe le disposizioni impugnate. Ne consegue che, se «i dubbi del giudice rimettente si incentrano sulla possibilità per l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, di riproporre la richiesta, già rigettata dal giudice per le indagini preliminari, di giudizio abbreviato condizionata a una integrazione probatoria», in realtà «l'imputato che si sia visto rigettare la richiesta di giudizio abbreviato condizionato – in sede di udienza preliminare, ovvero dopo la notifica del decreto di giudizio immediato – può riproporre tale richiesta al giudice del dibattimento prima della dichiarazione di apertura del dibattimento medesimo, in forza della sentenza n. 169 del 2003: la quale continua a spiegare i propri effetti anche dopo le modifiche apportate agli artt. 438, comma 6, e 458, comma 2, cod. proc. pen., rispettivamente, dalla legge n. 33 del 2019 e dalla legge n. 103 del 2017». Dal che deriva, come si è anticipato, la dichiarazione dell'inammissibilità delle questioni sollevate.

Maggiormente degno di nota è, tuttavia, un secondo aspetto della decisione, ovvero il fatto che, prima di scrutinare le questioni di legittimità costituzionale, la Corte abbia sottolineato che «il **provvedimento con il quale il Presidente della sezione procedente del Tribunale di Lecce ha disposto la prosecuzione del giudizio *a quo* nonostante la pendenza del presente incidente di costituzionalità** non elide la **perdurante rilevanza delle questioni prospettate** dal Collegio rimettente»: ciò perché «dall'art. 18 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* si desume [...] un **principio generale di autonomia del giudizio incidentale di costituzionalità**, che come tale non risente delle vicende di fatto successive all'ordinanza di rimessione» (viene citato il precedente della sentenza n. 270 del 2020); «sicché la rilevanza delle questioni rispetto alla decisione del processo *a quo* deve essere vagliata *ex ante*, con riferimento al momento della prospettazione delle questioni stesse» (in linea con quanto già affermato nella sentenza n. 84 del 2021), e tale rilevanza «permane anche nell'ipotesi patologica in cui il giudice procedente – revocando l'ordinanza di sospensione del processo *a quo* durante lo svolgimento dell'incidente di costituzionalità – abbia successivamente ritenuto di poter decidere a prescindere dalla decisione della Corte». Svolta questa preliminare precisazione, la Corte ha ritenuto e dichiarato di non potere «esimersi dal rilevare **come detto provvedimento contrasti con quanto disposto dall'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87** (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*)» e, per tale ragione, ha ordinato la «**trasmissione degli atti del presente giudizio al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per gli eventuali provvedimenti di competenza**».

Pietro Masala



Sentenza n. 128 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 9 giugno 2021, deposito del 22 giugno 2021
comunicato stampa del 22 giugno 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. 40 e 51 del 2021

parole chiave:

ESECUZIONE FORZATA – SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE ESECUTIVE
IMMOBILIARI – EMERGENZA DA COVID-19 – DIRITTO ALL'ABITAZIONE – TUTELA
GIURISDIZIONALE – BILANCIAMENTO TRA VALORI – PRINCIPIO DI
RAGIONEVOLEZZA

disposizioni impugnate:

- Art. 54-ter del [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 24 aprile 2020, n. 27](#);
- art. 4, comma 1, del [decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 18 dicembre 2020, n. 176](#);
- art. 13, comma 14, del [decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 26 febbraio 2021, n. 21](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, secondo comma, 24, primo e secondo comma, 47, secondo comma, 111, primo comma, e 117, primo comma, della [Costituzione](#);
- art. 6 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#)

dispositivo:

inammissibilità; accoglimento

Con due distinte ordinanze di rimessione, provenienti rispettivamente dal giudice dell'esecuzione immobiliare presso il Tribunale ordinario di Barcellona Pozzo di Gotto e dal giudice dell'esecuzione immobiliare presso il Tribunale ordinario di Rovigo, la Corte costituzionale è stata investita di diverse **questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina legislativa che, a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ha disposto e più volte prorogato nel tempo la**

sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato.

La Corte, dopo aver riunito i due giudizi, procede innanzitutto a dichiarare **l'inammissibilità dell'intervento spiegato da un soggetto che aveva chiesto di partecipare al giudizio in qualità di debitore esecutato in una procedura diversa da quella dei giudizi a quibus**: secondo un orientamento giurisprudenziale costante, infatti, tale posizione non è sufficiente affinché l'interveniente possa ritenersi titolare di una situazione soggettiva idonea ad essere direttamente incisa dalla pronuncia della Corte e, in quanto tale, legittimato ad intervenire nel giudizio dinanzi alla stessa.

Nell'esaminare il merito delle diverse questioni sollevate, il giudice delle leggi si preoccupa, in primo luogo, di delimitare con precisione l'oggetto delle stesse, identificandolo specificamente **nell'art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, con cui è stata disposta la seconda proroga, fino al 30 giugno 2021, della sospensione su tutto il territorio nazionale delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato**, introdotta originariamente per un periodo di sei mesi dall'art. 54-ter del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, come convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e già in precedenza prorogata fino al 31 dicembre 2020 dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137.

Chiarito ciò e ricostruito sinteticamente il più ampio contesto normativo in cui tali disposizioni si sono inserite, **la Corte dichiara le questioni fondate in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, primo e secondo comma, Cost., ritenendo assorbite le altre censure.**

Nel proprio percorso argomentativo, la Corte parte ricordando il proprio consolidato orientamento secondo cui **il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. ricomprende anche la tutela in sede esecutiva**, la quale, consentendo al creditore di soddisfare la propria pretesa in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore, è da ritenersi **costituzionalmente necessaria, in quanto strumento indispensabile per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale medesima**. Dal rilievo costituzionale riconosciuto ai procedimenti di esecuzione forzata discende che, se la loro conformazione processuale è rimessa alla discrezionalità legislativa, **la sospensione degli stessi può essere ammessa solo in casi eccezionali, per periodi di tempo limitati e all'esito di un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi di rango costituzionale contrapposti.**

Nel caso di specie, a venire in rilievo sono il **diritto all'abitazione**, che, secondo la giurisprudenza costante della Corte, deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili, nonché il **dovere di solidarietà sociale** di cui all'art. 2 Cost.

Tali interessi costituzionali erano in grado di giustificare, secondo la Corte, la misura della sospensione delle procedure esecutive immobiliari introdotta dall'art. 54-ter del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, e il sacrificio temporaneo delle ragioni dei creditori procedenti *in executivis* a vantaggio di una platea di soggetti estremamente ampia, identificata con tutti i debitori esecutati che dimoravano nell'abitazione principale posseduta a titolo di proprietà o altro diritto reale; ciò, anche in ragione della straordinarietà del contesto in cui tale misura si inseriva, caratterizzato dalla fase più acuta dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e dalle gravissime conseguenze economiche e sociali che erano derivate dai provvedimenti adottati per contenere i contagi.

Tuttavia, tale misura eccezionale è stata prorogata per due volte, prima dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, e poi dall'art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, arrivando così a coprire un periodo totale di quattordici mesi. Ciò che più rileva, agli occhi della Corte, è che sia la prima che, soprattutto, la seconda proroga legislativa **hanno lasciato invariato il bilanciamento effettuato originariamente dal legislatore** e, di conseguenza, non hanno toccato il contenuto normativo della disposizione: ai fini della sospensione del procedimento esecutivo, dunque, l'unico presupposto che il giudice dell'esecuzione è tenuto a verificare è rimasto sempre e solo quello relativo alla circostanza che l'oggetto dell'esecuzione costituisca l'abitazione principale del debitore esecutato.

Proprio il mancato "aggiustamento" del bilanciamento effettuato dalla disciplina originaria, al momento di disporre la proroga, costituisce la causa dell'illegittimità costituzionale della disposizione censurata. Infatti, anche sull'esempio dell'evoluzione diacronica di cui sono state

protagoniste altre misure processuali emergenziali analoghe, come quella relativa alla sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, affinché l'ulteriore proroga di una misura così grave ed eccezionale potesse sfuggire alle censure di incostituzionalità, essa avrebbe dovuto accompagnarsi ad una maggiore selettività degli atti esecutivi e dei soggetti beneficiari della sospensione, in modo da venire dimensionata sulle reali esigenze di protezione dei debitori esecutati.

Se l'amplia perimetrazione oggettiva e soggettiva effettuata dall'art. 54-ter «poteva giustificarsi inizialmente per rendere più agevole, rapida e immediatamente efficace la misura di protezione», **con il prosieguo del tempo e il protrarsi della sospensione «sono emerse l'irragionevolezza e la sproporzione di un bilanciamento calibrato su tutti, indistintamente, i debitori esecutati», a fronte dell'incisivo sacrificio imposto alla tutela giurisdizionale *in executivis* dei creditori procedenti**, «che di per sé non costituiscono una categoria privilegiata e immune dai danni causati dall'emergenza epidemiologica». Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, **la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 24, primo e secondo comma, Cost.**, specificando, in ogni caso, che rimane ferma in capo al legislatore la possibilità di adottare nuove misure in materia che realizzino un bilanciamento ragionevole e proporzionato tra i diversi interessi costituzionali contrapposti.

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Ordinanza n. 131 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 9 giugno 2021, deposito del 24 giugno 2021
comunicato stampa del 24 giugno 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 110 del 2020

parole chiave:

MISURE DI SICUREZZA – SOGGETTI AFFETTI DA INFERMITÀ PSICHICA – RICOVERO
IN UNA RESIDENZA PER L'ESECUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA (REMS) –
ORDINANZA ISTRUTTORIA

disposizioni impugnate:

- artt. 206 e 222 del [codice penale](#);
- art. 3 ter del [decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 17 febbraio 2012, n. 9](#), come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), del [decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 30 maggio 2014, n. 81](#)

disposizioni parametro:

- artt. 2, 3, 25, 27, 32 e 110 della [Costituzione](#)

dispositivo:

ordinanza istruttoria

La Corte costituzionale, chiamata a sindacare **la legittimità costituzionale della vigente disciplina del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)** (disciplina che, secondo il giudice remittente, Tribunale ordinario di Tivoli, sarebbe lesiva di plurimi parametri costituzionali, e in particolare dell'art. 110 Cost., nella parte in cui attribuisce l'esecuzione di tale misura di sicurezza alle Regioni e agli organi amministrativi da essa coordinati o vigilati, così escludendo la competenza del Ministro della Giustizia, nonché della riserva di legge in materia di misure di sicurezza, nella parte in cui consentirebbe l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali riguardanti l'esecuzione della stessa misura), **ha ritenuto necessario, ai fini della decisione, acquisire una serie di informazioni riguardanti il concreto funzionamento del sistema delle REMS**, introdotto a partire dal 2012 in sostituzione di quello degli Ospedali psichiatrici giudiziari. Allo scopo di acquisire tali informazioni, la Corte ha adottato un'**ordinanza istruttoria** ai sensi dell'articolo

12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, con la quale ha rivolto una serie di quesiti circostanziali al Ministro della giustizia, al Ministro della salute, al Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, richiedendo a ciascuna di tali autorità di rispondere mediante il deposito di una relazione entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione della stessa ordinanza.

Nell'ordinanza si chiede, fra l'altro, di chiarire se esistono, e in caso affermativo come operino, forme di coordinamento tra il Ministero della giustizia, il Ministero della salute, le aziende sanitarie locali (ASL) e i Dipartimenti di salute mentale, volte ad assicurare la pronta ed effettiva esecuzione, su scala regionale o nazionale, dei provvedimenti di applicazione, in via provvisoria o definitiva, di misure di sicurezza basate su una duplice valutazione di infermità mentale e di pericolosità sociale dell'interessato; se il ricovero nelle REMS, ove disposto dal giudice, nonché gli altri trattamenti per la salute mentale disposti sulla base di un provvedimento di libertà vigilata rientrino nei livelli essenziali di assistenza (LEA) che le Regioni sono tenute a garantire; se sia prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche Regioni; se le riscontrate difficoltà siano dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie, ovvero ad altre ragioni.

Pietro Masala



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 133 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Emanuela Navarretta
decisione del 12 maggio 2021, deposito del 25 giugno 2021
comunicato stampa del [25 giugno 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [156 del 2020](#)

parole chiave:

FILIAZIONE – STATO CIVILE – IMPUGNAZIONE DEL RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO
NATURALE – DECORRENZA DEL TERMINE PER PROPORRE L'AZIONE DI
IMPUGNAZIONE

disposizioni impugnate:

-art. 263, comma 3, del [codice civile](#), come modificato dall'art. 28, comma 1, lettera b), del [decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 76 e 117, primo comma, della [Costituzione](#);
- art. 8 della [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali](#)

dispositivo:

illegittimità costituzionale parziale; non fondatezza

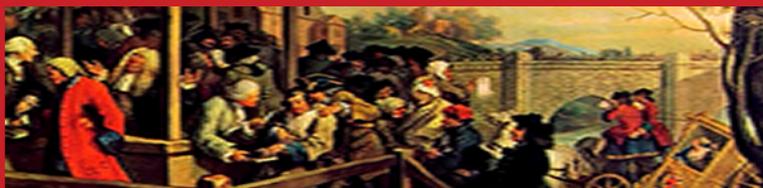
Nel corso di un giudizio di **impugnazione del riconoscimento del figlio** per difetto di veridicità, il Tribunale ordinario di Trento aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 263, terzo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 28, comma 1, del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, in riferimento agli artt. 3, 76 e 117, primo comma, della Costituzione (quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), nella parte in cui, ad eccezione dell'ipotesi in cui l'autore del riconoscimento provi di aver ignorato la propria impotenza al tempo del riconoscimento, non consentiva che, per lo stesso soggetto, il **termine di un anno per proporre l'azione di impugnazione** decorra **dalla conoscenza della non paternità**, anziché **dall'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita**, come prevedeva per tutte le ipotesi diverse da quella menzionata, compresa l'impugnazione per difetto di veridicità. Secondo il giudice *a quo*, inoltre, l'azione di impugnazione non avrebbe dovuto essere impedita dal decorso di un **termine** come quello **di cinque anni** a decorrere **dall'annotazione del riconoscimento** (previsto dalla stessa norma per l'autore del riconoscimento che scopra la propria impotenza al tempo del riconoscimento o per la madre che abbia effettuato il riconoscimento e provi di avere ignorato l'impotenza del presunto padre), poiché tale termine trascorre a prescindere dalla conoscenza della non paternità.

Dopo aver escluso la violazione dell'art. 76 Cost. (avendo ritenuto rispettoso dei principi indicati dalla legge delega n. 219 del 2012 quanto previsto dal legislatore delegato), la Corte costituzionale ha giudicato fondate le **questioni sollevate con riferimento all'art. 3 Cost.** Secondo il giudice rimettente, la norma censurata, non prevedendo la decorrenza del termine annuale dalla conoscenza *tout court* della non paternità, a prescindere dalla causa che giustifichi l'impugnazione, avrebbe introdotto un **«trattamento irragionevolmente discriminatorio» sotto due diversi profili**: come la stessa Corte costituzionale riassume efficacemente nella motivazione della decisione, per il giudice *a quo*, «per un verso, rileva l'irragionevolezza del richiamo esclusivo alla scoperta dell'impotenza, posto che il padre può ben ignorare (e non avere ragioni per sospettare) la non paternità, anche in ipotesi diverse da quella citata: e «tale censura reca con sé il dubbio di un'irragionevole disparità di trattamento fra chi possa dimostrare la propria impotenza, onde sottrarsi alla decadenza dall'azione, e chi non sia affetto da tale patologia»; per un altro verso, rileva invece «l'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina sul disconoscimento di paternità, che contempla, oltre alla scoperta dell'impotenza, un più ampio novero di fatti, la cui dimostrazione fa decorrere il *dies a quo* del termine annuale».

Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto che la **limitazione della possibilità di far valere la decorrenza del termine dalla scoperta della non paternità alla sola ipotesi dell'impotenza** effettivamente comportasse, in modo palese, «una **irragionevole disparità di trattamento fra autori del riconoscimento**, che possano provare l'impotenza, e autori del riconoscimento non affetti da tale patologia, che siano parimenti venuti a conoscenza della non veridicità della paternità biologica, quando oramai sia decorso il termine annuale conteggiato a partire dall'annotazione del riconoscimento». Sotto il secondo profilo, è stato ritenuto irragionevole che la norma censurata rendesse **più difficile al padre non coniugato sottrarsi alla decadenza del termine annuale per l'impugnazione del riconoscimento**, rispetto a quanto consentito al padre coniugato dall'articolo 244 del codice civile, relativamente alla decadenza del termine annuale per l'azione di disconoscimento della paternità. Poiché il secondo può avvalersi anche di altre prove, in aggiunta alla prova dell'impotenza (tra cui quella dell'adulterio), onde sottrarsi *al dies a quo* che altrimenti decorre dalla nascita, la Corte ha rilevato, anche sotto questo aspetto, una **«irragionevole diversità di trattamento, che fini[va] per rendere più stabile lo status filiationis sorto al di fuori del matrimonio** rispetto a quello del figlio concepito o nato durante il matrimonio».

In considerazione delle irragionevoli disparità di trattamento evidenziate, è stata pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., della norma impugnata, «nella parte in cui non prevede che, per l'autore del riconoscimento, il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità». Di conseguenza è stata considerata assorbita, in riferimento allo stesso oggetto, l'ulteriore questione di legittimità costituzionale, posta con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost., relativamente alla norma interposta di cui all'art. 8 CEDU, che riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare; mentre è stato escluso che sia lesiva di tale ultimo parametro la previsione del **termine quinquennale**, di cui all'art. 263, terzo comma del codice civile. La Corte costituzionale ha infatti ritenuto che «il decorso di un tempo così lungo radic[hi] il **legame familiare** e spost[ì] il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul **consolidamento dello status filiationis**, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa». Dopo aver rimarcato che **«nessuna censura di non proporzionalità** può, dunque, muoversi – anche nel coordinamento fra l'interpretazione dell'art. 8 CEDU, offerta dalla Corte EDU, e il quadro dei principi costituzionali – alla scelta operata dal legislatore che, nella sua **discrezionalità**, ha ritenuto di sacrificare l'interesse dell'autore del riconoscimento, a far valere in via giudiziale l'identità biologica, a beneficio dell'**interesse allo status filiationis consolidatosi** dopo cinque anni dal suo sorgere», la Consulta ha infine ritenuto opportuno sottolineare che **«l'interesse a far valere la verità biologica** non risulta in assoluto estromesso dal giudizio, in quanto esso può essere fatto valere dallo stesso figlio, per il quale l'azione di impugnazione del riconoscimento risulta imprescrittibile».

Pietro Masala



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 137 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato
decisione del 25 maggio 2021, deposito del 2 luglio 2021
comunicato stampa del 2 luglio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. 234 del 2019 e 68 del 2020

parole chiave:

PREVIDENZA E ASSISTENZA – REVOCA DI PRESTAZIONI ASSISTENZIALI E
PREVIDENZIALI – CONDANNATI PER MAFIA E TERRORISMO – MODALITÀ
ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

disposizioni impugnate:

- art. 2, comma 61, della [legge 28 giugno 2012, n. 92](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25 e 38 della [Costituzione](#)

dispositivo:

illegittimità costituzionale parziale; illegittimità costituzionale parziale consequenziale; inammissibilità

La Corte costituzionale ha ritenuto contrastante con gli articoli 3 e 38 della Costituzione la previsione legislativa della **revoca delle prestazioni assistenziali, fondate sullo stato di bisogno, ai condannati con sentenza passata in giudicato per reati di mafia o terrorismo**, i quali stiano scontando la **pena in modalità alternativa alla detenzione**, e ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 61, e, in via consequenziale, del comma 58 dell'articolo 2 della legge n. 92 del 2012. La disposizione era stata impugnata sia dal Tribunale ordinario di Fermo, sezione lavoro, sia dal Tribunale ordinario di Roma, sezione prima lavoro, ma soltanto le questioni sollevate dal secondo giudice *a quo* hanno superato il controllo di ammissibilità per poi essere giudicate nel merito, poiché la prima ordinanza di rimessione è stata ritenuta lacunosa circa gli elementi essenziali ai fini del giudizio sulla rilevanza.

Dopo aver ricordato che in generale, in base alla giurisprudenza costituzionale consolidata, «il primo comma dell'art. 38 Cost. configura un dovere di solidarietà, che deve informare la normativa della pubblica assistenza e beneficenza a favore di chi versi in condizioni di indigenza per inabilità allo svolgimento di una attività remunerativa, prescindendosi da precorse qualità e situazioni personali e da servizi resi allo Stato», e che «il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle stesse prestazioni sociali, purché le sue scelte rispettino rigorosamente il canone di ragionevolezza»

(poiché, «trattandosi di provvidenze a tutela di soggetti fragili, [...] le eventuali limitazioni all'accesso devono esprimere un'esigenza chiara e razionale, senza determinare discriminazioni»), con riferimento al caso di specie, la Corte giudica **irragionevole che lo Stato valuti un soggetto meritevole di essere ammesso a scontare la pena in regime alternativo al carcere e lo privi dei mezzi per vivere, quando questi sono ottenibili solo dalle prestazioni assistenziali**. Per i giudici della Consulta, nonostante i condannati per i reati di mafia o terrorismo abbiano «gravemente violato il patto di **solidarietà sociale** che è alla base della convivenza civile [...], attiene a questa stessa convivenza civile che ad essi siano comunque assicurati i mezzi necessari per vivere»; mentre «ciò non accade qualora la revoca riguardi il condannato ammesso a scontare la pena in regime alternativo al carcere, che deve quindi sopportare le spese per il proprio mantenimento, le quali, ove egli sia privo di mezzi adeguati, potrebbero essere garantite solo dalle ricordate provvidenze pubbliche». In definitiva, è la **«diversità di effetti della revoca delle prestazioni sociali su chi si trova in stato di detenzione domiciliare (o in altra forma alternativa di espiazione della pena) rispetto a chi è detenuto in carcere»**, che «determina una violazione anche dell'art. 3 Cost., trattando allo stesso modo situazioni soggettive del tutto differenti», in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Ne deriva anche, **in via consequenziale**, la dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 58 del medesimo dell'articolo 2 della legge n. 92 del 2012, il quale prevede che con la sentenza di condanna per gli stessi reati di mafia e terrorismo il giudice dispone la sanzione accessoria della revoca delle prestazioni assistenziali di cui il condannato sia eventualmente titolare, anche ove sia ammesso a scontare la pena in regime alternativo alla detenzione in carcere: «L'illegittimità della revoca, infatti, deriva dal pregiudizio al diritto all'assistenza per chi necessita dei mezzi per sopravvivere, che deve essere comunque garantito a ciascun individuo, pur se colpevole di determinati reati. Pregiudizio che resta il medesimo anche quando la **revoca venga disposta dalla sentenza di condanna per i reati commessi successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012**, ossia nella fattispecie di cui al comma 58».

Pietro Masala



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 140 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 25 maggio 2021, deposito del 6 luglio 2021
comunicato stampa del 6 luglio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. 133, 152, 159 e 165 del 2020

parole chiave:

PROCESSO PENALE – PRESCRIZIONE – SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE –
EMERGENZA DA COVID-19 – RINVIO DELL’UDIENZA – PRINCIPIO DI LEGALITÀ –
PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

disposizioni impugnate:

- art. 83, commi 4 e 9, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione;
- art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

dispositivo:

manifesta inammissibilità; manifesta infondatezza; accoglimento

Con la sentenza n. 140 del 2021, la Corte costituzionale si è trovata a decidere le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con quattro distinte ordinanze, dai Tribunali ordinari di Paola, Spoleto, Roma e Crotone e aventi ad oggetto il **comma 4 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, nella parte in cui dispone la sospensione del termine di prescrizione, con riferimento ai procedimenti penali indicati nel comma 2 dello stesso articolo, anche per fatti commessi prima del 9 marzo 2020, nonché il comma 9 dello stesso decreto-legge, nella parte in cui prevede che il corso della prescrizione rimane sospeso per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g), del medesimo art. 83 e comunque non oltre il 30 giugno 2020.**

Dopo aver riunito i quattro giudizi, la Corte si occupa anzitutto delle diverse censure relative al comma 4 del decreto-legge n. 18 del 2020, le quali risultano identiche o analoghe a quelle da essa già scrutinate in occasione della sentenza n. 278 del 2020.

La Corte dichiara manifestamente inammissibili le questioni relative alla violazione, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., dell'art. 7 CEDU – secondo il quale nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, né può vedersi inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso –, già dichiarate inammissibili nella precedente occasione. In entrambi i casi, infatti, i giudici *a quibus* hanno omesso di chiarire in quali termini il parametro convenzionale offrirebbe una protezione del principio di legalità maggiore di quella dell'art. 25, secondo comma, Cost., considerato che la Corte EDU reputa la prescrizione un istituto avente natura processuale, la quale implica una garanzia di portata meno estesa di quella apprestata dal costante orientamento della giurisprudenza costituzionale che, invece, riconosce alla prescrizione natura sostanziale.

Anche la questione inerente all'art. 25, secondo comma, Cost., sotto il profilo della violazione del divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, era stata già analizzata dalla Corte nella pronuncia del 2020, con la quale era stata dichiarata non fondata, rilevandosi che la sospensione del processo, da cui consegue la sospensione della prescrizione ai sensi dell'art. 83, comma 4, del decreto-legge n. 18 del 2020, è prevista «da una norma che impon[er]e una “stasi” del giudizio basata su elementi certi ed oggettivi»; essa è riconducibile, pertanto, alla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 159 del codice penale, secondo cui il corso della prescrizione rimane sospeso quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una “particolare disposizione di legge”. Non essendo stati prospettati nuovi profili di censura, la Corte procede a dichiarare questa questione manifestamente infondata.

Un'attenzione diversa è riservata dalla Corte alle censure aventi ad oggetto il comma 9 del medesimo art. 83, su cui il giudice delle leggi non aveva ancora mai avuto modo di pronunciarsi.

Dopo un'ampia ricostruzione del quadro normativo in cui la disposizione impugnata si inserisce, la Corte dichiara, innanzitutto, la manifesta inammissibilità della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Paola, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, dal momento che le argomentazioni utilizzate dal giudice *a quo* sono identiche a quelle già svolte, con riguardo al medesimo parametro, nei confronti del comma 4 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 e, dunque, affette dalle stesse lacune motivazionali.

La Corte accoglie, invece, la questione sollevata dal Tribunale di Roma in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., sotto il profilo della insufficiente determinatezza della fattispecie legale dalla quale consegue la sospensione della durata del termine di prescrizione dei reati nel periodo dal 12 maggio al 30 giugno 2020.

Nel proprio percorso argomentativo, **il giudice delle leggi ricorda il suo consolidato orientamento in tema di prescrizione, alla quale ha sempre riconosciuto natura sostanziale e non processuale**, ricollegandola così al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., il quale impone che una persona accusata di un reato debba poter conoscere, al momento della commissione del fatto, sia la fattispecie di reato, sia l'entità della pena per esso prevista, sia la durata della prescrizione, comprese le possibili ricadute che su quest'ultima possono avere eventuali norme processuali, in particolare quelle in grado di determinare l'interruzione o la sospensione della prescrizione stessa. **Il rispetto del principio di legalità richiede, quindi, che la norma, la quale in ipotesi amplii la durata del termine di prescrizione ovvero ne preveda il prolungamento come conseguenza dell'applicazione di una regola processuale, sia «sufficientemente determinata»** (sentenza n. 278 del 2020) e, inoltre, **non si applichi in modo retroattivo.**

La disposizione censurata, tuttavia, non appare rispondente al primo dei due corollari del principio di legalità appena richiamati, quello della necessaria determinatezza della fattispecie legale.

L'art. 83, comma 9, del decreto-legge n. 18 del 2020, infatti, prescrive che nei procedimenti penali il corso della prescrizione rimane sospeso per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del precedente comma 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020. A sua volta, il richiamato comma 7, lettera g), contiene un rinvio alle «misure organizzative» che i capi degli uffici giudiziari – in ragione della generale previsione del comma 6 del medesimo art. 83 – sono facoltizzati ad adottare per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, tra le quali rientra anche il rinvio delle udienze. **Tale facoltà**

di rinvio delle udienze, tuttavia, è solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire, essendo sufficiente che la misura sia ritenuta giustificata dalla necessità di contenere i contagi da COVID-19 negli uffici giudiziari.

«In sostanza, è solo al momento dell'adozione del provvedimento di rinvio del processo che si completa e si integra, caso per caso, la fattispecie legittimante il rinvio stesso» (in maniera non dissimile, ricorda la Corte, da quanto accadeva per la c.d. “regola Taricco”: ordinanza n. 24 del 2017), e questo nonostante il fatto che da tale rinvio conseguano non solo effetti strettamente processuali, bensì anche effetti di natura sostanziale *in malam partem* sul piano della punibilità del reato, in ragione dell'allungamento del termine di prescrizione.

Ne consegue che la norma censurata, nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, «rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell'ufficio giudiziario, così esibendo un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione».

Sulla base di queste considerazioni, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 83, comma 9, del decreto-legge n. 18 del 2020, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lettera g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020.

Lorenzo Madau



Sentenza n. 143 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso

decisione del 26 maggio 2021, deposito dell'8 luglio 2021

comunicato stampa dell'8 luglio 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 158 del 2020

parole chiave:

REATI E PENE – SEQUESTRO DI PERSONA A SCOPO DI ESTORSIONE – CONCORSO DI
CIRCOSTANZE AGGRAVANTI E ATTENUANTI – DIVIETO DI PREVALENZA DELLA
LIEVE ENTITÀ DEL FATTO SULLA RECIDIVA REITERATA

disposizioni impugnate:

-art. 69, comma 4, del [codice penale](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25 e 27 della [Costituzione](#)

dispositivo:

illegittimità costituzionale parziale

La Corte costituzionale ha dichiarato l'**illegittimità** dell'articolo 69, quarto comma, del codice penale nella parte in cui prevede il **divieto di prevalenza dell'attenuante del "fatto di lieve entità"** – **introdotta dalla stessa Corte nel 2012, con la sentenza n. 68, per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione– sull'aggravante della recidiva reiterata** di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale. Per i giudici della Consulta, **la norma censurata, impedendo di applicare una pena adeguata e proporzionata alla differente gravità del fatto-reato, contrasta con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e vanifica la funzione mitigatrice della pena.** La decisione comporta che, anche se recidivi reiterati, gli imputati del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione potranno beneficiare, se "il fatto è di lieve entità", della riduzione fino a un terzo della pena. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte di cassazione nel corso di un giudizio concernente la determinazione della pena applicata a cinque imputati di sequestro di persona a scopo di estorsione. Nella motivazione della sentenza di accoglimento, la Corte ha innanzitutto ricordato che la **pena particolarmente elevata prevista per il reato di sequestro di persona** – reclusione da 25 a 30 anni – fu introdotta dalla legislazione "emergenziale" «a seguito dell'allarme sociale provocato, negli anni

Settanta, da numerosi episodi di sequestro di persona per conseguire il riscatto per la liberazione, posti in essere da pericolose organizzazioni criminali, spesso con efferate modalità esecutive e connotate di norma dal rischio della perdita della vita per il sequestrato, non di rado con l'esito della morte di quest'ultimo». Il giudice delle leggi ha rammentato, poi, come la sentenza n. 68 del 2012 avesse già evidenziato che l'**attenuante del "fatto di lieve entità"** ha una «**funzione riequilibratrice**» del **trattamento sanzionatorio**, la quale «consiste propriamente nel mitigare – in rapporto ai soli profili oggettivi del fatto (caratteristiche dell'azione criminosa, entità del danno o del pericolo) – una risposta punitiva improntata a eccezionale asprezza e che, proprio per questo, rischia di rivelarsi incapace di adattamento alla varietà delle situazioni concrete riconducibili al modello legale».

Altro passaggio saliente della motivazione è quello in cui si sottolinea che «la peculiarità del regime sanzionatorio edittale previsto per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione [...] e la necessaria funzione di riequilibrio della diminvente in esame comportano che la disciplina censurata, nel precludere al giudice, nel bilanciamento delle circostanze, la possibilità di prevalenza della diminvente del "fatto di lieve entità" sulla recidiva reiterata, finisce per disconoscere il **principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto**»: principio che **risulterebbe vanificato da una «abnorme enfaticizzazione» della recidiva**, indice di rimproverabilità e pericolosità, rilevante sul piano strettamente soggettivo. Il **carattere «assoluto» e «inderogabile» del divieto** che impedisce al giudice di ritenere prevalente la diminvente in questione, in presenza della recidiva reiterata, ha l'effetto di «frustra[re], irragionevolmente, gli effetti che l'attenuante mira ad attuare e compromette[r]ne la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio» (così si osserva richiamando la sentenza n. 55 del 2021) e «non è dunque compatibile con il **principio di determinazione di una pena proporzionata, idonea a tendere alla rieducazione del condannato ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.**»: posto che (come era stato già affermato nella sentenza n. 185 del 2015) tale rieducazione implica «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra». La pronuncia si pone, quindi, nel solco di altre dichiarazioni di illegittimità costituzionale – esplicitamente richiamate – che hanno riguardato circostanze attenuanti espressive della minore gravità del fatto: così la «lieve entità» nel delitto di produzione e traffico illecito di stupefacenti (sentenza n. 251 del 2012); la «particolare tenuità» nel delitto di ricettazione (sentenza n. 105 del 2014); la «minore gravità» nel delitto di violenza sessuale (sentenza n. 106 del 2014); il «danno patrimoniale di speciale tenuità» nei delitti di bancarotta e ricorso abusivo al credito (sentenza n. 205 del 2017).

Nel caso di specie, la Corte ravvisa inoltre una violazione del **principio di uguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.)**, «in quanto il divieto censurato vanifica la funzione che l'attenuante tende ad assicurare, ossia sanzionare in modo diverso situazioni differenti sul piano dell'offensività della condotta», poiché, per effetto dello stesso divieto, «fatti di minore entità possono essere irragionevolmente sanzionati con la stessa pena, prevista dal primo comma dell'art. 630 cod. pen., per le ipotesi più gravi». Viene invece dichiarata assorbita la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 25 Cost.

Pietro Masala



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 150 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 22 giugno 2021, deposito del 12 luglio 2021
comunicato stampa del [12 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. [140](#) e [149 del 2019](#)

parole chiave:

DIFFAMAZIONE A MEZZO STAMPA – TRATTAMENTO SANZIONATORIO – PENA
DETENTIVA – LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO – LIBERTÀ DI STAMPA –
PRINCIPIO DI LEGALITÀ – REPUTAZIONE PERSONALE – BILANCIAMENTO TRA
VALORI – DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA – TECNICHE DECISORIE

disposizioni impugnate:

- art. 13 della [legge 8 febbraio 1948, n. 47](#);
- art. 595, terzo comma, del [codice penale](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della [Costituzione](#);
- art. 10 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#)

dispositivo:

non fondatezza; manifesta infondatezza; accoglimento

La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi, su impulso di due ordinanze di rimessione dei Tribunali di Salerno e di Bari, sulla legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui prevedono una pena detentiva (in via alternativa oppure cumulativa rispetto alla pena pecuniaria della multa) per il reato di diffamazione a mezzo stampa, con l'**ordinanza n. 132 del 2020 aveva disposto il rinvio della trattazione all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina della materia in linea con i principi costituzionali e convenzionali.**

In quell'occasione, infatti, la Corte, da un lato, aveva ritenuto costituzionalmente necessaria «una complessiva rimediazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle odierne censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica»; dall'altra, aveva rilevato che «un simile, delicato

bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore», il quale è dotato degli strumenti a tal fine più adeguati e di possibilità di intervento che sono precluse ai poteri decisori del giudice delle leggi.

Tuttavia, essendo passato l'arco temporale indicato dalla Corte senza che il legislatore abbia dato seguito al pressante invito della stessa a intervenire sulla materia, nell'udienza pubblica del 22 giugno 2021 la Corte è tornata a occuparsi delle questioni di legittimità costituzionale, decidendole nel merito, secondo uno schema decisorio in due fasi già sperimentato quando furono sollevati dubbi di costituzionalità sulla punibilità dell'aiuto al suicidio (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019: c.d. caso Cappato). Anche nel caso in esame, infatti, la Corte premette subito che la nuova decisione «si salda, in consecuzione logica» alla precedente ordinanza di rinvio, le cui valutazioni in ordine al *thema decidendum* debbono intendersi integralmente confermate.

Coerentemente con tali premesse, i giudici di Palazzo della Consulta, dopo aver respinto le diverse eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura dello Stato, dichiarano **fondate le questioni sollevate dal Tribunale di Salerno sull'art. 13 della legge n. 47 del 1948, in riferimento agli artt. 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU**, riagganciandosi proprio alle considerazioni già svolte nell'ordinanza del 2020.

Tale disposizione prevede una circostanza aggravante per il delitto di diffamazione di cui all'art. 595 c.p., integrata nel caso in cui la condotta sia commessa col mezzo della stampa e consista nell'attribuzione di un fatto determinato, e vi ricollega, in via cumulativa, la pena della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a euro 258, a meno che non sussistano, nel caso concreto, circostanze attenuanti giudicate prevalenti o, almeno, equivalenti all'aggravante in discorso. Essa, dunque, costituisce *lex specialis* nei confronti delle due circostanze aggravanti previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 595 c.p., applicabili rispettivamente nel caso in cui l'offesa all'altrui reputazione consista nell'attribuzione di un fatto determinato e in quello in cui l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico.

Tuttavia, **la previsione dell'indefettibilità della pena detentiva** recata dall'art. 13, secondo la Corte, anche sulla base della copiosa giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo, è divenuta ormai incompatibile con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri», ponendosi in contrasto con il diritto a manifestare il proprio pensiero, riconosciuto tanto dall'art. 21 Cost., quanto dall'art. 10 CEDU, e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa, riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale quale «pietra angolare dell'ordine democratico».

Pertanto, la Corte dichiara l'incostituzionalità della disposizione impugnata nella sua interezza, avendo cura di sottolineare come **tale annullamento non crei alcun vuoto di tutela nei confronti del diritto alla reputazione individuale contro le offese arrecate a mezzo della stampa**, dal momento che esso continua a essere protetto dalle circostanze aggravanti del delitto di diffamazione previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 595 c.p., «il cui alveo applicativo si riepanderà in seguito alla presente pronuncia» ai fatti di reato che fino a questo momento ricadevano nella fattispecie di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948.

Inoltre, la Corte dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, **l'illegittimità costituzionale consequenziale dell'art. 30, comma 4, della legge n. 223 del 1990**, il quale prevede che «nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 [ovverosia il concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione] le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47».

Le altre questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici a quibus e aventi ad oggetto l'art. 595, terzo comma, c.p., invece, vengono rigettate dalla Corte, perché infondate o manifestamente infondate.

Tra di esse, meritano di essere segnalate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 3, 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU.

La Corte rileva che la disposizione impugnata, nel prevedere anch'essa una circostanza aggravante del delitto di diffamazione, integrata allorché l'offesa sia recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, vi ricollega la pena della reclusione da sei mesi a tre anni ovvero della multa non inferiore a 516 euro: dunque, a differenza dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948, **in questo caso la pena detentiva è prevista in via alternativa, e non cumulativa, rispetto alla sanzione pecuniaria, ed è proprio questa differenza a risultare essenziale, agli occhi della Corte, al fine di escludere il contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero**, tutelata dagli artt. 21 Cost. e 10 CEDU.

La Corte, infatti, sottolinea come **il bene giuridico protetto da tale previsione sia la reputazione individuale, la quale è un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona**, le cui aggressioni subite a causa della diffamazione compiuta attraverso la stampa o altri moderni mezzi di comunicazione possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale o politica delle vittime.

In considerazione di ciò, **tra gli «strumenti idonei, necessari e proporzionati» che l'ordinamento può predisporre al fine di prevenire tali pregiudizi, non può in assoluto escludersi il ricorso alla sanzione detentiva, perlomeno se confinato ai casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità**, con riferimento ai quali tale scelta sanzionatoria non può ritenersi né un'indebita intimidazione nei confronti dell'esercizio della professione giornalistica, né una misura incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero.

Tali casi di eccezionale gravità vengono ravvisati dalla Corte non solo nelle ipotesi dei discorsi d'odio e di istigazione alla violenza, su cui si è soffermata in particolare la giurisprudenza della Corte EDU, ma anche, a titolo esemplificativo, nelle «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi».

Pertanto, il potere discrezionale che la disposizione attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione e multa deve essere esercitato tenendo conto, oltre ai criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 c.p., **dell'interpretazione costituzionalmente conforme fornita dalla Corte, potendo il giudice «optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata».**

In chiusura, la Corte rivolge un **nuovo monito al legislatore, ribadendo la necessità**, già sottolineata nell'ordinanza n. 132 del 2020, **di una complessiva riforma della disciplina vigente in materia**, allo scopo di «individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività».

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 157 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Emanuela Navarretta
decisione del 10 giugno 2021, deposito del 20 luglio 2021
comunicato stampa del [20 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanzenn. [142](#) e [143 del 2020](#)

parole chiave:

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO – STRANIERI – CITTADINI DI STATI NON
APPARTENENTI ALL'UNIONE EUROPEA – CERTIFICAZIONE DEI REDDITI PRODOTTI
ALL'ESTERO – DICHIARAZIONI SOSTITUTIVE

disposizioni impugnate:

- art. 79, comma 2, del [decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24, 113 e 117, primo comma, della [Costituzione](#);
- art. 47 della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#)

dispositivo:

illegittimità costituzionale parziale

La Corte costituzionale, interpellata da due ordinanze di rimessione del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, identiche nella motivazione, ha ritenuto irragionevole e contrastante con l'effettività del diritto di difesa che i **cittadini di un Paese non aderente all'Unione europea** non abbiano diritto al **patrocinio a spese dello Stato** soltanto per il fatto di trovarsi nell'impossibilità di produrre la richiesta **certificazione dell'autorità consolare** per i redditi prodotti all'estero: ha dunque accolto le questioni che erano state sollevate con riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dichiarando illegittima la normativa impugnata – articolo 79, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)» – nella parte in cui non consente al cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea, **in caso di impossibilità** a presentare la documentazione richiesta, di dimostrare di aver fatto tutto il possibile, in base a correttezza e diligenza, per ottenere tale documentazione, e quindi di produrre una **dichiarazione sostitutiva**.

L'incidente di costituzionalità era sorto nell'ambito di un procedimento nel quale due cittadini di nazionalità indiana, che avevano proposto opposizione al provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per lavoro stagionale, si erano visti rigettare l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato perché l'Ambasciata e il Consolato indiano in Italia non avevano dato riscontro alla loro richiesta

di certificare la mancanza di redditi all'estero. Con la sua decisione, **la Corte ha uniformato, sotto il profilo della certificazione dei redditi prodotti all'estero, la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato nei processi civile, amministrativo, contabile e tributario a quanto già previsto per il processo penale**, avendo escluso che vi sia, quanto all'aspetto considerato, una valida ragione per differenziarli.

Quanto alla motivazione, dopo avere osservato che la norma censurata si inquadra nell'ambito della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato, la Corte richiama dapprima i capisaldi della propria giurisprudenza in materia, ricordando, in particolare, come tale istituto sia finalizzato a dare attuazione alla previsione costituzionale secondo cui devono essere assicurati «ai non abbienti [...] i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (art. 24, terzo comma, Cost.) assicurando **l'effettività del diritto ad agire e a difendersi ingiudizio, da annoverarsi fra i diritti inviolabili dell'uomo riconducibili all'art. 2 Cost. e come tali riconosciuti a tutti, compresi i non cittadini**.

Ciò premesso, viene osservato, «innanzitutto, che l'art. 79, comma 2, t.u. spese di giustizia palesa rilevanti distonie, posto che, avvalendosi del mero criterio della cittadinanza, richiede, stando alla sua lettera, la certificazione dell'autorità consolare competente per i redditi prodotti all'estero solo ai cittadini di Stati non aderenti all'Unione europea e non anche a quelli italiani o ai cittadini europei, che pure possano aver prodotto redditi in Paesi terzi rispetto all'Unione europea»; e posto ancora che, «al contempo, la medesima disposizione sembrapretendere dai cittadini degli Stati non aderenti all'Unione europea la certificazione consolare per qualsivoglia reddito prodotto all'estero, compresi quelli realizzati in Paesi dell'Unione». In ogni caso, per i giudici della Consulta, «anche a voler prescindere da tali anomalie, non può tacersi la **manifesta irragionevolezza che deriva dalla mancata previsione, nell'art. 79, comma 2, t.u. spese di giustizia, per i processi civile, amministrativo, contabile e tributario, di un meccanismo che – come, viceversa, stabilisce per il processo penale l'art. 94, comma 2, t.u. spese di giustizia – consenta di reagire alla mancata collaborazione dell'autorità consolare**, così bilanciando la necessità di richiedere un più rigoroso accertamento dei redditi prodotti in Paesi non aderenti all'Unione europea, per i quali è più complesso accertare la veridicità di quanto dichiarato dall'istante, con l'esigenza di non addebitare al medesimo richiedente anche il rischio dell'impossibilità di procurarsi la specifica certificazione richiesta». In generale, «la distinzione tra processo penale e altri processi (civile, amministrativo, contabile e tributario) può giustificare [...] che vengano ritenute non irragionevoli, se correlate alle diverse caratteristiche e implicazioni dei vari processi, talune differenziazioni nella disciplina del patrocinio a spese dello Stato»; e «tuttavia, tale dicotomia non può in alcun modo legittimare, rispetto ai parametri costituzionali invocati, la mancata previsione di un correttivo, nell'art. 79, comma 2, t.u. spese di giustizia, che permetta di superare l'ostacolo creato dalla condotta omissiva, o in generale non collaborativa, dell'autorità consolare».

In definitiva, **la disposizione impugnata, «in contrasto con la ragionevolezza e con il principio di autoreponsabilità, inficia la possibilità di un accesso effettivo alla tutela giurisdizionale**, facendo gravare sullo straniero proveniente da un Paese non aderente all'Unione europea il rischio dell'impossibilità di produrre la sola documentazione ritenuta necessaria, a pena di inammissibilità, per comprovare i redditi prodotti all'estero». Mentre la stessa Corte ha anche di recente ribadito, relativamente alla documentazione necessaria ad accedere ai benefici dell'edilizia residenziale pubblica, che non possono «gravare sul richiedente le conseguenze del ritardo o delle difficoltà nell'acquisire la documentazione in parola, ciò che la renderebbe costituzionalmente illegittima in quanto irragionevolmente discriminatoria» (così secondo la sentenza n. 9 del 2021, esplicitamente richiamata). Pertanto, «contrasta con gli artt. 3, 24 e 113 Cost. una previsione, come quella della norma censurata, che fa gravare sull'istante il rischio della impossibilità di produrre una specifica prova documentale richiesta per ottenere il godimento del patrocinio a spese dello Stato; essa, infatti, impedisce – a chi è in una condizione di non abbienza – l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente **sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale**».

Una decisione additiva, quale quella pronunciata, si rende in particolare necessaria per «evit[are] il contrasto con il **principio di autoreponsabilità**, tramite l'aggiunta di una previsione che già trova riscontro nella disciplina dettata dall'art. 94, comma 2, t.u. spese di giustizia, per il processo penale»:

infatti, «tale principio, che implica quale corollario quello secondo cui *ad impossibilia nemo tenetur*, non solo esclude che si possa far gravare sull'istante il rischio dell'impossibilità di procurarsi la documentazione consolare, ma oltretutto impedisce di pretendere la *probatio* spesso *diabolica* del fatto oggettivo costitutivo di un'impossibilità in termini assoluti».

Pietro Masala



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 164 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Augusto Barbera
decisione del 23 giugno 2021, deposito del 22 luglio 2021
comunicato stampa del [22 luglio 2021](#)

Giudizio per conflitto di attribuzione tra enti

atto di promovimento: [ricorso n. 1 del 2020](#)

parole chiave:

TUTELA DEL PAESAGGIO – TUTELA DELL’AMBIENTE – PIANO PAESAGGISTICO –
BENE PAESAGGISTICO – DICHIARAZIONE DI NOTEVOLE INTERESSE PUBBLICO –
GOVERNO DEL TERRITORIO – RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE – PRINCIPIO
DI LEALE COLLABORAZIONE

oggetto del conflitto:

- [decreto del direttore generale della direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo del 5 dicembre 2019, n. 1676](#)

parametri del conflitto:

- artt. 117, terzo e quarto comma, e 118 della [Costituzione](#);
- principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni

dispositivo:

infondatezza

La Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sul conflitto di attribuzione promosso dalla Regione Veneto nei confronti dello Stato, in relazione al decreto del Direttore generale della direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo del 5 dicembre 2019, n. 1676, recante «Dichiarazione di notevole interesse pubblico dell’area alpina compresa tra il Comelico e la Val d’Ansiei, Comuni di Auronzo di Cadore, Danta di Cadore, Santo Stefano di Cadore, San Pietro di Cadore, San Nicolò di Comelico e Comelico Superiore».

Con tale atto, adottato ai sensi dell’art. 138, comma 3, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e del paesaggio), **il Ministero ha dichiarato il notevole interesse pubblico di un’area del territorio veneto**, reputata «bellezza panoramica» «avente valore estetico e tradizionale», in base all’art. 136 del medesimo codice, **provvedendo contemporaneamente a dettare**, nella relazione allegata al decreto, **le prescrizioni concernenti le componenti morfologiche del paesaggio ed i limiti ai quali soggiacciono gli interventi ammissibili su tale territorio.**

La Corte, in primo luogo, dichiara inammissibili alcuni profili del conflitto, in parte perché non ricompresi nella delibera con cui la Giunta regionale ha autorizzato la proposizione del ricorso; in parte per la mancata deduzione di una menomazione delle proprie attribuzioni costituzionali; in parte, infine, per l'assoluta estraneità delle censure alla sfera di competenze costituzionali della Regione. Peraltro, la Corte dichiara inammissibile anche l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 140, comma 2, del codice dei beni culturali, dal momento che, sulla scorta del proprio consolidato orientamento giurisprudenziale, in sede di conflitto di attribuzione tra enti non è consentito sollevare questioni di costituzionalità relative alla disciplina primaria di cui l'atto oggetto di conflitto è applicativo, pena l'aggiramento dei termini tassativamente fissati dall'art. 127 Cost. per la promozione dei giudizi di legittimità costituzionale in via principale.

Per il resto, il ricorso è ritenuto ammissibile, nella parte in cui la Regione assume che «le proprie competenze costituzionali in tema di valorizzazione dei beni culturali e ambientali e di governo del territorio siano state menomate, in spregio alla leale collaborazione, a causa dell'esercizio di una competenza statale con carenza di potere in concreto».

Passando al merito, l'argomentazione della Corte prende le mosse da un postulato ormai consolidato all'interno della propria giurisprudenza in tema di competenze costituzionali attinenti ai beni paesaggistici, secondo il quale **«[l]a tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato [ex art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.], precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali».**

Da tale assunto principale, la Corte fa discendere una serie di corollari, alla luce dei quali essa procede a risolvere la questione controversa nel senso della infondatezza del ricorso.

Il primo corollario che ne deriva è quello sulla base del quale il conferimento allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e, con essa, della potestà di individuare il livello di governo più idoneo ad esercitare le relative funzioni amministrative, rende **pienamente coerente con il disegno costituzionale la previsione di cui all' 138, comma 3, del codice dei beni culturali, secondo cui l'autorità statale può «autonomamente rinvenire in un bene le caratteristiche che lo rendono meritevole di tutela, anche se la Regione nel cui territorio il bene si trova dovesse essere di contrario avviso».**

La legislazione statale vigente, peraltro, prevede il coinvolgimento delle Regioni nella funzione amministrativa di identificazione dei beni degni di tutela attraverso diversi strumenti giuridici, tra i quali rileva, in particolare, **l'elaborazione congiunta del piano paesaggistico regionale, il quale non riveste solo una funzione di pianificazione necessariamente ricognitiva degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico dallo Stato, bensì anche una funzione eventualmente dichiarativa di nuovi vincoli, secondo una «logica incrementale delle tutele che è del tutto conforme al carattere primario del bene ambientale».**

In conformità con il riparto di competenze in materia, tuttavia, il contributo della Regione all'interno di tale procedimento può operare solo «per addizione, e mai per sottrazione, nel senso che la competenza regionale può essere spesa al solo fine di arricchire il catalogo dei beni paesaggistici, in virtù della conoscenza che ne abbia l'autorità più vicina al territorio ove essi sorgono, e non già di alleggerirlo in forza di considerazioni confliggenti con quelle assunte dallo Stato, o comunque mosse dalla volontà di affermare la prevalenza di interessi opposti, facenti capo all'autonomia regionale, come accade nel settore del governo del territorio». **Il piano paesaggistico regionale, di conseguenza, «è tenuto a recepire le scelte di tutela paesaggistica, senza capacità di alterarle neppur sul piano delle prescrizioni d'uso», pena il rischio di degradare «la tutela paesaggistica – che è prevalente – in una tutela meramente urbanistica».**

Il secondo corollario rinvenuto dalla Corte, inoltre, è rappresentato dalla **necessaria «“prevalenza” assiomatica della tutela dell'ambiente sugli interessi urbanistico-edilizi»,** quando la dichiarazione di notevole interesse pubblico sia stata legittimamente adottata con riferimento alle categorie di beni

elencate dall'art. 136 del codice dei beni culturali. Pertanto, **la Regione non può «opporre alla scelta di tutela conservativa compiuta dallo Stato l'esigenza di alterare il bene paesaggistico nell'ottica dello sviluppo del territorio e dell'incentivo alle attività economiche che vi si svolgono».**

Di conseguenza, prosegue la Corte, «è del tutto connaturato alla finalità di conservazione del paesaggio che la dichiarazione di notevole interesse pubblico non si limiti a rilevare il valore paesaggistico di un bene, ma si accompagni a prescrizioni intese a regolamentarne l'uso», come avvenuto nel caso di specie, senza che ciò si traduca in una sovrapposizione della dichiarazione statale alla disciplina urbanistica ed edilizia di competenza regionale e locale, trattandosi, piuttosto, di una necessaria specificazione circa l'*an* e il *quomodo* in cui quest'ultima può esercitarsi in forma compatibile con la vocazione alla conservazione del pregio paesaggistico propria dell'area vincolata.

Alla luce di tali considerazioni, **la Corte conclude dichiarando che spettava allo Stato e per esso al Direttore generale della direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, adottare il decreto oggetto di conflitto, «poiché esso corrisponde all'esercizio di un'attribuzione costituzionale declinata dalla legge con l'art. 138, comma 3, cod. beni culturali, insuscettibile, nel caso concreto, di pregiudicare le competenze della Regione Veneto in tema di valorizzazione dei beni culturali e di governo del territorio».**

Da ultimo, la Corte respinge anche l'obiezione regionale a tale conclusione, fondata sulla pretesa violazione del principio di leale collaborazione, in quanto alla data di adozione del decreto oggetto di conflitto era ancora in corso il procedimento per approvare congiuntamente il piano paesaggistico regionale. La Corte, infatti, richiamando ancora la ricordata logica incrementale della tutela paesaggistica, ribadisce che il piano, essendo tenuto a recepire i vincoli paesaggistici già formati o al massimo a introdurne di nuovi, non avrebbe mai potuto contraddire le scelte di tutela già compiute a monte dai competenti organi statali.

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 168 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Luca Antonini

decisione del 24 giugno 2021, deposito del 23 luglio 2021

comunicato stampa del [23 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atti di promovimento: ricorsi [n. 105 del 2020](#) e [9 del 2021](#)

parole chiave:

SANITÀ PUBBLICA – SERVIZIO SANITARIO REGIONALE – POTERE SOSTITUTIVO –
COMMISSARIO *AD ACTA* – AUTONOMIA REGIONALE – RIPARTO DI COMPETENZE
LEGISLATIVE – PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA – CONTRIBUTO DI SOLIDARIETÀ

disposizioni impugnate:

- Artt. 1, 2, 3, 6 e 7 del [decreto-legge 10 novembre 2020, n. 150](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 30 dicembre 2020, n. 181](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 5, 32, 81, 97, 117, 118, 119, 120, 121 e 136 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità; non fondatezza; accoglimento

Su impulso di due distinti ricorsi della Regione Calabria, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 168 del 2021, ha affrontato una serie di complesse questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto **la disciplina in tema di commissariamento del servizio sanitario regionale calabrese** recata dal decreto-legge 10 novembre 2020, n. 150, non oggetto di modifiche sostanziali in sede di conversione ad opera della legge 30 dicembre 2020, n. 181.

Dopo aver dichiarato inammissibili o infondate la maggior parte delle censure regionali, l'attenzione della Corte si concentra sulle **questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 150**, secondo cui «[l]a regione Calabria mette a disposizione del Commissario ad acta il personale, gli uffici e i mezzi necessari all'espletamento dell'incarico, ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Il contingente minimo di personale messo a disposizione dalla regione Calabria è costituito da 25 unità di personale dotato di adeguata esperienza professionale, appartenente ai ruoli regionali in posizione di distacco obbligatorio o da acquisire tramite interpello, in posizione di comando, ai sensi dell'articolo 17, comma 14, della legge 15 maggio 1997, n. 127, da enti pubblici regionali e da enti del servizio sanitario regionale». Secondo la difesa regionale, tale disposizione violerebbe gli artt. 5, 117, terzo e quarto comma,

120 e 121 Cost., nonché il principio di leale collaborazione, in quanto avrebbe realizzato un'ingiustificata contrazione delle competenze regionali nelle materie «organizzazione degli uffici», «tutela della salute» e «coordinamento della finanza pubblica», peraltro tramite un intervento legislativo unilaterale, adottato senza alcun coinvolgimento della Regione interessata. Inoltre, essa produrrebbe anche degli effetti incerti e privi di copertura finanziaria sul bilancio regionale, ponendosi così in contrasto con gli artt. 81 e 119 Cost.

Per giungere alla corretta risoluzione di tali questioni, il giudice delle leggi reputa opportuno partire da un **inquadramento dell'istituto del potere sostitutivo di cui all'art. 120, secondo comma, Cost.**, come delineato a seguito della revisione costituzionale del 2001. Con tale riforma, ricorda la Corte, agli enti territoriali è stata riconosciuta una maggiore autonomia «nell'ambito di una prospettiva generativa», sulla base della quale, «promuovendo processi di integrazione fra i vari livelli istituzionali e civili, gli enti territoriali avrebbero consentito una migliore attuazione, rispetto all'assetto precedente, dei valori costituzionali». Tuttavia, il riconoscimento del valore delle autonomie territoriali non poteva e non può prescindere dalla prova concreta della realizzazione di determinati interessi essenziali, come è dimostrato, tra l'altro, proprio dalla previsione del potere sostitutivo *ex* art. 120 Cost. che, di fronte a una «crisi» dell'autonomia regionale nella realizzazione di quegli interessi, permette l'intervento in via sostitutiva del potere statale, giustificato dalla finalità di garantire le esigenze unitarie della Repubblica e caratterizzato da necessaria temporaneità e cedevolezza. «In tale delicato ruolo», aggiunge la Corte, «lo Stato non può mancare di raggiungere l'effetto utile ed è tenuto ad impegnare, se del caso, le proprie migliori energie e anche adeguate risorse finanziarie».

Ebbene, tali requisiti costituzionali, che devono necessariamente accompagnare l'intervento sostitutivo, non sono rispettati da parte della norma impugnata, dal momento che essa «stabilisce una misura che si dimostra irragionevole per la sua inadeguatezza alla situazione nella quale deve intervenire, segnata dal più che decennale commissariamento della sanità della Regione Calabria».

Per dimostrare tale assunto, la Corte muove dalla ricostruzione del contesto in cui tale disposizione si inserisce, caratterizzato dall'assoluta unicità sia della gravissima crisi del servizio sanitario calabrese, che del suo commissariamento, che si protrae dal 2014, passando per due decreti-legge recanti specifiche discipline per la prosecuzione della gestione commissariale, ma che ha portato a risultati decisamente modesti ove si pensi che, «in dieci anni, il disavanzo cristallizzato nel piano di rientro si è ridotto – in termini assoluti – di pochissimo, passando da 104,304 mln di euro iniziali a € 98,013 mln a fine 2019», come attestato dalla sezione regionale di controllo per la Calabria della Corte dei conti. A fronte di tale difficile quadro, **la norma impugnata detta una disciplina irragionevole e non proporzionata, in quanto riversa in modo insostenibile l'impegnativa azione di risanamento sulle spalle del solo commissario *ad acta* il quale, invece, confrontandosi «con una pubblica amministrazione territoriale che risulta gravemente inadempiente sotto molteplici profili», dovrebbe necessariamente essere «assistito da una struttura amministrativa all'altezza del delicatissimo compito che si trova a svolgere».** La norma censurata ha identificato tale struttura in prevalenza nei dipendenti della stessa amministrazione regionale (attraverso l'indicazione di un minimo di venticinque unità di personale regionale), con una scelta che ha condotto, all'esito di una deleteria conflittualità tra gli organi regionali e quelli commissariali, alla situazione paradossale per cui, a distanza di quasi otto mesi dall'entrata in vigore del d.l. n. 150 del 2020, il commissario *ad acta* ancora non dispone di un'adeguata struttura di supporto.

In una situazione di estrema difficoltà come quella ricostruita dalla Corte, dunque, **il potere sostitutivo «non può essere certo attuato attraverso il mero avvicendamento del vertice, senza considerare l'inefficienza dell'intera struttura sulla quale tale vertice è chiamato a operare in nome dello Stato; si rischia altrimenti di produrre, a causa dell'impotenza cui si destina il commissario, un effetto moltiplicatore di diseguaglianze e privazioni in una Regione che già sconta condizioni di sanità diseguale».** L'effetto utile dell'esercizio del potere sostitutivo, pertanto, avrebbe potuto essere perseguito solo attraverso un intervento che comportasse «una prevalente sostituzione della struttura inefficiente con personale esterno altamente qualificato fornito direttamente dallo Stato», con onere

finanziario a carico della stessa autorità centrale, in modo da evitare anche ogni possibile condizionamento ambientale.

La mancata previsione di un meccanismo di tal fatta evidenzia **l'irragionevolezza e l'incongruità della norma impugnata, la quale, finendo «per far dipendere l'ottenimento del contingente di supporto – e quindi, in definitiva, l'effettività del potere sostitutivo esercitato dal commissario ad acta – proprio dal comportamento della Regione», delinea un meccanismo normativo del tutto inadeguato a realizzarne gli scopi.**

Da tali argomentazioni, deriva **l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, secondo periodo, del d.l. n. 150 del 2020, come convertito, per violazione dell'art. 120, secondo comma, Cost.**

Inoltre, **la medesima disposizione viene dichiarata incostituzionale dalla Corte anche «nella parte in cui non prevede che al prevalente fabbisogno della struttura commissariale provveda direttamente lo Stato e nella parte in cui, nell'imporre alla Regione di mettere a disposizione del commissario ad acta un contingente di venticinque unità di personale, stabilisce che tale entità costituisce un dato «minimo» anziché «massimo»».**

Secondo la Corte, infatti, venuta meno, per le ragioni sopra evidenziate, la funzione propria del potere sostitutivo «a causa dell'inadeguatezza del personale regionale a fornire un esaustivo supporto all'azione del commissario», la norma impugnata mostra un ulteriore difetto di proporzionalità, nel momento in cui «obbliga la Regione a mettere a disposizione dello stesso commissario un contingente «minimo» di personale di almeno venticinque unità, quando invece il suddetto supporto necessita, come detto, di essere congruamente garantito da personale statale».

In tal modo, **essa finisce per imporre alla Regione «un onere organizzativo e finanziario indeterminato e ingiustificato, determinando un'illegittima interferenza con la competenza regionale residuale in materia di organizzazione degli uffici, con il principio dell'equilibrio di bilancio regionale e, infine, con l'autonomia finanziaria dell'ente nell'allocazione delle spese».**

Infine, **la Corte accoglie anche l'ulteriore questione relativa all'articolo 6, comma 2, del d.l. n. 150 del 2020, «nella parte in cui non prevede, per l'assegnazione del contributo triennale di solidarietà di sessanta milioni di euro, in alternativa al piano di rientro presentato dal Commissario per il periodo 2022-2023, l'approvazione di un nuovo piano di rientro presentato dalla Regione».**

L'erogazione del contributo di solidarietà, infatti, è resa possibile dalla norma unicamente in forza della presentazione e approvazione del programma operativo di prosecuzione del piano di rientro per il periodo 2022-2023 da parte del commissario *ad acta*, escludendo implicitamente l'erogazione del contributo nell'ipotesi, prevista dalla legislazione in materia all'art. 2, comma 88, secondo e terzo periodo, della legge n. 191 del 2009, con cui si fa salva la possibilità per la Regione di presentare un nuovo piano di rientro che, qualora riconosciuto idoneo dal Consiglio dei ministri, «garantirebbe in egual modo, ma in una forma più rispettosa dell'autonomia regionale, la destinazione del contributo finanziario alle stesse finalità avute di mira dal legislatore statale attraverso la previsione di un contributo di solidarietà». **Tale previsione, dunque, costringendo l'autonomia regionale, ai fini della percezione del contributo di solidarietà, al solo proseguimento della soggezione al potere sostitutivo statale fino a tutto il 2023, appare agli occhi della Corte irragionevole e lesiva delle competenze regionali in tema di «tutela della salute» e «coordinamento della finanza pubblica», nonché dell'equilibrio di bilancio di cui all'art. 97, primo comma, Cost.**

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

[Sentenza n. 174 del 2021](#)

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Augusto Barbera
decisione del 7 luglio 2021, deposito del 26 luglio 2021
comunicato stampa del [26 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 16 del 2021](#)

parole chiave:

DELEGA LEGISLATIVA – ECCESSO DI DELEGA – PENA – OBBLIGHI DELL'ARMAIOLO
– SICUREZZA PUBBLICA – TRATTAMENTO SANZIONATORIO – ATTUAZIONE DI
DIRETTIVE UE

disposizione impugnata:

- Art. 3, comma 1, lett. d), del [decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 204](#)

disposizione parametro:

- art. 76 della [Costituzione](#)

dispositivo:

non fondatezza

Il Tribunale ordinario di Savona ha sollevato, in riferimento all'art. 76 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'**art. 3, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 26 ottobre 2010, n. 204, nella parte in cui** – nel riformulare l'art. 35 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza) – **prevede al comma 8 la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e dell'ammenda da 4.000 euro a 20.000 euro per la contravvenzione inerente la violazione degli obblighi posti a carico dell'armaiolo dai commi da 1 a 5 dello stesso art. 35 TULPS**, in precedenza sanzionata al comma 6 con la pena dell'arresto da tre mesi a un anno e dell'ammenda non inferiore a lire cinquantamila.

Secondo il giudice *a quo*, tale previsione violerebbe indirettamente l'art. 76 Cost., in quanto si porrebbe in contrasto diretto con i principi e i criteri direttivi dettati dagli artt. 2, comma 1, lettera c), e 36, comma 1, lettera n), della legge di delegazione 7 luglio 2009, n. 88, i quali avrebbero consentito la sola introduzione di nuove ipotesi di reato e non già la modifica di sanzioni penali relative a incriminazioni già esistenti.

Le censure del giudice rimettente, tuttavia, non vengono accolte dalla Corte costituzionale.

A mo' di premessa alla propria argomentazione, la Corte richiama la sua consolidata giurisprudenza in tema di delegazione legislativa, al fine di ricordare come **la discrezionalità di cui gode il legislatore delegato nel dare attuazione ai principi e criteri direttivi fissati nella legge di delega possa essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità di quelli** e che, pertanto, al fine di valutare se il legislatore delegato sia fuoriuscito da tali margini di discrezionalità, occorre prima individuare la *ratio* della delega stessa. Al contempo, **«il contenuto della delega e dei relativi principi e criteri direttivi deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano, tenendo conto che i principi posti dal legislatore delegante costituiscono non solo la base e il limite delle norme delegate, ma strumenti per l'interpretazione della loro portata»**.

Nel caso di specie, la legge di delega n. 88 del 2009 conteneva sia dei criteri direttivi generali, cui il legislatore delegato doveva conformarsi nel dare attuazione a diverse direttive dell'Unione europea, sia dei criteri specifici, relativi al recepimento della direttiva 2008/51/CE, che modifica la direttiva 91/477/CEE relativa al controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi.

In particolare, **il criterio specifico di cui all'art. 36, comma 1, lettera n)**, stabilisce che il legislatore delegato è tenuto a «prevedere l'introduzione di sanzioni penali, nei limiti di pena di cui alla legge 2 ottobre 1967, n. 895 ed alla legge 18 aprile 1975, n. 110, per le infrazioni alle disposizioni della legislazione nazionale di attuazione della direttiva 2008/51/CE». Con riguardo a tale previsione, **la Corte ritiene errata l'interpretazione fornita dal giudice a quo e posta alla base delle proprie censure, secondo cui il riferimento alla «introduzione di sanzioni penali» escluderebbe la possibilità di incidere su quelle già esistenti**. Con tale inciso, infatti, deve evidentemente intendersi la previsione di sanzioni in relazione sia a fattispecie previgenti, eventualmente modificate anche nel precetto, sia a ipotesi di reato inserite *ex novo* dal legislatore delegato. **L'esclusione della prima ipotesi, invece, si porrebbe in contrasto non solo con il tenore letterale dell'inciso stesso, ma anche con la ratio della legge di delega, rappresentata dal recepimento delle prescrizioni contenute nella direttiva 2008/51/CE e dalla finalità di conseguire il grado più elevato possibile di ottemperanza alle medesime, anche attraverso l'inasprimento delle sanzioni penali relative a fattispecie incriminatrici preesistenti**, come confermato dal parere favorevole espresso sullo schema di decreto legislativo da parte della competente Commissione parlamentare e come espressamente previsto dall'art. 16 della direttiva 91/477/CEE.

Pertanto, il criterio di cui all'art. 36, comma 1, lettera n), non precludeva affatto al legislatore delegato l'intervento con cui esso ha proceduto alla riformulazione dell'art. 35 TULPS, ampliando l'area penalmente rilevante con la contestuale estensione dei soggetti attivi del reato (ricondotti alla nozione unitaria di armaio) e la previsione di obblighi aggiuntivi a carico dei medesimi, e con cui ha aggravato – proprio al fine di assicurare l'osservanza di tali obblighi – il precedente trattamento sanzionatorio mediante l'individuazione di una sanzione ritenuta più efficace, proporzionata e dissuasiva.

Inoltre, **tale intervento non costituisce violazione neanche dei criteri direttivi generali di cui all'art. 2, comma 1, lettera c), della legge di delegazione**. Anche in tal caso, infatti, **la Corte respinge l'interpretazione data dal giudice remittente, secondo cui l'inciso «al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti» avrebbe dovuto intendersi nel senso che tali norme fossero tutte intangibili con preclusione per il legislatore delegato di incidere sulla legislazione esistente**. Tale interpretazione, infatti, sarebbe incongrua, poiché la delega conferita per l'attuazione di direttive comunitarie comporta necessariamente «il potere-dovere del Governo di dettare discipline sostanziali suscettibili di integrarsi con la normativa preesistente nella materia, innovandola anche profondamente ove ciò fosse richiesto dalle esigenze di attuazione delle norme comunitarie». La clausola in questione deve quindi interpretarsi «in senso più restrittivo, come intesa a precludere al Governo la possibilità di incidere [...] sulla disciplina penale più generale, di fonte codicistica o comunque afferente ad ambiti e ad interessi che, per quanto implicati anche nella nuova normativa, in essa non si esauriscano».

In conclusione, **la Corte ritiene che il legislatore delegato «non abbia travalicato i fisiologici margini di discrezionalità impliciti in qualsiasi legge di delegazione, essendosi mantenuto entro il perimetro sancito dal legittimo esercizio delle valutazioni che gli competono nella fase di**

attuazione della delega, “nel rispetto della ratio di quest’ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale”» e, pertanto, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale ordinario di Savona.

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 178 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato

decisione del 6 luglio 2021, deposito del 30 luglio 2021

comunicato stampa del [30 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 120 del 2020](#)

parole chiave:

COMUNICAZIONE INTERDITTIVA ANTIMAFIA – AUTOMATISMI LEGISLATIVI –
MISURE DI PREVENZIONE – TRUFFA AGGRAVATA PER IL CONSEGUIMENTO DI
EROGAZIONI PUBBLICHE – TRUFFA A DANNO DELLO STATO – PRINCIPIO DI
RAGIONEVOLEZZA – LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA

disposizione impugnata:

- Art. 24, comma 1, lettera d), del [decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113](#), convertito, con modificazioni, in [legge 1° dicembre 2018, n. 132](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25, 27, 38 e 41 della [Costituzione](#);
- artt 6 e 7 della [Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali \(CEDU\)](#)

dispositivo:

accoglimento; illegittimità costituzionale consequenziale; manifesta inammissibilità

Con la sentenza n. 178 del 2021, la Corte costituzionale ha accolto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 1, lettera d), del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, in legge 1° dicembre 2018, n. 132, sollevate con ordinanza del 26 maggio 2020 dal Tribunale amministrativo regionale per il Friuli-Venezia Giulia.

Con la disposizione censurata, il legislatore ha modificato l'art. 67, comma 8, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia), inserendo anche il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-bis c.p. tra i reati dalla cui condanna con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, consegue l'applicazione delle misure interdittive di cui ai commi 1, 2 e 4 del medesimo articolo. Il riferimento normativo è all'applicazione della c.d. comunicazione interdittiva antimafia, provvedimento di natura cautelare e preventiva che determina una particolare forma d'incapacità del destinatario, in riferimento ai rapporti giuridici con la pubblica amministrazione. Più precisamente, la comunicazione interdittiva antimafia consiste, ai sensi dell'art. 84, comma 2, codice antimafia, in una

attestazione circa la sussistenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui al precedente art. 67, il quale stabilisce che l'applicazione in via definitiva di una delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia implica la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti.

Ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 67, inoltre, gli effetti interdittivi della comunicazione antimafia conseguono anche alle condanne definitive o non definitive, purché confermate in grado di appello, per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., tutti caratterizzati da una particolare valenza nel contrasto al fenomeno mafioso, tanto che essi vengono richiamati dall'art. 102 del codice antimafia allo scopo di determinare, per la trattazione dei procedimenti ad essi relativi, l'attribuzione delle funzioni di pubblico ministero ai magistrati addetti alla direzione distrettuale antimafia. In queste ipotesi, dunque, l'interdittiva antimafia, sebbene derivi da una condanna, «prescinde da una valutazione di specifica pericolosità del soggetto (che è invece alla base dell'applicazione di una misura di prevenzione), ma, allo scopo di prevenire l'infiltrazione mafiosa, genera l'incapacità giuridica sopra ricordata».

È in questo contesto che si inserisce la scelta del legislatore del 2018 di inserire anche i reati di cui all'art. 640, secondo comma, numero 1), c.p. (truffa commessa a danno dello Stato o di un altro ente pubblico) e all'art. 640-*bis* c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) – quest'ultimo oggetto delle censure del Tar Friuli-Venezia Giulia – tra quelli dalla cui condanna deriva in via automatica l'applicazione dell'interdittiva antimafia.

Tuttavia, se tale applicazione risulta chiaramente giustificata dalla gravità dei delitti indicati all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., i quali hanno in gran parte natura associativa oppure presentano una forma di organizzazione di base o comunque richiedono condotte plurime, oltre a prevedere pene che possono essere anche molto alte, essa risulta, invece, **del tutto irragionevole e sproporzionata nei confronti di chi abbia subito una condanna per il reato di cui all'art. 640-*bis* c.p.**

In questo caso, infatti, si tratta di una **fattispecie delittuosa che non ha natura associativa e non richiede la presenza di un'organizzazione volta alla commissione del reato, ma che ha una dimensione individuale**, può riguardare anche condotte di minore rilievo ed è punita con pene più lievi (ovvero la reclusione da due a sette anni), senza che vi siano tantomeno deroghe al regime processuale ordinario, **non costituendo, di per sé, un indice di appartenenza a un'organizzazione criminale.** «Per tale ragione, farne dipendere con rigida consequenzialità la ricordata incapacità giuridica ad avere rapporti con le pubbliche amministrazioni appare non proporzionato ai caratteri del reato e allo scopo di contrastare le attività della criminalità organizzata [...] e risulta, quindi, contrario al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.», ledendo in modo irragionevole anche la libertà d'iniziativa economica *ex* art. 41 Cost., «sia sul piano patrimoniale, sia della “reputazione” imprenditoriale, specie per chi svolge attività lavorative e professionali in rapporto con la pubblica amministrazione».

Peraltro, la Corte ricorda che il delitto di cui all'art. 640-*bis* c.p. già è considerato quale “reato spia” al fine dell'applicazione nei confronti dell'indiziato di una misura di prevenzione *ex* art. 4, comma 1, lettera i-*bis*), del codice antimafia, mentre gli artt. 32-*ter* e 32-*quater* c.p. consentono di aggiungere alla pena principale per tale delitto anche quella accessoria dell'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, i cui effetti sono in parte sovrapponibili alle conseguenze interdittive di cui all'art. 67, commi 1 e 2, cod. antimafia. Inoltre, a ulteriore conferma di un quadro normativo che già regolava, in misura più ragionevole ed equilibrata, l'esigenza di prevenire l'infiltrazione mafiosa nel tessuto socio-economico con riferimento a tale fattispecie delittuosa, l'essere destinatario dei provvedimenti che per tale delitto dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva, costituisce, ai sensi dell'art. 84, comma 4, lettera a), cod. antimafia, un elemento da cui il prefetto può desumere un tentativo di infiltrazione mafiosa, idoneo a consentire l'adozione di una informazione antimafia interdittiva.

Le ulteriori censure indicate nell'ordinanza di rimessione restano assorbite, con eccezione della questione sollevata in riferimento all'art. 38 Cost., di cui la Corte dichiara, invece, la manifesta inammissibilità, in quanto del tutto immotivata.

Infine, la Corte utilizza lo strumento dell'illegittimità costituzionale consequenziale di cui all'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, al fine di dichiarare l'incostituzionalità dello stesso art. 24 del d.l. n. 113 del 2018 anche nella parte in cui ha inserito all'art. 67, comma 8, del codice antimafia il delitto di truffa commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico (o dell'Unione europea) previsto dall'art. 640, secondo comma, numero 1), c.p.

Tale delitto, infatti, è punito con una pena ancor più leggera (ossia la reclusione da uno a cinque anni) rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art. 640-*bis* c.p., sicché l'affiancamento di tale reato a quelli di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.c. ai fini dell'applicazione automatica della comunicazione interdittiva antimafia, con tutte le gravissime conseguenze che ne conseguono sul piano della libertà di iniziativa economica, risulta una scelta ancora più sproporzionata ed eccessiva di quella riguardante l'art. 640-*bis* c.p.

Alla luce di tali considerazioni, l'art. 24, comma 1, lettera d), del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 è dichiarato incostituzionale dalla Corte nella parte in cui aggiunge all'art. 67, comma 8, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, sia le parole «nonché per i reati di cui all'articolo 640, secondo comma, n. 1), del codice penale, commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico», sia le parole «e all'articolo 640-*bis* del codice penale».

Lorenzo Madau



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 180 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato
decisione del 23 giugno 2021, deposito del 30 luglio 2021
comunicato stampa del [30 luglio 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 191 del 2020](#)

parole chiave:

ISTRUZIONE – SCUOLE PARITARIE – PERSONALE DOCENTE – RICOSTRUZIONE DI
CARRIERA – SERVIZIO PRE-RUOLO – LIBERTÀ DI INSEGNAMENTO – PRINCIPIO DI
EGUAGLIANZA

disposizione impugnata:

- Art. 485 del [decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297](#)

disposizione parametro:

- art. 3 della [Costituzione](#)

dispositivo:

non fondatezza

Con ordinanza del 9 novembre 2020, la Corte di appello di Roma, sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 485 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, nella parte in cui, in base all'interpretazione giurisprudenziale assunta come "diritto vivente", esclude il riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, del servizio di insegnamento non di ruolo prestato presso le scuole paritarie, istituite ai sensi della legge 10 marzo 2000, n. 62. Secondo il giudice *a quo*, infatti, tale esclusione determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento rispetto a quanto previsto dalla medesima disposizione con riguardo al servizio anteriore alla nomina in ruolo prestato presso le scuole statali e quelle pareggiate (queste ultime non più esistenti a partire dall'anno scolastico 2006/2007 *ex art. 1-bis* del decreto-legge 5 dicembre 2005, n. 250).

La Corte, innanzitutto, richiama l'ordinanza letta all'udienza pubblica del 23 giugno 2021, con cui sono state dichiarate inammissibili le richieste di intervento di una serie di soggetti, in quanto ritenuti titolari non già di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale, come richiesto dall'art. 4, comma 7, delle Norme integrative e dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, bensì di un interesse meramente «riflesso all'accoglimento della questione, in quanto assoggettato alla disposizione censurata».

Nell'accingersi a risolvere la questione proposita la Corte, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza sollevata dall'Avvocatura dello Stato, riconosce l'effettiva esistenza di un "diritto vivente" – formatosi attraverso una cospicua serie di decisioni della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato – con cui si scontrerebbe inevitabilmente una diversa interpretazione della disposizione, pur condivisa dal giudice *a quo*, che portasse a riconoscere il rilievo del servizio pre-ruolo svolto presso le scuole paritarie. La Corte, infatti, ribadisce il proprio tradizionale indirizzo secondo cui, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* ha la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di costituzionalità, senza che gli si possa addebitare di non aver seguito altra interpretazione più aderente ai parametri costituzionali, sussistendo tale onere solo in assenza di un contrario diritto vivente.

Premesso ciò, **la Corte ritiene infondati tutti i profili di irragionevolezza individuati dal rimettente nel raffronto tra la disciplina della disposizione censurata e quella riservata dalla stessa disposizione sia ai docenti degli istituti scolastici pareggiati che a quelli delle scuole statali.**

Con riguardo al raffronto tra le scuole paritarie e le scuole pareggiate, la Corte evidenzia le significative differenze tra i due rispettivi sistemi di selezione e reclutamento del personale docente, le quali ne impediscono la piena equiparazione.

Da un lato, infatti, le scuole pareggiate dovevano garantire che il numero e il tipo delle cattedre fossero uguali a quelli delle corrispondenti scuole statali e che le stesse cattedre fossero «occupate da personale nominato, secondo norme stabilite con regolamento, in seguito ad apposito pubblico concorso, o che sia risultato vincitore, o abbia conseguito la votazione di almeno sette decimi in identico concorso generale o speciale presso scuole statali o pareggiate o in esami di abilitazione all'insegnamento corrispondente» (art. 356, comma 2, lettera b, del decreto legislativo n. 297 del 1994); dall'altro, **per l'accesso all'insegnamento negli istituti paritari, viceversa, non è stabilita alcuna selezione di carattere concorsuale ed è previsto il solo requisito dell'abilitazione** il quale, peraltro, è stato oggetto nel tempo di numerose deroghe, previste sia da fonti normative (art. 1, commi 4-*bis* e 5, della legge n. 62 del 2000) sia tramite diverse circolari del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Tali essenziali differenze valgono, a maggior ragione, anche nel raffronto tra le scuole paritarie e le scuole statali, per le quali, con riguardo alle modalità di reclutamento, valgono i principi generali per l'accesso ai ruoli dell'amministrazione e, dunque, la necessità di un pubblico concorso *ex art. 97 Cost.*

Per quanto la riforma dell'ordinamento scolastico operata dalla **legge n. 62 del 2000** abbia voluto garantire agli alunni delle scuole paritarie i medesimi standard qualitativi di quelle statali, sia quanto all'offerta didattica sia quanto al valore dei titoli di studio, ciò **non ha portato alla completa equiparazione del rapporto di lavoro dei docenti di tali scuole a quello dei docenti delle scuole statali in regime di pubblico impiego privatizzato.** Nell'assunzione dei docenti della scuola paritaria, infatti, manca la previsione di un'attività procedimentale che regoli la selezione e il reclutamento degli insegnanti attraverso meccanismi assimilabili alle procedure concorsuali, e ciò al precipuo fine di garantire, in conformità all'art. 33, quarto comma, Cost., l'autonomia e la libertà della scuola paritaria e l'esigenza di questa di dotarsi di personale connotato da un'impostazione culturale, didattica ed educativa coerente con il suo orientamento e il suo progetto formativo.

Agli occhi della Corte, inoltre, non contribuisce a diminuire tale scarto neanche il meccanismo delle graduatorie ad esaurimento, di cui alla legge n. 124 del 1999, per l'accesso all'insegnamento nella scuola statale. Se è vero che tale sistema (peraltro reso sempre più marginale nel tempo dal legislatore) permette di prescindere, in misura del 50 per cento delle immissioni in ruolo, dall'espletamento di un pubblico concorso, esso comunque prevede una molteplicità di criteri ai fini dell'accesso, accanto a quello del possesso dell'abilitazione: dalle pregresse esperienze professionali all'anzianità di servizio e agli altri titoli professionali e accademici conseguiti; esso, inoltre, rimane dotato di un «carattere fortemente procedimentalizzato, tale da consentire una verifica anche in sede giudiziale sulla correttezza delle scelte operate dall'amministrazione», che invece manca del tutto con riguardo alla scelta del corpo docente da parte delle scuole paritarie.

Infine, **la Corte esclude anche l'irragionevolezza della disposizione censurata nel raffronto con l'art. 2, comma 2, del decreto-legge n. 255 del 2001**, che consente la valutazione dei servizi d'insegnamento prestati nelle scuole paritarie nella stessa misura prevista per il servizio prestato nelle scuole statali, ma ai soli fini della «[i]ntegrazione a regime delle graduatorie permanenti del personale docente». Tale norma, come riconosciuto dalla costante giurisprudenza civile e amministrativa, riveste carattere eccezionale e deve ritenersi di stretta interpretazione, non potendosi applicare in via analogica anche ai diversi fini della ricostruzione della carriera, della mobilità scolastica e dell'accesso alle procedure concorsuali riservate.

Secondo la Corte, infatti, **sono ancora una volta i decisivi elementi differenziali sussistenti tra il rapporto di lavoro dei docenti delle scuole paritarie e quello dei docenti delle scuole statali a escludere l'irragionevolezza della scelta legislativa volta a limitare l'assimilazione delle due attività soltanto ad alcuni aspetti del rapporto stesso.**

Sulla base di tali argomentazioni, pertanto, **la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 485 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297.**

Lorenzo Madau



Ubi Maior... La Corte costituzionale obbliga il Cancelliere federale a consegnare documenti alla Commissione d'inchiesta Ibiza*

di Andrea De Petris**

La controversia che coinvolge il Cancelliere austriaco Sebastian Kurz (*Österreichische Volkspartei*, ÖVP) continua a tenere banco non solo nelle cronache giudiziarie nazionali, ma anche nelle massime aule di giustizia. Come già ricordato in questa Rivista (v. *Cronache costituzionali dall'estero 1-2021*) Kurz era accusato di aver reso falsa testimonianza in un'audizione davanti ad una Commissione Parlamentare d'Inchiesta istituita dal Consiglio Nazionale, la Camera bassa del Parlamento austriaco, nell'ambito del cd. "Affare Ibiza". La vicenda si riferiva un video uscito nel 2019 in cui Heinz-Christian Strache, all'epoca Vice-cancelliere nel I Governo Kurz nonché Presidente del partito di destra radicale *Freiheitlichen Partei Österreich* (FPÖ), e Johann Gudenus, Capogruppo della FPÖ al Consiglio Nazionale, assicuravano ad una presunta nipote di un oligarca russo l'intenzione di eludere le leggi sul finanziamento dei partiti e di mettere sotto controllo i Media austriaci indipendenti. La pubblicazione del video aveva causato la rottura della coalizione di Governo tra la ÖVP e la FPÖ.

Nelle elezioni anticipate del 29 settembre 2019 l'ÖVP aveva aumentato molto i consensi, portando Kurz a guidare un nuovo Gabinetto (Kurz II) in coalizione con i Verdi, relegando all'opposizione sia la FPÖ che i Socialdemocratici della SPÖ.

Il 4 dicembre 2020 la Corte Costituzionale austriaca (VfGH) aveva ordinato al Ministero della Giustizia di fornire alla Commissione parlamentare d'inchiesta *Ibiza* tutto il materiale relativo al video girato ad Ibiza, mentre il 3 marzo 2021 la Corte Costituzionale aveva imposto al Ministro delle Finanze Gernot Blümel (ÖVP) di consegnare alla Commissione d'inchiesta tutti i file legati all'oggetto delle indagini entro due settimane, ma il Ministero aveva rifiutato di fornire le caselle di posta elettronica del proprio Capo della Gestione degli investimenti, così come la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Docente di Diritto Costituzionale, Università "Giustino Fortunato", Benevento

corrispondenza tra i propri dipendenti e l'attuale Presidente della *Österreichische Beteiligungs AG - ÖBAG* (società di gestione delle partecipazioni della Repubblica austriaca in alcune società quotate in borsa) Thomas Schmid.

I componenti della Commissione d'Inchiesta dei partiti di minoranza SPÖ, FPÖ e NEOS avevano quindi chiesto al Presidente Federale Alexander Van der Bellen di intervenire per dare attuazione alla richiesta della Corte Costituzionale, e la stessa Corte aveva dato mandato a Van der Bellen di attivarsi in tal senso, ricorrendo per la prima volta nella storia della Repubblica Austriaca all'istituto della "Esecuzione - o supervisione - federale" (*Bundesexekution*). Le mail rivelarono palesi contraddizioni nelle testimonianze rilasciate da Kurz alla Commissione Ibiza sulla nomina di Schmid alla presidenza della ÖBAG, ed è su queste contraddizioni che dallo scorso **12 maggio** la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione (*Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft - WKStA*) sta indagando per accertare se vi siano gli estremi per una incriminazione del Cancelliere austriaco e del suo Capo di Gabinetto Bernhard Bonelli.

Il 24 giugno 2020, durante la sua audizione davanti alla Commissione Ibiza, il Cancelliere Kurz aveva ripetutamente sostenuto di non aver influenzato la scelta di Schmid, ma di essere stato solamente informato dell'andamento della selezione. Le mail consegnate alla Commissione d'Inchiesta dopo l'intervento del Presidente Van der Bellen indicavano in realtà un attivo coinvolgimento di Kurz nella vicenda, il quale rassicurava ripetutamente Schmid sulla certezza della sua futura nomina e sulla garanzia che i componenti del CdA di ÖBAG non avrebbero interferito con le sue decisioni.

La vicenda ha avuto un ulteriore seguito quando lo scorso **10 maggio** la Corte costituzionale si è pronunciata su tre ulteriori conflitti sorti tra membri di minoranza della Commissione Ibiza (SPÖ, FPÖ e NEOS) ed un componente del Governo federale obbligato a fornire informazioni alla Commissione.

La Corte costituzionale ha chiarito come fosse obbligatorio nell'occasione sottoporre alla Commissione d'Inchiesta i documenti relativi alle attività dell'unità di staff *Think Austria* (un Think-tank creato nel 2018 dal Cancelliere Kurz) che non fossero già stati presentati, così come le caselle di posta elettronica complete del Cancelliere federale, degli altri membri del Governo nella Cancelleria federale e dei dipendenti più specificamente designati della Cancelleria federale dal periodo sotto inchiesta, compreso tra il 18 dicembre 2017 ed il 10 dicembre 2019. E' stata invece respinta la richiesta di produrre messaggi più specifici presenti sul telefono cellulare del Capo del Governo. I Supremi Giudici austriaci hanno ritenuto nell'occasione che mancassero elementi per giustificare il rifiuto di presentare i documenti di *Think Austria* richiesti, e pertanto, non avendo motivato la sua decisione di non ottemperare alla richiesta, il Cancelliere federale è stato obbligato ad esibire i documenti non ancora presentati.

Ai sensi dell'art. 53 (3) della Costituzione, su richiesta di una Commissione d'Inchiesta "le autorità giudiziarie e tutte le altre autorità sono tenute ad acquisire le informazioni richieste; tutti i pubblici uffici devono, a richiesta, esibire i loro atti". Nel caso specifico, il Cancelliere Federale può rifiutarsi di presentare documenti sostenendo che gli atti in questione non possono essere rilevanti, anche in astratto, rispetto all'oggetto dell'indagine della commissione parlamentare

interessata, ma in tal caso è obbligato a motivare il proprio rifiuto. L'ente tenuto a presentare i documenti deve giustificare le sue resistenze nei confronti della commissione d'inchiesta, al più tardi entro il termine di quattordici giorni dalla richiesta, ai sensi dell'art. 27 (4) del Regolamento procedurale delle Commissioni d'Inchiesta. Poiché il Cancelliere federale ha ottemperato al solo obbligo di comunicazione, ma non ha motivato la propria decisione di non ottemperanza, la Corte costituzionale ha decretato che questi è obbligato a presentare tutti i documenti richiesti dalla minoranza della Commissione Ibiza. Una volta trascorsa la scadenza del termine, la presentazione dei documenti può essere rifiutata solo per un periodo di tempo limitato e sulla base di nuovi fatti emersi con la giustificazione che “la legittima formazione della volontà del Governo federale o di singoli membri del Governo federale o la loro preparazione diretta è per questo compromessa”.

A questo proposito, la deliberazione della Corte Costituzionale del **10 maggio** ([UA 3/2021](#)) sul punto chiarisce che “se l'organo obbligato a presentare [una documentazione, N.d.A.] adempie solamente al suo dovere di comunicazione, ma non giustifica il suo rifiuto di presentare i dossier e i documenti richiesti alla commissione d'inchiesta o lo fa in modo insufficiente, i dossier e i documenti richiesti da un quarto dei membri della commissione d'inchiesta sono considerati come facenti parte dell'oggetto dell'inchiesta, per cui si deve evincere che tutti i dossier e i documenti in questione devono essere presentati alla commissione. Di conseguenza, il Cancelliere federale, in quanto organo obbligato a presentare documenti alla commissione d'inchiesta, non può invocare la mancanza di pertinenza astratta degli archivi e dei documenti richiesti.”

Nel caso in questione, secondo la Corte il Cancelliere federale ha presentato una dichiarazione tardiva ed insufficiente, ed è pertanto obbligato a presentare alla Commissione Ibiza i dossier e i documenti dell'unità di personale *Think Austria* e di altre unità organizzative della Cancelleria federale interessate dalle indagini, qualora tali documenti non siano già stati presentati alla Commissione d'inchiesta.

Anche rispetto alla mancata consegna delle caselle di posta elettronica della Cancelleria federale non è stata fornita alcuna giustificazione: pertanto, anche in questo caso il Capo del Governo è obbligato a presentare le E-Mail complete del Cancelliere federale, degli altri membri del Governo nella Cancelleria federale e dei dipendenti più specificamente designati della Cancelleria federale per il periodo sotto inchiesta entro il termine di quattordici giorni dalla richiesta. Dopo la scadenza del termine, come ricordato, la presentazione può essere rifiutata solo per un periodo limitato e sulla base di nuovi fatti emersi con l'affermazione che “la legittima formazione della volontà del Governo federale o di singoli membri del Governo federale o la loro preparazione diretta è così compromessa”.

Qualora l'organismo obbligato a presentare documenti si rifiuti di farlo, i membri della Commissione d'inchiesta devono essere in grado di capire quali documenti non vengono presentati e per quali motivi. Nella vicenda in esame, il Cancelliere federale ha inoltrato dei documenti alla Commissione d'inchiesta, ma non ha spiegato che tipo di documenti fossero quelli che non sono stati presentati, limitandosi a dichiarare davanti alla Corte costituzionale che le E-

Mail degli ex membri del Governo interessati sono state cancellate quando hanno lasciato l'Esecutivo. La Suprema Corte ha tuttavia ribadito che la circostanza che il Cancelliere Federale non è in grado di adempiere al suo obbligo di produrre ad una commissione d'inchiesta dei materiali richiesti per ragioni di fatto, ciò non modifica in alcun modo il generale obbligo a suo carico di consegnare gli archivi e i documenti sollecitati dai membri della commissione.

A questo riguardo, la Corte Costituzionale specifica nella sua seconda decisione in materia ([UA 4/2021](#)) come anche in questo caso l'organo a cui sia stato richiesto di presentare della documentazione ad una Commissione d'inchiesta che non motivi adeguatamente il suo rifiuto di adempiere non possa invocare la mancanza di pertinenza in astratto dei documenti sollecitati per giustificare il suo diniego. Pertanto, il ricorso dei componenti di minoranza della Commissione Ibiza va accolto perché il Cancelliere federale non ha sufficientemente motivato il suo mancato adempimento.

Infine, con la sua terza decisione sul tema ([UA 5/2021](#)) la Corte costituzionale ha respinto, dichiarandola irricevibile, l'istanza con cui i Deputati di minoranza nella Commissione Ibiza richiedevano la consegna dei messaggi contenuti su un telefono cellulare del Cancelliere federale, perché ritenuta non sufficientemente specifica. Nel caso in questione, si richiedeva alla Corte costituzionale di decretare l'obbligo del Capo del Governo di presentare alla Commissione d'inchiesta i messaggi completi ricevuti su SMS, WhatsApp, iMessage, Telegram o Signal da un suo telefono cellulare intestato al partito ÖVP, nel caso in cui determinate persone, interessate dalle indagini, avessero preso parte allo scambio di messaggi. Nello specifico, la Corte costituzionale era chiamata a dirimere la controversia relativa all'obbligo a carico di un organo istituzionale di fornire informazioni ad una Commissione d'Inchiesta ai sensi dell'art. 138b (1) nr. 4 della Costituzione, che riconosce alla Corte costituzionale la competenza di decidere in merito a “divergenze d'opinione tra una Commissione d'inchiesta del Consiglio nazionale, un quarto dei suoi membri e gli organismi soggetti all'obbligo di informazione, rispetto all'obbligo di fornire informazioni alla Commissione d'inchiesta”. Il concetto di “divergenza di opinioni” (*Meinungsverschiedenheit*) prevede che, prima del ricorso alla Corte costituzionale, vada presentata una richiesta (scritta) da parte di almeno un quarto dei membri della Commissione d'inchiesta di far rispettare l'obbligo di fornire informazioni alla Commissione stessa entro un termine di due settimane, così come stabilito dal citato art. 27 (4) del Regolamento procedurale delle Commissioni d'Inchiesta. Tale istanza definisce l'oggetto di un eventuale procedimento davanti alla Corte Costituzionale, e deve quindi contenere un sufficiente grado di specificità e chiarezza.

Il **4 marzo 2021** i Deputati di minoranza della Commissione Ibiza avevano richiesto al Cancelliere federale di presentare alla Commissione entro una settimana “i messaggi completi di SMS, Whatsapp, iMessage, Telegram o Signal del suo telefono cellulare intestato al partito ÖVP“, *ex art. 25 (2) del Regolamento procedurale delle Commissioni d'Inchiesta*. Già prima della scadenza dei sette giorni previsti per la consegna dei materiali richiesti, il **10 marzo** il Cancelliere federale era stato invitato ad “adempiere al suo obbligo di presentare i seguenti dossier e documenti entro due settimane: [...] la corrispondenza via SMS, WhatsApp, Telegram, Signal, iMessage e simili dei membri del Governo federale con i loro collaboratori di gabinetto o dei

collaboratori di gabinetto con i dipendenti della Cancelleria federale del periodo in esame, indipendentemente dal fatto che siano stati ricevuti direttamente, inoltrati o inviati a loro; [...]”. Infine, il **16 marzo** i Deputati di minoranza della Commissione Ibiza hanno chiesto al Cancelliere federale di adempiere entro due settimane al suo obbligo di presentare i messaggi completi arrivati sul suo cellulare intestato alla ÖVP, a meno che questi non rientrassero già nella richiesta del 4 marzo ai sensi dell’art. 27 (4) del Regolamento procedurale delle Commissioni d’Inchiesta.

La richiesta del 16 marzo 2021, su cui si basa il ricorso alla Corte costituzionale, limita l’obbligo di presentare i dossier e i documenti in essa contenuti a quei messaggi (più specificamente descritti) che sono “già coperti dalla richiesta ai sensi dell’art. 27 (4) del Regolamento procedurale delle Commissioni d’Inchiesta del 4 marzo 2021”. Tuttavia, a seguito di un errore di trascrizione da parte dei richiedenti, la Corte costituzionale ha decretato che una tale richiesta in effetti non risulta, in quanto presso uffici del *Verfassungsgerichtshof* sono registrate soltanto le due istanze *ex art. 25 (2) del 4 marzo* e ed *ex art. 27 (4) del 10 marzo*. Pertanto, la Corte Costituzionale non può verificare se la richiesta rientri nei limiti dell’istanza del **16 marzo** che, secondo i ricorrenti, sarebbe stata inoltrata alla Corte ma che, come detto, alla Corte stessa non risulta. Da questa discrepanza deriva un’indeterminatezza dell’istanza che la rende irricevibile da parte della Corte costituzionale. E’ lecito attendersi che l’istanza venga inoltrata nuovamente alla Corte da parte dei ricorrenti, questa volta facendo maggiore attenzione alle date contenute nella richiesta.

Nel complesso, resta l’obbligo sancito dalla Corte Costituzionale a carico del Cancelliere Kurz di presentare una serie di documenti e materiali richiesti da una parte dei componenti della Commissione d’inchiesta Ibiza, che Sebastian Kurz non può più rifiutarsi di adempiere.

PARLAMENTO

NUMERI RECORD DI SEDUTE E DELIBERAZIONI LEGISLATIVE DEL CONSIGLIO NAZIONALE

La crisi legata al Coronavirus ha lasciato tracce evidenti anche nel bilancio delle attività nella sessione 2020/21 del Consiglio Nazionale, il quale non si è mai riunito così spesso e non ha mai approvato così tante risoluzioni legislative come nell’ultimo anno lavorativo. Lo dimostra il bilancio della sessione 2020/21, terminata il **12 luglio**. La sfida più grande è stata ovviamente rappresentata dalla crisi legata al Covid, che non si è riflessa solo nel numero di deliberazioni. Anche il lavoro delle commissioni è stato fortemente influenzato dalla pandemia. Allo stesso tempo, le interrogazioni scritte hanno superato per la prima volta le 4.000 unità. Anche il numero di sessioni speciali e di mozioni di censura è stato eccezionalmente alto, con la Commissione d’inchiesta Ibiza e l’attentato terroristico di Vienna a condizionare l’andamento dei lavori. Complessivamente, il Consiglio Nazionale si è riunito per 70 sedute nella sessione 2020/21, per un totale di circa 332 ore, pari a circa 20-30 sedute in più rispetto ad anni lavorativi normali, che comprendono anche le sedute di assegnazione dei disegni di legge. Sono state approvate 231 leggi e 15 trattati internazionali, oltre ad un accordo con il Land dell’Alta Austria. Inoltre, i Deputati hanno approvato la Decisione sulle risorse proprie dell’UE per garantire il finanziamento dell’Unione e il fondo di ricostruzione dell’UE, ed hanno discusso 52 relazioni del Governo, della

Corte dei Conti e del Consiglio dell'Ombudsman, oltre a numerose altre iniziative. In tutto, si sono tenuti 383 dibattiti, spesso su più punti dell'ordine del giorno nella stessa seduta. Il 38,1% delle risoluzioni legislative sono state approvate all'unanimità. Il fatto che la sessione dell'anno trascorso sia stata piuttosto insolita è dimostrato anche dall'alto numero di sedute speciali: in almeno 13 occasioni i Deputati si sono incontrati al di fuori del programma di lavoro, per cui due di queste sedute fuori programma - una dopo l'attacco terroristico a Vienna, una per rimediare a una risoluzione legislativa contenente errori materiali - erano state concordate in anticipo di comune accordo. Tre deliberazioni sono state ritirate su richiesta dei partiti di Governo per accelerare il passaggio delle disposizioni sul Covid, e le restanti otto sono state avviate dall'opposizione, con i partiti SPÖ, FPÖ e NEOS che hanno unito le loro forze quattro volte. Oltre alle sessioni plenarie, ci sono state 188 riunioni di commissione, 33 riunioni di sottocommissione e 44 riunioni della Commissione d'inchiesta Ibiza. In cima alle attività di Commissione si annoverano quelle della Commissione principale (*Hauptausschuss*), che è incaricata di presentare proposte per l'elezione del Presidente della Corte dei Conti, dei membri del Consiglio del Mediatore e dei presidenti della Commissione parlamentare per l'esercito federale. La Commissione partecipa anche all'attuazione del programma dell'Esecutivo, poiché alcune ordinanze del Governo federale richiedono la sua approvazione. Nella sessione 2020/21, la Commissione si è riunita 23 volte per discutere ordinanze relative al Covid, due volte di domenica.

ACCORDO IN PARLAMENTO SULLA LEGGE PER L'ESPANSIONE DELLE ENERGIE RINNOVABILI

Grazie all'accordo raggiunto in Consiglio Nazionale, il **7 luglio** la [Legge sull'Espansione delle Energie Rinnovabili](#) (*Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz* - EAG) è stata approvata con la necessaria maggioranza dei due terzi dei componenti della Camera bassa austriaca. Il provvedimento rappresenta la riforma più importante nel settore energetico degli ultimi decenni, e mira non solo a definire precisi obiettivi di espansione, ma anche a creare un adeguato sistema di finanziamento dei programmi di intervento approvati. Rispetto alla disciplina precedente, la nuova legge introduce importanti novità in termini di giustizia sociale: oltre all'esenzione da tutte le imposte sull'elettricità verde per le famiglie a basso reddito, è stato introdotto un ulteriore strumento di ammortizzazione sociale, tale per cui le famiglie a basso reddito che non rientrano in questa categoria pagheranno in futuro un massimo di € 75 all'anno per il consumo energetico ad uso domestico. Si calcola che circa 550.000 famiglie beneficeranno di questa agevolazione.

La nuova disciplina prevede inoltre l'incentivazione del cd. teleriscaldamento con investimenti per € 100 milioni, azzerando l'arretrato accumulato su 173 progetti approvati nel settore in attesa di essere realizzati dal 2011. Con il teleriscaldamento (*Fernwärme*) gli edifici vengono riforniti di calore distribuendo acqua calda attraverso un sistema di tubazioni, in gran parte interrati, ma in alcuni casi anche attraverso linee aeree. Il teleriscaldamento fornisce principalmente ad edifici residenziali non solo il riscaldamento degli spazi ma anche l'acqua calda, trasportando il calore dal produttore o dal punto di raccolta ai consumatori. Fino al 2024, € 15 milioni saranno investiti ogni anno nell'espansione del teleriscaldamento delle abitazioni austriache. La nuova disciplina prevede inoltre l'espansione della produzione di idrogeno verde e del gas verde, con una sovvenzione di € 80 milioni all'anno, fornendo un importante contributo alla decarbonizzazione dell'industria. Dopo l'approvazione del Consiglio Nazionale, la legge passa al Consiglio Federale (la Camera Alta del Parlamento austriaco) per l'approvazione di misure attuative del pacchetto normativo relativo alle sovvenzioni degli impianti più piccoli ed alla realizzazione delle cd.

“comunità per le energie rinnovabili” (*Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften*): si tratta di organizzazioni attive a livello regionale, i cui componenti devono essere fisicamente vicini, collegati almeno attraverso lo stesso alimentatore a media tensione, ed in grado di condividere elettricità e calore all'interno della comunità, purché l'energia generata provenga da fonti rinnovabili.

GOVERNO

LE VICENDE GIUDIZIARIE DEL PREMIER KURZ METTONO A RISCHIO LA STABILITÀ DEL GOVERNO

Le indagini in cui è coinvolto il Premier Sebastian Kurz nell'ambito del cd. Scandalo Ibiza mettono sotto pressione la coalizione di Governo e rischiano di decretare la fine anticipata dell'Esecutivo, soprattutto se il Primo Ministro venisse accusato di aver effettuato false dichiarazioni di fronte alla Commissione d'Inchiesta sulla vicenda. Il **21 maggio** il Presidente della Repubblica Alexander Van der Bellen ha sentito la necessità di intervenire, invitando tutti i rappresentanti istituzionali al rispetto dei rispettivi ruoli, ma in molti hanno letto nell'osservazione di Van der Bellen secondo cui “è esecrabile seguire un ordine della Corte costituzionale solo quando non c'è altra via d'uscita” una esplicita critica a Kurz. Secondo media ed osservatori politici, sono diversi gli scenari che potrebbero verificarsi a seguito dell'attuale stato di crisi. Una possibilità vede la tenuta della coalizione tra ÖVP e Verdi, sostanzialmente per mancanza di alternative praticabili: né i socialisti dell'SPÖ, né i radicali di destra della FPÖ potrebbero essere presi in considerazione, mentre i liberali di Neos hanno un numero di seggi troppo basso per poter formare una maggioranza alternativa a quella attuale. Una seconda eventualità vede la convocazione di nuove elezioni in autunno, soprattutto se l'intesa tra i due partiti di maggioranza andasse irrimediabilmente in crisi. I Verdi sembrano tentati dall'idea, soprattutto nel caso in cui Kurz fosse effettivamente incriminato, mentre un sondaggio pubblicato dalla rivista Profil indica che il 47% del campione vorrebbe le dimissioni del Premier, anche se ciò non significa auspicare contestualmente nuove elezioni. Il terzo scenario considera la possibilità di un Governo tecnico, ma molti dubitano che possa essere un'opzione praticabile in caso di *impeachment* o addirittura di condanna del Cancelliere federale. In linea di principio, il Presidente federale può licenziare un Governo in carica in qualsiasi momento e nominarne uno nuovo, purché abbia la maggioranza del Consiglio nazionale. Se un Cancelliere viene rovesciato o si dimette, un tecnico potrebbe plausibilmente essere nominato Capo del Governo, specialmente come soluzione provvisoria fino a nuove elezioni, sebbene teoricamente un Esecutivo di esperti potrebbe anche governare per un periodo di tempo più lungo - laddove la maggioranza del Consiglio nazionale lo sostenga. La quarta alternativa vede una coalizione degli ambientalisti con l'ÖVP, ma senza Kurz: secondo i Verdi, il Cancelliere attuale non è un problema dell'Esecutivo, ma dell'ÖVP. In caso di una sua incriminazione, sarebbe l'ÖVP a dover risolvere questo problema. Poiché i Verdi non vogliono far saltare il Governo, tuttavia, una speranza è che Kurz si ritiri fino alla conclusione del processo, con la Cancelleria affidata ad un altro esponente politico, lasciando intatta la coalizione tra l'ÖVP e i Verdi. Tuttavia, la probabilità che Kurz abbandoni di sua iniziativa in caso di incriminazione non è molto alta. Lo scenario nr. cinque ipotizza una coalizione che rovesci Kurz ed escluda l'ÖVP dalla maggioranza: un'eventualità molto complicata, perché in primo luogo richiederebbe il sostegno attivo del Presidente federale, ed in secondo luogo esigerebbe un'intesa tra le altre

forze politiche presenti in Parlamento. In linea di principio, la SPÖ sarebbe disponibile, ma la leader del partito Pamela Rendi-Wagner non ne è entusiasta, mentre potrebbe piuttosto immaginare di entrare in una coalizione con l'ÖVP come vice-cancelliere; i liberali di Neos sarebbero almeno in via ufficiosa favorevoli, così come i Verdi, i quali potrebbero continuare a portare avanti i loro programmi nel nuovo Esecutivo. L'ultima variante vede un abbandono dell'alleanza da parte dei Verdi in caso di *impeachment* di Kurz: a quel punto l'ÖVP potrebbe cercare un altro partner tra FPÖ ed SPÖ, ma si tratta in entrambi i casi di scenari complessi. L'ÖVP era già in coalizione con l'FPÖ, che si è sciolta proprio a causa dell'Affare Ibiza. Rimarrebbe la SPÖ, ma tra i socialisti ci sono due correnti: quella della citata leader del partito Pamela Rendi-Wagner, che potrebbe considerare una coalizione con l'ÖVP, sebbene lei ufficialmente lo neghi, ed una parte dei socialisti in un rapporto profondamente conflittuale con Kurz. In queste condizioni, un'alleanza dell'SPÖ con l'attuale Cancelliere sarebbe una prova forse troppo difficile per il partito.

SPÖ E FPÖ D'ACCORDO CON IL GOVERNO SULLA RIFORMA DELL'UFFICIO PER LA PROTEZIONE DELLA COSTITUZIONE

I partiti di maggioranza hanno raggiunto un accordo con le formazioni di opposizione SPÖ ed FPÖ sulla riforma dell'Ufficio per la Protezione della Costituzione. Nel plenum del Consiglio nazionale, la trasformazione dell'Ufficio federale per la Protezione della Costituzione e la Lotta al Terrorismo (*Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung* - BVT) in Direzione della Protezione dello Stato e dell'Intelligence (*Direktion für Staatsschutz und Nachrichtendienst* - DSN) è stata approvata all'inizio di **Luglio** con un'ampia maggioranza politica. Il partito liberale Neos considera la riforma come un miglioramento dello stato attuale del precedente ufficio, afflitto da gravi scandali, sebbene consideri il controllo parlamentare sul DSN non abbastanza capillare.

La maggioranza ÖVP/Verdi si era già impegnata a riorganizzare il BVT nel suo programma di coalizione, ma il progetto si era realmente avviato solo a seguito dell'attentato terroristico a Vienna nel novembre 2020, in occasione del quale l'Ufficio per la Protezione della Costituzione aveva commesso gravi errori investigativi. A **marzo 2021** il Governo aveva presentato una prima bozza di riforma, e a metà **giugno** il disegno di legge è stato approvato in Consiglio dei Ministri. Nella Commissione Affari Interni del Consiglio nazionale alcuni punti del progetto sono stati modificati in base alle indicazioni dell'opposizione, come hanno sottolineato con soddisfazione sia l'PSÖ che l'FPÖ. C'è stato tuttavia poco spazio per delle trattative sulla parte centrale della riforma, per la quale il Governo non aveva bisogno di una maggioranza qualificata in Aula.

La novella prevede una divisione dell'Ufficio per la protezione della Costituzione in due parti: il compito della Polizia di Stato di scongiurare i pericoli per la pubblica sicurezza, compresi gli interrogatori e gli arresti, deve essere rigorosamente separato dalla competenza dei servizi segreti riguardo alla raccolta di informazioni per le indagini sulle cause delle minacce alla sicurezza. La struttura ibrida della precedente struttura è stata considerata un errore, e la riforma cerca di porre rimedio con la suddetta divisione dell'ufficio in due pilastri ed un coordinamento effettuato tramite un ufficio di collegamento, che decide sul flusso di informazioni e sull'eventuale coinvolgimento della polizia criminale. Il punto più importante nei negoziati tra i partiti - e che ha richiesto l'approvazione da parte di una maggioranza qualificata - ha riguardato l'espansione del controllo parlamentare del DSN. A questo scopo, è prevista l'istituzione di una commissione di controllo di tre membri con presidenza a rotazione, i cui membri saranno nominati dal Consiglio Nazionale a maggioranza di due terzi, in carica per dieci anni. La Commissione di controllo esamina il lavoro del DSN in modo indipendente, e riferisce annualmente al Parlamento

tramite una sottocommissione permanente del Comitato per gli Affari Interni (il cosiddetto Comitato dei Servizi Segreti). L'opposizione può considerare un successo il fatto che la commissione d'Intelligence possa rivolgersi alla commissione di controllo su richiesta di un quarto dei deputati del Consiglio Nazionale. Parti dell'opposizione possono quindi far esaminare di propria iniziativa dalla commissione la correttezza di determinate procedure di investigazione.

CAPO DELLO STATO

IL 45% DEI CITTADINI AUSTRIACI FAVOREVOLE ALLA RICANDIDATURA DI VAN DER BELLEN A PRESIDENTE FEDERALE

Secondo un recente sondaggio, quasi la metà degli austriaci è a favore della ricandidatura del Presidente federale Alexander Van der Bellen alle prossime elezioni presidenziali. Alla domanda posta dall'*Institut für Demoskopie und Datenanalyse GmbH* (IFDD) per Puls 24, il 45% degli intervistati ha risposto affermativamente alla domanda se Van der Bellen debba ricandidarsi nel 2022, il 43% negativamente, mentre il 12% non si è espresso. Il sondaggio è stato condotto online su un campione di 803 partecipanti di 16 anni e più nel periodo dal **10** al **15 giugno**.

VAN DER BELLEN ESORTA AD ACCOGLIERE I RIFUGIATI AFGANI

In occasione dell'apertura ufficiale del "Forum europeo di Alpbach" del **24 agosto**, il Presidente Federale Alexander Van der Bellen ha esortato ad accogliere i rifugiati provenienti dall'Afghanistan. Il Capo dello Stato ritiene che sussista un obbligo legale, morale e politico per l'UE e i suoi Stati membri di offrire protezione a coloro che hanno dovuto lasciare il loro Paese. In prima linea dovrebbero esserci le donne e le ragazze che hanno lavorato per l'UE e i suoi Paesi, e che Van der Bellen ha definito "nostre amiche".

CORTI

LA CORTE COSTITUZIONALE CHIEDE AL PRESIDENTE FEDERALE DI DARE ESECUZIONE AD UNA DECISIONE SUI DOSSIER DEL MINISTERO FEDERALE DELLE FINANZE ([UA 1/2021-39](#), [UA 1/2021-40](#))

Il **6 maggio** il Tribunale costituzionale (*Verfassungsgerichtshof* - VfGH) ha chiesto al Presidente Federale Alexander Van der Bellen di eseguire una propria [sentenza](#) dello scorso 3 marzo (v. a riguardo *Cronache costituzionali dall'estero* in questa *Rivista* 1-2021), respingendo allo stesso tempo una richiesta della minoranza della Commissione d'inchiesta sulla vicenda Ibiza di ispezionare i dossier. Il 3 marzo 2021 la Corte costituzionale aveva stabilito che il Ministro Federale delle Finanze è obbligato a sottoporre alla Commissione d'inchiesta Ibiza le caselle di posta elettronica e i file memorizzati localmente o sul server di determinate persone. Poiché il Ministro Federale non ha adempiuto a questo obbligo, i deputati della SPÖ, della FPÖ e della NEOS hanno chiesto al Tribunale costituzionale di intervenire per far eseguire questa decisione da parte del Presidente Federale.

Nella sua decisione, la Corte austriaca afferma che la sua sentenza del 3 marzo 2021 contiene un obbligo di esecuzione che può essere fatto rispettare con la forza. Ai sensi dell'art. 146 comma

2 B-VG, l'esecuzione della decisione in parola deve essere eseguita secondo le istruzioni del Presidente Federale dagli organi della Federazione o dei Länder, comprese le Forze Armate Federali, conformemente alle indicazioni del Capo dello Stato. Tali istruzioni non richiedono la controfirma del Cancelliere Federale se l'esecuzione - come in questo caso - è diretta contro la Federazione o contro un organo della Federazione. Una richiesta presentata nello stesso procedimento da Parlamentari del SPÖ, del FPÖ e del NEOS di ispezionare i dossier presentati alla Corte costituzionale dal Ministero Federale delle Finanze è stata respinta perché non sono stati riscontrati nell'occasione interessi meritevoli di una concreta tutela giuridica. Il VfGH ritiene che le parti in un procedimento riguardante una divergenza di opinioni sull'obbligo di sottoporre gli atti ad una commissione d'inchiesta non devono ottenere l'accesso agli atti, laddove la stessa concessione dell'accesso agli atti risolverebbe già la controversia sull'obbligo o meno di sottoporre gli atti alla commissione d'inchiesta.

INCOSTITUZIONALE LA COMPETENZA DELL'UFFICIO DEL PERSONALE DELL'ESERCITO IN MATERIA DI INDENNITÀ PER I DIPENDENTI CIVILI ([G 47/2021](#))

Nel marzo 2021 il Tribunale costituzionale aveva avviato un procedimento d'ufficio per esaminare la costituzionalità di una disposizione della Legge sul servizio civile del 1986 (*Zivildienstgesetz* - ZDG). Il procedimento è stato avviato a seguito delle denunce di diversi dipendenti civili che, a causa della pandemia da COVID 19, erano stati obbligati a svolgere un servizio civile straordinario fino al 30 giugno 2020 dopo il loro servizio civile regolare. I ricorrenti si erano rivolti all'Ufficio del Personale dell'Esercito per ottenere una compensazione forfettaria o una indennità per la perdita di guadagno per i mesi in cui avevano prestato servizio civile prolungato. Tuttavia, queste domande erano state respinte dall'Ufficio per il Personale dell'Esercito. Anche i ricorsi presentati contro queste decisioni al Tribunale Amministrativo Federale (*Bundesverwaltungsgericht* - BVwG) non avevano avuto successo. Il **17 giugno** il Tribunale Costituzionale ha invece stabilito che è incostituzionale affidare la decisione sulle richieste economiche dei dipendenti civili all'Ufficio del Personale dell'Esercito. A questo proposito, il Regolamento attuativo dell'art. 34b ZDG viola la disposizione di rango costituzionale sancita dall'art. 1 comma 5 ZDG, secondo la quale il servizio civile deve essere svolto al di fuori delle forze armate federali. Secondo il Tribunale Costituzionale, questa disposizione stabilisce anche che il servizio civile deve essere completamente separato dal servizio militare. L'art. 1 (5) della Legge sul servizio civile non consente quindi di affidare al Ministro Federale responsabile degli affari militari o ad un'autorità a lui subordinata in termini organizzativi, come l'Ufficio del Personale dell'Esercito, la gestione di istanze relative al servizio civile, a maggior ragione perché tale autorità serve funzionalmente agli scopi dell'Esercito Federale.

DICHIARATI ILLEGALI I DECRETI SUI PERMESSI DI LAVORO PER I RICHIEDENTI ASILO ([V 95-96/2021](#), [E 2420/2020](#))

Due decreti, rispettivamente del 2018 e del 2004, che limitavano l'accesso al lavoro dei richiedenti asilo sono stati dichiarati incostituzionali. Le disposizioni rilevanti nella questione dei decreti in oggetto andavano classificate come ordinanze e, come tali, avrebbero dovuto essere pubblicate nella Gazzetta ufficiale federale. Poiché tale pubblicazione non ha avuto luogo, il **23 giugno** il Tribunale costituzionale ha annullato queste disposizioni in quanto illegali. In occasione di un ricorso di una ditta di idraulica, il Tribunale costituzionale aveva deciso nella

sessione di marzo 2021 di avviare d'ufficio una procedura di revisione dell'ordinanza relativa ad un decreto del Ministro federale Beate Hartinger-Klein (BMASK) del 12 settembre 2018 e ad un decreto del Ministro federale Martin Bartenstein (BMWA) dell'11 maggio 2004. Da questi decreti risultava che i permessi di lavoro per i richiedenti asilo possono essere rilasciati solo in caso di impiego temporaneo in lavori stagionali o di assistenza al raccolto.

La procedura di revisione delle ordinanze ha confermato che tali decreti non si limitano a fornire informazioni sulla situazione giuridica attuale, ma contengono anche norme vincolanti (restrittive) sulla concessione di permessi di lavoro per i richiedenti asilo. Secondo la legge, concedere i permessi di lavoro per i richiedenti asilo ammessi alla procedura d'asilo per tre mesi è possibile se la commissione consultiva regionale del Servizio Pubblico per l'Impiego (*Arbeitsmarktservice* - AMS) è d'accordo o l'impiego è limitato nel tempo. Tuttavia, i decreti limitano esplicitamente questo aspetto, nel senso che i permessi devono essere rilasciati solo nel quadro delle quote per il lavoro stagionale e l'assistenza al raccolto. Questo significa che, per esempio, non si concede un impiego per un apprendistato in un'occupazione per cui c'è carenza di personale, anche se la situazione sul mercato dell'apprendistato lo permetterebbe e non sussistono ragioni di senso contrario rispetto alla situazione e allo sviluppo del mercato del lavoro. Una volta effettuata la pubblicazione della deliberazione di abrogazione dell'ordinanza da parte della Corte costituzionale, i richiedenti asilo possono in linea di principio essere impiegati in altri settori lavorativi, a condizione che tutti gli altri requisiti siano soddisfatti. Nel prosieguo del procedimento sul ricorso del negozio di idraulica, il Tribunale costituzionale ha manifestato dubbi sulla costituzionalità di una disposizione della Legge sugli stranieri, decidendo pertanto di avviare d'ufficio una procedura di esame dell'art. 4 comma 3 nr. 1 dell'*Ausländerbeschäftigungsgesetz* - AuslBG. Secondo questa norma, i permessi di lavoro possono essere concessi solo "se il consiglio consultivo regionale approva all'unanimità la concessione". I consigli consultivi regionali sono composti dal capo del rispettivo ufficio regionale dell'AMS e da altri quattro membri nominati su proposta della Camera di commercio della rispettiva provincia, della Federazione dell'industria austriaca, della Camera del lavoro della rispettiva provincia e della Federazione austriaca dei sindacati. L'ufficio regionale dell'AMS decide sulle domande di permesso di lavoro. Il regolamento in esame, tuttavia, sembra rendere impossibile a questa autorità la valutazione dell'esistenza dei requisiti legali per la concessione di un permesso di lavoro. La Corte Costituzionale è quindi dell'opinione che questa costruzione contraddica i principi costituzionali nazionali.

EFFETTO SOSPENSIVO PER IL RICORSO DI UN CITTADINO AFGANO DETENUTO IN ATTESA DI ESPULSIONE ([E 3115/2021](#))

Il **18 agosto** il Tribunale costituzionale ha accolto il ricorso con effetto sospensivo sullo stato di detenzione (continuata) in attesa di espulsione di un cittadino afgano, per il quale il **2 agosto** la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva già chiesto la sospensione dell'espulsione fino alla fine del mese di agosto. Nell'aprile 2021 - dopo che due procedure di richiesta d'asilo erano state completate - il ricorrente era stato posto in stato di detenzione in attesa di espulsione, con la motivazione di voler garantire il suo effettivo allontanamento dal territorio nazionale. Mentre era in attesa di deportazione, il ricorrente ha presentato un'ulteriore domanda di protezione internazionale, ma in un momento successivo la protezione *de facto* contro la misura di espulsione che sarebbe derivata da tale istanza è stata revocata. In una sentenza del 4 agosto 2021, il Tribunale amministrativo federale aveva ritenuto proporzionata la prosecuzione dello stato di detenzione in attesa di espulsione, giustificando la misura restrittiva con la necessità di garantire

la tutela della sicurezza collettiva e con il rischio di fuga del richiedente asilo in attesa di espulsione. Contro tale deliberazione il ricorrente aveva quindi presentato ricorso davanti alla Corte costituzionale. Nella sua decisione, la Corte costituzionale riconosce al ricorso un effetto sospensivo, con le seguenti ragioni: in base alle informazioni disponibili sulle condizioni di sicurezza vigenti in Afghanistan nell'agosto 2021, non si può fare a meno di riconoscere che una immediata espulsione del ricorrente verso il suo Paese d'origine - considerati i limiti massimi legali di detenzione in attesa di espulsione - è possibile. Tuttavia, l'imposizione e il mantenimento della detenzione in attesa di espulsione (e l'annessa privazione della libertà) sono proporzionati solo se il procedimento può alla fine portare all'effettiva espulsione del destinatario della misura restrittiva. Come ricordato, il ricorrente si era precedentemente rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). In una lettera del 2 agosto 2021, la Corte EDU aveva chiesto che l'espulsione del ricorrente verso l'Afghanistan fosse sospesa fino al 31 agosto 2021. Secondo la decisione del Tribunale costituzionale, nel procedimento pendente davanti al *Verfassungsgericht* austriaco non sono soddisfatti i requisiti per giustificare un provvedimento provvisorio della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura della Corte EDU. L'art. 39 prevede la possibilità di instaurare una procedura d'urgenza finalizzata all'ottenimento di una misura cautelare, ossia di un provvedimento che permetta di fronteggiare – e quindi eludere - il rischio di un'imminente lesione ad un diritto garantito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.



Il Canada verso le elezioni federali anticipate del 20 settembre 2021 tra la rinnovata attualità della questione della *reconciliation* e il perdurante contesto pandemico*

di Andrea Fiorentino** e Chiara Spiniello***

“With great respect, I would like to acknowledge that today we are standing on the unceded territory of the Algonquin Anishinabe people, who have lived and cared for this part of the world for thousands of years. To Prime Minister Trudeau, thank you for your faith in me and for your commitment to reconciliation. I am honoured, humbled and ready to be Canada’s first Indigenous governor general”.

È con queste parole che il **26 luglio** Mary Simon, donna di etnia *Inuit* con alle spalle una lunga e prestigiosa carriera come attivista per i diritti dei popoli indigeni e come ambasciatrice, ha scelto di aprire il proprio *installation speech* (v. infra) tenuto in occasione della cerimonia del suo insediamento come 30^a Governatrice Generale del Canada. La nomina di un’indigena a rappresentante vicereale della Corona – proposta dal Primo Ministro Justin Trudeau, il quale l’aveva già annunciata il **6 luglio** nella suggestiva cornice del Museum of History di Gatineau, sulla sponda del fiume Ottawa opposta rispetto a Parliament Hill – ha rappresentato un evento di enorme importanza storica. Benché non abbia costituito la prima nomina a questa carica di una persona appartenente a una minoranza etnica, potendosi rinvenire ben due precedenti nei mandati della cinese Adrienne Clarkson (1999-2005) e dell’haitiana Michaëlle Jean (2005-2010),

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Nel presente lavoro, l’introduzione riflette l’elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni ‘Elezioni’, ‘Partiti’ e ‘Corti’ sono da attribuirsi alla Dott.ssa Chiara Spiniello. Le Sezioni ‘Parlamento’, ‘Governato’, ‘Capo dello Stato’ e ‘Province e Territori’ sono da attribuirsi al Dott. Andrea Fiorentino.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

*** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

la scelta di un'esponente di uno dei popoli autoctoni del Canada (comprendenti le *First Nations*, gli *Inuit* e i *Métis*) ha acquisito speciale rilevanza storica, politica e istituzionale alla luce dell'assai dolorosa vicenda coloniale del Paese nordamericano.

L'insediamento di Mary Simon, che già di per sé ha segnato una tappa fondamentale lungo l'impervio cammino della *reconciliation* tra le istituzioni del Canada e la minoranza nativa, ha assunto un valore simbolico ancora più pregnante in quanto è intervenuto a poche settimane di distanza da alcune tragiche notizie che hanno scosso profondamente l'opinione pubblica. Il riferimento è ai ritrovamenti dei resti anonimi di oltre un migliaio di bambini indigeni avvenuto a **maggio, giugno e luglio** a Kamloops (BC), Marieval (SA), Cranbrook (BC) e Penelakut Island (BC), in prossimità di ex istituti scolastici appartenenti al dismesso sistema delle *native residential school*. I collegi riconducibili a questa rete, finanziati dal Governo federale e gestiti da diverse chiese cristiane, sono stati istituiti a partire dal 1883 allo scopo di strappare i bambini nativi alle loro famiglie e comunità di origine e sottoporli a un'assimilazione forzata alla cultura e alla religione dominanti. Fino al suo smantellamento, avvenuto formalmente nel 1969 (ma l'ultimo istituto ha chiuso i battenti soltanto nel 1996), il circuito delle *native residential school* è stato teatro di documentati abusi psicologici, fisici e sessuali, perpetrando quello che la *Truth and Reconciliation Commission (TRC)*, nel suo [rapporto finale](#) pubblicato nel 2015, ha definito un *cultural genocide*. Il rinvenimento delle sepolture ha suscitato un'ampia commozione nel Paese, ma anche la ferma reazione dei *leader* dei popoli autoctoni, i quali, in occasione del *Canada day* (**1° luglio**), hanno esortato i cittadini non indigeni ad astenersi dal glorificare la storia canadese, invitandoli piuttosto a riflettere sui suoi momenti dolorosi. Non sono inoltre mancati episodi di violenza, come testimoniano gli incendi di alcune chiese appartenenti a diverse confessioni cristiane in British Columbia, e manifestazioni di protesta, a volte culminate nell'abbattimento di statue raffiguranti personalità simbolo del passato coloniale o della sua pesante eredità.

Il riaprirsi della ferita mai del tutto chiusa inferta dai crimini commessi all'interno delle mura delle *residential school* ha sortito l'effetto di rilanciare prepotentemente l'attualità delle questioni legate al processo di *reconciliation*, al quale la neo-Governatrice, interpretando sapientemente il significato storico-politico dell'evento della sua nomina, ha voluto dedicare – oltre all'*incipit* – un ampio passaggio finale del suo discorso d'insediamento. Simon ha richiamato innanzitutto il rapporto della *Truth and Reconciliation Commission*, da cui il Paese avrebbe tratto la fondamentale lezione che la conoscenza della verità sulla storia del Canada “makes us stronger as a nation, unites Canadian society and teaches our kids that we must always do our best, especially when it's hard”. L'accorato ricordo della recente scoperta dei resti senza nome di bambini indigeni costretti a frequentare le *residential school* ha offerto alla nuova inquilina di Rideau Hall un'occasione per presentare la propria visione della riconciliazione: lungi dal poter essere ricondotta alla sola problematica dell'accesso ai servizi, a giudizio di Simon essa rappresenterebbe piuttosto una vera e propria *way of life*, la quale esige un impegno quotidiano rivolto alla conoscenza reciproca, nonché – come evidenziato anche nel rapporto della *TRC* – al sostegno ai popoli nativi “as they heal from the destructive legacies of colonization that have wreaked such havoc in their lives”. Dopo aver ammonito che “even though diversity is a core Canadian value, our country must do more to respect all languages, cultures, ethnicities, religions and ways of

living”, la nuova Governatrice ha concluso il proprio intervento formulando una solenne promessa: quella di incarnare l’impegno della nazione “to diversity and acceptance” e di battersi per tenere insieme “the tension of the past with the promise of the future” e per costruire ponti tra le differenti culture che riflettono “our great country’s uniqueness and promise”.

Inevitabilmente, la questione indigena è salita in cima alle priorità dell’agenda legislativa del Governo liberale. Del resto, a **giugno** l’Angus Reid Institute [ha rilevato](#) che il 20% dei canadesi, sull’onda emotiva generata dal primo ritrovamento di resti di bambini nativi a Kamloops, ha indicato le *Indigenous issues* tra le sue tre principali preoccupazioni a livello federale (a marzo tale quota si attestava soltanto al 9%). È proprio in quest’ottica che trova spiegazione, dopo oltre sei mesi di stallo, l’approvazione da parte della Camera dei Comuni (**28 maggio**) e poi in via definitiva da parte del Senato (**3 giugno**) del *Bill C-5 (An Act to amend the Bills of Exchange Act, the Interpretation Act and the Canada Labour Code (National Day for Truth and Reconciliation))*, il quale, per implementare la *call to action* numero 80 formulata dalla *Truth and Reconciliation Commission*, ha istituito il *National Day for Truth and Reconciliation*, da celebrarsi il 30 settembre di ogni anno allo scopo di onorare le vittime del sistema delle *residential school* e di assicurare che la commemorazione pubblica della storia e dell’eredità dello stesso resti “a vital component of the reconciliation process” (nel giugno del 2019, durante la 42^a legislatura, un testo analogo di origine parlamentare, il [Bill C-369](#), era stato affossato in Senato dalla decisione dei membri del *caucus* conservatore di bloccare la discussione di tutti i *private member’s bill*). In aggiunta, nelle intense giornate parlamentari che hanno preceduto la sospensione dei lavori di Camera e Senato per la pausa estiva – segnate dal tentativo del Governo Trudeau, desideroso di andare anticipatamente alle urne, di imprimere una decisiva accelerazione all’approvazione dei progetti di legge da esso ritenuti prioritari (v. infra) – hanno ricevuto l’approvazione dei due rami del Parlamento altri due importanti *bill* in materia di riconciliazione: in primo luogo, il [Bill C-8](#), col quale è stata data esecuzione alla *call to action* numero 94 della TRC incorporando nella formula del giuramento di cittadinanza la promessa solenne di rispettare i diritti ancestrali e di origine pattizia dei popoli autoctoni; in secondo luogo, il [Bill C-15](#), il quale invece, recependo le *calls to action* numero 43 e 44, ha stabilito che il Governo deve adottare tutte le misure necessarie per assicurare la conformità delle leggi alla [Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni](#) (adottata dall’Assemblea Generale con la Risoluzione 61/295 del 13 settembre 2007), nonché predisporre e implementare un piano di azione per il conseguimento degli obiettivi fissati dalla Dichiarazione stessa.

Il quadrimestre **maggio-agosto** è stato caratterizzato anche dalla permanenza delle gravose condizioni imposte dalla pandemia da Covid-19. Con l’approvazione della [legge di bilancio](#) (**29 giugno**, v. infra), il Governo Trudeau ha ottenuto l’autorizzazione a implementare i suoi piani (formulati nel [Budget](#) presentato lo scorso 19 aprile) per affrontare le pesanti conseguenze economiche, sociali e sanitarie del protrarsi dell’emergenza sanitaria. Tra questi, spiccano la proroga dei programmi di sostegno già in essere (il *Canada Emergency Wage Subsidy* e il *Canada Emergency Rent Subsidy*), la creazione del *Canada Recovery Hiring Program*, l’estensione del *Canada Recovery Benefit*, il trasferimento di un miliardo di dollari alle Province a supporto delle campagne vaccinali, la sospensione dell’applicazione degli interessi sui prestiti federali agli studenti e agli

apprendisti, l'incremento del *Canada Health Transfer*, dell'*Old Age Security* e del salario minimo federale, e infine ingenti investimenti nelle infrastrutture. In generale, in questi mesi il dibattito politico si è incentrato in prevalenza sui nodi problematici sollevati dalla necessaria convivenza con l'emergenza sanitaria, la quale, benché mitigata dal successo della campagna vaccinale (alla fine di agosto ha completato il ciclo vaccinale più del 66% della popolazione), è stata prolungata dal manifestarsi – sulla spinta della diffusione della variante Delta del virus Sars-CoV-2 – di una quarta ondata epidemica. Di fronte alla pressante esigenza di bilanciare l'esigenza di tutelare la salute dei cittadini con quella di garantire una stabile ripresa dell'economia e delle ordinarie attività sociali e ricreative, il Governo di Ottawa e alcuni esecutivi provinciali hanno intrapreso una serie di iniziative (v. infra) che, sebbene appoggiate dalla maggioranza dei canadesi (come [rilevato](#) ad **agosto** da *Nanos Research*), sono state bersaglio di aspre critiche da parte di alcuni ambienti conservatori – tra i quali, *in primis*, il [Justice Centre for Constitutional Freedoms](#) – per la loro idoneità a incidere fortemente sull'esercizio di alcune libertà fondamentali. A riguardo occorre annoverare, insieme all'annuncio del Governo centrale della propria intenzione di rendere la vaccinazione obbligatoria entro la fine di settembre per tutti gli impiegati pubblici federali e per determinate categorie di viaggiatori (**13 agosto**), la decisione di alcuni Governi provinciali di introdurre l'obbligo vaccinale per il personale socio-sanitario (in British Columbia e Québec) o anche dell'istruzione pubblica (in Ontario), e/o di rendere il possesso della certificazione vaccinale un requisito ai fini del godimento di determinati benefici o dell'accesso a elenchi più o meno estesi di attività e servizi qualificati come non essenziali (in Manitoba, Prince Edward Island, Québec e British Columbia).

Le decisioni correlate alla crisi sanitaria sono state oggetto, congiuntamente ad altre tematiche avvertite come prioritarie (l'emergenza climatica, le decisioni di politica estera, i diritti e le libertà fondamentali della persona, v. infra), della campagna elettorale innescata dalla decisione di Justin Trudeau di richiedere lo scioglimento del Parlamento e l'indizione di elezioni anticipate per il prossimo **20 settembre**. La “scommessa” di Trudeau – che nell'aumento della popolarità derivatogli da una buona amministrazione dell'emergenza epidemiologica ha visto l'occasione giusta per tentare di conquistare il numero di seggi utile alla formazione di un Governo di maggioranza, *chance* preclusagli dai risultati elettorali del 2019 – non è detto, però, riesca. Non solo il perdurare della situazione pandemica ha portato l'elettorato a dubitare della reale necessità di un voto anticipato e ha dunque compromesso la sua fiducia nei confronti del *leader* del Partito Liberale, ma anche la sconfitta subita dal *Nova Scotia Liberal Party* nelle elezioni per il rinnovo dell'Assemblea legislativa della Nova Scotia del **17 agosto** (v. infra) ha ragione di rappresentare un concreto motivo di preoccupazione per Trudeau. Nonostante, infatti, il candidato liberale neo-scozzese Iain Rankin fosse dato per vincente, ad aggiudicarsi il ruolo di Primo Ministro della Nova Scotia è stato il progressista-conservatore Tim Houston, il cui partito è riuscito ad ottenere 31 dei 55 seggi in palio.

La tendenziale ascesa del Partito Conservatore, d'altra parte, è testimoniata dalle proiezioni di voto dei sondaggi elettorali sia a livello federale, dove si registra una sostanziale uniformità tra le preferenze raccolte dalle due principali formazioni politiche, sia a livello provinciale. Persino nel Québec – Provincia d'origine della famiglia Trudeau – O'Toole ha guadagnato diversi punti nei

sondaggi. La ragione della perdita di consensi del *Liberal Party* nel territorio francofono sarebbe da ricercarsi principalmente nella posizione assunta da Trudeau nei confronti del *Bill 21* ([An Act respecting the laicity of the State, 2019](#)), la norma che vieta ai dipendenti pubblici di indossare simboli religiosi sul luogo di lavoro approvata dall'Assemblea nazionale del Québec nel 2019. Non escludendo la possibilità di intervenire sull'atto, il Primo Ministro ha suscitato le ire di coloro che vedono nello stesso uno strumento posto a tutela della laicità della provincia quebecchese. Tra questi vi è il governatore François Legault, promotore di numerose iniziative volte ad accrescere l'autonomia della Provincia (come [le projet de loi 96 sur la langue officielle et commune du Québec, le français](#), che porta con sé la proposta di riconoscere il francese come unica lingua ufficiale del Québec e di inscrivere nella Costituzione canadese lo *status* di nazione per il territorio da lui amministrato). D'altra parte, le rivendicazioni autonomiste del Québec sono guardate con grande simpatia dalla Provincia occidentale dell'Alberta, dove nel 2020 ha preso piede il [movimento separatista Wexit](#). A primo avviso, le elezioni anticipate del prossimo settembre rischiano di condurre ad un'exasperazione delle fratture del federalismo canadese, caratterizzato da costanti tensioni tra le autorità locali e il potere centrale.

ELEZIONI

L'INDIZIONE DI ELEZIONI ANTICIPATE PER LA *HOUSE OF COMMONS*

Forte della popolarità acquisita per la gestione della campagna vaccinale e persuaso dall'idea dello scarso consenso riscosso dal suo antagonista conservatore O'Toole, il Primo Ministro Justin Trudeau il **15 agosto** ha richiesto e ottenuto dalla Governatrice Generale Mary Simon lo scioglimento del Parlamento. In anticipo di due anni rispetto al regolare calendario elettorale, il **20 settembre** si terranno, pertanto, le elezioni federali per il rinnovo dei 338 membri della *House of Commons* canadese.

Con l'obiettivo di aumentare i 157 seggi conseguiti dal *Liberal Party of Canada* nelle [elezioni del 2019](#) e nella speranza di raggiungere gli agognati 170 scranni necessari per la formazione di un Governo di maggioranza, Trudeau ha inaugurato una brevissima campagna elettorale – della durata di soli trentasei giorni, il minimo consentito dall'[Elections Act](#), il quale individua la data delle elezioni generali tra il trentaseiesimo e il cinquantesimo giorno dall'indizione delle stesse (sez. 57, 1.2c) – al suono dello *slogan* [“Siamo stati lì per voi, e ora, sta a voi scegliere. Sta a voi esprimervi”](#).

“Il cambiamento climatico, l'assistenza all'infanzia, la sanità pubblica, alloggi a prezzi accessibili e la riconciliazione con le comunità indigene”: sono le principali tematiche che il *leader* del Partito liberale ha dichiarato di voler porre alla base dell'indirizzo politico dell'azione del futuro Governo; questioni divisive sulle quali – così come avvenuto per la scelta di domandare lo scioglimento anticipato del Legislativo – non sono mancate critiche piccate da parte degli avversari. A contendersi il ruolo di Primo Ministro canadese con Justin Trudeau sono Erin O'Toole (*Conservative Party of Canada*), Jagmeet Singh (*New Democratic Party*), Yves-François Blanchet (*Bloc Québécois*), Annamie Paul (*Green Party of Canada*).

In linea con quanto esposto nei diversi [programmi elettorali](#), il dibattito pre-elettorale si è concentrato sulle tematiche ambientali (le politiche dell'Esecutivo in materia di salvaguardia ambientale non sono state ben viste in quei territori, come la Provincia dell'Alberta, in cui i giacimenti petroliferi rappresentano il propulsore dell'economia) e relative alla politica estera

(sulle cui scelte Trudeau è stato fortemente criticato, in specie dopo il tentativo fallimentare della diplomazia canadese di aggiudicarsi un seggio al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite) ma anche su questioni attinenti le libertà e i diritti fondamentali della persona (come l'aborto o il possesso di armi da fuoco). Meno sentito è parso essere, di contro, il tema delle riforme economiche: tra i due principali *competitors*, il Partito Conservatore è stato il solo a dichiarare prioritario il perseguimento di obiettivi fondamentali in materia (tra questi il pareggio di bilancio e la messa a punto di programmi temporanei per stimolare l'economia); mentre molto più vacue si sono dimostrate le proposte del Partito Liberale, che si è limitato a prevedere una diminuzione del debito pubblico piuttosto modesta (dal 48,5% al 46,5%) e a concentrare i principali sforzi nelle misure di assistenza all'infanzia.

La scarsa attenzione dedicata dal *Liberal Party* alle questioni economiche, congiuntamente all'utilizzo strumentale della gestione dell'emergenza epidemiologica da parte di Trudeau, ha di fatto influenzato la percezione dell'elettorato, già piuttosto scettico nei confronti dell'indizione di elezioni anticipate: secondo quanto rilevato dagli ultimi [sondaggi](#) circa il 60% degli intervistati ha dichiarato che, in questo momento, nel Paese non si dovrebbero organizzare elezioni; inoltre, ad oggi, v'è meno di un punto percentuale di differenza nelle intenzioni di voto dei sostenitori del *Liberal Party of Canada* (32,1%) e di coloro che si dichiarano a favore del *Conservative Party of Canada* (31,5%).

Considerata l'esigua distanza tra i due partiti, è probabile che a fare la differenza sull'esito delle elezioni sarà – come già avvenuto nella tornata del 2019 – il tasso di affluenza alla urne, che nelle passate consultazioni si era mantenuto intorno al 68%, e in particolare la partecipazione al voto della fascia di elettorato più giovane, tendenzialmente favorevole al Partito Liberale. Peraltro, è indubbio che una certa incidenza sull'affluenza elettorale verrà esercitata dal perdurare dell'emergenza pandemica. Tuttavia, un bilancio realistico sarà possibile solo dopo il 20 settembre, data in cui si capirà se la “scommessa” di Trudeau gli sarà costata un'amara sconfitta o riuscirà piuttosto a condurlo alla vittoria.

LE ELEZIONI DELL'ASSEMBLEA LEGISLATIVA DELLA NOVA SCOTIA

Tornati al potere per la prima volta dopo il 2009, i progressisti-conservatori guidati da Tim Houston hanno ottenuto la vittoria nelle elezioni del **17 agosto** con una percentuale di voti pari al 38,4%; il 36,67% sono state, invece, le preferenze conquistate dal Primo Ministro uscente Iain Rankin, *leader* del *Nova Scotia Liberal Party*, mentre hanno superato di poco il 20% (20,94%) i consensi conseguiti dal *Nova Scotia New Democratic Party* di Gary Burrill.

A dispetto dei sondaggi pre-elettorali, secondo cui sarebbe stata certa la terza vittoria consecutiva del liberale Rankin – una proiezione indubbiamente influenzata dai [risultati](#) delle elezioni tenutesi durante il periodo pandemico nelle altre Province canadesi, le quali avevano visto tutte una sostanziale riconferma dei *leader* uscenti –, la *Progressive Conservative Association of Nova Scotia* ha ottenuto 31 dei 55 seggi dell'Assemblea legislativa; 17 sono spettati al Partito liberale e 6 al Nuovo Partito Democratico.

Il tasso di affluenza alle urne è stato, tuttavia, piuttosto basso, attestandosi intorno al 55%: un dato che se per un verso conferma l'orientamento registratosi nel corso delle precedenti elezioni provinciali del 2017 (ai tempi l'adesione era stata di appena il 53,4%), per altro verso, appare in controtendenza rispetto all'esito delle consultazioni federali del 2019, nell'ambito delle quali la partecipazione elettorale degli abitanti della Nuova Scozia aveva superato la media nazionale, raggiungendo una quota del 69,4%.

Il **30 agosto**, presso la *Province House* di Halifax, si è svolta la cerimonia di insediamento dei membri della 64^a Assemblea legislativa provinciale, i quali, in osservanza delle direttive sanitarie, hanno prestato giuramento in diverse fasce orarie, suddivisi per *caucus* di partito.

Insediatosi il **31 agosto** – dopo aver prestato giuramento nelle mani del *Lieutenant governor* Arthur LeBlanc – il nuovo Governo progressista-conservatore di Houston si compone di [diciotto ministri](#), di cui sette donne: un numero *record* per la provincia neo-scozzese e una scelta (atta a promuovere la parità di genere) espressamente dichiarata dal *Premier* all'indomani della sua elezione. Altro tema centrale dell'esecutivo *houstoniano* – già fulcro della campagna elettorale dal Partito progressista-conservatore – sembra essere quello della salute, la direzione del cui ministero è stata affidata a Michelle Thompson. Non soltanto una migliore gestione dell'emergenza epidemiologica, ma anche, più in generale, un risanamento del sistema sanitario locale mediante il reclutamento di un numero maggiore di medici e l'implementazione di un nuovo e più efficace sistema di primo soccorso sono gli ambiziosi obiettivi che Houston e la sua squadra di Governo intendono perseguire in quest'ambito.

PARTITI

IL DILAGARE DELLA VIOLENZA SUI *SOCIAL NETWORK* E LE SUE RIPERCUSSIONI SULLA CAPACITÀ DEI PARTITI DI RECLUTARE NUOVI CANDIDATI

Il **23 giugno** Cathy Wong, prima donna a presiedere il Consiglio municipale della città di Montreal e primo funzionario eletto di origine cinese, ha deciso di rassegnare le dimissioni dall'incarico a causa delle intimidazioni e degli insulti razzisti ricevuti nello svolgimento del mandato. Prima di lei, nell'autunno del 2020, il Primo Ministro del Québec François Legault era stato bersaglio di minacce di morte da parte di un ventiquattrenne del Bromont; come lui, Sylvie Parent, sindaco di Longueuil, nel novembre 2020 aveva subito delle gravi intimidazioni da parte di due concittadini, successivamente arrestati. Lo stesso Primo Ministro federale Justin Trudeau è stato minacciato di morte in diverse occasioni.

Tali episodi, tutt'altro che isolati, hanno conosciuto una drastica impennata conseguentemente ad un utilizzo sempre più violento dei *social network*: come dimostra una recente indagine condotta dal corpo di polizia del Québec, nella sola provincia quebecchese le segnalazioni di minacce sono passate da 16 a 286 in un anno (dal 2019 al 2020). Il fenomeno, che ha un'ampiezza non dissimile su scala nazionale, ha mostrato di avere una ricaduta diretta sulla capacità dei partiti politici di reclutare nuovi candidati. Intimoriti dalla possibilità di minacce e insulti, gli aspiranti politici, soprattutto se appartenenti a minoranze etniche, linguistiche e religiose, sono scoraggiati dal presentarsi sulla scena politica.

“Abbiamo una responsabilità morale” – ha sostenuto in risposta l'ex Ministro federale dello Sviluppo economico e delle lingue ufficiali Mélanie Joly – “sappiamo che a causa della pandemia c'è più ansia. Questa ansia può essere trasposta in comportamenti e gesti discriminatori e razzisti. Dobbiamo essere ancora più vigili come *leader* politici”.

IL *GREEN PARTY* SCOSSO DA PESANTI TENSIONI INTERNE

Nei mesi di **giugno** e di **luglio** il *Green Party* ha attraversato una fase turbolenta a seguito della defezione della parlamentare Jenica Atwin, passata nelle fila dei liberali a inizio **giugno** dopo aver duramente attaccato la posizione a suo dire troppo morbida della *leader* Annamie Paul sul conflitto

israelo-palestinese e la conseguente denuncia da parte dell'ex portavoce di quest'ultima dell'antisemitismo presente in tutti i partiti, inclusi i verdi. La defezione della deputata ha lasciato il Partito Verde con soli 2 seggi nella *House of Commons*. L'episodio ha esacerbato le tensioni interne al Partito risalenti all'elezione della Paul (3 ottobre 2020), facendo emergere forti pressioni per ottenerne le dimissioni: in particolare, il *Federal Council* del Partito ha tagliato lo *staff* della *leader*, ha rifiutato di stanziare fondi per supportarne la campagna elettorale nel collegio di Toronto centro e ha anche promosso un voto di sfiducia e di sospensione della sua appartenenza al Partito. La prospettiva di elezioni anticipate ha infine ricompattato la formazione politica e rimandato la resa dei conti interna, portando alla cancellazione, il **19 luglio**, del voto di sfiducia. Previsto originariamente per il 20 luglio, il voto di sfiducia – se sostenuto dal 75% dei membri del Consiglio – avrebbe comportato il deferimento della questione all'Assemblea generale dei Verdi, tenutasi dal **20 al 22 agosto**. Durante il mese di **agosto**, inoltre, e più esattamente il giorno **19** è stata annunciata la nuova composizione del *Federal Council*, l'organismo esecutivo del Partito composto da 13 membri eletti annualmente.

LA FIBRILLAZIONE PRE-ELETTORALE E IL RUOLO DEI PICCOLI PARTITI NELLA CAMPAGNA ELETTORALE

Se è vero che la partita per il Governo federale si gioca tra i partiti maggiori (e notoriamente il *Liberal Party of Canada*, il *Conservative Party of Canada*, il *New Democratic Party*, il *Bloc Québécois*, il *Green Party of Canada* e il *People's Party of Canada*), non è comunque da sottovalutare il ruolo occupato dalle formazioni politiche minori nella campagna elettorale.

Stando a quanto riportato dalla piattaforma [Elections Canada](#), [i partiti registratisi alle elezioni federali sono 22](#) e dunque 16 in più rispetto ai suddetti. Dall'*Animal Protection Party of Canada* al *Parti Rhinocéros Party*, passando per il *Marijuana Party* e il *Parti pour l'Indépendance du Québec*. Portatori delle istanze più disparate – raccogliere l'astensionismo elettorale; rivendicare l'indipendenza della provincia del Québec; salvaguardare le specie animali –, i piccoli partiti pur raccogliendo un consenso elettorale esiguo ai fini dell'elezione dei loro candidati, si stanno dimostrando capaci di esercitare una significativa influenza sulle formazioni politiche che si contendono i 338 seggi della *House of Commons*.

Sfruttando la cassa di risonanza rappresentata della campagna elettorale, i partiti minoritari hanno condizionato l'agenda politica dei principali *competitors*, desiderosi di intercettare le preferenze loro riconosciute, in un contesto in cui – come si è detto – lo scarto tra i due attori che si contendono la vittoria (*Liberal Party of Canada* e *Conservative Party of Canada*) è tutt'altro che significativo.

PARLAMENTO

L'INTENSA ATTIVITÀ LEGISLATIVA PRIMA DELLA PAUSA ESTIVA (IN VISTA DELLO SCIoglimento ANTICIPATO)

La 43ª legislatura del Parlamento canadese si è conclusa il **15 agosto**, allorché la Governatrice Generale Mary Simon, mediante una propria *proclamation*, ha approvato la richiesta di scioglimento anticipato avanzata dal Primo Ministro Justin Trudeau.

Per effetto del proclama, i progetti di legge pendenti dinanzi ai due rami del Parlamento sono decaduti. Alla Camera dei Comuni è venuto meno l'obbligo del Governo di rispondere alle interrogazioni scritte, di replicare alle petizioni e di trasmettere *paper* su richiesta dell'Assemblea o in conformità a leggi, risoluzioni e *standing order*. Al Senato, lo scioglimento ha determinato una

cessazione delle attività del *Plenum* e delle Commissioni (con la sola eccezione dello *Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration*, che rimane in funzione nei periodi di *prorogation* e di *dissolution*) che si protrarrà fino all'inaugurazione della 44^a legislatura. Alla *House of Commons*, l'ultima seduta della seconda sessione della legislatura si è svolta il **23 giugno**, quando i lavori sono stati sospesi per la consueta pausa estiva. Il Senato si è invece aggiornato il **29 giugno**.

Nelle settimane che hanno preceduto la sospensione dei lavori parlamentari il Governo liberale di minoranza, in vista di un programmato – ma smentito fino all'ultimo momento – ritorno alle urne, ha tentato di imprimere un'accelerazione all'approvazione dei progetti di legge necessari a realizzare i punti prioritari del suo programma, in particolare sollecitando l'appoggio dei gruppi parlamentari del *New Democratic Party* e del *Bloc Québécois* per superare l'ostruzionismo messo in atto dagli esponenti del *Conservative Party* e tradurre definitivamente in legge i *bill* espressione della sua agenda progressista.

Il **29 giugno** il Senato ha approvato in seconda ed ultima lettura il progetto di legge di bilancio (*C-30, An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on April 19, 2021 and other measures*), il cui testo era passato alla Camera il 22 giugno con 211 voti favorevoli (LP, NDP, BQ e GP) e 121 contrari (CPC). Il Bill C-30 conferisce al Governo federale l'autorità per implementare i piani delineati nel *Budget 2021* presentato (per la prima volta dopo due anni) il 19 aprile, orientati principalmente ad affrontare le gravi conseguenze economiche, sociali e sanitarie della pandemia da SARS-CoV-2 attraverso l'estensione della durata dei programmi di sostegno esistenti (il *Canada Emergency Wage Subsidy* e il *Canada Emergency Rent Subsidy*), la creazione del *Canada Recovery Hiring Program*, l'estensione del *Canada Recovery Benefit*, il trasferimento alle Province di un miliardo a sostegno delle loro campagne vaccinali e la sospensione dell'applicazione degli interessi sui prestiti federali per gli studenti e gli apprendisti. Tra le altre misure spiccano l'incremento di 4 miliardi di dollari del *Canada Health Transfer*, l'aumento dell'*Old Age Security* e del salario minimo federale (portato a 15 dollari l'ora), nonché i copiosi stanziamenti per la realizzazione di grandi progetti infrastrutturali.

Il **29 giugno** la Camera alta ha approvato definitivamente anche il cosiddetto *Canadian Net-Zero Emissions Accountability Act* (*Bill C-12, An Act respecting transparency and accountability in Canada's efforts to achieve net-zero greenhouse gas emissions by the year 2050*), il cui progetto era stato intavolato alla *House of Commons* per iniziativa del *Minister of Environment and Climate Change* il 19 novembre 2020. Approvata con la sola opposizione dei conservatori, la legge – in attuazione degli impegni assunti dal Canada tramite la stipula dell'Accordo di Parigi – demanda al Governo il compito di fissare i *target* nazionali di riduzione delle emissioni di gas serra al fine di raggiungere l'obiettivo finale di zero emissioni entro il 2050. Per promuovere trasparenza e *accountability* nel conseguimento di tali obiettivi, la legge: dispone la trasmissione alle Camere di un piano di riduzione delle emissioni, di un *progress report* e di un rapporto di valutazione per ciascun *target*; apre alla partecipazione della cittadinanza; istituisce un organo consultivo del Ministro dell'Ambiente; richiede al Ministro delle Finanze di predisporre un rapporto annuale sulle misure chiave adottate dall'amministrazione federale per la gestione dei rischi finanziari e delle opportunità derivanti dal cambiamento climatico; prevede che il *Commissioner of the Environment and Sustainable Development* riferisca almeno ogni cinque anni sull'implementazione governativa delle misure di contrasto al *climate change*; infine, prescrive una revisione della legge a cinque anni dalla sua entrata in vigore.

Tra gli altri progetti di legge approvati in via definitiva dal Senato durante le intense sedute che hanno preceduto l'*adjournment* occorre inoltre menzionare quelli riguardanti il delicato tema delle relazioni tra il Governo federale e le popolazioni indigene, tornato di stringente attualità a seguito della riapertura della ferita dei crimini perpetrati nelle *native residential schools*. Il **10 giugno** il Senato

ha trasmesso a Rideau Hall per l'apposizione del *royal assent* (intervenuta il **21 giugno**) il *Bill C-8* ([*An Act to amend the Citizenship Act \(Truth and Reconciliation Commission of Canada's call to action number 24\)*](#)), il quale ha recepito la raccomandazione della *Truth and Reconciliation Commission of Canada* di incorporare nel giuramento di cittadinanza la promessa di rispettare i diritti ancestrali e di origine pattizia dei popoli autoctoni. Il **16 giugno** è stata la volta del *Bill C-15* ([*An Act respecting the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*](#)), in base al quale il Governo deve adottare tutte le misure necessarie al fine di assicurare l'armonizzazione della legislazione con la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni, e deve altresì predisporre e implementare un piano di azione per il conseguimento degli obiettivi fissati dalla Dichiarazione stessa.

Tali leggi sono state precedute dall'adozione, il **3 giugno**, del *Bill C-5* ([*An Act to amend the Bills of Exchange Act, the Interpretation Act and the Canada Labour Code \(National Day for Truth and Reconciliation\)*](#)), il quale, seguendo un'altra raccomandazione della *Truth and Reconciliation Commission*, ha istituito un *National Day for Truth and Reconciliation*, da celebrarsi il 30 settembre di ogni anno.

Nonostante l'intensificazione degli sforzi governativi e parlamentari protesi a conseguire prima dell'*adjournment* estivo l'approvazione di altri *bill* attuativi dell'agenda liberale, alcuni importanti testi legislativi sono rimasti pendenti dinanzi alla seconda Camera. Per effetto della sopravvenuta approvazione della richiesta di scioglimento anticipato del Parlamento, su di essi si è abbattuta inesorabilmente la scure della decadenza.

Tra i progetti di legge rimasti tali, si segnala innanzitutto il controverso *Bill C-10* ([*An Act to amend the Broadcasting Act and to make related and consequential amendments to other Acts*](#)), arenatosi in Senato dopo essere stato approvato il **22 giugno** dalla *House of Commons* con i voti del PL e del BQ (196 favorevoli, 112 contrari). Il disegno di legge mirava a emendare il *Broadcasting Act*, principalmente allo scopo di applicare alla programmazione offerta dai servizi *streaming* e dai *social media* le stesse condizioni cui sono sottoposte le emissioni radiofoniche e televisive, obbligando le piattaforme digitali a fornire informazioni sulle loro fonti di entrata, a incrementare la visibilità e la reperibilità del *Canadian content* e a destinare a un fondo di sostegno al medesimo una quota dei loro profitti. Osteggiato dal CPC in nome della tutela della libertà di espressione, ma accolto con riserve anche da senatori di altri schieramenti, il testo si ispirava a un principio che tradizionalmente permea la normativa federale in materia di industria culturale nazionale: quello della difesa (specialmente dall'influenza statunitense) e della promozione dei caratteri distintivi della canadesità.

Non ha conosciuto una migliore sorte il *Bill C-6* ([*An Act to amend the Criminal Code \(conversion therapy\)*](#)), trasmesso alla Camera alta il **22 giugno** e deferito allo *Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs* il **28 giugno**. Il progetto, allo scopo di contrastare il ricorso alla pratica pseudoscientifica nota come terapia di conversione (definita dal *Department of Justice* come “a practice that seeks to change an individual's sexual orientation to heterosexual, to repress or reduce non-heterosexual attraction or sexual behaviours, or to change an individual's gender identity to match the sex they were assigned at birth”), puntava a rendere penalmente punibile la sottoposizione alla stessa del bambino e del non consenziente, il compimento di atti preordinati all'espatrio del bambino per sottoporlo al trattamento all'estero, la promozione o la pubblicizzazione dell'offerta di eseguirlo (le Corti sarebbero state autorizzate a ordinare la rimozione gli annunci), nonché la ricezione di denaro o benefici materiali in cambio della sua esecuzione. Alla Camera, l'approvazione finale del testo ha aperto una profonda frattura in seno al *caucus* conservatore, allorché 57 deputati (tra i quali il *leader* del partito, Erin O'Toole) si sono schierati a favore e altri 62 (capeggiati da Candice Bergen) hanno votato contro.

Meritano infine un breve cenno due progetti di legge di iniziativa governativa presentati alla *House of Commons* fuori tempo utile per ottenerne l'approvazione prima della sospensione dei lavori (**22 giugno**), probabilmente col solo obiettivo di individuare temi da cavalcare in vista dell'imminente campagna elettorale: si tratta del *Bill C-35* ([*An Act to reduce poverty and to support the financial security of persons with disabilities by establishing the Canada disability benefit and making a consequential amendment to the Income Tax Act*](#)), diretto a istituire il *Canada disability benefit*, e del *Bill C-36* ([*An Act to amend the Criminal Code and the Canadian Human Rights Act and to make related amendments to another Act \(hate propaganda, hate crimes and hate speech\)*](#)), in materia di contrasto ai crimini d'odio.

LO SCONTRO TRA PARLAMENTO E GOVERNO SUL CASO QIU-CHENG

Il **2 giugno** i partiti di opposizione hanno approvato una [mozione](#) mediante la quale la Camera dei Comuni ha ordinato alla *Public Health Agency of Canada* la trasmissione allo *Special Committee on Canada-China Relations* di tutti i documenti secretati relativi a un presunto caso di spionaggio che avrebbe portato prima all'allontanamento dal *National Microbiology Lab* di Winnipeg (luglio 2019) e in seguito al licenziamento (gennaio 2021) degli scienziati cinesi Xiangguo Qiu e Keding Cheng. In base alla mozione, tali documenti, prima di essere deferiti alla Commissione, avrebbero dovuto essere trasmessi al *Law Clerk and Parliamentary Counsel*, incaricato di esaminarli in via confidenziale al fine di omettere le informazioni che avesse ritenuto ragionevolmente compromettenti per la sicurezza nazionale o le indagini in corso. La mozione prevedeva inoltre che, previa consultazione con lo stesso funzionario, la Commissione avrebbe potuto decidere di rendere pubblici contenuti omessi, oppure di non pubblicarli ma di tenerne conto per formulare rilievi e osservazioni in una successiva relazione per il *Plenum*. La Commissione aveva già approvato due mozioni di analogo contenuto a marzo.

Il Governo, mentre da un lato ha acconsentito all'invio dei documenti al *National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians* (un organo di controllo previsto dal [National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians Act](#) del 2017, i cui componenti, nominati dal Governatore Generale su raccomandazione del Primo Ministro, possiedono la più elevata autorizzazione di sicurezza e sono vincolati al mantenimento del segreto), dall'altro, invocando la sez. 38 del [Canada Evidence Act](#), ha rifiutato di autorizzare il Presidente dell'*Agency*, Iain Stewart, ad adempiere alla richiesta delle Commissioni e dell'Assemblea della Camera, asserendo che la rivelazione di alcune informazioni avrebbe potuto arrecare pregiudizio alle relazioni internazionali, alla difesa o alla sicurezza nazionale.

Il **16 giugno** lo *Speaker* della *House of Commons*, il liberale Anthony Rota, si è pronunciato a difesa dell'antica prerogativa della Camera e delle sue commissioni di ordinare la produzione di tutti i documenti di cui necessitino (inclusi quelli contenenti informazioni sensibili) e di decidere in merito alla loro gestione. Ad avviso dello *Speaker*, l'invio di quei documenti alla *National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians* non rappresentava una soluzione accettabile, non essendo tale organo, ai sensi della sez. 4(3) della legge istitutiva, una commissione parlamentare. Sebbene avesse accertato *prima facie* una violazione delle prerogative parlamentari da parte del Governo, lo *Speaker* si è tuttavia astenuto dall'adottare una decisione formale a riguardo.

Il **17 giugno** le opposizioni hanno approvato una [nuova mozione](#) con cui la Camera, oltre a rinnovare la richiesta dei documenti, ha citato per oltraggio la *Public Health Agency* e ha ordinato al suo Presidente di comparire dinanzi al proprio tribunale per essere ammonito dallo *Speaker*. Il **21 giugno** Stewart è divenuto il primo non parlamentare a essere sottoposto a tale procedimento dopo quasi centodieci anni.

Il **24 giugno** l'*Attorney General* David Lametti ha adito la *Federal Court of Canada* per ottenere una pronuncia che confermasse la titolarità da parte del Governo federale del potere di impedire la divulgazione dei documenti relativi al caso Qiu-Cheng. Convenuto in giudizio, il **22 luglio** lo *Speaker* ha depositato una *notice of motion* con la quale ha chiesto il rigetto del caso, nel presupposto che né il potere esecutivo né quello giudiziario fossero competenti a interferire con la prerogativa costituzionale del Parlamento di richiedere *persons, papers and records* ritenuti necessari all'esercizio delle proprie funzioni (descritta come "fundamental to our system of parliamentary democracy, and to Parliament's critical role in acting as the "grand inquest of the nation" and in holding the executive branch of government to account"). A seguito dello scioglimento del Parlamento, che ha fatto decadere anche l'ordine emesso dalla House di produrre i documenti oggetto della contesa, il **17 agosto** il Governo ha infine notificato alla Corte Federale un avviso di cessazione della causa.

LA NOMINA DI OTTO NUOVI SENATORI

Il **22 giugno** l'*Administrator of the Government*, su proposta vincolante del Primo Ministro, ha nominato tre nuovi senatori: Bernadette Clement e Hassan Yussuf per l'Ontario e James Quinn per il New Brunswick. Il **29 luglio** sono stati nominati ulteriori cinque componenti della seconda Camera: David Arnot per il Saskatchewan, Michèle Audette, Amina Gerba e Clément Gignac per il Québec, e Karen Sorensen per l'Alberta. Per effetto di tali nomine, sono stati coperti otto seggi vacanti su un totale di quindici. Con questi ultimi innesti, ammontano a sessanta le designazioni alla carica senatoriale compiute dal Primo Ministro Justin Trudeau dall'inizio del suo mandato (4 novembre 2015). Si ricorda che dal 2016 i membri del Senato sono designati dal Primo Ministro su raccomandazione non vincolante dell'*Independent Advisory Board for Senate Appointment*, incaricato di selezionare i candidati più indipendenti e qualificati tramite un processo meritocratico e aperto a tutti i cittadini.

GOVERNO

L'ANNUNCIO DELL'INTRODUZIONE DEL PASSAPORTO VACCINALE

L'**11 agosto** il Ministro per l'Immigrazione, i Rifugiati e la Cittadinanza Marco Mendicino ha annunciato che il Governo stava lavorando insieme alle Province e ai Territori per l'introduzione di un certificato vaccinale per i viaggi internazionali comune per tutto il Canada. Il certificato sarà disponibile per i cittadini, per i residenti permanenti e per i residenti temporanei completamente vaccinati, e attesterà le vaccinazioni effettuate dal portatore, il tipo di vaccino inoculato e la data e il luogo della somministrazione. Secondo quanto dichiarato da Dominic LeBlanc, Ministro per gli Affari Intergovernativi, il passaporto vaccinale sarà introdotto entro l'inizio della stagione autunnale. La messa in opera del nuovo sistema richiederà in via preliminare la raccolta dei dati sulle vaccinazioni, nelle mani delle autorità sanitarie provinciali. A riguardo, LeBlanc ha affermato che l'Esecutivo è fiducioso nel fatto che "that process will unfold smoothly".

IL PIANO PER RENDERE LA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA PER DIPENDENTI PUBBLICI FEDERALI E VIAGGIATORI

Il **13 agosto** il Governo federale, attraverso il *Treasury Board of Canada Secretariat*, [ha annunciato](#) la propria intenzione di rendere obbligatoria entro la fine di settembre la vaccinazione contro il Covid-19 per tutti gli impiegati pubblici federali. "As the country's largest employer" – si legge nel comunicato – "the Government of Canada is committed to playing a leadership role by

further protecting the health and safety of public servants and the communities where they live and work across Canada and around the world”. In aggiunta, l’Esecutivo ha annunciato che entro la fine di ottobre l’obbligo vaccinale sarà esteso ai lavoratori nei settori del trasporto aereo, ferroviario e navale regolamentati a livello federale, nonché ad alcune categorie di viaggiatori, quali i passeggeri dei voli commerciali, dei treni interprovinciali e delle grandi navi con pernottamento. Infine, ha anche promesso di attivarsi affinché l’obbligo vaccinale sia introdotto anche per gli impiegati delle *Crown Corporation* (aziende pubbliche come, ad esempio, la *Bank of Canada* e la *Canadian Broadcasting Corporation*) e degli altri datori di lavoro in settori regolamentati a livello federale. Il Governo spera che tale iniziativa aiuti il Paese (in cui oltre il 66% della popolazione ha completato il ciclo vaccinale) a raggiungere la copertura vaccinale necessaria per sostenere stabilmente la ripresa economica.

Il sindacato più rappresentativo dei dipendenti pubblici federali, la *Public Sector Alliance of Canada*, ha manifestato sostegno al piano governativo, opponendosi tuttavia all’ipotesi di colpire con sanzioni i lavoratori che intendessero rifiutare il vaccino per ragioni tutelate dalla legislazione in materia di diritti umani.

Presentato due giorni prima della convocazione delle elezioni anticipate, il piano del Governo liberale è diventato un tema caldo della campagna elettorale: appoggiato dal *leader* del *New Democratic Party* Jagmeet Singh, che si è anche detto favorevole a introdurre sanzioni contro i dipendenti pubblici non vaccinati, è stato fortemente osteggiato dal *leader* dei conservatori Erin O’Toole, il quale, ergendosi a paladino del diritto dei cittadini canadesi “to make personal health decisions”, ha proposto di sostituire l’obbligo vaccinale con un obbligo di sottoposizione al test rapido.

GLI *EARLY LEARNING AND CHILD CARE BILATERAL AGREEMENT* CONCLUSI TRA IL GOVERNO FEDERALE E ALCUNI GOVERNI PROVINCIALI

A partire dal mese di **luglio** il Governo federale ha concluso con alcuni Esecutivi provinciali e territoriali gli accordi bilaterali necessari al raggiungimento dell’ambizioso obiettivo delineato nel [Budget 2021](#) di creare un “Canada-Wide Early Learning and Child Care System”.

Il piano del Governo – presentato ad aprile dalla Ministra delle Finanze Chrystia Freeland come “a transformational social investment and a transformational economic investment” – è volto a ridurre le rette pagate dai genitori per l’assistenza all’infanzia del 50% in media entro il 2022, con l’obiettivo di arrivare a una media di 10 dollari al giorno entro il 2026 in tutto il Canada, con l’eccezione del Québec (rispetto al quale si è proposta la ricerca di un accordo asimmetrico che consentisse “further improvements to their system, which the people of Quebec are rightly proud of”).

Per la realizzazione del piano, il *Budget* ha stanziato all’incirca 27 miliardi di dollari per i prossimi cinque anni e ha previsto finanziamenti da erogare regolarmente alle Province e ai Territori (cui compete l’amministrazione dei programmi di assistenza) sulla base di accordi intergovernativi bilaterali.

Il primo è stato firmato con il Governo della [British Columbia](#) il **7 luglio**. Sono seguiti gli annunci degli accordi conclusi tra il Governo di Ottawa e quelli di [Nova Scotia](#) (**13 luglio**), [Yukon](#) (**23 luglio**), [Prince Edward Island](#) (**27 luglio**), [Newfoundland and Labrador](#) (**28 luglio**), [Québec](#) (**5 agosto**), [Manitoba](#) (**9 agosto**) e [Saskatchewan](#) (**13 agosto**).

LA NOMINA DELLA PRIMA GOVERNATRICE GENERALE INDIGENA

Il **6 luglio** il Primo Ministro Justin Trudeau, nella cornice del Museum of History di Gatineau, sulla sponda dell'Ottawa opposta rispetto a Parliament Hill, si è reso protagonista di un annuncio storico: l'approvazione da parte della Regina Elisabetta II della sua proposta di nominare *Governor General of Canada* Mary Simon, la prima persona indigena a ricoprire la carica di rappresentante vicereale della monarchia britannica.

In qualità di Governatore Generale designato, il **22 luglio** Simon ha tenuto virtualmente la sua prima udienza con la Regina, la quale l'ha insignita dei titoli di *extraordinary Companion of the Order of Canada*, *extraordinary Commander of the Order of Military Merit* e *Commander of the Order of Merit of the Police Forces*.

La 30^a Governatrice è entrata in carica il **26 luglio**, dopo aver prestato giuramento nelle mani del *chief justice* Richard Wagner e avere apposto la sua firma sull'*Oath Registry* durante la cerimonia di insediamento ospitata nell'aula del Senato. Ha quindi acquisito i titoli di *Chancellor and Principal Companion of the Order of Canada*, *Chancellor of the Order of Military Merit* e *Chancellor of the Order of Merit of the Police Forces*.

L'insediamento di Simon a Rideau Hall ha posto fine alla supplenza esercitata per sei mesi dal *chief justice*. Sulla base di quanto disposto dalle *Letters Patent* (1947), il vertice della Corte Suprema aveva dovuto assumere l'incarico provvisorio di *Government Administrator* al fine di coprire la vacanza dell'ufficio di Governatore Generale determinata dalle dimissioni di Julie Payette. L'ex Governatrice e astronauta si era dimessa il 21 gennaio in reazione alle [conclusioni di un'indagine indipendente](#) (commissionata dal *Privy Council Office* il 31 agosto 2020 e portata a termine il 12 gennaio seguente) che aveva confermato le accuse mosse da alcuni funzionari contro Payette e la sua Segretaria, Assunta Di Lorenzo, responsabili di aver trasformato l'*Office of the Secretary of the Governor General* in un ambiente di lavoro tossico.

Originaria di Kangiqsualujuaq, un villaggio situato vicino alla foce del Koksoak, nel territorio dell'etnia Inuit di Nunavik, nel Québec settentrionale, la nuova Governatrice vanta una lunga e prestigiosa carriera come attivista per i diritti del suo popolo: ha infatti ricoperto incarichi di spicco all'interno della *Northern Quebec Inuit Association* e dell'*Inuit Tapiriit Kanatami*; ha partecipato all'implementazione del *James Bay and Northern Quebec Agreement* e ai negoziati che hanno condotto al riconoscimento nel *Constitution Act* (1982) degli "existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada" (sez. 35); è stata presidente dell'*Executive Council of the Inuit Circumpolar Conference*, commissaria della *Nunavut Implementation Commission*, codirettrice politica della *Royal Commission on Aboriginal Peoples* e fondatrice dell'*Arctic Children and Youth Foundation*; è stata la prima persona di etnia Inuit a salire ai vertici della diplomazia canadese, prima come *Ambassador for Circumpolar Affairs* – veste nella quale ha avuto un ruolo chiave nell'istituzione del Consiglio Artico – e in seguito anche nel ruolo di Ambasciatrice del Canada in Danimarca.

La neo-Governatrice ha voluto evidenziare la sua sensibilità per i diritti dei popoli indigeni e la portata simbolica della sua nomina fin dall'apertura del proprio [installation speech](#), nel quale, dopo aver ricordato che la cerimonia di insediamento stava avendo luogo "on the unceded territory of the Algonquin Anishinabe people, who have lived and cared for this part of the world for thousands of years", si è detta "honoured, humbled and ready to be Canada's first Indigenous governor general" e ha sottolineato come quello fosse «an important and historic day for Canada». Nel prosieguo del suo discorso, Simon ha espresso forte preoccupazione per le conseguenze dello scioglimento dei ghiacci artici e si è soffermata sul tema della lotta al cambiamento climatico, rispetto al quale ha annunciato la volontà di impegnarsi nella promozione di "leading examples of community and Indigenous-driven conservation and of climate action".

that are making a real difference and can inspire other Canadians to do the same”. Nell’ultimo passaggio dello speech la nuova inquilina di Rideau Hall si è prevedibilmente soffermata sulla rovente questione della “reconciliation”, affermando che l’accettazione della verità sulla storia canadese “makes us stronger as a nation, unites Canadian society and teaches our kids that we must always do our best, especially when it’s hard”, e ammonendo che “even though diversity is a core Canadian value, our country must do more to respect all languages, cultures, ethnicities, religions and ways of living”.

CORTI

LA CORTE SUPREMA CHIARISCE LA PROPRIA POSIZIONE IN MATERIA DI REATI SESSUALI

In due sentenze del **7** e del **14 maggio**, la Corte Suprema si è pronunciata sul tema del consenso esplicito nei rapporti sessuali e sui diritti dei giovani condannati per la suddetta fattispecie di reato. In particolare, nella prima decisione ([2021 SCC 19](#)) confermando l’orientamento espresso dalla Corte d’Appello dell’Ontario, ha convalidato la condanna di un adolescente accusato di violenza sessuale ai danni di una giovane donna, incapace di esprimere il proprio consenso a causa dello stato di alterazione provocato dall’assunzione di sostanze alcoliche. Respingendo le obiezioni del ricorrente – che si era appellato agli artt. 7 e 15 della [Canadian Charter of Rights and Freedoms](#), a suo dire violati dalla sezione 37(10) del [Youth Criminal Justice Act \(YCJA\)](#) in base alla quale non è previsto alcun ricorso contro una sentenza della Corte d’Appello in relazione a una sentenza di colpevolezza a meno che non sia la stessa Corte Suprema a concederlo –, i giudici di Ottawa hanno affermato che la disposizione impugnata non si pone in contrasto con la tutela al diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza (art. 7 CCRF) perché il sistema di giustizia giovanile riconosce la vulnerabilità dei giovani delinquenti fornendo loro protezioni aggiuntive e meglio adattate, che corrispondono alla loro particolare situazione. Inoltre, questi hanno escluso una lesione dell’art. 15 della Carta (tutela dei gruppi contro le discriminazioni fondate sull’età) da parte del YCJA dal momento che la legge opera un bilanciamento tra i vantaggi di un meccanismo di appello e i danni associati a tale processo, salvaguardando ad esempio il principio secondo cui l’esito finale del procedimento penale non sia inutilmente ritardato.

Nella seconda decisione ([2021 SCC 20](#)) la Corte Suprema – convalidando la tesi del giudice di merito in un caso di violenza sessuale commesso da due giovani ai danni di una sedicenne non in grado di acconsentire espressamente allo svolgimento dell’atto – ha chiarito il legame tra consenso e capacità di consenso. Premettendo che si tratta di due elementi decisori inseparabili, la Corte ha affermato che la capacità di consenso richiede che la persona sia in grado di comprendere l’atto fisico, la sua natura sessuale, l’identità precisa del proprio *partner* e che sia in grado di scegliere se partecipare o meno all’attività sessuale. La capacità di consenso si configura, dunque, come un prerequisito del consenso stesso. Pertanto, il fatto che il giudice di merito avesse fuso la questione del consenso e quella della capacità non rileva come un errore di diritto.

JUSTICE MAHMUD JAMAL: IL PRIMO GIUDICE DI ORIGINI KENYANE DELLA CORTE SUPREMA CANADESE

Nominato il **17 giugno** dal Primo Ministro Justin Trudeau, Mahmud Jamal è divenuto giudice della Corte Suprema il **1° luglio**, dopo il ritiro di Rosalie Abella, il membro più longevo dell’alta Corte canadese.

Già membro della Corte d'appello dell'Ontario e professore di diritto costituzionale e di diritto amministrativo presso la McGill University e la Osgoode Hall Law School, Jamal è il primo giudice keniano a sedere ai banchi di Ottawa. Trasferitosi in Inghilterra per ragioni di studio, si è successivamente spostato in Alberta per completare la sua formazione professionale. “Ho vissuto e lavorato in tre province”, ha dichiarato, “e sviluppato una pratica nazionale che mi ha portato ai tribunali di sette Province. L'erosione delle barriere interprovinciali mi ha permesso di imparare da avvocati e giudici in tutto il Canada le differenze tra le giurisdizioni e, cosa più importante, i molti punti in comune che ci uniscono. Queste esperienze hanno approfondito la mia convinzione nella diversità e nell'unità essenziale del nostro Paese e i suoi popoli”.

PROVINCE E TERRITORI

L'INTRODUZIONE DEL CERTIFICATO VACCINALE E DELLA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA IN ALCUNE PROVINCE

A fronte del preoccupante manifestarsi di una quarta ondata epidemica, diversi governi provinciali hanno preso in considerazione l'introduzione del requisito del possesso di una certificazione vaccinale per godere di determinati benefici o servizi.

In Manitoba, l'**8 giugno** il Governo ha introdotto una *immunization card*, prevedendone il rilascio a coloro che avessero completato il ciclo vaccinale. Il possesso della carta, se inizialmente valeva soltanto a esonerare il possessore dall'obbligo di sottoporsi ad autoisolamento in caso di ritorno da viaggi interprovinciali o di stretto contatto con contagiati, in seguito è diventato anche un requisito per effettuare visite prolungate nelle strutture sanitarie e per partecipare ad alcune attività a carattere ricreativo.

Nell'Isola del Principe Edoardo, l'**8 luglio** è stato lanciato il *P.E.I. pass*, il cui possesso esonera dall'obbligo di autoisolamento i residenti e i visitatori che facciano ritorno o ingresso nel territorio provinciale, pur con una serie di differenziazioni a seconda del luogo di provenienza e delle dosi di vaccino ricevute.

Rilevante è stata anche l'iniziativa del Governo del Québec, il quale, per bocca del Ministro della Salute Christian Dubé, il **10 agosto** ha annunciato la decisione di introdurre a partire dal 1° settembre un passaporto vaccinale volto a impedire alle persone non completamente vaccinate di accedere a un vasto elenco di servizi non essenziali. Il Ministro ha giustificato la misura facendo riferimento all'aumento dei contagi da variante Delta e presentando la futura certificazione come “a balance [...] in keeping our economy open while protecting the population”.

Seguendo l'esempio quebecchese, il **23 agosto** il Governo della British Columbia ha annunciato l'introduzione, il 13 settembre, di una *vaccine card*, il cui rilascio (subordinato alla ricezione di una dose di vaccino fino al 24 ottobre, data a partire dalla quale saranno richieste due dosi) permetterà l'accesso a un'ampia gamma di attività sociali e ricreative non essenziali.

Nonostante la disponibilità mostrata del Governo canadese a collaborare con le Province al fine di rendere utilizzabile anche all'interno del territorio nazionale il passaporto vaccinale ideato per i viaggi internazionali, gli esecutivi provinciali hanno deciso di sviluppare propri strumenti di certificazione, oppure, nella maggior parte dei casi, di non introdurli affatto. Quest'ultimo è soprattutto il caso dell'Alberta, il cui Premier, Jason Kenney, leader dello United Conservative Party, ha dichiarato che “they would in principle contravene the Health Information Act and also possibly the Freedom of Information and Protection of Privacy Act”.

Sulla scia dell'annuncio del Governo federale della prossima introduzione della vaccinazione obbligatoria per gli impiegati pubblici federali, alcune Province hanno deciso di avviare iniziative analoghe.

È questo il caso, ad esempio, della British Columbia, le cui autorità hanno annunciato il **14 agosto** che entro il 12 ottobre la vaccinazione sarà resa obbligatoria per tutti i lavoratori delle case di riposo e di cura, i cui ospiti sono stati duramente colpiti dalla pandemia.

Il **17 agosto**, il Primo Ministro del Québec, François Legault (CAQ), ha annunciato l'intenzione del suo Governo di introdurre dal 1° ottobre la vaccinazione obbligatoria per tutto il personale sanitario, pubblico e privato, che lavori a contatto con i pazienti per un tempo superiore ai quindici minuti. Il **22 agosto** la *leader* dell'opposizione ufficiale, Dominique Anglade (PLQ), ha replicato all'iniziativa dell'Esecutivo proponendo di estendere l'obbligo vaccinale a tutti gli operatori sanitari, agli impiegati governativi, ai lavoratori nell'istruzione e nell'assistenza all'infanzia, al personale dell'*Assemblée nationale* e ai frequentanti le università. Su iniziativa delle opposizioni, il **26** e il **27 agosto** la *Commission de la santé et des services sociaux* dell'Assemblea nazionale, nell'ambito di una consultazione speciale sull'opportunità di introdurre l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e di una eventuale estensione dello stesso ad altre categorie di lavoratori, ha svolto (in presenza e in videoconferenza) una sessione di audizioni pubbliche durante la quale sono stati ascoltati rappresentanti di associazioni sindacali, esperti e responsabili governativi (tra i quali il Ministro della Sanità, Christian Dubé, e il Direttore Nazionale della Salute Pubblica, Horacio Arruda).

Nella stessa direzione della British Columbia e del Québec si è mosso anche il Governo dell'Ontario, che il **17 agosto** ha comunicato che entro il 7 settembre dovranno essere obbligatoriamente vaccinati i lavoratori della pubblica istruzione e tutto il personale ospedaliero, dei servizi sociali e dei servizi di assistenza domiciliare.

Fra gli esecutivi provinciali che hanno espresso contrarietà a questo genere di misure spicca di nuovo quello conservatore dell'Alberta, che il **15 giugno** ha perfino ottenuto l'approvazione da parte dell'Assemblea legislativa provinciale di un progetto di legge ([Bill 66, Public Health Amendment Act, 2021](#)) recante – insieme all'abrogazione del controverso potere dei ministri di emendare unilateralmente le leggi attraverso *ministerial order*, previsto dal [Bill 10 \(Public Health \(Emergency Powers\) Amendment Act, 2020\)](#) (per il quale si rinvia alle [Cronache](#) del numero 1/2020 di questa Rivista) – l'abrogazione dell'ultracentenaria sezione 38(1)(c) del *Public Health Act* che autorizzava il Governo a ordinare la vaccinazione obbligatoria e finanche forzata dei cittadini.



Il complesso quadro istituzionale francese tra persistente lotta alla pandemia, elezioni locali, “enjeux” presidenziali, “affaire Moretti” e il difficile bilanciamento tra sicurezza e diritti*

di Paola Piciacchia**

Senza alcun dubbio è stata ancora la persistente lotta alla pandemia a dominare la scena nell'ultimo quadrimestre in un complesso quadro istituzionale e politico-sociale in cui l'obiettivo di convivere con il virus si è andato intrecciando con l'obiettivo di vedere oltre la pandemia, alle prospettive di crescita e rilancio dell'economia e alle politiche pubbliche che il Presidente già ha annunciato di voler metter in campo oltre a quelle già in fase di attuazione.

Un po' tracciando le priorità per i mesi che lo separano dalle elezioni presidenziali, un po' lanciando quello che sembra già un vero e proprio programma elettorale, Macron ha strettamente connesso il tema della vaccinazione e il conseguente piano di intervento contro la pandemia - con l'introduzione prima, e l'estensione, poi, del *green pass*, e con l'introduzione dell'obbligo vaccinale per alcune categorie di lavoratori - con la ripresa economica, annunciando i prossimi investimenti e le prossime tappe di tale ripresa, il grande piano di industrializzazione connesso all'ecologia e al progresso, al rilancio occupazionale, che attende il Paese nei mesi a venire, ricordando gli interventi già avviati, e che stanno prendendo corpo.

Lo ha fatto rivolgendosi ai francesi con un [discorso](#) il **12 luglio** per spiegare le nuove misure di lotta alla pandemia, occasione in cui il Capo dello Stato è tornato a parlare - tra le altre cose - anche di una delle riforme del programma del quinquennato a lui più care e mai realizzate, ovvero quella delle pensioni. La riforma delle pensioni, in cantiere dal 2019, era stata ostacolata, prima, dalle proteste di piazza, poi, dalla pandemia che avevano costretto il Presidente e il suo Governo (allora guidato da Philippe) ad accantonarla proprio in una fase cruciale della sua approvazione in Parlamento. Macron, tuttavia, ha dimostrato di non avervi mai veramente rinunciato e a pochi

*Contributo sottoposto a *peer review*

**Professoressa associata di Diritto pubblico comparato - “Sapienza” Università di Roma

mesi dalle elezioni presidenziali ha rilanciato il tema ricollegandolo alle prospettive di crescita per le generazioni future per le quali garantire un sistema pensionistico basato sull'equità. Se quindi tra le conseguenze più evidenti della pandemia va menzionato, il congelamento delle riforme volute da Macron e del suo Governo, - che ha penalizzato la seconda metà del quinquennio e contribuito anche ad anesteticizzare il dibattito sulla maggior parte delle decisioni economiche e sociali - il rilancio su questi temi, in una fase che si preannuncia di crescita economica, dimostra la volontà di non perdere l'occasione di mettere a segno uno degli obiettivi fissati nel 2017, a fronte di un bilancio sulle riforme (soprattutto costituzionali) certo non esaltante.

Peraltro è proprio del **6 luglio** l'annuncio fatto da Jean Castex, durante un'interrogazione all'Assemblea Nazionale di abbandonare - dopo l'ennesimo braccio di ferro con il Senato - anche il progetto di legge costituzionale sul clima, promesso da Macron alla *Convention citoyenne sur le climat*, volto ad introdurre all'art. 1 della Costituzione il principio di preservazione dell'ambiente e di lotta al cambiamento climatico. "Cette main tendue en faveur de la protection du climat - ha dichiarato Castex - n'a pas été saisie par le Sénat. Ce vote met hélas un terme au processus de révision constitutionnelle". Dopo l'insabbiamento del progetto di revisione costituzionale nel 2018 a causa dell'"affaire Benalla" è la seconda volta che un progetto di revisione costituzionale viene lasciato cadere a causa dell'impossibilità di approvarlo in Parlamento e ciò si è tradotto in un fallimento per la politica di riforme costituzionali di Macron.

In quest'ultima vicenda un ruolo fondamentale è stato ricoperto dal Senato - il cui assenso è indispensabile per l'approvazione delle leggi costituzionali - che ha, ancora una volta, rigettato la formulazione proposta dell'Assemblea Nazionale portando avanti una battaglia semantica che, di fatto, ha bloccato il progetto e impedito l'organizzazione del referendum su cui tutti i francesi sarebbero stati chiamati ad esprimersi molto probabilmente in autunno. Il Senato, - con una maggioranza contrapposta a quella dell'Assemblea Nazionale - comunque, in questi mesi non ha risparmiato battaglie su tutti i testi sottoposti alla sua approvazione, riuscendo talvolta a far approvare emendamenti ai testi dei progetti di legge presentati dal Governo.

Più in generale, l'agenda legislativa in questo quadrimestre è stata dominata dall'approvazione di leggi che sono andate fortemente ad incidere sui diritti fondamentali e sulle libertà e non meraviglia quindi che il Parlamento abbia costituito spesso, come è giusto che sia, la sede del confronto. Il procedimento legislativo ha rappresentato per molte delle leggi approvate la vera occasione di portare modifiche al testo presentato dal Governo grazie ad un certo numero di emendamenti di origine parlamentare.

Quanto al Governo, esso è rimasto concentrato nell'attuazione delle misure economiche e sanitarie per uscire dalla pandemia e nell'intento di seguire l'approvazione di numerose leggi che lo hanno spesso portato ad una continua contrattazione con le due Camere. Inoltre, la crisi sanitaria lo ha costretto a prolungare lo stato di emergenza e dopo aver fatto approvare a **maggio** una legge sull'uscita dall'emergenza sanitaria con la quale era stato introdotto il *green pass*, a **luglio** ha dovuto rivedere tali decisioni facendo approvare una legge per l'estensione del *green pass* e l'introduzione della vaccinazione obbligatoria per alcune categorie di lavoratori, come si è già detto. Ed è stata proprio la seconda legge, in piena estate, tra il **24** e il **31 luglio**, a far scendere

in piazza migliaia di francesi nel tentativo di condizionare, prima, l'approvazione della legge prevista per il **25 luglio**, poi, la pronuncia del Consiglio costituzionale, giunta il **5 agosto**.

A **luglio** il Governo è stato poi scosso dall' "affaire Moretti" con la *mise en examen* del Ministro della Giustizia Dupond-Moretti per presunto conflitto di interessi tra la carica di ministro e alcuni dossier legati alla sua precedente attività di avvocato penalista. Il Ministro infatti è accusato di aver approfittato della sua carica per regolare dei conti in sospeso rispetto a vicende che lo vedevano coinvolto quando era avvocato. Una vicenda inedita e molto grave di fronte alla quale tuttavia il Governo – sostenuto dallo stesso Presidente Macron - ha rinserrato i ranghi, ha difeso Moretti e non ne ha richiesto le dimissioni. La vicenda, che, come si dirà più avanti, è legata ad alcune inchieste amministrative ordinate dal Guardasigilli nei confronti di tre magistrati della super procura finanziaria (Pnf-Parquet National financier) e una seconda indagine amministrativa nei confronti del giudice Édouard Levraut – ha comunque portato alla luce un clima di tensione tra esecutivo e magistratura che rischia, a detta dei commentatori politici, di indebolire la fiducia dei cittadini nei confronti della politica, già fortemente messa alla prova.

Un capitolo importante è stato rappresentato dalle elezioni regionali e dipartimentali che si sono tenute il **20 e 27 giugno**. Sebbene l'eco del dibattito suscitato da tali elezioni locali si sia esaurito in fretta, superato in ordine di importanza da altri temi come la recrudescenza della pandemia, lo scenario venutosi a creare alla fine di **giugno** merita di essere approfondito. Esse hanno infatti dominato la scena soprattutto per il dibattito pre-elettorale che le hanno accompagnate piuttosto che per i risultati che, contrariamente alle aspettative di alcuni partiti, ivi compreso quello del Presidente Macron, LREM in cerca di radicamento territoriale, non hanno modificato di molto gli equilibri politici a livello di collettività territoriali.

Già al primo turno lo scenario non è sembrato edificante per i partiti dei due maggiori contendenti alle prossime elezioni presidenziali Macron e Le Pen. Se infatti, da un lato, i candidati de *La République en Marche* a stento, e solo in otto regioni, sono riusciti a passare al secondo turno, dall'altro, il *Rassemblement National* non è riuscito a passare al secondo turno che in una – la Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) - delle sei regioni nelle quali era dato per favorito. I risultati inoltre sono stati contraddistinti da un elevatissimo tasso di astensionismo che ha raggiunto i due terzi degli aventi diritti. Oltre ad una disaffezione nei confronti della politica, tale dato dimostra comunque anche lo scarso attaccamento degli elettori francesi alla competizione elettorale locale regionale e dipartimentale, addirittura minore a quella relativa alla competizione politica elettorale per le elezioni municipali che, nel 2020, in pieno Covid, aveva raggiunto sì un tasso molto elevato del 55,34% di astensioni al primo turno e del 58,14% al secondo turno ma non aveva raggiunto i livelli dello scorso giugno.

Al primo turno – riconfermata poi nel secondo turno - la vera rivincita nel panorama dei partiti francesi è stata per *Les Républicains* il partito di centro-destra che, preparato invece ad una possibile sconfitta, si è visto consacrare come il primo partito più votato a livello nazionale alle regionali. Nonostante i sondaggi suggerissero, dunque, un maggiore rimescolamento del paesaggio politico, - come lo stesso Primo Ministro Jean Castex aveva predetto - soprattutto per ciò che concerne l'affermazione del *Rassemblement National* di Marine Le Pen, al secondo turno la quasi totalità dei presidenti di regioni uscenti sono stati riconfermati sia a destra che a sinistra. Emblematica in tal

senso la riconferma di Renaud Muselier de *Les Républicains* nella regione Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) il quale, beneficiando del ritiro dell'ecologista Jean-Lauren Felizia dopo il primo turno - che gli ha consentito di ottenere anche il sostegno della sinistra e de *La République en Marche* - ha strappato la vittoria al candidato del *Rassemblement National*, Thierry Mariani con il 57,30% dei voti contro il 42,70%.

Marine Le Pen aveva puntato molto a questa vittoria, soprattutto alla luce delle contrapposizioni interne agli altri partiti sulla candidatura di Muselier dei mesi precedenti le elezioni, e per questo la delusione per la mancata conquista della regione è stata ancor più forte. La Le Pen, comunque, pur riconoscendo la sconfitta ha richiamato il grande tasso di astensione dichiarando di ripartire da questo dato per garantire maggiore mobilitazione in vista delle prossime elezioni presidenziali. Elezioni che non si preannunciano facili per la destra lepeniana dopo che nel corso dell'estate ha fatto irruzione nel dibattito politico dell'area di estrema destra Eric Zemmour, saggista e giornalista francese de *Le Figaro*, che pur non essendo al momento un candidato ufficiale alle presidenziali, sta raccogliendo un improvviso e crescente consenso mediatico che lo ha portato, in breve tempo, nei sondaggi al 15% delle preferenze dei francesi per il primo turno delle presidenziali. Un problema per Marine Le Pen che rischia di vedersi dragare il bacino di voti degli elettori di estrema destra, più vicini all'ideologia di Le Pen padre, e poco convinti dell'abbandono di posizioni più radicali da parte della leader del *Rassemblement National*.

Convinto che questa situazione possa giovare alla destra moderata e alla sua personale ascesa come unico candidato in grado di contrastare Zemmour, è Xavier Bertrand protagonista alle regionali della significativa riconferma alla presidenza della regione Haute-de-France. Xavier Bertrand, in passato esponente di spicco de *Les Républicains*, già ministro durante le presidenze di Chirac e Sarkozy, ed ora candidato ufficiale di *Divers Droite* alle prossime elezioni presidenziali, aveva annunciato già nell'agosto dello scorso anno la propria candidatura alle presidenziali del 2022, rifiutandosi però di concorrere alle primarie della destra perché proprio le elezioni regionali sarebbero state le sue primarie. Forte del risultato raggiunto Bertrand spera di essere scelto alle sue condizioni, senza passare per le primarie, al Congresso di dicembre de *Les Républicains* durante il quale sarà scelto il candidato ufficiale del partito.

Il vero sconfitto alle elezioni regionali sembra tuttavia essere stato *La République en Marche*. Il partito del Presidente, a vocazione maggioritaria, aveva cercato, ancora una volta, il riconoscimento di un radicamento territoriale difficile però da raggiungere per una formazione nata appena quattro anni fa, nel 2017: esso non ha, infatti, conquistato neanche un presidente di regione e anche la sua lista è rimasta molto lontana dalle aspettative ottenendo nei consigli regionali a livello nazionale solo 7 seggi. Leggermente migliore, anche se scarsamente significativo il risultato nei dipartimenti dove i presidenti a sigla LREM sono passati da 1 a 2. Anche alla luce di questo risultato, il Presidente Macron ha preferito rimanere in disparte, non si è esposto più di tanto né durante la campagna elettorale né tantomeno dopo le elezioni per commentare la sconfitta, concentrato piuttosto sulle questioni di politica nazionale in vista delle presidenziali del 2022.

Al contrario, i veri vincitori, anche morali, di questa competizione elettorale sono stati senza dubbio stati i due partiti tradizionali della destra e della sinistra. Come si è già detto, sia *Les Républicains* che il *Parti Socialiste* si sono visti riconfermare le presidenze di regione e il mantenimento di questa rendita di posizione è stata da molti letto come la rivincita del “vecchio mondo”. Ma in vista delle presidenziali del 2022, i risultati raggiunti con le elezioni regionali non è detto che reggano all’urto della campagna elettorale soprattutto per la sinistra, ancora molto divisa.

Certo è che, se dal punto di vista della politica nazionale queste elezioni possono non essere così importanti dato il carattere eminentemente amministrativo del sistema regionale francese, sicuramente anche queste elezioni, come già e in maniera ancor più determinante è successo con le elezioni municipali, avranno dei riflessi a venire sulla composizione del Senato il cui collegio elettorale è formato, quanto alla rappresentanza territoriale, anche dai consiglieri regionali e dipartimentali oltre che - lo ricordiamo – dai consiglieri municipali che rappresentano il 95% del collegio elettorale stesso.

Sempre in tema di elezioni, nel momento in cui si comincia ad entrare nel vivo delle dinamiche che porteranno alle elezioni presidenziali, merita ricordare che, eccezion fatta per il polo ecologista che in settembre si misurerà con le primarie per la scelta del proprio candidato alle presidenziali, al momento, le primarie di partito stanno riscuotendo scarso successo a differenza di quanto esse furono centrali per le elezioni del 2017 quando sia a destra che a sinistra esse tennero banco nel dibattito politico francese. Esse furono fatali, in qualche modo, soprattutto al centro destra de *Les Républicains* non solo per la vittoria della candidatura di Fillon successivamente travolto dallo scandalo “parentopoli” e uscito dalla presto dalla competizione, ma anche per le divisioni interne che esse comportarono. Ed è forse per questo che esse oggi sono percepite come fonti di divisioni, ed è sempre forse anche per questo che Xavier Bertrand, già candidato per *Divers droite*, come si è detto, potrebbe accettare di partecipare al Congresso de *Les Républicains* di dicembre, solo a patto di non doversi piegare alla competizione delle elezioni primarie.

Last but not the least, un tema che a livello costituzionale ha caratterizzato questo quadrimestre è senza dubbio il capitolo relativo ai diritti. Il Consiglio costituzionale si è pronunciato su numerose leggi che hanno posto al centro della riflessione il difficile e delicato bilanciamento tra sicurezza e diritti di libertà.

In particolare, sia la legge che ha introdotto il *green pass*, sia la legge relativa al rispetto dei valori della Repubblica che le leggi sulla sicurezza (v. *infra*) hanno toccato alcuni profili essenziali in tema di libertà (anche se di diversa natura) non sempre facili da conciliare con gli obiettivi costituzionalmente riconosciuti di salvaguardia della sicurezza.

Cosicché il Consiglio costituzionale nelle sue decisioni si è trovato a dover trovare un punto di equilibrio e un bilanciamento tra valori contrapposti che, se da un lato, hanno rilanciato il dibattito sulla natura e il ruolo dell’organo di giustizia costituzionale nell’ordinamento francese, dall’altro hanno posto l’accento sull’evoluzione dei diritti in un’era di insicurezza globale. Un’insicurezza che sta rimettendo in discussione numerosi diritti e libertà fondamentali dal diritto al rispetto della libertà personale, della vita privata, al rispetto della libertà di pensiero, al rispetto

della libertà di associazione. Il Consiglio costituzionale ha emanato le sue decisioni basandole essenzialmente su un controllo di proporzionalità, individuando l'obiettivo perseguito dal legislatore e attribuendo ad esso un perimetro oltre il quale le misure prese dal legislatore sono state giudicate non proporzionali all'obiettivo perseguito. Così facendo il Conseil non si è mostrato del tutto impermeabile al contesto in cui la leggi sono state approvate soprattutto se all'obiettivo perseguito è stato attribuito un valore costituzionale.

ELEZIONI

ELEZIONI REGIONALI E DIPARTIMENTALI

Il **20** e il **27 giugno** si sono svolte le elezioni regionali e dipartimentali nella Francia metropolitana e nelle collettività territoriali della Corsica, Guyana e Martinica.

Il **20 giugno** con un tasso di astensione che ha raggiunto una percentuale elevatissima del 66,72% si è tenuto il primo turno e i risultati per “nuance politiques” delle elezioni regionali sono stati i seguenti: l'Unione di destra ha ottenuto il 15,48%, l'Unione di destra e di centro il 7,30%, *Les Républicains* il 5,68%, *Divers droite* l'1,02% per un totale del 29,49% di voti ottenuti dall'area di destra. L'Unione di sinistra ha invece ottenuto il 13,10%, l'Unione di sinistra con gli ecologisti l'11,50%, gli Ecologisti il 7,38%, *Divers gauche* il 2,07%, la *France Insoumise* lo 0,84%, il Partito Socialista lo 0,11%, il Partito comunista lo 0,03% per un totale di voti dell'area di sinistra del 35,03%. All'estrema destra, il *Rassemblement National* di Marine Le Pen ha ottenuto il 18,68% di voti. Al centro, l'Unione di centro ha raggiunto l'8,80% di voti, *Divers centre* l'1,20%, solo lo 0,52% è andato al partito del Presidente, *La République en Marche* mentre il *Mouvement démocrate* ha ottenuto lo 0,01%, per un totale di voti del centro del 10,53%. L'estrema sinistra ha infine ottenuto il 2,78%. Ai regionalisti è andato l'1,56% dei voti.

Con un tasso di astensionismo ancora molto alto del 65,31% il **27 giugno** si è poi tenuto il secondo turno delle elezioni. Le liste dei partiti alle regionali hanno raggiunto i seguenti risultati: l'Unione di destra ha ottenuto il 10,46%, l'Unione di destra e di centro il 9,45%, *Les Républicains* l'8,37%, *Divers droite* lo 0,29% per un totale di voti ottenuti dall'area di destra del 37,92%. L'Unione della sinistra ha invece ottenuto il 10,46% dei voti, l'Unione della sinistra con gli ecologisti il 20,29%, gli Ecologisti, ridimensionati rispetto al primo turno, l'1,41%, *Divers gauche* il 2,39%, il Partito Socialista lo 0,19%, per un totale di voti ottenuti dall'area di sinistra del 34,74%. All'estrema destra il *Rassemblement National* di Marine Le Pen ha ottenuto il 19,05% di voti. Al centro, l'Unione di centro ha raggiunto il 5,16%, *Divers centre* l'1,51%, lo 0,04 è andato al partito del Presidente, *La République en Marche*, per un totale dell'area di centro del 7,11%. I regionalisti hanno ottenuto l'1,16% dei voti.

Tranne che nella Martinica, Guyana e Reunione, tutti i Presidenti di Regione sono stati riconfermati con equilibri tra le forze politiche rimasti inalterati a livello nazionale.

Anche le elezioni dipartimentali sono state caratterizzate dallo stesso forte astensionismo che ha riguardato due terzi degli aventi diritto e anche in questo caso i risultati non hanno alterato più di tanto gli equilibri politici per aree, sebbene occorra dire che nell'area di destra *Les Républicains* hanno senz'altro imposto maggiormente la loro leadership sugli altri partiti.

Il numero di Presidenti dei dipartimenti dell'area di sinistra è passato da 28 a 26, con rispettivamente 21 al Partito Socialista (da 26), 2 (da 1) al PRG (Partito radicale di sinistra), 3 (da 2) a *Divers gauche*. Il numero di Presidenti nell'area di centro è rimasto a 4 di cui, rispettivamente,

2 (da 1) a *La République en Marche*, 1 a MoDem e 1 a *Gauveloupe unie, solidaire et responsable*. Il numero dei Presidenti dell'area di destra è leggermente aumentato passando da 63 a 65, con rispettivamente 43 (da 37) per *Les Républicains*, 8 (da 10) per l'UDI, 1 (da 1) per LC, 12 (da 15) per *Divers droite*.

PARLAMENTO

LEGGI SULLA SICUREZZA

Il **25 maggio** (J.O. del 26 maggio) è stata promulgata la legge [n. 2021-646](#) sulla sicurezza globale che salvaguarda le libertà. La proposta di legge era stata presentata il 26 ottobre all'Assemblea Nazionale e ivi adottata il 24 novembre 2020, con ricorso del Governo alla procedura d'urgenza. Trasmessa al Senato, la proposta di legge era stata approvata con modifiche il **18 marzo**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica, e trovato l'accordo, il testo era stato approvato dal Senato e dall'Assemblea Nazionale rispettivamente il **7** e il **15 aprile**. Il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge con la decisione [n. 2021-646 DC](#) del **20 maggio** dichiarandola parzialmente incostituzionale ed enunciando diverse riserve d'interpretazione (v. *infra*). La legge – ampiamente modificata da emendamenti di origine parlamentare e governativa - ha introdotto numerosi dispositivi per rafforzare i poteri di polizia, di polizia municipale e del settore della sicurezza privata.

Quanto alla polizia municipale il testo ha regolamentato la condivisione tra comuni della polizia municipale e ha introdotto un quadro normativo per dotare Parigi di una polizia municipale entro il 2026. Con un emendamento del Senato è stato creato un Consiglio parigino di sicurezza con lo scopo di associare i sindaci dei municipi ai grandi orientamenti della polizia municipale parigina.

In vista di grandi eventi quali la Coppa del mondo di rugby del 2023 e le Olimpiadi del 2024 molte misure hanno interessato le società di sicurezza privata e hanno rafforzato il loro controllo.

Un capitolo che aveva, nei mesi precedenti l'approvazione, suscitato un vivace dibattito ha riguardato la parte relativa alle videocamere, alle telecamere pedonali e ai droni.

Sono stati infatti ampliati i soggetti che potranno visionare le telecamere. I vigili potranno visionare le immagini in prossimità dei negozi: tale previsione è stata accompagnata dall'introduzione di numerose garanzie tecniche mentre il Consiglio costituzionale ha enunciato una riserva d'interpretazione sul punto specificando che i vigili potranno visionare solo le videocamere nel loro comune o intercomunalità (v. *infra*).

Con lo scopo di mettere in sicurezza i trasporti pubblici anche gli agenti della RATP e della SNCF potranno avere accesso alle videocamere della pubblica via sotto la responsabilità dello Stato.

La legge ha rivisto le regole per l'uso da parte dei poliziotti delle telecamere pedonali e ha creato un regime giuridico per l'uso dei droni da parte delle forze dell'ordine. La legge aveva anche introdotto la possibilità per le forze dell'ordine e per i servizi di sicurezza di disporre di videocamere poste sui loro veicoli ma il Consiglio costituzionale ha dichiarato tale disposizione contraria a Costituzione (v. *infra*).

La legge, inoltre, aveva introdotto un articolo che creava un nuovo reato di provocazione all'identificazione di un poliziotto o gendarme in servizio allo scopo manifesto di portare pregiudizio alla sua integrità fisica o psichica ma anche questo articolo è stato censurato dal Consiglio costituzionale (v. *infra*) per mancanza di una sufficiente definizione degli elementi costitutivi dell'infrazione. L'art. 52 (in origine art. 24) censurato dal Consiglio costituzionale aveva

sin dalla presentazione della proposta di legge sollevato polemiche, era stato esposto a numerose critiche per aver previsto la modifica della legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa e la creazione del reato di diffusione dannosa di immagini delle forze dell'ordine ed era stato riscritto dal Senato.

Sempre in tema di sicurezza il **30 luglio** (J.O. del 31 luglio) è stata promulgata la legge [n. 2021-998](#) relativa alla prevenzione di atti di terrorismo e relativa all'intelligence. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il 28 aprile ed ivi approvato, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il **2 giugno**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **29 giugno**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica, in presenza di persistente disaccordo, il ricorso ad una nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato non aveva portato all'approvazione del testo da parte di entrambe le Camere ma da parte della sola Assemblea Nazionale con ricorso all'art. 45, 4° c. Sulla legge si è pronunciato il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-822 DC](#) del **30 luglio**.

La legge ha regolamentato due ambiti. In primo luogo l'ambito relativo alle misure antiterrorismo e in secondo luogo l'ambito relativa ai servizi di sicurezza.

Quanto al primo punto, la legge ha stabilizzato le misure di polizia amministrativa previste dalla legge del 30 ottobre 2017 sull'emergenza terrorismo. Tutta una serie di misure – quali i perimetri di protezione, la chiusura dei luoghi di culto, le misure individuali di controllo e sorveglianza - che erano state sottoposte ad una sperimentazione dalla legge del 24 dicembre 2020 fino al 31 luglio 2021 sono state confermate e rese permanenti. Oltre alle misure già esistenti ne sono state introdotte ulteriori come la chiusura di luoghi che dipendono da luoghi di culto chiusi; l'estensione a due anni – invece di uno – delle misure amministrative di sorveglianza per i condannati di terrorismo a una pena di cinque anni o più (misura poi censurata dal *Conseil*); la creazione di un dispositivo giudiziario di prevenzione della recidiva terroristica e di reinserimento”.

Tra le misure introdotte anche quella che prevede che i prefetti e i servizi di intelligence siano destinatari delle informazioni sulle cure psichiatriche senza consenso delle persone radicalizzate che le seguono.

Durante l'esame all'Assemblea Nazionale è stato infine introdotto un emendamento che ha mantenuto e arricchito il rapporto annuale che deve essere inviato al Parlamento dal Governo sull'applicazione delle misure antiterrorismo.

Quanto all'intelligence, la legge ha modificato la legge del 24 luglio 2015 sui servizi di informazione per tener conto delle tecnologie e delle modalità di comunicazione utilizzate dai terroristi. La legge ha infatti previsto che i servizi di intelligence possano disporre di nuovi mezzi di controllo e in particolare, a titolo sperimentale, della possibilità di intercettare le comunicazioni satellitari. Inoltre, la tecnica dell'algoritmo – che permette un trattamento automatizzato di dati di connessione e navigazione su internet grazie alla cooperazione dei providers - sperimentata dopo il 2015 e autorizzata fino al 31 dicembre 2021 è stata resa anch'essa permanente. Durante l'esame parlamentare, l'Assemblea Nazionale ha imposto al Governo entro, al più tardi, metà 2024 un primo bilancio sul controllo su internet.

La legge ha anche riformato il quadro relativo alla conservazione dei dati di connessione da parte degli operatori delle comunicazioni elettroniche e dei providers in linea con la decisione del Consiglio di Stato “French Data Network” del 21 aprile 2021 prevedendo il rafforzamento del controllo preventivo della *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR)* per tutte le tecniche di raccolta delle informazioni sul territorio francese, ad eccezione dei casi di urgenza.

Il testo ha reso più snelle le procedure di condivisione delle informazioni di sicurezza tra servizi di intelligence e quelle da parte delle autorità amministrative indipendenti con l'introduzione di una serie di garanzie supplementari in linea con la sentenza del *Conseil* del 9 luglio [n. 2021-924 QPC](#) - che ha censurato il 2° comma dell'art. L. 863-2 del codice della sicurezza interna relativo alla trasmissione da parte delle AAI di informazioni ai servizi di intelligence - per violazione del diritto al rispetto della vita privata in quanto privo delle garanzie necessarie ad inquadrare tale trasmissione.

Grazie ad alcuni emendamenti dei deputati la legge ha anche rafforzato le prerogative della *Délégation parlementaire au renseignement*.

La normativa ha, inoltre, autorizzato il disturbo dei droni per prevenire le minacce durante i grandi eventi, ai convogli o in caso di sorvolo di zone interdette.

La legge è infine intervenuta in tema di segreto di Stato riformando le disposizioni sull'accesso agli archivi classificati a livello SD (*secret-défense*). In particolare, è stato confermato e generalizzato l'accesso al termine dei 50 anni ai fini di studio e di ricerche ma è stato ampliato l'elenco delle eccezioni oltre i 50 anni per i documenti più sensibili, a tal punto che alcuni documenti non potranno essere accessibili al pubblico se non dopo la perdita del loro valore operativo. Grazie agli emendamenti dei parlamentari sono stati esclusi dall'allungamento dei termini i documenti declassificati che sono oggi liberamente comunicabili e i documenti che hanno costituito oggetto di un'apertura anticipata dei fondi degli archivi pubblici.

LINGUE REGIONALI

Il **21 maggio** (J.O. del 23 maggio) è stata promulgata la legge n. [2021-641](#) relativa alla protezione del patrimonio delle lingue regionali e della loro promozione. La proposta di legge era stata presentata in prima lettura all'Assemblea Nazionale il **30 dicembre 2019** ed ivi approvata in prima lettura il **14 febbraio 2020**. Trasmessa al Senato la proposta era stata adottata con modifiche il 10 dicembre 2020. Il testo era allora tornato in seconda lettura all'Assemblea Nazionale e definitivamente approvato l'**8 aprile** di questo anno. Sulla legge si è pronunciato il **20 maggio** il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-818 DC](#).

La legge ha riconosciuto nel Codice del patrimonio l'esistenza di un patrimonio linguistico rappresentato sia dalla lingua francese che dalle lingue regionali attribuendo affidando allo Stato, di concerto con le collettività territoriali, il compito di garantirne l'insegnamento, la diffusione e la valorizzazione.

La legge ha modificato anche il Codice dell'educazione introducendo l'obbligo per i comuni di residenza che non dispongono di scuole bilingue di contribuire al sostegno dei costi per le scuole private che forniscono un insegnamento bilingue e di estendere l'insegnamento delle lingue regionali come materia facoltativa nell'ambito del normale orario scolastico dalla materna al liceo. Il testo ha anche riconosciuto l'utilizzo della segnaletica bilingue.

Il *Conseil constitutionnel* ha invece censurato l'insegnamento intensivo delle lingue regionali in quanto contrario all'art. 2 Cost. che consacra il francese la lingua ufficiale e, per lo stesso motivo, anche l'uso dei segni con dieresi delle lingue regionali negli atti di stato civile.

CRISI SANITARIA

Il **31 maggio** (J.O. dell'1 giugno) è stata promulgata la legge [n. 2021-689](#) relativa alla gestione dell'uscita dalla crisi sanitaria. Il testo era stato presentato il **28 aprile** in prima lettura all'Assemblea, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, ed ivi approvato il **12 maggio**. Trasmesso al Senato, il progetto era stato adottato con modifiche il **18 maggio**. La divergenza di posizioni tra le due Camere aveva portato alla convocazione della Commissione

mista paritetica e, trovato l'accordo, il progetto di legge è stato approvato dall'Assemblea Nazionale e dal Senato rispettivamente il **25** e il **27 maggio**. Sulla legge il **31 maggio** si è pronunciato il Consiglio Costituzionale con la decisione [n. 2021-819 DC](#) (v. *infra*).

Il progetto di legge è stato profondamente rimaneggiato in sede di approvazione in prima lettura sia dai parlamentari che dal Governo.

In primo luogo la legge ha disciplinato un regime transitorio dal 2 giugno al 30 settembre con una serie di misure di uscita dalla crisi sanitaria (con un suo prolungamento nel Dipartimento della Guyana fino a settembre 2021) con la precisazione che in caso di recrudescenza dell'epidemia spetta al Governo dichiarare lo stato di urgenza e al Parlamento autorizzare il prolungamento oltre un mese.

La legge ha attribuito al Primo Ministro durante il periodo transitorio il potere di limitare gli spostamenti e la possibilità di utilizzare i trasporti collettivi, addirittura di vietarli, nelle zone a maggiore circolazione del virus; il potere di limitare l'apertura di esercizi pubblici e dei luoghi di riunioni, addirittura di chiuderli provvisoriamente, e di limitare gli assembramenti.

La legge ha introdotto e conferito una base giuridica al *green pass* per i viaggiatori in entrata e in uscita dalla Francia, dalla Corsica e dall'oltremare e per i grandi assembramenti. Sono state introdotte alcune garanzie per il controllo del *green pass*: il controllo infatti dovrà essere effettuato da persone autorizzate senza che le informazioni mediche siano divulgate e senza alcuna conservazione dei dati. Sono state introdotte delle sanzioni penali in caso di controlli non autorizzati. La legge ha anche previsto l'emanazione di decreti per regolamentare tali aspetti previo parere del Consiglio scientifico Covid-19 e della Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà. Per tutte queste misure i prefetti potranno prendere decisioni limitate ai territori, previa consultazione degli esecutivi locali e dei parlamentari interessati. Il Parlamento dovrà essere regolarmente informato sulle misure prese dal Governo e il Consiglio scientifico Covid-19 fornirà pareri che saranno pubblicati.

Il testo ha anche autorizzato il Governo a predisporre il coprifuoco dal **2** all'**8 giugno** dalle 21 della sera alle 6 del mattino e dal **9 giugno** dalle 23 alle 6 eccezion fatta per i territori dove il virus circola ancora fortemente. La legge ha anche previsto che queste fasce potessero essere adattate nell'oltremare o addirittura tolte dai prefetti nei territori debolmente toccata dalla pandemia.

Tra le altre misure introdotte, si ricorda il rafforzamento del regime di quarantena ed isolamento.

La legge ha anche prolungato fino al 30 settembre la durata delle misure prese tramite ordinanze durante la crisi sanitaria come ad esempio i contratti di lavoro a breve termine.

La legge è intervenuta anche a disciplinare alcune misure in vista delle elezioni locali del **20** e **27 giugno**.

Il **5 agosto** (J.O. del 6 agosto) è stata promulgata un'altra legge relativa alla gestione della crisi sanitaria, la legge [n. 2021-1040](#). Il progetto di legge era stato presentato il **20 luglio** all'Assemblea Nazionale in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, ed ivi approvato il **23 luglio**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **24 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e trovato l'accordo, il progetto era stato approvato in via definitiva da entrambe Camere il **25 luglio**. Sulla legge si è pronunciato il *Conseil constitutionnel* con la decisione [n. 2021-824 DC](#) del **5 agosto**.

Di fronte alla nuova recrudescenza della pandemia la legge è dovuta ritornare sulle decisioni già prese con la legge del 31 maggio.

In primo luogo il regime di uscita dallo stato di urgenza, previsto dalla legge del **31 maggio**, è stato prolungato dal 30 settembre al 15 novembre. Conformemente a quanto previsto dalla legge del 31 maggio tale regime transitorio autorizza il Primo Ministro a prendere tutta una serie di misure volte a limitare gli spostamenti e gli assembramenti. Nei territori d'oltremare lo stato di urgenza è stato prolungato fino al 30 settembre.

La legge ha inoltre esteso l'uso del *green pass* introdotto dalla legge del **31 maggio**. Esso è stato innanzitutto prolungato al 15 novembre ed è stato esteso a numerose attività quotidiane come l'accesso a bar e ristoranti (ad esclusione delle mense aziendali), ai centri commerciali, ai trasporti pubblici di lunga percorrenza, agli ospedali, alle residenze per anziani, alle case di cura, con la sola eccezione dei casi di urgenza. Il *green pass* è stato reso obbligatorio per tutte le attività ricreative, per le fiere e i saloni. Esso è richiesto a tutte le persone maggiorenni nei luoghi specificati, dal **9 agosto** mentre per i lavoratori dal **30 agosto**. I lavoratori non in possesso del *green pass* potranno essere sospesi senza stipendio mentre sarà possibile l'assegnazione di un posto senza contatto con il pubblico. Grazie alla censura dei senatori la proposta del Governo di prevedere il licenziamento dopo due mesi è stata eliminata mentre grazie al Consiglio costituzionale (v. *infra*) è stata censurata la possibilità per i datori di lavoro di interrompere i contratti di lavoro a termine e quelli interinali.

Inoltre grazie all'iniziativa dei deputati, è stato concesso un termine supplementare per i ragazzi tra i 12 e i 17 anni per l'utilizzo obbligatorio del *green pass* per i quali partirà il 30 settembre.

Con il passaggio all'obbligatorietà, sono state introdotte delle ammende pecuniarie in caso di non presentazione del *green pass* in caso di assenza di controlli da parte dei commercianti e di coloro che sono incaricati del controllo, per l'utilizzazione fraudolenta del *green pass*, o in caso di violenze commesse contro le persone incaricate dei controlli. La legge ha rinviato ad un decreto la precisazione del documento che deve sostituire il *green pass* per tutti coloro che hanno controindicazioni mediche alla vaccinazione.

La legge ha, inoltre, introdotto la vaccinazione obbligatoria, fatte salve le controindicazioni mediche, per coloro che lavorano nel settore sanitario e medico sociale, quali medici professionisti o paramedici per attività svolta nel privato o negli ospedali e nelle cliniche, per coloro che lavorano nelle rsa, per gli studenti o allievi che lavorano in questi luoghi, i professionisti che lavorano a contatto con persone vulnerabili, quali i pompieri, gli addetti alle ambulanze, gli impiegati che lavorano a domicilio alcune categoria beneficiari di sussidi.

I non vaccinati hanno tempo fino al 15 settembre per mettersi in regola con il vaccino con il rilascio di un certificato vaccinale, chi ha ricevuto la prima dose ha tempo fino al 15 ottobre.

La legge ha autorizzato, per i ragazzi tra i 12 e i 16 anni, il consenso anche di un solo genitore per la vaccinazione contro il Covid. I ragazzi con più di 16 anni potranno invece decidere da soli, senza il consenso parentale.

Al fine di favorire la vaccinazione è stato previsto che gli impiegati e funzionari pubblici beneficino di un'autorizzazione di assenza per recarsi a vaccinarsi, autorizzazione che può essere concessa dal datore di lavoro anche per l'accompagnamento del minore in caso di vaccinazione.

La legge ha, infine, riconosciuto il risarcimento dei danni direttamente imputabili a una vaccinazione obbligatoria contro il Covid 19 da parte dell'Ufficio nazionale per il risarcimento degli infortuni medici, delle affezioni iatrogene e delle infezioni nosocomiali (Oniam).

MODIFICA DEL REGOLAMENTO DEL SENATO

Il **1° giugno** il Senato ha approvato la [Risoluzione n. 119](#) relativa alla modifica del suo Regolamento interno volto a migliorare il monitoraggio delle ordinanze, a rinnovare il diritto di petizione, a rafforzare i poteri di controllo del Senato, a razionalizzare i tempi in seduta pubblica

e a rafforzare la parità di genere. La proposta nasce dal lavoro di un gruppo di lavoro presieduto dal Presidente Gérard Larcher e da Pascale Gruny che era stato incaricato di avanzare una riflessione sulla modernizzazione dei metodi di lavoro del Senato e che aveva lavorato tra il dicembre 2020 e marzo 2021.

In primo luogo, la modifica ha comportato il rafforzamento del monitoraggio del Senato sulle ordinanze dell'art. 38 Cost. con l'assegnazione di tale monitoraggio alle commissioni permanenti e l'attribuzione di tale competenza al Relatore del testo dell'autorizzazione; con l'ampliamento degli obblighi per il Governo il quale ora dovrà informare la Conferenza dei Presidenti del Senato sui progetti di ratifica delle ordinanze quando intende chiederne l'iscrizione all'ordine del giorno e sulle ordinanze che intende pubblicare; e con l'introduzione della competenza della commissione di merito di dichiarare l'irricevibilità degli emendamenti d'iniziativa parlamentare che, contro la giurisprudenza del Consiglio costituzionale, creano, estendono o ripristinano un'abilitazione ad emanare ordinanze.

La risoluzione ha anche introdotto nuove modalità per esercitare il diritto di petizione e ha previsto che ogni petizioni inviata al Senato, che abbia raggiunto una soglia di firme definite dall'Ufficio di Presidenza del Senato, sarà menzionata nella Conferenza dei Presidente che avrà la possibilità di investire se stessa delle petizioni che non abbiano raggiunto tale soglia. L'Ufficio di presidenza sarà competente a definire il seguito da dare alle petizioni.

La risoluzione ha, inoltre, rafforzato i poteri di controllo del Senato sia per quanto riguarda le nomine dell'art. 13 della Cost. con la designazione di un relatore incaricato di preparare l'audizione; sia per quanto riguarda l'attribuzione del potere di inchiesta alle commissioni permanenti; sia per ciò che concerne l'ampliamento dei fondi per i membri delle commissioni d'inchiesta e delle *missions d'information*, prevedendo la possibilità di derogare a tale *plafond* per le strutture create al di fuori del *droit de tirage* esercitato dalle opposizioni e dai gruppi minoritari.

La risoluzione ha pure semplificato la discussione generale in aula anche con la razionalizzazione dei tempi a disposizione per ciascun intervento.

La risoluzione ha, infine, introdotto una disposizione volta a favorire la parità nell'Ufficio di Presidenza.

Sulla risoluzione del Senato, il **1° luglio** si è pronunciato il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-820 DC](#) con la quale ha validato quasi tutte le disposizione enunciando riserve di interpretazione per alcune di esse.

LEGGE SULLA BIOETICA

Il **2 agosto** è stata promulgata la legge [n. 2021-1017](#) sulla bioetica. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il 24 luglio 2019 e, dopo essere stato deferito ad una commissione speciale, adottato in prima lettura il 16 ottobre 2019. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato con modifiche il 4 febbraio 2020. Il progetto di legge era così tornato, in seconda lettura, all'Assemblea Nazionale che lo aveva ulteriormente approvato modificandolo il 31 luglio 2020. Riapprodato al Senato, il testo era stato adottato nuovamente con modifiche il 3 febbraio di questo anno. Il persistente disaccordo tra le due Camere ha determinato la convocazione della Commissione mista paritetica che non è comunque riuscita a trovare un compromesso. Il progetto di legge è stato pertanto approvato - dopo un'ulteriore nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato non andata a buon fine - in via definitiva dall'Assemblea Nazionale, con ricorso all'art. 45, 4° c., il **29 giugno**.

Sulla legge si è pronunciato il Consiglio costituzionale con la decisione [n. 2021-821 DC](#) con la quale ha dichiarato la legge conforme alla Costituzione.

Secondo quanto previsto dalla legge del 7 luglio 2011 sulla bioetica che aveva stabilito un aggiornamento della normativa dopo sette anni a conclusione degli stati generali organizzati dal Comitato consultivo nazionale di etica (CCNE), il testo ha introdotto – tra le altre cose - una serie di novità in tema di procreazione assistita, di donazione di organi e di sangue, di neuroscienze e intelligenza artificiale, di ricerca sugli embrioni e sulle cellule staminali.

Quanto alla procreazione assistita, la legge l'ha estesa alle coppie di donne e alle donne non sposate.

LEGGE SUL RISPETTO DEI PRINCIPI DELLA REPUBBLICA

Il **24 agosto** è stata promulgata la legge [n. 2021-1109](#) sul rispetto dei principi della Repubblica. La legge ha introdotto una serie di misure volte a rafforzare il principio di laicità e neutralità religiosa dello Stato e dei servizi pubblici con l'obiettivo di favorire la protezione e la riaffermazione dei valori su cui si fonda la Repubblica e di lottare contro i separatismi, secondo quanto dichiarato il 4 settembre 2020 dal Presidente Macron in occasione del centocinquantenario della Repubblica e nel discorso di Murex il 2 ottobre 2020.

Il progetto di legge era stato presentato, con ricorso del Governo alla procedura accelerata, all'Assemblea Nazionale il **9 dicembre 2020**, e ivi adottato il **16 febbraio** in prima lettura in Aula, dopo essere stato esaminato da una commissione speciale. Trasmesso al Senato, il testo era stato approvato dall'Aula, anch'esso dopo essere stato esaminato da una commissione speciale, con modifiche, il **12 aprile**. Di fronte alle differenti posizioni delle due Assemblee, la convocazione della Commissione Mista paritetica non era riuscita a trovare una sintesi continuando a registrare un disaccordo di fondo tra le due Camere. Neanche la nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato aveva portato ad un chiarimento, dal momento che il Senato il **20 luglio** aveva rigettato il testo adottato dall'Assemblea Nazionale l'**1° luglio**. Il progetto di legge era stato infine sottoposto all'approvazione definitiva della sola Assemblea Nazionale ai sensi dell'art. 45 ult.c. Cost. che lo aveva adottato il **23 luglio**. Sulla legge il **13 agosto** si è pronunciato il Consiglio costituzionale con la decisione [n. 2021-823 DC](#) (v. *infra*).

La legge è intervenuta in diverse direttrici per rispondere all'isolamento di alcune comunità e all'espansione del radicalismo islamico.

In primo, luogo ha rafforzato il rispetto dei principi repubblicani agendo sulla laicità e sulla neutralità dei servizi pubblici. In particolare la legge ha esplicitato che i principi di laicità e neutralità si applicano a tutti i dipendenti dei servizi pubblici. La legge ha poi creato un referente della laicità e una giornata della laicità fissata per il 9 dicembre. Inoltre, ha previsto che gli atti delle collettività locali che comportino grave pregiudizio alla laicità o alla neutralità in un servizio pubblico potranno essere trasmessi al giudice amministrativo – che avrà 48 ore per decidere - da parte del prefetto che ne potrà chiederne l'annullamento.

La legge ha anche introdotto il reato di “separatisme” volto a proteggere i rappresentanti e i funzionari pubblici contro le minacce o le violenze finalizzate all'ottenimento dell'esenzione o dell'applicazione differenziata delle regole del servizio pubblico. In particolare, come risposta all'assassinio di Samuel Paty, il professore decapitato il 16 ottobre 2020 a Conflans proprio per aver spiegato nelle sue lezioni “i principi della Repubblica”, la legge ha creato, su iniziativa parlamentare, il reato di “ostacolo alla funzione di insegnante”.

Un cambio di passo è stato introdotto anche per il finanziamento pubblico delle associazioni e delle fondazioni. Per ottenere un finanziamento queste si dovranno, d'ora in poi, impegnare – quale condizione necessaria - a rispettare il carattere laico e i principi della Repubblica in un “contrat d'engagement républicain” la cui violazione comporterà l'obbligo di rimborso dei fondi ottenuti dallo Stato. Tale previsione è stata mitigata dal Consiglio costituzionale che in una riserva

d'interpretazione nella decisione [n. 2021-823 DC](#) del **13 agosto** (v. *infra*) ha specificato che il ritiro della sovvenzione non può comportare – senza recare danno in modo sproporzionato alla libertà di associazione - la restituzione delle somme versate per un periodo antecedente alla violazione del contratto di impegno.

La legge ha anche rafforzato il controllo da parte dello Stato delle associazioni sportive e delle federazioni sportive anch'esse sottoposte ad un contratto di impegno repubblicano. È stata completata anche la lista delle motivazioni che possono portare allo scioglimento delle associazioni. I prefetti potranno controllare più approfonditamente i fondi di dotazione, i mezzi di finanziamento dei mecenati. Il fisco potrà infatti verificare che solo le associazioni che rispettino i requisiti di legge possano beneficiare delle agevolazioni fiscali.

La legge ha introdotto un nuovo reato relativo alla diffusione di informazioni sulla vita privata, familiare o professionale punibile con 5 anni di prigione e 75.000 euro di multa se la vittima è un funzionario pubblico, un rappresentante eletto, un giornalista o un minore.

Procedure specifiche di comparizione sono state previste per gli abusi più gravi alla libertà di espressione nella diffusione dei contenuti di odio in internet. Con un emendamento del Governo è stato introdotto un regime di moderazione dei contenuti illeciti per le piattaforme digitali la cui supervisione spetterà al CSA (*Conseil supérieur de l'audiovisuel*)

Numerose sono poi le misure introdotte per le famiglie. Tra queste si ricordano il divieto del certificato di verginità, - la cui pratica viene punita con un anno di prigione e 15.000 euro di multa - e la lotta ai matrimoni forzati.

La legge è intervenuta anche sul tema della laicità dello Stato attraverso la modifica della legge del 9 dicembre 1905 relativa alla separazione tra Stato e confessione religiose e della legge del 2 gennaio 1907 sull'esercizio pubblico del culto. Sono state, infatti, riviste le condizioni per la creazione e la gestione delle associazioni che controllano un luogo di culto previste dalla legge del 1905 con lo scopo di prevenire le azioni dannose di gruppi radicali (clausola anti-putsch).

In particolare, queste associazioni culturali dovranno dichiararsi al prefetto ogni cinque anni, saranno soggette a obblighi contabili più stringenti, e dovranno dichiarare qualsiasi dono straniero di più di 10.000 euro o la cessione dei luoghi di culto ad uno stato straniero. Il prefetto potrà opporsi qualora venga messo in discussione un interesse fondamentale della società.

Merita ricordare che nel corso del dibattito parlamentare è stato introdotto un emendamento “*mosquée de Strasbourg*” con il quale il Governo ha inteso rafforzare la trasparenza sulle agevolazioni accordate dalle collettività territoriali per la costruzione di luoghi di culto, introducendo l'obbligo per i comuni e i dipartimenti di informare il prefetto preventivamente prima di riconoscere una garanzia pubblica per un prestito destinato alla costruzione di un edificio di culto o per la conclusione di un contratto di enfiteusi.

Sempre in tema di modifica della legge del 9 dicembre 1905, il testo ha - tra le altre misure - aumentato fino a cinque anni la pena in caso di istigazione alla discriminazione, all'odio o alla violenza commessi da ministri di culto e ha reso più severe le sanzioni per le riunioni politiche tenute nei luoghi di culto.

GOVERNO

“AFFAIRE MORETTI”

Il **16 luglio** il Ministro della Giustizia *Éric Dupond-Moretti* è stato incriminato per conflitto di interessi dopo un interrogatorio di fronte alla Corte di giustizia della Repubblica. Moretti è il primo Guardasigilli ad essere sottoposto ad indagini e anche per questo motivo l'*affaire* ha creato

particolare scalpore. Già l'8 gennaio il procuratore generale presso la Corte di Cassazione François Molins aveva annunciato che avrebbe aperto un'informazione giudiziaria e affidata alla Corte di Giustizia della Repubblica, competente per i reati dei ministri nell'esercizio delle loro funzioni. Inoltre, il **30 giugno** era stata disposta una clamorosa perquisizione durata quindici ore negli uffici del Ministero della Giustizia per indagare sulle possibili incompatibilità tra la funzione di ministro e la precedente attività di avvocato.

Dupond-Moretti è stato preso di mira per alcune denunce fatte da Anticor, un'associazione che promuove l'etica in politica, la lotta alla corruzione e alla frode fiscale, e da tre sindacati di magistrati con l'accusa di conflitto di interessi con la precedente attività di avvocato e di aver approfittato della sua posizione per regolare i conti con alcuni magistrati con i quali aveva avuto un contenzioso quando era avvocato. In particolare, le accuse che gli sono state rivolte riguardano alcune inchieste amministrative da lui ordinate nei confronti di tre magistrati della super procura finanziaria (Pnf-Parquet National financier) - che avevano partecipato ad un'inchiesta volta a scoprire l'informatore di Sarkozy e del suo avvocato nel quadro dell'affaire Bismuth - e una seconda indagine amministrativa nei confronti del giudice Édouard Levraut dopo che Dupond-Moretti lo aveva pubblicamente chiamato in causa quando era avvocato. Il guardasigilli si è difeso da ogni accusa continuando a dichiarare di essere determinato a rimanere in carica e prima di essere interrogato dalla Corte di giustizia aveva dichiarato che "Il ministro della Giustizia non è al di sopra delle leggi ma non è neanche al di sotto" e si era detto sereno.

Dal canto suo, il Presidente della Repubblica Macron non è sembrato intenzionato a sostituirlo richiamando la presunzione di innocenza: "...il ministro - ha detto il Presidente - ha gli stessi diritti di chiunque altro, la presunzione di innocenza e la possibilità di difendersi". Anche il Primo Ministro Castex ha espresso fiducia al Ministro che non è stato, infatti, rimosso.

CAPO DELLO STATO

DISCORSO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SULL'ESTENSIONE DEL *GREEN PASS* E IL RILANCIO DELL'ECONOMIA

Il **12 luglio** il Presidente Macron di fronte al riacutizzarsi della crisi sanitaria da Covid-19, in un discorso ai francesi, ha annunciato nuove misure per contrastare la variante delta e ha anche colto l'occasione per annunciare il suo programma di riforme per il rilancio dell'economia e per un nuovo patto sociale con i francesi. In primo luogo, il Presidente dopo aver ricordato il grande sforzo del Paese nel contrasto al virus e la battaglia per far ripartire l'economia e recuperare i posti di lavoro persi durante la pandemia, ha fatto un appello ai francesi per la vaccinazione: "Un été de mobilisation pour la vaccination: - ha detto il Presidente - voilà ce que nous devons viser. Vacciner un maximum de personnes, partout, à tout moment. Nous sommes une grande Nation. Une Nation de Science, celle des Lumières, de Louis Pasteur. Alors quand la science nous offre les moyens de nous protéger, nous devons les utiliser avec confiance dans la raison et dans le progrès. Pour nous protéger et pour notre unité, nous devons aller vers la vaccination de tous les Français car c'est le seul chemin vers le retour à la vie normale". Il Capo dello Stato dopo aver ricordato tutti gli sforzi per garantire un equilibrio tra sicurezza e libertà, ha così anticipato i contenuti della legge in approvazione in Parlamento per l'estensione del *green pass* e la vaccinazione obbligatoria per alcune categorie di lavoratori. La vaccinazione sarà resa obbligatoria per il personale infermieristico e non degli ospedali, delle cliniche, dei pensionati, degli enti per persone con handicap, per tutte le persone, professionisti o volontari che lavorano a contatto con persone anziane o fragili anche a domicilio. Il Presidente ha inoltre specificato

che, a partire dal 15 settembre, saranno operati controlli ed erogate sanzioni; inoltre, ha annunciato anche altre misure oltre la vaccinazione obbligatoria: controlli rafforzati alle frontiere dopo il **12 luglio**; estensione del *green pass* ai luoghi di divertimento e della cultura dal **21 luglio**; *green pass* obbligatorio dal mese di agosto per caffè, ristorante, centri commerciali, ospedali, pensionati, enti medico sociali, trasporti di lunga percorrenza; da ottobre test antigenici a pagamento salvo prescrizione medica per incoraggiare la vaccinazione.

Dopo aver illustrato le misure di contrasto al virus Covid-19, il Presidente è passato a parlare del piano di rilancio dell'economia, che ha inevitabilmente collegato al tema delle vaccinazioni: "Je vous l'avais dit l'année dernière: nous allons devoir "vivre avec le virus"", ha ribadito il Presidente. "Ce sera – ha continuato Macron - le cas tout au long de cette année 2021 et sans doute pour plusieurs mois de l'année 2022, même si le vaccin change beaucoup de choses. Les semaines à venir seront donc celles de la mobilisation pour bloquer le virus et pour continuer de relancer notre économie. L'été de mobilisation pour la vaccination sera aussi un été de relance".

Macron ha poi ricordato gli investimenti già messi in campo – di cui Governo e Prefetti assicurano la realizzazione - per i cambiamenti climatici e l'importanza di tutti i progetti che conciliano economia ed ecologia, ecologia e progresso. Egli ha inoltre richiamato l'importanza di ritornare a produrre all'interno del Paese e in Europa per dipendere di meno per le materie prime dall'estero e ha così annunciato la rilocalizzazione di alcuni prodotti in Francia e la creazione di un'industria legata al mercato dell'automobile elettrica.

Il Presidente ha poi annunciato il suo piano per puntare sull'innovazione, l'industria, la ricerca, l'agricoltura e stabile, grazie anche alla Presidenza francese dell'Unione europea a partire dal gennaio 2022, un'agenda comune di indipendenza industriale e tecnologica. Il Capo dello Stato ha poi richiamato l'importanza del lavoro su cui poggia il modello sociale francese che ha dimostrato di reggere durante la crisi sanitaria annunciando un piano di riqualificazione e formazione dei disoccupati di lungo periodo. Di qui ha rilanciato sul tema delle pensioni, tema accantonato a causa della pandemia ma sempre al centro dei punti programmatici del quinquennato. Macron ha ribadito l'importanza di una riforma di un sistema pensionistico ritenuto iniquo e frammentato, per garantire equità per le pensioni dei giovani e delle future generazioni sulle quali Macron punta con investimenti.

Proprio sui giovani e sulle future generazioni Macron ha deciso di puntare con investimenti sulla formazione.

DISCORSO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA SULLA SITUAZIONE IN AFGHANISTAN

Il **16 agosto** di fronte al degenerare della situazione militare in Afghanistan, con la riconquista del potere da parte dei talebani ormai entrati a Kabul, abbandonata dal presidente afgano, Macron si è rivolto ai francesi con un discorso nel quale ha ripercorso le tappe dell'intervento militare francese in Afghanistan, durato 20 anni, rivendicando la bontà dell'intervento nella lotta contro il terrorismo. "En Afghanistan, - ha dichiarato il Presidente - notre combat était juste et c'est l'honneur de la France de s'y être engagé. La France n'y a jamais eu qu'un ennemi: le terrorisme. Nos interventions militaires n'ont pas vocation en effet à se substituer à la souveraineté des peuples, ni à imposer la démocratie de l'extérieur mais à défendre la stabilité internationale et notre sécurité. Partout, la mise en place de processus politiques crédibles est notre priorité. C'est ce principe fondamental de notre politique étrangère que nous avons appliqué en Afghanistan et que nous continuerons de mettre en œuvre".

Macron ha quindi fatto appello alla necessità di essere preparati e di prendere decisioni ed iniziative immediate per rispondere alla catastrofe umanitaria con l'urgenza assoluta "de mettre

en sécurité nos compatriotes, qui doivent tous quitter le pays, ainsi que les Afghans qui ont travaillé pour la France”.

Macron ha ribadito di essere intenzionato a prendere a nome della Francia alcune iniziative, insieme agli altri stati europei, per continuare a lottare attivamente contro il terrorismo islamista in tutte le sue forme e per la gestione dei flussi migratori.

CORTI

LEGGI SULLA SICUREZZA

Il **20 maggio** il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge sulla sicurezza globale con decisione [n. 2021-817 DC](#) validando la maggior parte delle disposizioni della legge contestate, censurandone alcune e sottoponendone diverse a riserva d'interpretazione.

Per ciò che concerne le censure, il *Conseil* ha innanzitutto dichiarato incostituzionale l'art. 1 della legge che autorizzava a titolo sperimentale, e per cinque anni, gli agenti di polizia municipale e le guardie forestali di alcuni comuni e enti pubblici di cooperazione intercomunale a fiscalità propria ad esercitare le attribuzioni della polizia giudiziaria in materia di delitti. Il *Conseil* ha infatti rilevato che discende dall'art. 66 della Costituzione che la polizia giudiziaria debba essere posta sotto la direzione e il controllo dell'autorità giudiziaria, esigenza che non risulta rispettata se i poteri delle autorità comunali non vengono messi a disposizione degli ufficiali di polizia giudiziaria o di chi presenti garanzie equivalenti. Ciò premesso – ha proseguito il *Conseil* – nonostante sia previsto che il procuratore della Repubblica si veda inviare tempestivamente i rapporti e i verbali degli agenti di polizia municipale e delle guardie forestali, con l'intermediazione dei direttori di polizia municipale e i capi dei servizi di polizia municipale, il legislatore non ha assicurato un controllo diretto ed effettivo del Procuratore della Repubblica su di essi. In particolare, contrariamente a quanto previsto dal codice di procedura penale per gli ufficiali di polizia giudiziaria, non sono stati introdotti dalla legge – nonostante il potere di direzione del procuratore della Repubblica – né la possibilità di impartire istruzioni ai direttori di polizia municipale e ai capi del servizio di polizia municipale, né l'obbligo per gli agenti di tenerlo informato tempestivamente sulle infrazioni di cui sono a conoscenza, né l'associazione dell'autorità giudiziaria alle inchieste amministrative relative al loro comportamento, oltre che alla loro valutazione. Inoltre, il *Conseil* ha rilevato anche la mancanza, per gli agenti di polizia municipale e per le guardie forestali, di garanzie equivalenti a quelle richieste per la qualifica di un ufficiale di polizia giudiziaria. Per tutti questi motivi il *Conseil* ha dichiarato le disposizioni dell'art. 1 della legge non conformi a Costituzione.

Il *Conseil* ha dichiarato incostituzionale anche l'art. 41 della legge che autorizzava la sottoposizione a videosorveglianza persone trattenute nelle camere di isolamento dei centri di detenzione amministrativa e di quelle in stato di fermo a certe condizioni e secondo certe finalità. Tali disposizioni autorizzavano il capo del servizio responsabile della sicurezza dei luoghi di decidere di porre sotto videosorveglianza per 48 ore – prorogabili previa comunicazione al procuratore della Repubblica per tutto il tempo di durata della detenzione amministrativa o dello stato di fermo - una persona detenuta o in stato di fermo in caso di ragionevole dubbio che questa potesse evadere o rappresentasse una minaccia per se stesso o per gli altri. Dal momento che la durata della detenzione in un centro di detenzione amministrativa non ha limite di tempo e la durata dello stato di fermo può arrivare a sei giorni, il *Conseil* ne ha dedotto che il legislatore non ha assicurato un bilanciamento equilibrato tra l'obiettivo di valore costituzionale di prevenzione

degli attacchi all'ordine pubblico e della ricerca degli autori dei reati e il diritto al rispetto della vita privata.

Anche le disposizioni dell'art. 47 della legge relative alle condizioni alle quali alcuni servizi dello stato e la polizia municipale possono procedere al trattamento di immagini per mezzo di videocamere poste su aeromobili circolanti senza persone a bordo sono state dichiarate incostituzionali. In questo caso il *Conseil* ha giudicato che l'utilizzo di tali mezzi di raccolta delle immagini deve essere accompagnata da garanzie particolari, di natura tale da proteggere il diritto al rispetto della vita privata mentre il legislatore non ha fissato alcun limite massimo alla durata dell'autorizzazione per ricorrere a tale mezzo di sorveglianza, fatta eccezione della durata di sei mesi da quando questa autorizzazione è rilasciata alla polizia municipale, né alcun limite al perimetro entro il quale la sorveglianza può essere attuata e non ha neanche fissato il principio di un contingentamento del numero di aeromobili circolanti senza persone a bordo che possano essere utilizzati, casomai, simultaneamente per i differenti servizi dello stato e quelli della polizia municipale. Per tutti questi motivi il Consiglio costituzionale ha ritenuto che il legislatore non abbia assicurato un equilibrato bilanciamento tra gli obiettivi di valore costituzionale di prevenzione delle violazioni all'ordine pubblico e di ricerca degli autori delle infrazioni e il diritto al rispetto della vita privata.

Per gli stessi motivi anche l'art. 48 della legge è stato oggetto di censura da parte del *Conseil*. Esso infatti permetteva alle forze di sicurezza interna e ad alcuni servizi di emergenza di procedere alla cattura, alla registrazione e alla trasmissione di immagini per mezzo di videocamere poste sui loro veicoli, aeromobili, imbarcazioni o altri mezzi di trasporto, ad eccezione di aeromobili circolanti senza persone a bordo sulla via pubblica o nei luoghi aperti al pubblico, ivi compreso, l'interno degli immobili o anche le loro entrate. Il *Conseil* ha constatato che per le disposizioni contestate – che possono essere utilizzate per prevenire gli incidenti nel corso degli interventi, facilitare la constatazione dei reati e la condanna degli autori con la raccolta delle prove, assicurare la sicurezza degli assembramenti di persone sulla via pubblica o nei luoghi aperti al pubblico, facilitare la sorveglianza dei litorali, delle acque territoriali e delle zone frontaliere oltre che la sicurezza delle persone e la lotta contro gli incendi e il regolare flusso dei trasporti – il legislatore non ha fissato alcun limite massimo di durata né alcun limite al perimetro entro il quale tale sorveglianza possa svolgersi, né la sottoposizione ad alcuna autorizzazione e ad alcuna informazione di un'altra autorità da parte degli agenti delle forze di sicurezza interna e dei servizi di emergenza. Per il *Conseil*, così facendo il legislatore non ha assicurato un equilibrato bilanciamento tra gli obiettivi di valore costituzionale di prevenzione degli attentati all'ordine pubblico e la ricerca degli autori dei reati e il diritto al rispetto della vita privata.

Il *Conseil* ha censurato anche il paragrafo I dell'articolo 52 - che reprimeva con cinque anni di reclusione e 75.000 euro di multa la provocazione, con l'obiettivo manifesto di ledere la sua integrità fisica o psichica, all'identificazione di un agente della polizia nazionale, di un militare della gendarmeria nazionale o di un agente della polizia municipale quando questi agenti agiscono nell'ambito di un'operazione di polizia, di un agente delle dogane quando è in servizio - in quanto ha ritenuto che il legislatore, cui spetta la fissazione delle regole relative ai crimini e ai delitti in termini sufficientemente chiari e precisi per escludere qualsiasi arbitrio, non avesse definito con chiarezza la portata e gli elementi costitutivi del reato di provocazione all'identificazione di un membro delle forze dell'ordine violando così il principio di legalità dei delitti e delle pene.

Il *Conseil* ha infine censurato d'ufficio come “cavaliers législatifs”, ovvero norme intrusive che violano il procedimento legislativo stabilito dall'art. 45 Cost. gli articoli 26, 57, 63, 68 et 69 della legge che comunque vengono riconosciuti nel loro contenuto conformi alle esigenze costituzionali.

Riguardo alle riserve d'interpretazione, il *Conseil* ne ha enunciate quattro per gli artt. 4, 29, 40 e 45.

Quanto all'articolo 4 della legge che ha esteso alle manifestazioni sportive, ricreative o culturali la possibilità per gli agenti di polizia municipale di procedere alle ispezioni visive, alle perquisizioni dei bagagli e alle perquisizioni personali, il *Conseil* ha ritenuto che non avendo il legislatore precisato i criteri di applicazione di queste misure affidandone l'esecuzione agli agenti, esse devono essere eseguite basandosi su criteri tali da escludere qualsiasi tipo di discriminazione tra le persone.

Il *Conseil* ha, inoltre, validato una serie di disposizioni dell'art. 40 sottoponendole a riserva d'interpretazione enunciata al *considerant* 80 che ha chiarito che gli agenti di polizia municipale sono autorizzati ad accedere alle immagini solo sul territorio di loro competenza.

Quanto all'art. 29, che ha esteso i casi nei quali gli agenti privati di sicurezza possono esercitare le loro funzioni di vigilanza della via pubblica per la prevenzione di atti di terrorismo, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto che tale sorveglianza non possa esercitarsi al di là delle immediate vicinanze dei beni di cui gli agenti privati di sicurezza hanno il controllo, in caso contrario essa violerebbe le esigenze dell'articolo 12 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Quanto all'articolo 45 relativo all'utilizzo di telecamere individuali per gli agenti di polizia nazionale, i militari della gendarmeria nazionale e gli agenti della polizia municipale, il *Conseil* per scartarne l'incostituzionalità per violazione del diritto al rispetto della vita privata, ha escluso l'uso generalizzato e discrezionale e ha ritenuto che in rispetto dell'esigenza costituzionale del diritto alla difesa e del diritto ad un equo processo, queste disposizioni debbano essere interpretate nel senso di garantire, fino alla loro cancellazione, l'integrità delle registrazioni e la tracciabilità di tutti gli accessi ad esse.

Sempre in tema di sicurezza il *Conseil* si è pronunciato il **30 luglio** con decisione [n. 2021-822 DC](#) su alcune disposizione delle legge relative alla prevenzione di atti di terrorismo sulla base di due ricorsi presentati da più di sessanta senatori.

Il *Conseil* ha dichiarato non conformi a Costituzione alcune disposizioni dell'art. 4 della legge.

Le disposizioni dell'articolo 4 modificano le disposizioni del codice della sicurezza interna relative alle misure individuali di controllo amministrativo e di sorveglianza.

Il *Conseil* ha ritenuto conformi a Costituzione le disposizioni dell'art. 4 della legge relative al divieto di recarsi in alcuni luoghi per alcune persone ritenute pericolose mentre ha dichiarato non conformi altre disposizioni dello stesso articolo.

In particolare, per quanto riguarda l'estensione a ventiquattro mesi della durata massima delle misure individuali di controllo amministrativo e sorveglianza nei confronti di persone condannate alla reclusione senza la sospensione condizionale della pena per atti di terrorismo, il *Conseil* ha ritenuto che, se da un lato con tali misure il legislatore ha perseguito l'obiettivo di lotta contro il terrorismo, - che concorre all'obiettivo di valore costituzionale di prevenzione delle violazioni all'ordine pubblico - dall'altro, l'ampiezza delle misure di prevenzione comporta che queste non possono eccedere in maniera continuativa o no, i dodici mesi senza violare le esigenze costituzionali. Pertanto, prevedendo una durata di ventiquattro mesi per queste misure il legislatore non ha assicurato un bilanciamento tra l'obiettivo di valore costituzionale di prevenzione delle violazioni all'ordine pubblico, e la libertà di andare e venire, il diritto al rispetto della vita privata e il diritto di condurre una vita familiare normale, dal che ne deriva che il c del 1° , il b del 2° , e il b del 3° del paragrafo I dell'articolo 4 della legge sono contrari a Costituzione.

Anche la disposizione del paragrafo I dell'art. 4 che ha modificato il termine per il giudizio del tribunale amministrativo in caso di ricorso di un tribunale territorialmente incompetente

portandolo a settantadue ore dalle 48 previste dal Codice di giustizia amministrativa è stata dichiarata incostituzionale in quanto non intellegibile.

Infine, il *Conseil* ha enunciato una riserva d'interpretazione per l'art. 25 della legge che ha prolungato il termine entro il quale diventano comunicabili pienamente di diritto alcuni documenti di archivio pubblici la cui comunicazione comporti una violazione del segreto di stato, degli interessi fondamentali dello Stato nella condotta della politica estera, della sicurezza dello Stato, della sicurezza pubblica, della sicurezza delle persone o della protezione della vita privata. Se, da un lato, il *Conseil* ha ritenuto che queste disposizioni integrano i requisiti costituzionali inerenti la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione e l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico, dall'altro, con due riserve d'interpretazione ha dichiarato che tali misure non debbano applicarsi alla comunicazione di informazioni che non comportino la rivelazione di informazioni fino ad allora inaccessibili al pubblico e che il rinvio del periodo di comunicazione, fino al compiersi di un evento determinato, dei documenti relativi alla fine della destinazione di certe installazioni civili e militari non impediscono tale comunicazione qualora la fine della destinazione di queste installazioni sia rivelata da altri atti delle autorità amministrative o per una constatazione materiale.

LINGUE REGIONALI: PARZIALE INCOSTITUZIONALITÀ

Il **21 maggio**, con la decisione [n. 2021-818 DC](#) il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge relativa alle lingue regionali e alla loro promozione.

In primo luogo, il *Conseil* ha dichiarato conforme a Costituzione l'articolo della legge che ha modificato il Codice dell'educazione relativo alle modalità di partecipazione finanziaria di un comune alla scolarizzazione di un bambino residente in un istituto privato che eroga un insegnamento di lingua regionale situato sul territorio di un altro comune. A tal fine il *Conseil* ha ricordato che, secondo l'art. 2 Cost., la lingua ufficiale della Repubblica è il francese, ma ciò non impedisce allo Stato e alle collettività territoriali, per concorrere alla protezione e alla promozione delle lingue regionali, di fornire il loro aiuto in tal senso. Il Consiglio ha, infatti, rilevato che le disposizioni contestate non hanno come scopo quello di imporre l'uso di un'altra lingua oltre al francese a nessuna persona morale di diritto pubblico né di diritto privato, e non hanno quindi come conseguenza quella di consentire ai privati di rivendicare un diritto, nelle loro relazioni con le amministrazioni e i servizi pubblici, all'uso di un'altra lingua né ad obbligarli a farlo. Tali disposizioni quindi non violano l'art. 2 della Costituzione.

In secondo luogo, il *Conseil* ha, d'ufficio, controllato altre due disposizioni della legge quelle dell'art. 4 e 9.

Quanto all'art. 4, esso aveva esteso le forme con le quali può essere proposto un insegnamento facoltativo di lingua regionale prevedendo la possibilità di erogare la lingua in forma intensiva (pur senza pregiudizio della buona conoscenza del francese). A tale proposito, il *Conseil* ha ricordato che l'art. 2 Cost. si impone a tutti e che i privati non possono far prevalere, nelle loro relazioni con le amministrazioni e i servizi pubblici, un diritto all'uso di una lingua diversa dal francese, né essere costretti a farlo. Il *Conseil* ha ricordato anche che ai sensi dell'art. 75-1 Cost. le lingue regionali appartengono al patrimonio della Francia, dal che ne deriva che per la loro protezione, il loro insegnamento può essere previsto negli istituti a condizione di rispettare l'art. 2 Cost. Nel caso di specie, il *Conseil* ha rilevato che risulta dai lavori preparatori della legge che l'insegnamento intensivo è un metodo che non si limita all'insegnamento della lingua regionale ma che la utilizza come lingua principale di insegnamento e come lingua di comunicazione nell'istituto scolastico. In tal senso l'art. 4 della legge viola l'art. 2 della Costituzione.

Quanto all'art. 9, che consentiva l'utilizzo dei segni di dieresi delle lingue regionali negli atti di stato civile, il *Conseil* lo ha dichiarato incostituzionale in quanto il riconoscimento di un diritto ad usare un'altra lingua invece del francese nelle relazioni con le amministrazioni e i servizi pubblici viola l'art. 2 della Costituzione.

LEGGI SULLA GESTIONE DELLA CRISI SANITARIA

Il Consiglio costituzionale si è pronunciato con due decisioni sulle leggi relative alla crisi sanitaria.

Con la prima decisione [n. 2021-819 DC](#) del **31 maggio**, il *Conseil* ha esaminato la legge approvata in via definitiva il **25 e 27 maggio** sulla gestione dell'uscita dalla crisi sanitaria dichiarando tutte le disposizioni contestate conformi a Costituzione. Solo in un caso, quello relativo al 1° del paragrafo 7 della legge, che prevede l'integrazione nel sistema nazionale dei dati sulla salute dei dati raccolti nel quadro del sistema di informazione messo in campo per la lotta contro il Covid-19, il *Conseil* lo ha dichiarato conforme con una riserva d'interpretazione. La riserva d'interpretazione è quella enunciata al paragrafo 31 della decisione con la quale il *Conseil* ha ritenuto che, in applicazione dell'articolo L. 1461-4 del codice della salute pubblica, il sistema nazionale di dati sulla salute non contiene né i nomi né i cognomi delle persone, né il loro numero di iscrizione al repertorio nazionale di identificazione delle persone fisiche, né il loro indirizzo e che pertanto nel caso dei dati trasferiti in applicazione delle disposizioni contestate tale esclusione deve estendersi – in modo da non violare il diritto al rispetto della vita privata - anche ai contatti telefonici o elettronici degli interessati.

Con la seconda decisione [n. 2021-824](#) del **5 agosto**, il *Conseil*, che si è qui pronunciato sulla legge relativa alla gestione della crisi sanitaria, ha validato le misure relative al *green pass* obbligatorio ritenendo che queste operino un bilanciamento tra le diverse esigenze costituzionali ma ha censurato una serie di disposizioni relative ai contratti di lavoro e ha sottoposto altre disposizioni a riserva d'interpretazione.

In particolare il *Conseil* ha censurato le disposizioni dell'articolo 1 della legge che prevedeva che il contratto a termine o di missione di un dipendente senza *green pass* potesse essere rescisso in anticipo ad iniziativa del datore di lavoro. Il *Conseil* ha innanzitutto ricordato che, secondo l'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti del 1789, la legge deve essere uguale per tutti e il principio di eguaglianza non vieta la regolamentazione da parte del legislatore in maniera differente di situazioni differenti né deroga al principio di uguaglianza da parte dello stesso legislatore per ragioni di interesse generale. Il Consiglio costituzionale ha rilevato che dai lavori preparatori della legge il legislatore ha ritenuto di escludere che la violazione dell'obbligo del *green pass* potesse costituire una causa reale e seria di licenziamento di un dipendente con un contratto a tempo indeterminato. Pur ammettendo che i dipendenti con un contratto a tempo indeterminato e quelli con un contratto a tempo determinato si trovano in situazioni differenti, il *Conseil* ha sottolineato che il legislatore, introducendo l'obbligo di presentazione del *green pass* per alcuni tipi di lavoratori, ha voluto limitare la propagazione del Covid-19. Sia i lavoratori a tempo indeterminato che quelli a tempo determinato sono esposti agli stessi rischi di contaminazione o di trasmissione del virus. Dunque, prevedendo il rischio licenziamento in assenza di presentazione del *green pass* solo per i lavoratori a tempo determinato il legislatore ha operato una differenza di trattamento tra dipendenti in base alla natura del contratto che non ha alcun legame con l'obiettivo da perseguire. Da qui discende la censura del *Conseil* di tali disposizioni.

Il *Conseil* ha anche censurato l'art. 9 della legge che aveva introdotto una misura di messa in isolamento applicabile alle persone con test positivo al Covid-19. Anche in questo caso il *Conseil* ha ricordato che ai sensi dell'art. 66 della Costituzione nessuno può essere arbitrariamente detenuto e che l'autorità giudiziaria, guardiana della libertà individuale, assicura il rispetto di questo principio alle condizioni previste dalla legge. La libertà individuale – ha continuato il *Conseil*, la cui protezione è affidata all'autorità giudiziaria, non può essere ostacolata da un rigore non necessario e proporzionale agli obiettivi perseguiti. Il *Conseil* ha ricordato che le misure contestate prevedevano fino al 15 novembre 2021 e al solo scopo di lottare contro il Covid-19, che ogni persona con un test positivo al Covid-19 si ponesse in isolamento per una durata non rinnovabile di dieci giorni essendo fatto divieto di uscire di casa, divieto punito, in caso di non rispetto, da sanzione penale. Il *Conseil* ha ritenuto che l'isolamento tranne che tra le 10 e le 12 in casi di urgenza o per spostamenti strettamente indispensabile, costituisce una privazione della libertà. Perciò se il legislatore adottando tali misure ha perseguito l'obiettivo di valore costituzionale di protezione della salute, tuttavia le disposizioni contestate prevedono la messa in isolamento, senza alcun apprezzamento della sua situazione personale, non è di natura tale da giustificare che tale misura si applichi senza una decisione individuale fondata sull'apprezzamento dell'autorità amministrativa o giudiziaria. In tal senso il *Conseil* ha dichiarato che benché la persona posta in isolamento possa sollecitare *a posteriori* un adattamento delle condizioni del proprio isolamento o presso un rappresentante dello Stato nel dipartimento oppure ottenere la revoca da un giudice delle libertà, le disposizioni contestate non garantiscono che la misura privativa della libertà che istituiscono sia necessaria, adatta e proporzionata.

Il *Conseil* ha respinto il rilievo d'incostituzionalità fondato sulla violazione del principio d'uguaglianza da parte di A e B del paragrafo II dell'articolo 1 della legge relativo al controllo del *green pass* nei centri commerciali ammettendo, con una riserva d'interpretazione enunciata al 54° *considerant*, tale controllo da parte dalle forze dell'ordine o degli operatori dei centri commerciali a condizione che il controllo sia svolto con criteri tendenti ad escludere qualsiasi forma di discriminazione tra le persone.

Conforme a Costituzione è stato dichiarato anche il terzo comma dell'articolo L. 8249 del codice di entrata e soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo relativo alla pena prevista per il rifiuto da parte di uno straniero di sottoporsi agli obblighi sanitari, così come modificato dall'articolo 2 della legge. Con riserva d'interpretazione enunciata al *considerant* 95 il *Conseil* ha specificato che per "obblighi sanitari" debba intendersi il test anti-Covid e che spetta al giudice penale, adito per condanne inflitte sulla base delle disposizioni della legge, di verificare la veridicità del rifiuto opposto dallo straniero condannato e l'intenzione dell'interessato di sottrarsi all'esecuzione d'ufficio di misure di allontanamento. Con tale riserva d'interpretazione le disposizioni non violano il principio di proporzionalità delle pene.

Sempre su riserva d'interpretazione enunciata al *considerant* 106, la seconda frase del terzo comma del paragrafo I dell'art. 11 della legge n. 2020-546 dell'11 maggio 2020 di proroga dello stato di urgenza e che completa le sue disposizioni così come risulta dall'art. 8 relativo alla durata di conservazione dei dati sui test anti-Covid della legge, è stata dichiarata conforme a Costituzione. Il *Conseil* ha infatti richiamato le riserve d'interpretazione 73 e 74 già enunciate nella decisione dell'11 maggio del 2020 sulla legge di proroga dello stato di urgenza che avevano già ammesso la costituzionalità riconoscendo che le disposizioni contestate non violano il diritto al rispetto della vita privata.

RISOLUZIONE DI MODIFICA DEL REGOLAMENTO DEL SENATO

Il 1° luglio con decisione [n. 2021-820 DC](#) il *Conseil* si è pronunciato sulla Risoluzione del Senato [n. 119](#) di modifica del proprio Regolamento (v. *supra*). In particolare il Consiglio

costituzionale si è soffermato sull'art. 2 della Risoluzione laddove è previsto che il Governo debba informare la Conferenza dei Presidenti dei progetti di legge di ratifica delle ordinanze dell'art. 38 Cost. e prevede di chiedere l'iscrizione all'ordine del giorno del Senato durante la sessione. Il *Conseil* ha ritenuto che tali previsioni non vietano al Governo di esercitare le prerogative del primo comma dell'art. 48 Cost. sull'ordine del giorno in quanto gli obblighi di informazione previsti dalla riforma del regolamento non hanno alcun legame con le prerogative dell'art. 48 Cost. Sempre in relazione all'art. 2 della Risoluzione, in merito all'obbligo di informazione da parte del Governo relative alle ordinanze che intende pubblicare nel corso del semestre, anche in questo caso il *Conseil* ha rilevato che si tratta di una disposizione volta a facilitare il monitoraggio del Senato sulle abilitazioni che il Parlamento ha autorizzato in applicazione dell'art. 38 Cost. e l'iscrizione della legge di ratifica delle ordinanze all'ordine del giorno. In tal senso questo obbligo di informazione consente l'attuazione del primo comma dell'art. 24 Cost. in virtù del quale il Parlamento vota la legge, esercita il controllo sul Governo e valuta le politiche pubbliche.

Tuttavia, con una riserva d'interpretazione il *Conseil* ha neutralizzato tale disposizione precisando che le informazioni suscettibili di trasmissione da parte del Governo relative al calendario previsionale di pubblicazione delle ordinanze non hanno che carattere orientativo e non vincolano il Governo nell'esercizio delle competenze previste dall'art. 38 Cost.

Il *Conseil* ha enunciato una riserva d'interpretazione anche sull'art. 10 della risoluzione che ha definito i tempi per gli interventi - per un massimo di cinque minuti - nella Commissione mista paritetica per il Governo, i rappresentanti delle commissioni di merito, i gruppi. Il *Conseil* ha, infatti, ricordato che spetta al Presidente dell'aula applicare differenti limitazioni al diritto di parola e alla Conferenza dei Presidenti organizzare gli interventi dei senatori vigilando sul rispetto delle esigenze di chiarezza e sincerità del dibattito parlamentare. E comunque, tali disposizioni non conferiscono alla Conferenza dei presidenti la facoltà di limitare il tempo a disposizione del Governo.

Un'altra riserva d'interpretazione è stata inoltre enunciata dal *Conseil* sull'art. 11 della risoluzione - che ha ridotto a due minuti la durata degli interventi in aula per i dibattiti sulle pregiudiziali, sulle interrogazioni, sulle mozioni ecc. - ed ha stabilito, anche in questo caso, che spetterà al Presidente dell'aula applicare queste limitazioni del tempo degli interventi vigilando sul rispetto delle esigenze di chiarezza e sincerità del dibattito parlamentare.

Stessa riserva d'interpretazione per l'art. 13 della risoluzione che prevede la riduzione da dieci a tre minuti degli interventi quando l'autore di una mozione sull'intero progetto o proposta di legge in discussione non è né il Governo, né la commissione di merito, né un gruppo politico.

DECISIONE SULLA LEGGE SUL RISPETTO DEI PRINCIPI DELLA REPUBBLICA

Il **13 agosto** il Consiglio costituzionale si è pronunciato con decisione [n. 2021-823 DC](#) sulla legge relativa al rispetto dei principi della Repubblica. Adito da oltre sessanta deputati e sessanta senatori su sette articoli della legge, il *Conseil* ha censurato tre disposizioni (commi 3 e 4 del 3° del paragrafo I dell'articolo 16, l'articolo 26 e l'articolo 90) e subordinato altre due a una riserva d'interpretazione (gli artt. 12 e 49 della legge).

In riferimento alle censure, il *Conseil* ha, innanzi tutto, esaminato il paragrafo I dell'art. 16 relativo ai casi in cui associazioni o associazioni di fatto possono costituire oggetto di una decisione amministrativa di scioglimento e di sospensione, in caso di urgenza, delle proprie attività in attesa della pronuncia di scioglimento. Il Consiglio costituzionale ha considerato le disposizioni riguardanti le condizioni che possono portare allo scioglimento delle associazioni o delle associazioni di fatto conformi a Costituzione in quanto il legislatore ha, da un lato,

perseguito l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico e, dall'altro, non ha portato pregiudizio alla libertà di associazione in modo non necessario, adatto e proporzionato.

Tuttavia, per quanto riguarda la sospensione delle attività di un'associazione o di un'associazione di fatto che può essere disposta dal Ministro dell'interno a scopo cautelativo e in caso di urgenza per tre mesi e rinnovabile per una volta, il *Conseil* ha ritenuto che non fosse conforme a Costituzione. Secondo i giudici di *Palais Royal*, infatti, permettere al Ministro dell'Interno di disporre la sospensione delle attività fino a sei mesi in attesa di una (eventuale) pronuncia di scioglimento al solo scopo di permettere alle autorità amministrative di aver il tempo necessario per prendere la decisione di scioglimento, senza altro motivo di urgenza (come si evince dai lavori preparatori della legge richiamati dai giudici), porta un pregiudizio alla libertà di associazione non necessario, adatto e proporzionale. Per questo il *Conseil* ha dichiarato contrari a Costituzione i commi 3 e 4 del 3° del paragrafo I dell'art. 26 della legge.

Per quanto concerne l'altro articolo censurato, l'art. 26 della legge che subordina il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno alla mancata manifestazione di un rigetto dei principi della Repubblica, il *Conseil* ha rilevato che, se da un lato, è apprezzabile che il legislatore abbia adottato misure di polizia amministrativa volte a tale fine, dall'altro, il riferimento ai "principi della Repubblica", senza altre specificazioni, e l'assenza di criteri che permettano di caratterizzare la manifestazione di un rigetto di questi principi viola il principio di chiarezza della legge e l'obiettivo di valore costituzionale di accessibilità e intellegibilità della legge e per tali motivi sono state dichiarate contrarie alla Costituzione.

Riguardo, infine, all'ultimo articolo censurato, l'art. 90, relativo alla possibilità per i gruppi di lavoro dei consigli locali di sicurezza e di prevenzione della delinquenza di trattare le questioni relative alla prevenzione delle recidive e alle azioni di prevenzione della radicalizzazione, il *Conseil* lo ha dichiarato contrario a Costituzione in quanto "cavalier législatif", confermando la sua consolidata giurisprudenza in materia. Introdotte in prima lettura, queste disposizioni non presentavano, infatti, un legame neanche "indiretto" (secondo quanto invece previsto dall'art. 45 Cost.) con il progetto di legge iniziale. Il *Conseil*, censurando tali disposizioni in quanto approvate secondo una procedura contraria a Costituzione, ha comunque precisato che questa pronuncia non pregiudica la conformità del contenuto delle disposizioni alle esigenze costituzionali.

Per ciò che concerne le riserve d'interpretazione, il primo degli articoli oggetto di una riserva di interpretazione è stato l'art. 12 relativo alla sottoscrizione per ogni associazione o fondazione che faccia richiesta di una sovvenzione pubblica di un contratto di impegno repubblicano e alla sua revoca in caso lo scopo dell'associazione o della fondazione, la sua attività o le loro modalità di esercizio siano illecite o incompatibili con tale contratto.

Secondo i ricorrenti l'imprecisione degli obblighi cui tali associazioni devono impegnarsi a rispettare era di natura tale da conferire alla autorità competenti un potere di apprezzamento arbitrario sia nell'attribuire la sovvenzione sia nel richiedere il rimborso in caso di non rispetto delle condizioni e dunque comportava una violazione della libertà di associazione. Il *Conseil* ha dapprima richiamato la libertà di associazione come uno dei principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, solennemente riaffermato nel Preambolo della Costituzione, ricordando che in virtù di questo principio le associazioni si costituiscono liberamente e possono essere rese pubbliche con la sola riserva del deposito di una dichiarazione preventiva. In base a ciò il *Conseil* ha ritenuto che l'obbligo di sottoscrivere un contratto di impegno repubblicano per avere un finanziamento pubblico non ha come scopo quello di inquadrare le condizioni alle quali essa si costituisce ed esercita la sua attività, pertanto l'obbligo di restituire le sovvenzioni pubbliche già versate può influenzare le condizioni alle quali un'associazione esercita la propria

attività. Alla luce di questa ricostruzione, il *Conseil* con una riserva d'interpretazione, ha giudicato che il ritiro della sovvenzione pubblica ad una associazione (al termine di un procedimento in contraddittorio, su decisione motivata dell'autorità o dell'organismo deputato, e con la concessione di un termine di sei mesi per la restituzione dei fondi) non può comportare, senza arrecare un pregiudizio non proporzionale alla libertà di associazione, la restituzione delle somme versate per un periodo anteriore al venir meno del contratto di impegno repubblicano.

L'altro articolo oggetto di riserva d'interpretazione è stato l'art. 49 della legge relativo alla riforma delle condizioni per le quali l'istruzione obbligatoria può essere dispensata in famiglia previa autorizzazione delle autorità amministrative competenti. Alle disposizioni di questo articolo era stato contestato di violare il principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica della libertà di insegnamento, di cui l'istruzione familiare rappresenta una componente riconosciuta dalla legge del 28 marzo 1882, proprio per aver previsto l'autorizzazione preventiva e per non aver previsto che la domanda di autorizzazione potesse essere motivata da convinzioni politiche, religiose o filosofiche. Si contestava in tal senso di aver ignorato la libertà di opinione e la libertà di coscienza e lasciato alle autorità amministrative un potere di apprezzamento troppo ampio per rilasciare o rifiutare l'autorizzazione di istruzione in famiglia.

Il *Conseil* ha, innanzitutto, respinto la violazione del principio della libertà di insegnamento in quanto la legge del 1882, richiamata, non ha qualificato l'istruzione in famiglia una componente del principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica della libertà di insegnamento ma solo una modalità della realizzazione dell'istruzione obbligatoria. In relazione quindi a tali disposizioni il *Conseil* ha ritenuto, da un lato, che, subordinando l'autorizzazione alla verifica delle capacità di istruire della persona che si fa carico del bambino, le disposizioni abbiano voluto imporre all'amministrazione di assicurarsi che questa persona sia in grado di permettere al bambino di acquisire un nucleo comune di conoscenze, di competenze e di cultura; dall'altro, prevedendo che questa autorizzazione è accordata in ragione dell'esistenza di una situazione che motivi il progetto educativo del bambino, il legislatore ha previsto che le autorità amministrative si accertino dell'esistenza degli elementi essenziali dell'insegnamento e della pedagogia adatta alle capacità o al ritmo di apprendimento del bambino. Così, con una riserva d'interpretazione il *Conseil* ha stabilito che spetterà, sotto controllo del giudice, al potere regolamentare determinare le modalità di rilascio di queste autorizzazioni conformemente a questi criteri e alle autorità amministrative competenti di fondare le loro decisioni solo su questi criteri escludendo ogni discriminazione di qualsiasi natura. In tal senso il *Conseil* non ha ritenuto che tali disposizioni fossero inficiate da incompetenza negativa e ignorassero l'obiettivo di valore costituzionale di accessibilità e di intellegibilità della legge e che violassero la libertà di coscienza o di opinione di chiunque presenti un progetto di istruzione in famiglia.



Sulle nuove e sulle perduranti incertezze del sistema elettorale tedesco in vista delle elezioni del 26 settembre 2021*

di Astrid Zei**

Una leggera foschia, una nota stonata, un anello che non tiene sembra aduggiare il più sacro dei rituali democratici che si è compiuto in Germania con le elezioni del 26 settembre: l'obiettivo di una riduzione del numero dei deputati non è stato raggiunto; la legittimità della legge elettorale è attualmente al vaglio del Tribunale costituzionale federale; un massiccio ricorso al voto postale – la cui dimensione non è ancora dato sapere – ha disteso nel tempo e nello spazio l'atto del voto; nessuno dei partiti può dirsi vincitore; le regole convenzionali cui si informa tradizionalmente la formazione del governo sono in forse ...

Il Bundestag eletto il 26 settembre sarà formato da 735 deputati, 26 in più rispetto alla precedente legislatura. L'obiettivo di approvare una riforma della legge elettorale atta a ridimensionare l'Assemblea mantenendo sostanzialmente invariata la formula proporzionale e il tipo di scelta finora utilizzati non è stato raggiunto, nonostante se ne discutesse da anni. L'ultima legge sulle elezioni del Bundestag approvata il 14 novembre 2020, in mancanza di un accordo sostanziale tra i maggiori partiti politici, si è limitata ad introdurre pochi correttivi, che forse hanno scongiurato la formazione di un'Assemblea formata da quasi novecento deputati, paventata da molti degli esperti che raccomandavano una riforma in vista delle elezioni del 2021, ma che sono attualmente sotto la lente del Tribunale costituzionale federale, il quale nei prossimi mesi dovrà pronunciarsi sulla legittimità delle nuove norme introdotte. Il ricorso è stato presentato a febbraio dai partiti dei Verdi, della Sinistra (*Die Linke*) e dai liberali (FDP) che denunciano, da un lato, una distorsione nella composizione proporzionale dell'Assemblea che è

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza, Università di Roma

stata introdotta come rimedio atto a limitare il numero dei mandati assegnati, e dall'altro, la farraginosità e la scarsa intellegibilità delle norme sulla trasformazione dei voti in seggi nel loro complesso, tale da configurare una violazione del principio della chiarezza delle norme, essenziale in uno stato di diritto.

Il **20 luglio** il Tribunale costituzionale federale ha respinto la richiesta di una misura cautelare presentata contestualmente dai ricorrenti – anche se la [decisione](#) è stata pubblicata solamente il **13 agosto** – ma ha ritenuto non infondati i motivi del ricorso e, sia pure incidentalmente e in via del tutto astratta, non ha escluso neppure la possibilità di esprimersi sulle stesse questioni anche nell'ambito di un sindacato sulla verifica delle elezioni.

Per spiegare quali siano i vizi denunciati dai ricorrenti occorre tornare sulle ragioni della riforma, che è stata approvata dai due partiti di governo (il partito socialdemocratico e i partiti dell'Unione cristiano-sociale) con il voto contrario di tutti i gruppi all'opposizione. L'obiettivo largamente condiviso, come si accennava, era quello ridurre il numero dei mandati aggiuntivi che vengono assegnati al fine di garantire che la composizione del Bundestag rifletta esattamente le percentuali conquistate dai partiti con il voto di lista. La Legge Fondamentale si limita infatti a stabilire un numero minimo di 598 deputati, che può aumentare nei casi previsti dalla legge elettorale. Il sistema elettorale proporzionale personalizzato accolto per le elezioni del Bundestag si basa sulla possibilità accordata all'elettore di esprimere una doppia preferenza, a favore di un partito (voto di lista) e di un candidato nel singolo collegio uninominale. La ripartizione dei seggi avviene fondamentalmente in proporzione al voto di lista conquistato dai partiti nei singoli Länder, dal quale vengono via scorporati i mandati diretti conquistati nei collegi uninominali. La legge elettorale prevede anche che tutti i mandati dei collegi uninominali vengano senz'altro assegnati ai candidati vincitori, anche se “in eccedenza” (*Überhangsmandate*) rispetto alla quota proporzionale che spetterebbe al partito di appartenenza. A partire dal 2008 alcune delle operazioni prescritte per il computo dei mandati in eccedenza sono state sanzionate dal Tribunale costituzionale federale e conseguentemente modificate a più riprese dal legislatore. Le ultime modifiche risalgono al 2013. All'epoca il legislatore aveva introdotto un vistoso correttivo atto a garantire che l'assegnazione dei mandati in eccedenza non alterasse il rapporto proporzionale tra i gruppi del Bundestag: l'Assemblea, nella sua globalità, doveva rispecchiare il voto di lista conquistato dai partiti a livello regionale e a livello nazionale. A tal fine, una volta riconosciuti senz'altro tutti i mandati diretti in eccedenza (*Überhangsmandate*) conquistati nei collegi uninominali, si procedeva ad assegnare agli “altri” partiti un certo numero di mandati “compensativi” (*Ausgleichsmandate*), così da mantenere le proporzioni date dal voto di lista (c.d. secondo voto: *Zweitstimme*). Nel 2017, ad esempio, erano stati assegnati 46 mandati in eccedenza e 65 mandati compensativi, per un totale di 111 mandati aggiuntivi rispetto al numero minimo di 598. E' dunque in forza di questo correttivo che il Bundestag ha raggiunto dimensioni che vengono ritenute eccessive ai fini di un efficiente svolgimento dei lavori parlamentari.

Dal 2013 si discuteva in Germania di una nuova riforma, ma le soluzioni prospettate dai diversi partiti andavano in direzioni diverse. I gruppi parlamentari all'opposizione della Sinistra (*die Linke*), dei Verdi e dei liberali (FDP) nell'autunno nel 2019 si erano fatti promotori di un progetto di legge teso a ridurre il numero delle circoscrizioni elettorali da 299 a 250 [riguardo all'istruttoria

parlamentare sulla proposta, v. A. Zei, *La sentenza dei giudici di Karlsruhe sul Public Sector Purchase Programme (PSP) e la risposta della politica*, in questa Rivista, n. 2/2020]. In questa maniera si sarebbe introdotto un correttivo naturale, giacché, pur mantenendo invariate le regole sul computo e sulla compensazione dei mandati in eccedenza, probabilmente sarebbe stato necessario accordare un minor numero di *Überhangsmandate* e di conseguenza si poteva ridurre anche il numero dei mandati c.d. compensativi (*Ausgleichsmandate*). In questa direzione era orientato anche il partito socialdemocratico, che per mesi aveva proposto di ridurre a 280 i collegi elettorali. Il condizionale, comunque, è d'obbligo, giacché le dimensioni del Bundestag non dipendono solo dal numero assoluto di mandati in eccedenza assegnati: quando sono i partiti più piccoli a conquistare qualche mandato in più, per mantenere inalterate le proporzioni date dal voto di lista si rende necessario procedere all'assegnazione di un numero più consistente di mandati c.d. compensativi. Questa era la principale obiezione sollevata soprattutto dai partiti dell'Unione cristiano-democratica (CDU-CSU). Per comprendere le ragioni sottese alle diverse posizioni è essenziale ricordare che i partiti dell'Unione sono stati nel tempo i maggiori beneficiari dei mandati in eccedenza (*Überhangsmandate*): nelle ultime elezioni del 2017 ne avevano conquistati, ad esempio, 43 su 46. Per questo CDU e CSU proponevano un'altra soluzione, consistente in una sorta di franchigia elettorale, nel senso che i primi mandati in eccedenza conquistati da ciascun partito, semplicemente non dovevano essere compensati con l'assegnazione di ulteriori seggi agli altri partiti. Questo genere di correttivo richiede dunque un certo margine di tolleranza, in deroga al principio della perfetta proporzionalità dell'Assemblea rispetto alle percentuali conquistate con il voto di lista. Il gruppo Alternativa per la Germania aveva presentato una proposta alternativa, basata sull'elezione di 598 deputati sulla base del solo scrutinio di lista, ma con la possibilità per l'elettore di esprimere una preferenza in favore dei singoli candidati in lista.

Il testo dell'ultima legge elettorale si è così fondato su molteplici compromessi, anzitutto perché la riforma è destinata ad entrare a pieno regime solamente dal 1 gennaio 2024 con la riduzione dei collegi uninominali da 299 a 280. I suoi effetti potranno essere apprezzati pertanto nelle elezioni del 2025. Per quanto concerne il voto del 26 settembre sono stati comunque applicati gli altri correttivi previsti: anzitutto, al fine di limitare un poco il numero di mandati in eccedenza (*Überhangsmandate*) conquistati nei collegi uninominali, si è stabilito che gli stessi possano essere in parte scorporati dalla quota conquistata dalle liste dello stesso partito negli altri Länder. Soprattutto – e questa è una delle principali ragioni del ricorso – si è introdotta inoltre una franchigia per i primi tre mandati in eccedenza conquistati da ciascun partito, che pertanto non vengono compensati.

La riforma è stata duramente contestata dai partiti all'opposizione per diverse ragioni: anzitutto, sul piano politico, perché giudicata sostanzialmente inefficace ai fini della riduzione del numero dei parlamentari, che era l'obiettivo dichiarato e condiviso da tutte le forze politiche. Nel corso dell'istruttoria parlamentare era stato calcolato che se nel 2017 fossero state applicate queste nuove regole, il numero dei deputati si sarebbe ridotto da 709 a 686, che corrisponde in ogni caso ad una Assemblea decisamente affollata.

Sotto il profilo della legittimità costituzionale, i ricorrenti hanno denunciato una violazione del principio dell'uguaglianza del voto iscritto nell'art. 38 LF e del principio dell'uguaglianza delle

chances dei partiti politici sancito dall'art. 21 LF. Inoltre, la farraginosità delle operazioni prescritte renderebbe nell'insieme poco intellegibili i principi cui si informa la trasformazione dei voti in seggi, paventando così una violazione del principio della chiarezza delle norme ricavabile dall'art. 20, terzo co., LF in combinato con l'art. 20, primo e secondo co., LF.

Contestualmente, come si diceva, è stata formulata la richiesta al Tribunale costituzionale di una pronuncia sospensiva atta ad imporre la disapplicazione delle nuove norme relative alla franchigia dei tre mandati in eccedenza e allo scorporo dei mandati diretti dal voto di lista iscritte nel § 6 della legge elettorale (art. 1, commi 3-5 della legge del 14 novembre 2020).

I giudici di Karlsruhe non si sono ancora pronunciati sul ricorso principale, e con la [decisione](#) del **20 luglio** hanno respinto la richiesta di una misura cautelare. Tuttavia, le ragioni dei ricorrenti non vengono considerate infondate, soprattutto con riguardo alla relativa opacità delle norme che disciplinano il calcolo e l'assegnazione dei mandati, e la decisione è frutto piuttosto di una delicata operazione di bilanciamento, basata sull'apprezzamento del minor pregiudizio che occorrerebbe qualora venisse pronunciata a tempo debito una sentenza di accoglimento.

Una misura sospensiva comporterebbe infatti una vistosa ingerenza nella sfera della discrezionalità politica del legislatore, e nell'ipotesi di una sentenza di rigetto non vi sarebbe alcun rimedio esperibile dopo le elezioni, così che la 20esima legislatura sarebbe definitivamente affidata ad un'Assemblea che il legislatore avrebbe voluto diversa.

Inoltre, i giudici ribadiscono la legittimità delle scelte politiche volte ad un bilanciamento tra il principio della proporzionalità del voto, che fa capo al ruolo ascrivito ai partiti politici nella formazione della rappresentanza, e quello del legame personale che intercorre tra i candidati nei collegi uninominali e il loro elettorato, funzionale anche ad una maggiore libertà dai partiti politici nell'esercizio del mandato parlamentare. Il sistema elettorale proporzionale personalizzato resta tale, in altre parole, pur tollerando uno spostamento d'accento in favore dell'uno o dell'altro dei suoi elementi costitutivi. A ciò si aggiunge la legittimità di una valutazione politica che dia rilievo anche all'obiettivo di garantire una giusta funzionalità dell'Assemblea scongiurando la formazione di un collegio pletorico, anche se – nelle parole del Tribunale costituzionale federale – non vi sono elementi per giudicare disfunzionale il Bundestag uscente, sebbene formato da 709 deputati.

Infine, riguardo alla franchigia dei tre mandati in eccedenza che non vengono compensati, nella pronuncia si sottolinea la lieve entità di un eventuale scostamento rispetto ad una ripartizione strettamente proporzionale dei seggi: nel corso dell'istruttoria legislativa, sulla scorta delle simulazioni effettuate a partire dai risultati delle ultime elezioni e di altri calcoli basati su circa 4mila diversi possibili risultati, era stato stimato uno scostamento medio di 8,9 seggi su un totale non di molto inferiore a 700 seggi. In altre parole, pure ammettendo il principio, il veleno è sempre nella dose.

Sulle elezioni politiche del 26 settembre, come si accennava, pesa anche l'imbarazzo di una massiccia diserzione delle urne da parte di una percentuale elettori sulla quale mancano dati ufficiali, ma che molti stimano vicina al 40%, senza escludere che in alcuni Länder finanche un elettore su due abbia votato "al tavolo della cucina", come si è amato molto ripetere nelle ultime settimane. Nei mesi passati, infatti, in un contesto compromesso dai pericoli della pandemia, il

voto domiciliare è stato fortemente promosso a tutti i livelli di governo e da tutti i partiti politici utilizzando diversi mezzi di comunicazione.

Questa modalità di espressione del voto (*Briefwahl*) è prevista nell'ordinamento tedesco sin dal 1957 a livello federale, e dai primi anni Sessanta in molti Länder. Fino al 2008, però l'esercizio del voto postale per le elezioni del Bundestag era subordinato alla sussistenza di particolari condizioni atte ad impedire, o ad ostacolare l'accesso ai seggi elettorali: l'elettore doveva infatti dichiarare di trovarsi al di fuori del suo collegio alla data delle elezioni per importanti ragioni, ovvero doveva addurre motivi professionali, di malattia, ovvero invocare l'età avanzata per giustificare una rinuncia a recarsi alle urne. Da allora tali condizionalità sono venute meno.

Nelle elezioni politiche del 2005 gli elettori che ne avevano fatto richiesta erano il 18,7%. Dopo la riforma elettorale del 17 marzo 2008 tale percentuale è cresciuta lentamente sino a raggiungere il 28,7% nelle ultime consultazioni del 2017.

L'opzione del voto postale ha consentito di non mettere mai in discussione la data delle elezioni politiche, nonostante la perdurante grave crisi sanitaria e le misure di distanziamento sociale imposte dalla pandemia. Quanto alle consultazioni elettorali nei Länder, da quando il Bundestag ha formalizzato lo stato di epidemia di portata nazionale le votazioni sono state posticipate solamente in Turingia.

Occorre sottolineare, però, che le potenziali dimensioni del fenomeno del voto domiciliare potrebbero porre un problema di legittimità e di legittimazione del voto. Nel Land Rheinland-Pfalz, dove si è votato lo scorso 14 marzo, due terzi degli elettori (66%) si sono avvalsi del voto postale. In vista del voto di settembre, nel solo Nordrhein-Westfalen 2,8 milioni di elettori hanno richiesto la scheda per l'esercizio del voto domiciliare (+72% rispetto alle consultazioni del 2017) e a Berlino l'hanno fatto 965mila cittadini (+50%).

Nei mesi passati si è discusso a lungo anche della possibilità che l'andamento dei contagi potesse imporre un ricorso generalizzato a questa forma di espressione del voto. In Baviera, nel pieno della primissima ondata della pandemia, un'[ordinanza](#) del Ministro bavarese della Salute, adottata sulla base del § 28, primo comma, della Legge federale sulle infezioni, aveva prescritto il ricorso esclusivo al voto per posta per i ballottaggi indetti in molti Comuni. Nei Länder chiamati al voto nel corso di questa primavera, il legislatore regionale aveva previsto la possibilità di imporre il voto postale solamente in singoli collegi elettorali o nei Comuni dove si fosse registrata una grave emergenza sanitaria. In Rheinland-Pfalz, in via precauzionale, erano state comunque stampate 3,2 milioni di schede e di buste, che corrispondono al 100% degli aventi diritto (con l'avvertenza che le buste avanzate sarebbero state utilizzate per le elezioni politiche di settembre).

Finora, né il legislatore, né la dottrina, né la giurisprudenza si sono mai cimentati in una riflessione sul limite esatto oltre il quale un massiccio ricorso al voto postale debba essere considerato eccessivo, e dunque illegittimo.

Il Tribunale costituzionale federale è stato chiamato negli anni a pronunciarsi a più riprese sulle garanzie poste a corredo del voto postale nel rispetto dei principi tutelati dalla Legge Fondamentale. Il *Briefwahl* è stato considerato legittimo, pure fronte di un'ineludibile compromissione della libertà e della segretezza del voto, in forza di un'operazione di bilanciamento dove prevalgono il principio della generalità del voto e l'effetto inclusivo del voto

a distanza [[BVerfG 59, 119](#) e [21, 200](#)]. Tali valutazioni si basavano tuttavia sull'assunto della eccezionalità del ricorso al voto postale. In una [sentenza del 9 luglio 2013](#) sulla legittimità delle norme che consentono agli elettori di avvalersi incondizionatamente del voto postale per le elezioni europee, i giudici di Karlsruhe hanno continuato a riconoscere al legislatore la facoltà di disciplinare il diritto di voto garantendo in misura variabile i principi costituzionali cui si informano le elezioni, a condizione che gli stessi non vengano limitati sproporzionatamente. Un ampliamento dei presupposti per l'esercizio del voto postale, e finanche il suo esercizio incondizionato, rientrerebbero, pertanto, nella discrezionalità politica del legislatore.

L'evoluzione della disciplina del voto per posta, secondo il Tribunale costituzionale federale, darebbe conto della crescente mobilità che caratterizza la società odierna e di un radicale cambiamento nelle abitudini di vita individuali rispetto nel corso degli ultimi decenni. Nel 2008 la decisione di generalizzare il ricorso al voto per corrispondenza, senza subordinarlo alla sussistenza di particolari impedimenti atti a determinare un'oggettiva difficoltà a recarsi alle urne, venne giustificata dal legislatore essenzialmente sulla base dell'impossibilità di verificare, anche a campione, la veridicità delle circostanze dichiarate dall'elettore. Tra gli argomenti ponderati dal Tribunale costituzionale nella pronuncia del 2013, però, vi era anche la convinzione da parte del legislatore che le modifiche introdotte nelle leggi per l'elezione del Bundestag e del Parlamento europeo non avrebbero determinato un vistoso incremento nell'utilizzo del voto per corrispondenza (par. 16 della [sentenza del 9 luglio 2013](#)).

Nella [relazione illustrativa](#) della proposta di modifica della legge elettorale presentata al Bundestag il 17 dicembre 2007 si sottolineava infatti che nei Länder che fino a quel momento avevano concesso all'elettore la possibilità di utilizzare il voto postale incondizionatamente (Nordrhein-Westfalen dal 1966, Berlino dal 1975 e Brandeburgo dal 2003), si registravano sino a quel momento percentuali sovrapponibili a quelle rilevate a livello nazionale, dove il voto postale era ancora subordinato ad una attestazione circa la sussistenza di circostanze limitanti.

Il Tribunale aveva dunque accolto la prognosi formulata dal legislatore, ritenendo scongiurata l'eventualità di una vistosa diserzione delle urne.

Nella [sentenza del 3 marzo 2009](#) sulla legittimità del voto elettronico - che il Tribunale costituzionale federale ha subordinato alla possibilità che l'elettore possa avere riscontro di tutti i passaggi essenziali relativi alle operazioni elettorali e al computo dei risultati - si sottolineava la centralità del principio della trasparenza e della pubblicità delle votazioni intese anche come un rituale democratico, posto che solamente "se l'elezione si svolge sotto gli occhi della collettività, allora viene garantita la fiducia del sovrano, che è essenziale per il funzionamento della democrazia e per la legittimità democratica delle decisioni dello Stato, in una composizione del Parlamento rispettosa della volontà degli elettori" (par. 108 della pronuncia).

Come si accennava, nelle pronunce citate non si rinvenivano dei valori soglia, e neppure raccomandazioni circa il limite oltre il quale una massiccia diserzione delle urne in favore del voto domestico potrebbe inficiare la validità delle elezioni. Nell'ambito della dottrina era stato sporadicamente ipotizzato un limite pari al 50%, argomentando che altrimenti la maggioranza di governo sarebbe stata investita con un voto popolare non completamente libero e segreto.

Il **3 maggio** il Tribunale costituzionale del Land Sachsen-Anhalt, pronunciandosi sulle modifiche della legislazione elettorale che consentivano alle autorità dei Länder di sospendere il voto nelle urne ed imporre a tutti gli elettori il voto per posta nei Comuni dove la situazione sanitaria fosse precipitata - anziché prescrivere, in alternativa, un rinvio delle consultazioni - è stata dichiarata legittima.

Secondo i giudici, i principi costituzionali cui si informa il voto si prestano ad una operazione di bilanciamento che tenga in giusta considerazione anche il diritto alla vita e all'integrità fisica.

Quanto agli effetti distorsivi delle norme iscritte nella legislazione elettorale di contorno, che non escludono la possibilità che nelle settimane precedenti la data delle consultazioni gli elettori possano essere condizionati nelle loro scelte dalla campagna elettorale ancora in atto, nella [sentenza](#) si legge che “la funzione di legittimazione delle elezioni e dei principi cui si informa il voto non dipendono dall'esatta contestualità del voto”. Il differimento del voto dell'elettorato nelle settimane e nei giorni precedenti la data delle consultazioni secondo i giudici non appare pertanto di per sé rilevante.

Certo è che negli ultimi quattro mesi le autorità hanno promosso intensamente, e semplificato per quanto possibile il ricorso al voto per posta. Tutti gli elettori tedeschi hanno ricevuto nella buca delle lettere una informativa e, barrando l'apposita casella, anche *on line*, hanno potuto scegliere di esercitare il voto con questa modalità. Le buste con le schede sono state inviate a tutti i richiedenti nelle settimane precedenti il voto. Gli elettori potevano imbucare le buste senza affrancatura in una qualsiasi cassetta postale, fermo restando che solamente le schede pervenute entro le ore 18.00 di domenica 26 settembre sarebbero state conteggiate. Non c'era dunque un termine ultimo per l'invio, così che spettava al singolo elettore organizzarsi per tempo, potendo al limite consegnare la scheda *brevi manu* presso il seggio anche il giorno stesso delle votazioni. La procedura nel complesso era quindi davvero semplice.

L'Ufficio elettorale federale (*Bundeswahlleiter*) non ha ancora pubblicato alcun dato relativamente al voto postale. Nel complesso, la partecipazione elettorale (76,6%) risulta in linea con quella delle precedenti consultazioni del 2017 (76,2%), dove già il 28,7% dei votanti aveva esercitato il voto domiciliare.

Quanto all'esito delle consultazioni, non si può escludere che esso sia stato condizionato dall'esercizio differito del voto da parte di una quota consistente dell'elettorato.

Peraltro, sulla solidità degli *exit polls* affidati alle società per le indagini demoscopiche pesava anche l'interpretazione estensiva del § 32, secondo comma, della legge elettorale resa dall'Ufficio elettorale federale (*Bundeswahlleiter*), che è l'autorità preposta al coordinamento delle operazioni elettorali. Tale disposizione vieta di divulgare prima della chiusura dei seggi le proiezioni basate sulle dichiarazioni rese dagli elettori dopo l'esercizio del voto. Posto che il voto per posta poteva essere esercitato nelle settimane precedenti la data delle consultazioni, il *Bundeswahlleiter* il **24 agosto** con una circolare aveva vietato alle società di sondaggio di utilizzare per gli *exit polls* le indicazioni rese attraverso sondaggi telefonici da parte di cittadini che avessero dichiarato di avere già votato per posta, minacciando di comminare sanzioni fino a 50mila euro. Solamente il 22 settembre il [Tribunale amministrativo di Kassel](#) ha accolto il ricorso presentato dalla società *Forsa* negando la legittimità di una interpretazione estensiva del § 32 della legge: secondo i giudici,

accomunare le diverse modalità di voto sarebbe una forzatura, posto che il legislatore distingue invece a più riprese il voto esercitato nei locali elettorali dal voto per posta, e di conseguenza mancherebbe un vero fondamento normativo atto a legittimare un divieto.

Si è stabilito dunque che i preparativi per le operazioni di spoglio delle schede sarebbero cominciati alle ore 15.00 di domenica 26 settembre, con l'apertura delle buste più grandi che, oltre alla scheda elettorale sigillata all'interno di una busta più piccola, contenevano una seconda busta con i dati necessari alla registrazione dei votanti. Una volta verificata la correttezza delle certificazioni, le schede chiuse sono state riversate nelle urne e, a partire dalle ore 18.00, sono state conteggiate assieme alle schede raccolte nei seggi elettorali. I dati divulgati nelle ore successive sono dunque comprensivi del voto per posta e al momento non è possibile una valutazione neppure riguardo alla percentuale dei tedeschi che hanno anticipato le operazioni di voto nel proprio domicilio.

Ora le urne hanno consegnato un mandato incerto per la formazione di un governo di coalizione rispetto al quale i quattro maggiori partiti dovranno sciogliere molte riserve nelle prossime ore. Non è chiaro se i socialdemocratici (SPD) che pure si affermano come il maggior partito tedesco con il 25,7% dei suffragi e 206 seggi nel Bundestag saranno in grado di negoziare la formazione di un governo con il partito dei Verdi, dei liberali (FDP), o finanche con i partiti dell'Unione, che assieme hanno raccolto il 24,1% dei voti e 196 deputati del Bundestag.

Francamente, il problema del ricorso massiccio al voto domiciliare, che pure aveva indotto il Bundestag a Commissionare al suo Servizio Studi un [dossier](#) sui "limiti quantitativi al voto per posta", pubblicato nel sito del Bundestag, risulta completamente assente nelle cronache politiche e nei commenti degli osservatori alla vigilia e all'indomani del voto.

ELEZIONI

LE ELEZIONI DEL 6 GIUGNO IN SACHSEN-ANHALT

Il **6 giugno** si sono svolte le elezioni per il rinnovo dell'Assemblea legislativa del Land Sachsen-Anhalt. La data era stata stabilita sin dal 2019, prima della pandemia, e sancisce la scadenza naturale della legislatura quinquennale. La [legge regionale del 5 dicembre 2014](#) ha ridotto il numero delle circoscrizioni elettorali da 43 a 41 e il numero minimo dei deputati del Landtag ammonta così non più a 87, ma a 83. Tuttavia, la legge elettorale è formulata in termini simili alla legge per l'elezione del Bundestag, e prevede l'elezione di 41 deputati nell'ambito di collegi uninominali e l'assegnazione eventuale di un certo numero di mandati diretti "in eccedenza" (*Überhangmandate*) nonché di ulteriori mandati "compensativi" (*Ausgleichmandate*) al fine di garantire una composizione dell'Assemblea conforme alle percentuali ottenute dai partiti attraverso il voto di lista. Di conseguenza, queste elezioni hanno comunque determinato un incremento nel numero dei membri dell'Assemblea, passati da 87 a 97.

Gli elettori hanno premiato soprattutto il partito cristiano-democratico (CDU) che ha ottenuto 37,1% dei consensi, conquistando così 7,1% punti percentuali rispetto alle ultime consultazioni del 2016, a scapito soprattutto del partito della Sinistra (Die Linke), che ha raccolto l'11% dei voti (-5,3% rispetto al 2016), del partito socialdemocratico (SPD), quasi annichilito con l'8,4% dei voti (-2,2% rispetto al 2016), e ad Alternativa per la Germania (AfD), che pur perdendo 3,5 punti

percentuali rispetto alle ultime consultazioni, resta comunque il secondo partito del Land, con il 20,8% dei voti. All'indomani del voto, il partito cristiano-democratico e il partito socialdemocratico hanno concordato di formare un governo di coalizione assieme al partito dei Verdi, ovvero al partito liberale (FDP). I Verdi, tuttavia, si sono dichiarati indisponibili ad un accordo e i negoziati sono proseguiti assieme al partito liberale (FDP) fino alla creazione di una coalizione che i politici e la stampa si sono affrettati a definire "tedesca", alludendo con ciò ai colori rosso, nero e giallo che tradizionalmente simboleggiano tali partiti. L'accordo di coalizione è stato preventivamente sottoposto all'approvazione delle rispettive Assemblee di partito. Sulla carta questa coalizione "tedesca" conta sul sostegno di 56 deputati su 97, tuttavia al momento dell'elezione Assembleare del *Ministerpräsident*, per la quale la Costituzione del Land prescrive la maggioranza assoluta, sono stati raccolti solamente 49 voti. Reiner Erich Haseloff (CDU) è stato rieletto alla carica di governatore del Land – il suo terzo mandato consecutivo di *Ministerpräsident* dal 2011– solamente in seconda votazione, il 16 settembre, con una maggioranza di 53 deputati.

PARLAMENTO

LE MISURE DI PREVENZIONE DELLA PANDEMIA VENGONO DISCIPLINATE CON LEGGE

Il **28 maggio** il Parlamento ha approvato nuove [modifiche alla legge federale sulla protezione dalle infezioni](#) (*Infektionsschutzgesetz*) con l'obiettivo fornire una più ampia e più solida base normativa a corredo delle nuove misure di contenimento della pandemia, comprensive di un inasprimento delle pene previste per i reati di falsificazione dei certificati vaccinali, punibile con la detenzione fino a due anni, e per l'utilizzo di certificati falsi, che comporta una pena fino ad un anno. La legge prescrive il proseguimento della didattica in presenza per le scuole superiori e per gli istituti professionali, esonerando le strutture dall'obbligo di sospendere le attività pure a fronte di una incidenza di contagi superiore, rispettivamente, a 100 e 165 casi per 100mila abitanti.

Il limite di 100 casi per 100mila abitanti vige ancora in Germania come valore soglia nelle scuole primarie e medie e vale ad imporre il ricorso ad una didattica mista.

La legge, inoltre, rimuove l'obbligo di indossare mascherine FFP2 per i minori di età compresa tra 6 e 16 anni (per i quali è ora sufficiente l'uso dei presidi di protezione FFP1).

MODIFICA TEMPORANEA «ANTI COVID» DEL REGOLAMENTO DEL BUNDESTAG

Sulla base di una [proposta formulata dalla Commissione per la verifica delle elezioni](#), l'immunità e il regolamento del Bundestag, il 25 marzo 2020 la Camera aveva approvato una modifica temporanea del suo Regolamento: il [nuovo articolo 126 a](#) mira ad assicurare la funzionalità dell'Assemblea pure a fronte delle misure restrittive necessarie a fronteggiare la pandemia di Covid-19. Il numero legale richiesto per i lavori dell'Assemblea e delle Commissioni parlamentari è ridotto ad un quarto solamente dei membri e inoltre si concede a tutte le Commissioni del Bundestag, compresa la Commissione parlamentare per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento, la facoltà di autorizzare il loro presidente a deliberare anche al di fuori delle aule del Parlamento, avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronica anche durante la settimana delle sedute (non solo quando non siano previste sedute che è una ipotesi già contemplata dall'art. 72 del regolamento). Il 17 settembre il [Bundestag](#) aveva prorogato fino al 31 dicembre la vigenza della norma. Un' [ulteriore proroga](#) fino al 31 marzo 2021 era stata

approvata il 12 dicembre. Il 16 marzo è stato formalizzato un ulteriore rinvio della scadenza fino al 30 giugno 2021. L'**11 giugno** l'Assemblea ha formalizzato una ultima [proroga](#) fino al termine della legislatura.

LA LEGGE SULLA PARITÀ DI GENERE NEI RUOLI DIRIGENZIALI E APICALI NELLE GRANDI AZIENDE E NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Il **7 agosto** il Parlamento ha approvato una [legge](#) che impone l'inclusione delle donne nei consigli d'amministrazione delle aziende quotate in borsa. Laddove il consiglio sia formato da più di due persone, dovranno farvi parte almeno una donna e un uomo. La norma oggi riguarda concretamente una settantina di società in Germania, trenta delle quali attualmente sono guidate da soli uomini. Tutte le altre avranno comunque l'obbligo di motivare per iscritto la scelta di non perseguire espressamente una politica basata sull'inclusione di genere. Nel caso in cui lo statuto societario preveda delle quote, le stesse dovranno essere di consistenza tale da garantire concretamente la presenza delle donne. Le stesse regole valgono per gli enti di diritto pubblico. Per quanto concerne le società a prevalente partecipazione pubblica, la legge impone che nei consigli di sorveglianza le donne siano almeno il 30%, con almeno una donna nei direttivi formati da tre membri. Nell'ambito della pubblica amministrazione, laddove la Federazione abbia il compito di nominare almeno due persone per ruoli apicali, dovranno essere sempre indicati almeno una donna e un uomo. Nel corso dell'iter legislativo il Bundesrat aveva formalizzato una posizione maggiormente inclusiva, basata sull'introduzione di una quota percentuale e non solamente sulla garanzia di inclusione di una rappresentante femminile. Il Governo federale è comunque tenuto a monitorare l'applicazione della nuova normativa ai fini di una puntuale valutazione dei suoi effetti.

CORTI

SULLA LEGITTIMITÀ DELLE NORME ATTE A LIMITARE IL NUMERO DEI DEPUTATI DEL LANDTAG DELLA SASSONIA

Con una [sentenza](#) del **18 giugno** il Tribunale costituzionale della Sassonia si è pronunciato sulla legittimità delle norme della legge elettorale del Land che disciplinano l'assegnazione dei mandati compensativi. La legge del 2003, novata nel 2019, prevede l'elezione di sessanta deputati nei collegi uninominali e l'assegnazione di altrettanti mandati attraverso il voto di lista. Gli eventuali mandati in eccedenza conquistati nei collegi uninominali vengono compensati assegnando agli altri partiti un certo numero di mandati aggiuntivi che però il legislatore ha inteso limitare, stabilendo non possano superare il numero dei mandati in eccedenza. E' dunque possibile la compensazione avvenga in misura imperfetta, determinando così una distorsione nella composizione proporzionale del Landtag. Ciò si è verificato concretamente nel 2009 e nel 2014. Entrambe le elezioni avevano visto il partito cristiano-democratico (CDU) ottenere un certo numero di mandati in eccedenza, ma la norma iscritta nel § 6 della legge aveva comportato ogni volta la perdita di un potenziale mandato compensativo che sarebbe andato in favore del partito socialdemocratico (SPD) nel 2009, e del partito della Sinistra (*Die Linke*) nel 2014.

Il ricorso è stato presentato da 39 deputati che paventavano una violazione dei principi dell'eguaglianza del voto e dell'uguaglianza delle chances per i partiti politici. Il Tribunale, tuttavia, ha rigettato la questione riconoscendo al legislatore un autonomo potere di apprezzamento riguardo al sistema elettorale da utilizzare per l'elezione del Landtag, pure nel rispetto del

principio proporzionale che è iscritto nell'art. 41, primo co., della Costituzione del Land assieme al principio della personalizzazione del voto. Ciò legittima l'introduzione di correttivi che valorizzano il fattore personale in una misura che esprime una scelta politica del legislatore. Sebbene i giudici riconoscano che le modalità di trasformazione dei voti in seggi siano tali da non garantire sempre una composizione del Landtag perfettamente proporzionale al voto di lista, l'entità delle distorsioni storicamente registrate nelle elezioni in Sassonia non sarebbe comunque tale da determinare un vistoso squilibrio nella composizione del Landtag, che deve pertanto dirsi senz'altro conforme al principio proporzionale.

ANCORA NESSUN GIUDICE A BERLINO PER IL GRUPPO PARLAMENTARE “ALTERNATIVA PER LA GERMANIA”

Sin dall'inizio della legislatura il gruppo parlamentare Alternativa per la Germania è stato al centro di confronti tesi e tuttora irrisolti riguardo all'interpretazione delle norme del regolamento del Bundestag concepite quale presidio dei diritti delle minoranze e garanzia del principio della partecipazione cui si informano le Assemblee rappresentative. Il programma politico del partito, sostanzialmente reazionario e antieuropeo, le sue campagne venate di populismo e xenofobia, e l'atteggiamento spesso irrispettoso nei confronti delle istituzioni e delle regole non scritte del galateo politico manifestato da molti tra i suoi esponenti di spicco ne fa un interlocutore politico che sostanzialmente non viene accettato come tale dai partiti politici tradizionali. La mancata condivisione di valori comuni all'intero spettro politico spiega, anche se non giustifica in punta di diritto, certe forzature interpretative nell'applicazione delle norme del regolamento del Bundestag da parte della maggioranza e degli altri gruppi all'opposizione che sono tuttora oggetto di ricorsi pendenti dinanzi al Tribunale costituzionale federale. Al riguardo si ricorda il *recall* del Presidente della Commissione degli Affari giuridici del Bundestag, carica inizialmente assegnata, ai sensi del regolamento, ad un esponente di Alternativa per la Germania, e poi revocata per “indegnità”, con una decisione priva di precedenti nella storia del parlamento tedesco. Poi l'esclusione dei deputati del gruppo *AfD* dal novero dei firmatari di un ricorso di costituzionalità in via principale avverso una legge del Bundestag, ai sensi dell'art. 93, secondo co., LF, in forza di un preteso potere di apprezzamento da parte degli altri deputati che non gradivano le firme dei colleghi. Soprattutto, ora che la legislatura volge al termine, appare oramai irrimediabile la “deroga” al § 2, comma 2, del regolamento del Bundestag, che stabilisce che “ogni frazione” debba essere “rappresentata in seno alla Presidenza almeno da un vice-Presidente” [v. A. Zei, *La sfida del partito “Alternativa per la Germania” e le contraddizioni di un parlamento “che si difende dalle forze politiche antisistema*, in questa Rivista, n. 3/2019]. Il regolamento infatti stabilisce che a tal fine si debba procedere con una elezione a maggioranza assoluta, ovvero a maggioranza semplice a partire dal terzo scrutinio. Tuttavia, nessuno dei sei candidati proposti a più riprese da Alternativa per la Germania ha mai raggiunto il quorum richiesto. L'ultimo tentativo, il sesto, risale al **10 giugno**. Nel frattempo, il gruppo Alternativa per la Germania aveva formalizzato un'istanza alla Commissione del Bundestag per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento, articolata in dodici quesiti con cui si chiedeva di essenzialmente se “il § 2 del Regolamento del Bundestag debba essere interpretato nel senso che i deputati del Bundestag sono tenuti ad eleggere un candidato di Alternativa per la Germania alla carica di vice-presidente e se il gruppo Alternativa per la Germania abbia il diritto di designare un deputato per la carica di vice-presidente dopo che diverse candidature sono state respinte”. La Commissione si è occupata della richiesta nella [seduta del 29 ottobre 2020](#), deliberando a maggioranza di non darvi alcun seguito. Il 4 novembre il gruppo ha sollevato un conflitto di attribuzione dinanzi al Tribunale costituzionale federale, chiedendo altresì l'adozione di una misura cautelare atta ad imporre al Bundestag di “adottare

provvedimenti idonei a garantire che il diritto alla parità delle chances dei gruppi parlamentari – così si legge nella pronuncia – quanto alle candidature e all’elezione dei vicepresidenti del Bundestag non venga compromesso dal comportamento di uno o più gruppi, ovvero della maggioranza, dettato da motivi illegittimi”. Nelle more della pronuncia, il [documento](#) in dodici punti summenzionato è stato presentato anche al plenum dell’Assemblea il 20 gennaio di quest’anno, e ciò anche al fine di esperire tutti i rimedi disponibili quale condizione per la procedibilità del ricorso. Il 28 gennaio l’Assemblea ha trasmesso l’istanza alla Commissione per il regolamento. La richiesta di AfD è dunque giunta per la seconda volta sullo stesso tavolo. E nuovamente la Commissione il 21 aprile ha deliberato a maggioranza di non darvi alcun seguito, presentando comunque una [breve relazione](#) a corredo della decisione, nella quale sono state riportate le posizioni assunte dai diversi gruppi. Vi si afferma che l’interpretazione del regolamento del Bundestag, pure rientrando nelle funzioni rimesse alla Commissione, non si configura come un diritto delle minoranze, le quali pertanto non possono pretendere una decisione interpretativa sulle questioni del diritto parlamentare (così i Verdi), e neppure può essere inteso come un obbligo cui ottemperare su richiesta dell’Assemblea, posto che il § 127 del regolamento del Bundestag attribuisce la facoltà di interpellare la Commissione al Presidente del Bundestag, alle singole Commissioni, ai gruppi, a un quarto dei membri della stessa Commissione per il Regolamento, ovvero al 5% dei deputati del Bundestag (SPD). Solamente i liberali (FDP), pure affermando l’incompetenza della Commissione, nella sostanza hanno spiegato la mancata elezione del vicepresidente del Bundestag invocando il primato del principio costituzionale del libero esercizio del mandato parlamentare “che si manifesta anche nell’elezione dei membri del Consiglio di Presidenza, e che in forza della gerarchia delle fonti non potrebbe essere limitato dalle norme del regolamento parlamentare. Pertanto, non sussiste alcun diritto di designazione per l’elezione di un vicepresidente, ma solamente un diritto di proposta”.

Il **7 luglio** il Tribunale costituzionale ha respinto la richiesta della misura cautelare. Le ragioni illustrate dal Tribunale sono almeno due. Esse fanno leva anzitutto sulla natura del conflitto di attribuzione, che nell’ordinamento tedesco non ha una funzione cassatoria o nomopoietica, perché mira ad accertare il diritto senza imporre precisi obblighi di fare o non fare in capo ai soggetti coinvolti. Nelle more del giudizio principale, il rimedio cautelare non potrebbe pertanto superare nei suoi effetti quelli di una pronuncia di accoglimento, imponendo al Bundestag e/o ai suoi gruppi di adottare determinati provvedimenti, e meno che mai di novare le regole procedurali cui si informa l’Assemblea in vista della futura elezione di un vicepresidente. I giudici hanno sottolineato che quando si versi nell’ambito di un conflitto di attribuzione, il rimedio cautelare, in generale, mira a garantire temporaneamente i diritti che il ricorrente pretende violati e che derivano dalle norme vigenti, e lo stesso non sarebbe di per sé idoneo ad imporre una modifica di quelle stesse norme. Quanto al carattere urgente della pronuncia invocata dai ricorrenti, il Tribunale costituzionale federale ha opposto paradossalmente il fatto che la sequela delle bocciature dei candidati proposti da Alternativa per la Germania era iniziata già nel 2017, con l’avvio della legislatura, e che le diverse votazioni avevano avuto luogo a più riprese negli anni successivi, così che il ricorrente avrebbe dovuto quantomeno spiegare quali circostanze sopravvenute avrebbero reso urgente ad un certo punto l’adozione di un provvedimento.



Un male necessario: Suga ed il prezzo politico della celebrazione dei Giochi della XXXII Olimpiade. In autunno l'esito della corsa alla Presidenza del LDP determinerà le strategie di contenimento della pandemia e di rilancio del Paese*

di Michele Crisafi**

Dal 23 luglio all'8 agosto si sono celebrati i Giochi della XXXII Olimpiade, mentre il 24 agosto sono iniziati i XVI Giochi Paralimpici, destinati questi ultimi a chiudersi l'8 settembre. Poiché l'evento paralimpico nasce ufficialmente a Roma nel 1960, Tokyo è la prima città ad aver ospitato per due volte i Giochi Paralimpici, dopo l'edizione del 1964.

Ai Giochi di Tokyo 2020 (che hanno conservato la dicitura originaria malgrado il rinvio all'anno successivo) il Giappone si è classificato in terza posizione nel medagliere (dietro solo agli Stati Uniti d'America ed alla Repubblica Popolare Cinese), alla luce di 27 ori, 14 argenti e 17 bronzi. Le 58 medaglie complessivamente conquistate a Tokyo 2020 rappresentano, in valore assoluto, i Giochi di maggiore successo per il Comitato Olimpico Giapponese.

Le eccezionali condizioni dettate dalla pandemia hanno da un lato esaltato la capacità organizzativa delle autorità pubbliche nipponiche, ma d'altro canto frustrato una serie di effetti positivi che il Paese organizzatore dei Giochi si attendeva legittimamente di registrare. Le severissime limitazioni agli spostamenti (anche in virtù delle Dichiarazioni di Emergenza via via emesse in diverse Prefetture), l'assenza di spettatori per le competizioni olimpiche (con le conseguenti ricadute economiche della mancata vendita dei biglietti), un generale sentimento di ostilità popolare verso la celebrazione dell'evento in piena pandemia (che ha talvolta indotto gli *sponsors* – Toyota su tutti – a prendere le distanze dai Giochi) ne sono alcuni esempi, senza tralasciare [la levitazione dei costi](#) connessi all'organizzazione posticipata.

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, *curriculum* Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Sapienza Università di Roma.

Analogamente alla strategia italiana, il Governo giapponese prende in considerazione alcuni parametri-chiave per delineare, a livello sub-statale, le contromisure da adottare per arginare la diffusione del contagio da Covid-19. A seconda della gravità di tali indicatori sono stati predisposti quattro *tiers* mediante i quali è possibile classificare lo stato di criticità nelle diverse aree del Paese. Segnatamente, gli indicatori sono:

- Disponibilità di posti letto ospedalieri per pazienti Covid;
- La cifra complessiva di pazienti, in ospedale, a casa o presso strutture *ad hoc*;
- Il tasso settimanale di positività ai tamponi, sia molecolari che non;
- Il numero di nuovi casi settimanali;
- La comparazione di nuovi casi settimanali con la settimana precedente;
- L'apprezzamento quantitativo dei casi per cui è impossibile determinare il tracciamento del contagio.

Il *tier* 4 è lo scenario peggiore, quello dell'”esplosione” di nuovi casi e per il quale si può concretamente prendere in considerazione l'ipotesi di emanazione di una Dichiarazione di Emergenza. Il *tier* 3 invece descrive una diffusione rapida del contagio, e per queste aree si applicano delle *Priority Preventive Measures*, leggermente meno restrittive. Alla data del **27 agosto** [lo stato dell'arte](#) del contenimento della pandemia in Giappone è il seguente:

Dichiarazione di Emergenza, con scadenza al 30 settembre, per le Prefetture di Okinawa, Tokyo, Saitama, Chiba, Kanagawa, Osaka, Ibaraki, Tochigi, Gunma, Shizuoka, Kyoto, Hyogo, Fukuoka, Hokkaido, Gifu, Aichi, Mie, Shiga ed Hiroshima;

Priority Preventive Measures, anche in questo caso con scadenza al 30 settembre, per le Prefetture di Ishikawa, Fukushima, Kumamoto, Kagawa, Kagoshima e Miyazaki.

Per entrambi gli strumenti è richiesta una significativa riduzione delle interazioni sociali, specialmente riguardo gli esercizi commerciali con finalità di ristorazione (esclusa la sempre concessa attività di asporto), che sono tenuti ad abbassare le saracinesche alle 20. Nelle aree interessate è inoltre incentivato lo *smart working*, con un ambizioso obiettivo di un contenimento del 70% del pendolarismo.

Davanti al Primo Ministro Suga, una volta ultimate le competizioni olimpiche e paralimpiche, si profilano immediatamente due appuntamenti chiave autunnali. A fine settembre scadrà infatti il suo mandato alla Presidenza dell'LDP, dopo la manovra interna che lo ha innalzato al ruolo di Primo Ministro in conseguenza delle dimissioni per motivi di salute del predecessore Abe. Data anche la sconfitta alle elezioni per l'Assemblea Metropolitana di Tokyo del **4 luglio**, nonché la *débâcle* personale di un fedelissimo di Suga alle elezioni municipali di Yokohama del **22 agosto** (v. *infra*), pare ormai certo che Suga non si candiderà alla Presidenza del partito, in segno di discontinuità rispetto ad un elettorato conservatore in sofferenza.

In secondo luogo, prima del 28 novembre, dovranno obbligatoriamente celebrarsi le elezioni per la Camera dei Rappresentati, giunta a fine mandato. Si comprende pertanto appieno l'importanza della conquista della Presidenza del partito, posto che con ogni probabilità il *leader* dell'LDP sarà chiamato a ricoprire il ruolo di Primo Ministro succedendo a Suga. Per la prima volta dopo l'era del dominio politico di Abe sul partito, la Presidenza dell'LDP appare dunque realmente contendibile, e saranno in quattro a battersi per i 766 voti totali del primo turno:

- Kishida Fumio, 64 anni, *ex* Ministro degli Esteri ed a capo *del Policy Research Council* dell'LDP;
- Noda Seiko, 61 anni, *ex* Ministra degli Interni e della Comunicazione.
- Takaichi Sanae, 60 anni, *ex* Ministra delle Comunicazioni;
- Kōno Tarō, 58 anni, Ministro delle Riforme Amministrative nonché *ex* Ministro alla Difesa ed agli Esteri;

Le regole prevedono che qualora al primo turno nessun candidato ottenga la maggioranza assoluta, i due candidati più votati andranno ad un secondo turno di ballottaggio, dove i voti ottenibili saranno 430 (383 dai membri della Dieta più 47 in rappresentanza di ognuna delle Prefetture giapponesi). La presenza di due donne nella corsa alla Presidenza rivela il tentativo dell'LDP di mostrare un profilo politico più sensibile all'emancipazione della figura femminile, a partire dal vertice del partito più importante nell'arena elettorale giapponese.

ELEZIONI

LE ELEZIONI PREFETTURALI DI TOKYO CONSEGNANO UN PRIMO ESITO PREOCCUPANTE PER LA *LEADERSHIP* DI SUGA

I 127 membri dell'Assemblea Municipale di Tokyo sono eletti in 42 distretti elettorali, di cui sette uninominali col *first past-the-post* e trentacinque plurinominali eletti col voto singolo non trasferibile. La maggioranza è dunque fissata a 64 seggi, che la coalizione LDP-Kōmeitō non è riuscita a conquistare. Sebbene infatti l'LDP abbia scalzato il *Tomin First no Kai* (Prima gli Edocchiani, il raggruppamento elettorale fondato da Koike Yuriko) in qualità di partito più votato, con il 25,69% dei suffragi ha ottenuto 33 seggi che, sommati ai 23 del *partner* Kōmeitō, non bastano ad assicurare la maggioranza all'interno dell'Assemblea. Koike non è più alla guida del *Tomin First no Kai*, ma i 31 seggi comunque conquistati dal cartello regionale da lei fondato testimoniano da un lato la resilienza del partito alle elezioni municipali, d'altro canto possono interpretarsi come una sanzione nei confronti della coalizione che governa il Paese. Positiva inoltre la *performance* del Partito Comunista Giapponese, che conquista 19 seggi, mentre prosegue il consolidamento elettorale del Partito Costituzionale Democratico, che ne ottiene 15. Si rileva peraltro una affluenza al 42,39%, in sensibile calo – di quasi nove punti percentuali – rispetto alla precedente tornata elettorale.

Suga ha [dichiarato](#) di “accettare umilmente” il verdetto delle urne, promettendo di avviare una riflessione interna all'LDP.

NEL DISTRETTO DI SUGA, YOKOHAMA, IL NUOVO SINDACO È SOSTENUTO DALL'OPPOSIZIONE

Okonogi Hachiro, già Presidente della Commissione Nazionale di Pubblica Sicurezza, sostenuto dall'LDP, è stato sconfitto nella seconda città più grande del Giappone da Yamanaka Tameharu, sponsorizzato congiuntamente dalle opposizioni (Partito Costituzionale Democratico, Partito Comunista Giapponese e Partito Social-Democratico). Con un'affluenza stavolta in crescita (49% contro il precedente 37%), l'esito di Yokohama è ancora più clamoroso in considerazione del fatto che si è consumato nel distretto in cui il Primo Ministro Suga ha conquistato il proprio seggio presso la Camera dei Rappresentanti. Yamanaka.

La contesa elettorale ha ruotato intorno al progetto di ospitare in città un polo per il gioco d'azzardo, che Suga aveva definito cruciale per rilanciare l'economia locale. Sia Okonogi che Yamanaka si sono invece dichiarati contrari al progetto, circostanza che probabilmente non ha giovato al primo dopo l'*endorsement* del capo del Governo. Se si considera infine che il profilo del vincitore Yamanaka è quello di un accademico alla prima esperienza di governo, e che nel suo *curriculum* figurino studi quantitativi sulla efficacia dei vaccini nei confronti delle varianti del Covid, ecco che l'esito di Yokohama mette probabilmente la parola fine alla rassicurante proposta di continuità politica incarnata da Suga.

GOVERNO

LA “GUERRA” DEI SIMBOLI CON LA COREA DEL SUD.

Nella mappa del tragitto della torcia olimpica in Giappone, sono presenti le isole Dokdo (secondo la nomenclatura sudcoreana) Takeshima (secondo quella giapponese). Già nel mese di maggio Seoul ha chiesto al CIO di intervenire rispetto a quella che è parsa una provocazione politica su un territorio tuttora [conteso](#) fra i due Paesi. Tuttavia il rifiuto da parte giapponese di modificare la cartina geografica ha ingenerato una nuova *escalation* di tensione diplomatica. Nel mese di luglio, appese ai balconi degli atleti sudcoreani ospiti del villaggio olimpico, sono apparse delle bandiere contenenti un riferimento mitico ad una battaglia del XVI secolo vinta dai sudcoreani in occasione del tentativo di invasione giapponese della penisola (1592-1598). Il messaggio delle bandiere esposte recitava “mi rimane il supporto di 50 milioni di coreani”, parafrasando le parole (“mi rimangono dodici navi da battaglia”) pronunciate dall'Ammiraglio sudcoreano Yu Sun-sin alla vigilia di una vittoriosa battaglia navale contro una preponderante flotta giapponese.

Sebbene stavolta il CIO sia intervenuto, invocando il rispetto [dell'articolo 50, par. 2 della Carta Olimpica](#) che proibisce “dimostrazione di propaganda politica, religiosa o razziale presso i siti olimpici, impianti od altre aree”, il culmine è giunto il **19 luglio**, quando il Presidente sudcoreano Moon Jae-in [ha annunciato](#) che, contrariamente a quanto previsto, non avrebbe visitato il Giappone in occasione dei Giochi Olimpici. La vicenda ricorda molto da vicino la *querelle* relativa alla bandiera del sole nascente a sedici raggi (*kyokujitsuki*) che si collega alla colonizzazione giapponese della Corea durante il XX secolo: la delegazione sudcoreana ha infatti accettato di togliere le bandiere ai balconi degli atleti solo dopo che il CIO ha assicurato che il sole nascente a sedici raggi non troverà alcuna ospitalità presso le sedi olimpiche.

DIETA

LE TRE NUOVE LEGGI PER PROMUOVERE UNA “SOCIETÀ DIGITALE”

Il **19 maggio** sono state pubblicate sulla gazzetta ufficiale tre nuove leggi:

- L'atto fondamentale per creare una società digitale ([Atto n. 35 del 2021](#));
- L'atto che stabilisce una Agenzia Digitale ([Atto n. 36 del 2021](#));
- L'atto che corregge le norme collegate alla creazione di una società digitale ([Atto n. 37 del 2021](#), tutti in giapponese).

Le premesse sono state poste nel dicembre 2020 con il [Piano d'Azione Digitale del Governo](#). Ai sensi del primo Atto pubblicato il **19 maggio**, la società digitale è definita quale società i cui

utenti ottengono, condividono e disseminano liberamente ed in sicurezza informazioni e conoscenze su scala globale tramite internet od altre reti di comunicazione. Vengono poi fissate sia le linee fondamentali per la formulazione di principi guida sia i parametri per la misurazione della società digitale, nonché le responsabilità dei diversi livelli di governo e delle imprese. Il Governo centrale è responsabile della formulazione ed implementazione delle misure necessarie alla creazione della società digitale.

In virtù dell'Atto successivo, a partire da settembre 2021 nascerà l'Agenzia Digitale, con uno staff di circa cinquecento funzionari. Il suo compito è di eseguire gli atti amministrativi necessari alla vivificazione della società digitale.

Infine l'Atto n. 37 del 2021 emenda diverse norme preesistenti fungendo da necessario Atto di raccordo ed implementazione dei due summenzionati.

LA LEGGE PER LO SFRUTTAMENTO DELLE RISORSE DELLO SPAZIO

Approvata il **17 giugno** ma destinata ad entrare in vigore a fine dicembre è la Legge sulla Promozione delle Attività connesse all'Esplorazione ed allo Sviluppo delle Risorse dello Spazio ([Atto n. 83 del 2021](#)). La legge definisce "risorse" acqua, minerali ed altre risorse naturali che esistono nello spazio esterno, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti. La richiesta di un permesso per l'esercizio di tali attività è collegata al diritto al lancio di un satellite artificiale. È inoltre imposta la presentazione di un *business plan* che deve specificare gli scopi della proposta attività di esplorazione e sfruttamento, nonché il lasso temporale previsto e le coordinate esatte interessate. Il Primo Ministro esamina la proposta di concerto con il Ministro dell'Economia, Commercio ed Industria, e dà notizia pubblica in caso di accettazione del progetto.

La legislazione in tema di esplorazione e sfruttamento delle risorse spaziali è in controverso dialogo ermeneutico sia rispetto al c.d. [Trattato sullo Spazio Esterno](#) del 1966-1967 sia relativamente al c.d. [Moon Agreement](#) del 1979. In entrambi i documenti il riferimento è al divieto di possesso esclusivo di corpi celesti, ma circa l'appropriazione di risorse spaziali il dettato è assai meno esaustivo (il Giappone inoltre non ha ratificato il *Moon Agreement*, similmente a Stati Uniti, Russia, Cina e Russia e diverse altre potenze nel campo dell'esplorazione spaziale). Significativamente invece il Giappone è Parte dei c.d. [Artemis Accords](#), un progetto di esplorazione spaziale del nostro satellite concepito in seno alla NASA ed al Dipartimento di Stato. Il modello legislativo è certamente quello dello statunitense [Commercial Space Launch Competitiveness Act](#) del 2015, che ha stimolato il Lussemburgo e gli Emirati Arabi Uniti ad adottare una legislazione in proposito affine. Il Giappone è dunque il quarto Paese a dotarsi di un atto normativo *ad hoc* per l'esplorazione e lo sfruttamento delle risorse spaziali, settore che pare destinato ad attirare sempre più interesse (e capitali) privati.

LE MODIFICHE ALLA LEGGE SUL REFERENDUM NECESSARIO PER LA REVISIONE COSTITUZIONALE

Ai sensi dell'art. 96 della [Costituzione del Giappone](#), "[la procedura di approvazione di] emendamenti alla Costituzione inizierà nella Dieta mediante un voto concorde di almeno due terzi di tutti i membri di ciascuna Camera, e sarà successivamente sottoposta al giudizio del popolo, richiedendo il voto affermativo della maggioranza dei votanti in occasione di un apposito referendum o di una elezione che sarà la Dieta a specificare. Gli emendamenti così ratificati saranno poi promulgati dall'Imperatore in nome del popolo e diverranno parte integrante della Costituzione". Nel giugno 2018 il Primo Ministro Abe, che ambiva a modificare la Carta del 1946-1947, aveva sottoposto all'esame della Dieta un disegno di legge che favoriva l'accesso e la partecipazione del corpo elettorale, istituendo seggi nelle stazioni ferroviarie o nei centri commerciali. L'opposizione aveva condotto una campagna di

ostruzionismo all'interno della Dieta, citando la necessità di modificare la legislazione elettorale di contorno di modo che la pubblicità sui mezzi di comunicazione di massa non influenzasse, senza regole eque, la formazione dell'opinione del corpo elettorale.

L'*impasse* si è risolta l'**11 giugno** grazie ad un accordo *bipartisan* che ha portato all'approvazione del disegno di legge, aggiungendo una clausola che impone, entro tre anni dall'entrata in vigore dell'Atto, l'apposizione di misure di regolamentazione della pubblicità sui *media* per equilibrare il condizionamento dell'opinione pubblica nella fase precedente il voto in senso stretto. La pandemia in tal senso ha giocato a favore dell'approvazione della legge di modifica alla legge sul referendum, poiché la Costituzione del secondo dopoguerra non prevede una *emergency clause* ed il modello della Dichiarazione di Emergenza si fonda più sul volontaristico consenso della società civile che non su una chiara attribuzione di prerogative in capo al Governo. Sullo sfondo resta peraltro la "clausola pacifista" prevista dall'art. 9 e la controversa convivenza di questa con le *Self-Defence Forces*; la Costituzione non è mai stata emendata ed in quest'ottica l'Atto in esame costituisce un promettente passo in avanti per quanti sostengono la necessità di adeguare la Carta ad uno scenario storico, politico e costituzionale assai diverso da quello in cui ha visto la luce.



I primi passi dell'insolita coalizione “*rak lo Bibi*”*

di Enrico Campelli**

Sulla scia degli eventi elettorali precedentemente descritti, l'ordinamento israeliano ha inaugurato il **3 giugno**, a pochi minuti dalla scadenza, una delle coalizioni di Governo più insolite ed eterogenee del panorama internazionale. Ribattezzata da molti osservatori coalizione “*rak lo Bibi*”, letteralmente: “basta che non ci sia Bibi”, il nuovo perimetro di maggioranza spazia in effetti dall'estrema destra che sostiene le colonie alla sinistra pacifista, e conta perfino sul sostegno (senza precedenti) di un partito islamista eletto dai palestinesi di Israele. L'unico elemento che sembra accomunare queste forze politiche è l'ardente desiderio di liberarsi di Benjamin “Bibi” Netanyahu, della sua presenza fortemente divisiva e dei suoi guai giudiziari. Il leader del *Likud* ha dunque perso il potere dopo dodici anni consecutivi di Governo ed una presenza complessiva alla guida del Paese più lunga di quella del fondatore dello Stato, David Ben Gurion. All'opposizione, insieme a Netanyahu, si posizionano ora i partiti ultraortodossi, *Shas* e *UTJ* e la formazione di estrema destra *HaTzionut Hadatit*, nota per molte posizioni razziste, omofobe e antiarabe.

Difficile immaginare quale possa essere il programma di una coalizione tanto variegata e caratterizzata da un equilibrio così precario: voltare pagina dopo Netanyahu è la principale ambizione del nuovo Esecutivo, sulla cui durata è però difficile scommettere.

Il mandato di formare un nuovo Governo, dopo quattro elezioni consecutive senza sbocco, è stato affidato al centrista Yair Lapid (*Yesb Atid*), che ha attuato una strategia generalista per arrivare alla soglia dei 61 MK necessari. Il cardine centrale del nuovo Esecutivo si è creato proprio sull'asse Lapid - Bennett, leader di *Yamina* ed ex delfino di Netanyahu, che in cambio della propria defezione ha ottenuto la possibilità di ricoprire per primo l'incarico di Capo del Governo, ruolo in cui, secondo l'accordo, si alternerà proprio con Lapid. Vale la pena ricordare che Bennett è al

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale – curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate, “Sapienza” Università di Roma

contempo un milionario dell'hi-tech, un ex leader dei coloni ebrei della *West Bank*, un esponente dell'estrema destra e un nazionalista-religioso.

Quali possano essere le speranze di collaborazione di un Governo trainato da *Yamina* e che vede al suo interno forze politiche come *Meretz*, ultimo sopravvissuto, insieme ad *Avodà*, della sinistra ebraica, favorevole alla pace con i palestinesi, è certamente un intento che supera queste pagine. La coalizione “*rak lo Bibi*” deve essere analizzata non solo alla luce della coesistenza, al suo interno, dei due poli opposti dello spettro politico ebraico israeliano, ma anche e soprattutto alla luce della partecipazione al suo interno di un partito arabo, fattispecie inedita nella storia costituzionale israeliana.

A questo proposito, e dopo essersi lasciato alle spalle la coalizione arabo-israeliana della *Joint List*, Mansour Abbas, leader di *Ra'am*, ha ricalcato la sua strategia su quella dei partiti religiosi ebraici come *Shas*, pilastro di tutte le coalizioni di governo, che negli anni ha negoziato vantaggi economici per sua la comunità. Abbas ha fatto lo stesso, correndo però il rischio di alienarsi le simpatie delle altre formazioni arabe qualora l'Esecutivo non dovesse durare.

Proprio alla luce di questa strutturale debolezza della nuova alleanza, è prevedibile che l'agenda politica parlamentare non vedrà, nei prossimi mesi, disegni di legge particolarmente “caldi” o divisivi. Già nelle prime settimane i due leader del Governo, Bennet e Lapid, hanno garantito che le linee guida della coalizione, sottoscritte dagli 8 partiti che lo compongono, includono, tra le altre cose, l'impegno a mantenere lo *status quo* per quanto riguarda l'equilibrio attuale tra Stato e religione. Similmente è facile immaginare come la nuova maggioranza della *Knesset* non porrà in cima alla sua lista le negoziazioni con la controparte palestinese. Le ostilità di **maggio 2021**, le ultime in termini temporali, sembrano già scomparse dall'agenda politica, ed è certamente più plausibile che il Bennet, nel suo primo mandato da Premier, continui in un immaginario solco di continuità il lavoro di normalizzazione delle relazioni diplomatiche con gli ordinamenti arabi confinanti e quelli del Golfo.

PARTITI

LE RIVALITÀ INTERNE AL *LIKUD*

Il MK del *Likud* Avi Dichter ha dichiarato il **29 agosto** che correrà alle prossime primarie per la leadership del partito, anche nell'eventualità in cui l'ex Primo Ministro Benjamin Netanyahu cercasse una rielezione come leader del partito che guida dal 2005.

Dichter, ex capo del servizio di sicurezza *Shin Bet*, e attualmente numero 9 nella lista del *Likud*, già a giugno, dopo il giuramento della coalizione “*rak lo Bibi*”, aveva espresso pubblicamente il suo interesse a diventare leader del *Likud* ed eventualmente Premier, con altri importanti esponenti del partito che hanno contestualmente chiesto che le elezioni interne siano rimandate a data da destinarsi. Nir Barkat, visto come uno dei principali contendenti per la leadership del partito, ha chiesto di ritardare le primarie per la leadership a giugno 2021, annunciando una sua candidatura solo qualora Netanyahu decidesse di non partecipare alle primarie. Anche l'ex *Speaker* della *Knesset* Yuli Edelstein, numero 2 del partito, ha nelle settimane passate annunciato la sua intenzione di sfidare Netanyahu. [Come già riportato in questa rubrica](#), l'ex Premier aveva nettamente vinto le primarie del *Likud* nel 2019 battendo l'ex Ministro Gideon Sa'ar, che ha poi

lasciato il *Likud* nel 2020 per fondare il partito *Tikvà Hadashà*, che nella sua campagna elettorale ha puntato chiaramente sull'insoddisfazione di alcuni elettori del *Likud* e ha promesso di non servire in un Governo che veda Netanyahu al suo interno. Da allora, il *Likud* ha rimandato un'altra tornata di elezioni primarie, ufficialmente a causa delle turbolenze politiche che hanno visto quattro tornate elettorali in due anni.

RELIGIOUS ZIONISM E LA SOSPENSIONE DI BEN G VIR

Durante un dibattito tenutosi il **27 luglio** nel plenum della *Knesset* sul tema delle restrizioni dovute al Coronavirus, il MK Itamar Ben Gvir (*Zionit Hadatit*) è salito sul podio e ha iniziato il suo discorso dicendo riferendosi ai presenti in sala, ma senza rivolgersi alla Vicepresidentessa della *Knesset* MK Ahmad Tibi (*Joint List*), che stava presiedendo la sessione, con la formula di “signora Presidentessa”, come impone il protocollo parlamentare. Quando la MK Tibi ha insistito che MK Ben-Gvir si rivolgesse correttamente a lei con la formula corretta, il deputato del partito di estrema destra ha accusato pubblicamente la Vicepresidentessa di terrorismo, causando la sospensione della seduta. Tibi ha poi esortato gli addetti della *Knesset* ad allontanare MK Ben-Gvir dal podio, ma MK Ben-Gvir si è opposto fisicamente, accettando di scendere dal podio solo dopo l'intervento dello *Speaker* della *Knesset* MK Mickey Levy (*Yesh Atid*). MK Ben-Gvir è stato poi scortato fuori dalla sala e sospeso per due settimane. Nonostante le proteste formali del suo gruppo parlamentare, la decisione è stata confermata il **29 luglio**.

UNA POSSIBILE UNIONE TRA AVODÀ E KAHOL LAVAN?

Alti funzionari laburisti e del partito *Kahol Lavan* hanno affermato di vedere una futura unione dei due partiti come una mossa reciprocamente vantaggiosa, secondo un rapporto del **31 agosto** di *Zman Israel*, il sito gemello di *The Times of Israel* in lingua ebraica. Diversi esponenti delle due formazioni hanno indicato di vedere la fusione come un'alleanza naturale, anche se non è probabile che avvenga nel prossimo futuro. Un funzionario laburista, parlando a condizione di anonimato, ha affermato che l'unione delle forze sarebbe “vantaggiosa per tutti”.

[Come già riportato in questa sede](#), Gantz, ex capo dello staff dell'IDF, doveva diventare Primo Ministro in base ad un accordo di rotazione con Benjamin Netanyahu nell'ultimo Governo, ma la coalizione è crollata non riuscendo ad approvare il bilancio statale prima che il leader del partito centrista potesse assumere la presidenza. Dopo le elezioni di marzo, chiudendo l'esperienza con il *Likud* di Netanyahu, si è invece unito ai laburisti e ad altri sei partiti per formare l'insolita coalizione sostitutiva inizialmente guidata dal Primo Ministro Naftali Bennett.

Ministri, legislatori, attivisti ed elettori di entrambi i partiti non vedono differenze ideologiche significative tra *Avodà* e *Kahol Lavan*, sebbene alcuni nel partito di Gantz siano a disagio con alcune posizioni, giudicate troppo a sinistra, espresse da *Avodà*. Nell'intervista a *Zman Israel*, il funzionario ha proposto primarie aperte per scegliere un leader per un movimento unito di centrosinistra (aperto a più formazioni) in cui gli elettori paghino una somma una tantum per partecipare. Le primarie aperte, ha detto, consentirebbero a figure che non sono gli attuali leader di partito di competere, contribuendo ad un dibattito pubblico e ad una nuova leadership. Le primarie potrebbero essere in effetti l'unico modo per fondere i due partiti, i cui leader potrebbero non essere disposti a farsi da parte.

KNESSET

LA CALENDARIZZAZIONE DEL VOTO PER LA PRESIDENZA DELLO STATO

Il Plenum della *Knesset* ha adottato il **10 maggio** una proposta dello *Speaker* della *Knesset* MK Yariv Levin (*Likud*) per calendarizzare le elezioni per il Presidente dello Stato il **2 giugno**. Le persone che desiderano candidarsi alla presidenza hanno dovuto presentare le firme di almeno 10 membri della *Knesset* a sostegno della loro candidatura entro la mezzanotte del **19 maggio**.

OVERRIDE CLAUSE BILL

L'**11 maggio**, il Plenum della *Knesset* ha approvato in lettura preliminare la proposta di Legge fondamentale: *Override Clause (Legislative Amendments)* sponsorizzata dal MK Miki Zohar (*Likud*), alla quale sono state allegati simili disegni di legge sponsorizzati dai parlamentari Shlomo Karhi (*Likud*) e Michael Malkieli (*Shas*). La proposta di legge ha superato la lettura preliminare con una maggioranza di 41 voti favorevoli e 30 contrari ed è stato conseguentemente inviato, in attesa che la Commissione per la Costituzione venga istituita, all' *Arrangements Committee*.

Il disegno di legge in questione, già più volte apparsa in Commissione ed in aula e di cui [già si è dato conto](#), propone di stipulare nella *Basic Law: The Judiciary* che solo la Corte Suprema avrà l'autorità per discutere la validità delle leggi e la loro conformità alle varie leggi fondamentali. Il testo suggerisce che una decisione a questo argomento debba essere emessa da un panel completo della Corte Suprema, e solo nel caso in cui tutti i giudici siano concordi che la legge in questione contraddica una disposizione protetta all'interno di una *Basic Law*. Il disegno di legge propone inoltre di stabilire nella *Basic Law: The Knesset* che il Parlamento sia in grado di emanare una legge che il tribunale non potrà annullare o modificare qualora la legge sia stata approvata dalla maggioranza dei parlamentari e se la legge affermi al suo interno che sarà in vigore nonostante il contenuto delle Leggi Fondamentali. Tale disposizione sarà in vigore fino al termine di due anni dall'inizio del mandato della *Knesset* a seguito della sua legislazione, e il successivo Parlamento potrà prorogarlo a tempo indeterminato.

IL NUOVO SPEAKER DELLA KNESSET

Il Plenum della *Knesset* ha eletto il **13 giugno** MK Mickey Levy (*Yesh Atid*) come nuovo *Speaker* della 24a *Knesset*, succedendo a MK Yariv Levin (*Likud*). Levy ha ricevuto 67 voti, mentre il candidato di *Shas*, MK Yakov Margi, è stato sostenuto da 52 legislatori.

Dopo aver ricevuto il martelletto dello *Speaker* da MK Levin, Levy ha presieduto il voto per confermare il 36° Governo di Israele guidato da MK Naftali Bennett (*Yamina*).

Lo *Speaker* Levy ha preferito non fare un discorso, per consentire a MK Moatti (*Avodà*), arrivato in aula solo per voto di fiducia al nuovo Esecutivo, di tornare in ospedale il prima possibile e ha quindi deciso il suo primo discorso ad una data successiva.

IL GIURAMENTO DEL NUOVO GOVERNO ED IL DISCORSO DI BENNETT

Con un voto di 60 a 59, con un'astensione, **domenica 13 giugno**, il Plenum della *Knesset* ha confermato il 36° Governo di Israele guidato dal Primo Ministro MK Naftali Bennett (*Yamina*). Dopo il voto, i Ministri del Governo hanno prestato giuramento.

Durante la sessione plenaria che ha preceduto il voto, Bennett ha ringraziato il suo predecessore Benjamin Netanyahu (*Likud*), che era ancora Primo Ministro, e, come riportato sul sito della *Knesset*, si è rivolto all'aula: "This is a special hour, an hour in which the burden of

leading the people and the state is passed on to the next generation as if in a relay race. Each generation has its own challenges, and each generation produces the leaders from its midst that can overcome them. The external challenges that face us are great: The Iranian nuclear challenge that has advanced toward a critical point, the ongoing war on terrorism, Israel's image around the world and the unfair treatment it receives in international institutions—all these are great and complex tasks”.

“At this time, we also face an internal challenge. The ongoing rift in the people—as manifested in these very minutes—this rift has unraveled the threads that hold us together, and cast us, one round of elections after another, into a whirlwind of hatred and fighting among brothers. These quarrels, among people who were supposed to be running the country, led to its paralysis, just like in these very minutes. And so, Israel stopped being managed”. “There are points in Jewish history in which controversy spins out of control; it is no longer for the sake of heaven, and it threatens us and everything we have built with blood and toil. Twice in our history we lost our national home, precisely because the leaders of that generation did not know how to sit down with each other and compromise. Yes, yes, with people who were different [from them]. They were so much in the right that they burned down our house upon us. I am proud of the ability to sit together with people who have very different opinions. This time, at the crucial moment, we took responsibility. The easiest thing would be to continue with the program you laid out for us, more and more elections—a fifth, a sixth and a tenth”. “I would like to thank my friend, the designated Foreign Minister, MK Yair Lapid (*Yesh Atid*), who demonstrated national responsibility, political generosity and patience, and without him we would not be here today. To the citizens of Israel I say, this is a sensitive political moment. I call upon everyone from both sides to show restraint.”

GLI EFFETTI DELLA NORWEGIAN LAW E LA NUOVA PRESIDENZA KARIV

Dopo le dimissioni di 13 ministri, 13 nuovi parlamentari sono entrati alla *Knesset* in base alla “Norwegian Law” e il **16 giugno** hanno effettuato il giuramento davanti al plenum della *Knesset*. I nuovi parlamentari sono Meir Itzhak Halevy (*Tikvā Hadashā*), Tatiana Mazarsky (*Yesh Atid*), Shirly Pinto Kadosh (*Yamina*), Yossi Shain (*Yisrael Beiteinu*), Limor Magen Telem (*Yisrael Beiteinu*), Elina Bardach Yalov (*Yisrael Beiteinu*), Yasmin Fridman (*Yesh Atid*), Zvi Hauser (*Tikvā Hadashā*), Mufid Mari’ (*Kahol Lavan*), Ruth Wasserman Lande (*Kahol Lavan*), Alon Tal (*Kahol Lavan*), Michal Rozin (*Meretz*) e Gaby Lasky (*Meretz*).

Va a questo proposito rilevato come Shirly Pinto Kadosh (*Yamina*), prima parlamentare non udente della storia parlamentare israeliana, abbia giurato sia in ebraico parlato che con il linguaggio dei segni.

Il **28 giugno** il Governo ha informato il plenum della *Knesset* della sua decisione di approvare le nomine di quattro viceministri. Alla consegna della notifica, le nomine sono entrate in vigore e i viceministri hanno giurato fedeltà al Plenum. MK Abir Kara (*Yamina*) è stato nominato dal Primo Ministro alla carica di Viceministro nell’Ufficio del Premier; MK Idan Roll (*Yesh Atid*) è stato nominato dal Primo Ministro supplente e Ministro degli Esteri (MK Lapid) alla carica di Viceministro presso il Ministero degli Affari Esteri; MK Alon Schuster (*Kahol Lavan*) è stato nominato dal Ministro della Difesa, con il consenso del Primo Ministro Supplente, alla carica di Viceministro presso il Ministero della Difesa; MK Yoav Segalovitz (*Yesh Atid*) è stato nominato dal Ministro della Pubblica Sicurezza, con il consenso del Primo Ministro Supplente, alla carica di Viceministro presso il Ministero della Pubblica Sicurezza. Inoltre, nella stessa seduta hanno prestato giuramento due deputati che sono entrati alla *Knesset* in base a quanto stabilito dalla

Norwegian Law: il MK Yomtob Kalfon (*Yamina*), a seguito delle dimissioni del Ministro Ayelet Shaked; e il MK Inbar Bezek (*Yesh Atid*), di quelle del Ministro Karine Elharrar.

Il **29 giugno**, la Commissione Costituzione, Legge e Giustizia ha approvato all'unanimità la raccomandazione dell'*Arrangements Committee* ed ha eletto il deputato Gilad Kariv (*Avoda*) come Presidente della Commissione. Dopo la sua elezione, MK Kariv, un avvocato e primo rabbino *reform* ad essere entrato nel Parlamento israeliano (in precedenza era stato direttore esecutivo del Movimento israeliano per l'ebraismo progressista), ha dichiarato: "For 20 years I arrived at this building as a representative of the Reform movement and the pluralistic Jewish Renewal movement. I will work to enhance the protection of human rights, the democratic resilience of the State of Israel and the independence of the judicial system, which I have a lot of respect for, while ensuring accessibility to justice, efficiency and the citizens' ability to fully exhaust their rights. And all this out of a deep commitment to the principles of the Declaration of the Establishment of the State."

LE NUOVE NORME SULL'APPROVAZIONE DEL BUDGET E L'ESPANSIONE DELLA NORWEGIAN LAW

Il **7 luglio**, in una seduta a tarda notte, il Plenum della *Knesset* ha approvato in seconda e terza lettura una proposta di emendamento alla *Legge fondamentale: la Knesset* (emendamento n. 51). Dopo che tutte le riserve sono state respinte, 60 parlamentari hanno sostenuto il disegno di legge in terza lettura, mentre 57 si sono opposti. La prima lettura si è svolta il **29 giugno**, mentre la Commissione ha dato via libera per il prosieguo dell'*iter legis* il **5 luglio**.

L'emendamento che è stato approvato propone di rivedere le attuali norme per quanto riguarda la legislazione sul bilancio, nelle circostanze speciali specificate: quando ci siano state elezioni per la *Knesset*, quando il Parlamento è stato sciolto o quando è stato inaugurato un nuovo Governo. Il testo sancisce che in questi casi il termine per l'approvazione del disegno di legge di bilancio sia esteso a tre mesi dall'inizio dell'esercizio finanziario, ovvero a 145 giorni dalla data di insediamento del Governo, a seconda di quale sia la successiva dei due. Al Governo verranno concessi 85 giorni per presentare il disegno di legge e alla *Knesset* saranno concessi 60 giorni per approvarlo. Qualora il Governo, di propria iniziativa, calendarizzi il disegno di legge di bilancio prima che siano trascorsi 85 giorni dalla sua inaugurazione, questi giorni non verranno sottratti al periodo assegnato alla *Knesset* per discutere la proposta.

Il testo permetterà altresì di ampliare le quote di parlamentari che hanno il diritto di porre fine alla loro appartenenza alla *Knesset* ai sensi della "Norwegian Law", in modo tale che in partito che ha da quattro a sei parlamentari, tre parlamentari possano lasciare il ruolo da deputato; mentre in formazioni da sette a nove parlamentari quattro parlamentari abbiano la stessa possibilità; infine, in un partito composto da dieci parlamentari o più, cinque parlamentari potranno rinunciare.

GOVERNO

LA FORMAZIONE DEL GOVERNO "RAK LO BIBI"

Lo *Speaker* della *Knesset* MK Yariv Levin (*Likud*) ha annunciato il **7 giugno** al Parlamento che il MK Yair Lapid (*Yesh Atid*) ha informato lui e il Presidente dello Stato di essere riuscito a formare un Governo di *power sharing*. Lo *Speaker* ha poi informato l'aula che una seduta della *Knesset* per il giuramento del 36° Governo sarebbe stata programmata entro il **14 giugno**, aggiungendo inoltre che un annuncio sulla data del voto per l'approvazione del nuovo Esecutivo sarebbe stata fatta in un secondo momento.

L'8 giugno, lo stesso *Speaker* ha calendarizzato il voto per la fiducia alla nuova maggioranza per il 13 giugno, data poi confermata anche dall'*Arrangements Committee*, presieduta da Karine Elharrar (*Yesh Atid*). Un parallelo voto per l'elezione del nuovo *Speaker* della *Knesset* è stato altresì calendarizzato nella stessa seduta. Il Governo Bennett-Lapid ha ricevuto la fiducia ufficiale il 13 giugno: 60 i parlamentari che hanno votato la fiducia, 59 contro, una astensione (su un totale di 120 MK).

L'insolita coalizione di maggioranza verrà inizialmente guidata dal neo Primo Ministro Naftali Bennett, che sostituisce, dopo dodici anni al potere, il leader del *Likud* Benjamin Netanyahu. La coalizione è composta da otto partiti - *Yesh Atid* (centro) di Yair Lapid, che tra due anni diventerà Primo ministro, *Yamina* (destra) di Bennett, *Tikvà Hadashà* (centro-destra), *Avodà* (centro-sinistra), *Meretz* (sinistra), *Kahol Lavan* (centro), *Yisrael Beiteinu* (destra) e, per la prima volta nella storia dell'ordinamento israeliano, il partito arabo islamista *Ra'am*, che, come analizzato precedentemente, si è staccato dalla *Joint List* araba.

Nuovo *Speaker* della *Knesset* è stato eletto il parlamentare Mickey Levy di *Yesh Atid*: è stato lui a dirigere i lavori d'aula per il voto di fiducia al nuovo Governo.

Secondo la legge israeliana, gli accordi di coalizione devono essere presentati alla *Knesset* e resi pubblici almeno 24 ore prima del voto di fiducia. Tuttavia, con il voto previsto alle 16 di pomeriggio del 13 giugno, una domenica - e con il sabato, giorno di riposo ebraico, in cui la presentazione dell'accordo non può avvenire - i partiti della coalizione emergente hanno avuto fino a venerdì pomeriggio, 11 giugno, per finalizzare e presentare pubblicamente gli [accordi di maggioranza](#). Secondo i termini dell'accordo, Naftali Bennett di *Yamina* servirà come Primo Ministro fino all'agosto 2023, quando Lapid gli subentrerà fino alla fine della legislatura nel novembre 2025.

In termini di posizioni ministeriali di primo piano, Lapid servirà come Ministro degli Esteri nei primi due anni di Governo, il leader di *Kahol Lavan*, Benny Gantz, rimarrà Ministro della Difesa, e il ministero delle finanze sarà affidato al leader di *Yisrael Beytenu* Avigdor Liberman. Il leader di *Tikvà Hadashà* Gideon Sa'ar sarà Ministro della Giustizia, mentre Ayelet Shaked di *Yamina* sarà Ministra degli Interni. La laburista Merav Michaeli ha ricevuto il portafoglio dei trasporti e il suo collega di partito Omer Barlev sarà Ministro della Pubblica Sicurezza. Il leader di *Meretz* Nitzan Horowitz sarà nominato Ministro della Salute, mentre la sua compagna di partito Tamar Zandberg sarà Ministra della dell'Ambiente.

Yesh Atid, secondo nella rotazione per la Premiership, inizierà con quattro posizioni ministeriali, mentre *Yamina* ne avrà tre. *Tikvà Hadashà* e *Kahol Lavan* avranno quattro ministeri ciascuno, mentre *Yisrael Beytenu*, *Avodà* e *Meretz* ne avranno tre.

L'accordo tra *Ra'am* e *Yesh Atid* include un posto da viceministro per *Ra'am* nell'ufficio di presidenza, la presidenza della Commissione per gli affari interni della *Knesset*, un vice *Speaker* della *Knesset* e la presidenza della Commissione per gli affari arabi. L'accordo include anche accordi per lavorare all'approvazione di un piano di spesa quinquennale per un totale di 30 miliardi di NIS fino al 2026 per ridurre i divari nella società araba, drusa, circassa e beduina; approvare un piano quinquennale di lotta al crimine del valore di 2,5 miliardi di NIS; adottare un piano di 20 miliardi di NIS per le infrastrutture di trasporto nelle comunità arabe; estendere un congelamento della legge sulle restrizioni edilizie fino alla fine del 2024; e riconoscere formalmente tre comunità beduine nel sud entro 45 giorni dal giuramento del Governo.

Nell'accordo con *Yisrael Beytenu*, i partiti hanno concordato che il nuovo Governo porterà avanti le politiche su cui il partito laico di destra di Liberman ha fatto negli anni campagna elettorale, come il trasporto pubblico durante il sabato ebraico. Insieme al Ministero delle

Finanze, *Yisrael Beitenu* riceverà anche il Ministero dell'Agricoltura e la presidenza della Commissione parlamentare delle Finanze.

L'accordo di coalizione con i laburisti garantisce altresì posti per i deputati del partito di centro-sinistra in numerose commissioni governative e parlamentare, compresa la Presidenza della Commissione per la Costituzione, la Legge e la Giustizia della *Knesset* durante i primi due anni della legislatura, parallelamente alla premiership di Bennett. Dopo che Lapid avrà assunto il ruolo di Primo Ministro, la Commissione verrà presieduta da un deputato di *Yesh Atid*, mentre Michaeli, leader di *Avodà*, otterrà un posto nel Judicial Appointments Committee. Una interessante clausola ulteriore contenuta nell'accordo tra *Yesh Atid* e *Avodà* è quella che prevede l'impossibilità per qualsiasi altra fazione parlamentare di unirsi alla maggioranza senza il consenso laburista.

Con *Kabot Lavan*, *Yesh Atid* ha accettato di formare una Commissione statale d'inchiesta per indagare sulla tragedia mortale avvenuta durante le celebrazioni di Lag B'Omer sul monte Meron nel nord di Israele il 30 aprile 2021, in cui 45 persone hanno perso la vita. L'accordo con *Tikvò Hadashà*, formazione creata da transfughi del *Likud*, prevede invece un accordo per un disegno di legge che stabilirebbe un tetto massimo di 8 anni di mandato per qualsiasi Primo Ministro, potenzialmente limitando la carriera politica di Netanyahu.

Le linee guida della coalizione che tutti i partiti hanno sottoscritto includono l'impegno a mantenere lo status quo per quanto riguarda l'equilibrio attuale tra Stato e religione. *Yamina* sarà in grado di porre il veto a qualsiasi disegno di legge riguardante questioni religiose, ma la coalizione ha stabilito che inizierà a lavorare per una riforma per promuovere la concorrenza nel campo delle certificazioni kosher. È prevedibile che una simile riforma, qualora fosse realmente implementata dalla coalizione, sarà certamente al centro di un complesso e ampio dibattito parlamentare, che vedrebbe senza dubbio la strenua opposizione dei partiti *haredim*, ultraortodossi, ora all'opposizione insieme al *Likud* di Netanyahu. Su un simile piano, e su un tema altrettanto divisivo per la stabilità parlamentare, la nuova maggioranza ha concordato che la coalizione lavorerà per approvare una versione della legislazione del Ministero della Difesa che formalizzi le esenzioni dal servizio militare obbligatorio per molti studenti ultraortodossi delle *yeshivot*, le scuole rabbiniche. La coalizione emergente ha concordato sulla possibilità di un servizio civile nazionale come alternativa al servizio militare per i gruppi che generalmente non prestano servizio militare - ebrei *haredi*, appunto, e arabi israeliani.

Il Governo entrante, attraverso il Ministero della Difesa manterrà anche tutto il controllo civile e la piena giurisdizione dell'area C della *West Bank*. L'accordo complessivo di maggioranza stabilisce che a Gantz, a cui è affidato il dicastero della Difesa, saranno assegnate risorse per aiutare a far rispettare meglio i regolamenti edilizi nell'Area C, assegnata alla giurisdizione israeliana a seguito degli Accordi di Oslo e comprendente circa il 60% circa della Cisgiordania. Il *Security Cabinet* includerà tre membri di *Yamina* - Bennett, Shaked e Matan Kahana. Ci saranno tre membri di *Tikvò Hadashà* - Sa'ar, Elkin e Yoaz Hendel, insieme a Liberman di *Yisrael Beytenu*. *Yesh Atid* avrà invece solo un membro del *Cabinet*: Lapid. Ci saranno anche due rappresentanti dei laburisti di *Avodà* - Michaeli e Bar-Lev; un rappresentante del *Kabot Lavan* - Gantz; e uno di *Meretz*, Horowitz.

L'APPROVAZIONE FINALE DELL'EMENDAMENTO N. 10 ALLA *BASIC LAW: THE GOVERNMENT*

Dopo una maratona di dibattito di oltre 15 ore, e dopo che tutte le mozioni delle opposizioni sono state respinte, il **28 luglio** il plenum della *Knesset* ha dato l'approvazione finale da una proposta di emendamento alla [Legge fondamentale: il Governo](#) (Emendamento n. 10).

Il progetto di legge, che ha superato la sua terza e ultima lettura con un voto di 61 voti a favore e 2 contrari, stabilisce che il meccanismo di voto paritario che si applica al plenum del Governo

in un accordo di *power sharing* si applicherà anche alle Commissioni ministeriali. L'emendamento sancisce inoltre che saranno aggiunti dei meccanismi procedurali all'accordo per il *power sharing Government* al fine di aumentarne la stabilità, secondo i quali, se una legge per lo scioglimento della *Knesset* è approvata nella prima metà del mandato del Governo, e almeno due MK affiliati al Primo Ministro in carica hanno sostenuto la legge nella sua terza lettura, o se la *Knesset* è stata sciolta a causa della mancata approvazione della legge di bilancio, il Primo Ministro alternativo assumerà la carica di Primo Ministro, e il precedente Primo Ministro servirà come Primo Ministro alternativo. Inoltre, secondo il testo approvato, d'ora in avanti il Primo Ministro avrà diritto di nominare due Viceministri nell'Ufficio del Premier, non più, quindi, un solo come avviene oggi.

Durante la votazione, i membri dell'opposizione hanno lasciato l'aula in segno di protesta, sostenendo che la coalizione aveva violato la procedura relativa alle regole del voto per appello nominale. Lo *Speaker* della *Knesset* MK Mickey Levy (*Yesh Atid*) ha tuttavia respinto la mozione delle opposizioni per l'annullamento della seduta.

PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

L'ELEZIONE DI ISAAC HERZOG

Il **2 giugno**, in un'elezione tenuta dal plenum della *Knesset* a scrutinio segreto, il Presidente dell'Agenzia Ebraica Isaac Herzog è stato eletto come 11° presidente dello Stato di Israele, ricevendo 87 voti. La candidata avversaria, la vincitrice del Premio Israele Miriam Peretz, ha ricevuto 26 voti. Herzog ha assunto la carica alla fine del mandato del Presidente uscente Reuven Rivlin il **9 luglio**.

Come riportato da [fonti parlamentari](#), Herzog ha immediatamente dichiarato: “With a sense of awe and great excitement, I accept the Knesset’s choice of me for the post of the 11th President of the State of Israel. I would like to thank each and every one of the Members of Knesset for the trust you placed in me. I accept the weighty responsibility you have laid on my shoulders and the privilege to serve the entire Israeli people in this lofty post.” “I thank Ms. Miriam Peretz, an Israeli hero, for serving as a symbol and inspiration to all the citizens of Israel, for rising up from unending grief and choosing life. Miriam, I extend a hand to you and hope for fertile cooperation between us on behalf of Israeli society.”

“I intend to be everyone’s president. To lend an attentive ear to every position and to respect every person. To mark the connecting lines and to build bridges of understanding, in order to bring closer even the farthest of quarreling parties—here among us, and with our brothers and sisters abroad as well.

“The challenges are myriad and should not be made light of. It is vital to treat the bloody wounds that our society has suffered in the recent period; we must protect Israel’s international standing and its good name within the family of nations; battle against antisemitism and hatred for Israel; protect the foundations of our democracy; and rise to the magnitude of the hour of this nation.”

Le prime congratulazioni al neoeletto Presidente sono arrivate dallo Speaker della *Knesset*, MK Yariv Levin (Likud), che ha dichiarato: “We are in the midst of a complex period. The State of Israel is dealing with immense challenges, and unique opportunities are presented to it. Many are pinning their hopes on the President’s Residence, which represents our shared values and expresses our common denominator. I am convinced that during your term you will realize the hopes of so many of Israel’s citizens.”

“The President of the State is the number one citizen, but he is also a human being. I am sure that you are very excited. You’ve accomplished a rare thing – to be elected to the most supreme position and follow the same path as your father, Chaim Herzog, the sixth President of the State of Israel. You followed in his footsteps, but you were elected on your own merit.”

“I am convinced that you will have the ability to turn the President’s Residence into a place of identity and brotherhood for us all, a residence for all the citizens of Israel, for all the Jews of the world. I congratulate you and wish you great success in fulfilling this mission.”

L’allora Primo Ministro Netanyahu ha invece dichiarato: “I would like to congratulate Isaac Herzog for his election; he is continuing a venerable family tradition. Your father represented Israel in a way that elicited respect and admiration around the world and in Israel, and I am certain that you will continue in the same path. I wish you success on my behalf, on behalf of the Government of Israel and on behalf of all of Israel’s citizens.” Anche il leader dell’opposizione, MK Yair Lapid (Yesh Atid), si è espresso sull’elezione di Herzog, commentando: “It is not often that a person has to address his good friend as ‘Mr. President.’ It is a great joy for me, for this house and for the State of Israel. I know that you will honor us and honor the institution; great things will happen there thanks to you.”

Il **7 luglio**, a due giorni dall’inizio ufficiale del suo mandato, [Herzog ha proceduto a giurare](#) davanti al plenum della *Knesset* e a ringraziare il suo predecessore Rivlin, commentando nel suo discorso inaugurale: “You knew how to transmit your love for the wonders of this land to its sons and daughters; you represented with great dignity our country before the family of nations, including in the last month of your term of office. You painfully identified the fault lines in Israeli society; you held a mirror to our face, even if it showed things that were not always pleasant for all of us to see.”

Proprio riprendendo un celebre discorso di Rivlin sulle “tribù di Israele”, il Presidente ha dichiarato: “[To be] everyone’s president. In ordinary times, this is a mission that sounds almost naïve. But these, regrettably, are not ordinary times. These are times in which ‘mamlachtiyut’ [public responsibility] is overridden by polarization; times in which the unifying ethos and the shared values are more fragile than ever. These are difficult times, which arrive after two and a half years of tempestuous rounds of elections that followed in succession; a political crisis that is without precedent in the State of Israel. A crisis that, as the history of the modern era shows us, succeeded in the past in destroying nations much older and longer-established than the young State of Israel, which is only 73 years old.”

La cerimonia del giuramento ha visto anche, come da protocollo, un [lungo discorso del Presidente uscente](#), qui non riportato per ragioni di necessità.

CORTE SUPREMA

NUOVE NORME IN MERITO ALLA MATERNITÀ SURROGATA

L’**11 luglio**, al termine di una battaglia giudiziaria condotta dalla comunità Lgbtq negli ultimi dieci anni, la Corte Suprema israeliana ha stabilito che la possibilità di accedere alla maternità surrogata in Israele verrà estesa anche alle coppie omosessuali e ai padri single.

La legge attuale consente solo alle coppie eterosessuali e, dal 2018, anche alle madri single con problemi di fertilità, di usufruire della maternità surrogata. In seguito all’iter giudiziario avviato da una coppia gay, la Corte aveva stabilito nel febbraio 2020 che la legge in questione era

incostituzionale dando al Parlamento un anno di tempo per modificarla perché non discriminasse le coppie dello stesso sesso. Scaduto il termine, il precedente governo aveva chiesto un'ulteriore estensione, accordata fino al 6 luglio scorso. In quella data, il ministro della Salute Nitzan Horowitz, leader del partito di sinistra *Meretz* e il primo capo di partito apertamente gay, aveva presentato la risposta negativa del nuovo Governo. Una mossa che ha portato la Presidentessa della Corte Esther Hayut ad affermare che “la mancanza di praticabilità della vita politica non può giustificare la continua grave violazione dei diritti fondamentali” e alla sentenza di oggi, che stabilisce tra l'altro che lo Stato è tenuto a risarcire 7 mila e 500 euro di spese legali ai querelanti.

Horowitz ha convocato una conferenza stampa con Itai e Yoav Pinkas Arad, la coppia che ha dato il via alla battaglia legale presentando il primo ricorso nel 2010. “Oggi è un giorno storico per la comunità Lgbt e per tutta la società israeliana”, ha detto il Ministro. Anche Yair Lapid, ministro degli Esteri e secondo Premier nell'accordo di coalizione, ha accolto con favore la sentenza. Ariè Deri, il leader del partito *haredi Shas* - oggi all'opposizione - si è espresso contro la sentenza, affermando che la legge colpisce duramente l'identità ebraica del paese.

Nei prossimi sei mesi, sarà di competenza del Ministero della Salute stabilire la nuova prassi dell'iter che includa anche le coppie dello stesso sesso o uomini single.

LA CORTE ED I RICORSI CONTRO LA *NATION STATE LAW*

L'8 luglio 2021, l'Alta Corte di Giustizia ha respinto una serie di ricorsi che mettevano in discussione la costituzionalità della [Basic Law: The Nation State](#), affermando che la legge fondamentale, che consolida ulteriormente il carattere ebraico di Israele, non contravviene al carattere democratico dello stato. Dieci degli 11 giudici in carica si sono espressi a favore del respingimento dei ricorsi, con il giudice George Karra - l'unico arabo sul banco della Corte – ad esprimere l'opinione dissenziente

“This basic law is but one chapter in our constitution taking shape and it does not negate Israel's character as a democratic State”, ha scritto Esther Hayut, Presidentessa della Corte, nella conclusione della [sentenza](#). “As such, I do not believe that the Knesset has exceeded the narrow limit on its legislative authority when it enacted into law the Basic Law on Israel as the Nation-State of the Jewish People”.

Da intendersi secondo molti costituzionalisti come il futuro preambolo della Costituzione israeliana (per ora, divisa, appunto, in diverse *Basic Laws*) a Legge fondamentale, approvata dalla *Knesset* nel 2018, sancisce una serie di disposizioni riguardanti l'impegno del paese nei confronti dei suoi cittadini e degli ebrei della diaspora, lo status della lingua araba e regola il tema dei simboli di Stato. [Come già riportato](#), approvata il 19 luglio 2018, la legge è stata approvata con una maggioranza di 62 voti come la tredicesima Legge fondamentale dello Stato di Israele, ma ha continuato a provocare un acceso dibattito alla *Knesset*, nella società israeliana nel suo insieme e nelle comunità ebraiche intorno il mondo. Molte petizioni sono state presentate alla Corte Suprema, inclusa una petizione presentata da 40 vincitori del Premio Israele nel campo della cultura, dell'arte e della spiritualità. Parte delle contestazioni avevano come punto centrale il rifiuto di inserire termini come “uguaglianza” e “democrazia” al suo interno. La sentenza dell'Alta Corte ha stabilito che non vi sono motivi per intervenire sulla legge, ma ha aggiunto che le sue disposizioni devono essere interpretate alla luce delle altre leggi fondamentali di Israele, in particolare le leggi fondamentali sulla *Knesset*, sulla dignità umana e sulla libertà e sulla libertà di occupazione, che affrontano specificamente il duplice carattere di Israele come Stato ebraico e democratico.

Secondo l'opinione maggioritaria, la norma relativa al diritto all'autodeterminazione nazionale dovrebbe essere interpretata in modo da non ledere diritti individuali o culturali a livello non

nazionale, accogliendo quanto sostenuto dai sostenitori della legge per dimostrare il carattere non discriminatorio nei confronti della minoranza araba di Israele. Da parte sua, tuttavia, il giudice Karra ha ripreso le precedenti dichiarazioni di Hayut in merito alle condizioni per l'abrogazione di una Legge Fondamentale, scrivendo nella sua opinione dissenziente che le sezioni 1, 4 e 7 della legge creano “unconstitutional arrangements that negate the heart of the state’s democratic identity and shake the very foundations of the constitutional structure.”

Sebbene la sentenza abbia goduto dell'approvazione quasi unanime della politica ebraica israeliana, il leader della *Joint List*, partito prevalentemente arabo, Ayman Odeh, ha criticato la sentenza della Corte definendola “razzista e antidemocratica”.

La maggior parte dei ricorrenti ha chiesto alla Corte di annullare la *Basic Law* nella sua interezza, mentre altri si sono concentrati su disposizioni specifiche. I firmatari includevano avvocati e accademici ebrei e arabi, sette ufficiali dell'esercito beduino, il partito *Meretz*, il centro legale [*Adalah*](#), la *Joint List* e il comitato delle autorità arabe locali. La maggior parte dei ricorsi si concentrava sulla Sezione 7 della legge, che afferma che “*the State considers the development of Jewish settlement a national value and will act to encourage and promote its expansion*”. I firmatari hanno affermato che la legge rischiava di consentire discriminazioni e, in pratica, avrebbe portato all'annullamento della precedente sentenza dell'Alta Corte nel caso Ka'adan, che ha dichiarato l'affitto di terreni esclusivamente agli ebrei una pratica discriminatoria illegale.

Il Procuratore Generale Avichai Mendelblit ha informato la Corte di opporsi all'intervento della Corte Suprema nel caso. Tale intervento sarebbe senza precedenti, ha affermato, e i ricorsi non forniscono motivi per giustificare un tale passo in una dinamica, quella tra *Corte Suprema* e *Knesset*, già molto delicata.



Le elezioni messicane tra polarizzazione e violenza*

di Rosa Iannaccone**

Il quadrimestre in esame è stato caratterizzato dallo svolgimento delle elezioni più grandi e complesse della storia del Paese, come sono state definite dall'[Instituto Nacional Electoral](#) (INE). Nel [processo elettorale 2020-2021](#), infatti, è stata rinnovata interamente la Camera dei Deputati, per cui i 3/5 sono stati eletti in 300 collegi uninominali con un sistema a maggioranza semplice (*plurality*), in base al quale il candidato più votato in ogni distretto ottiene un seggio, e i rimanenti 2/5 (200) sono stati eletti in cinque circoscrizioni plurinominali attraverso un sistema di liste bloccate e una formula proporzionale. Si sono svolte, inoltre, numerose elezioni locali ossia quelle per 15 Governatori, per i membri di 30 Congressi locali, oltre che per numerosi consigli comunali, giunte e consigli municipali. Complessivamente si è trattato di più di 21.000 cariche.

Nonostante queste elezioni siano state caratterizzate dalla pandemia da Covid-19 e da elevati [livelli di violenza politica](#) – secondo il [Quinto Informe de Violencia Política en México](#) realizzato da Etellekt dal 7 settembre 2020 al 31 maggio 2021, sono stati registrati 90 omicidi e 693 aggressioni contro politici e candidati – il livello di partecipazione è stato pari al 52,66% (*Cfr. Elezioni*)

Alle elezioni congressuali si sono presentate due coalizioni: *Juntos Hacemos Historia* e *Va por México* (*Cfr. Cronache 1/2021*). La prima è erede di *Juntos Haremos Historia*, alleanza elettorale che alle elezioni federali del 2018 aveva visto l'attuale partito ufficiale, ossia *Movimiento Regeneración Nacional* – più noto con la sua sigla “Morena” – insieme al *Partido del Trabajo* (PT) e al *Partido Encuentro Social* (PES). L'attuale alleanza, invece, è formata oltre che da Morena e dal PT anche dal *Partido Verde Ecologista de México* (PVEM) e ha presentato candidature congiunte in 183 circoscrizioni. La formazione fondata da López Obrador è stata la capolista in 88 delle 183 liste, il Partito del Lavoro in 50 e, infine, il Partito Verde in 45. La coalizione oppositrice, è composta

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

dal *Partido Revolucionario Institucional* (PRI), dal *Partido de Acción Nacional* (PAN), e dal *Partido de la Revolución Democrática* (PRD) che hanno presentato candidature coordinate in 219 circoscrizioni (*Cfr. Elezioni*). L'unico partito che ha deciso di non entrare a far parte di una colazione è stato *Movimiento Ciudadano* (MC).

Dei 15 governatorati in disputa, Morena ne ha vinti 11. Si tratta di Stati che per decenni sono stati governati dai partiti di opposizione. Nel dettaglio, 8 entità – ossia Campeche, Colima, Guerrero, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala, Zacatecas e San Luis Potosí – dal PRI, 2 – vale a dire Baja California Sur e Nayarit – dal PAN e Michoacán dal PRD. In questo modo, Morena è diventata la prima forza politica del Paese, ottenendo il 34,13% dei voti, e governerà complessivamente in 17 Stati. È rilevante notare come per la prima volta nel Paese ci saranno [sette donne titolari degli esecutivi locali](#). Infatti, oltre la *Jefa de Gobierno* di Città del Messico, Claudia Sheinbaum, eletta nel 2018 e nominata dal Presidente López Obrador tra i suoi possibili eredi (*Cfr. Presidenza*), alle scorse elezioni sono state elette governatrici in Baja California, Colima, Guerrero, Tlaxcala, Campeche e Chihuahua.

Questo processo elettorale non è stato esente dall'intervento degli organi elettorali, in particolare del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF). Nella sezione “Corti” dedicata a tale organo, verranno riportati alcuni dei ricorsi più significativi che il TEPJF ha dovuto risolvere. Si è scelto di privilegiare, ma non di trattare esclusivamente, quelli che hanno coinvolto il Presidente della Repubblica e il suo partito, *Morena*, in quanto si è voluto rendere un quadro, il più chiaro possibile, del clima fortemente polarizzato e conflittuale che ha caratterizzato le scorse elezioni. Sono, infatti, state analizzate anche azioni che hanno visto coinvolti altri partiti, come quella interposta contro il candidato di *Movimiento Ciudadano* alla carica di governatore dello Stato di Nuevo León, accusato, e il **10 giugno** condannato dalla [Camera Specializzata](#), di violenza politica di genere (*Cfr. Corti*).

L'alto grado di polarizzazione e conflittualità è stato la conseguenza di un atteggiamento della presidenza che, soprattutto attraverso le *mañaneras*, di cui più volte si è parlato nell'ambito di queste Cronache, ha creato una forte contrapposizione con gli organi elettorali (in particolare, *Cfr. Cronache 1/2021; Cfr. Presidenza*) accusati di far parte di un “*bloque conservador*” che vorrebbe impedire la Quarta Trasformazione ormai in corso e di cui il Presidente ha parlato anche nel [discorso](#) che ha tenuto per commemorare il suo terzo anno di mandato. Tale avversione nei confronti del Tribunale elettorale e dell'Istituto Nazionale Elettorale è stata presente anche nelle linee guida del programma legislativo per il prossimo triennio del Presidente. Il **15 giugno**, durante una [conferenza stampa mattutina](#), Amlo ha sostenuto che avrebbe presentato una proposta di riforma alla legislazione elettorale volta principalmente ad innovare la composizione dell'INE, ridurre il suo bilancio e quello del TEPJF e ad eliminare i 200 seggi plurinominali della Camera dei Deputati (*Cfr. Presidenza*).

Come al fine di accentuare e rendere permanente questo clima di contrapposizione nel Paese, durante la [mañana](#) del **24 giugno**, Amlo ha annunciato una strategia per contrastare le notizie false. Si tratta di un nuovo blocco settimanale nella conferenza del mattino, chiamato *Quién es Quién en las Mentiras*, in cui Ana Elizabeth García Vilchis indicherà le notizie false della settimana (*Cfr. Presidenza*). Il Presidente non è nuovo da accessi contrasti con la stampa nazionale e

internazionale. Il quadrimestre scorso, ad esempio, pochi giorni prima della celebrazione della Giornata Internazionale della Donna, López Obrador si era rivolto alla stampa internazionale, e nello specifico al New York Times e al El País, per difendere se stesso e il suo Governo e nella [conferenza stampa](#) del **3 marzo** aveva sostenuto di essere stato calunniato in quanto descritto come oppositore del movimento femminista (Cfr. *Cronache* 1/2021). Come già riportato nelle *Cronache* 2/2020, secondo il [rapporto](#), relativo al primo anno di governo di López Obrador, il 2019, elaborato dall'organizzazione *Article 19 México y Centroamérica* – organizzazione indipendente e apartitica che promuove e difende l'avanzamento dei diritti di libertà di espressione e di accesso all'informazione – nonostante nel suo discorso inaugurale il Presidente si fosse impegnato a non applicare alcun tipo di censura, questo non si è riflesso nel rapporto tra l'esecutivo e la stampa. Infatti, gli attacchi materiali e verbali contro i giornalisti sono aumentati durante il suo primo anno di governo. La relazione sottolinea, inoltre, che l'istituzione della prassi della conferenza mattutina del Presidente non è stata solo una strategia di comunicazione, ma anche un modo per indirizzare e polarizzare il dibattito pubblico, perdendo il suo senso informativo in quanto risulta quasi impossibile confrontare le notizie fornite da López Obrador con quelle ottenute attraverso le richieste di informazioni.

Il *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, durante i mesi in esame, non ha solo trattato i casi di mancato rispetto della normativa elettorale in materia di comunicazione, ma si è espresso anche a proposito di due questioni aventi più propriamente a che fare con la rappresentanza e, in particolare, con le azioni di discriminazione positiva rivolte alle donne e alle popolazioni indigene introdotte, tra le altre, lo scorso **15 gennaio** dal Consiglio Generale dell'INE, con l'obiettivo di promuovere la [partecipazione dei gruppi storicamente discriminati](#) (Cfr. *Cronache* 1/2021).

Il **28 agosto** la [Camera Superiore](#) ha, infatti, revocato l'assegnazione della deputazione federale per la rappresentanza proporzionale a due candidati – un titolare e un supplente – del Partito Azione Nazionale (PAN), in quanto non avevano dimostrato la loro appartenenza alla comunità indigena e ha deciso di attribuire il seggio ad una formula composta da due donne, in quanto ciò avrebbe avuto anche un impatto di parità sull'integrazione finale del Congresso dell'Unione. Lo stesso giorno, tale [organo](#) ha, altresì, deciso di modificare la formula, risultata eletta, presentata dal *Partido Verde Ecologista de México*, composta da uomini, per sostituirla con una formula composta da donne. Questo adeguamento ha permesso il raggiungimento della parità nella Camera dei deputati. Pertanto, la LXV legislatura (Cfr. *Parlamento*) sarà formata da 250 uomini e 250 donne. Qualche giorno prima, il **16 agosto**, anche il [Tribunal Electoral del Estado de México](#), aveva applicato il criterio della parità di genere nella formazione del legislativo locale, sostituendo tre uomini con tre donne. In tal modo, la prossima legislatura locale, che entrerà in carica il **5 settembre**, avrà 38 deputati uomini e 37 donne.

A livello locale, in questo quadrimestre, sono state assunte anche altre rilevanti decisioni volte a combattere la discriminazione di genere. Il [Congresso dello Stato di Hidalgo](#), il **30 giugno**, e [quello dello Stato di Veracruz](#), il **20 luglio**, hanno approvato la depenalizzazione dell'aborto fino a 12 settimane di gestazione, come già previsto da Città del Messico (2007) e Oaxaca (2019). Inoltre, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, il **7 luglio**, ha [concesso l'amparo](#) a una persona con

grave paralisi cerebrale e in condizioni di povertà ed emarginazione, vittima di stupro quando era minorenni, alla quale il Direttore dell'Ospedale Generale di Tapachula (Chiapas) aveva negato la possibilità di interrompere la gravidanza derivante dal reato di cui era stata vittima, perché superato il periodo di 90 giorni dal concepimento, stabilito nell'articolo 181 del Codice Penale dello Stato, che la Corte ha dichiarato incostituzionale. Lo stesso giorno, la Corte Suprema ha concluso l'analisi del ricorso di incostituzionalità presentato dalla *Fiscalía General de la República* contro vari articoli del Codice Civile dello Stato di Tabasco, come modificato dal Decreto 265, pubblicato il 13 gennaio 2016, in materia di maternità surrogata invalidando le disposizioni discriminatorie nei confronti delle donne (*Cfr. Autonomie*).

ELEZIONI

VA POR MÉXICO

Il **24 maggio** i presidenti nazionali dei partiti PAN, PRI e PRD – rispettivamente Marko Cortés, Alejandro Moreno e Jesús Zambrano –, durante una [conferenza stampa](#), hanno mosso un primo passo per trasformare l'alleanza elettorale *Va por México* in una coalizione, a medio-lungo termine. Hanno accordato 10 obiettivi da raggiungere ovvero: stabilire la funzione di controllo costituzionale e di governo democratico della Camera dei Deputati; creare una Camera responsabile, in grado di ristabilire l'equilibrio tra i poteri dell'Unione; realizzare un'analisi collegiale e inclusiva del *Proyecto de Ley de Ingresos* e del *Presupuesto de Egresos de la Federación*; rispettare l'indipendenza degli organi costituzionali autonomi; rispettare la società civile e i media e promuovere l'unità nazionale; dare dignità e definire il lavoro delle forze armate; rispettare la legislazione elettorale; elaborare una strategia per attirare gli investimenti, la crescita economica e lo sviluppo nazionale, con la partecipazione delle imprese e dei lavoratori; tutelare l'ambiente, attraverso la transizione verso energie pulite e rinnovabili; consolidare un'agenda di genere inclusiva

VERSO LE ELEZIONI

Il **7 maggio** l'[Istituto Nazionale Elettorale](#) (INE) ha iniziato la distribuzione, dal suo magazzino centrale a tutti gli Stati, delle schede e della documentazione elettorale da utilizzare durante il processo elettorale federale 2020-2021, sotto la custodia della *Secretaría de la Defensa Nacional*.

Il **26 maggio** il [Consejo General dell'INE](#) ha approvato all'unanimità la cancellazione della registrazione di tre candidati alla carica di deputato federale le cui informazioni nel modulo "3 su 3 contro la violenza" sono risultate false in quanto avevano commesso atti di violenza politica di genere contro le donne. Il Gruppo Interdisciplinare ha realizzato un'analisi a campione dei candidati, consistente nell'esame e nella verifica delle informazioni contenute nel modulo "3 su 3" in cui, sotto giuramento, i candidati assicuravano di non essere stati condannati o puniti per violenza familiare e/o domestica, aggressioni di genere, crimini sessuali, reati contro la libertà sessuale o l'intimità corporale, o di essere indebitati o in arretrato con gli alimenti. Dall'analisi è risultato che tre candidati avevano fatto dichiarazioni false ossia Ana Elizabeth Ayala Leyva, candidata di maggioranza relativa di *Juntos Hacemos Historia* nel *Distrito 02* di Sinaloa; Manuel Guillermo Chapman Moreno candidato di Morena di rappresentanza proporzionale nella *Primera*

Circunscripción; e Raúl Tadeo Nava, candidato di maggioranza relativa del PT nel *Distrito 3* di Morelos.

Il **2 giugno** l'[INE](#) ha reso noto che, a partire da mezzanotte, tutte le campagne elettorali dei partiti politici e dei candidati indipendenti sarebbero dovute terminare. Pertanto, tutti i candidati, sia federali che locali, che avrebbero partecipato alla contesa elettorale del **6 giugno**, dal primo minuto del giorno seguente, non avrebbero più potuto promuovere se stessi o la loro piattaforma elettorale. Lo stesso giorno, la *Comisión de Quejas y Denuncias*, in seguito alla denuncia presentata dal *Movimiento Ciudadano* (MC) e dal suo candidato al governatorato di Nuevo León, ha ordinato la sospensione della trasmissione di tre conferenze del Presidente – ossia quelle del **5, 6 e 7 maggio** – in quanto costituivano un’interferenza nel processo elettorale. La Commissione ha ammesso le misure cautelari richieste in quanto, da un’analisi preliminare, è risultato che le dichiarazioni del Presidente costituivano un’interferenza nel processo elettorale, vietata dagli articoli 41 e 134 della Costituzione. La decisione adottata è in linea con l’accordo approvato da questa stessa Commissione il **28 maggio** ([ACQyD-INE-117-2021](#)), dove è stato realizzato uno studio completo e sistematico del contenuto delle *mañaneras* realizzate dall’inizio della campagna elettorale, e in occasione del quale era stato deciso di applicare misure cautelari nei confronti del Presidente della Repubblica per aver fatto dichiarazioni che configuravano un’intromissione nei processi elettorali.

Il **6 giugno** l'[Istituto Nazionale Elettorale](#) ha ordinato la rimozione dalle reti sociali di una campagna di propaganda del PVEM, realizzata attraverso diversi personaggi pubblici e *influencers*. La sessione su tale questione è stata avviata d’ufficio dalla *Comisión de Quejas y Denuncias* per aver violato il silenzio elettorale.

LA GIORNATA ELETTORALE E I RISULTATI

Il **6 giugno** si è tenuta, nella piazza dell’Istituto Nazionale Elettorale, la [cerimonia civica](#) per onorare la bandiera in occasione dell’inizio del processo elettorale federale 2020-2021, il più grande e complesso nella storia del paese, dove saranno rinnovate più di 20.000 posizioni del potere pubblico. Il *Consejero Presidente*, Lorenzo Córdova Vianello, ha invitato gli attori politici e sociali a rispettare le regole del gioco democratico, i tempi di conteggio e i risultati della giornata elettorale e ha invitato la società in generale a denunciare qualsiasi crimine elettorale.

Il giorno successivo le elezioni, il [Consejo General](#) dell’*Instituto Nacional Electoral* ha riconosciuto l’alto livello di partecipazione dei cittadini al processo elettorale federale 2020-2021, che avalla la validità del sistema democratico come unico modo legittimo per rinnovare il potere e quindi per trasformare il Paese. Lorenzo Córdova Vianello, ha descritto la giornata elettorale come un “vero successo”: un altissimo numero di seggi, il 99,91%, aveva funzionato senza incidenti e sono stati rispettati i protocolli sanitari e la diversità politica.

Lo stesso giorno, il *Consejero Presidente* dell’INE ha annunciato le tendenze di voto stabilite dal Conteggio Rapido, che rivelano la percentuale di partecipazione dei cittadini, così come un’approssimazione del voto ottenuto da ogni partito politico e i seggi che otterranno per formare la prossima legislatura della Camera dei Deputati.

Sulla base di quanto sopra, ha riferito che il giorno delle elezioni è stata registrata un’affluenza tra il 51,7 e il 52,5 per cento di un totale di 93.528.473 cittadini contenuti nella Lista Nominale degli Elettori. Per quanto riguarda, invece, i risultati ottenuti dal Comitato Tecnico Consultivo del Conteggio Rapido sono i seguenti:

Partito Politico o candidatura indipendente	Percentuale di voto	Numero stimato di seggi
---	---------------------	-------------------------

	Intervallo minimo	Intervallo massimo	Minimo	Massimo
Partido Acción Nacional	18.5	19.3	106	117
Partido Revolucionario Institucional	17.8	18.5	63	75
Partido de la Revolución Democrática	3.5	3.9	12	21
Partido del Trabajo	3.1	3.5	35	41
Partido Verde Ecologista de México	5.5	6.0	40	48
Movimiento Ciudadano	7.1	7.5	20	27
Morena	34.9	35.8	190	203
Partido Encuentro Solidario	2.7	3.0	0	6
Redes Sociales Progresistas	1.8	2.0	0	0
Fuerza por México	2.6	2.8	0	0
Candidature indipendenti	01	0.3	0	0

L'11 luglio, l'*Instituto Nacional Electoral* ha reso noto che alle ore 9:51 era stato completato il conteggio e lo spoglio del 100% delle 163.666 schede. Dopo più di 48 ore di lavoro continuo nei consigli distrettuali e locali dell'INE, sono stati contati i 49.151.320 voti dei cittadini che hanno partecipato alla giornata elettorale e che il 52,66% delle 93.328.77 persone registrate sulla Lista Nominale ha esercitato il suo diritto di voto. Nei seggi elettorali di base, contigui e straordinari, sono stati espressi 48.736.007 voti, mentre i seggi speciali hanno ricevuto 138.033 voti di maggioranza relativa e 277.280 di rappresentanza proporzionale. Invece, sono stati dichiarati non validi 1.662.323 voti, che rappresentano il 3,4% del totale. Sono state riaperte 98.383 schede e i voti ricontati, ossia il 60,12% del totale; 32 schede (0,0196%) non sono state ricevute perché i seggi elettorali non erano installati e 261 (0,159%) non sono state ricevute perché i pacchetti elettorali non sono arrivati alla sede del Consiglio Distrettuale.

Secondo i fogli di conteggio, il numero di distretti vinti da partiti politici, coalizioni e candidature indipendenti è stato il seguente:

Partiti	Distretti
PAN	33
PRI	11

PRD	0
PVEM	1
PT	0
MOVIMIENTO CIUDADANO	7
MORENA	64
ENCUENTRO SOLIDARIO	0
RSP	0
FUERZA POR MÉXICO	0

Coalizioni	Distretti
PAN-PRI-PRD	63
PVEM-PT-MORENA	121

Candidature indipendenti	Distretti
	0

Due giorni dopo, il **13 giugno**, l'[INE](#) ha concluso anche il computo dei voti emessi nei collegi plurinominali, che hanno permesso l'assegnazione dei deputati di rappresentanza proporzionale a ciascuno dei partiti e di definire, quindi, la composizione della nuova legislatura della Camera dei Deputati. I risultati del conteggio sono stati:

Partito	votazione	%
PAN	8,969,288	18.26
PRI	8,715,899	17.75
PRD	1,792,700	3.65
PVEM	2,670,997	5.44
PT	1,594,828	3.25
MC	3,449,982	7.03
Morena	16,759,917	34.13

PES	1,352,544	2.75
RSP	868,515	1.77
FXM	1,217,084	2.48
Nulli	1,673,322	3.41
Non registrati	41,933	0.09

Il **16 giugno** la [Comisión de Fiscalización](#) dell'INE ha realizzato il processo di estrazione per designare gli intervenienti che saranno incaricati del processo di liquidazione dei neo partiti politici nazionali *Encuentro Solidario*, *Redes Sociales Progresistas* e *Fuerza por México* (Cfr. *Cronache 3/2020*), in quanto non hanno raggiunto il 3% dei voti nel processo elettorale 2020-2021. In conformità con l'art. 97 della Legge Generale sui Partiti Politici e l'art. 395 del Regolamento di Revisione, le risorse di ogni partito politico in liquidazione saranno utilizzate per: ottemperare agli obblighi che la legge determina per la protezione e il beneficio dei lavoratori della parte in liquidazione e agli obblighi fiscali corrispondenti; pagare le sanzioni amministrative di natura finanziaria imposte dall'Istituto; curare gli altri impegni contratti e debitamente documentati con fornitori e creditori; applicare modo appropriato le leggi corrispondenti, il Codice Civile Federale e la Legge sul Fallimento Commerciale. In caso di eccedenza, le risorse nei conti bancari saranno trasferite alla Tesoreria della Federazione e nel caso di beni immobili, si effettueranno le procedure per trasferirli all'*Instituto para Devolver al Pueblo lo Robado*.

CONSULTA POPULAR

Il **2 giugno** il [Consejo General dell'INE](#) ha approvato il disegno e la stampa della scheda elettorale, il modello Braille e il timbro di voto per la consultazione popolare del **1° agosto**, che si è tenuta in seguito alla riforma alla *Ley Federal de Consulta Popular* – promossa da López Obrador e dai legislatori del Movimento di Rigenerazione Nazionale (Morena) – al fine di permettere un esercizio consultivo del popolo messicano per avviare indagini contro gli ex Presidenti messicani e in caso di prove rilevanti, mandarli a processo (Cfr. *Cronache 1/2021*). L'autorità elettorale ha tenuto conto dell'avverso contesto di bilancio per l'organizzazione della consultazione, dato che non disponeva di risorse stanziare a tal fine, per cui è stato necessario adattare il modello ai parametri minimi necessari in modo di garantire i diritti dei cittadini e il loro coinvolgimento e, allo stesso tempo, di realizzare il lavoro con i fondi a disposizione dell'Istituto, senza trascurare però altri compiti fondamentali.

Il **21 luglio** la [Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral](#) ha risolto positivamente una richiesta di misure cautelari presentata dal PAN contro Andrés Manuel López Obrador e chiunque sia responsabile, per le dichiarazioni realizzate durante la conferenza del mattino del **19 luglio** in cui, la *Subsecretaria de Desarrollo Social y Humano* della *Secretaría de Bienestar* aveva annunciato la nuova strategia per l'incorporazione delle persone con più di 65 anni al sistema pensionistico, fatto che, secondo la Commissione, ha costituito la diffusione di propaganda governativa in un periodo proibito nel contesto della *Consulta Popular*. Di conseguenza, è stato ordinato alla Presidenza della Repubblica, attraverso la *Consejería Jurídica*, di realizzare tutte le azioni, procedure e passi necessarie, entro tre ore, per eliminare o modificare le dichiarazioni contenute nelle versioni audiovisive e/o stenografiche della conferenza del mattino. Allo stesso modo, è stato richiesto alla presidenza della Repubblica, alla *Coordinación de Comunicación Social y Vocería*, al *Centro de Producción de Programas Informativos y Especiales*, così come a tutti i funzionari pubblici che partecipano a queste conferenze di astenersi dal presentare,

diffondere, pubblicare e rendere disponibile sul segnale satellitare, qualsiasi propaganda governativa contraria alle disposizioni costituzionali o al di fuori delle eccezioni ivi stabilite e vietate, così come quelle che violano i principi costituzionali di imparzialità e neutralità.

Il **3 agosto**, al termine del conteggio totale della consultazione popolare, l'[Istituto Nazionale Elettorale](#) ha segnalato la partecipazione di 6.663.208 cittadini, che rappresentano il 7,11% della lista elettorale. Il quesito sottoposto al corpo elettorale è stato: “¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes con apego al marco constitucional y legal, para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminado a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?” e il 97.72% dei cittadini partecipanti ha optato per il “Sì”, ossia 6.511.385 messicane e messicani, mentre 102.945.000 votanti, l'1.54%, hanno scelto il “No”. In totale sono stati emessi 57.077 voti nei 300 distretti elettorali del Paese e le schede nulle sono state pari allo 0,73% del totale, vale a dire 48.878. Le commissioni esecutive distrettuali hanno determinato che 51.066 schede elettorali erano valide, e un 6.003 schede elettorali (10,51% del totale) sono state ricontate, dando così certezza al processo. Non sono stati ricevuti solo un plico contenente le schede (0,0017%) e sette rapporti di seggio elettorale (0,0122%): due a Veracruz, quattro in Chiapas e uno in Baja California. Stato del Messico è stata l'entità a riportare la più alta affluenza di votanti (1.005.074), seguito da Città del Messico (806.693) e Veracruz (604.881).

PARLAMENTO

IL CALENDARIO PER LA CONSEGNA DI DOCUMENTAZIONE ALLA NUOVA LEGISLATURA

Il **27 maggio** la Camera dei Deputati ha emesso l'[acuerdo que establece las bases del Programa General de Entrega y Recepción por conclusión de la LXIV Legislatura](#), che ha previsto, dato l'imminente rinnovo del potere legislativo, il calendario per la consegna di *dossier*, archivi e banche dati legislative delle commissioni ordinarie, commissioni bicamerali e dei comitati al fine di garantire che la Camera dei Deputati, indipendentemente dal cambio di legislatura, sia in grado di rispettare effettivamente le competenze costituzionali e legali che le corrispondono, assicurando la funzionalità in ogni momento degli organi che la compongono. Nello specifico, il calendario stabilito per la consegna dei documenti è stato il seguente: le commissioni ordinarie, le bicamerali, i comitati, la *Sección Instructora*, la *Subcomisión de Examen Previo* e il *Consejo Editorial*, dal **16 giugno** fino al **15 luglio**; gli uffici di rappresentanza della Camera dei deputati presso gli Organismi internazionali, dal primo al **15 agosto**, i gruppi parlamentari e i deputati senza partito dal **16 al 31 luglio**; gli Organi di Governo e il Comitato di Amministrazione, fino al **31 agosto**.

SESSIONI STRAORDINARIE

La Commissione Permanente – nominata alla fine dello scorso quadrimestre (*Cfr. Cronache 1/2021*) – ha ufficialmente iniziato i suoi lavori il **1° maggio** e li ha terminati il **30 agosto**.

Durante il *Segundo Receso del Tercer Año de Ejercicio de la LXIV Legislatura*, la Permanente ha convocato tre volte le Camere, stabilendo che le stesse si sarebbero sciolte una volta terminata la discussione delle questioni a motivo della convocazione. Il [DECRETO por el que la Comisión Permanente convoca a las Cámaras del Congreso de la Unión a un Primer Periodo Extraordinario de Sesiones durante el Segundo Receso del Tercer Año de Ejercicio de la Sexagésima Cuarta Legislatura](#) del **29 luglio** ha stabilito la convocazione di entrambe le Camere, a partire dal giorno successivo. La Camera dei Deputati avrebbe dovuto discutere e approvare l'eventuale ratifica della nomina di Rogelio

Eduardo Ramírez de la O alla carica di *secretario de Hacienda y Crédito Público* – [avvenuta il 3 agosto](#) – e avviare l'iter legislativo delle iniziative con progetti di decreti di riforma degli articoli transitori del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones de las leyes Federal del Trabajo, del Seguro Social, del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, del Impuesto Sobre la Renta, del Impuesto al Valor Agregado, de la Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 de la Constitución, la Reglamentaria de la fracción XIII Bis del Apartado B) del Artículo 123 de la Constitución Política y del Código Fiscal de la Federación, en materia de subcontratación laboral publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de abril de 2021.

Il Senato, invece, avrebbe dovuto decidere della retifica di Roberto Salcedo Aquino, come titolare della *Secretaría de la Función Pública* ed iniziare il procedimento legislativo del progetto di riforma degli Articoli Transitori I, II, III, IV, V, VI e VII del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2021, ed eventualmente rimmetterlo alla Camera dei Deputati.

Il **10 agosto** è stato pubblicato il [DECRETO por el que la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión convoca a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión a celebrar un Segundo Periodo Extraordinario de Sesiones durante el Segundo Receso del Tercer Año de Ejercicio de la Sexagésima Cuarta Legislatura](#) al fine di convocare la sola camera bassa per discutere l'autorizzazione a procedere nei confronti dell'ex deputato morenista della LXIV Legislatura C. Benjamín Saúl Huerta, accusato di abuso di minore, e nei confronti del deputato del PT della stessa legislatura, Mauricio Alonso Toledo Gutiérrez, accusato di arricchimento illecito.

Il **18 agosto** la [Commissione Gobernación, Puntos Constitucionales y de Justicia della Permanente](#) ha convocato – con 10 voti a favore e 4 contrari – le due camere per celebrare il terzo periodo straordinario di sessioni, a partire dal 20 agosto, al fine di avviare il procedimento legislativo della *Ley Federal de Juicio Político y Declaración de Procedencia* e della *Ley Orgánica de la Armada de México*.

LA LXV LEGISLATURA

Il **28 agosto** – in ottemperanza a quanto previsto dagli articoli 14, paragrafi 2 e 3, e 15 della Legge Organica del Congresso Generale degli Stati Uniti del Messico – è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Federazione l'[avviso di notifica](#) ai deputati federali, eletti nella Sessantacinquesima Legislatura, per partecipare alla Sessione Costitutiva della Camera dei Deputati, che si sarebbe tenuta dopo due giorni. [La prima sessione](#) della nuova legislatura, la cd. *Sesión Constitutiva*, tenutasi il **29 agosto**, è stata presieduta dalla *mesa de decanos*, composta dai deputati più esperti in ambito legislativo. La [secretaria General della Camera dei Deputati](#), Graciela Báez Ricárdez, ha messo in evidenza che per la prima volta la camera sarebbe stata precisamente paritaria, essendo composta da 250 donne e altrettanti uomini (Cfr. Corti). Nello specifico, 198 membri di Morena (122 di maggioranza e 76 plurinominali); 116 del *Partido Acción Nacional* (73 di maggioranza e 41 plurinominali); 71 del *Partido Revolucionario Institucional* (31 di maggioranza e 40 plurinominali); 43 del *Partido Verde Ecologista de México* (31 di maggioranza e 12 plurinominali); 37 del *Partido del Trabajo* (30 di maggioranza e 7 plurinominali); 23 del *Partido Movimiento Ciudadano* (7 di maggioranza e 16 plurinominali) e 14 del *Partido de la Revolución Democrática* (6 di maggioranza e 8 plurinominali). Durante questa seduta è stata eletta anche la [Mesa Directiva](#), il cui presidente sarà Carlos Gutiérrez Luna di Morena – eletto con 491 voti a favore e un'astensione. La prima

vicepresidenza sarà occupata dalla deputata Karla Yuritzi Almazán Burgos sempre di Morena, la seconda vicepresidenza dal deputato Santiago Creel Miranda del PAN e la terza vicepresidenza dalla deputata Marcela Guerra Castillo del PRI. Mentre, per quanto riguarda la [Junta de Coordinación Política](#) (Jucopo), per il primo anno della LXV Legislatura, è stato eletto, per accordo dei coordinatori delle distinte forze politiche rappresentate nella camera, il coordinatore del Gruppo Parlamentare del PRI, Rubén Moreira Valdez.

Lo stesso giorno anche il Senato ha eletto i membri della propria [Mesa Directiva](#), la cui presidenza è stata affidata – con 79 voti a favore, 17 contrari e un’astensione – all’ex *secretaria de Gobernación* Olga Sánchez Cordero che, nel suo primo discorso, ha sottolineato di essere consapevole di avere la responsabilità di agire con decisione per attuare in tre anni le riforme fondamentali per la costruzione di un Messico più giusto, inclusivo e equo.

GOVERNO

LA GUARDIA NAZIONALE E LE ELEZIONI

Il **3 giugno** la *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* ha reso noto che, al fine di fornire condizioni di sicurezza che permettano la partecipazione dei cittadini durante la giornata elettorale del **6 giugno**, la [Guardia Nazionale](#) aveva stabilito schemi di sicurezza e sorveglianza in tutte le entità della Repubblica, e in particolare nello Stato di Michoacán, Baja California, Guanajuato, Chiapas e Tamaulipas.

LA RIPRESA DELLE LEZIONI

L’**8 luglio** la *Secretaría de Educación Pública* (SEP), Delfina Gómez Álvarez, ha presentato, durante la LXI riunione con la Conferenza Nazionale dei Governatori (CONAGO), il [calendario scolastico 2021-2022](#) prevedendo che le elezioni sarebbero iniziate in modalità presenziale il **30 agosto**, nel rispetto delle misure per evitare i contagi. Inoltre, il **18 agosto** la *Secretaría de Salud* ha reso noto l’aggiornamento del “[Lineamiento para la estimación de riesgos del semáforo por regiones COVID-19](#)”, le linee guida per la stima dei rischi legati al numero di contagi, in cui l’attività educativa è considerata essenziale. Durante la riunione virtuale con i governatori e le autorità statali e con il *secretario de Salud*, Jorge Alcocer Varela, il *subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud*, López-Gatell Ramírez, ha reso noto che le nuove linee guida stabilivano che l’attività educativa non era soggetta a chiusure in base al livello di rischio epidemico, ma sarebbe stata effettuata in conformità con quanto stabilito nella “[Guía para el regreso responsable y ordenado a las escuelas](#)”, elaborata congiuntamente dalla *Secretaría de Salud* e dalla *Secretaría de Educación Pública*. Questo documento rientra nelle azioni svolte in ottemperanza dell’[acuerdo SIPINNA/EXT/01/2020 por el que aprueban acciones indispensables para la atención y protección de niñas, niños y adolescentes durante la emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor por la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 \(COVID-19\)](#), pubblicato il **26 maggio 2020**.

Il **20 agosto** è stato pubblicato l’[acuerdo 23/08/21 por el que se establecen diversas disposiciones para el desarrollo del ciclo escolar 2021-2022...](#), che ha dato sostegno giuridico al ritorno a scuola e ha stabilito che le attività del servizio pubblico d’istruzione sarebbero riprese in modo frontale, responsabile e ordinato. Uno degli obiettivi dell’accordo è stato facilitare e rendere più flessibile l’ingresso, la permanenza, il transito e la conclusione nei vari tipi e livelli di istruzione, nonché coordinare le azioni volte a identificare, assistere e prevenire l’abbandono scolastico. L’accordo, la cui portata e validità dipenderà dalle autorità sanitarie, stabilisce che deve essere applicato in

tutte le scuole di base, medie e superiori, rientranti nel servizio scolastico pubblico, un periodo di diagnosi, identificazione dell'abbandono e rafforzamento dei contenuti.

IL NUOVO SECRETARIO DE GOBERNACIÓN

Durante la [cerimonia di consegna della *Secretaría de Gobernación*](#), tenutasi il **30 agosto**, il suo nuovo titolare, Adán Augusto López Hernández, ha sottolineato il suo impegno e la sua totale volontà di contribuire a rafforzare attraverso il suo lavoro la trasformazione del Paese guidata dal Presidente Andrés Manuel López Obrador. In questo modo, ringraziando il capo dell'esecutivo federale per la nomina, il nuovo *secretario de Gobernación* ha assicurato che avrebbe portato avanti la trasformazione iniziata e raggiunta dalla sua predecessora, Olga Sánchez Cordero.

FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (FGR)

Il **19 maggio** la *Fiscalía General de la República* (FGR) ha ottenuto un mandato di arresto per Francisco García Cabeza de Vaca, attuale governatore dello Stato di Tamaulipas. Dopo diverse settimane di confusione ed un estenuante gioco di "scherma" politica tra il Congresso federale e quello statale (*Cfr. Cronache 1/202*), un giudice ha accolto la richiesta di arresto. La FGR accusa García Cabeza de Vaca di crimine organizzato e riciclaggio di denaro. L'Istituto Nazionale delle Migrazioni, inoltre, ha emesso un'[allerta migratoria](#) contro il governatore per impedirne la fuga.

Alcune ore dopo l'annuncio del mandato d'arresto, il governatore di Tamaulipas ha ribadito, attraverso un [tweet](#), che si trattava di una persecuzione politica e che non gli era stato permesso di difendersi. Anche i [senatori del PAN](#) – partito di cui è esponente García Cabeza de Vaca – hanno ribadito questa linea e hanno accusato i poteri nazionali di aver rotto il patto federale in quanto non era stata rispettata l'autonomia del Congresso del Tamaulipas, che non aveva concesso l'autorizzazione a procedere.

Di [persecuzione politica](#) ha parlato, il **21 agosto**, anche l'ex candidato alla presidenza Ricardo Anaya (PAN), accusato dalla FGR di aver ricevuto tangenti da parte di rappresentanti dell'azienda brasiliana Odebrecht (*Cfr. Cronache 2/2020*) per l'approvazione della riforma energetica voluta dall'ex Presidente Enrique Peña Nieto. Anaya ha sostenuto che l'intenzione dell'attuale Presidente era impedirgli di candidarsi alle prossime elezioni per il potere esecutivo, che si terranno nel 2024, facendolo arrestare.

PRESIDENZA

AMLO V/S. ORGANI ELETTORALI

Il **5 maggio**, nella [conferenza stampa mattutina](#), il Presidente Andrés Manuel López Obrador, come già avvenuto nei mesi passati (*Cfr. Cronache 1/2021*), ha sottolineato l'inefficienza e la parzialità dell'Istituto Nazionale Elettorale e ha sostenuto la necessità di ridisegnare l'intero sistema elettorale messicano. La critica all'organo elettorale è stata estesa al fatto che, a detta del Presidente, non riesca, dopo vent'anni, a fornire delle efficienti procedure di voto per i cittadini messicani all'estero. Come già avvenuto nei mesi scorsi, Amlo ha sottolineato che l'INE rientra tra quegli organismi istituiti affinché non ci sia democrazia nel Paese e ha ribadito che, nonostante il bilancio di quest'organo, di circa 20 miliardi di *pesos*, sia uno dei più costosi al mondo, è uno dei più inefficienti e parziali.

Durante la [mañanera](#) del **5 agosto**, interpellato sulla destituzione del presidente del *Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación* (*Cfr. Corti*), il Presidente ha colto l'occasione per ribadire la sua posizione rispetto agli organismi elettorali autonomi affermando la necessità di riformare sia

l'INE che il Tribunale Elettorale. Ha sottolineato come, a differenza degli anni precedenti, non vi era alcuna ingerenza del potere esecutivo né nei confronti del Tribunale né degli altri poteri ed organi. López Obrador ha anche sostenuto che “Ellos mismos deberían de renunciar, todos, por dignidad, por respeto a los ciudadanos, no pueden mantener esa conducta ¿no?, completamente inmoral.”

I RISULTATI DELLE ELEZIONI

Durante la [mañanera](#) successiva alla giornata elettorale, quella del **7 giugno**, il Presidente ha sostenuto che la contesa era stata tra due progetti di Paese e il popolo aveva riaffermato il suo sostegno alla politica della Quarta Trasformazione. Nella sua analisi post-elettorale, davanti alla stampa, ha messo in evidenza come i suoi avversari non sono riusciti a sconfiggerlo, ma potranno provarci con la revoca di mandato nel 2022, e ha sottolineato come Morena e i suoi alleati, tra cui il Partito Verde, avrebbero avuto la maggioranza semplice alla Camera dei Deputati, con un massimo di 280 seggi, e ciò avrebbe garantito l'approvazione del bilancio e la continuità dei programmi sociali.

Qualche giorno dopo, il **15 giugno**, sempre durante una [conferenza stampa mattutina](#), Amlo ha tracciato le linee guida del suo programma legislativo per il prossimo triennio. Nello specifico, l'Esecutivo proporrà tre riforme costituzionali: una sull'energia per rafforzare la Commissione Federale dell'Elettricità (CFE); una in materia di legislazione elettorale volta principalmente ad innovare la composizione dell'Istituto Nazionale Elettorale (INE), ridurre il suo bilancio e quello del Tribunale Elettorale (TEPJF) e ad eliminare i 200 seggi plurinominali; e infine una riforma per integrare la Guardia Nazionale nella struttura della *Secretaría de Defensa Nacional*. La prima riforma, quindi, a detta del Presidente, avrà l'obiettivo di assicurare la vitalità della CFE, in quanto durante il periodo neoliberale sono stati diminuiti i suoi poteri al fine di lasciare il mercato dell'industria elettrica ai privati, soprattutto alle imprese straniere, che hanno preso il controllo del Messico. La riforma elettorale, invece, dovrà realizzare una vera indipendenza, affinché coloro che coordinano i processi elettorali siano persone di indiscutibile onestà e democraticità, non controllati né dall'Esecutivo, dal Presidente, ma neanche da gruppi di interesse.

QUIÉN ES QUIÉN EN LAS MENTIRAS

Il **24 giugno** Amlo ha annunciato, durante la [mañanera](#), una strategia per contrastare le notizie false: un nuovo blocco nella conferenza del mattino al Palazzo Nazionale, chiamato *Quién es Quién en las Mentiras*, in cui un funzionario indicherà le notizie false della settimana. Il Presidente ha sottolineato però che si sarebbe trattato anche di un piano permanente nella strategia di comunicazione del governo

Nella [conferenza](#) del **30 giugno** il Presidente ha nominato Ana Elizabeth García Vilchis responsabile della nuova sezione settimanale. García Vilchis ha descritto *Quién es Quién en las Mentiras* come “una piazza pubblica nella quale si discuteranno liberamente le informazioni che i mezzi di comunicazioni pubblicano giornalmente”. Ha sottolineato come di fronte all'uso negligente dell'informazione, la risposta del governo della Repubblica non sarà in alcun modo quella di perseguire o censurare i giornalisti o i mezzi di comunicazione, ma piuttosto di informare con la verità affinché il popolo messicano possa esercitare il suo diritto all'accesso all'informazione.

DISCURSO DEL PRESIDENTE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR DURANTE LA CONMEMORACIÓN DEL 3ER AÑO DEL TRIUNFO HISTÓRICO DEMOCRÁTICO

Il **1° luglio** Amlo ha tenuto il [Discurso del presidente Andrés Manuel López Obrador durante la](#)

conmemoración del 3er año del triunfo histórico democrático. Il Presidente ha aperto il suo discorso evidenziando le difficoltà legate alla pandemia da Covid-19, evidenziando come erano state affrontate e superate. López Obrador ha sottolineato che da aprile a giugno il numero di infezioni era stato significativamente ridotto così come il numero di decessi, e che il governo aveva fatto il possibile per affrontare la pandemia e salvare delle vite risolvendo, in modo tempestivo, il sistema sanitario pubblico, che era in rovina, e aumentando, in 15 mesi, il bilancio della sanità di 70 miliardi di pesos. Amlo ha sottolineato i progressi del programma nazionale di vaccinazione, che ha raggiunto ogni villaggio del Messico, avendo vaccinato il 35% dell'intera popolazione di età superiore ai 18 anni, una situazione statale positiva secondo il *semaforo epidemiológico* – 19 Stati verdi, 8 gialli, 5 arancione e nessuno rosso – e con buoni indicatori della normalizzazione dell'attività produttiva, educativa e sociale nel Paese.

Il secondo tema trattato è stato la sicurezza pubblica e la violenza. Il Presidente ha evidenziato i progressi realizzati in questi tre anni di governo: una diminuzione degli omicidi del 2%; del 40% dei furti d'auto; del 41% dei rapimenti; del 26% delle rapine in casa del 26. Vi è stato però anche un aumento del 14% dei femminicidi; del 9% delle rapine al trasporto pubblico individuale; e del 26% delle estorsioni.

Amlo si è poi soffermato sulle recenti elezioni e sul loro risultato. Ha sostenuto che, guidati dall'ideale maderista e dalle convinzioni a favore della causa della democrazia e contro i brogli elettorali subiti per molto tempo, lui e il suo partito si erano impegnati a non utilizzare il bilancio statale per favorire nessun candidato e nessun partito, e hanno mantenuto la promessa. Per quanto riguarda i risultati, il Presidente si è soffermato su quello che definisce “*bloque conservador*”, apertamente contrario al Governo e alle politiche pubbliche che sta mettendo in pratica e intenzionato a porre fine alla trasformazione in corso. A detta del Presidente, come era prevedibile, gli avversari si erano riuniti per impedire alla 4T di ottenere la maggioranza nella Camera dei Deputati, ma non avevano raggiunto il loro scopo in quanto l'alleanza “*Juntos hacemos historia*”, aveva ottenuto 186 dei 300 distretti in discussione, mentre il blocco conservatore 107, per cui non ci sarebbe stata alcuna difficoltà per l'approvazione di un bilancio volto allo sviluppo del Paese e al benessere del popolo. Il blocco conservatore, quindi, non avrebbe neanche potuto fermare gli aiuti ai meno abbienti, far sparire la pensione per gli anziani, i sussidi per i bambini disabili, le borse di studio per gli studenti, né l'assistenza medica le medicine gratuite, così come non avrebbero potuto porre fine ai programmi *Sembrando Vida*, *Jóvenes Construyendo el Futuro*, alla costruzione dell'aeroporto Felipe Ángeles e del *Tren Maya*, al *Banco del Bienestar*, al programma “Internet per tutti” e al progetto dell'Istmo di Tehuantepec.

Quasi a conclusione, López Obrador ha richiamato il concetto di fraternità che, come affermato nella “*Guía Ética para la Transformación de México*” (Cfr. *Cronache* 2/2020), consiste nel fare propri i problemi degli altri, nell'impegno attivo e affettivo, ma rispettoso, nella ricerca di soluzioni ai problemi della collettività che idealmente, dovrebbe guidare l'azione sociale di Stati, governi, istituzioni, società e individui per superare o alleviare la sofferenza, la privazione e l'impotenza di milioni di persone.

I POSSIBILI EREDI DI AMLO

Il **5 luglio** López Obrador, durante la consueta [conferenza stampa](#), ha affermato che, sul lato progressista, ci sono molte persone che potrebbero sostituirlo alla fine del suo incarico – ha nominato Claudia Sheinbaum, Marcelo Ebrard, Juan Ramón de la Fuente, Esteban Moctezuma, Tatiana Clouthier, Rocío Nahle – e ha annunciato che creerà una nuova corrente di pensiero per una società migliore. Amlo ha anche escluso la possibilità di prolungare il suo mandato in quanto non glielo permetterebbero le sue convinzioni. Si è, infatti, definito un maderista, un sostenitore

del suffragio effettivo e della non rielezione.

CORTI

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN)

Il **17 maggio** la [*Suprema Corte de Justicia de la Nación*](#), in una sessione a distanza della Plenaria, ha invalidato gli articoli da 39 a 41 del Capitolo VI, intitolato “Educazione Indigena”, e gli articoli da 44 a 48 del Capitolo VIII, intitolato “Educazione Inclusiva”, della Legge sull’Educazione dello Stato di Zacatecas (emessa con Decreto 389, pubblicato il 17 giugno 2020) e ha invalidato integralmente il decreto numero 27815/LXII/20, che ha modificato varie disposizioni della Legge per l’Inclusione e lo Sviluppo Integrale delle Persone con Disabilità dello Stato di Jalisco, pubblicata il 27 febbraio 2020. In entrambi i casi, la motivazione della SCJN risiedeva nella mancata applicazione del principio in base al quale se le norme generali incidono direttamente sugli interessi dei popoli e delle comunità indigene, così come delle persone con disabilità, vi è l’obbligo di consultare questi gruppi prima della loro emissione, in conformità con gli articoli 2 della Costituzione, 6 della Convenzione 169 dell’OIL e 4.3 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Il **24 maggio**, adducendo le stesse motivazioni la [Corte](#) ha stabilito l’annullamento delle disposizioni contenute nel Titolo Secondo, Capitolo VI intitolato “Educazione Indigena”, così come nel VIII, intitolato “Educazione Inclusiva”, della Legge di Educazione dello Stato di San Luis Potosí, pubblicata il 14 maggio 2020 e della Legge di Educazione dello Stato di Sonora, pubblicata il 15 maggio 2020.

Il **17 giugno** la [Corte Suprema](#), durante un *amparo* per il caso di Víctor Álvarez Damián, detenuto dalla polizia statale di Veracruz nel 2013 e da allora scomparso, ha dichiarato la vincolatività per lo Stato messicano delle raccomandazioni delle Nazioni Unite sulle sparizioni forzate. La SCJN ha vincolato le autorità coinvolte – ovvero il *Fiscal General del Estado de Veracruz*, la *Fiscalía Especializada para la Atención de Denuncias por Personas Desaparecidas, Zona Centro Veracruz* e al titolare della *Fiscalía Especializada para la Atención de Denuncias por Personas Desaparecidas* – all’adempimento dei compiti di investigazione, chiarimento dei fatti e localizzazione della persona scomparsa e ha previsto una maggiore partecipazione della madre colpita nella ricerca e localizzazione del figlio. La Corte ha considerato che il diritto alla ricerca e i suoi risultati formano il nucleo essenziale del diritto a non subire sparizioni forzate e danno contenuto e sostanza ai doveri di prevenire, investigare e riparare le violazioni dei diritti umani e i loro correlativi diritti alla verità, alla giustizia e alla riparazione.

Il **28 giugno**, la [Plenaria della Corte Suprema di Giustizia della Nazione](#) ha risolto la dichiarazione generale di incostituzionalità 1/2018 con la quale è stato eliminato il divieto assoluto di consumo ricreativo o ludico di cannabis e THC stabilito dalla Legge Generale della Salute. La Corte ha spiegato che questa dichiarazione rimuove l’ostacolo legale per la *Secretaría de Salud* di autorizzare le attività relative all’autoconsumo di cannabis e THC – come la semina, la coltivazione, la raccolta, la preparazione, il possesso e il trasporto – per scopi ricreativi, rispettando così il diritto al libero sviluppo della personalità. Inoltre, nello stabilire gli effetti della sentenza, la Corte ha specificato che la *Secretaría de Salud* dovrà rilasciare queste autorizzazioni solo agli adulti e solo per l’autoconsumo di cannabis e THC, ma non per altre sostanze. Infine, ha esortato il Congresso dell’Unione a legiferare sul consumo ricreativo di cannabis e THC, al fine di creare la certezza del diritto per i consumatori e i terzi, nonché di realizzare le condizioni necessarie affinché questo diritto sia esercitato in modo responsabile.

Il **2 agosto** Arturo Zaldívar, presidente della Corte Suprema e del Consiglio della Magistratura

Federale, ha dichiarato, in una sessione solenne, l'inaugurazione del Secondo Periodo di Sessioni dell'Alta Corte, corrispondente al 2021, con la [ripresa delle sessioni presenziali](#). Il presidente ha specificato che tale decisione non avrebbe implicato un ritorno totale alla normalità, in quanto sarebbero state applicati i protocolli sanitari necessari, per cui vi sarebbe stata una capacità ridotta di persone negli edifici della SCJN e il lavoro a distanza avrebbe continuato ad essere la modalità favorita. Pochi giorni dopo, il **6 agosto**, durante una [conferenza stampa](#), il magistrato presidente ha reso pubblica la sua intenzione di rifiutare l'estensione del suo mandato. In questo modo, il presidente del SCJN ha affermato che terminerà il suo incarico il 31 dicembre 2022, periodo per il quale è stato eletto dagli altri membri dell'organo. Questo annuncio arriva in relazione alla riforma giudiziaria, che avrebbe esteso il suo mandato per altri due anni (*Cfr. Cronache 1/2021*).

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Il **6 maggio** la [Sala Especializada](#) del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha dichiarato all'unanimità l'inesistenza delle infrazioni di promozione personale, uso improprio di risorse pubbliche, diffusione di propaganda governativa in un periodo vietato e violazione delle regole per la presentazione di un rapporto di lavoro attribuito dal PRD al presidente della Repubblica, Andrés Manuel López Obrador, per aver tenuto l'evento intitolato Primi 100 giorni del terzo anno di governo, il 30 marzo. Il **31 maggio**, invece, la [Camera Specializzata](#) del TEPJF, in conformità con la sentenza [SUP-REP-193/2021](#) della Camera Superiore di questo Tribunale, ha deliberato all'unanimità che il discorso pronunciato dal Presidente durante l'evento "[Primeros 100 Días del Tercer Año de Gobierno](#)" (*Cfr. Cronache 1/2021*), aveva costituito propaganda governativa personalizzata in un periodo vietato. Il *Plenum* ha considerato che al di là di un discorso informativo sulle azioni realizzate dal governo federale, il contenuto integrale del messaggio rivelava l'intenzione di associarlo personalmente all'opera governativa svolta e di rendere nota una serie di risultati positivi e benefici in termini economici e sociali intimamente legati al suo progetto governativo. Vi era, quindi, uno scopo che andava oltre l'assicurare che i cittadini fossero debitamente informati sul lavoro del governo.

Non si è trattata della prima sentenza del TEPJF riguardante il Presidente o *Morena* (*Cfr. Cronache 1/2021*) e neanche dell'ultima. Appena una settimana dopo, infatti, il **14 maggio**, lo stesso organismo ha determinato all'unanimità, l'esistenza della violazione dell'uso improprio della pubblicità attribuita a *Morena* per la diffusione degli annunci identificati come "[Campaña Covid Tv](#)" e "[Campaña Covid](#)". Il partito, secondo quanto sostenuto dal Tribunale, ha fatto credere di aver messo a disposizione il suo tempo radiotelevisivo per informare il pubblico sulle misure di prevenzione relative alla malattia causata dal virus SARS-Cov-2, quando in realtà si trattava di spot programmati per la fase pre-campagna, il che violava il modello di comunicazione politica e l'accordo [INE/CG03/2021](#).

Poco prima della giornata elettorale, il **2 giugno**, con voto unanime, la [Camera Superiore](#) ha revocato la risoluzione, adottata il **26 maggio** dall'Istituto Nazionale Elettorale (*Cfr. Elezioni*), che annullava le candidature a deputati federali di due militanti di *Morena*, determinata dal mancato rispetto del requisito di "avere uno stile di vita onesto". Invece, il **10 giugno** la [Camera Specializzata](#) ha deliberato, a maggioranza, che il candidato di *Movimiento Ciudadano* al governatorato di Nuevo León aveva commesso violenza politica di genere contro la candidata di *Morena* per la stessa posizione, attraverso la diffusione di due annunci, trasmessi per radio e televisione, e ciò ha configurato anche l'uso improprio della pubblicità attribuita a *Movimiento Ciudadano*. Il TEPJF, quindi, ha imposto multe sia al candidato che al partito per non aver rispettato le disposizioni legali nazionali e internazionali che riconoscono l'esercizio dei diritti politico-elettorali delle donne, così come lo sviluppo della contesa elettorale in condizioni di

uguaglianza. D'altra parte, sono state ordinate due misure di riparazione e di non ripetizione, consistenti in scuse pubbliche, attraverso un video dell'ex candidato denunciato, con diffusione sulle reti sociali e sui siti ufficiali, così come su radio e televisione. Inoltre, l'ex candidato così come i suoi collaboratori che si erano occupati della comunicazione e i responsabili della diffusione e della comunicazione di MC avrebbero dovuto frequentare un corso sulla violenza politica di genere contro le donne, finalizzato alla promozione e alla protezione dei diritti delle donne.

Dieci giorni dopo le elezioni dei deputati federali, il **16 giugno**, il [Tribunale Elettorale](#) ha risolto l'ultimo ricorso presentato dal deputato di Morena Porfirio Muñoz Ledo contro la direzione del partito per avergli impedito di correre per la rielezione. All'unanimità, i magistrati hanno stabilito che è stato lo stesso legislatore a non completare il processo interno per ottenere la candidatura.

Il **13 agosto**, la [Camera Superiore del TEPJF](#) ha confermato, all'unanimità, la revoca della validità dell'elezione dei deputati federali nel distretto 01 di Baja California Sur, decisa dalla Camera Regionale di Guadalajara, in tal modo la vittoria attribuita inizialmente alla coalizione *Juntos Hacemos Historia*, è stata riconosciuta alla coalizione *Va por México*. Nella sua sentenza, la Camera regionale di Guadalajara ha modificato i risultati di due urne e ha dichiarato nulli quelli di altre due, modificando così i risultati registrati nel conteggio distrettuale delle elezioni per i deputati federali di maggioranza relativa e di rappresentanza proporzionale. Pertanto, ha revocato la dichiarazione di validità delle elezioni, così come il certificato di maggioranza rilasciato a favore della coalizione *Juntos Hacemos Historia*, e ha ordinato la dichiarazione di validità e il rilascio del certificato di maggioranza a favore dei candidati nominati dalla coalizione formata dai partiti *Acción Nacional*, *Revolucionario Institucional* e della *Revolución Democrática*.

Il **19 agosto**, la [Camera Specializzata](#) ha determinato all'unanimità l'avvenuta diffusione di propaganda governativa in un periodo vietato, così come la violazione dei principi di imparzialità e correttezza nella contesa elettorale a carico del Presidente Andrés Manuel López Obrador, così come di Erwin Sigrid Frederick Neumaier de Hoyos e Jesús Ramírez Cuevas, titolari, rispettivamente, del *Centro de Producción de Programas Informativos y Especiales* (CEPROPIE) e della *Coordinación de Comunicación Social y Vocería del Gobierno de México*. Tale decisione fa riferimento, nello specifico, a vari messaggi emessi dal capo dell'esecutivo federale durante le conferenze mattutine del 16, 19 e 20 aprile, cioè durante la fase di campagna del processo elettorale, in cui sono state presentate cifre relative alla distribuzione dei programmi sociali in tre Stati – ovvero Chiapas, Oaxaca e Guerrero – e ha espresso pareri contrari ad alcune forze politiche.

Sul finire del quadrimestre, il **28 agosto** la [Camera Superiore](#) ha revocato, con una maggioranza di quattro voti a tre, l'assegnazione della deputazione federale per la rappresentanza proporzionale a due candidati – un titolare e un supplente – del Partito Azione Nazionale (PAN), in quanto non avevano dimostrato la loro appartenenza alla comunità indigena di San Juan Tetelcingo, nel comune di Tepecoacuilco de Trujano nello Stato di Guerrero. Pertanto, il Tribunale ha assegnato tale carica alla seguente formula interna alla lista del PAN, quella corrispondente alla quarta circoscrizione, ovvero la formula situata nella decima posizione, composta da Ana Laura Valenzuela Sánchez come titolare e Mariana Beatriz Sabanero Zarzuela come supplente, che avrebbe avuto anche un impatto di parità sull'integrazione finale del Congresso dell'Unione. Il caso analizzato dai magistrati si basa sulla controversia presentata dai membri della comunità di San Juan Tetelcingo, che avevano sottolineato che le persone nominate dal PAN per occupare i seggi riservati alle popolazioni indigene non appartenevano a tale collettivo.

Lo stesso giorno, la [Camera Superiore](#) del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* ha stabilito, con 5 voti a favore e 2 contrari, di modificare la formula risultata eletta presentata dal

Partido Verde Ecologista de México per le deputazioni federali proporzionali nella terza circoscrizione plurinomiale, composta da uomini, per sostituirla con una formula composta da donne. Questo adeguamento ha permesso il raggiungimento della parità nella Camera dei deputati che sarà composta, nella prossima legislatura, da 250 uomini e 250 donne. Nella loro decisione, i magistrati hanno sottolineato l'importanza di raggiungere la parità nella camera bassa, conclusione di una serie di progressi ottenuti nelle configurazioni precedenti. Questa decisione rappresenta, quindi, a detta loro, la materializzazione storica di questo principio che è stato finalmente raggiunto. La risoluzione si basa sul ricorso effettuato da un gruppo di donne contro l'accordo [INE/CG1443/2021](#) del Consiglio Generale dell'Istituto Nazionale Elettorale, documento nel quale è contenuto il conteggio totale, è stata dichiarata la validità dell'elezione dei deputati per il principio di rappresentanza proporzionale e sono stati assegnati ai partiti politici nazionali i deputati per il periodo 2021-2024.

AUTONOMIE

ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Il **25 maggio** il [Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial de Baja California](#) (TJEPJBC) ha revocato la candidatura a deputato locale di Rigoberto Campos e Adrián Gildardo Camargo Borbón, del partito *Encuentro Solidario*, per essersi registrati come candidati indigeni (Cfr. *Cronache 1-2021*) senza esserlo. La Plenaria della Corte si è pronunciata in tal senso, in quanto è risultato evidente che le autorità competenti non avevano verificato debitamente la veridicità delle prove offerte dai candidati per dimostrare la loro auto-iscrizione indigena, in quanto il legame che cercavano di dimostrare era con una comunità indigena stabilita nello Stato di Sonora, non accreditando così il legame tra i candidati e la comunità residente nel Distretto I che intendevano rappresentare.

Il **5 giugno** il [TJEPJBC](#) ha determinato l'esistenza di atti consistenti in violenza politica contro le donne basata sul genere attribuiti a Jorge Hank Rhon e al *Partido Encuentro Solidario* (PES). Il Tribunale ha ritenuto che, data l'analisi del contesto e il quadro politico in cui la condotta denunciata ha avuto luogo, gli elementi costitutivi della giurisprudenza della Camera Superiore del TEPJF erano soddisfatti e che i commenti dell'imputato consistevano in "stereotipi di genere".

ESTADO DE CHIAPAS

Il **7 luglio** la Prima Sezione della [Suprema Corte de Justicia de la Nación](#) ha concesso l'*amparo* a una persona con grave paralisi cerebrale e in condizioni di povertà ed emarginazione, vittima di stupro quando era minorenni, alla quale il Direttore dell'Ospedale Generale di Tapachula, in Chiapas, aveva negato la possibilità di interrompere la gravidanza derivante dal reato di cui era vittima, perché superato il periodo di 90 giorni dal concepimento, stabilito nell'articolo 181 del Codice Penale dello Stato del Chiapas. La Corte, inoltre, ha dichiarato incostituzionale il suddetto articolo, dopo aver considerato che la limitazione temporale stabilita implica un totale disprezzo della dignità umana e del libero sviluppo della personalità delle donne incinte, la cui gravidanza non è il risultato di una decisione libera e consensuale, ma piuttosto il risultato di una condotta arbitraria e violenta che ignora il loro carattere di soggetti autonomi. La Corte, inoltre, ha concluso che il rifiuto dell'autorità sanitaria ha portato a una serie di gravi violazioni dei diritti umani della vittima e di sua madre, che dovranno essere congruamente risarcite.

ESTADO DE HIDALGO

Il **30 giugno**, con 16 voti a favore e 14 astensioni, il [Congresso dello Stato di Hidalgo](#) ha approvato la depenalizzazione dell'aborto fino a 12 settimane di gestazione, rendendo questa entità la terza del Paese a consentire l'interruzione legale della gravidanza, dopo Città del Messico (2007) e Oaxaca (2019). I voti a favore sono stati espressi tutti dai deputati di Morena – tra i quali vi è stata una sola astenuta, la deputata Doralicia Martínez –, il resto dei legislatori, ossia 13, dei partiti Rivoluzione Istituzionale, Rivoluzione Democratica, Azione Nazionale, Lavoro, Incontro Solidale e Nuova Alleanza, hanno, invece, deciso di non votare.

ESTADO DE MÉXICO

Il [Tribunal Electoral del Estado de México](#), il **16 agosto**, ha applicato il criterio della parità di genere nella formazione del prossimo legislativo locale, motivo per cui ha deciso di sostituire tre uomini con tre donne. Joel Cruz, del Partido del Trabajo (PT); Martín Zepeda, del Movimiento Ciudadano (MC), e René Rodríguez, di Acción Nacional (PAN) sono stati sostituiti da Imelda López del PT, Ruth Salinas Reyes del MC e María del Rosario Dávila del PAN. In tal modo, la prossima legislatura, che entrerà in carica il **5 settembre**, avrà 38 deputati uomini e 37 donne. Nel risolvere i problemi legati all'assegnazione dei 30 seggi di rappresentanza proporzionale, i magistrati hanno sottolineato che la legge elettorale messicana stabilisce che la parità di genere deve essere applicata non solo nella nomina dei candidati, ma anche nella formazione degli organi.

ESTADO DE MICHOACÁN

Il **6 giugno** il [Consejo Supremo Indígena de Michoacán](#) ha reso noto che alcune comunità indigene non hanno permesso l'istallazione dei seggi elettorali, in seguito alla decisione delle rispettive Assemblee Generali – massima autorità di queste comunità – e come espressione concreta della loro autodeterminazione politica. L'Istituto Nazionale Elettorale ha riferito che sono stati de-registrati 92 seggi elettorali di comunità indigene, appartenenti ai popoli indigeni P'urhépecha, Hñahñú (Otomí) e Jñatjo (Mazahua), in un totale di 9 comuni dello Stato di Michoacán.

ESTADO DE TABASCO

Il **7 giugno** la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, ha concluso l'analisi del ricorso di incostituzionalità presentato dalla *Fiscalía General de la República* contro vari articoli del Codice Civile dello Stato di Tabasco, come modificato dal Decreto 265, pubblicato il 13 gennaio 2016, in materia di maternità surrogata. Nelle precedenti sessioni, del **1 e 3 giugno**, la CSJN aveva invalidato varie disposizioni del Codice per aver regolato questioni sanitarie non rientranti nella competenza del legislatore locale; per aver escluso ingiustificatamente le donne dalla possibilità di esprimere il loro consenso affinché i loro gameti potessero essere utilizzati dopo la loro morte in una procedura di inseminazione; per aver previsto il necessario consenso del coniuge o del convivente per la firma del contratto di gestazione, perpetuando lo stereotipo che le donne non possono esercitare la loro capacità riproduttiva in modo autonomo; per non aver tenuto conto dell'interesse superiore del bambino; e per aver discriminato le persone sulla base del loro orientamento sessuale e dello stato civile utilizzando i termini “padre e madre”. In questa occasione, invece, la [Corte](#) ha stabilito che gli stranieri non potessero essere discriminati nell'accesso alla maternità surrogata, in quanto ciò violerebbe i diritti costituzionali di accesso universale alla salute e alla pianificazione familiare.

In conclusione, la Corte Suprema ha riconosciuto la necessità imperativa, dello Stato federale, di regolamentare la pratica della maternità surrogata gestazionale e ha sollecitato le autorità competenti ad affrontare questa necessità con urgenza e priorità.

ESTADO DE TAMAULIPAS

Il **24 giugno** il [Congresso di Tamaulipas](#), a maggioranza panista, ha approvato alcune riforme costituzionali per proteggere il governatore Francisco García Cabeza de Vaca, accusato di crimine organizzato e operazioni con risorse di origine illecita (*Cfr. Governo*), contro un eventuale autorizzazione a procedere (*desafuero*) decisa dalla prossima legislatura, in cui 16 dei 22 deputati uninominali saranno del partito *Morena*. La riforma, ratificata con 30 voti a favore e 6 contrari, ha modificato l'articolo 84 della Costituzione statale, nel senso che se il Congresso locale dovesse decidere di non approvare una dichiarazione di *desafuero* di una delle camere federali, la sua decisione sarebbe stata definitiva e inattaccabile. È stata modificata in tal senso anche la *Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado*, aggiungendo un paragrafo all'articolo 44.

ESTADO DE VERACRUZ

Il **20 luglio** – con 25 voti a favore, 13 voti contrari e un'astensione – la [Plenaria della LXV Legislatura del Congresso dello Stato di Veracruz](#) ha approvato l'iniziativa che riforma gli articoli 149, 150, 151, 153 e 154, e abroga l'articolo 152 del Codice Penale statale in materia di diritti sessuali e riproduttivi delle donne.

Secondo le considerazioni del documento, questa riforma non depenalizza l'aborto, che rimane un crimine se eseguito dopo la dodicesima settimana, ma durante il periodo precedente le donne avrebbero potuto decidere se continuare o meno la gravidanza volontariamente, come stabilito anche a Città del Messico e negli Stati di Oaxaca e Hidalgo.



Il confronto con l'Europa si trasforma in una guerra giudiziaria*

di Jan Sawicki**

I mesi centrali del 2021 sono quelli in cui viene sfiorato, senza forse essere raggiunto in pieno, l'apice dello scontro giudiziario tra la Polonia e l'Unione europea sul tema della *rule of law*. In particolare il mese di luglio è quello in cui alcune decisioni della Corte di giustizia dell'UE e il Tribunale costituzionale nazionale (ormai pienamente conquistato dall'attuale maggioranza politica) sono arrivate a fronteggiarsi in maniera quasi irreconciliabile, da un lato con la demolizione delle parti più sostanziali delle recenti riforme del giudiziario interno, dall'altro con il tentativo di dichiarare *ultra vires* ogni pronuncia europea al riguardo, un tentativo che però si è arrestato con numerosi rinvii dell'udienza nella causa più spinosa (K3/21), quella che, con il pretesto della superiorità della Costituzione e di una rilettura ardita dei controlimiti interni, potrebbe giungere a dichiarare incostituzionali alcuni articoli del Trattato sull'Unione europea, per come interpretati dalla Corte di giustizia. A questa conseguenza estrema, e certamente senza precedenti nella storia dell'Europa, non si è ancora giunti per i rinvii di cui si è detto, ma essi non hanno nulla a che fare con reali difficoltà procedurali o incertezze o contrasti interni al collegio decisionale in merito alla decisione da prendere. Sul piano formale, i rinvii dal **15 luglio** al **3 agosto**, poi a fine mese e ora a fine settembre, sono stati, almeno fino a un certo momento, motivati da [domande di ricusazione formulate dal precedente e confermate dal nuovo Ombudsman](#) (un argomento su cui occorrerà tornare) nei confronti prima di tre giudici costituzionali, in quanto privi dei titoli per appartenere all'organo (secondo sentenze del 2015 mai riconosciute e attuate dal potere politico, successivamente disconosciute dallo stesso Tribunale costituzionale a seguito della sua *capture*; e da ultimo anche secondo la [sentenza 4907/18 della Corte europea dei diritti dell'uomo](#) – Prima sezione –, nella causa *Xero Flor contro Polonia*) e in seguito di altri due, in un caso per il fatto che un attuale giudice abbia già partecipato, in qualità di parlamentare, alla stesura e all'approvazione delle leggi censurate dalla Corte di

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate

giustizia, e nel secondo per aver pronunciato, un'altra giudice, giudizi pubblici oltraggiosi nei confronti dell'Unione europea e persino di una componente della Corte. In realtà ognuno sa che il Tribunale costituzionale nella sua attuale composizione di fatto ha preteso di risolvere a modo proprio le dispute su questo argomento, non riconoscendo le precedenti sentenze che ne dichiaravano incostituzionale la composizione e fornendo persino una risposta a dir poco polemica, nell'ambito di una ordinanza di inammissibilità, alla stessa sentenza sopra citata della Corte EDU.

Trattandosi di un organo quantomeno dubbio sul piano della sua indipendenza sia interna sia esterna, nell'accezione di quest'ultima Corte, ed essendo espressione diretta della volontà dell'esecutivo, ma più in concreto del partito di maggioranza – la stessa [memoria presentata dall'Ombudsman](#) nel caso in discussione (parr. 101-103), dopo aver denunciato le tappe della sua conquista, lo definisce un organo «privo del carattere di una corte costituzionale effettivamente funzionante» e tale da «non garantire un autentico controllo di costituzionalità del diritto», mentre una parte della dottrina lo ha qualificato come *rubberstamp* o *government's enabler* –, la sua lentezza nell'esaminare le cause di ricusazione che lo riguardano, che peraltro si porrebbe in contraddizione con le conclusioni già sopra accennate, non si spiega con la propria autonomia decisionale ma al contrario con la sua sostanziale subordinazione alla volontà dell'esecutivo. È quest'ultimo a trovarsi ora in imbarazzo anche per la [portata potenzialmente devastante del proprio stesso ricorso](#) nel caso K3/21 e a non sapere come uscire dalla situazione in cui si è messo da solo. Ciò soprattutto dopo la [sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia \(C-791/19\)](#) del **15 luglio**, che ha dichiarato non indipendente e non imparziale la Sezione disciplinare presso la Corte suprema e gravemente compromesso l'intera normativa disciplinare sui giudici, sentenza la cui esecuzione, a sua volta molto attardata, comincia ad essere un'ulteriore causa di inadempimento fonte di sanzioni pecuniarie da parte dell'Unione. L'indecisione del Governo su come fronteggiare la posizione sempre più rigida sia della Commissione sia della Corte di Lussemburgo, specie a seguito di un ricorso che sembra davvero delineare il profilo di una prospettiva *Polexit* giudiziaria, e le cui conseguenze sembrano essergli sfuggite di mano, è il vero motivo dell'esitazione del Tribunale costituzionale che non 'decide' perché l'esecutivo non ha ancora deciso come esso debba decidere. La linea di difesa politica, intanto, è quella che impone dichiarazioni di sdegno con cui vengono respinte le richieste più volte formulate dalla Commissione, in cui si esorta il Governo a [ritirare il proprio ricorso](#), nella consapevolezza dei danni irreparabili che potrebbero derivare, forse non solo per la Polonia, da un'eventuale sentenza di accoglimento. In ogni caso, è chiaro che nel confronto con l'UE il partito di maggioranza intende sempre più utilizzare il Tribunale come istituzione necessaria per apporre un sigillo ufficiale sull'impedimento a collaborare con le istituzioni europee, il che dovrebbe coprire una pretesa buona volontà di cooperazione che il potere politico vorrebbe mostrare (a tacere del favore per la leale cooperazione contenuto sia nei Trattati sia nella Costituzione).

Ma il **14 luglio** il Tribunale costituzionale si era invece pronunciato con una decisione di sostanziale *ultra vires* nei confronti di altri provvedimenti della giustizia europea, dichiarando illegittima, nel [caso P7/20](#), l'imposizione da parte della Corte di giustizia di misure provvisorie cautelari relative all'organizzazione del giudiziario in Polonia. Con quest'ultima decisione, che

prende di mira le misure provvisorie adottate con l'ordinanza C-791/19 R, risalente all'8 aprile 2020, la prima presidente della Corte suprema M. Manowska – a sua volta una 'neo'giudice – si sente autorizzata dapprima a 'scongellare' la sezione disciplinare della stessa Corte, che si era trovata *sub iudice* per dubbi relativi alla sua indipendenza e la cui attività era stata di conseguenza sospesa (anche se solo in parte); ma poi, alcuni giorni dopo, torna indietro sui suoi passi e, forse perché accortasi dell'irrigidimento delle autorità europee, torna a sospendere una parte delle attività della sezione e invoca misure legislative da parte di Governo e Parlamento, offrendo infine le proprie dimissioni. Ciò nel mentre si acuisce nella Corte la conflittualità tra 'vecchi' e 'nuovi' giudici, tra sue varie sezioni ma anche all'interno delle stesse, in un disfacimento che è per ora il prodotto più notevole di sei anni di riforme del giudiziario, insieme, forse, alla subordinazione del pubblico ministero all'esecutivo.

Si fa cenno solo all'avvio di un'altra linea di tendenza che può avere sviluppi, ovvero l'entrata in scena della Corte europea dei diritti dell'uomo anche per ciò che attiene alla giustizia ordinaria. Una prima sentenza di rilievo, ancora non definitiva, è quella nel caso [Reczkowicz c. Polonia \(43447/19\)](#), con cui la Prima sezione della Corte ha condannato la Polonia, il **22 luglio**, in base all'art. 6 della Convenzione per aver violato il diritto a "un giudice stabilito per legge" a causa delle procedure di nomina gravemente viziate per la composizione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) non tale da renderlo indipendente da legislativo ed esecutivo.

Si è accennato in precedenza alla questione dell'Ombudsman. Si tratta in Polonia di un'istituzione provvista di riconoscimento costituzionale e considerata di importanza non trascurabile, anche per il ruolo che riveste nel processo costituzionale. La carica, che viene ricoperta monocraticamente per sei anni, è stata mantenuta fino a luglio da Adam Bodnar, che fu eletto nel 2015 dalla precedente maggioranza PO-PSL, così che si trattava dell'ultima istituzione di rilievo nazionale ancora considerata indipendente e alternativa all'indirizzo ultra-maggioritario preso negli ultimi anni dal paese. Una recente sentenza del Tribunale costituzionale (v. *Cronache* n. 1-2021) aveva posto termine alla *prorogatio* di Bodnar, che in effetti cominciava a dilungarsi troppo. L'impasse era dovuta al fatto che il gruppo parlamentare di maggioranza del PiS (Diritto e giustizia) voleva imporre un candidato di stretta osservanza, come ha fatto negli ultimi anni con gli stessi giudici costituzionali, tutti eletti a maggioranza semplice da una sola Camera, il *Sejm*, come previsto per legge ordinaria fin dal 1986, con una scelta ossequiosa nei confronti dell'assemblea legislativa e mai adeguata agli enormi cambiamenti della forma di stato e di governo nel frattempo intercorsi, riflessi nell'organizzazione istituzionale. Ma la Costituzione del 1997 (art. 209) vuole invece che l'Ombudsman sia eletto dal *Sejm* – sempre a maggioranza semplice, in presenza del numero legale – ma sia anche confermato dal Senato: poiché dalle elezioni dell'ottobre 2019 sono le opposizioni democratiche ad essere in leggera maggioranza nella camera alta, ne consegue che tutti i tentativi del PiS di far passare un proprio candidato si sono arenati al momento del (mancato) assenso senatoriale. Lo scorso giugno la situazione ha cominciato a cambiare, quando le opposizioni hanno proposto, in sostituzione dello stimato Bodnar, la candidatura dell'indipendente [Marcin Wiącek](#), docente universitario specializzato nella tutela dei diritti umani, e il PiS ha accettato alla fine di convergere su questa personalità, passata poi a larghissima maggioranza.

Al di là del contenuto di cronaca di questa informazione, la conclusione che se ne dovrebbe trarre è di interesse più generale, specie nel contesto di una involuzione illiberale. Dopo quasi sei anni di consolidamento di questo fenomeno, si riscontra che il partito che ne è stato autore ha dovuto cedere e piegarsi a un compromesso, e stavolta neanche di natura esterna – nella forma, per esempio, delle massime giurisdizioni europee – ma strettamente di politica interna. Eppure l'intera trasformazione illiberale era iniziata con l'impadronirsi del Tribunale costituzionale, e di conseguenza dell'intero sistema di giustizia da esso prodotto. A parte alcune violazioni iniziali del dettato costituzionale proprio nel rinnovo di tre cariche in quell'organo, legate a una circostanza del tutto peculiare, va riconosciuto che le tappe successive, che hanno condotto alla sua integrale monopolizzazione, si sono compiute nella sostanziale legalità. A maggior ragione si può concludere oggi – in particolare – che, se i criteri per la selezione dei giudici, a cominciare dalle maggioranze elettive o dal coinvolgimento di altri organi o soggetti, fossero stati più severi e selettivi, l'attuale integrale monopolizzazione, iniziata nel 2015 e perfezionata nell'anno in corso, sarebbe stata perlomeno alquanto più difficoltosa; e più in generale si può concludere che, nell'impossibilità di impadronirsi in maniera integrale della giustizia costituzionale, l'involuzione illiberale avrebbe incontrato almeno qualche ostacolo più consistente lungo il suo percorso.

A margine di queste vicende giuridiche è opportuno dire qualcosa sugli aspetti più politici della vita istituzionale. Questi sono segnati dal [ritorno alla vita politica nazionale di Donald Tusk](#), Premier in Polonia dal 2007 al 2014 prima di svolgere un mandato di Presidente del Consiglio europeo (2014-2019), e ancora Presidente del PPE dal 2019. Atteso e rinviato da qualche anno, il rientro di Tusk viene interpretato come l'ultima ancora di salvezza per le opposizioni democratiche e costituzionali del paese, e si concretizza nella sua incontrastata riconquista del partito che fondò nel 2001, la Piattaforma civica (accettata anche dal sindaco di Varsavia Rafal Trzaskowski). In un biennio 2021-2022 che dovrebbe essere privo di elezioni, l'unico evento sotto questo profilo è il [trionfo elettorale delle opposizioni democratiche unite nella città di Rzeszów](#) (200.000 abitanti), in una regione sudorientale dal profilo estremamente conservatore. Ma non vi è alcuna certezza che ciò sia indicazione di una linea di tendenza politica nazionale. Al tempo stesso, si assiste a uno sfilacciamento della maggioranza parlamentare, imperniata dal 2019 intorno al paradosso di un unico gruppo parlamentare, che porta il nome di “Diritto e giustizia” (acronimo PiS), a sua volta espressivo una sola lista elettorale, anche se l'omonimo partito è solo uno – sebbene quello nettamente prevalente – di una coalizione a tre. In agosto si consuma il distacco definitivo di una delle componenti di questa invisibile coalizione, con l'estromissione dal Governo del ministro Jaroslaw Gowin e l'uscita dalla maggioranza della sua minuscola formazione liberal-conservatrice *Porozumienie*, sempre più ridotta nel numero di componenti – ormai meno di una decina – dalla forza di attrazione degli incarichi amministrativi di vario tipo che l'esecutivo diretto da Mateusz Morawiecki è in grado di attribuire. Anche questo esiguo numero è in grado di far mancare voti alla maggioranza e rischia di trasformarla potenzialmente in minoranza. Tuttavia il Governo riesce a restare in carica sia per i meccanismi giuridici di razionalizzazione che rendono estremamente difficile provocare le sue dimissioni o la fine anticipata della legislatura, sia per la capacità del PiS di conquistare qualche singolo voto aggiuntivo tra parlamentari dissidenti eletti con le opposizioni. In ogni caso, la strategia del partito

in questo frangente del 2021 ha puntato molto sullo sfruttamento dei fondi provenienti dal *Next Generation EU*, che però, pur facendo affidamento su prestiti ed erogazioni a fondo perduto europee come per tutti i paesi, a fini propagandistici è stato riconvertito in una formula nazionale che va sotto il nome di *Polski Ład* (Ordine polacco), con qualche adattamento di carattere ‘sociale’ favorito da inasprimenti fiscali (contestati) per imprese e lavoro autonomo. I fondi europei sono però al momento bloccati dai dubbi che la Commissione ha sul rispetto dello stato di diritto in Polonia. Al tempo stesso, persa la propria ala centrista, la coalizione è ora sbilanciata su quella più oltranzista, nazionalista e antieuropea, guidata dal ministro della giustizia Zbigniew Ziobro e dal suo partito *Solidarna Polska*, che cerca di spingere il Governo verso uno scontro sempre più aperto con l’UE e non fa mistero di mettere in discussione l’appartenenza della Polonia all’Unione.

Resta poi aperta la questione del gruppo televisivo privato TVN e in particolare dell’[emittente news TVN24](#), fondata nel 2001 da un gruppo di imprenditori polacchi ma controllata da circa un decennio dal colosso americano [Discovery](#). Il PiS vuole indebolire, condizionare o spegnere questa rete di informazione critica nei confronti del Governo, persino al prezzo di peggiorare i rapporti con l’Amministrazione statunitense ora guidata da Biden, che sul punto ha già fatto sentire la propria voce chiamando in causa sia la libertà di espressione del pensiero tramite la stampa intesa in senso lato sia i diritti di proprietà, e lasciato intendere che un attacco al canale TVN24 non resterebbe senza conseguenze nei rapporti tra i due paesi (ma [anche l’Unione europea](#) accende un faro di attenzione sul tema). In effetti, nell’estate 2021 sono già diciotto mesi che il gruppo TVN ha presentato istanza per il rinnovo della concessione a TVN24, corredata di tutta la documentazione necessaria a legislazione vigente. Ma l’organo competente a rilasciare questo tipo di provvedimenti, il Consiglio nazionale per la radiofonia e la televisione (KRRiT), anch’esso dominato dal PiS con cinque componenti su cinque, tergiversa sulla questione richiamandosi non tanto alla legislazione in vigore quanto a quella che potrebbe eventualmente sostituirla. Questo atteggiamento, anche se dovesse essere superato da uno più responsabile – intanto TVN24, quale rete via satellite e via cavo ottiene in agosto una licenza olandese – ha l’effetto, forse non indesiderato, di danneggiare comunque sul piano finanziario le altre reti, non informative, appartenenti al gruppo TVN e quindi a Discovery. Si aggiunge così un altro fronte al già molto nutrito e crescente isolamento internazionale della Polonia dal 2015.

ELEZIONI

GRANDE SUCCESSO DELLE OPPOSIZIONI NELLA CITTÀ DI RZESZÓW

Il **13 giugno** si svolgono le [elezioni anticipate del sindaco](#) e del consiglio comunale nella città di Rzeszów, duecentomila abitanti e capoluogo del voivodato sudorientale della Precarpazia (per dimissioni del sindaco uscente, colpito dal Covid-19). In una regione molto conservatrice, il candidato unitario delle opposizioni democratiche, Konrad Fijolek, viene eletto al primo turno con il 56,51% dei voti validi, mentre l’esponente del PiS Ewa Leniart è ferma al 23,62%.

PARTITI

IL GRANDE RITORNO DI DONALD TUSK

Donald Tusk, Premier della Polonia negli anni 2007-2014 e Presidente del Consiglio europeo dal 2014 al 2019, rientra ufficialmente nella politica nazionale con una lunga intervista rilasciata il **4 giugno** all'emittente privata TVN24. Con un implicito riferimento alla sua pluridecennale rivalità con Jarosław Kaczyński e con il PiS, si dichiara «mentalmente ed emotivamente pronto a prendere ogni decisione per aiutare a rovesciare il corso degli eventi, dannoso per la Polonia». Tusk dichiara di non essere mosso da alcuna ambizione personale se non quella di ripristinare l'ordine democratico in Polonia. L'ex Premier in pochi giorni si vedrà spontaneamente riconsegnare la leadership del partito che fondò nel 2001, ovvero la Piattaforma civica (che definisce «un responsabile partito centrista»), anche se come facente funzioni provvisorio, nel rispetto dello statuto e in attesa di regolari elezioni previste per l'autunno.

PARLAMENTO

APPROVATO DAL SEJM IL RECOVERY PLAN

Il *Sejm* (Camera bassa o Dieta) approva il **4 maggio** la legge di [autorizzazione alla ratifica del recovery fund](#), necessaria in ogni paese per avviare l'erogazione dei relativi fondi. La votazione segnala però una spaccatura sia in seno alla maggioranza che all'opposizione, dal momento che entro la prima si è però schierato contro il piccolo partito di estrema destra *Solidarna Polska*, del ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, che teme un indebitamento eccessivo del paese oltre all'imposizione di istituti come il matrimonio omosessuale. Il PiS è comunque riuscito a ottenere il voto favorevole di quasi tutti i deputati della Sinistra, mentre il resto delle opposizioni, la Coalizione civica KO e il Partito popolare (agrario) PSL si astengono. I voti favorevoli sono 290, 33 contrari e 133 astensioni.

L'ELEZIONE DEL NUOVO OMBUDSMAN SULLA BASE DI UN COMPROMESSO DEL TUTTO INSOLITO IN UNA 'DEMOCRAZIA ILLIBERALE'

L'**8 luglio** il *Sejm* elegge a larghissima maggioranza (380 voti su 426 votanti), e il **21 luglio** il Senato conferma (93 voti e 5 astenuti), Marcin Wiącek alla carica di Commissario per i diritti civili (in polacco *Rzecznik Praw Obywatelskich*, anche noto come Ombudsman). La votazione è necessaria per sostituire il Commissario uscente Adam Bodnar, il cui mandato da mesi già scaduto era in *prorogatio*. Essa supera mesi di stallo dovuti all'incapacità del PiS di ottenere l'assenso del Senato (previsto dalla Costituzione), ove si trova in minoranza, per candidati di stretta osservanza più volte già eletti dal *Sejm* e poi respinti dalla Camera alta. L'occasione dimostra l'opportunità ma anche l'utilità pratica di raggiungere soluzioni di compromesso quando si tratta di scegliere personalità per organi di garanzia importanti come nel caso di specie.

APPROVATA IN PRIMA LETTURA LA "LEX ANTI-TVN"

L'**11 agosto** il *Sejm* approva una novella alla [legislazione sui media](#) volta a indurre l'azionista di maggioranza del gruppo televisivo privato TVN, il gigante americano *Discovery*, a vendere una parte consistente delle proprie quote, muovendo dall'assunto che nessuna emittente privata polacca possa appartenere per una quota di maggioranza a un soggetto che sia estraneo allo

Spazio economico europeo (UE più i paesi dell'EFTA). La misura è da tutti interpretata – e alcuni esponenti del PiS neanche lo negano – come punitiva nei confronti del canale news TVN24, ritenuto troppo critico nei confronti del Governo. La votazione e l'intera giornata sono però inficiate da un grave scandalo parlamentare. Su iniziativa delle opposizioni, era stata approvata di stretta misura (229 voti contro 227) una mozione per rinviare la discussione della legge a inizio settembre. Ma dopo due ore di sospensione la Presidente del *Sejm* Elzbieta Witek ordina una ripetizione della votazione affermando di essersi consultata a tale scopo con cinque esperti legali di cui rifiuta di fare il nome. Il risultato risulta in effetti favorevole alla prosecuzione della discussione e alla votazione finale (tre deputati affermano in effetti di aver votato erroneamente nella votazione originaria). La legge è così trasmessa al Senato, dove sarà discussa a settembre.

GOVERNO

IL GOVERNO INVIA IL *RECOVERY PLAN* NAZIONALE ALLA COMMISSIONE EUROPEA

Il **3 maggio** il Governo comunica di avere ufficialmente trasmesso alla Commissione europea il *National Recovery and Resilience Plan* nazionale, già predisposto alla fine di aprile, nel quale la Polonia richiede 34,2 miliardi di euro in prestiti e 23,9 miliardi di sovvenzioni a fondo perduto per gli anni 2021-2026. Sostenuto anche da una parte delle opposizioni – in particolare il gruppo parlamentare della Sinistra, non senza polemiche con la Coalizione civica (KO) il Piano avrà un primo parere favorevole nel merito da parte della Commissione, anche se l'erogazione concreta dei fondi comincerà verso **fine agosto** a subire rinvii, dovuti alla questione dello stato di diritto e in particolare al caso pendente presso il Tribunale costituzionale in cui si contesta la superiorità del diritto europeo su quello nazionale.

CONDANNA PER IL DIROTTAMENTO SU MINSK DEL VOLO RYANAIR DIRETTO A VILNIUS

Il Governo polacco deplora il dirottamento aereo che il **23 maggio** ha imposto a un aeromobile della Ryanair, proveniente da Atene, di deviare sulla capitale bielorusca Minsk anziché giungere a Vilnius, la destinazione del volo che ha sorvolato il territorio polacco, al fine di arrestare il dissidente bielorusso Roman Protasevich. In attesa di determinare sanzioni, per le quali l'esecutivo richiede consultazioni con l'Unione europea, il dirottamento viene definito senz'altro come atto di "terrorismo di Stato su ordine di Lukashenko" nelle parole del ministro degli esteri Zbigniew Rau.

INDISPONIBILITÀ A RITIRARE UN RICORSO AL TRIBUNALE COSTITUZIONALE E RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Il Governo rende noti il **10 giugno** i contenuti di una [lettera indirizzata dal Commissario europeo per la giustizia, Didier Reynders](#), ai ministri della giustizia Zbigniew Ziobro e degli affari europei Konrad Szymański, con cui si richiede all'esecutivo polacco di ritirare il ricorso presso il Tribunale costituzionale già presentato dal Premier Mateusz Morawiecki lo scorso 29 marzo (v. le *Cronache* su *Nomos*, n. 1/2021). Il ricorso, già iscritto in causa K3/21, chiede di dichiarare gli artt. 1, secondo e terzo paragrafo, 2, 4, terzo comma e 19, secondo paragrafo del primo comma del Trattato sull'Unione europea, secondo l'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia dell'Unione, in contrasto con alcuni articoli della Costituzione polacca per il motivo che siffatta interpretazione costringerebbe le autorità nazionali a disapplicare la Costituzione stessa o a dare applicazione a norme sovranazionali in contrasto con essa. In generale il ricorso si pone come

una controreazione alle ripetute censure della Corte di giustizia sulle riforme nazionali del giudiziario; in particolare esso è conseguenza immediata di una sentenza emessa sempre a marzo dal Tribunale amministrativo supremo (NSA) con cui si era stabilita l'illegittimità delle nomine di alcuni giudici risultati vincitori nelle prove selettive indette dal politicizzato Consiglio nazionale della magistratura (KRS) per entrare nei ranghi delle sezioni civile e penale della Corte suprema, dal momento che con successivi emendamenti legislativi, a carattere ostruzionistico, alcuni loro concorrenti erano stati del tutto privati di ogni possibilità di ricorrere contro tali procedure selettive. A sua volta questa decisione era stata adottata in applicazione della sentenza C-824/18 della Corte di Lussemburgo, emessa su rinvio pregiudiziale di alcuni giudici nazionali. In ogni caso, il Governo polacco respinge sdegnosamente la richiesta di ritirare il ricorso.

CAPO DELLO STATO

UN FRETTOLOSO INCONTRO CON JOE BIDEN

Alla vigilia di un vertice NATO a Bruxelles, il capo dello Stato Andrzej Duda incontra per la prima volta, il **14 giugno**, Joe Biden come Presidente degli Stati Uniti. Il colloquio, anche se sollecitato da Biden, è tuttavia breve e generico. I rapporti della Polonia con l'attuale Amministrazione americana sono freddi, sia per i molti dubbi che il Partito democratico USA mantiene sul rispetto della *rule of law* in Polonia sia per l'estrema cordialità e i ripetuti contatti che Duda vantava di avere con Donald Trump (al punto che per settimane Duda è stato tra i pochissimi Capi di Stato esteri a non congratularsi con Biden per la vittoria elettorale, limitandosi a farlo per "la campagna elettorale di successo" e presentando congratulazioni ufficiali solo dopo la proclamazione formale).

CORTI

DICHIARATA ULTRA VIRES UNA SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SULLA COMPOSIZIONE DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Nell'ordinanza pronunciata entro il più generale caso P7/20 (su cui v. oltre), il **15 giugno**, il Tribunale costituzionale [respinge totalmente e dichiara inapplicabile](#), in quanto *ultra vires*, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *Xero Flor c. Polonia* (4907/18), dello scorso 7 maggio. Tutta la decisione, nonostante la veste di ordinanza processuale, entra però nel merito del ricorso che la introduce, presentato dall'Ombudsman Adam Bodnar, e della stessa sentenza della Corte EDU. Del primo vengono contestati anche i fondamenti normativi interni, non adeguati, secondo il Tribunale, a formare causa di ricusazione o esclusione di alcuni giudici nel caso di specie, che riguarda la costituzionalità delle misure provvisorie stabilite dalla Corte di giustizia europea. La seconda viene integralmente censurata come *sententia non existens*, adotta in carenza di potere e nell'ignoranza del diritto interno oltre che nell'erronea interpretazione della stessa sentenza K34/15 del Tribunale costituzionale sull'elezione dei relativi giudici. Questa presunta continuità tra quella risalente sentenza e l'attuale stato delle cose si richiama a un dato formale autentico, quello per cui il Tribunale costituzionale polacco non si volle pronunciare sulla legittimità di procedure di elezione o di nomina, ma soltanto su quella delle norme astratte che tali procedure regolavano. Da questa diversa interpretazione delle due Corti deriva un dissenso insanabile. Infine, sostiene il Tribunale di non essere nemmeno una corte di giustizia nei sensi di

cui all'art. 6 della Convenzione, in quanto non è organo di appello o di ultima istanza e non giudica su casi individuali neanche come in quello che è all'origine di *Xero Flor*, poiché anche nel caso di ricorsi individuali contro provvedimenti giurisdizionali, il Tribunale costituzionale polacco è competente solo a valutare le norme su cui essi si fondano, disinteressandosi del relativo seguito giudiziario.

DICHIARATE INCOSTITUZIONALI LE MISURE PROVVISORIE CAUTELARI STABILITE DALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Con la sentenza nel caso P7/20 del **14 luglio** il Tribunale costituzionale dichiara contrarie alla Costituzione, in quanto *ultra vires*, le misure provvisorie e cautelari con cui la Corte di giustizia, con ordinanza presa lo stesso giorno poche ore prima (C-204/21 R), aveva ingiunto alla Polonia di sospendere ogni attività della Sezione disciplinare presso la Corte suprema in attesa di un giudizio definitivo sulla sua indipendenza. La sentenza segue una questione di legittimità sollevata dalla stessa Sezione disciplinare interessata, e composta interamente di nuovi giudici. Si tratta di un passo ulteriore nel crescendo di misure ostili e reciprocamente incompatibili adottate dal giudiziario europeo e da quello politicizzato nazionale, anche quello più grave e pericoloso, per la propria generalità, è atteso per il giorno successivo (contemporaneamente a un'altra importante sentenza della Corte di giustizia).

RINVIATA PIÙ VOLTE L'UDIENZA E LA SENTENZA SULLA QUESTIONE PIÙ GRAVE: LA COMPATIBILITÀ TRA L'ORDINAMENTO INTERNO E QUELLO EUROPEO

Il successivo **15 luglio**, invece, il Tribunale costituzionale rinvia al 3 agosto (poi rinverrà ancora al 31 agosto, al 22 e al 30 settembre) l'udienza decisiva e la propria decisione nel caso K3/21, instaurato da un ricorso diretto del Premier Mateusz Morawiecki, per richiedere sia dichiarata la (non) compatibilità con gli artt. 2, 7, 8, 90, 91, 178 e 190 della Costituzione polacca degli artt. 1, 2, 4 e 19 del TUE. Il ricorso, che è reazione diretta ad alcune sentenze del Tribunale supremo amministrativo polacco (NSA) relative a contestazioni in alcune procedure di nomina a giudice della Corte suprema, a sua volta conseguenza della sentenza C-824/18 resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea a seguito di rinvio pregiudiziale interno, nel tentativo di mettere uno scudo alle riforme interne del giudiziario dalle misure europee, rischia di innescare un'incompatibilità irrimediabile e generalizzata tra i due ordinamenti (che peraltro risulta totalmente smentita da precedenti e risalenti sentenze del Tribunale costituzionale, in cui si affermò la piena compatibilità). È evidente l'imbarazzo del collegio giudicante, che per dare soddisfazione alle richieste dell'organo ricorrente rischia di determinare le conseguenze appena citate, mentre potrebbe evitarle solo al prezzo di smentire il Governo (d'altra parte il ricorso è stato formulato in modo tale che difficilmente se ne potrebbe dichiarare l'inammissibilità).



Rafforzamento del potere esecutivo e nuovo “unionismo”: si vanno delineando i contorni del disegno politico-istituzionale del Premier Johnson*

di Giulia Caravale**

Il *manifesto* conservatore presentato alle elezioni del 2019 e il *Queen's Speech* dell'11 maggio scorso consentono di mettere a fuoco i contorni del piano del Premier Johnson per il futuro assetto politico-istituzionale del Regno Unito post *Brexit*. Ne emergono, da un canto, un progetto destinato ad un rafforzamento del potere esecutivo, e soprattutto del ruolo di Primo Ministro, che riduca gli spazi di intervento del Parlamento e delle Corti e, dall'altro, un'idea di un nuovo centralismo che i conservatori vogliono proporre al fine di arginare il processo centrifugo attivato dalla *devolution*.

Come dicevamo, gli obiettivi del Governo sono stati esplicitati in modo chiaro durante il *Queen's Speech* di maggio, in occasione del quale, con una cerimonia molto sobria a causa della pandemia, la regina Elisabetta ha annunciato, tra l'altro, che “Legislation will be introduced to ... restore the balance of power between the executive, legislature and the courts” e che “my Ministers will promote the strength and integrity of the union”.

Il piano di Johnson appare di ampio respiro e destinato ad essere realizzato attraverso il combinato disposto di moltissime riforme e dell'introduzione di nuove prassi, tra loro apparentemente differenti, ma tutte convergenti verso i due obiettivi principali.

Si deve aggiungere, poi, che in seguito alla *Brexit* e alla crisi pandemica questi due obiettivi hanno trovato nuova linfa. Ad esempio, in merito all'incremento del potere esecutivo, si rileva come la gestione della transizione al di fuori dell'Unione europea aveva previsto, fin dall'origine, una delega molto ampia di potere ai ministri, ai quali è stato assegnato il compito di adeguare la normativa vigente di derivazione europea (le c.d. *retained EU laws*) alla nuova realtà. Le deleghe in materia sono, nella maggior parte dei casi, sottoposte ad un limitato controllo parlamentare, anche quando prevedono l'abrogazione di fonti primarie. Le deleghe relative alla *Brexit* si

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore ordinario di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

inquadra il problema che caratterizza, da ormai un secolo, la realtà istituzionale britannica, quello della dilatazione del potere normativo dell'Esecutivo e della difficoltà delle Assemblee di esercitare su di esso adeguate forme di controllo. Tale problema è stato, poi, accentuato dall'emergenza sanitaria, la quale ha comportato – come in tutti i Paesi – il ricorso massiccio al potere di decretazione del Governo. In questo anno e mezzo si è assistito, quindi, ad un'ulteriore marginalizzazione del Parlamento e della sua facoltà di svolgere un appropriato scrutinio sia per il numero sempre crescente di *statutory instruments* emanati, sia per il rallentamento delle attività parlamentari condizionato dai protocolli Covid. L'Esecutivo britannico, durante l'emergenza Covid, ha, in molti casi, abusato dei propri poteri e volontariamente agitato l'indispensabile funzione parlamentare di controllo, la cui articolazione è risultata fortemente compromessa in questi mesi. Nonostante lo sforzo di Westminster, che ha cercato in tutti i modi di adeguare le proprie procedure alla realtà in cambiamento, appare condivisibile quanto affermato, già nel giugno del 2020, dal *Select Committee on the Constitution* della Camera dei Lords, secondo il quale: “Brexit and COVID-19 place into sharp focus the inadequacies of Parliament’s capacity to hold the Government to account”¹.

A ciò si è aggiunta una sostanziale deferenza delle Corti nei confronti dell'operato del Governo, dato che, nei molti casi esaminati in questi mesi esse hanno avallato le modalità di esercizio del potere esecutivo durante la pandemia.

La comparazione interna aiuta, poi, a completare il quadro e a fornire ulteriori elementi di giudizio sul progetto politico del Premier Johnson. Come noto, la materia sanitaria rientra tra quelle devolute e in questi mesi, pur se tra loro coordinati, i quattro Governi non si sono limitati ad introdurre restrizioni più o meno rigide, ma hanno gestito la crisi in modo diverso sia dal punto di vista della collaborazione tra i poteri, sia sotto il profilo della comunicazione pubblica. Ad esempio, a differenza di quanto avvenuto in Inghilterra, il Governo e il Parlamento scozzese hanno lavorato costantemente a stretto contatto e tutte le misure restrittive sono state presentate in Parlamento e non durante le conferenze stampa, come invece ha fatto Johnson. La centralità del Parlamento scozzese nella gestione della pandemia è testimoniata, poi, dall'efficacia del *Covid-19 Committee* parlamentare; dalla qualità dei rapporti presentati con regolarità dal Governo, rapporti ricchi di informazioni e dati; dagli scambi e dai contatti tra maggioranza e opposizione. Sono tutti fattori che hanno consentito all'Assemblea di Holyrood di svolgere un controllo attento e consapevole sull'azione del Governo scozzese e sulla normativa secondaria da questo emanata e che hanno fornito un parametro di valutazione e di comparazione relativo al funzionamento concreto della forma di governo.

Non è solo sotto il profilo dell'incremento del potere normativo che sta attuandosi il progetto Johnson di rafforzamento dell'Esecutivo dopo il passato decennio di debolezza, ma anche attraverso alcune riforme. Tra queste dobbiamo ricordare, innanzi tutto, il *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, presentato il **12 maggio**, e destinato ad abrogare il *Fixed-term Parliaments Act* del 2011 sullo scioglimento anticipato. Il disegno di legge in esame a Westminster ripristina lo status

¹ House of Lords, Select Committee on the Constitution, *Brexit Legislation: Constitutional Issues*, 6th Report of Session 2019–21 HL Paper 71, 9 June 2020, 3.

quo ante 2011 e attribuisce di nuovo un ampio potere discrezionale al Primo ministro, consentendogli di scegliere il momento più opportuno in cui indire nuove elezioni. Non si tratta, certo, di un potere marginale, dato che alcuni studi hanno calcolato che tale scelta è in grado di attribuire al Governo in carica un vantaggio elettorale quantificabile nel 5% in più di consensi. Il *bill*, inoltre, introduce una *ouster clause*, vale a dire prevede la non giustiziabilità dell'atto dello scioglimento.

La nuova legge porrà dunque fine ad uno dei principali tentativi di razionalizzare e formalizzare i rapporti Governo-Parlamento tentato nel Regno Unito. Come noto, la legge del 2011 era stata approvata per cementare l'alleanza tra i conservatori e liberal democratici, ma era pure stata il punto di arrivo di un lungo dibattito politico e dottrinario che da tempo si interrogava sull'opportunità di una regolamentazione della prerogativa dello scioglimento anticipato. Peraltro, le leggi istitutive delle Assemblee devolute avevano già previsto una disciplina del potere di scioglimento che aveva sostanzialmente limitato la discrezionalità degli Esecutivi.

La riforma appare di grande interesse in modo particolare per il dibattito dottrinario che ne è scaturito, e di cui parleremo meglio in seguito, dibattito che ha fornito l'occasione per riflettere sugli equilibri tra poteri, e dunque sulla forma di governo. La sottrazione del potere di scioglimento alla discrezionalità del Premier, introdotta dalla legge del 2011, era stata letta, infatti, come uno dei tanti fattori che, nell'ultimo decennio, avevano contribuito a rafforzare il Parlamento nei confronti del Governo. In realtà, la prima applicazione della legge, nel 2017 con la Premier May, aveva visto l'esercizio del potere di scioglimento secondo modalità più "tradizionali", senza quindi alcun condizionamento – se non di tipo procedurale – da parte dell'atto, poiché era stata la May a decidere il momento da lei ritenuto opportuno per indire nuove elezioni, a solo due anni dalle precedenti. Nel 2019, invece, di fronte alla situazione eccezionale di un Governo minoritario e di un Parlamento diviso e bloccato sulla questione *Brexit*, la legge si era dimostrata un ulteriore strumento nelle mani del Parlamento per "difendersi" dal Premier.

Proprio l'*impasse* in cui si era trovato il Paese nel 2019 aveva sollecitato i partiti – sia i conservatori che i laburisti - ad introdurre un progetto di riforma del potere di scioglimento anticipato nei loro programmi elettorali per le politiche del dicembre 2019. Peraltro, la stessa legge del 2011 aveva previsto, per il 2020, l'istituzione di un Comitato parlamentare che esaminasse il funzionamento concreto dell'atto e ne suggerisse eventuali modifiche. La riforma della legge del 2011 - come era emerso anche dai rapporti dei comitati parlamentari che si sono occupati della questione in questi anni - non avrebbe dovuto necessariamente condurre al ripristino della situazione preesistente, poiché avrebbe potuto continuare a sottrarre all'Esecutivo l'esercizio di tale potere o comunque riservare ai Comuni un ruolo nella scelta, modificando, ad esempio, solo la maggioranza richiesta per la votazione della mozione di scioglimento. La stessa introduzione della *ouster clause* appare del tutto superflua, per il fatto che mai le Corti sono intervenute a giudicare una scelta, meramente politica, quale quella della richiesta di uno scioglimento anticipato. La previsione della *ouster clause*, allora, potrebbe essere solo considerata come una risposta del Governo alla sentenza Miller 2 - che aveva avuto ad oggetto la *prorogation*, non lo scioglimento - una risposta che sembra solo voler ridefinire, simbolicamente, il rapporto tra Governo e Corti.

Sempre in tema di rapporto tra Governo e Corti si ricorda che negli ultimi mesi si è acceso un vivace dibattito in merito alla riforma del *judicial review*, riforma che era stata da molti dipinta come la reazione di Johnson alle sentenze della Corte suprema durante il processo *Brexit*. La materia è stata oggetto di approfondita analisi da parte dell'indagine condotta dall'*Independent Review of Administrative Law* (IRAL), presieduta da Lord Faulks, e di una fase di consultazioni da cui è emersa una forte preoccupazione per l'eventuale riduzione del potere di *judicial review*. Tuttavia, il *Judicial Review and Courts Bill* introdotto nel mese di **luglio**, a differenza delle aspettative, ha per adesso previsto solo una limitata modifica della materia.

Infine, nel contesto del rafforzamento del potere esecutivo si deve sottolineare che in questi anni il Premier ha cercato di consolidare il suo ruolo, centralizzando le scelte politiche e depotenziando la collegialità del Consiglio di Gabinetto.

Sotto il secondo profilo, quello del rafforzamento e della difesa dell'Unione, si deve, poi, rilevare che il Governo sta procedendo lungo diverse linee direttive, tra cui la strenua contrarietà alla richiesta avanzata dal Governo scozzese di indire un nuovo referendum per l'indipendenza; l'opposizione al protocollo dell'Irlanda del Nord, stilato dallo stesso Johnson, nel timore che esso possa portare le contee del Nord a sentirsi sempre più legate alla Repubblica irlandese; l'approvazione dell'*UK Internal Market Act 2020* che consente al Governo nazionale di intervenire nelle aree devolute; la scelta di introdurre una giornata dedicata a *One Britain One Nation Day* per evidenziare i vantaggi dell'Unione; la decisione di organizzare in modo più capillare l'amministrazione centrale sul territorio.

Si tratta di temi che hanno avuto, in questi mesi, una grande rilevanza sulla stampa, interna e internazionale. Tra le diverse iniziative dirette al rafforzamento dell'Unione, una riforma che invece sembra passata inosservata, è quella dell'abolizione dell'EVEL. Il **13 luglio**, dopo meno di sei anni dalla sua introduzione, la Camera dei Comuni ha, infatti, approvato una modifica dei suoi regolamenti e abrogato la procedura EVEL introdotta da David Cameron nel 2015 come risposta alla *West Lothian Question*. L'EVEL aveva riservato ai soli deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi il voto nel Parlamento di Westminster sui *bills* relativi alla sola Inghilterra. A tal fine era stato introdotto un complesso meccanismo che prevedeva, in seconda lettura, il solo coinvolgimento dei deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi. Sulla procedura torneremo in seguito.

La riforma del 2015 era stata considerata dall'allora Premier David Cameron come una possibile soluzione della "questione inglese" che egli aveva deciso di collegare al conferimento di maggiori poteri al Parlamento scozzese post referendum. La novella regolamentare aveva suscitato molte critiche e perplessità, ma di fatto - nella sua concreta applicazione su una cinquantina di leggi e su più di 200 regolamenti - i dubbi espressi si erano rivelati per lo più infondati. In questi anni, infatti, la maggioranza dei deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi ha coinciso con quella dell'intero Parlamento e quindi non ci sono state differenze tra le votazioni dei soli deputati inglesi e quella dell'intera Camera. La modifica aveva dunque solo reso più complesso il procedimento legislativo, senza peraltro fornire una risposta adeguata all'*English question*. Non deve sorprendere, quindi, la scelta della sua abolizione attraverso una nuova revisione dei regolamenti parlamentari. Tuttavia, questa scelta assume un significato diverso se

letta alla luce di quella visione unionista (definita anche di “hyper-unionism”² o di “aggressive unilateralism”) che sta caratterizzando la politica dei conservatori. Emblematico risulta in proposito quanto affermato dal *leader of the House* Jacob Rees-Mogg nel corso del dibattito ai Comuni il **13 luglio**. Egli, dopo aver dichiarato che la riforma introdotta da Cameron non poteva essere considerata una risposta adeguata per risolvere la “questione inglese”, ha aggiunto che il meccanismo EVEL era pure dannoso per l’unità del Regno. In particolare ha precisato che: “More fundamentally, the EVEL procedure has undermined the role of Parliament as the Union Parliament in which all parts of the United Kingdom are represented equally”. Bisogna evidenziare che a sostegno della sua tesi e per giustificare l’abrogazione della modifica regolamentare fortemente voluta pochi anni fa dagli stessi *Tories*, il capogruppo conservatore ha dichiarato che la *Brexit* ha modificato lo scenario dell’assetto territoriale britannico contribuendo a rafforzare l’Unione. Nelle parole di Rees-Mogg: “Rather than returning to an unhappy, asymmetric answer to the devolution question, the evolving operation of this Parliament has made this much less of a black and white issue than it would have felt in 2014. That is good news, because it reflects the way in which Brexit has strengthened the Union. We have now restored authority in this Parliament to address the problems of voters in every part of the United Kingdom”.

La nuova lettura dei *Tories* allora è che la *Brexit* stia rafforzando l’Unione. Il racconto che sembra provenire dal resto del Paese appare, invece, l’opposto.

ELEZIONI

RISULTATI DELL’ELECTION DAY DEL 6 MAGGIO

L’*election day* del **6 maggio** può essere considerato un appuntamento elettorale senza precedenti nel Paese per il numero di cittadini contemporaneamente coinvolti nelle votazioni locali; oltre alle elezioni amministrative in Inghilterra, dove si è provveduto al rinnovo del 30% delle autorità locali (circa 5.000 *council seats*), si sono tenute le elezioni dei Parlamenti di Scozia e Galles, le elezioni suppletive del collegio di Hartlepool per Westminster, quelle di 13 sindaci (il sindaco di Londra, 7 *combined authority mayors*, 5 *single authority mayors*) ed, infine, quelle per il rinnovo dei *Police and Crime Commissioners* per l’Inghilterra ed il Galles.

Il numero così elevato si deve al fatto che le elezioni amministrative del maggio 2020 erano state rinviate di un anno a causa della pandemia. Si è trattato, dunque, del primo significativo test elettorale per il Governo Johnson dopo il successo dei Conservatori alle politiche del dicembre 2019.

In linea generale è possibile fare alcune considerazioni: le elezioni hanno premiato i partiti al governo (sia nelle amministrative che nelle elezioni scozzesi e gallesi); il partito conservatore ha confermato il sostegno in zone che, fino a qualche tempo fa, erano considerate roccaforti laburiste; il confronto politico ideologico risulta ancora fortemente condizionato dalla contrapposizione tra *Brexiters*, i quali oramai si sentono rappresentati esclusivamente dai *Tories*,

² M. Kenny, J. Sheldon, *When Planets Collide: The British Conservative Party and the Discordant Goals of Delivering Brexit and Preserving the Domestic Union, 2016–2019*, in *Political Studies* 2020, 1.

e non *Brexiters*, i quali scelgono gli altri partiti; gli anni di governo Johnson hanno ridotto le divisioni interne ai conservatori sul tema del rapporto con l'Europa; la *Brexit* e lo stile di Boris Johnson rappresentano due elementi di polarizzazione dell'elettorato. Questa ultima affermazione appare essere confermata dall'analisi dei risultati delle elezioni suppletive per il Parlamento di Westminster che si sono tenute in questo quadrimestre e che aiutano a delineare un quadro più completo delle attuali caratteristiche dell'elettorato britannico. Le tre votazioni, infatti, sembrano confermare che se la *Brexit* e lo stile politico di Boris Johnson hanno contribuito a far vincere il partito conservatore in collegi tradizionalmente laburisti, gli stessi fattori, così divisivi, gli hanno fatto perdere consensi altrove.

Venendo ai risultati elettorali si deve precisare che la complessa articolazione territoriale inglese prevede diverse tipologie di autorità locali, dotate di competenze differenziate: *county councils*, *district councils*, *unitary authorities*, *metropolitan boroughs*, *London boroughs* e *town/parish councils*. Pure i poteri dei sindaci variano da città a città. Le elezioni del **6 maggio** hanno riguardato il rinnovo di tutto il Consiglio solo in pochi casi, dato che si è trattato per lo più di eleggere solo una parte di questo.

A Londra il sindaco uscente, il laburista Sadiq Khan è stato confermato primo cittadino sconfiggendo il conservatore Shaun Bailey. Khan ha ottenuto il 55,2% dei consensi. Nell'Assemblea di Londra 11 seggi sono andati al partito laburista, 9 al partito conservatore, 3 ai Verdi e 2 ai Liberal democratici.

Le votazioni per i 7 *combined authority mayors* si sono tenute a: *Cambridgeshire and Peterborough* dove ha vinto il laburista N. Johnson; *Greater Manchester*, dove è stato confermato il laburista A. Burnham; *Liverpool City Region*, dove è stato confermato il laburista S. Rotheram; *Tees Valley* dove ha vinto di nuovo il conservatore B. Houchen; *West of England* passata sotto la guida del laburista D. Norris; *West Midlands* dove ha vinto il conservatore A. Street, sindaco uscente. Nel *West Yorkshire*, dove la carica è stata appena istituita, è stata eletta la laburista Tracy Brabin, prima donna sindaca di Inghilterra. La Brabin si è quindi dovuta dimettere da deputata. I neo 5 *single authority mayors* sono tutti laburisti.

Come dicevamo, sono stati eletti anche i *Police and Crime Commissioners* di Inghilterra e Galles, istituiti nel 2012, a cui sono attribuite competenze in materia di polizia laddove queste non siano assegnate direttamente ai sindaci, come avviene, ad esempio, nel caso di Londra o di *Greater Manchester*. I Conservatori hanno ottenuto un ottimo risultato con 30 *Commissioners* eletti su 39.

Differenze si riscontrano, poi, nei sistemi elettorali utilizzati, dal *first past the post* per i consiglieri al *supplementary vote system* per i *city-region mayors* e i *Police and Crime Commissioners*, all'*additional member system* per l'Assemblea di Londra.

BYELECTIONS

Come dicevamo, i risultati delle elezioni suppletive che si sono tenute nel quadrimestre ci aiutano a definire il quadro dei cambiamenti in atto nell'elettorato britannico.

Il **6 maggio** si sono tenute le *byelections* nel collegio di Hartlepool, una delle circoscrizioni del cosiddetto *red wall* laburista, dove però nelle ultime elezioni del 2019 avevano vinto molti candidati conservatori. Si tratta di un collegio che ha sofferto il declino dell'industria mineraria e che aveva votato a favore della *Brexit*, ma in cui, nel 2019, aveva comunque vinto il candidato laburista Mike Hill. Tuttavia Hill si era dimesso a marzo perché coinvolto in uno scandalo. Le elezioni suppletive sono state vinte dalla candidata del partito conservatore Jill Mortimer che ha ottenuto il 51,9% dei voti, sconfiggendo il laburista Paul Williams. E' la prima volta che il seggio è conquistato dai *Tories* dall'istituzione di questo collegio elettorale nel 1974.

Le elezioni suppletive del collegio di Chesham and Amersham del **17 giugno** sono state vinte da Sarah Green del partito liberal democratico che è riuscita a conquistare un collegio tradizionalmente conservatore. Il candidato laburista ha ottenuto solo 622 voti, il risultato peggiore in una elezione suppletiva nella storia del partito.

Infine, le elezioni suppletive del collegio di *Batley and Spen*, dovute alle sopra ricordate dimissioni di Tracy Brabin e tenutesi il **1° luglio**, sono state vinte, per soli 323 voti, dalla laburista Kim Leadbeater la quale ha sconfitto il candidato conservatore. La Leadbeater è la sorella di Jo Cox, la deputata uccisa nel 2016 durante la campagna del referendum *Brexit*.

PROPOSTE DELL'ELECTORAL COMMISSION

L'**8 giugno** l'*Electoral Commission* per l'Inghilterra ha reso note le prime [proposte](#) per la ridefinizione dei collegi elettorali, proposte che prevedono numerosi cambiamenti dei confini dei collegi, del loro numero e, in alcuni casi, anche della loro denominazione che sarà modificata dopo secoli. Al fine di adeguarsi ai cambiamenti della popolazione e alle nuove regole introdotte in merito all'omogeneità dei collegi, la lunga procedura di ridefinizione di questi porterà ad un aumento delle circoscrizioni inglesi a discapito di quelle scozzesi e gallesi. Il numero delle *constituencies* inglesi salirà da 533 a 543, mentre la Scozia ne perderà 2, rimanendo a 57, e il Galles ben 8, fermandosi a 32. Del resto, il Galles era stato da sempre sovrarappresentato a Westminster. Nessuna variazione è prevista per i 18 seggi del Nord Irlanda in termini di numero.

Il processo di riforma ha previsto poi l'apertura di una fase di consultazione pubblica che ha coinvolto i partiti a livello locale e che si è conclusa il **2 agosto**. A questa ne seguirà un'altra, nella primavera 2022.

Come noto, sono 4 le *Boundary Commissions*, una per ogni nazione, e le loro proposte dovranno essere presentate entro il luglio 2023 per entrare in vigore nel 2024. In autunno si prevede la pubblicazione dei rapporti delle altre 3 commissioni.

RIFORME IN MATERIA ELETTORALE

Obiettivo del Governo Johnson è quello di introdurre alcune novità in materia di legislazione elettorale di contorno, attraverso una nuova disciplina delle campagne elettorali e delle votazioni. A tal fine ha presentato il **5 luglio** l'[Election Bill](#) un disegno di legge che prevede ulteriori controlli e forme di maggiore trasparenza nelle campagne elettorali. Nelle intenzioni del Governo il disegno di legge si prefigge lo scopo di "protect our electoral system for the future, with new measures to make it even more transparent, tackle intimidation and prevent foreign interference".

Tra gli obiettivi del *bill* ricordiamo quello dell'obbligo di presentarsi al seggio muniti di un documento di identità. Sulla scia delle polemiche che stanno investendo alcuni Stati negli USA, anche nel Regno Unito tali proposte sono state considerate dal partito laburista come un tentativo del Governo di limitare il diritto di voto attraverso misure che potrebbe dissuadere dal recarsi alle urne soprattutto i cittadini delle fasce più deboli della popolazione.

Il disegno di legge mira poi a favorire il voto dei cittadini britannici che risiedono all'estero con l'abolizione della perdita del diritto di voto attualmente prevista dopo 15 anni di residenza fuori dal Paese. Si tratta di una riforma ispirata al principio che è stato definito nel *manifesto* conservatore del "votes for life". Inoltre, il *bill* prevede alcune modifiche alle competenze dell'*Electoral Commission* e del rapporto con il Parlamento, nuove sanzioni per il reato di intimidazione di un candidato o di coloro che svolgono campagna elettorale. Il *bill* si occupa, infine, di innovare la disciplina in materia di spese e di finanziamenti delle campagne elettorali e di ineleggibilità.

Come già evidenziato nel rapporto pubblicato nel 2018 dall'*Electoral commission* nel Regno Unito è molto sentita la necessità di intervenire in modo radicale per adeguare la disciplina delle campagne elettorali alla nuova realtà digitale, specie perché la legislazione vigente, ed in particolare il *Political Parties, Elections and Referendum Act 2000*, non appare in grado di coprire le novità in materia di campagne online, di diffusione di *fake news* e disinformazione. Il *bill* in questione però non sembra rispondere a queste esigenze.

PARTITI

LABOUR PARTY

A seguito del deludente risultato elettorale delle amministrative in Inghilterra e della perdita del collegio di Hartlepool sono aumentati i malumori interni ai Laburisti, i quali speravano di aver trovato in Starmer una guida capace di far riemergere il partito da anni di crisi e che ora, invece, sempre più di frequente, mettono in dubbio le capacità del leader.

Tra le critiche mosse all'operato di Starmer spiccano quelle di Andy Burnham - neo rieletto sindaco della *Greater Manchester*, dove ha ottenuto un grande consenso -, il quale ha accusato il partito laburista di aver perso nelle roccaforti del nord est perché troppo Londra-centrico. Il giudizio appare condiviso anche da Khalid Mahmood, dimessosi da *shadow defence minister* ad aprile, il quale ha affermato che il partito ha perso il contatto con la gente comune proprio perché troppo orientato sull'elettorato londinese.

Dopo le consultazioni del **6 maggio** Keir Starmer avrebbe voluto allontanare la vice leader laburista Angela Rayner dal suo ruolo di *party chair and campaign coordinator*. Tale scelta però ha sollevato all'interno del partito molte critiche e proteste che hanno spinto Starmer ad assegnare alla Rayner un nuovo incarico, quello di *Chancellor of the Duchy of Lancaster* e *Shadow Secretary of State for the Future of Work*, incarico che è apparso, di fatto, come una promozione. La Rayner è stata eletta *deputy leader* e quindi non può essere rimossa da Starmer, ma il conflitto tra i due potrebbe far prefigurare una nuova sfida alla leadership entro la fine della legislatura.

Sempre dopo le elezioni, il leader ha operato un rimpasto nel suo Governo ombra, tra l'altro indicando Alan Campbell come nuovo *chief whip* al posto di Nick Brown o Thangam Debbonaire come nuova *shadow leader* dei Comuni. Nelle intenzioni di Starmer il rimpasto è stato dettato dalla necessità di focalizzare meglio il partito sulle priorità dei cittadini. Molti commentatori tuttavia lo hanno letto come un segnale di debolezza di un leader che è alla affannosa ricerca di nuovi equilibri all'interno del gruppo.

PARLAMENTO

AVVIO DELLA NUOVA SESSIONE PARLAMENTARE 2021-22

Come abbiamo visto, l'**11 maggio** si è tenuto il *Queen's speech* che ha dato il via alla nuova sessione parlamentare. I 26 disegni di legge presentati non hanno suscitato particolare sorpresa perché la maggior parte di questi era stata già prevista e annunciata nei mesi precedenti. Molti *bills* sono necessari infatti per definire la nuova disciplina post Brexit di alcuni settori. I disegni di

legge che saranno introdotti nei prossimi mesi riguardano diversi ambiti: istruzione, sanità, ambiente e tutela degli animali, ricerca scientifica, discriminazioni razziali, tema quest'ultimo considerato di particolare urgenza soprattutto a seguito del rapporto pubblicato dal Governo ad inizio anno. Inoltre, si prevedono interventi economici per superare la pandemia e rendere “the United Kingdom stronger, healthier and more prosperous than before”. A tal fine il Governo, nelle parole di Elisabetta II: “will level up opportunities across all parts of the United Kingdom, supporting jobs, businesses and economic growth and addressing the impact of the pandemic on public services”.

Tra i disegni di legge di maggior interesse dal punto di vista costituzionale oltre all'*Electoral Bill* di cui abbiamo parlato, dobbiamo ricordare il *Dissolution and Calling of Parliament Bill* che andrà a abrogare il *Fixed-Term Parliaments Act 2011*; il *Judicial Review Bill* che interverrà in materia di riforma del *judicial review*; il *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill*, il quale mira, tra l'altro, ad introdurre restrizioni al diritto di manifestare. Saranno, poi, introdotte alcune novità in materia di segreto di Stato e di agenti stranieri tramite il *Counter-State Threats Bill*. Si tratta di *bills* su cui torneremo in seguito o che seguiremo nei prossimi mesi.

La tradizionale cerimonia del discorso della Corona è stata molto sobria e ha visto la partecipazione di soli 74 membri dei due rami del Parlamento.

Il **20 maggio**, poi, si è svolta ai Comuni l'estrazione dei *Private Members' Bills* per la sessione parlamentare 2021-2022. I 20 “Ballot Bills” sono stati scelti tra i 459 presentati; solo ai primi 7 sarà garantito una giornata di dibattito. Come noto, a questa tipologia di disegni di legge sono dedicate le sedute del venerdì, quelle meno frequentate dai deputati.

RAPPORTO SUI *SELECT COMMITTEE POWERS*

Il *Committee of Privileges* della Camera dei Comuni ha pubblicato il **3 maggio** un rapporto [*Select Committees and Contempts: clarifying and strengthening powers to call for persons, papers and records*](#) nel quale ha preso in esame il tema del potenziamento dei poteri dei *Select Committees* e ha suggerito una disciplina legislativa delle loro competenze. In particolare, secondo il rapporto, sarebbe opportuno introdurre per legge, come nuovo reato, la mancata comparizione di fronte ad un *Select Committee* e prevedere maggiori garanzie e tutele nei confronti di coloro che sono ascoltati come testimoni da un comitato parlamentare. Nel rapporto si afferma che “Select committees play a vital role in our parliamentary democracy. It is essential that they have the powers necessary to function effectively, and to uphold the reputation, dignity and authority of Parliament”.

Interessante evidenziare che tale riforma potrebbe essere disciplinata da due fonti diverse: o tramite una modifica dei regolamenti parlamentari o attraverso una legge, opzione caldeggiata dal comitato. Secondo il presidente del *Committee of Privileges*, Chris Bryant: “The right of select committees to summon witnesses and hold the powerful to account cuts right to the heart of our parliamentary democracy... For too long, the rich and powerful have been able to resist engaging with select committees and, in doing so, have shown contempt for Parliament and the people. From billionaire high street moguls to unaccountable Government advisers, the proposals we set out will make it tougher for such individuals to disregard Parliament and the people... These proposals will give select committees the necessary powers to compel reluctant witnesses to attend or provide information to investigations, while safeguarding and ensuring fair treatment of those giving evidence. I hope these proposals will empower committees to conduct their work efficiently and fairly, while ensuring everyone has greater clarity over the powers of committees and rights of witnesses”. La scelta della fonte attraverso cui prevedere la riforma è di estrema rilevanza, poiché la disciplina legislativa della materia, al posto della modifica dei regolamenti

parlamentari, attribuirebbe alle Corti un ruolo determinante in questioni interne al Parlamento. Attualmente, invece, il meccanismo del “contempt” si limita a produrre soprattutto un danno di immagine, con poche conseguenze pratiche.

Il rapporto è frutto di una più ampia inchiesta relativa al rafforzamento dei poteri della Camera dei Comuni iniziata dal 2016, inchiesta che ha consentito al Comitato di confrontarsi con quanto avviene in più di 50 altri Parlamenti del mondo. L’indagine si lega al fatto che in passato diverse persone, tra cui Mark Zuckerberg e Dominic Cummings, si sono rifiutate di comparire di fronte ai comitati parlamentari che li avevano convocati nello svolgimento delle loro attività di indagine. Il comitato proseguirà i suoi lavori e presenterà il suo rapporto finale al Parlamento nei prossimi mesi.

DISSOLUTION AND CALLING OF PARLIAMENT BILL

Come abbiamo detto nell’introduzione, il [*Dissolution and Calling of Parliament Bill*](#) 2021 presentato il **12 maggio** costituisce senza dubbio una delle principali riforme in materia costituzionale voluta dal Governo Johnson. Il *bill* prevede l’abrogazione della legge con il ritorno ad una situazione pre 2011, dispone che la legislatura durerà non più “cinque anni”, bensì “un massimo di cinque anni” ed introduce la non giustiziabilità dell’atto dello scioglimento.

Il dibattito dottrinario sorto in merito alla riforma ha riguardato diversi temi, tra cui ad esempio quello della possibile reviviscenza, attraverso una legge, di una prerogativa regia, proprio a motivo della peculiare natura di questa ultima fonte. Le prerogative sono, infatti, poteri che spettano al sovrano in forza della tradizione e che non sono stati mai aboliti da leggi o da sentenze di *common law*. La dottrina appare divisa su quali possano essere, nella peculiare realtà costituzionale britannica, gli effetti dell’abrogazione della legge per la reviviscenza delle prerogative regie. Sul punto era intervenuto nel mese di marzo scorso il rapporto del *Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act* il quale aveva chiesto al Governo di chiarire alcuni aspetti della legge che era stata presentata in *draft* nella precedente sessione parlamentare. Non solo; non appare esserci unanimità di giudizio su un altro tema strettamente correlato, vale a dire se l’abrogazione della legge possa ripristinare non solo la prerogativa regia, ma anche tutte le convenzioni ad essa correlata sviluppatesi nel tempo.

Altro tema interessante presente nel dibattito riguarda il ruolo riservato alla Corona nell’esercizio della prerogativa di scioglimento. In proposito si ricorda che la pubblicazione del *draft bill* era stata accompagnata da una dichiarazione relativa ai *Dissolution Principles* nella quale il Governo aveva ribadito l’estraneità della Corona rispetto alla scelta di ricorrere allo scioglimento anticipato, che resta di natura meramente politica. La Corona, dunque, deve accogliere la richiesta del Premier, qualsiasi essa sia. Ma la tradizione inglese britannica in proposito risulta essere più articolata e complessa. Si ricorda che nel maggio 1950, in una lettera inviata al Times, Alan Lascelles, segretario privato di Giorgio VI, con lo pseudonimo Senex aveva precisato che la Corona poteva ancora esercitare alcuni poteri effettivi in materia e quindi opporsi ad una eventuale richiesta di scioglimento anticipato da parte del Premier. Si trattava solo di alcune, limitate ipotesi: 1) la presenza di un Parlamento che fosse ancora “vital, viable, and capable of doing its job”; 2) il rischio che una elezione anticipata avrebbe potuto arrecare detrimento all’economia; 3) la possibilità di trovare una maggioranza alternativa, sotto la guida di un Premier differente. I c.d. “Lascelles principles” hanno accompagnato l’esercizio del potere di scioglimento nel corso degli anni e potrebbero quindi essere ancora validi. Sul punto è intervenuta la ministra per la costituzione Chloe Smith, la quale il **23 giugno** ha affermato di fronte al PACAC che il monarca potrà continuare ad avere il diritto di rifiutarsi a concedere lo scioglimento in alcune

ipotesi, senza tuttavia specificare in alcun modo le circostanze del rifiuto: “It is simply not going to be possible to articulate all those circumstances” ha ammesso la Smith.

Di fronte quindi al riconoscimento di un ruolo, ancorché in circostanze del tutto eccezionali, al monarca e all'esclusione di un intervento delle Corti, molti hanno evidenziato come il *bill* potrebbe comportare il rischio di un coinvolgimento del monarca in questioni meramente politiche. A tal fine sarebbe allora preferibile continuare a sottrarre al Governo il potere di scioglimento, limitandosi a prevedere la maggioranza assoluta e non più quella qualificata per il voto sulla mozione di scioglimento.

JOHN BERCOW

Il **19 giugno** John Bercow, che per 10 anni ha rivestito la carica di *Speaker* della Camera dei Comuni e che durante le trattative *Brexit* aveva strenuamente difeso le prerogative del Parlamento di fronte alle pretese dell'Esecutivo, ha annunciato che passerà al partito laburista dato che, a suo parere, il partito conservatore a cui apparteneva è diventato reazionario, populista, nazionalista e a volte anche xenofobo.

PARLAMENTO E BREXIT

Negli anni in cui il Regno Unito è stato parte dell'Unione europea il Parlamento britannico ha istituito diversi comitati sull'Europa il cui compito è stato fondamentale nel controllo delle attività dell'Esecutivo e nella partecipazione alla fase ascendente del diritto comunitario. La *Brexit* non ha comportato l'eliminazione di tali Comitati, i quali continuano a lavorare con fini ed obiettivi diversi, ma sempre rivestendo un ruolo di grande rilevanza.

In questi mesi, ad esempio, l'*European Scrutiny Committee* ha aperto un'inchiesta sui nuovi organismi che dovranno gestire l'*UK-EU Trade and Cooperation Agreement (TCA)* ed esaminare e controllare l'operato del Governo. L'inchiesta analizzerà la composizione e le competenze di questi nuovi organismi – come il *Partnership Council* ed i comitati specializzati in materia – e valuterà altresì l'impatto sulla normativa nazionale e sul principio della sovranità del Parlamento.

In realtà sono molti i comitati parlamentari che in questi mesi stanno continuando a lavorare in materia di rapporti con l'Europa e di controllo sull'operato dell'Esecutivo, tra cui l'*International Trade Committee (ITC)* che deve seguire l'implementazione del *Trade and Cooperation Agreement*, o il *Northern Ireland Committee*, che sta valutando l'operatività del protocollo.

Dal canto suo il *Public Administration and Constitutional Committee* ha avviato un'inchiesta sul controllo esercitato dal Parlamento sui trattati post-Brexit sulla scia delle raccomandazioni dell'*House of Lords Constitution Committee* e dell'*European Union Committee* i quali avevano suggerito di rafforzare il controllo parlamentare in materia di ratifica di trattati. Nonostante tali iniziative si ricorda che nel mese di aprile l'*European Scrutiny Committee* aveva criticato il Governo per non aver fornito informazioni adeguate sull'implementazione dell'accordo di recesso impedendo così la possibilità di un controllo adeguato da parte del *Joint Committee*.

COVID E PARLAMENTO

Lindsay Hoyle, *Speaker* della Camera dei Comuni, il **17 maggio** ha annunciato alcune modifiche alle restrizioni anti Covid che prevedono un incremento a 64 del numero di deputati ammessi in aula.

Un nuovo dissidio tra il Governo e lo *Speaker* dei Comuni è sorto, invece, quando il Premier ha annunciato, in una conferenza stampa e non in Parlamento, la decisione di rinviare di quattro settimane l'allentamento delle restrizioni, inizialmente previsto per il **14 giugno**. Hoyle ha

ricordato che il *Ministerial Code* impone al Governo di riferire alla Camera le proprie principali scelte politiche.

A seguito di tale rinvio il **16 giugno** la Camera ha deciso di mantenere fino al **22 luglio** – ultimo giorno di lavoro prima della pausa estiva – le restrizioni introdotte in questi mesi per i lavori parlamentari.

Il **10 giugno** il *Lords Constitution Committee* ha pubblicato il rapporto [COVID-19 and the Use and Scrutiny of Emergency Powers](#) nel quale ha evidenziato come, in questa situazione di emergenza, il Governo abbia abusato del suo potere normativo attraverso un ricorso eccessivo ad atti di legislazione secondaria, privi di controllo parlamentare. Il rapporto ha poi denunciato la confusione sorta in merito alle fonti da utilizzare, con provvedimenti annunciati come vincolanti, ma poi inseriti in linee guida e non in atti normativi.

EVEL

Come abbiamo detto nell'introduzione, il **13 luglio**, dopo meno di sei anni dalla sua approvazione, la Camera dei Comuni ha abrogato la procedura EVEL. Tale procedura prevedeva un complesso meccanismo che attribuiva allo *Speaker* il potere di selezionare i *bills* o gli *statutory instruments* relativi all'Inghilterra (o all'Inghilterra e Galles). Durante la seconda lettura tali *bills* erano sottoposti al vaglio del *Legislative Grand Committee*, in cui avevano diritto di voto esclusivamente i deputati inglesi (oppure di quelli delle nazioni coinvolte). Il Comitato doveva approvare una *consent motion* indispensabile per il passaggio alla terza lettura, secondo un procedimento che ricorda quello seguito nelle Assemblee devolute quando Westminster sta legiferando nelle materie loro riservate. Nell'ipotesi in cui il Comitato avesse respinto il testo prendeva il via una fase, quella della *reconsideration*, alla quale poteva partecipare l'intera Assemblea per trovare un compromesso. Spettava comunque al Comitato decidere se passare il testo alla terza lettura.

La riforma del 2015 aveva suscitato molte critiche ad iniziare da quella che, in considerazione della sua rilevanza costituzionale, avrebbe meritato una disciplina legislativa e non regolamentare. Inoltre erano stati espressi timori sulla possibile creazione di due diverse categorie di deputati in funzione della circoscrizione di provenienza o sul meccanismo della doppia maggioranza, considerato non compatibile con il principio dell'uguaglianza del voto.

POLICE, CRIME, SENTENCING AND COURTS BILL

Il controverso *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill*, presentato in Parlamento nella scorsa sessione, è stato oggetto della c.d. *carry over motion* e, dal **18 maggio**, è tornato all'esame dei Comuni. Il disegno di legge, lungo più di 300 pagine, ha suscitato molte polemiche perché, tra l'altro, introduce alcune limitazioni al diritto di manifestare. Inoltre, prevede alcune restrizioni in materia di terrorismo. Molti gli emendamenti che sono stati presentati in questi mesi.

Sulle limitazioni al diritto di manifestare è intervenuta anche per il Consiglio d'Europa Dunja Mijatović che ha scritto ai presidenti dei Comuni e dei Lords invitando i parlamentari a “not to accept provisions of the bill that would add further restrictions on peaceful demonstrations.”

LORDS

Nel 2017 il *Burns Committee* istituito presso la Camera dei Lords, aveva presentato una proposta diretta a diminuire a 600, entro i successivi 10 anni, il numero dei componenti della Camera alta, attraverso la riduzione del numero delle nuove nomine e la contemporanea trasformazione della carica da vitalizia a quindicennale. Nei piani del Comitato l'applicazione di tali regole avrebbe potuto portare a raggiungere l'obiettivo entro il 2032. Bisogna evidenziare che il Comitato aveva

ipotizzato di introdurre la riforma attraverso un *gentlemen's agreement* tra le forze politiche che si sarebbero impegnate nell'instaurazione di una nuova prassi.

Il **9 maggio** il *Lord Speaker's Committee on the Size of the House* ha pubblicato il [Fourth Report of the Lord Speaker's Committee on the size of the House](#) nel quale ha preso atto che il progetto elaborato dal *Burns Committee* non è stato applicato in questi anni perché Johnson sta dimostrando ancor meno "restraint as his predecessor" nelle nomine dei Lords. Ciò appare evidente dal fatto che, da quando è in carica, ne ha nominati già 79, suscitando non poche polemiche. Il nuovo rapporto ha comunque ritenuto ancora valida e soprattutto sempre realizzabile la proposta Burns la quale, aggiornando la tabella di marcia, potrebbe essere in grado di far raggiungere l'obiettivo della riduzione del numero dei Lords. Il Comitato ha, poi, proposto per la prima volta l'abrogazione della procedura di rielezione dei pari ereditari, in modo da abolire tale carica gradualmente.

GOVERNO

PROBLEMI INTERNI ALL'ESECUTIVO

In questi mesi sono proseguiti gli attacchi relativi alla condotta dell'Esecutivo e del Premier da parte del suo controverso ex consigliere Dominic Cummings, attacchi che, alla fine di aprile, avevano portato il *Cabinet Office* ad avviare inchieste sull'operato del Primo Ministro in merito alla presunta violazione del codice ministeriale per aver usato i fondi del partito per ristrutturare il suo appartamento di *Downing street*.

Le più recenti accuse mosse da Cummings attraverso il suo blog e tramite i numerosi twitter riguardano l'incapacità dell'Esecutivo, e soprattutto del Premier, di gestire la crisi sanitaria e di tutelare i più deboli, tra cui i ricoverati nelle case di riposo. Ma soprattutto Cummings ha delineato un quadro di un Premier cinico, che aveva sottovalutato la gravità dell'emergenza e privo di un piano per affrontarla. Cummings non si è limitato a sfogarsi su internet: le sue accuse sono state ribadite in occasione della lunga audizione del **26 maggio** di fronte al *Joint Committee* di due commissioni parlamentari, l'*Health and Science Select Committee* e l'*House of Commons Science and Technology Committee* nell'ambito dell'inchiesta da questi condotta sulla gestione della pandemia da parte del Governo.

Si ricorda, poi, che proprio al fine di rispondere alle accuse sulla gestione della pandemia, il **12 maggio** Boris Johnson ha comunicato ai Comuni che, nella primavera 2022, prenderà il via un'inchiesta indipendente sulla gestione dell'emergenza sanitaria. Il Premier ha anche aggiunto che le amministrazioni devolute saranno consultate prima di definire gli obiettivi di tale inchiesta.

COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE

Il *Committee on Standards in Public Life* il **14 giugno** ha pubblicato il documento [Standards matter 2 - committee findings](#) che anticipa alcuni dei temi che saranno oggetto del rapporto finale. Il Comitato ha evidenziato alcune aree di riforma, individuandole nel: *Ministerial Code and Independent Adviser on Ministerial Interests*; nell'*Advisory Committee on Business Appointments* (ACOPA); nella trasparenza in materia di lobby; e nella disciplina delle nomine pubbliche.

RIFORMA DEL CIVIL SERVICE

Il **15 giugno** Michael Gove ha presentato la [Declaration on Government Reform](#), che prevede la riforma del *Civil Service* e una nuova redistribuzione su tutto il territorio nazionale degli uffici della pubblica amministrazione.

CORONA

QUEEN'S CONSENT

Dopo i casi di Westminster, pure in Scozia è esplosa la polemica relativa all'antica pratica del *Queen's consent*. Come noto, il consenso è espresso dalla regina o dal principe di Galles sui *bills* relativi alle prerogative regie, alle “hereditary revenues, personal property or personal interests of the Crown”, del *Duchy of Lancaster* o del *Duchy of Cornwall*, prima che tali disegni di legge vengano approvati dalle Camere. Negli anni scorsi – a seguito delle rivelazioni del *Guardian* – era emerso che tale prassi in alcuni casi si era trasformata in una sorta di veto sui *bills* discussi a Westminster.

Secondo quanto pubblicato sempre dal quotidiano *Guardian* a **luglio** la Regina avrebbe usato il suo potere di *consent* anche sui disegni di legge in discussione al Parlamento di Edimburgo. Secondo la ricostruzione del quotidiano sono 67 le leggi del Parlamento scozzese che sono state oggetto di questa pratica. Tra queste il *Green energy bill* che prevede una riduzione delle emissioni inquinanti e che dispone l'esclusione delle proprietà della Corona. Nel corso dell'iter legislativo Dennis Canavan, deputato indipendente, ha presentato un emendamento che ha sottratto la tenuta di Balmoral dall'applicazione della legge. Ma il portavoce di Buckingham Palace ha precisato che la procedura seguita è stata corretta e conforme alle convenzioni in materia.

CORTI

JUDICIAL REVIEW AND COURTS BILL

Come abbiamo detto nell'introduzione, la riforma del *judicial review* proposta dal Governo Johnson viene considerata un ulteriore tentativo di rafforzare il potere esecutivo e sottrarlo al controllo delle Corti. Nei mesi scorsi l'*Independent Review of Administrative Law* (IRAL), presieduta da Lord Faulks, aveva presentato il proprio rapporto, a cui era seguita la risposta del Governo ed una ulteriore fase di consultazioni. Tale processo è culminato nell'ulteriore risposta dell'Esecutivo attraverso il [Judicial Review Reform Consultation](#) nel mese di **luglio** e nella presentazione ai Comuni del *Judicial Review and Courts Bill* il **21 luglio**.

Il disegno di legge, a differenza delle aspettative, non prevede una riforma radicale della materia e attribuisce alle Corti il potere di emanare, in determinati casi, *suspended quashing orders* e *prospective only remedies*. Il disegno di legge, poi, interviene per abrogare il principio introdotto nella sentenza *R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28* la quale aveva impedito al giudice dell'*Upper Tribunal* di esaminare un ricorso del tribunale di primo grado.

I *quashing orders* sono uno strumento previsto nel *common law* e riconosciuto anche nella sec. 29 del *Senior Courts Act 1981* (un tempo erano noti come *orders of certiorari*). Si tratta di ordini attraverso cui le Corti annullano un atto regolamentare di un ministro o di una pubblica autorità ritenuti illegittimi. Con la nuova legge i giudici – a loro discrezione – potranno, invece, emanare ordini che non annullano immediatamente l'atto regolamentare, dando tempo al Governo di intervenire, o che limitano gli effetti retroattivi dell'annullamento.

AUTONOMIE

SCOZIA

Il **6 maggio** il partito nazionalista scozzese ha vinto, per la quarta volta consecutiva, le elezioni del Parlamento di Holyrood ottenendo 64 seggi e sfiorando di poco la maggioranza assoluta. Il partito conservatore ne ha vinti 31, i laburisti 22, il *Green party* 8 (tutti nei collegi regionali), i liberal democratici 4.

In Scozia si vota dai 16 anni di età con un sistema misto *additional member system* che prevede due schede, con la prima si scelgono i 73 deputati nei collegi uninominali, con la seconda gli altri 56 selezionati nei collegi regionali.

Nicola Sturgeon si era impegnata a indire un referendum sull'indipendenza in caso di vittoria e così, a seguito del risultato elettorale, la *First Minister* ha affermato che: "Given the outcome of this election, there is simply no democratic justification whatsoever for Boris Johnson or anyone else seeking to block the right of the people of Scotland to choose our future".

Come ricordato, la volontà dello *Scottish National Party* di indire un nuovo referendum è fortemente osteggiata dal partito conservatore. Come segnale di apertura e di collaborazione intergovernativa, il Premier, prima ancora che arrivassero i risultati definitivi delle elezioni di Holyrood, ha invitato i Primi Ministri delle nazioni devolute ad un incontro per fare il punto sull'emergenza sanitaria.

Pur se la questione referendaria sarà affrontata in pieno solo dopo la fine dell'emergenza sanitaria, la Sturgeon ed il partito scozzese sembrano pronti a rivolgersi alle Corti nel caso in cui il Governo britannico si mantenesse fermo nella sua opposizione al referendum. Uno degli scenari possibili potrebbe essere quello che, di fronte alla mancata devoluzione del potere di indizione di un secondo referendum, lo *Scottish National Party* presenti all'Assemblea di Edimburgo il *draft independence referendum bill* già stato preparato a marzo. Tuttavia, secondo il disposto dello *Scotland Act 1998*, il procedimento legislativo in Scozia prevede una serie di controlli preventivi e successivi – da parte del *Lord Advocate*, del *Presiding Officer* di Holyrood e, soprattutto, delle Corti - al fine di impedire che Holyrood possa approvare leggi *ultra vires*. Lo scontro quindi potrebbe essere molto duro. Infine merita ricordare che nei sondaggi i cittadini scozzesi appaiono molto divisi sul tema dell'indipendenza, di modo che il risultato di un eventuale referendum appare oggi alquanto incerto.

Al fine di rafforzare la maggioranza pro indipendenza il **20 agosto** lo *Scottish National party* e gli *Scottish Greens* hanno annunciato il raggiungimento di uno storico accordo destinato a dar vita ad una "greener, fairer, independent Scotland". L'accordo prevede la partecipazione, per la prima volta nel Regno Unito, dei Verdi al Governo, sulla scia di quanto fatto in Nuova Zelanda dalla Premier Arden. I due leader dei Verdi, Patrick Harvie e Lorna Slater, il **30 agosto** sono stati nominati *junior ministers*: il primo responsabile di *Zero Carbon Buildings, Active Travel and Tenants' Rights*, la seconda di *Green Skills, Circular Economy and Biodiversity*. I Verdi sosterranno l'impegno a tenere, entro il 2023, un referendum per l'indipendenza, sempre a condizione che la crisi sanitari lo consenta. L'accordo di cooperazione prevede che "effective and responsible leadership for Scotland for this session of the Scottish Parliament, in the interests of Scotland, of the people who live in Scotland, and of future generations".

La nuova alleanza è stata criticata dalle opposizioni, in particolare dagli *Scottish Conservatives* che l'hanno bollata come "nationalist coalition of chaos focused on splitting up the country and dividing Scotland with another bitter referendum".

La volontà del Governo scozzese di coinvolgere maggiormente i cittadini nella vita politica della nazione emerge, poi, dall'impegno di organizzare ulteriori *Citizens' Assemblies*, dopo le esperienze di quelle degli anni passati sul futuro della Scozia e sul clima. Il percorso che dovrebbe

portare al referendum, infatti, prevede il coinvolgimento di cittadini attraverso forme di democrazia partecipativa su temi di interesse generale, quali sicurezza e migrazioni, che vanno quindi al di là di quello dell'indipendenza.

GALLES

Il **6 maggio** si sono tenute le seste elezioni del *Welsh Parliament / Senedd Cymru*, vinte ancora una volta dal partito laburista gallese, il quale ha ottenuto 30 seggi, seguito dai *Welsh Conservatives* con 16, dal *Plaid Cymru* con 13 e dai *Welsh Liberal Democrats* con solo 1 seggio. Il **12 maggio** il *First Minister* Mark Drakeford è stato confermato nel suo incarico.

In Galles non si registrano sentimenti indipendentisti forti come in Scozia, ma senza dubbio tutti i partiti che sono stati eletti – ad eccezione dei conservatori - condividono il desiderio di incrementare i poteri delle istituzioni devolute. Appare interessante riflettere sul cammino intrapreso in questi anni dalla *devolution* gallese non solo dal punto di vista del conferimento di maggiori attribuzioni e competenze, ma anche sotto il profilo della acquisizione di una maggior identità e consapevolezza delle istituzioni. Una consapevolezza che ha trovato espressione nel cambio di denominazione dell'Assemblea in *Welsh Parliament / Senedd Cymru* e che, con ogni probabilità, è stata pure accentuata dall'impegno nella gestione della crisi sanitaria. Quest'ultimo anno e mezzo ha offerto, infatti, al Governo e al Parlamento del Galles sia una maggior visibilità all'interno della nazione sia la possibilità di confrontarsi con le omologhe istituzioni del Paese.

Il Governo britannico il **27 maggio** ha pubblicato [*The UK Government's Plan for Wales*](#), che contiene un programma relativo alla crescita economica e alla ripresa del territorio dopo la pandemia. Si tratta di un programma che è stato molto criticato dall'Esecutivo gallese.

Dal canto suo il **25 giugno** Drakeford ha pubblicato, invece, la versione aggiornata del progetto costituzionale del suo Esecutivo [*Reforming our Union: Shared governance in the UK June 2021*](#). Il documento non sostiene l'indipendenza gallese, ma mira ad un progetto di maggior *devolution* che possa portare ad un assetto quasi federale del Regno, definito "entrenched devolution". Il documento dell'Esecutivo gallese ha criticato l'*aggressive unilateralism* del Premier Johnson che ha trovato espressione nell'osteggiato *United Kingdom Internal Market Act 2020*, sul quale, come noto il Governo gallese aveva presentato ricorso. Interessante evidenziare che nella prospettiva dell'Esecutivo gallese il concetto di *devolution* non deve essere solo associato ai poteri conferiti a Scozia, Galles e Irlanda del Nord, ma "devolution is concerned with how the UK as a whole should be governed, with proper account taken of the interests of all of its parts. It is a joint project between England, Wales, Scotland and Northern Ireland, based on a voluntary pooling of sovereignty for agreed joint purposes, which then require an agreed form of governance". A tal fine il Governo di Cardiff mira alla creazione di una commissione indipendente che si occupi del futuro costituzionale del Galles e al rafforzamento delle relazioni intergovernative.

Durante la legislatura appena iniziata si prevedono sia riforme in materia elettorale sia un aumento del numero dei deputati dell'Assemblea, temi su cui c'è l'accordo di quasi tutti i partiti.

NORD IRLANDA

Particolarmente denso di avvenimenti risulta il quadrimestre appena trascorso in Nord Irlanda. Esso si è aperto con le celebrazioni, il **3 maggio**, del centenario della nascita delle due Irlande dalla fine della guerra di indipendenza, un anniversario che non ha comunque mancato di suscitare polemiche nonostante gli sforzi del Governo britannico di rimanere neutrale. Anche la

regina ha inviato un messaggio per celebrare la ricorrenza, evidenziando i meriti del popolo dell'isola irlandese nel mantenimento della pace.

I problemi interni all'Esecutivo e al principale partito della coalizione sono apparsi evidenti nella successione alla leadership del *Democratic Unionist Party* (DUP). Come noto, ad aprile, a seguito dell'opposizione interna al gruppo, la *First Minister* Arlene Foster aveva annunciato, per fine **maggio**, le sue dimissioni da leader del DUP e, per **giugno**, quelle dalla carica di Primo Ministro. La decisione della Foster era stata dettata dalla difficile situazione in cui si è trovata l'Irlanda del Nord dopo la *Brexit* e dalle conseguenti critiche mosse al suo operato da parte del DUP, critiche che avevano portato il partito a raccogliere le sottoscrizioni per la presentazione di una mozione di sfiducia nei suoi confronti.

Due i candidati che si sono presentati alla carica di leader: Jeffrey Donaldson, capogruppo del DUP alla Camera dei Comuni ed Edwin Poots, ministro dell'agricoltura nord irlandese. Secondo le regole del DUP l'elettorato attivo per la scelta del leader spetta esclusivamente ai deputati dell'Assemblea nord irlandese (attualmente 28) e della Camera dei Comuni (attualmente 8), mentre non hanno diritto di voto gli esponenti che siedono alla Camera dei Lords. Il **14 maggio** è stato eletto Edwin Poots, mentre Paula Bradley è divenuta la nuova *deputy leader*. Il risultato della votazione ha mostrato un gruppo spaccato dato che Poots ha ottenuto 19 voti, mentre Donaldson 17.

Subito dopo le elezioni Poots ha annunciato che – a differenza dei suoi predecessori - non avrebbe ricoperto la carica di *First Minister*, ma avrebbe continuato a svolgere le funzioni di ministro dell'agricoltura. Arlene Foster ha formalizzato le dimissioni da *First Minister* il **14 giugno**, dimissioni che, secondo le regole del *power sharing*, hanno comportato anche quelle della sua vice Michelle O'Neill.

Il **17 giugno**, Brandon Lewis, ministro per l'Irlanda del Nord del Governo britannico, ha raggiunto un accordo con DUP e *Sinn Féin* sull'introduzione di una legge per la lingua irlandese. La questione della lingua irlandese è delicata perché il *Sinn Féin* aveva comunicato che non avrebbe sostenuto un Primo Ministro che non avesse espresso il proprio sostegno all'approvazione di tale provvedimento. Il partito aveva pure chiesto direttamente a Westminster di approvare una legge in materia al posto di Stormont, mossa che era stata criticata dal DUP. Bisogna precisare che la maggior parte dei partiti nord irlandesi, DUP compreso, appaiono aperti al dibattito sulla lingua irlandese, come affermato nel documento *New Decade, New Approach* del gennaio 2020 che ha permesso il ripristino delle istituzioni dopo tre anni di stallo. Ma il DUP è a favore della creazione di un *Irish language commissioner* e di un ufficio dedicato all' *identity and cultural expression* e non considera la questione una priorità.

Così Poots ha indicato Paul Givan come nuovo *First Minister* nord irlandese e la sua nomina, insieme a quella della vice Michelle O'Neill, come *deputy first ministers*, è stata confermata dall'Assemblea il **17 giugno**. Tuttavia, nel DUP è esplosa una rivolta interna sull'accordo relativo alla lingua irlandese e questa opposizione ha spinto il nuovo leader, dopo solo 21 giorni, a rassegnare le proprie dimissioni. Il partito ha quindi scelto come nuovo leader Jeffery Donaldson, formalizzando la sua nomina il **30 giugno**. Non c'è stato bisogno di procedere con l'elezione del nuovo leader perché non si sono presentati altri candidati.

Anche Donaldson ha scelto di non voler divenire *First Minister*, egli infatti è deputato a Westminster e avrebbe dovuto dimettersi da questa carica, per poi farsi eleggere all'Assemblea di Belfast, rischiando però di non otterrene il seggio, visto i sondaggi poco favorevoli per il partito.

Nel suo primo discorso da leader Donaldson ha criticato il protocollo per l'Irlanda del Nord, giudicato una minaccia all'integrità economica del Regno Unito e agli equilibri politici interni della

nazione. Un discorso che conferma la politica del partito contraria al protocollo, ma che rischia di far perdere consensi tra gli elettori in vista delle elezioni previste per il 2022. L'eventuale modifica del Protocollo infatti è competenza del Governo del Regno Unito e non di quello del Nord Irlanda, mentre il DUP continua a promettere un cambiamento.

Ulteriori difficoltà si sono riscontrate in un altro partito unionista, l'*Ulster Unionist Party*, dove Steve Aiken l'8 maggio si è dimesso dalla carica di leader che ricopriva dal novembre 2019. Al suo posto è stato eletto, il 17 maggio, Doug Beattie.

Ulteriori elementi di tensione tra le comunità sono legati ai risultati di un'[inchiesta](#) condotta a partire dal 2018 dalla giudice Keegan, la quale l'11 maggio ha riconosciuto che le 10 vittime che morirono nell'agosto del 1971, in pieno periodo di *Troubles*, in quello che è passato alla storia come il massacro di Ballymurphy, a Belfast, erano innocenti e non terroristi dell'Ira, come sostenuto invece dall'esercito britannico. Il 13 maggio Brandon Lewis ha dichiarato ai Comuni che il Governo britannico "profoundly regrets and is truly sorry" per l'accaduto. Anche il Premier Johnson, il 19 maggio ai Comuni, ha rivolto alla comunità irlandese le scuse del Governo per quanto successo.

Il 30 giugno poi l'Alta Corte nord irlandese ha giudicato legittimo il Protocollo dell'Irlanda del Nord e ha respinto il [ricorso](#) presentato da un gruppo trasversale di politici unionisti, i quali avevano sostenuto la tesi secondo cui il protocollo violava sia gli *Acts of Union* sia il *Good Friday Agreement* del 1998 perché, di fatto, autorizzava un trasferimento di sovranità a Bruxelles e una abrogazione implicita non prevista nel *common law* per i *constitutional statutes*.

Il parere della Corte appare interessante perché contribuisce ancora una volta a fare chiarezza sul concetto di *constitutional statutes* definito ed elaborato nelle sentenze di *common law* e sul principio della sovranità del Parlamento. Il giudice ha riconosciuto che alcune disposizioni dell'*Act of Union* sono state abrogate in modo implicito dal *Withdrawal Agreement Act*, ma ha ritenuto legittima tale abrogazione dato che questa ultima legge è considerata una legge "costituzionale" al pari dell'*Act of Union*.

Il 12 maggio il Governo britannico ha presentato il *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Bill* disegno di legge che prevede alcune modifiche al funzionamento delle istituzioni nord irlandesi alla luce dell'accordo *New Decade, New Approach* raggiunto nel gennaio 2020. In particolare il *bill* modifica alcune disposizioni relative alla formazione del Governo e riforma la delicata questione delle *petitions of concern*. Quello delle *petitions of concern* è un sistema che era stato introdotto in origine nel Parlamento nord irlandese per le questioni di maggior rilevanza. Esso prevede che 30 deputati possano richiedere allo *Speaker* di sottoporre alcune votazioni a particolari maggioranze qualificate, calcolate anche all'interno delle due comunità. Il meccanismo era stato nei fatti esteso a tutte le votazioni e aveva spesso portato ad uno stallo a causa dei veti incrociati. La nuova legge permetterà ad 1/3 dei deputati di chiedere il voto delle *cross-community* che potrà sempre prevedere il *parallel consent* (ovvero la maggioranza dell'Assemblea e anche quella dei due schieramenti sia tra i nazionalisti che tra gli unionisti) o la *weighted majority* (il 40% degli unionisti e il 40% dei nazionalisti e il 60% dei deputati presenti). La *clause 5* del *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Bill 2021* dispone che all'interno del terzo dei deputati debbano essere compresi esponenti di più partiti, che ci sia un periodo di 14 giorni (il cd. "consideration period") tra la richiesta ed il voto, e che le materie a cui sarà possibile applicare questa procedura saranno veramente circoscritte.

Le modifiche avrebbero potuto essere introdotte con una riforma dei regolamenti parlamentari o con una legge. La scelta di questa seconda fonte apre a potenziali interventi delle Corti in caso di violazione della disposizione. Le legislature devolute non godono delle stesse immunità dalle ingerenze delle Corti di cui gode Westminster ai sensi dell'articolo IX del *Bill of Rights* 1688, ma un eventuale coinvolgimento giudiziario in una materia così delicata potrebbe essere foriero di nuove tensioni.

Last but not least, in questi mesi il Regno Unito e l'Europa hanno proseguito il loro braccio di ferro relativo al controllo sulle merci e all'applicazione del Protocollo sull'Irlanda del Nord. L'accordo con l'Europa prevede che le merci provenienti dalla Gran Bretagna in arrivo in Nord Irlanda siano sottoposte a controllo presso la dogana. Inizialmente era stato disposto un "periodo di grazia" di 90 giorni per il controllo sui beni essenziali in arrivo in Irlanda del Nord dalla Gran Bretagna, periodo che avrebbe dovuto concludersi a fine marzo. Ma, di fronte alle difficoltà di organizzare i controlli e delle tensioni tra gli elementi più estremisti dei partiti unionisti a marzo il Premier Johnson aveva unilateralmente esteso il periodo "di grazia".

Il tema del Nord Irlanda è stato oggetto di dibattito anche durante il vertice del G7 tenutosi a **giugno** in Cornovaglia, che è stato teatro di alcuni incontri bilaterali tra il Premier e gli altri leader. In tale occasione Johnson aveva ribadito che avrebbe fatto "whatever it takes" per far circolare le merci liberamente sul territorio del Regno.

Il **30 giugno** l'Unione europea ha poi deciso di concedere un'ulteriore proroga al 30 settembre del periodo di grazia per la circolazione dei prodotti agroalimentari, in risposta alla richiesta presentata da Lord Frost.

Entrambe le parti sono alla ricerca di una nuova soluzione: appare evidente che molti sono ancora gli aspetti da definire nei rapporti tra Regno Unito ed Unione e molti potrebbero essere ancora i colpi di scena e le novità in materia di *Brexit*.



In difficoltà sul fronte europeo e su quello interno, il Primo ministro ceco Andrej Babiš è alla ricerca di una via d'uscita in vista delle elezioni parlamentari dell'ottobre 2021*

di Simone Benvenuti**

Le vicende del secondo quadrimestre del 2021 sono state contrassegnate dalla prospettiva dell'ormai prossimo voto parlamentare dell'8 e del 9 ottobre, che ai partiti oggi al Governo – i social-democratici del ČSSD e il partito ANO del Primo ministro Babiš – vedrà [contrapporsi](#) un blocco eterogeneo di partiti di opposizione centristi e liberali alla ricerca di forme di aggregazione: da un lato la coalizione tra il Partito Pirata e STAN (Coalizione Piráti a Starostové - PaS), dall'altro la coalizione tra ODS, KDU-ČSL e TOP 09 (Spolu, letteralmente “Insieme”). Tra alti e bassi, secondo i sondaggi ANO rimane tuttavia il primo partito, al 28%, mentre il suo alleato di governo è ormai sotto la soglia del 5%; a sua volta, la coalizione PaS, che appariva avere le maggiori chance di vittoria, sembrerebbe aver subito un brusco calo di consensi, passando dalla primavera all'estate dal 25% dei consensi al 15%; maggiore vitalità mostra la coalizione Spolu, al 25%.

Si prospetta dunque una situazione di *impasse* non dissimile da quella che ha caratterizzato l'ultima legislatura, che ha permesso al Partito comunista (KSČM) di giocare un ruolo centrale attraverso il proprio appoggio esterno. Il KSČM è ora però in calo di consensi – anch'esso sotto la soglia del 5% – e si paventa perciò che la medesima funzione possa essere svolta in un futuro Governo Babiš dal partito di estrema destra Libertà e Democrazia Diretta (Svoboda a přímá demokracie - SPD), che raccoglierebbe il 10% dei voti.

Nei suoi riflessi costituzionali, il quadro così delineato potrebbe avere conseguenze tanto sul piano dei rapporti istituzionali tra i diversi poteri dello Stato, quanto su quello dei diritti. Sotto il primo profilo, una situazione in cui manchi una chiara maggioranza di governo darebbe ancora margine di manovra al Presidente della Repubblica, favorendone l'azione di [disturbo](#) rispetto alle

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

normali dinamiche di un sistema parlamentare. Sotto il secondo profilo, a fronte di una situazione sempre più insostenibile per l'attuale Capo del Governo con riguardo alle vicende delle malversazioni nell'impiego dei fondi europei, la parziale dipendenza da un Presidente della Repubblica la cui lealtà ai valori del pluralismo democratico è dubbia e l'associazione con il partito di Okamura [rischierebbero](#) di spostare l'asse ideologico del Governo decisamente distante dalla tradizione liberal-democratica.

La vicenda dei fondi europei in cui è coinvolto Babiš merita un approfondimento per la rilevanza degli sviluppi, da considerarsi in un'ottica sia interna (con riguardo cioè ai riflessi sulle vicende politico-costituzionali della Repubblica Ceca) sia esterna (con riguardo ai potenziali riflessi su altre situazioni simili, a partire da quella dell'Ungheria). Dopo che il Parlamento europeo il **10 giugno** ha [adottato](#) una [risoluzione](#) "on the conflict of interest of the Prime Minister of the Czech Republic" con 505 voti a favore, 30 contro e 155 astenuti, il **19 luglio** la Commissione europea, nell'[approvare](#) il piano di ripresa presentato dal Governo ceco, ha precisato che il trasferimento dei fondi avverrà solo se saranno prese misure efficaci contro i potenziali conflitti di interessi. Il **30 agosto**, infine, la Commissione europea ha anche [comunicato](#) la sospensione dei finanziamenti alle società amministrare da fondi fiduciari, per l'assenza di misure sufficienti ai fini della prevenzione di conflitti di interessi (sulla [vicenda](#) che coinvolge il Capo del Governo si rimanda ai dettagli riportati nelle precedenti cronache costituzionali).

Diversamente dall'Ungheria, la Repubblica ceca ha peraltro aderito alla cooperazione rafforzata che ha dato vita all'Ufficio della Procura europea (EPPO). La prima conseguenza è stata, subito dopo la sua entrata in funzione, il trasferimento a tale organo della competenza sulla vicenda che coinvolge Babiš, come ha comunicato il **12 giugno** il Procuratore generale di Praga. In tale contesto, si comprendono le tensioni che attraversano il sistema costituzionale ceco.

PARLAMENTO

LA CAMERA DEI DEPUTATI FAVOREVOLE AL DIVIETO DI RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE SUI SOCIAL NETWORK

Il **3 maggio**, la Camera dei Deputati ha [approvato](#) in prima lettura una proposta di legge che mira a vietare le limitazioni alla pubblicazione di contenuti sui social network, individuando sanzioni severe, anche a carattere penale. In particolare, in base al testo, è punibile fino a tre anni di prigione la rimozione ingiustificata di contenuti di post concernenti questione di interesse pubblico che non siano essi stessi penalmente rilevanti o in violazione di norme internazionali o della morale pubblica. Il testo, che lascia secondo alcuni nella sua attuale formulazione eccessivi margini di incertezza, è una reazione all'introduzione da parte degli amministratori dei social network di regole interne sull'ammissibilità dei contenuti che, in alcuni casi, incidono significativamente sulla libertà di espressione la quale trova riconoscimento nella Carta dei diritti e delle libertà fondamentali.

IL SENATO INVITA A BOICOTTARE LE OLIMPIADI INVERNALI CINESI

L'**11 giugno** il Senato ha approvato una risoluzione in cui invita a boicottare la partecipazione alle Olimpiadi invernali che si terranno l'anno prossimo in Cina, in segno di condanna delle violazioni dei diritti umani nei confronti delle minoranze tibetana e uigura e per le politiche portati avanti nei confronti di Taiwan e a Hong Kong.

COSTITUZIONALIZZATO IL DIRITTO ALLA LEGITTIMA DIFESA CON IL RICORSO ALLE ARMI

Con il voto del Senato del **21 luglio**, il Parlamento ha incorporato nella Carta dei diritti e delle libertà fondamentali “il diritto a difendere la propria vita o quella di un'altra persona con un'arma”. La riforma è l'esito di una originaria petizione firmata da più di centomila cittadini, tra cui numerosi parlamentari, e promossa dalle associazioni dei cacciatori e altri gruppi di interesse come [risposta](#) agli sforzi della Commissione europea di limitare il possesso di armi, in particolare attraverso la riforma della [Direttiva sulle armi da fuoco](#). La costituzionalizzazione mira infatti a “proteggere” la posizione del Governo nei futuri negoziati per l'elaborazione dei relativi regolamenti, dopo che il ricorso della Repubblica ceca contro la menzionata Direttiva non ha avuto successo.

GOVERNO

IL MINISTRO DELLA SALUTE SCIoglie IL GRUPPO INTERDISCIPLINARE DI ESPERTI PER LE CRISI EPIDEMICHE

Il **19 maggio** il Ministro della salute Petr Arenberger ha [sciolto](#) il Gruppo interdisciplinare per le crisi epidemiche (MeSES), istituito nel marzo scorso per supportare il Ministro nelle scelte sulle misure da adottare nel corso della crisi sanitaria. Il Ministro ha giustificato la decisione in ragione del miglioramento della situazione epidemica grazie alla campagna vaccinale, ma secondo alcuni osservatori alla sua base vi sarebbe l'[opposizione](#) ripetutamente manifestata dal MeSES nei confronti dell'azione governativa. La decisione, criticata dalle opposizioni, è giunta in ogni caso inattesa per i membri del gruppo di esperti, che ha affermato di voler continuare la propria attività anche se al di fuori di ogni cooperazione con il Ministero.

SI DIMETTE IL MINISTRO DELLA SALUTE

Il **25 maggio** si è [dimesso](#) il Ministro della salute Petr Arenberger a seguito della diffusione di notizie relative alla mancata dichiarazione di alcuni redditi e proprietà al momento di entrare in carica lo scorso aprile. Arenberger è stato sostituito da Adam Vojtěch, che è il quinto Ministro della salute dall'inizio della crisi sanitaria e aveva ricoperto la medesima posizione dal dicembre 2017 allo scorso settembre.

IL PRIMO MINISTRO PROPONE IL CONGELAMENTO DEGLI STIPENDI DEI PARLAMENTARI

Il **27 maggio** il Capo del Governo Andrej Babiš (ANO) ha [proposto](#) il congelamento degli stipendi dei parlamentari, che in base a una legge sull'adattamento dei salari dei funzionari statali dell'anno scorso dovrebbero aumentare del 6%.

RIGETTATA UNA MOZIONE DI SFIDUCIA NEI CONFRONTI DEL PRIMO MINISTRO

Il **3 giugno** è stata [votata](#) una mozione di sfiducia nei confronti del Governo guidato da Andrej Babiš (ANO) su iniziativa dell'opposizione, che accusa al Governo di incapacità di

gestione della crisi sanitaria e pone la questione del conflitto di interessi del Primo ministro. La mozione non ha ottenuto la maggioranza dei voti necessari, in ragione della decisione dei rappresentanti del Partito comunista, pur critici nei confronti del Governo, di lasciare l'aula. Su 101 voti necessari, solo 89 deputati (ODS, KDU-ČSL, TOP 09, Partito Pirata, STAN e SPD) hanno votato a favore della mozione e 82 contro. Il Presidente della Repubblica Zeman aveva peraltro [annunciato](#) prima del voto che, anche qualora la mozione avesse avuto successo, il Governo sarebbe rimasto in carica fino alle elezioni di ottobre. Si tratta della terza mozione di sfiducia votata nei confronti del Governo Babiš.

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA FIRMA LEGGE DI RIFORMA DEL SISTEMA ELETTORALE

Il **5 maggio** il Presidente della Repubblica ha [firmato](#) la [legge](#) di riforma del sistema elettorale la cui approvazione era stata resa necessaria dalla sentenza di incostituzionalità che censurava il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi.

LA PRESIDENZA DELLA REPUBBLICA SI RIFIUTA DI FORNIRE INFORMAZIONI A DIVERSE TESTATE

Con una decisione controversa del **24 maggio**, l'ufficio presidenziale ha [comunicato](#) che cesserà di fornire informazioni a diverse testate giornalistiche ritenute faziose, con l'obiettivo di «combattere la disinformazione».

LA COMMISSIONE AFFARI ESTERI, DIFESA E SICUREZZA DEL SENATO A FAVORE DELLA DESTITUZIONE DEL PRESIDENTE

Il **4 giugno** la Commissione per gli affari esteri, la difesa e la sicurezza del Senato ha [approvato](#) una proposta di [risoluzione](#) che ritiene Zeman inadatto a ricoprire la carica presidenziale, proponendone la destituzione. Secondo i [proponenti](#), oltre a mostrare incapacità nello svolgimento delle funzioni presidenziali rappresentando una minaccia per la sicurezza dello Stato, Zeman avrebbe violato il giuramento e la Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. Già nel 2019 il Senato aveva approvato una proposta di destituzione, che non aveva però avuto seguito. Qualora il Senato approvi la proposta, è la Corte costituzionale che dovrà prendere una decisione finale in fase di giudizio (artt. 65 e 87 della Costituzione).

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA RENDE DICHIARAZIONI CONTROVERSE SUL TEMA DEI DIRITTI LGTBQ

In un'intervista del **27 giugno**, il Presidente della Repubblica, commentando la legge ungherese sulla protezione dei minori in cui sono state incluse clausole omo- e trans-fobiche, ha [definito](#) “disgustose” le persone transgender.

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA AFFERMA PUBBLICAMENTE DI ESSERE STATO OGGETTO DI INTERCETTAZIONI

In un'intervista del **24 agosto** il Presidente della Repubblica ha [affermato](#) di essere stato in passato oggetto di intercettazioni assieme a suoi collaboratori da parte dell'Agenzia dei servizi segreti (BIS) e di aver comunicato tale fatto al Primo ministro. Il Presidente ha così giustificato la richiesta di dimissioni del capo dei servizi segreti Michal Koudelka, indicandolo come

[condizione](#) per un'intesa con Andrej Babiš in vista delle elezioni di ottobre. Babiš a sua volta ha smentito la versione del Presidente, precisando di non avere alcun potere di ordinare intercettazioni, che sono subordinate all'autorizzazione dell'Alta corte di Praga. La questione della revoca di Koudelka è stata in ogni caso al centro di una controversia tra i partiti di maggioranza e quelli di opposizione, che chiedono che Babiš si renda indipendente dal Presidente.

CORTI

LA CORTE SUPREMA AMMINISTRATIVA DICHIARA ILLEGITTIME ALCUNE MISURE GOVERNATIVE ANTI-EPIDEMICHE

Il **27 luglio** la Corte suprema amministrativa ha [ritenuto](#) non giustificata la decisione del Governo di rendere obbligatorie nei luoghi chiusi mascherine dotate di determinate specifiche tecniche. Nella decisione, la Corte ha anche criticato il Governo per il fatto di «ignorare sistematicamente» le decisioni giudiziarie, generando una situazione di incertezza giuridica causa di nocimento ai cittadini.

AUTONOMIE

LA LEGGE CHE DISCIPLINA IL DIRITTO DELLE COSTRUZIONI LIMITA LA COMPETENZA DEGLI ENTI LOCALI IN MATERIA

La Camera dei Deputati ha [neutralizzato](#) il veto del Senato approvando nuovamente il **15 luglio** il testo che riforma il diritto delle costruzioni nel senso di semplificare e velocizzare l'iter di approvazione dei permessi. La legge trasferisce la responsabilità decisionale esclusiva a una suprema autorità e non consente l'applicazione di regole locali. I partiti di opposizione hanno criticato la scelta centralizzatrice promettendo di modificare la disciplina qualora uscissero vittoriosi dalle elezioni dell'autunno prossimo.



Senza i candidati dell'opposizione “non sistemica” e con tre giornate di votazioni: alcune osservazioni preliminari sulle prossime elezioni parlamentari russe del 19 settembre*

di **Ilmira Galimova****

Le preparazioni alle elezioni alla Duma di Stato sono state, senza dubbio, al centro dell'agenda politica russa nei mesi estivi. L'VIII Legislatura sarà la prima legislatura che svolgerà le sue attività interamente in un nuovo assetto istituzionale modificato dalla riforma costituzionale del 2020. Questo, tuttavia, non significa che il futuro del sistema politico russo dipenderà unicamente dalla composizione della nuova Duma - gli equilibri di potere restano gli stessi, con il Presidente in posizione dominante - tuttavia, queste elezioni sono significative perché osservandole diventa possibile delineare le prossime sfide del 2024. Il risultato delle elezioni è importante per il Governo in carica dal punto di vista del consolidamento delle proprie posizioni, quindi, per il Cremlino, è fondamentale la conferma del partito al potere come maggioranza costituzionale alla Duma.

Le consultazioni per il rinnovo dell'Assemblea nazionale sono state indette con il [Decreto presidenziale n.367](#) del **17 giugno**. L'annuncio ufficiale della data delle elezioni ha coinciso con il peggioramento della situazione epidemiologica nel Paese [v. il recente [Report sulla situazione epidemiologica attuale](#)]. Esattamente a metà **giugno**, l'incidenza di contagi ha iniziato a crescere rapidamente: in poche settimane il numero di nuovi casi rilevati della malattia al giorno è passato da 9 mila a fine **maggio** a [25.766 mila](#) a inizio **luglio**. Più di un terzo dei casi [si è verificato](#) solo nella città di Mosca e nell'*oblast'* moscovita, mentre circa due mila casi sono stati registrati a San Pietroburgo. In queste e in diverse altre regioni sono state reintrodotte alcune restrizioni: chiusi i punti ristoro, i locali notturni e cancellati gli eventi pubblici. Ad esempio, le autorità di Mosca

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

[hanno introdotto](#) [v. [Decreto del sindaco di Mosca n. 35-UM del 22 giugno 2021](#)] l'obbligo di presentare il codice QR per visitare i ristoranti, in vigore dal **28 giugno** al **19 luglio**. Sempre le autorità moscovite sono state le prime ad introdurre la vaccinazione obbligatoria per le persone impegnate nel settore dei servizi: come ha prescritto l'[Ordinanza del Capo medico del Servizio sanitario per la città di Mosca](#) emanata il **15 giugno**, il 60% dei lavoratori impegnati nelle aziende del settore commercio, servizi e terziario, oltre ai medici e gli insegnanti, avrebbe dovuto ricevere la prima iniezione prima del 15 luglio e completare il ciclo vaccinale entro il 15 agosto, mentre il controllo sull'adempimento è stato imputato al governo di Mosca attraverso la raccolta e la verifica delle informazioni fornite dai datori di lavoro [v. [Decreto del sindaco di Mosca n. 32-UM del 16 giugno](#)]. Oltre alle multe, fra le sanzioni previste in caso di inadempimento, il Servizio federale per il lavoro, nella sua [lettera](#) pubblicata il **13 luglio**, ha evidenziato l'ipotesi di rimozione di un dipendente dall'esercizio delle mansioni lavorative in caso di un suo rifiuto di sottoporsi al vaccino, prevista dall'articolo 76 del Codice del lavoro della Federazione Russa.

Il ricorso alle misure coercitive nei confronti di alcune categorie di cittadini è stato dettato, tra l'altro, dai tempi alquanto lunghi con i quali procedeva il programma di vaccinazione russo. [Secondo i dati del Governo russo](#), in totale, a partire dall'inizio della campagna e fino al **7 luglio**, quasi 27 milioni di persone (circa il 24,5% della popolazione adulta) sono state vaccinate con la prima dose, di cui 18,5 milioni hanno ricevuto entrambi i componenti. Entro il **18 agosto**, [come riferisce TASS](#), il tasso di persone vaccinate ha raggiunto il 34,7% della popolazione adulta. Tuttavia, la vaccinazione si svolge in Russia in diverse regioni a velocità diverse: mentre in alcune regioni *leader* la percentuale di vaccinati ha superato il 40%, in quelle più indietro (Dagestan) questo indicatore supera di poco il 10%. Secondo [le stime del Governo](#), circa 17 soggetti della Federazione Russa sono i più vicini a raggiungere l'immunità di gregge o un indicatore del 60%, che include oltre ai pazienti vaccinati anche quelli guariti dal Covid-19.

È stata questa difficile situazione epidemiologica a fare da sfondo alla campagna elettorale per le politiche iniziata il **18 giugno**. Una delle prime decisioni della Commissione Elettorale Centrale (in seguito CEC) determinata dalla pandemia in corso è stata la previsione di svolgere le operazioni di voto in tre giorni consecutivi: il 17, 18 e 19 settembre [v. [Risoluzione della CEC n. 11/87-8 del 18 giugno 2021](#) “Sullo svolgimento nei più giorni consecutivi delle elezioni e dei referendum”]. Secondo la Commissione, i cittadini russi potranno, così, partecipare con maggiore flessibilità alle votazioni dei vari livelli.

Infatti, oltre al rinnovo della Duma di Stato, in questa tornata elettorale nella Federazione Russa si svolgeranno le elezioni popolari dei Capi di 9 soggetti federati e dei deputati delle 39 Assemblee legislative regionali, oltre alle elezioni dei consiglieri comunali delle 11 città capoluogo.

Altra facilitazione prevista in queste consultazioni riguarda la possibilità di *e-voting* ([АЭГ](#), *дистанционное электронное голосование*) per i residenti di sette regioni. Come si può notare, la prassi del ricorso al meccanismo del “voto elettronico a distanza” introdotto per la prima volta in maniera sperimentale nelle elezioni alla Duma della città di Mosca del 2019, ora è stata estesa a più territori: oltre alla città di Mosca e al distretto di Nižnij Novgorod, dove l'*e-voting* è stato utilizzato per il voto sugli emendamenti costituzionali del 2020, ci sono adesso anche le regioni

di Murmansk, Rostov, Kursk, Jaroslavl' e la città di Sebastopoli [v. [Risoluzione della CEC n. 7/49-8 “Sul voto elettronico a distanza nelle elezioni del 19 settembre 2021”](#)].

Le nuove modalità di voto hanno significativamente facilitato la partecipazione nelle elezioni dei deputati della Duma di Stato dei residenti delle repubbliche di Donetsk e Lugansk che hanno acquisito la cittadinanza russa secondo la procedura semplificata introdotta nel 2019, ma non hanno ancora ottenuto la residenza nel territorio russo. [Secondo le stime](#) della CEC, si tratta di circa 100-150 mila elettori del Donbass. Quest'ultimi potranno votare per una lista partitica sia in modalità online, sia in presenza in uno dei seggi elettorali organizzati nella regione di Rostov. Mentre alcuni osservatori hanno messo in dubbio la possibilità di una corretta registrazione di tali elettori, la Commissione elettorale della regione di Rostov [ha ribadito](#) che “il diritto elettorale dei cittadini non iscritti all'anagrafe è garantito dalla legislazione federale”.

Di fronte alle critiche riguardanti la previsione di svolgimento delle operazioni di voto su più giorni [lanciate dalle varie associazioni](#), la CEC ha deciso di elaborare un apposito Regolamento (v. [Risoluzione della CEC n. 13/103-8 del 1° luglio 2021](#) “Regolamento sulle peculiarità delle operazioni di voto e della procedura di determinazione dei risultati delle votazioni durante lo svolgimento in più giorni delle elezioni ed dei referendum indetti per il 19 settembre 2021”), in cui ha cercato di intervenire sugli elementi organizzativi risultati carenti durante la votazione panrussa. Ad esempio, per quanto riguarda la sicurezza delle schede elettorali durante le pause notturne tra gli scrutini articolati in tre giorni, sono stati introdotti requisiti più severi per la conservazione delle schede estratte dalle urne, comprese la deposizione delle buste nella cassaforte e la videosorveglianza continua. Inoltre, il documento ha definito requisiti chiari per l'invalidazione delle buste, tra i quali l'irregolarità nella sigillatura o la mancata coincidenza dei numeri di serie indicati sull'adesivo apposto sulla scheda e sull'atto redatto al momento di autenticazione delle schede. La procedura per effettuare il voto fuori dal seggio elettorale (il voto domiciliare) è stata descritta più dettagliatamente, ed è stato eliminato il tanto criticato voto nei territori adiacenti ai condomini.

Anche per quanto riguarda il voto elettronico, il nuovo Regolamento *ad hoc* approvato dalla Commissione per le elezioni di settembre [[Regolamento n. 26 / 225-8 del 20 luglio 2021](#)] ha stabilito una serie di garanzie per eliminare i casi di voto multiplo verificatisi durante le votazioni sulle modifiche costituzionali del 2020. In particolare, il documento ha previsto che i cittadini che desiderano votare online devono registrarsi al portale dei Servizi dello Stato [gosuslugi.ru](#) entro il 13 settembre. La scelta di prevedere una verifica *ex ante* è stata fatta al fine di consentire alle commissioni elettorali di riordinare le liste elettorali.

Da un lato, i rappresentanti delle associazioni di monitoraggio e i membri della Commissione elettorale [hanno sostenuto](#) la validità della scelta di organizzare gli scrutini in più giorni per garantire la sicurezza dei cittadini ed il rispetto delle misure sanitarie ed epidemiche, dall'altro lato, alcuni esperti [hanno espresso](#) il dubbio circa la possibilità di garantire la trasparenza e la regolarità delle elezioni secondo le nuove regole. Ad esempio, si legge nel [Rapporto preliminare dell'ODIHR/OSCE](#): “The CEC and other NAM interlocutors voiced concerns that the COVID-19 pandemic poses additional challenges in organizing elections, however, they see the possibility of the extended voting period as a positive measure to decrease overcrowding at

polling stations and decrease the risk of COVID-19 transmission. Some other ODIHR NAM interlocutors expressed concerns related to the secure storage of the election material at night during multi-day voting, and opined that it might affect the integrity and limit transparency of the process, and be used to mobilize voters to increase turnout. Some political parties stated that it poses additional challenges for recruiting observers”. Pertanto, [secondo gli esperti contrari al voto in più giorni](#), uno dei principali difetti risiede nell’incapacità dei partiti politici di garantire la presenza degli osservatori durante tutto lo svolgimento delle operazioni elettorali. Questo limite si fa sentire in maniera particolare anche in vista della previsione di voto a domicilio durante tutti e tre i giorni delle votazioni. Anche l’organizzazione degli scrutini nelle aree remote, introdotta dalla CEC nonostante la previsione di un voto anticipato, è stata considerata eccessiva. Un’altra misura di garanzia proposta dagli esperti, ma non presa in considerazione dalla CEC, è stata quella di pubblicare le statistiche giornaliere sull’affluenza per ogni seggio elettorale [[v. le proposte dell’ONG Golos](#), organizzazione riconosciuta in Russia come “agente straniero”, per il miglioramento delle procedure di voto in più giorni].

È già stato notato più volte anche in questa sede [v. *La campagna elettorale di Mosca: dall’evento inosservato alla crisi con proteste e arresti – Cronache costituzionali dalla Russia*, in [“Nomos. Le attualità del diritto”, n. 2/2019](#)] che uno dei momenti chiave della campagna elettorale in Russia è quello che riguarda la nomina e la registrazione delle candidature: è in questa fase che spesso avviene l’“eliminazione” degli avversari “scomodi”. Dall’altro lato le forze politiche “di sistema” hanno una serie di vantaggi, tra cui la possibilità di presentare candidati senza raccogliere le firme necessarie per il loro sostegno. Come risulta dall’elenco approvato dalla CEC il **18 giugno** [v. Risoluzione n. 11/89-8], fra questi soggetti “privilegiati” vi sono i 14 partiti, di cui quattro rappresentati nella Duma. Le liste di questi 14 partiti sono state registrate, senza problemi particolari, dalla CEC entro la metà di agosto, e inserite il **16 agosto** [[Risoluzione della CEC n. 42/337-8](#)] nella scheda elettorale nell’ordine stabilito dal sorteggio.

È stata inattesa la decisione del partito Russia Unita di non inserire Dmitrij Medvedev fra i capilista della sua lista. Medvedev, Segretario del partito ed ex Primo ministro, attualmente è uno dei politici [meno popolari](#) della Russia. Pertanto, molti esperti hanno legato questa scelta con il tentativo di “risanare” l’immagine del partito il cui consenso è in continuo calo.

Quanto al resto dei partiti che sono riusciti a registrare le proprie liste, si può notare che la cerchia dei concorrenti non è cambiata molto rispetto alle elezioni del 2016. Sono pochi i nuovi nomi che gli elettori russi potranno trovare questa volta nella scheda elettorale: in particolare, si tratta dei nuovi partiti “Alternativa verde” e “Nuova Gente” che hanno fatto il loro ingresso sulla scena politica russa durante le campagne del 2020, e il partito populista di sinistra “Partito russo della libertà e della giustizia” creato già nel 2012 da un consulente politico. La galassia dell’opposizione liberaldemocratica russa è rappresentata questa volta da un solo partito “Jabloko” che, tra l’altro, è anche l’unico ad avere accanto al proprio nome nella scheda elettorale una nota speciale - prevista dalla normativa vigente - che informa gli elettori del fatto che la sua lista contiene candidati affiliati a persone che svolgono funzioni di “agente straniero”. Come ha spiegato la Commissione elettorale tale misura è stata applicata al partito in virtù della presenza fra i candidati di “Jabloko” di membri delle ONG dichiarate “agenti stranieri”. Si ricorda che,

recentemente, è stata adottata una legge sulla base della quale le persone fisiche “agenti stranieri” e i cittadini a loro associati sono obbligati a indicare il loro status in tutte le fasi del procedimento elettorale. La presenza nella lista partitica di persone con tale status ha comportato per il partito un obbligo di contrassegnare tutto il materiale propagandistico con un apposito marchio. Dal canto suo, il partito [ha ritenuto](#) questa decisione discriminatoria e incostituzionale ed ha confermato le due candidature.

Mentre lo status di agente straniero con cui è stato contrassegnato il partito “Jabloko” ha penalizzato i suoi candidati ma non lo ha privato dell’elettorato passivo, le condanne penali riguardanti i reati di natura estremista sono diventati, in questa campagna elettorale, una barriera insormontabile per i rappresentanti dell’opposizione “non sistemica” nel loro intento di partecipare alle elezioni. La nuova legge, approvata dalla Duma giusto alla vigilia dell’imminente campagna elettorale, ha bandito dal processo elettorale tutte le persone che sono state dichiarate dal Tribunale “coinvolte nelle attività di organizzazioni estremiste o terroristiche”. Se queste disposizioni non hanno influito sul livello di competitività delle elezioni in termini quantitativi (come nel 2016 nelle schede sono presenti quattordici partiti), hanno sicuramente influito qualitativamente sul sistema politico del Paese creando, insieme ad altre norme restrittive in materia elettorale e di associazioni, un ambiente di intimidazione o cd. *chilling effect*.

Per quanto riguarda la comunicazione politica e propaganda, la campagna del 2021 è stata, in generale, sottotono, senza la dovuta mobilitazione dell’elettorato da parte dei partiti. Il contesto della pandemia in cui ha dovuto svolgersi la campagna per la Duma ha giocato un ruolo importante, oltre al marcato [disinteresse](#) verso il processo elettorale diffuso fra i cittadini. Le persone politicamente più attive sono state coinvolte nel monitoraggio sulle elezioni. Anche qui, tuttavia, alcune innovazioni riguardanti questo aspetto del processo elettorale sono andate a limitare la partecipazione dei cittadini.

Innanzitutto, soltanto i candidati, partiti e le Camere pubbliche, secondo la normativa, hanno potuto nominare gli osservatori. Per quanto riguarda la nomina di osservatori da parte delle Camere pubbliche, da questa procedura sono [state bandite](#) le ONG che svolgono funzioni di “agente estero”, i media “agenti stranieri”, nonché le organizzazioni “indesiderabili”. Si pensa, ad esempio, agli impedimenti che ha dovuto affrontare, nella sua attività di promozione dei principi delle elezioni libere e giuste, il movimento *Golos*, riconosciuto il **18 agosto** associazione priva di personalità giuridica che svolge le funzioni di un “agente straniero”.

Anche le organizzazioni internazionali di monitoraggio sono state chiamate a ridimensionare le loro missioni in vista delle restrizioni anti-Covid ma ciò, di conseguenza, ha creato loro diversi problemi: in particolare, l’Ufficio ODIHR dell’OSCE ha comunicato il **4 agosto** l’impossibilità di ridurre – su indicazione della CEC - il numero degli osservatori a 60 unità, e di conseguenza ha ritirato il suo mandato. A sua volta, il numero degli osservatori previsto dalla missione ODIHR/OSCE è stato pari a 500, stabilito secondo le procedure standard e fissato già nel [Needs Assessment Mission Report](#) pubblicato dall’organizzazione il **25 giugno**.

Un altro cambiamento significativo nelle modalità di svolgimento delle elezioni che getta un’ombra sulla questione della trasparenza del voto è stata la decisione di rendere inaccessibile al pubblico la trasmissione in *live streaming* dai seggi elettorali. Il nuovo approccio alla procedura di

videosorveglianza che prevede soltanto la trasmissione dei video al portale del servizio è stato annunciato dal Presidente della CEC Pamfilova il **14 luglio** [[Risoluzione n. 20/169-8](#)]. Pamfilova ha notato che la prassi di trasmettere i video in *streaming*, oltre ad essere troppo costosa, era poco funzionale e serviva solo per “[soddisfare la curiosità della gente](#)”. Il **25 agosto**, la CEC ha ampliato la cerchia di soggetti che potranno avere accesso al portale del sistema di videosorveglianza, includendo i membri del Consiglio per lo sviluppo della società civile e per i diritti umani e i difensori civici.

Cercando di riassumere quanto detto si può notare che la campagna elettorale del 2021, anche se per la lista dei partecipanti non differisce molto dalle campagne precedenti, si distingue, tuttavia, per alcuni aspetti procedurali e soprattutto per il contesto generale in cui operano i soggetti politicamente rilevanti. Che cosa, dunque, colpisce un osservatore attento?

In primis, la celerità dell’approvazione delle nuove modifiche *ad hoc* della legge elettorale. La stabilità della legislazione elettorale è stata sempre un punto debole del quadro normativo russo. Questa volta, i deputati sono stati particolarmente impegnati nell’apportare le nuove modifiche alla normativa elettorale, anche alla vigilia della campagna. In particolare, come segnalano gli esperti di *Golos*, ONG riconosciuta “agente straniero”, nell’ultimo anno sono state adottate sette modifiche importanti, di cui sei a meno di quattro mesi prima dell’inizio della campagna elettorale (v. il Rapporto “[Aspetti legali delle elezioni dei deputati della Duma di Stato della Federazione Russa il 19 settembre 2021](#)” pubblicato il **1° luglio**).

In secondo luogo, la portata molto ampia delle nuove restrizioni. La legislazione elettorale in vigore per le elezioni del settembre 2021 ha subito un notevole cambiamento rispetto alle precedenti elezioni per la Duma di Stato del 2016. Molte delle modifiche adottate nel 2018-2021 hanno comportato una riduzione del livello di competizione politica nelle elezioni e un contesto di disparità tra i candidati delle diverse forze politiche. Ora, a causa della nuova legge che priva del diritto di voto i cittadini coinvolti nelle attività delle organizzazioni riconosciute estremiste o terroriste, i politici dell’opposizione “non sistemica” sono stati del tutto marginalizzati ed esclusi dalla competizione elettorale, si sono trasferiti all’estero o hanno interrotto la loro carriera politica. In più, la nuova legge ha creato un’atmosfera di paura in quanto anche gli attivisti, i semplici sostenitori o simpatizzanti delle fondazioni legate a Navalnyj sono stati posti sotto la minaccia di essere colpiti dalle misure restrittive. Dunque, le recenti innovazioni hanno influenzato negativamente la qualità della discussione pubblica durante la campagna e, senza dubbio, potrebbero ostacolare la scelta consapevole degli elettori.

Infine, anche dal punto di vista procedurale, nel contesto delle operazioni di voto svolte in tre giorni è diventato più difficile garantire la regolarità delle elezioni e la loro credibilità. In generale, il voto che dura più di un giorno amplia notevolmente le opportunità di abuso e riduce le possibilità di controllo sulla regolarità delle procedure da parte della società civile. Particolari dubbi ha suscitato anche il sistema di voto elettronico che, a differenza dello scrutinio in seggio, difficilmente può essere sottoposto alle verifiche esterne da parte della sorveglianza civile indipendente.

PARTITI

I FAVORITI E GLI *OUTSIDER* DELLA CAMPAGNA ELETTORALE ALLA DUMA

Il **2 giugno**, Russia Unita ha ufficialmente annunciato i risultati delle primarie tenutesi il **24-30 maggio**. Sono stati selezionati i candidati per le prossime elezioni di settembre e le liste sono state pubblicate sul [sito](#) del Partito. I risultati delle primarie (meccanismo importante, ma non obbligatorio) sono stati presi in considerazione quasi del tutto, a parte alcuni casi: in particolare, 48 governatori che non hanno partecipato alle primarie sono stati inseriti - come “forza trainante” - alla guida delle liste regionali.

La lista del partito completa è stata presentata durante il XX Congresso di Russia Unita tenutosi il **19 giugno**. Se nelle elezioni del 2011 e 2016 la lista era guidata dal Presidente del partito Dmitrij Medvedev, ora ci sono cinque candidati, mentre Medvedev è stato escluso. Il Presidente russo Vladimir Putin, parlando al Congresso di Russia Unita, ha proposto di includere tra i primi cinque candidati della lista del partito il ministro della Difesa Sergej Šojgu, il ministro degli Esteri Sergej Lavrov, il primario dell'ospedale Denis Protsenko, il capo della Fondazione educativa Elena Smeleva e il difensore civico per i diritti dell'infanzia Anna Kuznetsova. I 649 delegati al Congresso del partito hanno votato a favore di questa scelta, 4 sono stati contrari.

Il **24 agosto** si è tenuta la seconda fase del Congresso di Russia Unita durante la quale è stato presentato il programma del partito intitolato “Per il benessere e la vita dignitosa delle persone. Per una Russia forte e di successo”. Come ha spiegato Medvedev, questo documento si è basato sulle iniziative sociali del Presidente, nonché sulle proposte dei cittadini raccolte dal partito.

Anche questa volta, Vladimir Putin è stato l'ospite speciale del Congresso. Ha annunciato le sue iniziative sociali, alcune delle quali sono state già presentate in un [incontro con i rappresentanti del partito](#) tenutosi il **22 agosto**. In particolare, il Presidente ha parlato di un pagamento una tantum a pensionati e militari che dovrebbe essere effettuato a settembre [Decreto presidenziale del **24 agosto**]. Questa misura, e anche quella del sostegno economico rivolto alle famiglie con i bambini e alle donne incinte annunciata dal Presidente durante la sua Conferenza annuale tenutasi il **30 giugno**, hanno avuto come obiettivo il superamento delle conseguenze dell'epidemia di Coronavirus. Dall'altro canto, la decisione del Presidente di annunciare queste misure durante il Congresso di partito poco prima del voto è stata anche una buona strategia di conquista degli elettori in campagna elettorale.

Tornando alla questione della lista partitica, come hanno commentato gli esperti, la scelta dei capilista è stata guidata dalla necessità di migliorare l'immagine del partito. Infatti, sia Lavrov sia Šojgu (tra l'altro, unico membro di Russia Unita tra i capilista) sono i ministri più popolari, soprattutto fra le persone appartenenti alla fascia d'età più elevata. Altri tre candidati alla guida del Partito nelle elezioni di settembre, [come ha spiegato il Presidente Putin nel suo discorso al Congresso](#), sono stati appositamente scelti non fra le figure politiche ma fra le persone che nella loro vita professionale si occupano delle problematiche legate alla salute, istruzione o bambini in modo da rappresentare la società a 360 gradi.

Dunque, si può parlare di un periodo difficile per il partito Russia Unita, in quanto né il *leader* informale del partito Putin, né il suo *leader* ufficiale Medvedev sono stati coinvolti in prima persona in questa campagna elettorale alla Duma di Stato. Tuttavia, sembra che, nonostante il calo di fiducia registrato negli ultimi anni, Russia Unita riesca a mantenere la sua posizione dominante rispetto alle altre forze politiche in campo. Secondo le stime del politologo russo Kynev, “se Russia Unita, nel caso peggiore, riesce a prendere la maggioranza nei 175 collegi uninominali su 225, anche un risultato del 43-45% per la lista le garantisce una maggioranza

costituzionale, e solo un risultato inferiore al 40% per la lista comporta i rischi di una maggioranza semplice”. Inoltre, si è ipotizzato che i seggi rimanenti saranno distribuiti tra le altre tre forze partitiche rappresentate nella legislatura precedente, e che difficilmente uno dei partiti di recente formazione sarebbe in grado di superare la soglia del 5%.

Infine, molto difficile sembra la posizione dei rappresentanti dell’opposizione liberaldemocratica e “non sistemica” nelle elezioni del 19 settembre. Coloro che sono stati registrati come candidati nei collegi uninominali hanno poche possibilità di vincere, mentre il loro elettorato si concentra soprattutto nei distretti della città di Mosca e delle altri grandi città. Pertanto, per quanto riguarda il voto di protesta, un ruolo importante in queste elezioni deve essere riconosciuto al cd. “voto intelligente”, il meccanismo di mobilitazione degli elettori dal basso che si basa sulla logica razionale e impedisce la dispersione dei voti. Soltanto in questo modo, i sostenitori delle forze “non sistemiche” o, in generale, i detrattori del sistema politico attuale potranno influenzare in qualche modo la composizione della prossima legislatura.

PARLAMENTO

LA LEGGE SULL’INELEGGIBILITÀ DEI CITTADINI CONVOLTI NELL’ESTREMISMO E L’ESCLUSIONE DELL’OPPOSIZIONE “NON SISTEMICA” DALLE ELEZIONI

Il 4 maggio, i deputati delle quattro fazioni della Duma di Stato hanno presentato emendamenti alla Legge sulle elezioni alla Duma. Ciò è accaduto un paio di settimane dopo che l’ufficio del pubblico ministero ha presentato un ricorso contro la Fondazione anticorruzione, la Fondazione per la protezione dei diritti dei cittadini (soggetto giuridico *FBK*) e la sede di Alexej Navalnyj. Tutti i deputati sono membri della Commissione della Duma sull’interferenza straniera negli affari russi.

Il 17 maggio, i parlamentari hanno discusso il progetto della proposta [[n. 1165649-7](#)] che, secondo la nota esplicativa, “mira a migliorare la legislazione della Federazione Russa in materia elettorale”. Inizialmente, il disegno di legge prevedeva la privazione temporanea per i *leader*, i membri e i dipendenti di organizzazioni riconosciute come estremiste o terroristiche del diritto di essere eletti solo alla Duma di Stato. Alla seconda lettura sono stati apportati emendamenti per estendere tale limitazione a tutte le cariche elettive nella Federazione Russa. Pertanto, le modifiche hanno riguardato la legge “Sulle elezioni dei deputati della Duma di Stato”, nonché la legge quadro “Sulle garanzie di base dei diritti elettorali...”.

Gli emendamenti proposti consentono di impedire alle persone coinvolte nella attività di organizzazioni estremiste e terroristiche di partecipare alle elezioni di qualsiasi livello. Non si tratta di una perdita di voto permanente, ma di restrizioni temporanee al diritto di voto. La nuova normativa prescrive condizioni e termini delle restrizioni diverse a seconda del grado di coinvolgimento nelle attività illecite. Così, le sanzioni più gravi colpiranno coloro che sono stati coinvolti nella gestione di tale struttura. Questo elenco comprende il fondatore, un membro dell’organo di governo, il capo e il suo vice, il capo dell’unità strutturale e il suo vice. Le nuove modifiche prevedono il divieto di candidarsi, per cinque anni, a qualsiasi organo elettivo nella Federazione Russa per coloro che abbiano ricoperto uno di questi incarichi in organizzazioni che nei tre anni precedenti siano state riconosciute come estremiste o terroriste.

Un approccio meno duro è stato previsto nei confronti di coloro che non avevano un ruolo elevato nell’organizzazione. Si tratta, in particolare, di partecipanti, membri ordinari, dipendenti

e di “altre persone coinvolte nelle attività di un’organizzazione estremista o terroristica”. Secondo il disegno, può essere considerato coinvolto chiunque esprima sostegno a tali organizzazioni, anche di tipo finanziario o consultivo, o rilasci una dichiarazione pubblica “approvando le attività o i singoli eventi di tali organizzazioni, anche su Internet”. Per questa categoria, la durata del periodo di ineleggibilità sarà di tre anni. Inoltre, ai fini dell’applicazione delle restrizioni saranno considerati i fatti accaduti nell’anno precedente alla sentenza con la quale l’organizzazione sarebbe riconosciuta come estremista. Pertanto, alcuni giuristi hanno parlato di un valore retroattivo della norma, in quanto il disegno di legge presuppone, di fatto, la punizione per la partecipazione alle attività di un’organizzazione estremista anche per il periodo in cui tale organizzazione non era stata ancora riconosciuta come estremista. E ciò, secondo gli esperti, entra in conflitto con l’articolo 54 della Costituzione russa sul principio di irretroattività della legge e la prevedibilità del diritto penale (“Nessuno può essere ritenuto responsabile per un atto che nel momento in cui è stato compiuto non costituiva violazione di legge”).

In sua difesa, gli autori del disegno di legge hanno richiamato la posizione della Corte costituzionale espressa nella Sentenza del 10 ottobre 2013 n. 20-P riguardante la privazione dell’elettorato passivo delle persone condannate in passato alla reclusione per aver commesso reati gravi o particolarmente gravi. Nel documento, la Corte costituzionale della Federazione Russa ha indicato che, per sua natura, nell’ordinamento giuridico vigente, la restrizione del suffragio passivo “non si riferisce direttamente a misure di responsabilità penale, poiché non è di diritto penale, ma di natura costituzionale ed è associato ad accresciuti requisiti di reputazione per i portatori di pubblica autorità”.

Come ha precisato la Corte costituzionale russa nelle sue Sentenze, il diritto di essere eletti alle cariche pubbliche, non essendo assoluto, può essere soggetto ad alcune restrizioni in base ai criteri specificati negli articoli 17, 19 e 55 della Costituzione. Inoltre, secondo i giudici, qualsiasi limitazione dei diritti è lecita quando sia proporzionata, socialmente giustificata e necessaria al fine di proteggere obiettivi costituzionalmente significativi.

Proprio sulla base di questa previsione generica sulla possibilità di limitare i diritti dei cittadini, il legislatore russo insieme con i giudici costituzionali hanno elaborato la dottrina russa della “democrazia che si difende”, richiamata più volte nelle sue sentenze dalla Corte costituzionale come limite alla tesi del potere assoluto del popolo. Secondo la concezione condivisa dai giudici russi, la libera scelta dell’elettore, anche se ben informato, dovrebbe essere limitata al fine di impedire alle persone con bassa statura morale di entrare negli organi di potere. Tali restrizioni, “socialmente giustificabili” nell’opinione della Corte costituzionale, devono sempre tenere conto del nesso ragionevole fra la gravità del reato commesso dalla persona e la sanzione.

Inoltre, rispondendo alle critiche al progetto, gli autori delle modifiche hanno ribadito che misure restrittive proposte dai parlamentari sono coerenti con la prassi internazionale e che nei diversi Stati dell’OSCE esistono simili restrizioni al diritto di voto per le persone con precedenti penali. Secondo i deputati, tali misure sono proporzionate in quanto prevedono la durata del divieto diversa a seconda del grado di coinvolgimento dei cittadini nelle attività di un’organizzazione estremista, e sono sufficientemente motivati in quanto mirano ad escludere dai fori pubblici le persone accusate di crimini di estremismo e terrorismo.

Secondo le ricerche del movimento *Golos* [v. [Rapporto “I nuovi lisenzy” del 22 giugno](#)], al momento, la normativa russa in vigore prevede la privazione del diritto di elettorato passivo per i cittadini condannati per 417 fattispecie di reati o coinvolte nelle attività di organizzazioni estremiste e terroristiche, nonché per coloro che hanno doppia cittadinanza, permesso di soggiorno estero o strumenti finanziari e conti in banche esteri. Gli esperti hanno denunciato l’espansione continua e oltre i criteri stabiliti dalla Costituzione della Russia della prassi di

privazione dell'elettorato passivo. Inoltre, hanno criticato la fretta con la quale le misure sono state adottate, l'assenza di una giustificazione ragionevole per i limiti imposti, nonché la prassi di applicazione disuniforme delle nuove disposizioni. Pertanto, nel suo Rapporto, gli esperti di *Golos* hanno paragonato la situazione dei diritti di voto nella Russia attuale al periodo dei bolscevichi, quando “avversari politici venivano privati dell'elettorato”. Secondo le stime di *Golos*, il numero totale di cittadini a cui è attualmente vietato di candidarsi alle elezioni è di circa 9 milioni di persone corrispondente all'8% del numero totale di elettori.

Il **25 maggio**, la Duma di Stato russa, in violazione della procedura stabilita dal regolamento camerale che prevede il periodo obbligatorio di 20 giorni tra le due letture, ha discusso e ha adottato il disegno di legge in seconda lettura. Diversi parlamentari si sono opposti al disegno di legge durante la discussione nell'Aula (si leggano [le trascrizioni delle sedute parlamentari](#)).

Nonostante la critica espressa contro la legge da parte dei difensori dei diritti umani e persino da alcuni parlamentari, il **26 maggio** la Camera bassa ha approvato il testo del disegno di legge nella versione finale, con 294 sì, 38 no e 8 astenuti. Il **4 giugno** la legge [[Legge federale n. 157-FZ](#) “Sulle modifiche all'articolo 4 della legge federale “Sulle garanzie di base dei diritti elettorali...” e all'articolo 4 della legge federale “Sull'elezione dei deputati della Duma di Stato...” del 04.06.2021] firmata è stata pubblicata ed è entrata in vigore. I media hanno definito il testo come “la legge contro la *Fbk*”, predicendo che la nuova misura verrà applicata, in primis, contro i sostenitori del *leader* dell'opposizione “non sistemica” Alexej Navalnyj.

Come è stato ipotizzato da molti, i primi casi di applicazione della nuova normativa hanno riguardato i candidati alle elezioni che in passato lavoravano per le strutture di Navalnyj o semplicemente collaboravano con loro. In particolare, i politici di opposizione Stepanov e Jašin non hanno potuto aprire un conto elettorale e, quindi, non hanno potuto procedere con la registrazione della loro candidatura. Secondo le parole del Presidente della CEC, il rifiuto è stato motivato dalle nuove norme “anti-estremismo”: le candidature dei politici non sono state ammesse alla competizione in quanto in precedenza entrambi hanno cooperato con la *FBK*, riconosciuta come un'organizzazione estremista in Russia. È interessante notare che, ai fini di verificare le situazioni di ineleggibilità, la CEC [ha deciso](#) di delegare alla Commissione di controllo e audit le competenze per investigare sulla situazione dei candidati per quanto riguarda il loro coinvolgimento nell'estremismo o affiliazione all'ente “agente straniero”.

Sia Stepanov che Jašin sono menzionati nella decisione del Tribunale della città di Mosca del **9 giugno** con la quale la Fondazione anticorruzione (*FBK*), la Fondazione per la protezione dei diritti dei cittadini (*FZPG*) e il Movimento di Navalnyj (*Штабы Навального*) sono stati riconosciuti organizzazioni estremiste, [banditi e liquidati](#). A queste organizzazioni è stato vietato di diffondere qualsiasi informazione, eseguire transazioni finanziarie e partecipare a elezioni. *Roskomnadzor* ha bloccato i siti Web associati a Navalnyj e ai suoi collaboratori. Fino a sei anni di carcere sono previsti per gli ex membri che tenteranno la ripresa delle attività di queste organizzazioni. Il **4 agosto**, la Corte d'appello a Mosca ha respinto il ricorso contro la decisione del tribunale della città di Mosca e la sentenza è diventata definitiva. Come [ha riportato](#) il rappresentante del Pubblico Ministero, nel corso del controllo della procura è stato accertato che, sotto le spoglie di slogan liberali, queste organizzazioni sono impegnate a creare le condizioni per la destabilizzazione della situazione sociale e sociopolitica.

Dopo l'entrata in vigore della sentenza, migliaia di sostenitori e *sponsor* simpatizzanti della Fondazione Anticorruzione (e del Movimento) non potranno partecipare nelle prossime tornate elettorali.

I NUOVI “AGENTI STRANIERI” E I NUOVI ENTI “NON GRADITI”: IL MINISTERO DI GIUSTIZIA ESTENDE LA LISTA

In parallelo alle azioni di verifica sui candidati coinvolti nelle attività estremiste, le autorità hanno intensificato i controlli sulle organizzazioni senza scopo di lucro e di beneficenza, russe e straniere, e sui media indipendenti che operano in Russia. Alcuni di essi sono stati inseriti nel registro delle organizzazioni che svolgono funzioni di “agenti esteri” negli ultimi mesi. Si tratta del sito *VTimes*, la fonte di notizie e analisi indipendente creato nel 2020 dai giornalisti che hanno lasciato la redazione di *Vedomosti*, e del canale *Dožd'*, uno tra i media russi più citati nella rete Internet. Il primo è stato inserito nella lista degli “agenti stranieri” il **14 maggio**, mentre il secondo il **20 agosto**. Insieme con il *Dožd'*, un'altra testata giornalistica *Važnye istorii*, registrata in Lettonia dai cittadini russi è stata dichiarata “agente straniero”. In seguito, alcuni dei suoi giornalisti o membri di redazione sono stati inserite nell'elenco di mass media “agenti stranieri”. Il **23 luglio**, *The Insider*, un giornale d'inchiesta registrato in Latvia, è stato aggiunto al registro [v. [l'elenco attuale sul sito del Ministero di Giustizia](#)].

Anche il registro delle organizzazioni “non gradite”, le cui attività sono riconosciute come indesiderabili in Russia, è stato notevolmente ampliato durante l'ultimo quadrimestre. Attualmente l'elenco comprende 46 nomi [v. [il registro delle organizzazioni stranieri dichiarate “non gradite”](#)]. Tra il **29** e il **30 giugno** il Ministero di Giustizia ha deciso di riconoscere le attività delle sei organizzazioni non governative straniere come indesiderabili sul territorio della Federazione Russa e i loro nomi sono stati inseriti nell'apposita lista. Si tratta dell'università americana *Bard College*, l'organizzazione ceca *Spolecnost Svobody Informace*, e di quattro ONG straniere affiliate a Khodorkovsky. Tutte e quattro le organizzazioni sono state impegnate in progetti di istruzione: ad esempio, la Fondazione *Oxford Russia* già da circa 15 anni assegnava delle borse di studio ai migliori studenti delle facoltà socio-umanistiche, oppure forniva alle strutture bibliotecarie delle università russe i libri in lingua straniera.

Il **15 luglio**, la testata investigativa *Project* è stata dichiarata organizzazione indesiderabile nella Federazione Russa. Questo è stato il primo e finora l'unico caso di un media dichiarato “non gradito”. Il caporedattore di *Project* e altri dodici giornalisti sono stati inclusi come persone fisiche nell'elenco dei media stranieri che svolgono funzioni di “agente straniero”.

Mentre lo status di “agente straniero” comunque consente all'organizzazione di continuare le sue attività rispettando una serie di obblighi, il riconoscimento come organizzazione indesiderabile, in realtà, rappresenta un divieto per qualsiasi attività. Secondo la legislazione russa, dopo essere stata riconosciuta come indesiderabile, l'organizzazione è costretta a smettere di funzionare: i suoi fondi e le sue proprietà sul territorio del Paese vengono bloccati. Alle strutture è vietato aprire filiali in Russia. È vietato distribuire o diffondere i materiali di organizzazioni indesiderabili. Il finanziamento di organizzazioni indesiderabili è punibile con la reclusione fino a cinque anni.

All'inizio di **giugno**, la Russia ha approvato una legge che inasprisce la responsabilità penale per la partecipazione alle attività di organizzazioni indesiderabili. Tale legge, adottata il **9 giugno** dalla Duma di Stato, ha vietato ai cittadini russi di partecipare alle attività di organizzazioni “non gradite” non solo nel Paese, ma anche all'estero, pena reclusione fino a quattro anni. Ciò significa che, anche se l'organizzazione si trasferirà all'estero per continuare il suo lavoro, questo comunque non esclude la possibilità di avviare procedimenti penali in Russia nei confronti dei cittadini russi impegnati nelle attività di tale ente.



La Slovacchia si prepara a importanti sfide economiche e sociali nel segno dell'instabilità, mentre la Corte costituzionale decide sull'illegittimità delle elezioni anticipate per via referendaria*

di **Simone Benvenuti****

Anche il secondo quadrimestre del 2021 è stato contrassegnato da una forte instabilità che si è manifestata su più versanti. Sul piano sociale, anzitutto: per gli effetti economici della crisi sanitaria e la non adeguata risposta in termini di sostegno economico, come ha sottolineato il Difensore pubblico dei diritti nel rapporto annuale presentato a inizio maggio; ma anche per le manifestazioni di protesta, che il **23 luglio** si sono risolte in un [tentato assalto](#) al Parlamento.

Il sistema politico nella sua dimensione partitica stenta a consolidarsi, con il declino del partito OĽaNO che, dopo aver raccolto il 25% dei consensi in occasione delle elezioni parlamentari della primavera del 2020, e trovandosi tuttora alla guida della coalizione di governo, ha subito già dall'autunno scorso un tracollo che lo ha portato, stando ai sondaggi, a raccogliere tra l'8% e il 10% dei consensi. In difficoltà è anche l'alleato di coalizione Za Ľudí per le spaccature interne che ne rendono probabile la scissione. In generale, si riscontra una forte fluidità, con una ridefinizione continua del panorama partitico, e la presenza di otto partiti che superano la soglia del 5%.

La fluidità e la estrema polarizzazione (spesso motivata da ragioni più personali che politiche) si riflette sulla instabilità governativa, o almeno su alcuni suoi profili, e sulla banalizzazione degli strumenti istituzionali della dialettica politica, a partire dalle mozioni di sfiducia. Nel periodo in esame, che si è aperto con il voto di fiducia al nuovo Governo Heger (in carica dal mese precedente), sono già stati oggetto di mozioni di sfiducia individuale – senza successo – i ministri della giustizia, dell'interno e delle finanze, mentre si è dimesso il Ministro dell'agricoltura ed è

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

stato revocato, essenzialmente come conseguenza della crisi interna al partito Za Ľudí, il viceministro della cultura. Ciononostante, e pur in presenza di un [taglio](#) ai fondi totali a cui la Slovacchia potrà accedere, il Governo è riuscito a portare a termine i negoziati sul [piano di ripresa](#) nazionale, che ha ottenuto l'approvazione degli [organi europei](#) competenti e permetterà già nell'estate un trasferimento di ottocento milioni di euro (su un totale di massimo sei miliardi che la Slovacchia potrà ricevere).

Infine, la lotta alla corruzione, inserendosi in un contesto come detto formalmente polarizzato tra gruppi interni al ceto politico e dirigente in senso più ampio, non manca di aggravare ulteriormente l'instabilità, che da politica e governativa rischia di divenire istituzionale, andando a coinvolgere altri organi e poteri dello Stato. Solo nel mese di agosto, si sono registrati casi significativi in questo senso. Il **4 agosto**, la ex direttrice dell'Agenzia delle entrate Lenka Wittenbergerová ha ammesso il proprio coinvolgimento in attività corruttive, dopo l'arresto ordinato dall'Agenzia nazionale per il crimine della stessa Wittenbergerová e di Miroslav Výboh, imprenditore vicino all'ex Primo ministro Robert Fico. Il **12 agosto**, la NAKA ha messo in stato di accusa di undici persone, tra cui vi sarebbero anche funzionari del Ministero dell'interno durante il Governo di Robert Fico. Le accuse riguardano fenomeni corruttivi e sono il risultato di una campagna di indagine condotta dalla NAKA sull'attività di un'organizzazione criminale attiva all'interno delle strutture dello Stato tra il 2015 e il 2020. Infine, il **31 agosto**, il capo della polizia Peter Kovařík ha annunciato le proprie dimissioni dopo l'avvio di un procedimento giudiziario nei suoi confronti da parte della procura generale di Bratislava, il 26 agosto, con l'imputazione di abuso di potere. Kovařík era stato nominato alla fine di gennaio, dopo le dimissioni di Milan Lučanský (sulle vicende legate alla lotta alla corruzione, [rimando](#) a quanto riportato in altra sede). Entro tale contesto occorre leggere il conflitto interno al corpo requirente tra il Procuratore generale e il Procuratore speciale (v. *infra*).

I maggiori elementi di stabilità, per il momento, sembrano dunque risiedere nella Corte suprema e nella Corte costituzionale. Quest'ultima, in particolare, ha reso una sentenza molto attesa che sancisce l'incostituzionalità dei referendum sulle elezioni anticipate, il cui interesse attiene tanto alla dimensione politica quanto a quella più strettamente giuridico-costituzionale (v. *infra*).

PARTITI

CRISI ALL'INTERNO DEL PARTITO ZA ĽUDÍ

Nel corso del mese di maggio, il piccolo partito della coalizione di maggioranza Za Ľudí è stato attraversato da una [crisi](#) che ha avuto esito provvisorio il **1° giugno**, in occasione della riunione della segreteria per deliberare sulla convocazione di un congresso straordinario del partito. Il congresso, finalizzato a mettere in questione la direzione della segretaria Veronika Remišová, non è stata tuttavia convocato. Il gruppo dissidente, che include il Ministro della giustizia Mária Kolíková, ha infatti abbandonato l'incontro criticando duramente Remišová per la gestione del partito e dei rapporti interni allo stesso, e ha lamentato la destituzione prima della riunione della segreteria dell'amministratore generale Roman Krpelan, membro del gruppo dei dissidenti.

PARLAMENTO

SI DIMETTE IL VICEPRESIDENTE DEL SENATO

Il **5 maggio**, il vicepresidente del Parlamento Juraj Šeliga e la presidente della commissione per gli affari sociali Jana Žitňanská, entrambi membri del piccolo partito della coalizione di governo, Za Ľudí, si sono dimessi per non aver rispettato le norme sul coprifuoco.

APPROVATA LA MOZIONE PARLAMENTARE CONTROL LA RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO SUI DIRITTI SESSUALI E RIPRODUTTIVI

Il **17 giugno**, il Parlamento slovacco ha approvato con settantaquattro voti a favore una mozione che rigetta la risoluzione in discussione al Parlamento europeo su “The situation of sexual and reproductive health and rights in the EU, in the frame of women’s health” (relatore Predrag Matic), dopo che la commissione per i diritti delle donne e l’uguaglianza di genere ne ha approvato la [bozza](#) l’11 maggio e calendarizzato il voto in plenaria. Il Parlamento europeo ha poi approvato il [testo finale](#) della risoluzione il 24 giugno. Nella mozione, promossa dalla parlamentare di OĽaNO Anna Záborská, il Parlamento slovacco [ricorda](#) che le questioni concernenti le politiche sanitarie e l’istruzione sono competenza degli Stati membri e che la risoluzione del Parlamento europeo viola il principio di sussidiarietà eccedendo le competenze di tale organo parlamentare. La mozione interviene a distanza di un mese dalla “[Dichiarazione pro familia](#)” da parte dei quattro Governi del Gruppo di Visegrád.

APPROVATA LA LEGGE CHE PERMETTE L’UTILIZZO DEL CERTIFICATO VACCINALE

Il **26 luglio** è stato approvato il testo che consente per i vaccinati eccezioni alle restrizioni giustificate dalla crisi pandemica. In base alle nuove norme, promosse in particolare dal partito Sme Rodina, le limitazioni di accesso a ristoranti, teatri e altre attività commerciali o culturali possono essere circoscritte a chi non presenti un certificato vaccinale o un tampone negativo valido per 48 ore. Le medesime norme valgono anche per i lavoratori, in particolare scolastici, ma si prevede in tal caso la gratuità dei tamponi. L’opposizione ha annunciato l’intenzione di ricorrere alla Corte costituzionale.

GOVERNO

APPROVATA LA FIDUCIA AL NUOVO GOVERNO HEGER

Il **4 maggio**, il Parlamento ha votato con 89 voti favorevoli e 55 contrari la fiducia al Governo presieduto da Eduard Heger. Il programma di governo presentato dal nuovo Primo ministro è molto [simile](#) a quello del precedente Governo, concentrandosi sulle misure di ripresa post-pandemica, la lotta alla corruzione e all’evasione fiscale. La fiducia arriva dopo un mese dalla nomina di Heger a capo di un Governo che mantiene una forte continuità anche sotto il profilo del personale di governo.

MOZIONE DI SFIDUCIA CONTRO IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

Il **10 maggio** si è tenuto il voto sulla mozione di sfiducia del Ministro della giustizia Mária Kolíková (Za Ľudí). La mozione, promossa dal partito Smer-SD guidato dall'ex Capo del governo Roberto Fico, è stata motivata tanto dalla presenza di potenziali [conflitti di interessi](#) con aziende di famiglia quanto dall'opposizione alla riforma della giustizia proposta dal Ministro. La mozione non ha raggiunto la maggioranza necessaria, [raccogliendo](#) solo cinquantuno voti a favore. Nel corso del dibattito parlamentare, il Ministro è stato sostenuto con decisione dai rappresentanti dei partiti SaS, Sme Rodina e Za Ľudí. Un parlamentare di OĽaNO ha invece votato a favore della mozione, mentre gli altri parlamentari del gruppo si sono astenuti o non hanno partecipato al voto.

AVVICENDAMENTO AL MINISTERO DELL'AGRICOLTURA

Il **9 giugno**, Samuel Vlčan ha preso il posto di Ján Mičovský come Ministro dell'agricoltura. Entrambi sono membri del partito OĽaNO. La nomina del nuovo Ministro fa seguito all'annuncio delle dimissioni da parte di Mičovský il 25 maggio, motivate con la [vicenda](#) della nomina a capo del Fondo slovacco per il territorio, di cui è attualmente in discussione la [riforma](#). Peraltro, il 7 giugno Mičovský aveva [ritirato](#) le proprie dimissioni, ma la procedura per la nomina del nuovo Ministro era ormai già avviata.

MOZIONE DI SFIDUCIA CONTRO IL MINISTRO DELL'INTERNO

Il **16 giugno**, dopo due giorni di dibattito, si è tenuto il voto sulla mozione di sfiducia nei confronti del Ministro dell'interno [Roman Mikulec](#) (OĽaNO). La mozione ha ottenuto 53 voti favorevoli su 135 deputati presenti (76 ne erano necessari per imporre le dimissioni del Ministro). L'iniziativa della mozione era del partito Smer che metteva in questione la capacità di Mikulec di amministrare il proprio ministero, riferendosi ai conflitti tra unità investigative e corpi di polizia dipendenti dal ministero, e lo accusava di aver tentato influenzare le attività investigative della NAKA.

MOZIONE DI SFIDUCIA CONTRO IL MINISTRO DELLE FINANZE

Il **28 giugno**, un gruppo di trentanove parlamentari del partito Hlas ha presentato una mozione di sfiducia nei confronti del Ministro delle finanze Igor Matovič. Secondo i promotori dell'iniziativa, il Ministro delle finanze, che guida il partito di maggioranza OĽaNO, è responsabile del caos politico istituzionale che sta attraversando la Slovacchia ed esercita un'influenza indebita sul Capo del governo Eduard Heger, anch'esso del partito OĽaNO. Il **1° luglio**, la mozione è stata [respinta](#), avendo ottenuto solo 53 voti a favore.

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA RISPONDE AL COMMISSARIO PER I DIRITTI UMANI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULLA VICENDA DELLE STERILIZZAZIONI FORZATE

In una [lettera](#) inviata il **15 luglio**, il Ministro della giustizia Mária Kolíková ha risposto alla [richiesta](#) del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunje Mijatović, «to take action to address the situation of victims of forced or coercive sterilisations in the Slovak Republic», con riferimento alle condotte discriminatorie delle autorità slovacche nei confronti delle comunità Rom negli anni '90 e 2000. Kolíková ha rassicurato il Commissario Mijatović di prendere in considerazione molto seriamente la questione, garantendo l'adozione di misure per l'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

DIMISSIONI DEL VICEMINISTRO DELLA CULTURA

Il **25 agosto** è stato revocato il viceministro della cultura Zuzana Kumanová (Za ľudí). Seppur formalmente l'iniziativa della revoca provenisse dal Ministro della cultura Natália Milanová (OLaNO), apparentemente essa è conseguenza della lotta interna al piccolo partito di coalizione di cui Kumanová è membro (v. *supra*), per volontà dunque della segretaria del partito [Veronika Remišová](#).

CORTI E ORGANI INDIPENDENTI DI CONTROLLO

LA CORTE SUPREMA CASSA LA SENTENZA DELLA CORTE PENALE SPECIALE SULL'OMICIDIO KUCIAK-KUŠNÍROVÁ

Con una decisione del **15 giugno**, la Corte suprema slovacca ha cassato la sentenza di assoluzione nei confronti di Marian Kočner e Alena Zsuzsová imputati dell'omicidio di Ján Kuciak e Martina Kušnírová, pronunciata nel settembre dell'anno scorso dalla Corte penale speciale (CPS). Secondo la Corte suprema, la CPS non ha [accertato](#) in maniera adeguata i fatti, mancando di prendere in considerazione tutte le circostanze del caso e le prove, e non ha giustificato chiaramente la decisione, giungendo a conclusioni errate. Il caso torna ora alla CPS che dovrà tener conto delle osservazioni della Corte suprema prendendo in considerazione le nuove prove.

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA L'INCOSTITUZIONALITÀ DEL REFERENDUM SULLE ELEZIONI ANTICIPATE

Il **7 luglio** la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di un [referendum volto](#) a tenere elezioni anticipate ([PL. ÚS 7/2021](#)). Era stata la Presidente della Repubblica Zuzana Čaputová a sottoporre la questione alla Corte il **12 maggio**, dopo che l'iniziativa referendaria era stata presentata dai partiti di opposizione con il supporto di 585.000 cittadini (su 350.000 firme necessarie) (sulla vicenda, [rimando](#) a quanto descritto in altra sede). La questione costituzionale affrontata dalla Corte deriva dal divieto ex articolo 93 della Costituzione di tenere un referendum solo su determinate materie (diritti e libertà fondamentali, imposte e bilancio dello Stato: non si menzionano le elezioni anticipate) e dalla esistenza di una giurisprudenza della Corte che riteneva tali materie costituissero le sole limitazioni sostanziali allo svolgimento di un referendum. Nella decisione, la Corte ha dunque esteso tale ambito materiale, includendovi anche le elezioni anticipate. [Secondo la Corte](#), come dichiarato dal suo presidente [Ivan Fiačan](#), il referendum andrebbe contro il principio democratico e quello della separazione dei poteri, essendo in violazione delle previsioni costituzionali generali per cui la durata della legislatura è di quattro anni e per cui solo il Presidente può sciogliere il Parlamento. Nulla vieta tuttavia che il Parlamento modifichi la Costituzione nel senso di [permettere](#) l'indizione di elezioni anticipate a seguito di un referendum. La Presidente Čaputová ha esortato i partiti rappresentati in Parlamento ad agire in tal senso.

LA CORTE COSTITUZIONALE INTERVIENE SULLA DISCIPLINA RELATIVA AD ALCUNE LIMITAZIONI IMPOSTE DALLA CRISI SANITARIA

In due [decisioni](#) del **13 luglio** e del **27 luglio** la Corte costituzionale ha sospeso l'efficacia delle norme emanate con ordinanza dell'Autorità sanitaria (ÚVZ) sui controlli alle frontiere, che

operavano una distinzione tra i non vaccinati e chi avesse ottenuto una prima dose di vaccino con riguardo alle regole da seguire al momento di entrare nel territorio dello Stato.

AVVIATO PROCEDIMENTO DISCIPLINARE NEI CONFRONTI DEL PROCURATORE SPECIALE

Il **13 agosto**, il Procuratore generale Maroš Žilinka ha richiesto di avviare un procedimento disciplinare nei confronti del Procuratore speciale Daniel Lipšic, in relazione alle dichiarazioni rilasciate da quest'ultimo in merito a indagini in corso. La decisione di Žilinka è stata oggetto di critiche da parte di partiti della maggioranza e dell'opposizione.

IL PROCURATORE GENERALE ORDINA IL RITIRO DEI CAPI D'IMPUTAZIONE NEI CONFRONTI DELL'EX DIRETTORE DELL'AGENZIA DEI SERVIZI SEGRETI

Il **31 agosto**, l'Ufficio del Procuratore generale ha [ritirato](#) i capi d'imputazione nei confronti dell'ex Direttore dell'Agenzia dei servizi segreti (SIS), che erano stati formulati dal Procuratore speciale nella sua competenza sui casi di corruzione e la cui legittimità era già stata validata da parte della Corte suprema e della Corte costituzionale. La decisione è stata fortemente controversa, sia per motivi di merito – la vicinanza tanto del Procuratore generale quanto dell'ex Direttore della SIS al partito Sme Rodina e il fatto che la decisione del Procuratore generale faccia seguito a una intensa campagna in tal senso proprio di Sme Rodina – sia per motivazioni prettamente giuridiche, poiché l'articolo 363 del Codice di procedura penale consente il ritiro dei capi di imputazione solo qualora la loro formulazione sia illegittima.

PUBBLICATO IL RAPPORTO ANNUALE DEL DIFENSORE PUBBLICO DEI DIRITTI

Il **7 maggio**, il Difensore pubblico dei diritti (VOP) Mária Patakyová ha presentato il [rapporto annuale](#), a cui il Parlamento ha tuttavia riservato un'accoglienza tiepida. Il rapporto [evidenzia](#) come nel corso del 2020 i ricorsi al Difensore pubblico abbiano ecceduto quelli fatti negli anni scorsi, certamente a causa della situazione eccezionale che ha richiesto misure emergenziali. Pur considerando in linea generale proporzionali molte delle misure adottate, il rapporto ha criticato il fatto che molte di tali misure non siano state prese dal Governo bensì dall'Autorità per la salute pubblica, in particolare quelle relative agli obblighi di quarantena.



L'indulto e lo stato di allarme al centro del conflitto tra politica e magistratura*

di Laura Frosina**

I temi dell'indulto e dello stato di allarme sono stati al centro di un acceso dibattito politico-costituzionale che ha contribuito, in questi ultimi mesi, ad accrescere la tensione e a deteriorare i rapporti già tesi tra politica e magistratura all'interno dell'ordinamento spagnolo.

Il dibattito sull'indulto, istituto già ampiamente criticato dalla dottrina per la sua disciplina desueta, ha preso le mosse dalla scelta coraggiosa, ma ampiamente contestata, del Presidente del Governo, Pedro Sánchez, di concedere l'indulto ai nove politici catalani condannati dal Tribunale Supremo, con la sentenza n. 459/2019, per i reati di sedizione e utilizzo illecito dei fondi pubblici commessi nel quadro della tristemente nota vicenda indipendentista catalana.

Il *Premier* ha scelto la cornice del *Gran Teatre del Liceu* di Barcellona per annunciare questa decisione con grande solennità, descrivendola come “necessaria per ristabilire la convivenza e la concordia”, ritenendola giustificata da “ragioni di utilità pubblica” e dall'intenzione di “aprire un tempo di dialogo”, e, infine, come un passo attraverso il quale “la democrazia spagnola dimostra la sua grandezza”. Si tratta di una scelta fortemente controversa tanto da un punto di vista giuridico che politico. Da un punto di vista giuridico, va osservato come il **22 giugno** il Consiglio dei Ministri abbia approvato i decreti di indulto nonostante sia il *Ministerio Fiscal* che il *Tribunal Supremo* avessero espresso precedentemente parere contrario. In entrambi i pareri è stato messo in evidenza come in questa fattispecie non sia stato violato il principio di proporzionalità delle pene e come non ricorra alcuno degli elementi giustificativi contemplati dalla legge, ossia ragioni di equità, giustizia, e utilità pubblica, che legittimano il ricorso a tale strumento giuridico. Secondo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Ricercatrice (di tipo B) di *Diritto pubblico comparato*- “Sapienza” Università di Roma.

quanto espresso nei pareri, l'assenza di qualsiasi forma di pentimento o ravvedimento da parte dei politici catalani renderebbe il provvedimento privo di utilità ai fini della risoluzione del conflitto politico e difettoso dal punto di vista della motivazione, che rappresenta un requisito per la validità dell'atto. Sebbene i pareri fossero obbligatori e consultivi ma non vincolanti, la loro piena contrarietà a questa misura di clemenza ha costituito un deterrente alla sua adozione e, soprattutto, l'ha resa un precedente mai verificatosi prima d'ora. Non era mai accaduto, infatti, che l'indulto venisse approvato con il parere contrario di entrambi gli organi consultati. Per quanto concerne gli effetti del provvedimento, va osservato come l'indulto sia parziale, condizionato e reversibile. A differenza dell'amnistia, l'indulto non va a estinguere il reato ma condona parzialmente la pena principale inflitta ai condannati, in questo caso quella carceraria e non quella di interdizione dai pubblici uffici, e ne condiziona la vigenza alla mancata commissione di reati da parte dei beneficiari in un lasso temporale specifico, e variabile per ognuno, che va dai tre ai sei anni.

Da un punto di vista politico, l'indulto è stato duramente contestato dai partiti di destra e centro destra, come *Vox*, *Ciudadanos* e il *Partido popular*, che, oltre a scendere nelle piazze per manifestare contro questa misura, hanno presentato ricorso dinanzi al Tribunale Supremo, dichiarando il provvedimento un tradimento all'unità nazionale e un oltraggio alla Costituzione.

L'indulto non ha soddisfatto nemmeno le pretese dei partiti indipendentisti che governano in Catalogna, i quali rivendicano con forza l'amnistia e il diritto all'autodeterminazione attraverso la celebrazione di un referendum. Il nuovo Presidente della Generalità, Pere Aragonès, ha definito infatti l'indulto un passo insufficiente e incompleto, seppur in grado di agevolare il dialogo. L'indulto ha anche contribuito ad alimentare le tensioni tra *Esquerra Republicana de Catalunya* (Erc) e *Junts per Catalunya* (JxCat) radicalizzando il confronto tra i repubblicani catalani, legati in questa legislatura al Governo di coalizione a livello nazionale, e le frange più intransigenti del separatismo catalano, vicine, invece, al *Consell per la República catalana* e a Puigdemont che operano dall'estero. Questi ultimi hanno criticato lo stesso Oriol Junqueras che, nei giorni precedenti l'indulto, aveva consegnato ai quotidiani nazionali una lettera di autocritica in cui ripudiava la via dell'unilateralismo e il radicalismo, sostenendo, per converso, una linea moderata, ispirata al modello scozzese, fondata su un negoziato con lo Stato al fine di concordare la celebrazione di un referendum di autodeterminazione.

Infine, l'indulto non ha ottenuto il sostegno unanime nemmeno all'interno del *Partido socialista obrero español* (Psoe), dove la questione è stata oggetto di vari dissensi politici e causa di nuovi posizionamenti strategici, soprattutto a livello territoriale in alcune Comunità autonome.

Alla luce di tali considerazioni, non sorprende quindi osservare come l'indulto, oltre ad aver sollevato plurime incertezze giuridiche in merito alla sua corretta applicazione (che saranno presumibilmente risolte nel quadro dei ricorsi presentati dalle opposizioni parlamentari), abbia innescato un'aspra polemica e profonde divisioni all'interno del Paese, che contribuiscono a creare diverse incognite sulla stabilità e il futuro del Governo di coalizione nazionale e sulle possibilità concrete di superare la grave crisi politico-costituzionale catalana. Al di là delle critiche e delle perplessità sul ricorso all'indulto in un contesto politico-sociale segnato da una radicale contrapposizione sul conflitto catalano, il tentativo del Premier di ricollocare tale conflitto

nell'alveo della politica e di percorrere la strada del perdono per la riapertura del dialogo e la riconciliazione sociale, non può essere considerato privo di qualsiasi utilità pubblica. E infatti già il 29 giugno, a distanza di pochi giorni dalla firma dei decreti, si è svolto alla *Moncloa* il primo incontro tra il Presidente Sánchez e il Presidente Aragonès, in cui hanno concordato di attivare una *mesa* di dialogo per risolvere il conflitto secessionista- che inizierà i suoi lavori nella seconda metà di settembre-, e altresì, di discutere le altre questioni legate al trasferimento dei fondi (compresi quelli europei legati al *Piano nazionale per la ripresa e la resilienza*, Pnrr) nel quadro della Commissione bilaterale Stato-Generalità. Nonostante dalla conferenza stampa svoltasi al termine della riunione sia emersa una distanza conclamata tra i due leader sulle modalità procedurali e i possibili sbocchi della crisi catalana, non può negarsi l'importanza della riapertura del dialogo tra Madrid e Barcellona e di una intesa di fondo sulla metodologia delle negoziazioni. Sono infatti novità che lasciano uno spiraglio di speranza per ripristinare una convivenza pacifica nel Paese, ritenuta condizione indispensabile per promuovere quella ripresa economica e sociale post pandemica che si attende nei prossimi anni.

Un altro tema che ha incendiato il dibattito politico-costituzionale di questi mesi, innescando un profondo conflitto interistituzionale e una situazione di incertezza generale, è stata la dibattuta e controversa sentenza del Tribunale costituzionale n. 148/2021, che ha giudicato incostituzionali talune misure restrittive del primo stato di allarme decretato dal Governo Sánchez per far fronte nella primavera scorsa all'esplosione del Covid-19. Nella sentenza, adottata a maggioranza di sei voti favorevoli e cinque contrari, i giudici costituzionali hanno accolto il ricorso dei parlamentari di *Vox* chiarendo che le restrizioni dei diritti fondamentali previste nel decreto n. 463/2020, sullo stato di allarme, sono state di "altissima intensità" e avrebbero, quindi, richiesto il ricorso allo stato di eccezione in alternativa a quello di allarme. Ciò che il Tribunale Costituzionale contesta non sono le misure restrittive di per sé adottate, considerate proporzionate al rischio sanitario esistente e simili a quelle approvate in altri Paesi europei, quanto piuttosto il ricorso allo stato di allarme che non legittima a compiere una sospensione generalizzata dei diritti fondamentali. Secondo il parere adottato dalla maggioranza risicata del *plenum*, le restrizioni di taluni diritti fondamentali, quali la libertà di circolazione, la libertà di domicilio, o la libertà di riunione, sono state di natura tale da determinare una sospensione, uno svuotamento (c.d. *vaciamento*) di tali diritti, e non una loro limitazione, risultando pertanto prive di quella copertura costituzionale necessaria che avrebbe invece garantito l'attivazione dello stato di eccezione. Si è compiuta, secondo quanto sostenuto nella sentenza, una sospensione dei diritti fondamentali sostanzialmente *encubierta*, che ha intaccato il contenuto essenziale di tali diritti e le garanzie costituzionali ad essi collegate. Sulla base di tali premesse, i giudici hanno sostenuto che nella fattispecie il ricorso allo stato di eccezione sarebbe stato costituzionalmente obbligato, proprio al fine di rispettare la differenza tra i due stati di emergenza e impedire allo stato di allarme di funzionare come succedaneo di quello di eccezione, senza essere corredato, però, dalle medesime garanzie parlamentari. Lo stato di eccezione infatti -come è noto- si fonda, *in primis*, su altri presupposti rispetto allo stato di allarme, legati per lo più a conflitti politici e a problemi di ordine pubblico, e segue altre modalità procedurali per la sua attivazione che si fondano su una previa autorizzazione parlamentare. A sostegno del suo utilizzo, nella sentenza si è fatto riferimento ad

una situazione molto drastica e grave prodotta dalla pandemia che ha precluso il normale esercizio dei diritti fondamentali e il funzionamento ordinario delle istituzioni democratiche, determinando una grave alterazione dell'ordine pubblico che avrebbe legittimato a pieno il ricorso allo stato di eccezione.

La sentenza, dunque, ha vivacizzato il dibattito giuridico sulla natura e i limiti degli stati d'emergenza contemplati dall'art. 116 della Costituzione, già esploso in tutta la sua portata dirompente e divisiva immediatamente in seguito alla decretazione del primo stato di allarme, in cui si era discusso, soprattutto a livello dottrinale, quale fosse lo stato emergenziale più adatto a gestire la grave situazione pandemica. Già allora i nodi cruciali del dibattito erano stati la incertezza sull'applicazione dello stato di allarme e lo stato di eccezione e le differenze intercorrenti tra sospensione e limitazione dei diritti fondamentali. Il dibattito ha evidenziato sin da subito una netta contrapposizione tra i sostenitori dello stato di allarme, come ad esempio Marc Carillo e Pedro Cruz Villalón, che hanno ritenuto il ricorso a questo meccanismo in linea con la sua configurazione costituzionale e adeguato per fronteggiare una crisi sanitaria di tale natura, e tra i fautori dello stato di eccezione, come ad esempio l'ex magistrato costituzionale, Manuel Aragon, e l'ex Procuratore Generale dello Stato, Consuelo Madrigal, che hanno giudicato il confinamento domiciliare dell'intera popolazione spagnola equivalente a una forma di sospensione dei diritti fondamentali, evidenziando le virtù del meccanismo costituzionale d'eccezione che suppone un intervento e un controllo parlamentare preventivo e rinforzato rispetto a quello di allarme.

Non sono mancate posizioni intermedie, come ad esempio quella dell'ex Ministro della Giustizia, Tomás de la Quadra Salcedo, il quale ha insistito sulla mera astrattezza di un dibattito simile, valorizzando, sul piano più propriamente pragmatico, l'utilizzo dello stato di allarme per la difesa della salute pubblica, che ha portato – a suo giudizio – a restrizioni costituzionalmente consentite.

Alcune delle valutazioni emerse nel corso di questo dibattito dottrinale sono state riprese nelle opinioni dei giudici dissenzienti, che sono state oggetto di grande attenzione, pur palesando una molteplicità di incoerenze e contraddizioni della sentenza. Nelle *dissenting opinions* si palesano diverse critiche che riguardano, in particolare: il criticato “ragionamento aprioristico” a danno del preferibile controllo successivo fondato sul parametro della proporzionalità; la prevalenza della “dogmatica” rispetto al “senso comune”; la scelta di privilegiare una visione “professorale” e non ancorata alla realtà; la valorizzazione di una giurisprudenza di concetti e non di interessi, “essenzialista” e non “costruttiva”, “quantitativa e non qualitativa” (V. P. García Manzano, *Los dos lógicas del estado de alarma comentario a la STC 148/2021, de 14 de julio*, Almacenedderecho.org).

Non va omissso di considerare che la storica sentenza del Tribunale Costituzionale si colloca fuori da un perimetro giurisprudenziale, tracciato *in primis* dal Tribunale Supremo, che ha dimostrato finora un pieno *favor* per l'applicazione dello stato di allarme, dichiarando la sua piena legalità costituzionale, nonché la necessità e la proporzionalità delle misure adottate nel suo ambito.

Poste tali premesse, non risulta difficile immaginare le conseguenze provocate sin da subito da una sentenza simile che ha negato sostanzialmente la legittimità costituzionale dello strumento

giuridico posto a fondamento delle principali misure restrittive adottate durante il primo *lockdown*. La sentenza crea, anzitutto, un serio problema *pro futuro* al Governo di coalizione, perché- a fronte di possibili nuove ondate di contagi- non potrà più ricorrere allo stato di allarme, ma sarà piuttosto costretto a proclamare lo stato di eccezione soltanto dopo aver ottenuto una previa autorizzazione parlamentare. La sentenza apre la porta, poi, ad una valanga di ricorsi e mette in discussione la responsabilità patrimoniale delle amministrazioni pubbliche, che potrebbero essere chiamate a sospendere le multe ancora pendenti per le infrazioni commesse durante la vigenza dello stato di allarme, e trovarsi obbligate a risarcire, in parte o tutto, quelle già comminate, che - secondo alcune stime- ammonterebbero finora a circa 1,14 milioni di euro.

In conclusione, si può osservare come i decreti di indulto e la sentenza sullo stato di allarme, che hanno dominato la scena politico-costituzionale degli ultimi mesi, sono questioni totalmente distinte, ma -entrambe- profondamente controverse, di estrema complessità politica, destinate ad avere conseguenze politiche e giuridiche di portata dirompente, a cominciare dalle ricadute destabilizzanti e conflittuali nei rapporti tra politica e magistratura.

Nel caso dell'indulto c'è stato un tentativo da parte del Governo nazionale di ri-politicizzare il conflitto secessionista catalano, ponendosi in contrasto con la giurisprudenza del Tribunale Supremo, dopo che per anni tale conflitto è stato oggetto di una *iper-giurisdizionalizzazione*. Centralizzazione giurisdizionale del conflitto ampiamente criticata da più parti, proprio in quanto ritenuta una conseguenza dell'incapacità politica di mediazione e risoluzione di una questione politico-territoriale di vitale importanza per la sopravvivenza dello Stato autonomico.

La sentenza sullo stato di allarme si configura, dal canto suo, come una vicenda politico-giudiziaria inedita e particolarmente complessa che, se da un lato, ha fornito indicazioni interpretative più puntuali sulla delimitazione applicativa e gli effetti dei principali meccanismi costituzionali d'emergenza, dall'altro, è intervenuta in uno spazio tendenzialmente esercitato dal decisore politico creando una profonda tensione nei rapporti tra il Tribunale costituzionale e il Governo statale. Tensione che è esplosa in tutta la sua dirompenza con la dura reazione del Governo Sánchez e che sembra destinata ad accrescere ulteriormente in vista di un'altra pronuncia sul secondo stato di allarme, cui il Tribunale Costituzionale, sempre su ricorso del partito di Santiago Abascal, è chiamato a esprimersi prossimamente.

Le vicende politico-giudiziarie appena descritte hanno contribuito a esacerbare un rapporto tra magistratura e politica che risulta già profondamente logorato in questi ultimi anni, come emerge emblematicamente dalla questione del mancato rinnovo del *Consiglio Generale del Potere Giudiziario*. Agli inizi di settembre il Presidente di tale organo, Carlos Lesmes, ha inaugurato, per il terzo anno consecutivo dalla scadenza del suo mandato, il nuovo anno giudiziario, evidenziando come il mancato rinnovo di tale organo e il persistente disaccordo tra le forze politiche, già definito anni fa come una "grave anomalia", rappresenti un serio pericolo per la indipendenza della magistratura. Situazione insostenibile, quest'ultima, che ha spinto finanche l'attuale Ministra della Giustizia, Pilar Llop, ad evidenziare, in riferimento a tale questione, come il Paese si trovi dinanzi a un vero e proprio bivio che lo obbliga a scegliere tra la ripresa economica e sociale, da un lato, e la paralisi, il conflitto e la *crispación*, dall'altro.

LE ELEZIONI NELLA COMUNITA' AUTONOMA DI MADRID E LA FORMAZIONE DEL II GOVERNO AYUSO

Il **4 maggio** si sono svolte le elezioni anticipate nella Comunità autonoma di Madrid che sono state indette dalla Presidente uscente, Isabel Díaz Ayuso, con un anticipo di due anni rispetto alla scadenza naturale della legislatura. La scelta di indire elezioni anticipate è dipesa dalla crisi apertasi con il socio di Governo, *Ciudadanos*, che aveva minacciato di ritirare il suo appoggio. Le elezioni sono state considerate, soprattutto dal *Partido Popular*, un importante banco di prova per le elezioni generali e sono state segnate da alcuni eventi di portata nazionale, come ad esempio, l'uscita di scena di Pablo Iglesias dalla politica nazionale. I risultati delle elezioni, che hanno registrato una partecipazione elevata, pari al 76%, hanno assegnato una vittoria netta ai popolari che hanno ottenuto, con il 44,7% dei voti, 65 deputati all'Assemblea generale di Madrid, ossia solo 4 deputati in meno rispetto alla maggioranza assoluta. Il secondo partito più votato è stato quello di *Más Madrid*, che ha conseguito 24 deputati nell'Assemblea con il 16,9% dei voti. La formazione di sinistra, con una collocazione e una programmazione molto simili a quelli di *Unidas Podemos*, seppur con un approccio più pragmatico, è riuscito a convertirsi nel principale partito dell'opposizione nell'arena parlamentare, superando il *Psoe* che, in queste elezioni, ha ottenuto storicamente il suo peggior risultato con il 16,8% dei voti e 24 deputati. Al quarto posto si è collocato il partito di ultradestra di *Vox*, che con il 9,3% ha guadagnato 13 deputati, seguito da *Unidas Podemos* che ha ottenuto con il 7,2% dei voti 10 seggi. Il vero tracollo è stato registrato da *Ciudadanos* che con il 3,5% dei voti non è riuscito a superare la soglia di sbarramento del 5% necessaria per ottenere la rappresentanza parlamentare.

Il Pp ha interpretato il risultato come un chiaro segnale di crisi del Governo di coalizione nazionale e una seria minaccia per la sua continuità. In realtà la vittoria elettorale del Pp è dipesa da un complesso di fattori e congiunture, quali, ad esempio: la popolarità delle misure anti *lockdown* adottate dalla Presidente Ayuso, nonostante l'elevato tasso di contagiosità nella regione; il voto di protesta contro il Governo nazionale da parte di un corpo elettorale insofferente e estenuato dopo mesi di pandemia; e infine una campagna elettorale strumentalizzata con slogan propagandistici da parte delle forze politiche in competizione e poco attenta ai problemi reali della Comunità autonoma.

Il **18 giugno** Isabel Ayuso è stata nuovamente investita alla carica di Presidente della Comunità autonoma di Madrid in prima votazione con i 65 voti del suo partito e i 12 di *Vox*, mentre i 57 deputati del blocco di sinistra hanno votato contro. Il II Governo Ayuso è un Governo monocolore appoggiato esternamente da *Vox* e formato da 9 consiglieri, 4 in meno rispetto al precedente Governo con *Ciudadanos*.

Nel discorso di investitura la Ayuso ha chiarito che alzerà un muro contro le politiche di Sánchez, accusandolo esplicitamente di aver reso la Spagna un Paese “desgajado” e “manovrato dagli indipendentisti”. Con questa dichiarazione ha fatto riferimento implicitamente agli indulti che si intendono concedere ai politici indipendentisti catalani considerati pienamente illegali e immorali dalla Presidente.

Oltre ad autoproclamarsi come una delle principali avversarie del Governo Sánchez, ha esposto nel discorso di investitura i principali contenuti del suo programma politico. Tra le proclamazioni effettuate in sede di investitura, particolare risonanza hanno avuto l'annuncio di una delle più grandi riduzioni delle imposte della storia e l'attivazione di “un chequebebè” di 500 euro al mese per le madri minori di 30 anni.

PARLAMENTO

LA LEGGE SUL CAMBIAMENTO CLIMATICO E LA TRANSIZIONE ENERGETICA

Il **20 maggio** le *Cortes Generales* hanno concluso l'iter di approvazione della legge n. 7/2021, [de cambio climático y transición energética, \(BOE n.121, del 21 maggio 2021\)](#), che rappresenta la prima legge sul cambiamento climatico per condurre la transizione ecologica nel Paese nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale. La riforma, approvata con la sola opposizione di *Vox*, si prefigge di conseguire gli obiettivi indicati negli Accordi di Parigi e di facilitare la decarbonizzazione dell'economia spagnola e la sua transizione verso un modello di economia circolare che garantisca l'uso razionale e solidale delle risorse, nonché di promuovere un modello di sviluppo sostenibile in grado di generare occupazione e ridurre le disuguaglianze. La transizione ecologica programmata nella riforma si fonda su una riduzione progressiva delle emissioni inquinanti in diverse tappe fino al raggiungimento della neutralità climatica nel 2050. Questo obiettivo dovrà raggiungersi attraverso diverse misure relative alla limitazione dell'utilizzo dei combustibili fossili, l'incremento delle energie rinnovabili, il raggiungimento della mobilità sostenibile con l'implementazione integrale di veicoli elettrici, che rappresenta uno dei punti nevralgici della riforma. Il testo prevede inoltre un modello di *governance* e partecipazione pubblica che si baserà, principalmente, su un Comitato di esperti sul cambio climatico e la transizione energetica, organo responsabile della valutazione degli interventi e delle misure da adottare, e su un'Assemblea cittadina, incaricata di promuovere la partecipazione della società civile al dibattito sulla transizione ecologica.

LA LEGGE ORGANICA SULLA PROTEZIONE INTEGRALE DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA

Il **4 giugno** le *Cortes Generales* hanno approvato [la legge organica n.8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia \(BOE n.134, del 5 giugno 2021\)](#). Si tratta di una importante riforma normativa che tende a promuovere una tutela integrale della integrità fisica e psicologica dei minori e degli adolescenti mediante la prevenzione di ogni forma di violenza. La legge, oltre a riconoscere e ampliare i diritti dei minori e degli adolescenti, mira a promuovere una campagna di sensibilizzazione e informazione in ambito familiare, sociale ed educativo, al fine di sradicare ogni forma di violenza dalla società. Introduce un obbligo generale di comunicazione immediata alle autorità competenti di indizi di violenza esercitata contro i bambini e gli adolescenti. Stabilisce i compiti dei centri di protezione dei minori di età, che dovranno applicare obbligatoriamente dei protocolli di azione e agire rapidamente per prevenire e intervenire il prima possibile in situazioni di violenza. Prevede, inoltre, la necessaria collaborazione e cooperazione tra le amministrazioni pubbliche attraverso la istituzione della *Conferenza settoriale della infanzia e dell'adolescenza*. Istituisce, infine, un Registro Centrale di informazione sulla violenza contro l'infanzia e l'adolescenza al quale sono tenute a trasmettere le informazioni le amministrazioni pubbliche, il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, e le Forze e i Corpi di polizia.

LA NUOVA LEGGE ORGANICA SULLA FISCALÍA EUROPEA

Il **1 luglio** le *Cortes Generales* hanno approvato [la legge organica n. 9, 2021, de aplicación del Reglamento \(UE\) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea \(BOE n. 157, 2 luglio 2021\)](#). Questa riforma, con cui

è stato recepito e applicato il regolamento europeo relativo al completamento costitutivo della Procura Europea, definisce le competenze della nuova Procura europea e delle Procure europee delegate sul territorio nazionale, specificando nel dettaglio le regole del procedimento per indagare, perseguire e portare in giudizio i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Nel testo della legge vengono specificate anche le competenze dei procuratori europei, che sono responsabili dell'azione penale e dello svolgimento delle indagini in piena indipendenza rispetto alle autorità nazionali. Viene definito lo statuto di tali procuratori assicurandone la indipendenza nello svolgimento delle rispettive funzioni, il rispetto dei diritti sanciti nella Carta dei Diritti fondamentali della Unione europea, la legalità, la proporzionalità, e la imparzialità nello svolgimento delle relative attività.

GOVERNO

IL GOVERNO CONCEDE L'INDULTO AI POLITICI INDIPENDENTISTI CATALANI LEGATI AL PROCÈS

Il **21 giugno** il Consiglio dei Ministri ha deciso di concedere l'indulto ai nove politici catalani implicati nella vicenda referendaria e secessionista del 2017 condannati a scontare lunghe pene detentive per i reati sedizione e utilizzo illecito dei fondi pubblici dalla nota sentenza sul *procès* del Tribunale Supremo (v. [Reales Decretos nn. 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464/2021-BOE n. 149 del 23 giugno](#)). Si tratta di un indulto parziale perché viene condonata la pena carceraria ancora pendente per i soggetti colpevoli dei reati, però si mantiene ferma la condanna all'interdizione dalle cariche pubbliche. Inoltre gli indulti sono soggetti a condizionalità perché la loro vigenza risulta condizionata alla mancata commissione di un reato grave in un lasso temporale specifico che va dai tre ai sei anni. Nel caso dovesse verificarsi una ipotesi simile, l'indulto decadrà e cesserà di dispiegare i suoi effetti. Il provvedimento di indulto, a differenza dell'amnistia rivendicata dagli indipendentisti, non rivede la sentenza, né suppone la negazione dell'esistenza del reato e della responsabilità degli autori, ma comporta solamente il perdono o la cancellazione della pena o parte di essa.

Secondo quanto affermato dal Premier Sánchez nel comunicato ufficiale, l'Esecutivo ha ritenuto opportuno concedere l'indulto per ragioni di utilità pubblica che consistono nella necessità di ristabilire l'ordine e la concordia in seno alla società catalana e spagnola. A tal proposito ha precisato che la Spagna senza la Catalogna non sarebbe la Spagna e, viceversa, che la Catalogna senza la Spagna non sarebbe la Catalogna. Ha chiarito inoltre che il Governo ha preso questa decisione perché rappresenta la soluzione migliore per il Paese e la più conforme allo spirito di concordia e convivenza della Costituzione spagnola. Il provvedimento di grazia concernente i nove leader politici tende a soddisfare anche tutti quei cittadini catalani che sostengono e si sentono solidali con loro. Il Premier ha dichiarato, infine, che con questa misura il Governo spagnolo intende aprire una nuova tappa di dialogo e re-incontro tra la Catalogna e la Spagna che ponga fine al lungo clima di divisione e scontro.

RIMPASTO DI GOVERNO: UN NUOVO GOVERNO PER LA RIPRESA DELLA SPAGNA

Il **10 luglio** il Premier Sánchez ha reso nota la rinnovata composizione dell'Esecutivo che è stato oggetto di plurimi rimpasti ministeriali sebbene non abbia alterato la sua configurazione strutturale (v. [Real Decreto 507/2021, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales](#)). Gli unici

cambiamenti strutturali hanno riguardato le vicepresidenze, che sono state ridotte a tre con Nadia Calviño come prima vicepresidente, Yolanda Díaz come seconda vicepresidente e Teresa Ribera come terza vicepresidente (v. [Real Decreto 508/2021, de 10 de julio, sobre las Vicepresidencias del Gobierno](#)). I rimpasti ministeriali hanno riguardato alcuni dicasteri che hanno visto l'ingresso di nuove figure di età più giovane e in prevalenza femminile: Pilar Llop, finora presidente del Senato, è stata chiamata a ricoprire l'incarico di Ministro della Giustizia; José Manuel Albares, giovane diplomatico ambasciatore spagnolo in Francia, è stato nominato nuovo Ministro degli Esteri, Unione europea e Cooperazione; Raquel Sánchez Jiménez, già sindaca del municipio catalano di Gava e politicamente impegnata nella difesa dell'ambiente, è stata nominata nuova Ministra dei Trasporti, Mobilità e Agenda Urbana; Pilar Alegría, docente di professione e vincitrice delle elezioni municipali nella capitale aragonese, è stata chiamata invece al Ministero dell'Educazione e della Formazione professionale; Félix Bolaños García, già Segretario della Segreteria Generale della Presidenza, è stato nominato al Ministero della Presidenza, Relazioni con le Cortes e Memoria democratica; Isabel Rodríguez García, già sindaca di Puertollano, è divenuta la nuova Ministra della Politica Territoriale e nuova Portavoce del Governo; Diana Morant Ripoll, già sindaca della città di Gandia, è stata nominata al Ministero della Scienza e della Innovazione. Infine ci sono state alcune variazioni interne con Miquel Iceta, che è passato al Ministero della Cultura, e María Jesús Montero, Ministra delle Finanze, che ha assunto anche le competenze del Dipartimento della Funzione Pubblica. Non hanno, invece, subito variazioni di alcun tipo i cinque Ministeri controllati dall'alleato di governo *Podemos*.

Il rimpasto di Governo ha portato ad un ricambio generazionale attestato dal passaggio dell'età media da 55 a 50 anni e da un rafforzamento della presenza femminile dal 54% al 63%

Il nuovo Governo, secondo le parole del Premier, si occuperà della ripresa del Paese che dovrà essere digitale, verde e puntare, per il futuro, su giovani e donne. La digitalizzazione dell'economia, la transizione energetica, la inclusione sociale, la eliminazione delle disuguaglianze sociali, e la concordia territoriale, sono solo alcune delle priorità strategiche che il nuovo Governo dovrà realizzare per promuovere quella ripresa economica e sociale necessaria per la costruzione di una Spagna migliore.

RELAZIONI ESTERE

Nel corso di questi mesi il Premier Sánchez ha svolto una serie di incontri bilaterali con i capi di Governo di diversi Paesi con cui ha siglato alleanze strategiche in diversi ambiti.

L'**11 maggio** si è svolto a Madrid un vertice bilaterale tra il Primo Ministro spagnolo e il Presidente della Repubblica argentina, Alberto Fernández. Nel corso della riunione è stata formalizzata la volontà di rafforzare le relazioni di collaborazione, soprattutto di natura economica, commerciale e culturale, tra i due Paesi. A tal proposito, il Premier spagnolo ha ricordato come il Consiglio dei Ministri abbia approvato un Piano di internazionalizzazione dell'economia spagnola situando l'America Latina e l'Argentina tra le aree di prioritaria importanza.

Il **31 maggio** Sánchez si è incontrato con il Primo Ministro polacco Morawiecki nell'ambito del tredicesimo vertice ispano-polacco svoltosi dalla firma negli anni 90 del Trattato di Amicizia. Nel corso dell'incontro sono stati affrontati diversi argomenti, quali: l'implementazione delle strategie per favorire e garantire l'accesso universale al vaccino anticovid; la transizione digitale e la trasformazione ecologica; il rafforzamento della cooperazione bilaterale nel quadro della Unione europea e della Nato; gli sforzi da realizzare nell'ambito della politica di sicurezza e di difesa. Durante il vertice sono stati firmati una Dichiarazione comune e sei accordi bilaterali in

diversi settori strategici, a cui dovrà essere data attuazione sia a livello bilaterale che nel quadro all'Unione europea.

Il **21 giugno** si è svolto a Barcellona il primo mini vertice italo-spagnolo tra i capi di Governo dei due Paesi dopo la costituzione del Governo Draghi. I due leader hanno discusso principalmente di temi economici e problemi migratori, rispetto ai quali hanno dimostrato di avere una identità di vedute. Hanno soprattutto mostrato una convergenza sulla necessità di velocizzare la esecuzione del *Recovery Fund* e di rafforzare le strategie di solidarietà e responsabilità condivisa per affrontare, nel quadro dell'Unione europea, i problemi migratori che affliggono in particolare l'Italia e la Spagna. I due leader, sebbene lontani da quella sintonia esistente tra Conte a Sánchez, hanno convenuto di mantenere per il futuro un livello di collaborazione elevata e di agire sempre come alleati e non come *competitor*.

Il **10 agosto** il Ministro degli Esteri del Nicaragua ha dichiarato inaccettabile l'ingerenza del Governo spagnolo negli affari interni del Paese. Queste dichiarazioni, che hanno aperto un conflitto diplomatico inedito tra i due Paesi, sono seguite a quelle precedentemente espresse dal Ministero degli Esteri spagnolo sul processo elettorale nicaraguense. Il Ministro spagnolo ha criticato, in un comunicato stampa, la cancellazione della lista dell'opposizione, *Ciudadanos por La libertad* (CxL), operata da parte del Consiglio Elettorale Supremo del Paese, in vista delle future elezioni generali. Il Governo spagnolo ha dichiarato che una operazione di cancellazione di questo tipo fa perdere credibilità al processo elettorale nella sua interezza privandolo di qualsiasi garanzia. La risposta del Governo nicaraguense è stata molto dura poiché ha parlato di immoralità delle istituzioni spagnole, rammentando la creazione negli anni 80 dei c.d. *Gruppi di Liberazione Antiterrorismo* (GAL), attraverso i quali la Spagna si sarebbe macchiata di crimini contro l'umanità mai indagati o processati.

LA CRISI MIGRATORIA DI CEUTA E LA CRISI DIPLOMATICA TRA LA SPAGNA E IL MAROCCO

A partire dal **17 maggio** si è aperta una grave crisi migratoria nell'*enclave* spagnola di Ceuta, perché migliaia di persone sono riuscite a entrare, via mare, nel territorio spagnolo a causa di un allentamento dei controlli transfrontalieri da parte delle autorità marocchine. L'allentamento dei controlli da parte di Rabat è stato inteso dal Governo spagnolo come una dura risposta, quasi una sorta di ricatto, per aver accolto nel Paese, sotto falso nome, il Segretario generale del Fronte Polisario, Brahim Ghali, offrendogli cure mediche in ospedale perché ammalato di Covid. Il Governo marocchino ha rimpatriato l'ambasciatore marocchino a Madrid, il quale ha giudicato inaccettabile l'apertura del Governo spagnolo nei confronti di un leader politico accusato di diverse e gravi violazioni di diritti umani e crimini contro il terrorismo, respingendo ogni accusa di aver provocato la crisi migratoria esplosa a Ceuta. Il Ministro degli Esteri spagnolo, Arancha Gonzalez Laya, ha giustificato questa scelta di accoglienza per ragioni di natura umanitaria e ha dichiarato che Madrid non "alimenterà l'*escalation* delle tensioni" con il Marocco.

Il conflitto tra i due Paesi verte prevalentemente sulla *vexata quaestio* del Sahara Occidentale, territorio che, al termine del dominio spagnolo, ha iniziato ad essere rivendicato e conteso tra il Fronte Polisario e il Marocco: il primo rivendica la celebrazione di un referendum di autodeterminazione per decidere sulla sua sovranità, mentre il secondo lo considera parte integrante del suo territorio. Il riaccendersi di questa controversia nel 2020, a causa di alcune rappresaglie ed atti minacciosi tra i due protagonisti del conflitto, ha contribuito ad alimentare le tensioni tra la Spagna e il Marocco, tra i quali si è aperta una crisi diplomatica di grandi proporzioni che ha portato a una interruzione delle loro relazioni bilaterali e ad una

intermediazione da parte di soggetti esterni, come ad esempio, l'Alto Commissario europeo Josep Borrell.

A partire dalla fine di luglio, dopo una iniziale ripresa del dialogo tra gli ambasciatori spagnolo e marocchino, i rapporti tra i due Paesi hanno registrato un iniziale miglioramento anche a causa di un chiaro cambio di attitudine da parte del nuovo Ministro degli Esteri spagnolo, José Manuel Albares. Questi ha descritto il Marocco un grande amico e ha promesso di svolgere un viaggio a Rabat. A metà agosto i due Paesi hanno raggiunto un accordo in forza del quale si è deciso di rimpatriare in Marocco dei migranti minorenni non accompagnati.

Il **22 agosto**, secondo quanto riportato da diverse fonti giornalistiche, è iniziata una nuova fase distensiva nei rapporti tra i due Paesi.

Il Re marocchino Mohamed VI, in occasione dell'anniversario della Rivoluzione del Re e del Popolo, ha annunciato la fine della crisi diplomatica e l'apertura di una nuova fase inedita nelle negoziazioni con la Spagna. Una nuova fase basata sulla fiducia reciproca, la trasparenza, il rispetto degli impegni. Il Re ha dichiarato espressamente la volontà di aprire "un dialogo senza limiti né tabù" su questioni come le frontiere delle città autonome di Ceuta e Melilla, la sovranità del Sahara Occidentale. Il Premier Sánchez, dopo aver ringraziato il Re marocchino per le dichiarazioni formulate, ha ricordato come il Marocco venga considerato da sempre un importante alleato della Spagna e dell'Unione europea e ha esortato a cogliere il superamento della crisi come una opportunità per migliorare le relazioni tra i due Paesi.

RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Nel quadro dell'Unione europea il Presidente spagnolo ha partecipato alle varie tappe del processo di integrazione europea e alle riunioni del Consiglio Europeo che si sono svolte in questi mesi. In particolare, il Governo spagnolo è stato uno dei primi ad ottenere dalle istituzioni europee una valutazione positiva sulla qualità del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* trasmesso alla fine del mese di aprile. Questo Piano rappresenta -secondo il Premier- il maggior sforzo riformista e modernizzatore dell'economia degli ultimi 35 anni, che permetterà di ottenere fondi ed effettuare investimenti e riforme strutturali seguendo una strategia complessa.

Il *Premier* ha partecipato poi alle riunioni del Consiglio europeo straordinario del **24-25 maggio**, e del Consiglio europeo ordinario del **24-25 giugno**, in cui si è discusso prevalentemente delle relazioni estere dell'Unione europea, del Covid-19, del cambio climatico, dei problemi migratori, della tutela dei diritti delle persone LGTBI e dei problemi dell'Unione bancaria. Rispetto a questi temi, il Presidente ha evidenziato come la Spagna sia stata molto attiva nell'approfondire la discussione e fornire diverse proposte riguardanti, ad esempio, la vaccinazione su scala globale, la solidarietà e il recupero della mobilità, oppure sulla crisi migratoria, la transizione energetica e il suo futuro pacchetto legislativo; e infine, nella promozione e nella tutela dei diritti fondamentali della comunità LGTBI. Ha operato un resoconto di entrambi i Consigli europei, così come della situazione politica ed economica del Paese, al Congresso dei Deputati nella seduta del **30 giugno**, dove si è soffermato, in particolare, sulle ragioni e i contenuti dell'indulto concesso agli indipendentisti catalani e sulla nuova tappa di conciliazione da attivare nello spirito costituzionale, nonché sul progetto di ricostruzione economica e sociale del Paese.

CORONA

IL RE FELIPE VI E LA POLEMICA FIRMA DEI DECRETI DI INDULTO

Il **16 giugno** la Casa Reale ha dichiarato che “il Re Felipe VI compie scrupolosamente i suoi doveri costituzionali”. Ha risposto così duramente alla polemica sollevata dalle dichiarazioni della Presidente di Madrid, Isabel Díaz Ayuso, che aveva fatto riferimento alla possibilità che il Re non firmasse gli indulti ai condannati del *procés*. L'articolo 62 della Costituzione offre una risposta a tale quesito perché non assegna al Re nessuna facoltà nell'esercizio di tale potere di grazia, decisione che spetta al Governo previa delibera del Consiglio dei Ministri. La Casa Reale, pertanto, ha fornito questa risposta ufficiale alludendo all'obbligo costituzionale e legale del Re di firmare i decreti di indulto approvati dal Governo della Nazione, senza l'esercizio di alcuna potestà decisionale e pienamente in linea con le caratteristiche fondamentali della forma di governo monarchico-parlamentare.

L'ATTO DI COMMEMORAZIONE DELLE VITTIME DEL COVID-19

Il **15 luglio** il Re e la Regina hanno presieduto, nello scenario suggestivo di *Plaza de la Armeria* del Palazzo Reale di Madrid, l'atto pubblico volto a commemorare le vittime della pandemia. Nel corso della commovente cerimonia sono state ricordate le persone scomparse a causa del Covid ed è stato ampiamente celebrato, altresì, il personale sanitario impegnato in prima linea a combattere la pandemia. In questa occasione il Re ha rimarcato l'importanza della cooperazione in tutti gli ambiti della convivenza civile.

INCONTRO TRA IL RE FELIPE VI E IL PRESIDENTE SÁNCHEZ

Il **3 agosto**, a distanza di un anno dalla uscita dalla Spagna del Re Juan Carlos, il Re Felipe VI ha ricevuto il Presidente Sánchez a Palazzo Marivent. A distanza di un anno, i problemi dell'ex Re di Spagna si sono aggravati perché è stato denunciato all'Alta Corte di Londra, dalla sua ex amante Corinna zu Sayn-Wittgenstein, con l'accusa di averla messa sotto sorveglianza facendosi coadiuvare dai servizi segreti spagnoli.

Il tema del monarca esiliato e del suo eventuale rientro nel Paese non è stato tuttavia affrontato nel corso dell'incontro, mentre il Presidente del Governo si è complimentato con il Re per l'impegno dimostrato per giungere a un compromesso sulla trasparenza e il rinnovamento della istituzione monarchica. Nel corso dell'incontro, secondo quanto dichiarato in conferenza stampa, sono stati affrontati diversi argomenti, come ad esempio quello dei finanziamenti delle Comunità autonome, rispetto al quale il Presidente del Governo si è impegnato a compiere un trasferimento di risorse verso quelle Comunità autonome che, come le Canarie e le Isole Baleari, hanno sofferto più gravemente la crisi economica causata dalla pandemia. Il trasferimento di tali risorse, a cui si sommeranno quelle provenienti dai fondi europei, sarà vincolato al rispetto di parametri oggettivi stabiliti dalla Commissione europea e alla realizzazione di progetti molto importanti legati, come nel caso delle Baleari, alla transizione ecologica, alla modernizzazione e alla digitalizzazione delle imprese.

TRIBUNALI

L'INFORME DEL TRIBUNALE SUPREMO SULLA RICHIESTA DI INDULTO PER I POLITICI INDIPENDENTISTI CATALANI

Il **26 maggio** la Sala Penale Tribunale Supremo ha adottato [un informe](#) in cui ha espresso un parere negativo sull'indulto, parziale o totale, nei confronti di Oriol Junqueras e altri politici catalani condannati fino a 13 anni di carcere per i reati di sedizione e malversazione dei fondi pubblici commessi nell'ambito del processo secessionista del 2017. Secondo i giudici, non

esistono motivi di giustizia, equità, o utilità pubblica che giustificano la concessione di una misura simile nei confronti dei politici catalani. Nell'*informe* si osserva come non sia stato violato il principio di proporzionalità delle pene e come non ci sia prova di ravvedimento da parte dei condannati. A tal ultimo proposito, si precisa, altresì, che il mancato pentimento dei condannati e la intenzione di recidiva da loro manifestata in talune occasioni dimostrano come non vi sia alcuna forma e prova di ravvedimento. I giudici ritengono che le richieste di indulto non siano minimamente fondate e aspirino a eliminare una responsabilità penale collettiva pretendendo che il Governo corregga una sentenza emessa dal Tribunale Supremo.

IL TRIBUNALE SUPREMO E IL RIGETTO DELLE MISURE RESTRITTIVE ANTICOVID ADOTTATE NELLE ISOLE BALEARI

Il **3 giugno** la sala del contenzioso amministrativo del Tribunale Supremo, con la [sentenza n. 788/2021](#), ha accolto il ricorso per cassazione n. 3704 presentato dal Pubblico Ministero contro alcune misure restrittive anticovid approvate dal Governo delle Isole Baleari e convalidate dal Tribunale di Giustizia con ordinanza del 20 maggio. Nel ricorso si contestava che le misure adottate, concernenti il coprifuoco e la limitazione delle riunioni sociali, difettassero di una base legale e non rispettassero il principio di proporzionalità. Nella sentenza il Tribunale Supremo ha operato alcune precisazioni evidenziando come tali misure difettassero non tanto nella intensità delle restrizioni quanto nella motivazione, in quanto adottate per meri motivi di prudenza e precauzione e prive, quindi, di una giustificazione adeguata.

IL TRIBUNALE SUPREMO OBBLIGA A ESPORRE LA FOTO DEL RE FELIPEVI NELL'AYUNTAMIENTO DI BARCELLONA

Il **28 giugno** la sala del contenzioso-amministrativo del Tribunale Supremo ha respinto, con la [sentenza n. 925/2021](#), il ricorso dell'*Ayuntamiento* di Barcellona contro la sentenza del Tribunale Superiore di Giustizia di Catalogna, con cui si richiedeva la rimozione della foto del Re Felipe VI dalla Sala del Municipio richiamando il Regolamento Organico municipale di Barcellona del 2015. L'articolo 75 di tale Regolamento invocato dal ricorrente, che faceva riferimento alla esposizione di elementi simbolici nel salone delle sessioni che rispondesse alla singolarità storica, allo status della capitale di Barcellona, ai principi democratici e neutralità religiosa, è stato annullato dal Tribunale Supremo, che ha richiamato il Regolamento sull'Organizzazione e il Funzionamento degli enti locali del 1986, e segnatamente, l'articolo 85 di tale Regolamento, quale prevalente norma basica statale in materia di esposizione dei simboli dello Stato. In tale articolo si stabilisce che il simbolo della forma politica dello Stato deve essere ubicato nel luogo dove preferibilmente si riunisce l'organo in seduta plenaria, in maniera che sia visibile e che il potere locale venga esercitato in piena coerenza con questa forma politica.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE RESPINGE LA RICHIESTA DI SOSPENDERE LA ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE SULLA EUTANASIA

Il **23 giugno** il Tribunale Costituzionale ha respinto la richiesta di misure cautelari avanzata da *Vox* per sospendere l'entrata in vigore della legge sulla eutanasia, prevista per il 25 giugno, in attesa che i giudici si pronuncino sul ricorso di incostituzionalità interposto su tale legge dal medesimo gruppo parlamentare. In tale occasione il Tribunale Costituzionale ha ribadito il suo precedente orientamento contrario all'adozione di una misura cautelare di questo tipo, analogamente a quanto deciso a suo tempo rispetto alla medesima richiesta presentata contro la legge sull'aborto, evidenziando come non esista alcuna disposizione normativa che contempli la possibilità di adottare una misura cautelare di questo tipo. Nel ricorso gli avvocati di *Vox* hanno

sostenuto come la legge sull'eutanasia presenti una radicale incostituzionalità perché sacrifica il diritto alla vita sulla base di una incostituzionale ponderazione con altri beni costituzionali, evidenziando come una eventuale successiva decisione di incostituzionalità di tale legge arrecherebbe un danno grave e irreparabile a coloro nei cui confronti tale legge ha già trovato applicazione. Ciò renderebbe necessario -secondo i ricorrenti- sospendere la entrata in vigore.

Il Tribunale Costituzionale ha risposto negativamente a tale richiesta argomentando come essa non trovi alcun fondamento giuridico all'interno dell'ordinamento spagnolo.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE E LA SENTENZA SULLA INCOSTITUZIONALITÀ DELLO STATO DI ALLARME

Il **14 luglio** il Tribunale Costituzionale ha adottato [la sentenza n. 148/2021 \(BOE n.182, del 31 luglio\)](#) con cui ha accolto il ricorso interposto da 50 deputati del gruppo parlamentare di *Vox*, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate del Decreto 463/2020 (commi 1,3, 5 dell'articolo 7), che istituì il primo stato di allarme nel Paese per far fronte alla pandemia Covid-19 da marzo a giugno 2020. Nella sentenza, adottata a maggioranza di sei voti favorevoli e cinque contrari, i giudici costituzionali hanno chiarito che le restrizioni dei diritti fondamentali previste nel decreto sono state di "altissima intensità" e avrebbero, quindi, richiesto la decretazione dello stato di eccezione, previa autorizzazione parlamentare, in sostituzione di quello di allarme. Il ricorso allo stato di eccezione sarebbe giustificato, infatti, secondo il ragionamento dei giudici, dalle restrizioni di alcuni diritti fondamentali, come la libertà di circolazione, la libertà di domicilio, o la libertà di riunione, che sono state di natura tali da portare a una sospensione, a uno svuotamento (c.d. *vaciamiento*) degli stessi, e non soltanto a una mera limitazione. Nel ragionamento seguito dai giudici, le misure restrittive sono state proporzionate al rischio sanitario esistente e simili a quelle adottate in altri paesi europei per far fronte all'emergenza sanitaria, ma è stato giudicato costituzionalmente illegittimo il ricorso allo stato di allarme che non legittima a compiere una sospensione generalizzata dei diritti fondamentali. Nella sentenza si chiarisce che negare questa evidenza comporterebbe rilasciare all'autorità competente ad agire, in questo caso il Governo, piena discrezionalità nella sospensione dei diritti fondamentali con il solo vincolo di dichiarare la portata restrittiva, e non sospensiva, delle limitazioni adottate.

Nel dispositivo della sentenza si chiarisce, inoltre, che la situazione creata a causa della gravità e intensità della pandemia, che ha precluso il normale esercizio dei diritti fondamentali e il funzionamento ordinario delle istituzioni democratiche, ha determinato una grave alterazione dell'ordine pubblico che avrebbe giustificato il ricorso allo stato di eccezione.

I giudici dissenzienti hanno espresso nei loro voti particolari le proprie argomentazioni contrarie al dispositivo della sentenza, evidenziando le incoerenze e le contraddizioni delle motivazioni esposte. Contraddizioni evidenziate, per esempio, dal Presidente del Tribunale, Gonzalez Riva, che ha richiamato il principio di proporzionalità quale parametro di giudizio fondamentale per valutare la entità delle restrizioni dei diritti fondamentali, nonché l'ordinanza n.40/2020, con cui si proibì la celebrazione di una manifestazione sindacale a Vigo per non mettere a rischio il diritto alla salute; ovvero anche quelle del giudice progressista Conde Pumpido che ha operato una distinzione tra sospensione e limitazione dei diritti fondamentali, evidenziando come mentre nel primo caso, collegato agli stati di eccezione e assedio, si produce una sospensione temporanea dell'efficacia del diritto fondamentale, nel secondo caso, si produce una diminuzione del contenuto del diritto fondamentale, anche drastica, che non determina il venir meno di alcune garanzie costituzionali legate al suo contenuto.

La sentenza si pone in contrasto con due precedenti sentenze del Tribunale Supremo mediante le quali sono stati respinti i ricorsi di due cittadini avverso diversi ordini ministeriali adottati dal

Governo in forza della decretazione sullo stato di allarme, ritenuti lesivi dei loro diritti fondamentali e di quelli dei loro figli minori, riguardanti, soprattutto, la libertà di circolazione e la libertà di riunione. In entrambi i casi i magistrati del Tribunale Supremo hanno difeso la necessità e la proporzionalità delle misure adottate e la piena legalità costituzionale dello stato di allarme quale strumento costituzionalmente adeguato dinanzi alla emergenza sanitaria. Entrambe le sentenze hanno rifiutato la tesi della idoneità dello stato di eccezione come requisito previo per l'adozione delle misure restrittive impugnate dai ricorrenti.

La reazione del Governo alla sentenza è stata piuttosto dura. La Ministra della Giustizia ha difeso la scelta governativa di decretare lo stato di allarme perché, per la sua rapidità, ha permesso al Paese di salvare 450.000 vite umane. La Ministra della Difesa, Margarita Robles, ha attaccato duramente la sentenza accusando i giudici autori di questa pronuncia di aver dimostrato “una mancanza di senso dello Stato”.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE CONFERMA LA SOSPENSIONE DELLA DISPOSIZIONE LEGISLATIVA CHE IMPONE IL VACCINO OBBLIGATORIO IN GALIZIA

Il **22 luglio** il *Pleno* del Tribunale Costituzionale ha deciso all'unanimità di confermare la sospensione dell'articolo 38. 2 b) della legge autonoma n. 8/2021, sulla salute in Galizia, che autorizza le autorità sanitarie regionali ad imporre ai cittadini della Comunità autonoma la vaccinazione obbligatoria, al fine di controllare la trasmissibilità delle malattie infettive (non soltanto del Covid) in situazione di grave rischio per la salute pubblica. Nell'[ordinanza 74/2021](#), il cui relatore è stato il magistrato Andrés Ollero, si evidenzia come la vaccinazione obbligatoria non rappresenti una misura preventiva espressamente contemplata dalla Legge Organica 3/1986, recante misure speciali per la salute pubblica, e che la sua introduzione determinerebbe un intervento corporale coattivo sul cittadino, a prescindere dalla sua volontà, e lo sottoporrebbe ad una sanzione in caso di rifiuto ingiustificato alla vaccinazione.

AUTONOMIE

IL DIFFERENTE LIVELLO DI RESTRIZIONI NELLE COMUNITÀ AUTONOME PER CONTENERE LA DIFFUSIONE DEL COVID-19

Il **9 maggio** è terminato lo stato di allarme in tutto il territorio nazionale che ha segnato la fine di alcune misure su scala nazionale, come ad esempio il confinamento perimetrale autonomo, al fine di condurre le Comunità autonome ad una nuova normalità. Dopo una breve iniziale fase di c.d. *desescalada* e apertura, la nuova circolazione del virus e il diverso andamento dei contagi a livello territoriale hanno spinto le Comunità autonome a ripristinare alcune misure restrittive, o ad adottarne di nuove, che hanno richiesto l'avallo dei rispettivi Tribunali di Giustizia. La situazione che si è venuta a creare in seguito alla cessazione dello stato di allarme ha portato, pertanto, ad una maggiore flessibilità e asimmetria nelle restrizioni applicate da parte delle Comunità autonome, riguardanti le chiusure perimetrali, il coprifuoco, le limitazioni nelle riunioni sia nel pubblico che nel privato, anche in base agli orientamenti seguiti da parte dei rispettivi Tribunali di Giustizia. Alcune Comunità autonome hanno fatto nuovamente ricorso ai confinamenti municipali adottando, a seconda dei casi, regole più o meno rigide per le attività legate alla ristorazione, ai bar, al commercio e alle attività di svago notturne.

LA FORMAZIONE DEL NUOVO GOVERNO CATALANO DI COALIZIONE GUIDATO DA PERE ARAGONÈS

Il **17 maggio**, a distanza di pochi giorni dal termine ultimo previsto per la formazione del nuovo Esecutivo, Erc e JxCat sono giunti, dopo diversi mesi di faticose negoziazioni, ad un accordo per la costituzione di un Governo di coalizione “forte” e “coeso”, basato sulla “lealtà”, e rivolto a costruire “la Repubblica catalana”. L’accordo prevede la elezione di Pere Aragonès alla presidenza della Generalità e scongiura il rischio di nuove elezioni. Nel commentare l’accordo, Aragonès ha fatto riferimento al suo impegno per rendere compatibile la *co-governance* con gli obiettivi di amnistia e autodeterminazione. Nell’accordo si prevede anche un voto di fiducia a distanza di due anni dalla istituzione del Governo per verificare il rendimento della via del dialogo con il Governo spagnolo, ovvero l’opportunità di percorrere la strada di un “emabate democratico” contro lo Stato. Nell’accordo si specifica che verrà istituito un organismo paraistituzionale strategico, uno “spazio a cinque”, costituito da Erc, la CUP, la ANC e Omnium, coordinato dal Consiglio per la Repubblica, che non andrà a interferire sulle decisioni del Governo spettanti alla Generalità e, comunque, non delegabili.

Il **21 maggio**, trascorsi tre mesi dalle elezioni catalane, il candidato alla presidenza ha ottenuto la investitura da parte del Parlamento catalano con i voti dei 33 deputati del suo gruppo parlamentare, i 32 del suo socio di Governo, JxCat, e i 9 della CUP. L’esito positivo della investitura è frutto dell’accordo di governo raggiunto pochi giorni prima. Il nuovo Governo independentista, quindi, conta con l’appoggio di una maggioranza di 74 parlamentari, superiore ai 68 corrispondenti alla maggioranza assoluta. Nel discorso di investitura Aragonès si è impegnato a risolvere il conflitto politico catalano e a governare per tutti facendo riferimento a una nuova tappa in cui si si renderà inevitabile l’amnistia e l’esercizio del diritto all’autodeterminazione e si porterà a termine il processo independentista catalano. Ha chiarito, inoltre, che il nuovo Governo si impegnerà a risolvere quattro sfide: quella sociale, femminista, ecologista e democratica.

Il nuovo Governo di coalizione costituito da Pere Aragonès ha garantito un equilibrio quasi integrale tra le due principali componenti independentiste di Governo, Erc e JxCat, così come la parità di genere nella composizione dell’Esecutivo. Il Governo è composto da 14 consiglieri, di cui 7 consiglieri e la presidenza affidati ad Erc e i rimanenti 7 a JxCat. A quest’ultimo sono stati affidati Dipartimenti di un certo peso politico, come ad esempio, la vicepresidenza e il dipartimento dell’Economia. Alcuni dipartimenti sono stati affidati anche a politici sottoposti a processi giudiziari collegati al *procés*. Il nuovo Esecutivo ha garantito il rispetto della parità di genere non soltanto nella composizione dello stesso ma anche nella ripartizione delle alte cariche, proprio in quanto il tema della parità è stato uno dei principali temi sui quali si è giunti a un compromesso nell’accordo di Governo.

LA NUOVA FASE DEI RAPPORTI TRA IL GOVERNO E LA GENERALITÀ

Il **29 giugno**, a distanza di pochi giorni dalla concessione dell’indulto ai nove politici independentisti catalani, il Presidente Sánchez e il Presidente della Generalità, Pere Aragonès, si sono riuniti al Palazzo della Moncloa per un incontro preliminare sulle questioni di prioritario interesse per i rapporti tra Madrid e Barcellona. I due leader hanno concordato di attivare una *mesa* di dialogo per discutere della questione independentista catalana, il cui primo incontro è stato fissato nella terza settimana di settembre. Hanno convenuto, altresì, di riattivare il canale della

Commissione intergovernativa bilaterale per discutere dei trasferimenti delle competenze e delle risorse pubbliche, comprese quelle provenienti dai fondi europei legati al *Pnrr*. Al termine dell'incontro Aragonés ha dichiarato in conferenza stampa che la distanza tra i due leader sulle modalità con cui risolvere il conflitto catalano sono evidenti. Mentre il Presidente della Generalità rimane fermo nel chiedere l'amnistia per i politici catalani e la facoltà di celebrare un referendum di autodeterminazione concordato con lo Stato per decidere sul futuro politico della Catalogna, il Premier Sánchez, per il tramite della portavoce, ha affermato che il Governo non intende spingersi oltre l'indulto sostenendo le ragioni della unità come condizione essenziale per promuovere quella ripresa economica e sociale post-pandemica necessaria per la Spagna.

Il **3 agosto**, dopo una interruzione di tre anni, si è riunita la Commissione Bilaterale Stato/Generalità catalana, in cui i due Esecutivi hanno fissato un calendario semestrale di riunioni mensili per concordare il trasferimento di nuove competenze alla Comunità autonoma. Le riunioni si svolgeranno parallelamente alla mesa di dialogo in cui verrà affrontato il problema dell'indipendentismo catalano. L'Esecutivo catalano ha individuato ben 56 competenze pendenti che potranno essere devolute alla Comunità autonoma sulla base dello Statuto di autonomia. In particolare si cercherà di ottenere in questi mesi il trasferimento di competenze in materia di borse di studio universitarie, modelli di formazione degli studenti di medicina, salvataggio marittimo e formazione professionale. Nell'incontro si è raggiunto anche un accordo per l'ampliamento dell'aeroporto di *El Prat* sancito dallo sblocco di risorse finanziarie per conseguire tale finalità. Entrambe le delegazioni si sono impegnate a ridurre la conflittualità istituzionale, però la delegazione catalana sperava di discutere in questa riunione anche il tema della gestione comune dei fondi europei per la ricostruzione economica dopo la pandemia. Secondo la vicepresidenza catalana, molti aspetti ancora dovranno essere discussi, come ad esempio, il finanziamento delle competenze cedute, la titolarità di edifici storici, o la futura legge nazionale sull'audiovisivo, che dovrà garantire la protezione della lingua catalana.

LA XXIV CONFERENZA DEI PRESIDENTI

Il **30 luglio** si è svolta nel Convento di *Sant Esteban* a Salamanca la XXIV Conferenza dei Presidenti autonomici presieduta dal Presidente del Governo Sánchez. Alla Conferenza hanno partecipato il Presidente del Governo, parte dei suoi Ministri, e 16 Presidenti delle Comunità autonome e delle due Città autonome di Ceuta e Melilla. È risultato assente soltanto Pere Aragonés che non ha visto soddisfatta la sua pretesa di discutere la gestione dei fondi europei nel quadro della Commissione bilaterale Stato-Generalità, mentre ha preso parte ai lavori il *lehendakari* basco, Urkullu, che è riuscito previamente ad ottenere garanzie sulla riscossione di nuove imposte nel proprio territorio. È la seconda volta che la Conferenza dei Presidenti si è riunita in presenza al di fuori dal Senato e sotto la presidenza del Re Felipe VI. I temi prevalentemente affrontati sono stati: il *Pnrr*, il *Recovery Fund*, la sfida demografica e il processo di vaccinazione.

Il Presidente del Governo Sánchez ha informato, *in primis*, i leader autonomici dell'acquisizione straordinaria di 3,4 milioni di dosi di vaccini Pfizer, che dovrebbero garantire l'obiettivo del 70% della popolazione vaccinata entro la fine dell'estate. Ha poi ragguagliato sui risultati raggiunti nella esecuzione del Piano recante 130 misure di fronte alla Sfida Demografica, che conta con un investimento iniziale di 10.000 milioni di euro. Infine, per quanto riguarda i finanziamenti europei, ha chiarito ai Presidenti autonomici che nel 2021 gestiranno fino al 55% dei 19 milioni

di euro destinati alla Spagna. Nel corso della Conferenza c'è stata una ampia discussione sulla riforma del finanziamento autonomico che vede schierati due orientamenti contrastanti: da un lato, coloro che sostengono la necessità di prendere in considerazione come criterio preferenziale quello del costo dei servizi per abitante, dall'altro, coloro che sostengono come criterio cardine quello della densità demografica.

I Presidenti autonomici del *Partido popular* hanno espresso ampie e diverse critiche nella metodologia e nelle modalità di svolgimento della Conferenza. Si è parlato di riunione informale, priva di serie prospettive, e della necessità di un cambiamento radicale. Lo stesso Urkullu ha parlato della necessità di una metodologia più chiara per raggiungere una “co-governance cooperativa” che rispetti l'autogoverno e i distinti ambiti competenziali.



**Le sfide della presidenza di Joe Biden.
Il ritiro dall’Afghanistan, la pandemia, il filibuster e il programma
*Build Back Better****

di Giulia Aravantinou Leonidi**

Il 29 dicembre 1940, a quasi un anno dall’entrata in guerra degli Stati Uniti a seguito dell’attacco alla base navale di Pearl Harbor il 7 dicembre 1941, il Presidente Franklin D. Roosevelt, in una trasmissione radiofonica sulla minaccia alla sicurezza nazionale, pronunciò la famosa frase che definiva gli USA come “the arsenal of democracy”. Il discorso del Presidente marcò il declino della dottrina isolazionista e non interventista che aveva dominato la politica estera del Paese dopo la prima guerra mondiale e che aveva contribuito largamente all’approvazione da parte del Congresso delle controverse leggi sulla neutralità, abrogate successivamente all’entrata in guerra degli Stati Uniti. La seconda guerra mondiale ha senza dubbio contribuito all’affermazione degli Stati Uniti sullo scacchiere geopolitico mondiale quale potenza egemone e faro della democrazia, rinvigorendo l’idea che i padri fondatori avessero creato un vero e proprio “empire of liberty”, come ha scritto il noto storico Gordon Wood. Nel corso dei decenni successivi, al termine della seconda guerra mondiale, le scelte operate in politica estera e di difesa hanno confermato la vocazione di protagonismo degli Stati Uniti sulla scena internazionale, comportando lo stanziamento di ingenti risorse economiche e militari. In anni recenti si è assistito all’affermazione di una progressiva controtendenza. Al sostanziale ridimensionamento di questa vocazione interventista, culminato nella decisione adottata dal Presidente Biden di disporre il ritiro delle truppe americane dall’Afghanistan entro il **30 agosto**, hanno contribuito diversi fattori: lo spostamento dell’asse geopolitico dall’Atlantico al Pacifico, la crisi economica che ha colpito il Paese a partire dal primo decennio degli anni duemila, le controverse vicende politiche che hanno segnato la presidenza di Donald Trump e, in ultimo, l’emergenza sanitaria che ha spostato l’attenzione sul piano interno. Ma come muore un impero? Spesso, sembra, ci sia un crescente senso di decadenza, e poi succede qualcosa, un singolo evento

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate- Università di Roma La Sapienza

che fornisce il punto di svolta. Sulla decadenza delle istituzioni democratiche statunitensi ci si è soffermati più volte in questa e in altre sedi. Il punto di svolta attuale, il ciglio del baratro su cui si affaccia la democrazia americana potrebbe essere, secondo alcuni, proprio il ritiro caotico dall'Afghanistan. Gli Stati Uniti mantengono per il momento la propria abilità militare e la propria forza economica, tuttavia, il ritiro dall'Afghanistan, ventilato da Trump e disposto da Biden, presenta certamente dei potenziali rischi per l'amministrazione americana e per il partito democratico, i cui sforzi sono rivolti sin da ora all'appuntamento elettorale delle *mid-term* del novembre 2022 in cui questa scelta potrebbe rivestire un ruolo determinante per individuare gli equilibri all'interno del Congresso. La caduta del Governo afgano eletto, sostenuto da miliardi di dollari nel corso di quasi due decenni, solleva presso i membri del Congresso interrogativi significativi sulla politica passata, presente e futura degli Stati Uniti. L'aver posto termine alla ventennale guerra al terrore inaugurata da George W. Bush dopo l'attacco alle Torri gemelle potrebbe, dunque, rivelarsi una scelta estremamente dannosa per Biden, la cui popolarità ha subito, nell'immediatezza della decisione, un calo drastico. Alcuni quotidiani hanno paragonato la fine caotica del coinvolgimento statunitense in Afghanistan alla Baia dei Porci o alla crisi iraniana del 1979 che costò a Jimmy Carter la presidenza nel 1980. Tuttavia, secondo una tendenza che si osserva da diversi anni nei sondaggi, la politica estera non sembra essere più un tema così appassionante per gli elettori americani. Saranno, pertanto, con ogni probabilità piuttosto l'economia e la gestione della crisi pandemica a pesare sull'esito delle prossime elezioni. Ciò che è certo è che l'esperienza in Afghanistan fornisce alla politica e all'opinione pubblica americane un'opportunità per riflettere e imparare dai successi e dai fallimenti al fine di orientare il futuro della politica estera degli Stati Uniti in Afghanistan e altrove.

Non è solo la politica estera a gettare ombre sull'amministrazione Biden, una rinnovata minaccia agli sforzi bipartisan del Presidente per la realizzazione del suo programma *Build Back Better* proviene dall'ostruzionismo ad opera dei repubblicani in Senato. Il *filibuster* è tornato, infatti, ad essere protagonista in questo quadrimestre in occasione del voto in Senato su alcuni provvedimenti considerati cruciali, quali l'istituzione di una commissione di inchiesta sull'assalto del 6 gennaio a Capitol Hill, fortemente voluta dalla *Speaker* Nancy Pelosi, la riforma elettorale federale contenuta nel *For the People Act* e la legge bipartisan sulle infrastrutture, il *INVEST in America Act*. Le pratiche odierne dell'ostruzionismo si presentano in maniera molto diversa da quelle del passato e rappresentano un ostacolo senza precedenti al passaggio della legislazione. L'ostruzionismo oggi si trova ad essere favorito da un "sistema a doppio binario", adottato per i lavori del Senato, e da un'atmosfera politica che si contraddistingue per essere iper-partigiana. Affrontare il problema della paralisi della Seconda Camera e valutare proposte di riforma del *filibuster* richiede, pertanto, una piena comprensione di queste due questioni che sono strettamente correlate alle pratiche ostruzionistiche odierne.

La problematicità intrinseca dell'ostruzionismo presso il Senato degli Stati Uniti non è certo un tema nuovo con il quale confrontarsi. È noto infatti che per governare in Senato non è sufficiente avere una maggioranza bensì una super-maggioranza. I senatori godono di un diritto di parola illimitato sulle misure in discussione, privilegio di antica memoria che è invece negato ai membri della Camera dei rappresentanti, dove vige il contingentamento dei tempi degli

interventi. Tale diritto consente il ricorso a tattiche dilatorie, tuttavia secondo la “Rule XXII” del regolamento interno è possibile interrompere il dibattito e passare al voto sul merito del provvedimento con una mozione di chiusura detta *cloture motion* che deve essere approvata da 3/5 dei senatori eletti, ossia, da 60 senatori su 100. Il ricorso al *filibuster* ha comportato, nel corso della vita delle istituzioni democratiche statunitensi, diversi problemi e paradossi sfociati in battute d’arresto definitive a carico di provvedimenti che avrebbero avuto un impatto significativo sulla vita del Paese. Numerosi sono stati nel corso del tempo i tentativi di limitare l’ostruzionismo in Senato e di regolamentarlo. Purtroppo l’adozione negli anni ‘70 del “two track system”, che consente di avere due progetti in discussione in Aula, ha reso il paradosso del *filibuster* un’arma potente nelle mani dei Senatori, come è risultato evidente anche in questo quadrimestre. Prima dell’adozione del sistema a doppio binario, i tentativi di approvare una *cloture motion*, o le richieste di interruzione del dibattito, non superavano mai le sette per Congresso; nel 1972, il numero di tentativi di *cloture* è salito a 24 e da allora è in costante crescita.

La partigianeria rappresenta, come si è detto, uno dei principali stimoli alle pratiche di ostruzionismo, dispiegando degli effetti negativi sulle prospettive di successo della maggior parte dei provvedimenti in esame al Senato: dalla tutela del diritto di voto, alla legislazione a tutela dell’ambiente e la riforma sanitaria.

L’uso e l’abuso del *filibuster* distorcono il processo legislativo negli Stati Uniti fino a determinarne in alcuni casi la paralisi, destando la preoccupazione di parte della politica e dell’accademia che si interroga da tempo sulla necessità di un intervento riformatore che ne contenga gli effetti negativi sul sistema. Cambiare le regole del gioco necessita tuttavia di un accordo bipartisan che al momento sembra assai lungi dal potersi realizzare. La questione si trasforma così da regolamentare a politica anche in ragione del fatto che le maggioranze, e di conseguenza le super-maggioranze, sono negli Stati Uniti il risultato di alterne fortune elettorali e delle oscillazioni del consenso che possono rendere la maggioranza di oggi la minoranza di domani a cui uno strumento potente e paradossale come il *filibuster* non può che tornare utile.

Se da una parte la maggioranza richiesta dal regolamento per aggirare le pratiche ostruzionistiche avrebbe il potenziale scopo di favorire il raggiungimento di una posizione di compromesso tra le diverse fazioni, nella realtà della politica americana sempre più polarizzata non fa che esacerbare il livello dello scontro, paralizzando di fatto il sistema e impedendo l’approvazione di provvedimenti necessari per la ripresa del Paese ancora alle prese con gli effetti devastanti della pandemia che negli Stati Uniti ha mietuto quasi 700milavittime. A proposito di quest’ultima, il rapporto dell’*Intelligence* sulle origini del virus, pubblicato alla fine di **agosto**, non fornisce risposte definitive e getta ombre sul governo cinese, con il quale l’amministrazione continua a intrattenere fragili relazioni diplomatiche.

Anche l’eredità dell’amministrazione Trump costituisce un pesante lascito con cui fare i conti. Sebbene le controversie legali sui sospetti brogli elettorali appaiano per il momento essere state definitivamente risolte a favore dei democratici, nuove minacce arrivano dagli Stati a maggioranza repubblicana (dall’approvazione di leggi limitative del diritto di voto e dai tentativi di spingere la Corte Suprema a rivedere la sentenza del 1973 *Roe v. Wade* che ha legalizzato l’aborto nel Paese).

Il cammino del Presidente Biden si conferma pertanto impervio. Le sfide che dovrà fronteggiare nei prossimi mesi per onorare la promessa elettorale di riappacificare il Paese e realizzare il programma *Build Back Better* saranno decisive per determinare anche l'esito dell'appuntamento con le urne del 2022. In questo contesto il Congresso è chiamato a svolgere un ruolo cruciale, soprattutto a seguito dell'istituzione di due importanti commissioni di inchiesta: quella sull'attacco a Capitol Hill del 6 gennaio e sul ruolo dei sostenitori di Trump e quella sulla vicenda dei dati segretamente ottenuti dal Dipartimento di Giustizia, relativamente agli account di Adam Schiff (D-Calif.), attuale presidente della Commissione *Intelligence* della Camera, e del deputato Eric Swalwell (D-Calif.), entrambi critici nei confronti dell'ex-Presidente.

Ancora una volta il futuro dell'ordinamento statunitense sarà determinato dagli equilibri che Esecutivo e Legislativo saranno in grado di realizzare a vantaggio del buon funzionamento del sistema costituzionale e del Paese.

ELEZIONI

ELEZIONI SUPPLETIVE IN NEW MEXICO

A rappresentare il 1° distretto del New Mexico sarà la Democratica Melanie Stansbury. Stansbury il **2 giugno** ha infatti vinto con un margine di 25 punti percentuali. Le elezioni suppletive si erano rese necessarie dopo che la deputata Deb Haaland ha rassegnato le dimissioni per poter assumere la carica di Segretario degli Affari Interni. Stansbury ha ottenuto il 60,3% dei voti, Mark Moores (R) il 35,7%. Le elezioni hanno visto la partecipazione di oltre 130.000 elettori. Il seggio comprende la città di Albuquerque, la città più importante dello Stato, e delle zone rurali attorno alla città. Si tratta di un territorio la cui popolazione è costituita in maggioranza da elettori bianchi non ispanici per il 47,4% e da ispanici per il 42,6%, vi è anche una considerevole minoranza nativo-americana pari al 3,5%. Gli elettori nel distretto hanno votato alle scorse elezioni presidenziali Biden 60% e Trump 37%. Si trattava quindi di un seggio sicuro per i Democratici, ma il risultato era atteso soprattutto per capire se il GOP avesse guadagnato terreno in questi mesi. Il risultato suggerisce che nulla sia cambiato rispetto a otto mesi fa e che i Democratici sono ancora avanti a livello nazionale.

EVERS SI RICANDIDA A GOVERNATORE DEL WISCONSIN

Il Governatore democratico Tony Evers ha ufficializzato il **4 giugno** la sua ricandidatura per il 2022, dopo averlo lasciato intendere per diversi mesi. A dirigere la sua campagna sarà Cassi Fenili che stato il vice direttore della campagna nel 2018, quando Evers aveva sconfitto il governatore repubblicano Scott Walker. Fenili ha lavorato per la prima metà del 2019 nell'ufficio del Governatore come direttore delle nomine di Evers e poi ha assunto il ruolo di consigliere per la campagna di Evers e per il Partito Democratico statale. Evers ha già accumulato più di 3,4 milioni di dollari di contributi per la campagna elettorale. Tra i Repubblicani a sfidarlo potrebbero essere la ex vice governatrice Rebecca Kleefisch e il lobbista Bill McCoshen.

RAPPORTO DELLA COMMISSIONE DEL MICHIGAN SUI BROGLI ELETTORALI

L'indagine condotta dalla Commissione vigilanza del Senato statale del Michigan, a guida repubblicana, non ha riscontrato prove di brogli elettorali su larga scala alle elezioni 2020 ed ha

raccomandato al Procuratore Generale del Michigan l'apertura di un'inchiesta a carico di coloro che avevano ventilato l'ipotesi di irregolarità nel processo elettorale. Il risultato di questa indagine è stato pubblicato il **23 giugno** in un rapporto di 35 pagine che sottolinea le falsità sui brogli elettorali e le teorie del complotto diffuse dall'ex presidente Trump e dai suoi sostenitori all'indomani delle elezioni di novembre. L'indagine durata diversi mesi respinge le affermazioni degli attivisti repubblicani secondo cui alcune macchine per il voto sono state manipolate nella contea rurale di Antrim, dove un errore umano (da parte di un funzionario elettorale repubblicano) aveva inizialmente portato a segnalare risultati errati, che poi sono stati corretti nelle ore successive. Nel testo si riconosce la necessità di emendare l'attuale legge elettorale del Michigan, ma nulla che sia neanche lontanamente in grado di mettere in discussione l'integrità delle elezioni del 2020. Nel mese di **maggio**, Trump aveva ribadito le sue accuse denunciando un intenzionale trasferimento dei voti nel Michigan al Presidente Biden.

LE PRIMARIE PER IL SINDACO DI NEW YORK

Il Presidente del Brooklyn Borough, Eric Adams, ha vinto il **7 luglio** le primarie democratiche per la carica di sindaco di New York City con il 50,5% dei voti, ovvero un margine di circa 8 mila preferenze.

ELEZIONI SUPPLETIVE IN TEXAS

Il **27 luglio** si sono svolte le elezioni suppletive nel distretto TX-06 della Camera dei Rappresentanti, con la vittoria a sorpresa del veterano Jake Ellzey, un candidato dell'ala moderata del Partito Repubblicano, che ha sconfitto a sorpresa la favorita Susan Wright, anche lei repubblicana e vedova del defunto Ron Wright. L'elezione ha registrato una affluenza piuttosto bassa: 39.116 votanti, pari al 7,9% dei 493.000 elettori registrati. Al primo turno avevano votato 78.471 elettori, pari al 15,9% di affluenza. Il ballottaggio interno ai repubblicani, suscitava curiosità circa le indicazioni che avrebbe fornito sulle dinamiche interne al partito, considerato l'*endorsement* di Trump a Susan Wright, già in testa al primo turno.

PRIMARIE IN OHIO

Il **3 agosto** si sono svolte le primarie per le elezioni suppletive in due distretti della Camera, l'undicesimo e il quindicesimo. L'elezione speciale in OH-11 si è resa necessaria dopo le dimissioni della deputata Marcia Fudge, entrata a far parte dell'amministrazione Biden. Il distretto è fortemente democratico: racchiude le zone più afroamericane tra le città di Cleveland e Akron (la città natale di LeBron James). Con un Partisan Index di D+30 è uno dei distretti più "blu" della nazione. In OH-15, invece, si vota a seguito delle dimissioni del repubblicano Steve Stivers, che ha assunto il ruolo di CEO della Camera di Commercio dell'Ohio. Il distretto è tendenzialmente repubblicano. Dovrebbe quindi rimanere in mano al GOP, ma c'è sicuramente un minimo di incertezza in più rispetto all'altro distretto. Entrambe le primarie rappresentano un test interessante per i partiti. Nell'undicesimo distretto l'attenzione era alta per le primarie democratiche, dove si sfidavano la favorita Nina Turner, sostenuta da Sanders e dall'ala più progressista, e Shontel Brown, candidata centrista sostenuta da Hillary Clinton e dall'*establishment* del partito, entrata in corsa più tardi. Il risultato è una dura sconfitta per Bernie Sanders, che si era recato nel distretto per tenere un comizio a sostegno di Nina Turner, ed in generale per l'ala progressista del partito che l'aveva appoggiata. Tra i repubblicani vince Laverne Gore. Nel quindicesimo distretto, seggio favorevole ai repubblicani, la vittoria nelle primarie GOP è stata netta per il candidato sostenuto dall'ex presidente Donald Trump, che ottiene così un riscatto dopo la delusione nella suppletiva in TX-06. Il candidato trumpiano Mike Carey ha vinto

agevolmente arrivando primo in tutte le contee (tranne una), mentre tutti gli altri candidati non sono andati oltre il 13%. L'*endorsement* di Trump questa volta ha avuto un effetto decisivo nel trascinare alla vittoria lo sconosciuto Carey. Carey non ha ottenuto comunque la maggioranza assoluta, ed è da segnalare il fatto che la somma dei voti ottenuti da tutti i candidati più moderati è superiore alla sua. Tra i democratici vince Allison Russo, ma il distretto dovrebbe rimanere in mano repubblicana. Le elezioni generali, sia in OH-11 sia in OH-15, si svolgeranno a inizio novembre insieme alle altre elezioni previste quest'anno.

RIFORMA ELETTORALE IN TEXAS

La Camera del Texas ha approvato il **27 agosto** la riforma elettorale proposta dai repubblicani con 80 voti a favore e 41 contrari. Tra le previsioni maggiormente contestate dai democratici il divieto di tenere aperti i seggi 24 ore su 24 e il voto "drive through", ovvero i seggi organizzati all'interno di parcheggi per consentire il voto dalla propria auto. Si tratta di due sistemi di voto fortemente usati alle elezioni dello scorso novembre nella contea di Harris, dove si trova la città di Houston, roccaforte democratica dello Stato della Stella Solitaria. Altre disposizioni riguardano il divieto di inviare schede per posta non richieste dagli elettori, inclusi coloro che hanno oltre 65 anni e quindi hanno diritto al voto per corrispondenza in base alla legge del Texas, così come ulteriori restrizioni del voto via posta, maggiori garanzie per gli osservatori elettorali dei partiti presso i seggi e nuovi limiti imposti alle organizzazioni che coadiuvano il voto degli elettori con difficoltà motorie e che si occupano di portarli ai seggi per votare. Secondo le organizzazioni per la difesa del diritto al voto si tratta di leggi che renderanno più difficile il voto delle categorie più marginalizzate, in particolare delle minoranze etniche, che votano principalmente democratico. La versione della legge approvata dalla Camera è comunque leggermente diversa da quella approvata dal Senato. Questo significa che occorrerà ora un voto finale del Senato prima di inviare la legge alla firma del Governatore repubblicano Greg Abbott. Una volta firmata questa legge, il Texas si assocerà ad una serie di altri Stati chiave a guida repubblicana, come Georgia e Florida, che hanno approvato analoghe leggi restrittive del diritto di voto a seguito delle elezioni 2020. L'unico modo per i democratici di questi Stati di evitare che queste leggi incidano in maniera decisiva sulle prossime elezioni, a partire da quelle di medio termine del novembre 2022, è sperare che a livello nazionale i democratici trovino un accordo al loro interno per abolire, almeno parzialmente, il *filibuster* al Senato ed approvare leggi che annullino queste restrizioni e rendano più facile votare.

PARTITI

CAMBIAMENTI AI VERTICI DELLA CONFERENZA DEI DEPUTATI REPUBBLICANI

I deputati repubblicani della Camera dei Rappresentanti hanno votato il **12 maggio** per rimuovere la deputata Liz Cheney (R-Wyo.) dalla posizione di presidente della Conferenza dei deputati repubblicani, una posizione che equivale al n. 3 in scala gerarchica dei repubblicani alla Camera dei Rappresentanti. La votazione si è svolta nell'ambito di una riunione a porte chiuse a Capitol Hill. Il risultato era considerato scontato in ragione delle prese di posizione pubbliche da parte dell'ex Presidente Donald J. Trump e del leader della minoranza repubblicana alla Camera, Kevin McCarthy (R-Calif.) a favore della sua rimozione. Le pesanti critiche, espresse dalla stessa Cheney nei confronti dell'ex Presidente Trump per la sua posizione sui presunti e mai comprovati brogli elettorali, rappresentano la ragione per cui il partito repubblicano ha votato per la sua

rimozione. A sostituirla sarà molto probabilmente la deputata Elise Stefanik (R-N.Y.). Quest'ultima ha ricevuto *l'endorsement* sia di Trump che di McCarthy, nonostante le resistenze espresse da parte degli esponenti dell'ala conservatrice del partito che le rinfacciano le sue precedenti posizioni definite come troppo *liberal*.

VERSO IL 2024

Il Presidente del Comitato Nazionale Democratico Jaime Harrison il **31 luglio** ha inviato una lettera a oltre venti città degli Stati Uniti invitandole a presentare domanda per ospitare la *convention* del 2024. La lettera dà il via alla pianificazione della convention del DNC. Nella lettera, Harrison promette un vantaggio economico per la città selezionata, spiegando che in passato l'impatto economico è stato tra i \$ 150 milioni a \$ 200 milioni.

CONGRESSO

COVID-19 HATE CRIMES ACT

Il **19 maggio** La Camera dei Rappresentanti ha votato in via definitiva con 364 voti a favore e 62 contrari la legge che aumenta le pene per i crimini di odio contro gli americani di origine asiatica, il [Covid-19 Hate Crimes Act](#). Introdotta in origine dalla deputata Grace Meng (D-N.Y.), la nuova legge rappresenta il primo concreto tentativo da parte del Congresso di porre un freno all'ondata di odio contro gli americani di origine asiatica, seguita all'arrivo della pandemia. Nel corso dello scorso anno ci sono contati numerosi episodi di odio razziale.

COMMISSIONE SUL DOJ

I leader democratici del Senato hanno chiesto l'**11 giugno** agli ex Procuratori Generali dell'Amministrazione Trump, Jeff Sessions e William P. Barr, di testimoniare dinanzi al Congresso sulla vicenda dei dati segretamente ottenuti dal Dipartimento di Giustizia.

Sono stati in particolare il leader della maggioranza democratica Chuck Schumer (D-N.Y.) e il presidente della Commissione Giustizia del Senato, Dick Durbin (D-Ill.), a chiedere che i due Procuratori Generali rendano testimonianza dinanzi alla Commissione che sta indagando su questa vicenda.

La vicenda in oggetto riguarda la richiesta inoltrata dal Dipartimento di Giustizia, ai tempi della presidenza di Trump, alla Apple per ottenere i metadati ed altri dati degli account di Adam Schiff (D-Calif.), attuale presidente della Commissione Intelligence della Camera, del deputato Eric Swalwell (D-Calif.), e di alcuni membri del loro staff e familiari. Schiff e Swalwell sono stati tra i più aspri critici dell'ex presidente Trump ed in particolare il primo ha avuto un ruolo chiave nel primo fallito *impeachment* contro Trump per la vicenda Ucraina.

Dopo la richiesta da parte dei leader democratici si è mosso anche l'Ispettore Generale del Dipartimento di Giustizia, Michael Horowitz, che ha annunciato l'avvio di una inchiesta interna sulle attività del Dipartimento all'epoca della presidenza Trump.

MEDAGLIE D'ORO PER LA DIFESA DI CAPITOL HILL

La Camera dei Rappresentanti ha approvato a larga maggioranza il **16 giugno** una proposta di legge per l'assegnazione di medaglie d'oro al valore congressuale a tutti gli agenti di polizia che hanno difeso il Campidoglio dall'assalto dei manifestanti trumpisti lo scorso 6 gennaio. La legge è stata approvata con 406 voti a favore. Ad opporsi, solo 21 deputati repubblicani.

FOR THE PEOPLE ACT

Come ampiamente previsto, i repubblicani hanno bloccato al Senato il *For the People Act*, la proposta di riforma elettorale approvata dalla Camera a maggioranza democratica qualche mese fa. Il voto procedurale è finito il **23 giugno** con 50 senatori (tutti democratici) a 50 (tutti repubblicani). La maggioranza necessaria per iniziare il dibattito in aula della proposta di legge era di 60. Sebbene il risultato finale di questa votazione fosse scontato, non era neppure sicuro che i democratici potessero contare su tutti i senatori del proprio *caucus*, fino a quando nel pomeriggio Manchin ha annunciato il suo voto a favore. La proposta di legge bloccata dal Senato prevede tra le altre cose l'espansione del voto anticipato e via posta, il divieto di *gerrymandering*, la previsione di commissioni indipendenti per stabilire i nuovi distretti congressuali e altre misure per facilitare l'accesso al voto. La prospettiva di una riforma elettorale federale resta al momento molto remota, nonostante la Casa Bianca ed i democratici si siano molto impegnati su questo tema. In questa situazione è molto probabile che sia il diritto al voto che il *filibuster* diventino argomenti di primo piano della prossima campagna elettorale per le elezioni di medio termine del 2022.

LACOMMISSIONE SUL 6 GENNAIO

La Camera dei Rappresentanti ha votato il **20 maggio** con 252 voti a favore e 175 voti contrari per approvare un disegno di legge che istituisce una Commissione che indaghi sull'assalto al Campidoglio del 6 gennaio. Il leader della minoranza Kevin McCarthy e la leadership del GOP si erano opposti, ma 35 repubblicani alla Camera hanno votato a favore, evidenziando le fratture del Partito Repubblicano su questo tema. La Commissione sarà costituita da 10 membri di entrambi i partiti e avrà il compito di studiare i fatti e le circostanze dell'attacco del 6 gennaio al Campidoglio, nonché i fattori che possono aver provocato l'attacco alla democrazia americana. Al termine dei suoi lavori la commissione pubblicherà un rapporto finale, entro il 31 dicembre 2021, contenente i risultati e le raccomandazioni per prevenire futuri attacchi alle istituzioni democratiche. La *Speaker* democratica della Camera dei Rappresentanti ha annunciato il **24 giugno** la creazione della Commissione Speciale della Camera dei Rappresentanti a guida democratica. La struttura ed i membri di questa Commissione saranno annunciati in un momento successivo. La creazione di questa Commissione permetterà di unificare in una singola Commissione inquirente tutte le indagini attualmente in corso al Congresso sugli eventi di quel giorno, dopo che i Repubblicani hanno bocciato al Senato la creazione di una Commissione indipendente modellata su quella dell'11 settembre. Nancy Pelosi (D-Calif.), ha reso noto il **21 luglio** di aver rigettato le nomine fatte dal leader dei repubblicani della Camera, Kevin McCarthy (R-Calif.) dei deputati Jim Jordan (R-Ohio) e Jim Banks (R-Ind.), come membri della Commissione. La Speaker ha giustificato la propria decisione sostenendo che sia Jordan che Banks hanno votato contro la certificazione della vittoria di Biden. La prima audizione della nuova Commissione si è tenuta il **27 luglio**.

INVEST IN AMERICA ACT

Il Senato l'**11 agosto** ha approvato in via definitiva la legge bipartisan sulle infrastrutture, l'[*INVEST in America Act*](#), dopo un acceso dibattito durato diversi giorni. Il risultato del voto finale è stato di 69 senatori a favore e 30 contrari. A votare a favore sono stati tutti i 50 senatori democratici oltre a 19 senatori repubblicani. Ad annunciare il risultato del voto è stata la Vicepresidente Kamala Harris in qualità di Presidente del Senato. Trattandosi del passaggio finale della legge, la maggioranza richiesta era di soli 51 voti, a differenza dei precedenti voti procedurali che richiedevano 60 voti di maggioranza. Il testo così approvato passa alla Camera dei

Rappresentanti per il voto decisivo in autunno. L'approvazione di questa legge da parte del Senato rappresenta una grande vittoria politica per la Casa Bianca. La proposta di legge approvata oggi dal Senato è il più grande piano di investimenti in infrastrutture approvato negli ultimi decenni dal Congresso americano. Ha un importo complessivo di 1,2 mila miliardi, di cui 550 miliardi di nuove spese. Per evitare di essere soggetti da parte dei repubblicani al *filibuster*, ovvero la regola procedurale che prevede una maggioranza di almeno 60 membri per il passaggio di qualsiasi legge al Senato, i democratici hanno deciso di usare una procedura facilitata chiamata *budget reconciliation*.

JOHN R. LEWIS VOTING RIGHTS ADVANCEMENT ACT

Il **24 agosto** la Camera dei Rappresentanti ha approvato una nuova proposta di legge sul diritto di voto, nel tentativo di fermare l'ondata di restrizioni adottate da diversi Stati repubblicani negli ultimi mesi. La proposta, il [John R. Lewis Voting Rights Advancement Act](#), è passata con 219 voti a favore e 212 contrari. Un passaggio favorevole anche dal Senato, permetterebbe di restaurare alcune porzioni del *Voting Rights Act* del 1965, che davano al governo federale la possibilità di bloccare emendamenti alle leggi elettorali statali. Ma al momento al Senato, dove resta in vigore il *filibuster*, c'è una sola esponente repubblicana (Lisa Murkowski) che si è detta a favore di questa legge. L'alternativa è quella che i democratici decidano di abolire il *filibuster* legislativo integralmente oppure solo per le questioni legate al diritto di voto (il cosiddetto “*carve out*”).

PRESIDENTE

LO STAFF DELLA CASA BIANCA E LA IVY LEAGUE

Joe Biden, orgoglioso laureato dell'Università del Delaware e della *Syracuse Law School*, ha incluso nel suo staff alla Casa Bianca quasi il doppio di laureati della *Ivy League* rispetto al suo predecessore. Il 41% dei membri dello staff della Casa Bianca di Biden di livello medio o alto ha una laurea ottenuta presso un'università della *Ivy League*. L'istituzione della *Ivy League* più rappresentata alla Casa Bianca di Biden e Trump è l'Università di Harvard. Trentacinque membri dello staff di Biden, pari al 17% del personale impiegato, hanno una laurea ottenuta ad Harvard. Tra questi anche il capo dello staff, Ron Klain, e l'avvocato Dana Remus. Operando un confronto con la precedente amministrazione, possiamo notare che diciannove membri dello staff di Trump, pari all'11%, tra cui Jared Kushner e Steve Bannon, avevano conseguito la laurea ad Harvard. Anche Yale è ben rappresentata nella nuova amministrazione Biden. Uno studio condotto a **maggio** mostra che tra i 29 laureati della prestigiosa università della *Ivy League* spiccano il consigliere per la sicurezza nazionale, Jake Sullivan, il direttore del Consiglio economico nazionale, Brian Deese, e il capo dello staff del Consiglio di sicurezza nazionale, Yohannes Abraham.

JUNETEENTH

Il **19 giugno** negli Stati Uniti è festa federale: il *Juneteenth*, vale a dire la celebrazione del giorno in cui l'ultimo schiavo afroamericano è stato liberato dalle catene nel 1865, dopo 2 anni e mezzo dalla Proclamazione di Emancipazione di Abraham Lincoln, è stato infatti per la prima volta nella storia americana riconosciuto ufficialmente come festività federale. Il Presidente Joe Biden ha firmato il **17 giugno** la legge che istituisce il *Juneteenth* come festività federale.

PIANO PER L'IMMIGRAZIONE

Mentre il numero di migranti fermati al confine meridionale con il Messico che è arrivato al livello più alto da due decenni, l'Amministrazione Biden ha presentato il **27 luglio** un [piano](#) da 21 punti per velocizzare le procedure di richiesta di asilo ed allo stesso tempo anche le espulsioni per chi non ha diritto a chiedere asilo. Nel piano, la Casa Bianca chiede ai funzionari che si occupano delle richieste di asilo di assumere la piena autorità decisionale, permettendo così ai richiedenti asilo di bypassare le corti che si occupano di immigrazione, che al momento hanno un *backlog* di 1,2 milioni di richieste arretrate di asilo da smaltire. La Casa Bianca intende anche inviare le richieste di asilo a corti dedicate, in modo tale che abbiano priorità.

L'OMBRA DI NUOVE INGERENZE RUSSE SULLE ELEZIONI DI *MID-TERM* DEL 2022

Il Presidente ha mosso delle critiche alla Russia accusandola di mettere in atto strategie informatiche per sabotare le elezioni di metà mandato del 2022 attraverso il ricorso a tecniche di disinformazione.

LA BATTAGLIA SULLE DICHIARAZIONI DEI REDDITI DELL'EX PRESIDENTE TRUMP

Il Dipartimento di Giustizia ha ordinato all'IRS di consegnare al Congresso le dichiarazioni dei redditi dell'ex Presidente Trump. Era stata la Commissione *Ways & Means* della Camera dei Rappresentanti a chiedere per anni, senza successo, di ottenere tali dichiarazioni dei redditi. Quando Trump era alla Casa Bianca, una lunga battaglia legale aveva impedito che questo avvenisse.

VERTICE PER LA DEMOCRAZIA

Il Presidente Biden ha deciso di convocare i leader mondiali a dicembre per un vertice virtuale delle democrazie, con l'intento di esplorare i modi in cui le nazioni democratiche possano unirsi contro l'autoritarismo. Si tratta di un vertice che costituisce un adempimento delle promesse di Biden in campagna elettorale. Il vertice si terrà il 9 e 10 dicembre. Il summit virtuale di due giorni avrà luogo poco prima del primo anniversario dell'attacco del 6 gennaio al Campidoglio degli Stati Uniti da parte di una folla di manifestanti pro-Trump.

AFGHANISTAN

Il Presidente ha pronunciato il **26 agosto** un [discorso](#) alla nazione dopo i due attacchi terroristi a Kabul che hanno ucciso 13 cittadini americani. Si è trattato del più grande numero di vittime americane in Afghanistan dal 6 agosto 2011 e dei primi soldati americani morti in Afghanistan dopo gli accordi di Doha sottoscritti nel febbraio 2020. Alcuni giorni dopo, il **31 agosto**, il Presidente ha tenuto un nuovo lungo discorso alla nazione in occasione della fine della guerra ventennale in Afghanistan, nel corso del quale ha difeso con veemenza le sue contestate scelte dopo il ritiro americano dal Paese.

RAPPORTO DELL'INTELLIGENCE SULLE ORIGINI DEL COVID

L'Ufficio del Direttore della *National Intelligence* ha rilasciato il **27 agosto** il sommario non classificato delle conclusioni del rapporto dell'*intelligence* americana sulle origini del Covid-19. È stato stabilito con un buon grado di certezza che il Covid-19 non è stato sviluppato come arma biologica e che le autorità cinesi non erano a conoscenza dell'esistenza del virus prima dei primi

casi di contagio a Wuhan nel dicembre 2019. La teoria più probabile dell'origine del Covid-19 è quella dell'esposizione naturale al contagio da parte di esseri umani a contatto con animali contagiati con questo virus o con un suo parente prossimo. Nel rapporto si afferma tuttavia di non essere in grado di fornire una spiegazione definitiva sull'origine del virus fino a quando non saranno acquisibili nuove informazioni che possano provare il modo in cui il virus si è trasmesso in via naturale agli umani mediante contatto con animali contagiati o determinare che un laboratorio di Wuhan stesse studiando il SARS-CoV2 o un suo immediato progenitore nelle settimane prima dell'inizio dell'epidemia

CORTI

OBAMACARE

La Corte Suprema ha deciso il **17 giugno** di salvare l'*Affordable Care Act* dall'ultimo attacco sferrato dai repubblicani, preservando la riforma sanitaria di Barack Obama. La [sentenza](#), che pone fine ad una lunga serie di battaglie legali, è stata approvata con 7 voti a favore e 2 contrari. A favore si sono espressi Stephen Breyer (estensore dell'opinione di maggioranza), Elena Kagan, Sonia Sotomayor, John Roberts, Clarence Thomas, Brett Kavanaugh ed Amy Coney Barrett. Contrari: Samuel Alito e Neil Gorsuch. L'ultima battaglia legale è iniziata nel 2018 dopo che 18 Stati a guida repubblicana, guidati dal Texas, hanno chiesto alle corti federali di dichiarare incostituzionale l'*Affordable Care Act* (ACA), visto che la riforma fiscale del 2017 aveva annullato la sanzione collegata alla mancata osservanza del mandato individuale, ovvero dell'obbligo per ogni cittadino americano di essere in possesso di una assicurazione sanitaria. La decisione della Corte Suprema ribalta sostanzialmente quella delle Corti di livello inferiore che avevano dato ragione agli Stati repubblicani querelanti, pur decidendo di ritardare l'applicazione della propria decisione, in attesa degli appelli. Si tratta di una decisione fondamentale per il futuro dell'assistenza sanitaria negli Stati Uniti: l'*Obamacare* infatti ha consentito la dotazione della copertura sanitaria a milioni di americani, espandendo la portata delle previsioni del programma Medicaid a vantaggio delle porzioni più disagiate della popolazione.

CONFEMATE LE RESTRIZIONI AL VOTO NELLO STATO DELL'ARIZONA

La Corte Suprema ha confermato il **1 luglio**, con 6 voti a favore e 3 contrari, con la sentenza [Brnovich v. DNC](#), le restrizioni al voto imposte a suo tempo dall'Arizona. Si tratta della principale sentenza sul diritto al voto da parte della Corte Suprema da diversi anni a questa parte. A redigere l'opinione di maggioranza è stato il giudice Samuel Alito. L'appello bocciato dalla Corte riguarda due leggi per la restrizione del voto approvate in Arizona: una che vieta i voti espressi nei seggi errati, e l'altra che vieta la pratica conosciuta come *ballot harvesting*, ovvero quella che consente ad una terza parte di raccogliere e spedire le schede votate da altre persone. Secondo i democratici, si trattava di regole che impattavano in particolare sugli elettori di colore, ed in quanto tali violavano il *Voting Rights Act*. La pratica di *ballot harvesting* ad esempio è particolarmente usata dalla popolazione nativo-americana dello Stato, visto che i seggi spesso si trovano lontani e il servizio postale non è sempre perfettamente funzionante. Ma la Corte Suprema ha stabilito che nessuna di queste leggi introduce forme di discriminazione razziale. La posta in gioco era alta anche perché implicava il *Voting Rights Act*, parzialmente invalidato dalla maggioranza conservatrice della Corte già nel 2003, con una sentenza che ha eliminato i prerequisiti di via libera da parte del Governo federale per le leggi elettorali statali di Stati con una storia di discriminazione razziale alle spalle.

Nel 2019, inoltre, la Corte Suprema aveva stabilito che le Corti federali non potevano neppure considerare limiti al *gerrymandering* dei distretti, un altro strumento usato dalle maggioranze statali per mantenere saldo il proprio potere. In una seconda sentenza resa nota nello stesso giorno, la Corte Suprema (sempre con maggioranza 6-3) ha anche deciso di invalidare una legge approvata dalla California che obbligava i PAC a rendere nota la lista dei propri principali donatori. Secondo la sentenza, il cui autore è il Chief Justice John Roberts, la legge della California avrebbe esposto i donatori a rischio di minacce ed intimidazioni pubbliche, e questo avrebbe compromesso il loro diritto di libera associazione, previsto dal Primo Emendamento.

RINVIO A GIUDIZIO PER LA *TRUMP ORGANIZATION*

La *Trump Organization*, l'azienda di famiglia dell'ex Presidente Donald J. Trump, ed il suo CFO Allen Weisselberg che si era consegnato agli agenti di polizia, sono stati formalmente incriminati il **1 luglio** e rinviati a giudizio per 15 capi di imputazione che includono truffa, cospirazione, falsificazione di bilancio ed evasione fiscale.

ABORTO

12 Governatori di Stati a guida repubblicani sono intervenuti nella [causa intentata dal Governo del Mississippi](#) il **29 luglio** per chiedere alla Corte Suprema di rovesciare la sentenza *Roe v. Wade* del 1973 che ha legalizzato l'aborto a livello federale. A firmare la dichiarazione presentata dinanzi alla Corte Suprema sono stati i Governatori di Alabama, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Iowa, Missouri, Montana, Oklahoma e Texas. L'audizione sulla causa intentata dal Mississippi è prevista per questo autunno, e la decisione è attesa nella primavera del 2022, nel pieno della campagna elettorale per le elezioni di medio termine. Una eventuale decisione a favore dell'abolizione di *Roe v. Wade* da parte della nuova rafforzata maggioranza conservatrice della Corte potrebbe avere un ruolo fondamentale nella campagna elettorale ventura. Secondo un recente studio, qualora la Corte si pronunciasse a favore del Mississippi e rovesciasse la sentenza *Roe*, l'aborto resterebbe legale solo in 21 Stati, mentre in altri 24 Stati e 3 territori diventerebbe illegale o soggetto a forti limitazioni.

IMMIGRAZIONE: *BIDEN, PRESIDENT OF U.S., ET AL. V. TEXAS, ET AL.*

Il **24 agosto** la Corte Suprema ha emesso [un'ordinanza](#) che obbliga l'amministrazione Biden a ripristinare la politica *Remain in Mexico* decisa da Donald Trump, accogliendo la richiesta di Texas e Missouri. La decisione è stata adottata con il voto favorevole dei sei giudici conservatori mentre i tre *liberal* si sono opposti. Alla Corte Suprema si era arrivati su ricorso del Dipartimento di Giustizia dopo che il giudice della Corte distrettuale degli Stati Uniti, Matthew Kacsmaryk, un magistrato scelto da Trump, su ricorso di Texas e Missouri, aveva ordinato il **13 agosto** che l'amministrazione Biden ripristinasse la politica entro sette giorni. Secondo il giudice, l'amministrazione Biden non aveva rispettato i requisiti legali per considerare tutti i fattori rilevanti prima di abolire quanto stabilito dalla precedente amministrazione.

MORATORIA SUGLI SFRATTI

La Corte Suprema ha deciso di porre fine all'ultima moratoria sugli sfratti imposta dall'amministrazione di Joe Biden. La decisione del **26 agosto** spiegata in una [sentenza](#) di otto pagine è stata presa dai sei giudici conservatori con l'opposizione dei tre giudici liberal. Centinaia di migliaia di persone potrebbero essere sfrattate nelle prossime settimane, mentre l'amministrazione federale sta cercando di accelerare il rilascio dei fondi per aiutare coloro che

sono in ritardo con il pagamento dell'affitto. Solo circa \$5,1 miliardi dei \$46,5 miliardi disponibili sono stati erogati.

FEDERALISMO

BRUTALITÀ DELLA POLIZIA

Il Governatore dello Stato di Washington, il democratico Jay Inslee, ha firmato il **19 maggio** una decina di leggi per contrastare la brutalità della polizia ed inasprire le pene per gli agenti in caso di abusi.

LE DIMISSIONI DEL GOVERNATORE DI NEW YORK

Il Governatore dello Stato di New York, Andrew Cuomo, ha annunciato l'**11 agosto** le sue dimissioni, a seguito dell'inchiesta della Procura Generale di New York che ha riconosciuto la veridicità delle accuse di molestie sessuali a suo carico da parte di alcune sue collaboratrici. A prendere il suo posto sarà la Vice Governatrice Kathy Hochul, che diventerà così la prima Governatrice donna dello Stato di New York. Cuomo è stato acclamato dal partito democratico all'inizio della pandemia, grazie al suo ruolo di primo piano nella risposta alla prima ondata di Covid-19.



Le modalità di restaurazione dell'ordine democratico sono al centro del dibattito costituzionalistico in Ungheria di fronte alla prospettiva, tuttavia incerta, della vittoria del fronte delle opposizioni alle prossime elezioni*

di Simone Benvenuti**

Il quadrimestre in esame ha confermato le tendenze dei mesi precedenti, con la progressiva perdita di popolarità di Fidesz a fronte del consolidarsi delle opposizioni unite, l'adozione di normative all'origine di aspre controversie costituzionali e il succedersi delle ormai ordinarie schermaglie nell'arena europea.

Sul piano politico, il partito di maggioranza appare indebolito, in parte per l'incapacità del Governo di affrontare efficacemente la crisi sanitaria, con l'Ungheria che risulta oggi essere il Paese europeo con il maggior tasso di decessi, in parte per altre vicende interne: l'inflazione crescente nella fase post-pandemica, il supposto coinvolgimento del Governo ungherese nello [scandalo Pegasus](#), le accuse sempre più diffuse di corruzione, il processo di [iperburocratizzazione](#) e centralizzazione governativa, le controverse [nomine ai vertici](#) della Kúria, lo scontro con le autorità di Budapest attorno alla costruzione del campus dell'Università Fudan, il movimento di protesta nelle università a seguito della riforma della primavera.

La primazia della coalizione di governo in vista delle elezioni del prossimo aprile è dunque realisticamente minacciata. Di fronte a tale prospettiva, come già si era segnalato precedentemente commentando la riforma delle fondazioni e della [governance universitaria](#), la strategia del Governo consiste nell'assicurarsi il controllo di settori dell'amministrazione statale e di [risorse pubbliche](#) attraverso un processo di "privatizzazione" degli stessi: una strategia che riflette quella che Andrew Arato e Gábor Halmai hanno definito la fase della "[hegemonic preservation](#)" ("namely the enactment of provisions and the making of appointments that will guard the authoritarian constitution against changes in case the incumbents lose an election, a

* Contributo sottoposto a *Peer Review*.

** Ricercatore di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

possibility that is inherent in the legitimating formula of contemporary authoritarianism”). Se si deve sottolineare la difficoltà di operare previsioni attendibili quanto agli esiti delle elezioni di aprile, per via del carattere altamente distorsivo del sistema elettorale vigente, nondimeno la scelta unitaria dei partiti di opposizione giustifica, proprio in presenza di tale sistema elettorale, l’ipotesi dell’alternanza alla maggioranza Fidesz-KDNP.

Sul piano legislativo, il Parlamento ha adottato il **15 giugno** modifiche alla legge sulla protezione dei minori (su cui più dettagliatamente *infra*). Oltre a determinare le usuali controversie relative ai contenuti specifici della stessa nel contesto della polarizzazione caratterizzante il sistema politico ungherese (la nuove disposizioni vietano, tra le altre cose, la “rappresentazione e la promozione” dell’omosessualità dirette ai minori di diciotto anni), la legge è stata interpretata anche come un tentativo di incrinare il fronte delle opposizioni, avendo essa incontrato l’approvazione dei rappresentanti di Jobbik – partito che, su questi temi, mantiene dunque una posizione fortemente conservatrice. Peraltro, il **13 maggio** il ministro ungherese responsabile per le politiche familiari aveva [firmato congiuntamente](#) ai suoi omologhi del Gruppo di Visegrád la [Dichiarazione “Pro Familia”](#), finalizzato a promuovere [politiche di sostegno alle famiglie](#) a livello europeo, nazionale e locale.

Sul fronte dei rapporti europei, dopo la [notifica](#) il **9 giugno** da parte della Commissione al Governo ungherese della procedura di infrazione in relazione alla vicenda Klúbradio (su cui si rimanda alle precedenti [cronache costituzionali](#)) per violazione della [Direttiva 2018/1972](#) istitutiva del codice europeo delle comunicazioni elettroniche, il **15 luglio** la Commissione ha attivato la [procedura di infrazione](#) anche in relazione all’approvazione della sopra menzionata legge sulla protezione dei minori, dopo la secca [presa di posizione](#) in merito della Presidente von der Leyen. La Commissione [ha preso di mira](#) in particolare alle disposizioni che proibiscono o limitano le possibilità di accesso “to content that promotes or portrays the so-called ‘divergence from self-identity corresponding to sex at birth, sex change or homosexuality’ for individuals under 18; and a disclaimer imposed on a children's book with LGBTIQ content”. Secondo la Commissione, tali disposizioni violano le norme europee delle direttive sui servizi di media audiovisivi ([direttiva AVMS](#)) e [sul commercio elettronico](#), gli articoli 34 (libera circolazione delle merci) e 56 TFUE (libera circolazione dei servizi), gli articoli 1, 7, 11 e 21 della Carta dei diritti fondamentali UE (rispettivamente il principio della dignità, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di espressione e il principio di non discriminazione), nonché, per la gravità delle violazioni, i valori di cui all’articolo 2 TUE. Lo stesso giorno, la Commissione ha anche deferito l’Ungheria alla Corte di giustizia per le limitazioni imposte alle procedure di asilo, in violazione dell’articolo 6 della relativa Direttiva interpretata alla luce dell’articolo 18 della Carta fondamentale dei diritti (sulla vicenda si rimanda alle cronache relative ai tre precedenti quadrimestri). Si aggiunga che una settimana prima, l’**8 luglio**, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha reso la decisione nel caso [Shahzad v. Hungary](#), relativo al diniego di accesso alla procedura di asilo per un richiedente di nazionalità pakistana, con cui la Corte ha rilevato la violazione dell’articolo 4 del quarto Protocollo addizionale della CEDU (Divieto di espulsioni collettive di stranieri) e dell’articolo 13 della Convenzione stessa (Diritto a un ricorso effettivo).

Nel frattempo, è proseguito il confronto tra la Commissione e il Governo ungherese sulla concessione dei finanziamenti legati al piano di ripresa post-Covid. La Commissione, dopo aver ritardato il trasferimento di circa sette miliardi mantenendo in sospeso l'approvazione del [piano nazionale](#), ha [minacciato](#) il ritiro del finanziamento motivandolo con le carenze relative ai meccanismi di garanzia dell'indipendenza dei giudici e alla prevenzione dei fenomeni corruttivi: così iniziando a far leva sul meccanismo di condizionalità recentemente introdotto con il [Regolamento UE 2021/241](#). Inoltre, la vice-presidente della Commissione Věra Jourová ha evocato la possibilità che possano essere oggetto di limitazione anche i trasferimenti relativi al quadro finanziario pluriennale.

In tale contesto, il **20 luglio** è stato [pubblicato](#) il 2021 Rule of Law Report che evidenzia tra le altre cose, per l'Ungheria, come “the direction of change continues to be towards lowering previously existing safeguards”, citandosi espressamente la recente nomina del nuovo presidente della *Kúria*. Il rapporto sottolinea al contempo le criticità dei mezzi a disposizione per la lotta alla corruzione. Seppur la pubblicazione del rapporto sia formalmente disgiunta dalle vicende sopra menzionate, lo stesso giorno il Commissario europeo della giustizia Didier Reynders ha confermato l'intenzione della Commissione di non dare il via libera al piano elaborato dal Governo ungherese sino a che non intervengano riforme strutturali nelle due aree critiche, e fino a che non vi siano garanzie sul fatto che le questioni all'attenzione dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode siano effettivamente oggetto di indagine: “This is no longer about prevention but about sanctions”, ha affermato Reynders, annunciando tutte le misure necessarie per proteggere la democrazia. Tali affermazioni sono da leggere con sullo sfondo la [rinuncia](#) dell'Ungheria (assieme alla Polonia, alla Svezia, all'Irlanda e alla Danimarca) a far parte dell'[Ufficio del Procuratore europeo](#), organo responsabile delle indagini e dei procedimenti per reati contro il bilancio dell'Unione europea, divenuto operativo il **1° giugno** scorso.

Peraltro, il **6 luglio** è stata anche resa pubblica l'elaborazione da parte di un gruppo internazionale di giuristi – Kim Lane Scheppele (Princeton University), R. Daniel Kelemen (Rutgers University) e John Morijn (University of Groningen – di un rapporto sulla violazione dello stato di diritto, su richiesta di alcuni parlamentari europei dei gruppi *popolare*, verde, social-democratico e del gruppo liberale Renew Europe. Secondo gli autori del rapporto, non solo l'Ungheria violerebbe i principi del *rule of law*, ma la normativa UE di recente approvazione istitutiva del meccanismo della condizionalità sarebbe immediatamente applicabile in considerazione dei rischi per gli interessi finanziari europei derivanti dall'assenza di trasparenza nell'impiego dei fondi: si menzionano nel rapporto l'assenza di attività inquirenti su notizie di frodi e le insoddisfacenti garanzie di indipendenza delle corti responsabili dell'applicazione del diritto UE.

I tre piani ora evidenziati – politico e legislativo sul fronte interno ed europeo su quello esterno – sono certamente influenzati nel loro svolgimento dalla prospettiva delle elezioni dell'aprile 2022, la quale rimane condizionata da una grande incertezza: sia quanto all'esito, sia – qualora tale esito sarà positivo per il fronte delle opposizioni – sui passi politici e costituzionali necessari per il ristabilimento degli standard democratici. Si porrà infatti anzitutto il nodo delle divergenze esistenti tra le componenti della coalizione, certificate come detto anche di recente in occasione

dell'approvazione della legge sulla protezione dei minori. Sotto il profilo costituzionale, il ristabilimento dell'ordine democratico appare ostacolato dall'impossibilità di fatto di modificare non solo le norme costituzionali ma anche le numerose leggi cardinali (*sarkalatos törvények*) che disciplinano importanti ambiti di funzionamento dell'apparato statale così come aspetti relativi all'esercizio di diritti fondamentali: in entrambi i casi occorrerebbe infatti una maggioranza di due terzi di cui un'eventuale nuova maggioranza certamente non potrebbe disporre. Proprio sulle modalità del ritorno allo status quo ante conviene soffermarsi brevemente, per l'interesse che riveste la relativa discussione.

A questa [si è già fatto cenno](#) in altra sede, allorché si è evidenziata l'esistenza di posizioni differenziate. Da un lato vi è chi, come István Elek, ritiene di individuare un punto di rottura dell'ordinamento costituzionale democratico nel quarto emendamento della Legge fondamentale – del 25 marzo 2013 – sulle forme del controllo di costituzionalità. Altri, come l'ex giudice costituzionale Imre Vörös, [assumono](#) un punto di vista più radicale, ritenendo illegittima la stessa Legge fondamentale del 2011. Vörös fonda questa lettura sul fatto che la Costituzione del 1989, al suo articolo 2, vietava ogni attività volta al perseguimento del “possesso esclusivo del potere”, sancendo il diritto e il dovere dei cittadini di resistere a tali attività. La medesima disposizione è stata poi recepita anche dalla Legge fondamentale, che allo stesso tempo contiene, anche a seguito dei numerosi emendamenti successivamente introdotti, disposizioni che sono esse stesse da considerarsi funzionali al possesso esclusivo del potere. Rievocando la dichiarazione del dicembre 1944 dell'Assemblea nazionale provvisoria di Debrecen, Vörös ritiene che il rinnovato Parlamento ungherese dovrebbe perciò farsi carico di adottare una legge che dichiarasse nullo l'ordine antidemocratico istituito dal 2011 (“semmisségi törvény”).

Il **10 maggio**, Imre Vörös e due ex Ministri della giustizia – Péter Bárándy e Imre Forgács – hanno pubblicato una “[Proposta ai partiti dell'opposizione](#)” in cui, reiterando la posizione per cui “in caso di cambio di governo, il ripristino dello stato di diritto può iniziare solo con una nuova costituzione repubblicana” da approvare per via referendaria e sottolineando il timore di uno stallo politico-costituzionale, hanno chiamato i partiti di opposizione ad assumere da subito la responsabilità di intraprendere una discussione sui dettagli del nuovo testo. In un'[intervista](#) del **18 maggio**, il costituzionalista Richárd Szentpéteri Nagy ha a sua volta condiviso tale punto di vista.

Tuttavia, in un articolo del **20 maggio** intitolato “Sulla Costituzione dell'arbitrarietà: se l'opposizione vince...”, [è intervenuto](#) sul punto anche il politologo János Kis. Kis condivide le considerazioni sulla natura incostituzionale del regime costruito in maniera incrementale dal 2011 e validità degli argomenti di Vörös contro – con approccio formalistico – ritiene necessario che una revisione della Legge fondamentale passi per la procedura di revisione che impone il raggiungimento di una maggioranza di due terzi, pena un vulnus allo stato di diritto nel momento stesso della rifondazione del nuovo ordine democratico. Allo stesso tempo, il politologo ungherese offre una lettura propriamente costituzionale, inquadrando la questione nel contesto politico più ampio. Egli dubita della saggezza di una scelta volta alla mera nullificazione della Legge fondamentale, da cui dovrebbe anche seguire logicamente la rimozione dei giudici costituzionali, del Procuratore generale, del presidente dell'Ufficio giudiziario nazionale e in

generale di tutte le personalità nominate a cariche di rilievo costituzionale dai Governi Orbán nel corso degli undici anni di egemonia Fidesz. Secondo Kis, un simile approccio radicale richiederebbe un livello altissimo di consenso, affinché si eviti un aspro conflitto costituzionale dagli esiti incerti, laddove la società ungherese appare al contrario fortemente polarizzata. La critica di Kis, che riprende quando già sostenuto dal sociologo del diritto Zoltán Fleck in un [intervento](#) di fine aprile, non pone dunque una mera questione di opportunità politica, interrogandosi piuttosto sul grado di legittimazione del nuovo progetto costituzionale e, in termini concreti, sulla sua capacità di realizzarsi concretamente e di resistere nel tempo: secondo Kis, l'istituzione del nuovo ordinamento democratico “non deve essere solo votata: deve anche essere eseguita. Deve essere accettata dai cittadini e attuata dalle autorità pubbliche. Non è sufficiente che essa non sollevi questioni costituzionali e avvenga in buona coscienza. [Il nuovo ordine democratico] deve nascere in circostanze in cui non si possa agire contro di esso con possibilità di successo. [...] La domanda, quindi, è se un'elezione vinta da una maggioranza ristretta possa generare un sostegno schiacciante per il test di rottura [ordinamentale]”. Il rischio paventato da Kis è il realizzarsi di un [dualismo](#) tra poteri e legittimazioni costituzionali, “where one side nominally controls the government and the other side holds on to many state institutions whose role becomes primarily to block action”. Si noti peraltro che proprio a tale situazione di dualismo ha mirato sin dal 2011 la strategia del Governo ungherese.

La proposta di Kis consiste, nel breve periodo, in una serie di misure consentite dall'ordine costituzionale vigente: tra l'altro, il ricambio dei vertici di alcune amministrazioni (agenzia delle entrate, i commissari governativi, i direttori delle agenzie governative, etc.), il ristabilimento di un corretto equilibrio tra Governo centrale ed enti locali, il ripristino delle condizioni necessarie per un rapporto collaborativo con l'Unione europea, a partire dalla partecipazione alla Procura europea. Nel periodo più lungo, Kis ritiene invece inevitabile che i partiti della nuova maggioranza trovino con i settori moderati di Fidesz un'intesa finalizzata alla elaborazione di un nuovo testo costituzionale, al fine di fondare su solide basi una Quarta Repubblica ungherese.

Successivamente, il **2 luglio**, è apparso un [articolo](#) di Andrew Arato e Gábor Halmai che, da parte loro, hanno espresso perplessità sulla possibilità di fondare una dichiarazione di nullità della Legge Fondamentale sul diritto di resistenza evocato da Imre Vörös, convergendo tuttavia sulla esigenza di arrivare a una nuova costituzione fondata sullo stato di diritto attraverso una rottura del regime costituzionale vigente (e dunque disattendendo la procedura prevista dalla Legge fondamentale per la riforma costituzionale, che come detto imporrebbe una maggioranza di due terzi non raggiungibile senza l'assenso di Fidesz). Alla realizzazione di tale obiettivo si dovrebbe arrivare con l'attivazione di un potere costituente che delinei un nuovo ordine costituzionale sulla base di una procedura eccezionale, sul modello ad esempio della tavola rotonda del 1989. Con tale proposta, Arato e Halmai intendono evitare due problemi. Il primo è evitare il limite maggiore della proposta Vörös: la nullificazione della Legge fondamentale votata dal Parlamento a maggioranza *semplificata* e l'instaurazione di un nuovo regime costituzionale nelle medesime condizioni. Il secondo è evitare che il nuovo Governo operi per un periodo eccessivamente lungo nel quadro ordinamentale – illegittimo – definito dalla Legge fondamentale. Secondo i due giuristi, il fronte delle opposizioni dovrebbe chiarire di fronte all'elettorato l'intenzione da un lato

di garantire continuità ordinamentale, e dunque la stabilità politica che questa porta con sé (senza escludere – come propone Kis – di procedere al rinnovo di tutte quelle cariche che non richiedono una maggioranza qualificata di due terzi, a patto che ciò sia incluso espressamente nel programma di governo); dovrebbe inoltre porsi l’obiettivo dell’elaborazione di una nuova Costituzione sul solco dei principi del costituzionalismo, da realizzarsi, come detto, attraverso un processo costituente a carattere politicamente e socialmente inclusivo. Il progetto di Costituzione sarebbe sottoposto al Parlamento esistente per approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi. Qualora tale Parlamento rigettasse la proposta, si potrebbe procedere allo scioglimento dello stesso, o in alternativa all’elezione di un’assemblea costituente propriamente intesa, a seguito di un voto in tal senso della maggioranza dell’attuale Parlamento integrato da un referendum.

ELEZIONI

GERGELY KARÁCSONY UFFICIALIZZA LA PROPRIA CANDIDATURA PER LE PRIMARIE

Il **15 maggio**, il sindaco di Budapest Gergely Karácsony ha annunciato l’intenzione di partecipare alle primarie dell’autunno prossimo finalizzate alla scelta del candidato unitario del fronte delle opposizioni, in relazione alle elezioni parlamentari che si terranno nella primavera del 2022. Di orientamento progressista ed ecologista, si tratta dell’ultimo rappresentante dell’opposizione ad avanzare la propria candidatura, dopo che gli altri partiti della coalizione avevano già proposto il proprio; si tratta sino ad ora del candidato con le [maggiori chance](#) di successo. Gli altri candidati sono: Klára Dobrev (DK), András Fekete-Győr (Momentum), Péter Jakab (Jobbik), József Pálincás (ÚVNP), and Péter Márki-Zay (Movement of Everybody’s Hungary). Nell’annunciare la propria candidatura, Karácsony, che aveva già sconfitto il candidato Fidesz alla carica di sindaco della capitale magiara in occasione delle elezioni municipali del 2019, ha anche reso pubblica la creazione di un nuovo movimento ([99 Mozgalom](#)); secondo gli analisti, tale piattaforma organizzativa intende rivolgersi all’ampia platea di indecisi.

APERTA UFFICIALMENTE LA CAMPAGNA PER LE PRIMARIE DEL FRONTE UNITO DELLE OPPOSIZIONI

Il **23 agosto** si è [aperta](#) ufficialmente la campagna per la raccolta delle firme a sostegno delle candidature per le primarie del fronte unito delle opposizioni in vista delle elezioni dell’aprile 2022. I candidati alla guida della coalizione dovranno raccogliere ventimila firme, mentre i candidati nei 106 collegi uninominali ne dovranno raccogliere quattrocento. Inoltre, la procedura concordata prevede che l’elezione del candidato che guiderà la coalizione avverrà in due turni, con i tre candidati più votati ammessi al secondo turno (Dobrev, Jakab e Karácsony risultano essere i favoriti). L’elezione dei candidati nei collegi uninominali avverrà invece con turno unico; tale scelta ha aperto la strada ad accordi preelettorali e di desistenza; in 45 collegi il confronto sarà tra due soli candidati e in 11 è invece presente un unico candidato. Ciascun candidato deve inoltre specificare a quale gruppo parlamentare intende affiliarsi in caso di elezione. Per le primarie è ammesso il voto online. Dopo la fase di raccolta delle firme, tra il 18 e il 26 settembre si svolgerà il primo turno, mentre il secondo turno per la selezione del candidato alla guida della coalizione si svolgerà dal 4 al 10 ottobre. L’ufficializzazione delle candidature avverrà il 23 ottobre.

PARLAMENTO

INTRODOTTE MODIFICHE ALLA LEGGE SULLA TRASPARENZA FINANZIARIA DELLE ORGANIZZAZIONI NON GOVERNATIVE

Il **18 maggio**, il Parlamento ungherese ha [adottato](#) la legge che riforma la disciplina relativa al finanziamento delle organizzazioni non governative, che la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con il diritto UE (per una ricostruzione della vicenda si rimanda alle cronache del [primo](#) e del [secondo](#) quadrimestre del 2020). La nuova normativa, che consente all'Ufficio per il controllo contabile dello Stato (Állami Számvevőszék) di realizzare accertamenti sulle organizzazioni il cui bilancio ecceda i 55.000 euro, anche in assenza di finanziamenti pubblici, a eccezione delle associazioni religiose e sportive, non ha mancato di sollevare essa stessa [critiche](#). Si è sostenuto in particolare che la nuova disciplina interferisca con l'autonomia delle organizzazioni derivante dal diritto di associazione e con il diritto alla privacy dei cittadini associati, con effetti indiretti sulla libertà di espressione.

SANZIONATO IL PRESIDENTE DI JOBBIK PÉTER JAKAB

Il **25 maggio**, il deputato del partito di destra Jobbik (nonché suo presidente e capogruppo del relativo gruppo parlamentare) ha [ricevuto](#) la sanzione disciplinare corrispondente al pagamento di quasi dieci milioni di fiorini, pari a più di ventisettemila euro, per le espressioni utilizzate nel corso di una seduta parlamentare nel rivolgersi al Presidente del Parlamento.

APPROVATA LA LEGGE CHE CONSENTE LA CREAZIONE DELL'UNIVERSITÀ FUDAN A BUDAPEST

Il **16 giugno**, il Parlamento ha approvato la legge che formalizza il processo di istituzione del campus dell'[Università Fudan](#) a Budapest, invitando il Governo a prendere tutte le misure necessarie per la creazione della relativa Fondazione universitaria (Legge LXXXI/2021). Il sindaco di Budapest ha annunciato il **21 luglio** l'intenzione di organizzare un referendum al riguardo, il cui quesito la Commissione elettorale nazionale ha ritenuto valido il **30 agosto** ("Ritieni che l'Assemblea nazionale debba abrogare la Legge LXXXI/2021 sulla Fondazione dell'Università Fudan Ungheria e sul trasferimento di beni alla Fondazione dell'Università Fudan Ungheria?").

APPROVATA LA LEGGE SUGLI ABUSI SESSUALI SUI MINORI

Il **15 giugno**, il Parlamento ha [adottato](#) la [legge](#) che incrementa le pene per reati sessuali nei confronti dei minori e impone la creazione di una banca dati degli individui condannati per tali reati ([Legge LXXIX/2021](#) "sull'intensificazione delle misure contro la pedofilia e sulla modifica di alcune leggi per la protezione dei minori" e modifica la Legge XXXI/1997 sulla protezione dei minori; si veda anche la [relazione](#) di presentazione del testo, in ungherese). Il testo, che impone che tutti i contenuti vietati ai minori di diciotto anni siano contrassegnati e circoscrive la diffusione radiotelevisiva (anche nella pubblicità) di tali contenuti nelle ore notturne, include – a seguito di [emendamenti](#) introdotti una settimana prima dell'approvazione finale – norme che limitano la diffusione di messaggi sull'omosessualità e la promozione di "identità di genere divergenti da quelle assegnate alla nascita". La legge afferma che "lo stato protegge il diritto dei bambini all'identità personale in base al loro sesso stabilito alla nascita" e che, "al fine di

raggiungere gli obiettivi posti dalla legge e di proteggere i diritti dei bambini, è fatto divieto di rendere disponibili ai minori di diciotto anni contenuti che ritraggano la sessualità come un fine in se stesso [pornografici], la deviazione dall'identità sessuale corrispondente a quella assegnata alla nascita, il cambio di sesso o la promozione dell'omosessualità". Inoltre, sempre in base alla legge, nei corsi di educazione sessuale nelle scuole "particolare enfasi è posta alle disposizioni contenute nell'articolo XVII(1) della Legge fondamentale [e le relative attività educative] non possono promuovere la deviazione dall'identità sessuale corrispondente a quella assegnata alla nascita, il cambio di sesso o l'omosessualità". Le disposizioni dell'articolo XVII della Legge fondamentale richiamate fissano i criteri della genitorialità, escludendo la possibilità di genitori dello stesso sesso.

Secondo alcuni commentatori, la legge [violerebbe](#) norme internazionali ed europee. Tra le prime, si ritiene violato l'articolo 10 della CEDU (Libertà di espressione), in base al quale, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (*Sunday Times v. the United Kingdom*, par. 49), "a norm cannot be regarded as "law" for the purposes of Article 10 (2) ECHR unless it is formulated with sufficient precision to enable citizens foresee the consequences of their actions". In effetti molte critiche riguardano la natura imprecisa e polisemica delle nozioni di promozione e di rappresentazione, che peraltro consentirebbe al Governo un ampio margine decisionale in fase di attuazione (v. *infra*). Al riguardo, già la Commissione di Venezia, nell'esaminare una legge russa molto simile, abbia ritenuto eccessivamente ambigua la nozione di "promozione"; le perplessità sono tanto maggiori con riguardo alla nozione di rappresentazione, che dalla prima si differenzerebbe per l'assenza dell'elemento dell'intenzionalità. Inoltre, la libertà di espressione sarebbe violata per l'assenza di proporzionalità tra l'obiettivo della legge (la protezione dei minori) e alcuni degli strumenti introdotti a tal fine. Tra le norme europee, si è già menzionato il potenziale conflitto con le direttive sui servizi di media audiovisivi e sul commercio elettronico, nonché con alcuni articoli dei Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali UE.

L'approvazione del testo è stata accolta con parole molto dure dalla Presidente della Commissione europea, che in una conferenza stampa del **23 giugno** ha dichiarato che "[t]his Hungarian bill is a shame. [...] It discriminates people on the basis of their sexual orientation and goes against the EU's fundamental values". A seguito della attivazione della procedura di infrazione (v. *supra*), il Primo ministro ha annunciato l'intenzione di organizzare prima delle elezioni di aprile un [referendum](#) sulla legge, replicando una strategia simile a quella a cui era ricorso nel 2016 in occasione della decisione sulla ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale.

IL GRUPPO PARLAMENTARE FIDESZ BOICOTTA LA RIUNIONE DELLA COMMISSIONE PER LA SICUREZZA NAZIONALE CONVOCATA SUL CASO PEGASUS

Dopo la diffusione della notizia del coinvolgimento del Governo nello scandalo Pegasus, i partiti di opposizione hanno [richiesto](#) il **18 luglio** la convocazione della commissione parlamentare per la sicurezza nazionale. Tuttavia, Fidesz ha subito chiarito di non avere l'intenzione di partecipare alla riunione con i propri rappresentanti, facendo così mancare il *quorum* per la validità della seduta. Fidesz non ha ritenuto la convocazione giustificata dalla situazione, che sarebbe oggetto di falsificazione da parte degli organi di stampa critici del Governo. Nel frattempo, l'Ufficio del procuratore regionale di Budapest ha avviato un'indagine riguardo allo scandalo Pegasus. È stato osservato che l'avvio dell'indagine da parte della Procura,

la cui indipendenza è messa in dubbio, non consente l'istituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta.

GOVERNO

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA CONFERMA L'INTENZIONE DEL GOVERNO UNGHERESE DI NON ADERIRE ALL'UFFICIO DELLA PROCURA EUROPEA

Il **1° giugno**, il Ministro della giustizia Judit Varga ha confermato l'intenzione dell'Ungheria di astenersi dal prendere parte alla cooperazione rafforzata che ha permesso l'istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo. La scelta del Governo ungherese sarebbe giustificata da considerazioni relative alla sovranità e dall'inutilità di uno strumento che si sovrapporrebbe alle strutture nazionali già esistenti competenti per le indagini su pratiche corruttive e frodi che coinvolgano i fondi europei. La scelta è però controversa a fronte dei risultati delle quarantatré indagini avviate dall'Ufficio europeo antifrode (OLAF) tra il 2015 e il 2019, che hanno evidenziato non poche irregolarità. Varga non ha escluso la possibilità di istituire forme alternative di cooperazione tra l'Ufficio del Procuratore europeo e la Procura generale ungherese. Rappresentanti dei partiti di opposizione hanno esplicitato l'intenzione di rivedere tale scelta in caso di vittoria alle elezioni di aprile, anche in considerazione della rilevanza che l'Ufficio della Procura europea può assumere con riguardo all'utilizzo dei fondi del piano nazionale di ripresa.

EMERGONO DIVERGENZE TRA IL DIRETTORE DELLA BANCA NAZIONALE E IL GOVERNO

Nel corso dell'estate, a più riprese il direttore della Banca nazionale György Matolcsy si è espresso [criticamente](#) nei confronti dell'operato governativo. Secondo alcuni osservatori, ciò rivelerebbe l'esistenza di un conflitto in seno all'élite di governo. Il **22 giugno**, Matolcsy ha pubblicato un primo articolo in cui ha criticato l'eccessivo deficit (5.9%) nel progetto di bilancio dello Stato per il 2022, [approvato](#) alla metà di giugno. In un secondo articolo pubblicato a distanza di un mese, il **26 luglio**, ha quindi esteso le critiche alle politiche di investimento del Governo ungherese, che favorirebbero il settore delle costruzioni a scapito di quelli più innovativi. In un terzo [intervento](#) del **9 agosto**, intitolato "Riserve istituzionali di politica economica", il direttore della Banca centrale ha infine assunto una postura critica ad ampio spettro e politicamente sensibile, arrivando a disapprovare in maniera esplicita le modalità di gestione e attuazione della politica economica nazionale da parte del Governo nel suo insieme. Secondo Matolcsy, le persistenti debolezze dell'economia ungherese, nonostante i nove anni di crescita tra il 2010 e il 2019, sarebbero infatti da imputare alle inefficienze della governance e dunque direttamente all'incapacità del governo di mettere a frutto tale crescita.

PRIMO DECRETO ATTUATIVO DELLA LEGGE SULLA PROTEZIONE DEI MINORI

Il **6 agosto**, il Governo ha [emanato](#) il primo decreto di attuazione della legge sulla protezione dei minori. In base al decreto ([articolo 20/A](#)), qualsiasi prodotto che ritragga o promuova la deviazione dal genere assegnato alla nascita, il cambiamento di genere o l'omosessualità, o che contenga rappresentazioni della sessualità fini a se stesse non può essere collocato nelle vetrine dei negozi o comunque in vista del pubblico. Inoltre, è possibile vendere tali prodotti solo in confezioni sigillate e separatamente da altri prodotti. Infine, è fatto divieto di vendere tali prodotti

a meno di 200 metri da strutture educative, agenzie per la protezione dell'infanzia e chiese. L'Associazione degli editori ungheresi ha lamentato il fatto che il decreto non risolva le ambiguità della legge (v. *supra*) e che colpisca soprattutto le librerie.

ORGANIZZATA UN'ALTRA CONSULTAZIONE NAZIONALE

Il **1° luglio** il Governo ha [avviato](#) una consultazione nazionale su una varietà di [questioni](#): dalla questione migratoria al rapporto con l'Unione europea, dall'aumento del salario minimo al rimborso dell'imposta sui redditi per famiglie con figli a carico (quest'ultimo sarà uno dei temi centrali della campagna elettorale di Fidesz in vista delle elezioni del 2022), dal ruolo di Soros nelle polemiche relative alla riforma della legge sulla protezione dei minori a questioni estremamente generiche (il primo quesito così recita: "C'è chi dice che dopo l'epidemia il mondo sia cambiato sotto tanti aspetti e un'epoca difficile abbia avuto inizio. L'Ungheria deve perciò rafforzarsi [Magyarországot meg kell erősíteni] per affrontare le nuove sfide. Altri sostengono che tutto tornerà come prima dell'epidemia, quindi non ce ne sarà bisogno. Cosa ne pensi?"). Un milione e centonovantamila cittadini hanno restituito i questionari compilati alla data di chiusura della consultazione, il **25 agosto**.

IL GOVERNO APPROVA UNA RISOLUZIONE CHE STIGMATIZZA LE CRITICHE RIVOLTE ALL'UNGHERIA A SEGUITO DELLA RIFORMA DELLA LEGGE SULLA PROTEZIONE DEI MINORI

Il **6 luglio** il Governo ha approvato una [risoluzione](#) "sugli attacchi antidemocratici contro l'Ungheria", a seguito della critiche formulate dai rappresentanti dell'Unione europea e [di alcuni Stati membri](#) con riguardo alla riforma della legge sulla protezione dei minori. Il Governo, dopo aver affermato che "il tono e le affermazioni [di critica alla legge] evocano istinti coloniali di epoche lontane", ha stigmatizzato il ricorso continuo a strumenti previsti dai trattati [leggi: le procedure di infrazione] per motivi ideologici, considerandolo contrario ai principi della buona fede e della leale cooperazione.

ANNUNCIATO REFERENDUM SULLA LEGGE RELATIVA ALLA PROTEZIONE DEI MINORI

Il **21 luglio**, dopo l'annuncio del Primo ministro Orbán sull'intenzione di organizzare un referendum sulla legge relativa agli abusi sui minori (v. *supra*), è stato pubblicato un decreto di efficacia immediata che [permette](#) l'organizzazione di votazioni referendarie. Queste erano state infatti sospese per via della situazione di crisi sanitaria con la nota legge c.d. dei pieni poteri. Il **30 luglio**, la Commissione elettorale ha approvato i [cinque quesiti](#) referendari con una decisione a cui si sono opposti i rappresentanti dell'opposizione. Il **15 agosto**, i partiti Momentum e Magyar Kétfarkú Kutya Párt (MKKP) e l'Unione ungherese per le libertà civili (TASZ) hanno presentato [ricorso](#) alla Kúria contro la decisione della Commissione elettorale, mettendo in questione la chiarezza dei quesiti e l'incertezza sul seguito da dare all'esito referendario da parte del Parlamento.

CORTI

RICORSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE CONTRO LA LEGGE SULLE FONDAZIONI PRIVATE

Il **2 giugno**, nel corso di una conferenza stampa congiunta, i partiti del Fronte delle opposizioni hanno [annunciato](#) l'intenzione di ricorrere contro la legge che consente il trasferimento a fondazioni private di interesse pubblico di beni e risorse statali per un valore di circa tre miliardi di euro.

IL PARLAMENTO ELEGGE UN NUOVO GIUDICE COSTITUZIONALE

Il **14 giugno**, il Parlamento ha [eletto](#) Zoltán Márki giudice costituzionale, con una maggioranza di 136 voti, in sostituzione di András Zs Varga, nominato nella primavera alla presidenza della Kúria, di cui Márki presiede dall'inizio dell'anno la sezione penale.

AUTONOMIE

SCONTRIO TRA IL GOVERNO E IL SINDACO DI BUDAPEST SUL PIANO DI RIPRESA

In una lettera del **25 maggio**, il sindaco di Budapest Gergely Karácsony ha [accusato](#) il Governo di aver marginalizzato la municipalità di Budapest nel processo di elaborazione del piano di ripresa negoziato a livello europeo. Lo stesso giorno, il Ministro per gli affari UE Szabolcs Ágostházy ha replicato di aver richiesto il coinvolgimento delle autorità municipali e che l'intenzione del Governo nel delineare il piano è stata quella di destinare i fondi in maniera geograficamente equilibrata.

APPROVATO UN PROGETTO DI LEGGE SULL'AFFITTO DELLE PROPRIETÀ PUBBLICHE

Il **17 giugno** il Parlamento ha approvato il [progetto di legge](#) che modifica la disciplina relativa alle proprietà dello Stato, imponendo alle autorità locali la vendita delle abitazioni a un costo largamente inferiore a quello di mercato, fissato dall'articolo 47 tra il 15% e il 30%, senza porre a sua volta limiti temporali alla vendita dei beni di recente acquisizione. Il testo include una disposizione per cui gli enti locali non possono modificare lo status residenziale dei beni classificati patrimonio culturale per farne beni non commerciabili. Secondo alcuni [commentatori](#), la legge mira a contrastare la decisione di alcuni consigli municipali di porre fine a pratiche corruttive nel trasferimento della proprietà immobiliari. Facendo ciò, la legge incide sensibilmente sui poteri delle autorità locali, imponendo allo stesso tempo il trasferimento di beni degli enti locali a un costo estremamente basso, in un momento storico in cui gli stessi enti sono stati soggetti a importanti tagli finanziari. Tra le municipalità più colpite dalla legge è quella di Budapest: per essa si è calcolato il potenziale trasferimento di proprietà di quasi millecinquecento immobili, tra cui circa mille classificati come patrimonio storico-culturale, per una perdita di valore tra i 50 e i 100 miliardi di forini (fino a un terzo del valore ipotizzato per tutti gli enti locali, pari a 320 miliardi di fiorini, 900 milioni di euro). È stato anche evidenziato come la legge, [criticata](#) dagli amministratori locali, potrebbe avere conseguenze negative sulle politiche abitative, nella misura in cui non vi sarebbe alcun incentivo per le municipalità a investire nell'edilizia sociale, trovandosi poi costrette dalle norme della legge a vendere le abitazioni a un prezzo molto basso. Il **23 luglio**, la Corte costituzionale, adita dal Presidente János Áder, ha tuttavia [ritenuto](#) incostituzionale la vendita di unità immobiliari a chi le abbia in affitto da meno di venticinque anni.

IL VICESINDACO DI BUDAPEST LANCIÀ L'ALLARME SULLO STATO DELLE FINANZE MUNICIPALI

Il **25 agosto**, il vicesindaco di Budapest Ambrus Kiss ha [lamentato](#) il rischio di insolvenza della municipalità di Budapest entro la fine dell'anno, puntando il dito contro una serie di misure governative che avrebbero favorito tale situazione di difficoltà.



I primi passi della *Convención Constitucional* cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti*

di Rosa Iannaccone**

SOMMARIO: 1. Il processo costituente cileno nel contesto del *Nuevo constitucionalismo latinoamericano* 2. L'elezione della *Convención Constitucional* (CC): un risultato inedito 3. Una breve analisi della composizione della CC 4. I primi lavori della Convenzione: giugno-agosto 4.1 La struttura della *mesa directiva* 4.2 La Convenzione si rivolge agli Organi del potere costituito 4.3 Il Protocollo sanitario 4.5 Le commissioni 5. Conclusioni: la – ancora per poco – *vexata quaestio* del regolamento

1. *Il processo costituente cileno nel contesto del Nuevo constitucionalismo latinoamericano*

Negli ultimi anni in America latina è in corso una nuova ondata di costituzionalizzazione che è stata definita “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, di cui l'ultimo prodotto potrebbe essere la futura Costituzione cilena. I processi di cambiamento costituzionale sono opportunità eccezionali per i Paesi che li intraprendono, creano una visione condivisa del futuro, hanno impatti profondi e duraturi in termini di pace, democrazia, diritti umani, uguaglianza e sviluppo sostenibile¹. Sono varie le motivazioni per cui tali eventi stiano avvenendo proprio nella regione latinoamericana e tra queste vi è la storia – costituzionale, ma non solo.

In America Latina, infatti, a partire dai processi di indipendenza, il costituzionalismo è stato un meccanismo di incorporazione di modelli stranieri e il disegno costituzionale non è stato accompagnato da un patto sociale di redistribuzione della ricchezza, come era avvenuto invece in Europa. La frustrazione che ciò ha prodotto nel subcontinente è stato il seme che ha portato alla nascita di una risposta costituzionale autoctona², definita appunto un costituzionalismo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

¹ ONU, *Guía para la elaboración de constituciones preparada por un constitutionmaker*. Reglamentos, agosto 2014.

² R. VICIANO PASTOR, *Presentación*, in R. Viciano Pastor (a cura di), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 9.

“senza genitori”³. Le differenze tra questo costituzionalismo e quello liberale risiedono fondamentalmente nel diverso contenuto che queste due correnti danno ai costrutti di nazione, diritti (individuali, sociali e politici) e cittadinanza, e nelle differenti modalità di concepire e progettare il governo democratico. In termini epistemologici, e in opposizione al costituzionalismo liberale, i cambiamenti attuati nelle costituzioni del NCL si sviluppano a partire da una filosofia e un’ideologia diversa, che non identifica come centro del suo universo normativo la sagoma di un individuo ideale, nominalmente uguale per capacità a tutti gli altri individui con i quali forma una mitica e omogenea “nazione”, ma piuttosto ad una società variegata, che appare evidente quando si guarda alla realtà latinoamericana: una pluralità o multinazione di comunità diverse che, nel loro sforzo storico di coesistere e costruire uno Stato di diritto e giustizia, non sono state dotate dal costituzionalismo liberale degli strumenti giuridici adeguati.⁴ Inoltre, è possibile affermare che l’America Latina sia un’area particolarmente privilegiata per il cambiamento democratico, oltre che per ragioni storiche anche per motivazioni legate all’attualità, tra queste vi sono le contraddizioni presenti in questa regione caratterizzata da società altamente polarizzate, alti tassi di disuguaglianza sociale ed elevati livelli di esclusione ed emarginazione. Vi è, inoltre, un protagonismo sociale senza paragoni a livello mondiale – dovuto sia a quanto detto precedentemente, ma anche ai recenti processi di democratizzazione che hanno interessato l’aria – e le modalità del dissenso sono singolari, con una forte tradizione di rivolte contadine, movimenti di guerriglia, rivolte indigene.

Questa nuova ondata di costituzionalizzazione è iniziata con l’avvio del processo costituente colombiano (1990-1991), è maturata con il processo costituente ecuadoriano del 1998 e si è perfezionata con l’approvazione, tramite referendum, dei testi costituzionali di Ecuador (2008) e Bolivia (2009).⁵ Si tratta di un costituzionalismo partecipativo, che combina nuove forme di rappresentanza, consultazione, ratifica e controllo popolare a diversi livelli e avanza la tesi che la partecipazione popolare debba essere vista in termini più ampi di quelli offerti dalle modalità classiche⁶.

Come già detto, in questa ondata di ri-costituzionalizzazione vissuta dall’America Latina si inserisce l’attuale processo costituente cileno e, in questa sede, l’obiettivo è illustrare i risultati dell’elezione dei e delle *convencionales constituyentes* e i primi passi compiuti dalla *Convención Constitucional*. In primo luogo, quindi, ci si soffermerà sul processo elettorale avvenuto il **15** e il **16 maggio** e se ne analizzeranno i risultati, mettendo in rilievo gli aspetti peculiari ed inediti della composizione dell’Assemblea e le conseguenze che ne potrebbero derivare. Successivamente, si approfondiranno alcune delle decisioni assunte dall’organo costituente in questi primi mesi di sessione (fino al termine del mese di agosto), soffermandosi, in maniera più dettagliata, sulla

³ R. VICIANO PASTOR, R. MANRÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in Aa. Vv., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, 20 e ss.

⁴ J. DONIUSH, S. INÉS, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*, Buenos Aires, Clasco, 2013, 23-24.

⁵ P. SALAZAR UGART, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L. R. González Pérez, D. Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Città del Messico, UNAM, 2013, 354-355

⁶ R. RUBIO MARÍN, *Mujeres y procesos constituyentes contemporáneos: retos y estrategias de participación*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.187/2020, 46.

composizione della *mesa directiva* – ossia l'ufficio di presidenza – e sulla struttura in commissioni, facendo riferimento anche alle proposte realizzate da alcuni accademici cileni e all'esperienza internazionale, e in particolare alle costituzioni del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

2. L'elezione della Convención Constitucional (CC): un risultato inedito

Il 15 e 16 maggio si sono tenute le [elezioni delle e dei convencionales constituyentes](#), incaricati di redigere la nuova Costituzione. A causa della pandemia da Covid-19, queste elezioni erano state già rinviate due volte⁷ e si sono tenute quasi 7 mesi dopo la loro data originale, fissata per il 25 ottobre 2020⁸.

Il processo costituente intrapreso in Cile consta di tre fasi e segue il modello del cosiddetto “*reloj de arena*” o “struttura a clessidra”: nella prima fase, coinvolge l'intera popolazione, che è chiamata liberamente a esprimersi, mediante plebiscito nazionale, sulla volontà di procedere all'elaborazione della nuova Costituzione (art. 130 Cost.); la fase centrale vede coinvolto un ristretto numero di persone per la stesura materiale dell'articolato costituzionale attraverso una *Convención Constitucional* (art. 131 e ss. Cost); la terza fase, riguarda la chiusura del procedimento tramite ratifica plebiscitaria con carattere obbligatorio (art. 142 Cost.)⁹. La prima fase si è svolta il 25 ottobre 2020 quando il 78,27%, dei cileni si è dichiarato a favore dell'elaborazione di una nuova Carta fondamentale, mentre il 78,99% ha espresso la propria preferenza per la *Convención Constitucional*¹⁰. La partecipazione elettorale, di gran lunga superiore a quella registrata nelle precedenti tornate elettorali, è stata pari a 7.569.082 votanti, tanto che il Presidente del *Consejo Directivo del Servicio Electoral*, Patricio Santamaría Mutis, ha affermato che si è trattato del più grande evento elettorale della storia del Cile¹¹.

A maggio, quindi, con l'elezione dei 155 rappresentanti è iniziata la seconda fase del processo costituente, che terminerà in un lasso di tempo dai 9 ai 12 mesi. Sono stati eletti, inoltre, i 13 governatori regionali – si è trattata della prima volta che non sono stati designati dal Presidente della Repubblica – 345 *alcaldes* o *alcaldesas*, e i consiglieri di queste *comunas*. Come rilevato da Zovatto e Jaraquemada per *Idea Internacional*, queste elezioni hanno affrontato una doppia sfida,

⁷ A seguito della pandemia da Covid-19, il 26 marzo 2020, il calendario è stato modificato con una nuova riforma costituzionale (legge n. 21.221), per cui il plebiscito in entrata si è svolto il 25 ottobre 2020 e l'elezione dei membri del Congresso, dei sindaci, dei consiglieri e dei governatori regionali, che inizialmente doveva tenersi il 25 ottobre 2020, è stata rinviata all'11 aprile 2021.¹⁴⁷ Il 6 aprile le elezioni sono state nuovamente rimandate al 15 e al 16 maggio, dopo che una precedente legge – la Ley 21317 che “*Amplía A dos días las próximas elecciones municipales, de Gobernadores regionales y de Convencionales Constituyentes, fija reglas especiales para su desarrollo, y señala inscripción de Candidaturas en los términos que indica*” – aveva stabilito che si sarebbero svolte in due giorni, ossia l'11 e il 12 aprile, e non in uno, come stabilito fino a quel momento dal testo costituzionale (R. IANACCONE, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”..., cit., 33)

⁸ M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 1.

⁹ D. M. CASTANO VARGAS, *Un'Assemblea Costituente per il Cile*, in *federalismi.it*, n. 33/2020, 39.

¹⁰ C'erano due opzioni: una Convenzione costituzionale mista, composta da membri per metà eletti dai cittadini e per metà dal Congresso tra i suoi componenti, e, come seconda opzione, una Convenzione Costituzionale, composta interamente da membri eletti dai cittadini (M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 1).

¹¹ R. IANACCONE, *La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Nomos*, n. 1/2021, 3.

dal punto di vista dell'organizzazione del processo elettorale: si sono svolte nel mezzo di una pandemia, con il maggior numero di posizioni da eleggere nelle elezioni che si terranno nel 2021, e in due giorni di votazione, situazione inedita in un paese senza meccanismi di voto alternativi e con una crisi di fiducia nelle istituzioni politiche. Nonostante ciò, il processo si è svolto in modo impeccabile, con pochi incidenti isolati e le urne sono state sorvegliate in modo sicuro. Quasi il 100% dei seggi sono stati allestiti il primo giorno prima di mezzogiorno, e le misure di sicurezza sanitaria, di cui già c'era stata una prima esperienza di apprendimento in occasione del referendum di ottobre, hanno funzionato correttamente. Allo stesso modo, anche il conteggio dei voti si è svolto rapidamente: a mezzanotte i membri della Convenzione erano già abbastanza chiari, e nelle prime ore del mattino seguente la stragrande maggioranza delle posizioni da eleggere era quasi certa, con un alto grado di fiducia da parte della cittadinanza e dei partiti politici rispetto ai risultati¹².

È da rilevare, però, che vi è stata un'affluenza inferiore, rispetto al plebiscito del 25 ottobre 2020, in quanto, secondo i [dati del Servel](#), hanno votato 6.458.760 elettori, corrispondenti al 43,5% della lista elettorale totale, rispetto ai 7.562.173, corrispondente al 50% della lista elettorale. Il calo dell'affluenza potrebbe essere dovuto a tre elementi. In primo luogo, diverso è stato lo scenario di contagio generato dalla pandemia: in concomitanza con l'elezione della Convenzione vi erano circa 6.000 casi al giorno, contro quelli, nettamente inferiori, registrati ad ottobre 2020, il 24 ottobre, ad esempio, erano circa 1.600 al giorno, e ciò quindi aveva generato una sensazione di maggiore sicurezza. In secondo luogo, anche se questa elezione era attrattiva, non è stata un'elezione facile in termini di identificazione con un candidato e con un programma, a causa dell'alto numero di liste e dei loro componenti. Infine, il secondo giorno di votazioni, domenica 16 maggio, ci sono state molte lamentele da parte dei cittadini riguardo la fluidità dei trasporti pubblici, il che potrebbe essere stato anche un fattore della bassa affluenza, soprattutto nelle zone rurali o nelle zone alla periferia dei centri urbani¹³.

3. Una breve analisi della composizione della CC

È possibile affermare che le regole previste per l'elezione dei membri della Convenzione abbiamo introdotto in Cile un nuovo concetto di rappresentanza, più complesso e attuale, che non si esaurisce nella concezione di rappresentanza politica intesa come esistenza di un rapporto fiduciario tra rappresentante e rappresentato. Si sta facendo riferimento alla cosiddetta rappresentanza sociologica o descrittiva elaborata da Sartori. Secondo Sartori, nel caso della rappresentanza sociologica la caratteristica differenziale è la somiglianza, la coincidenza, l'*idem sentire* tra rappresentante e rappresentato. In Cile si è deciso di applicare tale concezione in due momenti ossia quello che precede l'elezione, essendo prevista la parità nelle nomine, e nella

¹² D. ZOVATTO, M. JARAQUEMADA, *Análisis de las elecciones en Chile*, in *Idea Internacional*. News, 28/05/2021.

¹³ P. POO, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional. Un abordaje desde los bienes de la naturaleza*, Heinrich Böll Stiftung. Cono Sur, 2020, 6-7

distribuzione dei seggi, attraverso la [Ley 21.216](#), pubblicata il 24 marzo 2020. Tale concezione della rappresentanza è stata a lungo applicata solo parzialmente in quanto, fino alla pubblicazione della [Ley 21.298](#), il 23 dicembre 2020, non era stata approvata una riforma che trasformasse in legge l'impegno assunto dalla classe politica di istituire seggi riservati alle popolazioni indigene, di cui, secondo il censimento realizzato nel 2017, si dichiara parte il 12,5 % della popolazione. L'importanza di tale questione è evidente, sia perché si tratta di una parte consistente della popolazione le cui rivendicazioni sono state un elemento fondamentale dei movimenti sociali, sia in ottica comparativa sincronica. Infatti, negli ultimi trent'anni, in America latina sono state elaborate nuove Costituzioni, originali e innovative nel panorama comparato – dalla Costituzione “cittadina” del Brasile del 19881, sino alla Costituzione “plurinazionale” della Bolivia del 2009, passando per Colombia, Venezuela, Ecuador, nonché per le riforme di Argentina, Messico, Uruguay, Cile e Nicaragua – che hanno contribuito all'emersione effettiva di nuove soggettività, realizzando quel un *giro decolonial*, che ha significato emancipazione dai condizionamenti oppressivi ed escludenti di un diritto di matrice coloniale e non autoctona¹⁴.

Passando, ora, ad analizzare la composizione della Convenzione vengono in rilievo due elementi particolarmente significativi ossia l'appartenenza di genere degli eletti e quella partitica.

La Convenzione, infatti, rappresenta un *unicum* nello scenario comparativo per il suo carattere paritario. Per quantificare questa parità, la differenza massima proposta è stata il 45% di rappresentanti di un genere e il 55% a favore dell'altro, secondo i meccanismi di presentazione della lista e di successiva correzione degli eletti. Gli obiettivi perseguiti da questa misura sono stati legati al rafforzamento del carattere democratico e inclusivo del testo costituzionale, attuando così il principio di uguaglianza nel suo aspetto materiale e non solo formale. Infatti, la parità politica, tradotta nella possibilità per le donne di partecipare alle decisioni strategiche, richiede un nuovo patto sociale in cui si riconosca la necessità del contributo di entrambi i sessi. Di conseguenza, la decisione della maggioranza degli elettori cileni che hanno votato nell'ottobre 2020 è stata un impulso a ripensare la rappresentanza in modo dicotomico, chiedendo la partecipazione di uomini e donne nella redazione della Magna Carta¹⁵. A tal fine la XXIX disposizione transitoria ha previsto che le liste dei partiti politici, dei patti elettorali o di quelli indipendenti, avrebbero dovuto indicare, nell'ordine dei candidati in ogni circoscrizione elettorale, come primo nominativo quello di una donna seguito da quello di un uomo e mantenere tale alternanza. Il sistema previsto per l'elezione della Convenzione, essendo orientato al raggiungimento della parità di rappresentanza, prevedeva che nei distretti con un numero pari di seggi si sarebbe eletto un numero uguale di uomini e donne, mentre nei distretti con un numero dispari di seggi, non sarebbe potuta risultare una differenza tra i due generi superiore ad un seggio.¹⁶ In questi ultimi, quindi, è stata prevista l'applicazione di una correzione se il risultato non era di per sé paritario, per cui i candidati del genere sovrarappresentato che hanno ricevuto

¹⁴ R. IANNACCONE, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”..., cit., 38-39.

¹⁵ S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3.

¹⁶ R. IANNACCONE, *La Convenzione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Nomos*, n. 1/2021, 5.

meno voti sono stati sostituiti dai candidati del genere opposto – dello stesso partito, lista o patto – che avevano ricevuto più voti. La logica sottesa a questa misura è stata assicurare la presenza di più donne nella Convenzione – auspicando l'adozione di un approccio di genere in tutte le parti della Costituzione¹⁷. Sorprendentemente, la correzione dinanzi illustrata è stata applicata in 11 casi a favore di uomini e solo in 5 casi a favore di donne. L'Assemblea Costituente, in fine, è risultata composta da 78 uomini e 77 donne¹⁸.

Un'altra grande sorpresa di queste elezioni è legata al secondo profilo in analisi ossia l'appartenenza partitica dei e delle *convencionales constituyentes* e, in particolare, il gran numero di seggi ottenuti dalle liste di indipendenti non legati a nessun partito politico. I candidati di queste liste hanno ottenuto, infatti, un totale di 48 seggi. È rilevante anche il risultato della lista “*Apruebo Dignidad*” – composta dal *Frente Amplio*, dal Partito Comunista e da altri conglomerati di sinistra – che ha ottenuto 28 seggi. I grandi perdenti in queste elezioni sono stati, invece, i partiti politici tradizionali. Da un lato, la lista *Chile Vamos* – che riunisce i partiti politici di destra e di centro-destra, che attualmente sostengono il governo guidato dal Presidente Sebastián Piñera – ha ottenuto 37 seggi, molto al di sotto del terzo dei rappresentanti a cui questo gruppo aspirava, per influenzare in modo decisivo la Convenzione. Addirittura peggiore è stato il risultato ottenuto dai partiti della “*Ex Concertación*” – che hanno governato il paese tra il 1990 e il 2010, ora riuniti sotto il nome di “*Lista del Apruebo*” – che hanno ottenuto 25 seggi¹⁹. In percentuali, i partiti politici tradizionali di destra hanno ottenuto il 24% dei seggi, il centro-sinistra il 16%, la sinistra parlamentare il 18%, i popoli indigeni l'11% e le due liste maggioritarie di indipendenti il 16% (“*Lista del Pueblo*”) e il 7% (“*Independientes No Neutrales*”), con il restante 8% per altri indipendenti. Questa composizione ha lasciato presagire, fin dall'inizio, che il processo costituente e il suo risultato saranno caratterizzati da una certa incertezza, in quanto, anche se tutti gli eletti hanno dovuto presentare programmi e alcune delle loro proposte sono note, si tratta per lo più di persone senza esperienza precedente nel settore pubblico e che non rispondono ai partiti, che, invece, tendono a ordinare maggiormente i dibattiti e a dare più prevedibilità al modo di agire dei loro membri. Ciò ha portato a risultati negativi soprattutto sul piano finanziario: si è registrato un aumento del dollaro e a un forte calo dei mercati cileni, oltre a un aumento del rischio paese²⁰.

È evidente la profonda sconfitta dei partiti politici tradizionali, che hanno governato il Paese negli ultimi 30 anni, e l'emergere di nuove forze politiche che, molto probabilmente, rimodelleranno il sistema politico nazionale, soprattutto in vista delle elezioni presidenziali e parlamentari che si terranno a novembre di quest'anno²¹. Da una parte, un elemento da sottolineare è che la destra tradizionale non è riuscita ad assicurarsi i seggi necessari per poter bloccare questioni complesse per il suo settore, come, ad esempio, le decisioni che saranno prese

¹⁷ S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, cit., 3.

¹⁸ P. POO, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional*, cit., 7.

¹⁹ M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3.

²⁰ D. ZOVATTO, M. JARAQUEMADA, *Análisis de las elecciones en Chile*, in *Idea Internacional*. News, 28/05/2021, <https://www.idea.int/es/news-media/news/es/analisis-de-las-elecciones-en-chile>

²¹ M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes*, cit., 3.

rispetto alla proprietà dell'acqua. Allo stesso tempo, nessuna forza politica rappresentata nella Convenzione costituzionale è in grado di imporre da sola la sua visione, quindi questo organismo dovrà impegnarsi in un esercizio democratico al fine di raggiungere ampie intese²². D'altra parte, però, questa incertezza legata alla composizione dell'Assemblea costituente viene parzialmente meno in materia di diritti del lavoro e politiche redistributive, da sempre ostacolati in Cile, non solo dalla destra, ma anche dalla costruzione ereditata dal regime di Pinochet²³. Basti pensare che appena nell'aprile 2016, il Tribunale Costituzionale aveva frenato la riforma in materia di lavoro approvata da entrambe le Camere durante il secondo governo di Michelle Bachelet. La recente elezione dei costituenti può cambiare drasticamente questo panorama in quanto, dato quanto indicato dai loro programmi e dalle proposte delle loro liste, almeno 77 membri²⁴ della Convenzione costituzionale (il 50% del totale) fanno parte del tronco che si batte per l'attuazione di tali politiche pubbliche e, anche se da soli non hanno la forza necessaria per tradurre la loro ideologia nella nuova carta fondamentale, in quanto è necessario il raggiungimento dei 2/3 dei membri, potrebbero essere appoggiati, a seconda dei temi in discussione, alcuni dei membri più progressisti eletti nelle fila del *Partido Socialista de Chile* (PS) e del *Partido por la Democracia* (PPD). Le proposte comuni includono la fine del ruolo sussidiario dello Stato, il superamento dell'economia basata sull'estrazione di risorse naturali, la proprietà della terra per i popoli indigeni, la plurinazionalità, i diritti del lavoro, la sovranità alimentare, il cambiamento del sistema pensionistico e l'affermazione del diritto all'istruzione pubblica di qualità. Inoltre, ad accomunare questi *convencionales* è la forte critica alla direzione presa dalla transizione post-dittatura, con la politica di accordi con il centro-destra promossa per decenni dall'ex *Concertación*. Nonostante alcuni obiettivi comuni, bisogna tener presente che non si tratta di un blocco omogeneo esente da divisioni e critiche. La Lista del Popolo, ad esempio, contesta i partiti e i parlamentari, compresi quelli di FA e PC, in quanto ritiene che abbiano abbandonato le lotte sociali per assicurarsi spazi e posti di lavoro nell'apparato pubblico²⁵.

4. I primi lavori della Convenzione: giugno-agosto

4.1 La struttura della mesa directiva

²² P. POO, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional*, cit., 9.

²³ Sull'assetto istituzionale e normativo ereditato dalla sanguinosa dittatura militare di Augusto Pinochet, contenuto nella concessa *Constitución Política de la República de Chile* (CPR) del 1980, e sulle problematiche che ne sono derivate si rinvia a Si riportano, inoltre, anche i seguenti contributi: F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 482/2014; C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y "momento constituyente" en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, in *Revista Anales*, séptima serie, n. 10/2016; M. OLIVETTI, *Prime osservazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Chile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020; A. MASTROMARINO, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, in *Dpce online*, n. 1/2021. Si consenta il rinvio, anche, a R. IANNACCONE, *"Borrar todo tu legado será nuestro legado": alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future*, in *Nomos*, n. 1/2021.

²⁴ Si tratta dei 28 membri eletti dalla *Lista Apruebo Dignidad*, dei 27 che provengono dalla *Lista del Pueblo*, 7 indipendenti di liste locali e almeno 15 membri eletti dai popoli originari

²⁵ N. MASSAI D., B. MIRANDA, *La mitad de la convención: 77 constituyentes electos provienen de listas que impulsan cambios radicales al sistema*, in *CIPER Académico*, 17/05/2021.

La disciplina dei lavori della Convenzione non si baserà su un testo previo, ma solo su poche regole fondamentali, stabilite dall'articolo 133 della Legge n. 21.200, intitolato “*Del funcionamiento de la Convención*”, ossia: l'Assemblea si riunirà a giugno 2021, entro 15 giorni dall'entrata in vigore del decreto presidenziale che la convoca, in un luogo stabilito dal Presidente stesso o nella sede del Congresso (c. 1). Tale articolo, inoltre, sancisce che “en su primera sesión, la Convención deberá elegir a un Presidente y a un Vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio” (c. 2) e “deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio” (c. 3). Quindi, oltre che per l'elezione del Presidente e del Vicepresidente, la regola básica per il funzionamento della Costituente è quella del *quorum* dei 2/3, che non potrà in alcun modo essere sostituito, così come dovranno rimanere invariati le procedure e il funzionamento previsto per i suoi lavori (c. 4).²⁶ È previsto un periodo di nove mesi, estendibile per altri tre mesi, (art. 137, *Ley* 21.200) in cui i principali elementi su cui, presumibilmente, il dibattito costituzionale si concentrerà saranno i diritti sociali, una questione critica in un Paese con un alto livello di disuguaglianza; l'equilibrio tra il ruolo dello Stato e del mercato, soprattutto in termini di protezione sociale e la fornitura di servizi considerati “di base”; l'equilibrio dei poteri tra l'esecutivo e il legislativo, attualmente favorevole all'esecutivo; e la riforma di alcune istituzioni, per esempio, la Corte costituzionale²⁷.

Il **20 giugno 2021**, conformemente con le disposizioni dell'articolo 133 della Costituzione Politica della Repubblica (CPR), il presidente Sebastián Piñera ha firmato il [decreto di convocazione della prima sessione della Convenzione Costituzionale](#), prevedendone la riunione il **4 luglio 2021**, alle ore 10 nell'edificio del *Congreso Nacional* (art. 1) e stabilendo che la *Secretaria Relatora del Tribunal Calificador de Elecciones* avrebbe diretto, provvisoriamente, la sua prima sessione e l'elezione del o della Presidente della Convenzione Costituzionale, in ottemperanza a quanto stabilito dallo stesso articolo 133 della CPR. Quest'ultima aveva previsto anche una struttura básica della Convenzione composta da: un Presidente e un Vicepresidente, una *Secretaría Técnica* formata da “personas de comprobada idoneidad académica o profesional” e un *Comité externo* competente ad amministrare le assegnazioni conferite dal regolamento interno ai membri dell'Assemblea Costituente.²⁸

L'elezione della presidenza della CC ha rappresentato l'ennesimo evento storico avvenuto in Cile. È stata nominata Elisa Loncón, accademica mapuche e leader nella difesa e promozione dei diritti dei popoli nativi cileni. È evidente quanto questa elezione implichi un cambiamento politico e culturale nella struttura del potere istituzionale: per la prima volta una rappresentante di due gruppi storicamente esclusi – le donne e i popoli indigeni – presiederà un organo collegiale incaricato di redigere la, probabilmente, futura legge fondamentale cilena. Alla vicepresidenza è stato eletto, invece, dopo tre turni, l'avvocato Jaime Bassa del *Frente Amplio* (Indipendente di

²⁶ R. CABRERA TAPIA, *Chile ante el inicio del proceso constituyente*, Documento de Opinión, in *ieee.es*, n. 141/2020, 13.

²⁷ R. IANNACONE, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”..., cit., 36.

²⁸ L. SIERRA, *Estructura de Asambleas Constituyentes en América Latina: ¿Qué se puede aprender?*, in *Puntos de Referencia*, n. 549/2020, 1.

Convergenza Sociale). Anche egli rappresenta una nuova leadership politica, ma legata comunque al sistema partitico esistente. Le votazioni per queste due cariche hanno chiarito le posizioni dei membri della Convenzione e le possibili alleanze all'interno del corpo costituente ma, allo stesso tempo, hanno reso evidente l'inesistenza di forze sociali o politiche maggioritarie e, quindi, come la necessità di dialogo per raggiungere accordi sarà la sfida principale dei lavori costituenti.²⁹

Come era immaginabile³⁰, la Convenzione ha approvato, il **7 luglio** – con 127 voti a favore, 8 contrari e 11 astensioni –, l'[allargamento del suo ufficio di presidenza](#) da 2 a 9 membri e la [procedura per l'incorporazione delle sette vicepresidenze](#) aggiunte è stata votata durante la sessione del **27 luglio**. È stato stabilito che le loro funzioni sarebbero state collaborare e rendere più agevole la procedura di approvazione tra la Plenaria e le commissioni. Inoltre, su proposta di *Movimientos Sociales Constituyentes*, la *Lista del Pueblo* e *Chile Digno*, è stato deciso che la *mesa directiva* sarebbe stata composta rispettando criteri di correttezza plurinazionale – per cui due vicepresidenze sarebbero state riservate ai popoli indigeni –, di genere e di decentralizzazione. In materia di elezione dei membri, la plenaria ha ratificato la proposta dell'Ufficio di Presidenza che prevedeva che le vicepresidenze fossero composte dai candidati che avessero presentato, al segretario della Convenzione, almeno 21 patrocini – per le vicepresidenze riservate 8 – concessi dai membri della Convenzione costituente. È stato previsto, inoltre, che i candidati non potevano essere contemporaneamente patrocinatori e che le sponsorizzazioni potessero essere per un'unica candidatura principale – accompagnata da una candidatura supplente. In materia di parità di genere, il testo approvato ha stabilito che il genere maschile non avrebbe potuto superare il 50% del numero totale di vicepresidenze e ha precisato che tale regola non sarebbe stata applicabile alle donne o ad altre identità di genere, riconoscendo l'esistenza di modelli storici di sottorappresentazione di questi generi in questo tipo di organi. Oltre alla correzione di genere, è stata stabilita anche una correzione di decentralizzazione, prevedendo che, delle cinque

²⁹ OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente n°1: La instalación de la Constituyente*, 06/07/2021.

³⁰ In particolare, il politologo Carlos Fuentes ha rilevato come fosse opportuno, per la Convenzione Costituente, risolvere come prima questione la composizione dell'ufficio di presidenza decidendo se mantenere la composizione prevista dalla Costituzione di due membri (presidenza e vicepresidenza) o, dato il carattere multipartitico della realtà cilena, stabilire una *mesa directiva* più numerosa, ritenuta più efficace in quanto svolgerà un ruolo fondamentale nella gestione del funzionamento della Convenzione definendo gli aspetti procedurali e guidando alcune discussioni. (C. FUENTES, *La primera batalla de la Convención: El reglamento*, in *Ciper Académico*, 27/02/2021). Il politologo ha anche sottolineato come una *mesa directiva* composta da soli due membri sarebbe stata dominata da un solo settore e ciò avrebbe potuto generare sospetti e conflitti costanti tra la plenaria e l'ufficio di presidenza. Per questo ha avanzato la proposta di istituire un ufficio di presidenza composto da 3 a 5 membri, con l'obiettivo di assicurare la rappresentanza delle minoranze e il coinvolgimento dell'opposizione (V. MATUS BARAHONA, *La propuesta de Contexto para el reglamento de la Convención Constitucional*, in *Contexto*, 21/01/2021).

Anche il contesto comparato, limitando tale operazione alla subregione latinoamericana e più nello specifico alle costituzioni frutto del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* – vale a dire quelle di Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia (2006-2007) e Ecuador (2007-2008) – suggerisce un'omogeneità in tal senso. L'Assemblea colombiana ha avuto un'Assemblea composta da tre membri – rappresentanti dei tre principali partiti – titolari delle stesse attribuzioni, che dovevano agire di concerto. Per quanto riguarda la *mesa directiva* venezuelana, questa era composta da un presidente, un primo vicepresidente e un secondo vicepresidente, eletti a maggioranza. La “Directiva” dell'Assemblea boliviana – definita come “*la instancia de dirección, coordinación, servicio y ejecución que facilita la labor de las y los Constituyentes*” – è stata la più complessa essendo composta da: una presidenza, quattro vicepresidenze e sei *secretarías*. Infine, in Ecuador le norme che regolarono il processo costituente prevedono che una Commissione temporanea – composta dai tre membri più votati dell'Assemblea costituente, che sarebbero stati, rispettivamente, il presidente, il vicepresidente e il segretario – avrebbe organizzato, durante la prima sessione, l'elezione della *Comisión Directiva de la Asamblea Constituyente*, che sarebbe stata formata da un presidente o una presidente, due vicepresidenze e due *vocalías*, eletti dal *plenum* dell'Assemblea (L. SIERRA, *Estructura de Asambleas Constituyentes en América Latina...*, cit., 2 e ss.).

vicepresidenze non corrispondenti ai seggi riservati, almeno tre sarebbero state rappresentative di regioni diverse dalla Regione Metropolitana. Il meccanismo di correzione approvato, presentato dal *Frente Amplio*, è stato il sorteggio. La Plenaria, inoltre, ha approvato la creazione di un meccanismo di revoca delle cariche³¹, che indica che, in qualsiasi momento e su richiesta di almeno un terzo dei costituenti, può essere richiesta la revoca di una vicepresidenza perché ha perso la fiducia della Plenaria. La revoca sarà effettiva nel caso del voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri. Infine, è stata stabilita la rotazione dei componenti l'ufficio di presidenza, prevedendo che tutte le posizioni saranno sostituite almeno una volta e che i suoi membri saranno in carica per la durata che sarà determinata dal regolamento della Convenzione. Il **29 luglio**, rispettando le regole appena illustrate, sono stati [nominati i sette vicepresidenti](#).

4.2 *La Convenzione si rivolge agli Organi del potere costituito*

L'**8 luglio**, durante il secondo giorno di sessione della Convenzione Costituzionale, la Presidente, Elisa Loncón, ha informato che il punto principale di discussione sarebbe stato la delibera di una possibile dichiarazione riguardo le persone private della libertà e i prigionieri politici nel contesto dell'“*Estallido social*”, estendendola alla giudizializzazione del conflitto politico e sociale esistente tra lo Stato cileno e la nazione Mapuche presente nel Wallmapu, e aggiungendo altre situazioni di conflitto tra la nazione Mapuche e lo Stato e altre situazioni di uso del sistema penale nei conflitti politici. Nella prima votazione non è stata raggiunta la maggioranza assoluta, tuttavia, nella seconda votazione, l'opzione 1, intitolata [La Convención Constitucional a los Órganos del poder constituido sobre la prisión política en Chile y la militarización del Wallmapu](#), ha superato la soglia prevista ottenendo 105 voti.

L'*incipit* della dichiarazione sottolinea l'importanza, per un processo democratico e una vera pace sociale per il popolo, che gli organi del potere costituito aprano la strada offrendo garanzie democratiche ed equità affinché il processo storico che il Paese sta vivendo possa funzionare correttamente ed essere riconosciuto come legittimo dai popoli e dalle nazioni del Cile. La Convenzione Costituzionale, senza cercare di interferire o arrogarsi le competenze o le attribuzioni di altri poteri dello Stato³², ha dichiarato la propria responsabilità politica di fare una

³¹ In molti regolamenti interni, i componenti dell'ufficio di presidenza temporaneamente assenti sono sostituiti dal membro immediatamente successivo nella gerarchia. Nei casi di assenze più lunghe, la tendenza è stata quella di stabilire meccanismi di sostituzione permanente. In Bolivia, ad esempio, era stato previsto che se un membro della *mesa directiva* si dimetteva o era assente per più di 15 giorni, sarebbe stata ripetuta l'elezione per quella posizione. Allo stesso tempo, ci possono essere procedure e motivi espliciti per la destituzione o l'impeachment dei membri dell'ufficio di presidenza in caso di inadempienza dei loro doveri o di mancato rispetto degli standard di condotta e integrità della Convenzione. (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Consideraciones para el reglamento de la convención constitucional. Aprendizajes de la experiencia internacional*, marzo 2021, 32)

³² La dichiarazione a tal proposito recita “*La Convención Constitucional, sin pretender interferir ni arrogarse las competencias o atribuciones de otros poderes del Estado*”. Tale espressione assume rilevanza in quanto, in tal modo, l'Assemblea Costituente ha voluto evitare di contravvenire a quanto disposto fin dalla conclusione dell'“*Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución*” in materia di

dichiarazione al Paese in relazione ad alcune situazioni contingenti che contravvengono chiaramente allo spirito che guida il suo lavoro. La dichiarazione fa riferimento alla violenza che ha accompagnato gli eventi di ottobre – ossia l'*Estallido social* – sostenendo che si sia trattato di una conseguenza del fatto che i poteri costituiti sono stati incapaci di fornire l'opportunità di creare una Nuova Costituzione. Pertanto la Convenzione, al momento di iniziare i suoi lavori, ha ritenuto di chiedere a tali organi di assumersi la responsabilità di quanto successo e ha fatto richieste specifiche. Per quanto riguarda il [Proyecto de Ley de Indulto General \(Boletín N°13.941-17\)](#), attualmente nella Commissione della Costituzione del Senato, ha richiesto la sua discussione con la massima rapidità. Al ramo esecutivo, invece, ha chiesto di dare al [Proyecto de Ley de Indulto General \(Boletín N°13.941-17\)](#) e al [Proyecto de Ley de Reparación a Víctimas de Derechos Humanos \(Boletín N°13.854-17\)](#) la massima urgenza legislativa. La Convenzione ha, inoltre, sollecitato l'immediata smilitarizzazione del Wallmapu, l'annullamento della decisione che ha aumentato il budget predisposto per la repressione del territorio mapuche e che l'indulto per i prigionieri politici mapuche, nel caso delle regioni di Bio Bio, Araucanía, Los Lagos e Los Ríos, sia applicabile dal 2001. Per quanto riguarda il [Proyecto de ley Boletín 13715-17](#), ha suggerito di prevedere l'applicazione diretta e obbligatoria della [Convenzione 169 sui Popoli Indigeni e Tribali](#) dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e della [Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni](#), soprattutto per quanto riguarda il riconoscimento delle situazioni classificate come crimini e che costituiscono l'esercizio dei diritti territoriali, culturali e politici, e l'applicazione preferenziale e obbligatoria di pene diverse dalla detenzione. L'applicazione di questi trattati internazionali è stata richiesta anche al Ministro della Giustizia e dei Diritti Umani, oltre alla conclusione del processo di modifica del [Reglamento de Establecimientos Penitenciarios](#) al fine di garantire i diritti delle persone private della libertà di origine indigena. In fine, l'Assemblea costituente ha invitato all'attuazione di una solida politica di giustizia che contribuisca alla riparazione completa dei danni e dei pregiudizi subiti, individualmente e collettivamente, per coloro che sono stati vittime di persecuzione, prigionia politica e violazioni sistematiche dei diritti umani. Inoltre, i costituenti si sono impegnati a creare nella Nuova Costituzione meccanismi

interferenza di competenze tra la Costituente e i poteri istituiti. In quella sede infatti si ritenne opportuno stabilire un quadro di funzionamento ben preciso di quest'organo, da una parte, a causa della genesi della Carta del 1980 – frutto di una dittatura che ha soppresso e sostituito i poteri dello Stato con la legittimità democratica e che, allo stesso tempo, ha agito come governo, legislatore e organo costituente – e, dall'altra, per evitare quanto avvenuto in occasione del processo costituente venezuelano (1999) ed ecuadoriano (2007-2008) dove gli organi costituenti adottarono decisioni che alterarono il funzionamento degli organi e dei poteri dello Stato. Pertanto il punto 5 dell'accordo ha stabilito che *“El órgano constituyente que en definitiva sea elegido por la ciudadanía, tendrá por único objeto redactar la nueva Constitución, no afectando las competencias y atribuciones de los demás órganos y poderes del Estado y se disolverá una vez cumplida la tarea que le fue encomendada. Adicionalmente no podrá alterar los quorum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos”*. Questo stesso spirito è stato successivamente incarnato nell'attuale articolo 135 della Costituzione, contenuto nel Capitolo XV (Riforma della Costituzione e procedura di redazione di una nuova Costituzione della Repubblica), che stabilisce il divieto per la Convenzione di attribuirsi poteri che, secondo la Costituzione vigente, corrispondono ad altri organi dello Stato, prevede la validità dell'attuale Carta fondamentale fino alla fine del processo costituente, vieta alla Convenzione di ignorare il fatto che la sovranità risiede nella Nazione, e prevede che il testo della Nuova Costituzione deve rispettare il carattere repubblicano dello Stato cileno, il suo regime democratico, le sentenze giudiziarie definitive ed esecutive e i trattati internazionali ratificati (S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, cit., 8).

pertinenti e necessari per assicurare che i diritti umani di tutti i popoli non siano nuovamente violati e a garantire la non ripetizione degli eventi.

4.3 Il Protocollo sanitario

Quando si analizza il processo costituente cileno non ci si può esimere dal riflettere su quanto questo evento, di enorme portata, non solo simbolica, sia stato condizionato, quasi dal suo avvio, dalla pandemia da Covid-19. Tale contingenza ha influenzato non solo il calendario previsto per la riforma e le procedure pratiche per l'elezione dei membri della Convenzione e per la stesura della Costituzione, ma anche le preferenze dei cittadini e le loro richieste. La pandemia, infatti, ha inciso notevolmente sull'ulteriore accentramento dei poteri nell'Esecutivo – fin dalla dichiarazione, il 18 marzo 2020, a norma degli artt. 39-45 della Costituzione e dalla [Legge Organica Costituzionale n.18.415, dell'Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe](#)³³.

La situazione sanitaria ha reso necessaria anche l'approvazione, il **13 luglio**, di un apposito protocollo – il "[Protocollo sanitario para la Convención constitucional de Chile, en el contexto de la pandemia por Covid-19](#)" (approvato con 142 voti a favore e 8 contrari) – con l'obiettivo di ridurre le probabilità di contagio e salvaguardare il lavoro dei membri della Convenzione. Per quanto riguarda le misure sanitarie per il funzionamento dell'Assemblea, si è deciso di rispettare la capacità definita per ogni stanza e la distanza fisica. Il protocollo suggerisce anche di promuovere attivamente la vaccinazione tanto per i membri della Costituente quanto per lo staff e la stampa. Una votazione separata è stata effettuata in merito alla proposta di stabilire un protocollo obbligatorio di test all'inizio e alla fine della settimana ed è stata approvata con 78 voti a favore, 56 contrari e 8 astensioni.

4.5 Le commissioni

Al momento dell'inizio dei lavori della Convenzione Costituzionale il secondo tema chiave che ha dovuto risolvere, dopo quello già illustrato della composizione della *mesa directiva*, è stata l'organizzazione del lavoro in commissioni.

Secondo l'esperienza internazionale³⁴ e alcune proposte nazionali, di solito il lavoro di una Convenzione dovrebbe essere organizzato in: un ufficio di presidenza; la plenaria; alcune commissioni tematiche permanenti, definite per discutere alcuni aspetti specifici della

³³ R. IANNACCONE, *La Convezione Costituente cilena...*, cit., 8.

³⁴ ONU, *Guía para la elaboración de constituciones preparada por un constitutionmaker. Reglamentos*, agosto 2014.

Rimanendo sempre nella subregione latinoamericana, è possibile osservare come le Assemblee Costituenti si siano organizzate in gruppi tematici con un numero variabile di membri: in Colombia 5; in Argentina e Ecuador 1; in Venezuela 20 e in Bolivia 21. Inoltre, alcuni Paesi hanno deciso di istituire una commissione incaricata di integrare il lavoro delle commissioni (Venezuela) o di redigere la nuova costituzione (Colombia, Paraguay, Argentina, Ecuador e Bolivia). L'Ecuador, inoltre, ha istituito commissioni speciali incaricate di occuparsi dell'opinione e della partecipazione dei cittadini (F. FLORES, *Asambleas constituyentes: composición, organización y reglas de decisión*, in *Contexto*, 01/02/2021)

Costituzione (come diritti, forma di governo); un comitato di armonizzazione, incaricato di assicurare la coerenza del testo finale; un comitato competente a decidere gli aspetti amministrativi e di gestione della Convenzione; un comitato etico, incaricato di risolvere le questioni etiche e i conflitti di interesse; un comitato di partecipazione avente lo scopo di mantenere i contatti con i cittadini e l'ambiente esterno (media, organizzazioni internazionali); un comitato incaricato di definire le assegnazioni esterne; e una segreteria tecnica, incaricata di fornire supporto tecnico alla Convenzione. Sebbene la maggior parte degli autori sia concorde su questa struttura di base, il dibattito più ampio riguarda il numero di commissioni tematiche che dovrebbero essere create³⁵. Per esempio, Sebastián Soto³⁶ propone una struttura con solo due commissioni tematiche (una sui diritti e doveri e l'altra sull'organizzazione della *governance*) con 30 membri ciascuna. Sergio Verdugo³⁷, invece, ha suggerito che la Convenzione stabilisca il numero di commissioni tematiche in base al numero di capitoli della Costituzione. Carlos Fuentes, invece, ha proposto almeno otto commissioni ossia: principi, nazionalità e cittadinanza; diritti; popoli indigeni; governo; magistratura; amministrazione regionale e municipale; istituzioni autonome; e meccanismi di riforma costituzionale. Inoltre, ha indicato che il regolamento avrebbe dovuto indicare quanti membri avrebbero composto le commissioni (che potrebbero variare a seconda della materia), le modalità della loro selezione, la possibilità di stabilire sottocommissioni e il funzionamento in termini di riunioni e decisioni³⁸. Lo stesso Fuentes ha sottolineato l'importanza di considerare che il numero di commissioni ha un effetto sulla rappresentazione che ciascuna di esse può ottenere. Da una parte, un numero elevato di commissioni comporterebbe un numero inferiore di membri della Convenzione che può parteciparvi, per cui in un sistema multipartitico non tutti i settori potranno essere rappresentati in ciascuna di esse. Dall'altra, un numero ridotto di commissioni permetterebbe una maggiore rappresentanza di ogni settore, ma la discussione in ogni commissione diventerebbe più complessa a causa del gran numero di partecipanti³⁹.

La Convenzione ha assunto le prime decisioni in materia di commissioni il **14 luglio** quando, a seguito di una proposta dell'ufficio di presidenza e a vari emendamenti, sono state adottate le [norme di base per il funzionamento provvisorio della Convenzione](#). In particolare, sono state istituite le commissioni *Presupuestos y Administración Interior, Reglamento e Ética*, e definite le loro aree di competenza e il loro funzionamento. Per quanto riguarda la loro composizione, è stato deciso che la *Comisión de Reglamento* sarebbe stata composta da 31 membri, sponsorizzati da cinque membri della Convenzione o da quattro nel caso di candidati di seggi riservati, pertanto vi sarebbero stati almeno quattro membri provenienti da tali seggi. Le commissioni *Ética* e quella *Presupuestos y Administración Interior*, invece, sarebbe state composte da un massimo di 17 membri, richiedendo la sponsorizzazione di nove membri e otto membri rappresentanti delle popolazioni

³⁵ C. FUENTES S., *El Reglamento de la Convención Constitucional*, in *Contexto*, 28/02/2021.

³⁶ S. SOTO, *Procedimiento y organización de la Convención para aprobar un texto de nueva Constitución. Presentación en seminario "Convención y Nueva Constitución. Coloquios virtuales sobre el reglamento*, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad de Valparaíso, 2020.

³⁷ S. VERDUGO, *Algunos criterios para el reglamento de la Convención*, Santiago, Horizontal, 2020.

³⁸ V. MATUS BARAHONA, *La propuesta de Contexto para el reglamento de la Convención Constitucional*, in *Contexto*, 21/01/2021

³⁹ C. FUENTES S., *El Reglamento de la Convención Constitucional*, in *Contexto*, 28/02/2021.

indigene, con almeno due posti in queste commissioni garantiti per questi ultimi. In materia di parità, è stato stabilito che non più del 60% delle commissioni può essere composto da un solo sesso. Per quanto concerne il loro funzionamento, le commissioni avrebbero eletto a maggioranza assoluta un organo di coordinamento, formato su base paritaria e con almeno un membro che non sia stato eletto dalla Regione Metropolitana. L'applicazione di questo sistema di voto e la sua valutazione saranno fondamentali in vista della votazione delle regole di procedura e delle norme costituzionali.

I lavori delle commissioni saranno organizzati secondo gli obiettivi di ogni organismo, che potrà operare in sottocommissioni e avrà un periodo di 10 giorni lavorativi per svolgere audizioni pubbliche e per ricevere proposte dalla società civile, dalle assemblee e dai consigli territoriali o tematici, dalle università, dalle fondazioni o da altre forme di organizzazione sociale, dalle comunità di nazioni e dai cileni all'estero. I membri della Convenzione che non sono membri di queste commissioni transitorie possono partecipare alle loro sessioni e presentare proposte, ma non hanno diritto di voto. Le commissioni, inoltre, avranno 30 giorni per presentare le loro proposte alla plenaria.

In fine, nella seduta del 14 luglio, la CC ha approvato la creazione del *Comité Externo de Asignaciones*, organo indipendente la cui funzione è quella di determinare i criteri per l'utilizzo e la gestione delle dotazioni che, secondo il bilancio, corrispondono a ciascun costituente. Questo comitato sarà composto, su base paritaria, da un totale di cinque funzionari di carriera della *Contraloría General de la República*, del *Consejo para la Transparencia*, della *Tesorería General de la República* e delle *secretarías* della Camera dei Deputati e del Senato. Per la loro nomina, ognuno di questi organi proporrà una lista di tre candidati alla *mesa directiva* della Convenzione, che sceglierà una persona per ogni organo e presenterà tutte le alternative alla Plenaria. In caso di rifiuto, ogni proposta sarà votata singolarmente. Il comitato sarà anche composto da un professionista indigeno nell'area dell'ingegneria, dell'economia o di materie correlate, con comprovata esperienza di lavoro con comunità indigene e organizzazioni indigene territoriali, che sarà eletto dall'ufficio di presidenza della Convenzione. I membri del *Comité Externo de Asignaciones* sono inamovibili, a meno che non incorrano in incapacità o negligenza manifesta nell'esercizio delle loro funzioni e le decisioni e le istruzioni che il Comitato adotterà saranno vincolanti per la Convenzione e i suoi organi

Successivamente, il **21 luglio** la Convenzione ha discusso e approvato la creazione di altre cinque commissioni provvisorie, che avranno 30 giorni per presentare le loro proposte.

La commissione *Derechos Humanos, verdad histórica y bases para la justicia, reparación y garantías de no repetición* sarà composta da 19 membri e il suo obiettivo principale è quello di definire un quadro comune di ciò che si intende per diritti umani (individuali, collettivi e interculturali), incorporando la prospettiva di genere e le norme dei diritti sociali, economici, culturali, ambientali e naturali. Inoltre, dovrà proporre le basi per un sistema plurinazionale di rango costituzionale per proteggere questi diritti, promuovendo garanzie di non ripetizione delle loro violazioni. La commissione *Comunicaciones, Información y Transparencia*, composta da 17 membri, avrà lo scopo di elaborare meccanismi per facilitare l'informazione, la trasparenza e il flusso di comunicazione tra la Convenzione costituzionale e la società. La commissione *Participación y Consulta Indígena*,

ugualmente formata da 17 *convencionales*, avrà, invece, tra le altre funzioni, il compito di elaborare e proporre meccanismi di partecipazione e consultazione pertinenti, permanenti, vincolanti e continui per tutti i popoli indigeni. La commissione più numerosa sarà quella di *Participación popular y equidad territorial*, composta da un massimo di 31 membri, a cui competerà realizzare una proposta di partecipazione popolare che contempra meccanismi di vincolatività e incidenza, integrando la diversità territoriale, culturale, sociale, dei popoli e di genere. In fine, quella di *Descentralización, equidad y justicia territorial*, formata da 17 membri, si adopererà affinché la *Convención*, nonostante il suo carattere nazionale, porti avanti il processo costituente in modo decentralizzato, includendo pienamente le regioni.

Le otto commissioni provvisorie hanno, successivamente, stabilito nel loro regolamento interno un periodo per ricevere audizioni pubbliche, in cui le organizzazioni sociali, gli enti pubblici e privati, il mondo accademico e la collettività in generale avrebbero avuto l'opportunità di presentare proposte su come organizzare i lavori della Convenzione. Secondo i [dati](#) del **13 agosto**, le Commissioni Permanente, Etica e Bilancio – che sono stati i primi tre organismi ad aprire le consultazioni – hanno ricevuto, rispettivamente, 132, 55 e 9, ascoltando complessivamente un totale di 152 persone o entità. Terminata questa fase, le tre commissioni hanno discusso e votato le proposte al fine di presentarle alla Plenaria per la ratifica. Nel caso delle Commissioni Diritti Umani, Comunicazione, Partecipazione Popolare, Partecipazione e Consultazione Indigena e Decentramento, che sono state create successivamente, il numero di domande è aumentato, con 307 per la commissione Diritti Umani, 89 per Comunicazione, 170 per Partecipazione Popolare, 217 Consultazione Indigena e 222 Decentramento. Complessivamente, si stima che le commissioni riceveranno contributi, di persona o online, da almeno un migliaio di richiedenti, principalmente su questioni relative alla trasparenza, all'accesso all'informazione pubblica, ai processi di partecipazione nei territori, al decentramento, agli spazi per la diversità culturale, al rispetto dei diritti fondamentali e alla partecipazione dei membri delle popolazioni native.

Così come previsto dal suo mandato, il **16 agosto** la [Comisión de Descentralización](#) ha deciso che avrebbe svolto le sessioni di quella settimana in alcune regioni del Paese, al fine di ascoltare le entità che lo avevano richiesto ossia Arica, San Carlos, Ovalle e Ancud. Si tratta di un esercizio che rende concreto l'impegno per il decentramento territoriale e consolida un fattore sempre più apprezzato nell'attuale ciclo politico vale a dire il lavoro territoriale con le comunità⁴⁰.

5. Conclusioni: la – ancora per poco – vexata quaestio del regolamento

Nonostante le regole basiche, decise in questi primi mesi di lavoro, la *Convención* ancora non ha approvato il proprio regolamento. La Costituzione, così come modificata in vista del

⁴⁰ OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente n°8: La Convención va mostrando los primeros frutos del trabajo colectivo*, 23/08/2021.

referendum di ottobre 2020, non ha stabilito un termine⁴¹ per la definizione del regolamento interno dell'Assemblea, ma l'articolo 137 sancisce tassativamente che “una volta che la Convenzione abbia elaborato e approvato il testo proposto della Nuova Costituzione, o una volta scaduto il termine – *di 9 mesi* – o la sua proroga – *fino ad altri 3 mesi* –, la Convenzione sarà sciolta di diritto”. La CC, quindi, ha una data di scadenza per il suo mandato, pertanto il tempo investito a redigere le regole procedurali sarà tempo sottratto ai dibattiti sostanziali sul testo costituzionale. Inoltre, la Carta fondamentale stabilisce che a dover decidere del proprio regolamento sia la stessa Assemblea Costituente⁴² (art. 133).

L'importanza del regolamento risiede nel fatto che, come è noto, disciplinerà materie fondamentali quali, tra le altre, la struttura dell'Assemblea, la definizioni di commissioni tematiche

⁴¹ Per quanto concerne il tempo impiegato dagli altri organi incaricati di elaborare le regole interne di un'assemblea costituente, nel caso delle altre recenti costituzioni latinoamericane, l'esperienza è molto varia. In Ecuador e Colombia questa fase durò, rispettivamente, sette e dieci giorni. In Bolivia, invece, l'Assemblea ci impiegò 7 mesi, su un totale di 15 – che inizialmente dovevano essere 11 (PNUD, *Consideraciones para el reglamento de la Convención Constitucional. Aprendizajes de la experiencia internacional*, Cile, 2021, 18).

⁴² Nel panorama comparato, nella maggior parte dei casi, le regole di procedura sono state redatte dagli stessi membri dell'organo costituzionale. Un'eccezione è rappresentata dal caso colombiano, dove i principali partiti politici chiesero a un gruppo di membri dell'assemblea di redigere il regolamento interno prima dell'inizio dell'Assemblea nazionale costituente, e la plenaria, entro dieci giorni, modificò e approvò il testo regolamento (PNUD, *Consideraciones para el reglamento de la Convención Constitucional...*, cit., 17).

e il loro numero, il processo di deliberazione e decisione⁴³, l'applicazione del *quorum* dei 2/3⁴⁴, i meccanismi di partecipazione e inclusione. Si tratta di decisioni che permetteranno ai costituenti di portare avanti il lavoro di redazione della futura – se approvata dal corpo elettorale – Costituzione cilena ed incideranno sul suo contenuto. Come rilevato dal politologo Carlos Fuentes, infatti, “la Constitución no sólo depende de las ideas de los constituyentes, sino de cómo estos se organizan para discutir y votar. Quienes saben dónde está el poder, conocen un dicho que resume este problema: Haga usted las leyes y déjeme a mí los reglamentos”⁴⁵.

⁴³ Si tratta delle regole che disciplinano l'*iter* di approvazione delle norme, i tempi e i meccanismi per presentare mozioni e indicazioni, definiscono le votazioni in Commissioni e in Plenaria. Sergio Verdugo si sofferma, in particolare, sull'importanza di non produrre semplicemente un meccanismo imitativo del *Congreso Chileno* – così come proposto da Sebastián Soto Velasco (S. SOTO VELASCO, *La hora de la re-constitución. Una guía para la Convención*, Santiago del Cile, Ediciones UC, 2020) – in quanto ritiene importante tenere a mente che, data la natura della Convenzione, le sue procedure dovrebbero essere diverse da quelle utilizzate dal Parlamento, per almeno due ragioni. In primo luogo, la Convenzione, a differenza del Congresso, è un organo unicamerale e per mantenere i vantaggi di un sistema bicamerale – ovvero avere più di una revisione, l'identificazione dei difetti nei progetti di legge da parte di organi separati e la possibilità di generare importanti accordi politici in commissioni miste – non è sufficiente imitare la procedura associata al processo legislativo, ma è necessario considerare l'esistenza di un organo interno che aiuti a risolvere le controversie politiche (come le commissioni miste) e la possibilità che i testi siano discussi e approvati in più di un'occasione. In secondo luogo, bisogna tener presente che una costituzione non è identica a un progetto di legge in quanto può trattare questioni di natura diversa che devono essere integrate in un unico documento in cui le regole istituzionali genereranno incentivi e comportamenti che, cumulativamente, possono produrre conseguenze non volute e silenzi rilevanti (S. VERDUGO, *Algunos criterios para el reglamento de la Convención*, Centro de Estudios Horizontal, 15/10/2021, 5.).

Ritornando alla proposta di Soto, nei suoi tratti essenziali, questa delinea un *iter* ad andamento “circolare”, cioè che va e viene più volte dalle commissioni al *plenum* e che risulta, imperniato sul fondamentale contributo reso da una variante della commissione c.d. “di armonizzazione”, ribattezzata dall'A. commissione c.d. “tecnica” che dovrebbe avere un ruolo essere altamente enfatizzato: nel caso in cui una proposta venisse rigettata, dovrebbe essere raggiunto proprio in seno a tale commissione l'accordo da sottoporre al *plenum*, ma soprattutto dovrebbe essere intestato a quest'ultima il potere decisivo di stabilire in che modo l'Aula dovrà votare il testo finale della Costituzione (se articolo per articolo o nella sua interezza).

A suggerire di impostare un *iter* decisionale più semplice e spedito, basato sulla presentazione di mozioni in seno alle commissioni tematiche da sottoporre poi all'esame del *plenum*, è stato Carlos Fuentes. In base a questa proposta, qualora l'Aula dovesse respingere alcune delle proposte così congegnate, o formulasse indicazioni, sarebbe di competenza delle commissioni tematiche ritornare sulla questione; a questo punto, in caso di un secondo rigetto da parte dell'Aula di una proposta della Commissione, toccherebbe alla commissione “tecnica” o di “armonizzazione” o di “revisione”, che dir si voglia, risolvere le controversie venutesi a creare, ma sarebbe comunque riservato all'Aula il potere di esprimere l'ultima parola sulla definizione del modo in cui verrà impostata la votazione sulla versione finale del progetto di Costituzione (G. GUERRA, *La Convención Costituzionale cilena e la lucha por el reglamento*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 895-896.).

⁴⁴ Alcuni hanno suggerito che la regola dei due terzi dovrebbe essere applicata solo per approvare specifiche disposizioni costituzionali. All'interno di questa posizione, inoltre, è stato interpretato l'articolo 133 – e in particolare l'apertura del terzo comma (*La Convención deberá aprobar las normas*) –, nel senso che la votazione debba avvenire articolo per articolo. Invece, per quanto riguarda la possibilità di un voto finale da parte della Convenzione sull'intero testo, secondo tali autori, sia la Commissione tecnica che il Congresso avrebbero già considerato ed escluso questa possibilità. Una versione più radicale di questa posizione sostiene anche che stabilire più di un voto finale sulle regole e/o sul testo sarebbe contrario all'accordo politico sottoscritto a novembre 2019 e alla legge 21.200, testi che il regolamento non può contraddire.

Altri hanno difeso la necessità di realizzare più di una votazione o discussione, sostenendo che l'accordo non proibisce questa possibilità al contrario, invece, dell'idea di approvare le nuove norme costituzionali “articolo per articolo”. All'interno di questa posizione, inoltre, alcuni sostengono che è necessario che il testo sia votato come un insieme organico, al fine di garantire la sua coerenza interna.

Si allontana da linee dinanzi descritte Sergio Verdugo, il quale propone di ritenere l'articolo 133 un accordo incompleto. In tal modo sarebbe possibile escludere divieti e imposizioni sul processo costituente, eccetto quelli che sono esplicitamente dichiarati nel testo. Pertanto non si potrebbe sostenere né che una doppia discussione né che una doppia votazione siano incostituzionali, o che votare le regole articolo per articolo precluda necessariamente le revisioni future, o che un voto finale su un testo completo sia un requisito senza il quale la nuova costituzione non potrebbe essere validamente adottata. Si darebbe, quindi, più spazio al regolamento, senza limiti maggiori che riconoscere l'approvazione dei due terzi del regolamento stesso e delle norme (S. VERDUGO, *Algunos criterios para el reglamento de la Convención*, cit., 2-3.).

⁴⁵ C. FUENTES, *La primera batalla de la Convención*, cit.

Non esiste una ricetta o delle regole prestabilite che garantiscano l'elaborazione di un buon regolamento. Né è possibile disciplinare e anticipare tutti gli aspetti e le sfide che si presenteranno durante il processo di redazione. Piuttosto, un buon regolamento è quello che include regole chiare e semplici per facilitare la partecipazione di tutti i membri dell'organo di redazione⁴⁶. È però possibile fare riferimento al panorama comparivo per risolvere alcuni nodi critici del funzionamento della Convenzione e l'elaborazione del regolamento intero delle assemblee costituenti è stato generalmente competenza di commissioni specializzate, la cui grandezza ridotta ha reso più efficiente il processo di redazione⁴⁷. Il Cile non si è allontanato da questa esperienza.

Come già detto, il **14 luglio**, la plenaria della Convenzione ha approvato la creazione della *Comisión de Reglamento*, con il mandato di elaborare una proposta di regolamento che considerasse almeno la struttura della Convenzione, la creazione di commissioni tematiche, il processo di deliberazione e decisione, e i meccanismi di partecipazione e inclusione, che avrebbero permesso ai membri della Convenzione di organizzare il loro lavoro attraverso norme che regolino le procedure, il dibattito, la partecipazione e il modo in cui le decisioni verranno prese all'interno dell'organismo. Inoltre, dall'istituzione delle commissioni di *Ética* e di *Presupuestos*, e successivamente di quelle di *Comunicaciones*, *Derechos Humanos*, *Participación y Consulta Indígena*, *Participación Popular* e *Descentralización*, anche queste sono state incaricate di discutere e presentare proposte normative per il funzionamento della Convenzione, dopo aver ascoltato la società civile, le organizzazioni e le istituzioni accademiche.

Il **28 agosto** tutte le commissioni hanno consegnato le loro proposte per il regolamento (*Proyecto de reglamento de la Convención Constitucional*) e l'inizio della discussione in materia è prevista per il **9 settembre**. Particolarmente rilevanti, ai fini del regolamento, sono due decisioni assunte sul finire del mese di agosto dalla Commissione per il Regolamento. In primo luogo, la decisione, presa con un solo voto di scarto – il risultato è stato di 6 voti a favore e 5 contrari –, di mantenere il *quorum* dei 2/3 e, in secondo luogo, la mancata incorporazione di plebisciti intermedi al fine di sottoporre parte del lavoro dei costituenti al corpo elettorale. La rilevanza di quest'ultima decisione deriva, da un lato, dal fatto che afferma il ruolo di rappresentanti dei membri della Convenzione, che sono, quindi, gli unici chiamati a forgiare l'accordo costituzionale e, dall'altro, evita l'incentivo a rinviare questioni difficili ai plebisciti, riducendo così la responsabilità dei e delle *convencionales* e la densità della deliberazione costituzionale. Inoltre, è da rilevare che generalmente i cd. plebisciti “dall'alto”, ossia quelli convocati dall'autorità – in questo caso la Convenzione –, sono strumenti che cercano di condizionare o mobilitare i cittadini verso le posizioni di chi li indice piuttosto che un meccanismo in cui la democrazia viene esercitata direttamente dalla cittadinanza⁴⁸.

⁴⁶ IDEA INTERNATIONAL., *The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making*, 2005.

⁴⁷ PNUD, *Consideraciones para el reglamento de la Convención Constitucional...*, cit., 17.

⁴⁸ OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente n°8: La Convención va mostrando los primeros frutos del trabajo colectivo*, 23/08/2021.

Come descritto sopra, la definizione delle regole di procedura è un piccolo universo di decisioni che indubbiamente influenzerà il funzionamento della Convenzione. Uno schema complesso e pieno di iterazioni potrebbe rendere il lavoro difficile, mentre uno schema senza sufficienti delimitazioni potrebbe anche generare eccessive controversie⁴⁹.

Ci sono, inoltre, altri due elementi che devono essere presi in considerazione al momento di analizzare le sfide che la CC dovrà affrontare. Una di queste, come già rilevato, è sicuramente il fatto che i lavori costituenti si svolgono in un contesto caratterizzato dalla pandemia da Covid-19, che potrebbe rallentare alcune discussioni a causa di difficoltà logistiche e di spostamento per cui, ipoteticamente, la Convenzione dovrà regolamentare anche le modalità di svolgimento dei suoi lavori qualora non fosse possibile farlo presenzialmente⁵⁰. L'altra questione che dovrà essere tenuta presente è l'impatto che il processo elettorale presidenziale, previsto per il prossimo novembre, potrebbe avere sul lavoro della Convenzione. Bisognerà, infatti, valutare il modo in cui il processo costituente potrà essere influenzato dalla corsa presidenziale e viceversa. Inoltre, chiunque detenga la presidenza della Repubblica sarà responsabile non solo di sostenere la Convenzione negli ultimi mesi di lavoro, ma anche di eseguire la transizione dall'attuale al nuovo disegno istituzionale e sarà rilevante per l'attuazione dei nuovi mandati costituzionali secondo le decisioni dell'organo costituente. Pertanto, lo scenario presidenziale potrà generare o meno coerenza con quanto stabilito in sede costituzionale⁵¹.

⁴⁹ C. FUENTES, *La primera batalla de la Convención*, cit.

⁵⁰ PNUD, *Consideraciones para el reglamento de la Convención Constitucional*, cit., 18

⁵¹ OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente n°4: La Convención inicia su segunda etapa de trabajo*, 26/07/2021.



La fase favorevole dell'Italia: da Cenerentola d'Europa a potenza in crescita*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

Il quadrimestre **maggio-agosto** delle cronache costituzionali italiane riprende il filone di analisi sviluppato nelle precedenti relative al [quadrimestre gennaio-aprile \(n.1/2021\)](#). Le forze politiche che sostengono il Governo Draghi continuano ad essere impegnate nella gestione dell'emergenza sanitaria e nella scelta dei candidati alle elezioni amministrative di ottobre 2021 con la progettazione delle alleanze politico-elettorali. Gli attori politicamente rilevanti si sono trovati ad affrontare specifiche dinamiche interne che inevitabilmente hanno condizionato il dibattito politico.

Già nei mesi precedenti, il dibattito politico è stato interessato dalle tensioni che hanno coinvolto il Movimento 5 Stelle. Le dimissioni di Giuseppe Conte da Presidente del Consiglio hanno avviato un intenso processo di rinnovamento all'interno dei pentastellati sfociato con l'investitura da parte del cofondatore Beppe Grillo dell'accademico fiorentino a leader *in pectore*. Il nuovo corso intrapreso dal Movimento ha provocato la rottura con Davide Casaleggio e la piattaforma Rousseau, simbolo della storia del Movimento 5 Stelle sulla quale sono state effettuate tutte le votazioni politicamente rilevanti secondo i principi della democrazia diretta di roussoniana memoria. Le continue [richieste](#) del Casaleggio ai parlamentari eletti nelle liste del Movimento 5 Stelle del contributo che gli stessi sono tenuti a versare all'associazione Rousseau

* Nel presente lavoro, l'introduzione è da attribuirsi al Dott. Marco Mandato per i mesi di maggio e giugno, alla Dott.ssa Giuliaserena Stegher per i mesi di luglio e agosto. Per quanto riguarda invece le Sezioni: 'Partiti', 'Parlamento', 'Governo' sono da attribuirsi alla Dott.ssa Giuliaserena Stegher, 'Capo dello Stato', 'Corte costituzionale' sono da attribuirsi al Dott. Marco Mandato.

** Consigliere parlamentare dell'Assemblea Regionale Siciliana. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

*** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

e l'avvertimento di sospensione dei servizi informatici ha portato il figlio del cofondatore a lanciare un proprio manifesto riepilogativo degli ideali dell'azione grillina, evocativo di una possibile scissione all'interno del Movimento 5 Stelle. Avvertimento respinto al mittente da Giuseppe Conte che con un [post](#) su *facebook* ha annunciato la rottura del Movimento con Rousseau chiedendo, altresì, la restituzione dei dati degli iscritti.

L'annuncio da parte di Conte del nuovo [progetto politico](#) pentastellato ha subito rallentamenti e intoppi. Infatti, a seguito del ricorso presentato da una ex parlamentare contro l'espulsione decretata dal Collegio dei probiviri, il **5 maggio** la Corte d'Appello di Cagliari ha dichiarato inammissibile il reclamo presentato da Vito Crimi contro la nomina di un curatore speciale per il M5S. Si statuisce che il Movimento non ha un leader e, quindi, un rappresentante legale; di qui è scaturita la necessità di eleggere i membri del Consiglio direttivo nel rispetto delle norme statutarie. Ciò ha suscitato malumori e tensioni all'interno della galassia grillina. A ciò si aggiunga che Davide Casaleggio ha intrapreso una significativa iniziativa, ovvero quella di [consentire](#) a tutte le liste civiche candidate alle elezioni amministrative dell'autunno 2021 di comunicare sul Blog delle stelle, piattaforma ufficiale del Movimento prima della rottura. Contestualmente, veniva annunciato anche un cambio della [grafica](#) del sito, con la diminuzione della tonalità del giallo e una maggiore accentuazione del colore rosso. L'annuncio e la [descrizione](#) del nuovo sito è stata affidata ad Alessandro Di Battista, da sempre critico verso la linea governativa del Movimento e contrario al sostegno al Governo Draghi.

Lo scontro tra Conte e Casaleggio sulla messa a disposizione dei [dati degli iscritti](#) ha portato l'ex Presidente del Consiglio a [ricorrere](#) al Garante della privacy, stante il [rifiuto](#) della Casaleggio associati di fornire i dati richiesti ad una forza politica con simbolo e statuto diverso. La [riorganizzazione](#) del Movimento a guida Conte, attraverso una presentazione in un luogo pubblico, è stata resa ancor più tumultuosa sotto il [profilo finanziario](#) in quanto una bassissima percentuale di eletti ha accolto l'invito di versare la quota di mille euro a sostegno della nuova formazione politica. Il **1° giugno** il Garante della privacy ha [accolto](#) il ricorso di Conte, obbligando Casaleggio a trasferire tutti i dati degli iscritti e rilanciare il Movimento. Inoltre, la nomina della deputata Emanuela Del Re a rappresentante dell'Unione europea per il Sahel è sfociata in [rumors](#) circa la possibile candidatura di Conte alle elezioni suppletive alla Camera nel collegio romano di Primavalle, ipotesi seccamente [smentita](#) dallo stesso interessato. Il **5 giugno** Conte [annuncia](#) che la Casaleggio associati ha consegnato i dati degli iscritti; contestualmente, Casaleggio ha abbandonato il Movimento 5 Stelle.

Nonostante le continue [polemiche](#) con Rousseau e Casaleggio, nel predisporre le basi del proprio progetto politico, Giuseppe Conte ha rilanciato l'idea del [dialogo](#) con il Partito democratico e le forze politiche di sinistra, con un [tavolo di lavoro](#) fra i leader per rafforzare il sistema costituzionale italiano e allontanare il Paese dai personalismi senza manifestare l'*intentione* di interrompere l'esperienza del Governo Draghi. [L'idea contiana](#) del Movimento come una formazione politica diversa dal partito tradizionale ha suscitato la [diffidenza](#) dell'europarlamentare Dino Giarrusso il quale ha inviato il nuovo leader a coinvolgere la base nella riorganizzazione della struttura organizzativa. La riprogettazione del Movimento 5 Stelle ha coinvolto in prima linea non solo Conte, ma anche Grillo. In un vertice congiunto tenutosi a

Marina di Bibbona, il cofondatore e garante del Movimento 5 Stelle ha [ribadito](#) il proprio no al superamento della regola del doppio mandato, discutendo nel contempo anche del nuovo statuto e del nuovo codice etico la cui stesura è stata affidata allo stesso Conte. Nell'annunciare la "rivoluzione gentile" del Movimento, il **13 giugno** Conte ha [dichiarato](#) che i nuovi organi avrebbero condiviso la responsabilità politica delle decisioni con il nuovo leader, votato dagli iscritti e manifestato l'opportunità di individuare appositi meccanismi di razionalizzazione tra Governo e Parlamento con la sfiducia costruttiva e il rafforzamento dei poteri del Presidente del Consiglio. Sul piano delle alleanze politiche, ha ribadito la continuità del dialogo con i democratici.

Il nuovo progetto politico di Conte ha implicato anche la scelta delle [piattaforme](#) per la partecipazione degli iscritti: skycloud per i voti on line e Odo o per la gestione dei dati degli iscritti. Nel definire la possibile [squadra](#), con qualche voce emersa riguardante [Chiara Appendino](#), Conte ha progettato di prevedere le figure di tre nominati e di due eletti, mentre per la questione spinosa del doppio mandato di concedere la deroga solo ai più meritevoli. In un'assemblea degli eletti appositamente convocata da Crimi, è stato annunciato che ci sarebbe stato un voto sia sul nuovo statuto sia sulla leadership ed è stato richiesto ai deputati morosi di regolarizzare il pagamento delle proprie quote. La predisposizione del nuovo statuto ha previsto un [nuovo logo](#) dove scompare il simbolo del blog delle stelle, sostituito con i numeri 2050. Mentre è proseguita l'intransigenza dell'ex [Di Battista](#), poco propenso ad appoggiare il nuovo corso del Movimento 5Stelle, proprio sulla bozza di statuto redatta da Conte si è consumato un significativo [scontro politico](#) con Grillo per il quale le nuove norme avrebbero [tolto potere](#) al garante. La [minaccia](#) di Grillo di togliere il simbolo e quella di [Conte](#) di formare un proprio partito hanno portato a una profonda rottura tra i due. Infatti, nonostante fonti giornalistiche avessero ipotizzato un possibile [chiarimento telefonico](#) tra Conte e Grillo, nel corso di una riunione con i parlamentari il cofondatore ha aperto alla possibilità che gli iscritti si pronuncino sulla regola del doppio mandato, non mancando di inviare una [stoccata](#) a Conte sostenendo che l'ex Presidente del Consiglio non conosce il Movimento del quale ha bisogno, non il contrario. Pronta la [replica](#) di Conte che ha rimproverato Grillo di essere padre-padrone del Movimento. Contestualmente, si è consumato un altro [scontro](#), quello tra Grillo e Crimi a seguito della richiesta del primo di indire la votazione per la formazione del collegio di garanzia del Movimento, rifiutata dal reggente che si è schierato a favore del nuovo progetto di statuto di Conte.

Le vicissitudini all'interno del Movimento 5 Stelle hanno coinvolto anche le altre forze politiche di sinistra, anche in previsione delle elezioni amministrative. Il disegno politico di Conte di stringere una [partnership](#) elettorale con il Partito democratico ha sortito buoni effetti data la convergente volontà di Letta il quale, proprio nell'ottica delle consultazioni elettorali, ha avuto un incontro con Luigi di Maio per accordarsi sui nominativi da proporre nei più grandi centri urbani. Le [trattative](#) sulle candidature hanno riguardato Roma e Torino. Nella Capitale, data [l'incertezza](#) del Movimento 5 Stelle nei confronti dell'ex segretario Pd Zingaretti, è sceso in campo [Gualtieri](#) il quale, annunciando la propria candidatura, ha dichiarato che, in caso di vittoria elettorale, non avrebbe incluso alcun esponente pentastellato nella Giunta. Conte, invece, [dichiarando](#) che non si sarebbe [strappato le vesti](#) in caso di mancato accordo con i democratici

sulle candidature, ha ribadito il pieno [sostegno](#) del Movimento alla ricandidatura di Virginia Raggi, mentre a Torino – nonostante la [mediazione](#) dello stesso Conte – il Sindaco uscente Chiara Appendino ha [escluso](#) qualsiasi apparentamento politico con il Partito democratico. Il Partito democratico ha svolto, come di consueto, le elezioni primarie per scegliere i candidati. Il **13 giugno**, dalle primarie svoltesi a Torino, non con un'eccessiva [affluenza](#) di simpatizzanti dem, è risultato vincitore [Lo Russo](#) mentre il **20 giugno** si svolge a [Bologna e Roma](#) dove sono usciti vincitori rispettivamente Lepore e Gualtieri. Da segnalare che le primarie di Roma sono state caratterizzate da una polemica politica in merito [all'assenza di donne](#). A Napoli, nonostante qualche perplessità in seno ai grillini, Partito democratico e Movimento 5 Stelle hanno trovato l'accordo sull'ex Ministro dell'Università [Gaetano Manfredi](#). Accordo trovato anche per la Presidenza della Regione Calabria: il **18 giugno** viene ufficializzata la [candidatura](#) di Maria Antonietta Ventura, imprenditrice locale.

Similmente, il centrodestra ha discusso al suo interno il rilancio delle iniziative comuni, soprattutto in previsione delle elezioni amministrative con la scelta dei candidati nelle grandi città di Roma, Milano e Torino. Nella città meneghina ha continuato a farsi strada il nome di Gabriele Albertini, già Sindaco negli anni '90, il quale dopo [tre rifiuti](#) ha [aperto](#) ad un suo ruolo attivo in campagna elettorale. A Roma, invece, Guido Bertolaso, profondamente corteggiato dagli ambienti politici di centrodestra, ha ribadito il proprio [diniego](#) dato l'impegno in Lombardia come coordinatore della campagna vaccinale. Nel mentre, Forza Italia è stata attraversata da fibrillazioni dovute all'[iniziativa](#) del Sindaco di Venezia Brugnaro che, con il sostegno del Presidente della Regione Liguria Giovanni Toti e di alcuni deputati eletti nel nord-est e con l'adesione anche dell'ex 5 Stelle [Carelli](#), ha dato vita a un movimento politico denominato 'Coraggio Italia' presentandolo con il [simbolo](#) della Dc, facendo registrare l'[irritazione](#) del leader Silvio Berlusconi. In un [vertice](#) sollecitato da [Meloni](#) cui hanno partecipato Salvini e Tajani, si è concordato di individuare personalità provenienti dalla società civile per le candidature. Se Forza Italia con la Lega hanno spinto per il nominativo di Simonetta Matone, Magistrato, Giorgia Meloni ha avanzato la proposta di candidatura di [Enrico Michetti](#). Per Milano sono circolati i nomi di [Farinet](#) e [Di Montigny](#), il quale ultimo tuttavia non ha [accettato](#) la candidatura. Il **9 giugno** i tre leader di centrodestra hanno annunciato di aver trovato [l'accordo](#) per Roma con il ticket Michetti-Matone, Roberto Occhiuto per la Regione Calabria e Damilano per la corsa a primo cittadino di Torino. Il **10 giugno** il leader della Lega ha [incontrato](#) proprio il candidato sindaco di Roma per discutere di alcuni temi.

Anche il futuro del centrodestra è stato al centro del dibattito politico interno. Matteo Salvini ha lanciato l'idea di una [federazione](#) tra tutte le forze politiche di centrodestra di governo con Gruppi parlamentari unici per farsi sentire con un'unica voce e conferire loro una maggior forza contrattuale in modo da rafforzare l'azione del Governo Draghi, proponendo un [incontro ad hoc](#) per discutere della proposta. La proposta del leader leghista ha ricevuto [l'apprezzamento](#) di Meloni mentre è stata accolta [freddamente](#) da due esponenti di primo piano di Forza Italia, Carfagna e Gelmini le quali hanno evidenziato che tale proposta politica avrebbe ripercussioni a livello parlamentare sugli equilibri nelle Commissioni e nell'Ufficio di Presidenza, in caso si pervenisse alla formazione di un Gruppo parlamentare unico. [Perplessità](#) sono emerse anche

nella Lega dove da fonti parlamentari è emerso un malcontento per la mancata condivisione dei propositi di Salvini. L'idea salviniana è stata colta e rilanciata da Silvio Berlusconi il quale ha [auspicato](#) la formazione di un partito unico del centrodestra nel 2023 per rafforzare la rappresentanza degli italiani e conferire stabilità al governo di centrodestra, ipotesi non accolta né da [Salvini](#) né da [Meloni](#).

Nel dibattito sulle amministrative, si è inserita la dura polemica politica a proposito dell'opportunità del leghista Volpi, Presidente del comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica di dimettersi e di lasciare lo scranno della Presidenza ad un esponente politico di opposizione, così come prevede la legge. A seguito del sollecito delle forze politiche di consentire al Comitato di riprendere i propri lavori, il **20 maggio** Volpi ha rassegnato le [dimissioni](#). Con lui, anche l'altro esponente leghista Arrigoni. Alla [richiesta](#) rivolta dai Presidenti delle Camere ai Capigruppo della Lega Molinari e Romeo di indicare i nominativi in modo da reintegrare il Comitato, è stato obiettato che l'organismo non avrebbe risposto ai requisiti richiesti dalla legge, ragion per cui si sarebbe reso necessario che tutti i componenti del Comitato presentassero le dimissioni. Il **9 giugno**, dopo un braccio di ferro durato quattro mesi, il senatore di Fratelli d'Italia Adolfo Urso è stato [eletto](#) alla guida del Copasir con 7 sette sì e una scheda bianca. Assenti i due esponenti leghisti dimissionari.

In questi mesi i partiti hanno discusso in Parlamento di un altro tema politicamente rilevante, il disegno di legge per la prevenzione e il contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità presentato dal deputato pd Alessandro Zan, già approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati. La calendarizzazione del provvedimento in Commissione Giustizia non ha sopito le polemiche politiche dato il collocamento all'ultimo punto nell'ordine del giorno e la autonominata a relatore del Presidente della Commissione Ostellari (Lega) che, come tutto il centrodestra, non è favorevole al provvedimento.

Di diverso avviso il centrosinistra che, con Cirinnà e Mirabelli – Capogruppo Pd in Commissione Giustizia – hanno [chiesto](#) l'immediata trattazione del testo e l'esame dell'Aula mentre dal segretario dem Letta è emerso l'orientamento per un forte [impegno](#) ai fini dell'approvazione del testo così come pervenuto in Senato, anche a fronte della [manifestazione pubblica](#) di sostegno al disegno di legge svoltasi il **15 maggio** a Roma e a Milano. La contrarietà al disegno di legge da parte delle forze politiche di centrodestra, in particolare su tre articoli, è sfociata nella [presentazione](#) da parte di Salvini e Ronzulli di un testo alternativo, in modo da essere discusso in abbinamento con il ddl Zan e la richiesta di più di 100 [audizioni](#) per rallentare la prosecuzione dell'iter. Di contro, il Movimento 5 Stelle ha tentato di [accelerare](#) l'esame del testo ricorrendo ad una procedura di emergenza sebbene Partito democratico e Italia Viva hanno invitato alla cautela a fronte della duplicità dei testi e dell'incertezza dei numeri in Assemblea in considerazione delle diverse sensibilità all'interno del Partito democratico. Nello specifico, Italia Viva si è posta in una posizione mediana proponendo di eliminare dal testo alcune norme controverse. Il **25 maggio**, a fronte dello stallo permanente, il Partito democratico e il Movimento 5 Stelle, con una lettera, hanno [chiesto](#) al Presidente Casellati di far arrivare il testo in Aula in caso di continuo ostruzionismo della Lega. Di [posizione opposta](#) il centrodestra che

ha proposto di istituire un tavolo permanente per discutere sia dell'iter in Commissione sia dell'eventuale passaggio in Aula, richiesta [accolta favorevolmente](#) dalle altre forze politiche che comunque hanno chiesto garanzie sull'approdo in Aula del testo.

Anche la Chiesa è intervenuta nel dibattito politico. Con l'invio di una nota verbale all'Ambasciata italiana presso la Santa Sede veniva chiesta la [modifica](#) del disegno di legge Zan adombrando possibili profili di contrasto il Concordato che regola i rapporti tra Stato e Chiesa sebbene, successivamente, il segretario di Stato vaticano Card. Parolin ha [smentito](#) qualsiasi richiesta di tal genere. Sulla vicenda sono intervenuti sia il Presidente del Consiglio [Draghi](#) che ha ricordato la laicità dello Stato sia il Presidente della Camera [Fico](#) il quale ha valorizzato la sovranità delle Camere e, quindi, la libertà delle stesse di discutere qualsiasi tema. Le forti diversità d'opinione e la difficoltà di raggiungere un compromesso hanno portato alla [calendarizzazione](#) del voto in Aula il 13 luglio.

Il dibattito politico sulle elezioni amministrative e sul disegno di legge Zan hanno fatto da sfondo alla gestione dell'emergenza epidemiologica. Il superamento della fase acuta dei contagi e dei ricoveri hanno dato un significativo impulso alla campagna di vaccinazione condotta dal Generale Figliuolo il quale ha iniziato a valutare la [possibilità](#) di somministrare il vaccino Astrazeneca anche agli under 60enni nonostante nei mesi precedenti tale vaccino era consigliato esclusivamente per coloro che avessero superato i sessant'anni di età. Il rilancio del turismo in Italia, in previsione dell'apertura della stagione estiva, ha indotto il Presidente del Consiglio ad [annunciare](#) che coloro che facessero rientro in Italia non si sarebbero più dovuti sottoporre all'obbligo di quarantena e che per muoversi tra le Regioni italiane sarebbe stato sufficiente esibire un pass verde nazionale ottenibile per coloro che si sono sottoposti alla vaccinazione, siano in possesso di una certificazione di avvenuta guarigione o abbiano un tampone negativo. Inoltre, in occasione del [Global health summit](#) tenutosi a Roma il **21 maggio** lo stesso Draghi ha messo in evidenza che fosse in atto un graduale ritorno alla normalità, auspicando l'inclusività della crescita post Covid.

Parallelamente, il Governo Draghi ha cercato di sostenere l'economia con un provvedimento da trent'otto miliardi di euro finanziato con lo scostamento di bilancio e di allentare le limitazioni alla libertà individuale. In quest'ottica si è inserita la [proposta](#) delle Regioni di estendere il coprifuoco alle 23 per consentire il prolungamento dell'orario di lavoro e riprendere a far girare l'economia dato l'abbassamento del numero dei contagi. In considerazioni di tali esigenze, il **5 maggio** si è svolto a Palazzo Chigi un [vertice](#) tra Draghi e Letta il quale ha stigmatizzato il metodo di conduzione dell'azione di governo di Salvini, prospettando al Presidente Draghi le tre proposte del Partito democratico quali la detassazione per le nuove attività imprenditoriali e la decontribuzione per i nuovi assunti, il rilancio del turismo e un piano per i giovani. Nella medesima giornata, la leader di Fratelli d'Italia Giorgia Meloni ha [annunciato](#) la presentazione di una mozione parlamentare per la ripresa economica del Paese.

L'efficacia delle misure di prevenzione e di contrasto al virus pandemica ha consentito di omogeneizzare l'Italia a livello di colori: tutto il Paese è diventato [zona gialla](#). A seguito di un [incontro congiunto](#) tenutosi il **12 maggio** con le Regioni e di una cabina di regia svoltosi con i capidelegazione il **18 maggio**, il Governo, con il [decreto-legge n. 65/2021](#), ha varato nuove

misure nel rispetto dei principi di gradualità e prudenza con una specifica [road map](#) quali la fissazione del coprifuoco alle 23, stante la [contrarietà](#) del Presidente Draghi ad eliminarlo nonostante il [pressing](#) delle forze politiche di governo. È stato stabilito che il coprifuoco sarebbe partito alle ore 23 a partire dal 19 maggio. Inoltre, è stata prevista dal 22 maggio la riapertura dei mercati, dei centri e parchi commerciali e delle gallerie anche nei giorni festivi e prefestivi e degli impianti di risalita in montagna. Dal 24 maggio è stata prevista l'apertura delle palestre al chiuso, mentre dal 1° giugno si è concessa l'apertura al pubblico degli eventi e delle competizioni sportive all'aperto anche non di interesse nazionale (con le stesse regole per la capienza). Dal 15 giugno sono state consentite le feste e i ricevimenti successivi a cerimonie civili o religiose tramite l'esibizione della certificazione verde e l'apertura di centri termali, di parchi tematici e di divertimento. A partire dal 1° luglio è stata prevista l'apertura delle piscine al chiuso e l'apertura al pubblico degli eventi e delle competizioni sportive al chiuso anche non di interesse nazionale nonché la ripresa delle attività delle sale giochi, sale scommesse, sale bingo e casinò; la ripresa dei corsi di formazione — pubblici e privati — in presenza.

È stato possibile, altresì, una revisione dei parametri che hanno determinato il cambio di colore tra le Regioni. Si è deciso, congiuntamente con le istituzioni territoriali, di dare valenza al dato relativo all'occupazione dei posti letto e di terapia intensiva, il cd. rt ospedaliero. Da registrare la [contrarietà](#) della leader di Fratelli d'Italia alla mancata abolizione del coprifuoco, ritenuto dalla Meloni una misura illegittima che limita la libertà personale. Il calo dei contagi e la bontà dei provvedimenti adottati, così come [evidenziato](#) nella cabina di regia tenutasi il **22 maggio**, hanno portato un cauto [ottimismo](#) all'interno del Governo in merito alla possibilità che alcune Regioni potessero diventare zona bianca e alla caduta dell'obbligo di tenere le mascherine all'aperto.

Di qui la decisione del Governo di procedere con gradualità a rivedere i [colori](#) delle Regioni: a partire dal **31 maggio** l'Esecutivo ha predisposto una diversa colorazione regionale per consentire ai territori di essere zona bianca e di non sottostare più alle limitazioni tipiche delle zone gialle, arancioni e rosse su cui è stata veemente l'insistenza di Meloni che, [annunciando](#) un [incontro](#) del **3 giugno** con Mario Draghi, ha chiesto di interrompere la continuità d'azione con il Governo Conte e di alleviare le limitazioni alla libertà personale. Nel mentre, l'**8 giugno** la Camera ha [votato](#) la fiducia al Governo con 466 voti favorevoli sul decreto-legge n. 52/2021 cd. 'riaperture' contenenti "Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19". Il Senato ha [convertito](#) il decreto il **16 giugno** con 214 voti favorevoli. Il **14 giugno**, invece, è intervenuta una significativa novità in tema vaccini poiché l'Agenzia italiana del farmaco ha dato il [via libera](#) alla somministrazione del mix di vaccini per gli under 60enni ritenendo, a seguito dei propri studi, che gli effetti collaterali sarebbero stati accettabili. La notizia ha suscitato alcune polemiche fra le stesse [Regioni](#) le quali, in gran parte, hanno recepito le indicazioni del Governo e dell'Aifa. Critiche, invece, sono pervenute dal Presidente della Regione Campania [De Luca](#) il quale ha addotto preoccupazioni scientifiche che sarebbero state inviate al Governo.

Nel novero delle misure atte a far ripartire il Paese si inseriscono quelle proposte dal segretario del Pd Enrico Letta di una patrimoniale per finanziare una [dote](#) per le giovani generazioni, idea [rigettata](#) dallo stesso Draghi e dal [centrodestra](#) mentre si è registrata una [condivisione](#) tra lo stesso

Letta e Salvini sull'estensione del blocco dei licenziamenti. La strategia del leader Pd si combina con l'iniziativa delle [Agorà democratiche](#) volute dal segretario per rifondare dal basso il partito e promuovibili anche grazie alla gestione economico-finanziaria in attivo come [attestato](#) dalla direzione nazionale.

Seppur tra le [frizioni](#) che coinvolto Letta e Salvini, il dibattito all'interno del Governo ha riguardato anche la possibilità di estendere la proroga dello stato di emergenza. Se in un primo momento sembrava che lo stesso Draghi fosse [favorevole](#) a decretarne la fine il **31 luglio**, successivamente il Presidente del Consiglio ha ritenuto opportuna la proroga fino al 31 dicembre. Ciò ha provocato [malumori](#) nel centrodestra: sia [Salvini](#) che Meloni si sono dichiarati contrari all'ipotesi prospettata. Mentre [Salvini](#), all'esito di un incontro con Draghi, ha auspicato la fine dell'obbligo di indossare le mascherine, trovando la [condivisione](#) del Movimento 5 Stelle, il **17 giugno**, pur a fronte dei diversi [temi](#) all'attenzione del Governo, il Presidente Draghi ha [firmato](#) il decreto per il rilascio del *green pass*, valido dal 1° luglio, con cui si sono [regolamentate](#) le modalità di circolazione all'interno del territorio nazionale, la partecipazione agli eventi pubblici e gli ingressi alle strutture sanitarie assistenziali.

A fronte delle [tensioni](#) all'interno della maggioranza sulla riforma della giustizia e sullo sblocco dei licenziamenti, il **29 giugno** si è tenuta una [riunione](#) tra Governo e parti sociali al termine della quale è stato firmato l'accordo comune che impegna le aziende a far ricorso agli ammortizzatori sociali prima di avviare le procedure di licenziamento. Inoltre, è stato deciso di istituire un tavolo comune permanente per monitorare le esigenze sociali nonché di limitare selettivamente il blocco dei licenziamenti ai soli settori della moda, del tessile e delle scarpe.

Nel vortice delle polemiche politiche si è inserita anche la questione giustizia. A prescindere dalla scoperta di una possibile [loggia](#) in grado di condizionare le nomine sia in Magistratura che in altri settori del Paese con conseguente destabilizzazione soprattutto nella Procura milanese per presunte violazioni del segreto d'ufficio e con invito del Vice Presidente del Consiglio superiore della Magistratura [Ermini](#) ad una riforma dell'organo di autogoverno dei Giudici che allontani il carrierismo e le correnti, negli ambienti della maggioranza si è discusso della riforma della giustizia. In Commissione Giustizia alla Camera nel corso della discussione al disegno di legge sulla riforma penale sono stati presentati più di 700 [emendamenti](#) mentre è proseguito ravvicinato il [confronto](#) tra la Ministra della Giustizia Cartabia e l'ex Guardasigilli Bonafede che, rappresentando la voce del Movimento 5 Stelle, ha chiesto che venisse rivista la norma sulla prescrizione nel rispetto dei principi fatti propri dal Movimento 5 Stelle ricordati, tra l'altro dallo stesso [Conte](#) mentre Salvini e i radicali hanno promosso una [raccolta firme il referendum](#) sulla [giustizia](#) per il quale è arrivato anche l'[endorsement](#) di Matteo Renzi provocando anche uno [scontro](#) tra l'Unione Camere penali e l'Associazione nazionale dei Magistrati. I quesiti referendari riguardano la riforma del Consiglio superiore della Magistratura, la responsabilità diretta, l'equa valutazione, la separazione delle carriere dei Magistrati, i limiti agli abusi della custodia cautelare e l'abolizione della cd. legge Severino ([decreto legislativo n. 235/2012](#)).

Proprio il Movimento 5 Stelle, oltre ai nodi politici, è stato costretto ad affrontare in questi mesi, come già anticipato, la propria crisi interna. Dopo lo [scontro tra Grillo e Conte](#), andato in scena a più riprese e anche via social, nei **primi giorni di luglio** si è vociferato che circa un

centinaio di parlamentari penstellati si sarebbero schierati con Giuseppe Conte affinché questi assumesse la *leadership* del Movimento. L'ex Premier, dinanzi ai giornalisti convocati appositamente, si è detto pronto a presentare un progetto di riforma che andasse al di là di un mero restyling di facciata e palesandosi contrario a una diarchia (leader e garante). A seguito della [conferenza stampa](#), la risposta di Grillo non è tardata ad arrivare. Nel frattempo, dopo giorni di tensione, il Comitato dei sette, cui fanno parte diverse personalità di spicco dei pentastellati (tra cui i Ministri Di Maio e Patuanelli, il Presidente Fico, nonché i capigruppo Crippa e Licheri) ha cominciato a elaborare un progetto di revisione dello Statuto, della Carta dei valori e del Codice etico del M5S. Nonostante la richiesta del Garante del Movimento di cercare di dirimere la questione in tempi brevi, la soluzione-ponte, che ha sospeso l'imminente voto sul Comitato direttivo e la conseguente scissione, ha certificato la fase di stallo interna. Vito Crimi ha comunque autorizzato la [votazione su Sky Vote per l'elezione del Direttivo](#).

Anche il centro-destra ha vissuto momenti di tensione, in vista della scelta dei candidati per le amministrative. Matteo Salvini ha annunciato di voler presentare per la città di Milano non un unico candidato sindaco, ma una squadra di circa 5 persone. Lo scontro politico per le amministrative è stato però messo da parte temporaneamente per dar vita allo scontro sul tema della riforma fiscale. Nonostante l'approvazione del documento finale che riassume i contenuti dell'indagine conoscitiva deliberata in materia di [riforma dell'Irpef](#) e più in generale del sistema tributario, i partiti (Lega, Pd, FI, IV e Azione) hanno cominciato a darsi battaglia sulla paternità del documento di indirizzo.

Nonostante le difficoltà politiche sul nodo tributario, i Ministri hanno raggiunto una soluzione di compromesso nella sede del Consiglio per quanto riguarda il *cashback*. La misura, fortemente voluta dal precedente Governo e dai pentastellati, è stata sospesa per sei mesi. In questo arco temporale, però, il Ministero dell'Economia dovrà effettuare delle rilevazioni periodiche sui pagamenti elettronici per valutare l'opportunità della misura. Questo perché, [utilizzando le parole del Presidente Draghi](#), oltre ad avere carattere regressivo, il *cashback* è una misura onerosa che finisce per avvantaggiare le aree economicamente più avanzate del paese.

Nella riunione successiva, [quella dell'8 luglio](#), il Consiglio dei ministri ha deliberato la riforma del processo penale presentata dalla Ministra della Giustizia Cartabia. Essendo una riforma particolarmente importante e su cui è mancato l'unanime consenso a livello politico, il Presidente Draghi ha dovuto fare ricorso a tutta la sua capacità di mediazione per evitare l'*impasse*. In particolare, i rappresentanti dei 5 Stelle non erano a favore e avevano anticipato la loro astensione dal voto in Consiglio, questo perché i grillini sono da sempre particolarmente sensibili al tema della giustizia. Gli emendamenti al disegno di legge di delega per la riforma del sistema penale sono stati poi approvati all'unanimità, anche se solo dopo una faticosa mediazione del Presidente Draghi e del Ministro Cartabia.

Contestualmente alla riforma della giustizia, nella seduta dell'[8 luglio il Senato della Repubblica ha approvato \(A.S. 1440-B\)](#), in seconda lettura, la riforma costituzionale che modifica l'art. 58 della Costituzione, con 178 voti a favore, 15 contrari e 30 astenuti. La riforma, così come congegnata, comporta una parificazione dell'elettorato attivo tra i due rami del Parlamento. Dal testo, è stata però espunta l'ipotesi di abbassare l'età per essere elettorato passivo dei senatori. In

questo modo, gli elettori chiamati a eleggere i membri del Senato dovranno aver raggiunto il diciottesimo anno di età (e non più il venticinquesimo), mentre per essere eletti al Senato sarà sempre necessario aver compiuto il 40esimo anno di età. Come è noto. Dal momento che il testo è stato approvato a maggioranza assoluta dei componenti (e non dai due terzi) sarà comunque necessario attendere la decorrenza dei tre mesi, periodo durante il quale un quinto dei membri di ciascuna Camera, cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali sono legittimati a richiedere un *referendum* popolare.

La tensione politica tra i partiti non è scemata nei giorni successivi, ma si è riaccesa in considerazione del voto sul disegno di legge Zan contro l'omotransfobia, la cui discussione è stata calendarizzata al Senato per il **13 luglio**. Questo grazie all'asse congiunto tra Leu, M5S e Pd, cui si è aggiunta anche IV.

Nel frattempo il centro-destra si è interrogato sulla possibilità di dar vita a una federazione. Dopo l'Assemblea nazionale del partito [Noi con l'Italia](#) dell'**8 luglio**, cui ha preso parte Matteo Salvini e cui si è dichiarato favorevole Berlusconi tramite una lettera aperta, si è concretamente parlato del tentativo di federazione, pur con modalità e tempistiche diverse, su cui si è dichiarata invece contraria Giorgia Meloni. Peraltro la questione è stata temporaneamente congelata in vista del più vicino appuntamento elettorale di ottobre, dal momento che il nodo politico su alcune candidature non è stato risolto. Tra le principali città al voto vi è infatti Bologna e il candidato di centro-destra non è stato individuato nell'immediato, benché si sia parlato di un totonomi tra Andrea Cangini e Fabio Battistini. Proprio di quest'ultimo è stata ufficializzata la [candidatura](#) solo il **19 luglio**.

Il Capo dello Stato, dopo aver incontrato il **5 luglio** [il Presidente francese Macron](#) con cui ha certificato l'asse tra Italia e Francia e con cui ha discusso il delicato tema dell'immigrazione, ha ricevuto la delegazione degli azzurri, vincitori del campionato europeo. Entrambi gli ultimi avvenimenti prima dell'avvio della delicata fase del cd. "semestre bianco".

Il nodo della giustizia è tornato alla ribalta anche a **metà luglio**, nonostante l'approvazione degli emendamenti al processo penale. Il Presidente del Consiglio ha richiamato la maggioranza all'unità, auspicando la partecipazione dei partiti per giungere all'approvazione di importanti riforme, tra cui quella della giustizia, nell'alveo del *Recovery fund*. Draghi ha infatti posto l'attenzione sull'importanza del momento, chiedendo ai partiti di lasciare da parte giochi demagogici che non portano benefici. Per questo ha incontrato il **13 luglio** [il segretario del Pd](#) Letta e il coordinatore e vicepresidente di Forza Italia Tajani, mentre il **14 luglio** [il leader della Lega Matteo Salvini](#). In considerazione dell'imprevedibilità della posizione dei 5 Stelle, da sempre contrari sul nodo della prescrizione, Draghi ha deciso di incontrare nuovamente il leader *in pectore* del M5S Giuseppe Conte.

Anche il tema della data cui convocare gli italiani alle urne è stato particolarmente [discusso](#). Si è inizialmente ipotizzato di fissare le elezioni per il rinnovo dei vertici amministrativi a livello comunale per l'ultima domenica di settembre, ovvero la prima domenica di ottobre. Pur considerando la finestra elettorale compresa tra la metà di settembre e la metà di ottobre, se da un lato il Partito democratico avrebbe preferito anticipare le elezioni per scongiurare il rischio derivante dall'epidemia da Covid-19, dall'altro la Lega avrebbe preferito ritardare il più possibile

fissando le elezioni per la seconda domenica di ottobre.

In attesa di sapere con certezza la data delle elezioni amministrative, all'interno del Movimento è stata firmata una tregua. Così Grillo e Conte, dopo aver trovato l'accordo sulle nuove regole del Movimento annunciato da Vito Crimi, si sono mostrati [a favor di pubblico](#) in sintonia in un incontro prandiale a Marina di Bibbona il **15 luglio**. Per questo sono state rese note le tempistiche serrate: la votazione sul nuovo Statuto e l'elezione di Conte alla presidenza del Movimento.

Naturalmente la questione dell'epidemia da Covid-19 non è stata tralasciata. L'aumento dei contagi e delle varianti, così come le difficoltà di convincere la popolazione a vaccinarsi, hanno portato il Cts e il Governo a valutare l'ipotesi di introdurre il *green pass*, sulla base del modello francese. L'ipotesi è stata accolta in maniera diversa. Se da un lato il leader di Italia Viva [Renzi](#) si è dichiarato a favore, dall'altro la [Meloni](#) si è dichiarata assolutamente contraria giacché “la coercizione non è la via per guadagnare la fiducia dei cittadini”. Forza Italia, per voce di [Mariastella Gelmini](#), e la Lega, per voce del suo [leader Salvini](#), hanno deciso di temporeggiare, affidando la decisione alla cabina di regia e all'evoluzione della pandemia.

Nonostante il quadro delle posizioni politiche altamente frammentato, il Consiglio dei Ministri il **22 luglio** ha deliberato l'approvazione del decreto *green pass* obbligatorio per alcune attività, tra le quali ristoranti al chiuso, palestre, piscine, teatri, cinema. Dopo l'approvazione, il Presidente Draghi ha [convocato una conferenza stampa](#), insieme ai Ministri Speranza e Cartabia, con la quale ha illustrato i contenuti del provvedimento e ha invitato “tutti gli italiani a vaccinarsi e a farlo subito, perché devono proteggere sé stessi e le proprie famiglie. Il green pass non è un arbitrio ma una condizione per mantenere aperte le attività economiche”. Lo stesso Draghi è intervenuto su sollecitazione di un giornalista, [condannando le parole di alcuni esponenti politici che invitavano a non vaccinarsi](#) giacché “l'appello a non vaccinarsi è un appello a morire, sostanzialmente. Non ti vaccini, ti ammali, muori. Oppure fai morire: non ti vaccini, ti ammali, contagi, qualcuno muore”. Dal momento che qualche giorno prima Salvini aveva invitato i giovani a non vaccinarsi, il leader della Lega si è sentito chiamato in causa e ha fatto pervenire la propria replica.

Il Presidente del Consiglio, inoltre, è tornato sul tema della giustizia in occasione dell'[incontro](#) del **19 luglio** con Giuseppe Conte per cercare di chiudere il nodo sulla riforma Cartabia. Se da un lato Conte ha assicurato il contributo pentastellato alla riforma, con specifico riguardo al tema della velocizzazione dei processi e delle soglie di impunità, il Presidente Draghi ha preso tempo sulla richiesta di modifiche, ribadendo però che i tempi devono essere rapidi e che l'impianto generale della riforma resti invariato. A tal ragione, il Consiglio dei Ministri, per evitare modifiche dell'ultimo secondo finalizzate a stravolgere l'impianto generale e per rispondere alle critiche di alcuni membri del Csm e di alcuni Pm, ha deliberato all'unanimità l'autorizzazione alla apposizione [della questione di fiducia sulla riforma del processo penale](#). A seguito di ciò, la parola è passata alla Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari, che hanno calendarizzato per il **30 luglio** l'avvio dell'iter d'esame in Aula della riforma.

Sebbene i 5Stelle abbiano dato un timido assenso sulla riforma della giustizia, vi sono stati altri temi fortemente questionati e, a tal ragione, il candidato Presidente Conte ha dovuto mediare tra le due ali estreme del Movimento per cercare di trovare la quadra. In particolare, sul reddito di

cittadinanza si sono concentrati i riflettori, giacché da più parti ci si è interrogati sull'opportunità di mantenere tale misura assistenziale. Ciò soprattutto se si considera che a livello economico il banco di prova sta dimostrando come la misura [disincentiverebbe la ricerca di lavoro](#). L'altro tema caldo è stato quello delle critiche nei riguardi del titolare al Dicastero della transizione ecologica, Roberto Cingolani, [da mesi destinatario di critiche](#) anche da parte dei grillini.

Dopo l'ardua tensione sulle nomine Rai, che ha visto i partiti scontrarsi in più occasioni nonostante il tentativo di mediazione di Draghi, Fratelli d'Italia ha rinnovato la sua irritazione, benché abbia accolto uno storico esponente di Forza Italia, il sen. [Lucio Malan](#) che ha deciso di passare al gruppo meloniano.

Pur se oramai in procinto della pausa agostana, il Parlamento non ha concluso i suoi lavori, dal momento che è stato chiamato ad approvare non solo il ddl Zan, poi slittato a settembre per l'altro numero di emendamenti e la mancata mediazione sul testo, ma altresì diversi decreti quali il Sostegni bis, il rafforzamento della Pa, la *governance* del Pnrr e la riforma della Giustizia.

Nemmeno il Governo è venuto meno agli impegni. Dopo l'approvazione del decreto che rende obbligatorio il *green pass* per una serie di attività e servizi non essenziali, il Presidente del Consiglio ha dettato le priorità in vista della pausa estiva. I temi principali su cui il Premier ha voluto puntare solo quelli della scuola e del lavoro in considerazione dell'oramai certa estensione dell'obbligo del *green pass* anche ai docenti e ai lavoratori.

Il disegno di legge delega di riforma del processo penale ha subito un periodo di stop, giacché ancora fermo in commissione a causa dell'elevato [numero di emendamenti](#) presentati (anche se poi ridotti ai soli segnalati) e del mancato accordo sull'improcedibilità, nel timore dei grillini che proprio quest'ultima misura potesse incidere negativamente sui reati legati alla mafia e al terrorismo.

Negli ultimi giorni di **luglio** la tensione non è scemata. Se da un lato la Lega ha promesso di dare battaglia contro l'obbligo vaccinale nelle scuole, dall'altro ha inaugurato un dibattito su diversi temi a partire da quelli caldi come il *green pass* e i vaccini, ma estendendo anche all'immigrazione, al turismo, alla federazione del centrodestra e alla giustizia.

Dopo i veti incrociati sulla giustizia, che hanno visto da un lato un duro scontro interno tra Forza Italia, Lega e Fratelli d'Italia, dall'altro l'ennesimo ostruzionismo del Movimento 5 stelle, solo dopo una estenuante giornata di trattative, Mario Draghi e Marta Cartabia sono riusciti a chiudere l'accordo sulla riforma del processo penale. Questo non senza difficoltà, anche nella sede del Consiglio dei Ministri. Difatti la riunione dell'organo collegiale del **30 luglio** è stata sospesa e rinviata e solo dopo un'intensa trattativa i Ministri hanno deliberato, con voto unanime, le modifiche da apportare al testo del provvedimento. Una volta ottenuto l'assenso, i lavori in Commissione sono ripresi e il testo è giunto in Aula. Qui, dopo la decisione di porre la questione di fiducia e la seduta fiume conclusasi in notturna, la riforma è finalmente giunta all'approvazione, non senza imprevisti. Difatti, prima dell'approvazione del testo, la maggioranza si è spaccata dapprima su un ordine del giorno di Fratelli d'Italia relativo alla responsabilità diretta dei magistrati, e poi su un altro ordine del giorno relativo agli ecoreati. Dopodiché sono state votate due fiducie sui due articoli di cui si compone il provvedimento, approvate rispettivamente con 462 a favore e 55 contrari nella prima, 458 a favore e 46 contrari nella seconda votazione.

Dopo l'arduo scontro sulla giustizia, il Presidente del Consiglio si è visto costretto a far slittare l'agenda delle riforme, in particolar modo per quanto riguarda i provvedimenti inerenti al fisco e alla concorrenza, anche in considerazione della delicata questione del *green pass*. In ragione della prossima ripresa scolastica prevista per il mese settembre, fortemente voluta in modalità presenziale, Draghi ha anche incontrato i sindacati per capire come declinare il delicato tema del patentino verde sia per quanto riguarda la scuola, sia per quanto riguarda i luoghi di lavoro. Ciò a maggior ragione della sua imminente entrata in vigore prevista per il **6 agosto**. Per questo, le Regioni da un lato hanno tentato di mediare con il Governo per un alleggerimento delle misure proposte, dall'altro hanno chiesto aumento delle dosi di vaccino. Le dichiarazioni dei Governatori non sono tardate ad arrivare: se il Presidente della Toscana Giani ha chiesto al Governo "[un alleggerimento delle misure](#)", il Presidente della Liguria Toti ha anticipato di non avere problemi a introdurre la richiesta del certificato verde.

Non sono mancate polemiche in tema di immigrazione, in ragione dei costanti sbarchi che vedono i migranti avventurarsi nel Mar Mediterraneo a cercar fortuna. Da sempre Salvini si è fatto portavoce di una linea intransigente, rimarcata a **fine luglio**. Difatti, il leader Leghista ha [attaccato](#) il Ministro dell'Interno Lamorgese, colpevole di non aver adottato misure per ridurre gli sbarchi e ipotizzando la possibilità di far mancare l'appoggio all'Esecutivo. Quest'ultima invece, a seguito del colloquio tra [Mario Draghi con il Presidente della Repubblica tunisino Kais Saied del 4 agosto](#), ha [sentito il Commissario per gli Affari interni dell'Ue Ylva Johansson e ha poi incontrato a Tripoli il primo ministro del governo di unità nazionale Abdulhamid Dabaiba e il ministro dell'Interno Khaled Mazen](#).

Dopo un [confronto con Giancarlo Giorgetti il 2 agosto](#), Salvini ha fatto una sorta di passo indietro, ribadendo la partecipazione della Lega al governo a guida draghiana, pur auspicando un cambio di passo. Nonostante le critiche leghiste, parte della maggioranza, in *primis* Pd e M5S, ha rinnovato la propria fiducia politica nei confronti del Ministro.

Subito dopo l'80esimo compleanno e poco prima dell'avvio del semestre bianco (periodo che pur limitando il potere di scioglimento delle Camere – fatta eccezione nel caso in cui queste non siano giunte alla fine naturale della legislatura –, non limita gli altri, tra cui quello di *moral suasion*), il Presidente della Repubblica ha ricevuto la stampa parlamentare in occasione della [cerimonia del ventaglio](#), l'ultima del suo settennato. Oltre a rimarcare l'importanza della vaccinazione per combattere l'epidemia da Covid-19, Sergio Mattarella ha richiamato le forze politiche all'importanza della sfida del *Programma Next Generation Eu*. Per accogliere le sfide dell'avvenire, Mattarella ha sottolineato come sia necessario non solo *praticare una grande capacità di ascolto e di mediazione* ma al tempo stesso *bisogna essere in grado di assumere decisioni chiare ed efficaci, rispettando gli impegni assunti*. In realtà, appare doveroso precisare, ragionando a mente fredda, che vi sono degli elementi che sin da subito avevano lasciato concretamente ipotizzare che il Presidente Mattarella non avrebbe fatto ricorso allo scioglimento anticipato e che, salvo ulteriori terremoti deflagranti, si giungerà a fine naturale della legislatura: innanzitutto quanto accaduto con la crisi di fine gennaio (già analizzata nel [n. 3/2020](#) di questa Rivista), in secondo luogo le dichiarazioni di Mattarella stesso, in terzo luogo l'entrata in vigore della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari e in quarto luogo il procedimento sotteso all'attuazione del Piano

nazionale di ripresa e resilienza, che prevede tra l'altro l'approvazione di ben 53 provvedimenti attuativi.

Per fare il punto sullo stato di salute della coalizione di centro-destra, Giorgia Meloni si è recata in [Sardegna](#) il **2 agosto** per incontrare Silvio Berlusconi, dopo il riconoscimento dello sgarbo perpetrato ai danni di Fratelli d'Italia in occasione delle nomine Rai. L'obiettivo è sempre quello di una federazione come contraltare alla sinistra, da mettere in campo per le elezioni del 2023.

Nel frattempo, con la sospensione dei lavori d'Aula di entrambe le Camere per il mese di **agosto**, lo scontro sui dossier ancora aperti è stato congelato e rimandato a settembre. Dopo l'approvazione del decreto *green pass* in Consiglio dei Ministri e la conversione in legge del decreto sul rafforzamento della PA da parte della Camera, gli esponenti politici hanno cominciato la campagna elettorale in vista delle amministrative del prossimo autunno. Nell'ultima riunione dell'organo collegiale, il Presidente Draghi ha tracciato un primo bilancio dei primi sei mesi del suo mandato, che può essere definito pressoché positivo nonostante le difficoltà che ruotano intorno alla pandemia.

Intanto il Movimento 5 stelle si è preparato all'elezione di Giuseppe Conte a primo presidente del M5S. Per questo, l'Assemblea degli iscritti, già chiamata a pronunciarsi sulle [modifiche statutarie approvate](#) con l'87 per cento dei voti, il **7 agosto** ha espresso il [proprio favor sulla piattaforma Skyvote](#), con il 93% delle preferenze.

Il **3 agosto** è stata resa nota la finestra elettorale. Il Ministro Lamorgese ha firmato il decreto con il quale si è deciso di chiamare gli italiani alle urne la prima domenica di ottobre (e il primo lunedì), con eventuale turno di ballottaggio dopo due settimane, per le elezioni amministrative (comunali e circoscrizionali) nei Comuni delle regioni a statuto ordinario. I Comuni coinvolti saranno 1.162, tra i quali 18 capoluoghi di provincia (tra cui Torino, Milano, Bologna, Roma e Napoli) e 9 Comuni sciolti per fenomeni di condizionamento e infiltrazione di tipo mafioso, per un totale di 12.015.276 elettori.

La vittoria di molti atleti italiani nell'alveo della competizione olimpica di Tokyo 2020 ha rimesso sul piatto della discussione il delicato tema dello *ius soli*. Difatti, sul finire dei giochi olimpici si è formato una sorta di asse tripartito che ha visto il coinvolgimento dell'esponente di Sinistra italiana Fratoianni, del Ministro Lamorgese del Presidente del Coni [Malagò](#) per l'approvazione di un disegno di legge di modifica dell'oramai risalente disciplina delle modalità di acquisto della cittadinanza. A questo polo si è naturalmente palesato contrario l'asse del no, composto principalmente da [Salvini](#), Molteni e Fedriga, che hanno ribadito a più riprese che la disciplina dello *ius soli* non è una priorità, benché sia attualmente in discussione uno specifico provvedimento presentato all'inizio della XVIII legislatura.

Poco prima di ferragosto, nel momento in cui stava per esplodere la crisi afghana, attraverso un [tweet](#), la Presidente della Commissione europea [Ursula von der Leyen](#) ha annunciato di aver dato mandato alla attribuzione della prima tranche da quasi 25 miliardi di euro del Fondo europeo *Next generation Eu* destinato all'Italia. Fondi di importanza strategica perché apriranno una fase per l'Italia – ma anche per gli altri paesi europei – di ripresa economica duratura, visto che il nostro Paese “ha l'ambizione necessaria per fare dell'Italia un motore per la crescita di tutta la Ue. Un'Europa forte ha bisogno di un'Italia forte”. I fondi, che costituiscono circa il 13% dei

191,5 miliardi totali destinati al Paese fino al 2026 dovrebbero aiutare il pil reale italiano a crescere del 4,2% nel 2021 e fino al 4,4 % nel 2022. [La notizia](#) è stata perciò accolta da tutte le parti politiche con favore, soprattutto perché riguardano tematiche quali la messa in sicurezza del territorio e delle scuole e l'innovazione delle imprese.

Dopo la pausa di **ferragosto**, scandita dalle notizie dell'Afghanistan, che ha certificato il fallimento dell'esperienza statunitense di esportazione della democrazia e il subitaneo insediamento dei Talebani, il Governo è tornato immediatamente operativo sia per risolvere il rientro del personale dell'Ambasciata e dei collaboratori da Kabul, sia per determinare il cronoprogramma per il rientro a scuola e i provvedimenti attuativi del Pnrr. In un altro momento storico, con buona probabilità, questo periodo sarebbe stato caratterizzato da un acceso scontro politico che, pur timido, non è comunque mancato in vista del prossimo appuntamento elettorale delle amministrative e in ragione del corridoio umanitario di accoglienza dei profughi per l'emergenza umanitaria. Lo stesso Presidente Mattarella, pur ufficialmente nel semestre bianco, non ha mancato di far pervenire la propria posizione in occasione dell'incontro di Ventotene. Dall'isola, il **29 agosto**, il Capo dello Stato ha lanciato un [messaggio](#) all'Unione europea, colpevole di avere "scarsa capacità di incidenza [...], totalmente assente negli eventi. È indispensabile assicurare subito gli strumenti di politica estera e di difesa comune. La Nato è importante ma oggi è richiesto che l'Unione europea abbia una maggiore capacità di presenza nella politica estera e nella difesa. Questa prospettiva è importante anche per gli Stati Uniti". Una posizione forte e chiara del Presidente nei confronti di tutti i sovranisti, che ha auspicato la realizzazione di un progetto univoco e sovranazionale per la gestione dell'annosa questione dei migranti, e che smentisce chi aveva accolto la fase della "[tigre di carta](#)" come una fase di totale silenzio.

Lo scontro politico si è riaperto in occasione della questione che ha investito il sottosegretario leghista [Durigon](#), il quale aveva proposto di intitolare ad Arnaldo Mussolini un parco di Latina, già dedicato ai giudici Falcone e Borsellino. Dopo un pressing politico-mediatico di notevole importanza, il **26 agosto** il sottosegretario all'economia ha fatto un passo indietro, rimettendo l'incarico.

In conclusione una riflessione non può non essere condivisa. Vi è da dire che le elezioni amministrative, pur in sordina negli ultimi giorni di **agosto**, risulteranno essere determinanti nell'assetto degli equilibri interni, soprattutto quando si tratta di grandi città (Torino, Milano, Roma e Napoli) e quando si tratta di governi para-tecnici sostenuti da una eterogenea maggioranza. È ovvio che la vittoria ovvero la sconfitta in queste metropoli potrà influire concretamente nella complessa partita di Risiko cui stiamo per assistere.

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

Il Movimento 5 stelle ha vissuto nel quadrimestre ivi trattato una crisi identitaria senza precedenti. Dopo l'atteggiamento ostruzionistico di Davide Casaleggio, il leader *in pectore* Conte,

il **6 maggio**, ha [annunciato](#) il ricorso al Garante della Privacy per ottenere i dati degli iscritti al Movimento, custoditi da *Rousseau*.

Dopo accuse reciproche e veti incrociati, vi è stata una timida tregua tra M5S e *Rousseau*, finalizzata a risolvere il nodo sulla cessione della lista degli iscritti al Movimento in cambio degli arretrati che la piattaforma reclamava per i servizi erogati.

In attesa dell'elezione formale del leader, nonostante le tensioni, il M5S ha incontrato il Ministro Cartabia per trovare una difficile intesa sul delicato tema della giustizia. All'[incontro](#) del **21 giugno** ha partecipato la delegazione dei grillini, senza però Giuseppe Conte.

Alla fine di giugno si è consumato lo strappo tra Beppe Grillo e Giuseppe Conte. Quest'ultimo ha convocato una conferenza stampa il **29 giugno**, a seguito del duro attacco del comico genovese. Conte ha perciò lanciato un ultimatum a Grillo, ponendo le sue condizioni per assumere la leadership, dopodiché ha consegnato il nuovo statuto, frutto delle osservazioni dell'assemblea degli iscritti.

A seguito delle dichiarazioni di Conte, non ha tardato ad arrivare [la replica di Grillo](#) del **30 giugno**. La [diatriba è poi parzialmente rientrata](#) ai primi di **luglio** grazie alla timida apertura sulle regole dello statuto.

Dopo che il **3 agosto** l'Assemblea degli iscritti ha approvato le [modifiche allo Statuto](#), il **6 agosto**, all'esito della votazione sulla piattaforma Skyvote, è stato dichiarato eletto Giuseppe Conte alla carica di Presidente del Movimento 5 Stelle. Al voto, [certificato da un notaio](#), hanno partecipato 67.064 iscritti, di cui favorevoli 62.242 (92,8%).

PARTITO DEMOCRATICO

Il Partito democratico ha tentato di concludere un accordo con l'alleato di governo in vista delle elezioni amministrative. Dopo il [patto di Posillipo](#), del **17 maggio**, PD e M5S non hanno trovato nell'immediato un candidato per la città di Napoli, dopo il no dell'ex ministro Gaetano Manfredi. Per questo è partito il totonomi, tra cui quello del sottosegretario Amendola (PD), l'ex ministro Costa o del Presidente Fico (M5S). Nelle altre metropoli (tra cui Roma, Milano e Torino) non è stato possibile giungere a un accordo.

Il **20 giugno** si sono tenute le primarie del Partito democratico per individuare il candidato per Roma. All'esito dello scrutinio è risultato vincitore l'ex Ministro Roberto Gualtieri che ha ottenuto circa il 60 per cento delle preferenze.

LEGA

Il costante confronto a distanza tra Salvini e Letta non si è arrestato in questi mesi, nonostante il coinvolgimento nell'alleanza di governo. Dopo il no di Salvini al decreto sull'allentamento delle misure anti-Covid, il leader leghista ha tenuto una [conferenza stampa](#) alla Camera sullo stop al coprifuoco e ha contestualmente annunciato una proposta sulla Rai.

In vista delle elezioni comunali, Matteo Salvini ha inaugurato un ciclo di consultazioni per individuare il candidato sindaco per Roma e Milano.

Il **19 giugno** la Lega ha indetto una [manifestazione a Roma](#).

FORZA ITALIA

Il **4 giugno** il leader [Silvio Berlusconi](#) ha incontrato su Zoom gli europarlamentari azzurri, al fine di rilanciare il partito unico e invitando la leader di Fratelli d'Italia Meloni a partecipare. L'intenzione di Berlusconi sarebbe quella di creare un partito unico che unisca i vari partiti che compongono la coalizione di centrodestra.

PARLAMENTO

IL DECRETO SOSTEGNI E IL DL SOSTEGNI BIS

Il **3 maggio** le Commissioni Bilancio e Finanze riunite in seduta congiunta hanno concluso l'esame del ddl n. [2144](#), di conversione del [decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41](#), di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da Covid-19. Il provvedimento è giunto all'esame dell'Aula il **5 maggio** ed è stato approvato il [giorno successivo](#). Il Senato ha infatti approvato la fiducia posta sull'emendamento interamente sostitutivo del ddl. Il testo è stato trasmesso alla Camera per il relativo esame.

Dopo aver approvato la fiducia posta dal Governo il **18 maggio**, con 472 voti favorevoli, il **19 maggio**, la Camera ha approvato, in via definitiva, il disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41 ([C. 3099](#)).

Il **28 maggio**, il **31 maggio** il **primo** e il **3 giugno** la Commissione Bilancio della Camera, nell'ambito dell'esame del decreto 73/2021, cosiddetto "Sostegni bis", recante misure urgenti connesse all'emergenza da Covid-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali, ha svolto, in videoconferenza, un ciclo di audizioni. Per questo sono intervenuti i rappresentanti della società civile il Commissario straordinario del Governo per la ricostruzione sisma 2016 Legnini.

Il **20 luglio** la Commissione Bilancio ha avviato l'esame, in seconda lettura, del ddl n. [2320](#). L'esame si è concluso il giorno successivo e per questo il provvedimento è passato all'esame dell'Assemblea, che lo ha approvato, dopo l'apposizione della fiducia, il **22 luglio** con 213 voti favorevoli, 28 contrari e un'astensione.

IL DECRETO 44/2021 IN MATERIA DI COVID, GIUSTIZIA E CONCORSI PUBBLICI

Dopo l'approvazione del testo in Commissione affari costituzionali, il **13 maggio** il Senato ha approvato il ddl n. [2167](#), di conversione in legge del decreto-legge n. 44, recante [misure urgenti per il contenimento del Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici](#), con 144 voti a favore, 25 contrari e 3 astensioni.

Il **25 maggio**, l'[Assemblea della Camera](#), dopo aver respinto la questione pregiudiziale Lollobrigida e altri n.1, ha approvato in via definitiva il disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da Covid-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici (AC. [3113](#)).

IL DECRETO RIAPERTURE

Nella giornata del **4 giugno**, l'Aula della Camera ha svolto la [discussione generale](#) del disegno di legge di conversione del decreto 22 aprile 2021, n. 52, recante misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da Covid-19, cosiddetto decreto "Riaperture" (C. [3045](#)). L'**8 giugno** la Camera [ha votato la questione di fiducia](#) posta dal Governo sull'approvazione, senza emendamenti, subemendamenti ed articoli aggiuntivi, dell'articolo unico del disegno di legge di conversione, con 466 voti favorevoli e 47 voti contrari. Nella seduta del **9 giugno** la Camera ha approvato il provvedimento e perciò lo stesso è stato trasmesso al Senato per il relativo esame.

Il **16 giugno** il Senato ha approvato, in via definitiva, il ddl n. [2271](#), di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, con 214 voti favorevoli, 25 contrari e 7 astenuti.

IL DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI PROCEDURA NOMINA RAPPRESENTANTI DI LISTA

Il **26 maggio** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame del ddl n. [2129](#), modifiche all'articolo 25 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di procedura di nomina dei rappresentanti di lista.

IL DISEGNO DI LEGGE CHE INTRODUCE UN VINCOLO PER IL LEGISLATORE A SEGUITO DI REFERENDUM ABROGATIVO

Il **26 maggio** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha approvato il ddl n. [852](#), sul vincolo per il legislatore a seguito di *referendum* abrogativo.

ELEZIONE DI SEGRETARI D'AULA E DI COMMISSIONE

Il **26 maggio** l'Aula del Senato ha eletto due senatori Segretari d'Aula. Al termine dello scrutinio segreto sono risultati eletti il senatore Margiotta e la senatrice Binetti.

Contestualmente si è tenuta l'elezione suppletiva di un Segretario per integrare l'Ufficio di Presidenza della Commissione finanze.

Anche la Camera è stata chiamata a eleggere un Segretario di Presidenza e lo ha fatto nel corso della seduta pomeridiana del **23 giugno**. È stato eletto il deputato Giorgio Silli, ai sensi dell'articolo 5, commi 5 e 6, del Regolamento.

DI NUOVO SULL'ANNOSA QUESTIONE DEI VITALIZI

Il [Consiglio di Garanzia del Senato](#), con decisione del **18 maggio**, ha annullato la delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 57 del 2015, che prevedeva la cessazione dell'erogazione del vitalizio per gli ex Senatori condannati in via definitiva per reati gravi. Il caso di specie ha riguardato, tra gli altri, l'ex sen. Formigoni,

Il **26 maggio** l'Assemblea del Senato ha approvato tre mozioni (nn. [373](#), [374](#) e [375](#)) in tema di vitalizi.

IL NUOVO GRUPPO "CORAGGIO ITALIA"

A seguito di una tensione interna a Forza Italia, il **28 maggio**, 24 deputati hanno dato vita a "Coraggio Italia". La creazione del nuovo gruppo parlamentare, di ispirazione "popolare, liberale e riformista" e fortemente voluto da Giovanni Toti, ha creato forti tensioni interne al centro destra.

IL NODO DEL COPASIR

Dopo settimane di tensione, il presidente del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica Volpi ha rassegnato le dimissioni. La volontà di rimettere l'incarico è stata annunciata dopo la convocazione del vertice di centrodestra sulle amministrative. Il nodo politico però non si è risolto nell'immediato, dal momento che la Lega ha dichiarato di non voler fare passi indietro. Per questo, i gruppi parlamentari di Camera e Senato hanno mantenuto un atteggiamento ostile, portato ad oltranza fintantoché non sarebbero intercorse le dimissioni degli altri componenti di Forza Italia, Italia Viva, Pd e M5S.

Il **4 giugno** i [Presidenti del Senato e della Camera hanno inviato una lettera](#) ai Presidenti del Gruppo Lega - Salvini Premier del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, Massimiliano Romeo e Riccardo Molinari, in risposta alle dimissioni dei parlamentari Raffaele

Volpi e Paolo Arrigoni. Nella nota congiunta, gli organi monocratici al vertice dell'Assemblea hanno spiegato che le dimissioni da componenti del Copasir, quando non seguite dall'indicazione dei sostituti, sono prive di efficacia e non costituiscono un impedimento alla convocazione dell'organo ai fini dell'elezione del nuovo Presidente, chiarendo che tale compito spetta al Vice Presidente del Comitato.

Il **9 giugno** si sono tenute le elezioni del Presidente del Comitato. A seguito dello scrutinio è risultato eletto il senatore Urso. Dopo qualche giorno, più precisamente il **22 giugno** si è proceduto all'elezione del Segretario del Comitato, all'esito della quale è risultato eletto il senatore Magorno.

Conclusasi la fase dell'elezione del Presidente, il Comitato ha svolto alcune audizioni, le prime due tenutesi nella prima metà di luglio (il **primo luglio** è stato ascoltato il Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali Stanzione, mentre il **13 luglio** il Ministro Colao, mentre le altre a fine luglio. Il **27 luglio** ha audito l'Autorità delegata per la sicurezza della Repubblica, vale a dire il prefetto Franco Gabrielli, il **28 luglio** il Ministro della difesa Guerini e il **29 luglio** il Ministro degli esteri Di Maio.

A causa dell'aggravarsi della situazione in Afghanistan, il Copasir ha ascoltato dapprima il Direttore generale del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS) Belloni nella giornata del **19 agosto**, mentre il **20 agosto** il Ministro degli affari esteri Di Maio. Il **23 agosto** è stato audito il Direttore dell'AISE Caravelli. Il 31 luglio è stato ascoltato nuovamente il Ministro della difesa Guerini.

LE RIFORME COSTITUZIONALI

Il **9 giugno** la Camera dei deputati ha approvato, con la maggioranza assoluta dei componenti, il disegno di legge costituzionale ([AC n. 1511-1647-1826-1873-B](#)) di modifica all'articolo **58** della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica. Il testo è stato perciò trasmesso a Senato che ne ha avviato l'esame in Commissione Affari costituzionali. Qui il testo ([1440-B](#)) è stato approvato all'unanimità e la Commissione ha conferito al relatore, sen. Parrini, il mandato a riferire favorevolmente in Assemblea per l'approvazione del provvedimento. L'Aula del Senato ha approvato, in seconda deliberazione, il ddl costituzionale nella seduta dell'**8 luglio**, con 178 sì, 15 no e 30 astensioni. Il testo è stato pubblicato nella [Gazzetta Ufficiale n. 166 del 13 luglio 2021](#), momento da cui decorrono i tre mesi per la eventuale richiesta di referendum.

LA PROPOSTA PER L'ESERCIZIO DEL VOTO AL DI FUORI DELLA REGIONE DI RESIDENZA

La Commissione Affari costituzionali della Camera è stata investita dell'esame delle proposte di legge recanti disposizioni in materia di esercizio del diritto di voto da parte degli elettori temporaneamente domiciliati fuori della regione di residenza. Per questo è stato approvato un ciclo di audizioni informali, che hanno avuto luogo il **6** e l'**11 maggio**, il **9 giugno**.

IL DISEGNO DI LEGGE RECANTE LA DELEGA AL GOVERNO PER L'EFFICIENZA DEL PROCESSO PENALE

Dopo una serie di attriti politici sul tema, la Camera ha avviato il disegno di legge recante la delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello" (AC [2435](#)). Il testo è stato assegnato alla Commissione giustizia della Camera, che ha avviato l'esame il **25 giugno** e lo ha concluso il **30 luglio**. La discussione in Assemblea è iniziata il **primo agosto** e il **2 agosto** la Camera [ha](#)

[votato la questione di fiducia](#), facendo sì che il testo venisse approvato nella seduta **3 agosto 2021**. A tal ragione, il testo è stato trasmesso il **4 agosto** al Senato per il relativo esame.

LA DELEGA DEL PROCESSO PENALE

Il **31 agosto** la Commissione Giustizia ha iniziato l'*iter* del ddl n. [2353](#), di [delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari](#). Il testo è stato già approvato dalla Camera in prima deliberazione.

LE COMUNICAZIONI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO PRIMA DEL CONSIGLIO EUROPEO

Il **23 giugno** il Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Draghi, in occasione della riunione del Consiglio europeo del 24 e 25 giugno, ha reso all'Assemblea comunicazioni. Una volta conclusasi la discussione, la Camera ha approvato la risoluzione Galizia, Giglio Vigna, De Luca, Marrocco, Colaninno, Fornaro, Pettarin, Schullian, Colucci, Ermellino e Tasso n. 6-00191 e ha respinto, con distinte votazioni, la risoluzione Lollobrigida ed altri n. 6-00192.

A seguire il Presidente del Consiglio si è recato al Senato, che ha approvato la proposta di risoluzione n. [2](#) sulla quale il Governo aveva espresso parere favorevole, con 202 voti favorevoli, 24 contrari e 9 astensioni,

IL RINNOVATO INTERESSE PER IL PREMIER QUESTION TIME

Il **12 maggio** il [Presidente del Consiglio Draghi](#) si è presentato alla Camera per rispondere [alle interrogazioni a risposta immediata](#), che hanno riguardato diversi argomenti: iniziative di competenza in relazione a notizie emerse nell'ambito di un'inchiesta giornalistica che vede coinvolto il Sottosegretario di Stato Claudio Durigon (Colletti - MISTO - L'A.C'È); intendimenti in ordine al riavvio del settore del *wedding*, anche in relazione alla possibile rimodulazione o cancellazione del "coprifuoco" (Occhiuto - FI); iniziative, anche normative, volte a garantire con urgenza adeguate tutele ai lavoratori e a contrastare infortuni e morti sul lavoro (Epifani - LEU); Iniziative, anche in seno al Consiglio europeo, in relazione alle possibili ulteriori proroghe e modifiche sia del Quadro temporaneo per gli aiuti di Stato, sia della sospensione del Patto di stabilità e crescita, nonché in merito ad una riforma delle regole fiscali nell'ambito dell'Unione economica e monetaria (Colaninno - IV); iniziative volte a far fronte all'incremento dei flussi migratori irregolari verso l'Italia, anche con riferimento ad eventuali nuovi accordi in sede di Unione europea (Molinari - LEGA); iniziative per il sostegno e il rilancio del turismo (Serracchiani - PD); iniziative di competenza, anche in ambito G7 e G20, in ordine alla sospensione temporanea dei brevetti sui vaccini anti Covid-19 e al ricorso al regime delle licenze obbligatorie disciplinate dall'Organizzazione mondiale del commercio, in un'ottica di cooperazione rafforzata (Sportiello - M5S); iniziative di competenza, in sede di Unione europea, in relazione alla soglia di rilevanza delle obbligazioni creditizie in arretrato di cui al regolamento delegato (UE) n. 171/2018 (Lollobrigida - FDI).

LA LEGGE EUROPEA E QUELLA DI DELEGAZIONE EUROPEA

La 14^a Commissione del Senato ha avviato l'esame del ddl n. [2169](#), recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020. Nella seduta del **27 luglio** ha deciso di abbinare la trattazione del provvedimento a quella delle relazioni Programmatica 2021 (Doc. LXXXVI, n. [4](#)) e Consuntiva 2020 (Doc. LXXXVII, n. [4](#)).

Nel frattempo, la Commissione, nell'ambito dell'esame del disegno di legge europea 2019-2020, ha anche svolto un ciclo di audizioni.

LA GOVERNANCE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA E SEMPLIFICAZIONI

Dopo il via libera del **28 maggio** del Consiglio dei Ministri al decreto-legge *Governance* PNRR e Semplificazioni, il testo (che si compone di 67 articoli e 4 allegati e suddiviso nella parte della *Governance* e in quella delle semplificazioni) è stato trasmesso alla Camera per il relativo esame.

A partire dal **14 giugno** (e nelle giornate del **16**, **17** e **21 giugno**, le Commissioni riunite Affari costituzionali e Ambiente hanno svolto un ciclo di audizioni nell'ambito dell'esame del decreto 77/2021 - Semplificazioni, recante *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure. Il provvedimento (C. [3146-AR](#)) è stato approvato dalla Camera nella seduta antimeridiana del **23 luglio**, dopo l'apposizione da parte del Governo della [questione di fiducia](#).

Il testo, dopo l'approvazione della Camera, è stato trasmesso al Senato che ne ha iniziato l'esame. La Commissione Affari costituzionali ha avviato la discussione del ddl n. [2332](#) nella seduta del **27 luglio**. Il **28 luglio** il Senato ha rinnovato la fiducia al Governo e ha approvato definitivamente il provvedimento.

Nel frattempo il **22 giugno**, la Camera ha avviato l'esame del disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del [decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59](#), recante misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti (C. [3166](#)). Il testo, già esaminato dal Senato, è stato approvato definitivamente il **30 giugno**. Una volta approvato, il ddl n. [2207](#) è stato trasmesso al Senato e incardinato per il relativo esame presso la Commissione Bilancio. Quest'ultima ha avviato un ciclo di audizioni, nel corso delle quali ha ascoltato, nella seduta del **25 maggio**, il [Viceministro dell'economia e delle finanze](#) Castelli accompagnata dai Dirigenti della Ragioneria generale dello Stato. Nel corso della stessa seduta è stato audito il [Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili](#) Giovannini. Il giorno successivo è stato ascoltato il [Sottosegretario di Stato alla Giustizia](#) Sisto, mentre il **27 maggio** il [Sottosegretario di Stato alla Salute](#) Sileri.

LA NOTA DI VARIAZIONE AL BILANCIO DI PREVISIONE DELLA CAMERA

Il **30 giugno** l'[Ufficio di Presidenza della Camera](#) ha approvato la Nota di variazione al bilancio di previsione della Camera per il 2021 e al bilancio pluriennale 2021-2023. I documenti sono stati perciò trasmessi all'Aula, chiamata ad approvarli.

Nel pomeriggio del **14 luglio** si è svolta la discussione congiunta sulle linee generali dei documenti: Conto consuntivo della Camera dei deputati per l'anno finanziario 2020 ([Doc. VIII, n. 7](#)); Progetto di bilancio della Camera dei deputati per l'anno finanziario 2021 ([Doc. VIII, n. 8](#)). Il seguito del dibattito è stato rinviato ad altra seduta. Il bilancio della Camera è stato poi approvato dall'Aula nella seduta del **29 luglio**.

IL RENDICONTO 2020 E L'ASSESTAMENTO 2021

La Commissione Bilancio del Senato, dopo aver avviato l'esame congiunto del Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2020 (ddl n. [2308](#)) e delle disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2021 (ddl n. [2309](#)) il **15 luglio**, nella seduta del **3 agosto** ha deciso di concludere l'esame e di dare mandato ai relatori per riferire all'Assemblea. Nel corso della seduta del **4 agosto**, l'Aula del Senato ha approvato il

Rendiconto con 116 voti favorevoli, 20 contrari e 85 astensioni, e le Disposizioni per l'assestamento del bilancio con 196 voti favorevoli, 22 contrari e 4 astensioni.

IL DECRETO-LEGGE N. 30/2021 SUL COVID-19

Dopo il via libera delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Lavoro, che hanno concluso l'esame del del ddl n. [2191](#), di conversione, con modificazioni, del [decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30](#), recante misure urgenti per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena, il testo è stato trasmesso all'Aula. Qui, il provvedimento è stato approvato nella seduta del **5 maggio** con 202 voti favorevoli, 28 contrari e 5 astensioni.

IL DECRETO 73/2021 E IL DECRETO 105/2021

Nonostante il **12 luglio** la Camera [abbia avviato l'esame](#) del disegno di legge di conversione del decreto 25 maggio 2021, n. 73, recante misure urgenti connesse all'emergenza da Covid-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali (C. [3132](#)), l'Aula ha deliberato il rinvio in Commissione del provvedimento. Dopo diverse discussioni, il Ministro per i Rapporti con il Parlamento ha posto la questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti, subemendamenti ed articoli aggiuntivi, dell'articolo unico del disegno di legge di conversione del decreto (C. [3132-A/R](#)). La fiducia è stata [votata nella seduta](#) del **14 luglio**.

Il disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche" (AC [3223](#)) è stato presentato il 23 luglio alla Camera, che ne ha avviato l'esame in Commissione il **27 luglio**.

LE RIUNIONI DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DELLA CAMERA E QUELLE DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DEL SENATO E LE PROPOSTE DI MODIFICA DEI REGOLAMENTI PARLAMENTARI

Il **7 luglio** si è riunito il Comitato ristretto sugli effetti regolamentari della riforma costituzionale relativa alla riduzione del numero dei parlamentari.

Nel frattempo, sono state diverse le modifiche al Regolamento parlamentare presentate. Il **6 maggio** sono state pubblicate la proposta Baldelli ([Doc. II, n. 19](#)) per l'adeguamento dei quorum alla riduzione del numero dei deputati e la [proposta Ceccanti et al.](#) relativa all'art. 69, vale a dire per la dichiarazione d'urgenza dei progetti di legge con introduzione del termine per la deliberazione finale dell'Assemblea.

Il **4 giugno** l'on. Pastorino ha presentato una proposta di modifica ([Doc. II, n. 21](#)), finalizzata a introdurre all'interno del Regolamento parlamentare un Codice di condotta per i deputati. Dopo qualche settimana, più precisamente il **28 giugno** l'on. Giorgis ha presentato un testo ([Doc. II, n. 22](#)) contenente modifiche al Regolamento conseguenti alla riduzione del numero dei deputati, per la razionalizzazione delle procedure parlamentari, per garantire la rappresentatività dei gruppi, per la disciplina dell'esame delle proposte di legge di iniziativa popolare e dei consigli regionali, nonché in materia di *prorogatio* degli organi di tutela giurisdizionale.

Il **15 luglio** invece sono state rese note le modifiche agli articoli 5, 14 e 16 del Regolamento relative alla costituzione di una componente formata dai deputati appartenenti alle minoranze linguistiche all'interno del Gruppo misto e alla rappresentanza della stessa negli organi della Camera, di iniziativa dell'on. Gebhard ([Doc. II, n. 23](#)).

Le modifiche al Regolamento volte all'adeguamento alla riduzione del numero dei deputati, con particolare riferimento alla riduzione della composizione numerica di alcuni organi della Camera, alla razionalizzazione del numero e delle competenze delle Commissioni permanenti,

alla riduzione dei quorum in Commissione ed in Assemblea, nonché in tema di cariche dell'Ufficio di Presidenza, sono state presentate il **5 agosto** ([Doc. II, n. 24](#))

Anche la Giunta per il Regolamento del Senato si è riunita. Dapprima il **5 maggio** per cercare di dirimere [il nodo interpretativo](#) circa il crescente ricorso a interventi per dichiarazione di voto in dissenso da parte di senatori appartenenti al Gruppo misto. Una seconda riunione si è tenuta l'**11 maggio**. In quella occasione, la Giunta, convocata per esaminare le questioni riguardanti i requisiti per la costituzione di componenti politiche all'interno del Gruppo misto e l'interpretazione dell'articolo 109 del Regolamento in relazione alle dichiarazioni di voto finali ed agli interventi in dissenso per i senatori appartenenti al Gruppo misto, si è pronunciata a favore di un [parere](#), di cui però sorgono dubbi circa l'opportunità e la legittimità di procedere con un parere interpretativo che innova il Regolamento parlamentare. Nello specifico, tenuto conto della disciplina prevista per i Gruppi parlamentari dall'articolo 14, comma 4, terzo periodo, del Regolamento, la Giunta ha avallato la costituzione di componenti politiche all'interno del Gruppo misto purché rappresentino partiti o movimenti politici che abbiano presentato con il proprio contrassegno, da soli o collegati, candidati alle ultime elezioni nazionali. I senatori che intendono costituire una componente politica all'interno del Gruppo misto devono essere autorizzati a rappresentare il partito o movimento politico detentore del contrassegno presentato alle elezioni, mediante dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante di tale formazione politica. In merito alle dichiarazioni di voto finali del Gruppo misto, è stato attribuito alla Conferenza dei Capigruppo il compito di stabilire i tempi aggiuntivi previsti dall'articolo 109, comma 2-bis, del Regolamento e i tempi assegnati ai senatori che intendono dissociarsi dalle posizioni espresse dal rappresentante del Gruppo misto.

A distanza di un mese, più precisamente l'**11 giugno**, il sen. Nannicini ha presentato una proposta di modificazione del Regolamento finalizzata a modificare gli articoli 140 e 141 e all'introduzione dell'articolo 140-bis in materia di petizioni ([Doc. II n. 8](#))

Il **primo luglio** i senatori Parrini, Malpezzi e Valente hanno presentato una proposta recante modifiche agli articoli 5, 14, 15, 16, 21, 22, 36, 41, 43, 55, 56, 74, 95, 99, 100, 102, 105, 109, 127, 142, 157 e 161, nonché introduzione dell'articolo 77-bis, conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari, per la razionalizzazione delle procedure parlamentari, per garantire la rappresentatività dei Gruppi parlamentari e per contrastare i cambi di Gruppo parlamentare da parte dei Senatori ([Doc. II n. 9](#)). Sempre con specifico riguardo alle modifiche che necessariamente dovranno essere apportate al Regolamento parlamentare a seguito della entrata in vigore della riforma costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari, l'**8 luglio** il senatore Santangelo ha presentato una proposta recante "modifiche al Regolamento del Senato in coerenza con gli effetti della legge costituzionale n. 1 del 2020" ([Doc. II n. 10](#)).

LA CERIMONIA DEL VENTAGLIO ALLA CAMERA E AL SENATO RIUNIONI DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DELLA CAMERA E QUELLE DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DEL SENATO

Il **21 luglio** si è svolta la [cerimonia di consegna del Ventaglio](#) al Presidente della Camera dei deputati Fico, da parte dell'Associazione stampa parlamentare.

Il **27 luglio**, invece, si è svolta la [Cerimonia](#) alla presenza del Presidente del Senato Casellati.

I DISCORSI DEL PRESIDENTE DEL SENATO

Il **10 maggio** il Presidente del Senato Maria Elisabetta Alberti Casellati è intervenuta alla [Conferenza dei presidenti dei parlamenti dell'Unione europea](#).

GOVERNO

LE RIUNIONI DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Benché la prima riunione del Consiglio dei Ministri del quadrimestre *in*vi trattato sia intercorsa l'**11 maggio**, per deliberare l'impugnativa della [legge della Regione siciliana n. 6 del 4 marzo 2021](#), “Disposizioni per la crescita del sistema produttivo regionale. Disposizioni varie”, i Ministri sono [tornati a riunirsi](#) già il **12 maggio** per deliberare alcune nomine, la proroga dello scioglimento di un comune in provincia di Lecce, nonché per impugnare [la legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 3 del 17 marzo 2021](#) su “Variazioni al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Bolzano 2021-2023 e altre disposizioni” in quanto talune disposizioni, eccedendo dalle competenze statutarie della Provincia autonoma di Bolzano, si pongono in contrasto con la normativa statale e violano gli articoli 117, secondo comma, lettere e), e 81, terzo comma, della Costituzione.

Una nuova riunione è stata convocata per il **17 maggio**. In [quella occasione](#), il collegio ha approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti relative all'emergenza epidemiologica da COVID-19, finalizzato a modificare i parametri di ingresso nelle “zone colorate”, secondo criteri proposti dal Ministero della salute, nonché alla progressiva riduzione (poi abolizione) del “coprifuoco”.

Il testo di un altro decreto-legge, questa volta di natura economica, è stato approvato il **20 maggio**. Difatti, [nel corso della riunione](#), è stato approvato il provvedimento che, introduce misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali, grazie a uno stanziamento di 40 miliardi di euro, finanziati attraverso uno scostamento di bilancio. Inoltre, i Ministri hanno approvato anche un decreto legislativo di recepimento degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio del 5 dicembre 2017 in materia di imposta sul valore aggiunto per le prestazioni di servizi e le vendite a distanza di beni.

Il Consiglio dei Ministri, nella [riunione](#) del **28 maggio**, ha approvato un decreto-legge recante la *governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di snellimento delle procedure. La gestione delle regole e delle procedure su cui si basa il PNRR si basa su diversi livelli, il cui coordinamento è stato affidato a una Cabina di regia, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, chiamata a esercitare poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi. A tale struttura è affiancata una Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione, nonché un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale.

Al termine della [riunione](#) del **4 giugno**, nel corso della quale è stato approvato sia un decreto-legge che introduce [misure urgenti in materia di assegno temporaneo per figli minori](#), sia un decreto-legge che introduce misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia, il Ministro per la pubblica amministrazione Renato Brunetta ha tenuto una [conferenza stampa](#) per illustrare i contenuti di quest'ultimo provvedimento.

Il **10 giugno** i Ministri [si sono incontrati nuovamente](#). Questa volta per approvare un decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale e per approvare un disegno di legge che prevede una delega al Governo e altre

disposizioni in materia di spettacolo. Nel corso della stessa riunione, il Presidente Draghi ha posto l'attenzione sulla questione della lentezza nell'adozione dei provvedimenti attuativi. A tal ragione, Draghi ha informato i Ministri di aver concertato con il sottosegretario Roberto Garofoli, un piano operativo finalizzato ad assegnare a ogni Amministrazione obiettivi da perseguire, con target specifici di decreti da adottare, a partire dai mesi di giugno e luglio 2021.

Le misure urgenti per il rafforzamento del Ministero della transizione ecologica e in materia di sport e le misure urgenti in materia di agricoltura, entrambe nella forma del decreto-legge, sono state approvate dal Consiglio dei Ministri nella riunione del [17 giugno](#).

La legge di delegazione europea 2021, relativa alla delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2021, e i cinque provvedimenti relativi alla organizzazione di alcuni Ministeri, nonché la Relazione consuntiva sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2020 e quella programmatica per l'anno 2021, sono stati discussi nella [riunione](#) del **24 giugno**.

Il **30 giugno**, invece, [i Ministri hanno approvato](#) il decreto lavoro e imprese (Misure urgenti in materia fiscale, di tutela del lavoro, dei consumatori e di sostegno alle imprese), la delega al Governo in materia di contratti pubblici, il Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 2020, nonché disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2021.

Nella riunione dell'**8 luglio**, oltre ad approvare quattro disegni di legge di ratifica ed esecuzione di altrettanti trattati o accordi internazionali (Ratifica ed esecuzione del Trattato di cooperazione giudiziaria in materia penale e del Trattato sul trasferimento delle persone condannate tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica orientale dell'Uruguay, fatti a Montevideo il 1° marzo 2019; Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Laboratorio europeo di biologia molecolare relativo al programma del Laboratorio europeo di biologia molecolare a Monterotondo, con Allegato, fatto a Heidelberg il 15 aprile 2021 e a Roma il 4 maggio 2021; Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e il Centro internazionale di ingegneria genetica e biotecnologia riguardante le attività del Centro e la sua Sede centrale situata in Italia, con Allegato, fatto a Roma il 21 giugno 2021 (disegno di legge); e Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e l'Organizzazione Europea di Diritto Pubblico riguardante lo stabilimento di un Ufficio in Italia, con Allegato, fatto a Roma il 23 giugno 2021) il Consiglio dei Ministri ha approvato all'unanimità gli emendamenti governativi al disegno di legge recante "delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello" (A.C. 2435) proposti dal Ministro della giustizia Cartabia.

Successivamente, i Ministri si sono riuniti ancora diverse volte. Se con la riunione del **13 luglio** hanno [deliberato l'approvazione](#) del decreto-legge recante misure urgenti per la tutela delle vie d'acqua di interesse culturale e per la salvaguardia di Venezia e la costituzione in giudizio nel conflitto di attribuzione promosso dalla regione Sardegna avverso provvedimenti della Soprintendenza archeologica, belle arti e paesaggio per le città di Cagliari e Sassari; nell'[incontro](#) del **15 luglio**, oltre ad approvare le misure urgenti a tutela dei lavoratori delle aziende in crisi, che prevede l'esonero quote Tfr e l'integrazione cassa Covid, i Ministri hanno ascoltato il sottosegretario Garofoli, il quale ha illustrato la terza relazione periodica sul monitoraggio dei provvedimenti attuativi.

Il **22 luglio** il collegio ha [deliberato](#), sempre con decreto-legge, le misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche. Con tale provvedimento non solo è prorogato fino al 31 dicembre 2021

lo stato di emergenza nazionale, ma altresì sono state stabilite le modalità di utilizzo del *green pass* e i nuovi criteri per la “colorazione” delle Regioni. Il contestato patentino verde è rilasciato in tre casi: a) dopo la somministrazione della prima dose di vaccino e ha validità dal quindicesimo giorno successivo fino alla data prevista per la somministrazione della seconda dose (nel caso di vaccino a doppia dose); b) per guarigione dall’infezione da Sars-CoV-2 (validità 6 mesi) ovvero c) per effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus Sars-CoV-2 (con validità 48 ore). Tale patentino è obbligatorio a partire dal **6 agosto** per poter svolgere o accedere ad alcune attività o ambiti (servizi per la ristorazione svolti da qualsiasi esercizio per consumo al tavolo al chiuso; spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi; musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre; piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all’interno di strutture ricettive, limitatamente alle attività al chiuso; sagre e fiere, convegni e congressi; centri termali, parchi tematici e di divertimento; centri culturali, centri sociali e ricreativi, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l’infanzia, i centri estivi e le relative attività di ristorazione; attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò; concorsi pubblici). Inoltre, a seguito dell’entrata in vigore del predetto decreto si modificano i criteri guida per la scelta delle colorazioni (bianca, gialla, arancione, rossa) delle Regioni, per cui sono considerati solo il tasso di occupazione dei posti letto in area medica per pazienti affetti da Covid-19 e il tasso di occupazione dei posti letto in terapia intensiva per pazienti affetti da Covid-19.

Prima della pausa estiva, i Ministri si sono incontrati nuovamente il **27 luglio** e il **5 agosto**. Nella prima riunione (27 luglio) il Consiglio dei Ministri ha affrontato il delicato tema della riforma del processo penale, deliberando l’approvazione di alcune modifiche, tra cui quella per cui per i primi tre anni di applicazione della riforma, la durata del processo d’Appello si estende per un ulteriore anno e quella del processo per cassazione di ulteriori sei mesi; quella per cui per taluni reati, in particolare per i reati di associazione mafiosa, scambio politico mafioso, associazione finalizzata allo spaccio, violenza sessuale e reati con finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico, i giudici di Appello e di Cassazione possano con ordinanza, motivata e ricorribile in Cassazione, disporre l’ulteriore proroga del periodo processuale in presenza di alcune condizioni riguardanti la complessità del processo, il numero delle parti e delle imputazioni o per la complessità delle questioni di fatto e di diritto. Per i reati aggravati di cui all’articolo 416 bis, primo comma, la proroga può essere disposta per non oltre due anni. Nel corso della stessa riunione, i Ministri hanno approvato anche quindici decreti legislativi di attuazione di norme europee.

Nella seconda riunione (**5 agosto**) [diversi sono stati gli argomenti affrontati](#). Principalmente, oggetto dell’incontro è stata l’approvazione di tre provvedimenti urgenti. Difatti, il Consiglio ha approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti per l’esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, in materia di università e dei trasporti a partire dal 1° settembre 2021; un decreto-legge che introduce misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia e un decreto-legge che introduce misure urgenti concernenti modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali dell’anno 2021. A seguito della riunione, i Ministri dell’Istruzione Bianchi, della Salute Speranza e delle Infrastrutture e mobilità sostenibili Giovannini, hanno tenuto un [incontro con la stampa](#).

Nell’ultimo incontro del **26 agosto**, il Presidente del Consiglio Draghi e i Ministri degli esteri Di Maio e della difesa Guerini hanno informato il Consiglio dei Ministri delle iniziative che il Governo italiano sta assumendo a seguito del peggioramento repentino della situazione in Afghanistan.

GLI INCONTRI E I VERTICI DEL PRESIDENTE DRAGHI

In occasione del [vertice di Oporto](#), che ha avuto luogo il **7 maggio**, il Presidente del Consiglio Draghi, intervenuto per la prima volta in presenza dall'inizio del suo mandato a un summit internazionale, ha evidenziato l'importanza della produzione e della distribuzione di vaccini.

Il **21 maggio** Draghi, in veste di Premier, ha preso parte al *Global Health Summit* dapprima con un [intervento di saluto](#) e poi a conclusione dell'evento. Nel [discorso finale](#), oltre a ringraziare e ad apprezzare gli sforzi fatti per contrastare la pandemia, ha sottolineato l'importanza di rafforzare il ruolo delle istituzioni multilaterali e di fornire all'OMS finanziamenti sostenibili e prevedibili, per far sì che possa operare in maniera più efficace in futuro.

Il **14 giugno**, il Presidente Draghi ha tenuto un discorso in occasione del [vertice Nato](#). In quella occasione, dopo aver ricordato il ruolo di tale Organizzazione quale “pietra angolare della nostra sicurezza e difesa comune”, ha posto l'attenzione sul tema della sicurezza, “obiettivo prioritario dopo una delle più gravi crisi sanitarie, economiche e finanziarie della storia contemporanea e presupposto necessario per preservare e rafforzare le nostre democrazie e i nostri sistemi economici e sociali”.

Una settimana dopo, il Presidente Draghi ha [ricevuto](#), il **22 giugno** a Roma, Ursula Von Der Leyen, che ha formalizzato il via libera della Commissione europea al Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano.

Dopo la notizia dei pestaggi e delle violenze nel carcere di Santa Maria Capua Vetere dello scorso anno, Draghi si è recato nella struttura penitenziaria il **14 luglio**. In questa sede ha tenuto in discorso con il quale, pur ribadendo che le indagini dovranno chiarire e individuare le responsabilità individuali, ha anche sottolineato che vi è una responsabilità collettiva, la quale deve essere punto di partenza della riforma del sistema, giacché “non può esserci giustizia dove c'è abuso. E non può esserci rieducazione dove c'è sopruso”.

Il Presidente Draghi, dopo essere intervenuto al pre-summit delle [Nazioni unite sulla sicurezza alimentare](#) del **26 luglio**, ha presenziato all'inaugurazione della [ministeriale Cultura del G20](#) intercorso il **29 luglio**.

A seguito degli eventi che hanno coinvolto l'Afghanistan, il Presidente ha rilasciato una [intervista al Tg1](#) nella giornata del **17 luglio**.

Sul finire di **agosto**, il Presidente del Consiglio ha dapprima partecipato al [G20 Conference on Women's Empowerment](#) nella giornata del **26**, mentre il **27 agosto** è intervenuto alla [Conferenza del G20 Compact with Africa](#).

LA CREAZIONE DI UN NUOVO COMITATO E DI UNA NUOVA AGENZIA

Il Consiglio dei Ministri ha deliberato l'approvazione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), grazie all'approvazione del [Decreto-legge 14 giugno 2021, n. 82](#) recante “Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale”. La struttura è composta da circa 300 esperti e, benché sia affidata alla guida di un direttore generale, la responsabilità è affidata al Presidente Draghi e all'Autorità delegata per la sicurezza. Il decreto ha altresì previsto la creazione di un il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (Cic), organismo con funzioni di consulenza, proposta e vigilanza in materia di politiche di cybersicurezza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetica. Secondo quanto disposto dal decreto, il CIC assume diversi compiti: quello di proporre al Presidente del Consiglio gli indirizzi generali da perseguire nel quadro delle politiche di cybersicurezza nazionale; di esercitare l'alta sorveglianza sull'attuazione della strategia nazionale

di cybersicurezza; di promuovere l'adozione delle iniziative per favorire la collaborazione, a livello nazionale e internazionale, tra i soggetti istituzionali e gli operatori privati interessati alla cybersicurezza, per la condivisione delle informazioni e per l'adozione di migliori pratiche e di misure rivolte all'obiettivo della cybersicurezza e allo sviluppo industriale, tecnologico e scientifico in materia di cybersicurezza; di esprimere il parere sul bilancio preventivo e sul bilancio consuntivo dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale. Il CIC è composto dal Presidente del Consiglio, chiamato a presiederlo, e da diversi Ministri (Affari esteri, Interno, Giustizia, Difesa, Economia, Sviluppo economico, Transizione ecologica, Università, Innovazione tecnologica, Infrastrutture).

CAPO DELLO STATO

IL PRESIDENTE CELEBRA LA FESTA DEL LAVORO

Il **1° maggio**, nel giorno dedicato ai lavoratori, Sergio Mattarella ha [sottolineato](#) che la festa del lavoro è una festa del futuro per coloro che intendono costruire e porsi degli obiettivi, ricordando altresì, come il lavoro è un principio fondante della Repubblica. Nel rammentare la precarietà e le sofferenze di coloro che hanno perso la propria occupazione a causa dell'emergenza pandemica, invita a considerare il lavoro come elemento cementificatore della comunità, auspicando altresì politiche a sostegno del lavoro giovanile e femminile e un'azione incisiva di lotta alla precarietà e alla discriminazione.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DELLA GIORNATA DELL'EUROPA

L'**8 maggio**, in occasione della giornata dell'Europa il Presidente della Repubblica ha confermato con gli altri Capi di Stato una [lettera](#) sul futuro dell'Europa ricordando le sfide globali, di varia tipologia, per affrontare le quali è necessario che l'intera azione europea avvenga in unità e in un'ottica di pace. Viene messo in evidenza che la partecipazione alla Conferenza per il futuro dell'Europa può essere una proficua occasione per stimolare il confronto in vista del raggiungimento degli obiettivi globali.

IL PRESIDENTE PRESIEDE IL CONSIGLIO SUPREMO DI DIFESA

Il **14 maggio**, il Presidente ha [convocato](#) e [presieduto](#) il Consiglio supremo di difesa il quale ha espresso vivo apprezzamento per l'impegno delle Forze Armate sia durate la gestione della pandemia che nelle missioni internazionali nelle quali sono impegnate a garanzia della pace e della sicurezza. Sono state analizzate le minacce e i rischi nelle zone più fragili, rese ancor più tali – anche sotto il profilo del terrorismo, socioeconomico, e umanitario – dall'emergenza pandemica. È stato concordato che l'Italia continua a sostenere il percorso di unità nazionale in Libia e in Afghanistan rispetto al quale il ritiro delle truppe dovrà avvenire in accordo con gli Alleati. In Iran, invece, il Consiglio ha ritenuto che sia necessario agire con il Governo nazionale per accrescere le condizioni di sicurezza e favorire la pace, lo sviluppo e l'inclusione sociale. Sono stati analizzati, infine, i processi di ammodernamento nel settore della Difesa ed è stata ribadita la necessità di una maggiore integrazione interforze delle Forze Armate.

MESSAGGI NEL GIORNO DELLA FESTA DELLA REPUBBLICA

Il **2 giugno**, festa della Repubblica, il Capo dello Stato ha inviato messaggi ai [cittadini](#), ai [Prefetti](#) e alle [Forze Armate](#). Il Presidente ha ripercorso le tappe che hanno portato alla nascita

della Repubblica valorizzando il sacrificio di quanti hanno combattuto per la libertà. Rammenta, altresì, l'importanza del ruolo delle istituzioni, delle forze politiche e sociali che hanno ispirato i valori di legalità e solidarietà nonché quello dell'uguaglianza in virtù del quale invita al superamento degli ostacoli e delle forme di discriminazione nel mondo del lavoro. Mattarella, inoltre, ricorda le riforme intervenute nel corso degli anni che hanno trasformato il nostro Paese, rendendolo più moderno e l'impegno e la solidarietà dimostrati dagli italiani durante la pandemia. Invita ad avere fiducia nell'Europa, garanzia di pace e di democraticità, inviando un monito ai più giovani di coltivare la continuità dei valori repubblicani.

Rivolgendosi a Prefetti, Mattarella ne sottolinea l'impegno collettivo, nell'ottica dell'unità nazionale con le istituzioni centrali e locali, nella gestione dell'emergenza pandemica e ne mette in rilievo l'importante funzione pubblica di rappresentare lo Stato sul territorio.

Il messaggio indirizzato alle Forze Armate, infine, è incentrato sull'idea di Repubblica come percorso verso la democrazia, lo sviluppo e il progresso sociale del quale le stesse costituiscono parte integrante con una partecipazione attiva anche nell'attuale contesto internazionale.

IL PRESIDENTE INCONTRA UNA DELEGAZIONE DELLA CONFERENZA STATO-REGIONI

Il **24 giugno** il Capo dello Stato ha [incontrato](#) una delegazione della Conferenza Stato-Regioni celebrandone l'istituzione, avvenuta nel 1981, per esprimere in modo unitario gli indirizzi delle istituzioni regionali. Ricordando come il pluralismo istituzionale sia alla base della Costituzione repubblicana, ha rivolto un plauso alle Regioni per il ruolo importante rivestito durante la gestione della pandemia nel rispetto del principio di leale collaborazione e a salvaguardia dell'unità e della coesione per il Paese. Principio, rileva il Presidente, che deve continuare ad orientare l'azione degli organi di governo regionali anche per realizzare il piano nazionale di ripresa e resilienza, svolgendo, altresì, l'indispensabile ruolo di coordinamento degli altri enti territoriali.

LETTERA AI PRESIDENTI DELLE CAMERE E AL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Il **23 luglio**, nel promulgare la legge di conversione del [decreto-legge n. 73/2021](#) recante "Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali", il Capo dello Stato ha inviato una [lettera](#) ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio nella quale ha ammonito Governo e Parlamento a rispettare i limiti costituzionalmente previsti all'impiego del decreto-legge, pur nelle situazioni di straordinarietà e di emergenza. Fa presente che il testo approvato dalle Camere è eterogeneo nei suoi contenuti, richiamando la sentenza della Corte costituzionale che limita il potere di emendamento nell'ambito sostanziale del testo governativo. Il Presidente ammonisce che l'eterogeneità dei provvedimenti urgenti altera la natura della legge di conversione e pregiudica la qualità della legislazione con conseguenti incertezze interpretative. Nel sottolineare con forza l'inopportunità di interventi eterogenei, Mattarella, nel far comunque riferimento alla prerogativa presidenziale ex art. 74 Cost., sollecita al rispetto del dettato costituzionale sia in sede di presentazione del decreto-legge che di esame alle Camere ai fini di una efficiente regolazione dell'emergenza.

INTERVENTO ALLA CERIMONIA DEL VENTAGLIO

Il **27 luglio**, in occasione del tradizionale [appuntamento](#) della cerimonia del ventaglio con la stampa parlamentare, il Capo dello Stato è [intervenuto](#) rammentando la situazione pandemica in atto individuando nella vaccinazione e nella ripresa economica per tutti i settori del Paese gli antidoti per uscire dall'emergenza sanitaria. Nell'auspicare concordia e unità d'impegno tra tutte

le forze politiche per sostenere la ripresa, Mattarella sottolinea l'importanza dell'indipendenza dei giornalisti e la necessità di garantire una maggiore tutela – anche previdenziale – a coloro che appartengono a tale categoria.

CORTE COSTITUZIONALE

LA CORTE DETTA PRINCIPI IN MATERIA DI INSINDACABILITÀ PARLAMENTARE

Con [sentenza n. 110/2021](#) la Corte costituzionale ha accolto il ricorso per conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte d'Appello di Brescia avverso una deliberazione di insindacabilità della Giunta per l'elezione e le immunità parlamentari del Senato nei confronti del senatore Gabriele Albertini. Quest'ultimo era stato rimandato a giudizio per alcuni reati commessi nei confronti di un Magistrato. Il giudice a quo riteneva insussistente il nesso funzionale tra le opinioni espresse e l'esercizio dell'attività parlamentare e lamentava che all'epoca dei fatti Albertini non fosse senatore. La Consulta, accogliendo il ricorso, ha statuito che non spetta al Senato deliberare sulle dichiarazioni rese da chi non rivesta la qualifica di senatore.

SUL 'FILTRO DI AMMISSIBILITÀ' NELL'AMBITO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

Con [sentenza n. 169/2021](#) la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Salerno in riferimento agli artt. [3](#), [101](#), secondo comma, [104](#), primo comma, e [108](#) della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della [legge 13 aprile 1988, n. 117 relativa al "Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati"](#) modificata dalla [legge n. 18/2015 recante la "Disciplina della responsabilità civile dei magistrati"](#) nella parte in cui prevede di trasmettere immediatamente, a seguito della proposizione della domanda, copia degli atti al Procuratore generale della Corte di Cassazione affinché avvii l'azione disciplinare. Secondo il rimettente, tale disposizione violerebbe l'articolo 3 Cost. poiché sarebbe priva di giustificazione rispetto all'esigenza di tutela del danneggiato e perché non implica alcuna valutazione prognostica sulla fondatezza della responsabilità del Magistrato. Sarebbero lesi, secondo il remittente, gli articoli 101, secondo comma e 104, primo comma poiché l'obbligo di cui sopra potrebbe influenzare le decisioni del Magistrato. La Corte, respingendo la questione di legittimità costituzionale sollevata, ha rilevato che la mancanza dell'obbligo di esercitare l'azione disciplinare è supportata da una consolidata prassi operativa della Procura generale della Corte di Cassazione; inoltre, la disposizione censurata deve essere letta in combinato disposto con il [decreto legislativo n. 109/2006](#) dal quale si ricava che la comunicazione della denuncia per il Magistrato non imponeva di avviare l'azione disciplinare per la quale è necessaria la valutazione della plausibilità dell'incolpazione sia la riconduzione di principi di legalità e tassatività dell'illecito disciplinare.



L'estate dello sport: tra slanci, confusione e dubbi*

di Maria Francesca Serra**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I provvedimenti concernenti l'accesso al pubblico alle competizioni sportive. – 3. La legge di conversione del decreto Sostegni (L. 21 maggio 2021, n. 69). – 4. Il Decreto Sostegni-bis (D.L. 25 maggio 2021, n. 73) e la Legge di conversione del 23 luglio 2021, n. 106. - 5. Considerazioni conclusive. – 6. – Appendice Normativa (maggio/agosto 2021).

1. Premessa

Nei primi mesi del 2021 abbiamo potuto assistere a un importante e intenso lavoro sui temi dello sport¹: dal Decreto “Salva CONI”, alle dichiarazioni contenute nel PNNR, al Decreto Sostegni, all'approvazione definitiva, finalmente, dei decreti attuativi della tanto attesa Riforma².

Tuttavia, dal punto di vista degli interventi nel settore sportivo, l'estate non è stata altrettanto prolifera. I provvedimenti emessi sono stati pochi, mossi principalmente nella linea della graduale ripartenza di molte delle attività ancora ferme (non solo sportive), rimarcando senza dubbio l'attenzione al settore. Allo stesso tempo, però, si è trattato di provvedimenti anche “confusi”, se pensiamo alle previsioni relative all'entrata in vigore della Riforma, i cui tempi, oggetto di diverse disposizioni, restano ancora lunghi, soprattutto con riferimento ad alcuni ambiti.

Nell'estate, insomma, è sembrato di assistere a una sorta di timida – e, in un certo senso, carica di incertezze - “pausa”, anche se, senza dubbio, i pochi provvedimenti adottati assumono una veste significativa.

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Docente a contratto di Diritto sportivo presso Unicusano- Roma

¹ Sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2021.

² D.Lgs. 28 febbraio 2021, nn. 36-40.

Sulla scia del primo quadrimestre del 2021 e complice un più favorevole quadro pandemico, infatti, è stato possibile prevedere una graduale eliminazione del coprifuoco e delle limitazioni agli spostamenti tra Regioni, nonché la ripresa delle molte attività (sportive e non) ancora ferme. Inoltre, sono state confermate le misure a sostegno del settore con implementazione delle risorse stanziare. Accanto a queste misure, si è anche registrato però, come anticipato, un certo caos sui temi della Riforma, con revisione continua della sua entrata in vigore.

2. I provvedimenti concernenti l'accesso al pubblico alle competizioni sportive

Anzitutto, un primo slancio verso la ripartenza si è avuto a seguito della revisione dei limiti agli spostamenti e con la predisposizione di un piano di riapertura, di cui al D.L. 18 maggio 2021, n. 65³.

Con specifico riferimento al settore sportivo, dunque, a partire dal **24 maggio**, hanno potuto riaprire le palestre e dal **1° luglio** anche le piscine e i centri natatori, naturalmente con la stretta osservanza di protocolli e linee guida precisi⁴, relativi soprattutto al mantenimento della distanza interpersonale e agli impianti di aerazione.

Nel medesimo decreto, inoltre, sempre nell'ottica della graduale ripartenza del settore, si è disposto anche in merito all'accesso agli impianti sportivi da parte del pubblico. Punto, questo, decisamente importante dal momento che, oramai, lo sport non può più essere considerato soltanto nel suo aspetto meramente ludico ma va inserito in un contesto più ampio, che comprende lo spettacolo e il *business a latere* costituito dalle sponsorizzazioni, dagli ingressi, dalla campagna abbonamenti e dalle operazioni di *marketing* e *merchandising* che inevitabilmente attorno allo sport ruotano e che di questo si nutrono e viceversa.

L'art. 5 del decreto, quindi, ha previsto che tutti gli eventi sportivi potessero tornare ad avere una certa presenza di pubblico⁵, con posti preassegnati, col rispetto della distanza interpersonale e con il limite massimo fissato nel 25% della capienza dell'impianto e, in ogni caso, in misura non superiore a 1000 spettatori per eventi all'aperto e 500 per eventi al chiuso⁶. Anche agli impianti sciistici è stata consentita la riapertura, nel rispetto, ugualmente di protocolli e linee guida *ad hoc*⁷.

³ D.L. 18 maggio 2021, n. 65, recante "Misure urgenti relative all'emergenza epidemiologica da COVID-19", in G.U., serie generale 117, 18 maggio 2021. Tale decreto ha previsto un piano di riaperture graduale delle attività ancora chiuse, come palestre, piscine, centri natatori e centri benessere, nonché sale bingo, casinò e simili, parchi a tema, centri culturali e ricreativi, musei e feste ed eventi privati. Si veda, in proposito, con riferimento al settore sportivo, anche l'avviso del Dipartimento per lo Sport del 19 maggio 2021.

⁴ Adottati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella specie, dal Dipartimento per lo sport, sentita la Federazione medico sportiva italiana (FMSI) e sulla base di criteri definiti dal Comitato tecnico-scientifico.

⁵ Dal 1° giugno per gli eventi all'aperto e dal 1° luglio anche per quelli al chiuso.

⁶ E laddove non fosse stato possibile garantire distanziamento e preassegnazione di posti, veniva stabilito che gli eventi continuassero ad essere svolti a porte chiuse.

⁷ In base all'art. 6 D.L. 18 maggio 2021, n. 65, che rinvia, per la materia specifica, alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 14, D.L. 33/2020, gli impianti sciistici hanno potuto riaprire a partire dal 22 maggio 2021.

Queste misure, poi, sono state rimodulate nell'estate, dapprima ad opera del D.L. 23 luglio 2021, n. 105⁸, che ha fissato il limite massimo al 50% della capienza dell'impianto (25% in zona gialla) per eventi all'aperto e, in ogni caso, in misura non superiore a 2500 spettatori all'aperto e 1000 al chiuso, con accesso subordinato al possesso obbligatorio della certificazione verde e, successivamente, dal D.L. 6 agosto 2021, n. 111⁹, che ha ridotto al 35% il limite massimo, confermato l'obbligo di *green pass* e consentito anche modalità alternative al distanziamento di 1 metro per l'assegnazione dei posti.

È fuor di dubbio che questi interventi vadano letti come primi passi significativi volti a tutelare l'intero mondo sportivo anche se, naturalmente, le linee guida e i protocolli, per la loro rigidità, non hanno potuto - né potranno - garantire la riapertura e la ripartenza per tutti, soprattutto se guardiamo alle realtà sportive minori, per via dei costi necessari per l'adeguamento delle proprie strutture.

3. La legge di conversione del decreto Sostegni (L. 21 maggio 2021, n. 69)

A tal fine, sempre nel maggio 2021, sono state adottate misure ulteriori, a cominciare dalla conversione in legge del Decreto Sostegni¹⁰ ad opera della L. 21 maggio 2021, n. 69¹¹ che si è mossa soprattutto in una chiave di rilancio e sostegno.

Tra le aree di intervento¹², i provvedimenti relativi al settore sportivo hanno riguardato principalmente la conferma delle indennità in favore degli operatori del settore e dei contributi a fondo perduto con l'aumento, però, delle risorse stanziare.

In particolare, quindi, per quanto riguarda i lavoratori sportivi, in loro favore sono stati destinati 350 milioni di euro totali, la cui erogazione è stata affidata a Sport e Salute, previa verifica della persistenza dei requisiti richiesti per il beneficio¹³.

Sul fronte delle società e associazioni sportive che hanno dovuto sospendere o ridurre in maniera significativa la loro attività, invece, è stato incrementato a 50 milioni di euro l'importo previsto per i contributi a fondo perduto.

È importante sottolineare come, in sede di conversione, l'aumento degli importi stanziati per il sostegno al settore sia indice della consapevolezza della situazione emergenziale in cui versa il mondo sportivo, tra i comparti, per sua natura, più danneggiati dalle chiusure dovute alla pandemia, prima, e da quelle di contenimento dei contagi, poi.

Ciò nonostante, allo slancio e all'impegno nel sostegno e nella ripartenza, non si è accompagnato altrettanto impegno - né tanto meno urgenza - sui temi scottanti della Riforma.

⁸ D.L. 23 luglio 2021, n. 105, in G.U., Serie Generale n. 175, del 23 luglio 2021.

⁹ D.L. 6 agosto 2021, n. 111, in G.U., Serie Generale n. 187, del 6 agosto 2021.

¹⁰ D.L. 22 marzo 2021, n. 41, in G.U. 22 marzo 2021, n. 70.

¹¹ L. 21 maggio 2021, n. 69, in G.U., Serie Generale n. 120, del 21 maggio 2021.

¹² Misure a favore delle imprese, sostegno al lavoro e contrasto alla povertà, salute e sicurezza, enti decentrati e istruzione, cultura, sostegno alle filiere agricole, e altri settori con crisi particolari.

¹³ Ad ogni lavoratore dello sport è stata dunque riconosciuta una indennità compresa tra i 1200 e i 3600 euro, da calcolarsi in funzione dell'importo dei compensi percepiti nel 2019.

Come noto, il Decreto Sostegni aveva stabilito che le nuove norme in materia di sport non sarebbero entrate in vigore prima del 2022.

Decisione, questa, che aveva già provocato alcune polemiche che, senza dubbio, si sono accresciute nel momento in cui la L. 69/2021 ha nuovamente posto mano alla materia.

La legge di conversione, infatti, ha prorogato ancora i tempi per la Riforma dello sport facendo così registrare un notevole passo indietro.

Nello specifico, mentre i D.Lgs. 37, 38, 39 e 40¹⁴ hanno visto differire la loro entrata in vigore al 31 dicembre 2023, per il D.Lgs. 36¹⁵ è stata prevista un'operatività diversa a seconda della materia: data del 1° gennaio 2022, per le disposizioni generali¹⁶ e quelle in materia di ASD e SSD¹⁷, tesseramento, discipline con impiego di animali, sostegno delle donne e pari opportunità, nonché disabilità, mentre la materia del lavoro sportivo, la più centrale e senza dubbio quella di maggior spessore, è stata rinviata anch'essa alla fine del 2023.

La *ratio* di siffatta decisione è stata giustificata sulla base di diverse esigenze: da un lato, vi è stata la necessità di consentire al mondo sportivo un adeguamento graduale alle nuove disposizioni; d'altro lato, il legislatore ha inteso assicurarsi del tempo ulteriore per controllare e verificare la correttezza delle norme e l'effettiva loro rispondenza alle esigenze di attualizzazione, coordinamento e sistematicità del mondo sportivo; d'altra parte ancora, le norme di cui alla Riforma, se lette e applicate in un contesto pandemico e, quindi, di "sofferenza" del settore sportivo, avrebbero potuto peggiorare la situazione di molte realtà più che migliorarla o agevolarla.

Tuttavia, questa dilazione è apparsa da subito decisamente eccessiva, specie in considerazione del fatto che vi era la possibilità che finisse sotto un'altra Legislatura, col rischio, quindi, che la tanto attesa (e dovuta) Riforma si risolvesse in un "nulla di fatto".

4. Il Decreto Sostegni-bis (D.L. 25 maggio 2021, n. 73) e la Legge di conversione del 23 luglio 2021, n. 106

¹⁴ D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, Attuazione dell'articolo 6, recante *misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67. D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, Attuazione dell'articolo 7, recante *misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, recante *semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, Attuazione dell'articolo 9, recante *misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68.

¹⁵ D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, Attuazione dell'articolo 5, recante *riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo*.

¹⁶ Tra queste, ad esempio, la definizione di sport di cui all'art. 2 del D.Lgs 36/2021 che definisce " *sport qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole, che attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli*" e quella di lavoratore sportivo, definito come " *l'atleta, l'allenatore, l'istruttore, il direttore tecnico, il direttore sportivo, il preparatore atletico e il direttore di gara che, senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico esercitano l'attività sportiva verso un corrispettivo*".

¹⁷ Si tratta, fondamentalmente, delle norme che regolano la personalità giuridica delle associazioni, il fine di lucro, il riconoscimento ai fini sportivi, la costituzione e affiliazione delle società sportive professionistiche.

Pochi giorni dopo la L. 69, il 25 maggio 2021, è stato emanato anche un nuovo decreto, c.d. “Sostegni *bis*”¹⁸ contenente ulteriori disposizioni urgenti connesse all'emergenza da COVID19 per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali.

Tra gli ambiti destinatari dei sostegni anche quello sportivo, a ulteriore riprova di come questo rientri tra le materie all'attenzione del legislatore.

In particolare, in favore del mondo sportivo sono state disposte proroghe per il credito di imposta, istituito un fondo per il ristoro delle spese di *screening*, rifinanziato il Fondo Unico, incrementati i fondi a garanzia dei prestiti e stanziati risorse ulteriori per le indennità e i bonus in favore dei collaboratori sportivi.

In sede di conversione, ad opera della L. 23 luglio 2021, n. 106¹⁹, sono state confermate le disposizioni di cui al decreto relative a contributi e indennità, con incremento dello stanziamento dei fondi dedicati.

Ma la novità più importante contenuta nella Legge di conversione è senza dubbio l'ennesima revisione della data di entrata in vigore della Riforma.

Infatti, a dispetto della previsione che voleva l'operatività dei decreti attuativi della L. 86/2019 a partire dal 31 dicembre 2023, la L. 106 ha optato per una riduzione dei “tempi di attesa”, diversificando le date di entrata in vigore a seconda della materia.

Per cui, ad esempio, per ciò che concerne il D.Lgs. 36, l'ambito relativo a enti e lavoro sportivo diventerà effettivo il 1° gennaio 2023, mentre le disposizioni sul riconoscimento ai fini sportivi (art. 10), sul fondo per il passaggio al professionismo femminile (art. 39), sulla tutela per lo sport femminile (art. 40) e sulla promozione della parità di genere e delle pari opportunità (artt. 43-50) entreranno in vigore il 1° gennaio 2022, così come il D.Lgs. 40, in materia di sport invernali.

Per quanto riguarda, invece, la materia dei procuratori sportivi e quella degli impianti, di cui rispettivamente al D.Lgs. 37 e 38, la data è stata fissata al 1° gennaio 2023, mentre il D.Lgs. 39²⁰ sarà effettivo dal 31 agosto 2022.

Un quadro, questo, decisamente più favorevole delle previsioni del Decreto Sostegni *bis* ma che ancora non appare del tutto ragionevole. Mentre alcuni ambiti si gioveranno senza dubbio di alcune delle proroghe, altri rimarranno nel limbo ancora a lungo e sempre col dubbio del “nulla di fatto”.

E non si sollevano tanto perplessità legate alla diversificazione dell'entrata in vigore per materia, quanto quelle legati ai tempi che “condannano”, in un certo senso, materie come il lavoro sportivo o il vincolo sportivo a rimanere disciplinate ancora a lungo da disposizioni

¹⁸ D.L. 25 maggio 2021, n. 73, in G.U., Serie Generale n. 123, del 25 maggio 2021.

¹⁹ L. 23 luglio 2021, n. 106, in G.U., Serie Generale n. 176, del 24 luglio 2021.

²⁰ Conteneva semplificazioni e con cui viene istituito e regolato il Registro Nazionale delle attività sportive dilettantistiche, strutturato sulla falsariga del Registro nazionale degli enti del Terzo Settore e di competenza del Dipartimento per lo Sport.

decisamente non più attuali e, comunque, non rispondenti alla realtà dei fatti né in linea con i diritti fondamentali²¹.

5. Considerazioni conclusive

Come abbiamo potuto notare, i provvedimenti relativi al settore sportivo emessi nei mesi estivi non sono stati molti.

Da un punto di vista quantitativo, dunque, potremmo quasi definire l'estate sportiva "tiepida".

Tuttavia, a dispetto dell'esiguo numero, la portata dei provvedimenti in parola è senza dubbio significativa.

La previsione e la conferma di bonus e indennità, lo stanziamento di fondi ulteriori per il sostegno e il rilancio, le disposizioni relative alla riapertura al pubblico degli eventi sportivi e via discorrendo sono tutti indici che confermano la nuova visione che si ha dello sport.

Lo sport, da sempre fenomeno trasversale, in questo momento storico lo è diventato ancor di più, mostrando tutta la sua forza e "invadenza" in ambiti prima solo sfiorati.

"Intorno allo sport si muove un dinamico e importante tessuto sociale, associativo, imprenditoriale e lavorativo"²² che ha raggiunto la sua propria dimensione.

I provvedimenti di sostegno emessi, quelli confermati, la revisione verso l'alto degli importi stanziati e le misure volte a consentire la riapertura al pubblico degli eventi sportivi ne sono la prova lampante perché "più è ampio il comparto e più è profonda la crisi"²³.

Certamente - e purtroppo - di tali slanci non hanno potuto beneficiare tutti. Adeguare le proprie strutture, in un contesto che vede la palese diminuzione delle iscrizioni e la conseguente riduzione – se non sospensione o addirittura cessazione – delle attività ha, per molti, costi insostenibili, rivelandosi impossibile o quanto meno difficoltoso.

Un passo, dunque, che anche se non a beneficio di tutti è indice di una attenzione del Legislatore alla materia "sport" sempre crescente, data anche la sua portata in termini di salute.

Tuttavia, sotto altro profilo, questa materia forse non rientra tra le "urgenze".

Non possiamo, infatti, non sottolineare che accanto a queste "attenzioni", la Riforma del settore è stata al centro di una altalena di rinvii.

La previsione di una sua entrata in vigore alla fine del 2023 si è posta in maniera quasi contraddittoria e ha fatto riemergere dubbi e incertezze sulla reale considerazione che del comparto sportivo e delle sue esigenze si ha. E se pure la data di entrata in vigore sia stata

²¹ Ci si riferisce, ad esempio, alla L. 91/81 sul professionismo sportivo che, fino all'inizio del 2023, continuerà a regolare la materia, o alle disposizioni federali relative al vincolo sportivo che rendono incerto (o comunque difficile) l'esercizio del diritto del singolo di dissociarsi.

²² Così la sottosegretaria Valentina Vezzali nella sua audizione del 5 maggio 2021.

²³ Si veda ancora l'audizione della Vezzali, 5 maggio 2021.

nuovamente anticipata, almeno per alcune materie, permangono delle perplessità legate ai tempi, come detto, ancora lunghi per molti ambiti.

Chiaramente, le esigenze di adeguamento graduale del settore sportivo, quelle di una attenta revisione delle nuove disposizioni e quelle legate all'emergenza COVID19 hanno una loro ragion d'essere e sono anche dei criteri su cui parametrare le "urgenze".

Tuttavia, potremmo forse ravvisare, in questo, lo stesso "errore" del passato che ha visto gli interventi inerenti il settore sportivo sempre legati alla risoluzione di un caso concreto e dell'"immediato", piuttosto che mirati all'organizzazione in chiave sistematica dello stesso.

Riorganizzazione che, per il momento, è prevista ma non operativa e che diverrà attuale solo tra molto tempo. Sempre che lo diventi.

6. Appendice Normativa (maggio/agosto 2021)

L. 8 agosto 2019, n. 86, *"Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione"*, in G.U. Serie Generale n. 191 del 16 agosto 2019;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, Attuazione dell'articolo 5, *"Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo"*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, Attuazione dell'articolo 6, *"Misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo"*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, Attuazione dell'articolo 7, *"Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi"*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 6;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, *"Semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi"*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, Attuazione dell'articolo 9, *"Misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali"*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68;

D.L. 22 marzo 2021, n. 41, *"Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19"*, in G.U. 22 marzo 2021, n. 70;

D.L. 18 maggio 2021, n. 65, *"Misure urgenti relative all'emergenza epidemiologica da COVID-19"*, in G.U., serie generale 117, 18 maggio 2021;

L. 21 maggio 2021, n. 69, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, recante misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*”, in G.U., Serie Generale n. 120, del 21 maggio 2021;

D.L. 25 maggio 2021, n. 73, “*Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”, in G.U., Serie Generale n. 123, del 25 maggio 2021;

D.L. 23 luglio 2021, n. 105, “*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*”, in G.U., Serie Generale n. 175, del 23 luglio 2021;

L. 23 luglio 2021, n. 106, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”, in G.U., Serie Generale n. 176, del 24 luglio 2021;

D.L. 6 agosto 2021, n. 111, “*Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti*”, in G.U., Serie Generale n. 187, del 6 agosto 2021.



*La normalizzazione della sorveglianza di massa nel contesto della CEDU e il
Quarto Oxford Statement sulle tutele offerte dal diritto internazionale nel
cyberspazio**

di Flavia Zorzi Giustiniani**

Nel periodo qui in rassegna devono segnalarsi anzitutto due pronunce, relative alle operazioni di sorveglianza elettronica di massa, che sono state emesse il 25 maggio scorso dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La prima sentenza è stata resa nel **caso *Big Brother Watch & Altri c. Regno Unito***¹. La decisione giunge al termine di un lungo *iter* processuale, iniziato nel 2013 da 16 organizzazioni e giornalisti attivi nel campo della tutela dei diritti civili e della libertà di stampa a seguito delle rivelazioni di Edward Snowden che dettero avvio al c.d. *Datagate*. I ricorrenti ritenevano che determinati sistemi di sorveglianza generalizzata delle comunicazioni elettroniche, utilizzati dal Regno Unito nell'ambito di attività d'*intelligence* per ragioni di sicurezza nazionale, violassero gli articoli 8 e 10 della CEDU².

La sentenza resa il 13 settembre del 2018 dalla Prima Sezione della Corte, pur riconoscendo che alcuni aspetti del regime di sorveglianza britannico, all'epoca dei fatti disciplinato dal *Regulation of Investigatory Powers Act* (RIPA) del 2000³, violassero gli articoli 8 e 10 della Convenzione a motivo di insufficienti garanzie procedurali, non aveva considerato di per sé inammissibile l'intercettazione di massa. In particolare, la Camera aveva ritenuto che i governi nazionali godono di un ampio margine di apprezzamento nel decidere quali misure sono

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Ricercatrice di Diritto internazionale presso l'Università Telematica Internazionale UNINETTUNO

¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 et 24960/15.

² In particolare l'intercettazione di massa delle comunicazioni; la ricezione di materiale di intercettazione da governi stranieri e agenzie di intelligence; nonché l'ottenimento di dati di comunicazione dai fornitori di servizi di comunicazione.

³ Il RIPA è stato poi sostituito dall'*Investigatory Powers Act* nel 2016.

necessarie per garantire la sicurezza nazionale⁴ e che l'autorizzazione giudiziaria al fine di operare intercettazioni di massa è soltanto “altamente auspicabile” e non indispensabile per garantire il rispetto dell'art. 8 della Convenzione⁵. Nella richiesta di rinvio alla Grande Camera i ricorrenti lamentavano, tra l'altro, il riconoscimento poco argomentato effettuato dalla Prima Sezione della proporzionalità di sistemi di sorveglianza generalizzata.

Nella sua decisione la Grande Camera ha sostenuto che un regime di sorveglianza di massa di per sé non è contrario alla Convenzione e ne ha confermato la legittimità dinanzi alle numerose minacce alle quali sono esposti gli Stati nell'epoca attuale⁶. La Grande Camera ha ribadito quanto già affermato dalla Prima Sezione, ovvero che le autorità nazionali godono di un ampio margine di apprezzamento nello scegliere come meglio proteggere la sicurezza nazionale⁷. Il suddetto regime di sorveglianza, tuttavia, deve essere soggetto ad un controllo “end-to-end” al fine di minimizzare il rischio di abusi. Nella specie ciò significa, secondo la Corte, che a livello nazionale dovrebbe essere fatta una valutazione della necessità e della proporzionalità delle misure adottate in ogni fase del processo; che l'intercettazione di massa dovrebbe essere soggetta ad un'autorizzazione indipendente all'inizio, quando l'oggetto e la portata dell'operazione sono stati definiti; e che l'operazione dovrebbe essere soggetta alla supervisione e ad un esame indipendente *ex post*⁸. Con riguardo al regime di intercettazione britannico la Grande Camera ha poi riscontrato tre carenze fondamentali: che l'intercettazione di massa non è stata autorizzata da un organismo indipendente dall'esecutivo (bensì dal Segretario di Stato); che non sono state specificate categorie di termini di ricerca che definiscano le tipologie di comunicazioni da esaminare; e infine, che non era stato autorizzato l'uso di identificatori specifici (legati ad un singolo individuo)⁹.

I giudici hanno quindi ritenuto che il regime di intercettazioni di massa contenuto nella sezione 8(4) del RIPA non soddisfaceva il requisito di “qualità del diritto”, violando così l'articolo 8 della CEDU¹⁰. La Grande Camera ha poi stabilito, allineandosi a quanto deciso dalla Prima Sezione, che l'intercettazione di massa delle comunicazioni come l'acquisizione di dati dai fornitori di servizi di comunicazione hanno violato l'art. 10, in quanto sprovviste di garanzie relativamente alle fonti giornalistiche e al materiale giornalistico riservato¹¹.

Quanto al sistema di condivisione di dati attraverso il quale il Regno Unito riceveva materiale dai servizi di *intelligence* statunitensi, la maggioranza dei giudici non l'ha considerato contrario agli articoli 8 e 10 della Convenzione¹². Secondo il collegio, infatti, tale condivisione di informazioni è ammissibile a patto che siano previste garanzie adeguate contro gli abusi e che il regime sia

⁴ Cfr. *Big Brother Watch & Altri c. Regno Unito*, Prima Sezione, sentenza del 13 settembre 2018, par. 314-315, 387.

⁵ *Ibid.*, par. 381.

⁶ Nelle parole della Corte, l'intercettazione di massa di comunicazioni straniere costituisce “a valuable means to achieve the legitimate aims pursued, particularly given the current threat level from both global terrorism and serious crime” (*Big Brother Watch & Altri c. Regno Unito*, Grande Camera, sentenza del 25 maggio 2021, par. 386).

⁷ *Ibid.*, par. 228.

⁸ *Ibid.*, par. 350.

⁹ *Ibid.*, par. 425.

¹⁰ *Ibid.*, par. 426.

¹¹ *Ibid.*, par. 456-458, 524-528.

¹² *Ibid.*, par. 510-514, 515-516.

soggetto ad un controllo indipendente e ad un riesame *ex post*¹³. I cinque giudici dissenzienti hanno invece lamentato l'assenza dei necessari meccanismi per controllare il potenziale uso improprio dei poteri di sorveglianza¹⁴.

Va rilevato che la Grande Camera si è soffermata soltanto sulle garanzie relative alla ricezione di dati da parte di autorità estere, ivi comprese le norme per la richiesta e la ricezione di *intelligence* e le garanzie per l'esame, l'uso, l'archiviazione, la trasmissione, la cancellazione e la distruzione del materiale ricevuto esistenti nel Regno Unito. Non ha invece considerato il caso, inverso, in cui sia uno Stato parte della CEDU (nella specie il Regno Unito) ad inviare informazioni ad uno Stato terzo (nella specie gli USA), e l'eventuale applicazione extraterritoriale della Convenzione che ciò implicherebbe. In tale scenario, come è stato osservato, se l'attenzione della Corte fosse concentrata solo sulle garanzie interne e non su quelle esistenti nel Paese con cui sono condivisi i dati, i residenti britannici potrebbe trovarsi esposti ad un uso improprio dei loro dati personali da parte delle autorità straniere¹⁵.

Quanto alle garanzie che dovrebbero essere fornite dal diritto interno per rendere ammissibile un sistema di monitoraggio di massa, la Grande Camera ha prospettato una serie di criteri più ampia rispetto a quanto già indicato in precedenza nel caso *Weber*¹⁶. Al fine di assicurare che il regime di intercettazioni di massa non si risolva in una violazione dell'art. 8, il diritto nazionale dovrebbe definire: 1) i motivi per i quali l'intercettazione di massa può essere autorizzata; 2) le circostanze in cui le comunicazioni di un individuo possono essere intercettate; 3) la procedura da seguire per il rilascio dell'autorizzazione; 4) le procedure da seguire per la selezione, l'esame e l'utilizzo del materiale di intercettazione; 5) le precauzioni da prendere nella comunicazione del materiale ad altri soggetti; 6) i limiti alla durata dell'intercettazione, alla conservazione del materiale intercettato e alle circostanze in cui tale materiale deve essere cancellato e distrutto; 7) le procedure e le modalità per il controllo da parte di un'autorità indipendente del rispetto delle suddette garanzie e dei suoi poteri per far fronte alle inadempienze; 8) le procedure per l'esame indipendente *ex post* di tale conformità e i poteri conferiti all'organo competente nel far fronte ai casi di non conformità¹⁷.

Dopo aver confermato la legittimità *prima facie* della sorveglianza di massa, la Corte si è quindi focalizzata esclusivamente sulle garanzie procedurali, dimostrando quello che è stato definito una sorta di "feticismo procedurale"¹⁸. Peraltro, dopo aver fatto riferimento ai suddetti otto criteri sulla cui base valutare la normativa interna sulle intercettazioni di massa, la Grande Camera ha

¹³ *Ibid.*, par. 350.

¹⁴ Cfr. Opinione parzialmente dissidente dei giudici Lemmens, Vehabović, Ranzoni and Bošnjak, par. 3 ss.; Opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, par. IV.B.

¹⁵ Cfr. M. Zainieriute, "Procedural Fetishism and Mass Surveillance under the ECHR *Big Brother Watch v. UK*", 2 giugno 2021, disponibile al link <https://verfassungsblog.de/big-b-v-uk/>.

¹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Weber e Saravia c. Germania*, ricorso n. 54934/00, decisione del 29 giugno 2006. I sei criteri enunciati in questa sentenza erano stati originariamente dettati per le intercettazioni mirate.

¹⁷ Cfr. *Big Brother Watch & Altri cit.*, par. 361.

¹⁸ Cfr. M. Zainieriute, cit.

aggiunto che tali criteri fanno parte di una “valutazione globale” della proporzionalità del programma¹⁹. Non è dunque chiaro se gli stessi debbano essere rispettati integralmente o meno.

La sentenza della Grande Camera è stata accolta come un “important win for privacy and freedom for everyone in the UK and beyond”²⁰. A ben vedere, tuttavia, la decisione si segnala al contrario per aver sancito che la sorveglianza di massa in linea di principio non è né illegale né sproporzionata²¹. Solo uno dei 17 giudici, Pinto de Albuquerque, nella sua opinione separata si è opposto nettamente alla pratica della sorveglianza di massa, rimarcando che “l'utilità [delle intercettazioni] non è la stessa cosa della necessità e della proporzionalità in una società democratica”²² e censurando poi la sentenza per aver aperto le porte ad un Grande Fratello elettronico in Europa²³.

La seconda sentenza, anch'essa emessa dalla Corte nella sua massima composizione e nella stessa data, concerne il caso *Centrum för Rättvisa c. Svezia*. All'origine vi è un ricorso presentato nel 2008 dalla ONG *Centrum för Rättvisa*, secondo la quale la legge svedese sulla *signals intelligence*²⁴ violava la privacy ai sensi dell'art. 8 CEDU. Il 19 giugno 2018 la Terza Sezione della Corte aveva stabilito, all'unanimità, che il sistema di intercettazione massiccia svedese non era contrario alla Convenzione. La Grande Camera ha accolto invece le doglianze dei ricorrenti riscontrando la violazione dell'art. 8 da parte della legislazione svedese per: l'assenza di regole chiare sulla distruzione del materiale intercettato, laddove non contenga dati personali²⁵; la possibilità di trasmettere il materiale intercettato a Stati terzi senza tenere in considerazione la *privacy* degli individui interessati²⁶; nonché l'assenza di un effettivo meccanismo di controllo *ex post facto* sullo svolgimento delle operazioni²⁷. Anche in questo caso, tuttavia, la Grande Camera ha messo in evidenza che le intercettazioni di massa sono di importanza vitale per le Parti Contraenti al fine di identificare minacce alla loro sicurezza e che nessuna alternativa o combinazione di alternative sarebbe idonea a sostituire il potere di effettuare intercettazioni di massa²⁸.

Il fatto che la legislazione svedese sia stata censurata dalla Corte in misura assai minore rispetto a quella britannica nel caso *Big Brother Watch* non significa necessariamente che la prima ponga

¹⁹ Cfr. *Big Brother Watch & Altri* cit., par. 360.

²⁰ *Sic* Privacy International (cfr. “Human rights groups win European Court of Human Rights claim on UK mass surveillance regime”, disponibile al link <https://www.privacyinternational.org/press-release/4522/human-rights-groups-win-european-court-human-rights-claim-uk-mass-surveillance>).

²¹ V. tra gli altri: E. Watt, “Much Ado About Mass Surveillance – the ECtHR Grand Chamber ‘Opens the Gates of an Electronic “Big Brother” in Europe’ in *Big Brother Watch v UK*”, 28 giugno 2021, disponibile al link <https://strasbourgobservers.com/2021/06/28/much-ado-about-mass-surveillance-the-ecthr-grand-chamber-opens-the-gates-of-an-electronic-big-brother-in-europe-in-big-brother-watch-v-uk/>; J. Sajfert, “The Big Brother Watch and *Centrum för Rättvisa* judgments of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – the Altamont of privacy?”, 8 giugno 2021, in *European Law Blog*, disponibile al link <https://europeanlawblog.eu/2021/06/08/big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa-judgments-of-the-grand-chamber-of-the-european-court-of-human-rights-altamont-of-privacy/>.

²² Cfr. Opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente cit., par. 58.

²³ *Ibid.*, par. 59-60. I giudici Lemmens, Vehabović e Bošnjak, pur concordando parzialmente, hanno affermato l'esigenza di maggiori garanzie.

²⁴ La *signals intelligence* consiste nella raccolta, combinazione e analisi di segnali, sia questi emessi da persone che da macchinari.

²⁵ Cfr. *Centrum för Rättvisa c. Svezia*, sentenza del 25 maggio 2021, Grande Camera, par. 342.

²⁶ *Ibid.*, par. 326-330.

²⁷ *Ibid.*, par. 359-364.

²⁸ *Ibid.*, par. 365.

meno problemi sul fronte del rispetto dei diritti fondamentali. Secondo il giudice dissidente Pinto de Albuquerque la maggioranza pare assumere la veridicità di quanto sostenuto dal governo svedese nelle sue memorie senza compiere una reale verifica²⁹. Come è stato osservato in dottrina, peraltro, malgrado la legislazione svedese sia “highly opaque”, i giudici non hanno analizzato in alcun modo né la giurisprudenza della *Swedish Foreign Intelligence Court* né la prassi della *Försvarets radioanstalt* (l'autorità nazionale per la *signals intelligence*)³⁰.

In generale, l'effetto delle due sentenze qui in rassegna sarà probabilmente quello di condurre, come paventato da più parti, ad una “normalizzazione” della sorveglianza di massa nei decenni a venire³¹.

Un'altra novità degna di nota è poi la pubblicazione, avvenuta il 2 giugno scorso, dell'*Oxford Statement on International Law Protections in Cyberspace: The Regulation of Information Operations and Activities*³². Si tratta del quarto *statement* realizzato nell'ambito dell'*Oxford Process on International Law Protections in Cyberspace*, lanciato nel maggio 2020 dall'*Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict* con l'intento di identificare le norme di diritto internazionale che sono applicabili al cyberspazio e chiarirne la portata in una serie di contesti sensibili. Più in particolare gli *Oxford Statements* enucleano brevemente le regole che disciplinano le operazioni cibernetiche dirette a specifici oggetti protetti e sulle quali si registra un livello di consenso adeguato sul piano internazionale³³.

Il quarto *Statement* delinea una serie di obblighi degli Stati, sia positivi che negativi, con riguardo a “information operations and activities” quali *inter alia* la disinformazione, i discorsi d'odio ed altri discorsi che, potendo raggiungere istantaneamente una vastissima platea di destinatari, hanno la capacità di causare danni fisici o non fisici a singoli, Stati ed entità private. Tali obblighi, che devono trovare applicazione sia nelle condotte statali interne che internazionali, si fondano su alcuni principi e normative chiave del diritto internazionale, segnatamente la sovranità, il non intervento, il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario.

Nella parte preambolare dello *Statement* si ricorda tra l'altro che anche le società, come descritto nei Principi 11 e 12 dei Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani³⁴, hanno la responsabilità di rispettare i diritti umani degli individui e che tale responsabilità si estende all'impatto delle operazioni e attività informative condotte mediante l'uso dei loro servizi. Quanto agli obblighi degli Stati, lo *Statement* afferma *inter alia* i seguenti obblighi negativi: astenersi

²⁹ Cfr. Opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissidente cit., sez. B.

³⁰ Cfr. M. Klamberg, “Big Brother’s Little, More Dangerous Brother. Centrum för Rättvisa v. Sweden”, in *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, disponibile al link <https://verfassungsblog.de/raettvisa/>.

³¹ *Sic.* M. Milanovic, “The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för rättvisa”, in *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 maggio 2021, disponibile al link <https://www.ejiltalk.org/the-grand-normalization-of-mass-surveillance-ecthr-grand-chamber-judgments-in-big-brother-watch-and-centrum-for-rattvisa/>.

³² Cfr. <https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-statement-on-the-regulation-of-information-operations-and-activities#/>.

³³ Del terzo *Oxford Statement on International Law Protections Against Foreign Electoral Interference Through Digital Means* si era dato conto nella rassegna intitolata “Governing the ungoverned. Recenti proposte europee e internazionali per regolare il digitale”, apparsa sul n. 3/2020 di questa Rivista (e disponibile al link <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/flavia-zorzi-giustiniani-governing-the-ungoverned-recenti-proposte-europee-e-internazionali-per-regolare-il-digitale/>).

³⁴ ONU, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework*, 2011, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

dall'intraprendere, sostenere o consentire nell'ambito della loro giurisdizione forme di discorso che sono vietate dal diritto internazionale, come qualunque propaganda di guerra e qualsiasi difesa dell'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza³⁵; astenersi dall'intraprendere o supportare qualsiasi altra operazione o attività informativa che violi i diritti degli individui all'interno della loro giurisdizione, come il diritto alla vita, alla salute, alla vita privata, alla libertà di pensiero e di opinione, alla libertà di espressione, ivi compresa la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, il diritto di votare e partecipare alla cosa pubblica³⁶. Il primo obbligo è accompagnato poi da un obbligo, stavolta positivo, di proibire per legge operazioni e attività informative assimilabili alle forme di discorso menzionate³⁷.

Ad oggi lo *Statement* è stato sottoscritto da più di 110 giuristi di fama internazionale³⁸.

³⁵ Cfr. il principio 3.

³⁶ Cfr. il principio 4.

³⁷ Cfr. il principio 3.

³⁸ L'elenco é disponibile al seguente link: <https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-statement-on-the-regulation-of-information-operations-and-activities#/>.



Quali prospettive per il costituzionalismo? Ripercorrendone le tappe attraverso alcuni volumi in materia*

di Rosa Iannaccone**

SOMMARIO: 1. Una modesta “geografia del costituzionalismo” per indagarne la crisi e le prospettive. 2. Antonio Baldassarre, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo*, Modena, Mucchi Editore, 2020, pp. 76 – 3. Maurizio Fioravanti, *Il cerchio e l’ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2020, pp. 120 – 4. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, pp. 94 – 5. Fulco Lanchester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa. Atti del Convegno* (Roma, 11-12 maggio 2018), Padova, Cedam, 2019, pp. 312 – 6. Luigi Ferrajoli, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017, pp. 77 – 7. Salvatore Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 188. – 8. Covid-19: l’ultimo “stress test” dello Stato costituzionale di diritto.

1. Una modesta “geografia del costituzionalismo” per indagarne la crisi e le prospettive

“Vi sono, è evidente, crepe, che diventano via via più profonde nella struttura di quell’impianto che definiamo democrazia costituzionale; crepe che ci portano a parlare se non di crisi *della* democrazia, certo di crisi nella *democrazia*, mostrando le fragilità di un costituzionalismo che non ha saputo essere all’altezza dei suoi presupposti emancipanti. [...] Il costituzionalismo democratico nato dalle ceneri del secondo conflitto mondiale, infatti, sembra privo di anticorpi rispetto alle epidemie che affliggono la società globalizzata [...] e le discrepanze tra quella che Häberle chiama verità costituzionale e il diritto costituzionale si fanno sempre più accentuate”.¹ Sorgono, quindi, una serie di domande: qual è la vera funzione che il costituzionalismo svolge nell’età moderna e contemporanea? Perché tornare continuamente al costituzionalismo,

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda in *Diritto pubblico, comparato e internazionale- Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate*, Sapienza- Università di Roma.

¹ A. MASTROMARINO, *Il nuovo costituzionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *DPCE*, Il Mulino, 2/2020, 326-327.

specialmente nei momenti di bassa tensione nelle democrazie e nei regimi politici contemporanei? Secondo Fioravanti, il costituzionalismo nasce, e continuamente rinasce, non tanto per dimostrare la superiorità di un regime politico, quanto per fare forza e sostanza ad un dato di fondo dell'esperienza storica dello Stato moderno, in particolare quello europeo a partire dal quattordicesimo secolo, che consiste nella tendenza dei diversi soggetti e delle diverse forme e modi di dominazione, a costruirsi e qualificarsi come istituzioni politiche, come tali orientate a ricercare forza e maggiore presenza sul territorio, ma allo stesso tempo anche la dimensione dell'equilibrio e della misura. Il costituzionalismo, infatti, è interessato in modo particolare, sia a quei momenti storici in cui si tenta di opporre un limite all'invasione dei poteri politici, opponendo cioè alla legge del sovrano un diritto vigente e presente nella storia e su questa base istituzionalizzato come patrimonio della comunità, sia a quelle altre fasi della storia in cui si vuole eliminare l'antico ordine politico e sociale, attraverso l'esercizio del potere costituente, inteso però anch'esso in senso istituzionale, cioè come contenente in sé la prefigurazione del nuovo ordine.²

Nella prospettiva del diritto pubblico comparato, una delle caratteristiche più distintive delle transizioni, in particolare quella post-socialista, può senz'altro individuarsi nella proliferazione di nuovi processi costituenti le cui costituzioni hanno garantito un'ampia gamma di diritti umani e incorporato sezioni dedicate ai principi fondamentali dello Stato democratico. Le aspettative iniziali che hanno circondato la democratizzazione si sono, però, ben presto dimostrate eccessivamente ottimistiche e una democratizzazione di successo ha dimostrato di essere solo uno dei possibili esiti della transizione.³

A partire da tali considerazioni, questo lavoro si pone l'obiettivo di ripercorrere le tappe del costituzionalismo e dei suoi testi attraverso alcuni dei volumi in materia, editi nell'ultimo quinquennio. Si sono selezionate le seguenti opere: *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo* di Antonio Baldassarre (Mucchi Editore, 2020); *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale* di Maurizio Fioravanti (Editori Laterza, 2020); *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa* a cura di Fulco Lanchester (Cedam, 2019); *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi* di Maurizio Fioravanti (Carrocci, 2018); *Il costituzionalismo oltre lo Stato* di Luigi Ferrajoli, (Mucchi Editore, 2017); e *Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani* di Salvatore Bonfiglio (Giappichelli, 2016). Si è individuato un volume per ogni anno ad eccezione del 2020, in quanto è sembrato opportuno trattare due opere tra loro complementari e in grado di fornire le coordinate fondamentali per la lettura delle altre.

Il filo rosso di questa rassegna critica, come anticipato, è illustrare la nascita e lo sviluppo del costituzionalismo, le sfide che ha affrontato e le soluzioni adottate, fino ad arrivare all'attualità, a quella che più volte nel corso di questa disamina è definita "crisi del costituzionalismo" – e conseguentemente della sua attuale manifestazione ossia lo Stato democratico sociale –, mostrando, allo stesso tempo, le sue prospettive future. Si è cercato di mantenere una coerenza tra tale percorso e l'anno di edizione dei volumi. Inizialmente, quindi, si è illustrata l'evoluzione

² M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, Mucchi Editore, 2021, 8 e ss.

³ T. E. FROSINI, *Laddove il costituzionalismo non ha aggettivi*, in *Percorsi costituzionali*, Napoli, Jovene, 1.3/2020, 3-4.

del costituzionalismo sia come teoria – attraverso il volume *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo* – sia dal punto di vista dei rapporti tra i vari poteri dello Stato – *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale* – e dei “tipi” di Costituzione che ha prodotto, trattati nel volume *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*. La scelta di inserire quest’ultimo testo ha comportato un allontanamento dalla coerenza sopramenzionata, ma è apparso imprescindibile trattare nello specifico un’opera avente ad oggetto l’evoluzione dei testi costituzionali, al fine di mettere in evidenza le manifestazioni concrete di quanto precedentemente illustrato. La chiave di volta dell’analisi è il volume *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa* che apre la seconda parte di questa rassegna critica, dedicata alle prospettive future del costituzionalismo. Il testo si concentra sulle prospettive a livello europeo e ha il merito di riunire i contributi di numerosi studiosi italiani e stranieri, fornendo, quindi, molteplici spunti di riflessione non solo sul futuro del costituzionalismo ma anche, tra gli altri, sul ruolo della riflessione giuridica. Il successivo testo analizzato, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, invece, fornisce la visione di un costituzionalismo globale, oltre lo Stato appunto, come unica soluzione all’attuale crisi e al processo di disgregazione della democrazia in atto. Infine, il volume *Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani*, si sofferma sulla necessità, derivante dal carattere multiculturale delle attuali società, di reinterpretare i principi costituzionali, in grado di favorire la coesione sociale, attraverso l’estensione dei diritti fondamentali ai “non cittadini” e il riconoscimento di nuovi diritti individuali, di gruppi e di comunità. Il volume conclusivo ha permesso di inserire un approccio rivolto a realtà istituzionali esterne al contesto occidentale (europeo e americano) – quali quella orientale, africana e latinoamericana – mettendo in evidenza il contributo che potrebbero dare alla discussione sul costituzionalismo e tratta argomenti quali il multiculturalismo e la tutela dei diritti umani, che si inseriscono come categorie imprescindibili in questo discorso.

Naturalmente non è possibile ridurre i volumi analizzati a quanto appena detto e, proprio per tale motivo, si è deciso di dedicare loro un’analisi più approfondita che, senza dimenticare di mettere in luce il filo conduttore appena illustrato, cerca di sottolinearne anche la complessità, gli spunti di riflessione e le peculiarità.

La breve introduzione che segue, coscienti di non poter essere esaustivi su un tema così ampio e notevolmente studiato dalla dottrina, proverà a mettere in evidenza i principali elementi della “crisi del costituzionalismo” modernamente inteso e le componenti costitutive del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (NCL). In relazione all’esperienza latinoamericana, la dottrina, ha riconosciuto nel processo costituente colombiano del 1991 la prima manifestazione costituente che ha definito un punto di svolta nell’evoluzione costituzionale, non solo per l’America Latina.⁴

Si ritiene, da una parte, che solo attraverso lo studio delle fasi del costituzionalismo che hanno preceduto quella attuale, dei concetti chiave della storia costituzionale e giuridica, sia possibile affrontare non solo l’attualità ma anche, e forse soprattutto, il tempo che verrà, rivalutando e se,

⁴ C. STORINI, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, Nov 2012, Madrid, España, 645.

necessario, riposizionando elementi quali lo Stato nazione, la Costituzione, la sovranità e ammettendo un catalogo di diritti più ampio, che includa anche quelli di cosiddetta terza e quarta generazione – come il diritto alla salute, all’educazione, alla casa, all’uguaglianza delle opportunità, ad una vita e ad un ambiente sano – e tuteli il pluralismo, o meglio, come si illustrerà in seguito, il multiculturalismo.

Dall’altra, la decisione di trattare il NCL, seppur in maniera concisa, risiede nel fatto che rappresenta una “delle poche proposte originali in risposta a una dilagante crisi dell’attuale modello della democrazia costituzionale.”⁵ Nonostante le differenze sostanziali tra i due continenti e tra i loro assetti politico-istituzionali, che non è possibile trattare in questa sede, si è considerato opportuno, all’interno di un lavoro che tenta di mostrare le posizioni sostenute dalla dottrina in tema di “prospettive future del costituzionalismo”, illustrare le soluzioni adottate al di fuori del contesto europeo. Si è cercato di elaborare quella che Rebuffa definisce una “geografia del costituzionalismo”, di dimensioni senza dubbio modeste, “mostrando come esso vari, si definisca, inventi soluzioni in risposta a specifici problemi politici, sociali ed economici delle diverse realtà nazionali”⁶, sia diacronicamente che sincronicamente.

Per decenni, a partire dalla seconda metà del secolo passato, le progressive ondate di democratizzazione hanno permesso un costante avanzamento, in ogni parte del mondo, della democrazia ai danni dell’autocrazia. La democrazia costituzionale si è diffusa come forma di Stato caratterizzata dalla presenza di una costituzione approvata mediante procedimenti democratici, rigida e garantita da meccanismi di giustizia costituzionale⁷, dalla tutela costituzionale dei diritti, da una rinnovata concezione della separazione dei poteri, dall’apertura al diritto internazionale e dal riconoscimento dell’autonomia locale.⁸ Limiti al potere e democratizzazione costituiscono i due elementi che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo sia per quanto riguarda i rapporti tra individuo e autorità (forma di Stato), sia per quanto riguarda i rapporti tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (forma di governo) e scandiscono il passaggio dal cosiddetto Stato di diritto legislativo parlamentare a quello costituzionale. Lo Stato di diritto costituzionale individua, com’è noto, un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non vulnerabili dalle cangianti maggioranze parlamentari, anche se interpretabili in modo diversificato.⁹ Questa forma di Stato, costruita come risposta alle tragedie della prima metà del XX secolo, ha avuto un certo successo, almeno in alcune parti del mondo, per diversi decenni, nell’assicurare la pace e il rispetto della dignità della persona umana ed è sembrato che potesse costituire una risposta quasi “universale” al problema della convivenza

⁵ A. MASTROMARINO, *Il nuovo costituzionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, cit., 318.

⁶ G. REBUFFA, *Una geografia dei costituzionalismi moderni*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa*, Padova, Cedam, 2019, 36.

⁷ Dopo l’esperienza del crollo delle democrazie del primo dopoguerra in Italia e in Germania, con l’avvento di regime autocratici o totalitari di massa, l’ultima fase di sviluppo dello Stato contemporaneo è caratterizzata dal passaggio dallo Stato di diritto legislativo sociale a quello costituzionale, caratterizzato dalla presenza di organi volti alla tutela della Costituzione. Dieter Grimm ha più volte sostenuto che la vera novità istituzionale dell’ultimo mezzo secolo è rappresentata dalla nascita delle corti costituzionali, le cui funzioni possono essere differenti, ma convergono nella tutela della legalità costituzionale. (F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, 64).

⁸ G. MILANI, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l’esperienza ungherese*, in *DPCE online*, 4/2019, 2917.

⁹ F. LANCHESTER, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2/2018, 2-3.

nelle società umane. La dottrina costituzionalistica ha messo in evidenza la tendenza a un avanzamento della democrazia e delle libertà nel mondo nel secondo dopoguerra, particolarmente intensa nei decenni successivi al 1989, accompagnata dalla crescente presenza di elementi di convergenza e standardizzazione nelle costituzioni, che ha indotto a parlare di “costituzionalismo globale”: un fenomeno che tende a trasformare le costituzioni da espressione di identità nazionale in segni dell’appartenenza a una comunità globale, attraverso la democrazia costituzionale.¹⁰ Le Costituzioni normative hanno segnato una fase nuova nello sviluppo del costituzionalismo proprio perché legano in maniera indissolubile il concetto di Costituzione con l’idea di democrazia impedendo così, sul piano teorico, lo svuotamento del principio dello Stato di diritto, che diviene inapplicabile ad uno Stato non democratico. La democrazia pluralista si configura come una preconditione della normatività della Costituzione, dal momento che il carattere normativo di quest’ultima acquista significato solo sulla base del riconoscimento del pluralismo e del conflitto. Le norme giuridiche, infatti, sono essenzialmente fattori di ordine sociale destinate a gestire e pacificare conflitti potenziali, garantendo così la certezza del diritto e la pace sociale. Nelle società europee del dopoguerra tali conflitti sono stati articolati in un grande patto sociale, ossia lo “Stato sociale di diritto”, che comprendeva, allo stesso tempo, un patto democratico vale a dire il tipo di Stato costituzionale di diritto.¹¹

Tuttavia, già sul finire del Novecento, è emersa un’altra tendenza, che ha progressivamente iniziato ad interessare un crescente numero di Stati in diverse regioni del mondo, a cui l’Europa non è stata immune. Si tratta dell’affermazione delle democrazie illiberali e della contestuale messa in discussione della democrazia costituzionale come modello di riferimento.¹² I vari allargamenti dell’Europa dal 1990 in poi – fino al 2007, ossia all’ingresso dei Paesi dell’ex Patto di Varsavia – hanno portato ad un riassetto del suo quadro geografico, con effetti non marginali sul resto dei Paesi europei e non solo. Questo movimento ha portato all’interno dell’Unione europea alcuni Stati che avevano vissuto i principi dello Stato liberale in maniera molto “diversa” – nei quali l’idea di connettere, anche attraverso la promozione delle autonomie territoriali, la cultura delle libertà alla pratica della democrazia ha radici storiche molto fragili. Si tratta di Stati che hanno elaborato modelli politici ed istituzionali caratterizzati significativamente dal ruolo predominante del capo del governo, da forti tensioni con il potere giudiziario e da un forte nazionalismo – si pensi all’Ungheria di Orbán, alla Polonia di Morawiecki, o alla Romania di Dăncilă. La presenza di questi paesi e delle loro politiche all’interno delle istituzioni europee ha determinato, e lo fa ancora, effetti non marginali sui rapporti di forza fra gli Stati e all’interno di ciascuno di essi, con una difficoltà da parte dell’UE di percepire le conseguenze che ne possono derivare, soprattutto in mancanza di un rinnovamento delle politiche e di un’attenzione particolare alle nuove richieste che provengono dal basso.¹³

¹⁰ T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 5-6.

¹¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, 1/2012, 83-84.

¹² G. MILANI, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l’esperienza ungherese*, cit., 2917.

¹³ E. CATELANI, *Ruolo delle costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un’introduzione*, in *Rivista AIC*, 3/2019, p.7.

Più in generale, è possibile affermare che gli elementi sociale e democratico, già messi in discussione a partire dalla fine del XX secolo, hanno conosciuto un forte indebolimento nella prima decade del XXI secolo, entrando poi radicalmente in crisi per effetto del peggioramento della situazione economica, a partire dal 2011. Ciò ha comportato, nello spazio pubblico europeo, l'affermazione di un preciso approccio ideologico alla crisi che sembra condurre inesorabilmente alla limitazione del pluralismo e all'indebolimento della giustizia sociale. Questo si basa su posizioni di determinismo economico, secondo le quali la crisi può essere affrontata solo perseguendo soluzioni basate sull'equilibrio di bilancio, ottenuto attraverso la riduzione della spesa pubblica e la restrizione dei diritti sociali, unitamente a riforme legislative fortemente restrittive dei diritti in materia di lavoro¹⁴. In tale ambito, viene in evidenza che la crisi dello Stato sociale – che si fonda su di un progetto di progresso, di autentica democrazia “emancipante” o “sostanziale”, di governo ed indirizzo dell'economia – è in primo luogo una crisi fiscale dello Stato, che, com'è noto, coltiva l'ambizione di predisporre servizi sociali tali da soddisfare i diritti sociali. Si è rafforzata l'idea secondo cui tale crisi riguarderebbe, in realtà, solo il modo di concepire il rapporto fra “servizi” e “diritti” sociali, tant'è che una parte della dottrina ha proposto di sganciare l'effettività dei diritti sociali dal rapporto necessario con i pubblici poteri. Secondo la predetta ricostruzione, i diritti sociali sono stati considerati non più in termini di diritti a prestazioni, bensì come autentiche libertà sociali. Invece, secondo altri, siffatta crisi ha prodotto la “definitiva evaporazione del concetto della rappresentanza”.¹⁵ A livello europeo, lo Stato sociale è caratterizzato da un ombrello differenziato frutto della storia di come gli stati nazionali hanno reagito alla rivoluzione industriale del XIX secolo – attraverso coperture difensive introdotte dall'alto, o conquistate dal basso. La dizione “modello sociale europeo” nasconde, dunque, una pluralità di modelli differenziati di protezione sociale e disegnare un modello unitario sulla carta dei diritti e sui trattati (versione di Lisbona) risulta difficile in quanto lo Stato sociale sconta, da un lato, le derive della storia, ma anche la situazione istituzionale ed economica dei singoli ordinamenti; e dall'altro la dinamica dei sistemi industriali avanzati che devono reagire all'emergere, o al riemergere, impetuoso di nuovi soggetti internazionali in campo economico. Inoltre, i differenti modelli di stato sociale in Europa sono attualmente sfidati dai fenomeni di globalizzazione e internazionalizzazione, che hanno visto l'incremento delle differenze tra paesi, l'aumento delle diseguaglianze per quanto riguarda l'indice di sviluppo umano e l'accelerazione di tutti i fenomeni.¹⁶

Parallelamente a un più generale e ampio fenomeno di crisi della politica e della democrazia rappresentativa – provocata dal tramonto dei partiti politici e dalla incapacità di comprendere in termini costituzionali i nuovi *cleavage* della rappresentanza, indotti in particolare dal passaggio della

¹⁴ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, cit., 84.

¹⁵ V. VANACORE, *La crisi della democrazia rappresentativa fra ordinamento interno e comunitario. In particolare, i partiti politici europei*, Amministrazione in cammino, 2014, 4-5; Per un ulteriore approfondimento sulla crisi dello Stato sociale si rimanda, tra gli altri, a F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

¹⁶ F. LANCHESTER, *Le cinque crisi e i compiti del diritto costituzionale*, in *Parlalex*, 2012.

contrapposizione destra/sinistra a quella sovranismo/europeismo¹⁷ –, gli anni più recenti sono stati caratterizzati, dall'emergere di nuove rivendicazioni indipendentiste in Stati con una consolidata tradizione democratica, come Regno Unito, Spagna e Italia.¹⁸ Il referendum catalano, quello scozzese, così come il tormentato procedimento per definire gli effetti della Brexit¹⁹, rivelano le complesse evoluzioni della forma di Stato determinate dalla crisi della rappresentanza politica, che non resta limitata alle sovranità nei singoli Stati, ma si estende anche ai rapporti fra gli Stati. Tale situazione rivela una crisi ben più ampia, quella della sostanza geografica della rappresentanza e che rischia di mettere in discussione le fondamenta, o comunque i caratteri essenziali, dello Stato costituzionale. D'altra parte non è un caso che anche in Italia le tendenze autonomiste siano emerse intorno agli anni '90, quando la forma di Stato delineata nella Costituzione del 1948 è stata messa in crisi anche dal tramonto dei partiti politici.²⁰

Le grandi trasformazioni in atto – che Groppi individua non solo nella globalizzazione e nei movimenti migratori, ma soprattutto nella rivoluzione tecnologica e, in particolare, nella c.d. “quarta rivoluzione industriale”, incentrata sulla sfera digitale – hanno un notevole impatto sullo Stato costituzionale, che si traduce in una sua sempre più diffusa messa in discussione, ovvero in quella che è definita “*constitutional retrogression*”. Nella seconda decade del XXI secolo si è fatta strada l'elaborazione dottrinale di quella che viene definita “la grande regressione”, che consiste principalmente in un attacco alla *legacy* del secondo dopoguerra, ossia ai “*core values*” della democrazia costituzionale. Si tratta di un fenomeno che non riguarda solo le “democrazie incerte”, ma è evidente anche nelle democrazie “mature”, ove la nascita e, spesso, il successo elettorale dei movimenti populistici – e, altresì, la crisi di partiti e movimenti improntati all'universalismo – va esattamente in questa direzione. L'attacco allo Stato di diritto costituzionale è in realtà uno strumento per mettere in discussione i valori che ne sono alla base, ed in primo luogo il carattere pluralistico, in nome di una volontà maggioritaria e uniformante, che intende eliminare gli spazi di autonomia e di diversità di individui e gruppi.²¹

Già nel 2006, Lanchester individuava sei tendenze comuni alle democrazie pluraliste che evidenziavano un loro stato di crisi: la perdita, anche formale, di centralità delle istituzioni rappresentative collegiali con la conseguente affermazione della personalizzazione della contesa elettorale; la crisi di rappresentatività del personale politico parlamentare a causa della complessità delle società civili e politiche, della trasformazione delle tradizionali fratture e dell'apparizione di nuove domande; l'incapacità dei partiti di articolare e ridurre la domanda politica in favore di individui e gruppi; il ruolo privilegiato di rappresentanza delle domande proveniente dalla società civile e di collocazione delle rappresentanze assunto dagli esecutivi; la presenza di altri soggetti, non legittimati dal consenso elettorale, che esprimono una funzione di rappresentanza e di

¹⁷ E. CATELANI, *Ruolo delle costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un'introduzione*, cit., 2.

¹⁸ L. FROSINA, *Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata*, Nomos - Le attualità nel diritto, 3/2017, 2.

¹⁹ A proposito degli ultimi eventi in materia di Brexit e rapporti con l'Unione europea si rinvia a G. CARVALE, *Deal is done! Il prezzo della sovranità e le sfide per il futuro post Brexit*, in Nomos - Le attualità nel diritto, 3/2020.

²⁰ E. CATELANI, *Ruolo delle costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un'introduzione*, cit., 1-2.

²¹ T. GROPPi, *Multiculturalismo 4.0*, cit., p. 2 e ss.

contrappeso; lo svuotamento di competenze delle istituzioni statuali centrali, causato dai processi di devoluzione verso l'alto e verso il basso, che fungono da moltiplicatore dei fenomeni appena citati, rafforzando ulteriormente il ruolo degli esecutivi, che acquisiscono anche la possibilità di partecipare a decisioni da cui sono sostanzialmente esclusi gli organi legislativi. Da questo quadro derivano evidenti pericoli per gli ordinamenti che si definiscono democratici, che si sostanziano: nella diminuzione dell'incidenza sul piano nazionale senza che vi sia un'individuazione sicura di un'alternativa dove i singoli cittadini come *demos* possano esprimere in maniera costante ed attiva la propria volontà elettiva e deliberativa; nel crescente peso cremastico in politica, per cui l'attività nel settore dell'allocazione autoritativa delle risorse corrisponde sempre più ai rapporti di potere di fatto, con la conseguente delegittimazione dei fondamenti ideali del sistema; nella mancanza di partecipazione partitica e nella riduzione delle formazioni partitiche a mere macchine di potere ed elettorali; nell'influenza dei mezzi di comunicazione di massa di tipo individualistico sul processo di decisione del *demos*.²² Il contesto globale è, infatti, caratterizzato dalla crescente permeabilità dello Stato agli agenti globali, che agiscono nella sfera finanziaria e comunicativa. Ciò ha determinato due grandi crisi del costituzionalismo nel XXI secolo che danno luogo a altrettanti processi di involuzione democratica: uno "esterno" ai processi politici statali, attraverso l'imposizione di condizioni economiche che limitano la capacità d'azione dello Stato; l'altro "interno", che riguarda il nucleo stesso dei processi politici statali, ossia i processi elettorali e il dibattito pubblico in generale, influenzato dai mezzi di comunicazione di massa, e in particolar modo delle grandi piattaforme che gestiscono i *social network*.²³

A fare da sfondo a quanto detto è appunto il fenomeno della globalizzazione, ossia "l'espansione e l'intensificazione delle relazioni e della coscienza sociali nel tempo e nello spazio del mondo intero". Questi processi sono stati agevolati, e lo sono tutt'oggi, per un verso, dallo sviluppo e dalla diffusione delle tecniche di comunicazione e, per altro, dall'affermazione di strutture nazionali e sovranazionali aperte e permeabili agli scambi, soprattutto, ma non solo, di carattere commerciale e finanziario. In tale processo possono vedersi aspetti rischiosi per gli attuali assetti istituzionali o, al contrario, opportunità di sviluppo per le società contemporanee. Viene alla luce, quindi, un contesto caratterizzato da un elevato livello di complessità, nel quale appare problematica, in particolare, la collocazione della categoria della sovranità.

L'intera storia della sovranità, infatti, è stata un processo di assolutizzazione di un potere giuridico in grado d'imporsi come esclusivo su un determinato territorio ma la globalizzazione ha messo in discussione la spazialità del diritto e, con essa, ogni pretesa di esclusività delle istituzioni statali sul territorio di riferimento. In tale prospettiva, si è diffusa la convinzione che tale processo abbia comportato una collocazione del politico al di fuori dello Stato-nazione e ha messo in crisi, con i suoi nuovi "poteri" politici ed economici operanti nella dimensione globale, le istituzioni del costituzionalismo moderno.²⁴ È possibile affermare che l'attuale crisi della

²² F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, 199-200.

²³ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2/2018.

²⁴ A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta online*, 1/2018, 99-100.

sovranità sia allo stesso tempo crisi della Costituzione, nella sua essenza di “forma giuridica del politico”, in quanto si tratta di un fenomeno che va oltre l’erosione della sovranità degli inizi del secolo scorso, come la descriveva Santi Romano, tutta interna allo Stato, ma è molto più complessa perché alle costituzioni sembra sfuggire la materia prima, cioè il “potere”.²⁵ La crisi delle costituzioni, oltre che essere conseguenza di una più ampia crisi della sovranità, ha origine anche da due fattori esogeni ossia la fine della tutela esclusivamente statale dei diritti – che ha provocato uno sconvolgimento rispetto alla nostra tradizione Otto e Novecentesca – e il parallelo mutamento della tutela all’interno dello Stato, come conseguenza del cambiamento della composizione sociale. Viviamo oramai da tempo, e sempre più, in società dai confini porosi, votate alla contaminazione tra esperienze giuridiche, multiculturali e multietniche. Per ordinamenti tradizionalmente chiusi entro una dimensione nazionale, ciò comporta una mutazione della concezione dei diritti, della loro percezione e del loro stesso formarsi. Sul piano costituzionale, in particolare, il modificarsi dei soggetti e della conformazione dei diritti trasforma le condizioni stesse del patto su cui si legittima la costituzione. Non si tratta di fenomeni completamente nuovi ma, al contrario, può rilevarsi come essi ripropongano temi dibattuti – e mai risolti – sin dall’origine del costituzionalismo moderno. Il principio della tutela non esclusivamente statale dei diritti e la necessità di una garanzia a tutti i soggetti che operano entro un dato ordinamento costituzionale, ad esempio, possono essere intesi come la riproposizione del principio universalista che fu all’origine del costituzionalismo di fine ‘700. Tale principio, sacrificato dallo statualismo chiuso ottocentesco, ha attraversato l’intera storia del costituzionalismo – basti pensare alla pace perpetua kantiana o alla *civitas maxima* kelseniana.²⁶

Il “multiculturalismo”, inteso come una declinazione del “pluralismo” e conseguenza della rinuncia a qualsiasi semplificazione artificiale della pluralità e della diversità, rappresenta la vera precondizione e il fondamento dello Stato costituzionale del secondo dopoguerra, che, innestando sul tronco dello Stato liberale di diritto di matrice europea continentale, alcuni elementi del costituzionalismo anglosassone, separa la sfera della costituzione da quella della legge, ovvero la sfera dei diritti della persona umana, dei principi e dei valori condivisi da quella in cui operano le maggioranze politiche, espressione della democrazia elettorale. La sfida alla quale questo nuovo tipo di Stato cerca di rispondere è il mantenimento dell’unità, e con essa della convivenza pacifica, in un contesto del quale non si vuol negare il carattere plurale e in cui il principio di uguaglianza nei diritti si accompagna con il diritto ad essere diversi, nella molteplicità delle sue espressioni – è la stessa sfida alla quale cercano di rispondere i trattati internazionali sui diritti umani.²⁷ Se, dunque, la prospettiva universalistica rimase una costante nella riflessione teorica è anche vero che sul piano più strettamente storico (ma anche diffusamente su quello teorico) l’introversione nazionale ebbe la meglio per gran parte del XX secolo. La torsione

²⁵ V. VANACORE, *La crisi della democrazia rappresentativa fra ordinamento interno e comunitario. In particolare, i partiti politici europei*, cit., 1-2; L’attuale crisi della sovranità è trattata, in prospettiva sincronica e diacronica, in A. BOSIO, S. DELLAVALLE, *Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare*, in *costituzionalismo.it*, 3/2016.

²⁶ G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *federalismi.it*, editoriale -23 dicembre 2015, 2.

²⁷ T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, cit., 2 e ss.

statualista dei diritti, e conseguentemente del costituzionalismo nazionale, ebbe un ruolo determinante nel rendere i diritti dei cittadini non più solo indeterminati diritti umani, ma concreti diritti soggettivi delle persone esigibili entro un contesto culturale e politico definito. Inoltre, il disinteresse per i diritti di chi cittadino non era, poteva essere giustificata sia dall'applicazione rigorosa del principio di autodeterminazione dei popoli, sia perché all'interno degli Stati nazione potevano ritrovarsi principi che definissero lo *status* dello straniero. Questo paradigma generale di regolazione dei diritti è ora in crisi, superato dal corso della storia, che impone la dimensione globale alla riflessione sui diritti sia nella loro dimensione interna che in quella infrastatale.²⁸ Gli Stati costruiti in Europa, infatti, hanno intrinsecamente mantenuto il paradigma ottocentesco dello Stato nazionale su base etnica che oggi si trova a dover fronteggiare il formarsi di “nuove minoranze” e, quindi, di “società multiculturali”, in cui esistono, appunto, gruppi di soggetti dotati di caratteristiche in qualche modo riconducibili a “culture” differenti – che, pur nell'ambiguità e nella variabilità di tale nozione, sembrano principalmente riferibili ad elementi di carattere etnico, religioso e linguistico. Società siffatte, un tempo caratteristiche dei paesi del “nuovo mondo” o di stati federali a base plurinazionale, sono in via di rapida formazione, in Europa, come conseguenza della circolazione delle persone e dei movimenti migratori.²⁹

Il ruolo delle costituzioni appare, quindi, fondamentale per il futuro del costituzionalismo europeo. Occorre, innanzitutto, domandarsi se le costituzioni che, grazie al clima del dopo guerra, hanno declinato l'eredità liberale sotto forma di democrazia rappresentativa, siano pronte ad affrontare la crisi geografica del potere senza avere ancora superato la crisi interna della rappresentanza. È necessario comprendere, quindi, se i testi costituzionali sono in grado di determinare una solida legittimazione per le proprie *elites*, contenendo allo stesso tempo la loro naturale tendenza ad andare oltre i confini costituzionali del potere democratico. In secondo luogo, è imprescindibile capire come i vari poteri che sono chiamati a dare sostanza al valore dell'unità della Nazione possano rispondere a questa fase di spinta nazionalistica, autonomistica, se non secessionista, affermando il valore dell'unità come coesistente all'idea di democrazia.³⁰ La stessa sopravvivenza del costituzionalismo contemporaneo dipende oggi, quindi, dalla capacità delle costituzioni nazionali di assicurare ancora la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri (paradigmi classici del costituzionalismo moderno), oppure, in una diversa prospettiva, dalla possibilità di preservare tali condizioni nella dimensione sovranazionale, in linea con i paradigmi di una “sovranità condivisa” e di una “Costituzione condivisa”. L'affermazione di reti planetarie di relazioni e scambi anche tra sistemi di giustizia costituzionale e Corti nazionali e sovranazionali ha alimentato i modelli ispirati dalla teoria del “costituzionalismo multilivello” e ha ispirato le diverse elaborazioni del costituzionalismo “2globale” o “cosmopolita”.³¹ Questi ultimi modelli, in particolare sembrano affermare che il costituzionalismo occidentale – intendendo in tal modo quello risultante dalla Rivoluzione americana e francese e la loro sintesi

²⁸ G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, cit., 2-3.

²⁹ T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, cit., 2 e ss.

³⁰ E. CATELANI, *Ruolo delle costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un'introduzione*, cit., 2-3.

³¹ A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta online*, 1/2018, 100.

nei processi costituenti europei del secondo dopoguerra – non sia l'unico modello da prendere in considerazione al momento di un suo ripensamento.

Come anticipato, oltreoceano, in America Latina, è incorso una nuova fase del costituzionalismo, che, a differenza del costituzionalismo del vecchio continente in declino, in buona misura come conseguenza del processo di integrazione europea, è un costituzionalismo attivo³² tanto che, a partire dall'approvazione delle Costituzioni di Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) e Bolivia (2009), si parla dell'esistenza di un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.³³ Nella Costituzione colombiana appaiono chiaramente riconoscibili, infatti, anche se ancora imperfettamente, alcuni tratti inediti e differenziati rispetto al costituzionalismo classico, che successivamente saranno presenti anche nei processi costituenti venezuelano, boliviano e ecuadoriano, e che permettono di parlare, senza dubbio, di un nuovo costituzionalismo.³⁴ “In questi ordinamenti costituzionali prevale un assetto istituzionale dello Stato basato su un modello di sviluppo solidale e sostenibile che si caratterizza per tre elementi fondamentali: *buenvivir*, riconoscimento giuridico dei diritti della natura, plurinazionalità. I primi due elementi superano la concezione occidentale antropocentrica e si richiamano alla centralità attribuita alla soggettività della natura rispetto all'essere umano, secondo una cosmovisione rispettosa della tradizione indigena andina, che è ecologicamente rispettosa dei Beni Comuni e dei diritti delle generazioni future”³⁵

La recente normazione costituzionale in America Latina è il risultato di alcuni cambiamenti nel rapporto delle forze che caratterizza ciascuno di questi Paesi, è il risultato di una lotta di classe, in cui sono stati presenti per la prima volta nuovi soggetti e, in particolare, i movimenti sociali e i popoli indigeni, che hanno deciso di agire per instaurare un nuovo ordine politico, economico e sociale, in quanto l'ordine costituzionale vigente, non solo soffocava le loro aspirazioni di uguaglianza e giustizia, ma non li considerava come soggetti.³⁶

Prima di analizzare un po' più nel dettaglio le caratteristiche del NCL, cercando di mettere in luce le motivazioni per cui lo si tratta in tale disamina, appare opportuno fare alcune considerazioni preliminari e succinte sui “costituzionalismi” che lo hanno immediatamente preceduto ossia il “neocostituzionalismo” e il “nuovo costituzionalismo”. Il primo è un orientamento ampiamente diffuso nella dottrina italiana, ma anche spagnola e latinoamericana, i cui assunti principali sono: il riferimento alla dimensione morale ai fini della determinazione del diritto (essendo l'ordinamento dello Stato costituzionale fondato su principi la cui interpretazione presuppone il richiamo ai valori di cui essi sono espressione); l'importanza decisiva, sempre ai fini della determinazione del diritto, riconosciuta alle procedure argomentative dell'interprete; e la rilevanza attribuita all'interpretazione giurisdizionale e al ruolo delle Corti costituzionali e

³² J. M. MARTÍNEZ SIERRA, C. FERRER, *La reforma constitucional en Chile*, in *Jornada sobre orientación y método del Derecho Constitucional*, 2005, 1.

³³ R. GARGARELLA, *Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, 1/2018, 110.

³⁴ C. STORINI, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. XV *Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Nov 2012, Madrid, España, 645.

³⁵ S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 125.

³⁶ A. MOLINA SÁNCHEZ, *Nuevo constitucionalismo en América Latina. Contexto sociopolítico, derechos sociales. Entrevista a Carlos Rivera Lugo*, in *Crítica Jurídica*, 35/2013, 316.

supreme nel far valere i vincoli costituzionali.³⁷ Il neocostituzionalismo propone una nuova concezione dello Stato di diritto, che rifiuta la teoria della supremazia costituzionale su tutte le altre norme giuridiche, in base alla quale lo Stato è responsabile solo del rispetto della legge. È evidente la forte critica allo Stato di diritto e alle sue teorie giuspositiviste, che hanno ridotto le funzioni dello Stato ad essere un semplice guardiano del rispetto della legge, svuotando il vero spirito della nozione di Stato.³⁸ Questa espressione indica, quindi, contemporaneamente: le trasformazioni sistematiche indotte dall'introduzione del sindacato di legittimità costituzionale e dalla progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico; e le analisi, in termini di teoria del diritto, di queste trasformazioni, con particolare riguardo alla connessione tra diritto e morale (e alla duplice legittimazione, democratica e contenutistica, delle decisioni politiche), nonché alla razionalità e oggettività del discorso pratico e alla conseguente revisione della metodologia giuridica, in cui diventano centrali categorie come quelle della ragionevolezza.³⁹

Le posizioni del neocostituzionalismo, in particolare riguardo la centralità della Costituzione e la positivizzazione di un catalogo di diritti, sono state assunte dal “nuovo costituzionalismo” che si focalizza non solo nella dimensione giuridica della Costituzione ma soprattutto nella sua legittimità democratica. Secondo tale filone, dato che il costituzionalismo è il meccanismo con cui i cittadini determinano e limitano il potere pubblico, è imprescindibile che garantisca il fedele trasferimento della volontà del popolo, unico detentore del potere costituente, nel testo costituzionale, che potrà essere modificato solo dal popolo stesso. Il nuovo costituzionalismo ricorda, quindi, l'origine radical-democratica del costituzionalismo giacobino.⁴⁰ Come è noto, durante la Rivoluzione francese, Condorcet, uno dei suoi più illustri protagonisti e vittime, arrivò ad affermare un postulato basilare del potere costituente democratico ossia che un popolo ha sempre il diritto a rivedere, riformare o cambiare la propria Costituzione in quanto una generazione non può sottomettere alle sue leggi le generazioni future.⁴¹ Da ciò deriva che lo Stato costituzionale può essere solo lo Stato governato da una Costituzione direttamente legittimata dalla cittadinanza, il cui contenuto sia coerente con il suo fondamento democratico, pertanto devono essere previsti meccanismi di partecipazione diretta, garantiti i diritti fondamentali, compresi quelli sociali ed economici, e stabilite procedure di controllo della costituzionalità, che possano essere attivate dal corpo elettorale.⁴² Tale centralità del popolo è stata in parte persa nelle rigide Costituzioni europee del secondo dopoguerra. “Non è, quindi, più vero che ciascuna generazione può cambiare la Costituzione e deciderne una nuova ma bisogna tener presente che

³⁷ A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, cit., 105

³⁸ A. R. SOTILLO ANTEZANA, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Ciencia y Cultura, 35/2015, 170

³⁹ M. MASSA, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, fascicolo 2, giugno 2020, 291; Per approfondire vedasi M. CARBONELL (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003 e dello stesso autore *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007

⁴⁰ R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano* in AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, 18.

⁴¹ F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 482, 2014, 121.

⁴² R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., p. 19.

la rigidità costituzionale lega le mani delle generazioni presenti perché esse non amputino le mani delle generazioni future, come accadde con i totalitarismi e gli autoritarismi del XX secolo.”⁴³

Ritornando al NCL, in questa sede appare opportuno partire dalla constatazione che le società latinoamericane non hanno vissuto pienamente lo Stato sociale. Infatti, le Costituzioni fondatrici di quest’area, più vicine al liberalismo conservatore che a quello rivoluzionario, non sono state, nella maggior parte dei casi, il frutto di processi costituenti democratici ma elitari⁴⁴ – si spiega così l’attuale richiamo alle teorie giacobine più radicali riguardo il potere costituente – e hanno promosso solo l’esercizio di alcune libertà e spazi di partecipazione, non preoccupandosi dello sviluppo e del benessere di ampi settori della società. Pertanto, in questi paesi la Costituzione è stata vista come parte integrante della struttura che ha permesso l’esercizio del potere da parte di un’oligarchia favorita dai grandi gruppi economici multinazionali. Il sistema neoliberale prevalente nella regione, in vigore dal ritorno alla democrazia, non è stato in grado di garantire condizioni di uguaglianza tra i diversi gruppi della società, ma piuttosto ha permesso – in molti casi attraverso le istituzioni statali – a piccole élite di avere il controllo dello Stato.⁴⁵ La volontà di rompere con il sistema politico, economico e sociale del passato e la lotta contro le iniquità sono stati gli inneschi – a volte in tono populista – di un profondo cambiamento costituzionale, di cui si trovano chiare tracce nel percorso costituente colombiano, venezuelano, equadoregno e boliviano e nell’attuale processo costituente cileno⁴⁶. In queste esperienze, infatti, il conflitto sociale è stato incanalato in un processo costituente partecipativo che ha permesso al testo costituzionale di essere il mandato diretto del potere costituente e, di conseguenza, il fondamento ultimo della ragione dell’esistenza del potere costituito.⁴⁷ L’obiettivo è stato quello di realizzare un cambiamento modificando le strutture sociali, economiche e giuridiche che non erano state in grado di risolvere i problemi strutturali delle società latinoamericane, come la povertà e l’esclusione di ampi settori della società.⁴⁸ L’attuale fase del costituzionalismo in America Latina, quindi, è caratterizzata, dalla presenza di Assemblee costituenti e da un processo costituente partecipativo – non solo nella sua fase iniziale e finale, attraverso i referendum che approvano l’inizio del processo e la nuova carta fondamentale, ma anche nella stesura del testo – e le Costituzioni che ne sono derivate, sono contraddistinte dalla chiara prevalenza dell’anima politica sulla vocazione giuridica, per cui sono presenti elementi quali la garanzia di un processo partecipativo, la costruzione della legittimità popolare e la tutela del potere costituente popolare.⁴⁹ I testi del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* si pongono l’obiettivo di essere una proiezione del pluralismo sociale – coinvolgendo nella loro stesura, come già detto, tutte le parti della società,

⁴³ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi, 2017, 14-15.

⁴⁴ A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, in *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Suplemento especial VII, 2020, 8 e ss.

⁴⁵ A. R. SOTILLO ANTEZANA, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales...*, cit., 172-173.

⁴⁶ Si consenta al rinvio a R. IANNACCONI, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”: *alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, anticipazioni al n. 1/2021; R. IANNACCONI, *La Convezione Costituente cilena: un’importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, n. 1/2021.

⁴⁷ A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, cit., 8 e ss.

⁴⁸ A. R. SOTILLO ANTEZANA, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales...*, cit., 173.

⁴⁹ A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, cit., 8 e ss.

comprese quelle che la tradizione politica e giuridica aveva precedentemente emarginato – e, in tal modo, l’atto costitutivo diviene un momento di rivendicazione politica, di emersione e infine di protagonismo senza precedenti. Si tratta di un’occasione di salvataggio sociale, prima ancora che un atto giuridico. La necessità prevale sulla teoria e le leggi fondamentali del NCL, invece di essere identificate come un momento di equilibrio o di programmazione verso il futuro, sono percepite, dalla popolazione, come scialuppe di salvataggio. La natura di queste Costituzioni può essere definita rivoluzionaria in quanto rappresentano un’azione decolonizzatrice volta a recuperare, come componente essenziale, la tradizione indigena, contadina e afro-discendente.⁵⁰ Da ciò deriva la dimensione simbolica del processo costituente, caratterizzata dalla differenza tra lo Stato da distruggere e lo Stato da costruire, dalla rottura democratica con il vecchio e dal sostegno della democrazia materiale rispetto a quella formale, e ciò si è riflesso nel linguaggio utilizzato nelle Costituzioni.⁵¹

Una delle novità che differenziano chiaramente queste Costituzioni dalle precedenti è senza dubbio l’istituzione di nuovi meccanismi di giustiziabilità dei diritti e una nuova classificazione dei diritti fondamentali. È stata ampliata e rafforzata la complessa rete di garanzie dei diritti, aumentando, da un lato, gli strumenti per la loro difesa e specificando e sviluppando, dall’altro, il contenuto delle garanzie già esistenti nella Costituzione precedente. In esse, inoltre, non si stabilisce più una gradazione rispetto alla protezione dei diritti e delle libertà.⁵² Viene, infatti, superata la loro tradizionale ripartizione generazionale e proposto un nuovo modello di Stato in cui tutti i diritti riconosciuti nel testo costituzionale sono direttamente applicabili e giustiziabili. In questa prospettiva, tutti i diritti riconosciuti nel testo costituzionale sono diritti fondamentali e il principio di uguaglianza gerarchica dei diritti fondamentali è incorporato nella parte dogmatica di queste Costituzioni. Questa nuova classificazione, in particolare, rende evidente lo spirito garantista del NCL⁵³: tutti i diritti godono di un identico regime di protezione giuridica rafforzata, che si realizza attraverso garanzie normative o astratte, giurisdizionali o concrete e istituzionali.⁵⁴

2. Antonio Baldassarre, Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo, Modena, Mucchi Editore, 2020, pp. 76.

Come lo stesso titolo suggerisce, in “Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo” Antonio Baldassarre illustra le differenze sostanziali esistenti tra il costituzionalismo e altre due teorie del diritto, ossia il giuspositivismo e il giusnaturalismo. Fin dal I capitolo – *il “costituzionalismo” come teoria giuridica dello “Stato*

⁵⁰ A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, cit., 8 e ss.

⁵¹ R. VICIANO, R. MARTÍNEZ, *Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 25-26.

⁵² C. STORINI, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. XV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, Nov 2012, Madrid, España, 645.

⁵³ A. R. SOTILLO ANTEZANA, *La nueva clasificación de los derechos fundamentales...*, cit., 178.

⁵⁴ C. STORINI, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano...*, cit., 645.

costituzionale” –, l’Autore chiarisce il soggetto di questo scritto e le sue caratteristiche sostenendo che per costituzionalismo debba intendersi l’approccio al diritto sorto negli Stati Uniti d’America con la nascita del primo esempio di Costituzione intesa come *lex fundamentalis* e, dunque, della prima forma di Stato costituzionale.

Nel IV capitolo (*L’insuperabile inadeguatezza del positivismo giuridico di fronte allo “Stato costituzionale”*) l’Autore – anche attraverso l’analisi dello scambio epistolare tra Nicola Matteucci e Norberto Bobbio – illustra la distanza del costituzionalismo dal giuspositivismo che risiede nel fatto che il primo ha “rigettato” ogni forma di formalismo giuridico. Si tratta della convinzione per cui, essendo la legge un atto il cui contenuto materiale varia a seconda delle contingenze politiche e sociali, l’unico modo per fornirne una categorizzazione giuridica consiste nel considerare la sua forma, ossia l’*iter* che ha portato alla sua entrata in vigore. Per tale motivo tale teoria ha dotato la legge di un duplice concetto – “materiale” e “formale” – e, in base allo stesso principio, ha distinto le costituzioni in “rigide” e “flessibili”. Questo approccio al diritto è, infatti, sorto in presenza di ordinamenti fondati sul principio della “sovranità della legge” e ha fornito una rappresentazione dell’ordinamento come insieme di norme, depurato da ogni dimensione storico-sociale, ordinate secondo una gerarchia formale dipendente dalla “forza” di ciascun atto normativo. La questione più problematica sorta da questo approccio, a detta dell’Autore, consiste nel fatto che comporta un *regressus ad infinitum* in quanto, se la gerarchia dipende dalla forma degli atti normativi, ciascuno di questi deve supporre una norma a monte che ne prevede l’*iter* formativo.

La distanza dal giusnaturalismo – illustrata nel V capitolo (*Le aporie della ri-moralizzazione del diritto invocata dai neo-giusnaturalisti*) –, invece, consiste nel fatto che, nonostante il costituzionalismo ne erediti alcune categorie giuridiche, se ne distacca nettamente negando qualsiasi forma di trascendenza. Al contrario del giusnaturalismo, che commisura la validità delle norme ad un parametro trascendente coincidente con Dio o trascendentale vale a dire la Ragione, il costituzionalismo la declina in relazione alla pluralità dei valori stabiliti positivamente quali fondamento di legittimità dei poteri statali. I convenuti a Philadelphia, infatti, decisero di riportare i principi nei quali credevano in un atto scritto di diritto positivo, definito Costituzione, perché ritenevano che la propria comunità non possedesse le caratteristiche fondamentali per poter essere retta dal diritto naturale o verosimilmente essere una società culturalmente e religiosamente omogenea e avere un *élite* legittimata ad attribuire ai valori dominanti, attraverso poteri ad essa affidati in via esclusiva, un senso generalmente accettato.

Baldassare illustra teorie complesse, quali il costituzionalismo, il giusnaturalismo e il giuspositivismo, in modo coinciso ed efficace non mancando di fare riferimento ai loro principali teorici: Leibniz, Laband, Kelsen, Bobbio, Zagrebelsky, Nino, solo per citarne alcuni. Per di più, tale ricognizione teorica risulta arricchita da una “bibliografia essenziale” – strumento altamente giovevole per il lettore – suddivisa per capitoli e i cui contenuti vengono illustrati dall’Autore.

I due argomenti appena illustrati, pur essendo i principali, non esauriscono i contenuti del volume, che risulta essere – attraverso l’analisi de *La nascita e lo sviluppo del “costituzionalismo” in America* (cap. II) e de *Il “costituzionalismo” nell’Europa del XIX secolo: una linea di difesa contro l’assolutismo statale e la costituzione come “manifestazione di volontà” dello Stato* (cap. III) – anche un coinciso ma denso scritto sulle molteplici concezioni della “Costituzione” e di conseguenza,

sull'evoluzione delle forme di Stato. Questo secondo livello si apre con l'evidenza del carattere profondamente innovativo della Costituzione nordamericana rispetto alle Carte rivoluzionarie francesi – nient'altro che dichiarazioni di diritti aventi lo scopo di istituire il “sovrano”, coincidente con la Nazione o con il Popolo, la cui volontà, alla quale non ci si poteva opporre, si manifestava attraverso il potere legislativo ordinario. La legge, in quanto espressione della volontà generale, era, quindi, al centro del sistema costituzionale e non vi erano poteri e norme sovraordinati. Al contrario, la concezione istituzionale, a cui si ispirarono i rappresentanti statunitensi, vedeva la sovranità del popolo – non coincidente né con la Nazione né con la rappresentanza parlamentare – manifestarsi nella Costituzione, concepita come un patto stipulato da tutti i cittadini e, quindi, valido solo se approvato attraverso un referendum popolare. Da ciò derivò che il potere legislativo, essendo un potere delegato e sostitutivo di quello del popolo, non poteva disporre in contrasto con i principi sanciti nel testo costituzionale. Successivamente, il modo nordamericano di intendere la Costituzione sarà definito come “costituzionalismo” in quanto la Costituzione era identificata, nella sua essenza, come il *Bill of Rights*, ossia un nucleo sostanziale, formato dai principi sui diritti della persona umana, che racchiudeva il senso complessivo della Costituzione stessa. Tale assetto ha condotto il costituzionalismo statunitense a non proporre un concetto “formale” di Costituzione, né una distinzione tra costituzioni “rigide” e “flessibili”, in quanto se la Costituzione è di per sé legge fondamentale, quindi superiore alle altre leggi. Una costituzione pari alla legge, cioè “flessibile”, quindi, non sarebbe una costituzione in senso proprio. Nel periodo che va dalle rivoluzioni borghesi della fine del '700 fino alla Seconda Guerra Mondiale, è proprio la concezione di Costituzione, e quindi il modo di concepire il diritto, a differenziare profondamente questa esperienza da quella europea: in Nord America il trasferimento della tradizione coloniale della *lex fundamentalis* come *social compact* alla Costituzione positiva ha indotto a vedere in quest'ultima la base normativa sulla quale si fondano tanto i diritti fondamentali quanto i poteri statali; al contrario, in Europa il complessivo ordinamento normativo è stato concepito come basato sulla realtà ontologica dello Stato e, quindi, configurato come il prodotto della sua “volontà” (sovranità). La Costituzione, quindi, per gli americani era ritenuta *higher law* e, dunque, concepita come base di legittimità della legge, mentre per i liberali dell'Europa ottocentesca era equiparata alla legge ordinaria. Tale sostanziale differenza si rifletteva anche nella definizione della forma di Stato e nella concezione stessa di Stato. Nello specifico, quello europeo era uno Stato, definito “legale” o “di diritto”, nel quale le libertà dei singoli potevano essere solo la conseguenza di una sua autolimitazione ed era pensato teologicamente come un “assoluto” e quindi monopolista della violenza legittima e depositario unico dell'autorità. Al contrario, l'unità statale nordamericana non era stata pensata di tipo personalistico (Stato-persona) ma come pluralità di poteri, tra loro separati e sottoposti a reciproci controlli (*checks*) e bilanciamenti (*balances*), che rinviavano la loro unità a livello sociale (*society*) nella produzione di valori condivisi (Costituzione), cui tutti i poteri pubblici (*government*) erano sottoposti, essendo quelli i criteri di validità del loro esercizio. Sul piano teorico-metodologico la differenza tra le due esperienze è stata, per l'appunto, rappresentata da due opposti modi di pensare al diritto, vale a dire il “positivismo giuridico” e il “costituzionalismo”, le cui caratteristiche sono già state brevemente illustrate. In Europa, la rottura del paradigma positivista,

basato nella diade “coazione-obbedienza”, è avvenuta quando, nel secondo dopoguerra, a seguito dell’organizzazione politica e sindacale delle masse, l’equilibrio dei poteri si è spostato a favore dell’organo legislativo – a cui è stata riferita la “sovranità”, ossia il potere di comando supremo della Nazione, lasciando al monarca, e in generale al capo di Stato, una superiorità nei soli termini dell’*auctoritas*, e non della *potestas* – e si è affermata la concezione della “Costituzione come sistema di valori”. Proprio quest’ultima ha prodotto “la riconciliazione delle teorie europee con quelle americane sotto l’egida del costituzionalismo” (p. 29).

L’Autore, da un lato, individua come cartina tornasole della diversità dei due approcci alla Costituzione la differente concezione dei diritti umani – in Europa intesi come “pretese” soggettive contro lo Stato, oltreoceano, invece, come “valori oggettivi” e “pretese soggettive” verso lo Stato –, dall’altro, evidenzia, come ulteriore elemento discriminante, il diverso ruolo dei Tribunali costituzionali. All’interno dell’ordinamento statunitense, infatti, la Corte Suprema Federale, attraverso l’interpretazione delle categorie e dei concetti innovativi contenuti nella *lex fundamentalis*, ha anticipato l’evoluzione che ha caratterizzato le altre giurisprudenze costituzionali occidentali, a lungo rilette in una posizione subalterna rispetto al Legislatore.

Tale argomento è approfondito nell’ultimo capitolo – *Il “costituzionalismo” e la ri-socializzazione del diritto* – in apertura del quale, l’Autore si sofferma sull’importanza che deve essere attribuita all’operazione di collocamento nel piano politico-sociale della formazione delle costituzioni, rilevando come il normativismo, sia nella versione del positivismo giuridico che del giusnaturalismo, non potesse giustificare la Costituzione in tal senso. Tale ruolo è affidato, principalmente, proprio alla giustizia costituzionale. Infatti, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina dei principali Paesi occidentali hanno rilevato come il concetto moderno di Costituzione sia caratterizzato da uno spessore spirituale e culturale che le ha portate a definire i testi costituzionali “sistema di valori”. Da tale visione non scaturisce l’idea che la Costituzione coincide con una morale astratta o soggettiva, che si sovrappone come superstruttura ideale e a cui l’interpretazione della Costituzione positiva deve conformarsi. Comporta, invece, che i valori costituzionali debbano essere considerati, sia nel loro momento istitutivo che nel loro sviluppo storico successivo, come elementi del divenire di una data società.

Baldassarre, dopo aver illustrato la teoria di Herbert Hart secondo cui ciò che fa di una norma una norma giuridica è l’uso sociale della stessa, conclude il volume con un auspicio: “Egli (*riferendosi ad Hart*) ha compiuto il primo passo. Forse è ora di procedere oltre, andando contro le tendenze nichiliste oggi tanto di moda, che considerano il diritto positivo niente più che un accidente, una mera contingenza storica, da irregimentare al di sotto di una morale presuntivamente universale”.

3. Maurizio Fioravanti, Il cerchio e l’ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale, Bari-Roma, Editori Laterza, 2020, pp. 120.

Il volume “Il cerchio e l’ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale” di Maurizio Fioravanti si compone di una raccolta di tre studi: *Lo Stato moderno e lo Stato costituzionale* che tratta della

pluriforme realtà storica dello Stato in Europa e illustra la transizione verso l'odierno Stato costituzionale; *Le Costituzioni democratiche del Novecento* incentrato sull'individuazione dei caratteri del costituzionalismo del Novecento, con un'attenzione specifica al formarsi di un terzo "tipo" storico di Costituzione moderna ossia quella democratica; *La vera storia della prima sentenza della Corte* che, come affermato dallo stesso Autore, contiene il filo rosso dell'intera ricerca, coincidente con il percorso compiuto da società e istituzioni per giungere alla concezione attuale della Costituzione come norma giuridica, e il suo argomento principale, ovvero la sentenza 1/1946 della Corte costituzionale, elemento utilizzato come cartina di tornasole, più volte, nel corso degli altri capitoli.

Il volume, a detta dello stesso Autore, è "un viaggio nel diritto pubblico del Novecento" all'interno del quale vengono soventemente utilizzate figure geometriche – e in modo particolare il cerchio e l'ellisse – per meglio illustrare l'evoluzione dell'assetto statale e del rapporto tra le sue componenti. Nel corso di questo secolo vi è stato il rapido avvento di una diversa concezione dello Stato moderno, non più configurabile con il cerchio – legato all'età degli Stati nazionali, dell'unicità del potere sovrano e dell'uguaglianza solo formale – ma con un'ellisse. Lo stesso Fioravanti, più volte nel corso del volume, mette in evidenza come tale raccolta sia il frutto della sua lunga esperienza didattica, degli interrogativi e delle riflessioni dei suoi studenti ed è proprio a questa categoria che è rivolta. È evidente, in tutto il testo, l'opera di semplificazione di argomenti complessi e la loro riproposizione con termini ed esempi diversi, proprio come se l'Autore si trovasse in aula universitaria intento a far comprendere ad ognuno dei suoi alunni un tema tutt'altro che semplice e lineare ovvero il costituzionalismo, nelle sue molteplici sfaccettature e componenti.

Il primo capitolo si incentra sulla transizione dallo Stato di diritto della tradizione allo Stato costituzionale e, di conseguenza, sull'evoluzione del rapporto tra Costituzione, potere legislativo e potere giudiziario, illustrate facendo ricorso al caso italiano. Questa transizione non è avvenuta come semplice e automatica conseguenza della messa in vigore della Costituzione e, secondo l'Autore, è possibile fissare l'inizio di questa transizione nel 1956, con la prima sentenza della Corte costituzionale. Data la differenza tra Costituzione "formale" e "materiale", quest'ultima, proprio attraverso l'opera dei giudici, è decisiva per le sorti della Costituzione formale. Il ruolo della Corte, infatti, non può ridursi all'emanazione di direttive per il legislatore futuro, ma, allo stesso tempo, non può estendersi fino a coprire lo spazio riservato al legislatore. La posizione assunta dalla Consulta è frutto della cultura costituzionale dell'equilibrio e della moderazione, dominante tra i nostri Costituenti, che, non volendo istaurare una Repubblica di stampo giacobino, aprirono le porte alla parallela tradizione repubblicana di stampo anglo-americano realizzando una mediazione. A questo punto l'Autore utilizza proprio la geometria, e in particolare tre figure, per illustrare l'evoluzione della forma di Stato. In questa sede, appare opportuno, per questioni di sintesi e coerenza grafica, riportare il solo significato di tali immagini, per le quali si rinvia alle pagine 13 e 14 del volume in esame. La prima raffigura la situazione dello Stato di diritto tradizionale in cui è escluso un ruolo della giurisdizione diverso dall'interpretazione delle leggi tramite la Costituzione e quest'ultima è intesa esclusivamente come espressione della volontà generale, così come le norme emanate dal Parlamento. Essendo, quindi,

entrambe originate dallo stesso soggetto, ossia il popolo sovrano, è ridotta notevolmente la loro differenza sostanziale. Nonostante ciò, Fioravanti mette in rilievo che, anche all'interno di una Costituzione così intesa, vi erano articoli contenenti la *loi politique*, in cui era stabilito il patto politico tra monarchia e forze liberali e parlamentari, che rappresentava il nucleo fondamentale, perpetuo e imm modificabile, rivolto ai poteri dello Stato. La figura successiva, al contrario della prima, è “dinamica” ed esprime la transizione dallo Stato di diritto della tradizione allo Stato costituzionale del presente attraverso un ruolo più significativo della giurisprudenza, che si avvia verso un'equiordinazione con la legislazione nell'attuazione dei principi fondamentali. Nella terza figura, infine, la transizione allo Stato costituzionale è conclusa e la Costituzione è considerata norma “suprema”, non più in quanto “legge” o perché proveniente da una “volontà” superiore, ma per la sua intrinseca capacità di rappresentare i principi fondamentali di giustizia caratterizzanti una determinata collettività storica. La Costituzione, così intesa, cessa di essere un centro da cui tutto s'irradia e diventa, piuttosto, un centro verso cui tutto converge. Da quanto appena illustrato, è evidente che lo Stato di diritto è per sua natura conservatore, al contrario, lo Stato costituzionale è aperto all'innovazione, specialmente dal basso e attraverso il ruolo attivo della giurisprudenza.

L'Autore passa poi ad illustrare le caratteristiche dell'ultima forma di Stato nel dettaglio e si sofferma sulla sua evoluzione a partire dal modello costituzionale anglo-americano, che si basa sullo schema del *King in Parliament*, secondo cui il migliore antidoto contro la tirannia consiste in una volontà politica che si esprime come incontro tra tre soggetti ossia *King, Lords and Commoners* e solo con l'incontro delle loro volontà nasce la legge. Invece, quando i poteri sono due ossia un potere statale monarchico e un potere economico e sociale di stampo borghese, temendo entrambi la forza distruttiva dell'altro, il primo tenderà a chiudersi in formule di stampo assolutistico e il secondo gli opporrà la contro-forza del popolo. Lo Stato liberale di diritto del XIX secolo, quindi, non può che essere una situazione provvisoria. In questo periodo, la scienza costituzionalistica ha avuto un duplice ruolo: o si è attestata su una sorta di ideale “punto medio” tra i due estremi “politici”, rafforzando così lo Stato liberale tramite il suo carattere “giuridico” – come fatto da Vittorio Emanuele Orlando e dalla Scuola nazionale di diritto pubblico –; o ha accettato il completo dispiegarsi del principio democratico basato sulla sovranità del popolo ricercando uno Stato di “tipo” nuovo, che sapesse combinare le istituzioni della democrazia rappresentativa con quelle della democrazia diretta – come i giuristi impegnati alla Costituente.

In seguito, l'Autore, avvicinandosi la fine del capitolo, illustra le motivazioni per cui non è possibile rappresentare lo Stato costituzionale novecentesco con la figura del cerchio e spiega il ruolo discriminante, tra questi due tipi di Stato, del principio dell'uguaglianza, della sovranità e del rapporto tra *universitas* e *societas*. A caratterizzare lo Stato costituzionale è, in particolare, il bilanciamento di questi ultimi due elementi ossia, rispettivamente, la tendenza ad associarsi per stabilire le grandi finalità del vivere comune, fissando regole di organizzazione che attribuiscono un posto a ciascuno cittadino nell'impresa comune, e la tendenza, invece, a riconoscere un ruolo primario alle regole di condotta, con la finalità ultima di garantire gli spazi degli individui e la sicurezza della loro esistenza.

Fioravanti conclude sostenendo l'opportunità di sostituire il cerchio con un'altra figura, altrettanto rigorosa, ossia l'ellisse e illustra "i tre *Hauptprobleme* del diritto pubblico del nostro tempo" (p. 40) ossia: la sua impossibilità di esprimersi secondo il tradizionale principio di sovranità; la tensione tra cittadinanza "costituzionale" – intesa come comunanza di diritti civili e sociali, caratterizzati da una vocazione universalistica – e la cittadinanza "nazionale" o in senso politico – ovvero un tipo di appartenenza più intensa, che implica la condivisione del futuro; la necessità di sostituire il cerchio con l'ellisse in quanto non è possibile ripristinare il diritto "naturale" né tantomeno è possibile cancellare completamente la grande esperienza dello Stato moderno nel continente.

Il successivo capitolo è dedicato alle Costituzioni democratiche del Novecento, e si apre con la constatazione che ogni tempo storico ha il proprio modo di garantire i diritti: la Rivoluzione attraverso le Dichiarazioni dei diritti, fondate sul diritto naturale a base individuale; il successivo positivismo del XIX secolo attraverso la "forza di legge". L'Autore si interroga, quindi, sull'esistenza di un terzo "tipo" di fondamento e di garanzia dei diritti, cui si sarebbe giunti nel corso del XX secolo, e ne illustra le caratteristiche. Per la nascita di questo nuovo "tipo" però non è stata sufficiente la semplice messa in vigore delle nuove costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, seguita al crollo dei regimi totalitari nella metà del secolo. L'effettiva "trasformazione costituzionale" è avvenuta quando i poteri pubblici essenziali sono mutati anche in via di fatto, assestandosi in modo diverso da come erano posti in relazione all'inizio della trasformazione medesima. Si ha così una vera e propria nuova forma di Stato, senza che sia intervenuta una rivoluzione. Questo nuovo "tipo" di Costituzione inizierà ad essere teorizzato negli anni '30, dall'interno dei regimi totalitari – come in Italia – e nello svolgersi delle drammatiche vicende della Repubblica di Weimar, coinvolge anche la Costituzione democratica spagnola di stampo radicale (9 dicembre 1931) e la Costituzione francese della Seconda Repubblica (4 novembre 1848) e si conclude con la Costituzione spagnola del 1978. Si sviluppa, al culmine dell'età degli Stati nazionali sovrani, lungo un percorso che muove da Weimar a Madrid, una cultura costituzionale europea caratterizzata dal concetto di "Repubblica" antifascista e strettamente legata alla tutela dei diritti fondamentali, intesi come diritti inviolabili e alla dimensione dell'uguaglianza come riferimento costituzionale di una serie di politiche sociali. L'Autore analizzerà alcune di queste esperienze in conclusione del capitolo, illustrandone differenze e punti in comune al fine di delineare i caratteri del terzo tipo di costituzioni e, di conseguenza, del tipo di Stato corrispondente. Tra questi vi sono l'inclusione della "questione sociale" nel perimetro della Costituzione e l'invulnerabilità dei diritti fondamentali. Il terzo carattere primario del modello democratico attiene all'organizzazione del potere: si ha sviluppo democratico, non solo quando un legislatore riesce ad emanare leggi in cui si riconosce il popolo sovrano, ma anche quando un giudice rileva l'incostituzionalità di una norma e dispone che essa venga rimossa dall'ordinamento. Anche nel corso di questo capitolo, infatti, l'Autore non manca di sottolineare la tensione, caratteristica del modello democratico, tra la democrazia rappresentativa e quella diretta e di illustrare il mutamento e la centralità del ruolo dei giudici e del loro rapporto con la Costituzione – evidenziando quanto il mutamento del ruolo e del significato della giurisprudenza sia stato un profondo mutamento costituzionale e quanto questo

abbia avuto il suo epicentro nel concetto di Repubblica. Inoltre, si sofferma su altri due caratteri delle Costituzioni democratiche vale a dire la “lunghezza” e la “rigidità”: la prima è fortemente collegata alle nuove ambizioni in ambito sociale e, di conseguenza, si tratta di testi rigidi, sia in senso sostanziale, in quanto costruiti attorno ad un nucleo centrale immodificabile, che in senso formale, per la presenza di un procedimento di revisione costituzionale aggravato rispetto al procedimento di legislazione ordinaria. Fioravanti passa poi a spiegare il concetto di “Costituzione” e il suo carattere ancipite, ha cioè un doppio significato: può essere sia descrittivo di un ordine normativo già esistente, sia prescrittivo, in quanto contenente un’azione tendente a ordinare un insieme di principi o di relazioni secondo un certo indirizzo fondamentale. Anche l’ordinamento, che sostituisce lo “Stato-persona”, ha questa caratteristica e può essere definito sia come storicamente dato che come azione ordinante e da ciò deriva l’esistenza di un pensiero ordinamentale conservatore e di uno rivoluzionario. L’Autore illustra come, dato il loro duplice significato, i due concetti siano strutturati in modo tale da accogliere la maggiore prestazione dell’ellisse. Il carattere ancipite di un concetto, infatti, esclude soluzioni radicali e propende per una posizione mediana e in ragione dell’ellisse, nella storia costituzionale europea nella seconda metà del ‘900 e nei primi lustri del secolo successivo, è presente la dimensione del mutamento, che non si declina, però, in un’azione costituente radicale.

Fioravanti evidenzia, nel corso di questo capitolo, come alla base della Repubblica vi sia un insieme di norme che trascendono gli stessi principi fondamentali presenti in Costituzione e che riguardano, non solo la dimensione sovranazionale, ma anche il costituzionalismo globale. Si tratta di quello che definisce “il costituzionalismo più puro” (p. 53) a cui si accede in quanto persone. Rileva, però, come oggi riemergano le differenze – connaturate con l’intero sistema dei diritti – e la dualità concettuale *universitas-societas*, precedentemente illustrata, che rendono le democrazie lontane dal proporre una linea di sviluppo verso il costituzionalismo globale e la piena titolarità universale dei diritti.

Come già detto, l’ultimo capito riprende e approfondisce un episodio trattato nei capitoli precedenti ossia la prima sentenza della Corte Costituzionale, del 1956 – in occasione della quale Piero Calamandrei significativamente disse “La Costituzione s’è mossa”. La “questione costituzionale” consisteva nel fatto che era attribuito un eguale valore alle leggi o ai Codici, sia che appartenessero all’età liberale, al regime fascista o alla Repubblica, in quanto, si riconducevano tutti alla forza del soggetto che le aveva emanate, ossia lo Stato-persona caratterizzato dai principi di sovranità e di continuità. In Italia, quindi, non è esistita una vera e propria *forza normativa* della Costituzione fino, appunto, al 1956 quando il pretore di Prato raffigurò la situazione processuale che aveva di fronte nei termini di una possibile incostituzionalità – consistente nel contrasto tra l’art. 21 della Costituzione e l’art. 113 del Testo unico di Sicurezza Pubblica, in materia di autorizzazione ad effettuare manifestazioni pubbliche. In questa occasione, inoltre, per la prima volta, si sospese un processo penale per una questione di costituzionalità verificandosi un’ipotesi del tutto inedita ovvero il controllo incidentale. Secondo Fioravanti la sentenza 1/1956, insieme alla nascita di un sentimento popolare per la Costituzione, rappresenta il vero avvio del sistema costituzionale italiano e una svolta decisiva verso lo Stato costituzionale vale a dire la pretesa della Costituzione di essere nei fatti la vera tutrice dei diritti e

di essere applicata concretamente alle relazioni tra individui. In fondo, era questo l'esito diverso tra le due rivoluzioni americana e francese. La cultura sottostante alla prima, per lo meno a partire dal caso *Marbury vs. Madison*, considerava la Costituzione una norma giuridica capace di essere applicata al caso concreto, con la conseguenza di poter provocare, eventualmente, l'incostituzionalità delle norme legislative, al contrario della seconda, secondo la quale la Costituzione era *loi politique* e rivolta ai poteri pubblici e non ai cittadini.

Attraverso tale evento l'Autore tratta, quindi, di una problematica comune agli Stati costituzionali e democratici europei vale a dire l'applicazione concreta dei principi contenuti nella Costituzione e l'affermarsi della sua superiorità rispetto alla legge ordinaria, risolta grazie all'intervento dei Tribunali costituzionali che hanno permesso quella che Baldassarre, nel volume precedentemente analizzato in questa Rassegna critica, ha definito "la riconciliazione delle teorie europee con quelle americane sotto l'egida del costituzionalismo".⁵⁵

L'Autore, coerentemente con l'intera impostazione del testo, chiude il capitolo e quindi il volume con una riflessione sul cerchio e l'ellisse ricordando come il cerchio sia troppo semplice per raffigurare l'assetto costituzionale odierno, comprensibile solo attraverso una struttura ben più complessa, ossia quella dell'ellisse, caratterizzata da due fuochi dove il primo è rappresenta la *societas* e contiene la prima radice del costituzionalismo, e il secondo l'*universitas*. Fiovanti conclude: "quei due valori si possono e si devono bilanciare, e solo attraverso quel bilanciamento si può coltivare la speranza di salvare per lo meno in parte la Costituzione democratica. Ecco perché l'ellisse, piuttosto che il cerchio" (p. 95).

4. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, pp. 94.

L'ambizione del volume *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, come dichiarato dall'Autore stesso, Maurizio Fioravanti, è la predisposizione degli strumenti necessari per percepire la Costituzione non solo come un particolare tipo di norma giuridica vigente in un determinato paese, ma anche come un testo da leggere e interpretare in quanto riflesso di un assetto materiale di interessi economici e politici in determinati momenti storici. La suddivisione dei capitoli è, infatti, cronologica e scandita dalla forma presa dal momento costituente, ossia: patto tra poteri per il governo del territorio (cap. I); atto volto ad esprimere i contenuti di una rivoluzione (cap. II); norma fondamentale di uno Stato nazionale sovrano (cap. III); e, infine, in seguito alle trasformazioni del Novecento, norma fondamentale d'indirizzo per la costruzione della democrazia (cap. IV). Come appare evidente dal titolo, il volume si incentra sull'analisi del contenuto di alcune Costituzioni e Atti fondamentali e del momento storico in cui sono stati redatti, volta ad individuare quelli che l'Autore definisce i "tipi" di Costituzione e le loro caratteristiche precipue. Le parti essenziali dei testi analizzati, inoltre, sono riportate alla fine di

⁵⁵ A. BALDASSARRE, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale. Una teoria alternativa al positivismo giuridico e al giusnaturalismo*, Mucchi, 2020, p. 29.

ogni capitolo e completati da una “Cronologia”, posta in calce al volume, strumenti che si rilevano molto utili per il lettore.

Per quanto non particolarmente esteso, *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi* è un compendio di nozioni, informazioni, suggestioni e spunti di riflessioni e proprio per questo è possibile individuare molteplici fili rossi che lo percorrono, solo per citarne alcuni: la trasformazione del principio di sovranità, l'evoluzione del rapporto tra diritti particolari e diritto generale, il perfezionamento dei diritti fondamentali e della loro tutela. Allo scopo di mettere in rilievo elementi diversi da quelli trattati precedentemente e, allo stesso tempo, di evitare di risultare eccessivamente descrittivi, si è deciso di concentrare questa analisi sulla constatazione che all'interno di un determinato “tipo” di Costituzione sia possibile rinvenire alcuni elementi che anticipano quello successivo, nonostante l'appartenenza dei vari testi a secoli e a situazioni diverse. Al fine di effettuare una ricostruzione in tal senso, è apparso opportuno riportare anche le più significative definizioni di Costituzione in esso fornite.

Il primo capitolo è dedicato alla prima età moderna e ai contratti di signoria o dominazione⁵⁶, in particolare alla Magna Carta, di cui si analizzano dettagliatamente gli elementi innovativi e il ruolo di *collection of rights*⁵⁷ e di *statment of law*⁵⁸. L'Autore sostiene che il “patto territoriale” è il “primo tipo” di Costituzione in quanto il vincolo che genera tra i soggetti che operano sul territorio è di natura ultracontrattuale, ovvero di natura politica, e implica una duplice scelta: dei beni e dei principi considerati supremi e inviolabili, e delle decisioni che, in virtù della loro particolare rilevanza materiale per la vita del territorio, sono sottoposte ad una particolare procedura. Dunque, l'affermazione della legge del paese come *higher law* – e l'origine della idea stessa di una Costituzione che è fonte e sede di un diritto di qualità superiore – è effettivamente collocabile nei secoli del tardo Medioevo e della prima età moderna. In definitiva, è possibile affermare che i contratti di dominazione si collocano alle origini della traiettoria lunga – quella che parte dal XII secolo e non dalla Rivoluzione – del costituzionalismo moderno, in quanto portano in sé uno degli elementi decisivi del costituzionalismo, ovvero la tendenza a individuare il nucleo fondamentale composto dai principi supremi, costitutivi dell'identità di una determinata forma politica ovvero sia di un dato assetto costituzionale. In chiusura del capitolo, viene analizzato l'Atto di abiura di Filippo II – re di Spagna e in quanto tale regnante anche sui Paesi Bassi – pronunciato contro il sovrano da parte degli Stati generali delle Sette province unite nel 1581. Con questo testo si compie un passo significativo verso un nuovo “tipo” di Costituzione in quanto appare la possibilità che i problemi propriamente costituzionali, vale a dire la tutela dei

⁵⁶ Venuti alla ribalta in diversi territori europei e aventi caratteristiche in comune, quali un complesso di poteri capaci di esprimere sovranità sul territorio, mediante il compimento degli atti tipici dell'*imperium*: imporre tributi, chiamare alle armi per la difesa del territorio e amministrare la giustizia

⁵⁷ L'A., oltre a riportare alla tesi “continuista”, che vorrebbe i moderni diritti individuali radicati nel mondo medievale, afferma che è possibile parlare di “identità tramandata” della Magna Carta indicandola come primo anello di una catena che nei secoli ha affermato, sviluppato e sempre più perfezionato i diritti fondamentali.

⁵⁸ Un'altra dimensione del testo del 1215 è quella di atto politico, per cui la Magna Carta non è solo una dichiarazione di diritti, ma anche un ordinamento di regole che nel loro insieme esprimono il governo del territorio. È proprio questo a renderla la genesi di una Costituzione

diritti e il riconoscimento delle autonomie, non siano necessariamente posti all'interno della configurazione istituzionale monarchica. La rappresentazione medievale del sovrano come pastore – presente ancora nella Magna Carta nonostante i suoi evidenti elementi innovati (come *l'habeas corpus* e il *trial by jury*, ossia rimedi storicamente sorti contro l'arbitraria restrizione della libertà personale, avvenuta senza “un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese”) – viene ribaltata. Il monarca, infatti, esiste esclusivamente in funzione della comunità e a tutela dei suoi privilegi, dei suoi antichi diritti e libertà e se manca nell'adempimento di questi doveri non è più un sovrano ma un tiranno, per cui non vi è più alcuna forma di obbligazione politica nei suoi confronti. Non si è molto lontani del moderno potere costituente che, nel testo del 1581, è espresso mediante il diritto della comunità politica di “scegliere un nuovo principe e capo che la difenda”, per cui è plausibile che comprenda anche la possibilità della repubblica. Con l'Atto di abiura di Filippo II si apre, dunque, una nuova stagione e prevale una nuova lettura dello Stato moderno, che lo concepisce come una “persona” sovrana, destinata ad occupare tutto lo spazio e a negare i diritti particolari. Tale dominio, che nella storia costituzionale europea è prima lo Stato assoluto e successivamente lo Stato di diritto, che scaturisce dalla Rivoluzione, riflette una concezione monistica dello Stato moderno, opposta al dualismo che contrassegnava la concezione precedente, presente nella Magna Carta.

Il successivo capitolo – dedicato alle Costituzioni delle rivoluzioni americana e francese – si apre con un'altra definizione di Costituzione incentrata sul suo carattere ancipite. Il termine Costituzione indica, infatti, sia l'azione che conduce a un determinato esito programmato che la struttura interna di qualcosa che già esiste. C'è Costituzione, quindi, quando c'è “rivoluzione” e dunque esiste il bisogno primario di una norma fondamentale superiore alla legalità ordinaria, capace di rappresentare il senso di quel mutamento e l'identità del nuovo che sta nascendo; ma c'è Costituzione, anche in direzione opposta, quando c'è “Stato”, ovvero stabilità e istituzionalità del potere pubblico, dotato di piena legittimazione. Dal primo punto di vista sono in primo piano i principi costituzionali, scelti ed espressi dal potere costituente nella Costituzione e che devono essere concretizzati attraverso la sua attuazione; mentre dal secondo punto di vista assumono rilievo le regole costituzionali che disciplinano i poteri e il loro rapporto. Appaiono evidenti due significati primari del termine Costituzione: associata a rivoluzione, è progetto o indirizzo, vale a dire che contiene il disegno di una “società giusta”; invece, associata a Stato, è in primo luogo ordinamento, e nel corso del XIX secolo diviene disciplina dei poteri dello Stato, della loro attività e dei loro limiti. Il “tipo” di Costituzione trattato in questo capitolo è quello che porta con sé il primo dei due significati, quello relativo alla dimensione del fare. Si tratta delle Costituzioni come atto⁵⁹, necessarie per riflettere ed esprimere un radicale mutamento di regime. Anche in questo capitolo, è evidente il legame tra i vari “tipi” di Costituzione: la Dichiarazione americana di indipendenza del 1776 non è così differente dall'Atto di abiura di Filippo II del 1581 in quanto in entrambi i casi si trattava di atti volti a legittimare un'azione grave consistente nel dissolvere

⁵⁹ Come già detto, si tratta dei testi derivanti dalle rivoluzioni americana e francese. In particolare, l'Autore analizza: la Dichiarazione americana di indipendenza del 1776 e le coeve Dichiarazioni dei diritti contenute nelle Costituzioni di Virginia e Pennsylvania e le Dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e del 1793.

L'obbligazione verso il sovrano ed entrambi i testi erano costruiti come se fossero sentenze. Fioravanti, inoltre, a proposito dei testi della rivoluzione americana, afferma “nonostante i tempi nuovi [...], il legame con la tradizione, e in particolare quella britannica, non si dissolve mai del tutto. [...] Vi era nella Rivoluzione americana un robusto filone di pensiero – e questo era l'aspetto più decisivo e caratterizzante – che riprendeva il concetto della *higher law* o anche della *law of the land* ritrovandolo nel passato medievale inglese” (p. 45).

Le due rivoluzioni – molto diverse tra loro, in particolare per le motivazioni alla loro base e per il loro esito, sia storico che costituzionale – hanno un elemento fondamentale in comune: la volontà di svincolare i diritti dal titolo su cui erano stati fondati fino a quel momento, ossia la nascita, e collocarli in una zona anteriore, antecedente alla legge dello Stato. La base in comune è, quindi, la cultura rivoluzionaria dei diritti dell'uomo e la loro affermazione, ma le differenze risiedono nella loro concreta tutela. Negli Stati Uniti si afferma la supremazia della Costituzione come norma giuridica, che interessa direttamente il giudice nella soluzione del caso concreto per cui i diritti sono garantiti quando il giudice è sicuro di risolvere il caso in conformità ai principi costituzionali. Nel modello forgiato dalla Rivoluzione, invece, la legge “come espressione della volontà generale” (art. 6), non solo disciplina un caso o un rapporto, ma è intesa anche come la forma migliore di garanzia dei diritti. Ne deriva la riserva di legge in materia di diritti, per impedire che questi siano disciplinati con un semplice atto del potere esecutivo, allora monarchico.

Nel capitolo successivo l'Autore analizza il terzo “tipo”, che definisce “Costituzioni come norma dello Stato”, e i testi costituzionali che ne fanno parte⁶⁰, caratterizzati dal fatto che si occupano primariamente della costruzione, ma soprattutto della stabilità, delle forme di governo e dell'organizzazione dello Stato. Il legame esistente tra questi testi costituzionali e quelli relativi all'età rivoluzionaria consiste nell'elemento della centralità dello Stato per cui la Costituzione esiste per regolare e disciplinare l'attività degli organi statali, per attribuire ad essi la titolarità e l'esercizio dei poteri di sovranità, per definire le loro relazioni – e dunque la “forma di governo” – e i limiti all'esercizio dei quei poteri, che consentono di individuare spazi liberi, che sono quelli entro cui si esercitano i diritti degli individui. È proprio quest'ultimo aspetto a separare nettamente i due “tipi” di Costituzione: nell'età delle rivoluzioni l'elemento centrale erano i diritti, che rappresentavano i principi costitutivi della forma politica, sorta per proteggerli al meglio; al contrario, nel XIX secolo, centrale era lo Stato, che non era sorto a tutela dei diritti naturali degli individui ma per rappresentare la nazione e in nome di questa imponeva la forza della sua legge a tutti i soggetti politici. Fioravanti illustra, poi, le caratteristiche comuni di questi testi – ossia la forza di legge, una forma di governo dualistica, i diritti intesi come presunzioni che giungono ad esistenza giuridica solo attraverso una apposita norma e l'assenza di un nucleo di principi a cui conseguono procedure abbastanza leggere di revisione costituzionale – e sottolinea come il carattere comune per eccellenza dello Stato di diritto, che coinvolge anche l'Inghilterra e il costituzionalismo radicale di Cadice, sia la predominanza del parlamento.

⁶⁰ Si tratta delle Costituzioni del XIX secolo e Fioravanti si sofferma, in particolare, sulla Costituzione del Secondo Reich, sulle Leggi Costituzionali della III Repubblica francese, sullo Statuto Albertino e sulla Costituzione di Cadice.

Così come le Costituzioni appena trattate, anche quelle del Novecento, sommariamente analizzate nel quarto e ultimo capitolo del volume, sono legate all'età delle rivoluzioni – e in particolare alla Rivoluzione francese, nel suo lato più politico e radicale – dalla loro vocazione sociale. Una delle più grandi differenze tra le due rivoluzioni di fine Settecento è la diversa percezione della realtà sociale: tra le cause della Rivoluzione americana non vi era stata una vera e propria questione sociale, al contrario, nel caso della Francia non si può dimenticare la presenza di circa quattro milioni di cittadini che vivevano in condizioni di mendicizia e indigenza. Infatti, mentre la Dichiarazione del 1789, al pari delle dichiarazioni americane, è rigorosamente individualistica, per cui il conflitto sociale è ridotto alla semplice interferenza nell'esercizio dei diritti individuali, nella Dichiarazione del 1793 la questione sociale fa il suo ingresso nella Costituzione. Tale legame è illustrato dall'Autore attraverso, la prima Costituzione che rappresenta la grande trasformazione del Novecento, ossia quella di Weimar. Nel suo Capo V, dedicato alla vita economica, veniva riaffermato il valore dell'iniziativa economica dei privati, collocandolo però in un progetto di società all'interno della quale quel valore non è più assoluto, ma accompagnato da altri valori che erano destinati a prevalere in quanto principi fondanti, confinanti verso l'alto con principi di prevalente contenuto etico, come la dignità dell'uomo. Basti pensare al diverso valore della libertà personale che da garantita nelle Carte ottocentesche diviene inviolabile nelle successive Costituzioni democratiche del '900. Si ha, quindi, il passaggio dal primato di una fonte del diritto, ossia la legge – derivante dal fatto che in essa si esprimono i valori della volontà generale, del principio democratico, della pubblicità e della trasparenza – al primato della libertà stessa, garantita non tanto perché espressa da quella particolare fonte del diritto, ma in quanto anteriore alla legge stessa. Non si tratta però di una rinascita del diritto naturale in quanto in questo momento, non sono più lo Stato o il singolo isolato, a porsi al centro della costruzione della comunità politica, come nel liberismo del XIX secolo, ma è la società, con la complessa trama delle relazioni tra i singoli e tra essi e le loro associazioni. Muta, dunque, il punto di vista complessivo da statocentrico a sociocentrico. Fioravanti, però, indica la vera “grande trasformazione” di questo periodo nel mutamento dei termini del rapporto tra i due atti fondamentali del diritto pubblico, vale a dire l'atto del legiferare e l'atto del giudicare. Nel progressivo superamento della condizione di subordinazione del secondo atto al primo si esprime il carattere fondamentale delle nuove Costituzioni democratiche del Novecento (il “quarto tipo”), che assegnano alla giurisdizione un ruolo ben più ampio. I giudici, infatti, grazie anche alla grande novità della giustizia costituzionale e delle Corti costituzionali, si pongono direttamente di fronte alla Costituzione, a fianco del legislatore, rispettosi delle sue prerogative, ma anche in rapporto diretto con la Costituzione medesima.

L'intero volume si chiude con il 2° comma dell'art. 3 della Costituzione italiana⁶¹, che rappresenta, nell'ambito storico delle Costituzioni democratiche europee, la prospettiva dei diritti sociali, che sono diritti che concernono beni essenziali della vita, quali la salute, l'istruzione e il

⁶¹ È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese

lavoro. La Costituzione democratica del Novecento, come “tipo” storico di Costituzione, infatti, è il frutto articolato e complesso di una pluralità di tendenze, che in essa si scontrano e si incontrano mediandosi ed è l’ultimo grande tentativo di costruzione collettiva di *un’u*

niversitas – ovvero di un’unità che persegue finalità di ordine collettivo, in cui la politica e il diritto non sono solo regolazione di un determinato sistema di rapporti, ma possano anche dotarsi di significati compiuti, riguardo ai progetti che prendono vita tra i cittadini, secondo le regole che la Repubblica si è data. Fioravanti fa anche un riferimento alla “Dichiarazione dei diritti fondamentali dell’Unione Europea” – avente lo stesso valore giuridico dei Trattati – ponendo l’attenzione sul fatto che, anche tale normativa sopranazionale, non ha potuto allontanarsi da questo aspetto della tradizione europea, che concerne entrambi i lati del costituzionalismo, quello più individuale del “pieno sviluppo della persona” e quello più politico della “partecipazione”.

5. Fulco Lanchester (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa. Atti del Convegno (Roma, 11-12 maggio 2018), Padova, Cedam, 2019, pp. 312.*

Il volume “Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell’Europa”, a cura di Fulco Lanchester, è la raccolta degli interventi dell’omonimo Convegno, organizzato dalla Fondazione Paolo Galizia-Storia e Libertà e dal Master in Istituzioni parlamentari “Mario Galizia” per consulenti d’Assemblea, a Roma, l’11 e il 12 maggio 2018. Gli studiosi, italiani e stranieri, coinvolti sono stati, in ordine di intervento, Eugenio Gaudio, Dieter Grimm, Giuliano Amato, Fulco Lanchester, Maurizio Fioravanti, Giorgio Rebuffa, Marco Benvenuti, Francisco Balaguer Callejón, Paolo Ridola, Dominique Rousseau, Maria Rosaria Ferrarese, Peter Häberle, Augusto Aguilar Calahorra, Laura Frosina, Jörg Luther, Alessandra Di Martino, Juan Francisco Sanchez Barrilao, Massimo Luciani.

Lo scopo del Convegno, e di conseguenza del volume, come messo in evidenza dall’intervento introduttivo di Eugenio Gaudio, è riflettere sui temi del costituzionalismo e dell’integrazione europea in una prospettiva giuridica intertemporale, valutandone la situazione storico-spirituale. In un periodo in cui il riassetto degli assi geopolitici pone drammaticamente la questione dell’adeguatezza delle tradizionali forme istituzionali della convivenza su cui sono costruite le democrazie pluraliste, la riconsiderazione dei differenti significati del costituzionalismo e del percorso dello stesso – dall’ordinamento medioevale, allo Stato moderno e contemporaneo fino ad arrivare alle istituzioni della globalizzazione – diviene strategica e, allo stesso tempo, problematica, anche per il futuro dell’Europa. Le Costituzioni democratiche, infatti, non comportano affatto l’estinzione degli Stati nazionali sovrani, ma li collocano in un quadro più ampio e prende vigore la vocazione storica del costituzionalismo di costruire appartenenze politiche cui affidare anche la garanzia positiva dei diritti (p. XI).

Si tratta di un volume che presenta molteplici aspetti, tutti degni di considerazione, e altrettante ricostruzioni storiche e prospettive future. Ogni Autore, infatti, ha sviluppato il tema in modo differente, ma le diverse generazioni, che Lanchester ha riunito per farle dialogare tra loro, hanno

senz'altro in comune la consapevolezza che tra l'esperienza del passato e l'aspettativa del futuro vi è una sfera temporale decisiva anche per la dimensione costituzionale: quella del presente⁶².

In questa sede, dato lo scopo iniziale che ci si è prefissati e per evidenti ragioni di spazio, è apparso opportuno soffermarsi principalmente sulla visione degli studiosi coinvolti sul futuro del Costituzionalismo e si è cercato di tracciare un percorso interno al volume, riorganizzando l'ordine dei contributi. In particolare, si sottolinea, che gli interventi di Giorgio Rebuffa e Maurizio Fioravanti svolgono, in questo contesto, il ruolo di un'esemplare introduzione all'argomento cardine, ossia il costituzionalismo e lo Stato costituzionale, mentre il contributo di Laura Frosina appare una perfetta connessione tra il macrotema trattato e la specificità del contesto europeo contemporaneo, le problematiche che lo caratterizzano e le sue prospettive, argomenti cardine dei successivi contributi.

L'intervento *Una geografia dei costituzionalismi moderni*, di Giorgio Rebuffa, si incentra sullo sviluppo del costituzionalismo nel continente europeo. L'Autore lo definisce un fenomeno complesso che non risponde ad un processo "unitario" per cui non ha un'evoluzione eguale nei diversi paesi. È caratterizzato dall'affermazione di un sistema costituzionale e dalla sua effettiva configurazione ed è influenzato, e in ultima istanza determinato, dalle relazioni politiche tra *gubernaculum* e *iurisdictio* e da quelle internazionali. In particolare, nell'Europa continentale, il processo di costituzionalizzazione segue strade differenti rispetto a quello inglese. Rebuffa, quindi, mette in evidenza che più che una "storia" del costituzionalismo moderno, sarebbe opportuno farne una "geografia", mostrando come esso vari, si definisca, inventi soluzioni in risposta a specifici problemi politici, sociali ed economici delle diverse realtà nazionali. L'incertezza e le problematiche legate allo Stato costituzionale sono analizzate da Maurizio Fioravanti nel suo intervento, intitolato *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno*. Lo Stato costituzionale, infatti, a differenza della forma di Stato che lo ha preceduto – lo Stato di diritto del XIX secolo – è caratterizzato dal fatto che le norme, che compongono l'ordinamento, si dispongono su punti di equilibrio mai del tutto stabili, anche perché acquisiti attraverso la continua mediazione della giurisprudenza, bilanciando valori e principi costituzionali. Vi è, quindi, una tensione tra il ruolo di intermediazione del legislatore e la tendenza del giudice a superarlo. La problematica che viene in rilievo è l'esistenza di un vero e proprio circuito di attuazione giurisdizionale della Costituzione, all'interno del quale vi è la possibilità che, a giudizio della Corte, un dato principio costituzionale non sia stato ancora attuato in quanto il legislatore ne ha dato una lettura restrittiva. Si arriva, così, ad ammettere che possano esistere due verità a proposito di quel principio costituzionale e, nell'ordinamento dello Stato costituzionale, non vi sono motivi per preferire l'una o l'altra, o per stabilire se ad avere l'ultima parola debba essere il legislatore, in nome del popolo sovrano che rappresenta, o il giudice, in quanto tutore primo di alcuni principi e valori costituzionali. Lo Stato di diritto era una sicurezza interamente calata nel presente, tendenzialmente priva di passato – cui si ricorreva per la sola fondazione dei diritti – e di futuro – visto solo come mero perfezionamento del presente. Lo Stato costituzionale di oggi

⁶² Cfr. M. BENVENUTI, *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Cedam, 2019, 58

è ben diverso: ha un'esistenza immediata difficile e precaria, perché data sulla base delle norme di principio. Per lo stesso motivo, è anche infinitamente più ambizioso, perché aperto al passato e proiettato verso il futuro.

In *La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe* Laura Frosina evidenzia come l'Unione europea stia attraversando una fase particolarmente critica in cui i problemi della Brexit, dei sovranismi e dei populismi, evidenziano non soltanto un sentimento di generale disaffezione verso il progetto europeo, ma possono essere interpretati come il segnale di una sua crisi esistenziale più profonda. La crisi dell'Unione è legata, in primis, alla sua incerta natura giuridica, che non ha trovato una connotazione più identificativa, nonostante gli importanti cambiamenti giuridico-istituzionali introdotti dal Trattato di Lisbona. Nell'ultimo decennio, infatti, non soltanto non si è prodotta l'auspicata evoluzione costituzionale, ma si è registrata un'involuzione costituzionale e democratica che ha interessato tanto l'Unione europea quanto gli Stati membri. La *governance* europea, lungi dall'avvicinarsi a un sistema di *government*, e tantomeno a un modello di governo costituzionale e democratico, ha subito un ulteriore rafforzamento della dimensione intergovernativa e un fenomeno più generale di fuga dal diritto dell'Unione. Queste dinamiche – generate in parte dalla necessità di affrontare situazioni emergenziali legate alla crisi economico-finanziaria, alla crisi migratoria e ai problemi di sicurezza internazionale – hanno comportato un generale indebolimento della democrazia rappresentativa, un ridimensionamento del welfare, nonché con un fenomeno di ricentralizzazione nei rapporti centro/periferia. Il progressivo intensificarsi delle influenze e delle interdipendenze tra il diritto costituzionale degli Stati e quello dell'Unione, che i fenomeni descritti hanno contribuito a realizzare, ha rafforzato la natura ibrida di quest'ultima. Ciò si somma all'annoso problema del deficit democratico, che da sempre ha accompagnato l'evoluzione del processo di integrazione. Il grado di sviluppo raggiunto dal processo di integrazione europea dimostra come l'Europa sia arrivata a un crocevia e debba decidere quale strada percorrere per compiere quel salto di qualità ispirato a parametri autenticamente democratici, necessario non soltanto per progredire ma soprattutto per non implodere.⁶³

A proposito dell'Unione europea Alessandra Di Martino, nel suo contributo *L'identità dell'Europa tra le due guerre mondiali e la resistenza*, riflette sul senso dell'identità europea, intesa sia come coscienza di appartenere a un orizzonte culturale comune sia come progetto politico e sociale condiviso. Di particolare interesse appare il discorso che si è sviluppato nel periodo tra la prima e la seconda guerra mondiale, e culminato poi nella resistenza, in cui l'idea di Europa è stata vista, da molti intellettuali e politici, come un'area in cui ripararsi dagli sconvolgimenti dell'epoca, ma anche dalla quale ripartire per vincere gli enormi ostacoli materiali e le involuzioni spirituali che avevano caratterizzato il conflitto armato e i totalitarismi (p. 230). L'Autrice analizza le visioni di Europa al momento della sua fondazione – rilevando come, pur nella loro diversità, si sforzavano di coniugare la complessità dei processi culturali, con le istanze democratiche e sociali e con la costruzione di una federazione europea – e si sofferma sugli insegnamenti che

⁶³ Cfr. L. FROSINA, *La crisi "esistenziale" dell'Unione europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, cit., 182-183.

possono fornire in un periodo di evidente crisi dell'Europa, dilaniata da pulsioni populiste e sovraniste, restia a favorire politiche sociali e solidali, paralizzata nelle istituzioni da veti incrociati o dominata dagli interessi degli stati più forti. In questa prospettiva, le utopie di un'Europa democratica e sociale, sono ancora capaci di fornire nuove alternative e di rappresentare un vettore di trasformazione politica e sociale (p. 277).

Maria Rosaria Ferrarese in *Il costituzionalismo puntiforme e l'invisibilità dei poteri globali* pone l'attenzione sul rapporto tra costituzionalismo e poteri vecchi e nuovi. L'Autrice parte dalla constatazione che, nel corso del tempo, la logica di distribuzione del potere è cambiata significativamente: per un verso, ha seguito una logica di polverizzazione, all'interno della quale un ruolo significativo è svolto dalle nuove tecnologie informatiche, mentre per un altro, si è notevolmente concentrato in alcune sedi, spesso non pubbliche e specialmente di natura economica (p. 131). Di fronte a tale profonda mutazione del quadro dei poteri, secondo Ferrarese, le costituzioni nazionali esistenti, ridotte ormai a "costituzioni parziali", non possono ipotizzare le difese adeguate, stabilendo limiti o controlimiti al potere. Tale funzione però non può essere assolta neanche da una sorta di costituzione mondiale. Si può parlare, quindi, di un costituzionalismo che include vari "percorsi costituzionali", che stanno al di là della stesura di testi costituzionali e delle pronunce dei giudici costituzionali, di itinerari inconsueti e innovativi, che rispondono ad una *ratio* di tipo costituzionale, anche se con esiti vari e talora controversi. Inoltre, i processi globali comportano un'incessante azione di riscrittura del "catalogo dei diritti", di ridefinizione degli stessi, in un campo di azione attraversato da conflitti e contrasti, che sottopongono ad un'ulteriore tensione il quadro costituzionale. Di fronte a questi rischi, il costituzionalismo dei diritti si pone come l'unico "contropotere", ma non del tutto appropriato per affrontare la sfida costituzionale proveniente dai poteri globali, spesso largamente invisibili agli occhi della pubblica opinione. Così, paradossalmente, mentre le lesioni costituzionali inferte dagli Stati, che sono i poteri più visibili, sono evidenti alla pubblica opinione, quelle inferte da altri poteri, soprattutto privati, vengono poco o affatto considerate e di rado messe sotto accusa (pp. 134 – 135).

Augusto Aguilar Calahorro, nel suo contributo *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in Spagna*, indaga, nei nove anni successivi alla sua entrata in vigore, l'efficacia e le criticità della CDFUE – trattato che ha, indubbiamente, dato un importante impulso alla costituzionalizzazione materiale dell'Unione, nella struttura della "Comunità di Diritto Sovranazionale", ora limitata ad un corpo di diritti e libertà fondamentali. Tale indagine viene realizzata attraverso lo strumento del test di applicabilità della Carta – individuato dalle sentenze Melloni, ÅkerbergFransson, Julián Hernandez e Torralbo Marcos –, che ha la funzione di orientare i poteri pubblici quando applicano il diritto europeo e di individuare se il livello di protezione dei diritti deve essere quello costituzionale o quello europeo. L'Autore mette in evidenza come la stessa Corte di giustizia permette, e adotta, la soluzione di utilizzare la Carta come strumento di interpretazione del diritto derivato, invece che in chiave di canone di validità e gerarchia o efficacia diretta concentrata nel suo valore per i cittadini. Per cui, si verifica un'approssimazione all'applicazione della Carta, costruita sulla cornice dell'efficacia diretta del diritto derivato europeo, che richiede la necessaria avvertenza che fece a sua volta il giudice

Pescatore: “il fenomeno fondamentale è il diritto materiale, anche se i meccanismi processuali hanno solo un carattere strumentale in relazione con la sostanza del diritto. È la differenza, secondo la sistematica tedesca, [...] tra [...] il pensiero nelle categorie del diritto materiale con il pensiero nelle categorie dei rimedi processuali. L’idea è che la funzione del processo giudiziale è consolidare e non condizionare la vigenza del diritto materiale. Dobbiamo stare attenti allora che non si cambi il nostro adagio in un: *Ubiremediumibiis*, ciò che caratterizza l’atteggiamento fondamentale di common law, dal quale apparentemente dall’esistenza di un diritto soggettivo si deduce l’esistenza dell’*action*, e non viceversa”.

Nel contributo, *Constitutionalism: past – present – future*, Dieter Grimm dopo aver individuato le due più importanti fonti di erosione del costituzionalismo, ossia il passaggio dallo Stato liberale al *welfare State* – e quindi la disgregazione dei poteri dello Stato al fine di adempiere ai compiti relazionati a questa nuova forma dei rapporti tra autorità e individuo – e da Stato sovrano a Stato membro – in seguito all’internazionalizzazione della politica e all’emergere di un’autorità pubblica sovranazionale, a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale. Volgendo lo sguardo all’Unione Europea, Grimm ne sottolinea l’ambivalenza – il suo fondamento giuridico è un trattato di diritto internazionale pubblico che però è stato dotato degli effetti di una costituzione, in particolare, in seguito a due sentenze rivoluzionarie della CGCE del 1963 e 1964 – e sostiene che l’intenzione di riconquistare sul piano internazionale ciò che è stato perso dal costituzionalismo nazionale è un’illusione. Individua, quindi, come obiettivo il miglioramento della legittimità del potere pubblico internazionale, sottomettendolo ai diritti fondamentali.

Il contributo di Giuliano Amato, intitolato *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, è il primo dei contributi dedicati, più nello specifico, al ruolo attuale del costituzionalismo. L’Autore si domanda: “si può fare a meno del costituzionalismo? Ma quale costituzionalismo è possibile? E se ne vedono o meno le tracce?” (p. 14). L’Autore ricerca quindi alcuni elementi che possano essere considerati come la base di un “costituzionalismo globale” e li individua nel diritto amministrativo globale – sostanzialmente composto da “materia prima costituzionale” in quanto si basa sull’affermazione di un limite al potere e all’insorgenza di diritti a fronte dei possibili abusi di questo –, nelle dichiarazioni dei diritti e nelle stesse tradizioni costituzionali comuni – alle quali la giurisprudenza si riferisce quando risultano violati i beni essenziali della vita, da esse protetti. Per cui, pur nel disordine di ordini normativi sprovvisti di una comune gerarchia delle fonti, finisce per risultare superiore la norma protettiva del diritto, quale che sia la fonte da cui essa promana. Inoltre, bisogna tenere in considerazione l’opinione di chi vede nei processi di partecipazione alle *policies* forme di legittimazione dei poteri decisionali tutt’altro che primitive, ma, al contrario, più mature e proficue della rappresentanza elettorale stessa. Amato non manca di mettere in evidenza anche i fenomeni contrari a questo tipo di costituzionalismo e, nello specifico, le tendenze centrifughe che, negli ultimi anni, sono cresciute nella comunità internazionale, in particolare l’autoaffermazione degli Stati, anche a scapito delle organizzazioni internazionali di cui sono membri. In questo clima, dunque, una tendenza centripeta volta a rafforzare forme di *governance* comune, sembra altamente improbabile. L’Autore, in conclusione, afferma che la responsabilità del nostro tempo è quella di recuperare il terreno che si sta perdendo in ordine al rispetto della *rule of law*. Pertanto, in particolare, all’interno dell’“arena europea”, prima

di poter paventare l'ipotesi di un costituzionalismo globale, appare necessario cancellare l'ossimoro delle democrazie illiberali.

Fulco Lanchester, in *Il profumo del Costituzionalismo*, dopo aver definito il termine costituzionalismo e le sue differenti origini, evidenzia come i suoi due principali significati – in senso stretto ed in senso lato – possano essere utilizzati per l'implementazione di una strategia di libertà sia negli ordinamenti statuali, sia nell'ambito delle istituzioni della globalizzazione e della integrazione sovranazionale. La realtà degli ultimi 70 anni ha visto la cinghia di trasmissione tra società civile e istituzioni del sistema partitico, considerato indispensabile negli ordinamenti di massa, trasformarsi secondo una dinamica che l'Autore descrive, sinteticamente, come segue: dal bipartitismo imperfetto al bipolarismo imperfetto, dall'ibernazione del circuito partitico parlamentare al bipersonalismo imperfetto ed infine, attualmente, di bipopulismo perfetto. In questa situazione, afferma: “la nostra speranza è nell'Europa” (p. 32) ma, quest'ultima non si trova in condizioni ottimali: nel periodo successivo al crollo del socialismo reale ha perso la propria spinta politica e si è allargata solo economicamente, in un periodo di contrazione per gli ordinamenti già sviluppati. La centrifugazione europea, dalla Brexit a Visegrad per arrivare ai Pigs dell'area meridionale, individua la nostra debolezza, ma soprattutto il pericolo che i più deboli possano soccombere. Per Lanchester, dunque, il rilancio del costituzionalismo costituisce una “carta da giocare” sia all'interno dello Stato nazionale – evidenziando l'importanza dello Stato sociale e della rappresentanza e rafforzando, allo stesso tempo, le istituzioni europee – sia individuando nella *governance* internazionale un tassello ulteriore per l'affermazione del diritto basato su valori. Fondamentale a tal fine è il ruolo della riflessione giuridica.

Nel contributo *Tra spazio di esperienza e orizzonte di aspettativa. Il presente quale sfera temporale decisiva per la dimensione costituzionale*, Marco Benvenuti sostiene, in particolare, la necessità di un’“intellettualizzazione e razionalizzazione” del moto di “progressiva integrazione sovranazionale degli ordinamenti e [di] erosione dei confini nazionali determinati dalla globalizzazione”⁶⁴, alla quale, tra gli altri, sono chiamati i costituzionalisti. Tale esigenza deriva dalle spinte centrifughe prevalenti su quelle centripete, come messo in evidenza da Giuliano Amato, e dal “disincantamento”. Benvenuti si concentra sulla funzione della riflessione giuridica italiana in materia, che ha i meriti di essere meno incline di altre, grazie alla propria matrice storico-critica, a dogmatismi impalpabili e astrattizzanti e, fondando la dimensione giuridica su storia ed esperienza, coglie pienamente la problematica della continuità-contiguità tra testo e contesto.

Peter Häberle nel suo intervento *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, rivolgendosi a chi, come lui, “serve il diritto” sostiene che è fondamentale chiamare per nome i frequenti dolorosi “limiti” di questa scienza. “L'ottimismo scientifico oggi non ha vita facile, malgrado la speciale motivazione insita nel costituzionalismo quale servizio per la pace dell'umanità (il diritto internazionale come “diritto costituzionale dell'umanità”, in esso ha le sue radici il “diritto ai diritti” nel senso di Hannah Arendt). Dobbiamo fare di tutto affinché il costituzionalismo

⁶⁴ Sent. n. 42/2017 della Corte costituzionale

rimanga attraente per gli uomini” (p. 152). L'autore però mette in guardia dal rendere il costituzionalismo un “concetto tutto fare”, avendo anch'esso dei limiti e delle crisi ma conclude che è una scienza della pace, è una parola di speranza e come tale deve essere pronto alla riforma e rimanere responsabile, deve essere progetto che può diventare realtà.

Jörg Luther, in *Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*, sostiene che “la sovranità europea dei popoli non si realizzerà necessariamente e rapidamente in Stati Uniti d'Europa, ma deve compiersi idealmente in un'Unione europea dei popoli. L'avvenire dell'Europa non è né il paradiso, né l'apocalisse, ma un insieme di necessità, realtà e possibilità” (p. 224). Secondo l'Autore, la stabilità politica dell'Unione e quella dei suoi Stati membri sono interdipendenti. La democrazia europea non potrà essere esclusivamente nazionale, né esclusivamente sovranazionale ma deve poter crescere su tutti i livelli, senza abbandonare le acquisizioni dello stato di diritto e della comunità di diritto. Nel contesto delle tendenze di frammentazione globale tuttavia sembra affievolirsi il consenso degli Stati nazionali europei e perfino il patriottismo costituzionale, anche a causa dei nuovi populismi. Al costituzionalista, secondo l'Autore, non resta che avere fiducia nel bagaglio di esperienze del costituzionalismo e cercare un equilibrio tra il (neo-)realismo delle paure e il (neo-) idealismo delle speranze e tra ricerca scientifica e tecnologica, tra diritto e politica costituzionale. Il futuro dell'integrazione europea, inoltre, è e resterà inscindibilmente legato al futuro delle costituzioni europee, ma anche al futuro dell'ordine internazionale (pp. 227-228). Nel contributo di Luther è evidente il forte legame tra dimensione nazionale e sopranazionale e, in particolare, il ruolo delle costituzioni che è trattato approfonditamente negli interventi che si illustrano di seguito.

Juan Francisco Sánchez Barrilao, in *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale*, analizza il conflitto di identità che caratterizza il fenomeno della globalizzazione e la sua problematica proiezione costituzionale sul processo di integrazione europeo. Non si tratta solo di concepire il destino dell'Unione come una mera necessità e una semplice conseguenza, ma di stimolare positivamente il futuro dell'integrazione, concepito come un autentico progetto condiviso (p. 291). A livello statale è opportuno che le Costituzioni, senza pregiudizio della definizione dei loro elementi fondamentali di fronte al diritto europeo, facciano riferimento alla volontà attiva di partecipare all'integrazione europea come fattore di progresso costituzionale interno (ed anche identitario), affinché il patriottismo costituzionale definito a livello statale ed europeo non sia solo compatibile ma anche complementare, ricercando una configurazione costituzionale, sia statale che europea, di diverse identità ed origine, in grado di arricchire il patriottismo costituzionale di fronte ai fondamentalismi. Per quanto riguarda poi la tolleranza, questa categoria si può concepire come il rispetto da parte delle maggioranze delle identità delle minoranze, ma anche come riconoscimento da parte delle minoranze di un minimo comune necessario a partire dal quale rendere effettiva l'integrazione. Oggi pare interessante estenderla al rispetto da parte dell'Unione Europea (e quindi del suo diritto e della Corte di giustizia Ue) delle identità costituzionali degli Stati membri. È poi necessario rafforzare anche la solidarietà, che è un forte strumento di configurazione delle relazioni della comunità e della conseguente identità collettiva (in particolare attraverso la promozione di azioni reciproche di collaborazione ed aiuto). È fondamentale, quindi, configurare un'autentica cittadinanza europea capace di riequilibrare la

perdita di partecipazione politica da parte dei cittadini degli Stati membri, provocata dalla globalizzazione e dall'integrazione, non solo al fine di promuovere un'identità europea che legittimi il patriottismo costituzionale, ma per evitare lo sviluppo e il rafforzamento di identità nazionaliste.⁶⁵ Secondo l'Autore, i costituzionalisti non possono rinunciare ad un'autentica Costituzione europea, che permetta di ripensare e configurare una nuova Unione e che sia in grado di rispondere al conflitto esistente tra le *élite* globalizzate e la maggioranza rinchiusa nella dimensione locale e tra le diverse identità. Questa Costituzione dovrebbe esprimere una nuova identità collettiva plurale e solidale, che sia accettata dagli europei; non dovrebbe essere solo una risposta alla globalizzazione, ma un progetto, fondato su valori condivisi; e dovrebbe essere sentita, vissuta e rispettata dai poteri pubblici, statali e dell'Unione, e dai cittadini.

Paolo Ridola in *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale* illustra come gli scenari di una società globalizzata hanno prodotto la dilatazione su larga scala dei processi di costituzionalizzazione, che tendono ad oltrepassare i confini degli Stati nazione, e la formazione di un patrimonio costituzionale comune costituitosi attraverso fenomeni di recezione, di comunicazione e di integrazione fra culture costituzionali. Tali scenari lasciano intravedere l'insufficienza di un costituzionalismo interamente racchiuso nella tradizionale dimensione territoriale dello Stato nazione in quanto la capacità di intervento, di decisione e di orientamento degli Stati soggiace in misura crescente a condizionamenti derivanti dai poteri economici privati operanti su scala globale, dallo sviluppo tecnologico e dalle interdipendenze internazionali, per cui il legame consolidato della Costituzione con la dimensione dello Stato nazionale è sottoposto a tensioni inedite. Le Costituzioni oggi devono presidiare spazi di decisione e di orientamento riconducibili ad un nucleo indefettibile di sovranità territoriale degli Stati, come condizione per non andare incontro ad una perdita di legittimazione. Allo stesso tempo, devono dare copertura al trasferimento di segmenti di sovranità a sedi di decisione non statuali o sopranazionali. Le Costituzioni, quindi, possono conservare la loro funzione di strumenti essenziali di limitazione del potere, che percorre come un filo rosso la storia del costituzionalismo, solo a condizione che i processi di costituzionalizzazione trascendano i confini degli Stati.⁶⁶ Secondo Ridola è proprio questa la scommessa che le Costituzioni nazionali, e quindi il costituzionalismo, devono vincere per poter sostenere il confronto con gli imponenti blocchi di potere transnazionali, dinanzi ai quali, attualmente, sono sempre più indifese.

Dominique Rousseau nel suo intervento *La constitution a-t-elle un avenir?* evidenzia come, attualmente, rinchiudere la relazione tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale nel dilemma "costituzionalizzazione del diritto internazionale" o "internazionalizzazione del diritto costituzionale" non sia più rilevante in quanto la questione consiste nella necessità di armonizzare il caos globale. Il diritto, quindi, deve iniziare a "pensare globalmente" e non più in termini di "interno" ed "esterno", ma in termini di ordine globale. Alla luce di ciò, dato che la costituzione

⁶⁵ Cfr. J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Tra identità: il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, cit., 290 e ss.

⁶⁶ Cfr. P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, cit., 100 e ss.

è lo strumento dell'ordinamento giuridico del caos, l'ordinamento giuridico globale deve essere realizzato utilizzando il vocabolario costituzionale. Per cui, secondo Rousseau, se esiste un ordine giuridico globale, esiste altresì una costituzione globale o monismo costituzionale. Ed è proprio sulla base di questa idea di costituzione globale, che prende forma il progetto di creare una corte costituzionale internazionale. L'esistenza di un contenuto normativo del diritto costituzionale internazionale presuppone, a sua volta, che i giuristi possano identificare e definire norme internazionali con un contenuto costituzionale e norme costituzionali con una vocazione internazionale. Inoltre, prendendo in considerazione che le norme derivate dal diritto costituzionale toccano almeno tre aree principali ossia i diritti umani, lo stato di diritto e la democrazia, si pone la questione su come questi tre assi si riproducano nel diritto internazionale, dando luogo a un diritto costituzionale internazionale o internazionalizzato. Secondo l'Autore questo costituzionalismo è una risposta al populismo in quanto si concentra sui cittadini, non sul "popolo" e garantisce il divario tra rappresentanti e rappresentati, non la loro fusione. Inoltre questo diritto costituzionale internazionalizzato si costruirebbe attraverso la connessione di reti costituzionali superando così la chiusura identitaria nazionale.

Il contributo di Francisco Balaguer Callejón così come quello di Massimo Luciani sono diametralmente opposti a quelli appena illustrati.

Come suggerito dal titolo del suo intervento, *Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo*, Balaguer Callejón si sofferma sulla permeabilità crescente dello Stato rispetto ai grandi agenti che operano, a livello globale, nell'ambito finanziario ed in quello della comunicazione, che ha determinato nel XXI secolo due grandi crisi del costituzionalismo in relazione alla globalizzazione, che stanno dando luogo a processi di involuzione democratica. Queste si riflettono sulla difficoltà, per il diritto costituzionale, di continuare a svolgere le funzioni che storicamente ad esso corrispondono ed in particolare la gestione dei conflitti sociali mediante l'articolazione del pluralismo e la produzione di accordi politici e formule costituzionali di convivenza basate sul consenso. Si tratta di difficoltà oggettive, che si manifestano, da un lato, nell'incapacità dello Stato di attuare politiche proprie, capaci di garantire i diritti fondamentali in un mondo globalizzato e, d'altro canto, nella configurazione sempre più frammentata e disgregante dello spazio pubblico, nel quale i social network mostrano un crescente protagonismo nella conformazione dell'opinione pubblica, marginalizzando i mezzi di comunicazione tradizionali. Entrambi i fattori convergono e interagiscono tra loro alimentandosi reciprocamente, di modo che la democrazia pluralista appare minacciata dai condizionamenti esterni dovuti alla globalizzazione – che restringono il novero delle possibili decisioni politiche che possono essere assunte nello spazio pubblico nazionale – e dai condizionamenti interni legati ai processi comunicativi condizionati dai social network, i quali rendono arduo un dibattito razionale finalizzato alla costruzione di compromesso politico. Secondo l'Autore la nuova legittimazione del costituzionalismo non è più nelle mani dello Stato e della Costituzione nazionale, ma dipende dal contesto sovranazionale, e cioè dalla capacità dei cittadini di costituzionalizzare l'UE definendo un ambito europeo di decisione politica che possa recuperare l'esercizio delle funzioni costituzionali a livello sovranazionale. Solo l'UE possiede le dimensioni necessarie per fronteggiare la globalizzazione, ampliando il processo di decisione politica

(includendo quelli nazionali) ed è la sola a poter adottare misure idonee a mitigare gli effetti dei messaggi disgreganti che circolano in rete e a controllare l'enorme potere delle piattaforme di gestione dei social network e degli Internet provider. Secondo l'Autore, quindi, l'integrazione sovranazionale europea – configurata in modo pienamente democratico e costituzionale attraverso uno Stato federale europeo – consentirà di recuperare le funzioni della Costituzione e la piena effettività della democrazia pluralista.

Nell'intervento conclusivo *Il futuro dell'Europa. Note a margine*, Massimo Luciani sostiene che il futuro dell'Europa non passa per una nuova fase di costituzionalizzazione in quanto il lemma "Costituzione" non può essere esteso al di là delle sue radici storiche e delle sue possibilità logiche e bisogna considerare che storicamente, nasce con lo Stato e, dunque, con una delimitazione spaziale della sua capacità prescrittiva. Pertanto, la vera questione in campo è quella del popolo, nello specifico quello europeo, e affinché possa costituirsi occorre operare per: costruire una cittadinanza consapevole e informata; creare regole e valori condivisi e istituzioni che li garantiscano; ridurre le differenze sociali che impediscono quella comunione di interessi indispensabile perché un popolo si formi. Il popolo, dunque, è una conquista quotidiana, in quanto ogni giorno e nei confronti di tutti deve dispiegarsi il processo di diffusione dei valori unificanti. Con il popolo, quindi, anche la democrazia diviene una conquista, un processo.⁶⁷

6. Luigi Ferrajoli, *Il costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017, pp. 77.

Nel volume "Il costituzionalismo oltre lo Stato" Luigi Ferrajoli analizza la nascita del paradigma costituzionale del XX secolo, la sua attuale crisi e le possibilità per dargli nuovo vigore.

Il primo capitolo – *Un'eredità del XX secolo: il paradigma costituzionale* – è fondamentale per comprendere la visione dell'Autore sul futuro del costituzionalismo – esposta nel terzo (*Quattro possibili espansioni del paradigma costituzionale*) e nel quarto capitolo (*Il futuro del costituzionalismo. Tre nuove separazioni dei poteri*) e il legame tra dimensione nazionale e sopranazionale che si sviluppa nella seconda metà del '900. Per tale motivo, e per evitare ripetizioni data la precedente analisi di altri volumi, gli sarà dedicata, in questo scritto, un'attenzione maggiore rispetto al capitolo dedicato a *La crisi odierna del costituzionalismo* (cap. II), nel quale l'autore illustra i processi decostituenti in atto e il capovolgimento della gerarchia democratica dei poteri – consistente nel fatto che, a causa della crisi del paradigma costituzionale, i rapporti tra società e rappresentanza politica, quelli tra parlamenti e governi e quelli tra politica ed economia si sono invertiti ponendo i primi in una posizione subalterna rispetto ai secondi.

Il XX secolo è stato un secolo terribile, essendo caratterizzato da totalitarismi e imperialismi, ma, allo stesso tempo, è stato anche il periodo della nascita della democrazia politica e dell'affermarsi, nel senso comune, dei valori della pace, dell'uguaglianza e dei diritti umani sia a livello nazionale che internazionale. Da una parte, infatti, vi è stata la rifondazione della

⁶⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Il futuro dell'Europa. Note a margine* in F. LANCHESTER (a cura di), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, cit., 308-309.

democrazia, nella forma della democrazia costituzionale, attraverso la garanzia dei diritti e della stessa democrazia. Dall'altra, vi è stata la riedificazione del diritto internazionale, grazie alla nascita dell'ONU e alle numerose dichiarazioni e convenzioni internazionali e regionali sui diritti umani. Il XX secolo, quindi, è stato senza dubbio un secolo di ombre ma anche di altrettante luci, di orrori e di conquiste. Queste ultime sono state essenzialmente due ossia la rifondazione del diritto a livello internazionale e della democrazia a livello statale e sono state particolarmente evidenti in Europa con la costruzione, nei Paesi liberati dai totalitarismi, dello Stato costituzionale di diritto quale sistema rigido di principi e diritti fondamentali vincolanti per tutti i pubblici poteri e con l'avvio, dopo secoli di guerre e nazionalismi aggressivi, del processo di integrazione europea. Queste conquiste si sono ottenute attraverso una medesima operazione consistente nella costituzionalizzazione del progetto giuridico della pace e dei diritti umani, inclusi i diritti sociali, che l'Autore definisce "i diritti alla sopravvivenza". L'odierno paradigma della democrazia costituzionale è nato nel quinquennio 1945-1949 allorché furono emanate le nuove carte costituzionali e internazionali. Si è trattato di un mutamento profondo, che ha investito sia la sovranità interna – nella democrazia costituzionale, infatti, non esistono più poteri sovrani assoluti (*legibus solutis*) perché non sottoposti al diritto, e la sovranità appartiene al popolo – che la sovranità esterna degli Stati – venuta meno in seguito alla loro subordinazione al divieto della guerra contenuto nelle carte dell'ONU e ai diritti fondamentali stabiliti nelle tante Carte sovranazionali. Quest'ultimo mutamento ha investito anche il diritto internazionale stesso in quanto, sul piano normativo, la comune soggezione degli Stati a un medesimo diritto lo ha trasformato da sistema pattizio di relazioni bilaterali tra Stati sovrani basato sui rapporti di forza – e perciò destinato a degenerare nelle guerre – in un ordinamento giuridico sopra-ordinato agli Stati. Ritornando alla dimensione "interna" una novità sostanziale è stata la rigidità costituzionale. Le Costituzioni, infatti, vengono sopraordinate alla volontà delle maggioranze e le leggi con esse in contrasto non prevalgono perché successive, ma sono destinate ad essere annullate, dalla giurisdizione costituzionale, in quanto di livello inferiore. Correlativamente è cambiata la natura della democrazia, che non consiste più nel solo potere delle maggioranze, ma altresì nei limiti e nei vincoli ad esso imposti a garanzia dei diritti fondamentali. Alla dimensione formale della democrazia, assicurata dalla rappresentanza politica, si è aggiunta così una dimensione sostanziale, consistente nelle garanzie dei diritti stabiliti costituzionalmente.

Nel secondo capitolo, dedicato alla crisi del paradigma costituzionale appena illustrato, l'Autore mette in rilievo che questa e il, conseguente, declino delle Costituzioni – incluso quell'embrione di Costituzione del mondo, rappresentato dalla Carta dell'ONU e dalle Carte e convenzioni internazionali dei diritti –, sono maturati, non solo in quanto la politica non ha mai accettato interamente la soggezione al diritto e l'economia il governo da parte della politica, ma anche a causa di un vuoto culturale in quanto questa duplice subordinazione non è stata mai teorizzata seriamente e forse neppure adeguatamente compresa dalla filosofia giuridica e politica. L'Autore analizza, quindi, sia la crisi nazionale che sopranazionale, trattando anche la crisi del processo di integrazione europea, a causa di un'"assurda architettura istituzionale" e di "politiche miopi e autolesioniste dei suoi organi di governo" (p. 16).

I successivi due capitoli sono dedicati a rispondere alle domande “è possibile fronteggiare la crisi odierna, cioè rifondare la democrazia, capovolgendo il ribaltamento [...] della gerarchia democratica dei poteri? Una simile prospettiva è un’utopia, sicché dovremmo archiviare l’idea stessa di democrazia come l’illusione di una breve stagione del passato, oppure è un progetto politico che è possibile, anzi necessario realizzare, se si vuole garantire la civile e pacifica convivenza e mettere il genere umano al riparo da catastrofi altrimenti inevitabili?” (pp. 23-24).

Secondo Ferrajoli, il paradigma costituzionale deve essere concepito non solo come una conquista e un lascito del passato, ma anche come un programma per il futuro. Pertanto, in primo luogo, è necessario che i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, tuttora in buona parte ineffettivi, siano garantiti e concretamente soddisfatti mediante adeguate leggi di attuazione. In secondo luogo, il paradigma della democrazia costituzionale deve essere allargato in quattro direzioni: a garanzia di tutti i diritti fondamentali, non solo dei diritti di libertà ma anche dei diritti sociali; nei confronti di tutti i poteri, non solo dei poteri pubblici ma anche di quelli privati; a garanzia non solo dei diritti, ma anche dei beni fondamentali; a tutti i livelli, non solo al livello degli ordinamenti statali ma anche a quello del diritto internazionale. Il futuro del costituzionalismo, e con esso della democrazia, quindi, è affidato a una sua quadruplici articolazione ed evoluzione: verso un costituzionalismo sociale in aggiunta a quello liberale; verso un costituzionalismo di diritto privato in aggiunta a quello di diritto pubblico; verso un costituzionalismo dei beni fondamentali in aggiunta a quello dei diritti fondamentali; verso un costituzionalismo sovranazionale o di diritto internazionale in aggiunta a quello statale. Si tratta di quattro espansioni dettate dalla logica stessa del costituzionalismo in quanto la sua storia è un progressivo allargamento della sfera dei diritti e delle loro garanzie: dai diritti di libertà nelle prime Dichiarazioni e nelle Costituzioni ottocentesche, al diritto di sciopero e ai diritti sociali nelle Costituzioni del secolo scorso, fino ai nuovi diritti alla pace, all’ambiente, all’informazione, all’acqua e all’alimentazione di base. È fondamentale, inoltre, tener presente che si è trattato di una storia sociale e politica, prima che teorica, dato che nessuno di questi diritti è stato calato dall’alto, ma tutti sono stati conquistati da movimenti rivoluzionari: le grandi rivoluzioni liberali americana e francese; i moti ottocenteschi in Europa per gli Statuti; le lotte operaie, femministe, ecologiste e pacifiste del secolo scorso. A detta dell’Autore, la mancata elaborazione teorica dei quattro costituzionalismi, precedentemente prospettati, dipende anche dal condizionamento prodotto da un apparato concettuale, in tema di diritti e di poteri, elaborato dal primo liberalismo e rivelatosi perfettamente funzionale alle convenienze del capitalismo. Di qui la necessità di un aggiornamento teorico del paradigma costituzionale, idoneo a far fronte alla sua crisi odierna, sia all’interno dei nostri ordinamenti che nelle relazioni internazionali.

L’espansione del paradigma costituzionale – illustrata dettagliatamente da Ferrajoli nel terzo capitolo intitolato *Quattro possibili espansioni del paradigma costituzionale* e brevemente illustrata precedentemente – richiede la costruzione di una sfera pubblica europea e, in prospettiva, globale. Infatti, solo la costruzione di una sfera pubblica all’altezza dei poteri sovranazionali – vale a dire la costituzionalizzazione, in breve, della globalizzazione e quanto meno dell’Unione Europea – può restituire alla politica il ruolo di governo dell’economia e della finanza e al diritto quello di garanzia dei diritti sociali e del lavoro. Per di più, come mostrato duramente dalla Crisi economica,

la stessa democrazia costituzionale degli Stati membri può sopravvivere solo se il suo paradigma si affermerà e si svilupperà a livello sovrastatale. Secondo Ferrajoli a mancare non è un programma alternativo alle politiche attuali – presente nelle tante carte costituzionali – ma la volontà di realizzarlo. “Quella volontà, che negli anni del dopoguerra dette vita alla democrazia, allo stato sociale e allo sviluppo economico, fu alimentata dalla passione e dall’energia politica, oggi scomparse, provenienti dalla soggettività politica e dalle lotte delle forze sociali, in primo luogo il movimento operaio, che erano allora organizzate e rappresentate e dai vecchi partiti di massa. La condizione è necessaria, anche se non sufficiente, per riprodurre quella volontà e quell’energia è oggi la restaurazione della gerarchia democratica dei poteri, ribaltata in questi anni dai processi di confusione e concentrazione” (pp. 53-54). Pertanto è indispensabile separare quei poteri, a garanzia del primato dei poteri sociali sui poteri pubblici, dell’autonomia delle funzioni di garanzia dalle funzioni di governo e del ruolo di controllo dei poteri di governo sui poteri economici e finanziari. Nel quarto capitolo – *Il futuro del costituzionalismo. Tre nuove separazioni dei poteri* – l’Autore indica tre separazioni necessarie a tal fine, che indicata come espansioni e aggiornamenti della classica separazione formulata da Montesquieu, con riguardo a un assetto istituzionale enormemente più semplice di quello odierno ossia la separazione tra i (poteri sociali dei) partiti e (quelli pubblici del)lo Stato; quella tra funzioni pubbliche di governo e funzioni pubbliche di garanzia; e, infine, quella tra poteri politici di governo e poteri privati di tipo economico o finanziario.

Nell’ultimo capitolo – *Obiezioni scettiche all’ipotesi di un costituzionalismo globale. Una fallacia pseudo-realistica* – Ferrajoli illustra due ordini di obiezioni scettiche alla prospettiva di un possibile sviluppo dei processi precedentemente trattati e le argomentazioni con le quali superarle.

Secondo un primo ordine di obiezioni teoriche, un costituzionalismo globale, e perfino europeo, sarebbe insostenibile non esistendo un popolo globale omogeneo, e neppure un omogeneo popolo europeo. Dietro questa tesi c’è l’idea, sostenuta esemplarmente da Carl Schmitt, che il fondamento assiologico di una Costituzione sarebbe la coesione sociale e culturale dei soggetti ai quali è destinata, una loro comune volontà, o una loro comune identità politica o culturale o nazionale: in breve, l’esistenza di un demos quale fonte non solo della sua effettività, ma anche della sua legittimità. Secondo l’Autore tale concezione della Costituzione va ribaltata in quanto, entro una teoria della democrazia costituzionale, le Costituzioni vanno concepite, hobbesianamente, come patti di convivenza, tanto più necessari e preziosi quanto più profonde e conflittuali sono le differenze personali e le soggettività politiche che sono chiamati a tutelare, e quanto più vistose e intollerabili sono le disuguaglianze materiali che hanno il compito di rimuovere o ridurre. Esse non servono, quindi, a rappresentare organicamente una immaginaria volontà comune di un popolo, o ad esprimerne omogeneità sociale o identità collettiva perché, se fosse questa la loro finalità, se ne potrebbe tranquillamente fare a meno. Servono, bensì, a garantire i diritti di tutti, anche contro la maggioranza, e perciò ad assicurare la convivenza pacifica tra soggetti e interessi diversi e virtualmente in conflitto. Possono essere definite, quindi, come patti di non aggressione e di mutuo soccorso, la cui ragione sociale è la garanzia della pace e dei diritti vitali di tutti e la loro legittimità, diversamente da quella delle leggi ordinarie, consiste non nel fatto di essere volute da tutti, ma di garantire tutti. Una versione aggiornata di questo

argomento scettico consiste nella tesi che un costituzionalismo oltre lo Stato sarebbe viziato dalla cosiddetta fallacia della “*domestic analogy*”, essendo irrealistica e destinata a all’insuccesso qualunque progettazione dell’ordine internazionale che riproduca le strutture e i presupposti delle odierne democrazie statali. L’ordinamento internazionale difetterebbe, secondo questa tesi, di taluni tratti essenziali alla formazione dello stato di diritto che appartengono soltanto agli ordinamenti statali ossia l’esistenza di un popolo mondiale e di una società civile planetaria, di un’opinione pubblica globale e di partiti sovranazionali. Secondo Ferrajoli, al di là del nesso appena criticato tra popolo nel senso schmittiano, è proprio la pretesa di una perfetta analogia dell’ordinamento internazionale con gli ordinamenti statali che rende questa tesi fallace in quanto riflette l’idea che non esista altro tipo di istituzione politica suscettibile di essere sottoposta a limiti e a vincoli costituzionali che non sia lo Stato nazionale

Le obiezioni di tipo realistico, sostengono l’assoluta improbabilità e inverosimiglianza di un processo di integrazione politica globale e i ritardi e le inadeguatezze delle attuali politiche, statali e internazionali, rendono, effettivamente, improbabile lo sviluppo di un costituzionalismo sovranazionale. Ma non bisogna, a detta dell’Autore, identificare ciò che i poteri economici e politici non vogliono fare con ciò che è impossibile fare. Contro questa fallacia pseudo-realistica, che equivale a una legittimazione teorica dell’esistente, bisogna essere consapevoli del fatto che nelle attuali violazioni e inadempienze delle tante promesse formulate nelle tante Carte costituzionali e internazionali non c’è nulla di inevitabile.

“Una cosa, infatti, è certa. Oggi o si va avanti nel processo costituente europeo e poi globale e si avvia un processo generale di integrazione politica basato sulla garanzia della pace e dei diritti vitali di tutti, oppure si va indietro, ma indietro in modo brutale e radicale. O si perviene all’integrazione costituzionale e all’unificazione politica dell’Europa, magari ad opera di un’Assemblea costituente europea, oppure si produce una disgregazione dell’Unione e un crollo delle nostre economie e delle nostre democrazie, a vantaggio dei tanti populismi che stanno crescendo in tutti i Paesi europei. O si impongono limiti, nell’interesse di tutti, allo sviluppo sregolato e selvaggio del capitalismo globale, oppure si va incontro a un futuro di sicure catastrofi: alle devastazioni ambientali conseguenti a uno sviluppo industriale ecologicamente insostenibile; alla minaccia nucleare in un mondo affollato di armamenti; alla crescita esponenziale della disuguaglianza, della miseria e della fame e allo sviluppo incontrollato della criminalità organizzata e del terrorismo. L’intera storia del diritto moderno è la storia travagliata di un lungo processo di limitazione dei poteri assoluti, tramite vincoli ad essi imposti quali strumenti di tutela e di attuazione dei diritti fondamentali e della pacifica convivenza” (p. 68).

6. Salvatore Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 188.

Il volume “Costituzionalismo meticcio: oltre il colonialismo dei diritti umani” di Salvatore Bonfiglio, come affermato dall’Autore stesso, nasce dall’idea che la storia, la teoria e la protezione dei diritti fondamentali siano particolarmente eloquenti per almeno tre motivi: l’esigenza di

superare la retorica di una generica universalità dei diritti umani, confermata dallo studio delle radici storiche e delle basi filosofiche e giuridiche dei diritti fondamentali; la constatazione che il progressivo riconoscimento dei diritti fondamentali segna tappe tipiche e significative del costituzionalismo moderno e contemporaneo; e, infine, l'esigenza della tutela effettiva dei diritti fondamentali nelle società contemporanee multiculturali. Si tratta di un volume denso e articolato, ricco di riferimenti giuridici ma anche teorici, che mette in evidenza come, nonostante la situazione attuale, la teoria costituzionale non può che rimanere ancorata alle radici storiche del costituzionalismo, anche nella prospettiva di una ricerca interculturale dei diritti fondamentali. Oggigiorno, il costituzionalismo e la “forza” normativa dei suoi principi, infatti, sono sollecitati a confrontarsi sia con le nuove dimensioni che ha assunto il fenomeno del multiculturalismo, sotto la spinta dell'aumento dei flussi migratori, che con i problemi connessi ai processi di globalizzazione economica, di mercificazione e di violazione dei diritti individuali, dei gruppi e delle comunità. Nella complessa realtà internazionale prevalgono, frequentemente, le regole dei principali attori economici che si configurano come “costituzioni” indipendenti e settoriali, in grado di sottrarsi al controllo dei poteri pubblici e dei cittadini, vanificando i principi e i valori del costituzionalismo. Si corre, così, il rischio di far sbiadire il concetto stesso di costituzione. Le società multiculturali, infatti, richiedono una reinterpretazione dei principi costituzionali, in grado di favorire la coesione sociale, attraverso l'estensione dei diritti fondamentali ai “non cittadini” e ciò è possibile solo valorizzando la connessione tra dignità e diritti in modo da destrutturare la nozione tradizionale di cittadinanza, ridefinendone il significato in termini più inclusivi, ossia come “cittadinanza dei diritti fondamentali”.

Proprio a tal fine l'Autore, nella Parte Prima del volume (*I diritti fondamentali visti nella loro evoluzione*) – coincidente con il primo capitolo intitolato *I diritti fondamentali visti nella loro evoluzione* – elabora un'approfondita e dettagliata ricostruzione storico-filosofica dell'evoluzione dei diritti fondamentali. Dal punto di vista della teoria del diritto e dello Stato, i diritti fondamentali assumono una specifica rilevanza in epoca moderna, quando il loro riconoscimento è concettualizzato come limite al potere statale, alla sua sovranità interna ed esterna. Ciò si verifica, dunque, da una parte, con la formazione e l'evoluzione dallo Stato moderno, fino allo Stato di diritto. Dall'altra, il tema dei diritti dell'uomo fu posto, altresì, per affrontare il problema degli *indios*, dopo la conquista delle Americhe, per cui “potremmo dire che la *questione* dei diritti umani nacque con la prima “globalizzazione” in età moderna, sotto il segno del colonialismo e di un genocidio-etnocidio, da un lato, e dalle origini del diritto internazionale, dall'altro” (p. 8). È proprio da qui che prende avvio l'analisi di Bonfiglio delle principali teorizzazioni avvenute in materia di diritti dell'uomo, che approfondisce il pensiero degli autori più rilevanti, da Francisco de Vittoria a Vittorio Emanuele Orlando e Jellink, passando per Coke, Grozio, Hobbes, Locke, Hume, Smith, Montesquieu, Rousseau, la “destra hegeliana”, Lamband, solo per citarne alcuni.

In questa sede, per i motivi più volte menzionati nel corso di questa rassegna critica, non è possibile approfondire tale sezione del volume, così come non ci si soffermerà particolarmente sulla sua Parte Seconda (*I diritti fondamentali e le interpretazioni della Costituzione*), che si compone di due capitoli. In *I principi e i diritti fondamentali come fondamento degli ordinamenti costituzionali* (cap. II) Bonfiglio prima di analizzare i limiti espliciti al potere di revisione costituzionale in alcune delle

attuali leggi fondamentali europee – in particolare Italia, Germania, Spagna, Grecia, Portogallo, Cecoslovacchia (e nella successiva Repubblica Ceca), Polonia, Romania – illustra come, dopo la seconda guerra mondiale, cambiò la *ratio* delle norme internazionali a tutela dei diritti umani, nel senso che gli individui divennero oggetto di protezione in quanto persone; e si posero basi solide al costituzionalismo democratico. Per evitare di cadere negli orrori del passato l'organizzazione del potere statale diviene strumentale al riconoscimento e alla tutela della dignità della persona e dei diritti umani inviolabili e inalienabili. Nelle democrazie costituzionali, dunque, i principi regolativi, che si concretizzano nel rispetto delle forme e dei limiti previsti dalle costituzioni stesse, hanno un rapporto particolare con i “principi strutturali”, tra cui il principio democratico, e i “principi costituzionali” a cui sono riconducibili anche le norme programmatiche che attengono alla dinamica dell'ordinamento. L'Autore in questo capitolo, si sofferma anche, su alcune teorizzazioni che riconsiderano le categorie giuridiche della statualità e si interrogano su quanto sia effettiva la protezione dei diritti fondamentali nel corso delle cicliche crisi economico-finanziarie come, ad esempio, la prospettiva di un “*Post-nation constitutionalism*”. Autorevole dottrina, infatti, ha teorizzato il superamento del costituzionalismo e una sorta di estinzione dello Stato a causa di un'irrimediabile antitesi fra costituzionalismo e pluralismo. Questa tesi, però, a detta di Bonfiglio, muove da un presupposto sbagliato ossia il costituzionalismo basato sul monopolio dello Stato, in contrapposizione al pluralismo che implica il riconoscimento di diverse fonti di autorità. Il successivo capitolo – *I diritti fondamentali e l'interpretazione evolutiva dei principi costituzionali* – si incentra sull'analisi delle interpretazioni di alcuni principi costituzionali (come ad esempio del principio di uguaglianza), delle libertà economiche, del principio di laicità dello Stato (soffermandosi in particolare sulla legislazione francese), di quello lavorista. Tale analisi prende le mosse dalla constatazione che “nessuna teoria dei diritti umani è autosufficiente in forza della autoevidenza dei diritti stessi [...], che vanno interpretati, disciplinati e protetti in conformità ai principi costituzionali, perché non è pensabile un *costituzionalismo senza principi* né un *costituzionalismo senza diritti*” (p. 65). L'interpretazione evolutiva dei principi costituzionali contribuisce a definire il contenuto che i diritti fondamentali assumono nella loro contestualizzazione socio-culturale, superando così la retorica di una generica universalità dei diritti umani. Questi ultimi necessitano di un riconoscimento temporale e spaziale, di organizzazioni e di regole pensate e volute per la loro effettiva protezione che tuttavia, ancora oggi, è garantita prevalentemente dai sistemi costituzionali degli Stati democratici e da sistemi regionali quali la CEDU, l'Unione europea e la Convenzione interamericana. Tali ordinamenti giuridici si configurano come uno spazio pubblico di diritti e libertà fondamentali tendenzialmente aperto al riconoscimento di una cittadinanza non solo nazionale, né esclusivamente identitaria. In questo modo si realizza un nuovo rapporto “virtuoso” tra globale e locale, che si può definire con il termine di “glocalismo”, utile nella misura in cui contribuisce a deideologizzare e localizzare i diritti umani positivizzandoli attraverso principi, norme, procedure e applicazioni, che li possano inverare. Una conferma di quanto appena detto è stata l'apertura degli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra al diritto internazionale, per favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni. Questa apertura si sposa bene con una teoria della Costituzione intesa come “processo” piuttosto

che come “atto” e, altresì, con il riconoscimento di nuovi diritti e la loro protezione a livello internazionale e, soprattutto, a livello costituzionale ed europeo. Basti pensare al primato dell’Unione europea e al fatto che il controllo di legittimità delle norme comunitarie direttamente applicabili sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali compete alla Corte di giustizia dell’UE, che ha svolto un ruolo fondamentale nell’affermazione della cittadinanza europea e, alla fine degli anni ‘60, di un costituzionalismo di principi fondamentali non scritti, all’interno dello spazio giuridico di sua competenza, traendoli dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e da alcuni tratti internazionali. L’Autore sostiene che proprio questo sistema di principi fondamentali è “un caso esemplare di *costituzionalismo meticcio*” (p. 100) e che per sopravvivere l’Unione europea dovrà configurarsi come Stato federale multiculturale, i cui soggetti costituenti dovranno essere i cittadini europei in quanto il pluralismo culturale e istituzionale e il concetto di cittadinanza europea, intesa come cittadinanza interculturale, potranno essere valorizzati solo all’interno di uno Stato così inteso, e non attraverso una *governance* delle differenze.

La Parte Terza – *I diritti fondamentali nella ricerca interculturale tra teoria generale e comparazione giuridica* – è quella che maggiormente interessa ai fini di questa rassegna in quanto mostra l’importanza, all’interno di un contesto di “crisi del costituzionalismo e della democrazia”, dell’apertura ad esperienze costituzionali esterne al mondo europeo e del dialogo tra culture diverse, che avviene grazie al concetto di “costituzionalismo meticcio”. Il quarto capitolo, *I diritti fondamentali tra relativismo culturale e comparazione giuridica*, tratta appunto dell’importanza del relativismo culturale e della comparazione giuridica per rispondere all’esigenza di tutela effettiva dei diritti fondamentali nelle società contemporanee multiculturali. In un mondo sempre più globalizzato, non è possibile, infatti, riconoscere consensualmente i diritti umani senza prima deideologizzare la stessa cultura dei diritti umani, in modo tale che non sia identificabile, da un lato, come cultura egemone e tipica dell’Occidente e, dall’altro, come cultura in contrasto con i cosiddetti “valori asiatici”. In palese contrasto con i fondamenti dello Stato costituzionale, si registra ancora oggi una manifesta ostilità da parte di numerosi Stati contemporanei nei confronti del pluralismo culturale e della valorizzazione delle diversità. Ciò costituisce un freno sia al riconoscimento di nuovi diritti, a cominciare dai diritti culturali, sia alla ricerca di principi comuni e regole condivise. La deideologizzazione della cultura dei diritti umani presuppone non solo la tolleranza e il rispetto dell’altro, ma anche l’etica della reciprocità e la ricerca del dialogo tra culture diverse. L’età dello stato etnoculturalmente omogeneo, se mai c’è stata, è comunque da lungo tempo superata. Oggigiorno, tutte le culture rivendicano un’equiordinanza, che sia in grado di proiettarsi nel catalogo dei diritti fondamentali e nell’assetto organizzativo dello Stato multiculturale, in modo tale da risultare evidente una forte accentuazione del pluralismo sia nelle formazioni sociali, che nelle fonti stesse dell’ordinamento giuridico. A tal fine, secondo Bonfiglio, l’approccio più corretto è quello che scaturisce dalla combinazione del relativismo culturale con il principio pluralista. In questa prospettiva, le identità culturali, i comportamenti, le istituzioni e i diritti non sono visti come qualcosa di “naturale” o statico, il diritto è concepito come una relazione, ossia come pratica sociale complessa, e per questo si riconoscono diverse culture dei diritti umani. Il riconoscimento consensuale dei diritti umani in ambito internazionale è opportuno tanto per respingere qualsiasi forma di neocolonialismo dei diritti umani, che prescinde dal rispetto di ogni

popolo o comunità alla propria cultura, quanto al fine di contrastare la retorica contraria ai diritti umani, spesso ideologicamente utile ai regimi dittatoriali, che li indicano e stigmatizzano come “tipicamente occidentali”.

Dopo tale premessa, l'Autore passa ad analizzare l'esperienza orientale, africana e latinoamericana mettendo in evidenza le loro specificità e il ruolo del multiculturalismo. In particolare, la Costituzione indiana, negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, “risulta geneticamente e sostanzialmente multicultural. Essa valorizza le differenze culturali e sociali, adottando precise misure istituzionali finalizzate al riconoscimento e all'affermazione delle diverse comunità [...] e si afferma un multiculturalismo democratico basato sul riconoscimento della diversità culturale non soltanto sul piano della tutela dei diritti individuali ma anche sul piano del coinvolgimento politico di gruppi e comunità” (p. 120). Se dal continente asiatico ci spostiamo a quello africano emerge un'originalità all'approccio dei diritti umani. In questo continente l'esperienza più consolidata sotto l'aspetto del riconoscimento dei diritti fondamentali e, nello specifico dei diritti culturali, è quella sudafricana che “nel valorizzare il pluralismo istituzionale e, in particolare, linguistico ha recuperato, laddove possibile, la tradizione giuridica indigena” (p. 123). Nel panorama dei paesi dell'America latina, in cui la popolazione meticcia è in molti casi la maggioranza, invece, meritano una particolare attenzione le Costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009 – risultato di quella nuova fase del costituzionalismo che è il *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, i cui elementi fondamentali sono stati trattati nell'introduzione. In questi ordinamenti prevale un assetto statale basato su un modello solidale e sostenibile caratterizzato da tre elementi ossia il *buenvivir*, il riconoscimento giuridico dei diritti della natura e la plurinazionalità. La formula dell'*Estado pluricultural de derecho* può essere attribuito anche ad ordinamenti che non hanno vissuto quest'ultima ondata di costituzionalizzazione come quello Messicano, dove la prima riforma che ha connotato tale trasformazione risale al 1992.

Dalle esperienze giuridiche analizzate dall'Autore, emerge che “il rispetto dell'altro, l'etica della reciprocità, la tolleranza, la solidarietà, la libertà, l'eguaglianza, il pluralismo politico e culturale, i diritti individuali e collettivi costituiscono quel terreno comune a diverse culture dei diritti umani su cui coltivare, attraverso il dialogo interculturale, il valore della dignità (personale, sociale, economica), il cui contenuto etico e giuridico è mutevole nel tempo e nello spazio” (p. 128).

Il capitolo conclusivo, *Il diritto e la Costituzione come esperienza storico-culturale*, si apre con la critica alle concezioni “pure” del diritto, che si fondano su deduzioni logiche escludendo dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei soggetti e dei rapporti sociali. L'Autore passa poi ad illustrare i significati e le funzioni della nozione di “costituzionalismo meticcio”, a cui porta l'analisi svolta nei capitoli precedenti. Al pluralismo culturale e istituzionale di matrice sociale, inteso in modo conflittuale e dinamico, si lega la ricerca di nuove nozioni da costruire quale contributo alla teoria dello Stato e alla teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione, tenendo in considerazione le relazioni tra diritto internazionale, universale e regionale, e il diritto interno. Ancor prima di essere un'esigenza ermeneutica del fenomeno giuridico, il concetto di “costituzionalismo meticcio” rappresenta un modo di pensare del giurista comparatista attento alla diversità e alle contaminazioni culturali e istituzionali. Assume le caratteristiche di un metacodice costituzionale fondato, non su principi astratti ma su principi

generali del diritto, che influiscono sulla produzione di norme giuridiche e che si positivizzano nelle costituzioni. In questo modo i principi generali non sono soltanto indici programmatici sopralegati, ma hanno carattere normativo, secondo un orientamento che si è affermato nella seconda metà del XX secolo grazie alle opere di autori come Crisafulli e Larenz. Inoltre, il costituzionalismo meticcio oltre che come modo di pensare e come fatto culturale legato alla contaminazione e alla circolazione dei modelli costituzionali, si presenta anche come costituzionalismo di principi generali del diritto, in quanto incorpora nel linguaggio giuridico principi e regole non assolutamente acquisiti e scontati, ma comunemente verificabili e condivisi, anche se non in modo unanime, posti a fondamento di una pluralità di sistemi costituzionali. Così intesi, i principi generali derivano dalla realtà e, in particolare, dalle forze sociali che ne influenzano la “materializzazione” e sono riconducibili a molteplici e differenti esperienze giuridiche. Tale categoria del costituzionalismo, da un lato, opera con un’impostazione aderente al costituzionalismo classico, per marcare criticamente la distanza con le spinte alla costituzionalizzazione dell’economia globale che trasforma i cittadini in meri consumatori; dall’altro, integra la prospettiva del multiculturalismo liberale, saldamente ancorato ai diritti individuali, con quella del multiculturalismo democratico che valorizza le differenze culturali e sociali nell’ambito dell’assetto politico-istituzionale e della struttura costituzionale.

7. Covid-19: l’ultimo “stress test” dello Stato costituzionale di diritto

La diffusione della Covid-19, e la grave emergenza sanitaria che ne è conseguita, pone una grande quantità di problemi e apre numerosi interrogativi per il costituzionalismo, a partire da quello fondamentale sulla stessa tenuta delle democrazie liberali di fronte alla necessità di affrontare eventi estremi di questo tipo.⁶⁸ Tale situazione ha portato parte della dottrina a parlare di un vero e proprio “stress test”⁶⁹ per lo Stato costituzionale di diritto.

Lo stesso Parlamento europeo, il 13 novembre 2020, ha adottato una risoluzione non legislativa con lo scopo di richiamare l’attenzione degli Stati membri sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali e il principio dello Stato di diritto nelle misure adottate al fine di contrastare la pandemia. Il Parlamento europeo, in questa e altre occasioni, ha, infatti, ribadito che le misure emergenziali non possono rappresentare l’occasione per la compromissione di valori

⁶⁸ G. BRUNELLI, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del coronavirus*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, 1/2020, 1.

⁶⁹ A. COFELICE, *Coronavirus: stress test per lo stato di diritto in Europa*, in *Centro studi sul federalismo*, 2020; VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *Dpce online*, 2/2020; D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2020; F. PALLANTE, *L'emergenza Covid-19 come “stress test” per il regionalismo italiano*, in L. IMARISIO, M. MALVICINI, G. SOBRINO (a cura di), *Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19*, Torino, Università degli Studi di Torino, 2020.

fondamentali quali la tutela dei diritti fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto e ha esortato gli Stati membri ad adottare misure di salvaguardia di tali fondamentali interessi.⁷⁰

La pandemia, non solo, ha sottoposto a formidabili pressioni entrambe le ‘pietre angolari’ su cui sono edificate le odierne liberal-democrazie, cioè il principio liberale e il principio democratico, ma rischia di far deflagrare la tensione latente fra essi, con il pericolo che il secondo fagociti il primo. Il terreno su cui si misurano le ricadute problematiche più significative è quello della tutela dei diritti, delle libertà e, più in generale, della sfera di autonomia del singolo a fronte degli interventi coercitivi degli apparati pubblici (legislativi, esecutivi, giurisdizionali). Inoltre, la crisi pandemica altera e comprime i due canali tradizionali attraverso cui vengono assicurati il riconoscimento e la salvaguardia delle posizioni giuridiche: quello democratico-partecipativo e quello giurisdizionale.⁷¹ In un’ottica comparata, si deve rilevare che il denominatore comune delle misure decise dai governi delle democrazie avanzate, al fine di contenere la diffusione del contagio, e dunque di tutelare il fondamentale diritto alla salute – declinato nella sua accezione di diritto alla vita –, è rappresentato dalla limitazione, e in alcuni casi dalla sospensione, di libertà e diritti costituzionalmente garantiti. Basti menzionare le libertà di circolazione, di riunione – strettamente legata all’esercizio della manifestazione del pensiero e alla libertà di culto. L’elenco è ben più lungo, se si considerano i diritti politici, compromessi per il rinvio di diverse tornate elettorali, e quelli economico-sociali, dalla libertà di iniziativa economica, al diritto al lavoro, a quello dell’educazione. In estrema sintesi, le misure fortemente restrittive volte a contenere la trasmissione del virus hanno interessato tutte le “generazioni” dei diritti incastonati nei testi fondamentali e, in definitiva, hanno inciso in maniera significativa sulla libertà personale.⁷²

In generale, l’impatto dell’emergenza Covid-19 sugli ordinamenti giuridici degli Stati europei è stato descritto come una “tempesta perfetta”: un evento le cui conseguenze superano di gran lunga la somma degli effetti delle singole circostanze che l’hanno causato. Se da un lato, sulla scia della pandemia, molti Stati hanno attivato misure temporanee in materia di assistenza sanitaria e profilassi, dall’altro la crisi ha svelato, nel suo complesso, il divario tra l’interdipendenza economica globale e la *governance* dei singoli Stati-nazione. Come è noto, la pandemia ha colpito le principali democrazie statali creando l’*humus* per un’ulteriore trasformazione della separazione dei poteri attraverso un nuovo dominio dell’esecutivo sul legislativo.⁷³ La gestione della crisi sanitaria ha evidenziato, infatti, nella maggior parte dei sistemi democratico-liberali occidentali, una significativa espansione del ruolo del potere esecutivo a danno della funzione e dell’istituzione parlamentare, in quanto si è proceduto alla limitazione delle libertà fondamentali

⁷⁰ Ufficio Rapporti con l’Unione europea, *Implicazioni delle misure di contrasto al COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali nell’UE - La risoluzione del Parlamento europeo dell’11 novembre 2020*, Dossier n° 43, 22 dicembre 2020; Vedasi altresì Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights European Parliament, *The Impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU*, PE 651.343, 23 April 2020 e S. REPUCCI, A. SLIPOWITZ, *The Impact of COVID-19 on the Global Struggle for Freedom*, Freedom House, special report 2020.

⁷¹ D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell’individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2020, 2.

⁷² A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l’ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *Dpce online*, 2/2020, 1455-1456.

⁷³ E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *Federalismi.it*, 28/2020, 1-2.

mediante atti non legislativi e, conseguentemente, ad una sostanziale compressione del principio di legalità.⁷⁴ È necessario, però, tenere in considerazione che si tratta un fenomeno che ha radici più antiche, sono, infatti, almeno trent'anni che gli esecutivi hanno assunto il ruolo di massicci produttori di legislazione.⁷⁵

Contestualmente a tale tendenza, si è registrata una generalizzata prudenza nell'attivare i regimi normativi derogatori previsti dalle Costituzioni per i casi di "eccezione". Tale orientamento sembra doversi ricondurre alla natura politicamente "neutra" dell'emergenza in questione, la quale non pare configurare compiutamente la fattispecie di un "*estremus necessitatis casus*", in grado di mettere in pericolo l'esistenza dell'ordinamento, in quanto non presenta, perlomeno nella sua propria fase di sviluppo, quel rischio "politico" implicito nello stato di eccezione.⁷⁶

La reazione dei diversi ordinamenti all'emergenza ha evidenziato significative e, in qualche caso, convergenti dinamiche non solo nei rapporti tra i poteri politicamente sensibili – vale a dire Legislativo ed Esecutivo – con rilevanti conseguenze sulla forma di governo, ma anche tra i livelli decisionali delle articolazioni territoriali – ossia Federazione/Stati, Stato centrale/regioni, comunità autonome, municipalità – con conseguenze sul tipo di Stato. La gestione dell'emergenza, non ha solo consentito di fare emergere, a livello centrale (statale o federale), le criticità concernenti il tipo e il grado delle fonti-atto limitative dei diritti e delle libertà personali e l'effettiva operatività dei meccanismi di controllo, di ordine sia politico sia giurisdizionale, ma ha altresì permesso di evidenziare i non pochi aspetti problematici attinenti alle dinamiche delle articolazioni territoriali e, specificatamente, all'intrecciarsi dei diversi livelli decisionali di governo. In sintesi, si può affermare che la contrazione del potere a favore del decisore politico centrale è risultata simmetrica a quella giustificata dalla celerità dell'azione che beneficia la compagine governativa.⁷⁷

Alla luce di quanto affermato nel corso di questa rassegna critica, la pandemia da Covid -19 rappresenta un ulteriore elemento di allontanamento da quella che Francis Fukuyama aveva definito "fine della storia"⁷⁸, per indicare il definitivo successo della democrazia liberale, e rende sempre più urgente un ripensamento dell'attuale costituzionalismo e della forma di Stato di diritto costituzionale, non solo in relazione ai "mutevoli rapporti che si stabiliscono tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico"⁷⁹ ma anche al fine di garantire la tutela dei diritti e delle libertà.

⁷⁴ E. MINNITI, *Il carattere "neutro" dell'emergenza Covid-19 nei sistemi occidentali e il potenziale "politico" della crisi sanitaria in Egitto*, in *Dpce online*, 3/2020, 4245-4246.

⁷⁵ E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo...*, cit., 3

⁷⁶ E. MINNITI, *Il carattere "neutro" dell'emergenza Covid-19...*, cit., 4245-4246.

⁷⁷ A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici...*, cit., 1456 e ss.

⁷⁸ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992.

⁷⁹ C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, 4.



“Singularità” e “individualità” dell’atto di obbedienza: a proposito di un recente saggio di Natalino Irti*

di Raffaele Marzo**

SOMMARIO: 1. Pròlogo. – 2. «Teoria del diritto» e «teoria del linguaggio». – 3. L’obbedienza e la norma (presupposta). 4. *Fenomenologia* dell’obbedienza. – 5. Concludendo (... quasi in forma di apologo).

1. Pròlogo.

La lettura del recente manoscritto¹ di Natalino Irti – all’origine dall’interrogativo *sul perché obbedire*, quindi sulle connesse generali visioni del diritto – è interessante per la notevole capacità di penetrare i luoghi delle umane fragilità, là dove si annidano timori e speranze, “codici” di accesso dell’uomo di ogni tempo, nonché per le plurime suggestioni teoriche sollecitanti la scientificità dell’argomento, ultima tutela ai propilei dell’issato edificio dottrinale. Per un verso, infatti, la riflessione appaga l’intimo sentire dell’A. desideroso di redigere «pagine stravaganti»² motivate dal contingente emergenziale momento pandemico; nondimeno egli propone costrutti concettuali – quasi idealizzando l’*hic et nunc* dell’oggetto di analisi – armonicamente annotati su un complesso organico di confutazioni alla «settaria antitesi tra obbedienza e libertà»³ che, previo abbandono della concezione naturalistica, non sono più contrapposte ma si implicano e richiamano vicendevolmente⁴. Per altro aspetto, forse il più importante, l’opera rappresenta

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottorando in *Social Sciences and Humanities (Law, Psychology and Education)* – “Università Niccolò Cusano” – Roma.

¹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Milano, La nave di Teseo, 2021, pp. 171; volume corredato da appendice bibliografica (pp. 173-196) e indice dei nomi (pp. 197-199).

² *Ivi*, 9.

³ *Ivi*, 150.

⁴ *Ibidem*.

l'estrema documentata manifestazione di un itinerario di ricerca da tempo perlustrato ed indagato⁵ e che è transitato, attraverso contributi dedicati alla poliedrica manifestazione del diritto⁶, a specificare, posizionandosi fuori dall'apparato tecnico-produttivo, la pregnanza delle decisioni *individuali (in interiore homine*⁷). Peraltro, sul piano dogmatico, l'esito di tale approfondimento evidenzia una duplice ambivalenza: da una parte la sicurezza relativa alla circostanza che l'obbedienza presuppone – o quantomeno accompagna – un atto conoscitivo del destinatario ivi disdegnando l'«occasionalismo normativo». Da altra parte, poi, l'obbedienza è intesa in costante *tensione*, intima e lacerante, con l'ordinamento (*scil.*: gli ordinamenti), talché essa ancor prima che mero “fatto” è “processo interiore” che soggiace, solo in un secondo momento, al giudizio (normativo). Più che uno spicciolo comando, un tentativo di svilimento effimero, l'obbedienza, per Irti, assurge, dunque, a prospettiva attraverso la quale lambire «l'ideale del dover essere» o, per converso, stilizzare la posizione del singolo destinatario di una direttiva: quest'ultimo, chiamato ad obbedire, scioglie l'alternativa della decisione che rappresenta l'elemento indefettibile della concezione “storica” della quale accentua la complessità del momento contingente.

L'attualità della riflessione è cogente al cospetto di decreti, appelli, indici di contagio dall'univoco ordine: “*restate a casa*”. Libro breve e denso; eppure limpido e prezioso. Benché inteso dall'estensore – come pure si legge nel sottotitolo – «*quasi un diario*», esso non è ascrivibile ad un genere letterario ben definito. Anzi, a rigore, non annovera alcuna cronologia degli eventi; men che meno discetta con armonie e contrappunti esclusivamente romanzeschi. Parimenti, il volume non sconta la catalogazione di approfondimento “sulla” pandemia e non certo soggiace alla precaria visibilità e rinomanza degli intrattenitori *prêt-à-porte*, allegramente assemblati nei *talk show* televisivi. Invero, la consistenza delle pagine è ben allocata sul versante della riflessione giuridica e si confà, ritraendosi dall'enciclopedismo presuntivamente totalizzante, alla «sobria misura» la quale, senza sottrarsi alla critica, involge argomenti decisivi ed è così «capace di aprire le intelligenze e di orientare al sapere»⁸. Il testo, infatti, non è appesantito dalla pletorica quanto riduzionistica elencazione di dpcm, decreti-legge, ordinanza ministeriali, leggi di conversione, ecc. ed “il viaggio” tange tempi e luoghi dissimili laddove gli accenni al presente fungono, puntualmente, quale mera constatazione o conferma del percorso cui l'A. avvia il lettore.

Prescindendo dalla fulminea antinomia adesione o dissenso, il proposito della presente lettura critica è quello di cogliere, al di là di semplificazioni e ideologizzazioni, peculiari sollecitazioni rispetto ad un'opera che offre, invece, innumerevoli snodi conoscitivi: l'obbedienza è *proteiforme*;

⁵ N. IRTI, *Ciascuno sceglie il proprio diritto e La scelta del fondamento (tra Kelsen e Weber)*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

⁶ N. IRTI, *Destino di nomos*, in M. CACCIARI – N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019.

⁷ Superfluo aggiungere che si tratta di un palese richiamo al pensiero agostiniano: l'*anima* è luogo dell'incontro con la *verità (habitat veritas)*. La connotazione filosofica e teologica si può cogliere nell'esperienza di (sant') Agostino d'Ippona contemplativo (poi sacerdote e Vescovo): M. PELLEGRINO, *Versus sacerdos. Il sacerdozio nell'esperienza e nel pensiero di Sant'Agostino*, a cura di S. PALESE, Roma, Edizioni VivereIn, 2010, spec. 158 ss.; L. MANCA, *Pastori per servire. Il contemplativo che diventa Vescovo. L'esperienza di Agostino*, Roma, Edizioni VivereIn, 2010, *passim*.

⁸ N. IRTI, *Presentazione*, in F. MODUGNO, *Dritto pubblico generale*, Roma-Bari, Laterza, 2002 (contributo posto in apertura, senza indicazione di pagina).

rileva nel personale, ma è annoverabile pure a fattore sociale, fisico e morale, storico e cosmico. È desiderio, allora, isolare la ricchezza di alcuni argomenti – senza con ciò escludere l'importanza di altri – che animano l'analisi giuridica con frequenza e problematicità costante nel tentativo di far emergere, ove esistenti, conferme e profili innovativi: preliminarmente il consolidato legame tra linguaggio e diritto (§2); successivamente sarà esplorata la connessione tra norme poste (diritto positivo) e obbedienza (§3); infine, si cercherà di dare risvolto successivo e/o compiutezza alle plurime forme di obbedienza enucleate (e coniate) da Irti (§4).

2. «Teoria del diritto» e «teoria del linguaggio»⁹.

Diritto e linguaggio non sono entità tra loro estranee; infatti, può dirsi esistente un legame che denota, con ciclica frequenza – e su questo versante il libro di Irti rappresenta l'ennesima conferma –, aspetti comuni¹⁰. Dinnanzi e dentro a questo rapporto, il lessico giuridico è provvisto di una sua *tipicità*¹¹ che, però, si concede ad essere completa e, per certi aspetti, elevata dagli esperti del linguaggio *tout court*¹². A fronte di questa constatazione «rimane pur sempre, come grave debolezza della scienza giuridica, il non aver trattato le conseguenze del suo parallelismo con il linguaggio»¹³. Del resto, la *specialità* dell'idioma giuridico non può che includere (e/o almeno coniugare) comunanza di significato e comprensione *intersoggettiva*, caratteri preesistente ed anteriori ad ogni successivo inquadramento settoriale¹⁴. Si consideri, a titolo esemplificativo, il termine «attore» che il diritto ha preso in dote e, nelle mutevoli sue valenze, assolve specifiche funzioni¹⁵ (ad esempio, è colui il quale, avendovi interesse, propone una domanda *ex art.* 99 c.p.c.

⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 17.

¹⁰ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 25 ss.

¹¹ In un datato *pamphlet* dedicato “a tutti” i giuristi (annoverando indistintamente avvocati, notati, docenti, giuristi di impresa) G. PASCUZZI, *La comprensione del testo: interpretazione e costruzione di significati*, in Id., *Giuristi si diventa*, Bologna, il Mulino, 2008, 40-50, riferisce che «il linguaggio giuridico è un linguaggio tecnicizzato perché accanto ai termini del linguaggio comune comprende termini tecnici o tecnicizzati. Per vocaboli (o espressioni) tecnici si intendono quei vocaboli che non ricorrono nel discorso abituale, e ricorrono, invece, solo nei discorsi di chi pratica una data scienza e negli enunciati di quella scienza» (per la cit. cfr., 45).

¹² In questo senso si v. S. TAFARO, *Introduzione* in O. BIANCO–S. TAFARO (a cura di), *Studi di filologia e letteratura. Il linguaggio dei giuristi romani (atti del convegno di studi, Lecce 5-6 dicembre 1994)*, Galatina, Congedo, 2000, spec. 6.

¹³ G. DEVOTO, *Pensieri del mio tempo*, Firenze, Sansoni, 1945, 116; nella pagina citata l'A. chiarisce la predilezione e la reciproca frequentazione tra studiosi della lingua e del diritto. Vi è da dire, per dovere di precisione, che Irti cita Giacomo Devoto dapprima condividendone il merito assertivo (N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 15); successivamente, si discosta dalla pienezza della tesi del linguista, così come riferisce egli stesso (si v., *Ivi*, 141).

¹⁴ A. MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, pone la sensibile avvertenza del ruolo assunto dalle parole, ovvero “portone” di ingresso dell'esperienza del diritto nella coscienza degli uomini; v., sul punto, il richiamo di M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 11.

¹⁵ M. D. DELL'ANNA, *“In nome del popolo italiano”. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Roma, Bonacci Editore, 2013, *passim*; ove l'A., docente di linguistica, dopo aver esaminato un centinaio di sentenze penali e civili della Corte di Cassazione conclude registrando, da un lato, la contiguità del linguaggio giuridico con quello proprio delle leggi ma avvertendo, dall'altro, una distanza rilevante rispetto alla lingua comune. Sul punto, L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2017, 13, nt. 21 chiarisce, previa critica alla opposta teoria di Neumann, «che il linguaggio giuridico è sì linguaggio specialistico, ma linguaggio situato su un livello inferiore rispetto a quello del linguaggio ordinario; [...] la struttura a gradi del linguaggio fa sì che un istituto/concetto possa essere derivato da concetti del livello giuridico superiore mediante applicazione di regole di interferenza».

e art. 2907 c.c.). Alcune parole comunemente note divengono espressioni semantiche più vaste e con una precisa *funzione* (quella attribuita da linguaggio giuridico, appunto); il lemma assume una sua utilità o inutilità rispetto ad un proprio progetto di composizione e relativamente ad una vasta gamma di interessi¹⁶. Si tratta di esiti noti e, come tali, non trascurabili. Tuttavia, con le recenti notazioni di Irti, la questione assume ulteriore interesse allorché il linguaggio rileva *preliminarmente* nell'ipotesi di pretesa osservanza verso un comando: «affinché orientino le condotte altrui, le direttive» – sostiene l'A. citando un filosofo della scienza, Hans Reichenbach – «debbono essere intese»¹⁷. Posto in questi termini, «il comandare ha già in sé un atto di obbedienza: appunto, alla legalità linguistica, che, gettando un ponte tra individui, fa capire il contenuto dell'ordine o divieto»¹⁸.

Se Paolo Grossi aveva già censito che «diritto e linguaggio lungi dall'essere realtà distanti si coniugano avendo una piattaforma comune»¹⁹ poiché entrambi rappresentano, di fatto, due «complessi istituzionali»²⁰, Irti concretizza un transito successivo: egli assume l'obbedienza come «atto di ascolto» verso colui che parla, tale da poter intendere il messaggio proferito. In breve: ascoltare (termini, espressioni, enunciati) è già come obbedire, l'uditore riconosce infatti il contenuto delle parole²¹. In tal guisa si presuppone anche la *linearità* dell'espressione verbale che sarebbe minata – come in tempo di pandemia – dal «congiungersi tra occasionalismo legislativo e anomia»²²; peraltro, ciò produrrebbe l'effetto consequenziale di incapacità dell'individuo di prestare ascolto e, nei termini che si è detto poc'anzi, l'iniziale atto di obbedienza.

Acclarato e dato per presupposto il nesso inestricabile che lega diritto e linguaggio²³, l'A. si discosta dal comune intendimento e si spinge al punto da dubitare dell'infallibilità dell'interprete che, frapponendosi tra il declamatore e l'ascoltatore, violerebbe la *legalità linguistica* dando un significato sovversivo alle parole. Ne consegue, la critica alla *creatività*²⁴ [dell'interprete, ndr] sulla scorta dell'immediato richiamo all'art. 12, co. 1 delle *Disposizioni sulla legge in generale*²⁵ con ciò

¹⁶ P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte generale. Storia, lessico e istituti*, Padova, Cedam, 2004, VIII. Si v., inoltre, A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, V, Torino, 1989, 150 ss. (il cui studio è dedicato alle definizioni lessicali in ambito giuridico); U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milano, Giuffrè, 1985, spec. 65 ss.

¹⁷ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 13.

¹⁸ *Ivi*, 18.

¹⁹ Oltre alla già citata opera di P. Grossi, si v. anche S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, *passim*.

²⁰ P. GROSSI, *Op. cit.*, 29; nella medesima lettura vengono richiamate, per parte giuridica, alcune opere di Santi Romano, mentre dal punto di vista linguistico viene ricordato Giovanni Nencioni.

²¹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 23.

²² *Ivi*, 26-27; altresì, più innanzi, spec. 63, Irti menziona, a titolo esemplificativo, quel recente decreto fitto di rinvii e composto da ben 123mila, definendolo un «un drammatico esempio di legge, che non può essere né ascoltata né obbedita. La volontà normativa si frantuma nella confusa moltitudine delle parole. Proprietà e sobrietà di linguaggio, richieste dallo stato di eccezione, cedono all'oscura prosa del caos legislativo».

²³ S. TAFARO, *Op. cit.*, 7.

²⁴ Irti sembra avversare la *creatività* poiché avviluppata nella «propria solitaria ebbrezza» (N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 28). Nel senso opposto, invece, G. PASCUIZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, Zanichelli, 2018, 28 ss. e *passim* esalta la salta [la creatività] la quale produrrebbe rilevanti innovazioni giuridiche.

²⁵ L'articolo così si esprime: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». E' interessante notare che

intendendo esaltare il significato fatto *palese* dalle parole: esse marcano e limitano il protagonismo dell'interprete esaltando la visibilità semantica delle parole tra loro connesse. Quindi, il profilo *sistematico*²⁶ si materializzerebbe con la sola funzione di completamento in ipotesi di errore linguistico e/o imperfezione del testo²⁷; ciò al fine di rimanere “dentro” il sistema per beneficiare di ogni sfumatura impressa nella *letteralità*²⁸. Si elogia il *testo* con ciò facendo presupporre l'ulteriore intendimento del suo primato e che, quindi, anche l'attività interpretativa presume un'oggettività linguistica²⁹.

In punta di diritto, l'intenzionalità di Irti sembra, a questo proposito, aderente alla tesi (in seno alla c.d. teoria istituzionale del diritto) secondo la quale le norme giuridiche vivono all'interno degli istituti giuridici³⁰; con altro riferimento alla filosofia analitica del linguaggio (anche giuridico) ove considera intercambiabili *enunciato* (l'espressione linguistica) e *proposizione* (il significato dell'enunciato). Dunque, resta valida l'ammissione che alcuni termini – pur sempre noti al linguaggio comune – sono adoperati nell'ambito specialistico del diritto e rimangono, perciò, propri di questa disciplina: il diritto prende possesso della realtà e conferisce nome a uomini, cose ed eventi³¹. A riprova di quanto innanzi, la reciproca relazione tra assunti giuridici e forme linguistiche disdegna ambiguità ed instabilità che, a loro volta, producono perdita di normatività del sistema³². Il “non capire” che ne deriva distoglie dall'obbedienza (sempre intesa nella sua fattezza etimologica *ob-audio*, cioè ascolto, dipendere da un ascolto) e, in termini paradossali, sottrae al destinatario l'alternativa della decisione (essenza minima di un certo grado di *libertà*):

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1968, 41 – aprendo il paragrafo con asterisco di rinvio a piè di pagina all'opera di Betti (*Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955) e Ciani (*I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954) annota, così come Irti, il metodo dell'interpretazione ma lo estende con una sensibile precisazione «ci sono da seguire due procedimenti, e il primo è un mezzo per il secondo [...] interpretazione letterale e interpretazione logica. La prima è quella che ricerca il significato proprio delle parole nella loro connessione; la seconda, quella che tende a stabilire il vero contenuto (*vim ac potestatem*), lo scopo insomma cui mira la legge» (cfr., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, *Op. cit.*, 43).

²⁶ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, nt. 21, pur ammettendo che il profilo sistematico svolge insieme una «“normale” funzione interpretativa, ma serve anche a correggere o integrare il testo» chiarisce il suo intendimento affermando che «il ricorso al metodo sistematico, capace di svelare l'“intenzione” del legislatore, rientra nell'ufficio proprio dei giudici e studiosi di diritto [...] non è, però, il «mestiere del comune destinatario di norme. Il quale [...] corre il rischio di incolpevole violazione».

²⁷ L'illustre civilista non oltrepassa il confine; tuttavia, si potrebbe aggiungere con la sensibilità propria del costituzionalista F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2014, 13 che la «stessa c.d. interpretazione sistematica è variamente modulabile: è sistematica sia l'interpretazione endo-testuale (praticabile all'interno dello stesso testo, come suggerisce l'art. 12 al. disp. prel.), sia l'interpretazione inter-testuale (tra diversi testi normativi), sia l'interpretazione (condizionata) dal testo costituzionale [...]».

²⁸ Tono oltranzista, mitigato solo in caso di necessità. Invero, la critica a siffatta «operazione meccanica e avalutativa, mera esegesi delle parole della legge» viene da M. AINIS, *Op. cit.*, 18 il quale cita, a sostegno, Alf Ross.

²⁹ Così anche per F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. n. 3, 2005 benché nel pensiero modugnano (riferito principalmente al testo costituzionale) – cosa che non emerge con immediatezza nel volume di Irti – l'interpretazione pone «l'incontro tra *oggettività* da interpretare e una *soggettività* interpretante, entrambe immerse in un *contesto intersoggettivo* di significato».

³⁰ Lo nota in apertura L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 e ss.

³¹ A. PAGLIARO, *Linguaggio e conoscenza dopo l'idealismo*, in *De homine*, n. 7-8, 1963, 6; ID., *La critica semantica*, in *Nuovi saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, Casa editrice G. D'anna, 1956, 402.

³² N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 37. Lo stesso A. ha altrove criticamente segnalato il massiccio intervento legislativo all'interno dei codici (cfr., N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1999) già immaginato quale fenomeno incentivante microsistemi degni di nuova esegesi (cfr., N. IRTI, *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982)

aderire o meno alla direttiva. Logica conseguenza è che nella teorizzata società degli ascoltatori udire non è più (o non solo) un fenomeno fisico bensì «atto conoscitivo» e, quindi, l'idioma «è il ponte gettato tra ordinare e obbedire (o disobbedire)»³³. La riflessione sul linguaggio, sulle parole, sulle espressioni verbali sorregge quindi la comprensione del pensiero e dell'agire l'esperienza umana; è in primo luogo *esperienza linguistica*³⁴. Ne discende il rilievo di Irti – posto in contraddittorio a M. A Cattaneo – secondo il quale l'obbedienza nulla ha che vedere con il positivismo giuridico “puro” poiché «anche la norma giuridica “positiva” è suscettibile, al pari di ogni altra (e morale e religiosa ecc.), di obbedienza o disobbedienza [...]»³⁵.

Su questo versante, il passaggio successivo involge la verifica sull'osservanza o meno della norma, ivi ponendo un chiaro riferimento a Kelsen (*validità ed efficacia*), sicché, nel perimetro definito da Irti, diritto e linguaggio recano contraccolpi alla teoria generale del diritto: l'obbedienza regola la vita oppure quest'ultima è fonte della sua disciplina³⁶?. Qui la complessità del discorso assurge in tutto il suo candore; l'A. critica, però, la c.d. «teoria dell'esperienza giuridica»³⁷ – per la quale in principio dimora l'*azione* del soggetto – giacché omette di spiegare come dalla *soggettività dell'azione* si giunge all'*oggettività della legge*. Per Irti, allora, solo la regola dà senso all'azione, e la qualifica e costituisce come obbediente o disobbediente; l'*esperienza giuridica* è l'esercizio del valutare, il giudizio che si agita avendo come riferimento la norma (*giudizio sussuntivo*). Quest'ultima è esaltata a unico criterio di giudizio, secondo la visione di Goldschmidt³⁸. Per tale via, un qualsiasi comando, reso nel testo linguistico, giunge ai destinatari che, di seguito, leggono e interpretano il vigente codice di significati; si smembra così il fondamento tra obbedire e disobbedire. Rinviene il mantra – che da senso a tutto il libro – della *coscienza individuale* laddove l'individuo dopo aver ascoltato, dubitato prende la (sua) decisione e, nel profondo abisso solipsistico, si (*auto*-)giudica.

3. L'obbedienza e la norma (presupposta).

Nella seconda parte del libro, la riflessione irtiana raggiunge, forse, il punto più alto di problematicità. Certamente, se è indubbio che la scelta del destinatario – aderire o meno alla direttiva – è compiuta *interimente e singolarmente* essa è accentuata qualora si ponga dinnanzi a due

³³ *Ivi*, 24.

³⁴ In tal senso G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 8, il quale proponendo una meta-analisi sulla nozione di nullità della legge reca un'analisi meta-dogmatica mediante l'impiego del metodo e delle concezioni analitiche fondate sulla teoria dei livelli di linguaggio.

³⁵ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, nt. 20.

³⁶ *Ivi*, 45-46.

³⁷ Vengono citati, a ragione, G. CAPOGRASSI – F. LOPEZ DE OÑATE, *Compendio di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1944, 158.

³⁸ J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto*, Padova, Cedam, 1950, 15.

leggi³⁹ rispondenti però a diversi ambiti. Riecheggia cioè la nota scena dell'Antigone sofoclea ed il lacerante dualismo legalità-legittimità, positività-naturalità⁴⁰.

Eppure, la domanda è altra: *cosa – e come – può* l'individuo dinnanzi ad una norma che è posta e vigente in un dato ordinamento? Non v'è risposta immediata e/o quantomeno che non involga molteplici sguardi teorici. Tuttavia, nella trama dell'obbedienza disegnata da Irti sensibile rilevanza è ascrivibile alla norma giuridica riconoscibile sul suo essere prodotto di atti o fatti che l'ordinamento riconosce astrattamente idonei (a porre la medesima norme)⁴¹. Non a caso, perviene la casistica dell'obiettore di coscienza⁴² il quale rimane pur sempre dentro l'ordinamento ma, facendo leva sulla coscienza, si ripara ed è tutelato dalla stessa legge alla quale disobbedisce. In altri termini, le ragioni di coscienza individuale sono previste dal legislatore – che, quindi, avverte esso stesso la eventuale inosservanza della norma – pertanto l'obiettore non *viola* ma *attua* la direttiva. Irti paralizza siffatta ipotesi sostenendo che in tal modo [l'ordinamento, ndr] «previene atti di trasgressione, compiuti in nome di altri diritti o principi di coscienza individuale, e li “giuridizza”»⁴³. Fin qui è tutto pressoché lineare. Ma cosa accade quando invece il comando viene chiesto da due *entità* contrapposte? Qui l'A. menziona l'accadimento storico del conflitto tra la Repubblica sociale di Salò e il governo monarchico di Brindisi (utilizzando le deduzioni offerte da Benedetto Croce⁴⁴) al fine di dare rilievo all'«urto tra due leggi, che stanno di fronte nelle coscienze individuali e reclamano la scelta»⁴⁵. In tal contesa emerge la visione di Schmitt ed è pure richiamata quella di Weber: per il primo il diritto viene tolto all'avversario in nome del diritto stesso (ovvero, nell'accadimento citato, poiché il governo legale aveva concluso l'armistizio con gli alleati allora i tedeschi diventano nemici); dall'altro emerge comunque il dualismo che è trascendibile solo con la decisione individuale (rispondere ancora al fascismo). Nondimeno, Irti tace la propensione per la presa di posizione “più giusta”, la sua pare essere una mera constatazione di quanto difficile sia “una” scelta, qualunque essa sia. Ragionando di (e sui) conflitti di obbedienza si staglia prepotentemente la *pluralità di sistemi normativi*⁴⁶ ai quali il singolo individuo può appartenere, convenire, aderire: «non c'è maniera di uscire da queste lotte, e di trovarsi in un mondo senza regole, in fluire indistinto di tempo, dove non si diano né alternative

³⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 53.

⁴⁰ Sul punto, che pure Irti tange ma non degna di ulteriore approfondimento, tra innumerevoli contributi si segnala quello di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, RCS libri, 2006, 19-51; inoltre, nel medesimo testo, il saggio introduttivo (cfr., I. DIONIGI, *Le aporie della legge*, 7-15) imprime taluni snodi di notevole importanza.

⁴¹ Impostazione di tipo «dogmatico-positivo» che, quindi, pone attenzione «a ciò che è fonte, per poi discendere a quel che è norma in quanto effetto dello scaturire dalla fonte»: F. MODUGNO, *Ordinamento, Diritto, Stato*, in F. MODUGNO (cur.), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, 22.

⁴² Sul punto, premessa l'obiezione di coscienza quale istituto giuridico positivamente riconosciuto (*secundum legem*), è interessante – quanto «cruciale» determinare il limite alla sfera di libertà da parte dell'ordinamento si legga V. TURCHI, *In nuovo volti di Antigone. Le obiezioni di coscienza nell'esperienza giuridica contemporanea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, spec. 13-35. Altra dottrina, avverte perplessa l'introduzione di nuovi diritti inviolabili rispetto al catalogo desumibile dall'intera Costituzione poiché ciò altera il punto di equilibrio fra posizioni attive e passive dal quale deriva l'ordine costituzionale: F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, spec. 56.

⁴³ *Ivi*, 56.

⁴⁴ B. CROCE, *Quando l'Italia era tagliata in due*, Roma-Bari, Laterza, 1948.

⁴⁵ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 58.

⁴⁶ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, Le Lettere, 1955, 116.

tra obbedire e disobbedire, né conflitti di lealtà»⁴⁷. Ritorna così l'essenza del positivismo giuridico laddove i singoli atti di disobbedienza se pure incidono (nel bene o nel male) sul destino di ideologie sono rilegati ad un giudizio storiografico (così da poter essere apprezzati o disdegnati), laddove, però, non può – e non prende – parte il giurista. Il giurista non può che *stare* nell'ordinamento⁴⁸, in un sistema di norme positive, che è il *luogo* che a lui compete, «da cui accerta e valuta la condotta degli obbligati»⁴⁹. La storia è, invece, giudice postumo al quel spetta valutare la bontà dell'ideale che ha causato l'insorgere contro un diritto pur sostenuto da legalità e legittimità: obiezione e insubordinazione o sono diritti (e perciò leciti) o costituiscono atti di inosservanza (con sanzioni). L'insorgere è già oltre, poiché spinge «*la notte più in là*»⁵⁰.

Se il perimetro è quello innanzi disegnato, la scelta dell'individuo – che si strugge e determina esiti *pos-dicibili* – è pur sempre successiva; per l'A., non convincendo la critica di Herbert Hart alla geometrica teoria kelseniana della norma-base, l'obbedienza non può istituire la norma, bensì la presuppone. Ecco perché il titolo di questo paragrafo reca la congiunzione “e” interposta tra i termini obbedienza e norma, non già l'espressione verbale (“è”). Per tale via, la legge (*prius* logico e temporale) «ante-cede» la pratica sociale⁵¹ nel senso che elide con l'obbedienza laddove pone in essere l'opaco conformismo e la ripetizione abitudinaria.

Rimettendo mano e mente al *Leviatano* di Thomas Hobbes si rileva la scelta *ab origine* dell'individuo: il comando si rivolge, infatti, a colui che è già *intenzionato, impegnato, obbligato* ad obbedire. L'inizio⁵² è confacente ad una direttiva (*Grund-norm*) dalla quale discendono, a gradi, tutte le altre norme di un dato ordinamento e dalla quale traggono origine e validità, secondo la teorizzazione, questa volta sì «pura», di Hans Kelsen⁵³. Tuttavia, questo “inizio” sarebbe compiuto dall'individuo, dentro di sé; la supremazia risiederebbe pur sempre nella scelta del singolo. La visione kelseniana richiamata in precedenza resiste all'*aut-aut* della scelta iniziale: l'individuo sceglie l'inizio della propria “vita” giuridica e così scioglie ogni atto successivo nella medesima preferenza. *Indi*, dopo la iniziale scelta le successive selezioni sono da considerarsi interne all'originario antecedente (preferito). Dunque, obbedire o disobbedire, rispondendo all'applicazione di criteri nomativi, acquistano un senso preciso, definito, oggettivo. Non solo. A

⁴⁷ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 60.

⁴⁸ Invero, l'intendimento da doversi precisare è che l'ordinamento giuridico «è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura»: S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977, 13:

⁴⁹ *Ivi*, 61.

⁵⁰ Sia concesso il riferimento al componimento poetico (attribuito a Tonino Milite) impresso nel titolo del libro di M. CALABRESI, *Spingendo la notte più in là. Storia della mia famiglia e di altre vittime del terrorismo*, Mondadori, Milano, 2007; peraltro, estremizzando l'avvertimento di Irti, anche in tale periodo storico (i c.d. anni di piombo) è possibile individuare, a prescindere dai noti risvolti delittuosi, una scelta di obbedienza (ad un *ideale*) al punto da prevaricare l'altrui atto di osservanza (all'*ordine costituito*, alla direttiva dello Stato).

⁵¹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 66.

⁵² La medesima posizione è già espressa da Irti altrove: cfr., ID., *La scelta del fondamento (tra Kelsen e Weber)*, in *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁵³ In questo senso – o almeno quello che si crede essere più consono alle pagine del *viaggio (tra gli obbedienti)* – «la norma funziona come schema qualificativo»: si cita l'edizione H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Milano, Einaudi, 2000 nonché, per il riferimento, il passo è ripreso in C. MESSNER (a cura di), *Filosofie e teorie del diritto, II. Prospettive del secolo breve*, Lecce, Pensa Multimedia, 2007, 85.

differenza dell'obbedienza di carattere *individuale*, vi è l'obbedienza «di carattere organico o comunitario»⁵⁴ la quale, però, addensa in sé comando e obbedienza onde asserire – con Smend – il difetto di polarità tra norma e fatto⁵⁵. In tal guisa l'unità si costruisce oltre il volere dei singoli e rappresenta, in questa accezione *ipso facto*, il germe dei totalitarismi.

Le espresse deduzioni teoretiche di Irti giungono non appena si manifesta l'evento pandemico. A tal proposito è interessante notare la *torsione* che l'oggetto del volume assume. Prendendo avvio dall'asserzione di Zhong Acheng, scrittore cinese, per il quale il propagarsi *virus* in Italia si è intensificato in quanto gli individui (o non hanno obbedito all'accorato appello “*restare a casa*” oppure) per la insufficiente paura della morte, Irti distingue due ipotesi: a) le prescrizioni mediche non accompagnate da sanzioni afflittive; b) valutazioni medico-scientifiche indiscutibili elevate dall'ordinamento; ambedue spiegate con Kant. Nel primo caso, infatti, l'individuo sarebbe posto innanzi ad un *imperativo ipotetico*; nel secondo, allorché la prescrizione sanitaria assurge a rango di norma giuridica, diverrebbe *imperativo categorico* e l'azione sarebbe oggettivamente necessaria per sé stessa⁵⁶. “*Restate in casa*” da “consiglio” (o *mero fatto*) assume i contorni dell'obbedienza se cristallizzato in una norma che comanda di sostare in casa⁵⁷. Ciò non nega l'ipotesi – anzi, per Irti è quasi una conferma – che si verifica allorché il contagio della malattia raggiunge indici notevolmente elevati ed il timore di ciascuno non considera (o, meglio, non si interessa) più (solo) la sanzione – la quale perde qualsiasi autonoma efficacia –, ma si stringe attorno alla paura e lo sguardo del singolo percepisce un dovere morale l'osservanza delle regole (per sé stesso e) anche nell'interesse altrui.

4. Fenomenologia dell'obbedienza.

A fronte di quanto l'A. ha sostenuto in precedenza, la terza parte del libro conferma il pensiero, ma, al tempo stesso, include qualche risvolto ulteriore. Infatti, a ragione delle anteriori argomentazioni, il soggetto si trova di fronte ad una scelta – pur sempre nei margini noti (cfr., §2) –, situato davanti a due prospicienti opzioni. Sicché la forma di obbedienza (ovvero di riscontro alla direttiva) parrebbe incondizionatamente univoca dal suo essere posta (in un'area di certezza), ancor più, quindi, laddove si intenda aderire a ciò che ha preconizzato il positivismo⁵⁸. Nel ragionamento irtiano l'obbedienza è rinvigorita al fine di esaltare la scelta individuale e, per logica deduzione, i molteplici modi (e le innumerevoli ragioni) dell'atto di osservanza. Se resta chiaro, da un lato, il rilievo di ciò che è *posto*; dall'altro, sono presentati (conciati?) veri e propri «schemi tipici»⁵⁹ i quali, spogliati da emotività e immediata faziosità, recano una ricognizione delle

⁵⁴ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 77.

⁵⁵ R. SMEND, *Dottrina dell'integrazione*, in *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 277-278.

⁵⁶ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 85.

⁵⁷ *Ivi*, 105.

⁵⁸ Criticamente, interrogandosi su fattualità e giuridicità M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, Casa editrice Leo S. Olschki, 2019 (rist. 2021).

⁵⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, Op. cit., 111.

più comuni e diffuse varietà (dell'atto di obbedienza). In breve: ad “una” direttiva segue sì l'atto di obbedienza ma esso è innervato da “numerosi” fattori affermanti, spesso, il soggettivismo individuale. Indubbiamente, emerge un solipsistico travaglio, quasi monade arroccata, così drammaticamente realistico. Nel volgere della storia e/o delle storie (degli uomini) rutilanti assurgono plurimi scorci di impegno, sangue, carne. Gli eventi scolpiscono il masso megalitico dell'indifferenziata omogeneità; talché possono registrarsi più modi di udire una direttiva e, altrettanti motivi, di risposta. Così il *viaggio* annota l'«obbedienza per conformismo»⁶⁰ ovvero quella che si adagia ai comportamenti delle maggioranze e quasi tange la servitù volontaria. In questo caso, non rileva neanche lontanamente la forza coercitiva della norma: il singolo ripete, a prescindere, le azioni degli altri singoli; esse sopraggiungono addirittura a criterio decisionale. Più raffinata, e perciò distinta da quella innanzi riferita, è l'«obbedienza per abitudine»⁶¹ la quale annovera un'*obbligazione complessa* gravante su ciascun membro della società. In altri termini, il singolo ubbidisce rispondendo alla pluralità di doveri uniti e conformanti – ciò secondo la visione di Bergson – all'appartenenza a quella data società.

Di seguito l'A. pone pure esistente – e, onestamente, non potrebbe essere diversamente – l'«obbedienza per paura»⁶² è quella probabilmente più diffusa: la sanzione in caso di infrazione diviene fattore determinante⁶³. Essa è già preconizzata nel *Leviatano* in quel potere invisibile che tiene gli uomini in soggezione, si tratta di un terrore *artificiale* della legge. Tuttavia, sebbene l'esperienza dalla paura garantisce comunque uno spazio di scelta e permette di giudicare il contenuto di un comando, altra cosa è l'esperienza del numinoso nel quale l'Io si dissolve completamente. In tale seconda accezione non può discorrersi propriamente di obbedienza poiché manca l'umano rapporto tra chi comanda e colui che ascolta: l'obbedienza è atto positivo di volontà e, di conseguenza, non si manifesta in assenza di tale energia. Ponendo lo sguardo al confuso scenario emergenziale, per Irti è proprio la paura a segnare l'evento pandemico e il comando ha la semplice natura di *imperativo ipotetico* (Kant). Da siffatta angolatura le pagine recano una franca obiettività; paura della morte, del contagio, degli untori aspetti che orientano il volere (benché l'A. prediliga l'uso del verbo «educano»). La separazione è salvifica, lo spazio non è più luogo plaudente alla convivenza; non a caso, ricorre l'evocativo “*stare distanti almeno un metro*” assume la tutela della propria integrità fisica e quella degli altri al punto da legittimarsi partecipi di un destino comune. Atteggiamento pur noto nel fiero auspicio “*andrà tutto bene*”.

Altra tipologia è rappresentata dall'«obbedienza per scambi»⁶⁴ che puntualizza una risposta al comando dietro il “corrispettivo” di un vantaggio. Il fare o non fare è guidato da utilitarismo finalistico. Per altri aspetti, in tal senso, calzante appare la pagina citata dall'A., espunta nel *Leviatano*, laddove l'osservanza alle leggi è costitutiva dello Stato e, al tempo stesso, effetto di questo formarsi. L'obbedienza è causa ed effetto; istituisce un potere e allo stesso è sottomessa.

⁶⁰ *Ivi*, 112.

⁶¹ *Ivi*, 113.

⁶² *Ivi*, 114.

⁶³ A dire il vero questo “tipo” di obbedienza desta perplessità laddove è determinate considerare l'estremo atto: P. COSTA (a cura di), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano, Feltrinelli, 2010.

⁶⁴ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 119.

Nella minuziosa ricomposizione delle plurime classificazioni – o, forse, sarebbe meglio discorrere di *varietà*? – approfondisce poi l'«obbedienza per *legittimismo*»⁶⁵ raffigurata dall'atto di ossequio del destinatario alla(e) direttiva(e) *legittima(e)*. Evidentemente tale accezione reca – probabilmente più delle altre – un risvolto eminentemente giuridico. L'obbedienza insieme al compimento dell'atto manifestano la coesistenza dei profili di *legalità* e *legittimità*: la legge eseguita è *legge*, la cui posizione è accettata e riconosciuta dai destinatari. La disamina richiama⁶⁶ Max Weber⁶⁷ e la nota distinzione fra tipologia⁶⁸ del potere *legale* (fondato sulla statuizione e si obbedisce, in virtù della legalità formale, all'ordinamento impersonale statuito legalmente nonché ai soggetti preposti), *tradizionale* (obbedienza alla persona del signore designata dalla tradizione), *carismatico* (si obbedisce, con totale fiducia, al colui che qualificato carismaticamente). Torna ricorrente la propensione alla scelta iniziale: assumere la potestà regia come inizio della vita giuridica (a modo di kelseniana *Grund-norm*) significa accettarne la “legittimità”. La disamina è si avviluppa tra *legalità* e *legittimità*; quest'ultima è invocata contrariamente alla prima da oppositori e dissenzienti in quanto negare la *legittimità* di un regime è come contrastarlo in nome di una diversa *legalità*. In ricorrenza ciclica, poi, rivendicare *diversa legittimità* descrive l'aspirazione di coloro che vorrebbero *nuova e diversa legalità*. Irti segnala così l'eterna ambivalente sospensione tra le due forme: la *legittimità* vuol farsi positiva, e perciò tradursi nella *legalità* di altre norme. La vigente *legalità* percepisce contro di sé la *legittimità*; e a questa, ove riesca a farsi spazio una *nuova legalità*, si opporranno ideali o fanatismi di un diritto futuro⁶⁹.

In siffatta trama, differente da tutte le predette può dirsi l'«obbedienza per *cittadinanza*»⁷⁰ la quale si prefigge di legare i membri della comunità per ragioni profonde e nobili o, malgrado ciò, per fini strumentali e riconosciute pratiche (tradizione, sangue, suolo, nazionalità, ecc.). Tuttavia, l'A. avverte la “finzione” di questa tipologia che è ormai sopita, attenuata, sbiadita; non a caso, la mera appartenenza civica non risolve, da sola, la vera motivazione retrostante all'atto di essere osservante. In un contesto multiforme e *liquido*, l'A. ritiene non raffigurabile alcun fondamento unitario ed organico *della* cittadinanza (pur registrando, tra le pagine in commento, il silenzio sulle dottrine e teorie di riferimento); tutto è ulteriormente *diluito* nella scelta individuale del singolo.

L'ispessirsi della condizione umana appunta – e non certo contraddice – anche l'ipotesi di sua *assenza* la quale, paradossalmente, diviene parimenti rivelatrice di qualcosa. Ciò avviene, ad esempio, nell'ipotesi di «obbedienza per *identificazione*»⁷¹: due volontà – quella di chi proferisce il comando e quella di chi ascolta – si assimilano oltremisura. Tale insidiosa casistica non permette, però, di riscontrare l'effettiva caratteristica dell'atto di obbedienza che è rappresentato, come più ampiamente affermato, da un severo processo interiore. Nel tentativo di circoscrivere tale tipologia, Irti annota, con realistica crudezza, la volontà di Eichmann identificata a quella del

⁶⁵ *Ivi*, 121.

⁶⁶ *Ivi*, nt. 93.

⁶⁷ M. WEBER, *Economia e società*, I, Milano, Edizioni di Comunità, 1974, 208; 210 ss.

⁶⁸ A tal riguardo, Irti propone, nel saggio in analisi, la pagina di G. REBUFFA, *Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, Giappichelli, 1989, 31 ss.

⁶⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 122.

⁷⁰ *Ivi*, 123.

⁷¹ *Ivi*, 126.

Führer⁷²: qui ha modo, ancora una volta, di esplicitarsi il ragionamento sull'assenza di ogni distanza critica, cioè la distinzione dell'ascoltare e giudicare; manca, in altre parole, la volontà in grado di esprimere e comunicare ad un'altra la quale, posta in ascolto, scioglie poi il dilemma (sì o del no).

Altro sbocco apparentemente lineare è annoverabile allorquando si obbedisca «*per giuramento*»⁷³, conveniente agli Stati confessionali. La scelta non è più garanzia del “momento attuale” poiché l'obbedire promesso è proiettato *nel* futuro e la divinità infligge sanzione nel caso di inadempimento. L'emblema esemplificativo facilmente afferrabile è dato dall'atto di obbedienza prestato da un voto religioso (la c.d. professione solenne o voti perpetui, appunto). Non vi è tentennamento tollerato poiché il promittente giura “*per sempre*”⁷⁴. Il contenuto del comando non è più messo in discussione e, di converso, disobbedire ad un solo atto equivale ad infrangere quella promessa, quel giuramento. Il tratto più rilevante è riconosciuto, appunto, dalla proiezione futuristica: si tratta di un'obbedienza *per la vita* con include la doverosità a qualsiasi comando, senza quindi ascoltarlo preliminarmente. Inoltre, si scorge un qualcosa di *trascendentale* in quanto l'autorità emanante potrà certo essere differente (in senso fisico, cioè un diverso individuo) da quella che ha sigillato il giuramento in terra. Solo disobbedendo il vincolo, “quel” vincolo, si lacera finendo per tormentare l'interiorità dell'individuo per l'eternità⁷⁵.

L'«obbedienza *per coerenza*»⁷⁶ è spiegata riprendendo la vicenda di Socrate il quale dapprima ascolta le leggi, successivamente sceglie l'alternativa del sì o del no, infine decide di rimanere. La propria storicità è un fardello del quale non potersi liberare. Restare (e quindi ascoltare la direttiva) o andarsene obbliga, ad un atto che è sostenuto dalla sola propensione al rispetto di quanto *ascoltato* e liberamente *prediletto*.

Si tratta di *tipi* che si amalgamano in modo e misure differenti. La varietà di combinazioni può essere colta addirittura nel costituzionalismo il quale richiede pur sempre una partecipazione individuale (prima che collettiva) per poter innalzare la norma a legge fondamentale, ovvero nel senso di dare origine e giustificazione a tutte le altre costitutive dell'esistenza giuridica dell'individuo. E per Irti al controllo individuale soggiace pure l'art. 54, comma 1, Cost. relativo al dovere di fedeltà alla Repubblica e all'osservanza della Costituzione e delle leggi. Il riferimento relativo all'anzidetto frammento costituzionale – l'unico che si legge espressamente nel volume⁷⁷ – tace la dottrina susseguitasi. Infatti, com'è noto, Carlo Esposito ha primariamente segnalato la concezione sulla fedeltà che esalta l'obbligo del cittadino di agire come membro della

⁷² *Ivi*, 127.

⁷³ *Ivi*, 128.

⁷⁴ Si pensi, a conferma, che l'Ordinario ordinante, durante rito di ordinazione di un presbitero della Chiesa cattolica, pone all'eletto (non ancora formalmente ordinato) la seguente domanda: «prometti a me ed ai miei successori filiale rispetto e obbedienza?». In realtà, le letture specialistiche ritengono che non si tratti di vincolo giuridico, bensì di *obbedienza sacramentale*, non identificabile con quella dello schiavo ma intessuto di legame filiale poiché l'autorità episcopale acquista la paternità dell'ordinato e per tale ragione il “figlio” condivide, a diversi livelli, la responsabilità del “padre”-Vescovo. Cfr., B. L. PAPA, *Il presbitero nel rito di ordinazione sacerdotale. Considerazioni mistagogiche sul Rito dell'Ordinazione, dei Presbiteri*, Taranto, Edizioni fastdigitalprint.it, 2010, spec. 53.

⁷⁵ In realtà “la dannazione eterna” che Irti sembra addebitare a chiunque infranga il giuramento soggiace, al più, alla sensibilità dell'individuo. Infatti, anche a voler prendere a parametro di discussione l'ordinamento canonico deve ammettersi l'esistenza di una qualche forma di *giudizio* a tacere poi, di variegati richiami a forme di *perdono e misericordia*.

⁷⁶ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 132.

⁷⁷ *Ivi*, 137.

Repubblica⁷⁸. Per altri versi, poi, da un lato la fedeltà è stata considerata inscindibilmente legata ai valori desumibili dalla Costituzione (materiale); dall'altro, il dovere esige l'osservanza in quanto presuppone l'adesione indefettibile a principi/valori fondamentali⁷⁹. Ancora, la disposizione dell'art. 54 co. 1 è stata ripresa sostenendo che la fedeltà è alla Costituzione e, nondimeno, all'ordinamento democratico⁸⁰ nel suo complesso. A fronte di ragionamenti generali, vi è chi estende ulteriormente il concetto di fedeltà per aggirare un adempimento dei doveri fissati dalla legge⁸¹; e ben altra cosa è quindi il modello che propende per interpretare la fedeltà alla stregua di un vincolo al metodo democratico⁸². Infine, per altra dottrina, il dovere in parola è quello che grava sul cittadino laddove egli è considerato baluardo di salvaguardia della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi supremi⁸³. Ciò nonostante, per Natalino Irti, a ben osservare, il *dovere* presuppone una pregressa assunzione meramente *individuale*⁸⁴ della Costituzione a fonte e giustificazione delle altre leggi e ciò, seppur si discosta da alcune delle indicate interpretazioni, pone l'accento sull'avvertimento già udito nel dibattito assembleare: si tratta pur sempre di obbligo non accompagnato da sanzione se non in *foro coscientiae*⁸⁵.

A conclusione delle plurime forme di obbedienza si materializza all'orizzonte il diniego a discorrersi di obbedienza *per amore*. Tale sentimento non si isola individualmente essendo, quello umano, di natura relazionale, quasi alla stregua di un *epifenomeno* dell'assuefazione l'altro. *Per amore* si compiono, reiteratamente, “salti nel buio” che non consentono un preliminare ascolto. Dunque, l'obbedienza non è il semplice rispondere *sì* – come avviene, ad esempio, replicando alla nota locuzione «*vuoi tu prendere come legittima sposa/sposo la/il qui presente?*» –, giacché l'obbedienza necessita di una presa di posizione a fronte di un comando⁸⁶. Del resto, il sentimento (pur cosmico che sia) è *originariamente* ed intimamente orientato altrove; nulla può spartire quindi con l'atto di obbedienza autentico.

⁷⁸ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 52.

⁷⁹ G. LOMBARDI, *Fedeltà (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 147; inoltre, per uno studio approfondito su (tutta) cfr., ID., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967.

⁸⁰ L. VENTURA, *Art. 54*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, *Rapporti politici*, Bologna, Zanichelli, 1994, 57.

⁸¹ A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989, 1.

⁸² S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo stato laico*, Napoli, Jovene, 1986, 109.

⁸³ A. MORELLI, *Art. 54*, in F. CLEMENTI– L. CUOCOLO – F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino, 2018, spec. 345-346 ha segnalato inoltre che il dovere di fedeltà alla Repubblica e quello di osservanza della Costituzione vanno intesi con il qualificarsi degli stessi a doveri di solidarietà; infatti, secondo tale interpretazione emergerebbe nitidamente l'intenzionalità di fissare la condivisione di principi comuni.

⁸⁴ Si coglie, forse, l'idea che laddove i cittadini non concepiscono la legge e/o non sono in grado di giustificarne la doverosità non esisterebbe neanche la legge. Questo anche l'intendimento che si coglie in M. DOGLIANI, *Cittadino: un modello culturale superato?*, in *Questione Giustizia*, n. 3-4, 2011, 19 e ss. In generale, sul concetto di dovere indefettibile a rendere concreti i diritti, si v.: L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Milano, Einaudi, 2014, *passim* (o, se si preferisce, spec 72 e ss.)

⁸⁵ V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, 1949, Roma, Colombo, 103 si legge l'intervento degli on. Cesario Rodi e Orazio Condorelli; in senso contrario il relatore on. Umberto Merlini il quale riteneva che non vi era turbamento della coscienza di alcuno dovendo considerare imprescindibile la fedeltà alla Repubblica, allo Stato, alla cosa pubblica.

⁸⁶ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 137.

5. Concludendo (...quasi in forma di apologo)

Fino qui nel *Viaggio*(-libro) si è scelto di “obbedire” – provando a descrivere dettagliatamente⁸⁷ le “tappe” senza particolare eccesso di selezione – all’itinerario cadenzato dalla “guida”(-Autore). In conclusione, però, come ogni viaggiatore che si rispetti, giunge il momento di postillare la sequenza dei paesaggi e delle frontiere attraversate⁸⁸. Indubbiamente ha ragione Irti quando afferma che la vita è innervata da molteplici atti di obbedienza⁸⁹. Peraltro, se tutto risiede (davvero) nella coscienza individuale si spiega agevolmente anche la lineare relazione «parlare-ascoltare/farsi capire-capire/comandare-obbedire» di modo che «per giungere all’ultimo stadio è imprescindibile attraversare i primi due momenti»⁹⁰. La mediazione linguistica è essenziale alla dinamica dell’ascolto, della decisione, della obbedienza.

Quanto innanzi è sufficiente a suscitare tre considerazioni destinate, quasi certamente, ad intrecciarsi.

Preliminarmente, desta qualche esitazione l’esaltazione della scelta individuale non corroborata da una reale forma di *discernimento*. Il progressivo isolamento – che nella più nobile versione ripone tutto nello Spirito universale⁹¹ – non garantisce aprioristicamente il manifestarsi di forme degenerative; invero, dall’“*io autarchico*” all’“*io minimo*” il passo potrebbe essere rapido⁹². Se la scelta individuale è celata negli abissi più profondi solo il *discernimento* induce ad una ponderazione ulteriore che, magari, gioverebbe alla “*scelta iniziale*” di irtiana memoria; in siffatto modo, forse, alcune forme di obbedienza – soprattutto quelle terminante in azioni cruenti (che il libro di Irti annovera comunque in momenti di obbedienza comuni ad altri) – sarebbero allontanate *ab origine* dall’ascoltatore.

In secondo luogo, affinché il ragionamento esposto nel volume studiato possa trovare conferme andrebbe esplorata la singolarità dell’atto di obbedienza rispetto all’apporto delle scienze cognitive (sulle possibili differenze tra intenzione-azione) e degli studi neurali per i quali ogni scelta è essa stessa anteriore all’azione, decisa *prima* dell’atto fisico. Lo stesso supplemento

⁸⁷ Infatti, si è consapevoli del rischio di prescindere dall’autore di un dato volume dando alla lettura orientamento diverso (magari pure configgente), indipendentemente dal “senso” l’autore ha depositato nel libro. A riguardo, F. FIORENTINO, *Attualità di san Tommaso d’Aquino. Temi di filosofia aristotelico-tomistica*, III, Napoli, Editrice Domenicana italiana, 2018, *passim*; trattasi di opzione ermeneutica – opposta all’essenza dei *fondamenti di ermeneutica oggettiva* propugnati dallo stesso Ferdinando Fiorentino – simile a quella di un fisico che intende conoscere un fenomeno indipendentemente dalla causa che lo ha prodotto e dal processo causale secondo cui questo fenomeno si è prodotto

⁸⁸ Il senso è quello offerto da C. MAGRIS nella *Prefazione*, in ID., *L’infinito viaggiare*, Milano, Mondadori, 2005, XII.

⁸⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 140.

⁹⁰ *Ivi*, 141-142.

⁹¹ B. CROCE, *Il carattere della filosofia moderna*, Bari, Laterza, 1963, spec. 47; si è detto [uno] dei fondamentali teoremi dell’idealismo crociano è che nulla esiste al di fuori dello Spirito universale; neanche la natura potrebbe esistere come altro dallo spirito: cfr., L. PELLICANI, *I difensori della libertà*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018, 11, nt. 17.

⁹² Per altri versi, lo registra, seppur con palese tendenza, G. ANGELINI, *Le ragioni della scelta*, Magnano, Edizioni Qiqujon, 1997, 37.

di analisi, poi, lo richiederebbe la scelta compiuta sulla scorta di una c.d. spinta gentile (*nudge*⁹³) e/o parimenti considerando il compimento relazionale tra l'azione osservata e quella eseguita⁹⁴.

In secondo luogo, l'atto di obbedienza pur recondito che sia allorché è eseguito all'interno di ordinamento giuridico diviene anch'esso irrimediabilmente *terrestre*⁹⁵ e, pertanto, non può dirsi senza luogo (*u-topia*) e/o senza nessun tempo (*u-cronia*⁹⁶). L'uno (che "comanda") è destinato ad incontrarsi⁹⁷ con l'altro (che "ascolta", "obbedisce"): uomo, gruppo sociale, popolo vivono il diritto (*ubi societas ibi jus*) che «è nato con l'uomo e per l'uomo, inscindibilmente collegato alla vicenda umana nello spazio e nel tempo»⁹⁸.

Il terzo ed ultimo apprezzamento ruota attorno al descritto rapporto tra *obbedienza* e *libertà*. Irti ciclicamente mantiene saldo il convincimento che la libertà tange una fitta trama di obbedienze⁹⁹ e, per tale ragione, «l'obbedienza è insieme esercizio di libertà e fondamento di nuova»¹⁰⁰. A tal riguardo, vuol farsi notare, però, che la libertà, quella di scelta dinnanzi alla direttiva udita, potrebbe anch'essa manifestarsi – proprio come l'obbedienza – in plurime forme¹⁰¹ antitetiche o simmetriche, parallele o comparate, ecc. Dunque, sempre torna l'"inizio" (della scelta). Nella prospettiva di abbandono della concezione *naturalistica* in luogo di quella *storica* la libertà può annoverarsi «dentro la cornice positiva della legge»¹⁰² e lì definirsi e determinarsi¹⁰³. Tuttavia, eventuali derive di sottomissione non sono facilmente pronosticabili e, quindi, il rapporto reca – per stessa ammissione dell'A. – un fattore di «rischio»¹⁰⁴. Comandare e obbedire auspicano (o illudono?) un atto responsabilità verso sé stessi¹⁰⁵; così, *viaggiando tra gli obbedienti* in tempo di pandemia, la mèta è la dialettica del comandare e ascoltare, del capire e decidere, e, mentre l'irripetibile singolarità dell'atto di obbedienza irradia l'alba, la vigilanza sui meccanismi che governano tale rapporto si apprezzano meglio al crepuscolo.

⁹³ C. SUNSTEIN–R. THALER, *Nudge. La spinta gentile. La nuova stagione per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. A. OLIVIERI, Milano, Universale Economica Feltrinelli, 2014.

⁹⁴ M. AMMANITI – P.F. FERRARI, *Il corpo non dimentica. L'io motorio e lo sviluppo della relazionalità*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020.

⁹⁵ Laddove si voglia configurare qualche riferimento alla statualità vale la pena annotare, con Crisafulli, che lo Stato è il solo ordinamento, al tempo stesso, *territoriale* e *sovrano*: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, 1970, Padova, Cedam, 51. Anche si v., G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2017, spec. 1-2 e *passim*; L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2017, spec. 52 e *passim*.

⁹⁶ Ovvero l'*achronie* nota al filosofo francese Charles Renouvier e ripresa, forse in termini meno rigorosi, da C. Augias, *Il disagio della libertà. Perché agli italiani piace un padrone*, Milano, Rizzoli, 2012, 38.

⁹⁷ Coinvolgente considerare la natura ambivalente della solitudine A. MUSI, *Storia della solitudine. Da Aristotele ai social network*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 2021.

⁹⁸ P. GROSSI, *Op. cit.*, 12.

⁹⁹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 149.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Si pensi al paradosso descritto in chiave politologica da M. VIROLI, *La libertà dei servi*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

¹⁰² N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, *Op. cit.*, 149-150.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ivi*, 157.

¹⁰⁵ *Ibidem*.



A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 340*

Il volume in analisi muove dal riconoscimento del fatto che i movimenti migratori, dato irreversibile del mondo contemporaneo, hanno messo in discussione - ed in alcuni casi specifici ampiamente superato - il modello ottocentesco dello Stato-Nazione, e prefigurato piuttosto la presenza *normale*, nel medesimo territorio, di comunità riconosciutesi come tali, e pertanto intenzionate a far valere, rispetto alla maggioranza, differenze di ordine culturale, giuridico e religioso. Complessivamente tali differenze chiamano in causa sia la Forma di Stato – «*intesa come assetto dei rapporti fra governanti e governati*» - che la Forma di Governo (p. 20), con i relativi meccanismi costituzionali. Laddove la tradizione giuridica dello Stato liberale ha sempre teso piuttosto alla garanzia dei diritti individuali (p. 27), una processualità tanto complessa pone la necessità, in termini più espliciti e urgenti che in passato, della definizione e della tutela di diritti *collettivi* in capo a tali comunità: di diritti, cioè, riconosciuti «*a una entità, con un nome collettivo, che, pur indicando una pluralità, è concepita organicamente (almeno sotto il profilo etico) come dotata di una volontà unitaria e costante, sempre esprimibile e riconoscibile*» (p. 27).

Più ampiamente, inoltre, il problema è quello della messa a punto di riconoscibili strategie giuridiche e politiche atte a garantire, nella pluralità, una convivenza quanto più possibile priva di conflitti. Questo, naturalmente, in riferimento esclusivo a ben delimitati campi di applicazione, ed entro i limiti invalicabili degli ordinamenti democratici e dei principi non negoziabili che questi ultimi intendono esprimere e tutelare.

Ciò sollecita innanzitutto la necessità di una ricognizione - e di una critica - dei modelli teorici di integrazione fra culture, concepiti e più o meno coerentemente applicati nel mondo occidentale nei tempi recenti. È questa una analisi che viene affrontata fin dalle prime pagine del volume in analisi, ma che ritorna insistentemente, più volte ripresa, argomentata e precisata, in tutto il corso del lavoro. Essa costituisce, in effetti, un appuntamento teorico di primaria importanza, che

* Contributo sottoposto a *peer review*.

giustifica e sostiene le considerazioni via via introdotte nei casi specifici. Nella prospettiva adottata dall'Autore - che si avvale positivamente di saperi collaterali, ed in particolare dei contributi che la sociologia, l'antropologia e la storia sono andate elaborando in tema di immigrazioni, minoranze e problemi identitari - occorre innanzitutto prendere le distanze dal modello assimilazionista, quello per cui «*il trascorrere del tempo e le dinamiche sociali conducono naturalmente, attraverso un processo organico e lineare, all'assimilazione dei migranti ... [così che] la società ospite resta libera da squilibri e tensioni sociali e i migranti possono aspirare a un riconoscimento di ruolo*» (p.13), come pure dal modello funzionalista, che «*più che una integrazione mira a realizzare un'accoglienza dei migranti funzionale ai benefici che la comunità autoctona può trarne. I migranti vengono accolti affinché con il loro lavoro concorrano al benessere economico della società ospite*» (p.14).

Entrambi, secondo l'Autore, mostrano limiti rilevanti. Il primo perché tende a negare dignità alle diversità culturali e religiose espresse alle minoranze, finendo con l'aderire *de facto* alle istanze dell'identità maggioritaria (p. 26), ed il secondo perché muove da una sostanziale indifferenza per i problemi di integrazione delle minoranze stesse che, in quanto percepite come presenze temporanee, non sono sollecitate a mantenere nel nuovo contesto le proprie specificità. Anche per quanto riguarda il modello multiculturalista, che pure rappresenta quello teoricamente più attento e sensibile ai problemi dell'integrazione, vanno peraltro fatte valere alcune precisazioni di fondo. Non è infatti sufficiente un multiculturalismo inteso come semplice presa d'atto di presenze culturali multiple e differenziate nello stesso territorio. Una strategia di questo tipo implica infatti una sorta di disinteresse per il reale e armonico sviluppo delle comunità interessate, con il risultato di una tendenza alla frammentazione in entità separate e reciprocamente indifferenti, piuttosto che cooperanti verso una progettualità comune. Non si tratta quindi solo del riconoscimento di diritti collettivi per le minoranze, ma della messa a punto di strategie giuridiche atte piuttosto a favorire il dispiegamento delle differenze, ovviamente entro i limiti sopra indicati. L'orizzonte teorico dal quale l'analisi prende avvio è pertanto quello di un *progressive multiculturalism* (p. 190), un *multiculturalismo attivo*, capace di farsi promotore di istanze di sviluppo giuridico anziché di istanze di mero "contenimento" delle specificità. Una strategia così avvertita deve trovare attuazione «*attraverso politiche di inclusione delle comunità immigrate, valorizzandone la cultura di origine e promuovendone il consolidamento e lo sviluppo. In tal modo i componenti delle comunità minori partecipano alla vita economica, sociale e politica del Paese, assumendosi le responsabilità correlate e i benefici che ne derivano. Al tempo stesso tali comunità sono assecondate nel conservare la propria religione, le proprie tradizioni e la propria lingua, insomma la propria identità culturale*». (p. 14).

Va osservato che alcuni ordinamenti costituzionali recenti (il Canada, in particolare, ma anche – in Europa – il Belgio e diversi paesi dell'area balcanica) hanno espressamente affermato l'idea del multiculturalismo fra i propri principi ispiratori, ponendo in essere specifiche politiche multiculturali, che prevedono strategie di *favor* (p. 38) in ordine a quattro aree: «*a) la deroga alle disposizioni comuni; b) il diritto alla promozione ed allo sviluppo; c) il diritto alla rappresentanza nelle istituzioni e, da ultimo ma non ultimo, d) il diritto all'autogoverno*» (p. 38).

Fra le prime va considerata, con particolare interesse, la *override clause* (o *notwithstanding clause*) prevista dall'ordinamento canadese. In virtù di tale possibilità di deroga, ad esempio, la Corte Suprema canadese ha autorizzato i giovani sikh a portare il *kirpan* (il coltello rituale destinato a

combattere gli spiriti) anche nelle aule scolastiche, in deroga alle norme di sicurezza generali (p. 40). Fra le seconde vanno invece annoverate diverse buone pratiche in termini di protezione linguistica delle comunità minori e di promozione delle tradizioni culturali.

Una difficoltà particolare che si pone a quest'ultimo proposito è la presenza innegabile di un'area di sovrapposizione fra gli elementi identitari di natura culturale e quelli di natura invece specificamente religiosa, dal momento che gli ordinamenti trattano spesso in maniera diversa le due fattispecie (si pensi al principio della *laïcité* nel caso della Francia, pp. 60 e 72). Un esempio interessante a questo proposito ha riguardato, nel nostro paese, l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: nel primo grado di giudizio la Corte Europea dei Diritti Umani ne aveva riconosciuto la valenza religiosa, mentre successivamente la stessa Corte accolse la tesi del Governo italiano circa la natura eminentemente culturale del crocifisso (pp 53-54). Va peraltro osservato che, secondo l'Autore, nell'Unione Europea la «*dimensione multiculturale fatica ad affermarsi perché manca una competenza propria degli organi comunitari inerente la tutela di quelle minoranze culturali cui si riferisce l'art. 21 della Carta di Nizza. Manca una definizione degli standard minimi di garanzia e, soprattutto, manca l'enumerazione anche solo esemplificativa di tali diritti*» (p. 48).

La tutela della diversità culturale rimane quindi una prerogativa degli Stati, anche se fondamentali strutture comunitarie come il Consiglio d'Europa sono intervenute con propri atti a tutela della libertà religiosa, e del diritto di cambiare o abbandonare la propria fede religiosa (p. 51).

Il volume continua sottolineando l'emergere, soprattutto negli ordinamenti di più intensa e antica diversificazione culturale e religiosa, in cui vi è un variabile grado di apertura rispetto alla pluralità religiosa, della nozione di *pluralismo giuridico*. Con ciò si intende fare riferimento al processo per cui gli ordinamenti giuridici statali vedono «*la propria produzione normativa integrata da norme che sfuggono al proprio controllo e che al tempo stesso trovano effettiva applicazione nelle relazioni tra i consociati. Si tratta di una pluralità di norme che tuttavia non presentano tutte il carattere proprio delle norme giuridiche*» (p. 77) (tanto che l'espressione *pluralismo normativo* risulterebbe più appropriata), ma che effettivamente governano il comportamento degli individui. Fra queste, naturalmente, le norme che muovono da fonti tradizionali legate a comunità di cultura e di religione. Ciò contraddice evidentemente il principio *one law for all* (p. 81), dal momento che prefigura una situazione in cui risultano all'opera meccanismi giuridici diversi che si applicano a situazioni identiche (p.79), ma che consente il rispetto reale di minoranze che reclamano il diritto di «*essere diverse dalla comunità dominante nelle quali sono inserite*», superando «*l'atteggiamento di formale neutralità*», per cercare «*spazi di effettiva tutela e promozione del diritto alla diversità*» (p. 81). Le *affirmative actions* costituiscono precisamente uno strumento tipico in una simile prospettiva, in quanto, derogando al principio di uguaglianza formale, dispongono trattamenti differenziati in favore di *gruppi di individui* ritenuti destinatari di particolare tutela (p.85). È attraverso la pratica di una simile *reasonable accomodation* (p. 88) – soprattutto nei paesi di *common law* – che è possibile sopperire alla non-equità reale del principio della validità *erga omnes* di specifiche norme: ad esempio riconoscendo ad aborigeni australiani e a *inuit* canadesi diritti tradizionali in materia di caccia e pesca (p. 86) o consentendo agli *Amish* americani alcune deroghe circa l'istruzione obbligatoria dei figli. (p. 87)

L'applicazione di una simile «giurisdizione sensibile alla cultura» (p. 89) diventa evidentemente cruciale laddove l'esercizio della libertà religiosa assuma forme in contrasto grave con determinati aspetti degli ordinamenti vigenti in una data area (p. 90). Quando l'esercizio della *composizione ragionevole* è affidato a organi giudicanti diversi da quelli statali si delinea un complesso di istituti e procedure noto come *Alternative Dispute Solution (Adr)*. Si tratta peraltro di un modello assai antico, e praticato con particolare efficacia nel mondo musulmano, noto come il sistema dei *millet*. L'Autore analizza in dettaglio la storia di questo istituto, mettendone in risalto la valenza sostanzialmente positiva in termini di rispetto per le minoranze, laddove nel mondo occidentale contemporaneo vigeva piuttosto il principio intollerante del *cuius regio eius religio*, sancito dalla Pace di Augusta del 1555 (p. 103). È interessante osservare a questo riguardo che ancora oggi l'insieme delle relazioni fra lo stato greco e la minoranza musulmana della Tracia occidentale è basata sul modello ottomano del *millet*, in una forma di *neo-milletism* (p. 112). Nel caso specifico i cittadini greci di religione musulmana della Tracia occidentale sono pertanto liberi di scegliere fra la giurisdizione civile e quella musulmana del *muft*. È questo un punto molto importante, sul quale si avrà modo di tornare: se infatti la giurisdizione musulmana dovesse configurarsi come obbligatoria, si determinerebbe una intollerabile discriminazione religiosa tra cittadini greci di diversa religione (p. 117). È dunque essenziale che questo diritto di scelta - anche a sfavore della propria appartenenza religiosa, una sorta di *right of exit* (p. 334), sia effettivamente tutelato, in nome del principio di *free self-identification* (p. 118).

Nel contesto planetario dei movimenti migratori le comunità islamiche occupano evidentemente una posizione di particolare rilievo, soprattutto in alcuni paesi dell'Europa occidentale e dell'America settentrionale. Relativamente assai numerose e caratterizzate da un forte senso di auto-identificazione, le comunità islamiche costituiscono una presenza che si è andata rafforzando negli ultimi decenni e che in alcuni casi (Regno Unito, Canada) pone da tempo istanze di riconoscimento di diritti culturali e religiosi. A questo elemento di oggettiva pressione, che tende ad imprimere una specifica accelerazione al problema, si unisce d'altra parte - soprattutto dopo l'attentato alle *Twin Towers* e i ripetuti attacchi terroristici di matrice islamista - la diffusione consistente di pregiudizi e di atteggiamenti di ostilità da parte delle comunità autoctone, che in alcuni casi arriva a vere e condivise forme di islamofobia. Particolarmente diffusa, a questo riguardo è la convinzione che ogni forma di possibile apertura al diritto islamico possa comportare un passo indietro rispetto alle consapevolezza maturata in Occidente circa i diritti della persona, in particolare per quanto riguarda la parità di genere ed il diritto di famiglia.

In queste condizioni - di diffusa e forte presenza degli insediamenti quanto di frequente ostilità da parte dell'«esterno» circostante - il caso delle comunità islamiche in occidente costituisce un tema di particolare urgenza rispetto ad altre minoranze culturali, e l'Autore dedica specificamente ad esso pagine di intensa e generosa attenzione. Ulteriori difficoltà, in ogni caso, concorrono a complicare preventivamente il problema teorico di una eventuale ricezione entro gli ordinamenti occidentali di alcuni elementi del diritto islamico. Quest'ultimo infatti - la *shari'a* - è storicamente oggetto di interpretazioni non coincidenti da parte delle diverse scuole giuridiche prevalenti - la scuola *malikita* nell'area del Maghreb, quella *hanafita* per i musulmani dell'area turca, pakistana o indiana, (p. 67) e così via - per cui «non esiste un solo Islam o una confessione musulmana unitaria» (p.

162). Si pongono quindi, preliminarmente, alcuni problemi di grande rilievo. Esiste la possibilità di conciliare in qualche misura la *shari'a* con il complesso dei valori e delle norme giuridiche che si sono affermati nel mondo occidentale, e che ne costituiscono un tratto culturale fondamentale? A quale o quali interpretazioni della *shari'a* fare eventualmente riferimento, fra le diverse possibili? E ancora, quali sono i settori per i quali le minoranze islamiche richiedono con più insistenza l'applicazione di norme proprie della *shari'a*? (p. 127), legge religiosa dettata da Dio che disciplina ogni aspetto del comportamento (p. 131)? Da quest'ultimo punto di vista l'Autore ritiene che in generale, i musulmani stanziati in occidente circoscrivano l'applicazione pratica della *shari'a* alle quattro seguenti aree: «*la sfera strettamente religiosa, in particolare i precetti che riguardano la preghiera, il digiuno, la sepoltura e i riti funebri, l'abbigliamento; il diritto di famiglia con particolare riguardo al matrimonio e al divorzio; le norme in materia di transazioni finanziarie, con il divieto di imporre il pagamento di interessi e di praticare l'usura; le relazioni sociali, con particolare attenzione alle relazioni di genere ed ai rapporti con i non credenti*» (p. 135).

Fra queste, sono soprattutto le norme relative al diritto di famiglia ed alle transazioni finanziarie quelle che più fortemente possono entrare in collisione con gli ordinamenti occidentali, anche se le stesse regole religiose possono avere un impatto significativo (si pensi ad esempio ai tempi prescritti per la preghiera). Il problema dell'applicazione della *shari'a* va dunque sostanzialmente ridotto, secondo l'Autore, a queste quattro sfere, e questa precisa limitazione può indurre a un importante ridimensionamento: i gruppi radicali che chiedono l'applicazione integrale della legge islamica a tutti i musulmani ovunque essi si trovino – un diritto legato quindi alla persona piuttosto che al territorio (p. 167) – costituiscono ovunque una esigua minoranza, (p. 138) il cui clamore è spesso strumentalizzato al fine di alimentare un generica ostilità, che giunge talvolta fino all'islamofobia organizzata.

Certamente, peraltro, si tratta di un percorso impervio, se si considera che ancora nel 2003, la sentenza pronunciata nel caso *Refah Partisi vs Turchia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ebbe a dichiarare «*in termini apodittici che la shari'a è incompatibile con i principi fondamentali della democrazia così come stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*» (p. 140). Si tratta tuttavia di una sentenza che secondo l'Autore prescinde da un adeguato «*approfondimento sul tema della concreta interpretazione e applicazione della shari'a*» giungendo a conclusioni assertive astratte e cioè «*sganciate dal caso di specie*» (p.144). D'altra parte, continua l'Autore, «*non è questa la sede per approfondire il tema della compatibilità tra shari'a e valori democratici occidentali perché andremmo ben al di là degli obiettivi del presente studio*» (p. 144).

È questa una affermazione che può legittimamente apparire poco condivisibile. Se è senz'altro vero che la discussione applicata a questo punto cruciale assumerebbe subito caratteri di grande difficoltà, è probabilmente anche vero che *senza* una discussione di questo tipo, cioè senza entrare nel merito della sostenibilità democratica delle norme da riconoscere, si corre il rischio di ricadere nell'ambito di una argomentazione semplicemente tecnica, sconfinante con la neutralità tanto criticata dall'Autore stesso. Se l'obiettivo del multiculturalismo attivo non è quello di prendere semplicemente atto delle differenze culturali, ma di promuovere lo sviluppo delle comunità in un contesto di coesistenza pacifica e collaborativa, diventa difficile sostenere che ciò possa perseguirsi senza una contemporanea discussione critica circa la democraticità e l'equità delle

norme, ma attraverso una sorta di agnosticismo relativista. Si configura a questo punto, probabilmente, tutta la delicatezza e la difficoltà del tema trattato. Da un lato è certamente necessario sgomberare il campo dall'argomento pretestuoso secondo il quale l'eventuale riconoscimento di norme sharaitiche implichi l'"islamizzazione" delle società occidentali, dall'altro non può essere eluso o aggirato il problema della compatibilità democratica di alcune di tali norme, in particolare per quanto riguarda la parità di genere o le tematiche del diritto di famiglia in cui entrino in gioco soggetti «deboli».

Dopo aver presentato nei primi tre capitoli del libro i termini generali del problema, il quarto ed il quinto sono specificamente dedicati ad esempi specifici: rispettivamente relativi, l'uno, al Regno Unito - che rappresenta probabilmente l'esperienza più ricca ed avanzata in materia - e l'altro al Canada ed agli Stati Uniti.

In riferimento al Regno Unito l'Autore si sofferma sulle esperienze connesse al *legislative accomodation approach* (p. 184), all'*Arbitration Act* (p. 242) del 1996 ed all'operato di tribunali religiosi «chiamati a gestire le controversie fra appartenenti alla medesima comunità di fede», che si sono costituiti fin dai primi anni '80, dapprima come *Shari'a Council* o *Shari'a Courts* e più recentemente, i *Muslim Arbitration Tribunal* (p. 224). Il potere di queste strutture è chiarito nel senso che (p. 250) «i provvedimenti e le decisioni assunte da tali organismi non hanno alcuna forza vincolante sul piano giuridico; producono i loro effetti sul piano morale e religioso, sulla base di una adesione volontaria delle parti contendenti, adesione che si presume essere libera. In altre parole, tali decisioni non sono suscettibili di essere fatte valere davanti a una corte, né si può pretendere che le corti britanniche vi diano esecuzione; tuttavia, all'interno della comunità islamica di appartenenza delle parti, le decisioni della *Shari'a Court* sono considerate pienamente vincolanti».

Il lavoro di questi organismi va costituendo una sorta di ricostruzione della *shari'a* nel contesto giuridico britannico nella forma di corpus specifico che alcuni autori definiscono come *English Muslim Law* o *angrezi shariat* (p. 250). Indubbiamente questo processo si accompagna ad una perdurante diffidenza da parte di molti settori politici e dell'opinione pubblica, circa il fatto che lo sviluppo di tali pratiche finisca per «legittimare quelle pratiche islamiche contrarie alla dottrina dei diritti umani e, in particolare, quelle regole e quei costumi a carattere discriminatorio verso le donne» (p. 250). Tale timore risulta oltretutto agevolato, e amplificato, anche dalla scarsa trasparenza dei relativi atti processuali.

Il capitolo finale sul Canada – in cui il multiculturalismo costituisce un principio costituzionale particolarmente sentito e tutelato (p. 267) – e sugli Stati Uniti, considera analoghi casi di arbitrato religioso su questioni inerenti al diritto di famiglia e sulla base dell'adesione volontaria delle parti, per esempio il *Model Family Law Arbitration Act* del 2005 e, a scopi di uniformazione della legislazione degli stati membri, l'*Uniform Family Law Arbitration Act* del 2016.

L'Autore, il quale, come si è detto, muove da una interessante prospettiva interdisciplinare - che integra positivamente il diritto con le scienze sociali, mostra con molta chiarezza come alcuni strumenti giuridici - ed ancora prima una certa *sensibilità* giuridica - nascano in contesti formati, nella propria specificità, attraverso processi sociali e storici di lunga durata. Ne segue implicitamente un interrogativo rispetto a contesti culturali in cui simili caratteristiche non abbiano assunto, o non abbiano assunto *ancora*, uno sviluppo ed una incidenza paragonabili. L'interrogativo è evidentemente quello della esportabilità di soluzioni giuridiche elaborate come

risposta ad esigenze chiaramente e stabilmente delineate anche in contesti culturali in cui la processualità giuridica e storico-sociale non abbia lavorato nella stessa direzione. Ove dalla discussione dei casi illustrati si intendesse ricavare un modello dalla validità e dall'applicabilità generale, si profilerebbe evidentemente il pericolo di forzature, in ossequio a quello che diventerebbe un formalismo giuridico altrettanto astratto.

Una questione molto complessa si pone inoltre a proposito del libero consenso delle parti nel caso di arbitrati che è sempre esplicitamente richiamato come condizione indispensabile. Questa condizione essenziale è tuttavia delicatissima e particolarmente difficile da garantire e tutelare. Come controllare ed eventualmente impedire che pressioni comunitarie esercitino una indebita influenza costringitiva, precisamente sul soggetto debole che la norma si propone di tutelare con questo strumento? Come garantire che donne, minori, omosessuali - questi ultimi non considerati nel testo - e persone con deficit possano esercitare liberamente il proprio diritto di opzione proprio in quegli ambiti (diritto familiare e matrimoniale, divorzi, affidamenti dei figli, eredità e sussistenza) che sono precisamente quelli definitori del loro essere soggetti deboli? Il tema è considerato più volte nel testo, ma il tema è ancora forse lontano dall'individuare norme efficaci, bastevoli a garantire senza ritorsioni questo fondamentale *right of exit* (p. 334). Un tema, questo, che inevitabilmente si lega al tema della reciprocità: che simili strumenti siano ancora molto lontani dal trovare una loro applicabilità in molti ordinamenti musulmani non contribuisce alla stabilità di queste soluzioni e soprattutto al convinto riconoscimento della loro piena legittimità.

Nonostante, quindi, il tema sia ancora in una prima fase di elaborazione giuridica e sociale, il volume in analisi contribuisce in modo organico e generoso allo sviluppo della materia e alla creazione di strumenti giuridici, tecnici e interpretativi, atti a garantire, nella pluralità, una convivenza quanto più possibile priva di conflitti. La tutela, oltre che la definizione, di diritti collettivi in capo alle comunità presenti, ormai di norma, nella maggioranza degli ordinamenti giuridici contemporanei è ormai un tema ineludibile ed urgente, che, con una buona dose di prevedibilità, assumerà un ruolo centrale nel dibattito giuridico dei prossimi anni ed aprirà scenari giuridici e sociali inediti e di grande potenziale.

Enrico Campelli



J. LI E ALTRI, *Rural Livelihood and Environmental Sustainability in China*, Social Sciences Academic Press (China), Palgrave MacMillan, 2021, pp. 432 *

«**I**l volume, redatto in lingua inglese e in lingua cinese, rappresenta il felice esito della collaborazione tra l'Università americana di Stanford, nelle persone dei professori Gretchen C. Daily e Marcus Feldman, e l'Università cinese di Jiaotong, nelle persone dei professori Jie Li e Shunzhuo Li.

L' "Institute for Population and Development Studies" dell'Università di Jiaotong di Xi'an collabora infatti con l'Università di Stanford fin dal 2006, quando è entrato a far parte del "Natural Capital project (*The Natural Capital: Putting Ecosystem Services to Work for Conservation*)" fondato dal *Stanford Woods Institute for the Environment* insieme con l'organizzazione "The Nature Conservancy" e il *World Wildlife Fund*. Il "NatCap" Project è stato fondato con l'obiettivo di integrare il concetto di capitale naturale all'interno delle decisioni pubbliche attraverso la misurazione del "valore economico" della natura e attraverso la messa a punto di strumenti volti a far comprendere fino a fondo il valore dei servizi ecosistemici forniti dall'ambiente.

Il testo si prefissa l'obiettivo di affrontare congiuntamente due fra le maggiori questioni a cui la Cina, così come la maggior parte degli altri paesi in fase di veloce crescita, si trova a far fronte: la povertà e il peggioramento delle condizioni ambientali. La crescita della popolazione e il rapido sviluppo economico, infatti, sono stati accompagnati, secondo il pensiero degli Autori, da un utilizzo massiccio delle risorse naturali che ha portato ad un peggioramento delle condizioni ambientali ed alla perdita di biodiversità. Gli Autori prendono in esame in particolare le condizioni della popolazione rurale delle aree economicamente più fragili, quali quelle delle province della Cina occidentale, in cui si fa più stridente il rapporto, molto spesso declinatosi in conflitto, fra le ragioni dell'economia e quelle della tutela ambientale. In tali regioni, infatti, povertà e fragilità ecologica rischiano di entrare in un circolo vizioso: il Governo fissa alcuni divieti per tutelare l'ambiente, come il divieto di disboscamento volto a tutelare le foreste. Per questa ragione le popolazioni residenti si dirigono verso attività ulteriori che garantiscono un

* Contributo sottoposto a *peer review*.

minore ritorno economico e, anche a causa di metodi non avanzati, è richiesta una maggiore manodopera. Tale necessità porta però ad una pressione demografica crescente, con conseguente crescente sfruttamento delle risorse naturali che -pure- si volevano proteggere.

L'intento finale degli Autori è quello di analizzare e suggerire un meccanismo in grado di fornire risposta ad entrambe le esigenze, da un lato quella dello sviluppo economico e dall'altro quella ambientale, in modo tale da promuovere modalità di sostentamento (*"livelihoods"*) e modalità di vita sostenibili per le popolazioni che si trovano nelle zone ecologicamente più fragili.

Il volume si apre con il primo capitolo volto a fornire una descrizione d'insieme delle misure poste in essere dal governo cinese per la riduzione della povertà nelle zone rurali insieme con la presentazione delle metodologie di ricerca che saranno utilizzate dagli Autori nel corso della ricerca.

Vengono messi in luce innanzitutto i diversi piani per la riduzione della povertà (contenuti ad esempio nell' *"Outline of Poverty Alleviation and Development in China's Rural Areas"* in riferimento agli anni 2001-2010 e 2011-2020) attuati dal Governo cinese a partire dagli anni '80 insieme con i relativi risultati: le dimensioni della quota di popolazione sotto la soglia di povertà risulta ridotta, i livelli di reddito innalzati e miglioramenti si sono registrati anche a livello infrastrutturale. La Cina dovrebbe essere considerata, secondo i dati ufficiali, addirittura come il primo Paese del mondo a raggiungere l'obiettivo di sviluppo del Millennio (*Millennium Development Goal*) di dimezzare la popolazione in condizioni di povertà.

Nonostante i risultati raggiunti, la guerra alla povertà non può ancora dirsi vinta e, tra le linee guida contenute nel documento *"Outline for poverty alleviation and development in China's rural areas (2011-2020)"*, viene analizzato, e positivamente giudicato dagli Autori, in particolare l'approccio di *"precision-targeted poverty alleviation"*, ovverosia quell'approccio modellato sulle esigenze locali che possono presentare un'ampia diversificazione, sia a livello regionale, sia a livello ancora più microscopico in relazione ai diversi nuclei familiari.

Per quanto riguarda il metodo di ricerca, invece, gli Autori affermano di basarsi sull'analisi dei dati empirici raccolti attraverso migliaia di questionari somministrati alle popolazioni delle aree oggetto della ricerca, letti attraverso la lente fornita dagli studi economici e sociologici, volta per volta individuati.

Poste le premesse del ragionamento, il secondo capitolo si preoccupa di fornire i fondamenti teorici della riflessione. Gli Autori elaborano innanzitutto una sintesi della letteratura esistente in relazione alla definizione di *"livelihoods"*, evidenziando come tale espressione non possa essere tradotta unicamente come "introito, lavoro, occupazione", essendo al contrario un intreccio di tali tre componenti, in modo da riuscire ad esprimere la complessità del tema della sopravvivenza e delle modalità di sostentamento dei soggetti in condizione di povertà. Lo studio dei *"livelihoods"* è quindi particolarmente importante per gli studiosi al fine di riuscire a collegare le policies di micro e di macro livello, sul presupposto per cui comprendere le ragioni delle scelte dei singoli in relazione alle proprie "modalità di sopravvivenza" (*livelihoods*) è l'imprescindibile punto di partenza per formulare delle politiche di lotta alla povertà efficaci.

Le diverse *“livelihood choices”* (cit. p. 57) sono analizzate nel capitolo successivo attraverso il metodo empirico così come introdotto all’inizio del volume insieme con un approfondimento del significato da attribuire alla nozione di “povertà”.

Per quanto riguarda le diverse scelte e strategie di sostentamento messe in atto dalle popolazioni oggetto dello studio, gli Autori distinguono tra tre diverse categorie: quella dei nuclei familiari dediti unicamente ad attività agricole (come coltivazioni e allevamento di bestiame) rappresenta più della metà dei nuclei familiari intervistati; quella dei nuclei familiari dediti ad un *“livelihood”* misto, dato da attività agricole e non, rappresenta circa un terzo dei nuclei familiari coinvolti; infine, la terza categoria composta dai nuclei familiari dediti ad attività non agricole, solo il 6%. Dal punto di vista dell’analisi demografica, gli Autori notano inoltre che i nuclei familiari “a guida maschile” sono a maggioranza dediti ad attività agricole, al contrario invece di quello che accade nei nuclei familiari “a guida femminile”, così come è possibile notare una differenza tra i nuclei familiari reinsediati, ovverosia oggetto di una misura di *“resettlement”* (che sarà poi analizzata nel capitolo ottavo del volume), maggiormente dediti ad attività non agricole, rispetto a coloro che non lo sono, maggiormente concentrati in attività tradizionali.

Per quanto riguarda invece la nozione di “povertà”, è importante comprendere chi siano e quali caratteristiche abbiano i soggetti in tale condizione al fine di rendere efficaci le diverse misure di riduzione della povertà. A questo fine, la teoria accolta dagli Autori è quella della cd *“multi-dimensional poverty”* dell’economista, Premio Nobel per l’economia nel 1998, Amartya Sen, per cui la povertà non si traduce nella mera dimensione del reddito, ma deve essere collegata al generale *“welfare”* a cui il soggetto ha -o meno-accesso. Diventa quindi rilevante la personale *“capability”*, quindi la capacità della persona ad accedere, ad esempio, ad acqua potabile, ad un buon servizio sanitario e scolastico e ad infrastrutture. Applicando la teoria della povertà come fenomeno multidimensionale gli Autori sono così in grado, attraverso l’analisi empirica dei dati raccolti, di fornire informazioni affidabili e precise ai *“policymakers”* riguardo alle caratteristiche dei nuclei familiari in condizioni di povertà.

È sempre attraverso l’analisi dei dati raccolti che gli Autori nel quarto capitolo sono in grado di esaminare le attitudini delle famiglie delle zone rurali della Cina occidentale nei confronti dell’utilizzo delle risorse provenienti dalle foreste e delle misure di protezione ambientale introdotte. I risultati raggiunti confermano ancora una volta ciò che è stato messo in luce dalla maggioranza degli studiosi: la gestione delle risorse naturali, ed in particolare di quelle provenienti dalle foreste, è migliore tanto più è coinvolta la comunità locale. Per questo motivo gli Autori suggeriscono di rafforzare il ruolo delle comunità nelle scelte di gestione del bene forestale, anche attraverso attività di formazione della comunità stessa, insieme con una migliore comunicazione con le autorità governative territoriali.

Nei successivi tre capitoli gli Autori si soffermano sulle *“ecological compensation policies”* (cit. p. 153), ovverosia le cd misure di “compensazione ecologica” messe in atto in Cina.

In particolare nel quinto capitolo possiamo trovare un’analisi teorica rispetto alle misure di compensazione ecologica ed ai parametri utilizzati per la loro valutazione, mettendo in luce come, oltre alle tradizionali *“three Es”* (*equity, efficiency and effectiveness*) (cit. p. 169) debba essere aggiunto il parametro dell’*“equity”* al fine di misurare gli effetti relativi alla attenuazione della povertà. Tale

riflessione è particolarmente rilevante in relazione alla Cina poiché diversi programmi, tra cui quello del cd “*Grain for Green*” (ampio progetto di conversione di terreni coltivabili in foreste al fine di prevenire le inondazioni e l'erosione del suolo messo in atto a partire dagli anni '90), considerato dagli Autori come la più vasta misura di compensazione ecologica in termini di popolazione coinvolta, terreni interessati e fondi investiti, sono stati costruiti non solo al fine di raggiungere obiettivi di protezione ambientale, ma anche a quello di promuovere cambiamenti strutturali nell'economia delle zone rurali in grado di portare aumenti di reddito alle popolazioni interessate.

Per quanto riguarda il concetto di “*ecological compensation*”, gli Autori ricordano che quest'ultimo nasce contemporaneamente alla riflessione relativa al danno ambientale, come quella misura in grado di “compensare” un'azione dannosa per l'ambiente attraverso benefici, almeno teoricamente, equivalenti al danno arrecato, per poi estendersi fino ad includere le “compensazioni” riconosciute a coloro che si impegnano a proteggere l'ambiente. Specificatamente all'interno della riflessione condotta dagli studiosi cinesi, il concetto di “compensazione ecologica” va a confondersi e, di fatto, sovrapporsi, con quello che a livello internazionale viene chiamato Pagamento per Servizi Ecosistemici (PES; *Payments for Ecosystem Services*). Questi ultimi sono definiti come quei meccanismi in grado di mantenere, migliorare o ripristinare servizi ecosistemici (quei benefici che l'uomo trae dalla natura) attraverso la creazione di mercati artificiali che permettano di stimolare l'offerta di esternalità positive: dovrebbero consistere in remunerazioni offerte a coloro che proteggono gli ambienti naturali fondate sul valore riconosciuto ai servizi ecosistemici e alle funzioni svolte, in modo da fornire incentivi alla tutela ambientale. Una buona misura di compensazione ecologica, quindi, secondo quanto scritto dagli Autori, dovrebbe comprendere: una remunerazione per il costo di protezione dell'ecosistema stesso, l'internazionalizzazione delle esternalità negative attraverso mezzi economici e la compensazione per la perdita di opportunità di sviluppo (il cd costo-opportunità). Si ricorda inoltre che i meccanismi in esame possono essere di due tipi: compensazioni pubbliche, provenienti cioè dagli organismi statali, e compensazioni privati, regolate dal mercato. Nel contesto cinese le prime sono di gran lunga le più presenti attraverso metodi diversificati come veri e propri trasferimenti monetari o tasse vincolate a esigenze di tutela ambientale.

Sono inoltre individuate in modo estremamente lucido le teorie economiche presupposto delle politiche di compensazione ambientale: la teoria economica dell'esternalità, per cui i comportamenti dei soggetti economici provocano effetti, positivi o negativi, su altri soggetti, chiamati, rispettivamente, esternalità positive o negative e la teoria economica dei beni pubblici, per cui i beni pubblici sono quei beni che forniscono dei benefici alla società e caratterizzati dalla non escludibilità e non rivalità (quindi, una volta che il bene è stato fornito, chiunque ne può beneficiare senza pagare alcunché e l'uso da parte di ciascuno non riduce la possibilità di goderne da parte di altri). In quest'ottica, i beni naturali come i parchi e le foreste sono considerati beni pubblici (dal punto di vista giuridico sarebbero definibili più precisamente come “beni comuni”). Infine, è sottesa alle politiche di compensazione ambientale anche la teoria economica cd dell’“*environmental value*”, per la quale è possibile attribuire un preciso valore economico ai servizi offerti dall'ambiente che ci circonda.

Per quanto riguarda invece la valutazione delle misure di compensazione ecologica, gli Autori approfondiscono il tema dell’*“equity”* in relazione ai pagamenti per servizi ecosistemici. Dato che molto spesso le aree ricche di biodiversità e di servizi ambientali sono anche quelle più colpite dalla povertà, diversi studiosi hanno proposto di utilizzare i Pes come un mezzo di sviluppo, volto ad attenuare la povertà nelle zone rurali, attraverso l’accrescimento dei loro redditi, un miglioramento del *welfare*, lo sviluppo di attività non legate alla agricoltura (quindi di diversi *“livelihoods”*), ecologicamente sostenibili. In questo modo i due obiettivi potrebbero coesistere e, anzi, dar vita ad un circolo virtuoso in cui ciascuna finalità potenzia l’altra.

In tale ottica, la valutazione dell’impatto dei Pes sulla povertà dovrebbe, secondo gli Autori, essere svolta attraverso il parametro dell’*“equity”*, l’unico in grado di cogliere l’aspetto pluridimensionale della povertà: si dovrà valutare quindi il costo-opportunità della partecipazione alla misura di compensazione ecologica e gli standard della remunerazione; l’impatto finale del Pes in particolare sulle comunità in situazione di povertà; la tipologia e la trasparenza della procedura volta all’iscrizione al progetto.

La riflessione teorica del quinto capitolo è successivamente completata, all’interno dei capitoli sei e sette, dallo studio empirico dell’impatto delle misure di compensazione ecologica sulle *“modalità di vita”* (*“livelihoods”*) delle popolazioni rurali delle regioni occidentali della Cina attraverso l’utilizzo dei dati raccolti dal team di ricerca in particolare riguardo le misure attuate nelle regioni dello Shaanxi meridionale. I risultati commentati dagli Autori dimostrano che, nonostante gli innegabili risultati ottenuti in termini di protezione ambientale e di aumento generale del reddito dei cittadini interessati, rimangono diverse le criticità che meritano attenzione: innanzitutto la media della remunerazione compensativa concretamente ricevuta mostra un valore molto più basso rispetto alle aspettative; inoltre, la quasi totalità delle misure compensative si traduce in sussidi, che però portano ad una sempre maggiore dipendenza rispetto al Governo e scoraggiano lo sviluppo di autonome capacità di creazione della ricchezza, impedendo anche la modifica sul lungo periodo dei proprio *“livelihoods”*.

Di fronte a tali limiti, gli Autori volgono la loro attenzione allora ad alcuni suggerimenti: si indica innanzitutto l’opportunità di finanziare le misure compensative attraverso diversi investitori, permettendo quindi l’ingresso anche ad investitori privati e superando l’impianto attuale che prevede il finanziamento soltanto attraverso fondi pubblici. Si suggerisce inoltre di migliorare e, possibilmente, di innalzare i livelli di compensazione ambientale e, al fine di garantire il successo dei programmi in esame sul lungo periodo, viene proposto di sviluppare industrie alternative per impiegare i lavoratori in seguito alla perdita dei loro terreni da coltivare, in modo da scoraggiare il ritorno all’agricoltura una volta terminato il progetto.

In aggiunta alle politiche di compensazione ecologica, gli Autori si occupano nel capitolo ottavo di una ulteriore misura diretta a far fronte a problematiche sociali e ambientali nello stesso tempo: il *“resettlement”*, ovvero sia il ricollocamento di tutti quei soggetti che si trovano in zone ecologicamente fragili, sia in via preventiva sia a seguito a danni ambientali, in nuovi villaggi, spesso costruiti ad hoc. Sempre attraverso il metodo empirico, già sopra menzionato, gli Autori analizzano gli ampi *“resettlement programs”* che hanno riguardato in particolare la regione dello Shaanxi: viene notato un generale miglioramento delle condizioni di vita delle popolazioni

interessate grazie ad un innalzamento medio dei livelli di reddito e ad una trasformazione delle fonti degli introiti familiari, sempre meno basati sull'attività agricola. Tuttavia, alcune difficoltà sono evidenti: l'ingresso professionale nel settore industriale non è sempre facile a causa della fragilità dell'apparato produttivo delle zone coinvolte e questo nuovo tipo di urbanizzazione, derivato dal reinsediamento di grandi gruppi della popolazione necessiterebbe di maggiori e approfondite riflessioni, in modo da garantire a tutti i soggetti coinvolti servizi pubblici essenziali necessari a garantire un'adeguata qualità della vita.

In seguito, il concetto di cura dei beni comuni, già analizzato riguardo alle foreste e alla loro gestione da parte delle comunità più vicine, torna nel nono capitolo, nel quale gli Autori si soffermano ad analizzare le modalità di gestione di piccoli bacini idrografici attraverso l'intervento delle comunità locali. Tale modalità di gestione, sempre più diffusa, è valutata positivamente dagli Autori che rilevano come, in base ai dati raccolti, il benessere finanziario delle famiglie coinvolte nella gestione appare più elevato, insieme con il rilevamento di una serie di benefici ambientali, come una minore incidenza di disastri naturali e una diminuzione del rischio di erosione e consumo di suolo. Risulta necessario, tuttavia, che il Governo adotti delle politiche di formazione, anche tecnica, delle comunità, in modo da coinvolgerle ancora maggiormente, in particolare nelle fasi iniziali, nel progetto di gestione della risorsa naturale.

Infine, gli Autori concludono la propria riflessione mostrando all'interno del decimo capitolo, *"Future Studies on Rural Livelihoods and Environmental Sustainability"*, diverse prospettive di analisi future. Le prossime ricerche non potranno prescindere, nella ricostruzione operata dagli Autori, dall'approfondimento del legame che unisce i servizi ecosistemici al benessere dell'uomo nel presupposto per cui è ormai condiviso che i benefici e i servizi offerti dalla natura (pensiamo ad es. alla regolazione del clima, alla depurazione delle acque o alla impollinazione) siano una componente irrinunciabile del cd *"human wellbeing"*. Le politiche pubbliche allora dovranno trovare il modo di garantire meccanismi tali da collegare i piani di tutela ambientale a quelli di tutela sociale, tanto da raggiungere un risultato cd di *"win-win"*. Inoltre, in futuro particolare attenzione dovrà essere prestata alla relazione bi-direzionale tra biodiversità e politiche pubbliche di protezione ambientale, sempre in relazione a complessi problemi sociali. Tale aspetto, infatti, non risulterebbe ancora adeguatamente considerato all'interno della fase di valutazione (il cd *"assessment"*) delle politiche pubbliche.

La conclusione del volume non può che farci apprezzare ancora una volta l'approccio interdisciplinare che caratterizza l'intera opera, volto a condurre la riflessione dal punto di vista, congiunto, delle scienze ambientali, sociologiche ed economiche al fine di fornire un quadro il più possibile completo.

Chiara Colognese



D. KOCHENOV, *Cittadinanza*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 207*

Una volta conferita alla nascita, la cittadinanza rimane di propria appartenenza e determina un trattamento, *de iure* e *de facto*, che verrà riservato al titolare ovunque nel mondo. Lo *status* di cittadino, concesso localmente da ogni singolo Stato, ha dunque implicazioni globali.

«Avere la cittadinanza è essenzialmente impercettibile e apparentemente – ma erroneamente – irrilevante per la vita quotidiana, perché i cittadini sono ufficialmente “dentro”». (p. 15). Tuttavia, la percezione cambia nel momento in cui si attraversano i confini tra gli Stati e si viene giudicati solamente sulla base del colore del proprio passaporto, o quando si rappresenta un’esigua minoranza detentrica di diritti in regimi dittatoriali. Pertanto, «sebbene la si presenti come un bene distribuito equamente, la cittadinanza non è, e non è mai stata, neutrale» (p. 17).

Con il volume “Cittadinanza” (il Mulino, 2020), Dimitry Kochenov, esperto di cittadinanza e Professore di diritto costituzionale europeo presso l’Università di Groningen, si propone di esaminare gli elementi fondamentali della cittadinanza e di evidenziarne aspetti cruciali che rimarrebbero invisibili se si considerassero unicamente i presupposti nazionalistici di ogni singolo Stato. Infatti l’Autore si prefigge l’obiettivo di presentare al lettore un concetto apparentemente molto conosciuto da una prospettiva radicalmente diversa.

Con l’intento di spingersi oltre la percezione collettiva della cittadinanza, l’Autore ne analizza le crepe, ripercorrendo i momenti chiave del suo sviluppo. Kochenov, consapevole di quanto molti aspetti della nostra vita dipendano in gran parte – e a volte totalmente – dallo Stato in cui ci troviamo e dal nostro *status civitatis*, cerca di decostruire le caratteristiche universalmente condivise e le componenti costitutive della nozione di cittadinanza e arriva all’essenza della stessa (Capitolo Primo “Elementi chiave del concetto: un’introduzione” pp. 13-38). Secondo l’Autore quindi non bisogna ad ogni costo santificare il concetto di cittadinanza in quanto è spesso sinonimo di violenza, di asservimento al potere, di conservazione dello *status quo*, di razzismo, di sessismo e di rafforzamento della divisione della società tra ricchi e poveri. Pertanto, l’Autore definisce la cittadinanza come «strumento potente per rafforzare i pregiudizi [...], per

* Contributo sottoposto a *peer review*.

semplificare il mondo» (p. 10) e per «la conservazione della disuguaglianza globale» (p. 20). Oggigiorno «la cittadinanza è a un bivio: gli ideali per cui era venuta alla luce hanno poco a che fare con tutto ciò che regola il pensiero di una buona società nel mondo attuale» (p. 11).

Il presente volume offre un'innovativa lettura della cittadinanza evidenziando come anche le persone più ricche, nel caso in cui posseggano un passaporto che “vale” poco, subiscano impedimenti in termini di emancipazione culturale, religiosa e sociale. Operando una ripartizione tra *status* «buoni» e «cattivi» (p. 19), l'Autore distingue tra diritti scaturiti dagli *status* «buoni», che garantirebbero benessere (è il caso di Svizzera, Nuova Zelanda, Lussemburgo e Irlanda, che sono i paesi più sviluppati), e quelli che, al contrario, sono collegati agli *status* «cattivi» e che rappresenterebbero un «*fardello* per i titolari» (più della metà dei cittadini del mondo) (p. 19). Se per i più «fortunati» (p. 21) la parola cittadinanza significa prosperità, diritti e uguaglianza, per tutti gli altri, questa indica la preclusione delle pari opportunità, la minaccia alle possibilità di vita e l'irrealizzabilità dei propri sogni. A supporto di questa tesi, l'Autore presenta storie di discriminazione basate sulla cittadinanza dedicando infatti le prime pagine del Capitolo Secondo “Status” (pp. 39-106) ad una descrizione della differenza tra un cittadino norvegese e uno pakistano. Il norvegese ha la possibilità di viaggiare per il mondo senza accorgersi dei confini tra gli Stati e gode dei notevoli benefici di un'assistenza sanitaria, una buona istruzione e di un sostegno sociale eccezionali in uno dei paesi più ricchi al mondo. Il pakistano, ai suoi antipodi, difficilmente riesce a lasciare il proprio paese se non si sottopone a stringenti controlli prima della partenza e ha sicuramente una vita più breve con opportunità di autorealizzazione infinitamente minori.

L'Autore sposa quindi la teoria di Ayelet Shachar, la quale ha definito nel 2009 (A. Shachar, *The Birthright Lottery*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2009) la cittadinanza come oggetto di una «lotteria dei diritti in base alla nascita» (p. 18) e il premio di questa lotteria è quindi lo *status*, «un biglietto per tutta la vita, che ti può sistemare in prima classe, in business o in *economy*, o addirittura fuori dall'aereo» (p. 18). Più avanti l'Autore etichetta infatti lo *status civitatis* come «una punizione accidentale per una parte significativa della popolazione mondiale» (p. 42) in ragione della sua astrattezza, impersonalità e arbitrarietà. In aggiunta, secondo il parere dell'Autore, «La cittadinanza [...] è per sua natura totalitaria» (p. 40) in quanto si è cittadini unicamente perché si è stati assegnati ad uno Stato da un'autorità e si è dunque detentori di diritti e doveri.

Inoltre, l'Autore richiama Branko Milanovic (B. Milanovic, *Global Inequality*, Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University, 2016) secondo il quale il luogo in cui siamo nati e continuiamo a vivere è cruciale in quanto determina irreversibilmente il nostro destino. «Solo una minima percentuale della popolazione mondiale, cambiando paesi nel corso dell'esistenza, sfugge alle inscrivizioni iniziali della prestabilita rovina o della prosperità» (p. 20). Di conseguenza, l'Autore, nel tentativo di sfatare quelli che a suo giudizio sono i miti storici legati alla cittadinanza, arriva a parlare di «biopotere» esercitato da essa, identificabile, secondo il suo parere, come uno «strumento violento di ingiusta distribuzione delle opportunità basilari di vita in tutto il mondo» (p. 45). L'Autore intende raccontare a chi legge il suo volume ciò che spesso si dimentica nella narrazione a volte unicamente celebrativa della cittadinanza, svelandoci, sempre nel Capitolo

Secondo, le «quattro finzioni» (p. 48) che secondo lui ne offuscano l'immagine rosea. La prima è rappresentata dal nazionalismo, strettamente legato alla dicotomia cittadino-straniero per cui siamo abituati a pensare che lo straniero non abbia diritto ad essere titolare di diritti, indipendentemente dalla sua cultura, dal luogo di nascita e da dove viva. La seconda finzione è che tutte le cittadinanze sarebbero ugualmente dignitose. La terza poi è che tutti i cittadini dovrebbero vivere a casa senza spostarsi dal proprio Stato di appartenenza. Infine, la quarta finzione è che la cittadinanza sia essenziale per l'autodeterminazione politica. Queste quattro finzioni, seppur sostenute dalla maggior parte degli scienziati politici e giuristi, ritraggono agli occhi dell'Autore dei luoghi comuni da smentire necessariamente. Infatti, secondo l'Autore siamo abituati a pensare come “naturali” i confini eretti dallo Stato che concede lo *status* e non ci rendiamo conto quanto questa territorialità condizioni la nostra esistenza umana. Per questa ragione, l'Autore esorta il lettore a considerare la cittadinanza come una finzione, che di fatto non esiste nello stato di natura. Per l'Autore quindi la cittadinanza è un passaporto per il mondo intero, che permetterà al *civis* di avere successo a prescindere dalle proprie azioni o dalla propria personalità, viceversa, lo demolirà ovunque, anche al di fuori dei confini dello Stato che gliel'ha conferita. Come Richard Bellamy (in R. Bellamy, *Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2008), anche l'Autore vuole spingersi oltre le rappresentazioni convenzionali della cittadinanza come uno *status* sempre positivo e logico, sottolineando come l'uguaglianza sovrana degli Stati non sia un presupposto assiomatico e spiegando come l'acquisizione della cittadinanza non sia una libera scelta ma dipenda dal caso e venga successivamente razionalizzata.

In aggiunta, l'Autore pur notando come molti paesi permettano ai propri cittadini la naturalizzazione altrove, non accoglie con entusiasmo le politiche di alcuni di questi, i meno sviluppati, i quali continuano a rifiutarsi di autorizzare la rinuncia alla loro cittadinanza. L'Autore, essendo favorevole alla possibilità del cumulo di più nazionalità, condivide la posizione di Peter Spiro (P. J. Spiro, *Dual Citizenship as a Human Right*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2010), massimo esperto delle cittadinanze multiple, secondo il quale «nessuna legislazione sulla nazionalità di un determinato paese dovrebbe cercare di limitare altrove i diritti dei cittadini» (p. 73).

Nel Capitolo Terzo “Diritti” (pp. 107-137) l'Autore opera una suddivisione del mondo secondo tre tipi di cittadinanze che corrispondono a tre livelli di inclusione: le condizioni di ingresso sul territorio, di permanenza e di attività economica sul territorio. Conseguentemente, le cittadinanze di «primo livello» consentono l'accesso temporaneo senza visto all'Unione europea e agli Stati Uniti; le cittadinanze di «secondo livello» permettono esclusivamente l'accesso allo spazio Schengen (la maggior parte degli Stati UE, Svizzera, Norvegia, Islanda, tutti i micro-Stati europei); infine, le cittadinanze di «terzo livello» (indiana, russa, cinese etc.) non garantiscono neppure di viaggiare senza autorizzazioni preventive (in Turkmenistan, ad esempio, i “visti d'uscita” non vengono praticamente mai concessi) (p. 111). Questa classificazione evidenzia, secondo l'Autore, la completa esclusione dalla libertà di movimento nel mondo globalizzato dei cittadini delle ex-colonie e della maggior parte dei paesi ex socialisti, ad eccezione di quelli che sono entrati a far parte dell'Unione europea. Si evince come il possesso dello *status civitatis* non sia più indispensabile per il godimento della maggior parte dei diritti fondamentali, come aveva

già affermato Luigi Ferrajoli (L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994 pp. 264-265), dal momento che l'associazione tra diritti e cittadinanza è stata messa in crisi dalla nascita dei sistemi di integrazione regionale, per cui la correlazione monolitica cittadinanza-Stato-territorio non è più la regola. «Il mantra “un *demos*, uno Stato, un territorio di diritti” non funziona più, con l'eccezione di pochi paesi particolarmente antiquati come il Canada e il Madagascar» (p. 34).

L'Autore poi dedica il Capitolo Quarto del volume (pp. 139-166), dal titolo “Doveri”, all'esame dei doveri di cittadinanza che, secondo il suo parere, nella maggior parte dei sistemi giuridici del mondo si tradurrebbero in semplici *desiderata*. Basti pensare alle carte fondamentali dell'Unione europea che non menzionano nessun obbligo. Rappresentano un'eccezione Belgio e Turchia – che obbligano i cittadini a votare –, Emirati Arabi Uniti e Arabia Saudita – che vietano ai propri cittadini di rinunciare alla religione musulmana –, Cuba – che obbliga i cittadini a rimanere nell'isola – e tutti quei paesi nei quali la leva obbligatoria esiste ancora – Austria, Corea del Nord, Egitto, Iran, Israele, Kazakistan, Russia, Singapore –. Dunque, nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici è presente, tra i doveri connessi allo *status civitatis*, il dovere di essere un cittadino «buono» e «deale» verso la patria (p. 140). Nodo centrale nel ragionamento di Kochenov è che i doveri non sono vincolanti, quindi non sussiste alcuna correlazione con i diritti. Inoltre, secondo l'opinione dell'Autore, sarebbe assolutamente irrilevante in che misura una società possa apparire giusta o democratica ai destinatari dei doveri in quanto la legittimità di tali doveri è facilmente contestabile, essendo basata su uno *status* assegnato in maniera casuale (La cittadinanza c'è anche in molti Stati dove non c'è democrazia, C. Joppke, *The Instrumental Turn of Citizenship*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44, 2018). Secondo la tesi dell'Autore i doveri sono serviti nel corso della storia per glorificare l'ideale di giustizia dell'operato dello Stato di appartenenza e «hanno storicamente giocato un ruolo centrale nel contribuire a razionalizzare l'irrazionale» (p. 144), producendo obbedienza e sradicando il dissenso. Kochenov nota come i doveri di cittadinanza siano in forte declino in tutto il mondo e occorranza esclusivamente, insieme ai diritti, «a discriminare ed escludere gruppi *specifici*» (p. 175). Secondo il giudizio dell'Autore, autodeterminazione, fedeltà e sacrificio rappresentano la retorica per giustificare la governabilità della popolazione locale. Riprendendo le parole dell'Autore, i doveri «vuoti nella sostanza dal punto di vista intellettuale, lavorano in realtà attraverso la creazione di una consuetudine, una ripetizione senza senso, come, per esempio, l'impegno di fedeltà alla bandiera della nazione da ripetere a scuola» (p. 146). Il «buon cittadino» dovrebbe essere colui che rispetta le leggi e si inserisce negli stereotipi della società a cui appartiene, ossia colui il quale sostiene e rafforza lo *status quo* dominante. Oltre a formare un cittadino mite e obbediente, per l'Autore i doveri «sono storicamente serviti a giustificare la discriminazione e la mancata estensione dei diritti di cittadinanza a tutti» (p. 156).

In condizione di «coevoluzione costante e dinamica» (p. 33) con *status* (Cap. Secondo), diritti (Cap. Terzo) e doveri (Cap. Quarto), la componente politica della cittadinanza incide notevolmente sulla vita dei cittadini e della *governance* dello Stato. Coerentemente con la sua visione a tratti estrema, Kochenov, nel Capitolo Quinto “Politica” (pp. 167-198), vuole evidenziare come la cittadinanza sia sempre stata essenzialmente uno strumento politico dei governi al potere,

impiegato per plasmare, attraverso l'esclusione, un pubblico fragile e di gradimento: il *demós*, inteso come l'insieme delle persone che un'autorità ha deciso di proclamare cittadini e che, tra gli altri, hanno diritto al voto. «Oltre alla sorprendente efficacia nel rendere “governabili” le persone», la cittadinanza è riuscita ad avere fama mondiale ricoprendo «il ruolo di “stenografa” che ha svolto nell'uniformare, semplificandole, le enormi differenze e le complessità delle società umane» (p. 10).

Concludendo, l'Autore, attraverso questo volume, analizza la cittadinanza sotto una luce non favorevole volendo dimostrare come questa sia un concetto di cui è molto difficile tessere le lodi. «Il suo unico scopo è quello di dividere il mondo e apparire indiscutibilmente “naturale”» (p. 199), tuttavia nello «“stato di natura” non ci sono, ovviamente, i cittadini» (p. 30), quindi secondo l'Autore la creazione delle categorie nel diritto, i pregiudizi e le convenzioni sociali producono fenomeni di inclusione ed esclusione. Pur essendo elogiata come logica e naturale, la cittadinanza «è stata progettata pensando a determinati gruppi di persone, facendo in modo che coloro i quali, in un dato momento e per qualsiasi motivo, non sono graditi [...] all'autorità competente siano tenuti fuori al momento dell'assegnazione iniziale o anche successivamente» (p. 199). Il racconto provocatorio dell'Autore si esaurisce nei termini forti e decisi che riempiono le ultime pagine del volume (Capitolo Sesto “Supercittadinanze”, pp. 199-207) e che definiscono la cittadinanza come «estintore di speranza» che in realtà «perpetua e rafforza la disuguaglianza globale» e come «un cocktail di casualità e di ipocrisia punitiva» (p. 200).

Alla fine di questa lunga disamina critica, l'Autore intravede nel prossimo futuro la crescita delle «supercittadinanze» (p. 204) che permetteranno la mobilità globale dei «supercittadini» (p. 205) e la loro realizzazione di una vita gratificante «dove la tutela dei diritti avviene nella pratica e dove si concretizzano le opportunità di vita» (p. 204). Il possesso dello *status* non è più indispensabile dunque per il godimento della maggior parte dei diritti fondamentali associati alla cittadinanza in quanto il suo *ubi consistam* – il territorio – è ormai dissolto. Dal punto di vista dell'Autore quindi, il consolidamento di alcune «supercittadinanze», che non riguardano gli *status* bensì gli accessi alle opportunità, amplificherebbe la casualità intrinseca alla nozione stessa di cittadinanza e incrementerebbe il divario tra i «supercittadini» e gli altri cittadini del mondo. La cittadinanza non migliorerà, a giudizio dell'Autore, e il risultato della sua evoluzione porterà a nuovi interrogativi sulla sua effettiva necessità.

Eleonora Iannario



C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, Bononia Press, 2020, pp. 460*

Le Relazioni annuali dei Presidenti della Corte Costituzionale confermano, dalla ormai ventennale entrata in vigore della Riforma del Titolo V, il crescere dell'incidenza (non soltanto) numerica dei ricorsi in via principale. Al di là delle “vette” raggiunte nel biennio 2012-2013, in cui il peso del giudizio in via d'azione ha eccezionalmente superato quello del giudizio in via incidentale (si parlò del 47,46% nel 2012 e del 45,7% nel 2013 rispetto al rapporto totale delle decisioni), va comunque osservato come l'indice del contenzioso rimanga, ancor oggi, elevato. I dati numerici rappresentano, tuttavia, una sola delle facciate del complesso prisma del giudizio in via principale e anch'essi mostrano solo un frammento della complessità del reale: del resto, non tutte le decisioni hanno la stessa estensione, peso specifico e complessità. Se i numeri, da soli, costituiscono un indice della rilevanza del tema, si aggiungono ulteriori elementi che contribuiscono ad evidenziare l'attualità di uno studio sul giudizio in via principale, come quello affrontato da Corrado Caruso.

Tra questi, ad esempio, l'atteggiamento oscillante dello Stato, parte del giudizio, che decide, talvolta, di non ricorrere avverso alcune leggi regionali che potrebbero invece presentare profili critici dal punto di vista della legittimità costituzionale, mentre in altre occasioni rinuncia all'impugnazione in pendenza di giudizio (pp. 19 e 20). Va altresì considerato il crescere dell'onere della Corte costituzionale nell'affrontare le controversie sottoposte alla propria decisione che – complice il cosiddetto “effetto di polverizzazione” (Barbera A., *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 561) delle materie dovuto (anche) alla modifica del riparto delle competenze del 117 Cost. – si allontanano da una struttura semplice di ragionamento: più difficilmente vengono assunte decisioni “sulla base di sillogismi giudiziari perfetti, ove la premessa maggiore è data dalle norme costituzionali e la premessa minore dalla norma oggetto di giudizio, bensì (*derivano* n.d.r.) dalla ponderazione di interessi che giustificano dall'esterno la decisione” (p. 20).

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Questi appena esposti costituiscono alcuni fattori che giustificano un approfondimento su una pagina della giustizia costituzionale a cui, spesso, si riserva una più modesta attenzione. In realtà, il giudizio in via d'azione pare un nodo irrisolto proprio in quanto presenta caratteri di ambiguità che rendono complicata o quantomeno controversa l'individuazione della sua natura.

Tradizionalmente, afferma l'Autore in premessa, sono due le letture elaborate dalla dottrina circa la natura del giudizio in via principale. Da un lato, si è ipotizzato che questo sia un giudizio "di controllo" sulle norme, finalizzato, dal punto di vista dello Stato, ad "assicurare la coerenza e l'uniformità giuridica dell'ordinamento" e ad assicurare e difendere, dal punto di vista della Regione, l'autonomia legislativa regionale.

Questa impostazione, che corrisponde sostanzialmente all'idea che gli stessi Costituenti desideravano imprimere al disegno costituzionale, implica il considerare alcune conseguenti ineludibili asimmetrie tra la posizione delle parti del giudizio.

Al polo opposto si pone un'altra visione del giudizio in via d'azione. Autorevoli voci hanno individuato la natura di tale giudizio come "regolamento di competenza" delle attribuzioni legislative tra Stato e Regione. Compito del Giudice delle Leggi, in questo caso, è quello di farsi arbitro in grado di collocare da una parte o dall'altra l'attribuzione della competenza. Funzione, peraltro, resa ancor più complessa a seguito dell'organizzazione delle materie dopo il 2001.

Per tentare una qualificazione del giudizio in via principale in un senso o nell'altro – giudizio "di controllo" o giudizio "tra parti" – l'Autore affronta la ricostruzione del tema sin dalla discussione in Costituente, cogliendo poi le fasi di "evoluzione" del procedimento. In particolare, il volume distingue tra le tendenze del giudizio prima e dopo l'entrata in vigore della riforma del Titolo V. Distinzione che non sarebbe stata possibile se non a seguito di una pregevole opera di sistematizzazione di dati dottrinari, legislativi e giurisprudenziali, che Corrado Caruso sa compiere con il rigore del costituzionalista. Va comunque detto che l'Autore, nel tracciare l'evoluzione dell'atteggiarsi del giudizio in via principale prima e dopo il Titolo V, dà ampio rilievo delle oscillazioni, più o meno intense, che gli esiti della giurisprudenza costituzionale ha potuto mostrare nel tempo. Dunque, la sistematizzazione di Caruso non traccia linee di demarcazione nette tra un momento e l'altro, ma si interessa dei più o meno fisiologici cambi di rotta giurisprudenziali, così come delle battute in arresto e dei salti in avanti.

Se prima del 2001 all'interrogativo circa la corrispondenza all'uno o all'altro modello non pare esserci una soluzione definitiva, la riforma del Titolo V avrebbe dovuto rappresentare il tramonto (p. 147 ss.) della connotazione del giudizio in via principale quale giudizio di controllo. Difatti, alcuni elementi, a prima vista considerati, hanno fatto "presumere" un accrescimento del peso delle Regioni. In prima battuta, in una lettura superficiale dell'articolo 114 Cost. si sarebbe potuto cogliere una visione policentrica della Repubblica italiana; ancora, l'articolo 117 Cost. ha ripartito le competenze concedendo alle Regioni la potestà residuale, consentendo a queste ultime di legiferare per tutto quanto non riservato allo Stato. La riforma ha escluso, poi, alcuni strumenti che facevano prevalentemente orientare l'ago della bilancia verso lo Stato: il rinvio governativo, il controllo preventivo statale; l'interesse nazionale; la (mai attivata) verifica parlamentare. Parallelamente si sono armonizzati i termini consentiti a Stato e Regione necessari per proporre impugnazione.

Tuttavia, la riforma ha realmente avuto l'effetto di far acquistare alle Regioni una soggettività, nel contesto del giudizio in via principale, pari a quella dello Stato? Si è dunque delineato un giudizio in via principale suscumbibile alla forma del regolamento di competenza? L'Autore giunge ad una risposta prendendo in considerazione alcune tendenze giurisprudenziali.

A prima vista, alcune di esse andrebbero proprio nella direzione di ricomprendere il giudizio in via principale nell'alveo del giudizio "tra parti". In primo luogo, segnala l'Autore, rispetto ad un'iniziale resistenza della Corte ad avvalersi delle regole dei giudizi comuni (v. p. 74 ss.), la riforma del Titolo V segna un cambio di passo. Il giudizio in via principale, pur mantenendo la sua autonomia e specificità, assume una struttura porosa rispetto alle regole o ai principi caratterizzanti altri procedimenti. Sulla stessa linea si pongono quelle tendenze che irrobustiscono la valenza del contraddittorio tra Stato e Regione, sottolineandone la parità nel giudizio. In questo senso si rileva, tra tutti, il maggiore rigore con cui il Giudice delle Leggi si impegna a misurare la completezza del ricorso e valutare la predeterminazione del *thema decidendum* nell'atto introduttivo. Viene dunque riconfermato l'orientamento espresso dalla sentenza n. 384/1999: grava sul ricorrente identificare i termini della questione di legittimità costituzionale e cioè le disposizioni impugnate, i parametri evocati (il ricorso "deve identificare la questione nei suoi termini normativi, deve cioè indicare dove siano poste o da dove si possano o si debbano ricavare le norme costituzionali e ordinarie, la definizione del cui rapporto di compatibilità o incompatibilità costituisce l'oggetto della questione di costituzionalità" così la sentenza n. 384/1999) e le ragioni delle violazioni prospettate. In sostanza, la motivazione deve essere "non meramente assertiva" (v. *ex multis* e da ultimo anche le sentenze n. 95/2021 e n. 171/2021). Proprio in riferimento a questo ultimo profilo, la Corte sostiene che la motivazione "si pone in termini perfino più pregnanti nei giudizi diretti che non in quelli incidentali, nei quali il giudice rimettente non assume propriamente il ruolo di un ricorrente e al quale si richiede, quanto al merito della questione di costituzionalità che esso solleva, una valutazione limitata alla non manifesta infondatezza". L'Autore non manca però di annotare anche una tendenza apparentemente meno rigorosa: il giudizio della Corte si ammorbidisce nel valutare la realizzazione del contraddittorio quando decide di non sanzionare, attraverso l'inammissibilità, l'atto di costituzione "in bianco" di parte resistente (a p. 184 viene riportato il precedente della sentenza n. 168/2010).

Inoltre, la Corte, segnala Caruso, non si limita a verificare i contorni del ricorso, ma compie un'ugualmente rigida valutazione circa la corrispondenza tra la delibera di autorizzazione a ricorrere dell'organo e il ricorso giurisdizionale. Abbandonato un atteggiamento più permissivo, il Giudice delle Leggi dichiara l'inammissibilità del ricorso se la delibera di promovimento difetta di copertura parametrica. Quasi che l'atto di promovimento si traduca in una sorta di procedimento complesso che inizia con la volontà dell'organo politico, la cui espressione è la delibera dell'organo, e finisce con il ricorso. Insomma, entro la "politicità" della delibera trova il suo perimetro nella difesa tecnica.

L'Autore annovera tra gli indici del progressivo avvicinamento del giudizio in via principale alla categoria del giudizio tra parti l'incidenza dello *ius superveniens* rispetto al parametro e all'oggetto della questione di legittimità. Le modifiche che interessano il parametro della questione, per la Corte costituzionale, hanno un esito differente a seconda che il ricorso sia di

matrice statale o regionale. Infatti, per quanto riguarda i ricorsi di matrice statale, la Corte dichiara, nel caso in cui il parametro cambi, l'improcedibilità. Ciò consente, differentemente da una pronuncia di merito, di lasciare intatta la possibilità per la parte statale di impugnare nuovamente la legge regionale a seguito della sua entrata in vigore. Lo stesso generoso trattamento non viene riservato alle Regioni, i cui ricorsi – all'operare dello *ius superveniens* incidente sul parametro – vengono comunque decisi nel merito. Tale assetto, dunque, contribuisce ad aumentare la divaricazione tra le due posizioni. Si noti, poi, che in caso di impugnazione di una legge regionale, se lo *ius superveniens* interessa il parametro interposto statale, la questione di costituzionalità viene rigettata o dichiarata inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse. Quindi, l'interesse a garantire “nel tempo la conformità della legge regionale alla superiore fonte statale recede” (p. 195) rispetto all'armonia prodottasi della legge statale alla norma regionale (così nelle sentt. nn. 17/2014 e 32 del 2012).

Invece, nel caso in cui lo *ius superveniens* incida sull'oggetto della questione, la Corte dichiara la cessazione o la estinzione del giudizio. I due modi di definizione del giudizio appaiono, da una ricostruzione della giurisprudenza, quasi perfettamente fungibili. Entrambi si verificano quando il Giudice delle Legge, non senza una discreta quota di discrezionalità, prendendo atto della sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente, valuta la “satisfattività della modifica intervenuta rispetto alla pretesa avanzata dal ricorrente” (p. 198) e della mancata applicazione della disposizione impugnata *medio tempore*. L'Autore evidenzia come l'attività della Corte, in questi casi, sia nient'altro che un'operazione meccanica e notarile: è chiamata a distinguere tra casi in cui le modifiche all'oggetto presentano un livello di marginalità tale da non intaccare il significato, l'essenza del disposto normativo, da casi in cui lo *ius superveniens* produce, invece, un cambiamento significativo sull'oggetto della questione di legittimità, alterando “la portata precettiva della norma impugnata” (sent. n. 192/2012). Se nella prima ipotesi la Corte dispone il trasferimento della questione, nel secondo questo non è possibile.

A completare il quadro, appaiono compatibili con l'interpretazione del giudizio quale conflitto “intersoggettivo” anche l'impiego di alcune tecniche di scrutinio della Corte riservate alla legge statale. Si fa riferimento, in particolare, alla tendenza del Giudice delle Leggi di valutare le norme statali impuginate per mezzo della lente degli interessi territoriali; ossia nei casi in cui lo scrutinio di legittimità riguarda le concrete modalità con cui è stata esercitata la funzione legislativa da parte dello Stato. Dunque “se per un verso, la giurisprudenza sulle materie trasversali o sulla lettura finalistica dei principi fondamentali riesuma, sotto rinnovate spoglie, la clausola dell'interesse nazionale, salva comunque una verifica di proporzionalità e adeguatezza dell'intervento legislativo, l'attrazione in sussidiarietà o l'intreccio inestricabile di competenze conferiscono flessibilità alla ripartizione di competenze, consentendo l'intervento statale a condizione di un coinvolgimento, particolarmente intenso, delle Regioni” (p. 232). In questo modo, afferma l'Autore, si ha una sostanziale fluidità del sistema di riparto delle materie; la suddivisione tra le materie spettanti allo Stato e quelle che attengono alla competenza della Regione non è più netta: si consente l'intervento del primo su campi di pertinenza delle seconde a patto, però, che queste ultime vengano “coinvolte”, secondo forme individue in via pretoria dal Giudice delle Leggi. Nota l'Autore: è come se la Corte sindacasse non più soltanto sull'atto (l'astratta disposizione

legislativa), ma sul “fatto” (ossia sulle concrete modalità con cui gli enti territoriali si rapportano tra loro) (p. 233).

“Il tentativo di trasformare il giudizio in via principale in giudizio tra parti volto alla risoluzione, per via giudiziale, di conflitti politico-territoriali sull’esercizio delle competenze legislative non sembra però essere perfettamente riuscito” afferma Caruso. Alcuni aspetti, in particolare in riferimento alla fase preliminare alla instaurazione del giudizio dinnanzi alla Corte, paiono suggerire una sorta di vicinanza rispetto alla scansione procedimentale che caratterizzava la richiesta di riesame previgente alla entrata in vigore del Titolo V. Ora, il procedimento che consente allo Stato di impugnare una legge regionale si svolge in tre momenti. In prima istanza, c’è una fase “amministrativa”, ove il Dipartimento degli Affari Regionali, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, compie uno spoglio delle leggi regionali pubblicate richiedendo al Ministero competente per la segnalazione di eventuali criticità. I ministeri, poi, segnalano al Dipartimento i potenziali elementi di incostituzionalità. Da questo momento in poi, il Dipartimento è investito dello svolgimento dell’istruttoria e svolge le attività di concertazione e contrattazione con i rappresentanti delle Regioni. Spetta al Consiglio dei Ministri decidere circa l’opportunità di impugnare o meno la legge regionale, per cui un certo indice di politicità pare ineliminabile. Non si può affermare di essere di fronte ad un procedimento di natura interamente politica o esclusivamente tecnica, considerato che il ricorso sarà elaborato dall’Avvocatura dello Stato, ma, al tempo stesso, dovrà essere parametrato sulla delibera ministeriale. La complessità dell’atto si colloca, infatti, “al termine di una scansione processuale “mista” contraddistinta dalle valutazioni giuridiche dell’amministrazione statale, integrate dalle argomentazioni della difesa tecnica, le prime recepite, le seconde autorizzate politicamente dal Consiglio dei Ministri” (p. 165).

Un altro elemento contribuisce a tratteggiare la peculiare natura del ricorso statale: il crescere dei casi in cui viene dichiarata l’estinzione del giudizio per rinuncia per via dell’accettazione o della mancata costituzione di controparte. Nella propria Relazione sull’attività della Corte, la Presidente Marta Cartabia ha sottolineato che - pur riconoscendo come sia la stessa Corte a richiamare, di frequente, Stato e Regioni alla leale collaborazione - un numero significativo di casi “si risolvono con la cessazione della materia del contendere o l’estinzione del giudizio, in seguito a modifiche apportata alla normativa in questione durante la pendenza del giudizio, spesso all’esito di negoziazioni tra Stato e Regioni” (*Relazione* sull’attività della Corte costituzionale nel 2019, p. 8). Tendenza questa che ha caratterizzato 35 casi nel 2019, mentre la Relazione del 2020 segnala come vi siano state 25 decisioni di estinzione e 10 di cessazione della materia del contendere.

La stessa Corte si è espressa circa la sintomaticità di questa prassi: “la Corte non può che rallegrarsi se, dopo che è sorta una controversia tra Stato e Regioni, si riesce poi a trovare una composizione politica dell’antinomia. Così si ricompono a valle la leale collaborazione che può essere mancata a monte e si torna, sia pure *a posteriori*, alla fisiologia costituzionale. Tuttavia, questo sistema presenta alcune disfunzioni: da un lato, l’impugnazione finisce per configurarsi come una sorta di rimedio cautelativo, esperito in vista di ulteriori valutazioni ed eventuali accordi; dall’altro lato, se gli accordi giungono a ridosso della discussione dei ricorsi, essi non

risparmiano il cospicuo investimento di tempo, energie e risorse che la Corte profonde nell'analisi e nella preparazione di ciascuna causa, prima della discussione" (*Relazione* sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, p. 8).

Il dato sulle rinunce suggerisce all'Autore come il ricorso governativo possa, di frequente, atteggiarsi a strumento di pressione sulla Regione. Quest'ultima, valutata l'incertezza del giudizio, sia in termini di esito che di durata, abroga o modifica la disposizione impugnata. In questi termini pare limpido come il giudizio in via principale assuma una natura di "controllo".

D'altra parte, Caruso nota come il giudizio in via principale inteso come strumento di "controllo" implichi ragionamenti differenti per quanto attiene al versante della Regione. Infatti, non mancano i casi in cui la parte regionale ha presentato ricorsi avverso atti legislativi di maggioranza, giocando perciò il ruolo di opposizione politica "fuori" dal contesto parlamentare. Prassi, che si può rilevare specialmente nei ricorsi proposti negli ultimi anni e che comunque – per via della frequente rinuncia da parte della Regione al ricorso – non può da sola corroborare la visione del giudizio in via d'azione come una "guerriglia" tra parti (p. 173). Rileva invece che la politicità dell'impugnazione viene specialmente in essere quando le Regioni instano per la tutela degli interessi territoriali di riferimento (sentt. nn. 110, 142/2016 e nn. 114, 142/2017) e per evitare la cristallizzazione di effetti pregiudizievoli causati da leggi statali.

L'istituto della ridondanza (p. 282) potrebbe presentare, invece, difficoltà di inquadramento. Sicuramente - questa è la premessa dell'Autore - comporta un ampliamento della legittimazione ad agire. Difatti, se lo Stato può compiere una valutazione "a tutto campo" della costituzionalità delle leggi regionali (Rossi E., *Il giudizio in via principale tra motivi di crisi e prospettive di rilancio*, in *Quad. cost.*, 2018), valutando se la Regione "ecceda" la propria competenza, la Regione può impugnare la legislazione statale solo quando questa "leda" la sua sfera di competenza. È attraverso l'istituto della ridondanza che la Regione evoca in giudizio parametri che non rientrano nello stesso perimetro della delimitazione delle competenze, ma alla sola condizione che la violazione di questi parametri "ridondi" sulle attribuzioni regionali. Il punto su cui la dottrina, ancora, non ha individuato una risposta univoca è la misura esatta del rapporto tra il vizio extra-competenziale e l'attribuzione evocata in giudizio; dubbio da cui deriva l'incertezza sulla ampiezza, minore o maggiore, della legittimazione ad agire della Regione e, al tempo stesso, l'incertezza sull'ampiezza dei poteri della Corte. A questo proposito, l'Autore affronta il tema della invocazione in giudizio da parte delle Regioni di parametri "sostanziali" distanti dalla lesione delle competenze regionali. In questo contesto, il volume non tace una possibile deriva del giudizio in via d'azione: "l'evocazione di parametri sostanziali relativi a principi e diritti fondamentali, richiamati attraverso labili connessioni con il riparto di competenza, rischia di condurre a una mutazione genetica del giudizio in via principale: concreto è il rischio che detta attribuzione si trasformi in un giudizio astratto a tutela di valori costituzionali innescato da un'azione diretta a titolarità regionale" (p. 303).

Risolvere il dilemma da cui lo studio prende le mosse – ci si domanda se il giudizio in via principale abbia la natura di un procedimento di controllo o di un regolamento di competenza – ha significato per Caruso ricostruire l'andamento della giurisprudenza costituzionale in relazione all'impiego di alcuni istituti e tendenze. L'operazione di studio della complessa tela di apporti

legislativi, dottrinali e giurisprudenziali avrebbe potuto comportare il rischio di giungere ad una ricostruzione frammentaria o meramente ricognitiva; il pregio dell'Autore è invece quello di cogliere, anche nell'atteggiarsi non sempre lineare delle pronunce della Corte, un filo conduttore. Filo che porta l'Autore a sostenere la propria tesi: vi sono alcune tendenze che segnano la sostanziale continuità del giudizio in via principale rispetto all'assetto configurato precedentemente all'entrata in vigore del Titolo V e dalle quali si desume la natura di tale giudizio, configurabile, quindi, come giudizio di controllo.

Alcuni indici, fattori o "tendenze", in particolare, (p. 235 ss.) conducono l'Autore a sostenere con fermezza la propria tesi. Il primo è quello che riguarda la diversità dell'atteggiarsi dell'interesse ad agire dello Stato da quello della Regione. Infatti, se da un lato l'interesse statale si confonde con la legittimazione ad agire, perché il giudizio promosso dallo Stato ha come unica condizione quella di vertere su un atto perfezionato e pubblicato, tanto che non rileva l'accertamento dell'intervenuto avverarsi della produzione di effetti della legge regionale, lo stesso ragionamento non vale per la Regione. Essa è vincolata alla esistenza di "un interesse attuale e concreto a proporre impugnazione, per conseguire, attraverso la pronuncia richiesta, un'utilità diretta e immediata" (sent. n. 195/2017). Va detto che l'intensità con cui la Corte valuta l'attualità e la concretezza dell'interesse a ricorrere varia a seconda dei casi, di cui l'Autore dà puntualmente nota. Quanto emerge dal testo, tuttavia, è che la Corte non valuta specularmente l'interesse dello Stato e della Regione. Del resto: "lo Stato non possiede un interesse processuale distinto dalla sua funzione di controllo, così agendo a tutela della Costituzione; la Regione invece, è la sua competenza: essa agisce per garantire la ragione della sua esistenza giuridica, e cioè la titolarità della funzione legislativa" (p. 242).

La posizione processuale differente si riflette anche su una seconda tendenza su cui l'Autore si sofferma, ossia quella della diversità della legittimazione ad agire: più ampia per lo Stato che ha una cosiddetta legittimazione piena su tutti i parametri costituzionali, differentemente dalla Regione che, invece, rimane ancorata ai parametri del Titolo V. L'Autore rileva come "nel nuovo assetto costituzionale scaturito dalla riforma, allo Stato sia pur sempre riservata, nell'ordinamento generale della Repubblica, una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio di cui all'art. 5 della Costituzione, ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative (art. 117, comma 1) e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso (art. 120, comma 2). E tale istanza postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto - lo Stato, appunto - avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento" ed infatti nemmeno l'articolo 114 Cost. comporta "una totale equiparazione fra gli enti in esso indicati, che dispongono di poteri profondamente diversi tra loro: basti considerare che solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale e che i Comuni, le Città metropolitane e le Province (diverse da quelle autonome) non hanno potestà legislativa" (sent. n. 274/2003). Ultima tendenza è quella della illegittimità consequenziale, che travolge prevalentemente, se non esclusivamente, le leggi regionali, pur con il limite di non incidere sulle leggi di altre Regioni rispetto a quelle che propongono ricorso.

Tuttavia, l'Autore comprende come la scelta tra una direzione o l'altra (giudizio in via principale come giudizio di controllo o regolamento di competenza) orientata solo sulla base delle sole tendenze giurisprudenziali avrebbe fondamenta cedevoli. Infatti, spesso, "i fini contingenti" che la Corte costituzionale persegue mal si conciliano con la necessità di contenere l'intervento giurisprudenziale entro la complessiva *ratio* del giudizio in via principale. Nonostante la Corte abbia dato prova, nel tempo, di come la sua posizione non possa essere determinata "esclusivamente in via deduttiva o analitica", ma al contrario "in via induttiva e sintetica, a partire dagli esiti complessivi della sua attività" (p. 321), l'Autore avverte del rischio di legittimare, seguendo questo iter argomentativo, qualsiasi sconfinamento operato dalla Corte in nome del fine contingente: la salute della costituzione o l'effettività dell'intervento, ad esempio. Da qui la necessità, espressa nell'ultimo capitolo, di "ritornare" ad un rito coerente con la lettura sistematica della Carta.

Un'interpretazione in via sistematica della Costituzione, considerando anche le innovazioni del Titolo V, parrebbe smentire, infatti, una concezione del giudizio in via principale come un regolamento di competenza. Nonostante l'eliminazione dell'istituto del rinvio governativo ad opera dell'articolo 127 Cost. e della nuova ripartizione delle competenze operata dall'art. 117 Cost., una lettura ragionata dell'art. 114 Cost. assieme con l'art. 5 Cost. fa emergere come l'unità della Repubblica sia ancora "piramidale", fondata sulla supremazia dello Stato – unico ente territoriale originario – sulle Regioni" (p. 326 ss.). Questo, soprattutto in assenza della contemporanea introduzione di istituti propri delle organizzazioni federali, considerato, parimenti, di come la Repubblica italiana rifugga dalla genesi politica che ha portato alla creazione degli Stati federali. Dunque, lo Stato è e rimane l'unico responsabile dell'estensione della propria competenza: è allo Stato che è attribuita la procedura di revisione costituzionale, il potere sostitutivo nei confronti delle Regioni, l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni amministrative ed è lo Stato che può sciogliere i consigli regionali. Ancora, rimarcando il tenore letterale dell'articolo 127 Cost. si vede come sia lo Stato il portatore "di un interesse obiettivo al mantenimento dell'unità giuridica repubblicana" quando la Regione ecceda le proprie competenze.

Dunque, il giudizio in via principale, pur essendo "contraddistinto dall'accesso diretto di soggetti predeterminati e diseguali" è volto ad assicurare "il rispetto della Costituzione da parte di atti legislativi appartenenti ad ordinamenti distinti per estensione e funzioni, accumulati però dalla pari subordinazione alla Costituzione, atto normativo che fonda la superiore legalità costituzionale dell'ordinamento giuridico complessivo" (p. 349). Non pare, infatti, un giudizio sui "diritti soggettivi" alla competenza degli enti territoriali, quanto piuttosto "un procedimento giurisdizionale avente ad oggetto norme, orientato a garantire", come ricorda il titolo del volume, "l'unità della Repubblica *nella* Costituzione" (p. 349). Si tratta, più precisamente, di una "*garanzia oggettiva* rivolta alla difesa dell'integrità dell'ordinamento nel suo «valore normativo»" e di un "meccanismo istituzionale di *protezione specifica* dell'unità repubblicana" (p. 350). Garantire l'unità della Repubblica significa perseguire una doppia funzione: per il fronte statale, il ricorso veicola istanze di unità e, se accolto, porta alla tutela della coerenza normativa e alla uniformità

dell'ordinamento; per la Regione, l'impugnazione della legge statale ambisce a realizzare una differenziazione normativa in armonia con l'assetto pluralista.

La tutela dell'unità “assume, anzitutto, una valenza prettamente giuridica: necessariamente *posta* dalla Costituzione, essa implica un principio di ordine che annovera, tra i suoi corollari, *coerenza normativa e certezza delle relazioni territoriali*” (p. 351), ma non è tutto. Infatti, il giudizio in via principale sottintende anche una riflessione circa la congruità degli interessi coinvolti e la fonte scelta per la loro regolazione. In questo contesto, “il concetto di unità cui è preordinato il giudizio in via principale incorpora anche elementi di politicità, e rimanda ad un processo dinamico di unificazione attraverso l'inveramento di valori costituzionali” (p. 352); processo che non può comportare un'attività di “libera” ponderazione degli interessi territoriali e tale da rendere la Corte la protagonista della realizzazione dell'integrazione politica tra livelli di governo.

Da qui una riflessione sulle tecniche e sui criteri di giudizio. In caso di impugnazione della legge statale, ad esempio, essendo essa stessa fattore di unità, la Corte costituzionale dovrebbe desistere dall'utilizzo di tecniche argomentative altamente creative, quali la chiamata in sussidiarietà o l'intreccio (inestricabile) di competenze. Il rischio, infatti, è quello di ricadere in una valutazione fin troppo libera degli interessi e “a un incisivo giudizio sulle considerazioni di opportunità, circa l'*an* e il *quomodo* della disciplina, compiute dal Parlamento, sede dell'unitaria rappresentanza nazionale” (p. 356). Si dovrebbe tentare di evitare orientamenti giurisprudenziali che tendono sia a complicare i meccanismi decisionali e a offrire una sostanziale moltiplicazione delle sedi istituzionali di confronto politico, sia a far gravare sulla Corte costituzionale le aspettative di riconoscimento dei soggetti territoriali diversi dallo Stato.

Considerato che “gli studi di giustizia costituzionale non possono limitarsi, infatti, a registrare regolarità giurisprudenziali, ma debbono ambire ad individuare l'essenza delle diverse attribuzioni assegnate alla Corte costituzionale, ricostruendo, perciò, un *determinato archetipo*, utile non solo in funzione *conoscitiva* (...), ma anche in ottica *prescrittiva* (...)” (p. 322) al fine di rimediare all'allontanamento dalla reale *ratio* del giudizio in via principale, la soluzione che l'Autore individua è quella di un ritorno al passato, perseguibile attraverso (almeno) tre operazioni. In primo luogo, si dovrebbe moderare la rigidità della Corte nel valutare il *continuum* tra la delibera politica e il ricorso giurisdizionale, considerato che l'indicazione del parametro (e non dell'oggetto) in sede politica potrebbe essere successivamente rivista con la stesura del ricorso. Poi, valutati anche i moniti dei Presidenti della Corte, meriterebbe una riflessione l'ora “liberissima” disponibilità del ricorso in via principale - che soffre spesso, come anticipato, delle rinunce di parte – perché causa di dispendio di energie e studio da parte della Corte. Qui l'Autore individua la necessità di circoscrivere la possibilità di rinunciare al ricorso entro termini perentori e a condizioni tassative. Infine, si dovrebbe garantire una maggiore parità di trattamento delle Regioni mediante l'utilizzo dell'illegittimità consequenziale di norme analoghe o identiche a quelle colpite dalla dichiarazione di illegittimità, magari previa attivazione di un contraddittorio in forma “snella”.

In conclusione, lo studio di Corrado Caruso spicca per completezza e audacia; caratteristiche che si legano l'una con l'altra a filo doppio. Completezza perché, coerente con la propria premessa, non compie solo una mera ricognizione delle tendenze giurisprudenziali assieme con

un'analisi delle regole di procedura. Consapevole della differenza tra “giustizia costituzionale” e “processo costituzionale”, il solo studio della procedura non avrebbe consentito un preciso e rotondo inquadramento del giudizio in via d'azione. Inquadramento che si perfeziona, invece, perché l'Autore analizza la declinazione del rapporto tra unità statale e autonomia territoriale, in assenza del quale lo studio non sarebbe stato, come invece appunto è, completo.

Audacia, poiché l'aver realizzato un'analisi precisa e ragionata consente all'Autore di esprimere con limpidezza la propria tesi e addirittura fornire interessanti stimoli per “ripensare” e “correggere” con spirito riformatore le forme del processo in via d'azione.

Giulia Renzi



E. FURNO, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 156*

Siamo ormai in pieno semestre bianco, tra pochi mesi il Parlamento in seduta comune, integrato dai rappresentanti regionali, dovrà eleggere il successore di Sergio Mattarella al Quirinale. Com'è noto, durante il suo settennato, il Presidente della Repubblica attualmente in carica si è trovato ad affrontare diverse situazioni di crisi, anche molto intricate, ed è lecito attendersi che uno dei criteri principali che orienterà la scelta sul successore sarà proprio quello della (inevitabilmente presunta) capacità del prescelto di muoversi con il necessario equilibrio in queste circostanze. Proprio tali circostanze, specificatamente applicate al Capo dello Stato, sono al centro dell'ultima fatica di Erik Furno, *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 156), la quale, dunque, assume ancora maggior rilievo per il contesto in cui si inserisce nel dibattito dottrinario.

Sin da subito il contributo tenta di restituire al lettore un quadro definitorio complessivo del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo. Come chiarito dallo stesso Autore, tale operazione contiene in sé notevoli elementi di complessità in quanto “si può affermare che di certo vi è solo il punto di partenza, cioè l'art. 87 Cost. che definisce la complessiva posizione del Presidente della Repubblica quale capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale” (p. 7). Dunque, richiamando un'espressione di Paladin utilizzata anche dall'Autore, quello delineato dai costituenti per il Presidente della Repubblica è uno “schema molto aperto e molto elastico” (p. 7) in cui quest'ultimo è “collocato al vertice dello Stato per funzioni e onori, ma posto al di là dei tre tradizionali poteri e comunque *super partes*, in quanto estraneo al circuito politico-partitico e alle relative contese politiche” (p. 8). In altre parole, il testo della Costituzione più che definire gli aspetti caratterizzanti il ruolo del Presidente della Repubblica nel nostro ordinamento, si limita a stabilire cosa è escluso dal disegno costituzionale, specificatamente, secondo la tesi che sembra emergere dagli atti della Costituente e che è cara alla prima scienza costituzionalistica

*Contributo sottoposto a *peer review*.

repubblicana, che il Presidente concorra a determinare l'indirizzo politico, in quanto titolare di un quarto potere di carattere 'neutro' (nota 4, p. 8). Tuttavia, questo schema interpretativo ha mostrato i primi segni di inefficienza allorché il sistema partitico forte che ha retto la Repubblica sin dalla sua fondazione è entrato in crisi. Questo processo ha raggiunto la sua acme durante la crisi istituzionale dei primi anni novanta, infatti è proprio "a partire dagli anni della cd. seconda Repubblica" che l'Autore ritiene che i diversi Presidenti della Repubblica siano diventati "decisivi sino al punto di svolgere una funzione arbitrale attiva" (p. 8). Si è trattato di un progressivo processo di *enlargement of functions* (p. 9) determinato da diversi fattori (che l'Autore rintraccia principalmente nei "limiti e le criticità della nostra democrazia parlamentare, le ricorrenti crisi di governo dovute alla formazione di coalizioni dalla scarsa omogeneità politica, l'affermarsi di nuove forme di aggregazioni politiche ispirate a modelli di democrazia diretta in luogo dei tradizionali partiti politici"), che non solo è ancora in atto, ma del quale, soprattutto, allo stato attuale non si intravedono segnali che potrebbero farne presagire la fine. Dalla lettura del libro sembra emergere che per l'Autore questo fenomeno non sia nient'altro che il vedersi concretizzare della ormai celeberrima metafora di Giuliano Amato sui poteri presidenziali *a fisarmonica*, a significare che quest'ultimi si ampliano o restringono a seconda della minore o maggiore capacità dei partiti di orientare il funzionamento del circuito Parlamento-Governo (nota 15, pp. 12-13). Questo concetto sembra essere ormai pacificamente acquisito dalla dottrina, così come, allo stesso modo, molti autori, e nel suo libro *Furno* si iscrive tra questi, ritengono che l'interpretazione del ruolo e della figura presidenziale dipendano da tre elementi principali: le attribuzioni e i poteri che la Costituzione affida al Capo dello Stato, il grado di stabilità del sistema politico-istituzionale - quindi anche dalla *forza* dei partiti - e, non ultimo, dal *carattere* delle diverse personalità chiamate a ricoprire tale carica, ossia dal loro personale modo di intendere la propria funzione nei diversi contesti politico-istituzionali in cui si sono trovate ad operare nel corso del mandato presidenziale (pp. 12-13).

Le considerazioni di cui si è provato a dare conto sinora portano l'Autore a sostenere che a oltre settanta'anni dall'entrata in vigore della Costituzione non si sia ancora risolta la *querelle* sulla "struttura 'garantistica' del Capo dello Stato, quale organo neutrale di garanzia estraneo all'attività di indirizzo politico" oppure "struttura 'governante', quale organo di direzione politica, chiamato a svolgere un ruolo sì imparziale, ma anche politicamente attivo, consistente in una funzione di sintesi e di moderazione fra la molteplicità delle forze politiche" (pp. 14-17). Proprio al fine di indagare quanto più approfonditamente possibile su questo tema, *Furno* analizza tre sentenze della Corte costituzionale che definisce 'di sistema' "in quanto sono le uniche a tratteggiare la figura presidenziale e hanno contribuito a sedimentare la figura e i poteri del Capo dello Stato" (pp. 22-23).

La prima di queste sentenze è la n. 154 del 2004, importante "ai fini della distinzione tra atti funzionali e atti privati del Capo dello Stato" (p. 24). La vicenda è nota ed è superfluo richiamarla in questa sede, la tesi di Cossiga era che le due sentenze per diffamazione a suo carico costituissero una lesione delle prerogative presidenziali in quanto, ai sensi della Costituzione, il Capo dello Stato è coperto da irresponsabilità funzionale. Dunque, come evidenziato da *Furno*, "alla base del 'caso Cossiga' vi sono le obiettive difficoltà di tracciare il confine tra responsabilità ed

irresponsabilità presidenziale e dipanare così l'inestricabile intreccio tra attività formali ed informali, tra attività funzionali e comportamenti e dichiarazioni informali non coperte dallo scudo immunitario dell'art. 90 Cost." (p. 32). Peraltro, le richiamate difficoltà sono accentuate dal molto più frequente ricorso al potere di esternazione, le cui origini sono da rintracciare nella Presidenza Pertini, e confermate dalla stessa Corte che tuttavia, ribadendo la necessità di "tenere separata l'istituzione presidenziale dalla persona fisica del titolare della carica, che conserva la sua soggettività e la sua sfera di rapporti giuridici, senza confondersi con l'organo che pro tempore impersona" (p. 31), respinse il ricorso presentato da Cossiga ritenendo le sue affermazioni rientranti nelle attività extra-funzionali del Presidente della Repubblica.

La seconda sentenza analizzata da Furno, con esito opposto per la figura presidenziale, è la n. 200 del 2006. Con quest'ultima, diversamente da quanto la dottrina maggioritaria aveva fino a quel momento sostenuto, ovvero sia che il potere di grazia fosse un 'atto complesso eguale' necessitante la volontà concorrente del Ministro della giustizia e del Capo dello Stato, la Corte costituzionale ne ha attribuito la potestà solo a quest'ultimo, "quale organo *super partes*, rappresentante dell'unità nazionale, estraneo a quello che viene definito il circuito dell'indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza". Furno è molto critico verso questa deliberazione della Corte essenzialmente per due ordini di ragioni. La prima è che ricostruendo un istituto che nel nostro ordinamento può essere anche un atto politico come un atto esclusivamente umanitario (e per questo affidato al Capo dello Stato in quanto organo *super partes*), la Corte si è prestata ad essere facilmente smentita dai fatti, come in effetti dimostrano le successive vicende Sallusti e Romano richiamate dall'Autore (nota 134, p. 48). La seconda ragione invece riguarda la possibilità (che, non potendo più bloccare altrimenti il procedimento, inevitabilmente si apre) per il Ministro della giustizia di adire la Corte qualora ritenga di trovarsi dinanzi a un caso di carenza dei necessari presupposti umanitari; come sottolinea Furno, è noto al riguardo lo scetticismo della dottrina per i conflitti di attribuzione che coinvolgano il Capo dello Stato in quanto, qualunque sia la decisione finale della Corte, il costo del conflitto è sempre elevatissimo, anche solo in termini di immagine.

La terza e ultima sentenza presa in analisi è la più recente, la n. 1 del 2013, nella quale la Corte costituzionale risolve in favore del Capo dello Stato il conflitto sollevato dall'allora Presidente Napolitano avverso la Procura di Palermo "ricavando l'inviolabilità della riservatezza delle comunicazioni presidenziali dalla posizione e dal ruolo ricoperto dal Capo dello Stato nell'ordinamento" (p. 61). Furno rileva come seppur inizialmente i giudici costituzionali sembrano muovere dalla teoria tradizionale del Capo dello Stato quale organo di garanzia, 'quarto potere', 'potere neutro', finiscano poi per esaltare "la figura del Capo dello Stato quale sintesi delle varie componenti politiche ed istituzionali, vero snodo cruciale del sistema democratico, seppur estraneo al circuito politico parlamento-governo" (p. 67), dunque tracciando una figura che ricorda molto più una struttura governante che di pura garanzia. Tanto più che da questo modo di intendere la figura presidenziale si fa derivare che la discrezione e la riservatezza delle sue comunicazioni sono "coessenziali al suo ruolo nell'ordinamento costituzionale", facendo così emergere l'immagine di un Capo dello Stato dedito, prima ancora che al compimento delle

attribuzioni dicui all'art. 87 Cost., a tutta una serie di attività informali. In definitiva, si chiede Furno, qual è il portato della sentenza della Corte costituzionale del 15 gennaio 2013? Senz'altro aumenta la sfera di irresponsabilità del Capo dello Stato, ma quel che più conta, accresce i poteri presidenziali finendo con il “riconoscere al Presidente della Repubblica la possibilità di attivare tutte le potenzialità che la Costituzione offre – e, talvolta, anche oltre – per salvaguardare le istituzioni e la comunità nazionale” (p. 89). Un portato che giustifica ampiamente la definizione di sentenza “storica” data dall'Autore.

Fedele all'intento dichiarato della sua monografia, quello “di evidenziare come, proprio nei momenti di crisi più acuta, se non di vera e propria emergenza istituzionale, [...] possono affermarsi quelle convenzioni e/o quelle prassi virtuose aventi valore di precedente, da cui ricavare il ruolo e le funzioni del Capo dello Stato”, Furno chiude la sua analisi sulla figura del Presidente della Repubblica da quello che è probabilmente, tra i più recenti, il più grave caso di crisi istituzionale, il cd. “caso Savona”.

Dopo aver brevemente ripercorso gli eventi (par. 3.1), dato conto dell'ampio e variegato dibattito dottrinario che ne è generato (par. 3.2), approfondito specificamente il procedimento di nomina dei ministri (par. 3.3) e il tema della pregiudiziale europea in relazione al ruolo di rappresentante dell'unità nazionale del Presidente della Repubblica (par. 3.4), Furno, pur ammettendo si sia trattato di una condotta “borderline”, ritiene di concludere che nel cd. “caso Savona”, il Presidente Mattarella non “abbia esorbitato dalle sue funzioni, né, tanto meno, abbia compiuto un'inammissibile invasione nella sfera di competenza riservata al Presidente del Consiglio dei ministri” (p. 108). A tale conclusione giunge rifacendosi al modello interpretativo basato sul binomio indirizzo politico di governo/attività presidenziale di garanzia, evidentemente facendo rientrare in quest'ultima la possibilità di rifiutare la nomina di un ministro proposta dal Presidente del consiglio incaricato. Inoltre, nella tesi dell'Autore, la convinzione che si sia trattato di un operato presidenziale entro i limiti stabiliti dalla Costituzione è rafforzata da altri due elementi; da un lato il ritenere che l'adesione alla UE sia ormai parte integrante dei principi inviolabili caratterizzanti la nostra forma di Stato, dall'altro che, come ampiamente argomentato nel libro, è la giurisprudenza costituzionale a garantire “la protezione di una sfera di attribuzioni presidenziali ben più larga di quanto si potesse immaginare in precedenza” (p. 110). Argomenti, questi, senz'altro convincenti, ma che tuttavia non si sottraggono a obiezioni. Infatti, seppur sembra ormai difficile non considerare l'adesione alla UE come elemento configurante la nostra forma di Stato, allo stesso modo, né un'uscita dall'Unione, né tantomeno dalla moneta unica europea, erano previsti dal cd. “Contratto di Governo”. Così come non vi è dubbio che la giurisprudenza costituzionale abbia delineato una figura presidenziale dai poteri accresciuti rispetto alla sua immagine tradizionale, ma, come evidenziato dallo stesso Autore, ciò ha anche fatto emergere “la necessità che il legislatore, costituzionale ed ordinario, affronti *funditus* il tema delle prerogative presidenziali e dei limiti alla loro tutela, onde chiarire in via definitiva ciò a cui la Corte costituzionale [...] non ha saputo dare adeguate risposte” (p. 89).

In definitiva, quello del ruolo del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo è insieme un tema tradizionale e sempre attuale, specie alla luce degli sviluppi istituzionali recenti. Proprio a tal proposito, appare felice la scelta di analizzarne la figura attraverso il prisma dei

momenti di crisi istituzionale, nei quali sempre più il Capo dello Stato gioca un ruolo da protagonista. In questo senso l'opera di Erik Furno costituisce un vademecum indispensabile per orientarsi nell'analisi di questo tema molto complesso e dalle molteplici sfaccettature, oltreché un utilissimo contributo al dibattito dottrinario.

Adolfo Russo



G. BELLOMO, *Profili pubblicistici del Data Protection Officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 268*

A due anni dall'entrata in vigore del Regolamento europeo 2016/679 sulla protezione dei dati personali – il 25 maggio del 2018 – anche noto come “*General Data Protection Regulation*” (GDPR), Gianluca Bellomo con “*Profili pubblicistici del Data Protection Officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*” (Napoli, Editoriale Scientifica, 2020) propone una riflessione su aspetti di rilevanza gius-pubblicistica sulla nuova figura del *Data Protection Officer* (DPO o nella traduzione italiana il c.d. *Responsabile della Protezione dei Dati personali*, RPD), nel più ampio sistema multilivello di tutela della *privacy*.

Il rapporto tra il singolo e lo spazio digitale è un tema che suscita da tempo le attenzioni dell'autorevole dottrina del diritto pubblico, sempre più impegnata a riflettere sulle nuove forme assunte dalle libertà tradizionali nel nuovo contesto informatizzato: si pensi anche solo alla libertà di corrispondenza e di comunicazione, al dibattito sul diritto di accesso alla rete, alla libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà di informazione e così via (sul punto *ex multis* G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, Cacucci, 2021; A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2021; G. DE MINICO, *Libertà in rete. Libertà dalla rete*, Milano, Giappichelli, 2020; G. FINOCCHIARO, *Diritto di Internet*, Milano, Zanichelli, 2020; O. POLLICINO, T.E. FROSINI, E. APA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, Milano, Mondadori, 2017). L'avvento di Internet e il progressivo sviluppo delle tecnologie della connettività (da ultimo vedi l'*Internet of Things – IoT*), hanno immerso l'uomo in nuovo ecosistema ove i confini tra la realtà virtuale, *on-line*, e quella materiale *off-line* sono sempre più sottili e meno nitidi (L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione: Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017), conferendo al singolo la possibilità di poter esprimere liberamente la propria personalità attraverso nuove forme di interazione (V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Macerata, Liberilibri, 2010, p. 41).

Tuttavia, se da una parte la rivoluzione digitale è stata interpretata come un fenomeno che avrebbe dato nuova linfa all'esercizio delle libertà (V. FROSINI, *op. cit.*), dall'altro non è mancato

*Contributo sottoposto a *peer review*.

l'avviso di chi, intuendo l'avvento di nuove forme di potere derivanti dal processo di digitalizzazione, ha elaborato la nascita di una nuova generazione di diritti frutto dell'esigenza di fornire garanzie e protezione alla persona da *“i pericoli alla vita, alla libertà e alla sicurezza provenienti dall'accrescimento del progresso tecnologico”* (N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, p. 263; v. anche S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, Mulino, 1973).

Tra questi, il diritto alla protezione dei dati personali risulta particolarmente emblematico. Nato dal processo di riadattamento del diritto alla riservatezza (o diritto alla *privacy*) alle nuove esigenze originate dalla digitalizzazione, il diritto del singolo di controllare i dati che lo riguardano ha subito un'evoluzione nel tempo. Come osservato da alcuni, a seguito dell'avvento di Internet, *“la problematica non riguarda tanto il controllo delle informazioni individuali in difesa di un diritto del soggetto alla riservatezza, quanto piuttosto il metodo adottato per la raccolta dei dati, ossia la possibilità di raccogliere le informazioni in una “banca dati” elettronica”* (T.E. FROSINI, *Apocalittici o integrati. La dimensione costituzionale della società digitale*, Modena, Mucchi editore, 2021, p. 33). Oggigiorno i dati personali attraversano i confini degli Stati sovrani viaggiando per mezzo di cavi e *servers* sparsi per il mondo. Non solo, da ultimo, la creazione del mercato digitale e il diffuso utilizzo delle tecnologie di profilazione hanno inserito il dato personale all'interno del circuito della c.d. *data economy*, ossia una nuova forma di economia basata per l'appunto sui dati. Tali profili hanno inevitabilmente interessato i legislatori nazionali e sovranazionali, rendendo di fatto il diritto alla protezione dei dati personali – come evidenzia Bellomo – *“un laboratorio di regolazione di livello statale, europeo e globale privilegiato in quanto legato a doppio filo con gli elementi fondanti la globalizzazione e in primis con lo sviluppo tecnologico”* (p. 12).

All'interno di tale complesso quadro di riflessioni, l'Autore ha scelto di porre le sue attenzioni sul peculiare ruolo – sebbene al momento inedito - del *Data Protection Officer*, quale figura attivamente partecipe del processo di *enforcement* del diritto alla protezione dei dati personali e della sua *“costituzionalizzazione materiale globale”* nel sistema multilivello (p. 15 e p. 170).

Tuttavia, prima di passare all'analisi dell'opera, appare utile discorrere brevemente alcuni disposti della normativa di riferimento sulla figura del DPO. Il *Data Protection Officer* costituisce uno degli aspetti più innovativi del GDPR. L'introduzione di tale figura, disciplinata agli artt. 37, 38 e 39 del citato Regolamento, è stata resa necessaria dall'esigenza di affiancare al titolare del trattamento *“una persona che abbia una conoscenza specialistica della normativa e delle pratiche in materia di protezione dei dati nel controllo del rispetto a livello interno del presente regolamento”* (considerando 97 GDPR). Difatti, il GDPR assegna al *Data Protection Officer* una serie di compiti di coordinamento e supporto del titolare del trattamento - ossia colui che «determina le finalità e i mezzi del trattamento» (art. 4 par. 1 n. 7 GDPR). Tale figura è chiamata a svolgere una serie di attività complesse e specifiche che vanno dalla consulenza verso i titolari del trattamento sulla implementazione e applicazione del quadro normativo sulla protezione dei dati personali, al controllo sull'osservanza di detto quadro, nonché alla promozione e sensibilizzazione della disciplina all'interno delle organizzazioni in cui opera, al fine di far acquisire consapevolezza della materia – c.d. *awareness* - (art. 39 GDPR).

Si tratta pertanto di una figura pensata per fornire un valido sostegno al titolare nel trattamento dei dati personali, attività considerata da sempre per sua natura rischiosa per i diritti e le libertà

delle persone. Non solo, il DPO svolge anche un altro importante compito, quello di cooperazione/punto di contatto verso la c.d. l'Autorità di controllo, ossia «l'autorità pubblica indipendente istituita da uno Stato membro [...]» (art. 4, n. 21, del GDPR), la cui competenza è quella di gestire i reclami e le violazioni delle norme vigenti per la protezione dei dati personali.

Nell'esercizio di questi ruoli, sia verso il titolare del trattamento, sia verso l'Autorità di controllo, il “custode dei dati” conserva sempre i tratti dell'indipendenza e dell'autonomia del suo operato nonché l'attiva partecipazione nei processi decisionali dell'organizzazione in cui opera. A tal proposito, i par. 1 e 2 dell'art. 38 del GDPR, recitano che il titolare e il responsabile del trattamento, si impegnano a coinvolgere “*tempestivamente e adeguatamente*” il *Data Protection Officer* in tutte le questioni riguardanti la protezione dei dati personali, e a sostenerlo “*nell'esecuzione dei compiti di cui all'art. 39 fornendogli le risorse necessarie per assolvere tali compiti e accedere ai dati personali e ai trattamenti e per mantenere la propria conoscenza specialistica*”.

Con il presente volume, lo Studioso ha inteso analizzare i profili pubblicistici di questa nuova figura, articolando la riflessione sui due indirizzi espressivi del suo bagaglio esperienziale di professore di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università “Gabriele d'Annunzio” di Chieti-Pescara, e di DPO del medesimo Ateneo. Nella monografia è infatti possibile cogliere sia elementi teorici sia pratici, utili tanto a fornire una sorta di *toolbox* per i professionisti del settore, quanto a stimolare la riflessione degli studiosi della materia o del diritto pubblico e costituzionale in generale. Come dichiarato dallo stesso Bellomo, il fine dell'opera è infatti quello di “*evidenziare in maniera il più possibile ampia gli effetti della normativa sull'oggetto di studio*” portando così l'attenzione del lettore non solo sulla “*law in the books*” ma anche sulla “*law in action*” (p. 14).

Nel complesso l'analisi è articolata in sette capitoli e il tratto originale dell'opera può essere colto già nel primo di questi, ove è definita l’“*ipotesi di lavoro: il Data Protection Officer (DPO) come soggetto a rilevanza pubblica*”. Diversamente dalla letteratura prodotta negli ultimi anni sul DPO, riguardante perlopiù lo studio della figura sotto il profilo privatistico, l'Autore propone invece di evidenziarne gli aspetti attinenti al diritto pubblico, sia sul piano teorico che pratico.

I capitoli secondo e terzo, sono rispettivamente dedicati alla “*introduzione della figura del DPO nel diritto dell'Unione*” e alla “*designazione del data protection officer*”. Nel primo, l'Autore, partendo dalla premessa sulla costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati personali, fornisce un quadro d'insieme sul contesto normativo che ha positivizzato la figura del DPO nell'ordinamento dell'Unione Europea. Nel secondo, viene invece analizzato il procedimento di nomina del *Data Protection Officer* avendo modo di toccare anche i diversi aspetti collegati a questo procedimento. In tal sede, l'Autore ha avuto modo di soffermarsi su aspetti relativi alle caratteristiche di cui tale figura dovrebbe essere in possesso, i requisiti formali dell'atto di nomina e infine i termini del dibattito sulla designazione interna o esterna all'organizzazione in cui opera il DPO.

Nel capitolo quarto la trattazione si concentra sulla “*posizione del data protection officer come soggetto a rilevanza pubblica*” ove Bellomo, attraverso una lettura critica del GDPR, osserva i possibili profili di rilevanza pubblicistica di questa figura, sia nello svolgimento dei suoi compiti (vedi art. 39), sia nelle caratteristiche derivanti dalla sua posizione (vedi art. 38).

La trattazione del quinto capitolo, intitolato “*I compiti del data protection officer*”, propone una lettura del ruolo del DPO all’interno delle organizzazioni in cui opera e il rapporto con l’Autorità di controllo.

Altro aspetto di particolare rilevanza, che conferisce pregio alla proposta di studio dell’Autore, attiene al contenuto dei capitoli sesto e settimo, relativi al “*DPO in action*”, ove lo Studioso articola la propria riflessione sui “*problemi e prospettive*” della figura del DPO nell’esercizio della sua funzione affiancandovi l’analisi di alcuni “*casi di studio*”. Nello specifico si tratta di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia europea sui temi del diritto all’oblio, sui *cookies*, sui servizi di comunicazione elettronica, sulla biometria e sulle tecniche biometriche. L’attenzione verso l’evoluzione giurisprudenziale europea sui predetti temi, lascia intendere che, da una parte, l’Autore abbia inteso far ricorso alle metodologie proprie del diritto pubblico con l’intento di analizzare “*la produzione di valori e di significati propria del divenire sociale*” (A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2007, p. 26), e dall’altra, di aver voluto condurre uno studio improntato sulla teoria dei formanti propria del diritto comparato (R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 3) al fine di meglio analizzare il tema nel sistema multilivello.

La tesi di Bellomo muove dall’ipotesi che il GDPR “*si propone, nell’attuale conformazione, come possibile archetipo per una costituzionalizzazione mondiale dei principi relativi alla tutela dei dati personali verso i quali l’UE sembrerebbe essersi prefissata di far convergere gli altri modelli, ove presenti, degli ordinamenti extraeuropei*” (p. 42). Innanzitutto, il processo di costituzionalizzazione di tale diritto ha iniziato a prendere forma già con la Carta di Nizza, attraverso cui il diritto alla protezione dei dati personali ha trovato un autonomo riconoscimento di natura “*sostanzialmente costituzionale*” a livello europeo. Tuttavia, secondo l’Autore, solo con l’approvazione del GDPR “*si è giunti alla definitiva costituzionalizzazione in senso materiale del diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali in Europa*” (p. 39).

Con il Regolamento 679/2016 l’Unione Europea ha inteso far fronte alle nuove sfide lanciate dall’innovazione tecnologica e dal processo di globalizzazione, promuovendo una normativa che pone al centro i diritti e le libertà della persona. In considerazione di ciò, è possibile intravedere le direzioni verso cui si è orientata l’azione dell’Unione: quella espansiva-orizzontale, volta a fornire una tutela omogenea e uniforme in tutto il territorio dell’Unione e, al contempo, volta a stimolare il c.d. effetto Bruxelles, ossia la promozione del modello normativo europeo anche nei Paesi extra-Ue. Quella verticale, ove l’Autore analizza gli effetti applicativi - la *law in action* - ossia la declinazione della normativa all’interno degli Stati membri.

Al centro di questo sistema multilivello, Bellomo pone il *Data Protection Officer*, figura destinata a diventare, secondo lo Studioso, “*un agente del cambiamento caratterizzato da tempi di risposta molto ridotti rispetto ai mutamenti determinati dalla realtà globalizzata che lo circonda*” (p. 62).

Relativamente alla politica espansiva-orizzontale, l’azione dell’Unione ha dovuto provvedere al necessario temperamento di diverse esigenze, quali, da una parte, il rispetto delle diversità che caratterizzano i sistemi giuridici degli ordinamenti dei singoli Stati membri, dall’altra, l’obiettivo di creare una normativa uniforme e omogenea in tutto il territorio dell’Unione Europea. Il ricorso allo strumento normativo del Regolamento ha certamente garantito tale

uniformità e omogeneità, diversamente dalla precedente direttiva 95/46/CE, la c.d. “direttiva madre”, ora abrogata dal GDPR, che era stata causa di una applicazione frammentata che non «ha eliminato l’incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che [...] le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche» (considerando 9 GDPR).

L’intento dell’Unione europea è stato infatti quello di creare uno spazio sicuro ove i dati possano circolare liberamente e alimentare l’economia digitale, garantendo al tempo stesso i diritti e le libertà degli interessati (considerando 4 GDPR). Si tratta di uno spazio ove le misure di attuazione della normativa abbiano una reale efficacia, «data l’importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell’economia digitale in tutto il mercato interno» (considerando 7). In considerazione di ciò, l’Autore osserva che “*la portata del Regolamento e la relativa disciplina muovano, di fatto, verso un’estensione applicativa di quello che solo a prima lettura potrebbe apparire il confine formale della stessa che però sta assumendo sempre più una dimensione materialmente onnipervasiva*” (p. 50). L’ampia diffusione delle tecnologie che trattano dati personali e la relativa delocalizzazione delle imprese che ne sono titolari, hanno necessitato l’intervento di una regolazione non più limitata ad uno spazio definito, sia esso nazionale o europeo, ma volta a seguire il dato ovunque questo venga trasferito – c.d. *sticky regulation*.

Bellomo individua gli elementi di tale espansività nella parte del Regolamento relativa al suo ambito applicativo (di cui agli artt. 2 e 3 GDPR). In particolare, relativamente all’ambito d’applicazione materiale (art. 2 GDPR), “*che si gioca sulla nozione di «dato personale»*”, definito come «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile [...]» (art. 4 par. 1), l’Autore sostiene che il legislatore dell’Unione ha fatto sì che “*qualsiasi dato ricollegabile in via diretta o indiretta a un soggetto fisico rientra nell’alveo della disciplina in parola, con una conseguente significativa estensione dei confini applicativi regolamentari*” (p. 47). Allo stesso modo, relativamente all’ambito d’applicazione territoriale, l’art. 3, par. 2 del GDPR stabilisce che la disciplina europea trovi applicazione anche ai trattamenti svolti da «un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell’Unione», mentre il Capo V è interamente dedicato ai «Trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali».

Sul piano verticale degli effetti applicativi, la c.d. *law in action*, Bellomo osserva che il Legislatore dell’Unione ha inteso far fronte alle sfide derivanti dal progresso tecnologico e dal processo di globalizzazione rafforzando i poteri dei soggetti istituzionali tecnici indipendenti (le c.d. autorità di controllo) e ricorrendo a meccanismi di *soft law* o di responsabilizzazione dei soggetti privati – il c.d. principio di *accountability* (p. 40). Tale impostazione, che segue il *trend* regolatorio già noto in altri contesti come quello ambientale, è il segno di un approccio alla materia del tutto innovativo non più basato su una visione formalistica, ma su una “*lettura funzionalista, di matrice anglosassone, che tende quindi a superare l’applicazione meramente formale della norma ma persegue l’effettivo raggiungimento di un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà oggetto di tutela*” (p. 57). Si tratta di un modello che vede, da una parte, le Autorità di controllo, in Italia il Garante per la Protezione dei Dati Personali, che costituiscono una sorta di *whatchdogs* della disciplina. Dall’altra i titolari del trattamento che sono responsabili delle misure e delle strategie attuative al fine di implementare la disciplina sulla protezione dei dati personali.

Bellomo analizza il ruolo del DPO che, come “*punto di contatto*” sia del titolare del trattamento “responsabilizzato” sia dell’Autorità di controllo, viene così ad assumere “*nel concreto esercizio delle funzioni assegnate una rilevanza pubblicistica*” (p. 61). Il riferimento dell’Autore è a tutti quegli incarichi in cui il *Data Protection Officer* costituisce “*sia un punto di contatto, diretto, con elevate competenze tecniche in tema di protezione della privacy, sia un prezioso “alleato” nella traduzione tempestiva all’interno delle organizzazioni di appartenenza dei continui aggiornamenti tecnico-normativi necessari per l’adeguamento nel settore specifico interessato*” (p. 61).

Entrando nello specifico, relativamente al rapporto tra il DPO e il titolare del trattamento, l’Autore evidenzia che il *Data Protection Officer* è innanzitutto responsabile del corretto bilanciamento dei diritti all’interno delle organizzazioni in cui opera. Secondo Bellomo, egli è infatti “*traduttore qualificato dei diritti degli interessati?*” ed opera “*nell’ottica della riduzione dei livelli di rischiosità per i diritti e le libertà fondamentali di questi, ma anche nel senso di favorire e agevolare la libera circolazione dei dati personali alle condizioni previste dalla normativa*” (p. 97). In tal sede, il DPO sarà pertanto tenuto a svolgere le opportune valutazioni e a rappresentare, in qualità di soggetto terzo e indipendente, il risultante ordine gerarchico di tutele al titolare del trattamento (p.98).

Ulteriori profili pubblicistici sono rinvenuti nei poteri ispettivi di cui gode il DPO e nell’indipendenza e autonomia della sua azione. In particolare, rispetto al primo profilo, tali poteri sono riconducibili al compito di «sorvegliare l’osservanza del [...] regolamento [...]» di cui all’art. 39 par. 1 lett. b) GDPR. A tal fine, i titolari del trattamento “*devono materialmente far sì che il DPO possa condurre una sorta di vera e propria attività ispettiva all’interno dell’organizzazione sulle modalità di gestione e di trattamento dei dati personali?*” (p. 107).

Nel corso dell’opera, viene inoltre analizzato, in più occasioni, anche il rapporto tra il *Data Protection Officer* e l’Autorità Garante (p. 145 e p. 170).

L’Autore osserva preliminarmente che, nonostante tra i compiti di cui è incaricato il DPO, ai sensi dell’art. 39 par. 1 lett. d), vi sia quello di «cooperare con l’autorità di controllo», in nessun caso tale figura “*assumerà un ruolo di dipendenza funzionale nei confronti dell’Autorità di controllo?*” (p. 146). Il *Data Protection Officer* conserva infatti i tratti di indipendenza e autonomia nell’esercizio delle sue funzioni, sia nel rapporto con il titolare del trattamento sia nel rapporto con l’Autorità di controllo (art. 38 par. 3 GDPR).

Bellomo muove così verso un’interpretazione evolutiva del rapporto tra il *Data Protection Officer* e l’Autorità di controllo. L’art. 39 par. 1 lett. e) del GDPR prevede che il DPO funga «da punto di contatto per l’autorità di controllo per questioni connesse al trattamento [...]». Il *Data Protection Officer* costituisce infatti un “*intermediario nella comunicazione tra Garante e titolare (o responsabile)*”, poiché tale figura è in grado di comprendere le richieste che l’Autorità avanza verso il titolare e allo stesso tempo può “*verificare, ove coinvolti, che il titolare o il responsabile abbiano piena consapevolezza di quanto stanno comunicando al Garante e della rispondenza di ciò alla realtà organizzativa di volta in volta in esame?*” (p. 147). Tuttavia, nonostante la normativa rappresenti questo rapporto come unidirezionale, secondo Bellomo si tratta di un rapporto biunivoco “*dal momento che il DPO, a determinate condizioni, si rapporta con il Garante; ma dall’altro anche il Garante, ove abbia bisogno di informazioni su questioni che coinvolgono l’organizzazione nella quale è designato il DPO, si potrà rivolgere a questo quale «punto di contatto» per avere ogni informazione utile in materia?*” (p. 149). Il disposto prosegue

poi prevedendo che anche il DPO possa rivolgersi all'Autorità, godendo così di un potere consultivo che può essere interpretato come *“un potere materialmente informativo [...] che rappresenta un rilevante istituto formalizzato di interazione tra i due soggetti?”* (p. 171).

L'Autore propone così una lettura evolutiva di tale rapporto al fine di poter cogliere i profili pubblicistici della figura. In particolare, riprendendo l'analisi dell'art. 39 par. 1 lett. e) del GDPR, Bellomo si chiede se tale facoltà consultiva del *Data Protection Officer* possa, in certi casi, tramutarsi in un vero e proprio obbligo di segnalazione al Garante, o eventualmente, all'Autorità giudiziaria. L'Autore osserva che dalla disciplina vigente non sembrerebbe potersi dedurre tale obbligo, tuttavia, *“il legislatore europeo ha creato le condizioni formali e materiali per un rapporto diretto tra le Autorità di controllo in materia di tutela della privacy (che rappresentano i soggetti pubblici primariamente coinvolti nel controllo sull'enforcement della normativa e che dispongono di rilevanti poteri ispettivi e sanzionatori) e i DPO”* (p. 172).

In particolare, secondo Bellomo tale rapporto – definito *“privilegiato”* – è particolarmente evidente *“osservando alcune significative iniziative di interazione dedicate esclusivamente ai DPO, operanti presso soggetti pubblici, e promosse dai singoli Garanti nazionali”* (p. 173). Il riferimento dell'Autore è al progetto T4DATA, iniziativa promossa dal Garante italiano per la Protezione dei Dati Personali consistente in una serie di iniziative e di incontri di formazione specificamente destinati ai DPO delle pubbliche amministrazioni. Diversamente dall'ambito privato, dove la sua azione è perlopiù consulenziale, *“in ambito pubblico il DPO finisce con l'assumere di fatto un ruolo di vero controllore dei procedimenti amministrativi, con l'attribuzione di poteri sostanziali, che probabilmente sono andati oltre la volontà del legislatore”* (A. PISANTI, *I (super) poteri del DPO nella pubblica amministrazione*, in *Diritto24*, 2020), trovandosi così a dover far fronte a responsabilità diverse e maggiormente gravose.

Proprio per questo motivo, l'Autore individua nelle iniziative formative e nelle diverse linee guida, spesso frutto del rapporto di cooperazione tra i Garanti europei o delle pronunce del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (o *European Data Protection Board* - EDPB), la creazione di validi strumenti a supporto dell'attività di tale figura – utili soprattutto nel contesto pubblico - con il fine di costituire *“prassi e interpretazioni della normativa difficilmente derogabili dai singoli DPO, che diversamente dovrebbero onerarsi di dimostrare la fondatezza delle proprie interpretazioni normative”* (p. 174).

In virtù di tali considerazioni Bellomo descrive una geometria di rapporti reciproci che vedono al vertice l'EDPB e le singole Autorità garanti nazionali, alla base, il DPO, quale destinatario ultimo degli indirizzi e pratiche applicative formulate dai vertici. Difatti, l'azione dei soggetti *“istituzionali”*, che intervengono sull'applicazione ed *enforcement* del GDPR a colpi di *soft law*, trova reale applicazione proprio grazie all'attività del *Data Protection Officer*.

Tale modello, secondo l'Autore, costituisce il presupposto *“di una conformazione “a rete” del sistema di sorveglianza sull'applicazione e sull'enforcement del modello europeo di protezione dei dati personali, che coinvolge soggetti a rilevanza pubblica (DPO) con sempre maggiori correlazioni reciproche”* (p. 177). La previsione dell'Autore è quindi quella di un sistema che *“potrebbe far convergere sempre più la realtà applicativa delle tutele in materia di dati personali verso un modello europeo di prassi in cui il rapporto con e tra i DPO e i singoli Garanti si caratterizza per una stretta relazione bidirezionale nell'ambito della quale il DPO rappresenti una sorta di “estensione operativa” all'interno di quelle organizzazioni che maggiormente possono*

incidere sulla lesione di quei diritti e di quelle libertà fondamentali che il Regolamento, in via diretta e indiretta, si prefigge di tutelare? (p. 175).

Così secondo Bellomo, il *Data Protection Officer*, quale “*custode materiale del fondamentale diritto alla protezione dei dati personali?*”, verrebbe ad assumere il peculiare ruolo non solo di esecutore delle direttive delle Autorità di controllo e delle *best practices* vigenti, ma anche di interprete e catalizzatore degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE) nonché delle Corti nazionali.

In virtù di ciò, l’Autore, attraverso l’analisi di alcune recenti pronunce della CGUE, propone una lungimirante valutazione critica sulle possibili azioni materiali del DPO in ossequio al contenuto di dette decisioni. Il riferimento è alla sentenza C-507/17 con il quale la Corte è tornata a pronunciarsi sul diritto all’oblio dopo il celebre caso *Google Spain*, ove l’Autore ravvisa che il DPO, nell’esercizio delle sue funzioni, dovrà tener conto del bilanciamento operato in questa sede dalla Corte secondo il quale il gestore di un motore di ricerca non è tenuto a effettuare la deindicizzazione in tutte le versioni del suo motore di ricerca, ma solo di quelle corrispondenti a tutti gli Stati membri. Altra pronuncia oggetto di analisi è la C-673/17 ove la Corte si è interessata dei *cookies* stroncando una diffusa pratica scorretta di molti gestori di siti *web* di preselezionare la casella del consenso degli utenti all’installazione di *cookies* sul loro terminale per l’archiviazione di informazioni anche di carattere non personale. Tale pronuncia secondo Bellomo potrebbe costituire un valido strumento per il DPO per veicolare il titolare del trattamento a far uso di leciti meccanismi di richiesta del consenso per l’installazione dei *cookies*. Infine, con l’analisi della sentenza C-193/18 inerente alla nozione di “servizio di comunicazione elettronica”, l’Autore ha voluto osservare come la preparazione del DPO debba spaziare ricomprendo anche ambiti attigui a quelli collegati alla tutela dei dati personali, quale il diritto delle comunicazioni nonché la conoscenza di elementi tecnici e tecnologici.

L’analisi della citata giurisprudenza viene quindi utilizzata da Bellomo quale prospettiva *de iure condendo* a supporto e a conferma della previsione sostenuta nel corso dell’opera: ossia che il *Data Protection Officer* assuma sempre più importanti profili di rilevanza giuspubblicistica, nonostante l’assenza di una espressa qualificazione in tal senso. Il suo ruolo di esecutore ed interprete delle normative e indirizzi in materia di dati personali lo rende infatti responsabile non solo della protezione dei dati che si riferiscono ai singoli ma anche della dignità, dei diritti e di tutte le libertà funzionali al diritto alla protezione dei dati personali.

In conclusione l’opera propone un’analisi innovativa del *Data Protection Officer* che lascia diversi spunti di riflessione agli studiosi sul futuro sviluppo dei profili pubblicistici di questa nuova figura, e, come tutte le previsioni, anche quella dell’Autore conclude con un auspicio: ossia che il quadro di garanzie delineate nel GDPR possano far fronte alle sfide del mercato e dei meccanismi di produzione della ricchezza nel mondo globalizzato che potrebbero ostacolarne l’effettiva applicazione (p. 239).

La provocazione può certamente essere inserita nel più ampio dibattito sulla sproporzione di potere tra le grandi *corporation* che detengono i mezzi e modi per conoscere, trattare e vendere grandi moli di informazioni sui comportamenti umani (c.d. *big data*), e chi invece ne è sprovvisto, come gli utenti che usufruiscono degli spazi virtuali e dei servizi del nuovo ordine economico

che sfrutta l'esperienza umana sotto forma di dati come materia prima (*ex multis* S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019; B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Torino, Giappichelli, 2018). Con il GDPR l'Unione europea ha preso atto di queste esigenze dettando una disciplina che cerca di coniugare l'economia della circolazione dei dati personali con l'esigenza di garantire la tutela dei diritti e delle libertà dei singoli - *“due temi che, nell'ottica eurounitaria, vengono perseguiti in una logica di sintesi e non di contrapposizione, nel segno di una costante ricerca di equilibrio, di bilanciamento proporzionale degli interessi, nella prospettiva che lo sviluppo economico possa contribuire al benessere dei popoli e delle persone”* (F. BRAVO, *Il “diritto” a trattare i dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, Cedam, 2018, p. 202).

Tuttavia, l'oggetto della proposta di studio qui recensita attraversa solo in parte i termini di questo dibattito in quanto concentrato sull'analisi di una figura il cui ruolo è esclusivamente esecutivo della normativa, e che dispone di mezzi inadeguati o limitati per poter far fronte ad una simile deriva di portata globale. Il processo di costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati personali vede infatti come protagoniste in prima linea le istituzioni dell'Unione europea, i parlamenti nazionali, le relative autorità garanti e soprattutto, la collaborazione di tutti gli Stati del mondo a tale processo.

Pertanto, il nodo della questione, visto da una prospettiva eurocentrica, attiene più in generale al c.d. effetto Bruxelles (A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione Europea regola il mondo*, Milano, FrancoAngeli, 2021), ossia alla capacità del Regolamento 679/2016 di plasmare le normative dei Paesi extra-Ue in ossequio ai livelli di tutele e garanzie delineati al suo interno, ed innalzare così i livelli di protezione dei dati personali in tutto il mondo.

Concordando con Bellomo, sembra quindi ragionevole chiedersi: *“chi inciderà, e in quale misura, sulla conformazione e sull'affermazione su scala globale di queste regole di nucleo? Gli Stati? Le Corti? Le super potenze economiche con o senza l'UE? I Garanti, organizzati con un modello “a rete” multilivello? Gli stessi DPO, in via indiretta, per mezzo delle prassi applicative di maggior successo? O le scriveranno piuttosto le multinazionali, sempre più spesso monopoliste delle tecnologie della digitalizzazione, con profitti superiori a quelli di intere nazioni e le cui scelte diventano, di fatto, oggi più di ieri difficilmente contrastabili sul mercato digitale globale dai singoli ordinamenti statali, facendo addirittura già assumere alle stesse, in alcuni casi, un ruolo materialmente para-costituzionale?”*

Federico Serini



E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere. Pubblica Amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 250*.

Il potere della borsa (c.d. *power of the purse*) rappresenta da sempre uno dei caratteri strutturali degli ordinamenti costituzionali. Difatti, sono le norme costituzionali sul bilancio pubblico che, attraverso le decisioni sulle entrate e sulle spese, garantiscono stabilità e funzionalità all'assetto costituzionale di una data comunità assicurando al contempo la piena realizzazione dei fini fondamentali. Più precisamente, il potere della borsa indica il potere del Parlamento di decidere sul prelievo fiscale e sulle spese da disporre. Il Volume “*Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*”, edito da Il Mulino, 2021, di Elisa D’Alterio – professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso la facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Catania – costituisce una importante novità nel dibattito della dottrina giuspubblicistica italiana relativo al potere della borsa, ponendosi come obiettivo primario quello di indagare il governo dei mezzi finanziari e il suo concreto atteggiarsi *nel complesso delle attività di definizione e messa punto delle scelte di finanziarie pubbliche* (pag. 11) e di come questo potere, nel corso degli anni, si sia costantemente evoluto a favore dell’amministrazione finanziaria e a danno della classe politica, via via sempre più incapace di rappresentare gli interessi generali della comunità e, quindi, di garantire efficaci politiche pubbliche. Il testo si pone in piena coerenza con il filone di ricerche intrapreso dall’Autrice sia in materia finanziaria sia in materia di bollinatura degli atti normativi da parte della Ragioneria generale dello Stato. Già dal titolo e, successivamente, dalla suggestiva introduzione è facilmente intuibile il *file rouge* che caratterizza l’intera ricerca: dare al lettore una visione completa sull’evoluzione del *modus operandi* della pubblica amministrazione nel governare i mezzi finanziari. Il governo dei mezzi finanziari, nel corso dell’introduzione, viene dall’A. identificato con la metafora del macchinista di un teatro, non visibile al pubblico spettatore, che opera dietro le quinte e ne fa il “*la pluie et la beau temps*” (p.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

9). Allo stesso modo, l'Amministrazione finanziaria rappresenta, secondo l'Autrice, il macchinista che opera ed esercita il suo potere alle spalle, dietro le quinte del potere.

L'opera, frutto di uno studio intenso e ricco di spunti di riflessioni, si propone l'obiettivo di enucleare una pista di ricerca innovativa che si pone al centro tra la funzione di indirizzo politico finanziario da un lato e, dall'altro, la gestione delle risorse pubbliche; Elisa D'Alterio, più specificamente, tratteggia la natura del governo dei mezzi finanziari secondo una prospettiva che esprime la natura tutta sostanziale dell'esercizio del potere della borsa, da cui deriva la responsabilità politico-finanziaria del Governo e ne approfondisce, in modo tanto sistemico quanto approfondito, le tendenze che hanno plasmato il medesimo potere a favore, per riprendere la metafora utilizzata, del *machiniste*.

Fatta questa doverosa premessa circa le coordinate essenziali del testo qui recensito, si passi ora all'analisi delle parti che compongono il saggio. Il testo è articolato in tre parti: la prima parte descrive i soggetti che intervengono nel governo dei mezzi finanziari; una seconda parte descrive gli strumenti attraverso i quali si esercita questo potere; la terza parte risulta essere contesto ed evoluzione dell'ordinamento; ultima parte di sintesi delle disfunzioni in cui l'Autrice evidenzia le prospettive future del Governo dei mezzi finanziari, seguite da una conclusione di riflessione finale.

Come brevemente anticipato, nella prima parte della monografia l'Autrice prende in esame lo studio degli attori e delle Istituzioni, prima fra tutte la Ragioneria generale dello Stato, che in maniera effettiva esercitano un ruolo preminente nelle scelte finanziaria pubbliche. Sebbene le vicende legate alla decisione sulle scelte finanziaria siano caratterizzate da un forte intreccio tra poteri e da un consistente meccanismo di *checks and balances* che ne garantiscono l'equilibrio, l'amministrazione finanziaria svolge un ruolo via via sempre più significativo e incisivo che Elisa D'Alterio, nel corso dell'analisi, mette in stretta correlazione con la «progressiva perdita di direzione e controllo da parte dei corpi politici» (p. 27) e con il crescente ampliamento del *know how* dell'amministrazione finanziaria. L'Autrice, mettendo in risalto un pregresso studio di Sabino Cassese sul tema, evidenzia come i corpi tecnici tendano sempre più, nell'esercizio delle loro funzioni, ad affermare i propri interessi e acquisire il controllo dell'indirizzo politico. Emerge, dalla lettura della prima parte del saggio, tutto il tema relativo al rapporto tra politica e amministrazione, che Elisa D'Alterio tratteggia primariamente sotto il profilo dell'evoluzione dei poteri della Ragioneria Generale dello Stato e cui dedica due capitoli. Il primo capitolo delinea il carattere centrale di questa particolare amministrazione, altamente specializzata quasi come si trattasse di una sorta di organismo vivente al quale sono attribuite non solo funzioni di controllo e gestione delle risorse pubbliche ma, anche e soprattutto, di forte influenza sulla formazione delle politiche pubbliche (che produce, per il tramite delle sue strutture periferiche, una «ragnatela» che tiene «sotto controllo» tutto lo Stato ordinamento). Definita dall'A. come «tecnostuttura» altamente specializzata e autorevole, nel corso del capitolo vengono riportate numerose testimonianze che ne provano, oltre al prestigio, il potere di cui gode la Rgs già a partire dalla sua istituzione, avvenuta nel 1868 con la c.d. legge Cambray-Digny. Potere che deriva, *in primis*, come ricordato, dall'alta competenza e, *in secundis*, dal famoso rituale rappresentato dalla c.d. «bollinatura», che oltre a delineare una visione «tesoro-centrica», permette alla Rgs il potere

di dire “NO” essendo la bollinatura quell’atto dichiarativo di verifica della copertura finanziaria degli atti (per un approfondimento v. “E. D’ Alterio, *La “bollinatura” della Ragioneria generale dello Stato*, Editoriale Scientifica, 2017). Tale potere conduce Elisa D’Alterio a definire la Rgs come “la voce del potere”, riportando una importante testimonianza di De Stefani in cui Mussolini, riferendosi a De Bellis lo definisce come “*al di sopra di tutti, fanatico e irraggiungibile*” (p. 30), come prova del fatto che si trattasse di una figura carismatica, altamente competente e in grado di opporsi, con valutazioni tecnico-obiettivo, a scelte politiche finanziariamente non sostenibili. Un capitolo di questa prima parte del saggio approfondisce diacronicamente l’evoluzione delle funzioni della Ragioneria Generale dello Stato. L’Autrice, con un approccio storico, delinea le fasi evolutive della Rgs e ne evidenzia rispettivamente quattro: *i*) una prima fase originaria, che va dal 1869 al 1923, in cui la Ragioneria assume una funzione squisitamente conoscitivo-informativa; *ii*) una seconda, che prende avvio dalla riforma de Stefani, che imprime a questo organo un rilievo direttivo, definita come “*orientatrice con il metodo della spesa*” con il precipuo obiettivo di garantire il rispetto del principio di copertura finanziaria; *iii*) una terza fase, coincidente con promulgazione della L. 1037 del 1939, che inaugura una nuova stagione per la Rgs dotandola di specifici poteri di controllo esercitabili, in totale autonomia funzionale, *ex post* per la verifica della regolarità e proficuità della spesa; *iv*) una quarta fase segnata dall’avvio della costituzionalizzazione del principio di copertura finanziaria, seguita dalla c.d. riforma Amato del 1988. Quest’ultima fase ci appare meritoria di riflessioni ulteriori in quanto segna per la Rgs una sorta di «nuovo inizio» tra nuove funzioni, periodo di crisi segnato dal c.d. periodo del “governo spartitorio dell’economia” e processo di integrazione europea, che a partire dai vincoli derivanti prima dal Trattato di Maastricht e poi dal Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea forniscono alla Ragioneria, e più in generale al MEF, una fisionomia europeista. Le novità più importanti, in una dimensione sovranazionale, riguardanti la Rgs che permettono di coglierne le linee evolutive rispetto al passato e che ci pare opportuno sottolineare sono principalmente due: la prima riguardante la verifica e il controllo della relazione tecnica su ogni proposta di spesa e la seconda relativa alla verifica del Documento di programmazione economico-finanziaria (Dpef), divenuto, successivamente nel 2011, DEF. L’attività della Ragioneria diviene così centrale, se non indispensabile, nella predisposizione di questo importante documento, nato con la convinzione che fosse fondamentale un testo che, anticipando la sessione di bilancio, mettesse a confronto gli andamenti tendenziali e programmatici di finanza pubblica dei vari Stati membri al fine di coordinare la programmazione del Bilancio con le richieste dell’Unione. In attuazione ai principi stabiliti dall’Unione si sviluppa, in seno alla Rgs, un *expertise* in grado di influenzare le scelte di politica economica del Governo. Ciò che emerge in modo molto analitico dalla lettura del saggio è che oggi i compiti della Ragioneria appaiono essere non solo più incisivi, ma anche maggiormente analitici e rigorosi rispetto al passato. Vuoi per il coinvolgimento diretto nella procedura legislativa, vuoi soprattutto per le richieste di analisi provenienti dall’Unione, la Rgs ha sia acquisito maggiori competenze tecnico-informatiche sia irrobustito il proprio bagaglio di competenze (si rimanda al testo per gli opportuni approfondimenti) e la propria capacità di controllo, tanto da essere definita da Elisa D’Alterio come produttrice di «certezza finanziaria», che «si traduce in una funzione di tutela della finanza pubblica, con rilevanza ultrastatale» (p.

48). L'analisi della prima parte viene portata a termine dall'Autrice con una serie di riflessioni circa l'evoluzione dell'Amministrazione finanziaria in rapporto alla crisi pandemica. Qui l'A. si interroga, dopo una breve necessaria disamina sulle misure adottate sia dal Governo che dall'Unione, se e in che misura la crisi pandemica possa avere un effetto sui poteri dell'amministrazione finanziaria statale. In particolare, D'Alterio rileva che in effetti la Legge di Bilancio del 2021 attribuisce al MEF alcuni poteri inediti, tra cui l'istituzione di una unità di missione con il compito di coordinare, raccordare e sostenere il processo di attuazione del programma *Next Generation EU*, ma, allo stesso tempo lascia aperte, con l'obiettivo di stimolare ulteriori riflessioni, alcune questioni centrali circa la realizzazione e gestione delle politiche mobilitate dalla Commissione europea.

Nella seconda parte del saggio in cui si articola il volume, l'Autrice si sofferma sulle diverse attività del Governo della finanza pubblica e sui relativi strumenti attraverso i quali l'Amministrazione finanziaria esercita la propria influenza sull'indirizzo politico. Dopo avere chiarito, in modo limpido e lineare, la differenza tra governo e gestione dei mezzi finanziari, Elisa D'Alterio passa in rassegna i più importanti meccanismi di governo della leva finanziaria, soffermandosi sulle ragioni per cui, nel corso del tempo, hanno acquisito una importanza rilevante. Ampio spazio è dedicato all'analisi del bilancio nella nuova costituzione economia, in cui l'A., richiamando autorevole dottrina (tra cui si rileva De Ioanna, Vegas e Degni) ne constata la natura strumentale alla definizione e attuazione delle politiche pubbliche. Allo stesso modo, la studiosa rileva come l'evoluzione del processo di integrazione europea e le relative modifiche del quadro normativo nazionale abbiano reso il bilancio, sì un mezzo, ma anche, e soprattutto, «il principale ambito di attuazione di un complesso assetto di limiti, regolati a livello europeo e nazionale» (p. 71). Definizione quest'ultima condivisibile e perfettamente in linea con la ricerca condotta dall'Autrice, la quale permette di cogliere appieno un aspetto centrale della seconda parte dell'opera: la primazia dei mezzi finanziari sui fini. Primazia, che nel corso della seconda parte della ricerca, viene approfondita attraverso l'analisi teorica delle varie riforme (tra cui quella relativa alla *spending review*) che hanno provato a razionalizzare, con scarsi risultati, la spesa pubblica del nostro Paese. Appare molto chiara, dunque, la linea di ricerca operata dall'Autrice: da un lato la mancanza di visione strategica e la perdita del "senso politico" delle riforme e, dall'altro, la mera operazione finanziaria delle riforme hanno condotto a un accrescimento delle Amministrazioni (a danno di Governo e Parlamento) con evidenti effetti negativi sulla qualità delle riforme che non hanno centrato gli obiettivi sperati. L'indagine prosegue con l'analisi delle tendenze attualmente in atto: il riferimento è, in particolare, ai vari meccanismi e pratiche «che hanno la capacità di modellare alcuni caratteri delle politiche pubbliche e di ambiti rilevanti» (p. 92). In questo senso, Elisa D'Alterio si sofferma su due importanti attività: la verifica delle relazioni tecniche e la già citata bollinatura della Rgs, che testimoniano il forte peso esercitato dall'Amministrazione sul Governo dei mezzi finanziari e sulla definizione delle scelte pubbliche. Le pagine finali della seconda parte del testo sono dedicate a due importanti ulteriori attività esercitate dall'Amministrazione finanziaria, e in particolare dalla Rgs, che incidono sul governo dei mezzi finanziari: i) l'attività normativa della Rgs esercitata attraverso l'emaneazione di circolari,

che possono incidere anche fino a innovare l'ordinamento; *ii*) i rapporti che la Ragioneria gestisce in senso orizzontale con le Amministrazioni ministeriale e, in verticale, con gli enti territoriali.

La terza parte del libro si sofferma sull'analisi del governo dei mezzi finanziari in rapporto ai poteri pubblici e, più specificamente, sui fattori di contesto che hanno permesso, nel nostro ordinamento, lo sviluppo delle tendenze in atto volte ad accentrare in capo all'Amministrazione finanziaria un ruolo chiave nella definizione dell'indirizzo politico finanziario. A condivisibile giudizio dell'Autrice, un primo fattore è individuato nella mancanza di centralità del Parlamento e nella scarsa capacità di esercitare il proprio potere di controllo sulla pubblica amministrazione. Dopo avere rintracciato la storicità del problema citando una importante osservazione di Costantino Mortati del 1972, l'Autrice si sofferma sull'evoluzione della legislazione (in particolare il riferimento è alla legge costituzionale n.1 del 2012 e alla n.234/2012) che ha cercato, con scarsi risultati, di ridare smalto alle funzioni di controllo parlamentare sulla finanza pubblica e successivamente sui fattori che ne hanno minato ancor di più il raggio di azione. Il riferimento qui è alle *malpractice* del Governo sui maxiemendamenti con voto di fiducia, che hanno inciso sul ruolo delle Camere (e soprattutto delle commissioni Bilancio) al punto che «l'approvazione del bilancio [...] diventa un esercizio di stile, facendole perdere i caratteri di effettivo atto legislativo di indirizzo» (p. 148). L'Autrice, inoltre, denuncia il ridotto peso del Parlamento nella produzione della legislazione della spesa, evidenziando come il «crescente valore del principio di copertura ha riservato spazi sempre più ampi all'intervento dell'amministrazione finanziaria (e della Rgs), attraverso lo strumento della relazione tecnica» (p. 149). Un terzo elemento di freno è rappresentato dall'asimmetria informativa tra Parlamento e Governo, avendo quest'ultimo informazioni più precise e dettagliate che non consentono al Legislativo di stimolare processi di *accountability* che caratterizzano i moderni processi democratici. Strettamente connesso al problema dell'asimmetria informativa vi è quello della trasparenza del bilancio, che l'A., con una analisi tanto lucida quanto lineare, tratteggia sul piano del rapporto Parlamento-Governo. Lungo questo percorso di ricerca, la studiosa si interroga sull'effettivo ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel nostro ordinamento e sulla capacità di produrre stime autonome rispetto a quelle prodotte dall'apparato governativo, delineando quelli che sono i limiti rispetto al raggio di azione. L'Autrice, infatti, nota come vi sia una certa preoccupazione nei confronti dell'Upb sulla possibilità che questo organo possa assumere dei veri e propri poteri di controllo sull'operato del Governo e che, per questo, possa incidere sulle scelte di esclusiva competenza governativa.

Alla mancata centralità del Parlamento si aggiunge il peso crescente dei vincoli finanziari europei, i cui parametri finanziari hanno reso l'attività dell'Amministrazione finanziaria ancora più incisiva, non solo per quanto attiene alla identificazione delle coperture finanziarie, ma anche per ciò che riguarda la verifica degli andamenti di finanza pubblica monitorati a livello europeo. Infatti, l'Autrice, con un approccio squisitamente sociologico, sostiene come «la complessità – a maggior ragione a livello finanziario – allontana gli inesperti e rafforza il ruolo degli esperti, ossia della burocrazia professionale» (p. 156). Emerge, nel solco della linea di ricerca intrapresa da E. D'Alterio, tutta la complessità del ruolo chiave esercitato dall'Amministrazione finanziaria, in modo particolare dal MEF, in fase di programmazione economico-finanziaria e di identificazione degli effetti finanziari delle previsioni sui tre saldi.

La terza parte del saggio si conclude con delle analisi acute (e stimolanti ulteriori ricerche) su chi tutela meglio l'interesse pubblico generale da un lato e, dall'altro, sulla responsabilità finanziaria. Quanto al primo aspetto, l'A. riconosce un ruolo di tutela dell'Amministrazione finanziaria, che si atteggia a divenire difensivo rispetto a determinate scelte politiche. Per quanto attiene, invece, ai profili di responsabilità finanziaria, Elisa D'Alterio, dopo avere messo ben a fuoco il modello teorico (secondo cui è l'organo di indirizzo politico a dovere rispondere per quanto stabilito nel bilancio), si chiede se, nella prassi, possa essere rintracciata una forma di responsabilità politico-finanziaria dell'Amministrazione. Dopo attenta analisi della giurisprudenza della Corte dei conti sul tema, la studiosa ritiene vi siano forme di contaminazione tra i meccanismi della responsabilità amministrativa e gli spazi della responsabilità politico-finanziaria, che porta a un processo di «evanescenza» della responsabilità. Sostiene l'A., difatti, «che si tratta di uno degli effetti giuridici più significativi derivanti dalla crescente interferenza tra ruoli dell'amministrazione e degli organi di indirizzo politico» (p. 186).

L'ultima parte del saggio è riservata a delle riflessioni conclusive, in cui la studiosa mette bene a fuoco tre questioni centrali: la prima se il governo dei mezzi finanziari nelle mani della pubblica amministrazione rappresenta una patologia; la seconda riflessione, incentrata sul rapporto tra tecnica delle procedure finanziarie e corpo politico, pone l'accento sulla compatibilità di una classe politica poco incline e sensibile agli aspetti finanziari con la complessità del nostro sistema istituzionale; la terza, infine, si incentra sulle disfunzioni derivanti dal cattivo funzionamento della nostra forma di governo e dei relativi rapporti tra Parlamento, Governo e Pubblica Amministrazione.

Sia consentito chiudere questa stimolante recensione attorno al bel volume di Elisa D'Alterio con una considerazione che, ad avviso dello scrivente, percorre un po' tutto il percorso di ricerca. Penso, nello specifico, alla discrasia tra Costituzione formale del governo dei mezzi finanziari e materiale: quella materiale, negli ultimi anni, ha sicuramente prevalso sulla Costituzione formale incentrata, come ben noto, nei rapporti tra Governo e Parlamento e declinata nella disciplina contabile. Attorno a questa considerazione, quali le prospettive future immaginabili? Non può essere certamente sottovalutato – forse per una visione un po' “romantica” – il rafforzamento dei poteri di indirizzo e controllo parlamentare nei confronti del Governo volto ad assicurare il buon funzionamento dei c.d. *checks and balance*, tali da far emergere quella responsabilità finanziaria (e politica) che dovrebbe essere al centro del ciclo di bilancio.

Rosario Strabone



E. TATÌ, *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, Milano, Franco Angeli, 2020, pp. 472 *

Con *L'Europa delle città. Per una politica europea del diritto urbano*, E. Tatì intitola il volume che raccoglie i risultati di una ricca indagine, che, come indicato nelle premesse, prende le mosse da un percorso di ricerca dottorale presso l'Università degli Studi della Tuscia.

Le domande di ricerca che tracciano il sentiero dell'indagine e che definiscono la struttura del libro si dispongono lungo due differenti livelli. Con la domanda di primo livello, anticipata peraltro dal sottotitolo del volume, l'A. si interroga sull'esistenza o meno di una politica urbana europea. La domanda di secondo livello concerne invece il ruolo che le città possono ricoprire nel processo di integrazione europea, con particolare riferimento agli aspetti relativi alla legittimazione sociale e democratica dell'ordinamento comunitario.

Dopo un'introduzione all'interno del I capitolo, nella quale viene lucidamente argomentata la rilevanza del tema e giustificata la proposizione di tali domande, viene proposta, con i restanti tre capitoli, una risposta a queste ultime. Nello specifico, con il II e il III capitolo vengono riportate due tipologie di risposta alla domanda di primo livello, nel primo caso di tipo empirico mentre nel secondo di tipo teorico, sostenute chiaramente da impianti metodologici differenti. Nel IV capitolo, infine, l'A. riserva lo spazio necessario al fine di proporre una risposta alla più discorsiva e generale domanda di secondo livello, assicurando comunque una piena continuità alle argomentazioni sostenute nell'originale percorso di ricerca.

All'interno del capitolo introduttivo, l'oggetto della ricerca viene esaminato sotto un profilo strettamente storico al fine di porre in evidenza il rilievo che la dimensione urbana ha assunto nei secoli nel Vecchio Continente. In particolare, vengono ricostruiti i caratteri peculiari delle città europee per epoche storiche: dalle origini nel mondo antico alla comparsa delle città globali con la relativa messa in discussione della visione eurocentrica. La *ratio* di una simile parabola storica appare il frutto dell'intenzione di mettere in luce l'appartenenza delle città oggetto di analisi ad

* Contributo sottoposto a *peer review*.

una comune storia che ne definisce i caratteri attuali. Siffatta operazione risulta particolarmente utile nella misura in cui l'A. è riuscita a individuare i caratteri tipici della città europea, creando i presupposti per considerare tali realtà locali, pur nelle diversità, comparabili.

Al fianco di tale trattazione sul piano storico dei caratteri tipici della città europea, viene altresì ricostruita l'evoluzione della politica urbana europea a partire dai prodromici passi dell'Unione risalenti agli anni Novanta. Ciò che emerge dall'analisi è che dunque una politica urbana europea risulta esistere già da venticinque anni. Tuttavia, considerata l'intrinseca somiglianza tra gli obiettivi definiti dagli atti comunitari attuali e quelli più risalenti, il percorso evolutivo appare incompleto, o comunque sembra che l'A. ne voglia segnalare un'incompiutezza nei processi di implementazione. In tale contesto, comunque, l'approvazione nel 2016 del Patto di Amsterdam ha costituito un passaggio particolarmente significativo, con il quale, mantenendo al centro l'interesse dell'Unione piuttosto che quello degli Stati membri, sono stati creati i presupposti per dotare la politica urbana europea di un 'cappello' comune. Il riferimento è, nello specifico, all'Agenda urbana europea, per mezzo della quale l'azione comunitaria sul tema è stata resa maggiormente coerente e unitaria. Quest'ultimo aspetto, legato al superamento della frammentarietà e disomogeneità dell'azione, non può che essere in parte ricondotto all'acquisita consapevolezza del legame delle politiche urbane con il tema dello sviluppo sostenibile, che, nella sua accezione integrata, può aver contribuito a rendere l'azione europea sul tema maggiormente coerente. Se si osservano le dodici *partnerships* relative all'Agenda urbana europea, raggruppate dall'A. nelle tre macrocategorie 'amministrazione e servizi pubblici', 'clima e ambiente' e 'lavoro, immigrazione, povertà', il legame con le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile appare difatti particolarmente evidente.

Come anticipato, nel secondo capitolo l'A. presenta i risultati di un'indagine tesa a fornire una risposta di tipo empirico alla soprarichiamata domanda di primo livello. La scelta è stata di sviluppare un'analisi comparata tra città europee relativamente a tre differenti settori di *policy*, secondo un approccio metodologico multidisciplinare, attraverso il quale numerosi concetti vengono presi in prestito dalle scienze sociologiche e antropologiche. La decisione di procedere attraverso una comparazione al fine di rispondere al quesito di ricerca appare senza dubbio ragionevole, considerati gli utili spunti che una simile indagine può offrire relativamente all'esistenza o meno di una politica urbana europea. Tuttavia, l'appartenenza delle città oggetto di comparazione ad ordinamenti giuridici differenti ha inevitabilmente esposto l'A. ad una considerevole complessità, che viene tuttavia lucidamente affrontata con attento rigore metodologico. A tal fine, è stato puntualmente compiuto lo sforzo in via preliminare di individuare una definizione di città europea contemporanea che potesse consentire siffatta comparazione. Secondo scelte puntualmente motivate nel corpo del testo, la stessa viene identificata come una città-comune, dunque un ente territoriale amministrativo inserito all'interno dei confini nazionali, con organi eletti democraticamente e con competenze generali e normalmente coincidente con un comune qualificabile come urbano secondo parametri statistico-demografici. Al fianco del carattere della territorialità, che costituisce l'elemento fondamentale e presupposto di legittimità degli ordinamenti democratici, secondo l'A., un

ulteriore elemento che caratterizza la città-comune europea contemporanea va altresì identificato nella democraticità.

Analogo rigore metodologico risulta inoltre ravvisabile nella scelta delle città comparate, che sono state individuate secondo criteri di uniformità e differenziazione e, chiaramente, secondo una logica condizionata dallo specifico settore di *policy* indagato nel gruppo di città europee comparate. A tal proposito, gli ambiti materiali di intervento selezionati concernono la mobilità sostenibile, la sicurezza urbana e l'imprenditoria sociale. Pertanto, risulta che l'A. abbia scelto ambiti collegati alle *mission* di tre *partnership* dell'Agenda urbana europea e riconducibili alle tre dimensioni dello sviluppo sostenibile integrato.

Nel primo caso di studio, oggetto di comparazione sono i Piani urbani per la mobilità sostenibile delle città di Malmö, Dortmund e Torino, quali strumenti relativi ad un ambito tematico ricadente nelle materie di competenza concorrente e regolamentato a livello europeo prevalentemente attraverso atti non vincolanti. Pur trattandosi di città appartenenti a diversi ordinamenti giuridici con differenti sistemi di pianificazione, l'A. individua nell'indagine una tendenza comune, che sembra riferirsi all'esistenza di una pianificazione maggiormente *comprehensive*, secondo tre linee direttrici. In particolare, il riferimento è a un'integrazione tra la pianificazione generale e quella settoriale, tra le diverse modalità di trasporto e tra gli obiettivi strategici e quelli operativi. Chiaramente, le direttrici di siffatta tendenza comune si manifestano con modalità ed intensità differenti nelle diverse città.

Le città di Lille, Modena e Tilburg sono invece oggetto di comparazione nel secondo caso di studio, la cui area tematica di riferimento è la sicurezza. Nello specifico, con tale indagine viene esaminata la sicurezza urbana, quale accezione più estesa della sicurezza intesa in senso tradizionale, relativa all'ambito dell'ordine pubblico, che costituisce un dominio dei poteri statali. La sicurezza urbana si riferisce invece prevalentemente ad una dimensione sociale, relativa ad operazioni incidenti sulla percezione e sulla prevenzione, nella quale l'azione locale risulta connotata da maggiori margini di intervento. Dall'analisi delle strategie territoriali per la sicurezza urbana, l'A. rileva una condivisa lettura di tale accezione della sicurezza tra le città, pur nelle diverse declinazioni. Inoltre, viene segnalato il significativo impatto nell'azione locale delle reti di città, con particolare riferimento all'*European forum for urban security*, considerando, ad esempio, la convergenza nei procedimenti di adozione delle strategie, che ricalcano le fasi suggerite da tale rete. Al di là di ciò, la tendenza comune ad una sicurezza urbana integrata viene rilevata sotto tre punti di vista: un'integrazione tra repressione-*securitization* e prevenzione-*perception of risk*, quali dimensioni della sicurezza; un'integrazione tra gli attori istituzionali coinvolti nei differenti sistemi di competenze; le ricadute sul piano organizzativo derivanti dalla stipula di tali patti.

Il tema del terzo caso di studio è invece riconducibile alla sfida dello sviluppo socio-economico equilibrato, essendo oggetto della comparazione le iniziative delle città di Milano, Amsterdam e Stoccolma a sostegno di *Impact Hub*, quali imprese sociali e incubatori di ulteriori imprese sociali. Diversamente dagli altri casi di studio, in questo caso tendenze comuni appaiono dall'analisi meno evidenti e le ragioni sembrerebbero in parte ricondotte alla diversa attenzione riposta dagli Stati membri nello specifico settore di indagine. Peraltro, nonostante gli sforzi della Commissione in tale direzione, nell'offrire ad esempio una comune 'operativa' definizione di impresa sociale, il

dibattito intorno a quest'ultima risulta particolarmente diversificato nei vari Paesi membri. Nonostante ciò, il caso di studio è stato comunque saggiamente sfruttato dall'A. per sviluppare considerazioni che il tema delle imprese sociali implica in merito all'intreccio tra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sociali, al tipo di collaborazioni e alle conseguenze sul settore degli appalti pubblici.

Con il terzo capitolo, l'A. fornisce una risposta di ordine teorico circa l'esistenza di una politica urbana europea, servendosi, sul piano metodologico, della scienza giuridica, con particolare riferimento al diritto amministrativo europeo. Ciò che emerge dall'analisi è una significativa complessità derivante dall'assenza di un esplicito riferimento nel diritto primario a tale materia, risultando piuttosto da un complesso di atti di *Soft Law*, che incide su un numero considerevole di differenti materie e di soggetti. Da qui emerge pertanto la necessità di individuare quegli elementi che consentano di ricondurre la pluralità delle azioni ad unitarietà. Al di là del target territoriale, l'ulteriore elemento funzionale a tale finalità è l'obiettivo di fondo, identificato nello sviluppo sostenibile nella sua accezione integrata, che va così ad occupare nuovamente centralità nelle argomentazioni dell'A.

A partire dall'analisi della normativa e della giurisprudenza, l'attenzione viene riposta sui profili organizzativi, con particolare riferimento al *DG meeting on Urban Matters* (DGUM) e allo *Urban development group* (UDG). Sul punto, non viene tuttavia ignorato nell'indagine il tema del necessario bilanciamento tra i due modelli decisionali, intergovernativo e comunitario, con un'attenta disamina dei rischi associati ad un possibile scarto tra i due modelli, considerate le ricadute che tale aspetto, insieme al carattere bicefalo della *governance* DGUM-UDG, può comportare in termini di implementazione dell'Agenda. Nel quadro dell'esame di tali profili, chiaramente, non viene altresì trascurato il ruolo delle reti di città di rilevanza europea, quale formula organizzativa diffusa, delle quali ne viene indagato il ruolo nell'attuazione della politica europea. Nei processi decisionali che attengono al tema urbano, il posto da tali reti occupato è difatti particolarmente significativo, considerando il ruolo di intermediazione svolto nel favorire il dialogo tra la Commissione e le città europee e il contributo apportato in termini di supporto tecnico.

Nell'ambito di tale capitolo, oggetto di trattazione sono inoltre i poteri della Commissione diretti a facilitare e monitorare l'implementazione della politica urbana. Tra di essi, vengono nello specifico richiamati i c.d. *poteri strumentali*, che risultano finalizzati ad indirizzare e sostenere le politiche sociali di livello urbano e che vengono declinati secondo i tre pilastri definiti dall'agenda urbana per l'UE: *better regulation*, *better knowledge* e *better funding*. Al fianco di essi, vengono altresì esaminati i poteri finali 'in prestito' dai poteri relativi alla gestione dei fondi strutturali e i poteri finali 'derivati' da altri settori che hanno un'incidenza sulle città.

In sede di considerazioni conclusive, vengono infine presentate originali argomentazioni in risposta al quesito di ricerca di secondo livello, relativamente al ruolo della città europea nel processo di integrazione continentale. Nel ragionamento dell'A. riemerge dunque la dimensione territoriale, richiamata nelle prime pagine del volume, e la sua identificazione come presupposto di legittimità degli ordinamenti democratici. Segnatamente, l'Unione, per recuperare i deficit democratici, deve riappropriarsi della sua dimensione territoriale, al fine di risvegliare l'autocoscienza delle comunità, ispirandone il senso di appartenenza e di identità. Siffatta

dimensione territoriale va pertanto recuperata nelle città europee, quali luoghi che, integrando i caratteri di apertura e di inclusione, possono costituire il ‘dove’ di tali processi di legittimazione. L’integrazione di tali caratteri, tuttavia, non può che passare attraverso una riconsiderazione della cittadinanza, della quale ne viene suggerita una riconcettualizzazione. Nello specifico, viene avanzata la tesi della necessità di intendere la cittadinanza urbana come composita, nel senso di considerarla come una sintesi tra status derivanti dall’appartenenza a diversi ordinamenti giuridici che insistono sul medesimo territorio. Nella visione dell’A., tale cittadinanza urbana composita andrebbe tuttavia intesa in senso pieno al fine di estendere la titolarità dei diritti politici locali, proponendosi così come base per una cittadinanza europea progressista. Il rischio che viene paventato è che, in assenza di tale carattere di pienezza, i residenti di una città privi di tali diritti diventino vittime di forme di esclusione sociale, essendo impossibilitati ad esprimere la propria volontà politica e a partecipare attivamente alla vita democratica locale.

In tal senso, pertanto, emerge con forza la convinzione dell’A. di considerare la città europea come una fonte di integrazione e di legittimazione comunitaria, attraverso una visione comune definita dagli obiettivi di uno sviluppo sostenibile integrato, sotto il cappello dell’Agenda urbana. Nel processo di integrazione, risulta dunque essenziale il supporto derivante dagli strumenti della scienza giuridica e, nello specifico, del Diritto urbano europeo. Relativamente a tale disciplina, tale volume ne costituisce una delle prime solide trattazioni e la scelta di lasciare spazio nell’indagine ad un aperto dialogo tra tale materia e altre aree disciplinari, oltre a denotare un significativo coraggio da parte dell’A., ha considerevolmente arricchito la letteratura esistente e aumentato gli spunti per un dibattito maggiormente cospicuo sul tema.

Riccardo Stupazzini



F. FABBRINI (ed.), *The Withdrawal Agreement, The Law and Politics of Brexit*, vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 336 *

Questo testo accoglie una molteplicità di contributi aventi ad oggetto svolgimenti descrittivi ed esami valutativi, da un lato, della genesi istituzionale dell'accordo di recesso – “*Withdrawal Agreement*” – (stipulato il 24 gennaio 2020 tra il Regno Unito e l'Unione Europea ed entrato in vigore il 1° febbraio 2020), e, dall'altro, dei principali contenuti normativi dell'accordo relativi alla distribuzione delle competenze tra i distinti soggetti competenti a dare ad esso attuazione. Inoltre, in questo volume vengono presi in esame gli orizzonti e le sfide che sono sorti e rimangono per il futuro dopo la Brexit e, in particolare, in occasione dell'assetto convenzionale formatosi tra Regno Unito ed Unione Europea dopo il recesso del primo da quest'ultima.

La prima sezione del volume è dedicata al processo di formazione dell'Accordo (*The Negotiations* di Emily Jones, *The Extensions* di Federico Fabbrini e Rebecca Schmidt, *The Ratifications* di Paul Craig); la seconda sezione, agli aspetti sostanziali dell'accordo (*Citizen's Rights* di Catherine Barnard e di Emilija Leinarte, *The Financial Settlement* di Michele Chang, *The Irish Border* di Colin Harvey); la terza sezione, ai profili di “*governance*” dell'Accordo (*The Transition* di Kenneth A. Armstrong, *Decision-Making and Dispute Settlement* di Joris Larik, *The Negotiations on the Future Trade Relations* di Paola Mariani e Giorgio Sacerdoti); la quarta sezione, alle sfide della Brexit per entrambi il Regno Unito e l'Unione Europea (*The Future of the United Kingdom after Brexit* di Sionaidh Douglas-Scott, *The Future of British-Irish Relations after Brexit* di Etain Tannam, *The Future of the EU after Brexit, and Covid 19* di Federico Fabbrini).

Rimanendo accertato in via preliminare che il *Withdrawal Agreement* costituisce solo un'ambito dell'assetto politico e convenzionale formatosi con la Brexit, il presente volume si inserisce in una collana di testi edita dalla Oxford University Press, *The Law and Politics of Brexit*, dedicata alla vicenda globale della Brexit. Esso trova inizio dove si conclude il precedente volume della collana, ovvero con la notifica del recesso del Regno Unito dall'Unione Europea avvenuta nel Marzo

* Contributo sottoposto a *peer review*.

2017, e verrà a sua volta seguito da altre trattazioni inerenti a vicende e tematiche alle quali avrà ulteriormente dato luogo la separazione del Regno Unito dall'Unione Europea.

La prima sezione del testo, avente ad oggetto il processo di formazione e di conclusione dell'Accordo, oltre ad una illustrazione di Emily Jones (*The Negotiations* pp. 37-66), stimolante dal punto di vista delle valutazioni politologiche, dello sviluppo delle negoziazioni e delle circostanze politiche, soprattutto britanniche, tratta delle successive estensioni del termine di recesso concordate, in forza dell'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea, tra Regno Unito e Unione Europea, nonché delle ratifiche, e delle conseguenze di esse, entrambe esaminate dalle rispettive prospettive dei contraenti.

Il contributo di Paul Craig (*The Ratifications*, pp. 83-107) alla trattazione di quest'ultima tematica risulta di particolare interesse laddove, sulla base dell'esame del sistema dualistico e del principio del primato del Parlamento nella Costituzione non scritta britannica, da un lato, verifica la rispondenza del *Withdrawal Agreement* sia con riguardo al *European Union Withdrawal Act 2020* (d'ora in poi EUWA 2020), sia con riguardo al precedente EUWA 2018, dall'altro lato, vaglia le conseguenze normative e istituzionali delle ratifiche del *Withdrawal Agreement* sia per il Regno Unito che per l'Unione Europea.

Se da una parte, infatti, lo EUWA 2020 risulta di primaria importanza per l'adempimento del requisito dualistico occorrente per la ratifica del *Withdrawal Agreement*, dall'altra, mette in evidenza Craig, il precedente EUWA 2018 rimane di fondamentale rilievo in quanto contiene i fondamenti dei limiti di applicazione della legislazione dell'Unione Europea nel Regno Unito nell'epoca post-Brexit. Infatti, l'EUWA 2018, sect. 1, statuendo l'abrogazione della precedente legge fondamentale, lo *European Communities Act 1972* (d'ora in poi ECA), dispone che la legislazione comunitaria continui a obbligare il Regno Unito per tutto il periodo transitorio della messa in atto successivo all'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, e che, per questo motivo lo ECA rimanga in vigore nel Regno Unito dopo la sua uscita dall'U.E. (31 gennaio 2020) fino alla fine del periodo di implementazione e di messa in atto (31 dicembre 2020).

Craig, inoltre, evidenzia che il nucleo della strategia legislativa dell'EUWA 2018 è contenuto nella seconda, terza e quarta sezione della legge dove vengono stabilite le modalità di ritenzione nel corpo legislativo del Regno Unito dei vari tipi di normazione provenienti dall'Unione Europea: legislazione derivata e legislazione diretta recepiti dal Regno Unito per mezzo dello ECA durante la sua permanenza nell'Unione Europea.

Risulta di apprezzabile interesse la notazione sempre di Craig relativa alla circostanza che, nel corso delle negoziazioni del *Withdrawal Agreement*, è prevalsa la linea metodologica del Consiglio Europeo e, in particolare, del Presidente del Consiglio Tusk, di un procedimento per fasi consecutive di contro alla linea promossa dal Regno Unito di una discussione in parallelo dei contenuti dell'Accordo e delle future relazioni, onde in tal modo assicurare una preventiva e sufficiente regolazione dei tre temi chiave dell'Accordo.

La seconda parte del volume è propriamente dedicata alla trattazione dei suddetti tre temi chiave di natura sostanziale dell'Accordo di recesso: i diritti dei cittadini, le determinazioni finanziarie ed il confine irlandese.

Ricco di indicazioni e di riferimenti è il capitolo, curato da Catherine Barnard e da Emilija Leinarte (*Citizens' Rights*, pp. 107-131), dedicato ai diritti dei cittadini, con particolare riguardo alle modalità di risoluzione delle controversie instaurate tanto da cittadini del Regno Unito quanto da cittadini dell'Unione Europea, sia di quelle insorte prima della conclusione del periodo di transizione sia di quelle insorte dopo il termine di detto periodo.

Di particolare rilievo ed interesse è il contributo di Colin Harvey (*The Irish Border*, pp. 148-171) relativo ai risultati ottenuti, in sede di Accordo, con riferimento alla questione oltremodo sensibile della frontiera irlandese. Esso può essere utilmente letto in parallelo con il contributo, nella quarta parte dell'opera, di Etain Tannam (*The Future of British-Irish Relations after Brexit*, pp. 254-274) sul futuro delle relazioni britanniche-irlandesi dopo Brexit.

Harvey focalizza l'attenzione sull'Irlanda del Nord, una giurisdizione all'interno del Regno Unito che ha risentito acutamente del dibattito e del processo evolutivo sottostante la Brexit, sostenendo nel proprio paragrafo introduttivo che un risultato molto probabile di queste vicende sarà una più intensa discussione sulla collocazione della regione irlandese all'interno del Regno Unito, con la conseguenza di fare riemergere l'unificazione irlandese come una via per ritornare all'interno dell'Unione Europea.

Harvey fa notare come il governo Johnson, in ciò allontanandosi dalla precedente prospettiva del governo May in ordine al cd. “*backstop*” irlandese, sia alla fine addivenuto alla accettazione, per l'Irlanda del Nord, di un regime “unico” secondo il quale, al fine di raggiungere obiettivi comuni, e, comunque, fino a successivi e differenti accordi tra Regno Unito ed Unione Europea, l'Irlanda del Nord deve rimanere sostanzialmente allineata all'Unione Europea, specialmente con riguardo alla libera circolazione dei beni. Tali determinazioni, viene fatto notare, vengono adottate nell'ambito del Protocollo apposito su Irlanda/Irlanda del Nord, alla cui base viene formalmente riconosciuta la fondamentale determinazione di proseguire e, comunque, di non contraddire i contenuti e le intenzioni del *Belfast Good Friday Agreement* stipulato nel 1998.

In sintesi l'Irlanda del Nord rimane, dal punto di vista costituzionale, una parte costitutiva del Regno Unito, che, tuttavia, per gli specifici fini suddetti, rimarrà soggetta ad un regime “speciale” caratterizzato dall'adeguamento alla regolazione proveniente dall'Unione Europea per il prevedibile futuro.

Alla *Verdrittstaatlichung*, ovvero (per utilizzare il neologismo tedesco) trasformazione del Regno Unito in “Stato terzo” rispetto all'Unione Europea, ed alla conseguente regolazione dei rapporti tra le due entità politiche non più dalla complessa rete istituzionale dell'Unione Europea ma dal *Withdrawal Agreement* come strumento bilaterale di diritto internazionale, è dedicato, nella terza parte del volume, il contributo di Joris Larik su modalità di adozione di decisioni e di definizione delle controversie (*Decision-Making and Dispute Settlement*, pp. 191-211).

Il risultato valutativo dell'analisi di Larik sta nella definizione del *Withdrawal Agreement* come un compromesso il quale, per quanto riguarda molteplici importanti aspetti, si adegua alle posizioni negoziali fatte valere in sede di trattativa dalla parte dell'Unione Europea ove invece la realizzazione di alcuni degli obiettivi del Regno Unito viene rinviata ad anni successivi ovvero “relegata” alle future relazioni che si stabiliranno con l'Unione Europea.

Larik descrive la struttura e il funzionamento del *Joint Committee*, organo centrale nell'economia della "governance" scaturita dal *Withdrawal Agreement*, co-presieduto da rappresentanti dell'Unione Europea e del Regno Unito, che è responsabile della implementazione e applicazione del medesimo Accordo nonché responsabile della supervisione di numerosi comitati particolari specializzati. Lo stesso Autore approfondisce l'argomento della definizione delle controversie ed il ruolo, a questo riguardo, previsto per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Come di particolare interesse viene sottolineata da Larik la circostanza che nel *Withdrawal Agreement* viene riconosciuto il ruolo della giurisdizione della Corte Europea di Giustizia, anche oltre il termine del periodo di transizione, in tre distinte ripartizioni di competenze: azioni della Commissione Europea contro asserite violazioni da parte del Regno Unito delle proprie obbligazioni durante il vigore del *Withdrawal Agreement* e riferibili al periodo di transizione; azioni della Commissione Europea contro asserite violazioni del Regno Unito di decisioni dell'Unione Europea con riguardo al medesimo Regno Unito ovvero riguardo a persone fisiche e giuridiche residenti o aventi sede in quest'ultimo; il potere giurisdizionale della Corte Europea di Giustizia di dettare disposizioni preliminari ("*preliminary rulings*") sulla parte del *Withdrawal Agreement* che riguarda i diritti dei cittadini.

Inoltre, ricorda Larik, è importante acquisire l'ulteriore circostanza di come è prevista nel Protocollo su Irlanda/Irlanda del Nord l'estensione, per quanto riguarda la regione nord-irlandese, della giurisdizione della Corte Europea di Giustizia anche oltre il termine del periodo di transizione. In tal senso, annota ancora Larik, la prospettiva della estensione potenzialmente a tempo indeterminato della giurisdizione della Corte Europea di Giustizia con riguardo ad una parte costitutiva di uno Stato non membro dell'Unione Europea risulta di rilevanza straordinaria.

Avviandosi a concludere il proprio contributo, Larik svolge un'analisi con riguardo ai profili organizzativi ed operativi delle procedure arbitrali e delle commissioni previste nel *Withdrawal Agreement*, dinanzi alle quali, per accoglimento di una espressa volontà del Regno Unito al riguardo, non hanno accesso gli individui ma solo gli organi previsti del Regno Unito e della Unione Europea.

Il volume si conclude con l'ultimo contributo costituito da una analisi del curatore Federico Fabbrini sul futuro dell'Unione Europea dopo la Brexit (*The Future of the EU after Brexit, and Covid-19*, pp. 274-297) nella quale si delineano tre visioni dell'Unione Europea che sono in competizione tra di loro: la prima che considera l'Unione Europea un progetto politico; la seconda che invece vede l'Unione Europea principalmente come un progetto di mercato; la terza che contempla l'Unione Europea come un modello autocratico in espansione.

Fabbrini, in una prospettiva di integrazione di queste tre visioni, sottolinea l'importanza e la necessità di promuovere una prossima Conferenza sul Futuro dell'Europa avente ad oggetto la riflessione sulla struttura costituzionale dell'Europa pur essendo ben consapevole dell'esito incerto di tale iniziativa anche a motivo, tra le altre cause, degli effetti dirompenti della pandemia ancora in atto. Fabbrini nota che l'iniziativa di tale Conferenza, concepita, proprio dopo la Brexit, come un modo di rinnovare l'Unione Europea e di rilanciarne il progetto di integrazione, è stata sostenuta in comune da Francia e Germania ed ha ricevuto l'appoggio anche del Parlamento

Europeo mentre ha trovato l'atteggiamento del Consiglio dell'Unione Europea molto più cauto al riguardo.

Date le tensioni intorno alla organizzazione istituzionale ed al mandato costituzionale della Conferenza dovute alle sopra menzionate differenti visioni sul futuro dell'Europa, la raccomandazione di Fabbrini, onde superare i veti degli Stati che potrebbero paralizzare l'intero progetto, è quella che la Conferenza abbozzi un nuovo trattato ("*Political Compact*") e lo sottoponga ad una nuova modalità di ratifica che sostituisca il requisito dell'unanimità previsto dall'art. 48 del Trattato sull'Unione Europea con un voto di super maggioranza.

Il volume è corredato da due tavole delle fonti giurisprudenziali e delle fonti legislative e da un elaborato indice analitico.

Giorgio Tamassia



G. DELLA CANANEA, L. FIORENTINO (A CURA DI), *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 344*

«Sono riunite in questo libro analisi di tipo diverso. Ruotano tutte attorno a una questione: se ed entro quali limiti la disciplina che l'Italia si è data nell'arco di quasi tre decenni sia risultata adeguata in vista del mutevole contesto europeo e internazionale».

Questa affermazione, contenuta nell'introduzione del volume a cura di G. Della Cananea e L. Fiorentino, ne individua il *fil rouge* e fornisce una preziosa indicazione per la sua lettura.

Esso si compone di nove contributi, preceduti dalla citata introduzione redatta dai suoi curatori, sul tema dei "poteri speciali" del Governo nei settori strategici (i c.d. *golden powers*), introdotti nell'ordinamento dal Decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 (Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni), di cui fornisce al lettore un quadro abbastanza completo, pur senza assumere la veste di manuale.

Le tipologie di analisi a cui l'introduzione fa riferimento (alle quali viene dato un peso diverso in ognuno dei contributi) sono l'analisi giuridica, l'analisi economica e quella politico-strategica; la pluridimensionalità della fattispecie oggetto del volume, come rimarcato in più punti dagli Autori, rende infatti l'analisi interdisciplinare non solo auspicabile, ma quasi imprescindibile, ai fini di una trattazione il più possibile meditata e completa.

Il volume illustra le tappe del percorso che ha portato all'introduzione nell'ordinamento italiano dei "poteri speciali", a partire dai processi di privatizzazione delle imprese pubbliche operanti in settori strategici per gli interessi nazionali, con una particolare attenzione al contesto storico, economico e politico.

Tale ricostruzione non poteva, naturalmente, trascurare la normativa previgente e in particolare la c.d. *golden share*, espressione utilizzata per indicare uno strumento giuridico che consenta di mantenere un controllo o una forte influenza pubblica sulle imprese privatizzate, tramite varie forme di partecipazione (l'aggettivo *golden* è esemplificativo del fatto che la

* Contributo sottoposto a *peer review*.

partecipazione detenuta dallo Stato è sproporzionata rispetto alle prerogative che essa conferisce).

Il primo contributo, in particolare, dedica ampio spazio ai principi di diritto dell'Unione Europea che vengono in rilievo in occasione dell'esercizio dei poteri speciali, principalmente la libera circolazione e la libertà di stabilimento.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha elaborato, negli anni, una serie di principi, criteri e requisiti per valutare la compatibilità dei poteri speciali e delle varie forme di *golden share* con il diritto europeo: come viene fatto notare da A. FERRARI ZUMBINI, sebbene essi non siano considerati illeciti di per sé, la Corte (nelle varie procedure di infrazione promosse nei confronti degli Stati) ha espresso quasi sempre un giudizio negativo, con l'eccezione della disciplina belga (causa C-503/99).

Illustrato il contesto in cui essa è maturata, il volume descrive la riforma introdotta dal Decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, che prevede la possibilità (in presenza dei relativi presupposti) di esercitare i poteri speciali nei confronti di tutte le imprese operanti in determinati settori, ritenuti strategici. Nel descrivere le modifiche e integrazioni normative succedutesi nel corso degli anni, il volume non poteva naturalmente trascurare l'impatto sulla disciplina e l'esercizio dei poteri speciali dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 (si consideri infatti che esso è stato pubblicato nel tardo 2020).

Come noto, essa ha determinato una rimodulazione, se non anche una vera e propria "sospensione" di diritti e libertà fondamentali degli individui, giustificata da circostanze che fino ad allora erano trattate alla stregua di ipotesi di scuola.

Con specifico riferimento ai settori strategici, una delle dirette conseguenze della pandemia è stata il mutamento dell'orientamento della Commissione Europea, che attualmente manifesta un atteggiamento di maggiore favore nei confronti di strumenti che consentono agli Stati membri di bloccare l'acquisizione di *asset* strategici da parte di investitori stranieri, fondi sovrani e imprese direttamente o indirettamente controllate da paesi terzi, il cui movente è spesso più politico che imprenditoriale.

Notevoli sono infatti le preoccupazioni relative a operazioni speculative e c.d. ostili, operazioni che comportino l'acquisizione di informazioni sensibili aziendali, know-how, fenomeni di *dumping*, azioni di influenza e campagne disinformative denigratorie.

Questo nuovo atteggiamento della Commissione riguarda in particolare il tema del controllo degli investimenti esteri diretti (IED), a cui gli Autori non mancano di dedicare ampio spazio.

Si tenga presente che la normativa italiana in materia, per quanto riguarda gli investimenti provenienti da Paesi terzi rispetto all'Unione Europea, deve necessariamente coordinarsi a quella europea: gli investimenti esteri diretti rientrano infatti nell'ambito della politica commerciale comune, su cui l'Unione ha competenza esclusiva (a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), TFUE).

Il Regolamento (Ue) 2019/452, entrato in vigore di recente, istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione (con un campo di applicazione limitato agli investimenti c.d. non di mero portafoglio).

Come ricordato nel suo contributo da S. Alvaro, la politica in materia della Commissione si basa su due “vie”: mantenere la tradizionale apertura dell’Unione agli investimenti esteri e al tempo stesso assicurare che gli investitori europei operanti all’estero si trovino a operare su un piano di equivalenza (c.d. *level playing field*).

Il volume dedica ampio spazio alla casistica, soffermandosi in particolare su alcune vicende particolarmente significative, come i casi Tim e Altran e le vicende relative al colosso cinese delle telecomunicazioni Huawei: queste ultime, in particolare, costituiscono una parte importante della “partita” geopolitica e geoeconomica in atto tra Cina e Stati Uniti, di cui gli Stati membri rischiano di diventare pedine inconsapevoli.

Huawei, grazie al supporto del governo cinese, è infatti attualmente il soggetto *leader* nel campo della tecnologia 5G (acronimo di *5th Generation*), termine che indica le tecnologie e gli standard che definiscono la quinta generazione, con prestazioni e velocità superiori alla precedente (4G o *4th Generation*), con la possibilità di aumentare enormemente il numero di connessioni a un’unica rete e pressoché azzerare i tempi di latenza (ritardo nella comunicazione dei dati).

Il tema della tecnologia 5G, alla quale è dedicata una parte apposita della disciplina dei poteri speciali (introdotta dal decreto-legge 25 marzo 2019 n. 22), è emblematico di come la disciplina e l’esercizio dei poteri speciali non possano prescindere dalla considerazione dello scenario geopolitico mondiale.

Nonostante gli innegabili vantaggi, questa tecnologia desta notevoli preoccupazioni in materia di sicurezza nazionale, dato che la possibilità di connettere migliaia di dispositivi a un’unica rete rende cruciale la sua protezione da eventuali attacchi (si pensi ad esempio alla possibilità di paralizzare le infrastrutture ad essa connesse). È dunque fondamentale vigilare sulla fornitura dei componenti, sulla gestione e sulla manutenzione di queste reti.

In parte per fornire una risposta a tali preoccupazioni, è stato istituito il c.d. perimetro di sicurezza cibernetica, con l’obiettivo di strutturare un sistema che garantisca un elevato livello di sicurezza delle reti e dei servizi informatici delle amministrazioni pubbliche, enti ed operatori pubblici e privati che hanno sede in Italia.

Infine, non mancano, naturalmente, osservazioni critiche degli Autori volte a mettere in luce i limiti della normativa e della sua applicazione.

Come sottolinea A. Aresu, le cui parole vengono riprese nel proprio contributo da L. Saltari “La politica industriale di un Paese non può certo essere appaltata al golden power o a strumenti simili, sia perché costituisce incertezza regolatoria sia perché le scelte industriali non possono coincidere col mero potere di interdizione o condizionamento dei flussi in entrata” (cfr. pag. 92).

In particolare, in numerosi passaggi del volume emergono le perplessità relative all’adeguatezza delle risorse professionali e delle strutture organizzative coinvolte nell’esercizio dei poteri speciali, data la complessità degli accertamenti istruttori necessari. In altre parole, se esse possiedano effettivamente la necessaria competenza tecnica, conoscenza dell’economia italiana, capacità di operare valutazioni in ordine agli equilibri geo-politici e geo-economici *et similia*.

Si tenga presente che il legislatore italiano ha optato, diversamente da quanto previsto in altri ordinamenti, per una soluzione organizzativa snella che prevede (in sintesi) un Gruppo di coordinamento interministeriale istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e il

coinvolgimento delle Autorità amministrative di settore. Un suo ripensamento appare quantomeno auspicabile, alla luce del costante aumento degli accertamenti compiuti dalla Presidenza del Consiglio dei ministri registrato negli ultimi anni e del recente cambio di paradigma consacrato dal decreto-legge n. 23 del 2020: da un meccanismo incentrato sulla notifica delle parti interessate, a un'ampia possibilità di intervento d'ufficio della Presidenza.

R. Angelini, in particolare, evidenzia la necessità di una compiuta regolamentazione (secondaria, ad esempio nella forma di Protocolli) della collaborazione interistituzionale (tra Presidenza del Consiglio dei ministri e Autorità amministrative di settore) finalizzata all'esercizio dei poteri speciali, che ne definisca con precisione i limiti, gli ambiti, le forme e gli aspetti procedurali. Ciò, a suo parere, aumenterebbe considerevolmente il grado di certezza giuridica sulle metodologie adottate per l'acquisizione di documenti, informazioni e pareri nei procedimenti di esercizio dei poteri speciali del Governo, incrementando la tutela del diritto al contraddittorio.

Il contributo di chiusura contiene una riflessione, che lo stesso G. Della Cananea descrive come venata di scetticismo, sull'adeguatezza delle garanzie apprestate dall'ordinamento.

Sebbene l'assetto dei poteri speciali appaia contraddistinto da un continuo e significativo rafforzamento del Governo, l'ordinamento prevede pur sempre principi di trasparenza e sindacabilità.

Per quanto riguarda il primo di essi, occorre far riferimento innanzitutto alla relazione annuale sull'attività svolta sulla base dei "poteri speciali", che il Governo deve trasmettere alla Camere: tale obbligo, previsto dalla normativa ed evidentemente funzionale alla controllabilità dell'operato del Governo da parte del Parlamento, è stato più volte disatteso, senza alcuna significativa reazione. Per di più, i documenti amministrativi relativi alle procedure per l'attivazione dei poteri speciali sono sottratti alle regole generali in materia di accesso (enunciate dalla legge 241/1990), con poche eccezioni (principalmente ai fini della tutela giurisdizionale): si può quindi affermare che il segreto sia la regola e l'accessibilità l'eccezione.

Parimenti debole appare la garanzia prestata dal controllo preventivo (di legittimità) a opera della Corte dei conti, a cui gli atti del Governo sono assoggettati ex art. 100 della Costituzione.

La garanzia più forte è invece costituita dalla possibilità, per le imprese nei cui confronti venga avviato un procedimento di esercizio dei poteri speciali, di esercitare i propri diritti all'interno dello stesso procedimento amministrativo e, una volta conclusosi, dinanzi agli organi di giustizia amministrativa.

Sul fronte delle garanzie procedurali, l'Autore segnala il fatto che il Parlamento non abbia disciplinato i procedimenti di esercizio dei poteri speciali, ragion per cui il Governo determina in autonomia i criteri e le modalità a cui attenersi (in vari modi, quali regolamenti e atti amministrativi generali).

I rapporti di forza tra le garanzie apprestate dall'ordinamento e i "poteri speciali" del Governo appaiono, dunque, sbilanciati a favore di quest'ultimo.

Elisabetta Zuddas



Indice

RICORDO DI MARIO GALIZIA NEL CENTENARIO DELLA NASCITA (1921-2021)

- Fulco Lanchester, *Introduzione*..... 1979
- Giuliano Amato, *Storia e diritto in Mario Galizia*..... 1981
- Paolo Grossi, *Mario Galizia, un uomo in ascolto*..... 1985
- Francesco Durante, *Mario Galizia da Firenze a Roma*..... 1987
- Enzo Cheli, *La presenza importante di Mario Galizia*..... 1989
- Ernesto Bettinelli, *Mario Galizia: libertà e dignità nell'università*..... 1991
- Ugo De Siervo, *Mario Galizia a Firenze e dopo* 1995
- Mario Caravale, *Un lessico familiare: Vincenzo, Paolo e Mario Galizia* 1999
- Angelo Antonio Cervati, *Mario Galizia e l'insegnamento del diritto costituzionale comparato* 2003
- Sergio Lariccia, *I miei ricordi di Mario Galizia*..... 2009
- Francesco D'Onofrio, *I due insegnamenti che mi diede Mario Galizia* 2027
- Stefano Grassi, *Ricordo di uno "zio" affettuoso*..... 2029
- Fernanda Bruno, *Mario Galizia e la scienza giuridica: alcune riflessioni*..... 2035
- Paola Ridola, *Mario Galizia e la storia costituzionale*..... 2037
- Paolo Armarol, *Mario Galizia, giù e su per le scale di Via Laura 48*..... 2043
- Stefano Ceccanti, *Mario Galizia: il senso della storia e della comparazione. Una breve rilettura del testo 1964-1972*..... 2047
- Roberto Borrello, *Omaggio a Mario Galizia*..... 2051
- Giulia Caravale, *L'attualità della lezione di Mario Galizia*..... 2055
- Paola Piciacchia, *Mario Galizia e l'indissolubile intreccio tra profilo umano, culturale e scientifico* 2059
- Astrid Zei, *Gli occhiali del giuscomparatista: le lezioni di Mario Galizia*..... 2063

STUDI PER MARIO GALIZIA DEGLI ALLIEVI DEL DOTTORATO IN TEORIA DELLO STATO E ISTITUZIONI POLITICHE COMPARATE

- **Giuseppe Allegri**, *Quale “governo libero” per la “felicità dell’Italia” nel costituzionalismo pre-unitario? Tornando di nuovo a Mario Galizia* 2067
- **Carlo Bersani**, *Appunti su Consiglio di Stato, leggi e Statuto nei primi anni di vigenza* 2077
- **Salvatore Bonfiglio**, *Gli studi di Mario Galizia sulla evoluzione della forma di governo parlamentare: profili metodologici* 2099
- **Giulia Caravale**, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito* 2111
- **Alessandra Di Martino**, *Brevi note sulla comparazione costituzionale a partire da un libro recente di Bruce Ackerman*..... 2131
- **Laura Frosina**, *Emarginazione e autoemarginazione delle Cortes Generales nella recente evoluzione della forma di governo parlamentare* 2153
- **Tommaso Edoardo Frosini**, *Scienza giuridica e diritto comparato*..... 2171
- **Alessandro Gigliotti**, *Il semestre bianco nel quadro del potere di scioglimento anticipato delle Camere* 2179
- **Paolo Giordano**, *La forma di governo parlamentare e le sue diverse forme*..... 2207
- **Gavina Lavagna**, *L'emergenza sanitaria. Un banco di prova per la tenuta della nostra Forma di Governo* 2217
- **Andrea Longo**, *Prime riflessioni su stabilità istituzionale e integrazione sociale*..... 2229
- **Lorenzo F. Pace**, *L'inapplicabilità della nozione di forma di Governo (parlamentare) all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: ragioni teoriche e pratiche. L'Unione come nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo* 2281
- **Paola Piciacchia**, *Carré de Malberg (letto attraverso la lezione di Galizia) e le trasformazioni della forma di governo parlamentare* 2293
- **Maria Grazia Rodomonte**, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* 2313
- **Simona Rossi**, *“La teoria della sovranità dal Medioevo sino alla Rivoluzione francese e lo Stato costituzionale nella pandemia (covid-19)”* 2335
- **Fiammetta Salmoni**, *Responsabilità, indirizzo politico e teoria dei controlli costituzionali nella prima dottrina giuspubblicistica italiana* 2391
- **Francesca Siniscalchi**, *L'ombra lunga di Montesquieu: Carré de Malberg e la teoria della separazione dei poteri alla prova dei rapporti tra fonti del diritto nel primo dopoguerra* 2407

- Giovanni Zanfarino, *[Il ruolo dei tecnici nell'evoluzione della forma di governo italiana](#)* 2417
- Astrid Zei, *[Le regole e le deroghe nel diritto parlamentare tedesco: la conventio ad excludendum nei confronti del gruppo di Alternativa per la Germania \(AfD\)](#)* 2427

LA CODA DEL CAPO: PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E QUESTIONI DI FINE MANDATO

- Fulco Lanchester, *[Introduzione](#)*..... 2443
- Gaetano Azzariti, *[Intervento](#)* 2449
- Roberto Borrello, *[Intervento](#)* 2455
- Stefano Ceccanti, *[Intervento](#)* 2465
- Omar Chessa, *[Intervento](#)*..... 2469
- Maria Cristina Grisolia, *[Intervento](#)*..... 2475
- Vincenzo Lippolis, *[Intervento](#)* 2485
- Massimo Luciani, *[Intervento](#)*..... 2491
- Barbara Pezzini, *[Intervento](#)*..... 2497
- Antonio Ruggieri, *[Intervento](#)*..... 2509
- Gino Scaccia, *[Intervento](#)*..... 2517

FIRMA DIGITALE E DEMOCRAZIA DIRETTA

- Roberto Borrello, *[Firma digitale e slow democracy](#)*..... 2529
- Paolo Carnevale, *[La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica](#)* 2537

SAGGI

- Valeria De Santis, *[Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass](#)* 2547
- Jacopo Ferracuti, *[L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica "da remoto". Profili di costituzionalità](#)*..... 2583
- Franca Meola, *[Mai esimersi, quando si governa, dal fare i conti con le conseguenze delle proprie scelte. Note in tema di responsabilità e tutele per danni da vaccino anti-Covid nel segno del valore costituzionale della solidarietà](#)*..... 2619
- Giuliaserena Stegheer, *[L'articolato percorso normativo della cittadinanza e dell'immigrazione: spunti ricostruttivi](#)*..... 2655

- **Alfonso Vuolo**, [L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni](#) 2679
- **Giuliano Vosa**, [Populismo e diritto costituzionale: una riflessione di metodo](#) 2695
- **Adolfo Russo**, [Dopo la riforma: i gruppi parlamentari al Senato nella XVIII legislatura](#) 2717
- **Fulcho Lanchester**, [Alle origini delle riflessioni di Predieri su Schmitt e Jünger](#)..... 2741
- **Fernando Venturini**, [Ancora sul “normalista dai capelli rossi”: documenti su Silvio Furlani negli anni quaranta](#)..... 2759

NOTE E COMMENTI

- **Rino Casella**, [Gli sviluppi del presidenzialismo francese: il nuovo ruolo del “conseil de défense” tra sicurezza nazionale ed emergenza sanitaria](#)..... 2795
- **Giacomo Menegatto**, [Cittadinanza e identità culturale. Rileggendo Habermas alla luce delle recenti prospettive de iure condendo](#)..... 2821
- **Giovanna Tieghi**, [Cittadinanza e Australian Allegiance: nuove sfide di identità relazionale](#) 2835
- **Emma Capulli**, [Gestazione per altri in Messico: ricostruzione, ratio e problematiche degli attuali scenari normativi](#)..... 2849
- **Claudia Marchese**, [“La costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato”. Riflessioni al termine di un convegno sulle ragioni della longevità della Costituzione austriaca](#) 2865

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE

Dottrina

- **Giacinto Parisi**, [La sospensione dei processi esecutivi nel mondo nel periodo di emergenza sanitaria: un difficile \(e non sempre riuscito\) bilanciamento di doveri di solidarietà sociale con la tutela del diritto di agire in executivis](#) 2877
- **Lorenzo Madau**, [Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021](#) 2889
- **Roberto Pinardi**, [L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio \(note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021\)](#)..... 2905
- **Alessandro Morelli**, [Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: “stato di emergenza” e “stato di necessità” alla luce della sent. N. 198/2021 della Corte costituzionale](#)..... 2915

- **Simone Barbareschi**, [*Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. N. 216 del 2021*](#)... 2923
- **Antonella Massaro**, [*Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*](#)..... 2945

Rassegna di giurisprudenza. Schede di lettura

- [Sentenza n. 185 del 2021](#) 2963
- [Ordinanza n. 186 del 2021](#) 2967
- [Ordinanza n. 188 del 2021](#) 2969
- [Sentenza n. 189 del 2021](#) 2971
- [Ordinanza n. 193 del 2021](#) 2975
- [Sentenza n. 194 del 2021](#) 2979
- [Sentenza n. 197 del 2021](#) 2981
- [Sentenza n. 198 del 2021](#) 2985
- [Sentenza n. 201 del 2021](#) 2987
- [Sentenza n. 208 del 2021](#) 2991
- [Sentenza n. 212 del 2021](#) 2993
- [Sentenza n. 213 del 2021](#) 2997
- [Sentenza n. 216 del 2021](#) 3001
- [Sentenza n. 217 del 2021](#) 3005
- [Sentenza n. 218 del 2021](#) 3009
- [Sentenza n. 220 del 2021](#) 3013
- [Sentenza n. 230 del 2021](#) 3017
- [Sentenza n. 231 del 2021](#) 3021
- [Sentenza n. 236 del 2021](#) 3025
- [Sentenza n. 240 del 2021](#) 3029
- [Sentenza n. 245 del 2021](#) 3033
- [Sentenza n. 252 del 2021](#) 3035
- [Sentenza n. 255 del 2021](#) 3037
- [Sentenza n. 260 del 2021](#) 3039

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

- **AUSTRIA:** **Andrea De Petris**, [*Ubi L'ultimo valzer? L'inattesa fine della carriera politica di Sebastian Kurz*](#)..... 3041

- **BALCANI:** Francesca Rossi, *[Il terremoto etnico con epicentro bosniaco fa tremare tutti i Balcani](#)* 3057
- **CANADA:** Andrea Fiorentino, Chiara Spiniello, *[Il fallimento della “scommessa” elettorale di Justin Trudeau: prosegue l’esperienza del Governo liberale di minoranza](#)* 3105
- **FRANCIA:** Paola Piciacchia, *[I partiti e la corsa all’Eliseo tra decomposizione e ricomposizione del panorama politico francese](#)* 3125
- **GERMANIA:** Astrid Zei, *[La crisi politica tedesca post-elettorale e la formula del governo tricolore](#)* 3137
- **GIAPPONE:** Michele Crisafi, *[Crescita e distribuzione. Il “nuovo capitalismo” di Kishida](#)* 3149
- **ISRAELE:** Enrico Campelli, *[La traiettoria della “unlikely coalition” e lo stato di salute delle istituzioni](#)* 3155
- **MESSICO:** Rosa Iannaccone, *[L’ultimo quadrimestre del 2021: tendenze ormai consolidate](#)* 3177
- **POLONIA:** Jan Sawicki, *[La nuova interpretazione illiberale della Costituzione come base per dichiararne l’incompatibilità con il diritto primario dell’Unione europea, nonché per affrontare in modo innovativo la crisi umanitaria al confine con la Bielorussia](#)* 3195
- **REGNO UNITO:** Giulia Caravale, *[Incremento del potere esecutivo e fragilità del Premier: il paradosso del Governo Johnson](#)* 3207
- **REPUBBLICA CECA:** Simone Benvenuti, *[Le elezioni dell’8-9 ottobre mettono fine all’esperienza del Governo Babiš, mentre il sistema istituzionale subisce l’impatto delle condizioni di salute del Presidente della Repubblica Zeman](#)* 3225
- **RUSSIA:** Ilmira Galimova, *[Gli esiti delle elezioni parlamentari russe di settembre e le prime iniziative della nuova legislatura](#)* 3233
- **SLOVACCHIA:** Simone Benvenuti, *[La Slovacchia chiude un anno contrassegnato dall’instabilità, mentre il Presidente della Repubblica chiama i partiti al senso di responsabilità di fronte alla sfida della ripresa economica e sociale](#)* 3245
- **SPAGNA:** Laura Frosina, *[Governare in minoranza nell’emergenza sanitaria. Un bilancio di metà legislatura per il Governo di coalizione](#)* 3253
- **STATI UNITI:** Giulia Aravantinou Leonidi, *[La flessione della democrazia e le minacce alla rule of law nell’ordinamento statunitense](#)* 3273
- **UNGHERIA:** Simone Benvenuti, *[La prospettiva del conflitto costituzionale si affaccia dopo le primarie di coalizione, il cui esito mette in seria difficoltà la maggioranza Fidesz in vista delle vicine elezioni parlamentari](#)* 3287

CRONACHE DALLA CONVENZIONE COSTITUENTE CILENA

- Rosa Iannaccone, *[Dall'approvazione dei regolamenti all'inizio del dibattito sulle norme costituzionali: prosegue il lavoro della Convención Constitucional](#)*..... 3301

CRONACHE COSTITUZIONALI ITALIANE

- Marco Mandato e Giuliaserena Stegher, *["Un autunno caldo": le forze politiche si sfidano alle urne delle amministrative guardando al Quirinale](#)*..... 3327

CRONACHE DALL'ORDINAMENTO SPORTIVO

- Maria Francesca Serra, *[Sport di fine anno: il cerchio si chiude \(male\) attorno a un settore di nuovo stremato](#)*..... 3365

CRONACHE DAL CYBERSPAZIO

- Flavia Zorzi Giustianini, *[Il position paper dell'Italia sull'applicabilità nel diritto internazionale nel cyberspazio, la sentenza del Tribunale Ue sul caso Google Shopping e l'Oxford Statement sulla regolamentazione internazionale degli attacchi ransomware](#)*..... 3375

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Recensioni

- Azzurra Baggieri, *[Recensione a G. Bergonzini, Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittoria, Napoli, Jovene, 2021, pp. 301](#)*..... 3381
- Luca Di Domenico, *[Recensione a M.R. Ricci, La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano. Percorsi istituzionali e profili di criticità, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 225](#)*..... 3387
- Rocco Ermidio, *[Recensione a U. De Siervo, Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione, Modena, Mucchi, 2021, pp. 80](#)*..... 3395
- Emanuele Gabriele, *[Recensione a P. Norton, Governing Britain. Parliament, Ministers and our Ambiguous Constitution, Manchester, Manchester University Press, 2020, pp. 216](#)*..... 3999
- Rosa Iannaccone, *[Recensione a F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J.F. Sánchez Barrilao \(a cura di\), Los derechos fundamentales ante la crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado, Navarra, Thomson Reuters, 2020, pp. 54](#)*..... 3405

- **Eleonara Iannario**, [Recensione a R. Banböck, M. Haller \(eds.\), *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspective*, Vienna, Austrian Academy of Sciences Press, 2021, pp. 317](#)..... 3409
- **Armando Saitta**, [Recensione a S. Angioi, S. Cappabianca \(a cura di\), *Norme giuridiche e prassi sanitaria. Diritto internazionale e diritto interno alla prova del Covid-19. Temi scelti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, pp. 256](#)..... 3417
- **Luca Amedeo Savoia**, [Recensione a A. Cantaro, *Postpandemia. Pensieri \(meta\)giuridici*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 178](#) 3429
- **Rosario Strabone**, [Recensione a E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021, pp. 287](#)..... 3437
- **Valeria Vanacore**, [Recensione a A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 203](#)..... 3449



Fulco Lanchester*

Introduzione

Il 14 novembre 1921 a Napoli la Signora Gina Baldi nei Galizia diede alla luce Mario, il primo dei suoi due figli (il secondo Paolo nacque due anni dopo e cadde combattendo per la Liberazione di Firenze l'11 agosto 1944).

Si trattò di un parto *settimino* ed il neonato, che era venuto alla luce con l'aiuto di Giuseppe Moscati, medico dichiarato beato nel 1975 da Paolo VI e santo da Giovanni Paolo II nel 1987, in mancanza di strumenti più moderni come l'incubatrice venne riscaldato e cullato a turno dagli inquilini del palazzo del Rione Porto in cui era nato.

Oggi, a 100 anni dalla sua nascita e in assenza di parenti carnali entro il sesto grado, è la Sua Famiglia universitaria che si stringe attorno a Mario Galizia come tributo profondo di affetto, di stima e di riconoscenza.

Lo facciamo nella Sala delle Lauree dell'antica Facoltà di Scienze politiche, in cui Mario Galizia applicò la Sua libera docenza nel 1959 e dove fu assistente di Costantino Mortati e poi ordinario sulla stessa cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato del Maestro dal 1974 al 1996 e, infine, professore emerito sino al 2013.

Sono presenti, oltre a quelli *romani*, anche gli amici e gli allievi di Firenze, nella cui Facoltà di Giurisprudenza – trasferitosi dallo *Studium Urbis* a seguito del Padre Vincenzo nominato presidente della locale Corte di Appello – egli si laureò nel 1942 con Silvio Lessona con una tesi su *La teoria degli organi dello Stato*, per poi divenire assistente dell'Istituto giuridico e di Piero Calamandrei, nonché incaricato di Diritto amministrativo fino al Suo ingresso in Magistratura nell'immediato dopoguerra.

C'è ovviamente anche l'Università di Pavia, rappresentata da Ernesto Bettinelli (Suo primo assistente), nella cui Facoltà di Scienze politiche – dopo il suo inserimento nella terna del Concorso di Diritto costituzionale italiano e comparato bandito dall'Università di Messina nel 1964 – è stato straordinario e poi ordinario dal 1966 al 1970.

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Ci sono i membri del Comitato scientifico della Fondazione da Lui istituita onore del fratello Paolo, ci sono i dottori di ricerca del Dottorato in Teoria dello Stato da Lui fondato nel 1986, che stanno preparando gli *Scritti in memoria* sul tema della forma di governo parlamentare nel diritto comparato, in pubblicazione sul n. 3/2021 di Nomos.

Sono presenti in maniera *virtuale* (e quindi non *a distanza*) anche i Suoi amici più stretti delle tre sedi ricordate, con cui Egli stesso negli ultimi anni confermava di continuare a colloquiare intensamente, ovvero Paolo Barile, Alessandro Predieri, Carlo Furno, Leopoldo Elia e Pasquale Scaramozzino. Tra i più giovani è presente allo stesso modo anche Betta Canitano, che – come dicono gli alpini – è *andata avanti* anzitempo alcuni anni fa.

Il tributo affettuoso, che oggi dedichiamo a Mario Galizia in questa occasione e che Egli ha tenacemente rifiutato in vita, vede intorno a Lui *giovani di tutti le età*, ma soprattutto persone che Lui considerava interessanti perché dotate di occhi brillanti.

Dalla lezione umana e scientifica di Mario Galizia si ricava che bisogna puntare sui giovani vocati, cercando di evitare che gli stessi perdano quella vivacità e quell'interesse per la ricerca e per la vita che egli invece ha mantenuto sino all'ultimo.

L'incontro sarà introdotto da Giuliano Amato, Suo successore sulla prima cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato ed oggi anche Lui emerito dell'Università di Roma, e subito dopo – iniziando da Paolo Grossi con cui Galizia ha curato per *Quaderni fiorentini* (ovvero “*i rossi pensierosi Quaderni color fiamma*”) il volume dedicato al pensiero giuridico di Mortati – seguiranno le riflessioni dei relatori presenti in Sala e di quelli collegati con tempi contingentati di 7 minuti.

Confermo che alcuni dei suoi scritti inediti verranno pubblicati a breve nell'*Archivio di Storia costituzionale e teoria della costituzione*, il primo dei quali dedicato a Donato Donati sarà curato da Luca Borsi.

Buon lavoro!



Giuliano Amato*

Storia e diritto in Mario Galizia**

Non è la prima volta che ricordiamo Mario e ogni volta mi tornano alla mente cose di un tempo, perché risalgono veramente a tantissimi anni fa l'autentico lavoro comune che io mi trovai a fare con Mario negli anni '60.

Mi domandavo quanti dei presenti capivano la formula “applicare la libera docenza” a scienze politiche a Roma perché è un istituto antico che ti faceva essere libero docente e potevi appoggiarti o scegliere una facoltà in cui tenere corsi liberi e naturalmente col consenso della medesima.

Mario era applicato a Siena in quel momento e fu Mortati a volerlo a Roma (sia il Mortati professore sia il Mortati giudice della Corte), con il quale Mario collaborò.

Appartiene ad una generazione di giovani eccezionali – ci ho pensato io che sono arrivato poco dopo – erano ragazzi che a vent'anni si stavano per laureare o si laureavano ed erano partigiani combattenti.

Mi ricordo che ancor prima dei vent'anni, il mio professore di diritto commerciale a Pisa aveva il grado di colonnello tra le forze partigiane; si capisce che i tempi e le esigenze portavano evidentemente ad una maturazione molto rapida. Colpisce che Mario nasce nel '21 e si laurea nel '42, già nel '44 è assistente.

Vi dirò le cose che ho imparato da lui. Frequentandolo molto - come ho già scritto - proprio nel periodo in cui ero da poco arrivato a Roma come assistente ordinario in questa facoltà (facoltà di scienze politiche) e lui stava tra la facoltà e la Corte in quegli anni e ci sentivamo almeno una volta al giorno. Queste telefonate esigevano una grande collaborazione da parte di mia moglie perché lui chiamava sempre a ora di pranzo e le chiamate non terminavo prima delle ore 16:00. Se lei avesse dovuto comunicare con qualcuno lo avrebbe dimenticato perché bloccata da queste nostre telefonate.

Io stavo scrivendo il libro in cui più la storia è stata parte del mio lavoro *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, che era tutta una ricostruzione della disciplina delle libertà

* Presidente della Corte costituzionale. Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

personali nel corso dei secoli a partire dagli Statuti dei comuni medioevali. Fu lui a portarmici perché, ecco il punto, noi non potevamo studiare e insegnare il diritto costituzionale senza la storia delle istituzioni. Questo per lui era, più che per ogni altro, un dato fondamentale ed essenziale per conoscere e per capire.

Ci sentivamo in qualche modo spiegati in questo dalle peculiarità della nostra disciplina (il diritto costituzionale) che, ricordatevelo, in quegli anni, si discuteva ancora se fosse ancora una vera disciplina giuridica o se era a cavallo tra diritto e politica. Giannini lo scrive ancora nelle lezioni che io studiai a Pisa negli anni '50. Era una disciplina a cavallo, ma quello che noi stavamo facendo si sarebbe rivelato, e del resto si era già rilevato, essenziale in stagioni precedenti negli studi giuridici per tutte le discipline. Sarebbero venuti dopo gli studi, tra gli altri, di Stefano Rodotà su Codice civile e Costituzione dei regimi, la proprietà. Questo lo spiega la storia post-napoleonica e post rivoluzione francese.

Questa connessione tra la storia e il diritto è un qualcosa che noi ci comunicavamo quotidianamente attraverso queste telefonate, in cui io gli dicevo a che punto ero arrivato, che cosa mi ero trovato davanti, come questo veniva spiegato dal successo dei regimi tendenzialmente assoluti sul continente, dalla resistenza e così via, ora non voglio entrare nel merito.

Oggi queste sono cose che non vengono più messe in discussione: il *law in contest* è diventato un *must* per tutti coloro che studiano le discipline giuridiche, ma va detto che non tutti sono pronti ad accogliere ciò che la storia offre per capire, impostare e vedere i perché dei significati cangianti, vedere soprattutto quella larghissima parte di nozioni extra giuridiche che concorrono alla interpretazione delle disposizioni di qualunque ambito del diritto. Il *law in constest* va ben al di là della storia e investe moltissimo la disciplina giuridica.

La mia convinzione è sempre stata Mario, in questo contesto, stava più dalla parte della storia che del diritto in realtà e amava fare lo storico più ancora che trarne le conseguenze giuridiche che pure sapeva trarre ottimamente, basta pensare al suo celebre studio sui rapporti tra Parlamento e Governo dove c'è tutto quello che serve a un costituzionalista. Gli piaceva la storia. Io l'ho anche scritto perché mi aveva colpito di come lui avesse una passione nel raccontare le vite. Se avesse avuto più tempo sarebbe diventato i vasari dei giuristi e degli storici del diritto del XX secolo.

Come mai non venne chiamato a insegnare storia costituzionale sarebbe interessante da capire. Mario desiderava finire insegnando storia costituzionale nella sua Firenze e accadde qualcosa per cui questa chiamata si rilevò impossibile.

Storia e diritto. In questo contesto di storia e diritto ciò che anche gli devo è la mia fermissima convinzione che ho ripetutamente affermato davanti ad un singolare revisionismo del nostro tempo, per il quale la resistenza è una vicenda di parte, la Costituzione è invece di tutti, per cui io sto con la Costituzione ma non sto con la resistenza. Ecco, Mario è la prova vivente, oltre che la prova scritta, che questo non si può fare, che questo è contro la storia, che la Costituzione della Repubblica è figlia della resistenza, che non la avremmo senza, in un duplice significato. Per l'esservi della Costituzione figlia dell'atto sovrano degli elettori e delle elettrici italiane che votano i loro rappresentanti perché la scrivano, il che fu possibile perché la resistenza ebbe una consistenza nazionale e dette al paese una dirigenza antifascista che poté imporre le ragioni

italiane e poté evitare che l'Italia diventasse come quella Grundgesetz tedesca, che fu invece scritta da una piccola assemblea di rappresentanti dei Länder non eletti dai cittadini che operavano su indirizzi e sotto la vigilanza dei governi alleati. Questa differenza io l'ho messa più volta sotto gli occhi di chi mi ascoltava, di chi mi leggeva, dei miei studenti. Perché l'Italia sì e la Germania no? Per questa ragione. La seconda ragione è nei contenuti della Costituzione, che sono figli delle idee delle persone e delle organizzazioni che avevano fatto la resistenza. E qui c'è una terza cosa che Mario proprio con la sua persona che è nella Costituzione che si fondono impostazioni culturali diverse, c'è una prevalenza certo del disegno del gruppo dei giovani costituenti cattolici indiscutibilmente. Lo Stato che attribuisce e riconosce le formazioni in cui la personalità si sviluppa sono i tratti essenziali di una Costituzione che si allontana dal regime totalitario precedente ma anche dall'individualismo del passato. Nella Costituzione c'è anche quello che per Mario è il liberalsocialismo. Lui si identifica con liberalsocialismo per i legami personali che ha da giovane con Calamandrei e questo è molto interessante perché Mario è un giovane di formazione cattolica e molto legato al mondo cattolico e quindi si trova con Calamandrei e Barile, ma lui è portatore anche di altri principi di libertà e di limiti e legge la Costituzione in una chiave che è insieme quel fondamento cattolico (indiscutibilmente principale) portato sul terreno della liberaldemocrazia. Questo è un Grande insegnamento che viene dagli scritti e dalla vita di Mario.

Ultima cosa che voglio dire è questo interesse che lui ha – e che porta chi lo legge a condividere – per la vita. Il suo vero allievo è Fulco perché e la garanzia che noi non ci saremmo dimenticati, è quello che pazientemente raccoglie i dati sui giuristi di questa università e che quando parla di qualcuno di noi è in condizione di spiegare anche come fu in grado di sopravvivere alla incubatrice e che è fondamentale per capire il *law in context*: chi ha scritto certe cose? chi ci ha lasciato da una data angolatura lo studio di questo o questo altro istituto? Chi era? Che rapporti ha intrattenuto? In che università ha insegnato? si imparano moltissime cose, si impara a vivere la storia più di quanto oggi viene insegnata. Riflettiamoci se in un mondo nel quale è sempre più difficile far condividere l'interesse del passato, il modo migliore per interessare al passato non è raccontare la storia, ma raccontare storie che costruiscono la storia: storie di persone, biografie, vicende umane legate a un dato filone, una data cultura.

Quest'uomo schivo che non voleva che si parlasse di lui ma lui parlare degli altri è stato un maestro antesignano anche per questo e anche per questo merita davvero il ricordo più caro.



Paolo Grossi*

Mario Galizia, un uomo in ascolto**

Ringrazio di gran cuore Fulco Lanchester per avermi coinvolto in questo ricordo di chi fu uno degli amici e colleghi più cari, scusandomi se per problemi locomotori inerenti ai miei 89 anni sono collegato dalla mia casa fiorentina. Idealmente, però, sono con voi e accanto a voi.

Mario, Mario Galizia era una persona complessa. Certamente non a una dimensione, come si diceva ai tempi della contestazione studentesca sulla scorta di un libro circolantissimo di Herbert Marcuse.

Vedrei in Mario una caratterizzazione prevalente: la sua toscanità. Innanzitutto, fu forte su di lui l'influenza della madre, Gina Baldi, casentinese di Poppi.

Si laurea in giurisprudenza a Firenze nel 1942, ma è dal 1944 che si pone come assistente del toscanissimo Calamandrei. Strettissima fu la familiarità scientifica, didattica, culturale con Calamandrei. Mario collabora riccamente alla rivista più «calamandreiana»: Il Ponte. Fu la rivista che nella mente di Piero era un simbolo e che oggi non ci rammarichiamo di vedere costruire muri dove un tempo si gettavano ponti.

Mario si gloriava addirittura che il fratello Paolo fosse caduto proprio per liberare Firenze dalla occupazione nazi-fascista. Quindi toscanità, nato a Napoli, cittadino del mondo, ma la toscanità mi sembra una caratterizzazione fondamentale.

Io ho dapprima conosciuto i suoi libri: *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese* del 1951 e *Scienza giuridica e diritto costituzionale* del 1954, che io mi lessi nei quattro anni di Legge a Firenze e che dimostrano in lui una singolare apertura verso la dimensione storica ritenuta indispensabile per il costituzionalista, ma insieme la necessità di confrontarsi su una corretta fondazione metodologica. Più tardi, nel 1963, avrei molto profittato dei suoi profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale.

Ho avuto molto dal lui, uomo di straordinaria cultura, come può dimostrare la sua enorme biblioteca privata, oggi all'interno della Fondazione "Paolo Galizia".

* Presidente emerito della Corte costituzionale e Professore emerito di Storia del diritto – Università degli Studi di Firenze.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Ricordo che fui felicissimo di appoggiare in pieno la proposta di Paolo Barile e Enzo Cheli per la sua chiamata da Pavia a Firenze e potei inaugurare una stagione amicale fatta di quattro intensi anni, prima che lui si facesse convincere a succedere all'altro suo maestro Mortati.

Permettetemi un ricordo personale: le passeggiate fiorentine dopo cena, che diventano con lui inevitabilmente notturne e che facevano risaltare in lui una cultura che mi rendeva al tempo stesso ammirato ma anche intimorito. Mario si mostrava per quel che era, un uomo candido, senza eccessi umorali, non intriso di ideologie, anzi si esprimeva bene in lui la libertà dell'uomo di cultura. Si entusiasmava nell'affermare e difendere la sua verità, ma pendeva sempre l'orecchio ad ascoltare la voce degli altri, e su quell'ascolto sempre rimuginava e si rendeva disponibile ad accogliere la verità lanciata dall'interlocutore.

Quante volte dopo le nostre passeggiate notturne mi telefonava presto la mattina per rassicurarmi che lo avevo convinto. Era il suo atteggiamento tipizzante l'ascolto. Mario sapeva ascoltare. Si tratta di una virtù sempre più rara.

L'atteggiamento di fondo era quello critico, sconfinato ovviamente anche nell'autocritica.

Ricordo nel 1972 salutò calorosamente la fondazione dei *"Quaderni Fiorentini"* nella storia del pensiero giuridico moderno. Quelli che lui chiamò in una lettera a me carissima che conservo come un cimelio "i rossi pensierosi quaderni color fiamme". A lui piacque lo scopo sotteso all'iniziativa dei Quaderni e cioè un recupero dell'unità della scienza giuridica e un banco comune di lavoro, non all'insegna di equivoco eclettismo, ciascuno con una specifica ineludibile competenza, ciascuno in lavoro accanto all'altro e in ascolto dell'altro.

A lui pluralista piaceva il risultato, una armonia arricchente di diversità.

Mario Galizia un uomo in ascolto, era la sua lezione prima che culturale addirittura etica. E vi confesso rimpiango le interminabili conversazioni con lui.

Grazie.



Francesco Durante*

Mario Galizia da Firenze a Roma**

Desidero, per prima cosa, ringraziare Fulco Lanchester per l'invito a questa giornata che mi permette di ricordare, innanzi tutto a me stesso, gli oltre venti anni di amicizia e di collaborazione con Mario Galizia trascorsi nella Facoltà romana di Scienze Politiche. Non mi soffermerò sull'attività didattica e scientifica di Mario, è già stata ricordata ed altri, meglio di me, lo faranno, essendo stati i nostri ambiti di ricerca diversi anche se per molti aspetti vicini. Non posso però non ricordare che il mio primo incontro con Mario è avvenuto proprio in occasione della sua attività didattica e precisamente in un giorno, come oggi, di Novembre di 75 anni fa quando, studente del primo anno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze mi sono recato in Via Laura, allora sede della Facoltà, per le prime lezioni dell'anno accademico 1946/47 nel quale Mario Galizia, allora giovane assistente di Piero Calamandrei, seguiva gli studenti del corso di Diritto Costituzionale, essendo Calamandrei impegnato a Roma nelle sedute dell'Assemblea Costituente. Incontri terminati con l'esame di Diritto costituzionale nella sessione estiva di quell'anno. Incontri ripresi 30 anni dopo con il mio arrivo in questa Facoltà di Scienze politiche. Occasioni di incontro non erano in realtà mancate negli anni precedenti, anche se mai realizzate, per una singolare coincidenza temporale delle tappe della nostra vita universitaria: negli anni '50 conseguiamo entrambi l'abilitazione alla libera docenza (allora con esami a numero chiuso) Mario in Diritto costituzionale (1956) io in Diritto internazionale (1954); nel 1964 siamo stati ternati nei concorsi a cattedra rispettivamente di Diritto costituzionale e di Diritto internazionale. Nel 1974 avremmo potuto ritrovarci proprio nell'Università di Firenze, sede del primo incontro, anche se in due Facoltà diverse, Mario a Giurisprudenza io a Scienze Politiche, ma proprio quell'anno Galizia si trasferiva a Roma dove ci saremmo ritrovati soltanto 3 anni dopo. Degli anni trascorsi insieme a Roma voglio ricordare soltanto due episodi che testimoniano il suo costante impegno a favore della Facoltà in cui operava. I meno giovani dei presenti ricorderanno che negli anni '80 e '90 del secolo scorso si era sviluppato un ampio movimento per la revisione e la riforma degli ordinamenti scientifici e didattici delle Università italiane, ordinamenti non più idonei a rispondere alle nuove esigenze

* Professore emerito di Diritto internazionale – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

dell'insegnamento universitario. Tra i provvedimenti allora adottati vi è stato anche quello tendente all'abolizione degli Istituti monocattedra ed alla creazione di Dipartimenti di Ateneo per riunire gli insegnamenti sulla base di aree tematiche. La Facoltà di Scienze Politiche di Roma era, allora, già organizzata, su 4 Istituti pluricattedra: l'Istituto linguistico (piano terra), l'Istituto di Studi economici (al 1° piano), l'Istituto di Studi giuridici (al 2° piano), l'Istituto di Studi storici (al 3° piano). L'orientamento prevalente della Facoltà era quello di trasformare gli Istituti esistenti in "Dipartimenti" dato che già ne presentavano le caratteristiche essenziali. Erano però emerse talune difficoltà riguardanti l'Istituto di studi economici e quello di Studi giuridici in quanto altre Facoltà proponevano la creazione di Dipartimenti aventi la stessa denominazione. In particolare la Facoltà di Giurisprudenza riteneva di sua esclusiva competenza la creazione di un Dipartimento di studi giuridici destinato a raccogliere i propri insegnamenti dell'area giuridica. Il che comportava, almeno formalmente, il riferimento ad aree tematiche diverse nella scelta della denominazione del Dipartimento che doveva riunire gli insegnamenti già presenti nel nostro Istituto di studi giuridici. A por fine alle lunghe discussioni con i colleghi di Giurisprudenza è stata proprio la proposta di Mario Galizia, che spesso mi accompagnava alle riunioni sull'argomento, di trasformare l'Istituto di studi giuridici in "Dipartimento di Teoria dello Stato". Concludo ricordando un altro momento importante, alla fine degli anni '90, non solo per la nostra Facoltà ma per la "Sapienza" nel suo complesso, momento che richiedeva fondamentali interventi di rinnovamento e di adeguamento delle strutture universitarie. A questo scopo la grande maggioranza del Senato Accademico (10 Presidi su 14) nel maggio del 1997 inviava a tutti i docenti della Sapienza una lettera nella quale venivano indicate le linee guida per un rinnovamento ed uno sviluppo dell'Ateneo, sia da un punto di vista organizzativo sia sotto il profilo gestionale. Ho sempre presente il ricordo del grande aiuto ricevuto nell'elaborazione di questo documento dagli incontri e dai suggerimenti di Mario Galizia a conferma del suo costante impegno per l'Università.



Enzo Cheli*

La presenza importante di Mario Galizia**

Mario Galizia è stato e resta nel mio percorso di vita una presenza importante. Quando ritorno con la memoria a questa presenza la sua figura di docente e di uomo di cultura da cui tanto ho appreso nei miei anni giovanili s'intreccia sempre strettamente con la sua figura di amico, di un amico che in certe circostanze ha svolto per me, pur senza mai ostentarlo, la funzione di un fratello maggiore. Due figure, di maestro e di amico, che hanno avuto per me un peso equivalente e rilevante.

Parto dal ricordo dell'uomo di cultura e di scienza. Pur appartenendo formalmente, anche per tradizione familiare, alla classe dei giuristi Mario Galizia è stato, come tutti hanno potuto rilevare, in prevalenza uno storico: storico delle istituzioni o, più precisamente, storico del pensiero giuridico. Dalle sue lezioni e dai suoi scritti abbiamo sempre appreso quanto la storia, con i suoi flussi lenti, contribuisca alla costruzione degli istituti giuridici. Basti solo rileggere uno tra i suoi scritti più lontani come i "Profili comparativi della scienza del diritto costituzionale", che risale al 1963, per cogliere l'ampiezza e la profondità della sua riflessione che investe la cultura giuspubblicistica nel contesto tedesco, francese, inglese e americano. Oppure rileggere, tra i suoi scritti più recenti, le ricostruzioni del pensiero di giuristi come Mortati, Capograssi, Tosato e Barile per cogliere la raffinatezza delle sue analisi che inquadrano la persona nell'ambiente della sua formazione al fine di cogliere nella dimensione storica il prodotto naturale di questo incontro.

Da questa particolare sensibilità verso il fattore umano e storico scaturisce dall'opera di Mario Galizia un insegnamento morale che vede nei valori fissati dalla nostra carta costituzionale il frutto di un percorso di maturazione che lega sul piano delle libertà il nostro Risorgimento alla fase resistenziale. Insegnamento ereditato dalla visione storica di Piero Calamandrei, ma che Galizia sviluppa su una linea di pensiero originale, profonda e sofferta, che si svolge durante l'intero arco della sua vita per approdare, con gli "Appunti sugli anni di guerra" pubblicati nel 2013, a quella straordinaria testimonianza sul fratello Paolo dove la memoria familiare viene a

* Vicepresidente emerito della Corte Costituzionale. Già professore di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Firenze.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

incrociarsi, dentro la cornice tragica del secondo conflitto mondiale, con la storia nazionale e mondiale.

E qui riemerge necessariamente il ricordo per la figura di Mario Galizia amico. Un amico che, all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso, ho avuto modo di conoscere in quella Firenze dove lui, figlio di un alto magistrato, era cresciuto e si era formato nel mondo intellettuale che ruotava intorno a "Il Ponte" di Piero Calamandrei (di cui Galizia era divenuto assistente nel 1944) e che vedeva la presenza di personalità giovani, ma già affermate come Carlo Furno, Paolo Barile e Alberto Predieri. Un mondo costruito su solidi rapporti di amicizia temprati dalle vicende della guerra cui io mi avvicinavo per ultimo e con molta soggezione, ma che Mario mi aiutava a comprendere ed a frequentare.

Questo avveniva solitamente nel corso di lunghe passeggiate che si svolgevano, quando Mario Galizia ritornava da Roma a Firenze, sulle colline fiesolane alla ricerca di una casa che Mario diceva di voler comprare, ma che non avrebbe mai comprato e mai smesso di cercare forse per inseguire un ricordo della sua giovinezza. Passeggiate queste non dissimili da quelle che durante l'estate si svolgevano in Val Gardena, che Mario ogni anno frequentava, e che gli davano la possibilità di svolgere sui sentieri di montagna interessantissime riflessioni sui temi più diversi che davano la misura della sua sterminata cultura storica.

Questo è Mario Galizia che qui mi fa piacere ricordare nelle sue vesti di scienziato e di amico, cioè di maestro che ti prende per mano per aiutarti a conoscere il mondo.



Ernesto Bettinelli*

Mario Galizia: libertà e dignità nell'università**

Fa bene Fulco Lanchester a mettere in evidenza la sconfinata attenzione e curiosità che Mario Galizia ha sempre avuto nei confronti dei giovani studiosi di diritto costituzionale incontrati, magari casualmente, nella sua vita di professore a Pavia, a Firenze, a Roma. Dico “sconfinata” perché Mario Galizia non dava particolare importanza al fatto che un giovane si fosse laureato con lui o meno. L'idea possessiva dell'“appartenenza a una scuola”, impersonata da un Maestro che trasmette il suo imprinting nel momento dell'assegnazione della tesi, gli era del tutto estranea.

La storia mia (e di altri) con Mario Galizia lo dimostra in maniera esemplare. La racconto brevemente nei suoi primi decisivi momenti che hanno segnato il mio futuro professionale e la mia stessa vita privata. Parto ricordando che lo stadio di Pavia è dedicato a Pietro Fortunati, in onore a un dirigente sportivo che nel 1953 era riuscito a portare la squadra della mia città d'adozione ai fasti della serie B, traguardo mai più raggiunto.

Il Cavaliere Pietro Fortunati non si occupava solo di calcio; negli anni '60 era anche bibliotecario dell'Istituto di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia. Persona piuttosto burbera, difficilmente trattabile, non so perché, mi aveva preso in simpatia quando nel 1969, laureando in diritto costituzionale, frequentavo la biblioteca dell'Istituto per preparare la mia tesi in tema di “ordinamento dei partiti politici in Italia”, che avrei discusso nel dicembre del 1969 con il prof. Serio Galeotti. Il Cavaliere mi aveva perfino permesso di appropriarmi in via esclusiva di una buona metà del tavolo rettangolare della stanza di Costituzionale e di trincerarmi dietro una caterva di libri e riviste presi in prestito a tempo indeterminato dalle varie sezioni della biblioteca, sempre grazie ai suoi “buoni uffici”.

Mentre leggevo, scrivevo, cestinavo e riscrivevo (a mano) i capitoli della mia tesi, con l'inevitabile ansia del calendario che correva troppo veloce, avevo notato con una certa insofferenza che di tanto in tanto la stanza era frequentata da un'altra persona meno giovane di me. Immaginavo che si trattasse di uno studente lavoratore, un “fuori corso”, come si diceva

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Pavia.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

allora. Non certamente un professore in quanto era vestito in maniera anomala: sotto una giacca sportiva stile Dolomiti portava un girocollo e i pantaloni erano normalmente di velluto della stessa tonalità *beige*. I professori della mia Facoltà, allora, si riconoscevano per una rigorosa grisaglia con camicia e severa cravatta. I più autorevoli indossavano anche il gilet.

Il mio poco gradito compagno di stanza si aggirava tra gli scaffali, prelevava qualche libro, lo sfogliava, prendeva qualche appunto e passandomi accanto sbirciava tra i miei fogli. Un pomeriggio di novembre, di ritorno dalla pausa-rito del caffè pomeridiano con il Cav. Fortunati, l'ho sorpreso seduto al mio posto che scrutava il mio travagliato lavoro. Sono sbottato dicendogli in malo modo che mi aveva davvero infastidito. Sto usando un palese eufemismo, anche se oggi le male parole di allora non fanno più alcuna impressione: sono entrate nel pessimo linguaggio comune non di rado praticato anche in sedi istituzionali.

Il Cav. Fortunati che aveva assistito alla scena impallidi, mi stratonò nel suo ufficio antistante alla stanza di costituzionale e, sconsolato, mi disse che avevo offeso il prof. Mario Galizia di Scienze politiche: altro che studente fuoricorso. Superata la crisi dell'inevitabile sudore freddo, ritornai in biblioteca per presentargli le mie scuse. Ma si era già allontanato. Ricomparve il pomeriggio successivo verso le 17. Mi alzai dalla mia sedia con l'espressione più contrita possibile e pronunciai un "mi scusi Professore per...". La mia frase fu subito interrotta e travolta da una sua fragorosa e divertita risata. Si sedette vicino me e incominciò a commentare i vari libri esposti in quella che era ormai diventata una specie di tana. Mi consigliò di sistemare lo schema che aveva visto nel "tragico" pomeriggio precedente... Poi si dileguò. Lo rividi qualche giorno dopo la laurea. Dopo gli usuali convenevoli (mancava poco al Natale) mi chiese di fargli avere la tesi che gli consegnai l'indomani. Mi convocò a fine gennaio 1970 e mi esortò a continuare gli studi cimentandomi, però, su temi diversi, comunque –disse- aderenti ai miei interessi anche di passione civile. Fu così che riuscii a pubblicare a tamburo battente e con indimenticata emozione su "Il Politico" il mio primo saggio sull'iniziativa legislativa popolare, al quale fecero seguito altri due lavori (elaborati mentre ero in servizio militare) in materia di censura e libertà di stampa e di obiezione di coscienza, pubblicati su "Giurisprudenza costituzionale" diretta da Leopoldo Elia e presidiata dal giovane ma rigorosissimo Alessandro Pace (segretario di redazione) che mi impose di riscrivere "meglio" i miei contributi. Conservo ancora le sue lettere-diktat: "Caro dottor Bettinelli, per essere ospitati su *Giurisprudenza costituzionale* è necessario:...", con un catalogo di irremovibili prescrizioni e puntualizzazioni.

Grazie a questo intenso impegno riuscii ad aggiudicarmi nel 1971, in seguito a pubblico concorso, la nomina di assistente ordinario presso la cattedra di Istituzioni di Diritto pubblico, di cui era allora titolare Mario Galizia che aveva ottenuto il posto da bandire dal Ministero della PI. Purtroppo (per me) nello stesso anno Galizia fu chiamato a Firenze a Giurisprudenza per insegnare Diritto pubblico. Desiderava rientrare nel luogo a lui più caro per tante ragioni: allievo di Piero Calamandrei voleva ricongiungersi con altri amici e sodali: Paolo Barile, Enzo Cheli, Paolo Grossi...

Il docente succeduto a Mario Galizia nella facoltà di Scienze politiche a Pavia dimostrò immediatamente di non gradire la mia nomina e la mia persona che valutava impostagli artatamente da Galizia. Riteneva che tra titolare della cattedra e "suoi" assistenti dovesse

sussistere un rapporto di assoluta fiducia, come scrisse in una lettera pubblicata su la *Provincia pavese* (13 maggio 1973). In effetti io ero e tuttora sono, a fine stagione, convintamente “antifascista” in adesione ai valori della Costituzione repubblicana. Inoltre, in quel periodo insieme ad altri colleghi di altre discipline (Giorgio De Nova, Michele Taruffo, Beppe Zananone...) avevo contribuito alla costituzione della sezione universitaria pavese della CGIL-Scuola. Non solo: avevo partecipato a incontri con gli studenti del “collettivo di Scienze politiche”.

Fui esonerato con intimazione verbale da tutte le funzioni inerenti al ruolo di assistente (esclusione dalle commissioni di esami, dall'attività didattica e dalla ricerca imputabile alla cattedra). Ne nacque un caso “politico” nazionale con interpellanze parlamentari e accese polemiche sulla stampa. Scienze politiche fu occupata in giugno dagli studenti e così via...

Mario Galizia da Firenze non mi lasciò solo. In particolare, per confutare le opinioni del suo successore, scrisse una lettera di 5 pagine alla Provincia pavese che il giornale ridusse per ragioni di spazio e pubblicò il 21 giugno 1973. Ho ritrovato questo testo: quasi un saggio sulla libertà in Università (sulla “tormentata storia della libertà nell'università in questi anni” puntualizza Galizia) e sulla dignità dei giovani che iniziano il percorso accademico. Galizia rifiuta la “concezione” – così scrive – “dell'assistente come ammeniccolo del docente, senza garanzia di stabilità, né di libertà di ricerca e di libera scelta metodologica: in sostanza un vero e proprio “oggetto” privo di dignità, *corvéable à merci*”. Prende anche posizione sulla pretesa di “consonanza ideologico-politica” tra cattedratico e “suoi” assistenti (allora definiti “docenti subalterni”):

“Io sono contrario a qualsiasi asservimento della scienza alla politica, ho fede nell'indipendenza della ricerca, e in questi giorni sto terminando un saggio in proposito. Ma proprio in nome di questa indipendenza, credo fermamente all'esigenza che nell'Università sia consentita la indispensabile libertà ideologico-politica, anche in nome della libertà di insegnamento. Solo nell'incontro e nel confronto delle varie posizioni metodologiche e ideologiche, l'Università può svolgere i suoi compiti e solo in questa libera dialettica gli studenti possono maturare in profondità la loro preparazione, i loro orientamenti, le loro scelte di uomini liberi...”

In questa lunga lettera Galizia fa riferimento anche alla “polemica antifascismo-fascismo” con poche definitive parole: si tratta semplicemente di “dare completa attuazione alla Costituzione repubblicana”. E proprio in nome della Costituzione – insiste – occorre salvaguardare “i diritti di libertà nell'Università” e “il progresso della cultura”: in adesione a “quei valori – conclude con fiera fermezza – che danno senso alla mia attività di docente universitario. E anche nel rispetto della memoria del Maestro che mi ha iniziato agli studi di diritto costituzionale, Piero Calamandrei e della Sua battaglia per la certezza del diritto”.

Piero Calamandrei ha rappresentato per Mario Galizia un pensiero dominante. Più volte mi ha raccontato di essere stato presente nel momento in cui Calamandrei di getto ha scritto su un foglio l'epitaffio per la tomba dei fratelli Rosselli quando, nel 1951, le loro salme furono traslate nel Cimitero di Trespiano: «Giustizia E Libertà - Per Questo Morirono - Per Questo Vivono». Sulla lapide è inciso anche l'emblema del Movimento “Giustizia e Libertà”, la “Spada di fiamma”.

Fulco Lanchester, ancora una volta con grande intelligenza e sensibilità e per onorare la memoria del nostro comune straordinario Maestro e amico, ha voluto adottare lo stesso simbolo per connotare la Fondazione “Paolo Galizia – Storia e Libertà”.

Questo indissolubile rapporto tra Storia e Libertà, che significa conoscenza e sapienza, costituisce certamente una fondamentale indicazione di metodo per i giovani studiosi che frequentano il Dottorato di ricerca in diritto pubblico, comparato e internazionale e il Master” Istituzioni parlamentari “Mario Galizia”, magistralmente coordinati da Fulco Lanchester e da Giulia Caravale.¹



Ugo De Siervo*

Mario Galizia a Firenze e dopo**

Ripensare all'influenza di Mario Galizia sull'attività universitaria e sulle nostre storie personali, obbliga anzitutto a ricordare cosa era l'insegnamento e lo studio del diritto costituzionale e pubblico a Firenze oltre cinquanta anni fa, quando abbiamo avuto la notizia della chiamata nella nostra Facoltà di Galizia, che già avevamo avuto la fortuna di conoscere, ma solo come un vecchio amico di Paolo Barile fin dai primi anni dopo la Liberazione.

Come è noto, il 1970 (quando Galizia viene "chiamato") non era un anno del tutto tranquillo nelle Università italiane, che cominciavano ad essere coinvolte dai movimenti contestativi, ma che -al tempo stesso- risentivano dei primi tentativi di riforma o, meglio, dell'adeguamento alla loro trasformazione in "Università di massa". Vari di noi erano impegnati nei diversi organi rappresentativi, con conseguenti molti dibattiti e qualche scontro.

Ciò mentre le strutture organizzative erano davvero deboli, se gli iscritti a giurisprudenza erano poche centinaia e se solo nel 1968 la cattedra di diritto costituzionale era stata dotata di un secondo posto di assistente ordinario, che si sommava a quello originario, fino ad allora occupato da Enzo Cheli (ora chiamato a Siena come professore ordinario, di modo che i due posti di assistente furono assegnati a Zaccaria ed al sottoscritto).

Nel 1970 inoltre vi era stato l'ultimo bando per gli esami di libera docenza e Barile, molto serio ed esigente, aveva ritenuto di non far partecipare al suo ultimo turno i propri laureati, pur già impegnati a scrivere (salvo magari pentirsene, quando si conobbero gli esiti generosi degli esami).

Al tempo stesso, l'inesistenza in precedenza di una vera e propria organizzata "scuola fiorentina" (Barile era arrivato a Firenze solo nel 1963 ed aveva sostituito l'internazionalista Gabriele Salvio, da tempo incaricato di Diritto costituzionale) significava anche che non esistevano sedi universitarie "minori" disponibili a ricercare a Firenze docenti giovani interessati ad incarichi di insegnamento in materia costituzionale; ciò creava problemi, dal momento che la fama di Barile aveva fatto giungere, oltre ai due assistenti ordinari, altri giovani e buoni studiosi come Caretti, Merlini, Grassi. Né si trattava solo di una vistosa carenza di posti di lavoro, ma anche di una debolissima struttura organizzativa: ricordo come uno dei lavori più impegnativi in

* Presidente emerito della Corte costituzionale. Già ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Firenze.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

quegli anni il riordino e l'implementazione della biblioteca nel settore pubblicistico, in forte collaborazione con gli amici amministrativisti ed internazionalisti e magari anche con qualche stimolo di Galizia durante i suoi primi contatti con noi (tutto questo lavoro confluirà successivamente nella costruzione del “mitico” Istituto di diritto pubblico di via Giusti).

Al tempo stesso molti di noi si sono molto impegnati sul versante delle innovazioni istituzionali allora in corso, a cominciare dalla istituzione delle Regioni ad autonomia ordinaria: inizialmente sono state soprattutto le diverse iniziative assunte dall'Unione regionale delle Province toscane in preparazione della stagione statutaria, ma successivamente sono seguiti i lavori di assistenza al Consiglio regionale nella complessa fase di elaborazione dello Statuto regionale e poi nella fase dei primi trasferimenti di funzioni dallo Stato a Regioni ed enti locali. Questi impegni – tra l'altro – hanno portato a qualche confronto scientifico e a discussioni con Galizia, che aveva appena scritto il bel saggio “Aspetti dell'organizzazione regionale”, affrontando in termini di analisi giuridico-concettuale molti dei temi toccati dai giovani giuristi fiorentini, sulla base di considerazioni più manifestamente giuridico-politiche.

Al forte impegno di lavoro dei giuristi più giovani (che nel frattempo erano sempre più presi dalla scrittura delle loro monografie) si somma inoltre l'inizio della loro pendolarità verso le prime sedi (Macerata, Siena, Sassari) che cominciano ad utilizzarli come professori incaricati, mentre la nostra Facoltà era rigida nel non affidare incarichi di insegnamento agli assistenti. L'insegnamento fuori sede però accentuava la difficoltà a mantenere e sviluppare i rapporti con Galizia. Io stesso dalla fine del 1972 sono stato molto impegnato a Sassari, essendovi arrivato a fatica con l'aiuto di Bassanini, reduce dal vittorioso concorso a cattedra, nella cui Commissione era stato Barile, e lì ho trovato tanti stimolanti ed affettuosi rapporti con colleghi di altre aree territoriali.

Malgrado tutto ciò ed i troppi impegni, si sviluppa un buon rapporto di amicizia tra noi e Galizia, non solo studioso coltissimo, ma sempre disposto a discutere ed a stimolarci soprattutto verso studi molto attenti ai profili storici e comparatisti; ciò mentre in questi anni Paolo Barile appariva alquanto oppresso dalla intensa attività didattica (sono di questi anni la prima edizione del Manuale e del Corso sulle libertà) e soprattutto dal continuo intensissimo lavoro professionale.

Va detto sinceramente che Galizia si mostrava però molto diffidente verso impegni estranei agli studi ed in particolare verso impegni professionali e politici; in questo contesto, riemersero pure sue vecchie polemiche verso le scelte operate a suo tempo da Barile e Predieri, con tutte le conseguenti incomprensioni personali. Ma soprattutto Galizia, rimproverava qualche trascorsa ingenerosa valutazione personale, se non qualche caso di malevolenza nei suoi riguardi, che avrebbero contribuito al suo isolamento a Firenze nel primo dopoguerra.

Quando Galizia è stato “chiamato” nel 1974 a Roma, noi “giovani” siamo quindi rimasti assai dispiaciuti, malgrado l'evidente sua soddisfazione e la sua garanzia che avrebbe certamente continuato a venire a Firenze.

Ma a metà degli anni 70 cominciano pure a svolgersi i tanti concorsi a cattedra per diritto costituzionale e diritto pubblico banditi nel 1974. Io personalmente speravo di vincere in uno dei concorsi di diritto costituzionale, nel quale era in gioco anche una cattedra di diritto

costituzionale bandita dalla Facoltà di Sassari, presso la quale insegnavo. Il concorso però non andò bene, ma seppure assai deluso continuai la vita precedente, salvo che la Facoltà fiorentina mi incaricò anch'essa di un insegnamento, evidentemente in polemica con le decisioni concorsuali. Ma improvvisamente si fece avanti Galizia, che era risultato componente di una Commissione per il concorso a cattedre di diritto pubblico: tramite un intensissimo impegno e molti suggerimenti, per lo più espressi in vivacissime ed affettuose lettere, sostenne con successo la mia candidatura, tanto che nel 1976 ero professore a Salerno.

Questo “ripescaggio” ovviamente mi rese felice, ma convinse anche Galizia della sua capacità di imporsi in casi analoghi: non a caso, negli anni seguenti si impegnò personalmente per far prevalere altri fiorentini che apprezzava, come Caretti e Merlini (oltre naturalmente tanti altri). Anzi, da allora si è sempre più impegnato a contribuire alla buona selezione dei nuovi cattedratici, cercando inoltre di tutelare candidati bravi ma isolati: fra le mie diverse carte ho perfino ritrovato copia di una sua lunga lettera dell'ottobre 1986 a Paolo Barile per stimolarlo a svolgere il ruolo di “gran moderatore, garante supremo” dei tre concorsi allora ancora aperti, in modo da risolverli nel loro insieme il più correttamente possibile. Non posso, per evidenti motivi di riservatezza, riportare sue valutazioni sui candidati e considerazioni comparative (anche se forse potrebbero servire a qualche intraprendente giudice per considerare la risalente realtà dei concorsi a cattedra) ma questa lunga lettera appare certamente motivata dalla volontà di dare un adeguato riconoscimento a coloro che hanno dato prova di essere seriamente bravi.

Ma il vero mestiere di Galizia resta la ricerca giuridica utilizzando il suo metodo di studio. A questo proposito confesso che molti dei miei studi successivi alla sua frequentazione risentono (con tutti i miei limiti) delle sue idee, seppure da me rivisitate: penso, ad esempio, ai miei ormai lunghi sforzi di ricostruire i nostri dibattiti costituenti alla luce di documentazioni decisamente maggiori di quelle utilizzate nel passato e considerando in modo davvero adeguato il dibattito che si è svolto a livello internazionale sulle caratteristiche e sull'ordinamento degli Stati democratici contemporanei. Al tempo stesso, proprio le ricerche accurate relative alle prassi applicative ed alle evoluzioni nel tempo delle iniziali idealità inducono a relativizzare tutta una serie di contrasti solo apparentemente insuperabili.

Proprio in relazione ad un più maturo ripensamento degli eventi e delle originarie polemiche, mi pare che la lettura degli scritti più recenti di Galizia metta in evidenza una forte riduzione di alcune acri polemiche che si erano manifestate nel primo periodo dopo la guerra fra i resistenti azionisti (fra cui Barile e Predieri) e i resistenti delle brigate “garibaldine”, come appunto Galizia: ora, invece, nella commemorazione di Barile prevale decisamente l'esaltazione della attività posta in essere da Barile ed anzi Galizia esalta la capacità del liberalsocialismo a tradursi in costituzionalismo.

Ma poi nella ricchissima introduzione di Mario Galizia al volume “Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923 – 1944)”, in cui pure vengono confermati i suoi duri giudizi sulle prese di posizione di vari costituzionalisti durante il fascismo, appaiono però alcune illuminanti correzioni di precedenti approcci schematici che erano stati espressi subito dopo la Liberazione: ad esempio, si mette in evidenza anche il rapporto fra i giovani Mario e Paolo Galizia e l'antifascismo del mondo cattolico (Cardinal Dalla Costa e Giorgio La Pira), di dà atto della

tendenza del comunismo italiano a non far risaltare il peso dell'antifascismo combattente non comunista.



Mario Caravale*

Un lessico familiare: Vincenzo, Paolo e Mario Galizia**

Ho conosciuto Mario Galizia nel 1975 quando fui chiamato ad insegnare in questa Facoltà Storia delle istituzioni politiche e subito fui colpito dalla sua personalità, ricca di aspetti originali e certamente inconsueta nel panorama accademico romano di quel periodo. Innanzitutto, rimasi particolarmente interessato dalla sua impostazione metodologica, la quale in un periodo in cui in dottrina era ancora prevalente l'indirizzo formalistico si proponeva, al contrario, di leggere l'ordinamento giuridico come profondamente radicato nella realtà politica, culturale, economica del paese cui si riferiva e da questa realtà era plasmato e mosso. Un'impostazione metodologica la cui lezione era particolarmente illuminante per me che in quegli anni cercavo di liberarmi dagli schemi adottati dalla storiografia giuridica di derivazione pandettistica la quale interpretava gli ordinamenti del passato utilizzando le forme caratterizzanti quelli di età contemporanea e si avvaleva della costruzione teorica elaborata dalla dottrina in riferimento a questi ultimi. Una storiografia, dunque, che attribuiva agli ordinamenti del passato natura sostanzialmente identica a quella dei contemporanei. La lezione di Galizia mi spingeva a seguire una via diversa, quella di ricercare l'autentica natura degli ordinamenti del passato partendo dalla comprensione della società, dell'economia, della mentalità di ciascun momento dell'età medievale e moderna. Approfondendo, poi, la nostra conoscenza potei apprezzare altri momenti della sua complessa personalità. In lui la fede indiscussa negli immortali miti della libertà e della democrazia sociale, insieme con la difesa dei valori dell'amicizia e del rispetto reciproco, si affiancava ad una profonda ed autentica autoironia, ad un distacco verso le quotidiane vicende universitarie, ad un sicuro disinteresse per prestigiosi riconoscimenti da parte del mondo politico, istituzionale, accademico.

Un'occasione per aprire con lui un dialogo su questi temi mi fu offerto alcuni anni dopo dalla lettura della bella biografia del padre di Mario, Vincenzo, scritta da Paolo Grossi per il *Dizionario biografico degli Italiani*, opera alla cui redazione in quel periodo collaboravo. La voce metteva in risalto alcuni aspetti significativi del biografato. Innanzi tutto il suo interesse per la vita concreta del diritto. Entrato giovanissimo in magistratura, Vincenzo era stato ben presto distaccato presso

* Professore emerito di Storia del diritto italiano – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla *Rivista Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

la Corte di Cassazione per iniziativa di Ludovico Mortara che intendeva affidargli l'organizzazione di un embrionale massimario della giurisprudenza. Questo incarico, però, non rispondeva alla sensibilità di Vincenzo che lo giudicava eccessivamente “di vertice”, lontano dalla vita concreta della giustizia: dopo un anno, pertanto, chiese di essere assegnato ad una sede giudiziaria. Trasferito prima a Genova, poi a Salerno, poi in Calabria alla pretura di Nocera Terinese, Vincenzo -scrive Grossi- si concentrò “in modo essenziale sull'attività giudiziaria e sull'esperienza giurisprudenziale, con una forte apertura verso la prassi”: si muoveva, perciò, in piena sintonia con il fratello Alberto, il quale, docente di diritto privato e di diritto commerciale, manifestava nei suoi studi una particolare sensibilità verso i problemi socioeconomici e un accentuato interesse per i contributi della giurisprudenza, con significative aperture verso il socialismo giuridico. Un altro momento rilevante nella vita di Vincenzo Galizia fu, poi, quello della presidenza della Corte d'appello di Firenze, iniziata nel 1940 e quindi toccata dai tragici eventi della seconda metà del 1943 e prima metà dell'anno successivo, quando la città toscana fece parte della Repubblica di Salò. Di fronte alla richiesta rivolta ai magistrati dal governo fascista di prestare giuramento di fedeltà come condizione per rimanere in carica, Vincenzo Galizia condivise l'atteggiamento di quei magistrati che respinsero tale richiesta, contestando al contempo la minacciata conseguenza di tale rifiuto in base alle norme di diritto internazionale che disciplinano le occupazioni straniere: una posizione, questa, che incontrò l'approvazione del Comitato clandestino di liberazione nazionale, il quale temeva la sostituzione dei magistrati fiorentini con funzionari di partito. Ma questa soluzione non riuscì più a reggere quando nel febbraio 1944 un decreto della Repubblica sociale impose il giuramento di fedeltà a tutti i pubblici funzionari. Vincenzo Galizia, insieme con gli altri magistrati fiorentini, si rifiutò ancora una volta in maniera categorica di prestare il giuramento e, convocato dal ministro di Giustizia Piero Pisenti, dichiarò a lui direttamente tale decisione. E Pisenti racconta nelle sue memorie che all'inizio era orientato ad assumere un atteggiamento drastico, ma poi di fronte all'autorevole fermezza di Galizia si convinse a prendere una posizione più morbida e decise la sospensione temporanea dei magistrati fiorentini.

La lettura di questa biografia mi permetteva di capire come la personalità di Mario fosse stata forgiata in maniera decisiva dall'ambiente familiare. E parlandone con lui ebbi la conferma di quanto pensavo. L'attenzione alla prassi, alla vita concreta del diritto, che tanto segnava la produzione scientifica di Mario, prima che dall'insegnamento dei suoi maestri universitari, nasceva dalla sensibilità culturale che egli aveva vissuto e maturato in famiglia e che, pertanto, era un dato in lui connaturato. Il diritto come vita, non già come mera costruzione teorica, egli lo aveva appreso sin dalla sua prima formazione. Quando, poi, toccammo la vicenda fiorentina del padre, Mario mi rivelò un aspetto che mi colpì molto: il rifiuto di prestare il giuramento di fedeltà al governo fascista non era ricordato in famiglia come un episodio di straordinario eroismo, bensì come una condotta del tutto coerente per chi crede nei valori della libertà e non può pensare di vivere senza il rispetto degli stessi: la famiglia non aveva esaltato la vicenda, né tanto meno aveva cercato per la stessa formali riconoscimenti. L'impegno per la difesa dei valori in cui si crede è un bene in sé. Mario lo aveva appreso sin dagli anni della sua formazione, come lo aveva appreso il fratello di Mario, Paolo, il quale, comandante di una formazione partigiana, aveva combattuto

contro i nazifascisti ed era stato ucciso durante gli scontri per la liberazione di Firenze nell'agosto 1944.



Angelo Antonio Cervati*

Mario Galizia e l'insegnamento del diritto costituzionale comparato**

Uno dei primi ricordi di Mario Galizia per me, come per gran parte delle persone che lo hanno frequentato negli anni dell'insegnamento romano, è associato a una folla di giovani che si raccoglieva intorno a lui, per ascoltarne i suggerimenti, chiedergli tesi di laurea, seguirne le vivaci e interminabili lezioni. La maggiore novità dei suoi corsi di diritto costituzionale italiano e comparato era rappresentata dal fatto che essi iniziavano come un tipo di comunicazione aperta, diretta a tener vivo un dialogo con i presenti su temi scelti da lui e i cui sviluppi erano in larga misura imprevedibili, perché legati a uno sviluppo della discussione che intendeva restare aperta. Egli teneva prima di tutto fede alla vocazione personale di un insegnante e studioso, appassionato al diritto costituzionale e alla cultura letteraria, in grado di rinnovare continuamente le forme e i contenuti del proprio insegnamento, l'ordine, il metodo e le argomentazioni che di volta in volta reggevano l'esposizione. La sua lezione era essenzialmente libera da formalismi, attenta alla letteratura, alla storia e all'attualità, come alla politica e soprattutto alle persone e alle cose. Egli non era affatto un relativista, perché le sue lezioni erano improntate a una forte visione etica e giuridica, attenta alle esigenze reali della società e alle dinamiche del diritto vivente che potevano di far luce non solo su prassi costituzionali e giuridiche o su sviluppi della giurisprudenza, ma anche ad aprire porte e finestre su temi sempre nuovi e inattesi. Il suo orientamento didattico era rivolto a suscitare interesse nei giovani interlocutori, cercando di mettere in luce l'elasticità dei fenomeni giuridici e il loro significato sociale e storico, a prescindere dal riferimento che egli era solito fare a dottrine giuridiche e storiche diverse e persino opposte tra loro. La sua intelligenza e la sua onestà lo portavano a rifiutare i dottrinarismi autoritari, dogmatici o politici che fossero, evitando orientamenti interpretativi diretti a chiudere i discorsi giuridici sulla base di elementi formali o di conclusioni solo esegetiche o dottrinarie. Ho avuto modo, a partire dal 1978 o '79, di frequentarlo spesso, prima in occasione di un concorso universitario di diritto pubblico comparato – disciplina che allora era stata per la prima volta affidata a una apposita commissione giudicatrice, separata da quelle per la nomina dei professori

* Professore emerito di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

di diritto pubblico o costituzionale – e successivamente come collega nella facoltà di scienze politiche, in cui egli rappresentava un modello, difficilmente imitabile, di docente a tempo pieno, di testimone di un altro modo di insegnare le materie giuridiche, aperto a più percorsi di conoscenza non necessariamente giuridici. Vorrei insistere nel ricordare che, in occasione del concorso di diritto pubblico comparato del 1979, Mario Galizia riuscì a indirizzare la maggioranza dei commissari di quel concorso verso l'idea che l'insegnamento delle discipline comparative avrebbe potuto riassumere il suo originario significato didattico, diretto a perseguire un tipo di educazione diretto allo studio della storia e dell'effettiva comparazione giuridica, non ad un raffronto solo tecnico e formale di aspetti particolari delle discipline giuridiche. Galizia si proponeva di prendere in questo modo coscienza dei fenomeni giuridici e sociali pensando a un rinnovamento della didattica delle materie giuridiche che avrebbe potuto restituire allo studio del diritto costituzionale e di quello pubblico comparato la funzione di assicurare un tipo di educazione non solo più attento alla storia e alla cultura sociale, ma anche alla politica e alla vita del diritto. Egli si proponeva di guardare così allo studio delle discipline giuridiche, senza perdere di vista le prospettive sostanziali, realistiche, culturali degli argomenti trattati senza restare ancorato a visioni strumentali e specialistiche dei problemi oggetto di riflessione.

La cultura toscana era stata per lui un punto di riferimento essenziale e quasi costante, non solo per gli anni che vanno dal Risorgimento alla Grande guerra o dal fascismo alla resistenza e poi da un approfondimento dei valori dell'antifascismo, nonché a quelli degli anni che hanno preceduto e condotto alla scrittura della costituzione italiana. In quel tempo, Firenze sembrò tornare ad essere per molti italiani la capitale culturale della nazione, con riferimento agli ambienti letterari dell'inizio e della fine del Novecento e ai protagonisti di quel mondo. Ricordo le lunghe telefonate con lui su temi di letteratura e di storia, con riferimento alle riviste fiorentine, alla letteratura e alla cultura artistica del Novecento e in particolare alla poesia contemporanea.

Egli proveniva da una famiglia nella quale il padre era di origine napoletana, mentre la madre era di nascita e educazione toscana, e aveva frequentato persone e ambienti letterari di grande sensibilità culturale, quando suo padre era stato per vari anni Presidente della Corte d'Appello di Firenze e quando egli, che era solito leggere molte opere della letteratura italiana e di altri paesi, in più lingue, seguiva attentamente gli sviluppi della cultura letteraria e politica. Le sue conoscenze, lungi dall'essere limitate agli incontri con magistrati e giuristi del tempo, riguardavano intellettuali e militanti politici, che avevano partecipato alla Resistenza e militato poi nelle brigate partigiane, come fecero lo stesso Mario e il fratello Paolo. In quegli anni e in quelli successivi egli frequentava anche Calamandrei, Paolo Barile e Paolo Grossi e molti altri giuristi, da Giuseppe Maranini a Silvano Tosi a Firenze, a Giovanni Grottanelli de'Santi a Siena, orientandosi verso lo studio del diritto, della letteratura, della storia e degli sviluppi del diritto costituzionale italiano e comparato. Più tardi intensificò gli incontri con Leopoldo Elia, Carlo Lavagna, Egidio Tosato, Segio Fois, Antonio Valentini e soprattutto con Costantino Mortati, che egli considerava il suo principale Maestro. L'amicizia con Paolo Grossi che deve aver contribuito a indirizzarlo verso gli studi della storia del pensiero giuridico, insieme a quelli di storia del diritto costituzionale e del diritto pubblico, anche dei secoli passati, risale al periodo fiorentino. Anche a Pavia Mario Galizia ha dialogato con giuristi, storici e economisti, molto diversi tra loro come

Bruno Leoni, Pietro Giuseppe Grasso, Antonio Zanfarino, Ernesto Bettinelli, interessati allo studio del diritto, dell'economia o della politica come componenti essenziali delle diverse esperienze storiche e sociali europee muovendo da punti di partenza sempre nuovi. Più tardi, l'amicizia con Leopoldo Elia, Carlo Lavagna, Mario d'Addio, Francesco Mercadante, Franco Ledda, Francesco Durante, Sergio Lariccia e Fulco Lanchester lo hanno accompagnato nel suo insegnamento nella Facoltà di Scienze politiche.

Le sue riflessioni sulla storia del diritto costituzionale si concentravano sui grandi costituzionalisti italiani, Giandomenico Romagnosi, Pellegrino Rossi, Domenico Zanichelli, Giuseppe Compagnoni, Ludovico Casanova, Luigi Amedeo Melegari, Luigi Palma, Vincenzo Miceli, Giorgio Arcoleo, Filomusi Guelfi, Gaetano Mosca, Pietro Chimienti, Vittorio Emanuele Orlando, Ferruccio Pegolesi e molti altri. Egli era solito fare riferimento anche ai maggiori rappresentanti della cultura francese, inglese, svizzera, austriaca, tenendo conto sia dei classici del diritto costituzionale, come Dicey e Jennings, che dei costituzionalisti francesi come Guizot, Jèze, Hauriou, François Barthélemy, Duguit, e soprattutto di Carré de Malberg, che egli spesso cita come uno dei maggiori modelli europei per lo studio del diritto costituzionale generale. A Renè Carré de Malberg Galizia ha dedicato l'importante saggio sul "*Positivism juridique*", che rappresenta una lettura innovatrice rispetto alle più corrive utilizzazioni del pensiero di questo autore da parte della dottrina italiana. Tra gli studiosi italiani contemporanei il suo interesse per Zangara, Cammarata, Origone, Chiarelli, Panunzio, e molti altri personaggi di rilevante spessore storico e culturale è rappresentativo del suo modo di interpretare i percorsi del pensiero giuridico. Dai miei colloqui con Mario Galizia ho tratto il suggerimento di affidare sempre più spesso a studenti di scienze politiche e poi di giurisprudenza tesi di laurea sui giuristi italiani dell'Ottocento e del Novecento e su temi di storia costituzionale comparato. Galizia mi ha anche coinvolto in alcune ricerche e iniziative didattiche che riguardavano il pensiero giuridico italiano e francese, con riferimento ad esempio a Tosato e Mortati, e più tardi a partecipare a una ricerca su Gaetano Mosca che poi fu lasciata cadere.

Galizia è uno scrittore di diritto che ha riflettuto molto sull'importanza dello scambio di opinioni tra giuristi e sull'esigenza di aprire il dialogo della cultura giuridica verso altre forme di conoscenza, muovendo quasi costantemente dallo studio della storia e sottolineando l'importanza delle diverse prospettive valutative nella riflessione sulla società, senza perdere di vista i presupposti teorici e storici da cui muovono i giuristi e gli studiosi di discipline storiche e umanistiche. Il suo realismo lo porta ad approfondire i profili culturali delle diverse epoche in cui i giuristi studiati hanno operato, e a sottolineare le differenze dei percorsi intellettuali, etici e culturali di ciascuno di essi. Molte delle prese di posizione più significative dal punto di vista sistematico e storico di Mario Galizia si rifanno alla vicinanza di Mario Galizia con Costantino Mortati la cui posizione si rivela sempre più centrale nella ricerca dei suoi percorsi di conoscenza del diritto solo più tardi egli si avvicina sempre di più al pensiero giuridico e teorico di Giuseppe Capograssi che diviene uno dei suoi maggiori interlocutori nella riflessione non tanto su astratte dottrine giuridiche quanto sulla sensibilità culturale delle persone e sui contenuti etici dei loro percorsi di conoscenza oltre che del diritto della vita e della storia nazionale e europea.

Si deve aggiungere che Mario Galizia fa parte della generazione di giuristi italiani che hanno creduto di più alla costituzione repubblicana e alla cultura del diritto costituzionale, viste da un punto di vista etico, storico e giuridico, come ad esempio Esposito, Crisafulli, Barile, Lavagna, Amato, Elia, De Siervo, Cheli. E' particolarmente difficile identificare i suoi maggiori interlocutori, senza dimenticare alcuni dei principali, perché Mario Galizia aveva una particolare capacità di comunicare con altri intellettuali e scrittori di diverse discipline, tra cui quelle giuridiche che solo apparentemente erano destinate ad assumere nel suo pensiero aspetti e contenuti particolarmente ricchi di significato reale. La fiducia di Galizia per il clima culturale della Costituzione italiana si traduceva in lezioni e continui discorsi con i suoi colleghi ed amici che egli riceveva continuamente ed ai quali forniva costantemente informazioni e suggerimenti da approfondire nelle rispettive ricerche. Lariccia nel suo intervento ha sottolineato l'importanza che l'amicizia ha avuto per Mario Galizia anche durante il periodo romano, in una grande città dispersiva in cui questo modo di concepire i rapporti umani appare a volte difficile da praticare per le dimensioni assunte dall'economia e per la presenza di regole e strutture che sembrano dettate più dall'esigenza di accelerare i tempi che dal rispetto degli altri, delle persone e delle loro esperienze, della vita e della società.

I temi dei rapporti tra parlamento e governo e dell'indirizzo politico hanno per Galizia un'importanza fondamentale ed è proprio l'esperienza dei regimi parlamentari europei contemporanei a mostrare come questi temi assumano nella prassi una rilevanza politica e giuridica sempre nuova seguendo tipologie e profili di diversa rilevanza politica oltre che giuridica (Si veda M. Galizia, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano 1972). Il tema della fiducia sembra emergere nei suoi scritti su un piano di teoria generale connettendosi direttamente a quello dell'indirizzo politico divenendo il fulcro delle diverse dottrine giuridiche che condizionano le scelte politiche. Galizia afferma: *“l'esperienza dei regimi parlamentari europei contemporanei mostra, accanto a direttive a livello minore, di mera influenza politica, anche direttive condizionalmente obbligatorie e accanto a queste, inoltre, direttive incondizionatamente obbligatorie. Quello che, su un piano di teoria generale, ... sempre più appare essenziale... è l'esigenza che il fulcro dell'indirizzo politico che pone le scelte politiche di base sia formato da direttive incondizionatamente vincolanti, sufficientemente precise, anche se aperte in modo da adattarsi elasticamente ai continui sviluppi della realtà sociale, poste con adeguata pubblicità e nel rispetto del dialogo maggioranza minoranza”* (M. Galizia, voce *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, p. 391 s.). I temi trattati in questo scritto sembrano confermare come le prospettive in cui Galizia studia il diritto costituzionale sono di grande importanza soprattutto perché prevale in esse una nuova attenzione per la prassi politica e per le forme che essa assume persino a prescindere dai vari tentativi di dogmatizzazione e formalizzazione del diritto costituzionale che prevalevano in quegli anni.

Galizia negli ultimi anni di vita sceglie nuovi percorsi intellettuali e spirituali che rivolgono maggiore attenzione alla poesia e alla storia, e dedica a Costantino Mortati e a Giuseppe Capograssi il proprio impegno di insegnante e di scrittore che crede nella dimensione etica e umana dello studio e dell'insegnamento per riflettere sulle esperienze sociali e individuali e testimoniare l'impegno di alcuni giuristi italiani. Egli rivolge sempre di più la sua attenzione verso il pensiero di questi Maestri, dai quali trae forza per sottolineare l'importanza della cultura

storica e religiosa, oltre che giuridica e sociale, di quanti hanno continuato a riflettere sui valori etici e storici della convivenza umana. Il richiamo al diritto quale esperienza che non può rinunciare a storicizzare l'impegno sociale e il pensiero dei giuristi, evitando di appiattare l'impegno individuale su determinate dottrine giuridiche, sociali, politiche, deve restare per Galizia al centro della riflessione sulle esperienze giuridiche e politiche. Il riferimento a questi grandi giuristi consente a Galizia di sviluppare sempre più intensamente alcune intuizioni che lo hanno portato a vedere nello studio della società e dell'individuo il significato reale della riflessione sulle esperienze giuridiche, in una prospettiva che non è soltanto imperativa, cogente o dottrinarica, ma valutativa, critica e etica. Lo studio del pensiero di Capograssi diviene a questo fine particolarmente fecondo, anche dal punto di vista filosofico, oltre che giuridico e storico e vorrei perciò concludere citando uno degli ultimi scritti di Mario Galizia, quello pubblicato sul *Politico* del 2003 e intitolato *“Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi maestro di diritto e di cattolicesimo liberale”*. Il questo scritto, che meriterebbe di essere più conosciuto, Galizia si rivolge insieme a Mortati e a Capograssi ricordando il suo dialogo con Mortati a proposito dell'interpretazione giuridica e della gerarchia delle fonti, con particolare riguardo ai rapporti tra enunciazioni costituzionali e altre fonti della conoscenza giuridica, scrivendo: *“Di qui deriva l'esigenza per il costituzionalista del ricorso concettuale, oltre che alle regole e ai principi, anche ai valori. Vi è indubbiamente il rischio della “tirannia dei valori”, sotto vari aspetti più volte denunciato, e questo implica un procedimento conoscitivo maggiormente complesso, ma non bisogna trascurare anche il rischio della tirannia di un'azione giuridica priva di valori”* (M. Galizia, *Loc.cit. cit.* p. 401). Per meglio sottolineare, l'importanza dello scritto su Capograssi vorrei, oltre che insistere sull'esigenza di leggere tutto l'articolo di Galizia che rappresenta uno dei suoi principali lavori sullo studio del diritto costituzionale, limitarmi ora a riportare solo due brevi riflessioni la prima delle quali afferma: *“fondamentale è sempre in Capograssi il disegno del rapporto tra società e Stato, considerata in modo dinamico ed elastico, fuori di approcci rigidi e meccanici, in una angolazione aperta legata alla concretezza della vita e dell'evoluzione storica e perciò considerata ontologicamente al di fuori di inquadrature astratte e di forzati logicismi dogmatici”* M. Galizia, *Op. cit.*, p. 427). Nella seconda considerazione Galizia, concludendo il suo articolo nel paragrafo intitolato *“lo Stato di diritto deve essere fondato soprattutto sulla giustizia non sul mero potere”*, cita a sua volta la conclusione di Capograssi secondo cui *“La civiltà si edifica, e per edificarla, bisogna, dopo aver percorso tutta l'esperienza della vita moderna, entrare in sé stessi e risentire quelle antiche e semplici leggi di moralità e di amore che hanno salvato più volte l'umanità dalla barbarie... l'egoismo dell'io, l'etica della cupidigia e delle superbia non sono capaci di rinnovare e fondare la vita umana”*.



Sergio Lariccia*

I miei ricordi di Mario Galizia**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli anni Quaranta e Cinquanta del Novecento. Mario Galizia giovane e la sua collaborazione alla rivista *Il Ponte*, fondata nel 1945 dal suo primo Maestro, Piero Calamandrei. – 3. Gli anni Sessanta. Il mio studio degli scritti di Galizia durante il periodo di preparazione per il concorso a magistrato della Corte dei conti (7-10 febbraio 1965). – 4. Gli anni Settanta. La mia lezione per il conseguimento della libera docenza in Diritto costituzionale (gennaio 1971) e la voce di Galizia *Fiducia parlamentare* (in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 388-427). – 5. Gli anni Ottanta. 1° novembre 1984: inizia il mio insegnamento nella Facoltà di scienze politiche; io nella stanza n. 2 del (la stanza di Aldo Moro). – 6. Gli anni Novanta. La relazione di Mario Galizia nel concorso per la copertura della cattedra di Diritto amministrativo (1992). – 7. I luoghi di lavoro e la mia amicizia con Mario Galizia nella stanza n. 3 del Dipartimento di Teoria dello Stato: la “stanza di Costantino Mortati e delle sue due poltrone Frau”.

1. Premessa

Il 15 novembre 2021 ho partecipato con gioia all’incontro, organizzato dal prof. Fulco Lanchester, destinato a ricordare la vita e le opere di Mario Galizia, un prestigioso collega, caro amico per molti di noi, che ha lasciato un indimenticabile ricordo in tante persone, appartenenti a diverse generazioni.

Prima di uscire da casa, ho ricevuto una telefonata da mio figlio Michele, che, negli anni compresi fra gli anni Ottanta e Novanta, ha studiato nella facoltà di *Scienze politiche* e ha sostenuto l’esame di *Diritto costituzionale italiano e comparato* con il suo professore Mario Galizia. Michele mi ha detto: «peccato, sarebbe stato bello anche per noi, suoi studenti del corso di *Diritto costituzionale italiano e comparato*, potere partecipare a questo importante convegno che ricorda il professore Galizia: avremmo potuto testimoniare l’importanza che per noi ha rappresentato il suo insegnamento».

Il numero dei partecipanti all’incontro, previsti *in presenza* o *in remoto*, come si usa dire, era di circa trenta persone: ciascuno, con poche eccezioni, aveva a disposizione 7 minuti per parlare ma potrà inviare un testo scritto per la pubblicazione sulla rivista *Nomos*.

* Professore emerito di Diritto amministrativo - Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Ho parlato anch'io, e sono stato uno dei ventidue che hanno preso la parola, con interventi di grande ricchezza e interesse; ricordo in ordine cronologico i colleghi che oltre a me hanno parlato: Tito Marci, Fulco Lanchester, Giuliano Amato, Paolo Grossi, Francesco Durante, Enzo Cheli, Francesco Mercadante, Ernesto Bettinelli, Ugo De Siervo, Achille Chiappetti, Mario Caravale, Angel Antonio Cervati, Stefano Grassi, Fernanda Bruno, Paolo Ridola, Paolo Armaroli, Stefano Ceccanti, Roberto Borrello, Giulia Caravale, Paola Piciacchia, Astrid Zei; li conosco tutti, li ho ascoltati tutti e ho provato una grande soddisfazione per essere riuscito ad essere presente, forse per l'ultima volta, a un'iniziativa nella Facoltà nella quale sono stato chiamato, per l'insegnamento del *Diritto ecclesiastico italiano e comparato*, con effetto dal 1° novembre 1984, e dove ho lavorato per più di ventisei anni e sono stato proclamato professore emerito di *Diritto amministrativo*, dopo il mio pensionamento nell'anno 2010.

Erano pochi, troppo pochi, sette minuti per parlare dei miei rapporti con Mario Galizia; ed io approfitto, con grande piacere, di questa occasione (scrivere sulla rivista *Nomos*), per dedicare più spazio ai miei ricordi dei rapporti con lui e con le sue pubblicazioni.

Nel suo intervento iniziale, Giuliano Amato ha giustamente osservato che questa iniziativa, destinata al ricordo dei cent'anni dalla nascita di Mario Galizia, induce noi tutti a riflettere sulle nostre storie personali e sull'importanza che in esse ha rappresentato la presenza e l'influenza di una persona come lui.

Ho incontrato per la prima volta il professore Mario Galizia, nei primi anni Ottanta, in coincidenza con l'inizio della mia esperienza di professore in questa Facoltà, ed ho subito avuto l'impressione che si trattasse di uno dei professori più ... importanti e ascoltati del *Dipartimento di Teoria dello Stato* e della Facoltà: per molto tempo, per motivi di età e di anzianità, ho svolto le funzioni di segretario della Facoltà e ho collaborato con i due presidi di quegli anni, Mario D'Addio e Franco Giusti, ai quali, il giorno dopo le riunioni, consegnavo i verbali dei consigli di facoltà, con i resoconti degli interventi di tutti i colleghi, e anche naturalmente del collega Galizia. Non era un compito semplice, ma io mi sono giovato, per l'adempimento di questo compito, dell'utile esperienza di segretario della Commissione per la revisione del Concordato, presieduta dal ministro di grazia e giustizia Prof. Guido Gonella, nei primi sei mesi del 1969.

Chi vive l'esperienza di un professore universitario sa bene tuttavia che l'incontro fisico con un collega, impegnato per mestiere nella ricerca scientifica, avviene assai spesso molti anni dopo che si è avuto occasione di incontrare e conoscere i risultati della sua ricerca scientifica: in sostanza si conoscono prima le pubblicazioni e poi i loro autori. E in effetti anche per l'incontro con Galizia, con lo studioso Galizia, la mia conoscenza si è verificata, talora in modo del tutto casuale, negli anni nei quali ho potuto conoscere le sue pubblicazioni, il suo lavoro, le sue preferenze e propensioni nello svolgimento della vita accademica: libri, contributi di vario genere a riviste, voci di enciclopedie, relazioni congressuali, articoli scientifici, partecipazioni a convegni e a incontri culturali di vario genere.

2. Gli anni Quaranta e Cinquanta. Mario Galizia e la sua collaborazione alla rivista Il ponte, fondata nel 1945 da Piero Calamandrei, il suo primo Maestro

Ho avuto spesso occasione di raccontare che devo al mio caro professore Arturo Carlo Jemolo la conoscenza della scuola fiorentina di diritto costituzionale e, in particolare, di Piero Calamandrei e della rivista fiorentina da lui fondata nel 1945, *Il Ponte*.

Quando avevo ventun anni, abitavo a Roma e studiavo nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza (unica facoltà di Giurisprudenza nella Roma di allora): frequentando le lezioni di *Diritto ecclesiastico*, nel secondo anno del corso di laurea (1954-1955), riuscii ad anticipare di un anno l'esame di questa disciplina, che costituiva un esame del terzo anno. In una delle sue lezioni, il prof. Jemolo¹ ci aveva parlato di Piero Calamandrei, a proposito dell'approvazione, in assemblea costituente, dell'articolo 7 della costituzione e del contributo che il grande giurista fiorentino aveva fornito al dibattito per la scrittura e l'approvazione della Costituzione; in seguito ebbi occasione di leggere numerosi fascicoli della rivista *Il Ponte*, avendo potuto comprare, in un'edicola di giornali che allora esisteva a Roma in Piazza dei Cinquecento, in corrispondenza dell'incrocio con via Volturmo, le annate del primo decennio di tale rivista (in vendita fra i libri usati), ad eccezione delle due annate 1945 e 1947.

Il Ponte è una rivista fondata nel 1945 e diretta da Piero Calamandrei (il primo Maestro di Mario Galizia) fino a pochi giorni prima di morire²; quando appresi la notizia della sua morte, dissi ai miei genitori che volevo partecipare ai suoi funerali e andai a Firenze con l'intento di esprimere, con la mia sola presenza, un forte sentimento di gratitudine nei suoi confronti. In molti anni, nel periodo successivo, quando insegnavo *Diritto ed economia politica* negli istituti tecnici, in occasione del 25 aprile di ogni anno, facevo ascoltare ai miei studenti il disco che riproduceva il *Discorso sulla Costituzione* di Calamandrei agli studenti milanesi del gennaio 1955.

Molti anni dopo, consultando un prezioso fascicolo, pubblicato dall'Editoriale *Il Ponte* nel 1999, contenente l'*Indice degli autori 1945-1998*, constatai che Galizia, che nella redazione del *Ponte* collaborava alla rivista diretta dal suo professore Calamandrei, aveva pubblicato sulla rivista tre scritti nel 1945 e uno nel 1991³.

Di recente, considerando che, nella mia raccolta del *Ponte*, quella del 1945 è una delle due annate che non ho, mi sono rivolto al mio amico Andrea Becherucci, che mi ha inviato la fotocopia degli scritti di Galizia sulla prima annata, il 1945: nella rubrica *Cantiere*, nelle pp. 565-69, sono pubblicati una interessante premessa di Calamandrei e il testo di una conversazione tenuta

¹ Al ricordo di Jemolo e del suo insegnamento ho dedicato il mio ultimo libro, pubblicato nel 2015: *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del novecento*, Roma, Carocci.

² Calamandrei morì a Firenze il 27 settembre 1956. In una lettera inviata al figlio Franco il 10 settembre 1956, Calamandrei scriveva: «... la sera del 20 devo entrare in clinica per farmi operare della prostata, e evitare il ripetersi di quei disturbi che mi afflissero anche a Pechino. E' un'operazione ormai diventata banale»: cfr. P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, a cura di G. AGOSTI e A. GALANTE GARRONE, 2 tomi, 2, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1968, 506. Nel suo ultimo articolo, pubblicato in *Il Ponte*, 7, 1956, 1633-34, Calamandrei richiamava l'attenzione sul carattere programmatico della nostra costituzione, «cioè contenente un vero e proprio programma di trasformazione sociale della società», e sul compito della corte costituzionale, «che ha il potere di annullare le leggi contrarie» (*ivi*, 1634). L'articolo è riportato in facsimile, tra le 1644 e 1645.

³ Nel 1945 nei fascicoli 6564, 8, 740 e 9 847: nelle p 740 e 847 sono pubblicate due recensioni; nel 1991, fascicolo 12, p 3-5, con il titolo *Sette punti per il Presidente* (Francesco Cossiga): si tratta di un documento che cinquantuno professori di diritto costituzionale, e fra essi Mario Galizia, avevano stilato il 2 dicembre 1991, richiamando il presidente della Repubblica ai compiti che la Costituzione gli attribuisce: chiaramente il documento aveva una valenza politica oltre che di diritto costituzionale, si inseriva nella vasta problematica riguardante il comportamento che il presidente Cossiga aveva suscitato in quel periodo e ricordava antiche battaglie combattute da Calamandrei per l'attuazione della Costituzione.

dal Dott. Mario Galizia sull'argomento "Chi governerà l'Italia durante la Costituente?", nel circolo di cultura politica "Fratelli Rosselli" di Firenze.

Si tratta di un intervento molto chiaro nel quale Galizia, all'età di ventiquattro anni, esamina con una ampia ed esauriente analisi il problema del rapporto fra potere costituente e potere costituito, osserva che «nella storia difficilmente si incontrano situazioni simili a quella italiana, perché le costituenti dirette a mutare la forma di Stato sono normalmente intervenute quando già una guerra o una rivoluzione avevano eliminato dalla scena politica il precedente capo di stato» e conclude che «il diritto e la storia ci portano ad affermare che l'assemblea costituente che si erge libera da ogni vincolo sul crollo del precedente ordinamento come espressione della sovrana volontà del popolo, deve necessariamente assommare in sé tutti i poteri»⁴. Richiamo l'attenzione sul significato dell'espressione "il diritto e la storia" (quasi un'endiadi): sarà, da allora, l'obiettivo di tutte le ricerche di Galizia negli anni successivi della sua lunga vita⁵.

Le due recensioni pubblicate da Galizia nel 1945 sono anch'esse di notevole interesse. La prima, pubblicata nelle pp. 740-41, riguarda un volume di Gustavo Inghisone⁶. Premesso che, dovendo risalire alle fonti della Costituzione, per poi esaminare l'abiezione in cui lo Stato italiano era stato gettato dal fascismo, la ripubblicazione del volume costituiva una testimonianza di un coraggioso atto di fede nella democrazia e nella libertà, Galizia osservava che la libertà nelle sue varie forme è condizione pregiudiziale della soluzione di tutti i problemi che interessano il mondo del lavoro.

La seconda recensione riguarda un volume di Orrei⁷, a proposito del quale Galizia, considerato che, tra i compiti più importanti che si presentavano allora al giurista, vi fosse quello di fissare il concetto e la struttura dello stato fascista, affermava che il volume costituiva una delle prime voci pure che si leva dopo venti anni di prostituzione scientifica, che costituisce anche un grave atto di accusa nei confronti di uno degli aspetti più macabri e sintomatici della tragedia fascista.

3. Il mio studio degli scritti di Galizia durante il periodo di preparazione per il concorso a magistrato della Corte dei conti (1963-1965)

Dopo la mia laurea in Giurisprudenza nel 1957 e il conseguimento del titolo di avvocato nel 1962, decisi di partecipare al concorso per venti posti di referendario della corte dei conti; ero l'unico candidato proveniente dalla libera professione; prima dell'inizio degli esami scritti si seppe che il professore universitario nominato membro della Commissione sarebbe stato il Prof. Eugenio Cannada Bartoli, un professore autore di importanti studi di *diritto costituzionale e amministrativo* e noto per la sua severità nello svolgimento degli esami universitari; per la mia

⁴ *Ivi*, 568.

⁵ Sull'importanza della storia, mi limito a ricordare un libretto (per numero di pagine) uscito in questi giorni: M. SALVADORI, *In difesa della storia. Contro manipolatori e iconoclasti*, Saggine/360, Donzelli, Pomezia (Roma), 2021: un piccolo libro dedicato agli insegnanti.

⁶ *La crisi dello Stato*, Napoli, Jovene, 1945

⁷ E. ORREI, *La monarchia fascista*, Roma, Marviana, 1945.

preparazione, che era fondata su una buona conoscenza del diritto privato, avendo conseguito la mia laurea in giurisprudenza con una tesi in *Diritto civile* (relatore il Prof. Francesco Santoro Passarelli) su *Frode alla legge, al fisco e ai creditori*, decisi di leggere molte voci dei giuristi di diritto pubblico dell'*Enciclopedia del diritto* edita da Giuffrè, della quale avevo acquistato tutti i volumi: la presenza nella commissione di concorso del prof. Cannada Bartoli mi indusse a ritenere necessario uno studio più impegnativo nelle due discipline del diritto costituzionale e del diritto amministrativo; e proprio in quel periodo era stato pubblicato il volume XII dell'*Enciclopedia*, nel quale erano state pubblicate molte voci di grande importanza e, tra le altre, le voci relative al *Diritto civile*, di Rosario Nicolò, al *Diritto amministrativo*, di Massimo Severo Giannini, e al *Diritto costituzionale (profili storici)*, di Mario Galizia⁸.

Per lo studio di libri e manuali di diritto pubblico, decisi di studiare in particolare tutti gli scritti di Cannada Bartoli⁹ e due libri, che già conoscevo molto bene: il *Manuale di diritto pubblico* di Costantino Mortati¹⁰, che frequentavo, in quel periodo, nella sua casa di piazza Verdi 7, e il *Corso di diritto costituzionale* di Paolo Barile¹¹, autore a me molto caro sin dal 6 aprile 1957, quando avevo ascoltato la sua splendida relazione al convegno degli *Amici del Mondo* su *Stato e Chiesa in Italia*, nel teatro Eliseo a Roma¹².

La prima prova scritta (*diritto costituzionale e amministrativo*) era stata stabilita per il 7 febbraio 1965. In quel giorno la Capitale venne ricoperta da oltre 30 centimetri di neve (si disse che quella fu la nevicata più intensa mai avuta in un solo giorno). Abitavo allora in Via di Torrevecchia, una strada molto lontana da via Marsala, dove era stabilita la sede del concorso. Tutti gli alberi di via Trionfale erano caduti per il peso della neve, non passava alcun mezzo di trasporto, non era immaginabile la soluzione di chiamare un taxi, alle 7,30, affrontai l'impresa di percorrere a piedi, cercando di correre, la strada per la Stazione Termini e arrivai, stanchissimo, poco prima di mezzo giorno; la fortuna volle che poco dopo il mio arrivo arrivò il presidente della commissione, Prof. Giuseppe Cataldi, con i pompieri che lo aiutarono ad arrivare su un'auto dei vigili del fuoco, consentendo così l'inizio delle prove concorsuali.

La pregiudiziale amministrativa era il titolo della prova di diritto costituzionale e amministrativo. Scrissi, direttamente in bella, 42 pagine di fogli protocollo, adottando un criterio simile agli scritti che nel periodo precedente quel giorno avevo adottato per le mie pubblicazioni, con indicazione di un SOMMARIO e ampie citazioni degli scritti ricordati; ottenni il voto di dieci che, insieme ai tre voti molto alti nelle altre tre prove, mi consentì di classificarmi al primo posto nella graduatoria degli ammessi alle prove orali del concorso: secondo e terzo degli ammessi erano Pasquale De Lise, che per molti anni esercitò, negli anni successivi, le funzioni di presidente del Consiglio di

⁸ In *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1962, p 962-76.

⁹ *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950; *Osservazioni intorno all'art. 33 della legge sul Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 5, 1950, I, 379 ss.; *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1953, p334-62; *Motivazione "per relationem" ad atto non approvato*, in *Foro amm.*, 28, 1962, I, p 527-9; *Principio soggettivo nel processo amministrativo e legittimazione a ricorrere*, in *Foro amm.*, 39, 1963, 331-5; *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964; *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 40, 1964, II, 72-75.

¹⁰ Padova, Cedam, 1962.

¹¹ Padova, Cedam, 1962: la prima edizione del suo *Corso di diritto costituzionale* edito dalla Cedam fu da subito un punto di riferimento fondamentale degli studenti e degli studiosi di diritto costituzionale.

¹² P. BARILE, *Concordato e Costituzione*, in L. SALVATORELLI, R. PETTAZZONI, P. BARILE, C. FALCONI, L. BORGHI, *Stato e Chiesa*, a cura di V. GORRESIO, Bari, Laterza, 1957, 50-94.

Stato, e Maurizio Steccanella, mio carissimo compagno di università, scomparso il 6 ottobre 2016¹³.

Di particolare utilità, in quell'occasione, fu per me la lettura della voce enciclopedica di Mario Galizia del 1962, già ricordata, sul profilo storico del diritto costituzionale italiano e comparato e del suo saggio sulla scienza del diritto costituzionale sulla rivista *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* edita dalla casa editrice Mucchi di Modena. Io, per il superamento dell'esame di diritto costituzionale, avevo studiato all'università un breve saggio di Gaspare Ambrosini, che esaminava in particolare il problema delle autonomie regionali, e le mie nozioni di diritto costituzionale acquisite all'università erano piuttosto modeste; però dal 1962, svolgendo le mie funzioni di assistente nella facoltà giuridica di Modena, collaboravo anche alla redazione dell'*Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, rivista modenese diretta dal Prof. Jemolo e, in pratica, dal suo allievo prediletto, Lorenzo Spinelli, professore ordinario di *Diritto ecclesiastico* a Modena, con il quale collaboravo in qualità di assistente volontario di *Diritto canonico*: potetti leggere dunque il grande, fondamentale saggio scritto da Galizia nel 1963.

Le due letture dei saggi di Galizia mi avevano fatto capire il vero significato della disciplina del diritto costituzionale e, in particolare, dei rapporti fra storia e diritto, che poi costituirono un tema da me prediletto nei decenni successivi¹⁴.

4. La mia lezione per il conseguimento della libera docenza in Diritto costituzionale (1971) e la voce di Galizia su La fiducia parlamentare al Governo (1968)

Nella sessione dell'anno 1967 ho conseguito l'abilitazione alla libera docenza in *Diritto ecclesiastico*; nel gennaio 1971 ho conseguito l'abilitazione alla libera docenza in *Diritto costituzionale*, ottenendo l'unanime giudizio positivo dei cinque membri della Commissione (Prof.ri Zangara, Sandulli, Lavagna, Abbamonte, Soprano)¹⁵.

¹³ Cfr. le pagine della Prefazione del caro Pietro Rescigno ai miei cinque tomi *Tutti gli scritti 1959-2015*, Cosenza, Pellegrini, 2015, I-XX. Questi erano gli scritti che avevo pubblicato prima del giorno 7 febbraio 1965, data della mia prima prova scritta nel concorso per magistrati della Corte dei conti: *Sulla natura giuridica della domanda di trascrizione e in particolare sugli effetti della omessa trascrizione del patto costitutivo di una servitù*, in *Giust. civ.*, 5, 1959, I, 49-54; *Osservazioni in tema di prescrizione delle azioni dirette all'impugnativa del matrimonio per vizio di consenso*, in *Riv. dir. matrim.*, 6, 1963, 733-39; *Recensione a F. Della Rocca, Diritto matrimoniale canonico*, *ivi*, 1964, 106-7; *Tutela dei culti e libertà di offendere. Considerazioni intorno al reato di offesa a culto ammesso nello Stato mediante vilipendio di chi lo professa*, in *Giur. it.*, 117, 1964, II, cc. 47-56; *Ordine pubblico e delibazione di sentenze straniere di annullamento matrimoniale*, in *Riv. dir. internazionale*, 59, 1964, 667-87; *Osservazioni in tema di autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici*, in *Giur. it.*, 117, 1964, III, cc. 101-109; *Sull'imprescrittibilità dell'azione di invalidazione del matrimonio per impotenza coeundi*, in *Rivista di dir. matrim. e dello stato delle persone*, 7, 1964, 120-33; *Sulla tutela penale delle confessioni religiose acattoliche*, in *Giur. it.*, 117, 1964, II, cc. 241-252; *In tema di acquisti degli enti ecclesiastici per interposta persona*, in *Giust. civ.*, 10, 1964, I, 1865-70; *Osservazioni in tema di disposizioni fiduciarie a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Foro italiano*, 90, 1965, I, cc. 654-60; *Osservazioni in tema di matrimonio civile simulato e di disparità tra il diritto canonico ed il diritto statale circa la validità del matrimonio*, in *Rivista del dir. matrim. e dello stato delle persone*, 8, 1965, 195-205; *Sull'illegittimità di un provvedimento di sospensione a titolo cautelare disposto da un preside nei confronti di un alunno*, in *Foro amm.*, 32, 1965, II, 67-70.

¹⁴ Cfr. in particolare il mio scritto *Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, 1984, 657-81.

¹⁵ Questi i miei scritti del periodo 1966-1971, presentati alla commissione per la libera docenza in *Diritto costituzionale*, oltre alle pubblicazioni ricordate nelle note 13 e 15: *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, 33, 1966, III, 117-21; *L'istituto della rimessione dei procedimenti per gravi motivi di ordine pubblico o per legittimo sospetto e la garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 19, 1966, 1097-1111; *Principio costituzionale di eguaglianza e tutela penale dei culti*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 171, 1966, 103-35; *Sull'irrelevanza, nell'ordinamento italiano, del matrimonio canonico non trascritto*

Il titolo della lezione assegnato dalla commissione di libera docenza in diritto costituzionale era *La fiducia parlamentare al governo*. Tornato a casa, avendo constatato che avevo a disposizione nel mio studio la voce del prof. Galizia pubblicata nel 1968 sul volume XVII dell'*Enciclopedia del diritto*, lessi, studiai e preparai una lezione da sottoporre alla valutazione alla commissione della mia libera docenza. Ancora una volta avevo un debito di gratitudine nei confronti del prof. Galizia, che ancora non conoscevo di persona.

Un cenno ai ricordi di quell'esperienza: negativa per l'atteggiamento nei miei confronti di un indiscutibile grande maestro del diritto pubblico, Aldo Sandulli, presidente della corte costituzionale e professore di diritto costituzionale e di diritto amministrativo che, all'inizio della prova d'esame mi disse: «Ma, ci scusi, professore, lei ha già conseguito la libera docenza in *Diritto ecclesiastico*, perché si presenta qui da noi per il conseguimento di una seconda libera docenza?»; gli risposi che, per legge, era compito della commissione, come in tutti gli esami di libera docenza, accertare se come candidato avessi o meno fornito un contributo allo studio della disciplina oggetto d'esame, in questo caso il *Diritto costituzionale*. Il prof. Sandulli mi disse che era opportuno un rinvio dell'esame e che avrei potuto tornare il giorno successivo, dopo avere valutato se, dopo avere riflettuto sulla sua domanda, mi convenisse o meno insistere nel perseguire il mio obiettivo. Mentre uscivo dall'aula, mi si avvicinò il prof. Peppino Abbamonte, membro della commissione, che, con gli sguardi e pronunciando poche parole, mi fece capire che condivideva il mio punto di vista.

Tornato a casa, turbato per quanto era accaduto, feci due telefonate a persone che conoscevano me e la mia attività di ricercatore: il professore Costantino Mortati, ai quale avevo inviato, quasi sempre portato personalmente, tutti i miei scritti, e l'amico Giuliano Amato. Sia l'uno che l'altro mi dissero che la mia ambizione era giustificata; il giorno successivo tornai davanti alla commissione, confermai la mia volontà di partecipare all'esame per il conseguimento della libera docenza in diritto costituzionale e presentai la lezione sulla fiducia al governo. La commissione espresse all'unanimità un giudizio favorevole. Peccato, Sandulli aveva perso un'occasione per tacere.

Ho da allora un ricordo positivo nei ... miei confronti, per avere avuto il coraggio di reagire a un'ingiustificabile e ingiustificata pressione negativa: credetemi, era una questione di coraggio avere una reazione come la mia in quegli anni di vita universitaria.

nei registri dello stato civile, in *Foro amm.*, 33, 1966, III, 191-4; *Sulle finalità delle disposizioni in tema di autorizzazione agli acquisti degli enti ecclesiastici, con particolare riferimento alla condizione giuridica degli enti acattolici*, *ivi*, 33, 1966, III, 41-6; *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 1967, VIII-198; *L'affiliazione nella riforma degli istituti di diritto familiare*, in *Studi in tema di diritto di famiglia*, a cura dell'Istituto di Diritto pubblico dell'Università di Roma, Milano, Giuffrè, 1967, 273-317; *La rilevanza giuridica dell'interesse religioso*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, in *La legislazione ecclesiastica* a cura di P. A. D'AVACK, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 293-323; *Sull'illegittimità costituzionale delle norme in tema di nomine "politiche" dei consiglieri della Corte dei conti*, in *Temi*, 1967, 3-19; *Sulla natura giuridica dell'autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche ecclesiastiche*, in *Dir. eccl. e rass. di diritto matrimoniale*, 77, 1967, II, 305-17; *Tutela penale della religione cattolica e libertà di pensiero*, in *Giur. it.*, 120, 1967, II, cc. 337-45; *Esecutorietà delle pronunce ecclesiastiche in materia matrimoniale ed art. 24 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 13, 1968, 1494-509; *Sulla qualifica giuridica del ministro del culto cattolico nell'ademimento delle formalità concordatarie relinari alla celebrazione del matrimonio canonico con effetti civili*, in *Giur. it.*, 121, 1968, II, cc. 391-99; *Giurisdizione ecclesiastica*, in *Enc. dir.*, 19, Milano, Giuffrè, 1969, 469-89; *Immunità ecclesiastiche*, *ivi*, 19, Milano, Giuffrè, 1970, 225-39; *La potestà di giurisdizione e di magistero della Chiesa cattolica nell'ordinamento italiano*, in *Studi per la revisione del Concordato* a cura dell'Istituto di diritto pubblico dell'Università di Roma, Padova, Cedam, 1970, 300-47.

5. 1° novembre 1984: inizia il mio insegnamento nella facoltà di scienze politiche; io nella stanza n. 2 del (la stanza di Aldo Moro). Il Movimento della Pantera.

Dal primo novembre 1984, dopo più di vent'anni di insegnamento nelle facoltà giuridiche di Modena, Cagliari, Urbino e Perugia e nella Scuola superiore della pubblica amministrazione a Roma, ha avuto inizio il mio insegnamento del *Diritto ecclesiastico italiano e comparato* nella facoltà di *Scienze politiche*. Mi venne assegnata la stanza n. 2 del *Dipartimento di Teoria dello Stato*, la stanza nella quale aveva a lungo ricevuto gli studenti Aldo Moro: ora in questa stanza lavora il mio caro allievo Fabio Giglioni, titolare del corso di *Diritto amministrativo* nella nostra Facoltà.

I miei rapporti con Mario Galizia non erano molti ed erano in sostanza limitati agli incontri nei consigli di dipartimento e nei consigli di facoltà: come ho appreso più tardi da Fulco Lanchester, Mario Galizia avevo perso la mamma nel 1974 e viveva in un periodo nel quale cominciava a superare, con grande difficoltà, l'angoscia che lo aveva colpito per quel lutto; con me era sempre molto gentile ma le occasioni di incontro non erano numerose.

Ero molto amico di Maria Rita Saulle e Paolo Vitucci, con i quali, negli anni accademici 1953-57, avevo studiato negli anni precedenti, nel corso di laurea in Giurisprudenza, e di Giuliano Amato, con il quale nell'anno 1969-70 avevamo insegnato insieme (io il *Diritto ecclesiastico* e lui il *Diritto costituzionale*) nella facoltà giuridica di Modena; divenni amico di Franco Tritto, assistente alla cattedra di *Istituzioni di diritto penale*, e di Nicoletta De Luca, assistente alla cattedra di *Diritto ecclesiastico italiano e comparato*, che lavoravano nella stessa mia stanza. In breve tempo riuscii a trovare molte persone, colleghi e funzionari amministrativi, che mi consentirono di avere ottime relazioni nello svolgimento dei miei compiti.

Faticai a trovare uno spazio per la mia attività didattica. Il professore Pio Ciprotti, che sostituivo nella cattedra dopo il suo pensionamento, aveva stabilito l'orario per le sue lezioni dalle ore otto alle ore nove. All'inizio non avevo nessuno studente, poi, piano piano, gli studenti aumentarono e riuscii a fare corsi di insegnamento soddisfacenti, con un numero sempre maggiore di partecipanti. Ero sempre presente nelle ore di ricevimento, seguivo con impegno l'assegnazione, la preparazione e la discussione delle sempre più numerose tesi di laurea.

Nel 1989 vi fu un evento che mi indusse a prendere una decisione importante nella mia vita: la decisione di abbandonare l'insegnamento del *Diritto ecclesiastico* nella Sapienza (conservai l'incarico nella facoltà di *Giurisprudenza* della LUISS) e di presentare domanda per l'insegnamento di un'altra disciplina del diritto pubblico, il *Diritto amministrativo*: una decisione giustificata dalla delusione che avevo provato dopo l'emissione di un'importante sentenza della corte costituzionale, la sentenza n. 203 del 1989, con la quale i giudici costituzionali, a proposito dei vari significati che può assumere il concetto di laicità in Italia, hanno inteso affermare l'esistenza nel nostro ordinamento della c.d. *laicità positiva* (ancora una volta un aggettivo per la laicità! Come dimenticare l'espedito di negare validità a un'opinione in tema di laicità ricorrendo alla qualificazione di concezioni ritenute *insane, malate, povere, negative*, ecc.!) quella cioè della «non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della

libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»¹⁶; la Corte costituzionale non ha invece accolto quella concezione della *laicità-neutralità*, considerata «l'espressione più propria della laicità» da un giurista di accentuata sensibilità democratica come Costantino Mortati: una concezione che, al contrario di quella accolta dai nostri giudici costituzionali, comporta l'irrilevanza per lo Stato e per le istituzioni repubblicane dei rapporti derivanti dalle convinzioni religiose dei suoi cittadini, nel senso di considerarli fatti privati da affidare alla coscienza dei credenti. Tale concezione della laicità era bene espressa dalla formula del settimo principio fondamentale della Costituzione della Repubblica romana del 1849, nel quale si stabiliva che l'esercizio dei diritti privati e pubblici dei cittadini non avrebbe dovuto dipendere dalla loro credenza religiosa.

È questa una concezione che, a distanza di tanti anni da allora, tarda ad affermarsi nel nostro paese, come dimostra l'esperienza della vita parlamentare, nella quale, in occasione del voto sulla legge in materia di fecondazione artificiale, e delle discussioni sul riconoscimento delle unioni di fatto e sulla valutazione dei c.d. temi eticamente sensibili, è possibile constatare che le esigenze di laicità della società italiana erano maggiormente rispettate negli anni nei quali furono approvate leggi come quella sul divorzio e sull'interruzione della gravidanza.

Alla fine degli anni Ottanta, nelle università italiane, si verificò un fenomeno che va ricordato per l'importanza che assunse anche nella nostra Facoltà. Nel mese di novembre 1989, dopo le proposte di riforma universitaria del ministro della pubblica istruzione prof. Antonio De Ruberti, c'era stata un'occupazione della facoltà di *Scienze politiche* dell'Università di Palermo, motivata dalla grave situazione dei locali di tale facoltà, istituita a Palermo proprio quell'anno; il movimento di protesta degli studenti universitari palermitani nacque da un'assemblea della facoltà di *Lettere e filosofia*, tenutasi il cinque dicembre 1989, che decise l'occupazione a tempo indeterminato dei locali della stessa facoltà.

La protesta divenne presto una protesta nazionale estesa a molte altre facoltà italiane, compresa quella di *Scienze politiche* della Sapienza di Roma, che viene ricordata come "Movimento studentesco della Pantera"¹⁷.

Sulla base dell'esperienza che avevo avuto quando insegnavo nell'Università di Modena nel 1968, ritenni di dovere partecipare alle riunioni promosse da molti studenti per discutere dei problemi che giustificavano le proteste nei vari Atenei; e mi trovai così insieme ad altri (pochi) colleghi che nella Facoltà dimostravano il mio stesso interesse: ricordo in particolare i colleghi Mario Caravale, Andrea Giardina, Gianni Giacobbe, Totò Cervati e chiedo scusa se non ricordo altri nomi. Non ricordo in particolare quale fosse il giudizio di Mario Galizia, anche se mi sembra vi fosse da parte sua curiosità e interesse per il Movimento degli studenti. Certo vi furono in Facoltà moltissimi dissensi e ricordo in particolare l'orientamento critico nei nostri confronti del preside Mario D'Addio, anche se con quest'ultimo il rapporto di grande fiducia e simpatia

¹⁶ Cfr. il testo della mia relazione, *Furbizie e ambiguità della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica*, in *30 anni di Laicità dello Stato: fu vera gloria?* in Atti del Convegno di Firenze del 27 e 28 settembre 2019 nel trentennale della s. n. 203/ 1989 della Corte costituzionale, a cura di A. CARDONE e M. CROCE, Prefazione di P. CARETTI, 83-104, Roma, Nessun dogma /Iura, 2021.

¹⁷ Cfr. M. DENARO, Tesi di laurea su *1990. Il Movimento studentesco della Pantera*, Relatore Prof. A. VOLPI, discussa nella Facoltà di scienze politiche dell'Università di Pisa, Anno accademico 2005-2006, consultabile in *internet*.

reciproche, che si era formato nella relazione fra me e lui, rispettivamente preside e segretario della Facoltà in quegli anni, rimase ottimo.

Tra i miei ricordi, tanti e indimenticabili, è tuttora vivissimo quello di una sera di gran freddo nella quale vi fu una turbinosa riunione nell'aula prima (affollatissima) della facoltà, nella quale gli studenti avevano invitato a partecipare e a parlare il mio carissimo amico Stefano Rodotà¹⁸.

Di recente, nel 2019, quando da nove anni ero in pensione, sono stato invitato a una riunione degli studenti di allora; scrissi una mail a Mario Caravale ma non ricevetti alcuna risposta (avevo evidentemente sbagliato il suo indirizzo di posta elettronica)¹⁹; il 18 gennaio 2019 ho partecipato a una festa, per il trentennale della ricorrenza del movimento della Pantera, con folla e musica, nella Città dell'Altra Economia a Testaccio, all'interno del Campo Boario dell'ex Mattatoio nel centro di Roma.

6. Gli anni Novanta. La relazione di Mario Galizia nel concorso per la copertura della cattedra di Diritto amministrativo nella facoltà romana di Scienze politiche (1992)

Il 20 gennaio 1992, dopo la chiamata del professore ed amico Franco Ledda nella facoltà di Giurisprudenza della Sapienza²⁰, presentai la mia domanda per il trasferimento alla cattedra di *Diritto amministrativo*; la stessa domanda era stata presentata dai colleghi (in ordine alfabetico) Vincenzo Cerulli Irelli, Achille Chiappetti, Marco D'Alberti e Paolo Stella Richter (domanda poi ritirata).

Il professore Galizia, decano dei giuspubblicisti della Facoltà, nella seduta del 20 gennaio 1992, presentò a quest'ultima una relazione di sette pagine: nella relazione, premesso che “non sembra che, in occasione di un provvedimento di chiamata, una Facoltà possa limitare il suo esame esclusivamente alle opere degli aspiranti della chiamata direttamente relative alla disciplina per cui è stata dichiarata la vacanza” e che la Facoltà ha sempre “il puntuale dovere di scegliere il candidato con la più ricca personalità didattica e scientifica dei concorrenti”; ricordato che “il primo *Trattato del diritto amministrativo* dell'Orlando includeva (...) in modo significativo intere parti dell'opera dedicate a temi di diritto pubblico ecclesiastico e che quello che può dirsi il testo base della scienza amministrava, il “*Corso di diritto amministrativo* di Federico Cammeo, insegna che il diritto ecclesiastico pubblico non è che una branca del diritto amministrativo, il relatore sottopose a un esame approfondito la questione della comparazione fra i vari candidati e ritenne *doverosa* per la facoltà la scelta del mio nome proponendo la mia chiamata alla cattedra²¹.

¹⁸ Cfr. S. RODOTÀ, *Pantera. E' giunto il momento di trattare*, in *la Rep.*, 1 febbraio 1990.

¹⁹ Gli avevo scritto: «Caro Mario, quanto tempo che non ci vediamo./ Ti disturbo, e ti chiedo scusa, per una richiesta che ho ricevuto, della quale mi fa piacere sentire la tua opinione./Nel 2019 mi hanno chiesto se me la sento di partecipare a una iniziativa con la quale si vuole ricordare l'esperienza della *Pantera* nella nostra università, a trent'anni da quando in più occasioni abbiamo parlato con gli studenti di *Scienze politiche*, quando era Preside Mario D'Addio. / Per favore mandami il tuo numero di telefono in modo che possa riferirti quanto mi hanno detto e quel che vorrebbero fare nelle due giornate del 17 e del 18 gennaio 2019».

²⁰ A. PUBUSA, *Franco Ledda, un uomo inattuale (ossia, un uomo controcorrente)*, in *Riv. giur. sarda*, ID., *In ricordo di Franco Ledda*, in *Jus*, 2005.

²¹ Oltre agli scritti indicati nelle note nn. 13 e 15, questi erano gli scritti da me pubblicati nel periodo 1971-1992 e inviati alla Segreteria della Facoltà per il concorso alla chiamata per la cattedra di *Diritto amministrativo: Considerazioni sull'elemento personale*

dell'ordinamento giuridico canonico, Milano, Giuffrè, 1971, 135; *I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. Saggio bibliografico (1° gennaio 1948 - 30 settembre 1971)*, in *Dir. eccl. e rass. di dir. matrimoniale*, 81, 1971, I, 48-500; *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge sul divorzio: "manifesta infondatezza" e motivazione "superflua"*, in *Giur. it.*, 124, 1971, I, 1, cc. 981-90; *Patti lateranensi e principi costituzionali*, in *Dir. eccl. e rassegna dir. matrim.*, 1971, I, 327-47; *Problemi in tema di assistenza ospedaliera degli enti ecclesiastici*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 180, 1971, 47-64; *Richiami in tema di legittimità costituzionale della legge n. 898 del 1970*, in *Dir. eccl. e rass. Dir. diritto matrim.*, 81, 1971, II, 472-4; *Uguaglianza giuridica ed effetti civili dei matrimoni canonici tra affini in linea retta*, in *Foro it.*, 96, 1971, I, cc. 1187-90; *Bibliografia sulle minoranze religiose in Italia (1929-1972)*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 183, 1972, 189-216; *Il communis christifidelium status nell'ordinamento della Chiesa*, in *ivi*, 181, 1970, n. 1-2, 50-8 e in *Atti del I congresso internazionale di diritto canonico*, II, 2, Milano, Giuffrè, 1972, 862-68; *Le garanzie della libertà religiosa*, in *Arch. giur. "Filippo Serafini"*, 182, 1972, 429-46; *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giur. cost.*, 125, 1972, 2177-200; *L'assistenza ospedaliera degli enti ecclesiastici*, in *Rassegna A. R. I. S.*, 1972, n. 1, 22-30; *Il principio del contraddittorio nel procedimento di esecutorietà dei provvedimenti ecclesiastici in materia matrimoniale*, in *Foro it.*, 98, 1973, I, cc. 2080-85; *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte allo Stato*, in *Atti del primo convegno nazionale di diritto ecclesiastico* a cura di A. Ravà, Milano, Giuffrè, 1973, 421-32; *Ventotto magistrati nominati dal governo*, in *Dem. E dir.*, 14, 1973, 27-33; *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Milano, Giuffrè, 1974, VII-333., *Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1974, («Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari»), 168 (Recensione di G. Amato, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, 407-11); *La libertà di insegnamento nelle Università confessionali. Il "caso Cordero"*, in D. FAVI, M. GIGANTE, S. LARICCIA, *Questione cattolica e scuola clericale*, Roma, Officina, 1974, 178-201; *Legge 1° dicembre 1970, n. 898 e referendum per la sua abrogazione. Bibliografia 1970-1974*, in *Dir. eccl. e rass. Dir. matrim.*, 84, 1974, I, 218-82; *Considerazioni sul rapporto tra persona e società religiosa nel diritto canonico*, in *Studi in onore di M. Magliocchetti*, Roma, Officium Libri Catholici, 1975, 771-78; *La libertà religiosa nella società italiana*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione* a cura di P. BELLINI, Bologna, il Mulino, 1975, 313-22; *L'assistenza spirituale*, in *La revisione del Concordato*, Bologna, il Mulino, 1976, 243-58; *La politica ecclesiastica italiana nel secondo dopoguerra*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, II, Milano, Giuffrè, 1976 e in *Pol. dir.*, 7, 1976, 37-58; *Regioni, autonomie locali e interessi religiosi*, in *Città & Regione*, 2, 1976, 89-95; *Vecchie proposte e nuovi problemi*, in *Pol. dir.*, 7, 1976, 283-86; *Garanzie di libertà, non garanzie di privilegi*, in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 87, 1977, I, 282-92; *Libertà della Chiesa e giurisdizione matrimoniale*, in *Il Ponte*, 33, 1977, 327-34; *Scuola pubblica e scuola privata confessionale. Trent'anni di conflitti e di polemiche (1945-1977)*, in *Città & Regione*, 3, 1977, 60-77; *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna, il Mulino, 1978, 211; *Garanzie costituzionali dei magistrati della Corte dei conti e rapporti informativi sulla loro attività*, in *Giur. cost.*, 23, 1978, I, 921-36; *La politica ecclesiastica della sinistra storica in Italia dal 1943 al 1977*, in *queste istituzioni*, 6, 1978, n. 21, 28; *Revisione dei patti lateranensi ed esigenze di armonizzazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Perugia*, a. a. 1977-'78, n. 14, 7-16; *Bibliografia sui Patti lateranensi (11 febbraio 1929-11 febbraio 1979)*, in *Il Ponte*, 35, 1979, fascicolo su *Cinquant'anni di Concordato*, 335-77; *I provvedimenti del giudice nel procedimento di nullità matrimoniale*, in *Aa. Vv.*, *Il Motu proprio "Causas matrimoniales" nella dottrina e nell'attuale giurisprudenza*, Roma, Officium Libri Catholici, 1979, 61-77; *Diritto ecclesiastico italiano e comparato. Bibliografia 1973-1979*, Perugia-Firenze, Università di Perugia-Licosa, 1981, X-302; *Stato e Chiesa in Italia. 1948-1980*, Brescia, Queriniana, 1981, 358. («Dipartimento di Scienze religiose», n. 15); *L'attuazione dei principi costituzionali in materia religiosa*, in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 91, 1981, I, 3-11 e in *Scritti in onore di Orio Giacchi*, Milano, Vita e Pensiero, 1984, I, 302-08; *La legislazione italiana in tema di insegnamento della religione. Per una ricostruzione storica del periodo concordatario (1928-1981)*, in *Religione e scuola*, 10, 1981, 102-07; *Diritto ecclesiastico*, II ediz., Padova, Cedam, 1982, XIV-523; *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*, in *Foro italiano*, 107, 1982, I, cc. 2800-10; *Gli enti centrali della Chiesa nell'ordinamento italiano: quali garanzie e quali limiti*, in *queste istituzioni*, 10, 1982, n. 52, 8-13; *Nuove soluzioni al problema degli effetti civili del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 92, 1982, I, 455-68; *Prime decisioni della Cassazione dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1982 sul matrimonio "concordatario"*, in *Foro it.*, 107, 1982, I, cc. 1883-90; *Problematica extra-concordataria dei rapporti tra Stato e Chiesa*, in *Città & Regione*, 8, 1982, 173-84; *Qualcosa di nuovo, anzi d'antico, nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio «concordatario»*, in *Foro it.*, 107, 1982, I, cc. 939-50; *Trasformazione della società e mutamenti della dimensione religiosa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (Studi in onore di Attilio Moroni)*, 1982, 289-300; *Banche e opere di religione. La questione IOR-Banco Ambrosiano*, in *Borze*, 83, 2, 1983, 107-13; *Conferme e novità nella politica ecclesiastica della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 29, 1983, I, 168-79; *Interesse della Repubblica e interesse delle confessioni religiose in tema di tutela del patrimonio storico ed artistico in Italia*, in *Aa. Vv. Beni culturali e interessi religiosi*, Napoli, Jovene, 1983, 317-23; *La religione nella scuola secondaria*, in *Com-Nuovi tempi*, 1983, n. 13, p. 14; *L'insegnamento della religione tra concordato e legislazione unilaterale dello stato*, in *Atti del convegno su "Società civile, scuola laica e insegnamento della religione"* (Roma, 17-19 novembre 1982), Brescia, Queriniana, 1983, 43-78 e in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 93, 1983, I, 3-37; *Valori costituzionali e sistema italiano del diritto ecclesiastico*, in *Dir. e società*, 6, 1983, 252-7 e in *Aa. Vv.*, *Influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* a cura di A. Pizzorusso e V. VARANO, I, Milano, Giuffrè, 1985, 449-68; *Costituzione e scuola*, in *Costituzione e scuola. Il 'caso' della religione nella scuola elementare*, suppl. al n. 3, aprile 1984 di *Scuola Notizie*, 5-8; *Esperienza giuridica e fabbisogno di educazione giuridica*, in *Aa. Vv.*, *Il giuridico come oggetto giuridico* a cura di G. PIVA, Roma, Bulzoni, 1984, 94-96; *Gli accordi di Villa Madama sui rapporti fra Stato e Chiesa. Concordato storico o routine politica?*, in *queste istituzioni*, 12, 1984, n. 64.1, 8-15; *Identità religiosa e pluralismo giuridico. Le prospettive nella scuola*, in *Quad. del pluralismo*, 1984 e in *Raccolta di scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II, Milano, Giuffrè; *Intervento al Convegno su La cultura delle riviste giuridiche italiane*, in *La cultura delle riviste giuridiche italiane*, Atti del primo incontro di studio (Firenze, 15-16 aprile 1983), Milano, Giuffrè, 1984, 114-8; *L'attuazione dell'art. 8, 3° comma, della Costituzione: le intese tra lo Stato italiano e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 94, 1984, I, 467-94 e in *Atti del convegno su "Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede"*, Milano, Giuffrè, 1987, 527-54; *L'insegnamento della religione nella scuola elementare*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia-Napoli, Edizioni

Scientifiche Italiane, 1984, 931-44; *L'intesa tra lo Stato italiano e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *queste istituzioni*, 12, 1984, n. 65, 174-9; *Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico*, cit., in loc. cit.; *La dimensione giuridica nell'educazione alla pace*, in *Scuola e città*, 34, 1984, n. 9, 401-4; *Il problema dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, in Aa. Vv., *Effetti civili delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale* a cura di S. BERLINGÒ e V. SCALISI, Milano, Giuffrè, 1985, 117-22; *Religione, politica e diritto nel 1985*, in *Quad. dir. e politica ecclesiastica*, 2, 1985, 163-97; *Reclutamento e formazione dei magistrati della Corte dei conti*, in *L'ordinamento giudiziario*. 3. *Materiali per una riforma*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Rimini, Maggioli, 1985, 166-87; *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova, Cedam, 1986, XVIII-611; *Diritti civili e fattore religioso in regime repubblicano*, in *Parlamento*, 32, 1986, n. 11-12, 42-4, in *Le regole del gioco nella Costituzione. Disposizioni e attuazioni fra crisi e tramonto*, a cura di E. CUCCODORO, Firenze, Nocchioli, 1987, 227-31 e in *Parlamento*, 32, 1987, 42-44; *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, in *Giur. cost.*, 31, 1986, II, n. 11, 86-90; *Formazione degli insegnanti e dimensione giuridica sociale della professione docente*, in *Scuola e città*, 37, 1986, n. 8, 356-61; *Giurisdizione statale e giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale*, in Aa. Vv., *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato*, Atti della Tavola rotonda (Trieste 23 marzo 1983), Milano, Giuffrè, 1986, 41-7; *Il dibattito su scuola, insegnamento, istruzione nei rapporti tra stato e confessioni religiose*. Bibliografia (1985-1986), in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 96, 1986, n. 2, I, 370-92; *Il diritto all'onore delle confessioni religiose e dei loro fedeli*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 1986, n. 3, 466-73; *Istruzione pubblica e istruzione privata nella Costituzione italiana: i principi, la realtà*, in Aa. Vv., *Stato e scuola oggi: l'opinione laica* a cura della FNISM, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, 49-62 e in *Dir. eccl. e rass. dir. matrim.*, 97, 1987 (Raccolta di scritti in onore di Luigi De Luca), n. 2, 687-708; *La libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in Aa. Vv., *Il pluralismo confessionale nell'attuazione della Costituzione*, Napoli, Jovene, 1986, 33-82 e in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, I, t. II, Milano, Giuffrè, 1988, 885-915; *I linguaggi del computer*, in *Le macchine per pensare*, Quaderni di cultura didattica, 2, Firenze, La Nuova Italia, 1986, 39; *Ambiguità del Concordato e ruolo del Parlamento*, in *Per l'alternativa*, 1987, n. 24, 13-15; *Diritto privato e riforma della legislazione ecclesiastica*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. RESCIGNO, Torino, Utet, 1987, 107-31; *La posizione della Repubblica italiana nei confronti della Chiesa*, in *Atti del convegno su "Iglesia catolica y regimens autoritarios y democraticos. Experiencia espanola e italiana"* (Jerez, 4-5 ottobre 1985), Madrid, Editorial Revista de derecho privado. Editoriales de derecho reunidas, 1987, 145-58; *La posizione e le attività dell'Istituto per le opere di religione (IOR) e la responsabilità dei suoi dirigenti*, in *Giur. cost.*, 32, 1987, II, n. 7, 126-38; *Le riviste di diritto ecclesiastico (1890-1925)*, in *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 16, 1987, [Riviste giuridiche italiane (1865-1945)], 285-341; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 4, 1987, 341-65; *Diritto amministrativo*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1988, 345; *Intervento*, in Aa. Vv., *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Atti del Convegno internazionale (Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 3 giugno 1987), Padova, Cedam, 1988, 437-9; *Tutela penale dell'"ex religione dello Stato" e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 33, 1988, I, n. 4, 4311-9; *Libertad ideológica y libertad religiosa en el ordenamiento jurídico de Italia*, Relazione presentata al convegno su *La libertà religiosa*, svoltosi a Valledolid (Spagna) nel novembre 1988; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 5, 1987, 363-92; *Limiti costituzionali alla libertà delle confessioni religiose*, in *Giur. cost.*, 33, 1988, I, n. 2, 120-7; *Presupposti politici e sociologici nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Atti del convegno di Napoli (19-22 novembre 1986), Napoli, Istituto Italiano per gli studi filosofici, 1988, 125-65; *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, in Aa. Vv., *Rapporti di lavoro e fattore religioso*, Napoli, Jovene, 1988, 241-44; *Ecclesiastici*, in *Enc. giur.*, 12, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, 1-9; *Interesse religioso*, *ivi*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana-Treccani, 1988, 1-4; *Coscienza e libertà. Profili costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, 1989, 402; *Il problema dei limiti costituzionali alla libertà delle confessioni religiose*, in *Raccolta di scritti in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli, Jovene, 1989, 347-59; *Diritti civili e fattore religioso in quarant'anni di regime repubblicano*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, 1, Modena, Mucchi, 1989, 805-18; *Intervento*, in *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e ordine pubblico*, Atti della tavola rotonda (Roma, 20 aprile 1988), a cura di L. Spinelli e G. Dalla Torre, Padova, Cedam, 1989, 67-9; *Patti da non ripetere e da non imitare*, in *a sinistra*, 1, 1989, n. 2, 50-1; *Le formule del separatismo in Italia, in queste istituzioni*, 17, 1989, n. 778, 113-20; *La libertà religiosa in regime concordatario*, in *Studi sui rapporti tra la Chiesa e gli Stati*, a cura di S. GHERRO, Padova, Cedam, 1989, 11-36 e in *Scritti in memoria di Agostino Curti Gialdino*, Padova, Cedam, 1990; *La giurisprudenza della corte di cassazione in materia matrimoniale*. 1988-1989, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 6, 1989/1, 373-401; *La questione del Concordato*, *Intervento* al dibattito nella redazione della rivista su *La Chiesa nella società contemporanea*, in *queste istituzioni*, 17, 1989, n. 778, 125-28; *L'obiezione di coscienza nel diritto italiano*, in *Quad. e dir. politica eccl.*, 6, 1989/2, 61-102; *La libertà religiosa*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, 12, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova, Cedam, 1990, 227-41; *Il contributo di Costantino Mortati per l'attuazione delle libertà di religione in Italia*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI, Milano, Giuffrè, 1990, 491-510; *Il contributo di Piero Calamandrei per la laicità dello Stato e la libertà religiosa in Italia*, in *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro* a cura di P. BARILE, Milano, Giuffrè, 1990, 455-88; *La libertà in materia religiosa tra garanzie costituzionali, discipline giuridiche positive e processi di trasformazione sociale*, Relazione svolta al convegno su *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, in Atti del convegno (Sorrento, 27-29 aprile 1989), Salerno, Edisud, 1990, 345-89; *Le garanzie delle libertà di religione: il contributo di Paolo Barile*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Milano, Giuffrè, 1990, 90-8; *Vecchie e nuove prospettive nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Scritti in memoria di Antonino De Stefano*, Milano, Giuffrè, 1990, 199-233; *Stato e Chiesa cattolica (rapporti tra)*, in *Enc. dir.*, 43, Milano, Giuffrè, 1990, 890-924; *Statuti delle confessioni religiose*, *ivi*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1071-83; *Enti e beni ecclesiastici (1984-1989)*, in *il tetto*, 26, 1990, 7-24; *Intervento al convegno su Concordato e legge matrimoniale*, in *Atti del Convegno*, Napoli, Jovene, 1990, 517-20; *Il problema e la pratica delle libertà nell'attività scientifica e accademica di Lorenzo Spinelli*, in *Arch. giur.* "Filippo Serafini", 220, 1990, fasc. n. 4, 567-76; *Accattolici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1-5; *Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, *ivi*, Roma, 1991; *I diritti delle minoranze religiose in Italia*, in J. Goti Ordenana (a cura di), *Aspectos socio-juridos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Atti del Convegno, Onati, I.I.S.I., 149-84; *Conscientious objection in the Italian law*, Relazione per il colloquio organizzato a Bruxelles nei giorni 7-8 dicembre

I risultati della votazione per appello nominale furono i seguenti: presenti e votanti 31; prof Lariccia voti 26; prof. Cerulli Irelli voti 0; prof. Chiappetti voti 0; prof. Chiappetti voti 0; astenuti 5²².

7. I luoghi di lavoro e la mia amicizia con Mario Galizia negli anni di comune lavoro nella stanza n. 3 del Dipartimento di Teoria dello Stato: la “stanza di Costantino Mortati e delle sue due poltrone Frau”

Sono trascorsi quasi vent’anni da quel giorno del gennaio 1992, nel quale si realizzò la mia aspirazione a insegnare una disciplina del diritto pubblico che lo stesso Mario Galizia aveva insegnato, per un breve periodo, dopo la sua laurea in questa materia, con la relazione del prof. Silvio Lessona.

Dopo la conclusione di quella complessa vicenda, a causa soprattutto del mio spostamento nella stanza dove lavorava il prof Galizia, iniziò un periodo nel quale nacque e via via si consolidò un’amicizia affettuosa tra noi due.

Tutti i professori che vivono l’esperienza di vita lavorativa in una stanza con altri colleghi sanno cosa significhi questa esperienza: assistere reciprocamente a incontri, colloqui e discussioni con tante persone che vengono in Facoltà per avere un aiuto, un consiglio, un suggerimento da professori e assistenti (gli studenti, i colleghi, il personale amministrativo) e soprattutto la possibilità di parlare insieme e commentare le notizie e le novità del lavoro quotidiano di un professore universitario e della vita politica e sociale che lo circonda.

Quando ritorno con il ricordo alle tante persone con le quali ho convissuto ed ho condiviso le nostre esperienze, nei diversi luoghi della mia vita universitaria (Modena, Cagliari, Urbino, Viterbo, Perugia²³), il pensiero va a tanti cari amici: Paolo Tardini, Luciano Guerzoni, Giorgio

1990 dall’“European Consortium for Church and State research sul tema *Conflict between obedience to the law and freedom of conscience*, in AA. VV., *L’obiezione di coscienza nei paesi della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 45 ss.; *Diritto privato e legislazione ecclesiastica*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 26, Torino, Utet, 1991, 713-42; *Nuove tecniche dei pubblici poteri per ostacolare l’esercizio dei diritti di libertà delle minoranze religiose in Italia*, Due interventi al convegno di Roma del 3 aprile 1990, in *Atti del convegno*, Napoli, Jovene, 1991, pp- 97-116, 209-11.

²² Risulta dal verbale: «il Consiglio di Facoltà visto l’esito della votazione, favorevole all’accoglimento della domanda presentata dal prof. Lariccia, delibera a maggioranza con 26 voti favorevoli e 5 astensioni, di chiamarlo per trasferimento a coprire la cattedra di *Diritto amministrativo*, a decorrere da 1° novembre 1992».

²³ *Libri e riviste*, in *Quad. dir. politica eccl.*, 7, 1990/2, Padova, Cedam, 1992, 385-418; *Pubblici poteri e nuovi movimenti religiosi*, in *Studi in ricordo di Elodia Baldelli*, Roma, Europa, 1992, 229-68; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 8, 1991-92/2, Padova, Cedam, 1992, 285-307; *Interessi individuali e collettivi e garanzie delle libertà di religione*, in *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di S. CAPRIOLI e F. TREGGIARI, Perugia, Centro studi giuridici e politici, 1992, 109-12; *L’obiezione di coscienza in Italia: vent’anni di legislazione e di giurisprudenza*, in *La objeción de conciencia*, Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Ecclesiástico del Estado, eds. V. Guitarte Izquierdo, J. Escriba Ivars, Valencia, Generalitat Valenciana, 1993, 37-74 e in *Dir. eccl.*, 102, 1992, I, 261-304; *Dalla “riserva” di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici al concorso delle giurisdizioni civile e canonica: una giusta (ma tardiva) affermazione della sovranità statale in materia matrimoniale*, in *Foro it.*, 118, 1993, I, cc. 734-45; *La dottrina italiana di diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, 103, 1993, I, 4125-53; *Tutela dei beni culturali ecclesiastici e nuovi principi in tema di procedimento amministrativo*, in *La tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti agli enti ecclesiastici. L’art. 12 del nuovo concordato oltre la prima “bozza” di intesa attuativa*, I quaderni di Italia Nostra, 1993, 24-35; *Dopo Corte cost. 421/93 è urgente la riforma del sistema matri-monale concordatario*, in *Foro it.*, 119, 1994, I, cc. 22-8; *Due sentenze in tema di libertà matrimoniale e di libertà di insegnamento nelle scuole confessionali*, in *Studi in memoria di Italo Mancini: Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, in *Bebemoth*, 9 (1994), n. 16, 75-84 e in *Quad. dir. e politica eccl.*, 12, 1995, I, p. 11 ss.; *La dottrina italiana di diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, 104, 1994, 681-714; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 11, 1994, 397-430; *La dottrina italiana di diritto ecclesiastico [Informazione bibliografica: 1° gennaio 1994 - 30 aprile 1995]*, in *Dir. eccl.*, 105,

1995, 415-53; *Problemi connessi all'ipotesi di una riforma*, in *Aa. Vv., Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, Maggioli, 1995, 81-116; *Una speranza per il futuro. Una maggiore tutela dei diritti umani nel mondo*, in *queste istituzioni*, 23, 1995; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 12, 1995, n. 2; *Sul riconoscimento in Italia di un lodo arbitrale emesso dalla Congregazione per il clero nella Città del Vaticano*, in *Riv. dell'arbitrato*, 6, 1996, n. 2, 273-84; *I capisaldi del dibattito dottrinale sugli articoli 7 e 8 della Costituzione*, in *Politica e dir.*, 27, 1996, 29-47; *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di M. TEDESCHI, Soveria Mannelli, Rubettino, 1996, 143-96; *L'efficienza della burocrazia tra riforme legislative e attese dei cittadini*, in *Crit. liberale*, 3, 1996; *La questione dei beni culturali nei rapporti tra lo stato italiano e la chiesa cattolica*, nel volume della rivista *Laicità* a cura di C. OTTINO, Torino, Claudiana, 1996; *Il limite costituzionale dell'art. 33, 3° comma*, in *Crit. liberale*, 3, 1996; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 13, 1996, n. 2; *Tutela del patrimonio culturale ecclesiastico e nuovi principi in tema di procedimento amministrativo*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996, 935-54; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 14, 1997, n. 2; *Aspetti civilistici delle fondazioni*, in *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di F.A. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1998, 31-52; *Vecchi e nuovi problemi in tema di enti pubblici e privati*, in *Aa. Vv., Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, 563-99; *Problemi in tema di autonomie normative. L'autonomia normativa delle confessioni religiose*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Gaetano Catalano*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1998, 871-95; *Norma e stato, per tradizione sistematica e nella realtà operativa*, in *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, a cura di F. SPANTIGATI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, 57-67; *Intervista a cura di Gianna Tangolo*, in *Laicità*, 10, 1998, n. 3, 1 e 8; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 15, 1998, n. 2; *Vecchi e nuovi problemi in tema di scuola pubblica e scuola privata*, in *Studi in onore di Piero Bellini*, Soveria Mannelli, Rubettino, 1999, 381-96; *La Costituzione della Repubblica romana del 1849*, in *Giur. cost.*, 44, 1999, 453-82; *Obiezione di coscienza* (in collaborazione A. TARDIOLA), in *Enc. Dir.*, agg., 3, 815-31; *Esigenze di laicità della società italiana*, in *Manifesto laico*, a cura di E. Marzo e C. Ocone, Roma-Bari, Laterza, 1999, 59-67; *Il contributo di Piero Bellini allo studio del diritto pubblico italiano*, in *Riv. Corte dei conti*, 1999, n. 2, 138-50; G. DALLA TORRE, L. GUERZONI, S. LARICCIA, *Ricordo di Lorenzo Spinelli*, in *Dir. eccl.*, 110, 1999, 2-5; *L'indipendenza del giudice*, in *Atti dell'incontro di studio in ricordo di Alfonso Ferrucci* (Palermo 19 settembre 1998), *Quaderni della Riv. Corte dei conti*, 1999, 1, 49-63 e in *Scritti in onore di Sebastiano Cassarino*, 2, Padova, Cedam, 2001, 890 ss.; *Principi democratici della costituzione della repubblica romana del 1849*, Relazione nell'Università di Montevideo (1999); *Diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, XVII+902; *Una costituzione avanzata*, in *Crit. liberale*, 7, 2000, n. 58, 27-29; *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa*, in *Foro it.*, 125, 2000, 5, cc. 273-9; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 8, 2000, 373-90; *Evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Aa. Vv., Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione n. 500/99*, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 18 novembre 1999, Milano, Giuffrè, 2000, 257-61; *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in collaborazione con F. GIGLIONI, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, 4, 943-79; *A 150 anni dalla Costituzione della Repubblica Romana. Continuità e innovazione nella costituzione repubblicana del 1948*, in *150 anni della Repubblica Romana*, Atti del Convegno 10 febbraio 1999, Laboratorio di ricerca storica realizzato dalle scuole, a cura di L. Di Ruscio e L. Francescangeli, Roma, Comune di Roma, Fnism, 2000, 31-48; *A cinquant'anni dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'articolo 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, Padova, Cedam, 2000; *Art. 9*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cedu)*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova, Cedam, 2001, 319-35; *Minoranze in Europa*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, 5, pp. 762-7; *Nuove dimensioni delle istituzioni e dei diritti in un mondo senza confini*, in *Studi in memoria di Guglielmo Negri e in Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 34, 2001, nn. 132-133, 37-45; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 9, 2001, n. 2, 351-73; *Il principio democratico nella costituzione della repubblica romana del 1849*, in *Scritti in onore di Umberto Pototschnig*, 2, Milano, Giuffrè, 2002, 681 ss.; *Laicità, garanzia di libertà per tutti*, in *Confronti*, 14, 2002, n. 3, 4; *Intervento in ricordo di Livio Paladin*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin (Padova 2 aprile 2001), Padova, Cedam, 2002, 153-4; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 10, 2002, n. 2, 369-87; *Stato di attuazione della riforma didattica ["3+2". Il diritto amministrativo (ius/10)]*, in *Annuario 2001*, a cura dell'AIPDA (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo), Milano, Giuffrè, 2002, 653-78; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 11, 2003, n. 2, 319-42; *Il principio d'imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Origini storiche e fondamento costituzionale*, in *queste istituzioni*, 30 (2003), n. 130-131, 145-50 e in *Studi in onore di Giorgio Berté*, Napoli, Jovene, 2003; *Torniamo alla Costituzione*, in *Crit. liberale*, 10 (2003), n. 96, 171-3; *Una legge a garanzia della laicità?*, in www.federalismi.it; *La Costituzione è la fonte di tutte le garanzie*, in www.forumquadernocostituzionali.it e in www.sergiolariccia.it; 1953-2003. *Temi e problemi del diritto amministrativo in cinquant'anni di esperienza giuridica*, in *Aa. Vv., Coltivare istituzioni, istituire cultura. "Festschrift per Sergio Ristuccia"*, Roma, 2003, 197-216; *I diritti delle minoranze in Europa*, in *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003; *Problemi in tema di laicità dello Stato e delle istituzioni civili*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 1245-55; *Libri e riviste*, in *Quad. dir. e politica eccl.*, 12, 2004, n. 2, 306-32; *Diritti di libertà in materia religiosa e principi di imparzialità e di laicità delle istituzioni civili: la parola alla Corte costituzionale*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004, 181-9; *La laicità in Italia. Un percorso bibliografico*, in *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, Giappichelli, 2004, 330-6; *Limiti costituzionali alla discrezionalità del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, 48, 2004, 2220-9; *A ciascuno il suo compito: non spetta alla Corte costituzionale disporre la rimozione del crocifisso nei locali pubblici*, in *Giur. costituzionale*, 48, 2004, 4287-92; *Introduzione agli Atti del convegno La laicità indispensabile*, a cura di V. PEGNA, suppl. del periodico *L'Avvenire dei lavoratori*, 2004, 1, 11-22; *Origini storiche e fondamento costituzionale del principio di imparzialità delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Giorgio Berté*, Napoli, Jovene, 2005; *Politiche pubbliche e clericalismo*, in *Crit. liberale*, 10, 2005, n. 49, 12 ss.; *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005; *Nuove prospettive per la tutela delle persone*, in *Studi in onore di Adriano De Cupis*, Milano, Giuffrè, 2005, 169-83; *Meglio la costituzione che una*

legge dello stato a garanzia dell'uguaglianza e della libertà in materia religiosa; *Le radici laiche dell'Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. PANUNZIO, Napoli, Jovene, 2005, 247-66; *Il modello del Concordato nell'evoluzione della società e delle istituzioni dell'Italia democratica*, in *Libertà di coscienza e democrazia reale*, a cura di Carta 89, Manduria, Piero Lacaita, 2005, 15-28; *Principio di laicità e compiti della scuola*, convegno cemea, Napoli; *Vecchi e nuovi problemi in tema di fonti del diritto*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 2005, 2, 20-50; *Diritto amministrativo*, II edizione, Padova, Cedam, 2006, I vol., XVI+516; II vol., X+272; *Gli articoli 33 e 34 della Costituzione*, in "Treccani scuola", 2006 e in www.sergiolariccia.it; *Libertà delle confessioni e simboli religiosi*, in *Studi per i cinquant'anni della Corte costituzionale: il diritto ecclesiastico*, a cura

di R. BOTTA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 217-29; *La laicità della Repubblica italiana*, in *Studi per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, a cura di A. PACE, Milano, Giuffrè, 2006, 415-44; *Intese con le confessioni religiose*, in *Diz. diritto pubbl.*, a cura di S. CASSESE, I, Milano, Giuffrè, 2006, 3220-27; *L'impegno di Piero Calamandrei per la laicità dell'Italia democratica*, in *Il Ponte*, 62, n. 12, 78-94; *La laicità delle istituzioni repubblicane italiane*, in *Democrazia e dir.*, 44, n. 2 (Laicità e stato), 89-110; *Intervento al convegno organizzato dall'ANDU su temi e problemi dell'università*, Roma, 2006; *La laicità della scuola e nella scuola*, Relazione al convegno della fnism (Napoli, 29 aprile 2006), in *Atti del convegno; Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 51, 2006, 1935-45; *Un parere contro queste proposte di legge in materia religiosa*, in *Indagine conoscitiva della Camera dei deputati*, XV legislatura, I commissione, seduta dell'11 gennaio 2007, 101-3; *Intervento in merito alle proposte di legge in materia religiosa*, in *Indagine conoscitiva della Camera dei deputati*, XV legislatura, I commissione, seduta dell'11 gennaio 2007, Resoconto stenografico, 32-36, 38-39; *Laicità e confessionarietà nella vita scolastica*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, n. 2; *Pericoli crescenti per la laicità*, in *Laicità*, 19, 2007, n. 3; *Laicità e confessionarietà dello Stato nel pensiero di Costantino Mortati*, nel volume a cura di M. GALIZIA, Milano, Giuffrè, 2007, 699-716; *Imparare ad essere laici nella scuola italiana*, Relazione al convegno sul tema *Laicità, scuola, educazione* (Bologna, 25 ottobre 2006), in *Aa.Vv., Idee per una scuola laica*, a cura di F. FRABBONI, Roma, Armando, 2007, 109-20; *Garanzie di libertà e di uguaglianza per i singoli e le confessioni religiose, oggi in Italia*, in *Dir. eccl.*, 2007, 1-2, 111-6; *Intervento al dibattito su «Fonti e ordinamento del diritto. Problemi della Costituzione*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, fascicolo su *Contro il pluralismo: fonti della norme e rigidità della Costituzione*, a cura di G. Crifò, 2007, n. 6, 56-57; *La laicità nello stato*, Relazione al convegno di Firenze del 5 maggio 2007; *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Atti del convegno di Perugia (16 giugno 2007), a cura di F. CERRONE e M. VOLPI, Napoli, Jovene, 2008, 161-82; *Problemi in tema di insegnamento, istruzione, scuola*, in *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, 2008, 521-38; *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in onore di Santi Romano: L'ordinamento giuridico*, Appendice: due lettere di Filippo Satta e Sergio Lariccia, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 7, 2008, 82-109. Lo scritto è stato anche pubblicato, con il titolo *Riflessioni sull'opera di Santi Romano a sessant'anni dalla morte*, in *Il diritto fra interpretazione e storia*, *Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, III, a cura di A. CERRI, P. HABERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD, Roma, Aracne, 2010, 1-66; *Giuseppe Capograssi: conoscenza colloquio coscienza*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 7, 2008, 178-87; *Un ricordo di Pio Fedele*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, 7, 2008, 227-34 e in www.statoecchiese.it, settembre 2009; *Gaetano Salvemini: un compagno di strada per future battaglie di democrazia*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, Jovene, 2008, 2, 1137-74; *Buon andamento ed economicità: nuovi criteri per definire la funzione del diritto e il mestiere del giurista?*, in *Atti del convegno* a cura di A. CERRI, *Il principio di buon andamento*, Roma, 2008; *Laicità dello Stato: le prospettive di un principio costituzionale*, relazione al convegno su *L'articolo 7 della Costituzione sessant'anni dopo: interpretazioni odierne e prospettive future a confronto* (Roma, Palazzo Valentini, 12 dicembre 2008), a cura dell'UAAR; *Vecchi e nuovi problemi dell'insegnamento universitario*, in "Et si omnes ...", *Scritti in onore di Francesco Mercadante*, a cura di F. LANCHESTER e T. SERRA, Milano, Giuffrè, 2008, 537-42; *Conclusioni, in Poteri pubblici e laicità delle istituzioni. Giornata di studi in onore di Sergio Lariccia* (Roma, 7 novembre 2007), a cura di R. ACCIAI e F. GIGLIONI, Roma, Aracne, 2008, 247-58; *La scuola laica nella Costituzione*, in *L'eco della scuola nuova*, 41 (2008), n. 3, 8-11; *Riflessioni sulla storia costituzionale italiana*, in *Nova Juris interpretatio in hodierna gentium comunione*, Quad. n. 1, 2008, 73-82; *Università, fede e ragione*, Intervento nell'incontro organizzato nella Facoltà di Scienze politiche della Sapienza Università di Roma, in www.statoecchiese.it, a cura di G. Casuscelli; *Il mio ricordo di Franco Tritto*, in Danila Barbara, Raffaele Marino (a cura di), *La lezione. Aula XI*, Roma, Armando Curcio Editore, 2008, 134-35; *Fede, religione, anticlericalismo e laicità nel pensiero di Gaetano Salvemini*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, 2, *Scritti di diritto canonico ed ecclesiastico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 66-74; *Poco coraggio e molte cautele in una sentenza della Corte di cassazione sul tema della presenza dei simboli religiosi nelle aule di giustizia*, in *Giur. cost.*, 54, 2009, 2133-45; *Il Concordato non serve alla cittadinanza*, in *Liberio pensiero*, 2009, n. 87, 2-4; *Finanziamenti pubblici alle scuole confessionali e insegnamento della religione nelle scuole della repubblica: fondamentali obiettivi delle politiche clericali*, in *Crit. liberale*, 2009; *Il bene comune dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, 4, Torino, Giappichelli, 2010, 1853-74; *Individuo, gruppi, confessioni religiose nella Repubblica italiana laica e democratica*, in *Atti del convegno svoltosi alla Fondazione Basso* (Roma, 2008) e in *Quaderni laici*, 2, 2010, n. 1, 119-45; *Individuo e formazioni sociali nella storia costituzionale dell'Italia democratica*, in *Atti del convegno*, Archivi di Stato, 2006 e in *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, a cura di A. BIXIO e G. CRIFÒ, Milano, F. Angeli, 2010, 334-49; *Individuo, formazioni sociali, laicità nella storia costituzionale italiana*, in *Laicità*, 22, 2010, 1 ss.; Art. 12. (Provvedimenti attributivi di vantaggi economici), in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di ALESSANDRA SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2010, 572-86; *Oltre l'ora di religione*, in *Liberio pensiero*, n. 54, 2010, 15-16; *Stato e chiese nel pensiero e nell'azione di Gaetano Salvemini*, Relazione al convegno su *Gaetano Salvemini: ancora un riferimento* (Roma, 11 e 12 dicembre 2007), a cura dell'ANIMI (Associazione italiana per gli interessi del mezzogiorno d'Italia), in *Gaetano Salvemini (1873-1957). Ancora un riferimento*, a cura di G. PESCOSOLIDO, Manduria-Bari-Roma, Piero Lacaita, 2010, 93-153 e in *L'eco della scuola nuova*, 40, 2007,

Berti, Roberto Gianolio, Giuliano Amato, Antonio Amorth, Gladio Gemma, Checco Cavazzuti, Gastone Cottino, Renzo Costi e Luigi Vannicelli a Modena, Roberto Frau, Giuliana D'Amelio, Alessandro Pace, Antonio Masi, Filippo Lubrano e Filippo Satta a Cagliari, Giorgio Peyrot, Giovanni Barberini, Sergio Panunzio, Alberto Barettoni Arleri, Angelo Lener, Franco Scoca, Franco Coppi, Sandro Giuliani, Nicola Picardi e Pasquale Sandulli a Perugia: quanti bei ricordi!

Con Mario Galizia, i temi e problemi dei quali parlare e per i quali appassionarci insieme erano tanti: le comuni esperienze giovanili nell'esercizio dell'attività giudiziaria, la considerazione della peculiarità della professione di giudice, considerata alla luce degli insegnamenti tratti dalla lettura del grande volumetto di Piero Calamandrei *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, le tante iniziative del grande giurista fiorentino maestro di diritto processuale civile e costituzionale, il contributo delle battaglie combattute per una visione e una realizzazione di una società democratica in Italia, la comune amicizia con Paolo Barile, Paolo Grossi, Stefano Grassi, Sergio Panunzio e Alessandro Pace, la fiducia di noi professori nei confronti dei giovani studiosi e ricercatori e degli studenti, anche per quanto apprendevo da mio figlio Michele e dalla sua ragazza di allora, Betta Canitano, che poi divenne sua moglie, appassionata nel lavoro di ricerca nelle materie del diritto costituzionale comparato.

Mentre io avevo conosciuto Mario tanti anni dopo avere letto alcune delle sue pubblicazioni più significative, Mario aveva dovuto esaminare e studiare tutte le mie pubblicazioni in una prospettiva di valutazione comparativa di tutti i miei scritti (148 pubblicazioni, ricorda Mario nella sua Relazione del gennaio 1992), pubblicati nel lungo periodo compreso fra il 1959 e il 1991 insieme agli scritti di tre bravi colleghi concorrenti nell'aspirazione di ottenere una chiamata per una importante cattedra della Facoltà; e dopo la mia chiamata avvertii non soltanto il mio debito

n. 4, 4-13, 41, 2008, nn. 1-2, 10-13; www.statoechiese.it, gennaio 2008; *Ragioni e passioni. Italiani che hanno fatto l'Italia dall'unificazione alla costituzione repubblicana*, a cura di L. DI RUSCIO, L. FRANCESCANGELI E R. GRAVINA, Roma, Comune di Roma, FNISM, 2009, 107-37. Lo scritto è stato pubblicato con il titolo *Riflessioni sull'opera di Santi romano a sessant'anni dalla morte*, in *Il diritto fra interpretazione e storia, Liber amicorum* in onore di A. A. CERVATI, 3, a cura di A. CERRI, P. HABERLE, I.M. JARVAD, P. RIDOLA, D. SCHEFOLD, Roma, Aracne, 2010, 1-66; *Democrazia, pluralismo, e laicità in Italia*, Relazione al Convegno su *Pluralismo nella società italiana e pluralità nell'ebraismo* (Roma, Il Pitigliani, 21 marzo 2010), inedito; *Il diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso: un diritto costituzionale del secolo XXI?*, Intervento al seminario preventivo di Ferrara del febbraio 2010, in *La «società naturale» e i suoi 'nemici'. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. BIN, G.. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *amicus curiae, Atti dei Seminari "preventivi" ferraresi*, 13, Torino, Giappichelli, 2010, 222-27; *Battaglie di libertà. Diritti civili e democrazia in Italia (1943-2011)*, Roma, Carocci, 281; *Carta canta*, Intervista a cura di C. LALLI, in *Il mucchio selvaggio*, 2011, marzo, 52-55; *Laicità delle istituzioni e garanzie dei cittadini nella Repubblica italiana democratica*, in *Studi in onore di Alessandro Pace*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 1525-51; *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore del prof. Alberto Romano, Stato e chiesa cattolica in Italia nella seconda metà dell'ottocento*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, 3, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 1871-94; *La politica ecclesiastica sui rapporti fra stato e chiesa nella seconda metà dell'ottocento*, in *Quaderni laici*, 4-5, novembre 2011, 15-52; *La chiesa cattolica nella storia costituzionale d'Italia. Statuto albertino. Legge delle guarentigie. Patti lateranensi. Revisione concordataria del 1984*, Relazione al convegno su *Libera Chiesa in libero Stato: ieri, oggi. E domani?*, Roma, Sezione ANPI "Agostino Raponi", Presidio III Municipio, Ex Vetreria Sciarra, Sapienza Università di Roma, Via dei Volsci 112, Roma, 14 ottobre 2011; *Laicità di Arturo Carlo Jemolo*, in *Laicità*, 23, 2011, n. 4, 4-5; *Il riconoscimento dei diritti civili nella prospettiva europea*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1123-59; *Laicità dello Stato, principio di*, in *Enciclopedia Treccani* on line, 2013; *Arturo Carlo Jemolo: una voce di "coscienza laica" nella società italiana del Novecento*, Relazione al convegno *Maestri del Novecento* (Torino, 18 aprile 2013), in *Quaderni laici*, 2013, 10-11, 177-96; *L'articolo 7, comma 2, della Costituzione: lunga vita di una disposizione normativa e ragioni che rendono necessaria e urgente la sua abrogazione*, in *Atti del convegno svoltosi a Ferrara*, 2013, 237-48; *Per una riforma del sistema di rapporti tra stato e confessioni religiose*, in *Percorsi costituzionali*, 2013, 2/3, *Costituzione e religione*, 23-31; *Postfazione della nuova edizione del libro di Piero Bellini, Principi diritto ecclesiastico*, Roma, Aracne, 2013, 345-65.

di gratitudine nei suoi confronti ma anche il valore dell'impegno che avrei dovuto esercitare per corrispondere alla fiducia che Mario aveva avuto nei confronti miei e del mio insegnamento.

Mario mi telefonava, quasi sempre alle 14 e alle 23, e in lunghissime telefonate mi poneva problemi e interrogativi su tante questioni oggetto di piacevoli chiacchierate.

Il 5 settembre 2013, a causa di una brutta caduta che avevo avuto il 13 agosto di quell'anno, nel giardino della nostra casa in campagna a Cervaro, dovetti subire un intervento chirurgico per la frattura del bacino. Quando Mario morì e fu ricordato da Fulco Lanchester nella cappella universitaria della Sapienza, ero ancora nell'impossibilità di potermi muovere.

La maggior parte delle persone che ho citato in questo mio scritto non sono più tra noi; da otto anni è morto il nostro caro Mario Galizia.

Grazie, Mario, anche a nome di mio figlio Michele e di mia nuora Betta Canitano, che, a causa di una grave malattia, è purtroppo scomparsa il 10 marzo 2016: sei stato un importante riferimento per le nostre vite!



Francesco D'Onofrio*

I due insegnamenti che mi diede Mario Galizia**

Non ho avuto la ventura di essere “allievo” di Mario Galizia, ma sono stato fortemente condizionato (e lo sono ancora oggi) da due suoi insegnamenti: da docente mi ha fortemente sollecitato ad avere sempre una attenzione non formale nei confronti degli studenti; da costituzionalista (e comparativista in particolare) mi ha sollecitato a prestare sempre e comunque una non superficiale attenzione al territorio. I costituzionalisti, infatti, sono stati e sono comprensibilmente attratti molto di più dai temi relativi al popolo e alla sovranità, relegando di conseguenza il territorio ad elemento non sempre considerato fondamentale per la comprensione di ciò che è avvenuto: soprattutto nel corso degli ultimi due secoli.

Questi due insegnamenti hanno pertanto bisogno di uno specifico approfondimento.

Galizia mi aveva ripetutamente detto che nei confronti degli studenti occorreva superare la nostra tradizionale e pur sempre comprensibile preferenza a considerare gli studenti soprattutto dal punto di vista della loro inferiorità universitaria.

Con questo insegnamento Mario Galizia voleva soprattutto indurmi a considerare almeno i tre aspetti fondamentali della vita di ciascuno studente: 1- il contesto economico nel quale lo stesso ha vissuto e vive; 2- la struttura familiare all'interno della quale lo studente si pone come continuatore o meno del sapere familiare; 3 - le aspirazioni, soprattutto lavorative, dello studente medesimo.

Come si può facilmente considerare, si tratta di tre aspetti fondamentali non tanto dello studente considerato in quanto accademicamente subordinato al docente; ma di profili fondamentali dello studente considerato come persona umana.

Si tratta, dunque, di considerare la nostra professione universitaria quale parte di una nostra sostanziale unità personale.

Non si trattava dunque di una generica indicazione ad essere accademicamente generosi con gli studenti, ma, come è del tutto evidente, di un modo di essere del docente universitario considerato allo stesso tempo un soggetto umano professionalmente capace di insegnare.

* Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

Questo insegnamento che Mario Galizia ebbe il modo di indicarmi tiene infatti conto dell'intero processo evolutivo che conduce una persona dagli anni della scuola elementare, agli anni degli studi universitari, caratterizzati questi ultimi sempre di più dalla prosecuzione degli studi medesimi ben oltre il conseguimento di una laurea. E non vi è chi non veda che si stanno modificando ed ampliando gli studi post-laurea, anche in conseguenza delle notevoli innovazioni non solo tecnologiche che la vita contemporanea ci sollecita.

Se, dunque, questo insegnamento Mario Galizia me lo indicava da docente a docente, l'altro riguardava invece la specifica rilevanza degli approfondimenti del "territorio" per i costituzionalisti, e in particolare per i comparativisti.

Qualunque soggetto di indagine costituzional/comparativistica pone infatti in evidenza, da un lato, il rapporto tra territorio e popolo e, allo stesso tempo, nel rapporto tra territorio e sovranità.

Assume particolare rilievo in questo contesto il contributo di Mario Galizia agli studi in onore di Gaspare Ambrosini.

Stiamo vivendo infatti soltanto dall'avvento della costituzione repubblicana la previsione delle Regioni (1948); in seguito il così detto regionalismo differenziato (2001); e da ultimo il complicatissimo rapporto tra stato di emergenza, Pandemia e Regioni.

E occorre ormai guardare con molta attenzione allo stesso processo di ulteriore costruzione della integrazione europea, anche esso fortemente caratterizzato, dai rapporti tra territori infrastatali, Stati nazionali, e nuovissimi organismi di integrazione europea.

E non vi è chi non veda che occorre saper collocare sempre di più gli aspetti anche formalmente internazionalistici con quelli ancora timidamente definiti sovranazionalistici.

Si tratta pertanto di riuscire a collocare il territorio in una pluralità di dimensioni operative: comunale, sovracomunale, regionale, statale, europea. Questa pluralità di rilevazione del territorio impone pertanto (in particolare ai costituzionalisti/comparativisti) di riuscire ad essere anche oggi studiosi capaci di parlare contemporaneamente al più piccolo e al più grande.

Per noi italiani non si tratta di una vicenda completamente nuova, perché nel corso dei secoli noi siamo passati dal territorio più piccolo a quello più grande.

Occorre pertanto essere grati ancora una volta per questi antichi e profondi insegnamenti di Mario Galizia: studente e territorio sono infatti ancora oggi componenti fondamentali del nostro essere contestualmente docenti e studiosi.

E lo saranno ancora per molti anni a venire.



Stefano Grassi*

Ricordo di uno “zio” affettuoso**

Per tutti gli allievi della Scuola fiorentina di diritto costituzionale, se Paolo Barile è stato un “secondo padre”, Mario Galizia è stato lo “zio” affettuoso che ha seguito e accompagnato ciascuno di noi in un rapporto personale, pieno di generosità.

Come ricordava Ugo De Siervo, il contributo di Mario Galizia nel suggerire e dare continuità all'impostazione della Scuola fiorentina, composta dai giovani allievi di Paolo Barile, nella fine degli anni '60 e primi anni '70 (contributo che Galizia ha consegnato alla nostra storia personale, insieme all'intenso lavoro con cui, nella stessa direzione, operava in quell'epoca, quale nostro “fratello maggiore”, Enzo Cheli) è stato un passaggio decisivo per ciascuna delle nostre storie accademiche.

Era una conseguenza della sua capacità di ascoltare e guidare i giovani, come è stato più volte ricordato in questa mattinata, ma ancor di più la diretta conseguenza del suo rapporto di ammirazione, affetto grandissimo e dialogo continuo sul piano personale e intellettuale, che aveva con Paolo Barile.

Parlava con noi come se proseguisse il discorso mai interrotto che teneva con Paolo (al quale, sul piano personale, si rivolgeva come a un fratello maggiore, da cui voleva ottenere consenso e sicurezza).

Del resto, se si vuole indicare la cifra che caratterizza l'intera opera e l'intera vita di Mario Galizia, è stata quella di dialogare in modo profondo con tutti gli autori che studiava e che faceva vivere nel ripercorrerne le idee, collegandole con il loro percorso umano e il contesto storico in cui si erano mossi.

La sua indagine sulla scienza giuridica e il diritto costituzionale del 1963 è solo una punta dell'*iceberg* di una conoscenza diretta e di un rapporto intenso che si riferiva al panorama amplissimo degli studiosi oggetto della sua ricerca e della sua lettura.

Quando invitavi Mario Galizia a cena, non arrivava mai solo. Per tutta la cena, e anche per le lunghe chiacchierate del dopo la cena, continuava a dialogare con lo studioso (o il romanziere o

* Già Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Firenze.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

il poeta) che stava in quel momento leggendo: il suo interlocutore diventava presente e occupava il posto più importante alla tavola e nel divano di conversazione.

Possono essere molte le testimonianze sia dell'affetto sia dell'interesse che per ciascuno di noi Mario Galizia era capace di manifestare.

Ricordo soltanto il modo con cui, nelle stanze dell'Istituto di diritto pubblico di Via Giusti, si soffermava sulle scrivanie dei ricercatori, con i quali condivideva la giornata di studio, curiosando anche, per esempio, sui libri che ciascuno di noi studiava (ricordo come, un giorno, volle esaminare il modo con cui sottolineavo il Manuale di istituzioni di diritto pubblico – la prima edizione – di Paolo Barile e come mi sollecitava a spiegare i motivi per i quali, in alcuni punti, avevo o sottolineato o indicato un punto interrogativo: era il suo modo di sollecitare un borsista ministeriale, quale ero io allora, ad approfondire e assumere una lettura critica dei testi che stava studiando).

Così come non posso non ricordare la curiosità con cui mi interrogava sugli ambienti cattolici fiorentini di cui conosceva la mia provenienza, con particolare riferimento al rapporto con Ernesto Balducci e Giorgio La Pira e, in generale, con l'ambiente della rivista "Testimonianze" (di cui era stato protagonista mio fratello Lodovico). Così come ricordo la sua domanda del perché mi fossi imbarcato nello svolgimento dell'attività professionale, anziché impegnarmi in un'attività politica, che lui vedeva come un'esigenza immanente nello studioso del diritto costituzionale.

Ma la testimonianza più vera sulla persona e sulla profondità di rapporto che Mario Galizia aveva con la Scuola fiorentina è data da lui medesimo, nella relazione introduttiva del convegno che organizzammo, nel primo anniversario della morte di Paolo Barile, il 25 giugno 2001.

Mario Galizia mi inviò il testo manoscritto della sua relazione, che io feci battere a macchina dalla segreteria di Paolo Barile che, di solito, trascriveva la scrittura di difficile comprensione del nostro Maestro.

Quando mi scrisse, dopo che gli avevo inviato il dattiloscritto, Mario Galizia mi ringraziava con una lettera nella quale confermava quella sua particolare capacità di contestualizzare con la situazione politica del momento anche una semplice comunicazione di quella natura.

Si scusava della sua scrittura "traballante" aggiungendo "ma, dopo l'operazione della cataratta, continuo a vedere un po' storto (o forse è l'effetto Storate!)": faceva riferimento alla recente vittoria elettorale, per la Presidenza della Regione Lazio, del noto esponente della destra neofascista (e sul pericolo del neofascismo Galizia insisteva sempre molto).

Nel preannunciare il titolo della relazione ("Liberal-socialismo e costituzionalismo in Paolo Barile") sottolineava che il suo contributo per la giornata di studio in memoria di Paolo avrebbe contenuto "un richiamo breve pure a Piero Calamandrei" (il richiamo fu molto ampio, invece), "così che anche valorizzando la battaglia di Paolo per la governabilità, posso essere generico sul suo accostamento a Segni. Accostamento di nobili speranze in Paolo Barile: ma che personalmente non ho tuttavia condiviso (sono decisamente pluralista). Ma resta importante anche in questo caso il suo appassionato impegno". Faceva così cenno al suo dissenso sulla battaglia che Barile aveva ingaggiato sul referendum a favore del sistema elettorale maggioritario (tema sul quale sapeva che io condividevo le sue perplessità).

Nella stessa lettera non si limitava a parlare del suo contributo, ma anche suggeriva come impostare il ricordo di Paolo: *“Io pensavo opportuno, come ti ho detto per telefono, un quadro di insieme vostro, quale ritratto della Scuola (Stefano, sulla Corte; Caretti, la Comunità europea; De Siervo, le Regioni; Merlini, il governo; etc.): ma tocca a voi decidere”*.

E concludeva la lettera con una frase molto significativa: *“mi capita spesso di pensare a Paolo: con profondissimo dolore”*.

La profondità del rapporto umano e intellettuale con Paolo Barile è ben chiara e ampiamente documentata dal testo che Galizia mandava per l’apertura di quel convegno di studio del 2001.

Se si rilegge quel contributo, si trova – come di regola accade nella commemorazione dei Maestri – un autoritratto dello stesso Mario Galizia, con l’indicazione dei tratti originari della sua vocazione, con la ricostruzione della stessa concezione della Costituzione e con la rivendicazione delle sue radici fiorentine.

Significativo il modo con cui Galizia ricorda il primo incontro con Paolo Barile (che descrive con un’efficacia piena di ammirazione: *“ricordo Paolo Barile in quei giorni pieno di entusiasmo: camminava a passi veloci, con fermezza, quasi direi con un ardore leggermente spavaldo. Portava un grosso basco bleu, piegato all’indietro, che a me ricordava quello dei maquis francesi che avevo veduto in una fotografia, e glielo dissi. Lui osservò che usava portare il basco da tempo per comodità; tuttavia nell’incontrarlo col suo grande basco il mio pensiero continuava ad andare quasi con letizia ai maquis. Paolo Barile, un maquisard a difesa della libertà e della dignità”*).

Ma soprattutto nel ricordare i giovani partigiani che avevano partecipato alla battaglia di Firenze (e tra questi non mancava di citare l’amatissimo fratello Paolo), Mario sottolineava: *“ricordo questi fatti perché ci aiutano a cogliere meglio il mondo in cui venne a operare Paolo Barile e spiegano anche il motivo per cui io sia mentalmente portato a pensare al liberalsocialismo e al partito d’Azione, così importanti nel pensiero di Paolo Barile, con la visuale di quei giorni più che nell’ottica che emerge nelle relative rievocazioni storiografiche”*.

Ed è significativo come riassume quella visuale dei giovani di allora: *“se è vero che il liberalsocialismo mirava a congiungere a livello teorico la libertà alla giustizia sociale, quel che tuttavia dominava nell’animo dei ragazzi antifascisti di allora a Firenze era un profondo, appassionato e anche rabbioso sentimento di libertà”*.

Ed è quasi naturale, nella ricostruzione ampia e approfondita che successivamente svolge sulla concezione della Costituzione negli studi di Barile, la sottolineatura che *“fondamentale, nell’analisi che Paolo Barile compie del concetto di Costituzione, è la stretta connessione che Barile sviluppa tra Costituzione e libertà dell’individuo. Quei diritti, quelle libertà, che anche alcuni giuristi di cultura liberale tendevano a considerare un momento non direttamente incidente nella dimensione effettiva della Costituzione, considerata soprattutto sotto un profilo istituzionale organizzativo, sono per Paolo Barile diversamente fondamentali sul piano dell’essenza della Costituzione. La Costituzione deve concernere nella sua pienezza, oltre lo stato apparato lo stato comunità, assumendo tuttavia il concetto di stato comunità con il carattere di comunità di liberi individui”*.

Era questa la concezione della Costituzione di Mario Galizia ed erano quelle le radici di istanze di libertà che avevano mosso anche tutta la sua ricerca scientifica.

Altrettanto significativa è la sottolineatura della prospettiva storica in cui Calamandrei aveva indicato il significato della Resistenza.

Proprio all'inizio del suo contributo, Galizia precisa: *“mi piace in proposito soffermarmi su un aspetto spesso dimenticato e sovente falsato nella prospettiva storica, su cui tanto ebbe invece ad insistere Calamandrei: l'unità della Resistenza e il suo carattere fondamentale, a parte momenti particolari e marginali, quale guerra di liberazione nazionale, un profilo caro pure a Paolo Barile”*.

E sul punto non dimenticava di sottolineare la sua appartenenza ai partigiani garibaldini che, insieme a tutte le altre formazioni (quella di giustizia e libertà, quella cattolica, quella di dichiarata fede monarchica), avevano partecipato all'adunanza per la consegna delle armi conseguente allo scioglimento delle formazioni partigiane fiorentine del 7 settembre 1944.

Anche questo dato storico, così come ricordato nell'apertura del contributo, diventa un elemento per sottolineare, nella parte della ricostruzione teorica del lavoro di Paolo, la conclusione che *“la grandezza più essenziale della Costituzione italiana stava, nella prospettiva di Paolo Barile, proprio nella sua peculiare storicità, che l'aveva legata alla coscienza dell'intera nazione in un momento di intensa valenza etica del popolo italiano; oltre gli stessi vari schieramenti politici immediati?”*.

Si tratta di annotazioni coerenti con il metodo storico che Mario Galizia considerava essenziale nello studio della Costituzione, ma che non gli faceva dimenticare il ruolo essenziale delle norme a fronte della realtà politica che erano destinate a disciplinare.

Il tema del rapporto tra i fatti e la realtà delle forze politiche, rispetto alla capacità delle norme giuridiche di assumere il valore di regole sociali ordinarie, organizzative, in cui si risolve la loro stessa giuridicità, costituisce un punto centrale nel pensiero di Mario Galizia, già acutamente sviluppato nel saggio del 1954 *“Scienza giuridica e diritto costituzionale”* e chiarito ulteriormente sia nei *“Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale”* del 1963, ma anche nelle preziose note poste all'inizio del secondo capitolo degli *“Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo”* (nell'edizione ripubblicata nel 1972), dove Mario Galizia richiama il metodo già precisato nei precedenti saggi, sottolineando che *“se le norme, necessariamente, in quanto pongono delle qualificazioni nell'ambito dei possibili comportamenti umani, tipizzandone alcuni specifici nelle regole che esprimono, hanno rispetto ai comportamenti concreti un eliminabile carattere deontologico, esse rappresentano tuttavia, considerate nella loro struttura, un dato esistenziale ... le norme giuridiche non sono così un elemento metastorico, astratto: esse fanno parte della dinamica concreta dell'esperienza e non vi è quindi alcuna necessità di abbandonare la prospettiva delle stesse oppure di collocarle su un piano deteriore, inferiore, per trasferire l'indagine sul terreno dei «fatti per sé stessi», considerando questi l'unico elemento concretamente esistente, affermando che l'effettiva realtà del diritto è al di fuori della formulazione normativa”*; e nel citare Piovanini, sottolineava che: *“il fatto tout court ... il fatto in senso proprio, quello che si suole considerare per sé stesso non è mai normativo”*. Di qui la necessità di *“concepire le norme giuridiche – al di là di un'angolazione monolitica e precostituita dell'ordinamento – in termini aperti e dinamici, in modo da inquadrare l'esperienza normativa nella multiforme ed ampia dimensione di tutte le sue estrinsecazioni?”* ... delineando al contempo *“con esattezza anche i raccordi fra la norma ed i fatti in quanto tali, fra le norme giuridiche e la più ampia struttura sociale da cui derivano e su cui operano, incuneandole così in tutto il contesto culturale in cui si innestano”* (le citazioni sono della nota 2 di pag. 132 dell'opera citata).

È sulla base di questa impostazione che, a proposito del concetto di Costituzione presente nelle opere di Paolo Barile, Galizia può osservare: *“così, dopo la prima definizione del concetto di Costituzione, data da Paolo Barile nel suo volume del 1951, di grande risalto sistemico, ma un po' come rinchiusa*

meccanicamente entro se stessa, troppo strettamente ancorata all'egemonia del politico, alla forza dei gruppi politici, vediamo, negli specifici interventi successivi di Paolo Barile sul tema, progressivamente crescere al riguardo il momento sociale e da qui deriva pure una sempre più penetrante valorizzazione, da parte di Barile, del medesimo profilo normativo della Costituzione pure sotto l'aspetto giuridico-formale, giacché è proprio la realtà sociale, nella sua multiforme complessità, a mettere adesso in luce agli occhi di Barile, contro l'equivoco primato del politico, la ben più penetrante corposità del giuridico pure nei suoi elementi formali, anch'essi considerati espressione del più profondo dinamismo effettivo sociale”.

Quale migliore sintesi della posizione di Galizia nello studio delle norme giuridiche che ordinano il sistema politico, in cui si risolvono le Costituzioni: abbiamo tutti imparato in che modo raffinato e completo si possa leggere, sul piano giuridico, il sistema normativo sul nucleo centrale del nostro assetto costituzionale e cioè sul rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, in quell'opera, la cui lettura è tuttora in grado di risolvere i più delicati problemi interpretativi che, anche sul piano pratico, si possono presentare ai titolari degli organi costituzionali.

Costituisce il presupposto, e la conseguenza di questa impostazione metodologica, la ricostruzione della propria identità scientifica che Galizia, nel ricordare Barile, effettua nel parlare del rapporto che, anche insieme a Barile, ha avuto con i suoi Maestri.

In primo luogo, Calamandrei, rispetto al quale rivendica di essere stato il primo allievo, in quanto studente sin dall'inizio della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze (a differenza di Barile, Predieri e Cappelletti, allievi provenienti da altre università) e, prima degli altri, assistente dello stesso Calamandrei, quando, subito dopo la Liberazione, si fece affidare il corso di diritto costituzionale.

E poi il rapporto con Capograssi, suggerito da Guarino, che aveva insegnato a Siena insieme a Barile, e aveva segnalato l'importanza di averne i suggerimenti e le preziose indicazioni.

Ma ancor più il rapporto con Costantino Mortati, del quale Mario Galizia fu allievo, e poi assistente nel periodo in cui Mortati svolgeva le funzioni di giudice costituzionale, e, infine, suo successore nella cattedra di diritto costituzionale comparato a Scienze politiche della Sapienza.

Galizia era stato il tramite essenziale per la frequentazione dello stesso Barile con Mortati.

Come non vedere, nella descrizione di un Mortati che era particolarmente lieto di un colloquio avuto a lungo con Paolo Barile e Mario Galizia nel 1962, in una loro visita, una definizione del senso pieno di un Maestro del diritto costituzionale. Anche in questo caso le parole di Galizia assumono un valore autobiografico: *“allorché Costantino Mortati è stato giudice della Corte Costituzionale Paolo Barile, quando veniva a Roma, andava sovente a trovarlo sia pure per pochi minuti, ma ci teneva a manifestargli la sua devozione e il suo affetto. Ricordo in modo particolare un incontro di maggiore lunghezza. Mortati diede appuntamento ad entrambi sotto la sua abitazione in piazza Verdi. In quel tempo, quale magistrato, io ero applicato alla Corte Costituzionale come assistente di studio proprio di Mortati, ed insieme andammo al Gianicolo passeggiando e discutendo fino a sera. Si era nell'ottobre del 1962, Barile nel salutare Mortati esprimeva un sentimento palese di letizia. Mortati, a sua volta, parlando poi di Paolo Barile con me mi disse la sua gioia per questo così lungo incontro con Barile e la stima vivissima che aveva per lui e per il continuo vigore dei suoi studi, per il suo appassionato civismo. Mortati aveva con noi giovani studiosi un'attenzione partecipe molto affettuosa; nei suoi modi, nel suo asciutto parlare traspariva un sentimento di umiltà profondamente*

cristiana” (sono parole che descrivono perfettamente il modello di insegnante che Galizia impersonava).

Ma è indubbio che il legame con la Scuola di Firenze, con Paolo Barile, Enzo Cheli e noi più giovani allievi, era un legame che si collegava strettamente agli anni giovanili della sua formazione a Firenze ed al rapporto intenso con Piero Calamandrei.

Come ha ricordato Paolo Grossi, anche le radici toscane della madre costituiscono per Galizia il presupposto di un amore per Firenze e per il significato della partecipazione alla lunga tradizione storica della “fiorentinità”.

Ed infatti, nella parte finale del contributo che sto richiamando, Galizia ricordava quanto precisava Piero Calamandrei: *“in una conferenza tenuta in Svizzera nel 1955, (“Parlare di Firenze”). Diceva Calamandrei: «Firenze non è solo una città ... ma ... il gusto lo stile, l'atmosfera di Firenze... sarebbe come parlare di Atene, che anch'essa, come Firenze, non fu soltanto una città, ma un mondo, un momento universale della civiltà occidentale»*. E dopo aver ricordato questo giudizio sul valore universale della civiltà fiorentina del Rinascimento (citando Taine, Lowell e Burckardt), Galizia ribadiva come lo stesso Calamandrei, ponendosi dinanzi allo spirito che esprime la fiorentinità, scrivesse che da Firenze deriva *“un senso di armonia, e di misura, un acuto ed arguto spirito... il gusto della chiarezza, della semplicità, della linearità razionale, il gusto artigianale del lavoro ben fatto e finito..., senza abbandoni, senza enfasi”*. Anche in questa occasione, nel segnalare che quella della “fiorentinità” è una cornice che *“ci aiuta ancora con più ricca intonazione ad avvertire lo spessore intimo delle idee di Paolo Barile, il suo legame di pensiero e di vita con i valori di libertà e di Costituzione”*, non si può non ammettere che, in tale cornice, si voleva e si deve oggi collocare lo stesso Mario Galizia; che, non a caso, inserì nella versione finale della sua relazione un richiamo forte alla Resistenza vissuta dalla città di Firenze: *“Ancora una volta, viene da ripetere nella memoria, con il cuore, l'epigrafe che Piero Calamandrei scrisse in onore di Firenze città partigiana, città del liberalsocialismo, devota con la sua anima ai valori del costituzionalismo: «Dall'11 agosto 1944 non donata, ma riconquistata a prezzo di rovine torture e di sangue, la Libertà, sola ministra di giustizia sociale, per insurrezione di popolo, per vittoria degli eserciti alleati, in questo palazzo dei padri, più alta sulle macerie dei ponti, ha ripreso stanza nei secoli». Epigrafe murata sulla parete di Palazzo Vecchio”*.

Noi fiorentini abbiamo la fortuna di passare spesso davanti Palazzo Vecchio e poter rileggere quel messaggio di Libertà e Giustizia che Mario Galizia ci ha tramandato in modo così efficace, nella sua lezione di vita e di etica scientifica.



Fernanda Bruno*

Mario Galizia e la scienza giuridica: alcune riflessioni**

Grazie di cuore Fulco per questa iniziativa. Sono sicura che anche Mario Galizia è contento di vedere riuniti in presenza o da remoto colleghi, allievi, e soprattutto amici delle varie Università che lo hanno visto come studente e come docente.

Voglio condividere con voi qualche riflessione sull'eredità preziosa che Galizia ha lasciato alla scienza giuridica e a noi tutti, prendendo in considerazione alcune sue opere.

Innanzitutto, il Nostro ci ha invitato ad articolare le nostre indagini “in un discorso più generale su tutta la scienza giuridica”, avvertendo inoltre che «non può esistere uno studio sulla scienza giuridica se non nella prospettiva di tutta la ‘cultura’ del tempo»¹. Di qui l'apertura ad una visione ampissima, multidimensionale del diritto.

I suoi percorsi culturali bene attestano la ricchezza e la profondità della sua formazione. E' sufficiente ricordare che fu allievo di Piero Calamandrei e di Costantino Mortati.

In particolare- lo sappiamo - Galizia insiste più volte sulla importanza della storia per il diritto costituzionale proprio perché il lavoro della scienza è un lavoro continuamente progressivo e spiega che lo studio della sua evoluzione permette di scoprire la formazione, lo sviluppo dei singoli concetti, gli eventuali motivi ideologici che possono nascondersi dietro di essi. Ed avverte che «Il costituzionalista è condizionato dalla situazione storica in cui opera più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali²».

Ancora nel saggio “*Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*” scrive: «Per il diritto costituzionale la componente storica è fondamentale: la significanza del passato, congiungendosi con il presente e orientandolo, impedisce che i nuovi momenti che si inseriscono nel tessuto continuo dell'esperienza giuridica possano ridursi, anche per quanto riguarda il settore costituzionale, nell'ottica di un mero fare, attivistico³».

* Già Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954, 30-31.

² M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch.giur.*, nn1-2, 1963, 103.

³ V. M. GALIZIA, *Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*, in F.Lanchester (a cura di), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Milano, Giuffrè, 1996, 126.

Non manca neppure in questo studio, come in altri, l'accento al ruolo culturale dei viaggi, viaggi reali o immaginari, «come bisogno di comprensione delle trasformazioni sociali in corso e dei loro significati⁴». Ciò non richiama alla mente le sinfonie di vari, illustri musicisti?

Sempre con riferimento alla componente storica, mi piace anche ricordare una lettera che Mario Galizia mi inviò nella Pasqua del 2002, dopo il Convegno organizzato sempre da Fulco Lanchester in occasione degli ottanta anni. Come è noto, Galizia non fu presente a quell'incontro: la sua naturale ritrosia prevalse.

Riguardo ad una eventuale pubblicazione degli interventi svolti appunto in quella occasione (14 novembre 2001), egli ribadì la sua contrarietà e, qualora si fosse deciso diversamente, chiese di non mettere in copertina il suo nome e neppure fotografie, ma di lasciare la sola (sottolineò "sola") indicazione dell'oggetto: storico-costituzionalistico. Forse, si potrebbe accogliere questo suo desiderio.

Continua è dunque l'attenzione di Galizia ai profili sociali e storico-politici dell'esperienza giuridica, superando il formalismo giuridico e contrastando una concezione riduttiva del diritto. A suo avviso, infatti, «Se la storia non può non essere la componente di base del discorso dei costituzionalisti, gli stessi devono soprattutto mirare a evidenziare problemi, a cogliere tendenze evitando ogni irrigidimento e chiusura nella loro ricerca⁵».

La necessità di recuperare l'unitarietà dell'esperienza giuridica, frantumata nelle diverse specializzazioni, è quindi fortemente avvertita dal Nostro.

Non si può non sottolineare, ribadisco, la consapevolezza che Galizia ha sempre avuto della complessità dell'universo giuridico e in specie dell'esigenza dell'unità della scienza giuridica. E l'apertura all'unità della scienza giuridica non è preziosa in presenza di una società sempre più variegata? Come potrebbe (altrimenti) il giurista adempiere la propria funzione⁶?

Questa impostazione metodologica si rispecchia anche nei colloqui che Galizia ha tenuto con ognuno di noi: proprio la molteplicità di rapporti, anche profondi, testimonia la sua ricca personalità. In questa sede noi celebriamo non solo lo studioso ma anche il Maestro.

Come non ricordare i pomeriggi o meglio le giornate passate nei locali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma e nel giardino antistante la Facoltà, nonché le lunghissime telefonate. Si era colpiti dalla conoscenza enciclopedica dei temi che affrontava, dando una visione a trecentosessanta gradi di essi. Con lui si sperimentava che il diritto è intriso di valori umani, è vita vissuta, è rapporto.

Grazie di cuore, caro, indimenticabile, Prof. Mario Galizia. Il decorso del tempo non ha scalfito la memoria del tuo insegnamento.

⁴ Ivi, 19.

⁵ V. *Presentazione* al libro di S.BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici*, Milano, Giuffrè, 1993, XXIV.

⁶ V. P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi*, in *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, Laterza, 2012, 119 ss.



Paolo Ridola*

Mario Galizia e la storia costituzionale**

Desidero anzitutto ringraziare Fulco Lanchester per avermi invitato a recare una testimonianza in ricordo di Mario Galizia, nel centenario della sua nascita e nella Facoltà nella quale ho trascorso alcuni anni della mia vita universitaria, con la presenza autorevole di Mario e nel sodalizio intellettuale e scientifico con Fulco. Nel mio intervento i ricordi personali di una lunga consuetudine di dialogo, che ritengo un privilegio del mio itinerario scientifico ed umano, si intrecceranno con spunti di riflessione sul magistero e sull'opera di Mario Galizia, che hanno rappresentato un punto di riferimento importante per gli studiosi della mia generazione. Se rifletto sulle occasioni del mio incontro con il Maestro che oggi onoriamo, non posso non ricordare, accanto allo studio delle sue opere, che sono state una guida nei miei studi sulla forma di governo, sulla storia costituzionale, sul costituzionalismo, la straordinaria esperienza di un rapporto diretto con il suo magistero, del quale gli sono profondamente riconoscente: un rapporto intessuto di lunghe conversazioni, che spaziavano dal diritto alla storia alla letteratura alla poesia, ai frangenti delle nostre vite. Furono conversazioni dalle quali ho imparato molto, e del resto Mario Galizia è, nel mio ricordo, un maestro della mia generazione, uno studioso insigne, mai arroccato nella *turris eburnea* della sua autorevolezza, ma sempre generoso, prodigo di insegnamenti, disponibile nel rapporto con i giovani, curioso di conoscere i loro interessi e di scavare nella loro personalità. Un Maestro, in breve, aperto al dialogo, durante il quale si avvertiva sempre, peraltro, la statura dello studioso ed il *gap* di una cultura sterminata e profonda.

Si accavallano pertanto nella mia mente i ricordi, oserei dire, della nostra amicizia. Uso questa espressione con molta timidezza e qualche esitazione, se si considera la statura dello studioso ed il divario generazionale con il suo più giovane interlocutore. E tuttavia l'“amicizia” è una cifra importante nel rapporto tra gli studiosi, e la nostra “esperienza” è costituita dallo stratificarsi nel tempo di incontri, confronti, divisioni e condivisioni nel nostro vissuto e nei nostri percorsi di

* Professore emerito di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

ricerca¹. Tra questi ricordi personali, accenno solo all'incoraggiamento ed all'apprezzamento che Mario mi manifestò in molte occasioni, ed in primo luogo nella relazione sulla mia chiamata nella Facoltà di Scienze politiche della Sapienza nel 1997, ed in particolare per l'essermi io avventurato, fin da giovanissimo, durante l'alunnato presso la Scuola storica diretta da Armando Saitta, sui terreni della storia costituzionale, guardati allora con malcelata e spesso arcigna diffidenza dalla *herrschende Meinung* dei costituzionalisti italiani, ed ai quali Galizia aveva dato un contributo fondamentale, ed ancora oggi insuperato, con i *Profili storico-comparatistici* del 1961. Ricordo infine un lungo pomeriggio trascorso in una stanza del Policlinico Gemelli, ove Mario era ricoverato, nel corso del quale egli intrattenne me e Fulco per ore, infastidito dalle visite dei medici, in una conversazione come sempre vivacissima, lampeggiante, fresca di un entusiasmo quasi giovanile, ricca di suggestioni culturali e di ricordi della sua vita, del fratello Paolo in particolare, del quale ci recitò a memoria alcuni versi.

Un primo aspetto centrale dell'opera di Mario Galizia riguarda la storia costituzionale. Insieme a studiosi della sua generazione, come Giovanni Bognetti, Leopoldo Elia e Alberto Predieri, e di quella di alcuni anni più giovane, come Giuliano Amato e Angelo Antonio Cervati, egli è stato non soltanto un cultore profondo della storia costituzionale, ma soprattutto l'esponente più autorevole di una scelta metodologica nello studio del diritto costituzionale ispirata da un approccio storico-comparatistico. Per comprendere pertanto quale posto occupi la storia costituzionale nell'opera di Mario Galizia, occorre considerare non soltanto i contributi dedicati alla storia della scienza costituzionalistica non solo italiana ma europea, dai *Profili* fino al saggio su Raymond Carré de Mabergh, ed alla storia del costituzionalismo, segnatamente con la monografia giovanile del 1951 su *La teoria della sovranità*, ma l'intera sua opera, ed in particolare gli scritti sulla forma di governo parlamentare. Particolare attenzione meritano infine quegli scritti, che hanno davvero inaugurato un nuovo genere letterario nella cultura costituzionale italiana, nei quali approccio storico-comparatistico e autobiografia si intrecciano in modo indissolubile, come nel saggio su Paolo Barile e il liberalsocialismo (2001), su Giuseppe Capograssi (2003), e soprattutto, nel 2013, negli *Appunti degli anni di guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, straordinaria rievocazione delle inquietudini e delle speranze di una generazione di intellettuali cresciuta tra il fascismo e l'avvento della Repubblica.

L'ampiezza dell'orizzonte storico-comparatistico spiega perché, nel pensiero di Galizia, la storia costituzionale abbia uno spettro molto esteso. Anzitutto sotto il profilo cronologico, allorchè egli, ad esempio, non fa partire la ricognizione della teoria della sovranità dall'età della formazione dello stato moderno, ma si spinge indietro nella storia del pensiero politico fino all'età classica, e con uno sguardo prospettico che abbraccia sempre tutto lo spettro delle esperienze costituzionali europee ed occidentali. Nell'opera di Galizia, pertanto, la storia costituzionale non è *Entstehungsgeschichte*, storia della genesi "documentale" delle costituzioni, né storia dei processi di attuazione delle costituzioni, sui quali si concentra piuttosto l'opera di Livio Paladin del 2004. Non è solo storia degli apparati, che è pur sempre guidata da una prospettiva unilaterale, quand'anche condotta, come nella tradizione francese, in una stretta correlazione tra le istituzioni

¹ Si v. su ciò le pagine di R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 490 ss.; A.A. CERVATI, *Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 10, 2019, 897 ss.

e la società. Non è storia dei concetti, di grandi *topoi* concettuali del costituzionalismo ricostruiti nelle loro scansioni storico-culturali, come nella tradizione tedesca, intrisa delle fascinazioni della filosofia della storia, dei *geschichtliche Grundbegriffe*, e neppure storia delle *élites* politiche, secondo l'insegnamento di Gaetano Mosca, nè della "costituzione materiale", e dei rapporti di egemonia ad essa sottostanti, secondo l'insegnamento di Mortati, un maestro al quale Galizia fu molto legato. Il suo approccio storico-costituzionale è più complesso ed allo stesso tempo più arioso, dispiegandosi su uno scenario che è, anzitutto, di storia della cultura costituzionale. Si inscrivono in questa prospettiva l'attenzione alle grandi correnti ideali e politiche che hanno scandito la storia del costituzionalismo, nell'opera sulla sovranità così come nei *Profili*, ed ancora l'attenzione agli sviluppi della politica e della società che soggiacciono alle dinamiche costituzionali, come nel saggio sulle origini del regime parlamentare in Inghilterra negli *Studi Esposito*, ed infine la ricostruzione dei dibattiti sul parlamentarismo in Italia dal Risorgimento alla Repubblica negli *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, nella quale l'affresco delle controversie della dottrina costituzionalistica incrocia sempre i grandi protagonisti della cultura politica del nostro paese, da Cavour a Cattaneo ad Oriani a Gramsci a Gobetti.

La lezione metodologica di Mario Galizia si dispiega in tutta a sua complessità negli studi sulla forma di governo parlamentare, i quali restano ancora oggi un punto di riferimento insostituibile ed un passaggio obbligato. Si avverte in questi lavori la peculiare sensibilità dell'autore per la storia costituzionale comparata, della quale egli valorizza tutte le potenzialità nello studio dei regimi parlamentari, le cui modalità strutturali e funzionali si sono misurate, in un articolato sviluppo secolare, con i mutamenti degli equilibri istituzionali, politici e sociali delle esperienze costituzionali europee. Sciogliendosi da preoccupazioni di stampo formalistico nello studio degli assetti di governo, e mai appagato nella ricostruzione dei figurini organizzativi predisposti dai testi costituzionali, che appariva il limite più evidente di opere, come quella di Georges Burdeau, pur assai celebrate in quegli anni, Galizia si è mosso decisamente da una prospettiva di storia costituzionale comparata, la quale gli consente una comparazione delle esperienze parlamentari europee avulsa da aride e meccaniche tassonomie classificatorie, perché radicata saldamente nella comprensione dello sviluppo storico. Questo spiega il fascino che hanno esercitato su Mario Galizia l'esperienza del regime parlamentare inglese e quella della Terza Repubblica in Francia, osservate con l'occhio attento al mutamento degli scenari politici e delle trasformazioni della società ed attraverso la lente delle culture costituzionali che esse alimentarono. Per Galizia, pertanto, l'orizzonte del comparatista si distende nell'arco dei tempi della storia, e approccio storico e approccio comparatistico si integrano in modo indissolubile, in quanto, seguendo la lezione di Marc Bloch, "il metodo comparativo ci restituisce, quasi attraverso una sorta di *choc* mentale, quella sensazione della differenza, che è la condizione indispensabile di ogni sana intelligenza del passato²".

L'approccio storico-comparatistico muove peraltro Galizia alla comprensione delle esperienze del parlamentarismo razionalizzato nel contesto della prima fase di sviluppo della democrazia di massa in Europa dopo la fine della prima guerra mondiale, e poi in quello delle costituzioni del secondo dopoguerra. Con queste esperienze egli si confronta in modo problematico,

² Così M. BLOCH, *Lavoro e tecnica nel Medioevo*, Bari 1977, 31.

approdando, in particolare nelle due voci su *Crisi di governo* e *Fiducia parlamentare* per l'“Enciclopedia del diritto”, ad un giudizio sostanzialmente storico, il quale muove dalla consapevolezza della difficoltà di calare le dinamiche maggioritarie del regime parlamentare inglese nelle realtà politico-sociali molto differenti dell'Europa continentale, le quali erano pervenute all'innesto tra parlamentarismo e democrazia, tra forma di governo parlamentare e allargamento della partecipazione politica in contesti segnati da una assai più accentuata conflittualità e con il ritardo di alcuni decenni. Si tratta pertanto di un giudizio alieno sia da una fiducia incondizionata nei dispositivi costituzionali di razionalizzazione delle dinamiche del processo politico, che aveva ispirato le opere di Burdeau e di Mirkin-Guetzévich, sia da torsioni di stampo panconvenzionale nell'interpretazione della forma di governo parlamentare, che nel secondo dopoguerra ebbero larga diffusione grazie agli insegnamenti di Duverger e di Elia.

Il pensiero costituzionale di Mario Galizia si colloca in un tornante della scienza costituzionalistica italiana caratterizzato da grande vivacità e da accese controversie sui problemi del metodo. Questo dibattito vide tra i più significativi protagonisti Calamandrei, Capograssi e Mortati, le personalità che Galizia menzionò a più riprese come suoi maestri e mentori, ed in esso il Maestro al quale queste note sono dedicate si inserì con posizioni sempre percorse dall'inquietudine di uno studioso pronto a raccogliere ed a ripensare criticamente le suggestioni offertegli dai suoi ampi orizzonti culturali, che lo spingevano a considerare il diritto costituzionale non avulso dalla storia, dalla società, e soprattutto dall' “esperienza”. In una lunga e tormentata nota a pie' di pagina negli *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo* del 1972, Galizia prendeva cautamente le distanze dalle posizioni assunte nel 1954 in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, molto influenzate dalla suggestione delle correnti del positivismo logico, posizioni che egli non esitava a riconoscere “sotto alcuni aspetti eccessivamente meccaniche e rigide”. Al centro di questo ripensamento l'Autore poneva una consapevolezza più marcata della dialettica tra fatto e diritto nel diritto costituzionale. Pur mantenendo fermi il rifiuto della tendenza ad appiattare il diritto sul fatto e la critica del positivismo sociologico o fattuale, Galizia invitava a considerare peraltro le norme giuridiche, “nella loro struttura”, come “un dato esistenziale”, poiché solo “il chiarimento di tale contemporaneo *essere e dover essere* delle norme permette di cogliere in maniera integrale la loro essenza”. Se pertanto egli rifiutava di collocare le norme “su un piano deteriorato”, trasferendo “l'indagine sul terreno dei *fatti di per sé stessi*”, e “considerando questi l'unico elemento concretamente esistente”, nondimeno occorre guardare l'ordinamento “in termini aperti e dinamici, in modo da inquadrare l'esperienza normativa nella multiforme ed ampia dimensione di tutte le sue estrinsecazioni³”.

Si colgono in questi passaggi le suggestioni della riflessione sull'esperienza giuridica, molto vivace in quegli anni, che aveva avuto Capograssi come capofila, seguito, con differenti sensibilità, da Giuliani, Opocher, Fassò e Piovani. Su di essa Galizia ritorna nel 2003 in una delle sue ultime opere, *Esperienza giuridica libertà costituzione*, nella quale, ripercorrendo il suo itinerario intellettuale, egli notava come già nella monografia giovanile sulla sovranità avesse guardato “con attenzione alla distinzione tra momento giuridico e momento etico-politico”, insistendo nel contempo “sul necessario collegamento tra tali due momenti”, perché solo così “la scienza del diritto tende

³ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano 1972, 132 s.

effettivamente ad essere al servizio dell'uomo, della sua sempre maggiore elevazione", ed "il giurista può porsi concretamente come difensore della libertà e della legalità"⁴. Galizia rivendica, in questo scritto fortemente autobiografico, quel legame con "le idee etiche e giuridiche" di Giambattista Vico, con "la concretezza umana e storica delle analisi" del filosofo napoletano, che egli avrebbe non a caso indicato tra i precursori della scienza costituzionalistica italiana⁵.

Chiudo qui con questo breve ricordo di un Maestro che ho sempre sentito vicino nei miei percorsi universitari, e del quale conservo ancora con commozione l'estratto di un suo scritto, inviandomi nel gennaio 2002 con una dedica rivolta a me, "fedele alla tradizione liberalsocialista".

Lo ricordo con affetto e riconoscenza per la simpatia che volle manifestarmi, e per l'insegnamento fondamentale che da lui ho ricevuto, di considerare il rapporto tra società e stato "in modo dinamico ed elastico, fuori di approcci rigidi e meccanici, in una angolazione aperta legata alla concretezza della vita e dell'evoluzione storica e perciò considerata ontologicamente al di fuori di inquadrature astratte e di forzati logicismi dommatici"⁶.

⁴ Cfr. M. GALIZIA, *Esperienza giuridica libertà costituzione*, in *Il politico* 2003, 390.

⁵ Cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch.giuridico Serafini*, 1961, 76 s.

⁶ Cfr. M. GALIZIA, *Esperienza* cit., 427.



Paolo Armaroli*

Mario Galizia, giù e su per le scale di via Laura 48**

A Firenze, in via Laura 48, a un passo da piazza San Marco, dove c'è il rettorato, dalla fine degli anni Cinquanta fino a quando furono trasferite con improvvida decisione nell'estrema periferia, a Novoli, dove un tempo i pastori pascolavano pecore e capre, avevano la loro sede le Facoltà di Scienze politiche e di Giurisprudenza. Al primo piano c'erano gli istituti delle due Facoltà. Al secondo piano, le aule della Facoltà di Scienze politiche "Cesare Alfieri", erede di quell'Istituto superiore di studi politici e sociali fondato da Carlo Alfieri e dedicato al padre Cesare. Al terzo e ultimo piano, nell'abbaino, come dicevano noi del piano di sotto, c'erano le aule della Facoltà di Giurisprudenza.

Ai vari piani si poteva accedere o con un ascensorino talmente piccolo nel quale a malapena entrava il professor Pompeo Biondi, grande e grosso come un armadio. O per mezzo di scale, ampie e molto belle. Ecco, fu su quelle scale che vidi per la prima volta il professor Mario Galizia. Non faceva su e giù per le scale. Al contrario, andava giù e su. Giù a Scienze politiche, Facoltà nella quale aveva insegnato a Pavia e nella quale insegnerà alla romana Sapienza. Di nuovo su, a Giurisprudenza.

Questo saliscendi ha una sua precisa ragione. A Giurisprudenza era stato chiamato da Paolo Barile, che in un mio articolo, a proposito di un convegno a lui dedicato, ho definito "L'eleganza in cattedra". In effetti, era un uomo dotato di gran fascino. Sempre affabile e cortese con tutti. Oratore che sapeva farsi ascoltare. Perfino con un abito acquistato ai grandi magazzini, si fa per dire, avrebbe fatto la sua bella figura. A Galizia, quando parlava di lui, brillavano gli occhi. Entrambi allievi di quel mostro sacro del giure che era Piero Calamandrei, lo considerava un fratello maggiore. Se non addirittura un padre. Senz'altro un Maestro, sebbene fossero divisi da pochi anni d'età.

E poi a Giurisprudenza c'era il primo allievo di Barile, Enzo Cheli, che Galizia ha sempre portato in palmo di mano. E con ragione. Perché Cheli ha avuto sempre una mentalità cartesiana illuminata da concetti chiari e distinti. Sempre profondi, ancorché forse non schioppettanti come quelli del suo Maestro. Così come a Giurisprudenza c'era un altro professore a lui particolarmente

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Genova.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla *Rivista Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

caro: lo storico del diritto Paolo Grossi, un fuoriclasse che si è sempre espresso nelle tante cose di buono che è riuscito a fare con una scrittura che più nitida non si potrebbe e con qualche civetteria ottocentesca, da quel gran signore che è.

Dopo di che Galizia scendeva sempre volentieri al piano di sotto. Ma perché volentieri? Per cominciare, per una questione di metodo. Se così si può dire. Perché lui si sentiva professore più di Scienze politiche che di Giurisprudenza. Ormai il diritto costituzionale e dintorni viene professato pressappoco allo stesso modo nelle due Facoltà. Ma un tempo le cose stavano altrimenti.

Nell'una l'ordinamento giuridico veniva visto con gli occhi di Santi Romano, mentre il santo patrono nell'altra era Hans Kelsen. Nell'una non si temeva di sporcarsi le mani con la storia, la scienza della politica, la sociologia e tanto altro ancora. Nell'altra, invece si privilegiavano i combinati disposti e si svisceravano le fonti del diritto. Che avevano e hanno la loro brava importanza, beninteso. Ma quando si combinano come meglio non si potrebbe i criteri della gerarchia e della competenza, tutto finisce lì. Nell'una si badava alla sostanza, mentre nell'altra alla forma. Nell'una si avvertiva la passione civile e – perché no? – politica, mentre nell'altra la tentazione era quella di chiudersi in una torre d'avorio e di giocare al giurista puro.

Sia chiaro: le cose non stavano precisamente così nella Facoltà fiorentina di Giurisprudenza. E il perché è risaputo. Per la semplice ragione che quella è stata la Facoltà di Piero Calamandrei. Non solo un asso della procedura civile, ma di molto altro ancora. Finissimo scrittore. Polemista raffinato. Uomo politico inquieto perché non gli andava mai bene nulla. A cominciare dal progetto di costituzione presentato dal presidente della commissione dei Settantacinque Meuccio Ruini.

Proprio nulla di nulla. Né come era stata scritta, tanto da sostenere – affondando il coltello nel burro – che si vedeva lontano un miglio che non fosse stata scritta da Ugo Foscolo. Né per i suoi contenuti interpretabili in mille modi diversi. Tra gli esempi faceva quello della cosiddetta Costituzione economica. Immaginava un dialogo tra un liberale e un progressista durante il quale ognuno di loro diceva che la Carta gli dava ragione. Ecco il paradosso di una Costituzione rigida, perché per le sue modifiche occorre una procedura aggravata, e garantita dalla Corte costituzionale, che pur tuttavia è al tempo stesso elastica proprio perché ambigua.

Pur con tutte queste precisazioni relative alla Facoltà fiorentina di Giurisprudenza, sta di fatto che se c'è un costituzionalista tipico di Scienze politiche, questi è Mario Galizia. Per la sua cultura storico-giuridica. Per i suoi interessi molteplici. Per i suoi studi, quasi tutti centrati sui rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo. Basti citare: “Nomina e fiducia. Il Presidente della Repubblica e la formazione del governo”, del 1954; “Lineamenti generali del rapporto di fiducia fra parlamento e governo”, del 1959; le voci dell'Enciclopedia del diritto “Crisi di governo” e “fiducia parlamentare”. Tutte questioni che toccano il cuore della forma di governo al centro degli interessi di Costantino Mortati, a lui tanto caro.

Non è tutto. A Galizia sta a cuore anche la questione del metodo. E a questo proposito si possono citare in qualche misura i suoi “Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale”, del 1963, e la voce dell'Enciclopedia del diritto “Diritto costituzionale: profili storici”. Lavori questi nei quali si pone l'accento sugli stretti rapporti tra diritto e storia.

Sì, Galizia scendeva dalle scale e arrivava a Scienze politiche spesso e volentieri. La sua seconda casa dopo quella del piano di sopra. La casa di Giuseppe Maranini, storico del diritto costituzionale per eccellenza. Come testimoniano i tanti suoi lavori: da “Le origini dello Statuto albertino”, la sua tesi di laurea, a “La Costituzione di Venezia”, da “Classe e Stato nella Rivoluzione francese” all’ultimo suo lavoro, “Storia del potere in Italia”.

Gioverà ricordare che nel 1940 sulla rivista “Stato e diritto”, la rivista diretta da Giuseppe Chiarelli, polemizza con Vezio Crisafulli per l’appunto sulla questione metodologica. Maranini ammoniva dal guardarsi, nello studio del diritto costituzionale, “dall’assoluto dominio della dommatica, ed ancor più dalle esercitazioni dommatiche, dai virtuosismi dommatici; vale a dire da quella forma di dommatica che librandosi nelle pure sfere della logica astratta perde il controllo ed il limite della consapevolezza storica”. E Chiarelli, suo collega alla Facoltà fascista di Scienze politiche dell’Università di Perugia, la pensa allo stesso modo. Tanto da affermare che “le categorie giuridiche senza il loro contenuto storico rappresenteranno schemi astratti, nei quali non è pensabile la realtà, come non è pensabile alcuna realtà puramente formale”.

Tuttavia, il piano di sotto non si caratterizza per il solo insegnamento di Giuseppe Maranini. Sono professori nella Facoltà di Scienze politiche Giovanni Sartori che, novello Alexis de Tocqueville, dopo una permanenza negli Stati Uniti torna a Firenze e – dopo Machiavelli, Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Roberto Michels – ridà lustro alla scienza della politica; Giovanni Spadolini, numero uno fin dalla giovane età, prolifico storico del Risorgimento e del post Risorgimento che, dopo aver inanellato successi a non finire, non riuscì a essere eletto alla suprema magistratura dello Stato e nel 1994 per un solo voto di scarto non fu rieletto alla presidenza del Senato e dovette cedere il posto a Carlo Luigi Scognamiglio Pasini; Silvano Tosi, che per molti anni insegnò il diritto parlamentare e a lui sarà dedicato il Seminario di studi e ricerche parlamentari che fortissimamente volle. Se il diritto costituzionale, come riteneva Attilio Brunialti, è il più politico dei diritti, a maggior ragione lo è il diritto parlamentare, la materia professata da Tosi. Basti dire che il principio del nemine contradicente, secondo il quale se nessuno muove obiezioni una disposizione regolamentare può essere bellamente violata, è il rovescio del diritto.

Perché questa premessa? Per sottolineare che al piano di sotto Mario Galizia ci stava come un papa. Difatti il suo metodo è esattamente quello squadernato sulla rivista “Stato e diritto” da Maranini. Alle mani pulite, Mario non era minimamente interessato. Lui le mani voleva sporcarselo. Perché un diritto senza storia, e molto altro ancora, è vuoto. Mentre una storia senza diritto è cieca, va di qua e di là senza molto costruito. La verità è che Galizia era lontano un miglio dagli uomini sogliola, a una sola dimensione, che a cercarli se ne trovano in quantità industriali. No, lui era un uomo poliedrico. Non si accontentava di coltivare il proprio orticello, il proprio campo. No, lui andava oltre. Sempre più in là, consapevole com’era del fatto che tutto si tiene.

Di prove Mario ne ha date infinite. Nelle lezioni e nei seminari alla Facoltà di Scienze politiche della romana Sapienza. I seminari duravano ore e ore. Ma nessuno avvertiva il trascorrere del tempo. Lui se ne stava al centro. E attorno a lui si muovevano studenti, ricercatori, assistenti e qualche più giovane collega come il sottoscritto. Mai che salisse in cattedra. Come amava più leggere che scrivere, anche se ha scritto libri e saggi che si caratterizzano per la loro finezza. Così

preferiva ascoltare più che parlare. Sollecitava gl'interventi e poi interveniva a sua volta: l'antitesi dopo la tesi. Ma la sintesi, quando arrivava, non era mai definitiva: piuttosto un punto di ripartenza. Un vero e proprio Bolero di Ravel. Senza fine.

La stessa cosa accadeva quando, nelle sue frequenti escursioni fiorentine, mi telefonava se ero disponibile la sera a fare quattro passi. Ovviamente gli dicevo sempre di sì anche se stessi scrivendo l'ottava meraviglia del mondo. Ore e ore di camminate senza soste. Dappertutto: in centro, in periferia, sulle colline. E ancora una volta facevano capolino le mie povere tesi e le sue luminose antitesi. Infine, spuntava la sintesi come nuova ripartenza. Ed ecco l'ennesimo Bolero di Ravel. Senza fine. Si parlava di tutto. Di diritto costituzionale, ovviamente. Di storia costituzionale italiana, francese, inglese. Commentavamo i più recenti saggi dei colleghi. Ma lui, diavolo d'un uomo, andava sempre oltre. Avanti, sempre più avanti. Spaziando dappertutto, perfino sconfinando nella poesia. Della quale non ho mai capito un'acca.

Un Maestro, senza mai darlo a vedere. Un uomo buono e generoso. Sapeva riscaldare come il sole senza neppure rendersene conto. E ai giovani studiosi fiorentini ha dato più di una mano nei concorsi a cattedra. Perché a un uomo come Galizia nessuno diceva di no. Se ho un rimpianto, è quello di non avere avuto l'opportunità di stargli ancora più vicino. Per egoismo, si capisce. Perché da lui c'era sempre tanto, ma davvero tanto, da imparare.



Stefano Ceccanti*

**Mario Galizia: il senso della storia e della comparazione.
Una breve rilettura del testo 1964-1972****

Per questo breve contributo riprendo dopo un quarto di secolo, quando mi fu utilissimo per la tesi di dottorato, il volume del 1972 di Mario Galizia “Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo” edito da Giuffré e resto tutt’ora colpito dalla sua straordinaria capacità di lettura storica e comparatistica: specie se penso ad un periodo in cui l’acquisizione di informazioni era ben più difficoltosa.

La Premessa spiega che si tratta della sostanziale riproduzione di un’edizione provvisoria del 1964 che per varie ragioni non sarebbe stato opportuno riscrivere. Galizia non si esime dal precisare il carattere storicamente condizionato che queste ricostruzioni non possono non avere. In particolare, ammette di aver sfumato le proprie idee originarie, condivise da vari studiosi di sinistra soprattutto nella prima parte della Presidenza Gronchi, prima fra tutte quella di valorizzare l’istituzione Presidenza della Repubblica ai fini di garantire una più rapida attuazione costituzionale. Scrive Galizia: “Il proposito di valorizzare in genere gli interventi di garanzia del Presidente della Repubblica – accanto a quelli della Corte costituzionale – per sollecitare verso una maggiore apertura la dinamica dei processi politici, in modo da equilibrare l’irrigidimento, considerato eccessivo, dell’azione dei gruppi di maggioranza” esprime “un’esigenza che ancora oggi è nel suo fondo valida, ma che..si presenta con aspetti più complessi” tenendo conto della necessità di “una maggiore storicizzazione degli istituti”¹.

Dietro questa maggiore prudenza stava anche l’obiettivo cesura che determinata dalle vicende del Governo Tambroni, che raffreddò in modo decisivo gli entusiasmi per quel tipo di impostazione, come emerge esplicitamente dal testo. Scrive infatti l’Autore che l’azione del Capo dello Stato può essere efficace “soltanto se appoggiato da un adeguato consenso sia da parte degli altri organi costituzionali che da parte del popolo... Qualora si determinasse un contrasto deciso, una rottura fra i suoi punti di vista e quelli delle altre parti del sistema in relazione alla linea politica da lui assunta, i suoi interventi perderebbero di consistenza; affievolendosi tale necessario

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Giuffré, Milano, IV.

consenso, egli non potrebbe più realizzare, con adeguata energia, quei fini di garanzia, di coordinazione, di attivizzazione del sistema, a lui affidati dalla Costituzione. Significativa al riguardo è l'esperienza della Presidenza Gronchi successivamente all'episodio Tambroni”².

La lettura dei poteri presidenziali da parte di Galizia fa indubbiamente leva prima di tutto sui tratti dualisti della figura presidenziale presenti nel testo costituzionale: quei tratti che molti, secondo il maestro, avrebbero sottovalutato fino alla crisi del primo sistema dei partiti, che li avrebbe invece resi evidenti.

Per fare qualche esempio più rilevante, sul potere di nomina ex art. 92 Galizia afferma che “il Governo appare giuridicamente ‘formato’ con la sola nomina del Capo dello Stato, indipendentemente dal voto di fiducia delle Camere”³; sul potere di scioglimento delle Camere se ne afferma l'attribuzione al solo Capo dello Stato per ampie “ragioni funzionali”, per esempio rispetto “ad una situazione di precarietà funzionale, di stasi o di inefficienza della relazione fiduciaria”⁴.

Galizia si distanzia però, almeno parzialmente, dalla categoria dell’“indirizzo politico costituzionale” di Paolo Barile che comprenderebbe tutti gli organi costituzionali, compreso il Presidente. Egli ne apprezza un aspetto chiave: “il riconoscimento... di un’attività di direzione politica in senso ampio distinta da quella del raccordo Parlamento-Governo”⁵, ma ritiene preferibile non utilizzare il termine “indirizzo” al di fuori del rapporto fiduciario che è il “fulcro dell’azione politica dello stato-soggetto”⁶ e collocare anche l’azione presidenziale dentro il concetto di “politica generale dello Stato-istituzione”⁷.

Nonostante questo tentativo di distinzione, la valorizzazione dei tratti dualisti del testo costituzionale non è meno penetrante rispetto a quella degli autori che usano la nozione di indirizzo politico costituzionale: lo dimostra il fatto che Galizia arriva ad ammettere un potere di revoca presidenziale del Governo sia pure in casi-limite come quelli in cui il Governo non si presenti alle Camere per la fiducia o non si dimetta in caso di sfiducia, se i ministri non rassegnano le dimissioni in caso di morte del Presidente del Consiglio⁸.

La parte comparatistica del volume ruota in sostanza intorno all'impostazione mortatiana che collega le norme di razionalizzazione costituzionale e la loro efficacia alle condizioni di omogeneità o eterogeneità sociale. La spiegazione della storia costituzionale inglese parte, infatti, dal ruolo di cerniera, assente in Francia, della nobiltà terriera legata al modo di produzione capitalistico che tiene insieme le basi sociali del sistema⁹. Per questo funziona in modo non divaricante un gioco politico che permette l'alternanza secca decisa dal corpo elettorale dopo le riforme relative alla sua estensione¹⁰.

² *Ivi*, 27.

³ *Ivi*, 12.

⁴ *Ivi*, 33.

⁵ *Ivi*, 229.

⁶ *Ivi*, 232.

⁷ *Ivi*, 233.

⁸ *Ivi*, 126.

⁹ *Ivi*, 156.

¹⁰ *Ivi*, 345 s.

Sul continente, dove tali condizioni sociali non sarebbero esistite, le maggioranze tendono ad essere strutturalmente “eterogenee e poco stabili”¹¹, a partire dalla Terza Repubblica francese. Questo non significa che ci si debba rassegnare passivamente a questa situazione; norme di razionalizzazione possono e debbono essere introdotte purché la lettura della realtà sociale sia corretta, tenendo quindi conto che ove vi sia eterogeneità non è possibile adottare soluzioni analoghe ai contesti in cui essa è presente e purché gli strumenti corrispondano a finalità sensate. Ora, se il portato dell’eterogeneità è la frammentazione delle assemblee, indebolire il Capo dello Stato e modellarsi sulle soluzioni prevalse nella storia della Terza Repubblica è stato in vari casi del primo dopoguerra un errore *ab initio*, come nell’Austria del 1920, in Estonia e in alcuni Stati tedeschi¹², ma anche la contrapposizione, in senso opposto, di Parlamento e Presidente, dotati della medesima legittimità, era stato un errore¹³.

In tutti questi casi, in altri termini, le concrete soluzioni avrebbero peccato di “astrattezza”¹⁴.

Anche alcune soluzioni adottate nel secondo dopoguerra non si rivelano prive di contraddizioni. Così è, abbastanza ovviamente per l’esperienza francese della Quarta Repubblica, ma anche per alcune caratteristiche della forma di governo tedesca, a cominciare dall’elezione a scrutinio segreto del Cancelliere senza dibattito, un fatto “elusivo rispetto alla responsabilità politica”¹⁵. Un punto cruciale, anche se superato nei fatti (non in diritto) dalle modalità con cui l’efficace sistema dei partiti prepara per tempo le coalizioni di Governo, ma di profondo rilievo, se si considera che i Costituenti spagnoli qualche anno dopo imitarono il modello tedesco, correggendolo peraltro col voto palese e il dibattito parlamentare.

Sulla Quinta Repubblica l’esame svolto mostra pregi e limiti delle soluzioni adottate nel 1958-1962, in particolare in relazione ad alcune contraddizioni a suo dire determinate dall’incompatibilità fra essere membro del Parlamento e del Governo¹⁶; a differenza delle posizioni assunte dalla gran parte della dottrina dell’epoca, la nuova forma di governo non è demonizzata in sé, ma, pur con queste aperture che tendono a evitare un giudizio compiuto (stante l’applicazione di esse, sin lì “strettamente condizionata dalla realtà politica gollista”¹⁷, Galizia ne esclude seccamente l’importabilità in Italia dove la forma di governo sarebbe stata, scriveva, allora ancora vitale¹⁸.

Al di là delle conclusioni puntuali, che vanno sempre storicizzate come lo stesso Galizia nella Premessa ritiene indispensabile fare, il metodo della lettura delle norme attraverso il necessario prisma dalla storia costituzionale da una parte e dall’analisi comparata dall’altra che le confronti tenendo conto anche della diversità della basi sociali dei diversi ordinamenti (naturalmente mutevoli nel tempo: omogeneità ed eterogeneità non sono fisse, specie laddove le fratture siano

¹¹ *Ivi*, 354.

¹² *Ivi*, 361.

¹³ *Ivi*, 362.

¹⁴ *Ivi*, 367.

¹⁵ *Ivi*, 376.

¹⁶ *Ivi*, 397 ss.

¹⁷ *Ivi*, 394.

¹⁸ *Ivi*, nota 53 f, 391 ss.

ideologhe e geopolitiche di per sé più transeunti di quelle linguistiche, razziali, religiose), è in grado di illuminarci ancora a tanti anni di distanza.



Roberto Borrello*

Omaggio a Mario Galizia**

E' per me sempre una grande gioia ed un onore avere la possibilità di ricordare un Maestro e Studioso quale Mario Galizia, che considero una delle figure di riferimento della mia ormai pluridecennale parabola di ricerca.

In occasione della prima manifestazione in ricordo del Prof. Galizia, organizzata il 1 ottobre 2014, sempre grazie all'affetto del suo allievo più vicino, Fulco Lanchester, nel mio intervento¹ ho dato prevalenza al dato esistenziale, ponendo in evidenza la particolarità delle vicende, che hanno portato all'incrociare la sua strada, nel 1991 grazie ad una felice coincidenza, o meglio, come ho detto all'epoca, utilizzando Carl Jung, ad una sincronicità di eventi, rappresentata dalla partecipazione con esito favorevole ad un concorso per ricercatore nel settore di diritto pubblico comparato bandito in questo Dipartimento, all'epoca Teoria dello Stato, della Facoltà di Scienze Politiche.

Di quanto ho detto all'epoca, mi piace in questa sede ricordare, in primo luogo, quanto la viva vox del Prof. Galizia mi abbia insegnato anche in pratica sull'importanza, per la scienza del diritto costituzionale, della comparazione, della storia e delle scienze sociali.

In secondo luogo, desidero ricordare il mio tentativo di sintetizzare l'essenza della pensosa figura di Mario Galizia, come un concentrato di impegno civile e culturale, donato in modo spontaneo e trasparente, quale manifestazione del suo (ben dissimulato ma vero) amore verso il prossimo.

Sono tanti gli aspetti dell'opera di Mario Galizia, studioso come ben sappiamo dotato di una cultura multidisciplinare fuori del comune, che, e questo è uno dei suoi innumerevoli meriti, sapeva incardinare e dosare sapientemente in prodotti scientifici d'eccellenza.

Non è una impresa facile operare ricostruzioni d'insieme, in tal senso e la brevità -che questa bella giornata, ricca di testimonianze, ci impone- mi ha fatto pensare di rendergli omaggio,

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Siena.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ R. BORRELLO, *Mario Galizia: la trasparenza della cultura come dono agli altri*, in F. LANCHESTER (cur.), *Per Mario Galizia*, in *Nomosletturaneldiritto.it*, fasc. n. 3/2014, 37 e ss.

affidandomi al già richiamato fenomeno della sincronicità di eventi junghiana. Proprio di recente, il 4 ottobre, in questo anno del centenario della nascita di Galizia, ho avuto occasione di tenere una relazione in un bel convegno organizzato a Siena dal Dipartimento di Giurisprudenza nelle persone dei cari amici e colleghi Andrea Pisaneschi e Mario Perini per la presentazione del Quaderno del Circolo Rosselli uscito nel 2020 per i vent'anni dalla scomparsa di Paolo Barile.

La preparazione della relazione a tale convegno è stata una nuova ideale e gradita occasione di incontro con Mario Galizia, il cui itinerario esistenziale e scientifico, notoriamente, si è intrecciato con quello di Paolo Barile.

Il legame con Barile ha profonde radici, che si collocano tra l'ultima fase bellica ed i primi lustri della Repubblica ed è sempre stato estremamente saldo, tanto che Enzo Cheli ricordava che, recatosi presso il mitico studio fiorentino di Via Capponi nei primi anni Sessanta dello scorso secolo, si vide presentare Mario Galizia da Barile, come suo fratello minore (Barile era di quattro anni più anziano)².

Ora, emblematico dell'intensità del legame è quello ben noto scritto che Mario Galizia ha dedicato a Paolo Barile nel 2001, ad un anno dalla sua scomparsa³.

Si tratta di un contributo denso ed articolato, che è sicuramente, nelle sue 37 pagine, la più importante ed autorevole ricostruzione del pensiero di Barile. E' su questo scritto che svolgerò qualche breve considerazione nell'ambito del mio intervento, perché a mio avviso consente di cogliere, sotto ulteriori sfaccettature, la ricchezza della personalità di Mario Galizia.

Come ha notato il compianto Antonio Zorzi Giustiniani⁴, Mario Galizia amava ricostruire il pensiero di protagonisti della scienza costituzionalistica in una prospettiva storica di ampio respiro (Carré de Malberg, il giovane Lavagna, Francesco Saverio Merlino, Egidio Tosato e Vincenzo Zangara). Tali cammei, sempre come ricorda Zorzi, erano privi di carattere encomiastico, essendo spunti "per rivisitare correnti di pensiero e stagioni politico-culturali".

Nel caso del saggio su Barile ci imbattiamo in quello che io considero un *unicum*, un prodotto culturale complesso, perché coniuga le consuete, lucide analisi dei temi costituzionalistici più importanti con un vissuto pregnante, ricostruito con quelli che definirei toni poetici di impegno civile (che riprenderà, per altro, e svilupperà nel suo testamento spirituale che è contenuto negli "Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)").

Troviamo innanzitutto l'atmosfera degli anni della guerra di liberazione, le figure dei maestri, Calamandrei, trait d'union tra Barile e Galizia, poi Mortati e sullo sfondo Capograssi, che emergono anche in rapide pennellate dei loro tratti umani, nonché quelle dei sodali, Alberto Predieri più di tutti. Aleggja poi su tutto la "fiorentinità" (l'Atene sempre presente di Calamandrei), da intendere nel caso di specie, come osservato da Fulco Lanchester⁵, come uno stile di vita e di cultura che coinvolge chi si trova in quella meravigliosa città, a prescindere dalla nascita, impregnandosi positivamente di quella particolare atmosfera. Sotto tale punto di vista è importante ricordare, sempre con Lanchester, che la scuola costituzionalistica fiorentina è nata

² E. CHELI, *Mario Galizia e la tradizione giuspubblicistica*, in F. Lanchester, *Per Mario Galizia...cit.*, 15.

³ M. GALIZIA, *Paolo Barile, il Liberal-socialismo ed il costituzionalismo*, in *Il Politico*, fasc. n. 2/2001, 193 e ss.

⁴ A. ZORZI GIUSTINIANI, *Il mio ricordo di Mario Galizia*, in F. Lanchester, *Per Mario Galizia...cit.*, 69.

⁵ F. LANCHESTER, *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, in S. MERLINI (cur.), *Il potere e le libertà. Il percorso di un costituzionalista*-Atti del Convegno per il centenario della nascita di Paolo Barile, Firenze 2019, 119.

solo nel secondo dopoguerra, su impulso di Calamandrei con protagonisti, appunto, Paolo Barile, Mario Galizia e Alberto Predieri, non fiorentini, né come origine, né come appartenenza accademica, ma ben radicati nel contesto⁶.

Tutti questi ingredienti danno un tono unico a questo scritto che, per me, è anche un'opera letteraria, con immagini potentemente evocative. Tra tutte proprio quella iniziale di Paolo Barile che viene ritratto mentre camminava il 7 settembre 1944, in quelli che Galizia chiama i “giorni pieni di entusiasmo”, “... con passi veloci, con fermezza, quasi direi con un ardore leggermente spavaldo. Portava un grosso basco bleu, piegato all'indietro, che a me ricordava quello dei *maquis* francesi che avevo veduto in una fotografia, e glielo dissi. Lui mi osservò che usava portare il basco da tempo per comodità; tuttavia, a me nell'incontrarlo col suo grande basco il pensiero continuava ad andare quasi con letizia ai *maquis*. Paolo Barile, un *maquisard* a difesa della libertà della dignità”⁷. È questo un ritratto non solo di Barile, ma di uno stato d'animo gioioso e pieno di speranza della generazione che potremmo chiamare della palingenesi, con evidenti connotazioni autobiografiche.

Il saggio è, quindi, un grande affresco, come si anticipava più sopra, di temi del dibattito costituzionalistico, visti nella tipica prospettiva storica di Galizia, attraverso la nozione chiave del liberalsocialismo, inquadrato nelle sue radici storiche generali e nell'evoluzione italiana, partendo da Montesquieu e Kant, attraverso Salvemini, Calogero, De Ruggiero, arrivando a Gobetti ai fratelli Rosselli e a Calamandrei. Libertà, storicità, socialità, unificati nel liberalsocialismo, fanno leva, dice Galizia, “sul momento della giuridicità”, saldandosi con il costituzionalismo e divenendo entrambi “...premesse spirituali e dottrinali della Resistenza italiana”⁸.

Sarebbe impossibile nella presente sede tentare anche solo una sintesi espositiva della complessa ma limpida riflessione di Mario Galizia (segnalo al riguardo, tra gli altri, ad un saggio apparso su *Nomos* di Salvatore Bonfiglio)⁹.

Faccio solo un rapido accenno a due profili che mi hanno colpito e che denotano lo sguardo vigile e critico di Galizia, di allora, su un futuro, ora diventato un presente problematico.

Il primo certifica il saldo convincimento di Galizia sul perdurante valore della democrazia parlamentare, nella prospettiva di evoluzioni aventi profonde radici storiche.

Dice Galizia¹⁰: “Nell'ambito del liberalsocialismo fino dai tempi della lotta clandestina, al di là degli specifici schieramenti partitici, emergevano due principali orientamenti. Uno portato a centrare l'attenzione sulla forza decisionale politica e quindi sulla forma di governo Un altro inteso a valorizzare al massimo il momento sociale e il carattere aperto e diffuso dello stesso; e di qui una accentuazione decisa del momento della rappresentanza politica, quale elemento necessario per una effettiva consapevolezza costituzionale. Si tratta di una linea che personalmente ho sempre preferito”. Poi aggiunge che dinanzi alla propensione che Paolo Barile negli ultimi anni aveva manifestato per “una democrazia d'investitura e per un uso dirompente

⁶ F. LANCHESTER, *op. cit.*, 124.

⁷ M. GALIZIA, *op. cit.*, 194.

⁸ M. GALIZIA, *op. cit.*, 210.

⁹ S. BONFIGLIO, *Liberalsocialismo e costituzionalismo nel pensiero giuridico di Mario Galizia*, in *Nomos* attualitàneldiritto.it, fasc. n. 3/2020.

¹⁰ M. GALIZIA, *op. cit.*, p.225.

del referendum, sono riemersi nel mio animo... antichi dubbi, sentendomi ancora indirizzato a valorizzare nell'esperienza costituzionale soprattutto il profilo sociale nei suoi complessi multiformi elementi, nella sua accentuata vocazione al pluralismo ed al dinamismo costituzionale”¹¹.

Il secondo profilo è la citazione di Carlo Cattaneo, quasi in chiusura dello scritto, effettuata indirettamente attraverso la figura di Alessandro Levi, che Galizia ricorda come “insigne filosofo e storico, zio dei fratelli Rosselli, costretto a lungo all'esilio”¹². Dice Galizia che Levi, di fronte alle tante definizioni di libertà, dai confini confusi e superficiali, richiamò, appunto, “quella che ne diede uno dei più illuminati intelletti italiani dell'Ottocento Carlo Cattaneo, quando scrisse « la libertà è l'esercizio della ragione”¹³. Poi aggiunge: “È una disciplina, quella mentale e vitale della limpidezza della ragione, quale architrave fondamentale della libertà e della giustizia”¹⁴.

L'appassionato convincimento di Mario Galizia su tale pregnante significato della libertà è di estrema attualità.

¹¹ Lc. cit.

¹² M. GALIZIA, *op. cit.*, p. 227.

¹³ Lc. cit.

¹⁴ Lc. cit.



Giulia Caravale*

L'attualità della lezione di Mario Galizia**

Mi sono laureata con Mario Galizia nel 1991. Lo avevo conosciuto come studentessa del corso di diritto costituzionale italiano e comparato ed ero rimasta affascinata dal suo sguardo curioso, dalle sue lezioni colte e brillanti, dalla sua capacità di trasmettere passione a noi studenti, dall'interesse che mostrava sempre per le nostre opinioni, ancorché acerbe, sui temi che lui trattava con tanta sapienza. Applicando il “metodo Galizia” nel corso delle sue lezioni ci insegnava a ragionare sulle questioni, a maturare le nostre opinioni, ad ascoltare quelle degli altri e a porci domande.

Come argomento della mia tesi di laurea mi propose il tema dell'evoluzione della forma di governo britannica a partire dalla fine dell'800, invitandomi a concentrare la mia attenzione su alcuni degli snodi che tra le due guerre avevano segnato i rapporti tra Governo, Parlamento e Sovrano. Riempiva di notazioni e appunti i capitoli che gli consegnavo consigliandomi di partire dallo studio dei classici della dottrina inglese, studio necessario per comprendere a pieno le peculiarità della Costituzione britannica e la sua evoluzione. Infatti, gli autori di quel periodo, come ha scritto Mario Galizia, avevano affrontato “in una visuale complessiva i problemi generali della realtà giuridica dell'epoca, ... perché la loro impostazione metodologica” costituiva il nodo da cui si erano sviluppati “i vari orientamenti di studio successivi”¹. Conoscere e tenere in considerazione il sottofondo, lo spirito e il tessuto sociale che sorregge la Costituzione, ricordare sempre la storia: Mario Galizia mi insegnava che il diritto costituzionale era “legato in un unico *living body* con gli altri rami del diritto” e che le istituzioni costituzionali erano “parte di un più vasto tessuto sociale che determina il loro funzionamento”².

Particolarmente rilevante per la comprensione delle fondamenta della Costituzione britannica si rivelò la lettura del lavoro di Mario Galizia sui caratteri del regime parlamentare inglese del settecento e del volume *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo* nei quali Galizia si era soffermato sull'evoluzione della forma di governo inglese, sulla graduale emersione dell'individualità del

* Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo in occasione del Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* e dalla *Rivista Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

¹ M. GALIZIA, *Profili storico comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963, 3 (36).

² *Ibid.*, 40.

Consiglio di Gabinetto rispetto al Sovrano e sulla definizione della sua responsabilità nei confronti del Parlamento. Fiducia del Sovrano e fiducia del Parlamento – sottolineava Galizia – avevano all'epoca costituito gli elementi per un equilibrio pluralistico che era l'essenza della democrazia parlamentare inglese. L'equilibrio armonico, pluralistico e dinamico, tra Esecutivo e Legislativo aveva evitato la soggezione di un potere all'altro e garantito il bilanciamento delle istituzioni, anche quando “scomparsa la Corona quale centro politico determinante” questo equilibrio era stato “assicurato dall'inserimento nel sistema, con maggior peso, del corpo elettorale e dalla più ampia e solida struttura assunta dai partiti”³.

Lo studio di questo equilibrio presente nella Costituzione britannica e dell'influenza del sistema dei partiti fu dunque al centro della mia tesi di laurea. Uno dei temi che avevo affrontato in detta occasione era stato quello del ruolo della Corona in merito alla formazione del Governo e della richiesta di scioglimento anticipato in una realtà, quale quella tra le due guerre, caratterizzata da instabilità politica, crisi economica e tripartitismo. Nella mia tesi avevo esaminato, tra l'altro, quanto accaduto in occasione della richiesta di scioglimento anticipato presentata dal Premier Ramsay MacDonald a Giorgio V nell'ottobre 1924. Come noto, a seguito delle elezioni del novembre 1923, nessuno dei tre partiti principali aveva ottenuto la maggioranza assoluta e dopo una breve esperienza di governo guidata dal leader conservatore Baldwin Giorgio V, nel gennaio 1924, aveva conferito l'incarico a MacDonald. Anche il governo MacDonald ebbe vita breve e fu sfiduciato dai Comuni nell'ottobre 1924. Così il Premier si recò dal sovrano per chiedere lo scioglimento parlamentare, ma Giorgio V non accolse subito la richiesta del Primo ministro volendo assicurarsi che non fosse possibile formare un nuovo governo guidato da Asquith o Baldwin. Ecco, Mario Galizia mi fece soffermare su questo episodio, che poteva sembrare non eccezionale in una realtà di governi deboli e maggioranze instabili, per riflettere sul margine di manovra che negli anni '20 e '30 era riconosciuto al Monarca nell'esercizio delle sue prerogative. Prerogative che in situazioni di ordinario funzionamento istituzionale erano esercitate da altri organi, ma a cui il re – specie nelle situazioni di *impasse* – riteneva di dover fare ricorso.

Anche se il mutare dei rapporti Corona- Primo Ministro aveva reso lo scioglimento “attribuzione sostanziale di quest'ultimo”⁴ Galizia notava, proprio dall'osservazione del caso di Giorgio V del 1924, che la Corona avrebbe potuto opporsi allo scioglimento “quando fosse palese che lo stesso non è in grado di apportare sensibili variazioni nella rappresentanza ai Comuni, né dare maggiore efficienza al Governo” oppure nell'ipotesi in cui la Corona si trovasse di fronte alla richiesta di “un secondo immediato scioglimento” dato che questo significherebbe “un tentativo di minare in profondità l'intero sistema costituzionale”.

Ecco mi sembra interessante evidenziare come la lettura dell'episodio del 1924 da parte di Galizia sia utile ed attuale anche oggi per intendere nella maniera più corretta il dibattito politico che in questi mesi si è aperto nel Regno Unito in occasione della presentazione del *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, destinato ad abrogare il *Fixed-term Parliaments Act* del 2011 sullo

³ M. GALIZIA, *Caratteri del regime parlamentare inglese del settecento, in tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e l'appartenenza al Parlamento*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, Cedam, 1974, 2371 (2393).

⁴ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, 1972, 242 s. nota 145.

scioglimento anticipato. La nuova legge ripristinerà la prerogativa di scioglimento assegnandola di fatto al Premier.

Il dibattito sorto in merito al *bill* ha riguardato diversi temi, tra cui in particolare quello della possibile reviviscenza, attraverso una legge, di una prerogativa regia. Nel dibattito ci si è chiesti poi se questa reviviscenza dovrà estendersi anche a tutte le convenzioni e le prassi ad essa correlata sviluppatesi nel tempo. Se si risponde in modo affermativo allora, in una realtà come quella britannica, dove il concetto di desuetudine ha una accezione molto diversa rispetto alla nostra, il precedente del 1924 in cui il sovrano, prima di accordare lo scioglimento richiesto da MacDonald, volle assicurarsi che la Camera dei Comuni non fosse in grado di dar vita ad un governo alternativo, apre spazi per futuri eventuali interventi della Corona, in linea con la complessa e articolata tradizione britannica.

E proprio ricordando le considerazioni di Galizia sull'episodio del 1924 ho deciso di dedicare all'attuale dibattito su tale legge il saggio che sarà pubblicato sul prossimo numero di *Nomos* per il centenario della nascita di Galizia. Ritengo infatti che la lezione di Galizia sia sempre utile anche per comprendere nella maniera corretta nuovi episodi e questioni inedite vissuti dall'attuale evoluzione istituzionale britannica.



Paola Piciacchia*

Mario Galizia e l'indissolubile intreccio tra profilo umano, culturale e scientifico**

Ringrazio il Prof. Lanchester per questa iniziativa che a otto anni dalla scomparsa del Prof. Galizia rende omaggio ad una figura sicuramente tra le più importanti del costituzionalismo del Novecento italiano.

Molte cose sono già state dette e non è facile evitare di ripetersi. Utilizzerò questo tempo a disposizione per focalizzare brevemente il mio intervento principalmente su due piani.

Il primo piano è quello relativo al ricordo personale del Prof. Mario Galizia un ricordo da allieva formatasi con il Maestro a partire dal percorso formativo della laurea in Scienze Politiche; il secondo è quello relativo all'apporto dell'approccio metodologico di Galizia in relazione al tema dell'evoluzione della forma di governo parlamentare che mi limiterò in questa sede solo ad accennare rinviando al saggio che presenterò per la pubblicazione sul n. 3 della Rivista Nomos aderendo all'iniziativa del Prof. Lanchester di dedicare, proprio in omaggio a Galizia, un'apposita sezione alle trasformazioni della forma di governo parlamentare.

E vengo al primo piano. Ricordo che nella precedente giornata in onore del Prof. Galizia ad un anno dalla sua scomparsa nel 2014, il Prof. Lanchester riassunse i ricordi personali esposti da ciascuno di noi nella formula "ognuno aveva il proprio Galizia". Tale espressione sottendeva il fatto che ciascuno di noi fosse legato non solo ad un'immagine pubblica, ben conosciuta a tutti, del prof. Mario Galizia ma anche ad un'immagine più personale, intimista, caratterizzata da una sorta di unicità.

Da allieva del prof. Mario Galizia, trovai questa osservazione, e per questo vi faccio ora riferimento, profondamente vera perché, nel rapporto personale con il Maestro, ognuno di noi individuava un rapporto speciale, in qualche modo privilegiato, magari agli occhi degli altri non visibile, ma che sentivamo esistere e che, forse, poteva contemporaneamente contrastare con l'immagine che altri, a loro volta, potevano avere di quel rapporto.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo al Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* in collaborazione con la Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

È questa a mio avviso sul piano umano una delle più grandi eredità di Mario Galizia quella di aver saputo intessere con i propri allievi rapporti personali costruiti sulla sua capacità di individuare, per ciascuno, il livello di costruzione di quel rapporto.

Come è stato già ampiamente sottolineato, nei rapporti con il Prof. Galizia, è sempre stato difficile distinguere in modo netto l'aspetto umano del rapporto, dal profilo scientifico e culturale di cui tale rapporto era profondamente intriso. Da questo punto di vista, non posso che, da un lato, unirmi a quanti mi hanno preceduto nel ricordare la ricchezza del confronto dialettico, la capacità di individuare il vero nucleo dell'argomentazione giuridica, la sconfinata cultura, e non solo giuridica, che sosteneva il suo ragionamento e che gli consentiva di trovare spunti che riconducevano, sempre, ad una conversazione dotta; dall'altro sottolineare la sua capacità, anche nei momenti di fragilità e di umano dolore, - come quelli in cui aveva dovuto affrontare i suoi problemi di salute - di trarre dalla ricchezza del suo animo, alimentata da un'immensa cultura e da un'immensa sete di conoscenza, la forza per affrontare i momenti più difficili. A tal proposito vorrei qui rievocare un'immagine di Galizia rimasta cara alla mia memoria, quella dell'anziano professore che nella sua stanza al Policlinico Gemelli dove era in quel momento ricoverato, scriveva poesie su un quadernino. Un'immagine poetica che è rimasta impressa nella mia mente. E voglio ricordare, anche, i numerosi contributi di centinaia di pagine, rimasti inediti, che Galizia scrisse proprio a partire dagli anni duemila e che la Fondazione sicuramente custodisce e che spero vengano un giorno pubblicati.

Non mi dilungo oltre su questi aspetti rinviando, per chi avrà voglia di leggerlo, a quanto già detto e pubblicato su *Nomos* nel 2014¹.

Vengo rapidamente al secondo punto.

Numerosissimi sono i profili che inducono alla riflessione rileggendo gli illuminanti studi di Mario Galizia. In parte rinvio, anche in questo caso, a quanto già scritto nel 2014 ma vorrei però in questa sede soffermarmi su un aspetto specifico ovvero quello dell'importanza del metodo scientifico di Galizia proprio nell'ambito delle riflessioni relative all'evoluzione della forma di governo parlamentare. E non mi riferiscono solo al volume *Studi sul rapporto tra Parlamento e Governo* ma alla visione metodologica che sottende, in generale, tutti i suoi studi.

Più volte è stata sottolineata l'importanza che per Mario Galizia rivestiva l'approccio interdisciplinare e comparatistico allo studio del fenomeno giuridico e vorrei qui anche io ricordarlo.

Come avevo già avuto modo di scrivere², la peculiarità più grande dell'approccio metodologico di Mario Galizia è stata senza alcun dubbio, quella di analizzare l'oggetto delle sue ricerche secondo diverse angolazioni, con la finalità ultima di restituire il complesso senso del fenomeno giuridico e andare alle radici profonde dell'atteggiarsi dello stesso. Questo approccio è vivo e sentito e caratterizza tutti i suoi scritti sin dagli esordi. Egli ribadisce l'ambizioso intento di far fronte alla crisi che investe il mondo del diritto attraverso un'analisi approfondita dei concetti fondamentali della scienza del diritto costituzionale e del diritto costituzionale stesso e nel fare ciò si ritrova a porre le basi di quella impostazione metodologica che attinge alla comparazione

¹ V. P. PICIACCHIA, *L'eredità umana e culturale di Mario Galizia*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2014, 53-61.

² *Ibidem*.

storica e all'approccio multidisciplinare senza mai discostarsi dal dato giuridico e dalla ricerca giuridica e che continuerà a definire, senza mai più discostarsene, nei suoi scritti successivi.

Nel 1954 in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*³ Galizia di fronte alle trasformazioni della scienza giuridica osservava: “Un'altra tendenza particolarmente influente nel settore del diritto del diritto costituzionale, è caratterizzata dal desiderio di reagire alla crisi aderendo alla realtà, alla storia per entrare nel vivo della nuova esperienza sociale e sfuggire così al pericolo di ricostruire nient'altro che dei vuoti castelli in aria”. Di fronte a tale constatazione, nella produzione scientifica di Galizia rimarrà sempre acuta la ricerca della ricomposizione in sintesi di opposte prospettive, la ricerca dell'equilibrio con una attenzione fondamentale sempre al dato giuridico sia pure in un'angolazione storicista e con un approccio improntato al realismo. Questo connoterà tutta l'opera di Galizia e in un contesto come quello odierno in cui sempre più evidenti risultano le intersezioni tra discipline diverse e dove rilevante diviene l'apporto delle altre scienze sociali alla comprensione del fenomeno giuridico, fondamentale appare la sua impostazione metodologica che affonda le proprie radici negli studi che caratterizzarono la prima metà del XX secolo di cui proprio Galizia si fece interprete⁴. Egli, infatti, negli anni Sessanta del secolo scorso, evidenziò nella ricostruzione operata nel lungo saggio *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale* in cui esaminò la dottrina a cavallo tra il XIX e il XX secolo, l'importanza, - in contrapposizione all'impostazione metodologica di quegli anni improntata al positivismo giuridico - , della prospettiva storica, sociologica⁵ e politica presente nelle indagini di alcuni autori francesi dell'epoca⁶ da Esmein a Hauriou, Duguit, Pierre, Duez, Gordon, da Burdeau a Capitant, Mirkine-Guetzévitch, Giraud, Soulier, Deslandres, i quali sia pure con sfumature ed intonazioni diverse si erano fatti a loro volta interpreti di un nuovo approccio metodologico, aperto all'apporto delle altre scienze sociali. A questa tendenza non si era sottratto lo stesso Carrè de Malberg il quale, sia pur nell'ambito dell'impostazione metodologica improntata al positivismo giuridico, si rifece alla prospettiva storica quale dimensione necessaria per la comprensione dei *données* di un ordinamento giuridico⁷, approccio che, non solo lo portò ad utilizzare elementi di storia costituzionale nella ricostruzione del diritto costituzionale francese e nella descrizione dei principi della Terza Repubblica che egli riconduce al pensiero politico del 1789, ma che lo portò – come ebbe a sottolineare Galizia - “a valorizzare gli apporti del diritto comparato attraverso ampi riferimenti sia alle istituzioni straniere, sia alla letteratura di altri Paesi”⁸.

Proprio nell'ampia riflessione sul positivismo giuridico di Carrè de Malberg, Galizia rintraccia nel relativismo il vero punto di snodo delle riflessioni dello studioso, dimostrando come la riflessione giuridica di Carrè sia sempre percorsa da una tensione che lo porterà a distanza di anni ad integrare la sua visione sulla forma di governo parlamentare.

³ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954, 27.

⁴ V. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 1-110. V. anche dello stesso Autore, *Il “positivisme juridique” di Raymond Carrè de Malberg*, cit., 335-509.

⁵ Cfr. M. GARCÍA VILLEGAS, A. LEJEUNE, *La sociologie du droit en France: De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire?*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 1, 2011, Vol. 66, 1-39.

⁶ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., passim.

⁷ V. sul punto M. GALIZIA, *Il “positivisme juridique” di Raymond Carrè de Malberg*, cit., 369.

⁸ *Ibidem*, 370.

Ebbene, ragionando in termini di evoluzione della forma di governo parlamentare non possiamo non ricordare la lezione metodologica di Galizia, oggi più che mai attuale. In un contesto di forti trasformazioni della forma di governo parlamentare attraversata da nuove tensioni legate alla crisi della democrazia, più in generale, e della democrazia parlamentare in particolare, non possiamo non tenere a mente l'insegnamento del Mario Galizia che nella seconda metà del secolo scorso aveva indicato le coordinate entro le quali guardare non solo al fenomeno giuridico ma anche al fluire dei rapporti tra Parlamento e Governo "nel quadro dell'intero sistema, alla luce della costituzione formale, ed altresì in base alla costituzione materiale, la quale salda l'insieme delle regole, che formano l'ordinamento, alla società da esse organizzata, ne assicura la vigenza, la coesione e il dinamismo"⁹.

Questa eredità culturale di Mario Galizia è quanto mai oggi attuale per riflettere sui mutamenti che stanno investendo la forma di governo parlamentare di fronte a cambiamenti¹⁰ epocali, comparabili a quelli che contraddistinsero gli anni nel periodo compreso tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo con l'allargamento del suffragio e l'avvento dei partiti politici di massa, trasformazioni che ci inducono oggi a riconsiderare in chiave moderna gli studi del grande costituzionalista.

⁹ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972, 190.

¹⁰ B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 219.



Astrid Zei*

Gli occhiali del giuscomparatista: le lezioni di Mario Galizia**

Non ho avuto la fortuna di conoscere personalmente Mario Galizia nelle vesti di Professore di Diritto costituzionale italiano e comparato, di mentore e di Maestro.

L'ho conosciuto certamente come studioso attraverso i suoi scritti sui *Profili storico giuridici della scienza del diritto costituzionale*, sui rapporti tra Parlamento e Governo e sui grandi studiosi del diritto e della storia costituzionale, ma ho imparato ad apprezzarne le qualità di intellettuale appassionato, di Maestro del diritto, e a comprenderne la profonda umanità attraverso la lezione e il ricordo affettuoso del mio Maestro, il Prof. Fulco Lanchester.

Stamani gli studiosi convenuti per ricordare Mario Galizia sottolineano il suo contributo all'innovazione del metodo della ricerca scientifica nell'ambito del diritto costituzionale italiano e comparato.

A questo riguardo, mi limiterò a menzionare tre fondamentali lezioni che si traggono dalle sue opere.

La prima attiene alla centralità della dimensione storica per lo studio della Costituzione e del diritto, che emerge in tutti suoi scritti, nella convinzione che l'evoluzione storica delle idee e degli istituti permetta di comprenderne meglio l'essenza e le ragioni profonde.

La seconda lezione invita a collocare non solamente le norme e gli istituti, ma anche gli studiosi e le opere nella cultura del tempo, nello sforzo di cogliere e narrare la formazione, lo sviluppo e la fortuna dei singoli concetti, delle teorie dogmatiche, delle tesi interpretative.

Mario Galizia ha offerto al riguardo letture, modelli, esempi, esercitazioni. Le sue opere costituiscono un invito allo studioso a riflettere sempre sui condizionamenti ideologici e sulle esigenze concrete che sono sottese a tali evoluzioni.

Questo obiettivo ambizioso richiede una lettura aperta agli apporti delle altre scienze sociali. La lezione è che per comprendere profondamente le norme del diritto, sia necessario scavalcare i confini disciplinari, e cercare connessioni in altri ambiti del diritto, nella sociologia, nella storia.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo al Convegno *Ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021)*, promosso dalla *Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà* in collaborazione con la Rivista *Nomos-Le attualità nel diritto* e svoltosi il 15 novembre 2021 presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Nella monografia su *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Galizia annotava che “non può esistere uno studio sulla scienza giuridica se non nella prospettiva di tutta la «cultura» del nostro tempo”¹.

In questo senso, Mario Galizia può essere accostato ad altri studiosi che negli stessi anni, in altri ambiti disciplinari, hanno innovato il metodo della ricerca, attenti a ricostruire l’orizzonte delle attese culturali che circondano il lavoro dello studioso e dell’interprete. Mi viene in mente soprattutto Giacomo Debenedetti, il quale, esercitandosi sul romando del Novecento, ha rifondato il metodo della critica a partire dalle stesse premesse e con lo stesso sforzo, teso alla comprensione profonda e all’interdisciplinarietà.

Un metodo, dunque, che illumina le opere di significati che sono armonicamente correlati - o “embricati”, come direbbe Mario Giannini – con l’esperienza e con le sensibilità che caratterizzano un dato momento storico.

Gino Gorla avvertiva che la comprensione degli ordinamenti e degli istituti giuridici avviene sempre attraverso “un paio di occhiali”, che sono quelli dati dalla cultura giuridica dell’ordinamento dal quale lo studioso prende le mosse e muove lo sguardo.

Prendendo a prestito questa immagine, mi sento di dire che il metodo di Mario Galizia insegna a porre l’attenzione proprio su quegli occhiali, e a notare come essi condizionano lo sguardo del giurista e il suo giudizio rispetto a ciò che vede, e come cambiano nel tempo. L’invito, dunque, è a compiere uno sforzo per acquisire questa consapevolezza.

Nel tempo, inoltre, cambiano le affezioni dell’occhio: così come lo sguardo da miope si fa presbite, e richiede di cambiare le lenti, così nuove esigenze sollecitano una modifica del quadro normativo e nuovi paradigmi interpretativi.

Spiegando il metodo da utilizzare per lo studio della Costituzione, Galizia sottolineava l’esigenza di “tener conto del substrato sociale che la sottende, degli ineliminabili riflessi politici che segnano le varie questioni”, e di “considerare la funzionalità dei vari istituti”² e sottolineava che “il costituzionalista è condizionato dalla situazione storica in cui opera più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali”³.

La terza lezione è stata richiamata da Giuliano Amato, che stamani ha sottolineato come la raffinata esegesi del dibattito costituzionale da parte di Mario Galizia, attraverso i suoi studi e le sue lezioni, si sia alimentata di una vorace e zelante attenzione per le figure salienti che l’hanno animato e per il loro percorso formativo. Per questo Amato ha paragonato Mario Galizia ad “un Vasari del diritto costituzionale”.

Significativamente, lo stesso Amato non molto tempo fa aveva utilizzato lo stesso paragone a proposito di Fulco Lanchester.

Il Professor Lanchester, infatti, come il suo Maestro Mario Galizia, è da sempre un raffinato esegeta del dibattito metodologico interno alla dottrina costituzionale, e un appassionato biografo, capace di cogliere nelle vicende e nelle opere del singolo studioso le forme paradigmatiche e i momenti di passaggio nella formazione del metodo e delle scelte.

¹M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954, 31.

² M. GALIZIA, *Profili storico comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 107.

³ *ibidem*, 103.

Per questo oggi Giuliano Amato ha riconosciuto Fulco Lanchester come vero allievo di Mario Galizia.

Concludo, dunque, ringraziando sentitamente questi Maestri.



Giuseppe Allegri*

Quale “governo libero” per la “felicità dell’Italia” nel costituzionalismo pre-unitario? Tornando di nuovo a Mario Galizia**

Coteste leggi stabilite saranno il patto sociale di tutta l’Europa.

Enrico Michele L’Aurora, *All’Italia nelle tenebre L’Aurora porta la luce*, 1796

Il popolo si è fitto in capo che dell’eguaglianza che si predica cotanto, e gli si spiega così male, ne segue che le ricchezze debbono essere sopra tutti diffuse con perfetta eguaglianza, perciò lo sentirete protestare che l’eguaglianza è una chimera, quando vede un suo simile passargli a fianco, strascinato su un cocchio, mentre egli è a piedi.

Melchiorre Gioia, *Saggio sui pregiudizi popolari*, 1798

Il fonte di ogni diritto è l’esistenza; l’esistenza è un fatto semplice e quindi in tutti eguale.

Vincenzo Russo, *Pensieri politici*, 1798

SOMMARIO. 1. Esperimenti repubblicani e formazione di un’opinione pubblica sulle questioni costituzionali d’Italia. – 2. Dalla cultura costituzionalistica meridionale nel lungo Settecento europeo, al “celebre” concorso del 1796 come sfida costituente a venire: la ricerca della felicità oltre la dicotomia moderazione/rivoluzione?

Con queste brevi note si tornano ad interrogare gli albori costituzionali d’Italia e d’Europa – tra sfera pubblica allo stato nascente e processi costituenti repubblicani diffusi in larga parte del Continente sotto i rivoluzionari effetti provenienti dalla Francia – con uno sguardo costituzional-comparatista e assumendo come *evento costituente* lo scorcio delle *Repubbliche sorelle* del 1796-1799 nell’Italia ancora frammentata, quando vengono istituite le prime cattedre di diritto costituzionale e si dispiega «la fase iniziale della scienza del diritto costituzionale in Italia»¹.

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Come ricordano i classici studi di Mario Galizia, a partire da M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, sesta serie, vol. XXXIII, fasc. 1-2, 1963, 3-110 e Id., *Diritto costituzionale (profili storici)*, Voce *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, 1964, 962-976, dalla quale si è ripresa la citazione con cui Galizia inizia il primo paragrafo di quella celebre voce enciclopedica.

Con l'intento di riflettere sulle connessioni tra effervescenza di forze sociali innovatrici dal punto di vista istituzionale e l'affermazione di un costituzionalismo improntato a pensare, immaginare e sostenere quella transizione dall'Antico regime verso ordinamenti più liberi, pluralistici e garantistici, nell'attuale epoca in cui è probabilmente necessario ripensare proprio la relazione tra soggetti sociali, trasformazioni istituzionali e pensiero costituzionalistico.

1. *Esperimenti repubblicani e formazione di un'opinione pubblica sulle questioni costituzionali d'Italia.*

Si torna a quello scorcio di sommovimenti repubblicani (fino a Roma e Napoli repubblicane, nel 1798 e 1799) e di nascenti teorie costituzionalistiche, attirati dalle tessiture relazionali che si instaurano tra la ventata rivoluzionaria francese e l'effervescenza del pensiero politico e costituzionale nelle varie esperienze locali italiane, con il tentativo di far precipitare il tutto nel fondare nuove istituzioni, per l'unità del Belpaese, con l'instaurazione di una Repubblica improntata ai principi rivoluzionari di libertà, eguaglianza, fratellanza. Perché il quadriennio che chiude il Settecento italiano ed europeo si caratterizza per essere il momento in cui si forma un primo spazio pubblico di discussione collettiva e azione politica sulle possibilità di nuove istituzioni pubbliche affrancate da quelle dell'Antico regime feudale, seguendo gli eventi costituenti francesi del 1793 e del 1795: «tra il 1796 e il 1799 l'Italia, coinvolta nell'espansione della Francia rivoluzionaria, visse una straordinaria stagione contraddistinta da un intenso dibattito politico. Si schiusero allora esaltanti prospettive di libertà, di eguaglianza, di democrazia, tutte compendiate in una sola parola: “rigenerazione”. [...] Costituzione del 1795 significava anche libertà di parola e di stampa, una libertà fino ad allora sconosciuta nella Penisola; [...] la proclamazione del diritto di parola per tutti favorì un processo di politicizzazione che non sarebbe stato cancellato. [...] Lo stato diventava la repubblica, la *res publica*, la cosa di tutti, sottratta ai professionisti dell'intrigo che decidevano sulla testa dei popoli»². Con la consapevolezza, propria di quella stessa nascente opinione pubblica italiana ed europea, che la Francia era «contemporaneamente liberatrice e dominatrice»³, in quanto quella ventata rivoluzionaria diffusa con l'armata napoleonica generava spazi di liberazione, mettendo al contempo i territori di queste diverse *Repubbliche sorelle* nell'orbita politica francese. Perché il problema della penisola restava quello della oramai plurisecolare frammentazione politico-istituzionale e della scarsa partecipazione di un'ancora ristretta opinione pubblica ai processi decisionali e di governo, sicché «il tentativo di costruire repubbliche sul modello francese fu la risposta a questa doppia esigenza di democratizzazione e di allargamento, che emergeva da tutto il movimento rivoluzionario

² L. GUERCI, *Istruire nelle verità repubblicane. La letteratura politica per il popolo nell'Italia in rivoluzione (1796-1799)*, il Mulino, Bologna, 1999, 7-8.

³ Come ricorda tra gli altri A. SAITTA, *Alle origini del Risorgimento: i testi di un “celebre” concorso (1796)*, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma, 3 Volumi, 1964, spec. vol. I, VIII, che in questi tre volumi raccoglierà le dissertazioni giunte a noi del “celebre” concorso promosso dall'Amministrazione milanese nel settembre del 1796 di cui si parlerà tra breve e a proposito del quale si veda anche S. Mastellone (a cura di), *Quale dei governi liberi*, CET, Firenze, 1997.

messo in moto dalla vittoria delle armi di Napoleone in Italia»⁴, quando «per la prima volta si formano contemporaneamente, in diversi stati, a Napoli, Torino, Bologna, Palermo, ecc. dei gruppi che hanno non soltanto un programma ideale, ma un metodo d'azione in comune, che operano collegati anche quando non sono organizzativamente a contatto»⁵. Così mentre si costituisce «una piccola Francia di qua dalle Alpi»⁶, a partire dalla Repubblica Ligure, sotto la progressiva egemonia del Direttorio instauratosi sul finire del 1795, la Repubblica Cisalpina rappresenta invece «una realtà nuova, che sin dalla sua composizione, risultando un agglomerato di realtà storico-territoriali tra sé distinte e sempre distanti, rivendicava la propria identità politica nei termini di una nuova nazionalità italiana»⁷.

L'esportazione *militare* dei principi rivoluzionari e costituenti trova i costituzionalisti in formazione pronti a divenire primi docenti universitari, accademici di quel diritto costituzionale che fonda le Repubbliche, come a Ferrara, prima nella Cispadana (con Bologna, Modena, Reggio nel 1796), quindi con le annessioni di Romagna, Garfagnana, Massa e Carrara si arriva alla fusione napoleonica con la Repubblica Cisalpina, in quel 1797 in cui Giuseppe Compagnoni diviene titolare della prima cattedra europea di diritto costituzionale presso l'Università di quella città e autore di *Elementi diritto costituzionale democratico ossia principj di giuspubblico universale* (Venezia, 1797)⁸.

Ecco sorgere quello che con una certa semplificazione, che però non vuole essere neutralizzante, potremmo ancora definire come il *laboratorio repubblicano italiano* che larga parte della storiografia ha chiamato *giacobino*, ma che «proprio l'osservazione di quel che realmente avvenne in Italia quando le armate della rivoluzione varcarono le Alpi, ci dimostra quanto pericoloso sia tentar di ridurre a paradigma il giacobinismo. Termidoro era già avvenuto. Il club dei giacobini era già chiuso. La politica dei nostri giacobini può esser capita soltanto a condizione di vederla nel quadro del Direttorio. Meno utile il paragone con quel '93 che non abbiamo mai sperimentato»⁹. Fermo restando che «nel complesso il movimento giacobino italiano aveva assunto nel corso degli anni 1790-94 proporzioni abbastanza vaste, tenuto conto che si trattava di un movimento clandestino»¹⁰ e che proprio in questo scorcio di anni si assiste ad una accelerazione del nascente dibattito politico sulla questione sociale “nazionale”, tanto che «le origini del pensiero sociale italiano dell'epoca moderna-contemporanea possono dunque essere ritrovate nel movimento giacobino e specie fra coloro che militarono nella repubblica

⁴ F. VENTURI, *L'Italia di Napoleone* (1973), in F. VENTURI, *Pagine repubblicane*, a cura di M. ALBERTONE, con un saggio introduttivo di B. BACZKO, Einaudi, Torino, 2004, 173-178, spec. 177.

⁵ F. VENTURI, *La circolazione delle idee* (1954), in F. VENTURI, *Pagine repubblicane*, cit., 167-172, spec. 170.

⁶ Per riprendere la ricostruzione proposta da A. De FRANCESCO, *L'Italia di Bonaparte. Politica, statualità e nazione nella penisola tra due rivoluzioni, 1796-1821*, Utet Libreria, Torino, 2011, 13-16.

⁷ *Ivi*, 13.

⁸ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, cit., 62 e ss., quindi F. LANCHESTER, *Romagnosi costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 4/2011, spec. 13 e ss. Il volume di Compagnoni è stato oggetto di diverse ripubblicazioni negli anni, da ultimo G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico*, a cura di S. Mastellone, CET, Firenze, 1988. Per gli eventi costituenti intorno al 1796, si veda anche il classico lavoro di S. PIVANO, *Albori costituzionali d'Italia. 1796*, Fratelli Boccia, Torino, 1913.

⁹ F. VENTURI, *La circolazione delle idee* (1954), cit., 170-171.

¹⁰ Così la classica ricostruzione di G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna. Volume primo. Le origini del Risorgimento*, Feltrinelli, Milano, 1994 (1956), 189, che in quelle pagine ricostruisce le connessioni del movimento giacobino italiano delle origini con il repubblicanesimo democratico protagonista delle *Repubbliche sorelle* in chiave di patriottismo che anticipa il Risorgimento (cfr. spec. 191 e ss. e 289).

partenopea»¹¹. Ma questo ruolo centrale dei protagonisti campani nei sei mesi scarsi della Repubblica napoletana (gennaio-giugno 1799)¹², nel farsi delle spinte costituenti e costituzionali nella penisola, erano stati intuiti già nell'effervescenza culturale e politica degli esuli napoletani "giacobini" attivi nella prima parte del decennio nelle congiure in nord Italia, stando alle parole di Filippo Buonarroti, futuro protagonista con Babeuf della *Congiura degli Eguali* in terra di Francia (1796), che nel 1794 era inviato come agente politico nell'armata d'Italia e quindi protagonista della prima esperienza repubblicana, quella di Oneglia, quando osservava: «quanto ai napoletani [...] sono tutti giovani ardenti ed istruiti; quelli che su vostra autorizzazione sono stati impiegati si distinguono per il loro zelo e la loro attività. Ciò mi fa pensare che, se l'Italia è destinata ad essere libera, la vera rivoluzione comincerà sotto il clima ardente del Vesuvio»¹³. Successivamente, sarà lo stesso Ugo Foscolo a ricordare come i giovani che erano emigrati da Napoli a metà degli anni Novanta del Settecento avevano attraversato un processo di radicale trasformazione esistenziale e militante: «le loro idee vaghe s'erano convertite, nella persecuzione, nell'esilio e nella povertà, in passione e sistema»¹⁴. È un passaggio epocale per la storia del pensiero e delle sperimentazioni politiche che attraversano l'Italia in quel decennio, nel contesto europeo in fibrillazione, dove gli esuli italiani approderanno anche in Francia¹⁵. Così non si fa fatica a concordare con chi ha sapientemente ricostruito i caratteri e le potenzialità della «sociabilità politica nella prima Repubblica cisalpina»¹⁶, a partire dalla centralità dei circoli costituzionali del movimento repubblicano e patriottico italiano nella loro funzione di politicizzare e democratizzare lo spazio pubblico esistente, tessendo una rete ramificata di attivisti e militanti che formeranno la classe dirigente repubblicana e "costituzionale" del *Triennio*, pur avendo la consapevolezza che «malgrado la notevole importanza dei dibattiti che si svolsero nelle assemblee e nella stampa in Piemonte, a Genova, in Lombardia o a Roma, il fiore del nostro giacobinismo

¹¹ G.M. BRAVO, *Storia del socialismo 1789-1848*, Editori Riuniti, Roma, 1971, 361-362.

¹² Esperienza a proposito della quale si ricorda il classico studio di B. CROCE, *La rivoluzione napoletana del 1799*, con una nota di F. TESSITORE, Bibliopolis, Napoli, 1998 (1948), quindi la meritoria pubblicazione dei numeri del *Monitore napoletano*, il «giornale giacobino» diretto dall'intellettuale e attivista repubblicana Eleonora de Fonseca Pimentel (1752-1799), ad opera di M. BATTAGLINI (a cura di), *Il Monitore napoletano 1799*, Alfredo Guida Editore, Napoli, 1999 e poi il racconto, il commento e l'analisi in presa diretta e da protagonista di V. CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, introduzione di P. VILLANI, BUR – Rizzoli, Milano, 1996 (ma si veda anche l'edizione critica a cura di A. De FRANCESCO, Lacaia editore, Manduria-Bari-Roma, 1998), apparso per la prima volta nel 1801, quindi nel 1806, e a proposito del quale sia concesso rinviare a G. ALLEGRI, G. BASCHERINI, *Alle origini del costituzionalismo italiano: Vincenzo Cuoco e l'eversione della feudalità. Spunti per un'ipotesi di lettura*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005, 61-110 e bibliografia ivi citata, sia sugli studi cuochiani che sugli eventi del 1799 napoletano.

¹³ Passaggio di una lettera citata da P. ONNIS, *F. Buonarroti e i patrioti italiani dal 1794 al 1796*, in *Rivista Storica Italiana*, giugno 1937, riportata in G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna. Volume primo. Le origini del Risorgimento*, cit., 196. Come ricorda A. De FRANCESCO, *1799. Una storia d'Italia*, Guerini e Associati, Napoli, 2004, spec. 38 e ss. alcuni di questi esuli napoletani vicini a Buonarroti erano Carlo Lauberg, Andrea Vitaliani, Nicola Celentani e Giuseppe Abamonti, mentre altri esuli meridionali promuoveranno la pubblicazione del *Giornale dei patrioti italiani* a Milano e Matteo Galdi, fuggito anche lui da Napoli dopo la congiura del 1794, parteciperà al "celebre" concorso bandito dall'Amministrazione milanese nel 1796.

¹⁴ U. FOSCOLO, *Account of the Revolution of Naples the years 1798, 1799*, in U. FOSCOLO, *Prose politiche e apologetiche (1817-1827)*, vol. II, a cura di G. GAMBARIN, Firenze, 1964, 58-59, citato anche in G. GALASSO, *I giacobini meridionali*, in *Rivista storica italiana*, XCVI, 1984, 69-104, contenuto in G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, Guida editori, Napoli, 1989, 509-548, da cui si riprende la citazione (spec. 509).

¹⁵ Come sapientemente ricostruito nell'oramai storico lavoro di A.M. RAO, *Esuli. L'emigrazione politica italiana in Francia. 1792-1802*, Guida, Napoli, 1992.

¹⁶ Si veda in questo senso, tra i molti, quanto ricostruito da G. SCHETTINI, *La «fucina dello spirito pubblico»: l'organizzazione dei circoli costituzionali nella prima Cisalpina (1797-1799)*, in *Società e Storia*, fasc. 150, 2015, 689-719.

sta a Napoli, dove più perfetta fu la fusione della grande tradizione di cultura e di quelle forze morali che le idee della Rivoluzione francese avevano saputo suscitare»¹⁷ e dove poi più tragico e duraturo sarà l'effetto della controrivoluzione che reprimerà brutalmente il 1799 napoletano¹⁸.

Ancora una volta, si tratta probabilmente di rintracciare il *pensiero lungo* del costituzionalismo delle origini, nel dialogo con chi nel corso del secondo Settecento contribuì a formare un embrionale dibattito pubblico sulle teorie costituzionalistiche europee e sulle possibili prospettive costituzionali della penisola che poi esplosero nell'ultimo decennio del secolo.

2. *Dalla cultura costituzionalistica meridionale nel lungo Settecento europeo, al “celebre” concorso come sfida costituente a venire: la ricerca della felicità oltre la dicotomia moderazione/rivoluzione?*

Un dialogo *costituzionalistico* intergenerazionale ha attraversato il cuore del politicamente frammentato Settecento italiano, in cerca dei suoi fondamenti unificatori nella prospettiva politico-istituzionale, che forse giungono con i primi teorici costituzionalisti, e in alcuni casi anche protagonisti costituenti, dell'ultimo decennio di quel secolo, tra tendenze più moderate e aspettative più radicali. Sicuramente questo succede sul versante del radicalismo rivoluzionario a partire dal caso napoletano, come ci ricorda ancora una volta Giuseppe Galasso: «in generale è l'intero dibattito politico-sociale che si sviluppa alla fine del secolo XVIII, e in cui matura il sofferto passaggio degli intellettuali napoletani dalla prospettiva riformistica a quella rivoluzionaria, ad essere ben legato al pensiero del suo tempo e alle premesse generali di filosofia politica e sociale che l'Illuminismo europeo aveva elaborato e dibattuto»¹. Mentre sul versante che potremmo definire più realista e in parte moderato, si può ripensare alle delusioni unificatrici di quegli anni che attraversarono i pensatori e gli agitatori politici nell'Italia settentrionale sotto l'amministrazione napoleonica e di fatto foriere dell'emergere «di quella mentalità moderata che tanta parte doveva avere nel Risorgimento. [...] Il fatto fondamentale della nostra cultura politica consisté allora in quel riaffiorare del riformismo settecentesco che Salvatorelli ha visto così acutamente in uomini tanto diversi come Alfieri, Foscolo, Gioia»².

Eppure, ambedue queste tendenze sembrano precipitare nell'ultimo decennio del Settecento in quella che potremmo definire come una sfida costituente nazionale, alla ricerca di quelle

¹⁷ F. VENTURI, *La circolazione delle idee* (1954), cit., spec. 172.

¹⁸ Per ricordare questo plurisecolare effetto, che è giunto fino a noi, si prendono qui in prestito le amare parole di R. La CAPRIA, *L'armonia perduta* (1986), in R. La CAPRIA, *Napoli*, Mondadori, Milano, 2009, 49, dove osserva che «questo processo [della “piccolo-borghesizzazione della città”, attraverso la napoletanità, ndr] dovette avere inizio quando la controrivoluzione plebea del 1799 affogò nel sangue ogni velleità della borghesia (quella, rivoluzionaria ed europea, degna del nome) di proporsi come classe dirigente. La paura suscitata da quegli avvenimenti, soprattutto negli strati intermedi della popolazione, dovette essere enorme, traumatica e definitiva. Ed ecco allora spuntar fuori provvidenziale l'ideologia casalinga, accomodante, nient'affatto rivoluzionaria, che conveniva alla nuova classe media ascendente: la “napoletanità”, un'astrazione che accomunava tutti sotto la stessa bandiera».

¹ Così seguendo la condivisibile ricostruzione di G. GALASSO, *I giacobini meridionali*, in G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, cit., 547.

² F. VENTURI, *La circolazione delle idee* (1954), cit., 172. Ovviamente il riferimento è al celebre studio di L. SALVATORELLI, *Il pensiero politico italiano dal 1700 al 1870*, Einaudi, Torino, 1975 (1935).

istituzioni di un *governo libero* dalle tirannie, che è del resto fortemente presente già proprio nell'Alfieri, come ci ricorda lo stesso Salvatorelli: «la rivoluzione da tirannide a libertà, sua aspirazione politica suprema, l'Alfieri pensa che potrebbe avvenire in Italia più facilmente che altrove. È l'idea espressa con calda eloquenza nella chiusa di *Del Principe e delle Lettere*, chiusa che contiene pure la famosa profezia sull'unità d'Italia, da avverarsi mediante la riduzione a due soli regni e il loro rovesciamento per opera di una rivoluzione repubblicana»³. E gli anni di scrittura di quel Trattato vanno dal 1778 al 1786, quando viene pubblicato in Alsazia, che sono quelli di maturazione del pensiero illuminista italiano verso una coscienza politica, sociale, istituzionale nazionale, nel dialogo, e spesso nel passaggio, anche conflittuale, tra riformismo e rivoluzione, avendo la consapevolezza di essere immerso in un contesto europeo e globale di epocale trasformazione, *dentro e contro* l'Antico regime feudale. Con la condivisa e diffusa postura di immaginare istituzioni pubbliche che siano in grado di garantire la *felicità* ai molti, dalla tradizione dell'economia civile alle prospettive giuridiche e costituzionali, dal meridione di Antonio Genovesi, Gaetano Filangieri e Giuseppe Palmieri, dal settentrione di Ludovico Antonio Muratori, Pietro Verri e Gian Domenico Romagnosi⁴.

Come ricordava lo stesso Mario Galizia, «l'idea di felicità è il concetto dominante fra gli scrittori italiani del Settecento. Anche l'opera di Gaetano Filangieri è così dominata da una inquadratura utilitaristica dei problemi etico-giuridici, anche per lui, come per Beccaria e Genovesi, “la legislazione deve condurre gli uomini alla felicità”. Lo stato di natura è una vana favola “di misantropi sofisti”; la società civile è l'unica società umana; essa sorge con l'uomo stesso e con lui storicamente si evolve»⁵. Dal meridione al settentrione d'Italia, e viceversa, si tratta di pensare le nuove istituzioni di una società giusta: nella transizione che dal mancato riformismo giuridico condurrà alla rivoluzione napoletana del 1799, nel Meridione; nel farsi di una, prevalentemente settentrionale, classe dirigente patriottica che sperimenterà già nel 1796 le coordinate teoriche ed istituzionali in tensione verso i successivi moti Ottocenteschi⁶.

E proprio seguendo gli insegnamenti del salernitano Antonio Genovesi (1713-1769), che nel 1754 ricoprì quella che può essere definita come la prima cattedra di economia al mondo, insegnando *Commercio e Meccanica* presso l'Università di Napoli, si dipana la breve e potente storia di una classe intellettuale e di una società meridionale in movimento contro le ingiustizie e le ineguaglianze dell'antico regime feudale. Classe intellettuale e società meridionale la cui parte più giovanile e maggioritaria finirà assassinata dalla brutale repressione borbonica e sanfedista, con Mario Pagano e gli altri repubblicani e repubblicane sconfitti e giustiziati in Piazza del Mercato a Napoli tra l'estate e l'autunno del 1799, mentre l'altra porzione, sopravvissuta indenne, verrà irreggimentata nel successivo ordine liberale, come ricordano gli studi di Franco Venturi sui

³ L. SALVATORELLI, *Il pensiero politico italiano dal 1700 al 1870*, cit., 100.

⁴ Per una prima ricostruzione, riguardo al contesto non solo italiano, ma europeo, si veda il volume collettivo a cura di A.M. RAO, *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2012.

⁵ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità. Dal Medio Evo alla rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano, 1951, 413, con la citazione ripresa da G. FILANGIERI, *Scienza della Legislazione*, dall'edizione Borroni e Scotti, Milano, 1855, ma l'opera è stata pubblicata nel 1780 e divenne il testo di riferimento dei protagonisti della Repubblica napoletana del 1799.

⁶ Parzialmente in questo senso, si veda C. GHISALBERTI, *Le Costituzioni “giacobine” (1796-1799)*, Giuffrè, Milano, 1957, spec. 8 e ss. con la sua riflessione sulle costituzioni giacobine nel pensiero risorgimentale.

*riformatori (e illuministi) napoletani*⁷. Eppure, quella che lo stesso Venturi ha descritto come la propaggine di sinistra della scuola di Genovesi fu «la corrente più utopistica e feconda insieme, composta da Francescantonio Grimaldi, Gaetano Filangieri, Francesco Maria Pagano, e tanti altri, che costituirono il più bel frutto del Settecento meridionale, il momento di fulgore e di gloria della cultura napoletana e che crearono tutta un'ideologia diretta contro il feudalesimo, sospinti da una vigorosa volontà di libertà e d'eguaglianza, nutriti da tutta la cultura del tardo illuminismo francese, così come dalle nuove speranze che cominciavano ad albeggiare oltre oceano, in America»⁸. Ecco l'embrione di un fecondo pensiero che al contempo si confronta con il costituzionalismo francese, europeo e «atlantico», pur rimanendo materialmente situato nella radicale critica ai rapporti di forza esistenti nel regime feudale nel quale opera, con la prima denuncia contro la feudalità che risale al 1764, anno della carestia che afflisse il Regno di Napoli, mentre pochi anni dopo lo stesso Antonio Genovesi, nella seconda edizione (del 1768) delle sue *Lezioni di commercio*, aggiungerà i paragrafi XIII e XIV dove propone l'abolizione dei vincoli di inalienabilità delle terre e il frazionamento delle grandi proprietà terriere (soprattutto ecclesiastiche)⁹. E saranno poi Gaetano Filangieri, insieme con l'anziano illuminista napoletano Fernando Galiani e con Giuseppe Maria Galanti, maestro del già ricordato Vincenzo Cuoco, ad intervenire attivamente nel cuore del conflitto economico-sociale dominante nel Regno di Napoli, mettendosi al centro del dibattito e della lotta contro la feudalità e il regime baronale, nel corso dei primi anni Ottanta del Settecento, diffidando totalmente nei confronti della nobiltà terriera e pretendendo «una robusta politica riformatrice [...]». Con altri fondamenti teorici, con altre determinazioni politiche, il discorso aperto da Muratori approdava a una critica erosiva, ma non utopica, né velleitaria»¹⁰.

Sono le basi, materialissime e non certo astratte, sulle quali si formò la classe dirigente della Repubblica napoletana attiva tra il gennaio e il luglio 1799, in quel ricco e formativo dialogo e confronto che risaliva ai decenni precedenti¹¹ e che attraversava l'Europa, soprattutto nelle

⁷ F. VENTURI, *Introduzione a Illuministi italiani. Tomo V. Riformatori napoletani*, a cura di F. VENTURI, in *La letteratura italiana. Storia e testi*. Vol. 46, tomo V, Riccardo Ricciardi editore, Milano-Napoli, 1962 e inclusa anche in G. FILANGIERI, *Scritti politici*, a cura di F. VENTURI, Classici Ricciardi – Giulio Einaudi editore, Torino, 1976, 134, ricorda questi decenni del secondo Settecento come l'esperienza formidabile ed effimera di una classe dirigente di studiosi e attivisti che tentò di superare le antiche istituzioni feudali: «anche quelli già morti quando la rivoluzione del 1799 toccò il suo apice, spiritualmente erano presenti con i Pagano, con i Cirillo e con tanti che caddero nella catastrofe da Genovesi intravista lontana e che, come un incubo, era sembrata sovrastare gli ultimi decenni del secolo: il disfacimento sociale cioè che avrebbe fatalmente accompagnato il fallimento della politica delle riforme. Uno dei drammi più alti della classe intellettuale italiana si chiudeva così, con i massacri della Santa Fede. Sola ambizione delle pagine che seguono è di farlo rivivere, nell'unico modo in cui esso può tornare presente a noi, cioè attraverso le vicende personali, i dubbi, i pensieri e i tentativi dei singoli individui che lo vissero nei diversi atti e momenti, da quando Genovesi salì sulla cattedra napoletana, fino a quando Pagano salì sul patibolo in Piazza del Mercato a Napoli o, se si preferisce, a quando Melchiorre Delfico finì per compiere il suo melanconico tramonto nel mondo del liberalismo e del conformismo del primo Ottocento».

⁸ *Ivi*, 132-133.

⁹ Si veda quanto ricostruito in D. CARPANETTO, *L'Italia del Settecento. Illuminismo e movimento riformatore*, Loescher Editore, Torino, 1980, 298-314, che riporta anche «la prima denuncia contro la feudalità a Napoli nel 1764» (*Ibidem*).

¹⁰ *Ivi*, 305.

¹¹ V. FERRONE, *L'illuminismo italiano e la Rivoluzione napoletana del '99. Un problema storico da ridefinire*, in V. FERRONE, *I profeti dell'illuminismo*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 361-374, osserva che «questa continuità fisica del personale politico e intellettuale tra la fase riformistica e la fase rivoluzionaria (che resta comunque un dato importante e ineludibile), potrebbe in ogni modo passare in secondo piano se si ponesse mente al fatto che il dato più interessante è dato dalla comune formazione culturale di tutti coloro che diedero vita alla breve esperienza repubblicana. A quello che potremmo definire il tardo illuminismo degli anni Ottanta e di larga parte degli anni Novanta si erano, ad esempio, educati anche quei settori della nobiltà napoletana che

rivoluzionarie relazioni franco-italiane, a partire da alcuni protagonisti, come Vincenzio Russo (1770-1799)¹², che nei suoi scritti evoca «l'armata francese “che ci ha liberati dai tiranni” [... e] Napoli “rigenerata dalle forze francesi”»¹³, tanto che si può osservare come «in Vincenzio Russo il trasferimento dalla Francia all'Italia dei temi rivoluzionari non avveniva staticamente e, nonostante il discorso accentuatamente moralistico, già si risentiva in lui l'eco di tutta la pregiudiziale libertaria degli *enragés* e forse anche il risuonare ancor vicino delle proposte egualitarie babouvistiche»¹⁴, pur essendo lo stesso Russo fortemente ancorato ad una concreta e fattiva critica in favore dell'abolizione dell'asse feudale, come testimonia la sua *Memoria del 1799*, fortemente anticipatrice: «non è difficile, infatti, scorgere nelle idee sostenute allora dal Russo e da quelli che convenivano con lui il chiaro nucleo degli orientamenti effettivamente seguiti poi, a suo tempo, dalla Commissione feudale dopo l'eversione del regime feudale nel 1808»¹⁵.

Si tratta di un certo parziale, eppure esplicativo, quadro di teorie giuridiche, proposte di riforme istituzionali, conflitti giurisprudenziali, lotte politiche e pratiche amministrative che superano la dicotomia moderatismo/radicalismo e attraversano il Meridione d'Italia nel contesto europeo, spesso anticipando i tempi, alla luce di quel «nuovo indirizzo della ricerca e dell'interpretazione» che era tracciato già in occasione del bicentenario del 1799 napoletano, quando una parte della dottrina esplicitò che «il rapporto tra Napoli e la Francia dev'essere riletto in un contesto “nazionale” ed europeo, ma tenendo soprattutto conto del ruolo “nazionale” ed europeo degli *esuli*»¹⁶. Cosa che permette di calare l'eroica e tragica esperienza della Repubblica napoletana, e soprattutto il suo retroterra ideologico, latamente costituzionalistico, fuori dalle erronee semplificazioni intorno all'astrattismo rivoluzionario, dentro il farsi di classi dirigenti locali, anche periferiche, consapevoli della tensione costituente e costituzionale nazionale, in un quadro europeo in rapida trasformazione, dopo il 1789 e dentro la ventata napoleonica, provando a resistere contro la prossima reazione e restaurazione degli antichi troni.

E la consapevolezza dimostrata da questi protagonisti del lungo *triennio giacobino*, della tensione tra questione meridionale, prospettiva nazionale e contesto europeo, permetteva di tenere insieme la radicale prospettiva riformistica tentata nel Meridione nei decenni precedenti e l'effimero protagonismo rivoluzionario nazionale nell'*Europa liberata*, come nel misterioso (poiché la sua

parteciparono in prima fila ai moti rivoluzionari. E tuttavia proprio la cultura di quegli anni fondamentali resta ancora oggi poco studiata e compresa nella sua autonoma peculiarità. L'evento rivoluzionario ha finito con oscurarne il profilo e i tratti originali» (364).

¹² VINCENZIO RUSSO, a proposito del quale si veda il saggio di GIUSEPPE GALASSO citato nella nota successiva, laureato in medicina e legge, fu un giovane rivoluzionario meridionale, di formazione giacobina, robespierrista e dalle tendenze socialiste e protocomuniste, tra gli esuli europei cui si è accennato poco sopra, in fuga tra Milano e la Svizzera, sostenne e militò nella Repubblica romana nel 1798, anno e città dove pubblicò i suoi *Pensieri politici*, quindi fu un protagonista di quella napoletana. Lo conosciamo anche come destinatario dei *Frammenti di lettere* nelle quali Vincenzo Cuoco commentava il progetto di Costituzione napoletana redatto da Mario Pagano, che accompagnano diverse edizioni del celebre *Saggio storico* (cfr. V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli*, cit., 317-369), verrà giustiziato, impiccato in piazza del Mercato il 19 novembre 1799, come molti altri militanti della Repubblica napoletana.

¹³ G. GALASSO, *Il pensiero politico di Vincenzio Russo*, in G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, cit., 549-621, spec. 580.

¹⁴ G.M. BRAVO, *Storia del socialismo 1789-1848*, Editori Riuniti, Roma, 197, 362.

¹⁵ Come ricostruito da G. GALASSO, *La Memoria di Vincenzio Russo sull'abolizione della feudalità nel 1799*, in G. GALASSO, *op. cit.*, 623-631, spec. 629.

¹⁶ Per riprendere una parte della ricostruzione proposta da G. GIARRIZZO, *Esilio, scuola di governo*, in *Il Sole – 24 ore*, domenica 28 febbraio 1999, 27, in occasione del bicentenario del '99 napoletano.

biografia è largamente sconosciuta) attivista repubblicano Enrico Michele L'Aurora, sempre in movimento tra Roma e la Francia nel decennio rivoluzionario, che negli ultimi giorni della strenua resistenza napoletana fu comandante delle forze repubblicane a Castel dell'Ovo, dopo aver a lungo sostenuto, anche nel suo celebre scritto del 1796, l'unificazione italiana a partire dalla Repubblica romana nel quadro di un'Europa finalmente formata da «nazioni unite, [che] divenendo libere, si governino sopra i sacro santi diritti della libertà e dell'eguaglianza, diretti dalle massime della pace, della virtù e della giustizia. [...] Che tutte le nazioni dell'Europa possano considerarsi appartenenti ad un solo Stato, che i loro interessi siano comuni, e che l'Europa sia riguardata come madre universale di tutti i suoi abitanti»¹⁷.

E la necessità di riflettere sugli spazi di ricerca di *felicità pubblica* per le *nazioni libere* in cerca del proprio *governo libero* era presente in quella che può essere intesa come la prima consultazione pubblica di tutti gli *esuli* italiani presenti a Milano, quando il 27 settembre 1796 (cioè il 6 vendemmiaio dell'anno V della Repubblica francese) l'*Amministrazione Generale della Lombardia* creata da Bonaparte, prima della successiva istituzione della Repubblica Cisalpina (29 giugno 1797), bandì il “celebre” concorso intorno alla domanda *Quale dei Governi liberi meglio convenga alla felicità d'Italia?*, probabilmente su proposta dello stesso generale francese, come osserva Armando Saitta nel volume che raccoglie le 31 dissertazioni che ci sono giunte, sulle 57 consegnate, a stampa o manoscritte¹⁸. Si torna ancora alla ricerca della felicità, questa volta in prospettiva nazionale, *proto-risorgimentale* si dirà in seguito, perché si tratta di una sorta di convocazione nei confronti di tutta l'opinione pubblica italiana, qui rappresentata dagli *esuli* accorsi a Milano dopo i fallimenti delle prime congiure. Per un confronto costituente sulle istituzioni a venire della penisola attraversata dalle spinte rivoluzionarie e repubblicane, con l'ottimismo di un'amministrazione che si faceva promotrice di uno spazio pubblico di confronto e dibattito per una classe dirigente, di intellettuali e militanti in formazione, sotto l'auspicio che «il primo nostro dovere nelle fortunate circostanze in cui ci troviamo, si è dunque quello di aprire agli ingegni italiani una vasta carriera, in cui, trattando i grandi interessi dell'intera nazione, rendano familiari al popolo gli eterni principi della Libertà ed Uguaglianza, gli facciano conoscere l'estensione dei suoi diritti e la facilità di rivendicarli, e gli possino ad un tempo stesso indicare gli scogli in cui può inciampare chi passa dal servaggio alla libertà»¹⁹. E il quesito era articolato in tre sezioni. Si partiva con l'alternativa tra sistema monarchico costituzionale o repubblicano nell'ottica appunto di governi intesi come non dispotici, se non addirittura *liberi*, appunto. Quindi la seconda questione concerneva l'organizzazione dell'Italia tra visione unitaria o prospettiva federale. Per concludere con una riflessione su quale tipo di governo repubblicano e di forma di governo più o meno democratica fosse preferibile.

Per riannodare i fili culturali del pensiero illuminista italiano del secondo Settecento, calato nel quadro europeo, con gli eventi rivoluzionari e repubblicani post-1789, la presidenza della giuria di questo *celebre concorso* fu ricoperta dal già ricordato Pietro Verri, che nei decenni precedenti

¹⁷ Così E.M. L'AURORA, *All'Italia nelle tenebre L'Aurora porta la luce*, Milano, 1796, citato nel classico lavoro recentemente ripubblicato di D. CANTIMORI, *Utopisti e riformatori italiani (1794-1847). Ricerche storiche*, a cura di L. BIASIORI e F. TORCHIANI, prefazione di A. PROSPERI, Donzelli, Roma, 2021.

¹⁸ A. SAITTA, *Alle origini del Risorgimento: i testi di un "celebre" concorso (1796)*, cit., spec. vol. I, VIII.

¹⁹ Così riportata anche in G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna. Volume primo. Le origini del Risorgimento*, cit., 214.

aveva interrogato la comune *ricerca della felicità* e pochi giorni prima della sua morte, il 26 giugno 1797, proclamerà vincitore la dissertazione numero 39 di Melchiorre Gioia con la relazione intitolata *Omnia ad Unum*, ai tempi ancora sacerdote, ma già da tempo studioso di economia, statistica e giornalista, che potrà ricevere il premio consistente in una medaglia d'oro di duecento zecchini solo l'anno successivo, essendo in quei mesi ancora prigioniero nelle carceri del ducato di Parma e Piacenza, in quanto accusato di aver celebrato messe a scopo di lucro, ma detenuto perché politicamente pericoloso. Nella tensione tra unitari e federalisti che attraversava le dissertazioni presentate²⁰, quella di Gioia si schierava apertamente per la prospettiva repubblicana unitaria ed indivisibile, nel quadro di una democrazia rappresentativa²¹ da raggiungere gradualmente, tenendo insieme aspirazione all'eguaglianza e garanzia delle libertà. La fortuna di questa dissertazione, con le sue numerose pubblicazioni, arriverà fino agli anni Trenta e Cinquanta dell'Ottocento, nella prospettiva repubblicana mazziniana²², che pure sosteneva la pratica delle insurrezioni popolari, rispetto all'ipotesi gradualistica perorata da Gioia. E forse proprio questo aspetto, apparentemente contraddittorio, perché testimonia il successo di un testo che parla ai più moderati come ai più radicali, permette di ripensare questa consultazione come la prima vera occasione in cui una frammentata e assai pluralistica varietà di intellettuali e attivisti per l'unificazione nazionale, superando la secca alternativa tra riforme e rivoluzione, tra moderatismo e radicalità, riflette sulle istituzioni comuni dell'Italia a venire, dentro i rivolgimenti rigeneratori del decennio rivoluzionario europeo. Come se il *celebre concorso* possa tuttora essere pensato come spartiacque di quel decennio e delle sue aspirazioni repubblicane, democratiche, costituzionali per la penisola in prospettiva finalmente unificata, *libera* e legata nel più ampio contesto europeo di superamento dell'Antico regime e di fondazione di nuove istituzioni. Un'occasione non solo, e non tanto, per tornare alle *origini* del nostro Risorgimento, ma per ripensare i fondamenti del costituzionalismo italiano ed europeo, tenendo insieme i due eventi delle dissertazioni del 1796 e della Repubblica napoletana del 1799 come lascito, a volte rimosso, altre dimenticato, del lungo Settecento, tanto riformatore quanto rivoluzionario, nei *destini d'Italia*²³ e d'Europa.

²⁰ Si veda, tra gli altri, anche quanto ricostruito da E. RIVA, *Milano 1796: federalisti e unitari a confronto nel concorso di idee promosso dall'amministrazione napoleonica sul tema "Quali dei governi liberi meglio convenga alla felicità d'Italia"*, in *Confronti*, vol. XI, 2012, 161-177.

²¹ L. GUERCI, *Istruire nelle verità repubblicane. La letteratura politica per il popolo nell'Italia in rivoluzione (1796-1799)*, cit., 186-187, nota che «la presenza dell'espressione "democrazia rappresentativa" è attestata in Italia proprio fin dal 1796, [...] acquistando piena legittimità nel lessico politico del Triennio».

²² Cfr. S. MASTELLONE, *Il problema politico della rappresentanza da Gioia a Mazzini*, in C. CARINI (a cura di), *La rappresentanza tra due rivoluzioni (1789-1848)*, CET, Firenze, 1991, 163-174, spec. 170 e ss.

²³ Così A. DE FRANCESCO, *Nei destini d'Italia*, in A. DE FRANCESCO, 1799. *Una storia d'Italia*, cit., 121-163.



Carlo Bersani*

Appunti su Consiglio di Stato, leggi e Statuto nei primi anni di vigenza**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcuni pareri. – 3. Consiglieri e Senatori. – 4. Conclusioni

1. Introduzione

Nel *Commento allo Statuto* di Francesco Racioppi e Ignazio Brunelli all'art. 81 («ogni legge contraria al presente Statuto è abrogata») si legge che, promulgata la carta «era naturale che cessassero di aver vigore tutti gli ordinamenti e le leggi non più compatibili col nuovo ordine di cose, e indipendentemente da qualsiasi dichiarazione apposita del legislatore. Questo articolo 81 era perciò affatto superfluo; l'abrogazione del diritto preesistente contenevasi già implicita in ciascuno degli 80 articoli che lo precedono. Non la necessità giuridica, ma l'abitudine la dettò»¹. Tuttavia, si precisa subito dopo che «di tutte le leggi vigenti nello Stato Sardo all'epoca della promulgazione dello Statuto, e quindi anche di tutte le leggi vigenti nelle altre province italiane al momento dell'estensione progressiva dello Statuto stesso in conseguenza delle annessioni, rimanevano immediatamente abrogate quelle incompatibili coi nuovi ordini politici; ma continuavano invece tutte le altre ad avere piena efficacia, perciocché sarebbe un assurdo il credere che tutto quanto l'ordine giuridico dovesse cadere nel nulla ad ogni mutamento di regime politico. Di qui l'indagine, che spesse volte si presenta ancor oggi al Potere Giudiziario, sulla validità o meno di disposizioni emanate sotto gli antecedenti Governi»².

Dunque la validità di una norma, per quanto emanata da un ordinamento preunitario, «vuol essere sempre presunta – a meno che non sia sopravvenuta, o una disposizione *esplicita*

* Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, 727. Dall'*Avvertenza* di Brunelli in apertura di quest'edizione risulta che l'art. 81 è fra quelli per cui Brunelli dovette «procedere al commento *ex-integro*». Ivi, XX. Su Ignazio Brunelli si veda la voce di G. CAZZETTA, *Brunelli, Ignazio*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI, *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013, 345-347. Su Racioppi si veda ora la voce di M. STRONATI, *Racioppi, Francesco*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. 86, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2016, 1-3.

² F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, cit., 727.

d'abrogazione, ovvero una *evidente* inconciliabilità con disposizioni posteriormente emanate. Insomma, nemmeno per gli atti dei cessati regimi è da presumere l'abrogazione, ma essa deve provarsi volta per volta, e l'onere della prova incombe, come sempre, alla parte che vi abbia interesse.»

In questo senso, ricorda il testo, era andata in generale la giurisprudenza: tanto che la Camera dei conti, il 27 marzo 1852 dichiarava abrogate solo le leggi «che si trovassero veramente in contraddizione col testo dello Statuto, ma non egualmente quelle che, scostandosi soltanto più o meno nel loro spirito dai principii con esso proclamati, non sono inconciliabili col medesimo nella loro esecuzione ed abbisognano di qualche riforma per essere poste in perfetta armonia coi predetti principii»³.

Quello del ruolo dello Statuto nell'ordine delle fonti è un tema ormai ampiamente affrontato dalla storiografia⁴: infatti lo spazio che lo Statuto è destinato ad occupare e, in definitiva, l'efficacia e i limiti della sua forza trasformativa, non possono non emergere, in primo luogo, laddove si affronta il tema del suo ruolo nei confronti della legge e della stessa attività legislativa, e del suo rapporto con le norme preesistenti.

Naturalmente anche il Consiglio di Stato ebbe modo di affrontare l'argomento. Istituito da Carlo Alberto nel 1831 con funzioni, in quella fase, prevalentemente consultive, il Consiglio di Stato appare centrale sia nel disegno delle riforme albertine, sia più in generale nel quadro istituzionale precedente l'emanazione dello Statuto⁵. Ma proprio lo Statuto definisce un nuovo

³ È citata anche una sentenza della Cassazione di Torino del 25 settembre 1848. Ivi, 728.

⁴ È stato scritto che nel quadro dello Statuto la Carta non poteva essere concepita «come una norma giuridica da applicare ai casi concreti, magari in luogo della stessa legge ordinaria, in quanto su di essa prevalente in quanto fonte primaria. La Carta costituzionale era infatti diretta al legislatore, e non ai consociati, che dunque erano raggiunti dalla Costituzione solo attraverso la mediazione della legge.» Tanto che (e la riflessione parte proprio da un passo del *Commento allo Statuto* di Racioppi e Brunelli, che «all'inizio del secolo sistematizza, e in sostanza conclude, la lunga esperienza, iniziata nel 1848, di quel particolare genere letterario che si era espresso nella forma del commento allo Statuto») «lo Statuto è solo il “presupposto” dei diritti, ma questi esistono concretamente solo per il tramite della legge, perché solo la legge è dotata di autentica forza giuridica, capace d'incidere nella disciplina dei rapporti tra i consociati» (M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, «Diritto pubblico», XII, 2/2006, 467-510, 481). In sostanza lo Statuto «si occupava essenzialmente dei rami alti, della disciplina dei poteri, della forma di governo, e solo in modo molto mediato poteva dirsi norma giuridica applicabile, che interessava la disciplina dei rapporti giuridici tra i consociati, in qualità di norma suprema dell'ordinamento, collocata al vertice del sistema delle fonti di diritto» (ivi, p. 508). Sul tema si veda pure M. FIORAVANTI, *Lo Statuto albertino*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2011, Milano, Giuffrè, 2012*, 19-38. Sul fatto che lo Statuto «non si era posto come norma di rango sovraordinato rispetto al tessuto normativo», bensì come «tessera all'interno del nascente mosaico costituzionale», si vedano le osservazioni di R. FERRARI ZUMBINI, *Lo Statuto albertino tra spontaneità e mobilità: per un costituzionalismo a geometria variabile?*, «Le Carte e la Storia», XVII, 1/2011, 13-22 (oltre che, naturalmente, ID., *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Roma, Luiss University Press, 2016).

⁵ Sull'istituzione del Consiglio di Stato e sui suoi primi anni di attività si vedano almeno P. CASANA, *Riforme istituzionali della Restaurazione sabauda: il Consiglio di Stato*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXV, 1992, 337-419; EAD., *Il Consiglio di Stato*, in *Ombre e luci della Restaurazione. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna, Atti del convegno, Torino 21-24 ottobre 1991*, Roma, Ministero per i Beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, 1997, 46-80; EAD., *Il Consiglio di Stato albertino e il territorio*, in *Pouvoirs et territoires dans les Etats de Savoie, Actes du colloque international de Nice, 29 novembre-1 décembre 2007, textes réunis par MARC ORTOLANI, OLIVIER VERNIER et MICHEL BOTTIN*, Nice, Serre, 2010, 91-101; EAD., *Da Napoleone a Carlo Alberto. I molteplici volti del Consiglio di Stato nei progetti della restaurazione sabauda*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, UTET giuridica, 2011, 49-94; EAD., *Premesse e genesi del Consiglio di Stato carloalbertino*, in C. BONZO - P. CASANA, *Tra pubblico e privato. Istituzioni, legislazione e prassi nel Regno di Sardegna del XIX secolo*, Torino, Giappichelli, 2016, 3-57; G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del centocinquantenario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 21-61; ID., *Note sul primo anno di attività del Consiglio di Stato albertino*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXII, 1989, 55-77, anche in *Studi in onore di Luigi*

assetto costituzionale: per quanto riguarda lo spazio e il ruolo vi trovano i consiglieri di Stato, e il massimo organo consultivo nel suo complesso, non può peraltro non essere considerato che nei circa dodici anni di storia del Senato subalpino, furono almeno trentacinque⁶ i senatori che avevano avuto una qualche esperienza nel Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, attraverso i suoi membri, si pone al crocevia fra l'attività tecnico-giuridica e l'impostazione – anche in sede parlamentare – della politica del diritto. È per questo che il suo punto di vista sul ruolo dello Statuto nel nuovo ordine delle fonti appare di particolare interesse.

Obiettivo di queste pagine è, in primo luogo, offrire uno sguardo sulla collocazione dello Statuto tra le fonti, dal punto di vista di un'istituzione che rimaneva altissima interprete del diritto pubblico del Regno⁷; e, in secondo luogo, verificare se e in che misura la prospettiva del Consiglio di Stato si rifletteva sull'attività di produzione legislativa.

In questo senso, forse può essere di un certo interesse l'esame di alcuni pareri uniti in una raccolta, che ha la particolarità di essere stata concepita per un uso eminentemente interno: si tratta di un insieme di pareri dedicati al tema dei rapporti fra Stato e Chiesa raccolti, su impulso del segretario generale Faustino Malaspina⁸, presumibilmente a cura di Emanuele Bollati⁹, e coprono un periodo di tempo che va dall'istituzione dell'organo consultivo, quindi dal 1831 (ma in realtà iniziano con un parere del 1833) fino al 1855¹⁰.

Qui, a partire naturalmente dal 1848 (o meglio dal 1849, poiché per il 1848 non sono riportati pareri) il tema del rapporto fra legge e Statuto entra ricorrentemente nelle discussioni come, più in generale, quello del ruolo della nuova carta costituzionale in rapporto con l'ordinamento vigente e previgente.

Per quanto riguarda invece il riflesso di questi dibattiti sul piano dell'attività legislativa; quindi, sul momento in cui lo Statuto doveva esercitare le sue funzioni propriamente abrogativa e propulsiva, paiono di un certo interesse alcuni interventi di consiglieri di Stato in Parlamento, e particolarmente in Senato.

Firpo, Milano, Franco Angeli, 1990, 3, 409-425; ID., *Note sull'«analogia iuris» - l'art. 15 del Tit. prel. c. c. albertino e la sua formazione*, in «Rivista di storia del diritto italiano», L, 1977, I, 343-355; ID., *Il Consiglio di Stato nel Regno di Sardegna (1831-1861)*, in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, cit., 97-170; ID., *Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in periodo albertino*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011, 37-47. Più in generale, si veda G. BARBAGALLO, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 2006, 2, 2299-2312. Si veda pure S. NOTARI, *Le istituzioni*, in *Bibliografia dell'età del Risorgimento (1970-2001)*, vol. 2, Firenze, L. S. OLSCHKI, 2003, 1212-1296, specie 1262-1263.

⁶ Fra cui 6 consiglieri straordinari e 2 aggiunti. Dati tratti da https://notes9.senato.it/web/senregno.nsf/A_!OpenPage, consultato il 28 novembre 2021.

⁷ Su questo punto si veda pure di G. BARBAGALLO l'Introduzione a C. BERSANI, *Stato, Chiesa e Statuto*, vol. 2, Roma, Aracne, 2021, 15-61.

⁸ Su cui la voce *Malaspina, Faustino* di L. MONTEVECCHI, in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia: le biografie dei magistrati*, cit., 1, 95-96.

⁹ Su cui la voce di A. MATTONE e E. MURA *Bollati, Emanuele* in I. BIROCCHI et al. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, cit., 276-277.

¹⁰ Si tratta delle *Risoluzioni di diritto pubblico ecclesiastico ossia Raccolta dei pareri e progetti di legge in materie ecclesiastiche resi dal Consiglio di Stato*, in due volumi, il primo dei quali (relativo al periodo 1832-1850) è conservato presso l'Archivio Centrale dello Stato, fondo Consiglio di Stato (da qui ACS, CdS); e il secondo (relativo al periodo 1851-1855) presso la Biblioteca di Palazzo Spada. Una selezione di questi pareri si può leggere in C. BERSANI, *Stato, Chiesa e Statuto*, vol. 2, cit., 2021. Per un quadro introduttivo sulla fonte si veda ID., *Stato, Chiesa e Statuto*, vol. 1, Roma, Aracne, 2016.

2. *Alcuni pareri*

Il tema dell'ordine delle fonti, e del ruolo che nella formazione delle leggi spettava allo stesso Consiglio di Stato, era stato apertamente affrontato dal massimo organo consultivo in occasione delle discussioni relative al titolo preliminare del Codice civile albertino. Così, nel gennaio 1836, era stato affrontato il tema dell'opportunità di collocare disposizioni di indole «politica» in apertura del codice civile, o piuttosto nell'Editto di promulgazione¹¹; mentre, in ordine al futuro articolo 4 («Al Re solo appartiene la podestà di fare le leggi dello Stato. Le leggi si fanno per Editti, o per Lettere Patenti, previo il parere del Consiglio di Stato»), si era scelto di ridurre l'articolo progettato¹² ad una formulazione più concisa, coincidente con quella definitiva¹³.

Lo Statuto però modifica il quadro, ponendosi esso stesso quale nuovo elemento fondamentale del nuovo ordine¹⁴. Nella raccolta di pareri in materia ecclesiastica cui si è fatto cenno, i riferimenti al ruolo dello Statuto non mancano, e sono naturalmente di un certo interesse vista la centralità politica dei rapporti fra Stato e Chiesa nel corso del cosiddetto “decennio di preparazione”.

Si può cominciare da un parere del 27 novembre 1849, relativo alla concessione del braccio secolare per l'esecuzione di sentenze e provvedimenti dell'autorità ecclesiastica. Il parere

¹¹ Il relatore così sintetizza i motivi della posizione, poi risultata minoritaria, avversa all'inserimento nel titolo preliminare dei «primi sette articoli»: «La legge costitutiva di uno Stato, la quale chiamasi ordinamento, o legge politica, esser per propria natura essenzialmente diversa dalla legge civile; imperocchè la prima è quella che regola i rapporti tra il Sovrano ed i sudditi, e la seconda non regola che i rapporti dei sudditi stessi tra loro, ed i diritti e gli interessi privati. Ora il titolo preliminare d'un Codice che è tutto legge civile, non può e non deve trattare materie diverse da quelle che fanno il soggetto del Codice stesso, manifesto essendo che titolo preliminare significa *prima disposizione sulle cose attenenti all' argomento* da trattarsi, e l'argomento da trattarsi è la legge civile, non la legge politica» (*Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, 1, Genova, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, 1853, 6-7). Più oltre, viene da altri precisato: «Nulla aver di comune colla rubrica *delle leggi* apposta a questo titolo, il parlarvi della Religione cattolica, degli altri culti, de' doveri dei Magistrati, dell'emanare le leggi del Re; disposizioni questo importanti bensì, ma non opportunamente inserite, e che frammischiate ad altre d'ordine inferiore, perdono anche di pregio e di forza: sembrare eziandio per alcuni rispetti inconveniente di dichiarare, con appositi articoli di un Codice, il modo con cui hanno ad essere formate le leggi; non vedersi poi la necessità di fare simili dichiarazioni in uno Stato Monarchico che si regge, non con un Codice di diritto politico, ma con massime conosciute da varii secoli, le quali non cesserebbero di esistere con tutta la forza, anche quando non ne fosse fatta menzione nel Codice civile» (ivi, 8). Tuttavia il Consiglio di Stato sceglie a maggioranza di mantenere i primi sette articoli (ivi, 9).

¹² «Le leggi dello Stato emanano dal Re. Le medesime in tutte le materie, sì politiche che giuridiche ed economiche, si fanno per mezzo di Editti o di Lettere Patenti, previo il parere del Consiglio di Stato, a mente del R. Editto del 18 agosto 1831» Ivi, 17.

¹³ Ivi, 18-19.

¹⁴ Evidentemente non è questa la sede per tentare una bibliografia aggiornata sul tema delle costituzioni ottriate. Il quadro generale, comunque, è tale per cui, come è stato scritto, «il costituzionalismo “ottriato” va preso sul serio proprio perché rappresenta la principale forma di “reazione” alla prima stagione fondatrice del costituzionalismo liberal-democratico. Dopo la straordinaria accelerazione di fine Settecento, si trattava ora di “raffreddare” la potente dinamo del potere costituente. Concedere la costituzione anziché vedersela “imporre” significava poter stabilire le regole del gioco e “gestire” la transizione politica. [...] La concessione è anzitutto una “strategia” delle monarchie in funzione eminentemente anti-rivoluzionaria, ma diventa anche un disegno politico di legittimazione e di mantenimento del potere.» L. LACCHÈ, *Settant'anni di Statuto albertino e settant'anni di Costituzione repubblicana: analogie e differenze (storia delle costituzioni)*, in L. GENINATTI SATÈ *et al.* (a cura di), *Le età della Costituzione, 1848-1918, 1948-2018*, Milano, Franco angeli, 2019, 13-39, 15-16; «l'utilizzo della costituzione alla stregua di una “strategia” per fronteggiare il rischio della definitiva delegittimazione della monarchia rappresenta indubitabilmente un tratto in comune tra i sovrani di Regno di Sardegna, Austria, e Prussia nel 1848.» A. G. MANCA, *La monarchia nella storia costituzionale del lungo Ottocento: Italia, Germania, Austria*, “Giornale di Storia costituzionale”, 36/II, 2018, 85-107, 91. Sulle prime fasi della vita dello Statuto si veda ora R. FERRARI ZUMBINI, *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, cit.

risponde a diversi quesiti ministeriali, fra i quali, in questa sede, può risultare di un certo interesse particolarmente il primo, così sintetizzato dal relatore Giovanni Battista Piccone¹⁵: «se dopo la pubblicazione dello Statuto, a tenore delle di cui disposizioni sarebbero state le attribuzioni dei magistrati ristrette alla materia meramente contenziosa, possano ancora li medesimi, come nel passato, provvedere sulle domande per la somministrazione del braccio secolare.»¹⁶ Va peraltro precisato che, in base al dispaccio ministeriale, il parere del Consiglio di Stato è richiesto «per la soluzione non solo degli accennati quesiti, ma principalmente per lo stabilimento di un sistema generale conforme per tutto lo Stato, il quale sia consentaneo alle attuali nostre istituzioni»¹⁷.

Giovanni Battista Piccone compone una relazione molto approfondita, nella quale ricostruisce la storia dell'istituto con particolare riguardo alle vicende settecentesche, sino al concordato del 1841. Poi arriva alle sue conclusioni: anzitutto crede che «non si possa trovare a solide basi appoggiata l'opinione di coloro i quali vogliono che per effetto dello Statuto, siano rimaste circoscritte alle materie meramente contenziose e giudiziali le attribuzioni dei Magistrati e Tribunali, e si debbano perciò tenere per cessate tutte le altre ingerenze di diversa natura, di cui si trovavano investiti dalle leggi, e altri provvedimenti del Governo anteriori, tra le quali trovasi compresa quella della concessione del braccio secolare alle Curie ecclesiastiche.»

Lo Statuto non contiene «una disposizione nella quale esplicitamente fossero state abolite o rivate tutte quelle speciali incumbenze»¹⁸. Certamente in base al principio della divisione dei poteri la concessione del braccio secolare spetta all'esecutivo. Tuttavia «dall'essere la concessione del braccio una competenza della Corona, ne seguirà che sia essa in facoltà di esercitarla come meglio stimi, e che possa perciò il Re rivocare il mandato in addietro conferto ai Magistrati per questo incarico, sempre che lo stimi; ma non se ne potrà dedurre che un tal mandato si abbia da avere già per cessato senza bisogno di un'espressa revocazione.»

Quindi la questione, secondo il relatore, si pone in questi termini: «il re, che prima dell'attuale sistema univa in sé la somma di tutti i poteri, aveva delegato ai magistrati e tutte le competenze concernenti all'amministrazione della giustizia, e quella speciale relativa alla concessione del braccio. È poi venuto lo Statuto nel quale Esso sia spogliato di una parte degli attributi della sovranità, ma ha però ritenuto quanto appartiene al potere esecutivo, dunque in questa parte le cose rimasero, né più né meno, allo stato in cui si trovavano anteriormente; e la conseguenza naturale e logica di un tal ordine di cose, a me sembra sia questa che niente vi è di innovato in ciò che spetta al potere esecutivo; e che il re tutt'ora rivestito di un tal potere, è libero bensì di

¹⁵ L'indicazione del relatore si ricava dall'intestazione del fascicolo relativo all'affare in ACS, CdS, Sez. di grazia e giustizia, Pareri, 1845-1850, adunanza 6 novembre 1849.

¹⁶ *Risoluzioni*, vol. 1, f. 110.

¹⁷ «e conservi per quanto sia possibile l'osservanza delle norme e sagge cautele introdotte da speciali istruzioni o da usi in questa così delicata materia», *ivi*, f. 94 v.

¹⁸ «Nell'art. 68 la legge fondamentale stabilisce che la giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome da giudici che egli istituisce: nell'art. seguente (69) è detto che i giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio; nell'art. 70, che non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge, e nell'art. 71, che niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali, e che perciò non potranno essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie. Queste sono le sole sanzioni dello Statuto da cui vien determinato il potere commesso all'ordine giudiziario, e in queste trovo bensì che si è voluto garantire ai cittadini che la giustizia dovrà essere costantemente amministrata dai Tribunali, nell'ordine delle competenze dalla legge stabilite, ma non vedo che a questi Tribunali sia proibito di accettare, e ritenere altri incarichi fuori di quelli strettamente appartenenti all'amministrazione della giustizia, e direttamente emergenti dalla giurisdizione nello Statuto loro riservata.» *Risoluzioni*, vol. 1, ff. 110-111.

confermare o rivocare a piacimento, e le delegazioni, e le altre disposizioni da Lui anteriormente emanate, in ciò che spetta a questo suo potere, ma che tutte restano nel loro pieno vigore, finché non siano dal medesimo potere da cui partivano, rivate o modificate.»¹⁹

Su questo punto, la Sezione di grazia e giustizia, e poi il Consiglio di Stato, non si discostano dall'avviso del relatore: dopo lo Statuto «la prerogativa di concedere il braccio secolare» è «rimasta al potere esecutivo [...] come attribuzione sua propria, abbenché i Principi l'avessero nei tempi anteriori delegata in parte all'autorità giudiziaria». Questa delega è naturalmente revocabile, ma non si vede «la necessità o la convenienza di rivocharla»: lo stesso principio della divisione dei poteri non lo richiede, «perché questa divisione non impedisce che i Magistrati abbiano per delegazione qualche incombenza diversa da quella di profferire sentenze»²⁰. Pertanto, la Sezione, e poi il Consiglio, sono dell'avviso che «la delegazione fatta all'autorità giudiziaria per la concessione del braccio secolare non sia infirmata dallo Statuto»²¹.

Un altro esempio si può trarre da un parere di qualche anno più oltre, ovvero del giugno 1852, relativo a «due progetti di legge sull'esercizio dei culti israelitico e valdese»²²: quindi, trattandosi appunto di progetti di legge, in questo caso il tema non è quello del rapporto fra legge e regolamento, ma quello del rapporto fra lo Statuto e la legge destinata ad averlo.

Dello Statuto entra ora naturalmente in gioco anzitutto l'art. 1 («La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi»). La Sezione di grazia e giustizia, dove relatore è ancora Vittorio Frascini, premette all'esame dei due progetti di legge una considerazione comune ad entrambi: entrambi «proclamano libero l'esercizio privato dei due Culti tollerati, non soggetto ad altre limitazioni che quelle che la sicurezza e la quiete pubblica possono richiedere». In effetti «la sanzione di tale principio non può che sembrare interpretativa dell'art. 1° dello Statuto il quale, proclamando la Religione Cattolica Apostolica e Romana la sola Religione dello Stato, dichiarò che gli altri Culti già esistenti sono tollerati conformemente alle Leggi».

Ma, continua la Sezione, «una simile interpretazione non pare né necessaria né tanto meno opportuna»: «non pare necessaria poiché, secondo gli usi e le Provvidenze anteriori allo Statuto, l'esercizio interno dei detti culti non solo non era sottoposto a maggiori cautele che quelle che l'ordine pubblico poteva richiedere, ma era anzi efficacemente protetto, come continua tuttora ad esserlo, con una sola differenza che cioè la tolleranza e la conseguente protezione che il Governo accordava ai detti Culti potevano dal Governo medesimo essere ritolte quando all'opposto ciò non è più a temersi ora che la tolleranza è proclamata dalla Legge

¹⁹ Ivi, f. 111 v.

²⁰ «quali sono nella nostra ed in parecchie altre legislazioni, non solo le attribuzioni miste dei Giudici amministrativi, ma anche quelle conferite agli stessi Tribunali ordinari per tutelare l'interesse dei minori e degli assenti, e simili altre di natura conservatoria, le quali sono consentanee alla missione che hanno i Tribunali di tutelare l'ordine delle famiglie ed il diritto di proprietà come quella d'esaminare le domande di concessione del braccio secolare è affine all'altra loro missione, ugualmente sacra, di proteggere la libertà individuale;» ivi, ff. 115-115 v..

²¹ Ivi, ff. 116-116 v.

²² *Risoluzioni*, vol. 2, ff. 162 ss. Per un quadro bibliografico sulla vicenda si rinvia a C. BERSANI, *Stato, Chiesa e Statuto*, vol. 1, cit., 97 ss., 134 n.

Fondamentale dello Stato ed è divenuta un diritto per coloro che esercitano i detti Culti.²³ Non sembra poi opportuna per le gravi questioni cui può dar luogo un'interpretazione qualunque del detto articolo dello Statuto, quand'anche la disposizione che si proponesse potesse dirsi una conseguenza necessaria dell'articolo medesimo ed escire perciò dalla sfera di vera disposizione interpretativa.»²⁴

C'è chi ritiene «che, avendo la seconda parte del detto art. 1° dello Statuto sottoposto la tolleranza che accordò ai detti culti alle disposizioni delle leggi, è alle leggi che erano in vigore al momento della pubblicazione dello Statuto medesimo che il Donatore di esso intese di riferirsi».²⁵ Inoltre, «la dichiarazione di libertà dell'esercizio interno dei detti culti, pugna con quella di semplice tolleranza, perché li renderebbe in ciò eguali all'esercizio del culto cattolico.»

Indipendentemente dal valore di questi argomenti, la Sezione prende posizione in base a considerazioni di opportunità politica, che assolutamente sconsigliano un dibattito parlamentare sul tema²⁶. Quindi «per gli accennati motivi, e per il riflesso ancora essere troppo ardua cosa di stabilire i veri limiti e le condizioni di tolleranza di alcuni culti in uno Stato, in cui la Religione Cattolica, Apostolica e Romana è proclamata la sola Religione del medesimo, la Sezione fu di unanime parere, che non debba ammettersi la detta dichiarazione di principio, né qualunque altra disposizione che ne sia la conseguenza, o vi possa avere relazione.» L'eventuale legge deve limitarsi a dettare, qualora sia necessario, «le norme da osservarsi nell'economica amministrazione delle cose riflettenti i detti culti».

La questione che viene posta, quindi, è innanzitutto di pura e semplice opportunità politica. Tuttavia lo stesso problema di opportunità si riflette sul piano del rapporto tra le fonti: infatti l'art. 1 dello Statuto si riferisce alle leggi, in conformità alle quali «gli altri culti ora esistenti sono tollerati»; e, come si è visto, è stato anche affermato – ma dalle parole del relatore non è chiaro da chi e in quale sede – che il riferimento dello Statuto sarebbe stato «alle leggi che erano in vigore al momento della pubblicazione dello Statuto medesimo». Quindi, quelle stesse leggi sarebbero state rafforzate dal richiamo contenuto nello Statuto.

Del resto lo stesso ricorso, da parte della Sezione, ai termini «libertà» («dell'esercizio interno dei detti culti»), o «diritto» (alla tolleranza), verrà messo in discussione già in sede di parere definitivo: viene infatti osservato che quelle espressioni «abbisognerebbero di maggiore sviluppo, attenendosi però alle parole tecniche dello Statuto affine di non proclamare un diritto ciò che si vuole unicamente tolleranza, quale tolleranza si vuole di fatto ma non mai di diritto, e convenga perciò dichiarare apertamente che si intende di non pregiudicare in alcun modo la semplice tolleranza del Culto Protestante limitato in certi luoghi e assoggettato alle leggi che ne vegliano

²³ Questo passo è citato e discusso in A. TALAMANCA, *Confessionismo, tolleranza e libero esercizio del culto al vaglio del Consiglio di Stato del Regno sardo*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Studi in onore di Piero Bellini*, vol. 2, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, 657-680, 679.

²⁴ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 178 v.

²⁵ «e questa opinione si vuole avvalorare osservando che colle Lettere Patenti del 17 febbraio 1848, e così di data intermedia fra il Proclama Reale dell' 8 stesso mese che indicò le basi principale dello Statuto che il Re prometteva e lo Statuto medesimo in data del 4 del successivo marzo, intanto che si ammisero i Valdesi a godere di tutti i dritti civili e politici, si dichiarò espressamente, che nulla era innovato quanto all'esercizio del loro culto, ed alle scuole da essi dirette.» Ivi, ff. 178 v.-179.

²⁶ «Qualunque possa essere il valore di cotali, ed altre consimili ragioni nessuno vi ha che possa disconoscere quanto importi di evitare le discussioni cui possono dar luogo, e l'inopportunità perciò di proporre al Parlamento una disposizione legislativa che proclami il principio suddetto.» Ivi, f. 179.

l'andamento»²⁷. Ma in linea generale l'impianto proposto dalla Sezione, decisamente ispirato alla cautela, viene accolto²⁸.

L'art. 1 dello Statuto non è l'unico ad entrare in gioco nella discussione. Si discute anche dell'art. 32²⁹: nel progetto, avverte sempre la Sezione, «si fa facoltà ai Valdesi ed ai loro aderenti di riunirsi liberamente in ogni parte del Regno per la celebrazione del loro culto, salva la sorveglianza del Governo nel solo interesse dell'ordine pubblico quando le riunioni si facciano in luoghi aperti al pubblico.» In questo modo si era forse voluto «alludere al dritto che l'art. 32 dello Statuto riconosce in tutti i cittadini di adunarsi»: ma in questo caso «la dichiarazione non si renderebbe necessaria, ed avrebbe di più il grave inconveniente di prestare occasione a sinistre interpretazioni, supponendo una tendenza a rendere eguale l'esercizio del Culto Valdese a quello della Religione Cattolica proclamata dallo Statuto la sola Religione dello Stato», motivo per cui la Sezione rifiuta di accoglierla³⁰; e, più in generale, non può non avvertirsi, sebbene inespresso, il costante riferimento all'art. 24.

Con riferimento agli anni immediatamente successivi al 1848, si è parlato di un «ruolo frenante del Consiglio di Stato nell'interpretazione dei principi programmatici dello Statuto»: così esso appare come «organo che media tra istanze innovatrici e resistenze confessionali della società, attento a bilanciare la tecnica applicazione dei principi giuridici con valutazioni di opportunità politica». Una «costante» della sua azione sarebbe stata la «cautela con la quale viene affrontata la questione dell'armonizzazione della legislazione ai principi dello Statuto», in un quadro coerente con «quel principio del “*conservare svecchiando*” che era stato proprio di Carlo Alberto», e che «portava l'interprete a considerare il nuovo sistema non come evento determinante una frattura di tipo rivoluzionario, ma come momento chiave di una evoluzione in rapporto di continuità innovativa rispetto al sistema precedente»³¹.

Si tratta di considerazioni che appaiono particolarmente ben fondate, se si considera il tema dei rapporti fra Stato e Chiesa, così centrale per la monarchia sabauda sotto i profili sia della politica del diritto, sia della politica *tout court*. Del resto, il proposito di coniugare «des temps anciens et les temps modernes» era stato affermato con la massima chiarezza già nel preambolo della Carta costituzionale francese del 4 giugno 1814, tra i punti di riferimento obbligati per le successive costituzioni *octroyé*³². I passi tratti dai pareri citati possono forse mostrare in che

²⁷ Ivi, ff. 205-205 v. Così «il Consiglio delibera di sostituire alla parola *interno* che leggesi dopo la parola *culto* quella di *privato*, e ciò in tutti [i] luoghi del Parere (di essa Sezione) ove verrà incontrata, come altresì e per lo stesso motivo di sostituire alla voce *esterno* quella di *pubblico* ogni qualvolta s'incontrerà dopo la parola *culto*, e di surrogare al periodo sopra riportato il seguente, anche ad oggetto di evitare che il detto periodo potesse venir compreso come un pensiero della Sezione anziché come obiezione che altri potrebbe fare: “Potrà anche obiettarsi che la dichiarazione illimitata di libertà per l'esercizio privato di tali culti significhi una parziale autorizzazione o ricognizione di diritto, e così una cosa alquanto diversa dalla semplice tolleranza cui accenna lo Statuto”». Ivi, f. 205 v. In proposito si veda A. TALAMANCA, *Confessionismo*, cit.

²⁸ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 206.

²⁹ «È riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico, i quali rimangono intieramente soggetti alle leggi di polizia.»

³⁰ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 179 v.

³¹ A. TALAMANCA, *Confessionismo*, cit., 671-673.

³² Sulla costituzione del 4 giugno 1814 si veda almeno P. ALVAZZI DEL FRATE, *La Charte del 4 giugno 1814: una introduzione*, «Historia et Jus», 3, 2013, *paper* 11. Si vedano poi le considerazioni in M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, 2, Milano, Giuffrè, 2014, 106 ss. e quelle, già richiamate, di A. G. MANCA in *La monarchia nella storia costituzionale del lungo Ottocento*,

modo questo proposito si rifletta sul piano della riflessione giuridica in materia di rapporto fra legge e Statuto, e fra legge e attività normativa dell'esecutivo.

Il tema del ricorso allo strumento legislativo torna in un altro esempio, questa volta in materia di fabbricerie, tratto da un parere dell'8 novembre 1853. Questa volta si tratta di un quesito posto dal Ministero per gli affari Ecclesiastici, di grazia e giustizia: «se debba lasciarsi a' Magistrati il provvedere sopra alienazioni ed altri atti d'amministrazione delle Fabbricerie e simili Corpi morali ovvero si debba in ciò stabilire all'avvenire un'altra regola; e in questo caso, se occorra un Provvedimento legislativo o basti una Circolare agli Uffici Generali del Pubblico Ministero»³³.

La questione concerne, ancora una volta, la possibilità che risalenti attribuzioni istituzionali prestatutarie persistano nel nuovo contesto costituzionale: nella sintesi che ne offre il relatore – questa volta Cristoforo Mameli³⁴ – il ministero ha considerato «che il sistema provvisoriamente adottato di lasciare, anche dopo le nuove istituzioni politiche, i Magistrati (come gli antichi Senati) nell'esercizio della facoltà di provvedere sopra alienazioni ed altri atti di amministrazione concernenti le Fabbricerie e simili Corpi morali, comunque appoggiato a gravi ragioni, induce dubbii sulla sua regolarità»³⁵.

Il primo obiettivo che si pone Mameli è «esaminare se l'ingerenza de' Magistrati nell'autorizzare le alienazioni di beni stabili appartenenti all' Amministrazione delle Chiese parrocchiali e nel sanzionare Regolamenti ed altri atti amministrativi d'interesse delle medesime abbia fondamento in qualche Legge anteriore allo Statuto ovvero debba ripetersi puramente dall'antica consuetudine ed osservanza, mantenute provvisoriamente in vigore dopo la promulgazione d'esso Statuto.»³⁶

Secondo il relatore, la competenza dei magistrati poggerebbe sostanzialmente sulle Lettere patenti del 19 maggio 1831, ma «promulgato lo Statuto, si elevò nuovamente il dubbio se colle prescrizioni del medesimo fosse ancora conciliabile ne' Magistrati l'esercizio di quelle prerogative»³⁷.

cit., 91. Sul tema si rinvia pure a L. LACCHÉ, *Le carte ottriate. La teoria dell'ottrio e le esperienze costituzionali nell'Europa post-rivoluzionaria*, «Giornale di storia costituzionale», 18, 2/2009, 229-254.

³³ *Risoluzioni*, vol. 2, ff. 304 ss.

³⁴ Su Cristoforo Mameli si veda C. BERSANI, *Mameli, Cristoforo*, in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, cit., 1, 32-40.

³⁵ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 304.

³⁶ *Ivi*, f. 304 v.

³⁷ «colle quali fu commesso ai Senati (cui in appresso vennero surrogati con tutte le facoltà e prerogative che ad essi competevano gli attuali Magistrati) di permettere la vendita, anche senza formalità d'incanti, qualunque ne fosse il prezzo, non solo dei beni dotali, di pupilli, minori ed altri amministrati, ma eziandio di quelli dei Pubblici Stabilimenti, Opere Pie ed altre privilegiate, eccettuati però i beni dei Comuni». *Ivi*, ff. 304 v.-305 v.

Alcuni sostenevano «un'incompatibilità assoluta», in base all'art. 5 dello Statuto³⁸ che riservava al Re «tutte le attribuzioni d'indole amministrativa», e all'art. 18³⁹, che riservava al Sovrano anche «i diritti spettanti alla Podestà Civile in materia beneficiaria»⁴⁰.

Altri negavano che le autorizzazioni in questione riguardassero la materia beneficiaria (trattandosi nel caso delle fabbricerie non di enti ecclesiastici, ma di enti «laicali affetti da ecclesiasticità»); sostenevano che, avendo lo Statuto, con gli artt. 18 e 82⁴¹, sottratto ai magistrati «alcune prerogative d'indole amministrativa e politica», se ne doveva dedurre «che s'intendevano salve le altre già prima lor competenti, finché non si fosse altrimenti provveduto»; e infine che «sebbene il Re non possa abdicar le prerogative che gli competono come Capo ed Amministratore supremo dello Stato, niente osta però a che egli possa delegare a tempo l'esercizio di qualche attribuzione politica od amministrativa a' Magistrati.»⁴²

Mameli offre anche un quadro assai diversificato delle norme vigenti nelle diverse province del Regno⁴³, ma, nel complesso, ritiene che «l'autorizzazione richiesta per poter procedere all'alienazione degli immobili appartenenti alle Chiese Parrocchiali» altro non sia «che un atto di tutela amministrativa, di natura non diversa da quella che è prescritta per l'alienazione dei beni dei Comuni», e che non va confuso «con quelli di giurisdizione volontaria che i Magistrati e i Tribunali esercitano a salvaguardia dei diritti delle persone privilegiate, come minori, donne, interdetti, assenti, eredità giacenti od accettate con beneficio d'inventario ed altri.»⁴⁴

Dunque, prosegue il relatore, è non solo opportuno, ma «indispensabile il provvedere a questo ramo di pubblico servizio onde coordinarlo colle attuali forme di governo, il cui equilibrato e regolare andamento dipende soprattutto dalla esatta separazione dei Poteri. Le funzioni proprie dell'Autorità amministrativa e politica non possono attribuirsi all'Ordine giudiziario senza torre a quella in parte i necessari mezzi d'azione pel maneggio e direzione della cosa pubblica»⁴⁵.

³⁸ «Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere.»

³⁹ «I diritti spettanti alla podestà civile in materia beneficiaria, o concernenti all'esecuzione delle Provvisioni d'ogni natura provenienti dall'estero, saranno esercitati dal Re.»

⁴⁰ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 305 v.

⁴¹ Art. 82: «Il presente Statuto avrà il pieno suo effetto dal giorno della prima riunione delle due Camere, la quale avrà luogo appena compiute le elezioni. Fino a quel punto sarà provveduto al pubblico servizio di urgenza con Sovrane disposizioni, secondo i modi e le forme sin qui seguite, ommesse tuttavia le interinazioni e registrazioni dei Magistrati, che sono fin d'ora abolite.»

⁴² *Risoluzioni*, vol. 2, ff. 305 v.-306.

⁴³ «Il Consiglio di Stato ebbe già ad osservare nella discussione del Progetto di Legge per l'organizzazione delle Fabbricerie che quell'Imperiale Decreto [del 30 dicembre 1809], benché sia tuttora nella massima parte in osservanza nel Ducato di Genova e in alcune sue disposizioni anche nelle Diocesi della Savoia, di Nizza e di Ventimiglia, cessò affatto d'aver forza di legge con la pubblicazione del R.º Editto 21 maggio 1814 e quindi, ne' Comuni specialmente del Piemonte, furono rimessi in pieno vigore gli usi antichi, tantoché poteva ben dirsi che ciascuna Parrocchia aveva nell'amministrazione dei fondi destinati all'esercizio del Culto le sue proprie e particolari regole.» Ivi, f. 306.

⁴⁴ «Perciocché in questi casi trattasi d'interessi puramente privati, regolati da leggi positive, i quali non sono sotto la dipendenza diretta del Sovrano, come le pubbliche Amministrazioni che debbono essere governate con norme d'interesse generale ed anche locale, secondo le esigenze dei tempi e la diversa condizione dei Paesi.» Ivi, f. 306 v.

⁴⁵ Ivi, f. 307.

Tuttavia, per Mameli non è possibile sottrarre ai magistrati le loro attribuzioni in materia se non attraverso una legge: infatti questa «giurisdizione» ha a sua volta fondamento «in una legge positiva», ovvero le Regie patenti del 19 maggio 1831⁴⁶, così come «nell'antichissima consuetudine». Pertanto «non può rinvocarsi o modificarsi che da una legge chiara e precisa, la quale ancor si desidera.»⁴⁷

Inoltre Mameli, in questa occasione, non trascura di esprimere con chiarezza il proprio punto di vista più generale sul rapporto dello Statuto con le norme previgenti, e sulla sua stessa forza trasformativa: «in difetto di espressa disposizione nello Statuto, non possono intendersi virtualmente abrogate che quelle parti dell'antico diritto, le quali sono in aperta ed assoluta incompatibilità coi principii informanti la Legge Fondamentale. Le conseguenze però, più o meno dirette, che si deducono da tali principii devono soltanto servire di norma nel fare le leggi necessarie per mettere in armonia con lo spirito dello Statuto i diversi rami del pubblico servizio.»⁴⁸

Dunque dalle parole del relatore sembra possibile trarre due conclusioni: 1) effettivamente la competenza dei magistrati in materia di alienazioni delle fabbricerie urta con il principio della separazione dei poteri, cardine delle «attuali forme di governo»; 2) tuttavia non è possibile correggere lo squilibrio altrimenti che con un provvedimento legislativo.

Il parere definitivo del Consiglio di Stato è di impianto parzialmente difforme: le Sezioni unite, difatti, non si soffermano sul tema della separazione dei poteri, e piuttosto insistono sulla necessità di una legge. In sintesi, per il Consiglio di Stato le Regie Patenti del 19 maggio 1831

«commettevano ai Senati (nelle cui attribuzioni sono stati surrogati gli attuali Magistrati d'appello) la facoltà di permettere le vendite senza formalità d'incanto, qualunque ne fosse il prezzo, non solo dei beni dotali, di pupilli, minori ed altri amministrati, ma eziandio di quelli dei pubblici Stabilimenti, Opere Pie ed altri privilegiati, eccettuati però i beni delle Comunità»; tale facoltà «non può intendersi virtualmente abrogata dallo Statuto, perocché non è contemplata nell'art. 18»⁴⁹.

Pertanto «nulla s'intende innovato con lo Statuto circa le attribuzioni che, sia in virtù della legge 19 maggio 1831, sia per antica consuetudine, e per espressa o tacita delegazione del Sovrano, i Magistrati hanno esercitato nell'autorizzare le alienazioni dei beni amministrati dalle Fabbricerie delle Chiese parrocchiali o nell'approvare e sanzionare i Regolamenti amministrativi delle medesime; e debbano quindi continuare nell'esercizio, come si è finora praticato nelle diverse parti dello Stato sino a che per Legge non venga altrimenti disposto»⁵⁰.

In questo caso, quindi, nonostante contraddicano chiaramente il principio della separazione dei poteri, centrale nel quadro dello Statuto, le competenze dei magistrati nella tutela delle fabbricerie non vengono direttamente colpite. Questo sarebbe possibile solo attraverso una legge,

⁴⁶ Regie patenti «colle quali S. M., per la più sollecita e meno dispendiosa spedizione degli affari, autorizza i Magistrati a provvedere in via ordinaria ne' casi ivi specificati, ne' quali occorre prima d'ora di ricorrere al Regio Trono». *Raccolta degli atti del governo di S. M. il Re di Sardegna dal 1814 a tutto il 1832*, vol. 21, cit., 94–95.

⁴⁷ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 307.

⁴⁸ *Ibidem*. Sul punto anche G. BARBAGALLO, *Introduzione*, cit., 31-32.

⁴⁹ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 308 v.

⁵⁰ *Ivi*, f. 309 v.

che, secondo l'espressione del relatore Mameli, intervenga a «mettere in armonia con lo spirito dello Statuto» questo ramo del «pubblico servizio».

Con un parere del 29 dicembre 1855, il Consiglio di Stato torna sul principio di separazione dei poteri e, più in generale, sul ruolo dello Statuto nel processo di adeguamento delle istituzioni a proposito di un quesito, sempre proveniente dalla Regia Segreteria di Stato per gli affari ecclesiastici, di grazia e giustizia: «se allo stato della legislazione attuale l'autorizzare le Confraternite ad alienare beni stabili spetti alle Corti d'appello, ovvero al Re».

Come si vede, si tratta di un tema prossimo a quanto già discusso relativamente alla situazione delle fabbricerie. Su relazione di Michelangelo Tonello, il Consiglio di Stato rileva anzitutto che «la facoltà, di cui è questione, come varie altre di simile genere, le quali s'attengono per loro natura alle attribuzioni amministrative o miste, anziché alle giudiziarie, vennero presso di noi per antichissima consuetudine costantemente esercitate dai Magistrati Supremi»⁵¹. Questi usi sono stati peraltro «sanzionati» da «leggi positive», ossia dalle Regie Costituzioni del 1770, dalle Regie Patenti del 19 maggio 1831⁵², e dallo stesso Codice civile (artt. 253 e 436⁵⁴).

Ma un'altra considerazione appare decisiva: infatti, prosegue il parere «se più conforme potrebbe per avventura ravvisarsi ai principii, che informano i nuovi nostri ordini politici, che si venisse a stabilire una precisa ed assoluta separazione dei poteri, per guisa che niuna attribuzione amministrativa più dovesse lasciarsi al potere giudiziario, ne conseguita solo, che a mano a mano che secondo le esigenze sociali si andrà riformando la legislazione dovrà essa per quanto possibile richiamarsi a quei fondamentali principii, ma non già che debbansi avere come di presente tacitamente abrogate tutte le leggi, che contengano qualche parte meno conforme ai prelodati principii, altrimenti ammessa una tale conseguenza ognuno scorge di leggieri quali lacune, e quale scompiglio ne sarebbero per succedere in tutta la nostra legislazione;»

Già in altre circostanze, e poco prima dell'emanazione dello Statuto, alcune competenze tradizionalmente attribuite ai magistrati supremi erano state assegnate all'esecutivo. Ma per fare questo, nonostante le prescrizioni esplicite dello Statuto, si era ritenuto che fosse comunque necessario provvedere attraverso ulteriori atti normativi: infatti, «ancorché lo Statuto accennasse alla separazione dei poteri», le competenze dei Magistrati d'appello in materia di cimiteri e sepolture erano state conferite al Ministero dell'interno solo col R. D. 17 aprile 1848 n. 700, il quale «prevenendo l'attuazione dello Statuto aveva ancora forza di legge»; ugualmente, le competenze dei Magistrati supremi in materia di exequatur furono deferite «al

⁵¹ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 464.

⁵² «colle quali S. M., per la più sollecita e meno dispendiosa spedizione degli affari, autorizza i Magistrati a provvedere in via ordinaria ne' casi ivi specificati, ne' quali occorre prima d'ora di ricorrere al Regio Trono».

⁵³ «Il Re si gloria di essere protettore della Chiesa, e di promuovere l'osservanza delle leggi di essa nelle materie che alla podestà della medesima appartengono. I Magistrati supremi veglieranno a che si mantenga il migliore accordo tra la Chiesa e lo Stato, ed a tal fine continueranno ad esercitare la loro autorità e giurisdizione in ciò che concerne agli affari ecclesiastici, secondo che l'uso e la ragione richiedono.»

⁵⁴ «I beni della Chiesa, dei Comuni, delle opere pie, e di altri pubblici stabilimenti non possono essere amministrati ed alienati, se non nelle forme e colle regole che loro sono proprie. Quanto alle opere pie ed altri pubblici stabilimenti laicali, l'alienazione sarà autorizzata con provvisione Sovrana, previo il parere del Consiglio di Stato, ad eccezione però delle fondazioni, la cui amministrazione sia meramente privata, per le quali le alienazioni dei beni saranno autorizzate dal Senato.»

potere esecutivo» solo col R. D. 25 aprile 1848, «che aveva pur forza di legge», anche se lo Statuto, all'art. 18, stabiliva «espressamente [...] che i diritti spettanti alla podestà civile in materia beneficiaria, o concernenti all'esecuzione delle Provvisioni d'ogni natura provenienti dall'Estero, saranno esercitati dal Re»; infine, «quantunque tutti i regnicoli dallo Statuto sieno stati dichiarati eguali dinnanzi alla legge, tuttavia gli ecclesiastici godettero del privilegio del foro finché non venne desso abrogato colla legge del 9 Aprile 1850».

Dunque, a parere del Consiglio di Stato «qualora il Ministero credesse similmente di dover far cessare nelle Corti d'Appello la facoltà di autorizzare le Confraternite ad alienare beni stabili, od altre simili attribuzioni amministrative o miste, non potrebbe altrimenti ciò fare, che col promuovere un provvedimento legislativo in proposito».⁵⁵

A questo punto sembra possibile formulare qualche conclusione, relativa all'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia ecclesiastica:

in primo luogo, anche nel massimo organo consultivo, nei primi anni successivi all'emanazione dello Statuto si afferma la linea per cui la sua forza abrogativa non è immediata, ma subordinata alla successiva attività legislativa. Si tratta di una posizione in tutto coerente con l'orientamento per cui lo Statuto poteva dirsi norma giuridica applicabile solo per il tramite della legge⁵⁶. Cristoforo Mameli, benché figura non di primissimo piano, sembra aver sintetizzato nel 1853 un'opinione abbastanza rappresentativa dell'atteggiamento tenuto dall'organo consultivo, col dire che «in difetto di espressa disposizione nello Statuto, non possono intendersi virtualmente abrogate che quelle parti dell'antico diritto, le quali sono in aperta ed assoluta incompatibilità coi principii informanti la Legge Fondamentale. Le conseguenze però, più o meno dirette, che si deducono da tali principii devono soltanto servire di norma nel fare le leggi necessarie per mettere in armonia con lo spirito dello Statuto i diversi rami del pubblico servizio.»⁵⁷

Come si è visto la Camera dei conti, nel 1852, riteneva abrogate solo le leggi «che si trovassero veramente in contraddizione col testo dello Statuto»⁵⁸. In Consiglio di Stato emerge un criterio relativamente più elastico: dai pareri citati, infatti, non appare necessaria la contraddizione col «testo» dello Statuto, ma basta l'eventuale «aperta ed assoluta incompatibilità coi principii informanti la Legge Fondamentale».

Rimanevano dunque da precisare sia i termini di questa «incompatibilità», sia i principii «informanti» lo Statuto che avrebbero dovuto esercitare una funzione eminentemente di indirizzo («di norma») nei confronti dell'attività legislativa: fra questi, vi era certamente quello dell'eguaglianza di fronte alla legge, proclamata dall'art. 24, che però, in sede di attività consultiva, non aveva trovato un'applicazione conseguente nel caso della libertà di culto dei valdesi e degli israeliti; ugualmente vi era il principio della separazione dei poteri, per la diretta applicazione del quale era però, nei casi che si sono visti, necessario un provvedimento legislativo, nei confronti del quale lo stesso principio, e quindi lo Statuto, avrebbe dovuto «servire di norma».

⁵⁵ Ritene in chiusura che «a termini dell'attuale legislazione spetti alle Corti d'Appello il concedere alle Confraternite l'autorizzazione per l'alienazione di stabili, e lascia alla saviezza del Ministero il giudicare dell'opportunità e convenienza di presentare al Parlamento un progetto di legge per deferire quell'attribuzione al potere esecutivo.» *Risoluzioni*, vol. 2, ff. 464 v.-465 v.

⁵⁶ M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, cit., 481.

⁵⁷ *Risoluzioni*, vol. 2, f. 307.

⁵⁸ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto*, 728.

3. *Consiglieri e Senatori*

Occorre adesso verificare, con qualche esempio, se e fino a che punto queste posizioni assunte dal Consiglio di Stato nel corso della sua attività istituzionale si riflettevano sul piano dell'attività legislativa, attraverso la partecipazione dei consiglieri ai lavori parlamentari. E occorre anche verificare se, ed eventualmente come la pluralità di posizioni emersa in sede di attività consultiva trovi un riscontro anche nei lavori parlamentari.

Si può iniziare guardando ad alcuni interventi in Senato sulla prima delle leggi Siccardi: quella del 9 aprile 1850 sull'abolizione del privilegio di foro ecclesiastico⁵⁹.

In Senato la discussione inizia il 5 aprile 1850, e fra i primi interventi ce n'è uno di Vittorio Amedeo Sallier De La Tour – al momento ancora vicepresidente del Consiglio di Stato, ma evidentemente già molto provato nella salute (tanto che il suo intervento è letto da altri) – molto ostile al disegno di legge: egli ritiene che la materia in questione non possa essere regolata senza il concorso della Santa Sede, secondo una prospettiva che appare sostanzialmente concordataria. Il vicepresidente del Consiglio di Stato si concentra proprio sul ruolo dello Statuto: infatti, a suo avviso il ministero muove in primo luogo dall'argomento per cui questo avrebbe modificato le leggi civili, al punto che «nous ne sommes plus obligés de tenir les stipulations diplomatiques qui ne sont pas en tout conformes aux dites lois.» Ma per Sallier de La Tour è vero il contrario: tutti i trattati «déroge de plein droit a tout ce que les lois civiles existantes dans ces Etats peuvent avoir de contraire aux accords pris dans les dits traités ou conventions». Anzi: «des traités d'Etats à Etats sont presque toujours une dérogation à quelques-unes des lois existantes dans ces Etats; car si elles y étaient conformes, le traité serait inutile, puisque les lois existantes pourvoiraient déjà à l'objet dans le sens du traité. Par exemple, dans un traité de commerce vous stipulez que telle marchandise arrivant dans tel port ne payera que tel droit. Si la loi existante désignait déjà le même droit et le même port, le traité serait superflu. On fait donc le traité pour modifier la loi en vigueur.»

Quindi «la convention conclue entre deux Etats indépendants devient une loi supérieure à celle qui existait précédemment, puisqu'elle a la puissance d'y déroger. D'après ces principes incontestables de droit public, vous jugerez aisément, messieurs les sénateurs, qu'une loi postérieure faite par un des deux Etats ne peut pas déroger à la loi supérieure résultant du traité ou de la convention; s'il en était autrement, il deviendrait inutile de faire des traités,

⁵⁹ legge apparsa di impianto più «separatistico» a fronte della seconda delle leggi Siccardi, quella del 5 giugno successivo sull'ingerenza del governo negli acquisti dei corpi morali (P. BELLINI, *Leggi ecclesiastiche italiane separatistiche e giurisdizionalistiche (1848-1867)*, col titolo *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1867)* in P.A. D'AVACK (a cura di), *La legislazione ecclesiastica*, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 145-192, ora in P. BELLINI, *Saeculum Christianum*, Torino, Giappichelli, 1995, 199-268, 212 ss., 218). Sulle leggi Siccardi si vedano almeno A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, Einaudi, 1971³, 149 ss.; C. MAGNI, *I Subalpini e il concordato*, Padova, CEDAM, 1961; R. ROMEO, *Carovour e il suo tempo*, 2, Roma-Bari, Laterza, 1984, 430 ss.; A. PENNINI, *La religione nello Stato. Aspetti della normativa in materia ecclesiastica dal regno di Sardegna all'unità d'Italia*, in L. SCARAFFIA (a cura di), *I cattolici che hanno fatto l'Italia. Religiosi e cattolici piemontesi di fronte all'Unità d'Italia*, Torino, Linda, 2011, 11-56, 37 ss.; F. G. COCA, *Risorgimento e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2021, 304 ss.

puisque chacune des parties contractantes aurait le pouvoir de l'annuler en faisant une loi qui lui fût contraire.»⁶⁰

Anche Luigi Provana di Collegno, che in Consiglio di Stato presiede la Sezione dell'interno e interviene il 6 aprile, è ostile al provvedimento: anzitutto per la sua identità di cattolico («se neghiamo alla Chiesa quel duplice diritto di insegnare e di comandare, non siamo cattolici»⁶¹), ma anche per motivi legati all'interpretazione del ruolo dello Statuto: «In questi giorni si mette in campo [una] nuova teoria, e si sostiene che le immanità di cui si tratta sono incompatibili colle presenti nostre politiche istituzioni, ed ecco come si argomenta. Tutto quel che è contrario allo Statuto vuoi intendersi derogato colla promulgazione del medesimo. Ora i concordati, per li quali si sanciva l'esercizio della giurisdizione ecclesiastica in materia d'immunità, sono contrari allo Statuto; dunque, i concordati sono distrutti *ipso jure* per la promulgazione di quel Codice fondamentale. Questo sillogismo forma la cerchia in cui si vuole ristretto e Governo, e Parlamento, e nazione.»

Si sostiene cioè «che la promulgazione dello Statuto ha distrutto ogni cosa che vi fosse contraria.» Ma il presidente di Sezione non lo crede: «lo concedo in quanto a quello che era in potere del monarca che lo proclamava. Sovrano assoluto, quale era allora presso di noi, il re potea con una legge distruggere quello che avesse ordinato con legge precedente». Ma «non così potea disporre di quello che era fuori del suo arbitrio per li vincoli che s'era precedentemente imposti», e «tra questi vincoli vogliono annoverarsi i concordati anteriori». ⁶²

È stato chiamato in causa – continua Luigi Provana di Collegno - anche il principio statutario dell'eguaglianza di tutti i regnicoli, ma permangono giurisdizioni e ordinamenti particolari, disciplinati da Codici propri, come per la milizia e la mercatura. L'ordinamento su cui si fonda il privilegio di foro ecclesiastico «oltre al fondamento divino che noi gli riconosciamo, ha esso pure la sanzione dell'autorità regia mercé i concordati, alla quale sanzione non è stato formalmente derogato dallo Statuto, nel quale noi lo sosteniamo anzi implicitamente confermato mercé l'articolo primo.» Anche l'obiezione per cui sarebbe «superiore al potere del principe l'alienazione di verun diritto appartenente alla sovranità» in questo caso non ha fondamento: quando pure «i nostri principi si fossero spogliati mercé i concordati di parte dei diritti inerenti alla sovranità temporale», Provana di Collegno non crede di poterne contestarne la podestà, quando vede «dipendere da questa podestà medesima la largizione dello Statuto che forma il Codice delle presenti nostre istituzioni». Dunque il presidente di Sezione, come già Sallier de La Tour, sta fermo nella «convinzione della necessità del consenso preventivo della Santa Sede per qualunque innovazione in materia d'immunità.»⁶³

Ma altri esponenti del Consiglio di Stato prendono una posizione diversa e di sostegno alla nuova legge. Pietro Gioia, che fa parte dell'organo consultivo dal 1849 ed è senatore solo dal marzo 1850, insiste sul contrasto tra nuovo ed antico: «Magistrati non saputi e non istituiti dal Re! Dentro allo Stato, infine, uno Stato nuovo e distinto, e parrebbe enorme, parrebbe

⁶⁰ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1850 (IV legislatura), Discussioni del Senato del Regno*, Torino, Eredi Botta, 1865, 5 aprile 1850, 157.

⁶¹ Ivi, 178.

⁶² Ivi, 177.

⁶³ Ivi, 177-178.

l'abolizione dello Statuto. Ora, quel medesimo che tutti concederebbero ad una voce, se codesti fatti fossero d'oggi o di ieri, non può cessar d'esser vero, perché siano antichi. Il tempo del durare non muta l'indole loro. Fra essi e lo Statuto è perfetta antinomia.»⁶⁴

Si contrappongono alla nuova legge «gli usi antichi che durano da secoli, i Concordati, la necessità di religione»: ma «se avvengono mutazioni importanti, molte parti dell'antico si dovranno recidere, appunto perché antiche. Gli usi si creano dai bisogni, dalle opinioni, dagli errori di un'età. Un'altra età, dunque, gli rimuta per un diritto non dissimile da quello che li produsse in passato.» Il governo presente è Governo «nuovo e stante per sé», che «in quelle parli che tengono all'intima sua costituzione non ha né può aver per nulla di comune coi precedenti. Poté un principe assoluto, per virtù di diritti che stimava appartenergli abbandonare questa o quella parte del suo imperio, come il proprietario cede una porzione del suo campo.» Ma ora la nazione «ha raccolto in uno i suoi diritti [...] e li ha raccolti sotto l'egida dello Statuto. dove non altro potere appare, né altra tutela che il potere e la tutela civile. Dunque ogni cosa che diverga da questo ordine è annientata perentoriamente.»⁶⁵

Su posizioni analoghe è Ferdinando Maestri: «il dogma è lo Statuto della Chiesa, lo Statuto è il dogma dello Stato», e Maestri, «cittadino e cattolico», ha giurato «quello e questo»; il concordato del 1841, che il consigliere di Stato esamina in dettaglio, è a fondamento di una giurisdizione non spirituale, ma civile: il clero quindi la esercita per una concessione «necessariamente revocabile», per «sopravvenuta necessità», qualora fosse incompatibile «coi nuovi ordini dello Stato». E questo avvenne con la pubblicazione dello Statuto (artt. 24⁶⁶ e 68⁶⁷); il privilegio di foro è una «violazione flagrante dello Statuto», mentre la nuova legge lo «reca ad atto [...] in una sua parte vitale». Del resto «uno Statuto che non si rechi ad effetto e non si svolga nei suoi principii non rappresenta che le deserte fondamenta di un edificio, il quale non esiste che nel disegno dell'architetto.»⁶⁸

Sempre su posizioni analoghe si schiera Cristoforo Mameli, che però sarà consigliere di Stato solo dal novembre successivo e al momento è titolare del dicastero della istruzione pubblica. Egli ricorda di essere stato «in fama di acerrimo e zelantissimo difensore e propugnatore dei diritti, delle immunità e della giurisdizione ecclesiastica colle mie decisioni in qualità di giudice, coi pareri scritti e coi libri resi di pubblica ragione colle stampe.» Ora la sua «metamorfosi» potrebbe apparire strana, «e da taluni verrà forse accusata di incoerenza ed instabilità nelle opinioni proprie, e da altri appuntata come una conseguenza della mutata mia condizione politica». Tuttavia, non può fare a meno di considerare che «l'abolizione del privilegio del foro è una conseguenza logica e necessaria dei principii d'eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, e di doversi la giustizia amministrare dai giudici nominati dal Re»⁶⁹.

⁶⁴ Ivi, 186.

⁶⁵ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1850*, cit., 6 aprile 1850, 186.

⁶⁶ «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi.»

⁶⁷ «La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce.»

⁶⁸ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1850*, cit., 6 aprile 1850, 193-196.

⁶⁹ Ivi, 8 aprile 1850, 199-201. Mameli peraltro afferma di non comprendere «come gli ecclesiastici, i quali godono dei benefizi dello Statuto e dei diritti politici da esso consacrati, sedendo nel Parlamento nazionale come senatori e come deputali, possano oggi ricusarne le conseguenze.» Ivi, 201.

Di lì a poco si schiera con decisione a favore del nuovo provvedimento anche Luigi Des Ambrois, non ancora vicepresidente del Consiglio di Stato, ma dal febbraio 1849 presidente della Sezione di grazia e giustizia e figura di primissimo piano nell'organo consultivo⁷⁰: per lui è «cosa evidente che il chierico quando contratta come cittadino, quando delinque come cittadino, quando invoca le leggi dello Stato, deve andar soggetto ai tribunali dello Stato istituiti per tutti i cittadini»; «il tempo non vale a consacrare gli errori, né a rendere irrevocabile quello che di sua natura può e deve rinvocarsi. Se le concessioni esistenti da secoli fossero irrevocabili, la servitù della gleba durerebbe ancora»; egli non crede «che i concordati possano impedire l'abolizione, ossia l'esercizio di un diritto naturale della sovranità». Si tratta dell'«attivazione di un principio sanzionato dalla legge fondamentale del Regno»: il progetto di legge va adottato anche in considerazione di questioni di opportunità⁷¹.

Ancora un esempio di riflessione sull'ordine delle fonti e sul rapporto fra legge e Statuto si può trarre dalle discussioni sulla legge Rattazzi del 29 Maggio 1855, per la quale cessavano di esistere «quali enti morali riconosciuti dalla legge civile, le case poste nello Stato degli ordini religiosi, i quali non attendono alla predicazione, all'educazione o all'assistenza degli infermi»⁷²: «quarta delle grandi leggi piemontesi, dopo quella del 1848 sulla capacità politica e civile dei cittadini non cattolici e le due leggi Siccardi»⁷³.

Anche a questo proposito il Consiglio di Stato avrà modo di pronunciarsi con un parere, del 28 maggio 1855, sullo «stato nominativo degli ordini religiosi da sopprimersi» in base alla legge «testé adottata dal Senato del Regno». Ma, come per la legge di abolizione del foro ecclesiastico,

⁷⁰ Tanto da assumere la reggenza della carica di vicepresidente a maggio 1850 (ACS, CdS, Adunanza generale, Deliberazioni poi verbali, 1850, f. 193), e diventare poi vicepresidente nel dicembre 1851. Su Des Ambrois si veda P. CASANA, *DES Ambrois de Nevâche, Luigi Francesco*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 39, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana Treccani, 1991, 273-276.

⁷¹ «La questione di opportunità la riduco per me a questi termini: saranno maggiori gli inconvenienti se diamo corso alla legge o se la rigettiamo? Ora sono fermamente convinto che il rigetto, sia sospensivo, sia definitivo, sarebbe fonte d'inconvenienti infinitamente maggiori, di discordie interne assai più vive e deplorabili, e nell'interesse del clero stesso, della religione e della patria credo altrettanto opportuna quanto è giusta l'adozione immediata del progetto di legge.» *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1850*, cit., 8 aprile 1850, 204-205. Su quest'intervento di Des Ambrois si veda C. MAGNI, *I Subalpini e il concordato*, cit., 235.

⁷² «L'elenco delle case colpite da questa disposizione sarà pubblicato con Decreto Reale contemporaneamente alla presente legge». Sulla questione si vedano almeno A. C. JEMOLO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze, Vallecchi, 1927, 224 ss., e in ID., *La questione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia (1848-1888)*, Bologna, Il Mulino, 1974, 62 ss. Si vedano pure E. GENTA, *Il dibattito parlamentare sulla legge Cavour-Rattazzi (1855)*, in M. ORTOLANI, C. SORREL, O. VERNIER (a cura di), *États de Savoie, Églises et institutions religieuses des Réformes au Risorgimento*, Nice, Serre, 2016, 105-116; G. ROMANATO, *La soppressione degli enti ecclesiastici italiani (1848-1873)*, in A.A. MOLA e L. PRUNETI (a cura di), *Risorgimento e massoneria*, Roma, Atanor, 2013, 88-105, specie 91 ss.; R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 3, Roma-Bari, Laterza, 1984, 115 ss.; I. SOFFIETTI, *La legge Rattazzi di soppressione di alcune corporazioni religiose*, in R. BALDUZZI, R. GHIRINGHELLI, C. MALANDRINO (a cura di), *L'altro Piemonte e l'Italia nell'età di Urbano Rattazzi*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 293-302; F. CAMPOBELLO, *Gli enti ecclesiastici nell'Italia liberale: strategie politiche e normativa tra "escalation" e tentativi di "riconciliazione"*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 15, 2015, www.statoechiese.it, 13 ss.; A. PENNINI, *La religione nello Stato*, cit., 42 ss. Sull'iter parlamentare della legge si veda F. DE GREGORIO, *L'iter parlamentare della legge 878 del 29 maggio 1885 (Cavour-Rattazzi) sulla soppressione di comunità religiose e di stabilimenti ecclesiastici: aspetti storico-giuridici*, in ID., *Stato e Chiesa nella storia del diritto: primato spirituale e difesa temporale*, Roma, Aracne, 1999, 239-359; ID., *La legislazione sardo-piemontese e la reazione cattolica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999, 147 ss.; F. G. COCA, *Risorgimento e Costituzione*, cit. 346 ss.

⁷³ P. BELLINI, *Leggi ecclesiastiche italiane separatistiche e giurisdizionalistiche (1848-1867)*, col titolo *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1867)* in *La legislazione ecclesiastica*, a cura di P.A. D'AVACK, Vicenza, Neri Pozza, 1967, 145-192, ora in P. BELLINI, *Saeculum Christianum*, Torino, Giappichelli, 1995, 199-268, 219.

la posizione e il ruolo di diversi consiglieri di Stato emergono più chiaramente dal dibattito parlamentare: e, sebbene diversi consiglieri di Stato prenderanno parte attiva anche ai lavori della Camera, la partecipazione sarà comunque più vivace in Senato, dove, grazie in particolare all'operato di Des Ambrois, avranno un ruolo di primo piano⁷⁴.

Il testo originario del progetto, che si compone di 23 articoli, recita all'art.1 che «tutte le comunità e gli stabilimenti di qualsivoglia genere degli ordini monastici e delle corporazioni regolari e secolari esistenti nello Stato sono soppressi. In avvenire simili comunità e stabilimenti non potranno essere legalmente costituiti che in forza di legge». Seguono talune eccezioni: «sono eccettuate dalla soppressione: a) Le suore di Carità e di San Giuseppe; b) Quelle fra le comunità degli ordini e delle corporazioni precipuamente destinate od all'educazione ed istruzione pubblica, od alla predicazione, od alla assistenza degli infermi, che saranno nominativamente designate in un apposito elenco approvato con decreto reale da pubblicarsi contemporaneamente alla presente legge.»⁷⁵

Già in sede di relazione dell'Ufficio centrale, presentata il 7 aprile 1855, due consiglieri di Stato, Federico Colla e Luigi Des Ambrois, hanno modo di assumere ed esporre le loro posizioni, che riprenderanno nel seguito dei lavori⁷⁶. Un primo, rimarchevole intervento, in favore del provvedimento che si discute, è di Cristoforo Mameli, che interviene il 23 aprile⁷⁷. Il 24 aprile interviene Luigi Provana di Collegno, che invece, insistendo peraltro sulla sua identità di cattolico, è fortemente ostile alla legge⁷⁸: egli reputa di non potere «senza prevaricazione consentire a nulla che in verun cittadino menomi i diritti di proprietà, di libertà individuale, di associazione e di politica eguaglianza guarentiti dallo Statuto fondamentale.» Per ben motivare il provvedimento in discussione, occorrerebbe dimostrare «che nel clero sia mancato il diritto di possedere sì e come ha posseduto per secoli ed anche sotto il reggimento costituzionale sino ad oggidì; e che nelle comunità religiose sia cessata la facoltà di quanto era a favor loro riconosciuto fin qui dalla legge, ed è per soprappiù guarentito loro solennemente dalle franchigia dello Statuto.»⁷⁹

Il giorno successivo interviene Pietro Gioia: le «congreghe monastiche», a suo avviso, sono «vere colonie impiantate qui materialmente, ma che hanno assai lungi di qui il loro principio d'azione, la loro *madre patria*, da cui solamente prendono norma e indirizzo». Tuttavia per lo Statuto quella cattolica è la religione dello Stato, «e tale vogliam che duri in perpetuo»: per cui

⁷⁴ Sulla discussione in Senato si veda ora F. G. COCA, *Risorgimento e Costituzione*, 355 ss.

⁷⁵ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1853-'54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Documenti*, vol. III, Firenze, Tipografia Eredi Botta, 1869, 1654 (e 1647 ss.).

⁷⁶ Ivi, 1654 ss. In quest'occasione Federico Colla è relatore.

⁷⁷ *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione del 1853-'54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855*, vol. VIII *Discussioni del Senato del Regno*, Firenze, Eredi Botta, 1870, 23 aprile 1855, 616 ss. Rileva Mameli che anche gli oppositori del provvedimento hanno fatto riferimento allo Statuto, «dal quale (art. 32) dicono guarentito il diritto di associazione.» Ma, prosegue, «Io non mi fermerò nel discutere se il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che ne regolano l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica, comprenda pur quello di associazione, che in altri Statuti, e segnatamente in quello del Belgio, sono distinti e separati. Per me basta il sapere che gli enti morali in discorso esistono, diversamente dagli individui, non per naturale loro diritto, ma in virtù di un atto sempre revocabile di sovrana autorità, e che colla soppressione gl'individui che vi sono ascritti rientrano nel diritto comune, anziché essere posti fuori del medesimo» Ivi, 623.

⁷⁸ Ivi, 24 aprile, 638 ss.

⁷⁹ Ivi, 638-639.

occorre «fare ogni sforzo, per mantenerla in onore, e scevvarla dagli abusi e toglierne quegli aggiunti che possan farla inamabile.»⁸⁰

Dopo la crisi che aveva dato corpo all'incarico a Durando⁸¹, i lavori riprendono⁸² e, il 7 maggio intervengono tre consiglieri di Stato: Giuseppe De Fornari, favorevole alla legge, riprende l'argomento della dipendenza delle «corporazioni religiose» da una potenza straniera⁸³; quello di Vittorio Fraschini, pure favorevole, è più attento al tema della disciplina della personalità giuridica⁸⁴.

Quindi è nuovamente il turno di Luigi Provana di Collegno, che torna sul ruolo dello Statuto: «la rinunzia agli antichi principii si proclama conseguenza necessaria dello Statuto. [...] Per noi lo Statuto non può esser altro fuorché gli 84 articoli che ne formano l'intero complesso, [...] Se in nome dello Statuto ci vediam presentata qualche misura non conforme al magistero della Chiesa cattolica, apostolica e romana, noi ci riferiamo all'articolo 1° che ci impone di rigettarla. [...]»⁸⁵ E ancora il 9 maggio: «mi appuntava [...] l'onorevole ministro sul modo mio di apprezzare lo Statuto in quanto io mi attengo al testo degli articoli che lo compongono, e contesto la facoltà d'interpretarlo, nel che mi appoggio al notissimo assioma: *eius est legem, interpretari cuius est condere*. Egli per converso mi obbiettava, se la memoria non m'inganna, che l'atto stesso di osservare un articolo dello Statuto trae seco di necessità una tacita interpretazione. Posso avere frainteso, ma tale mi sembra fosse il concetto della sua obbiezione. Ora a favor della mia teoria milita, o signori, la regola che *verba clara non admittunt interpretationem*. E a valermi di un esempio, quali parole più chiare di quelle del l'articolo 29 dove si dichiarano le proprietà tutte inviolabili senza veruna eccezione?»⁸⁶

Ma, dopo che un altro consigliere di Stato, Federico Colla (già relatore per l'Ufficio centrale⁸⁷), avanza una proposta che parrebbe di mediazione⁸⁸, sempre il 9 maggio interviene Des Ambrois in termini risolutivi: il vice-presidente del Consiglio di Stato propone di emendare il progetto di legge, in base a considerazioni di «semplice buon senso»: «poiché tutti riconoscono la convenienza di addivenire ad un qualche provvedimento, faccia il Governo quel tanto che sia padrone di fare in casa sua, ma provveda per l'avvenire e lasci in pace i viventi.»⁸⁹

Des Ambrois distingue fra diritto di riunirsi pacificamente, tutelato dallo Statuto, e diritto «di permanente associazione». Lo Statuto a suo avviso «lascia al legislatore ordinario la facoltà di assoggettare questo ultimo alle restrizioni di cui veda il bisogno.» Ma non vi sono «motivi impellenti a sciogliere le comunità attuali». Piuttosto, «agli stabilimenti ecclesiastici che la legge contempla si vuole soltanto ritogliere la personalità civile; si dica dunque chiaramente a vece di

⁸⁰ Ivi, 25 aprile, 649-650.

⁸¹ Ivi, 27 aprile, 675. R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 3, cit., 127 ss.

⁸² *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Discussioni del Senato del Regno*, cit., 5 maggio, 695 ss.

⁸³ Ivi, 7 maggio 1855, 714-717.

⁸⁴ Ivi, 721-723.

⁸⁵ Ivi, 7 maggio 1855, 723.

⁸⁶ Ivi, 9 maggio, 751.

⁸⁷ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1853-'54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Documenti*, vol. III, cit., 1654.

⁸⁸ *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Discussioni del Senato del Regno*, cit., 9 maggio, 758-760.

⁸⁹ Ivi, 760. Su questa fase dei lavori parlamentari si veda R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 3, cit., 136-137.

presentare l'idea di soppressione assoluta che eccede le viste del legislatore. L'intento suo non è di colpire le comunità religiose in generale, ma unicamente quelle che sono inopere; dica dunque a dirittura quello che vuole, e non enunci un'abolizione generale, la quale non corrisponde né ai motivi della legge, né all'effettiva sua portata.»⁹⁰

Quindi Des Ambrois – che riprende una posizione già emersa dalla relazione dell'Ufficio centrale⁹¹ – propone che al testo originario («tutte le comunità e gli stabilimenti di qualsivoglia genere degli ordini monastici e delle corporazioni regolari e secolari esistenti nello Stato sono soppressi»), sia sostituita una formula per cui «invece di dichiarare soppressi questi stabilimenti ecclesiastici si dica semplicemente che “cessano di esistere come enti morali riconosciuti dalla legge civile”»; e che in luogo di un riferimento alla totalità degli enti, sia precisato quali sono colpiti, ossia «le sole case esistenti nello Stato, le quali non attendono alla predicazione, all'educazione od all'assistenza degli infermi»⁹².

Con il consenso del ministero, la linea di Des Ambrois – che preciserà poi di aver voluto fra l'altro salvaguardare la libertà di associazione dei religiosi – è destinata ad affermarsi e risolvere la questione⁹³: infatti, per l'art. 1 della legge 29 maggio 1855 «cessano di esistere, quali enti morali riconosciuti dalla legge civile, le case poste nello Stato degli ordini religiosi, i quali non attendono alla predicazione, all'educazione o all'assistenza degli infermi. L'elenco delle case colpite da questa disposizione sarà pubblicato con Decreto Reale contemporaneamente alla presente legge.»⁹⁴

4. Conclusioni

In conclusione, si può dire che, dagli esempi citati, la maggioranza dei consiglieri di Stato in Senato sembra uniformarsi alla linea del governo. Non mancano però autorevoli voci dissonanti, che rivelano la diversità delle posizioni presenti in seno al Consiglio di Stato medesimo.

⁹⁰ *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Discussioni del Senato del Regno*, cit., 9 maggio, 760-762.

⁹¹ *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Documenti*, vol. III, cit., 1654 ss.

⁹² *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Discussioni del Senato del Regno*, cit., 10 maggio 1855, 784.

⁹³ «Le projet du gouvernement abolissait toutes les corporations sauf des exceptions remises au choix arbitraire du gouvernement. Des Ambrois ôta tout arbitraire et limita l'abolition aux ordres qui n'étaient appliqués ni à la prédication, ni à l'instruction, ni au soin des hôpitaux. Le projet éliminait de leurs couvents les religieux et les religieuses des ordres supprimés. Des-Ambrois, restreignant la suppression à ce que peut faire régulièrement la loi civile, c'est-à-dire à la vie légale du corps moral, laissait les religieux et les religieuses vivre dans leurs couvents sous l'empire de leurs règles sans se renouveler, se bornant à assurer leur existence séparée lorsqu'ils ne seraient plus en nombre suffisant pour subsister comme couvent, sans toutefois les obliger par la force à y rester». L. F. DES AMBROIS DE NEVACHE, *Autobiographie*, in ID., *Notes et Souvenirs inédits*, Bologna, Zanichelli, 1901, 1-42, 32.

⁹⁴ «Per ammorbidire l'opposizione vennero accettati gli emendamenti proposti da Luigi Des Ambrois, in base ai quali si stabiliva che i membri degli enti soppressi avrebbero potuto continuare a vivere nei loro monasteri o conventi sino alla naturale estinzione con un assegno di L. 500 annue per i religiosi professi e di L. 250 per i laici o conversi» (P. NOTARIO e N. NADA, *Il Piemonte sabauda. Dal periodo napoleonico al Risorgimento*, Torino, UTET, 1993, 396). *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Documenti*, vol. III, cit., 1663 ss., 1666-1667. Si veda anche R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 3, cit., 136-138.

Questa diversità è riscontrabile anche in sede di attività consultiva: il peso del principio di eguaglianza, che era stato fatto valere nel 1850 in ordine all'abolizione del foro ecclesiastico, veniva poi messo in discussione a proposito della libertà di culto nel parere sull'ordinamento dei culti valdese e israelitico del 1852. Anche l'inclinazione a salvaguardare gli ordinamenti vigenti, fatto salvo un intervento legislativo di abrogazione, trova un riscontro nella difesa degli «antichi principii» concordatarii quando in Senato si discutono la legge Siccardi del 9 aprile 1850, e quella Rattazzi del 29 maggio 1855: una difesa minoritaria, che spinge però ad una soluzione tale da limitarsi a provvedere «per l'avvenire», lasciando «in pace i viventi»⁹⁵.

In questo senso il Consiglio di Stato sembra rappresentare una prima sede di discussione, in termini più strettamente tecnico-giuridici, dei temi e problemi destinati ad essere affrontati in sede parlamentare, e più in generale in sede di determinazione della politica del diritto. I conflitti interni che lo attraversano, i diversi punti di vista che vi si vedono rappresentati trovano un riscontro anche in sede parlamentare. Si tratta di conflitti che nella pratica dell'attività consultiva sembrano richiedere una soluzione di sintesi, trovare la quale si può presumere fosse in genere compito del relatore. Ma non è difficile credere che quest'opera di sintesi, almeno nelle materie ecclesiastiche, fosse anche garantita dall'operato di una figura come quella del vicepresidente Luigi Des Ambrois. Forse non è un caso che, nel 1855, sarà proprio lui a svolgere un ruolo analogo in Senato⁹⁶.

⁹⁵ *Atti del Parlamento Subalpino, Sessione 1853- '54, dal 19 dicembre 1853 al 29 maggio 1855, Discussioni del Senato del Regno*, cit., 9 maggio, 760. V. retro.

⁹⁶ R. ROMEO, *Cavour e il suo tempo*, 3, cit., 136-137.



Salvatore Bonfiglio*

Gli studi di Mario Galizia sulla evoluzione della forma di governo parlamentare: profili metodologici**

SOMMARIO: 1. Antiformalismo e valori costituzionali. – 2. Il «parlamentarisme absolu» e la lezione di Montesquieu. – 3. Genesi ed evoluzione degli istituti giuridici caratterizzanti la forma di governo parlamentare. – 4. L'attualità del contributo di Mario Galizia: la rilevanza attribuita alla storia e la valorizzazione del pluralismo giuridico.

1. *Antiformalismo e valori costituzionali.*

L'antiformalismo di Mario Galizia¹ ha sicuramente radici profonde: la lezione di Costantino Mortati², il richiamo all'unità della scienza giuridica e la critica alla rigida separazione della sfera giuridica dalle scienze umane, il modo di concepire il diritto positivo stesso, facendo i conti con la crisi interna al positivismo giuridico, dopo la seconda guerra mondiale³.

Il diritto positivo, infatti, non aveva impedito le gravi violazioni della dignità umana compiute nel corso dei regimi fascista e nazista. Come in Germania grandi giuristi appoggiarono il regime nazista – basti pensare a Carl Schmitt, Ernst Forsthoff e Karl Larenz – così anche in Italia pochi

* Professore associato di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi “Roma Tre”.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Si veda L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, in *AA.VV., Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del Convegno Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982, 348 ss. In questo intervento Elia cita più volte l'originale contributo di M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1963. Sul punto, si veda anche F. BRUNO, *Il metodo di Mario Galizia: prime riflessioni*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2014, 773 ss.; inoltre, sul metodo di Galizia, nello stesso numero di questa *Rivista*, v. P. PICIACCHIA, *L'eredità umana e culturale di Mario Galizia*, 805 ss. Più di recente D. AMIRANTE, *“Una specie che si crede un genere”: il diritto pubblico comparato e i sedimenti della post-modernità*, in *DPCE online*, n. 1/2020, 840, in cui l'autore ricorda l'opera di M. Galizia del 1954 *Scienza giuridica e diritto costituzionale* edita da Giuffrè.

² Negli anni Quaranta del secolo scorso, Galizia divenne dal 1944 assistente di Piero Calamandrei e incaricato di Diritto amministrativo nell'Ateneo fiorentino, collaborando con le riviste *Il Ponte* e *Il Politecnico*, mentre iniziò a collaborare con Mortati nel 1958, nell'anno in cui divenne libero docente in diritto costituzionale e poi incaricato a Siena. Galizia nei suoi scritti si confronta spesso con l'opera del Maestro e promuove alcuni importanti studi sul suo pensiero giuridico. In particolare, si vedano: M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, *Archivio di Storia Costituzionale e di Teoria della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007; M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.

³ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954.

intellettuali negli anni Trenta si opposero al giuramento di fedeltà al fascismo⁴, richiesto nel 1931 ai docenti delle università italiane. Non sempre si trattava di una “accettazione” passiva al regime fascista. La maggior parte dei costituzionalisti, secondo Elia, si sforzava, pur nel mutamento seguito, «di mantenere un certo filo di continuità con taluni tratti dell’esperienza dello stato unitario prefascista»⁵. Si pensi, ad esempio, alle varie definizioni dello Stato fascista come stato di diritto. Nel periodo fascista anche il metodo giuridico, scrive Galizia, «assunse il ruolo di un muro protettivo che permise ai costituzionalisti, ricorrendo a quei principi razionali necessari che la dommatica assumeva al di là delle norme, di lavorare con sufficiente distacco dalla realtà politica del momento»⁶.

Ma fino a che punto si può spingere l’accettazione (e il distacco) o l’adesione dei giuristi alle forze politiche dominanti e alla formula politica dello Stato? L’ultimo saggio di Mario Galizia⁷ contiene anche un’acuta e tormentata riflessione culturale sulla storia costituzionale italiana e sulla generalizzata adesione dei giuristi italiani di diritto pubblico al fascismo. Scrive Galizia: «Ci incalza un drammatico interrogativo: come potettero con disinvoltura tanti giuristi italiani e, con particolare fervore soprattutto tanti studiosi di diritto pubblico guardare con favorevole considerazione ad un’avventura nel complesso squallida come l’avvento della dittatura mussoliniana e il suo umiliante rafforzarsi in danno evidente al popolo italiano?»⁸. In questo lavoro, egli non risparmia e anzi accentua, rispetto ad alcuni suoi precedenti scritti, alcune critiche a Costantino Mortati⁹ e a Luigi Rossi¹⁰. Scrive Galizia: «Di fronte all’eversione costituzionale operata dal fascismo non si poteva ricorrere, quindi in angolazione garantista, all’“elasticità”. Si era invece in presenza così di una radicale sconvolgente sovversione»¹¹.

In questa prospettiva molto critica su alcune ambiguità della scienza giuspubblicistica italiana in epoca fascista, appare poco convincente la tesi secondo cui anche l’adesione di Santi Romano al regime¹² andrebbe intesa come un tentativo di frenare le spinte più estreme dei giuristi fascisti *engagés* come Costamagna, Maraviglia e Panunzio. In sostanza, secondo l’interpretazione suddetta, quella di Santi Romano sarebbe stata una collaborazione con il regime di carattere meramente

⁴ Su 1251 accademici solo 13 opposero un rifiuto e rinunciarono alla cattedra: Francesco ed Edoardo Ruffini, Fabio Luzzatto, Giorgio Levi Della Vida, Gaetano De Sanctis, Ernesto Buonaiuti, Vito Volterra, Bartolo Nigrisoli, Mario Carrara, Lionello Venturi, Giorgio Errera, Piero Martinetti.

⁵ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., 350.

⁶ M. GALIZIA, *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 962 ss. Qui l’a. evidenzia che il metodo giuridico ebbe «un risultato pratico rilevantissimo in quanto costituì una difesa delle residue posizioni di legalità e di libertà».

⁷ M. GALIZIA (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia*, Archivio di Storia Costituzionale e di Teoria della Costituzione, Milano, Giuffrè, 2013.

⁸ M. GALIZIA, *op. ult. cit.*, 121.

⁹ Scrive Galizia che Mortati, ripensando con intonazione critica ad alcuni suoi scritti in favore del fascismo, «venne a pentirsi del suo grave errore politico» (M. GALIZIA, *Appunti*, cit., 9) e, nel riflettere su questa dolorosa vicenda, «era portato a ribadire la sua successiva piena dedizione alla libertà e la decisa reiezione del fascismo» (*Ivi*, 121).

¹⁰ L. ROSSI, *La “elasticità” dello Statuto italiano*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Filosofia e teoria generale del diritto, diritto costituzionale, Padova, Cedam, 1940, 25-43 ss. Sul collegamento tra Rossi e Mortati, si veda F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e Germania*, Milano, Giuffrè, 1994, 25 ss.

¹¹ M. GALIZIA, *Appunti*, cit., 114.

¹² Cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, 38; F. COCOZZA, *Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato. Cenni storici e punti problematici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, 1231 ss.; M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto*. Mosca, Orlando, *Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, Guerini e Associati, 2001, 150 ss.; G. MELIS, *Santi Romano e il Consiglio di Stato*, in *Le Carte e la Storia*, 2003, n. 1, 5 ss.; G. ACERBI, *Le leggi antebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Milano, Giuffrè, 2014, 189 ss.; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani*, II. *Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, Giappichelli, 2015, 420 ss.; A. RIDOLFI, *I “decostituiti” de “La Sapienza”: Santi Romano, Maurizio Maraviglia e Carlo Costamagna*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, 2017, 1726 ss.

“tecnico” e “neutrale”, soprattutto nello svolgimento dell’attività da lui svolta quale Presidente del Consiglio di Stato. Tuttavia, non si può tacere il coinvolgimento di Santi Romano in una delle pagine più ripugnanti dell’Italia fascista: le leggi razziali. E come dimenticare che egli accettò di fare parte del Comitato Scientifico della rivista diretta da Stefano Maria Cutelli *Il diritto razzista*, che aveva quale principale scopo quello di fare propaganda della legislazione razziale?

La lezione di Galizia è chiara: vi è un punto di rottura in cui l’estrema ingiustizia non può mai essere diritto¹³, come ci insegna la famosa “formula Radbruch”. E quando tale rottura si verifica, anche il formalismo, animato da nobili intenzioni, cioè pur restando sempre un freno dinanzi alla dittatura¹⁴, non cancella la «tetra realtà delle leggi razziali»¹⁵.

Questo tema tocca in profondità le ragioni dell’antiformalismo di Mario Galizia. Nel lungo saggio su Carré de Malberg¹⁶, egli ricorda che il giurista alsaziano, pure nell’accettazione del *positivisme juridique*, tiene fermo che la teoria della forza è una teoria distruttiva dello Stato, mentre il rispetto dei «*préceptes supérieurs*» contenuti nella nozione di giustizia costituisce per lo Stato uno degli elementi fondamentali di «*équilibre social*», che è condizione basilare per la sua «*stabilité*» e per «*son bon fonctionnement*»¹⁷.

La distinzione fra il diritto positivo e la sfera della morale e del c.d. diritto naturale, «oltre a giovare all’armonico sviluppo della realtà giuridica, giova anche alla morale, consente di porre la morale su un piano superiore, al di là degli equivoci tipici della concezione formale legalistica della giustizia»¹⁸.

Nel ripensare le vicende storiche italiane dal fascismo alla Costituzione repubblicana, non si può quindi confondere, come correttamente ricorda Elia, l’accettazione «di segno positivo» del 1948 con quella dei giuristi di diritto pubblico in epoca fascista¹⁹. Il regime fascista fu un’esperienza di rottura con il passato liberale e il Risorgimento, che si fondava sul binomio nazione e libertà; esso via via si rivelò allo stesso Mortati²⁰, che pure aveva aderito al P.N.F. il 1° gennaio 1927, «come forza duramente sovvertitrice proprio dei valori unitari e sociali della

¹³ Non a caso, scrive Galizia: «L’antifascismo, saldandosi con la Resistenza, ha una recisa connotazione giusnaturalistica, con una convinta fede nella natura razionale dell’uomo e nel suo destino di libertà» (*Appunti*, cit., 100).

¹⁴ In quella fase storica, ad esempio, il dichiarato formalismo di Calamandrei nella sua opera del 1942 *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, scrive Galizia, tendeva a fare leva «sulla legalità formale, che anche se stravolta, restava pur sempre un freno dinanzi alla dittatura anche per il suo innestarsi, nel quadro complessivo dell’ordinamento, pure sulla base della normazione precedente all’avvento del fascismo rimasta ancora in vigore» (M. GALIZIA, *Paolo Barile, il liberalsocialismo e il costituzionalismo*, in *Il Politico*, 2001, 196). Qui la riflessione di Galizia sull’opera di Calamandrei converge con quella espressa in precedenza da Costantino Mortati nella sua *Presentazione* al terzo volume delle opere giuridiche di Piero Calamandrei, a cura di Mauro Cappelletti, ora ripubblicate in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, III, *Diritto e processo costituzionale*, collana “La memoria del diritto”, Roma, Roma TrE-Press, 2019, V-XXIV.

¹⁵ M. GALIZIA, *Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*, estratto dal volume di F. LANCHESTER (a cura di), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Milano, Giuffrè, 1996, 36.

¹⁶ M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1973.

¹⁷ M. GALIZIA, *op. ult. cit.*, 349-350.

¹⁸ *Ivi*, 351.

¹⁹ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., 354.

²⁰ C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione*, prolusione al corso di Istituzioni di diritto pubblico nel R. Istituto Universitario Navale di Napoli, letta il 23 marzo 1943, ora in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 1972, 570.

Nazione»²¹. Il fascismo, dunque, non fu un «nuovo Risorgimento», come voleva fare intendere la cultura fascista²².

Queste critiche di Galizia alla cultura fascista e alla teoria della forza, così come i suoi richiami ai valori unitari e sociali della Nazione, vanno ben oltre le questioni di metodo: esse affondano infatti le loro radici nella sua formazione culturale, che ha un'evidente connotazione liberalsocialista²³ e una forte ispirazione cristiana²⁴, con un marcato richiamo al valore della persona umana, alla libertà, ai *principi* che reggono in profondità l'esperienza costituzionale.

Per quanto riguarda l'aspetto metodologico, a differenza della tradizionale impostazione di matrice positivista, secondo Galizia, come per Giorgio La Pira²⁵ e, ancor prima, per Francois Geny²⁶, i principi generali non sono soltanto indici programmatici sopralegali, ma hanno carattere normativo, secondo un orientamento che si afferma nella seconda metà del XX secolo²⁷. Egli difende un nucleo stabile di principi evidenti di contenuto etico-giuridico, ma diversamente da La Pira, che rimane in parte ancorato alla metafisica cattolica, i principi per Galizia assumono un carattere e un significato storico, legato all'esperienza giuridica (Capograssi)²⁸, ed essi nelle costituzioni si positivizzano diventando elementi del diritto positivo.

Galizia evidenzia, inoltre, il contributo del pensatore francese Jacques Maritain (1882-1973) al personalismo, alla comprensione dell'importanza della democrazia e delle sue radici cristiane. In effetti, anche nei principi fondamentali della Costituzione italiana è certamente riconoscibile l'impronta delle formulazioni e, soprattutto, delle concezioni di Maritain: ciò, in particolare, grazie alla traduzione nell'estate del 1946 di *Umanesimo integrale*, alla vigilia della fase più importante della Commissione dei Settantacinque e dell'Assemblea Costituente, cioè tra la fine del 1946 e i primi mesi del 1947. È evidente l'influenza di Maritain su La Pira, Lazzati e sulla concezione personalista e pluralista, con l'enunciazione nella prima parte della Costituzione di diritti inviolabili e di doveri inderogabili. Nella relazione di La Pira per la prima Sottocommissione, che si occupava, per l'appunto, della prima parte della Costituzione (diritti e doveri), non mancano, infatti, riferimenti e richiami a Maritain. Inoltre, occorre ricordare anche l'influenza di un altro

²¹ M. GALIZIA, *Presentazione* al volume di S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 1993, XVII.

²² La Resistenza fu invece intesa come un «secondo Risorgimento». Si veda sul punto, C. PAVONE, *Le idee della Resistenza. Antifascisti e fascisti di fronte alla tradizione del Risorgimento* (1958), ora in ID., *Alle origini della Repubblica. Scritti sul fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, 3-69.

²³ S. BONFIGLIO, *Liberalsocialismo e costituzionalismo nel pensiero giuridico di Mario Galizia*, in questa *Rivista*, n. 3, 2020.

²⁴ Galizia ricorda (in *Appunti*, cit., 23) che: «A Firenze, dove io e mio fratello frequentammo successivamente l'Università, un momento centrale fu l'incontro con Giorgio La Pira, che era nostro professore nella Facoltà di Giurisprudenza e che subito ci inserì nel suo gruppo di studio e di azione di carità».

²⁵ La Pira nel gennaio 1939 animò e diresse la rivista *Principi* che ebbe una breve durata: dopo l'ultimo numero del gennaio 1940, dedicato significativamente alla libertà, la rivista venne soppressa dal fascismo fiorentino, «per mancanza di carta!» (si veda la ristampa: G. LA PIRA, *Principi*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 2000).

²⁶ Sul riconoscimento del carattere normativo dei principi riconducibile direttamente alla loro derivazione dalla realtà oggettiva si veda l'opera di F. GÉNY pubblicata nel 1899: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1919.

²⁷ Si vedano: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; ID., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, nn. 1-2, 41-63 e n. 3, 157-181, nn. 4-5, 230-264; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli, Esi, 1983; K. LARENZ, *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft* (1960), trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Civiltà del diritto, Milano, Giuffrè, 1970.

²⁸ Basti pensare al lungo saggio di M. GALIZIA dedicato a Capograssi dal titolo: *Esperienza giuridica libertà costituzione: ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico*, 2003, 381-433. Inoltre, nel suo libro *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Galizia è favorevolmente impressionato dalla critica al positivismo di John Dewey, che ancora la filosofia all'esperienza e al pensiero critico.

filosofo francese: Emmanuel Mounier, per il suo personalismo comunitario, per la saldatura del principio dell'eguaglianza sostanziale con il compito della Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza»; ostacoli che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost. it.).

Nella prospettiva di Galizia l'ispirazione cristiana non significa, però, definire «una» ideologia politica cristiana; essa piuttosto valorizza maggiormente i principi fondamentali presenti nella Costituzione e rafforza un'interpretazione stessa della democrazia basata su valori quali la libertà, l'eguaglianza e la pari dignità delle persone.

2. *Il «parlamentarisme absolu» e la lezione di Montesquieu.*

Nel considerare non tanto i programmi metodologici, quanto il metodo concretamente adottato da Carré de Malberg, Mario Galizia constata «la notevole dinamicità delle sue impostazioni d'indagine»²⁹. Soprattutto quando la sua ricerca si trova a contatto più immediato con la reale dimensione della Terza Repubblica, Carré de Malberg fa un diffuso ricorso alla storia. Scrive Galizia: «mentre a livello di dichiarazioni programmatiche metodologiche Carré de Malberg, come si è visto, sottolinea con insistenza l'autonomia della scienza del diritto pure nei confronti dell'indagine storica, in termini che non sembrano ammettere interferenza tra i due campi, nello svolgimento delle ricerche attenua il significato della premessa assunta, considerando consentito e anzi altamente proficuo l'uso della storia da parte del giurista purché effettuato in funzione dell'interpretazione giuridica, integralmente strumentalizzato agli scopi propri della scienza giuridica»³⁰. Ed è sempre la prospettiva storica «che porta Carré de Malberg a valorizzare gli apporti del diritto comparato attraverso ampi riferimenti sia alle istituzioni straniere, sia alla letteratura di altri Paesi»³¹.

Come il precedente del «Parlement anglais» e quello del rafforzamento del Presidente degli Stati Uniti d'America confermano, scrive Carré de Malberg, la tendenza del ruolo preponderante di un organo, anche nella Terza Repubblica il «parlamentarisme absolu au sens intégral du mot» afferma la preponderanza di un organo, quale prodotto dell'egemonia dei gruppi borghesi. Alla «puissance souveraine du Parlement» occorrerebbe sostituire, secondo il giurista alsaziano, un'altra volontà più forte, cioè quella del popolo, in grado di affermare la sua propria supremazia in modo effettivo³².

Secondo Galizia, la concezione di Carré de Malberg dell'organo preponderante «quale sbocco ineluttabile del sistema, anche in un regime politico di tipo rappresentativo, nella sua proiezione verso l'integrazione e la stabilizzazione presenta evidenti aspetti di rigidità e meccanicità»³³, che però, scrive Galizia, lo stesso Carré de Malberg in parte sfuma quando esamina la dinamica effettiva delle istituzioni costituzionali³⁴. Nella sua opera *Contribution à la théorie générale de l'Etat*,

²⁹ M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, cit., 367.

³⁰ M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, cit., 369.

³¹ *Ivi*, 370.

³² *Ivi*, 485.

³³ *Ivi*, 485.

³⁴ *Ivi*, 486.

pur rimarcando l'assolutismo parlamentare a danno dello stesso popolo, egli si sforza di inquadrare l'organo di vertice come organo sì «unique», ma «complexe», formato dalle *Chambres* e dal *corps électoral*.

Nei suoi progetti di riforma costituzionale concepiti negli ultimi scritti, il giurista alsaziano quando delinea i poteri attribuiti al «peuple» è portato piuttosto a configurarlo, secondo Galizia, «quale uno dei centri di forza», sia pure con peculiare risalto, di un sistema complesso: esso contemporaneamente fa leva, oltre che sul popolo, sul Presidente della Repubblica, sul governo, sull'organo speciale incaricato del controllo di costituzionalità delle leggi, sull'«autorité juridictionnelle». Del resto, una simile accentuazione del sistema politico in senso articolato – aggiunge Galizia – si accorda meglio con l'accesa sensibilità di Carré de Malberg per i diritti di libertà e si adegua al significato con cui egli, a dispetto delle critiche che solleva rispetto a vari aspetti della *théorie de la souveraineté nationale*, aderisce a quello che definisce l'*esprit* della medesima. E cioè «l'égalité entre les membres de la nation», con la correlativa «exclusion» del «pouvoir personnel» sotto qualsiasi forma³⁵.

Galizia non trascura che nell'intelaiatura della trattazione di Carré de Malberg vi sono alcune contraddizioni e ambiguità nell'analisi dell'organizzazione costituzionale segnata, da un lato, da una tendenza monista e, dall'altro, da una caratterizzazione sostanzialmente pluralista, quest'ultima più coerente con la sua posizione garantista. Scrive Galizia: «L'indicata dualità di angolazioni emergente dalla trattazione di Carré de Malberg sembra anche collegarsi alle due fondamentali linee di pensiero che è possibile rintracciare nello sviluppo delle sue argomentazioni. Da un lato, la lezione di Rousseau e, dall'altro, quella di Montesquieu. Egli muove varie critiche nei loro confronti, ma ne risente sensibilmente l'influsso»³⁶.

Ripensando a tutti gli scritti di Mario Galizia e, in particolare, all'ultimo lavoro dedicato al fratello, non vi è dubbio circa l'influsso della lezione di Montesquieu sulla sua costante valorizzazione, sia nella didattica sia nella ricerca³⁷, del pieno rispetto del principio storico-costituzionale della separazione dei poteri. Basti pensare al tormentato svolgimento delle sue argomentazioni sull'esperienza del regime fascista (in polemica con alcune elaborazioni teoriche fasciste), che aveva messo in primo piano lo Stato integrale *totalitario* espressione di un potere «onnipresente». I giuristi dell'Italia fascista – scrive Galizia – «nell'accantonare Montesquieu e il possibile frazionamento del potere, tendono a bloccarne il dinamismo: il potere deve essere massiccio, colossale, totale. E quindi rinserrato nella sua autoritaria verticistica infinita potenza»³⁸.

Nello Stato di diritto democratico l'organizzazione costituzionale deve avere, invece, una caratterizzazione sostanzialmente pluralista e la sua stabilità deve poter contare – e su questo insiste Galizia, ricordando spesso a tal proposito la lezione di Carré de Malberg – sul «*valeur morale des gouvernants*» e, soprattutto, sul «*valeur morale et intellectuelle des populations*». Ed è anche per questa ragione che l'attenzione maggiore di Mario Galizia è rivolta ai «più giovani», alla valorizzazione della loro formazione morale e intellettuale.

³⁵ M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, cit., 487.

³⁶ *Ivi*, 488, n. 216.

³⁷ Ricordo che all'esame scritto per l'ammissione al terzo ciclo del dottorato di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate la traccia sorteggiata e assegnata a noi giovani partecipanti fu sul tema della separazione dei poteri.

³⁸ M. GALIZIA, *Appunti*, cit., 89.

3. *Genesi ed evoluzione degli istituti giuridici caratterizzanti la forma di governo parlamentare.*

L'antiformalismo e la comparazione diacronica hanno dato un forte impulso allo studio delle forme di governo, a cominciare dall'esperienza costituzionale inglese da cui emergono le radici storiche e culturali della forma di governo parlamentare.

Nel secondo dopoguerra, anche Mario Galizia, come Calamandrei, Calogero e Bobbio³⁹, nutriva un grande interesse per le istituzioni britanniche e, in particolare, per gli studi sull'origine e l'evoluzione di quel sistema parlamentare, a cominciare dal Settecento⁴⁰; tali studi confermano, ancora una volta, il suo approccio storico-comparativo al diritto costituzionale⁴¹ e la sua attenzione per lo studio della forma di governo dal punto di vista dinamico.

Negli scritti di Mario Galizia sulla forma di governo parlamentare nel Regno Unito, particolarmente interessanti sono i precisi richiami alle consuetudini e convenzioni costituzionali, alla evoluzione storica degli istituti giuridici. Egli esamina la graduale trasformazione della monarchia costituzionale in monarchia parlamentare, mettendo in evidenza come la volontà della *House of Commons* si renda sempre più indipendente dalla *Crown* e dalla *House of Lords*, cosicché al Gabinetto non basta più l'appoggio del Re. Da qui nasce l'istituto della fiducia fra Parlamento e Governo quale elemento caratterizzante qualsiasi tipo di governo parlamentare⁴². Del resto, la fiducia che stringe i Ministri al Parlamento salva la loro autonomia organica che, «all'inizio, si appoggia concretamente sul fatto che dietro di essi vi è ancora il monarca; successivamente sulla particolare struttura unitaria assunta e sullo svolgimento della figura del Primo Ministro»⁴³, a cominciare dal contributo di Walpole⁴⁴, come posto in risalto da Emden⁴⁵.

È proprio in tale contesto che si afferma la nuova nozione di responsabilità politica, che richiede anche una sempre maggiore omogeneità politica dei ministri, facendo leva sulla partecipazione dei partiti alla determinazione dell'indirizzo politico. Tale *influenza* del partito politico «permette di eliminare gli evidenti inconvenienti del *patronage*, dell'*influence*, dei *placemen*, mantenendo operanti i vantaggi connessi a questi istituti»⁴⁶.

³⁹ I più autorevoli rappresentanti del liberalsocialismo in Italia guardarono come “patria ideale” all'Inghilterra e come “partito ideale” al laburismo. La matrice non marxista del socialismo inglese è chiaramente espressa e ben sintetizzata dal leader laburista Clement Attlee. Nella seconda metà degli anni Trenta, Attlee fu sollecitato dall'editore Victor Gollancz, il quale aveva fondato il *Left Book Club*, a scrivere un libro che avrebbe dovuto chiarire la posizione generale del partito laburista. Il libro, *The Labour Party in Perspective*, pubblicato nel 1937, costituisce senza dubbio la sua opera più significativa, non a caso tradotta in molte lingue. In essa vi troviamo molti elementi di quello che sarebbe stato il programma del governo da lui presieduto nel 1945.

⁴⁰ M. GALIZIA, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento. (In tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e appartenenza al regime parlamentare)*, estratto “provvisorio” dalla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1969.

⁴¹ Si vedano di M. GALIZIA: *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia*, in *Archivio giuridico* “F. Serafini”, 1963, fasc. 1-2; *Diritto costituzionale (profili storici)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit.; *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972.

⁴² M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 388-427 e, dello stesso autore, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 138.

⁴³ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 140.

⁴⁴ A. TORRE (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i primi Ministri*, Padova, Cedam, 2020; ID., *Regno Unito*, Bologna, il Mulino, 2021; G. CARAVALE, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁴⁵ C.S. EMDEN, *The People and the Constitution. Being a History of the Development of the People's Influence in British Government*, Oxford, Clarendon Press, 1956.

⁴⁶ M. GALIZIA, *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento*, cit., 49.

Queste trasformazioni possono essere colte soltanto attraverso un approccio non formalistico allo studio delle forme di governo, in grado di individuare, innanzitutto, l'evoluzione storica di alcuni significativi istituti giuridici, nonché il loro graduale affievolimento o superamento. Basti pensare, ad esempio, alla controfirma (*counter-signature*) degli atti regi, allo scioglimento parlamentare, all'*impeachment*, alla responsabilità politica. Le convenzioni costituzionali trasformarono i significati e i contenuti di questi istituti nel passaggio dalla monarchia costituzionale a quella parlamentare. Ad esempio, risulta sempre più evidente che la prevalente volontà del ministro controfirmante gli atti della Corona vale ad affermare due principi: il primo, *The King can do no wrong*, l'assenza di responsabilità del sovrano; il secondo, strettamente connesso al primo, *The King cannot act alone*, perché i suoi atti devono essere ricondotti alla responsabilità dei ministri⁴⁷. In questo modo la controfirma ministeriale diveniva un elemento caratterizzante il sistema parlamentare⁴⁸, perché attraverso essa si affermava la responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento, in ordine a tutti gli atti adottati dal potere esecutivo.

Interessante è pure l'evoluzione e il superamento dell'*impeachment* da strumento di controllo repressivo contro i ministri del Re a controllo politico-costituzionale sull'operato del Governo. La necessità di instaurare uno stabile rapporto di fiducia rese difficile l'uso dell'*impeachment* contro il singolo Ministro. Per questa ragione, accanto alla responsabilità giuridica individuale, si affermò nell'ultimo periodo del secolo XVIII la nuova responsabilità politica collettiva di tutti i membri del governo nei confronti del Parlamento⁴⁹. Questo cambiamento avrebbe potuto determinare il passaggio dalla tradizionale «dependency» dei ministri dalla Corona a una identica dipendenza dai Comuni. Il nuovo istituto della responsabilità politica, però, se da un lato evidenziò la maggiore incidenza della Camera bassa, dall'altro favorì l'autonomia che il Gabinetto stava assumendo nei confronti del Parlamento⁵⁰.

Nel nuovo contesto, come sopra brevemente descritto, si consolidarono organizzativamente in ambito parlamentare i partiti politici, perché ciò era *funzionale* alla dinamica della forma di governo (parlamentare) e, in particolare, al rafforzamento del ruolo del Gabinetto e del Primo ministro.

⁴⁷ Sul punto scrive Dicey: «This responsibility, which is a matter of law, rests on the following foundation. There is not to be found in the law of England, as there is found in most foreign constitutions, an explicit statement that the acts of the monarch must always be done through a Minister, and that all orders given by the Crown must, when expressed in writing, as they generally are, be countersigned by a Minister. Practically, however, the rule exists. In order that an act of the Crown may be recognised as an expression of the Royal will and have any legal effect whatever, it must in general be done with the assent of, or through some Minister or Ministers who will be held responsible for it» (A.V. DICEY, *Introduction to the Study of Law of Constitution*, Chapter XI, *The responsibility of ministers*, 1st ed., London, Macmillan and Co., 1885 (ristampa dell'ottava edizione, London, Macmillan, 1915, 210, disponibile all'indirizzo http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf). Si veda anche l'edizione italiana: *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, con *Presentazione* di S. Bartole e *Introduzione* di A. Torre, Bologna, Bologna, il Mulino, 2003, 275 ss.

⁴⁸ L'importanza che tale istituto riveste per l'evoluzione della forma di governo parlamentare è stata colta anche dalla dottrina francese e italiana. Sul punto, si veda S. BONFIGLIO, *Controfirma ministeriale e responsabilità politica nel regime parlamentare. Il dibattito in Francia e in Italia*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁴⁹ A.H. BIRCH, *Representative and Responsible Government. An Essay on the British Constitution*, London, Allen & Unwin, 1964, ss.

⁵⁰ Scrive Galizia: «L'autonomia dei due poteri non li pone però come elementi estranei e contrapposti: l'esigenza dell'unità è spontaneamente presente, accanto a quella dell'autonomia, nel sistema inglese. Di conseguenza la responsabilità politica, se all'inizio viene a conformarsi sul modello rigido di quella penale per l'*impeachment*, ben presto assume un contenuto elastico, non opera più al limite, di fronte a determinati comportamenti, ma si invece a tutta l'azione dell'esecutivo, che accompagna nel suo progressivo svolgimento. Sul momento negativo della sfiducia viene successivamente a prevalere quello positivo della fiducia, della coordinazione dell'azione; coordinazione che, poi, non si basa su un semplice accordo di volontà ma tende ad incidere in profondità sulle stesse strutture, attraverso l'organizzazione omogenea sia del Parlamento che del Gabinetto intorno ad un'unica maggioranza» (M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 142).

Pur considerando rilevante l'*influenza* dei partiti sulla forma di governo, a differenza di Maurice Duverger, Galizia ritiene che per la classificazione delle forme di governo non si debba accantonare il principio della separazione dei poteri. Anzi, proprio in ragione del fatto che l'istituto della fiducia, quale elemento caratterizzante la forma di governo parlamentare, tende ad affievolire il principio della separazione dei poteri⁵¹, quest'ultimo deve essere sempre riaffermato con forza per garantire la dialettica maggioranza-opposizione e la tutela delle libertà fondamentali. L'orientamento di Galizia al riguardo è, come si è detto, marcatamente favorevole a valorizzare la teoria della separazione dei poteri, se pur riformulata in considerazione dei mutamenti della forma di Stato e di governo.

4. *L'attualità del contributo di Mario Galizia: la rilevanza attribuita alla storia e la valorizzazione del pluralism giuridico.*

L'originalità degli studi di Mario Galizia è dovuta alla rilevanza che egli assegna alla storia nell'interpretazione giuridica dei principi e nello studio delle forme di governo, prendendo le distanze sia dal logicismo astratto, separato dall'esperienza giuridica, sia dall'iperfattualismo, che trasferisce l'indagine giuridica sul terreno dei «fatti in sé stessi»⁵². Il «dover essere» delle norme, scrive Galizia, non è che una proiezione esterna del loro «essere». Le norme giuridiche «non sono un elemento metastorico, perché esse fanno parte della dinamica concreta dell'esperienza»⁵³.

Nel ribadire «l'imprescindibilità del rigore e della coerenza del metodo del costituzionalista», egli comunque amplia l'impostazione assunta, al riguardo, in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*; impostazione che nei suoi *Studi sui rapporti fra parlamento e governo* considera «sotto alcuni aspetti eccessivamente meccanica e rigida»⁵⁴. Il rapporto tra fatto e norma è in realtà molto più problematico e richiede una diversa impostazione. Basti pensare, tra l'altro, a quanto «il fatto influenza in maniera decisiva l'attività interpretativa attraverso la valutazione della costituzione materiale, delle forze politiche che appoggiano le norme (che, con la loro azione, ne hanno prodotto il sorgere, ne permettono la vigenza, le proiettano verso il futuro) ed, in un'impostazione ancora più ampia, allorché il ricercatore colloca il suo lavoro nel quadro della civiltà che sorregge l'ordinamento studiato, in correlazione con i principi etico-politici posti quale ineliminabile premessa base dell'indagine»⁵⁵. I «fatti» così intesi, scrive Galizia, «non si sovrappongono alle norme giuridiche» e il loro studio «viene compiuto dal costituzionalista a scopo puramente strumentale, funzionale».

Grazie alla rilevanza assegnata alla storia, in Galizia rimane dunque alta l'attenzione nei confronti del complesso rapporto tra «fatti», «norme», «principi» e «valori». Questo approccio è segnato, oltre che da ragioni metodologiche, anche dall'esigenza, come si è detto nel primo paragrafo, di fugare lo spettro del totalitarismo, di affermare i valori della Resistenza e di dare

⁵¹ Già Bagehot parlava di una quasi completa fusione dei poteri esecutivo e legislativo: W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, Chapman and Hall, 1867.

⁵² M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, cit., 132, n. 2. Scrive l'a.: «I medesimi c.d. fatti normativi valgono invero per il giurista in quanto siano riusciti ad esprimere una norma positiva ed, anche in questa ipotesi, l'oggetto dell'indagine giuridica, il dato su cui si svilupperà l'opera dell'interprete non potrà perciò non essere la norma giuridica».

⁵³ *Ivi*, 132, n. 2.

⁵⁴ *Ivi*, 133, n. 2 (segue dalla pagina precedente).

⁵⁵ *Ivi*, 134, n. 2 (segue dalle pagine precedenti).

piena attuazione alla Costituzione repubblicana⁵⁶, vigilando che non passino senza rilievo le deviazioni dai principi. Il diritto e i diritti non sono originari, ma sono il riflesso etico-giuridico di principi e valori che stanno scritti in un'esperienza storica capace di fornire loro elementi di stabilità. I principi e i valori, come elementi di stabilità, quindi, non sono separabili, per quanto sia corretto distinguerli; essi sono posti a fondamento di una costituzione condivisa, espressione di una *società plurale*.

La rilevanza assegnata alla storia e al pluralismo giuridico e sociale supera le barriere disciplinari⁵⁷ e infrange il coro sulle certezze di metodo. Appare così evidente la critica di Galizia a un certo modo di intendere il diritto e la sua applicazione, spesso ridotta semplicemente ad attività logico-deduttiva.

La comparazione diacronica⁵⁸, invece, si conferma uno strumento di interpretazione in grado di correggere gli eccessi del metodo logico-sistematico e rafforza la consapevolezza dell'imprescindibile storicità del diritto costituzionale. Galizia contribuisce all'affermarsi già negli anni Sessanta di un metodo orientato «a superare il divorzio tra indirizzo empirico e indirizzo sistemico»⁵⁹, a partire dalla necessaria convergenza, sottolineata nel suo lavoro del 1963, tra le istanze sociologiche, politiche e giuridiche nella ricerca costituzionalistica, «tenendo però fermi l'autonomia ed il carattere giuridico della stessa»⁶⁰.

L'antiformalismo di Mario Galizia, soprattutto grazie alla rilevanza assegnata alla storia comparata, ha avuto e continua ad avere, anche grazie ai suoi numerosi allievi, un impatto positivo sull'ampliamento del concetto di diritto e delle sue fonti, nell'ottica del pluralismo giuridico.

Nella sua riflessione giuridica sulla relatività del concetto stesso di fonte per la varietà dei fatti e degli atti che ne costituiscono il contenuto⁶¹, Mario Galizia valorizza un aspetto peculiare che contraddistingue il positivismo giuridico di Carré de Malberg: il relativismo⁶². Infatti, secondo il giurista alsaziano, l'articolazione delle fonti del diritto è legata al singolo ordinamento e dipende, innanzitutto, dalla «constitution de chaque Etat». Egli, però, sulle questioni concernenti la consuetudine, come evidenzia Galizia, si lascia andare «a formulazioni a cui sembra quasi conferire un significato di verità universale, fondamentale e essenziale ad ogni esperienza giuridica», in particolare quando afferma, nella *Contribution*, l'incompatibilità tra «constitution et

⁵⁶ Si veda anche il problema, già dibattuto nel periodo precostituente, della *normatività* della Costituzione, anche delle sue norme programmatiche: P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951 (opera ripubblicata, con una prefazione di Paolo Caretti, dal Centro di Studi Politici e Costituzionali Piero Calamandrei-Paolo Barile, in occasione del convegno celebrativo del centenario della nascita di Paolo Barile: ID., *La costituzione come norma giuridica*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2017); V. CRISAFULLI, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 61 ss.; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952. L'inattuazione costituzionale congela squilibri e disuguaglianze che la Costituzione invece impone di rimuovere. Per questa ragione Galizia insiste molto sul punto, come del resto, ancora negli anni Sessanta e Settanta, C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, IV, Firenze, Vallecchi, 1969, 465-502.

⁵⁷ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit.,

⁵⁸ Sul punto si veda anche la lezione di un altro grande maestro: G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 877.

⁵⁹ L. ELIA, *Esperienza scientifica: diritto costituzionale*, cit., 357.

⁶⁰ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 107. Nello stesso anno in cui viene pubblicato il saggio sui *profili*, appare la voce di G. GORLA, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1963, 928 ss. e, l'anno precedente, dello stesso autore, il saggio *Studio storico comparativo della common law e scienza del diritto*, in *Rivista di diritto e proc. civ.*, LX (1962), 25 ss.

⁶¹ Non a caso, a tal proposito si parla di «polifonismo delle fonti», in L. PEGORARO, A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, 6.

⁶² M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, cit., 357.

coutumes»⁶³: orientamento negativo sul tema della consuetudine ribadito nel saggio *La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875* e, altresì, in *La loi, expression de la volonté général*.

Il relativismo di Galizia va ben oltre quello di Carré de Malberg, il quale rimane ancorato a una concezione essenzialmente statocentrica del diritto e del concetto stesso di costituzione, mentre la prospettiva del pluralismo giuridico e sociale prevalente nell'approccio di Mario Galizia evidenzia meglio le differenti tradizioni storiche in contesti diversi, in cui il diritto non è prodotto soltanto dalle fonti legali. Questa prospettiva dunque presuppone la relativizzazione e valorizza la comparazione giuridica, che utile proprio in quanto relativizza⁶⁴.

Così inteso il contributo di Galizia costituisce un antidoto contro le tendenze all'uniformazione e alla globalizzazione che spesso cancellano le differenti tradizioni storiche. Non a caso, alcuni studiosi usano il concetto di “glocalizzazione” per valorizzare, soprattutto nell'ambito del diritto comparato e della teoria del diritto, il pluralismo giuridico⁶⁵.

L'approccio di Galizia, dunque, recupera pienamente la dimensione sociale del diritto e il «poliformismo delle fonti»; esso ci aiuta a comprendere meglio anche la dinamica delle forme di Stato e di governo, anche attraverso, come si è detto, lo studio delle consuetudini e delle convenzioni costituzionali che non sono in contrasto con la *stabilità* e la *forza* dei principi costituzionali.

Il relativismo di Galizia tende così a ridefinire e ampliare i concetti tradizionali di “forma di Stato” e “forma di governo”. Infatti, negli studi dei fenomeni costituzionali in chiave comparativa, egli considera quanto mai opportuna l'utilizzazione del concetto di *government*, secondo la tradizione anglosassone, mentre la nozione di «forma di governo» (per altro, non impiegata dalla dottrina straniera), soprattutto se intesa con un significato molto ristretto, finisce per trascurare l'importanza delle regole non scritte (convenzioni e consuetudini) e della nozione di «influenza» dei partiti politici sulla differenziata struttura e sul differenziato funzionamento delle varie forme di governo⁶⁶.

Galizia, però, non enfatizza l'elemento strumentale della costituzione materiale, vale a dire i partiti politici; egli, piuttosto, pone l'accento sul valore *culturale* della costituzione e sulla sua radice contrattualistica. Quest'ultima, a suo parere, diventa «indispensabile per qualificare la stessa idea di costituzione a livello teorico, ed assume una forte connotazione morale»⁶⁷, accentuando, ancor più di Costantino Mortati⁶⁸, il carattere strumentale della “forma di governo”, che appare «condizione necessaria»⁶⁹ rispetto alla piena attuazione dei valori e dei principi costituzionali. Del resto, anche l'attenzione di Mortati per l'evoluzione delle forme di Stato e di governo – presente pure nei suoi scritti di teoria generale – relativizza il carattere «assoluto» del concetto di costituzione materiale e ne valorizza meglio il rilievo *strumentale* e anche la sua *funzione* di garanzia

⁶³ *Ini*, 361.

⁶⁴ S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 150.

⁶⁵ Sul tema del rapporto tra globalizzazione e comparazione giuridica si vedano: W. TWINING, *Globalisation and legal theory*, London, Butterworths, 2000; W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context*, New York, Cambridge University Press, 2006; B. DE SOUSA SANTOS, C.A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (a cura di), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; M. WATERS, *Globalization*, London, Routledge, 1995; H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁶⁶ M. GALIZIA, *Presentazione*, cit., XXIII.

⁶⁷ M. GALIZIA, *Appunti*, cit., 100.

⁶⁸ Lo stesso Mortati è portato a valorizzare nel secondo dopoguerra la costituzione materiale come limite alla revisione costituzionale, ponendo l'accento sui principi.

⁶⁹ C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, Cedam, 1973, 3-5. Su questo punto si veda L. ELIA, *Appunti su Mortati e le forme di governo*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 245-246.

costituzionale⁷⁰, indicando i limiti sostanziali di ogni modifica formale, al di là del tipo di procedure adottate⁷¹.

Il relativismo di Galizia conferisce grande rilievo teorico alla connessione tra *libertà e pluralismo* e a quella tra *costituzione e principi essenziali* che reggono, in profondità, la forma storica di stato.

Anche nel prendere in esame le radici storiche e culturali della forma di governo parlamentare – che, secondo Galizia, maggiormente corrisponde «ai caratteri essenziali della rappresentanza politica in una prospettiva democratica» – pure la «fiducia», vista nella dinamica relazione fra Parlamento e Governo, «acquista così un più pregnante valore se concettualmente inquadrata al fine di ribadire puntualmente le ragioni della libertà secondo la stessa puntuale tradizione storica»⁷².

⁷⁰ Sulla costituzione materiale intesa da Mortati anche nella sua funzione di garanzia costituzionale si veda il saggio di A.A. CERVATI, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA, P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 429.

⁷¹ Soprattutto a cominciare dagli anni Sessanta, anche Mortati utilizza il concetto di costituzione in senso materiale, non tanto per evidenziare l'importanza del suo elemento strumentale, quanto al fine di porre in luce, innanzitutto, quei «principi supremi» che fissano i limiti assoluti a ogni specie di mutamento costituzionale. Si vedano: C. MORTATI, *Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 1986 (estratto da *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 206) e ID., *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952; sul punto, *ex multis*, si veda anche L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2009, 2147-2152.

⁷² M. GALIZIA, *Appunti*, cit., 101; ID., *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., nonché la voce *Fiducia parlamentare*, cit.



Giulia Caravale*

La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito**

SOMMARIO: 1. Il *Fixed-term Parliaments Act 2011*. - 2. L'applicazione della legge. - 3. La disciplina del rapporto fiduciario. - 4. Le proposte di riforma. - 5. Il *Dissolution and Calling of Parliament bill*. - 6. L'effetto della reviviscenza della prerogativa regia sul ruolo del Sovrano. - 7. Conclusioni.

1. Il *Fixed-term Parliaments Act 2011*

Il *Dissolution and Calling of Parliament bill* ha posto fine ad uno dei principali tentativi di razionalizzazione e formalizzazione dei rapporti Governo-Parlamento sperimentati nel Regno Unito. La legge¹, composta di soli 6 articoli e un allegato, ha abrogato il *Fixed-term Parliaments Act 2011* e ha ripristinato la prerogativa regia dello scioglimento anticipato, ha escluso l'intervento delle Corti in materia e ha fissato la durata ordinaria della legislatura a cinque anni dalla prima convocazione². La riforma appare di grande interesse non solo per il suo contenuto, ma anche per il dibattito dottrinario che ne è scaturito e che ha avuto ad oggetto sia il ruolo rivestito dal Governo, dalla Camera dei Comuni e dalla Corona nella procedura di scioglimento anticipato, sia il rapporto tra convenzioni costituzionali, leggi e prerogative. In sostanza, la presentazione del *bill* ha avviato una riflessione corale sui caratteri essenziali della Costituzione britannica e su alcuni degli aspetti sostanziali dell'evoluzione della forma di governo, fornendo, ancora una volta, un'occasione per ragionare sugli equilibri e le dinamiche tra poteri.

Prima di esaminare le novità introdotte dalla suddetta riforma appare necessario prendere le mosse dall'analisi della situazione prodotta dal *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Come noto, si tratta di un atto che era stato approvato con l'obiettivo contingente di cementare l'alleanza di governo tra i conservatori e liberal democratici nata a seguito delle elezioni del maggio 2010 nelle quali nessun partito aveva ottenuto la maggioranza assoluta. Nel fissare al 7 maggio 2015 la data delle successive elezioni e stabilire che queste si sarebbero tenute ogni cinque anni, il primo giovedì

*Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Nel momento in cui il presente lavoro va in stampa il *Dissolution and Calling of Parliament bill* è stato approvato dai Comuni, ha superato la seconda lettura dei Lords senza essere emendato ed il *Report Stage* è stato calendarizzato per il 9 febbraio 2022.

² A. YOUNG, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill – a return to constitutional normality?*, in *Constitution Unit blog*, 28 July 2021.

del mese di maggio, la legge aveva sottratto al Premier il potere di sciogliere la Camera dei Comuni, potere che di solito era esercitato nel momento più favorevole al proprio partito, e aveva previsto due sole ipotesi per la fine anticipata della legislatura. La prima era quella di un voto espresso dalla maggioranza qualificata dei 2/3 della Camera dei Comuni sulla mozione: “That there shall be an early parliamentary general election”; la seconda riguardava il caso in cui, a seguito di un voto di sfiducia nei confronti dell'Esecutivo, la Camera dei Comuni non fosse riuscita, entro 14 giorni, a trovare un accordo sulla formazione di uno nuovo. In realtà la durata quinquennale della legislatura era stata prevista già dal *Parliament Act* del 1911, ma nella prassi del secondo dopoguerra la legislatura aveva per lo più conosciuto durate inferiori³.

La durata fissa del Parlamento era stata presentata come uno strumento che avrebbe potuto rafforzare la stabilità del sistema; tramite la legge i liberal democratici avevano voluto soprattutto scongiurare l'ipotesi che il partito conservatore, in caso di sondaggi favorevoli, decidesse unilateralmente di tornare alle urne senza il consenso dell'alleato di governo. Come è stato osservato, l'atto del 2011 aveva alterato, almeno in linea teorica, “how British governments form, function, and fall”⁴.

Anche se frutto di una peculiare ed eccezionale situazione politica, quella di un Esecutivo di coalizione, si deve ricordare comunque che l'idea di prevedere una “durata fissa” per il Parlamento era da tempo oggetto di dibattito: già dalla fine degli anni '80 alcuni deputati dell'opposizione avevano presentato *Private Members' bills* con l'obiettivo di introdurre un *fixed term* per la Camera dei Comuni e la proposta era stata inserita anche nei programmi elettorali del partito laburista e di quello liberal democratico⁵.

Durante gli anni di governo laburista, poi, vi erano stati alcuni tentativi di disciplinare la materia sempre attraverso *Private Members' bills* (un *Ten Minute Rule bill* era stato presentato nel 2001 dal laburista Tony Wright ed un altro nel 2008 dal lib dem David Howarth). Nei programmi elettorali delle politiche del 2010 sia il partito laburista che quello liberal democratico avevano previsto l'introduzione della durata fissa del Parlamento. Il dibattito dottrinario di quegli anni aveva evidenziato la necessità di una riforma in questo senso poiché la scelta della data delle elezioni conferiva un indubbio vantaggio al partito di governo. Alcuni studi indicano, infatti, che tale decisione potrebbe apportare all'Esecutivo in carica un vantaggio elettorale quantificabile nel 6% in più di consensi e nel 12% in più di seggi⁶. Inoltre, era stato considerato con favore il fatto che la disciplina legislativa dello scioglimento anticipato avrebbe potuto contribuire alla cancellazione di ogni residua forma di intervento del Sovrano nell'esercizio della prerogativa, evitando così il coinvolgimento di questo in una scelta di natura eminentemente politica⁷. Appare evidente, infine, come il dibattito sorto in quegli anni abbia sollecitato il legislatore a prevedere, nelle leggi

³ M. RYAN, *The Fixed-term Parliaments Act 2011*, in *Public Law* 2012, 213.

⁴ J. STRONG, *Confidence and Caretakers: Some Less-Obvious Implications of the Fixed-Term Parliaments Act*, in *The Political Quarterly*, 2018, 466.

⁵ Disegni di legge furono presentati nel 1983, nel 1987, nel 1991 e nel 1992. Nel 1994 Jeff Rooker presentò il *Parliamentary Elections (Number 2) Bill* che attuava le conclusioni del *Working Party on Electoral Systems* istituito dal partito laburista. P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and Our Ambiguous Constitution*, Manchester University Press, 2020, 117.

⁶ P. SCHLEITER, V. BELU, *The Decline of Majoritarianism and the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 36; E. MORGAN-JONES, M. LOVELESS, *Early election Calling and Satisfaction with democracy*, in *Government and Opposition*, 2021, 1.

⁷ P. NORTON, *From Flexible to Semi-Fixed: The Fixed-Term Parliaments Act 2011*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2014, 205.

della *devolution*, una disciplina puntuale della materia con l'indicazione dei casi specifici e tassativi in cui è possibile sciogliere anticipatamente le Assemblee di Scozia, Galles e Irlanda del Nord.

La legge del 2011 deve essere inquadrata anche nel contesto riformatore molto fecondo presente nel Regno Unito a partire dalla fine degli anni '90 che aveva portato a discutere anche l'ipotesi di introdurre una Costituzione scritta⁸. Negli anni immediatamente precedenti la riforma, il Primo ministro Gordon Brown aveva presentato, attraverso il *Green Paper The Governance of Britain* del 2007, le sue proposte di modifica il cui obiettivo era quello della definizione e della limitazione dei poteri dell'Esecutivo, in modo da rendere sia il Governo sia il Parlamento maggiormente responsabili nei confronti dei cittadini⁹. Brown mirava a raggiungere tale obiettivo attraverso una revisione e una definizione legislativa dei *royal prerogative powers*, di fatto esercitati dal Governo. Tuttavia, la situazione particolare in cui si era trovato il Premier – a causa della crisi economica, della sua debole leadership, della sfiducia dei cittadini nei confronti di una classe politica colpita da scandali finanziari - aveva modificato le priorità nell'agenda di governo, di modo che le riforme effettivamente inserite nel *Constitutional Reform and Governance Act* 2010 erano state solo quelle di minor significato politico¹.

Il contesto ora illustrato ci aiuta a inquadrare e a comprendere meglio la legge del 2011, figlia dunque di quella che all'epoca poteva essere considerata la naturale evoluzione dei cambiamenti del sistema britannico, con un ridimensionamento dei poteri dell'Esecutivo ed un allontanamento da un modello esclusivamente maggioritario¹⁰. Nel presentare il *bill* ai Comuni David Cameron lo aveva descritto come “the biggest transfer of powers from the Executive in centuries”, rimarcando come egli fosse il primo Premier nella storia a rinunciare al diritto “unilaterally to ask the Queen for a dissolution of Parliament”. Il Primo ministro aveva definito

⁸ Si tratta di una proposta che era stata giudicata in modo favorevole anche dallo stesso Premier Gordon Brown il quale aveva ipotizzato l'emanazione di un testo costituzionale nel 2015 a celebrare l'ottocentesimo anniversario della Magna carta. Gordon Brown aveva inserito nel manifesto laburista alle elezioni del 2010 la proposta di istituzione di una Commissione per esaminare il progetto di Costituzione scritta, proposta condivisa anche dai liberal democratici. Durante la legislatura del Governo di coalizione l'*House of Commons Political and Constitutional Reform Committee* ha avviato una inchiesta molto articolata sul tema della Costituzione scritta (HOUSE OF COMMONS POLITICAL AND CONSTITUTIONAL REFORM COMMITTEE, *A New Magna Carta?*, 2014–15, HC 463; Id., *Constitutional Role of the Judiciary If There Were a Codified Constitution*, 2013–14, HC 802; R. BLACKBURN, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in *Statute Law Review*, 2015, 1; A. PSYGKAS, *The United Kingdom's Statutory Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 2020, 449.

⁹ *The Governance of Britain*, CM 7170 2007. A seguito di un periodo di consultazioni era stato pubblicato nel marzo 2008 il *white paper The Governance of Britain*, i cui contenuti erano confluiti nel *Draft Constitutional Renewal Bill*. Sul punto si veda anche Ministry of Justice, *The Governance of Britain. Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, 2009.

¹ Tra le riforme inserite nella legge si trovano la riduzione a vent'anni del periodo del segreto di Stato, la disciplina legislativa del *Civil Service* (tradizionalmente regolato solo da convenzioni e common law), il divieto di manifestazioni intorno al parlamento, e l'introduzione di regole formali per la ratifica dei trattati internazionali fino ad allora basata sulla convenzione nota come *Ponsonby Rule*. La legge ha anche previsto alcune norme relative alla tassazione dei parlamentari, alla disciplina e regolamentazione dei *quangos* e degli *special advisers*. L. CLADI, *Damned If You Do and Damned If You Don't: The Use of Prime Ministerial Discretion and the Royal Prerogative*, in *Parliamentary Affairs*, 2020, 1.

¹⁰ La legge prevedeva infatti il voto a maggioranza qualificata per procedere allo scioglimento anticipato. R. YOUNGS, N. Thomas-Symonds, *The Problem of the 'Lame Duck' Government: A Critique of the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs* 2013, 540.; P. SCHLEITER, V. BELU, *The Decline of Majoritarianism and the Fixed-term Parliaments Act*, cit.; O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, in *Diritto pubblico*, 2015, 809.

la riforma “a huge change in our system, it is a big giving up of power. Others have talked about it, people have written pamphlets and made speeches about fixed-term parliaments, I have made that change. It’s a big change and it is a good change”.

Nel dibattito in aula le critiche avevano riguardato sia aspetti formali che sostanziali, come il fatto che la legge andava ad incidere sul carattere flessibile della Costituzione britannica o che era stata approvata con eccessiva velocità, senza un adeguato scrutinio pre-legislativo, problema questo che, tra l’altro, era stato evidenziato anche dal *Select Committee on the Constitution* della Camera dei Lords¹¹.

Proprio perché la legge introduceva una riforma le cui conseguenze non erano al momento del tutto prevedibili, era stata introdotta alla sec. 7 (4) (a) – anche grazie al contributo della Camera dei Lords - la previsione secondo cui: “An amendment or repeal made by this Act has the same extent as the enactment or relevant part of the enactment to which the amendment or repeal relates.

(4)The Prime Minister must make arrangements—

(a)for a committee to carry out a review of the operation of this Act and, if appropriate in consequence of its findings, to make recommendations for the repeal or amendment of this Act, and

(b)for the publication of the committee’s findings and recommendations (if any).

(5)A majority of the members of the committee are to be members of the House of Commons.

(6)Arrangements under subsection (4)(a) are to be made no earlier than 1 June 2020 and no later than 30 November 2020”.

Il legislatore, dunque, si era impegnato a valutare, entro il novembre 2020 e attraverso l’istituzione di un comitato parlamentare, il funzionamento concreto della legge e le sue conseguenze pratiche al fine di prevedere eventuali riforme.

La rilevanza della materia appare confermata anche dal fatto che il dibattito sulla legge del 2011 non era rimasto circoscritto alle aule parlamentari, ma aveva coinvolto anche i principali costituzionalisti del Paese. Alcuni di questi avevano enfatizzato l’importante novità introdotta dalla legge che limitava in modo concreto il potere del Premier e introduceva una modifica sostanziale della “majoritarian traditions of government in the UK”¹². Altri, invece, in modo più caustico e pragmatico, ne avevano ridimensionato la portata, prevedendo che l’atto sarebbe stato abrogato non appena fosse stato formato un nuovo Governo di maggioranza e il sistema Westminster avesse ripreso a funzionare secondo modalità più tradizionali¹³.

¹¹ HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Fixed-term Parliaments Bill*, 2010; A. PSYGKAS, *The United Kingdom’s Statutory Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, 449

¹² O. GAY, P. SCHELEITER, V. BELU, *The Coalition and the Decline of Majoritarianism in the UK*, in *The Political Quarterly*, 2015, 121.

¹³ M. BENNISTER, R. HEFFERNAN, *Cameron as Prime Minister: The Intra-Executive Politics of Britain’s Coalition Government*, in *Parliamentary Affairs*, 2012, 778; R. YOUNGS, N. THOMAS-SYMONDS, *The Problem of the ‘Lame Duck’ Government: A Critique of the Fixed-term Parliaments Act*, cit., 540; P. SCHELEITER, S. ISSAR, *Fixed-term Parliaments and the Challenges for Governments and the Civil Service: A Comparative Perspectives*, in *The Political Quarterly*, 2014, 178; P. NORTON, *From Flexible to Semi-Fixed: The Fixed-Term Parliaments Act 2011*, cit., 205; C. HADDON, *The (Not So) Fixed-term Parliaments Act*, www.instituteforgovernment.org.uk, 14 April 2015; M. BENNISTER, R. HEFFERNAN, *The Limits to Prime Ministerial Autonomy: Cameron and the Constraints of Coalition*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, 25; O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, cit.; P. SCHELEITER, *How the Fixed-term Parliaments Act Changes UK Politics*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 1; P. NORTON, *The Fixed-term*

2. L'applicazione della legge

La *ratio* della legge del 2011 era stata dunque quella di limitare il potere del Premier in materia di scioglimento anticipato, sottraendogli la possibilità di scegliere in modo autonomo il momento più vantaggioso ed opportuno per il suo partito per procedere alle elezioni.

Tuttavia, la prima applicazione della legge, nell'aprile del 2017, apparve del tutto in linea con le convenzioni e le prassi che avevano guidato l'azione del Primo ministro fino al 2011. La Premier Theresa May, infatti, decise di chiedere l'indizione di nuove elezioni, dopo solo due anni dalle precedenti, al fine di rafforzare la sua leadership e gestire al meglio i negoziati con la UE, con il sostegno di un Parlamento rinnovato. Un'interpretazione questa che risultava coerente con la lettura data dalla May dell'Esecutivo come unico mandatario della volontà popolare espressa nel referendum *Brexit* anche in contrapposizione con il Parlamento¹⁴. Senza dubbio la scelta era stata condizionata dai sondaggi che avevano attribuito al partito conservatore 20 punti percentuale in più rispetto al laburista, un risultato che, in termini di seggi, avrebbe potuto tradursi in una maggioranza di 130 deputati in più per i *Tories*.

Per prendere una decisione così conforme alla tradizione la May si era avvalsa di una delle due ipotesi previste dalla legge del 2011, quella del voto dei 2/3 della Camera favorevole alla mozione sullo scioglimento. Il risultato del voto era stato quasi "bulgaro", 522 a favore e 13 contrari: un dato che aveva evidenziato come le opposizioni, ad eccezione dello SNP che si era astenuto, si erano espresse a favore nel timore che un loro voto contrario avrebbe potuto essere letto dai cittadini come paura di andare alle urne. La May quindi, pur avendo rispettato, da un punto di vista formale, il disposto della legge del 2011, da un punto di vista sostanziale ne aveva stravolto il significato e la *ratio*².

Lo scioglimento del 2017 aveva evidenziato la difficoltà di introdurre, nel sistema costituzionale flessibile britannico, procedure di irrigidimento e di razionalizzazione di uno strumento come lo scioglimento anticipato e aveva fatto emergere la prevalenza della *political*

Parliaments Act and Votes of Confidence, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 3; A. BLICK, *Constitutional Implications of the Fixed-Term Parliaments Act 2011*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 19; P. SCHLEITER, V. BELU, *The Decline of Majoritarianism in the UK and the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs*, cit.; J. KING, *May's Gambit*, in U.K. Const. L. Blog, 19th April 2017; P. NORTON, *Is the House of Commons Too Powerful? The 2019 Bingham Lecture in Constitutional Studies*, University of Oxford, in *Parliamentary Affairs*, 2019, 996; P. SCHLEITER, G. EVANS, *The Changing Confidence Relationship Between the UK Executive and Parliament in Comparative Context*, in *Parliamentary Affairs*, 2021, 121.

¹⁴ J. W. WARD, *Reasserting the Centre: The Brexit Doctrine and the Imperative Mandate in British Politics*, in *Parliamentary Affairs*, 2021, 890.

² E del resto anche nell'esperienza canadese, dove esiste una legge sulla durata fissa del parlamento (pur senza ipotesi tassative per lo scioglimento), il potere del Premier di richiedere lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni non è stato mai considerato limitato, come chiarito anche dalla Corte suprema nel caso *Conacher v. Canada (Prime Minister)* del 2009. A. HEARD, *Conacher Missed the Mark on Constitutional Conventions and Fixed Election Dates*, in *Constitutional Forum constitutionnel*, 2010, 129; R. E. HAWKINS *The Fixed-Date Election Law: Constitutional Convention or Conventional Politics?*, in *Constitutional Forum constitutionnel*, 2010, 129; C. MARTINELLI, *Una dissolution ricca di paradossi*, in *Forum DPCE online*, 2017; R. CRAIG, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011*, in U.K. Const. L. Blog, Part 1, 24th May 2017; Part 2 25th May 2017; J. STRONG, *Confidence and Caretakers: Some Less-Obvious Implications of the Fixed-Term Parliaments Act*, cit., 466; A. TORRE, "Serial Miller". *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, 2019, 3083.

constitution, basata su decenni di convenzioni, sulla *legal*³. In tale occasione Renwick aveva affermato che la legge del 2011 aveva solo modificato la coreografia dello scioglimento e non la sostanza, vale a dire “the underlying pattern of power” che era rimasto sempre saldamente nelle mani del Premier⁴.

Molto diverso risultò, invece, il quadro in cui fu applicata la legge solo due anni dopo, nel tentativo di porre termine ad una delle legislature più eccentriche dell'ultimo periodo. Come noto, il risultato delle elezioni dell'8 giugno 2017 era stato molto diverso dalle aspettative della Premier May e da quanto previsto dai sondaggi. Il partito conservatore aveva perso la maggioranza assoluta dei seggi e aveva dato vita ad un Governo di minoranza fondato sul *confidence and supply agreement* con il partito nord irlandese DUP. Nei primi mesi del 2019 la Camera dei Comuni aveva bocciato per tre volte l'accordo di recesso che la Premier May aveva raggiunto con l'Europa nel novembre 2018. L'Europa aveva concesso un'estensione dell'articolo 50 del Trattato di Lisbona fino al 31 ottobre, ma, di fronte all'opposizione del partito, Theresa May era stata costretta a rassegnare le proprie dimissioni e la regina Elisabetta aveva nominato Premier il nuovo leader *tory* Boris Johnson. Il rapporto tra il Primo ministro e i Comuni si era mostrato da subito complesso: il Premier aveva richiesto la *prorogation* dei lavori parlamentari (come noto annullata dalla sentenza Miller 2/Cherry) per un periodo più lungo del consueto e, soprattutto, del necessario. Il Primo ministro, poi, aveva cercato di porre fine all'*hung parliament* ereditato dalla May, facendo votare senza successo, in tre diverse occasioni, tra settembre e ottobre 2019, la mozione a favore dello scioglimento prevista dal *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Ma solo quando il Consiglio europeo aveva accolto la richiesta di un'ulteriore proroga dell'uscita dall'Unione europea ed era stato escluso definitivamente il rischio di un'uscita senza accordo, era stato possibile sciogliere la Camera dei Comuni ed indire nuove elezioni. Deve essere evidenziato che tale risultato non è stato raggiunto attraverso l'applicazione del disposto del *Fixed-term Parliaments Act 2011*, dato che il Parlamento aveva scelto di approvare, in tempi rapidi, l'*Early Parliamentary General Election Act 2019* presentato dal Governo. La nuova legge - senza seguire le procedure fissate nel 2011, ma senza neanche abrogarle - aveva indetto le elezioni per il 12 dicembre 2019⁵.

L'applicazione della legge del 2011 aveva dimostrato ancora un volta come il concreto atteggiarsi dei rapporti politici influisce in modo determinante sull'interpretazione e, dunque, sull'applicazione di una norma⁶: mentre nel 2017, in presenza di un Governo che aveva la maggioranza ai Comuni, il *Fixed-term Parliaments Act 2011* aveva comportato solo un cambiamento di “coreografia” dello scioglimento anticipato, senza alterarne la sostanza, nella seconda applicazione l'atto era riuscito a esprimere tutte le sue potenzialità, dimostrandosi uno valido strumento per tutelare in modo concreto il Parlamento rispetto alle scelte di un Esecutivo minoritario.

³P. REID, *How Fixed Is a Fixed-term Parliament?*, in U.K. Const. L. Blog, 20 April 2017.

⁴A. RENWICK, *The Fixed-term Parliaments Act and the snap election*, in *The Constitution Unit blog*, 18 April 2017.

⁵A. YOUNG, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill – a return to constitutional normality*, cit.; P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and Our Ambiguous Constitution*, cit., 120.

⁶C. MARTINELLI, *Una dissolution ricca di paradossi*, cit.

3. La disciplina del rapporto fiduciario

La disciplina dello scioglimento anticipato prevista dal *Fixed-term Parliaments Act 2011* ha avuto effetti anche sul rapporto fiduciario, dato che - come abbiamo detto - una delle due ipotesi in cui era possibile sciogliere anticipatamente l'Assemblea era quella della reiezione di una mozione di censura. Come noto, la materia è stata da sempre disciplinata dalle convenzioni, non risultando in capo all'Esecutivo alcun obbligo giuridico, ma solo politico, di dimettersi a seguito di un voto di sfiducia⁷.

Nel Regno Unito il Governo non ha bisogno di un voto di investitura per entrare nella pienezza delle sue funzioni e il sostegno iniziale al Governo è espresso nella sostanza attraverso l'approvazione del *Queen's Speech* da parte dell'Assemblea. La dottrina negli anni aveva individuato alcune tipologie di voti di fronte ai quali il Governo avrebbe l'obbligo di dimettersi. Ad esempio, secondo la tradizionale distinzione proposta da Marshall⁸, era possibile distinguere tre principi fondamentali nel rapporto Governo-Camera dei Comuni, il *Confidence principle*, l'*Unanimity principle*, e il *Confidentially principle*. In virtù del primo il Governo è tenuto alle dimissioni solo se il voto contrario della Camera è espresso su una mozione di sfiducia; per il secondo principio tutta l'amministrazione è tenuta a sostenere i provvedimenti del Governo, mentre il terzo fa riferimento all'obbligo di riservatezza che può essere fatto valere anche in occasione delle interrogazioni per tutti coloro che, sia nella burocrazia sia nei vari organismi dell'Esecutivo, hanno partecipato alla formulazione del provvedimento. Nell'ambito del *confidence principle*, secondo Norton⁹, è possibile poi distinguere diverse tipologie di sconfitte parlamentari. Da un canto quelle che avvengono sulla fiducia, sulla mozione di censura o su questioni di tale rilevanza - come la legge di bilancio - da essere considerate un voto di sfiducia implicito: si tratta di ipotesi che dovrebbero comportare sempre le dimissioni del Governo. Dall'altro le sconfitte su questioni politicamente rilevanti o anche su temi di minor importanza; in questo caso spetta al Governo valutare se la bocciatura sia tale da compromettere la propria esistenza.

Questione di fiducia e mozione di censura non sono utilizzate di frequente nel Regno Unito, disponendo il Governo di strumenti di controllo, soprattutto all'interno del partito, in grado, quando necessario, di compattare la maggioranza. Nel corso dei 10 anni di applicazione della legge, solo una volta - nel gennaio 2019 - la Premier May è stata sottoposta alla votazione di una mozione di censura, dopo la prima clamorosa bocciatura parlamentare dell'accordo di recesso. Una bocciatura di tale portata che aveva spinto il leader laburista Corbyn a presentare una mozione di censura nei confronti della Premier, mozione che era stata tuttavia respinta con 325 voti contrari e 306 a favore¹⁰.

⁷ P. NORTON, *The Fixed-term Parliaments Act and Votes of Confidence*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 3; D. FELDMAN, *Constitutional Conventions*, in M. QVORTRUP, (ed.) *The British Constitution: Continuity and Change*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

⁸G. MARSHALL (ed.), *Ministerial Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1989, 3 ss; Id., *Constitutional Conventions, the rules and forms of political accountability*, Clarendon Press, Oxford, 1984, 54 ss.

⁹P. NORTON, *Government defeats in the House of Commons: Myth and Reality*, in *Public Law*, 1978, pp. 360-370; F. CUPPONE, *Crisi di governo in Gran Bretagna: 1945-1987*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1988, pp. 726-753; P. NORTON, *From Flexible to Semi-Fixed: The Fixed-Term Parliaments Act 2011*, cit., 203; P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and Our Ambiguous Constitution*, cit., 42; F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁰ S. KIPPIN, R. PYPER, *Collective Ministerial Responsibility in British Government: the Testing of a Convention, 2010-2019*, in *The Political Quarterly*, 2021, 522; R. KELLY, *Confidence Motions*, House of Commons Library Briefing paper, 14 March 2019; P.

Nonostante lo scarso utilizzo di tale strumento, nel dicembre 2019 l'*House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* aveva ritenuto opportuno pubblicare un rapporto dal titolo *The Role of Parliament in the UK Constitution Interim Report The Status and Effect of Confidence Motions and the Fixed-term Parliaments Act 2011*¹¹ al fine di chiarire le conseguenze della legge del 2011 sul rapporto fiduciario. Merita sottolineare che il Comitato dei Comuni aveva chiarito che principio fondamentale della forma di governo britannica è il rapporto di fiducia tra Governo e Camera dei Comuni (“The fact that the government of the day must retain the confidence of the House of Commons is the constitutional principle which determines the relationship between Parliament and Government”). Il documento aveva aggiunto, poi, che legge del 2011 non aveva alterato in alcun modo tale rapporto, né la possibilità da parte del Parlamento di votare la fiducia al Governo in ipotesi diverse da quelle previste dal *Fixed-term Parliaments Act 2011*, ipotesi affermatesi in secoli di tradizione parlamentare. Anche la formula indicata dal legislatore per esprimere la sfiducia all'Esecutivo e procedere allo scioglimento anticipato non era l'unica utilizzabile. In altre parole tale formula era l'unica che poteva portare allo scioglimento dell'Assemblea in caso di sua reiezione, ma non era la sola che il Parlamento poteva votare nei confronti dell'Esecutivo¹². Il Comitato, infatti, aveva voluto ribadire che la legge del 2011 non aveva in alcun modo limitato la libertà della Camera dei Comuni di scegliere le forme e le modalità per esprimere la propria opposizione nei confronti del Governo (“It is for Parliament, not the Government, to assert the terms under which this confidence (or lack thereof) is expressed”), sottolineando così, ancora una volta, i limiti di ogni sforzo di razionalizzare e formalizzare le sfumature e le prassi che si sono affermate nella corso della secolare tradizione inglese.

Del tema si è occupato anche il *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act* che, come vedremo, è stato istituito nel 2020 per studiare l'applicazione concreta e gli effetti della legge del 2011. Nel rapporto pubblicato nel marzo 2021 esso aveva invitato il Parlamento ad evitare, in futuro, di formalizzare la mozione di sfiducia. Tale formalizzazione appariva “unnecessary and risks disrupting important conventions on the formation and resignation of governments under our wider constitutional arrangements”¹³. In risposta alle osservazioni del *Joint Committee*, il Governo Johnson ha ribadito che il collegamento tra il voto di sfiducia e lo scioglimento previsto dalla legge del 2011 aveva creato solo incertezza e ha affermato che la materia in futuro avrebbe potuto essere disciplinata attraverso una fonte differente, quella dei regolamenti parlamentari. A parere dell'Esecutivo la flessibilità in materia di formazione del Governo “is an essential part of our parliamentary system and a constitution that provides flexibility in exceptional circumstances is necessary for a functioning and modern democracy”¹⁴.

Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford, 2021, 150. Si ricorda che la precedente votazione su una mozione di censura risale al 1994.

¹¹ HOUSE OF COMMONS PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *The Role of Parliament in the UK Constitution Interim Report: The Status and Effect of Confidence Motions and the Fixed-term Parliaments Act 2011*, HC Report 1813, 2018.

¹² P. SCHLEITER, G. EVANS, *The Changing Confidence Relationship Between the UK Executive and Parliament in Comparative Context*, cit., 121.

¹³ HOUSE OF COMMONS, HOUSE OF LORDS JOINT COMMITTEE ON THE FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT, *Report Session 2019–21*, HC 1046 HL 253, 24 March 2021, 66.

¹⁴ *Government response to the Joint Committee on the Fixed-term Parliament Act*. Report Presented to the House of Commons by the Chancellor of the Duchy of Lancaster and Minister for the Cabinet Office, and the Minister for the Constitution and Devolution Presented to the House of Lords by the Minister of State for the Cabinet Office by Command of Her Majesty, May 2021, 7. Sul tema si rinvia, tra gli altri, a J. Sharpe, *Parliamentary Conventions*, The Constitution Society Report, 2020

4. Le proposte di riforma

L'*Early Parliamentary General Election Act 2019*, approvato in tempi rapidi per procedere allo scioglimento dei Comuni e indire nuove elezioni, era stato considerato il primo passo verso l'abrogazione del *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Sia il *manifesto* del partito conservatore che quello laburista per le elezioni del 12 dicembre 2019 avevano previsto la revisione della materia e, come abbiamo detto, la stessa legge del 2011 aveva disposto l'istituzione di un Comitato a cui assegnare il compito di esaminare la concreta applicazione dell'atto e proporre eventuali modifiche. Nel mese di novembre 2020 è stato istituito, quindi, il *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act*, composto da 14 deputati e 6 Lords e presieduto da Lord McLoughlin.

Per comprendere meglio il contenuto del *report* pubblicato dal *Joint Committee* appare necessario premettere che nel settembre 2020, prima dunque dell'istituzione del Comitato bicamerale, due Comitati parlamentari – il *Lords Constitution Committee* ed il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni - erano intervenuti sulla questione. Dal rapporto pubblicato dal *Lords Constitution Committee* era emersa la difficoltà della Camera di raggiungere proposte condivise sulla riforma della materia¹⁵. Il *Constitution Committee* aveva concentrato la propria attenzione sui temi della durata massima della legislatura, della necessità di un voto dei Comuni sullo scioglimento anticipato e, in caso affermativo, sulla maggioranza richiesta in tale voto. La consapevolezza di muoversi su un terreno delicato emerge dal fatto che nel *report* il Comitato aveva affermato “Rather than making definitive recommendations, in this report we explore these questions, set out the evidence and clarify the issues to inform Parliament’s choices, because repealing the Act is not a simple matter”¹⁶.

Dal canto suo, il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* aveva sostenuto nel suo rapporto che il potere di scioglimento poteva continuare ad essere riservato ai parlamentari senza prevedere una maggioranza qualificata; che la legislatura doveva tendenzialmente durare per un periodo prefissato; che lo scioglimento anticipato doveva essere ammesso solo nell'ipotesi in cui i Comuni non fossero in grado di esprimere alcuna maggioranza; che il collegamento tra la mozione di sfiducia e lo scioglimento avrebbe potuto indebolire il Parlamento¹⁷. Il rapporto aveva dichiarato, poi, che le eventuali modifiche alla normativa vigente avrebbero dovuto essere applicabili a tutti gli scenari e, quindi, con i Governi di maggioranza, di minoranza e di coalizione. Infine, secondo il Comitato, la riforma della materia esigeva il consenso trasversale del Parlamento ed un adeguato scrutinio pre- legislativo.

Nonostante le proposte dei due Comitati parlamentari e l'istituzione del *Joint Committee*, il Governo Johnson non aveva voluto attendere le raccomandazioni di quest'ultimo e aveva presentato, nel dicembre 2020, il *draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill*, *draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) bill* una proposta in *draft*, non destinata ad essere approvata, ma solo discussa, nella quale prevedeva di attribuire di nuovo al Premier il potere di scioglimento e introduceva una *ouster clause* per rendere non giustiziabile l'esercizio del potere di scioglimento.

¹⁵ HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *A Question of Confidence? The Fixed-term Parliaments Act 2011*, HL Paper 121, 4 September 2020.

¹⁶ HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *A Question of Confidence? The Fixed-term Parliaments Act 2011*, cit., 2.

¹⁷ HOUSE OF COMMONS PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *The Fixed-term Parliaments Act 2011*, HC 167, 15 September 2020.

La pubblicazione del *draft bill* è stata accompagnata da una dichiarazione governativa relativa ai *Dissolution Principles* sugli effetti derivanti dall'abrogazione della legge sulla prerogativa. Il Governo aveva ribadito l'estraneità della Corona rispetto alla scelta di ricorrere allo scioglimento anticipato che restava di natura meramente politica. Secondo questa interpretazione la Corona, dunque, dovrebbe accogliere la richiesta del Premier, qualunque essa fosse. Una interpretazione, come vedremo, che non sembra conforme alla prassi e alla tradizione del Regno.

Nel contesto ora descritto appare evidente che il *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act* non si sia dovuto limitare a valutare il funzionamento della legge del 2011, ma anche entrare nel merito della proposta presentata in *draft* dall'Esecutivo Johnson. Nel rapporto¹⁸ pubblicato nel mese di marzo 2021 il Comitato aveva sollecitato l'Esecutivo a chiarire alcuni aspetti della legge che era stata presentata in *draft*, rilevando in particolare l'assenza di una unanimità di interpretazione sugli effetti dell'abrogazione della legge ed in particolare sulla possibilità, nel sistema costituzionale britannico, di prevedere la reviviscenza delle prerogative regie attraverso l'abrogazione di una legge. Il rapporto aveva espresso molte perplessità in merito alla previsione della *ouster clause* e aveva invitato il Governo a circoscriverne l'applicazione. Il Comitato aveva, comunque, apprezzato lo sforzo del Governo di favorire un ampio dibattito sulla materia, tramite una prima presentazione in *draft* del disegno di legge, soprattutto a fronte del fatto che la legge del 2011 era stata sottoposta ad un vaglio parlamentare reputato insufficiente. Il rapporto aveva, poi, suggerito di introdurre un voto dei Comuni a maggioranza semplice sulla mozione di autorizzazione dello scioglimento.

La presentazione del *draft bill* e la pubblicazione dei tre rapporti dei Comitati parlamentari hanno innescato un interessante confronto politico-dottorinario che non si è limitato solo ai tecnicismi relativi alla procedura di scioglimento anticipato, ma ha toccato molti altri temi ad iniziare da quello della flessibilità della Costituzione britannica e della resistenza a formalizzare – e dunque cristallizzare – i suoi principali meccanismi, come lo scioglimento e il rapporto fiduciario, da cui dipende il concreto funzionamento del sistema istituzionale.

5. Il *Dissolution and Calling of Parliament bill*

Il confronto stimolato dalla pubblicazione dei *reports* parlamentari e del *draft bill* è proseguito in occasione della presentazione, nel maggio 2021, da parte di Michael Gove, *Minister for the Cabinet Office*, del *Dissolution and Calling of Parliament bill*.

Come dicevamo, il testo della legge è molto breve: l'articolo 1 dispone l'abrogazione del *Fixed-term Parliaments Act 2011*; l'articolo 2, *Revival of prerogative powers to dissolve Parliament and to call a new Parliament*, prevede che il potere di scioglimento e di convocazione del Parlamento sia attribuito alla prerogativa regia. In particolare: "The powers relating to the dissolution of Parliament and the calling of a new 5 Parliament that were exercisable by virtue of Her Majesty's prerogative immediately before the commencement of the Fixed-term Parliaments Act 2011 are exercisable again, as if the Fixed-term Parliaments Act 2011 had never been enacted. (2) For the purposes of subsection (1), the powers relating to the calling of a new 10 Parliament include

¹⁸ HOUSE OF COMMONS, HOUSE OF LORDS JOINT COMMITTEE ON THE FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT, *Report*, Session 2019–21, HC 1046 HL 253, 24 March 2021.

powers to order the issue of— (a) writs of summons to attend the House of Lords, and (b) writs for parliamentary elections (see rule 3 in Schedule 1 to the Representation of the People Act 1983)”.

L'articolo ha suscitato numerose polemiche: sia in dottrina sia nel mondo politico erano già stati sollevati dubbi in merito alla possibilità di conseguire, tramite l'abrogazione di una legge, la reviviscenza di una prerogativa regia e di tutte le convenzioni ad essa correlata sviluppatesi nel tempo¹⁹. Questo perché le prerogative sono tutti quei poteri che trovano il loro fondamento, e anche il loro limite, nella lunga storia di *common law*: esse derivano al Sovrano, dunque, dalla tradizione. La Corte suprema nella sentenza *Miller 2/Cherry* ha evidenziato il contributo delle prerogative regie all'evoluzione del sistema costituzionale del Paese: “the constitutional history of this country is the history of the prerogative powers of the Crown being made subject to the overriding powers of the democratically elected legislature as the sovereign body”. Nel tempo le prerogative si sono adattate all'evoluzione politico-costituzionale britannica, sono state, in alcuni casi, circoscritte o abrogate, ma non sono state mai attribuite da leggi o da sentenze. L'esercizio effettivo è nelle mani del Governo responsabile davanti al Parlamento e l'assenza di una disciplina formale di queste ha favorito i profili di discrezionalità del loro esercizio e, di conseguenza, le ha rese strumento indispensabile per l'elasticità della Costituzione²⁰.

I dubbi espressi in dottrina riguardano la possibilità di riattivare una prerogativa abrogando, con una nuova legge, la precedente che aveva eliminato, o meglio dire sospeso, la prerogativa stessa. Nella lunga storia costituzionale britannica questa è la prima volta che una legge formale dispone la reviviscenza di una prerogativa regia. Ma l'Esecutivo, pur consapevole delle opinioni espresse nel dibattito dottrinario, non ha mostrato esitazioni sul punto. Chloe Smith, *Minister for the Constitution and Devolution* ha affermato con granitica certezza, di fronte al *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni, che una legge può disporre la reviviscenza di una prerogativa e che l'articolo 2 abroga l'atto del 2011 ripristinando la tradizione come se detta legge non fosse mai esistita²¹. E a sostegno della sua tesi Chloe Smith ha citato non solo la dottrina favorevole, tra cui Marc Elliott²², ma anche quanto affermato dalla Corte suprema nella sentenza *Miller*: “If prerogative powers are curtailed by legislation, they may ‘sometimes’ be reinstated by the repeal of that legislation”. Inoltre, nella sentenza *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508, 539–40, Lord Atkinson aveva sostenuto che quando una legge interviene in una materia disciplinata dalle prerogative “the legislation places the prerogative in abeyance for as long as the legislation remains in force”. Pertanto, secondo l'interpretazione del Governo, la fonte della prerogativa regia che torna titolare del potere di scioglimento non è il nuovo *Act*, bensì la tradizione.

¹⁹ O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, cit., 860; F. F. PAGANO *La “Royal Prerogative” e la forma di governo del Regno Unito*, in *Gruppo di Pisa*, 2020, 85; D. GREENBERG, *Putting the Genie Back in the Bottle: Can Statute Restore a Prerogative It Has Removed?*, in *Statute Law Review*, 2021, v; sul tema interessante la lettura delle audizioni tenute dal *Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act* tra il dicembre 2020 e il gennaio 2021.

²⁰ L. CLADI, *Damned If You Do and Damned If You Don't: The Use of Prime Ministerial Discretion and the Royal Prerogative*, cit., 1; A. TORRE, “Serial Miller”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, cit., 3083.

²¹ PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Oral evidence: Dissolution and Calling of Parliament Bill*, HC 376 Wednesday 23 June 2021, Q. Le posizioni dell'Esecutivo sono state confermate nella risposta del 13 dicembre 2021 al rapporto del *Select Committee on the Constitution* dei Lords *Dissolution and Calling of Parliament Bill*.

²² M. ELLIOTT, *Repealing the Fixed-term Parliaments Act*, in *publiclawforeveryone.com*

Si tratta di una tesi non per tutti convincente, anche se fondata sulla particolare natura delle prerogative personali del monarca, perché appare difficile, sul piano giuridico-formale, considerare l'atto del 2011 mai esistito e restaurare una tradizione che da questa era stata abrogata. Come evidenziato dal *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni “the Fixed-term Parliaments Act 2011 (FTPA) was passed and the consequences of this cannot simply be wished away”. Soprattutto è difficile pensare che l'esperienza maturata in base ad una legge venga automaticamente espulsa dalla complessa tradizione del Paese in seguito all'abrogazione della legge stessa.

Peraltro il nuovo atto non si limita a definire pienamente restaurata la tradizione precedente al 2011, ma aggiunge anche un elemento inedito. L'articolo 3 ha disposto, infatti, una *ouster clause*, vale a dire l'esclusione dell'intervento delle Corti. Esso prevede la “Non-justiciability of revived prerogative powers” affermando che “A court or tribunal may not question— (a) the exercise or purported exercise of the powers referred to in section 2, (b) any decision or purported decision relating to those powers, or (c) the limits or extent of those powers”. L'introduzione della *ouster clause* costituisce un elemento di assoluta novità ed è stato considerata da parte della principale dottrina del tutto superflua, sia perché, nella storia inglese, il giudiziario non è mai intervenuto a giudicare una scelta, meramente politica, quale quella della richiesta di uno scioglimento anticipato, i cui profili di illegittimità formale sono anche difficilmente ipotizzabili, sia perché le Corti, in casi estremi, potrebbero anche riuscire a eluderla. D'altra parte, una decisione arbitraria del Premier di ricorrere allo scioglimento anticipato avrebbe comunque, come conseguenza, quella di arrivare a nuove elezioni; ultimo “giudice” della decisione sarebbe quindi non già la Corte, bensì il corpo elettorale. Particolarmente contrario all'inserimento della *ouster clause* si è dichiarato il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni che ha considerato il disposto *unnecessary* e *constitutionally unwise*, soprattutto alla luce del fatto che, attraverso l'articolo 2, il Governo aveva voluto riportare ad una situazione pre 2011 in cui la prerogativa regia era stata sempre reputata non giustiziabile²³. Appare condivisibile allora quanto sottolineato da Lord Letwin: “if you have a prerogative power and the courts cannot question the scope of its implementation, you have in effect created an unlimited power”²⁴.

Se la non giustiziabilità dello scioglimento anticipato non è mai stata messa in discussione come si giustifica allora tale clausola? Appare evidente che la *ratio* debba essere ricercata nell'evoluzione delle prerogative regie e nei rari casi di intervento delle Corti in materia. La storia costituzionale britannica ha portato ad una graduale riduzione delle competenze spettanti alla Corona in forza della tradizione ed a un conseguente assorbimento dei suoi poteri di prerogativa da parte di altri organi costituzionali. Un'evoluzione che si è affermata soprattutto in via convenzionale ed è stata disciplinata, solo in alcuni casi, da leggi o sentenze di *common law*²⁵. Il passaggio dei poteri di prerogativa ad altri organi costituzionali è stato facilitato anche dalla distinzione, introdotta a partire dal XVIII secolo, tra Corona come istituzione – i cui poteri

²³ A. WALKER, *The Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act: an update*, in *The Constitution Society*, 19 February 2021. Perplesità sulla *ouster clause* sono state espresse anche dal *Select Committee on the Constitution* dei Lords nel rapporto *Dissolution and Calling of Parliament Bill* pubblicato nel novembre 2021.

²⁴ JOINT COMMITTEE ON THE FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT, *Oral Evidence: Review of the Fixed-term Parliaments Act*. HC 1046, 14 January 2021.

²⁵ O. GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1900, 30 ss.; J. HARVEY, L. BATHER, *The British Constitution and Politics*, Macmillan, London, 1985, 201 ss.; B. WILKINSON, *Constitutional History of Medieval England, 1216-1399*, vol. III. *The Development of the Constitution 1216-1399*, Longman, London, 1958, 30 ss.

possono essere esercitati da altri - e il monarca come persona, dotato di prerogative personali. Queste ultime, le *Queen's constitutional prerogatives*, comprendono, tra le altre, il potere di *advise, encourage and warn*, di bagehottiana memoria, la nomina del Premier, l'assenso alla legislazione e anche lo scioglimento del Parlamento e si distinguono da quelle "politiche" esercitate dai ministri. Si tratta di una distinzione non solo formale, che ha permesso di rendere alcune prerogative oggetto di controllo giudiziario; ad esempio il *Crown Proceeding Act 1947*, pur conservando molti dei privilegi spettanti al sovrano, ha privato la Corona (ma non il monarca) di una serie di immunità nelle cause civili e ha reso legittima la possibilità per la Corona di essere convenuta davanti alle Corti regie, ad esempio per inadempimento contrattuale ed illeciti civili. Alcune sentenze, tra cui la c.d. *GCHQ* del 1984 della Camera dei Lords, hanno contribuito, inoltre, a far chiarezza, individuando i casi in cui l'esercizio dei poteri di prerogativa poteva essere giustiziabile (e non considerando lo scioglimento anticipato tra queste ipotesi)²⁶. Tuttavia, nel tempo, le Corti hanno interpretato in modo più elastico detto elenco ed ampliato gli spazi per il loro intervento anche in casi, da sempre considerati insindacabili, come ad esempio quelli relativi all'esercizio della prerogativa di grazia. Così, nella sentenza *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] A.C. 374*, Lord Roskill aveva affermato che, pur essendo la *prerogative of mercy* una delle prerogative immuni dall'intervento delle Corti di giustizia, in alcuni casi, l'esercizio dei *prerogative powers* poteva essere oggetto di controllo da parte del giudiziario²⁷. E nel 1993, poi, con il caso *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley* (1993) [1994] Q.B. 349, 1993 4 all E.R. 442 la *Divisional Court* era intervenuta per valutare se la decisione del Ministro degli interni in una mancata concessione di grazia fosse basata su motivazioni arbitrarie²⁸. Con il caso *Miller 2/Cherry* - che aveva avuto ad oggetto la *prorogation*, non lo scioglimento - la Corte suprema aveva affermato che le Corti avevano la facoltà di controllare se l'esercizio dei poteri di prerogativa fosse conforme ai "constitutional principles developed by the common law".

Questa interpretazione appare condivisa dall'*Independent Review of Administrative Law*, che - nel rapporto pubblicato a marzo 2021 - aveva considerato non necessaria l'introduzione della *ouster clause*: "we might have preferred not to make any explicit statutory provision as to the justiciability of the revived prerogative power to dissolve Parliament and trusted to the good sense of the judges to realise that the status quo ante the Fixed-term Parliaments Act 2011 had to prevail". Aveva però aggiunto che "However, it is understandable if the drafters of the Bill did not want to take that chance, given the decision in *Miller 2*"²⁹.

Il Governo, nella risposta del 13 dicembre 2021 al rapporto del *Select Committee on the Constitution* dei Lords *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, aveva definito l'articolo 3 come una "confirming and preserving clause" utile a confermare e preservare quanto già previsto³⁰.

²⁶ *CCSU v. Minister for the Civil Service Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] A.C. 374, 22 November 1984; R. BLACKBURN, *Queen Elizabeth II and the Evolution of the Monarchy*, in M. QVORTRUP (ed.), *The British Constitution: Continuity and Change*, cit., 165; A.L. YOUNG, *The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock?*, in U.K. *Const. L. Blog*, 4th Dec. 2020.

²⁷ B.V. HARRIS, *Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy*, in *Cambridge Law Journal*, 2003, 631; F. F. PAGANO *La "Royal Prerogative" e la forma di governo del Regno Unito*, cit., 85.

²⁸ B.V. HARRIS, *Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy*, cit., 650.

²⁹ *The Independent Review of Administrative Law*. Presented to Parliament by the Lord Chancellor and Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty March 2021, 53 s.

³⁰ *Government Response to the Lords' Constitution Committee Report – Dissolution and Calling of Parliament Bill (Sixth Report of Session 2021-22)*, 13 December 2021, 6.

La previsione della *ouster clause* appare coerente con la volontà del Governo di ampliare i propri poteri e di perimetrare quelli di Parlamento e Corti, volontà che risulta contrassegnare l'intero pacchetto di riforme in materia costituzionale previste nell'attuale programma dei Conservatori, tra cui la riforma del *judicial review*. In tale contesto allora appare condivisibile quanto sostenuto dal *Constitution Committee* il quale ha denunciato che l'introduzione della *ouster clause*, con cui si limita il *judicial review* "touches the bedrock of the constitution, particularly the precise balance between the rule of law, the separation of powers and the sovereignty of Parliament".

L'articolo 4 dell'atto dispone, poi, lo scioglimento automatico dei Comuni dopo cinque anni, calcolati dalla prima data di convocazione dell'Assemblea; si tratta di una disposizione che era stata criticata dal *Select Committee on the Constitution* dei Lords, il quale aveva proposto di reintrodurre cinque anni come durata massima, ma difesa dall'Esecutivo³¹. Gli articoli 5 e 6 trattano, infine, di questioni tecniche.

6. L'effetto della reviviscenza della prerogativa regia sul ruolo del Sovrano

Un ulteriore problema legato alla reviviscenza della prerogativa è quello della individuazione dei "conventions, principles and practices" che accompagneranno l'esercizio della stessa e che guideranno l'azione sia del Premier sia del Monarca. In relazione al ruolo della Corona abbiamo detto che la pubblicazione del *draft bill* era stata accompagnata da una dichiarazione relativa ai *Dissolution Principles* nella quale il Governo aveva ribadito l'estraneità della Regina rispetto alla scelta di ricorrere allo scioglimento anticipato, che era di natura meramente politica. La Corona, dunque, secondo l'Esecutivo, dovrebbe sempre accogliere la richiesta del Premier.

Tuttavia la tradizione britannica in materia risulta essere più articolata e complessa: come noto, infatti, l'istituto dello scioglimento anticipato ha rappresentato, all'interno della dialettica tra monarca e Parlamento nella lunga storia costituzionale inglese, uno strumento determinante nelle mani del Sovrano³². Nel periodo medievale e nella prima età moderna le Assemblee erano convocate dal Monarca per la soluzione di alcuni problemi e si chiudevano quando detta soluzione era stata raggiunta. Si riconosceva comunque al Re l'autorità di congedare il Parlamento e di procedere alla convocazione di una nuova Assemblea, azioni che però non possono essere paragonate allo "scioglimento" di tipo moderno, a motivo del fatto che il Parlamento era formato da "membri iure proprio" i quali non perdevano "in nessun caso il proprio titolo di appartenenza al consesso"³³. Il Sovrano non aveva l'obbligo di convocare l'Assemblea a scadenze fisse, tanto che alcuni periodi, anche della prima età moderna, si segnalano per una lunga assenza del Parlamento. La situazione cambiò a seguito della Gloriosa Rivoluzione del 1688, quando il Parlamento divenne un'Assemblea stabile che si riuniva ogni anno³⁴: la durata di ogni legislatura fu fissata in tre anni dal *Triennial Act* del 1694, in sette anni dal *Septennial Act* del 1715 per poi divenire quinquennale dal 1911³⁵. Lo scioglimento assunse dunque caratteristiche moderne

³¹ HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, HL 100, 19 November 2021, 6.

³² P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Genova, 1984; R. BLACKBURN, *The Prerogative Power of Dissolution of Parliament: Law, Practice, and Reform*, in *Public Law*, 2009, 766.

³³ P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, cit., 5.

³⁴ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, University Press, Cambridge, 1968, 373.

³⁵ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e governo*, Giuffrè, Milano, 1972, nota 145; M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del settecento, in tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e l'appartenenza al Parlamento*, in *Studi in memoria di*

perché l'atto del Monarca aveva l'effetto di “spezzare in modo diretto ed immediato il rapporto di rappresentanza che costituisce il titolo della partecipazione dei rappresentanti all'assemblea”³⁶. Con la successiva evoluzione della natura della rappresentanza parlamentare, la riduzione dei poteri del Sovrano, compreso quello di *patronage*³⁷, e il mutare dei rapporti Corona- Primo Ministro, pur rimanendo il potere nelle mani della Corona, lo scioglimento divenne “attribuzione sostanziale”³⁸ del Premier.

Anche se l'ultimo caso di scioglimento regio contro la volontà del Governo risale al 1834 e la natura essenziale della monarchia inglese è quella di autorità estranea al quotidiano svolgimento della politica, al di fuori e al di sopra del sistema dei partiti e delle scelte di indirizzo politico, in casi eccezionali sono ancora ravvisabili spazi per un intervento del Sovrano. Si tratta di spazi che si comprendono alla luce della distinzione prima ricordata all'interno dei poteri di prerogativa: mentre per le prerogative politiche gestite dall'Esecutivo il Sovrano è tenuto a accogliere il consiglio del Governo, per le prerogative personali – tra cui quindi lo scioglimento anticipato – il Premier deve richiedere l'esercizio da parte del Monarca che, in casi eccezionali, può anche rifiutare. In proposito il *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act*, nel suo rapporto, aveva voluto ricordare al Governo le fondamenta di tale distinzione, invitandolo a non utilizzare il termine “advice”, ma il più corretto “request” proprio per sottolineare che si trattava di una prerogativa regia esercitata su richiesta del Premier e non dietro il suo consiglio. In questo caso la forma è sostanza: la “richiesta” del Premier, infatti, potrebbe anche essere respinta, il “consiglio”, per tradizione, no³⁹.

Merita ricordare che, a chiarire le regole convenzionali che disciplinano la materia, era intervenuto, nel maggio 1950 con una lettera inviata al Times, Alan Lascelles, segretario privato di Giorgio VI, con lo pseudonimo Senex, il quale aveva precisato che la Corona poteva ancora esercitare alcuni poteri effettivi e opporsi ad una eventuale richiesta di scioglimento anticipato da parte del Premier in alcune limitate ipotesi: 1) la presenza di un Parlamento che fosse ancora “vital, viable, and capable of doing its job”; 2) il rischio che una elezione anticipata avrebbe potuto recare detrimento all'economia; 3) la possibilità di trovare una maggioranza alternativa, sotto la guida di un Premier differente⁴⁰.

Questi principi appaiono ancora attuali e non mancano casi nella storia del '900, sia relativi al Regno Unito sia alle esperienze di Stati del Commonwealth in cui il sovrano britannico è il Capo dello Stato⁴¹. Noto è l'episodio della richiesta di scioglimento avanzata dal Premier MacDonald, dopo la caduta del suo governo l'8 ottobre 1924. Alle elezioni del 1923 nessuno dei tre partiti principali aveva ottenuto la maggioranza assoluta e dopo una prima breve esperienza di governo sotto la guida di Baldwin, il re aveva conferito l'incarico a MacDonald. Giorgio V non

Carlo Esposito, IV, Padova, Cedam, 1974, 2371; P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and Our Ambiguous Constitution*, Manchester University Press, 2020, 115.

³⁶P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, cit., 5.

³⁷P. COSTANZO *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, cit., 17ss.; M. VOLPI, *Lo scioglimento ...*, cit., 95 s.

³⁸M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 242 s. nota 145.

³⁹ HOUSE OF COMMONS, HOUSE OF LORDS JOINT COMMITTEE ON THE FIXED-TERM PARLIAMENTS ACT, *Report*, cit., 4; UNITED KINGDOM CONSTITUTION MONITORING GROUP, *The Constitution in Review First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group for period 1 January-30 June 2021*, The Constitution Society, 2021, 49.

⁴⁰ P. NORTON, *From Flexible to Semi-Fixed: The Fixed-Term Parliaments Act 2011*, cit., 205; O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, cit., 812.

⁴¹ Ad esempio i governatori generali di Canada e Australia respinsero la richiesta di scioglimento anticipato rispettivamente nel 1926 e nel 1975.

volle accettare subito la richiesta del Premier laburista di sciogliere i Comuni e cercò prima di capire se fosse stato possibile formare un governo alternativo guidato da Asquith o di nuovo da Baldwin. Nel 1974, invece, il Premier laburista Wilson, che guidava un governo di minoranza, chiese alla regina di sciogliere il Parlamento pochi mesi dopo le elezioni nella speranza di rafforzare la propria maggioranza. Elisabetta II accolse la proposta del Premier, ma la dottrina prevalente sostenne che ella avrebbe potuto anche legittimamente respingerla sia perché era difficile che l'elettorato si esprimesse in maniera diversa, sia perché era possibile la formazione di un altro Esecutivo. L'accoglimento della richiesta di scioglimento anticipato da parte della Regina è stato letto come un tentativo della Corona di dimostrare la sua imparzialità e smentire l'idea di una sua naturale preferenza verso i Conservatori⁴².

In questa sede, che celebra il centenario della nascita di Mario Galizia, appare opportuno ricordare quanto da lui sostenuto sul tema. Proprio in relazione al caso del 1924 Galizia aveva affermato che la Corona avrebbe potuto opporsi allo scioglimento “quando fosse palese che lo stesso non è in grado di apportare sensibili variazioni nella rappresentanza ai Comuni, né dare maggiore efficienza al Governo” oppure – sulla scia di Marshall e Moodie – nell'ipotesi in cui la Corona si trovasse di fronte alla richiesta di “un secondo immediato scioglimento” dato che questo significherebbe “un tentativo di minare in profondità l'intero sistema costituzionale”. Lo scioglimento nel Regno Unito era quindi “uno strumento riequilibratore del sistema di fronte a tipiche ipotesi di disfunzione dello stesso... Uno strumento peraltro sorretto da numerose *conventions*, tutelato dal *fair play* ... e sul cui esercizio anche il controllo dell'opposizione ha una sua precisa influenza indiretta”⁴³. Una lettura, quella di Mario Galizia, utile a interpretare le principali convenzioni relative alla materia e, senza dubbio, ancora attuale. Come emerso anche dalle audizioni parlamentari svoltesi in questi mesi, la dottrina britannica sembra concordare sul fatto che il Sovrano è legittimato a respingere la richiesta di scioglimento quando sia possibile formare un Governo alternativo e quando le elezioni precedenti siano troppo recenti⁴⁴. A queste due ipotesi se ne aggiunge un'altra, evidenziata, ad esempio, dalla Twomey, vale a dire la previsione di circostanze gravi che rendono le elezioni un rischio (“If it was also potentially damaging for an election to be held—perhaps there was a pandemic, a war or an economic crisis—there might be a good reason not to hold an election in those circumstances, and the monarch could refuse a Dissolution, appoint a new Government and let them get on with governing”).

Lo stesso *Cabinet Manual*, nella sua prima pubblicazione in *draft* antecedente alla legge del 2011, aveva riconosciuto un ruolo alla Corona e affermato, al paragrafo 58: “At present, the Prime Minister may request that the Sovereign dissolves Parliament so that an early election takes place. The Sovereign is not bound to accept such a request, although in practice it would only be in very limited circumstances that consideration is likely to be given to the exercise of the reserve power to refuse it, for example when such a request is made very soon after a previous dissolution. In those circumstances, the Sovereign would normally wish to know before granting a second dissolution that those involved in the political process had ascertained that there was

⁴² G. MARSHALL, *Constitutional Conventions, the rules and forms of political accountability*, cit., 48 ss.

⁴³ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 246ss. nota 149.

⁴⁴ Sul punto si rinvia all'audizione di R. Hazell di fronte al *Joint Committee on the Fixed-term Parliaments Act (Oral evidence: Review of the Fixed-term Parliaments Act, HC 1046 Thursday 28 January 2021 Ordered by the House of Commons to be published on Thursday 28 January 2021)*.

no alternative potential government that would be likely to command the confidence of the House of Commons”.

Abbiamo visto che, in un primo momento, il Governo non aveva voluto riconoscere alcun ruolo alla Corona, come emerge dai *Dissolution Principles* pubblicati dall'Esecutivo in occasione del *draft bill*. Tuttavia il ritorno ad una situazione pre 2011 in termini di convenzioni costituzionali disposta dall'articolo 2 del nuovo atto ha costretto il Governo a rivedere la propria posizione, anche dietro sollecitazione del *Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act* che aveva giudicato inadeguato il documento ed evidenziato l'importanza delle convenzioni costituzionali per il funzionamento dei poteri di prerogativa. Chloe Smith, infatti, di fronte al *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* ha affermato che il “Bill returns us to the status quo ante both in terms of the prerogative powers and the underlying convention that the Sovereign is the constitutional backstop”. Un'apertura quindi che non si è spinta fino ad individuare in modo preciso le ipotesi in cui il Monarca potrà continuare a rifiutarsi di concedere lo scioglimento. Pur incalzata sul punto dal Comitato, la Ministra ha affermato: “It is simply not going to be possible to articulate all those circumstances”⁴⁵.

La mancata definizione di tali circostanze appare un'occasione persa dal Governo. Sarebbe stato preferibile, infatti, individuare con esattezze le ipotesi - senza dubbio eccezionali, ma fondate sulla tradizione britannica - in cui si ritiene possa essere giustificato un intervento della Corona e una sua opposizione alla richiesta di scioglimento anticipato avanzata dal Premier, proprio al fine di tutelare il Capo dello Stato e sottrarlo dall'assunzione di scelte che inevitabilmente comportano conseguenze di natura politica. Scelte che risultano ancora più delicate nel momento in cui il Governo ha voluto cancellare un qualsiasi coinvolgimento delle Corti e, soprattutto, della Camera dei Comuni. Sarebbe bastato mantenere il voto dell'Assemblea, modificando - da qualificata ad assoluta - la maggioranza richiesta, per mettere al riparo il Sovrano, ora potenzialmente l'unico in grado di opporsi alla scelta del Premier⁴⁶.

Appaiono quindi del tutto condivisibili le raccomandazioni contenute nel rapporto *Dissolution and Calling of Parliament Bill* pubblicato nel novembre 2021 dal *Select Committee on the Constitution* dei Lords, il quale ha rinnovato la richiesta al Governo di aggiornare il *Cabinet Manual* specificando i “Dissolution Principles” che “should also safeguard the political neutrality of the monarch in the dissolution process”⁴⁷. Una richiesta a cui l'Esecutivo ha risposto ribadendo di

⁴⁵ La Smith aveva affermato che “Flexibility is an intrinsic part of our constitutional arrangements and by their very nature, constitutional conventions will continue to evolve over time in response to political circumstances. For this reason, it is not possible nor desirable to attempt to cover every scenario in which the constitutional conventions that underpin the exercise of the prerogative powers relating to the dissolution of one Parliament and the calling of another cannot cover every scenario, shall operate. Once the Fixed-term Parliaments Act has been repealed, the Government will in due course revisit the relevant sections of the Cabinet Manual as the first edition which was published in 2011 reflects how the dissolution of Parliament worked under the Act. In its recent report on the Cabinet Manual, the Lords Constitution Committee recommends that the Cabinet Manual needs to be updated. We are reflecting on that report and will respond in due course. I look forward to the Committee’s continued engagement on this topic and the debate on the Bill and the conventions at Committee stage in September”.

⁴⁶ P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and Our Ambiguous Constitution*, Manchester University Press, 2020, 122; M. TAYLOR, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill: Missed Opportunities*, in *U.K. Const. L. Blog*, 18th May 2021; M. RUSSELL, G. PHILLIPSON, P. SCHLEIFER *The Dissolution and Calling of Parliament Bill: why the House of Commons should retain control over dissolution in Constitution Unit Blog*, 8 September 2021.

⁴⁷ HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Dissolution and Calling of Parliament Bill*, cit., 7.

non ritenere “feasible or desirable” specificare le convenzioni applicabili ad ogni scenario possibile⁴⁸.

7. Conclusioni

Se – come abbiamo detto - il *Fixed-term Parliaments Act* 2011 aveva fotografato un momento storico particolare, quello di un Governo di coalizione che aveva necessità di blindarsi, ed era stato anche il prodotto di quella evoluzione della forma di governo britannica che aveva visto un riequilibrio tra poteri, un rafforzamento del Parlamento e un ridimensionamento del Governo, il *Dissolution and Calling of Parliament Act* rappresenta una realtà molto diversa. Una realtà più in linea con il modello Westminster tradizionale, con un partito fondato su una solida maggioranza ai Comuni ed un programma di riforme diretto a rafforzare sia l'Esecutivo, sia il Governo centrale rispetto a quelli devoluti. Una realtà complessa in cui si assiste allo smantellamento dei tasselli di “Costituzione” scritta e ad un ritorno a forme più convenzionali e flessibili, con alcuni rischi obiettivi. Se da un canto, infatti, l'Esecutivo ha giustificato la propria azione riformatrice ribadendo che: “Flexibility is an essential part of our parliamentary system and a constitution that can adapt and respond to exceptional circumstances is necessary for a functioning and modern democracy”⁴⁹, dall'altro è evidente che l'esercizio delle prerogative da parte del Governo debba essere fondato su un sistema di convenzioni costituzionali condiviso da tutti gli attori politici⁵⁰.

Come noto, nel 1976, Lord Hailsham aveva coniato l'espressione “elective dictatorship” per descrivere la realtà britannica dominata dal potere esecutivo, individuando proprio nell'introduzione di una Costituzione scritta un possibile argine a questa tendenza. Una tendenza al rafforzamento dell'Esecutivo che il Paese sta di nuovo vivendo in questi ultimi anni, accentuata, peraltro, dalla *Brexit* e dall'emergenza sanitaria. Sul punto emblematiche appaiono le conclusioni del rapporto pubblicato di recente da due Comitati parlamentari dei Lords: il *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* e il *Secondary Legislation Scrutiny Committee*. Nel primo dal titolo *Democracy Denied? The Urgent Need to Rebalance Power Between Parliament and the Executive*, il Comitato tra l'altro ha affermato che “The shift of power from Parliament to the executive must stop”; nel secondo *Government by Diktat: a Call to Return Power to Parliament* si denuncia l'incremento dei poteri dell'Esecutivo a seguito della *Brexit* e della pandemia e si auspica un “re-set afresh” dell'equilibrio tra poteri.

La nuova normativa è dunque in linea con questa tendenza. Bisogna però sottolineare che il mutare delle maggioranze politiche che si affermano a Westminster finisce sempre per incidere, in modo sostanziale, sull'interpretazione e sulla conseguente applicazione delle regole, sia di quelle convenzionali, sia di quelle scritte. Inoltre, la tradizione britannica, nella sua complessità,

⁴⁸ *Government Response to the Lords' Constitution Committee Report – Dissolution and Calling of Parliament Bill (Sixth Report of Session 2021-22)*, cit., 12.

⁴⁹ *Government Response to the Lords' Constitution Committee Report – Dissolution and Calling of Parliament Bill (Sixth Report of Session 2021-22)*, cit., 12.

⁵⁰ Come affermato dal *Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* nel suo rapporto: “A mix of statute and convention remains the best way for this area to be governed, but requires the actors involved to act in ways which engender trust”. P. LEYLAND, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British Constitution*, in *Diritto pubblico*, 2014, 411; N. BARRY, N. MIRAGLIOTTA, Z. NWOKORA, *The Dynamics of Constitutional Conventions in Westminster Democracies*, in *Parliamentary Affairs*, 2019, 664.

continua a sostanziarsi anche dell'esperienza maturata in seguito a leggi poi abrogate e non è da escludere che, ove le concrete esigenze politiche lo richiedessero, tale esperienza possa in futuro contribuire ad ispirare la ricerca di nuove dinamiche nelle relazioni tra gli organi costituzionali.



Alessandra Di Martino*

**Brevi note sulla comparazione costituzionale da un libro recente di Bruce
Ackerman****

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *World constitutionalism* e approcci alla comparazione. – 3. Culture costituzionali, costituzionalismo, rivoluzione. – 4. Una coda.

1. Introduzione

Sono ormai passati due anni dalla pubblicazione del volume di Bruce Ackerman, “*Revolutionary Constitutions*”¹, e il testo continua a far discutere. In questo periodo è stato commentato da molti e autorevoli studiosi: mi limito a segnalare la raccolta di saggi curata da Richard Albert, gli interventi confluiti nel fascicolo 1/2020 di “*Italian Law Journal*”, e alcuni contributi usciti sul numero 2/2019 dell’“*International Journal of Constitutional Law*”². Lo scorso maggio si è inoltre svolto un seminario in più giornate, organizzato presso l’Università di Trento, che ha approfondito singoli aspetti della complessa tesi dell’autore³. Nonostante la diversità delle reazioni, questa grande attenzione testimonia il riconoscimento della forza del pensiero di uno studioso che ha segnato una svolta nello studio del diritto costituzionale

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

Il contributo costituisce una rielaborazione, in lingua italiana, di una parte dell’intervento tenuto al *webinar* “The Legitimacy of European Constitutional Orders”, il 24 maggio 2021 (v. *infra*, n. 3). Un altro aspetto trattato nell’intervento – segnatamente un confronto con il pensiero di Antonio Gramsci intorno al concetto di rivoluzione – è approfondito negli atti del seminario.

¹ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

² R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism. Law, Legitimacy, Power*, Oxford, Hart, 2020; nel fascicolo 1/2020 dell’*Italian Journal of Public Law*, oltre all’introduzione di A. BARAGGIA e L. VIOLINI, sono presenti contributi di N. ZANON (anche in *forum Quad. cost.*, 7-10-2018), C. PINELLI, M. GRAZIADEI, C. MARTINELLI, C. BASSU, S.G. CALABRESI, G. DEMURO, M. CARTABIA, A. BARAGGIA, e un’*Afterword* di B. ACKERMAN; nel fascicolo 2/2019 di *ICoN*, il *symposium* con la breve introduzione di M. HAILBRONNER e gli interventi di A.K. THIRUVENGADAM, D. Tega e T.T. KONCEWICZ. Tra gli altri contributi v. anche la recensione di A. BARAGGIA, in *Osservatorio Costituzionale*, 4/2019, 243 ss.

³ Si è trattato di una serie di *webinars* dal titolo “The Legitimacy of European Constitutional Orders. Questioning the Revolutionary, Establishment, and Elite Pathways”, svoltisi dal 24 al 28 maggio 2021 e organizzati da M. DANI, M. GOLDONI e A. MENÉNDEZ. I singoli *webinar* hanno approfondito le tesi di Ackerman da diverse angolature. Gli atti in lingua inglese sono in corso di pubblicazione.

americano, introducendo una prospettiva dinamica incentrata sui regimi⁴, e che ha mostrato piuttosto precocemente⁵ interesse per la comparazione costituzionale.

Com'è noto, "Revolutionary Constitutions" è il primo volume di una trilogia che si propone di esaminare le esperienze costituzionali di alcuni paesi alla luce dei modi in cui le rispettive costituzioni sono venute in essere, distinti in tre *pathways*: *revolutionary*, *establishmentarian* ed *élite*. Il primo percorso fa riferimento a una rivoluzione dal volto umano (nel lessico dell'autore, una *revolution on human scale*): è un processo di rovesciamento del potere da parte di chi fino a poco prima ne era escluso e di trasformazione parziale della società (ne sono esempio, come si vedrà tra poco, alcune transizioni a partire dal secondo dopoguerra). La seconda origine è relativa alla progressiva cooptazione, da parte delle classi dirigenti, di elementi moderati delle forze di opposizione, in modo da innescare un cambiamento graduale (il modello tipico è offerto dalla Gran Bretagna, seguita da alcune costituzioni del *Commonwealth*, tra cui quella canadese e quella australiana). Il terzo *pathway* riguarda una innovazione costituzionale che opera dall'alto o da parte di forze straniere (come nei casi tedesco e giapponese, ma anche spagnolo). Dal punto di vista di Ackerman, la differente origine delle costituzioni si ripercuote sul tipo di crisi alle quali esse sono chiamate a far fronte durante la loro esistenza: si tratta di crisi di successione o di mancata costituzionalizzazione per le *revolutionary constitutions*, di crisi di *dis-establishment* per le costituzioni *establishmentarian*, e di crisi di autenticità per le *élite constructions*. Ancora, la coesistenza di costituzioni nate da diversi *pathways* spiegherebbe buona parte dei problemi di legittimazione dell'Unione europea⁶.

"Revolutionary Constitutions" si occupa di costituzioni ascrivibili al primo *pathway*, quello rivoluzionario, il quale viene a sua volta scomposto in quattro momenti: una mobilitazione popolare di carattere insurrezionale, guidata da *leaders* politici, partiti o movimenti; una fondazione attraverso la scrittura e l'approvazione della costituzione (che converge con la "costituzionalizzazione del carisma" dei *leaders*, partiti o movimenti che hanno guidato la rivolta); una crisi di successione, provocata dal venir meno della generazione dei fondatori e dalla successiva lotta per il potere; un consolidamento costituzionale realizzato soprattutto grazie all'attività delle corti supreme e costituzionali⁷. Ackerman limita la sua indagine alle "costituzioni rivoluzionarie" approvate dopo la fine della seconda guerra mondiale; tra queste ne include due che suggellano il superamento del dominio coloniale (quella indiana del 1950 e quella sudafricana del 1996), due approvate in Europa nell'immediato secondo dopoguerra (quella francese del 1946 e quella italiana del 1948), tre caratterizzate dall'adozione del modello semipresidenziale (quella francese del 1958, gli emendamenti alla costituzione polacca del 1989, seguiti dalla piccola costituzione del 1992 e dalla costituzione del 1997, la costituzione iraniana del 1979), e altri due casi di più difficile classificazione (le leggi fondamentali israeliane approvate soprattutto a partire

⁴ Il riferimento è ovviamente alla trilogia B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, spec. 58 ss.; ID, *We the People. Transformations*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1998; ID, *We the People, 3, The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

⁵ Ma v. tra gli altri già C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Princeton, Princeton University Press, 1948.

⁶ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 1-21.

⁷ Ivi, 27-53 e *passim*.

dalla fine degli anni settanta e la costituzione della Birmania/Myanmar del 2008)⁸. L'elemento dirimente, tale da far capire se una rivoluzione sia o meno riuscita, conservando almeno parzialmente la sua carica originaria e traducendola in forme istituzionali bilanciate, riguarda una vera e propria «corsa contro il tempo»⁹, una corsa che i rivoluzionari devono vincere, cogliendo una sorta di *fortuna* machiavelliana¹⁰ nella fase della fondazione e costituzionalizzazione del carisma. A tale riguardo, tutte le esperienze esaminate nel volume sembrano aver avuto esiti positivi, salvo quelle della Polonia e della Birmania, mentre in Israele la Corte Suprema avrebbe col tempo compensato una carenza iniziale, anche attraverso l'interpretazione e l'applicazione della legge fondamentale sulla dignità. Ackerman ricostruisce con scrupolo e nel dettaglio i passaggi politico-istituzionali cruciali di tali esperienze che, come ammette egli stesso, presentano «differenze enormi, quanto a condizioni economico-sociali e culture giuridico-politiche». Un'ampia parte del volume è infine dedicata alla costituzione che Ackerman considera rivoluzionaria per eccellenza, quella statunitense, la quale viene inclusa nella serie anche se la sua origine risale alla fine del Settecento: ad accomunarla alle altre non è solo l'origine della rivoluzione, ma anche il passaggio cruciale – democratico e sociale – del costituzionalismo novecentesco¹¹.

I commentatori hanno indagato il testo di Ackerman da molte prospettive, che non mi propongo qui di riprendere nella loro completezza. In particolare, non mi soffermerò sulle questioni legate al modo in cui sono state ricostruite le esperienze costituzionali dei singoli paesi, rimandando per approfondimenti ai contributi ad esse specificamente dedicati¹². Cercherò piuttosto di interrogarmi, nella prima parte del contributo, sul significato della riflessione ackermaniana nell'ambito della dottrina costituzional-comparatistica, mettendo in rilievo la sua collocazione all'interno degli studi statunitensi sul *world/global constitutionalism* e ponendola a raffronto con alcune prospettive costituzional-comparatistiche europee che lavorano con la nozione di cultura costituzionale. Nella seconda parte del contributo guarderò al significato della locuzione “Revolutionary Constitutions”, soffermandomi sui termini *revolutionary/revolution* e *constitution/constitutionalism*, chiedendomi se e come essi operino quella mediazione tra universale e particolare che è tipica della comparazione. Chiuderò con alcune considerazioni di sintesi.

⁸ Ivi, 54 ss., 77 ss., 116 ss., 131 ss., 169 ss., 227 ss., 282 ss., 324 ss.

⁹ Ivi, 281, 282 ss., spec. 293 ss., 311, 325 ss.

¹⁰ D. BARANGER, *Constitutionalism and Society: Ackerman on Worldwide Constitution-Making and the Role of Social Forces*, in R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 60-61.

¹¹ Ivi, 43 (da dove è tratta la citazione), 361 ss.

¹² Cfr. sull'India A.K. THIRUVENGADAM, *Evaluating Bruce Ackerman's "Pathways to Constitutionalism" and India as an Exemplar of "Revolutionary Constitutionalism on a Human Scale"*, in *ICoN*, 2019, 682 ss.; M. Guruswamy, *Sustaining Revolutionary Constitutions: From Movement Party to Movement Court*, in R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 421 ss.; sul Sud Africa J. FOWKES, *Choosing to Have Had a Revolution: Lessons from South Africa's Undecided Constitutionalism*, ivi, 515 ss.; sull'Italia M. CARTABIA, *The Italian Constitution as a Revolutionary Agreement*, ivi, 452 ss.; D. TEGA, *The Constitution of the Italian Republic: not Revolution, but Principled Liberation*, in *ICoN*, 2019, 690 ss.; N. ZANON, *Some Remarks on Bruce Ackerman's "Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law"*, in *IJPL*, 1/2020, 5 ss. ed anche C. PINELLI, *Revolutionary Constitutionalism and Constitutional History*, ivi, 16 ss.; sulla Francia D. BARANGER, *Constitutionalism and Society: Ackerman on Worldwide Constitution-Making and the Role of Social Forces*, in R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 72 ss.; sulla Polonia M. KISIŁOWSKI, *Constitutional Strategy for a Polarised Society: Learning from Poland's Post-revolutionary Misfortunes*, ivi, 481 ss.; T.T. KONCEWICZ, *Understanding Polish Pacted (R)evolution(s) of 1989 and the Politics of Resentment of 2015-2018 and Beyond*, in *ICoN*, 2019, 695 ss.; e le repliche di B. Ackerman, *The Race Against Time*, in R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 548 ss.; ID., *Multiple Identities*, in *IJPL*, 1/2020, 125 ss.

2. *World constitutionalism* e approcci alla comparazione

“Revolutionary Constitutions” è stato pubblicato ventidue anni dopo “The Rise of World Constitutionalism”, un articolo in cui l’autore già disegnava alcuni tratti del *revolutionary pathway*. Il cuore del saggio del 1997, riconfermato con notevoli ampliamenti e qualche variazione nel volume del 2019, risiede nel recupero della comparazione come chiave interpretativa della costituzione americana, e nella critica di un certo provincialismo che aveva caratterizzato fino a poco prima la dottrina costituzionalistica statunitense, per lo più disinteressata al diritto costituzionale straniero e comparato¹³. Tratteggiava quindi l’idea di un «costituzionalismo mondiale», che tuttavia non era omogeneo ma in cui si distinguevano due percorsi iniziali – il *new beginning* (termine arendtiano che rimanda a una costellazione genericamente rivoluzionaria) e la federazione – e due sviluppi istituzionali successivi, con preminenza rispettivamente della giurisdizione e dell’esercito¹⁴. Tra la fine degli anni novanta e l’inizio degli anni duemila sono stati pubblicati, da parte di altri autori statunitensi, lavori importanti che testimoniano una effettiva svolta verso la comparazione. Mi limito a ricordare gli scritti di Mark Tushnet sulle virtualità della comparazione costituzionale e sulla “inevitabilità” del costituzionalismo globale¹⁵, il lavoro di David Law e Mila Versteeg sul *global constitutionalism*, preceduto da alcuni articoli di David Law¹⁶, gli studi di Tom Ginsburg sulle transizioni e sulla giustizia costituzionale¹⁷, quelli di Ran Hirschl sul *trend* globale verso la *juristocracy* e sugli studi comparativi¹⁸ e quelli di Vicki Jackson sul *constitutional engagement*¹⁹. Tushnet è un esponente della prima generazione dei *critical legal studies* (CLS), un gruppo di autori che ha messo in luce l’indeterminatezza e le contraddizioni della dottrina giuridica, svelandone la politicità, a partire dalle posizioni della cd. nuova sinistra americana degli anni sessanta e settanta²⁰. Da questa corrente – che rientra ancora nell’orizzonte modernista, diversamente da quello decostruzionista e postmoderno della seconda generazione dei CLS – ha ereditato una visione critica del diritto che tocca le principali concezioni della costituzione: funzionalista, espressivista e *bricolage*. Appare significativa soprattutto quest’ultima immagine, perché relativa alla commistione di elementi di varia provenienza al momento della

¹³ ID., *The Rise of World Constitutionalism*, in *Va. L. Rev.*, 1997, 773-774, 794-795. Ma v. la replica di M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *Yale L. J.*, 1999, n. 6, 1227.

¹⁴ B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, cit., 771 ss.

¹⁵ M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, cit., 1226 ss.; ID., *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Va. J. Int’l L.*, 2009, 985 ss.

¹⁶ D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *Cal. L. Rev.*, 2011, 1163 ss.; D. LAW, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1277 ss.; ID., *Generic Constitutional Law*, in *Minn. L. Rev.*, 2005, 652 ss.

¹⁷ Cfr. tra gli altri T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; ID., J. BLOUNT, Z. ELKINS, *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, in T. GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 31 ss.

¹⁸ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2004; ID., *Comparative Matters. The Reinassance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁹ Tra i molti lavori dell’autrice sulla comparazione mi limito a richiamare quello che è forse il più celebre: cfr. V.C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁰ Sulle varie correnti dei *critical legal studies* v. almeno G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, ed. orig. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century’s End* (1995), Bologna, il Mulino, 1995, 177 ss.

scrittura delle costituzioni e alla tessitura di maglie larghe nella loro interpretazione²¹. L'origine «crit» è comunque palese anche nei lavori più recenti in cui l'autore mette in luce una «affinità elettiva» tra globalizzazione e neoliberalismo²². Law e Versteeg hanno invece sviluppato una ricerca attraverso metodi quantitativi: in particolare, hanno esaminato i testi di tutte le costituzioni del mondo (*sic*), disegnando una mappa delle norme sui diritti, verificando l'aumento di testi genericamente di stampo *liberal* e al contempo la resistenza di un gruppo *statist*²³. Quello di Ginsburg è un approccio tipico della *rational choice*, applicato soprattutto (ma non solo) ai processi costituenti: pone attenzione ai rapporti di forza, al posizionamento degli interessi, al *bargaining* in presenza di informazioni incomplete. L'istituzione delle corti costituzionali è vista come una sorta di assicurazione per le forze politiche che rischiano di risultare perdenti nelle successive competizioni elettorali, e dunque utile a favorire la transizione, mentre meno univoci appaiono i risultati sui rapporti tra gli organi e i soggetti del *constitution-making* e il contenuto delle costituzioni²⁴. Anche Ginsburg è un fautore dell'approccio quantitativo, che ispira il *Comparative Constitutions Project*²⁵ e che tuttavia rischia – specie quando si concentra sulla raccolta e sul confronto di una gran mole di testi costituzionali tramite le banche dati digitali – di non tenere conto delle sfumature, delle diversità di interpretazione e dell'impatto di quei testi nella prassi, aspetti tutti di grande importanza per la comparazione costituzionale²⁶. Alcuni tratti del *rational agent* si ritrovano anche nell'indagine di Hirschl che, adottando una prospettiva realistica e politologica, legge la forte espansione dei cataloghi dei diritti costituzionali, delle corti e della *judicialization of politics* come il riflesso di una «preservazione dell'egemonia»²⁷. Una convergenza tra gli interessi delle *élites* politiche, economiche e giuridiche avrebbe generato una tendenza verso la *juristocracy*, essendo le *élites* politiche preoccupate che l'ampliamento dei processi di democratizzazione volga a loro svantaggio, quelle economiche tese a proteggere un assetto volto alla tutela della proprietà privata a scapito di interventi regolativi e redistributivi dello stato, quelle giuridiche desiderose di rafforzare il proprio prestigio professionale e intellettuale²⁸. La preferibilità della prospettiva «realistico-strategica», rispetto a quella giuridico-formale o idealistico-normativa, è difesa da Hirschl anche nel lavoro sul metodo comparativo, dove tuttavia l'orizzonte si allarga, nella misura in cui egli valorizza alcuni classici del costituzionalismo

²¹ M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, cit., *passim*. Sull'intreccio tra *critical legal studies* e comparazione v. già G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, in *Harv. Int'l L. J.*, 1985, 411 ss.

²² M. TUSHNET, *The Globalisation of Constitutional Law as a Weakly Neo-Liberal Project*, in *Global Constitutionalism*, 2019, 29 ss. (30). Sull'impiego del concetto di neoliberalismo v. *infra*, n. 61.

²³ V. *supra*, n. 16.

²⁴ V. *supra*, n. 17. Cfr. altresì T. GINSBURG, *Charismatic Fictions and Constitutional Politics*, in R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 168 ss.

²⁵ Cfr. il sito comparativeconstitutionsproject.org, diretto da TOM GINSBURG, ZACHARY ELKINS e JAMES MELTON. Tra gli altri lavori più direttamente ascrivibili a questo orientamento v. Z. ELKINS, T. GINSBURG, J. MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Accenti critici su questo approccio, a confronto con il lavoro di Ackerman, in M. GRAZIADEI, *Deeper Comparisons*, in *It. J. Publ. L.*, 1/2020, 31.

²⁶ M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2. ed., Cheltenham, Elgar, 2018, 7-8; B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 39-40.

²⁷ Il termine è di origine gramsciana, ma l'autore non chiama in causa il pensatore e politico sardo. Un dialogo con le correnti neo-gramsciane è più visibile nel suo contributo in S. GILL, A.C. CUTLER (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, in particolare R. HIRSCHL, *The Origins of the New Constitutionalism: Lessons from the "Old" Constitutionalism*, *ivi*, 95 ss.

²⁸ ID., *Towards Juristocracy*, cit., 50 ss., 169 ss. e *passim*.

europeo-continentale tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, per la loro visione «olistica», capace di integrare lo studio del diritto costituzionale con quello della storia e delle istituzioni politiche²⁹.

Il lavoro di Hirschl sulla *juristocracy* – che tuttavia prende come riferimento paesi che rientrano per lo più nel cd. *commonwealth model* di giustizia costituzionale³⁰ – può essere a sua volta inserito in un filone incentrato sul diritto giurisprudenziale, all'interno del quale ha trovato ampio spazio il tema del ricorso all'argomento comparativo che, per gli autori americani, tende a includere anche il diritto internazionale³¹. In questo filone può rientrare anche il volume di Vicki Jackson sul *constitutional engagement*, in cui l'autrice suggerisce un confronto dinamico e critico con il diritto straniero e/o internazionale come opzione metodologica preferibile rispetto quelle, più unilaterali, di un aprioristico rifiuto di fonti e modelli esterni, o di una non meno aprioristica convergenza con essi³². Per un breve periodo è sembrato che, attraverso l'uso del precedente straniero in alcune decisioni costituzionali importanti³³, la Corte Suprema potesse superare un atteggiamento isolazionista, parte del più generale eccezionalismo americano³⁴. Così tuttavia non è stato, anche se si è trattato di un passaggio significativo sia per la discussione dottrinale sia per il dibattito interno alla Corte, dove tale dibattito ha comunque lasciato una traccia profonda³⁵.

Mi sembra chiaro che gli studi appena ricordati, pubblicati tra la fine degli anni novanta e il primo decennio degli anni duemila, risentano del clima di un'epoca, quella “fine della storia” come processo evolutivo, caratterizzata da un apparente trionfo universale dell'idea della democrazia liberale e del liberalismo economico³⁶. Al contempo, però, già si avvertiva l'inizio di un declino della *pax americana*, lo sfaldarsi di alcuni assetti geopolitici senza che se ne fossero consolidati di nuovi³⁷. Il che probabilmente ha contribuito anche negli Stati Uniti ad alimentare

²⁹ ID, *Comparative Matters*, cit., 151 ss. (per i virgolettati v. rispettivamente ivi 162, 175 e 15, 156, 185, 191).

³⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *Am. J. Comp. L.*, 2001, 707 ss.

³¹ Tra i moltissimi lavori v. almeno S. Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in *Ind. L. J.*, 1999, 819 ss.; ID., *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in I. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 1 ss.; V. PERJU, *Cosmopolitanism in Constitutional Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 2013, 711 ss. Molti sono gli studi che mettono a confronto le esperienze nazionali di ricorso alla comparazione giudiziale; tra questi, con particolare riguardo all'ambito costituzionalistico e da diverse angolature, v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford Portland, Hart, 2013; G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2019; P. RIDOLA, *Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione?* (2012), in ID, *Esperienza costituzioni storia*, cit., 61 ss. Per un approccio non tassonomico v., con riferimento alla giurisprudenza delle corti europee, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011.

³² V.C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, cit., *passim*.

³³ Cfr. soprattutto U.S. S. Ct., *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

³⁴ Cfr. per tutti G.F. FERRARI, *Legal Comparison Within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, in ID., *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 94 ss.

³⁵ Per un quadro delle posizioni fin dall'inizio v. [S. BREYER, A. SCALIA], *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: a Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *ICon*, 2005, 519 ss.

³⁶ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, ed. orig. *The End of History and the Last Man* (1992), Milano, Utet DeA Planeta Libri, kindle ed., 2020.

³⁷ Non posso soffermarmi sul tema, approfondito da studiosi di geopolitica e di relazioni internazionali. V. per questa prospettiva M. Telò, *Note sul futuro dell'Occidente e la teoria delle relazioni internazionali*, in G. VACCA (a cura di), *Gramsci e il Novecento*, v. I, Roma, Carocci, 1999, 51 ss.

l'interesse scientifico e politico per altre realtà costituzionali. Negli anni più recenti, come si sa, le democrazie liberali sono apparse decisamente più in affanno³⁸.

In questo scenario, Bruce Ackerman ha preso le distanze sia dagli approcci di *rational choice* (e a maggior ragione da quelli incentrati sui metodi quantitativi), sia dalle impostazioni *court-centered*, in favore di una prospettiva a suo modo olistica³⁹. Non può nemmeno dirsi che abbia aderito ad alcune tesi-chiave formulate all'interno dei *critical legal studies* – come quella sulle “tre globalizzazioni” di Duncan Kennedy⁴⁰ – anche se ad accomunarlo a questa corrente è una prospettiva realistica, laddove però il realismo di Ackerman ha riguardato prevalentemente la fusione di scienza politica e diritto costituzionale nello studio dei regimi. Diversamente da molti esponenti dei filoni “crit”⁴¹, Ackerman non sembra interessato a svelare le contraddizioni del discorso giuridico, né a decostruirlo lungo linee di classe, razza, sesso o genere. Inoltre, diversamente da chi spiega i processi di *constitution-making* sulla base dei comportamenti del *rational agent*, adottati sulla base di una logica strumentale, del calcolo razionale e della massimizzazione degli interessi, Ackerman valorizza le spinte ideali, le motivazioni politiche, i sacrifici e anche le passioni connesse a una certa idea della comunità politica e del bene comune, che consentono di superare gli egoismi privati, di raggiungere compromessi, di creare consenso intorno ai principi posti alla base di una costituzione. A tale proposito, prende le distanze anche da Jon Elster⁴².

Se non mancano i profili di continuità con la prima trilogia, a cominciare da una concezione non formalistica delle dinamiche costituzionali, per finire con il disegno di uno schema di azione intergenerazionale di portata generale⁴³, la *comparative turn* ackermaniana segna per altri versi un'evoluzione rispetto alla trilogia del “We the People”, dove l'obiettivo era quello di mettere in luce l'originalità dell'itinerario costituzionale americano rispetto a ricostruzioni che erano sostanzialmente ricalcate sull'esperienza inglese o su quella francese⁴⁴. La differenza forse più evidente è la mancanza, nell'ultimo volume, della «democrazia dualista» quale categoria chiave per interpretare la storia costituzionale dei diversi paesi esaminati. La democrazia dualista statunitense, distinta dalla democrazia parlamentare monista anglosassone e dal *rights*

³⁸ V. per tutti M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018.

³⁹ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 38-41.

⁴⁰ D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 19 ss.

⁴¹ Cfr. *supra*, n. 20.

⁴² B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 38 ss. e *passim*. Sul punto v. anche D. GRIMM, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, in R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 21. Per una parziale compatibilità dell'approccio ackermaniano sulla “costituzionalizzazione del carisma” e quello di *rational choice* incentrato sulla negoziazione e il calcolo di interessi e incentivi v. T. GINSBURG, *Charismatic Fictions and Constitutional Politics*, cit., 188 ss. che, riprendendo la teoria dualista ackermaniana, ascrive al primo la *constitutional politics* e al secondo la *ordinary politics*. Rivaluta una prospettiva di *rational choice* alla luce di una posizione di Elster parzialmente aggiornata rispetto a quella dell'Ulisse incatenato, secondo cui i costituenti vincolano non tanto se stessi ma gli altri, R. GARGARELLA, *Bruce Ackerman's Theory of History*, ivi, 99-100. Per una considerazione, accanto al fattore razionale, di passioni e interessi (seppur da contenere), v. J. ELSTER, *Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making*, in T. GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, cit., 15 ss.

⁴³ Nei precedenti volumi lo schema presenta le seguenti sequenze: segnalazione (*signaling*), proposta (*proposal*), intensa deliberazione quale esito di una mobilitazione prolungata (*mobilized deliberation*), codificazione (*codification*) in B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, cit. 272 ss.; segnalazione (*signaling*), proposta (*proposal*), attivazione (*triggering*), ratifica (*ratification*) e consolidamento (*consolidation*) in ID., *We the People. Transformations*, cit., 40 ss. e *passim*. Nell'ultimo volume della trilogia americana le due scansioni confluiscono: *signaling, proposal, triggering election, mobilized deliberation, ratifying election* e *consolidating phase*. ID., *We the People, 3, The Civil Rights Revolution*, cit., 44 ss. e *passim*.

⁴⁴ B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, cit., 16 ss.

foundationalism tedesco⁴⁵, era stata definita come l'alternanza di (pochi) periodi di *constitutional politics* a lunghe fasi di *normal politics*: i primi caratterizzati da un'elevata intensità di partecipazione e deliberazione popolare, tale da determinare un vero e proprio mutamento costituzionale, le seconde da un'insieme di attività compiute dai cittadini prevalentemente nelle loro vesti private e dalle istituzioni operanti nelle modalità ordinarie⁴⁶. In questo modo, l'autore superava il dilemma della *counter-majoritarian difficulty* della Corte Suprema, sottolineando la capacità di quest'ultima, alla luce di criteri storici, di cogliere sia i mutamenti sia la stabilità dell'identità costituzionale americana. La Corte ha così contribuito a delineare un canone costituzionale intergenerazionale, sintetizzando quattro diversi regimi: fondazione, ricostruzione, *New Deal* e *Civil Rights Revolution*⁴⁷. Nelle esperienze di "Revolutionary Constitutions", invece, la democrazia dualista non è altrettanto centrale, sia perché l'arco di tempo considerato è più breve e l'eventualità di ulteriori rivoluzioni (anche di segno inverso rispetto alla prima) si affaccia solo negli ultimi anni, sia perché in molte di esse la giustizia costituzionale trova una specifica collocazione, e quindi un ancoraggio di legittimazione, già nel testo della costituzione.

Lo studio di Ackerman presenta a mio avviso punti di contatto con alcuni approcci alla comparazione di matrice europeo-continentale, approcci che per un verso adottano una prospettiva realistica, materiale e storica⁴⁸, e per l'altro si concentrano sulle culture costituzionali. Quest'ultimo termine, a ben vedere, assume significati non coincidenti nei vari contesti, perché la *constitutional culture* americana ha un'accezione più spiccatamente politica⁴⁹, legata alla partecipazione dei cittadini in uno spazio pubblico plurale, mentre la *Verfassungskultur* europea, segnatamente tedesca, è associata a una dimensione culturale in senso più ampio⁵⁰ e si intreccia

⁴⁵ Ivi, 7 ss. È superfluo, per i conoscitori del pensiero ackermaniano, ricordare che la democrazia dualista non va confusa con la forma di governo dualista, così come elaborata nelle classificazioni continentali sulle forme di governo.

⁴⁶ B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, cit. 3 ss., 230 ss., 266 ss., 295 ss.; ID., *We the People. Transformations*, cit., 3 ss.; ID., *We the People, 3, The Civil Rights Revolution*, cit., 41 ss. Sulla democrazia dualista ackermaniana v. anche T. GROPPI, "We the People: Transformations". *Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman*, in *Pol. dir.*, 1999, 191 ss. Non posso qui soffermarmi sul dibattito che questa tesi ha a suo tempo suscitato, con riferimento alla plausibilità di una contrapposizione così netta tra i periodi di *constitutional politics/higher lawmaking* e di *ordinary politics/normal lawmaking*, alla svalutazione della procedura emendativa di cui all'art. V e del Testo costituzionale, all'effettiva intensità della deliberazione popolare e alla reale consistenza di un "popolo" americano nella federazione.

⁴⁷ Cfr. M. GOLDONI, *Sovranità popolare e costituzione nella teoria di Bruce Ackerman*, in *Quad. cost.*, 2005, 265 ss.; ID., *La costituzione vivente di Bruce Ackerman*, in *Quad. cost.*, 2009, 172 ss. Ho aggiunto la *Civil Rights Revolution* come quarto "regime" alla luce della pubblicazione, nel 2014, del terzo volume di *We the People*.

⁴⁸ Qui un riferimento centrale è C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973. V. altresì M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Arch. giur.* "Filippo Serafini", 1963, 3 ss.; F. LANCHESTER, *Il metodo nel diritto costituzionale comparato. Luigi Rossi e i suoi successori*, in *Riv. tr. dir. pubbl.*, 1993, 960 ss.; ID., *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino, Giappichelli, 1998. Ma v. anche autori come G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986 e G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Torino, Giappichelli, 1994. Per una rivalutazione dei filoni istituzionalisti europeo-continentali della prima metà del Novecento da parte della dottrina anglosassone v. M. LOUGHLIN, *Political Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁴⁹ P.W. KAHN, *The Constitution and United States' Culture*, in M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, Oxford University Press, 2015, 103 ss., ma v. anche, nell'ambito della scuola di Yale alla quale anche Ackerman fa capo, R.B. SIEGEL, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto Era*, in *Cal. L. Rev.*, 2006, 1323 ss.; Ead., R. Post, *Democratic Constitutionalism*, in J.M. BALKIN, R. SIEGEL (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 25 ss.

⁵⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1998; ID., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, tr. it. a cura di J. Luther, Roma, Carocci, 2011, su cui v. R.C. VAN OUYEN, M.H.W. MÖLLERS (hrsg.), *Verfassungs-Kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle*, Nomos, Baden-Baden, 2016. Sul tema delle culture costituzionali v. altresì F. MAZZANTI PEPE (a cura di), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea. Atti del Convegno internazionale, Genova 29-30 aprile 2004*, Genova, Name, 2005; M. Wyrzykowski

con la storia nei tempi lunghi⁵¹. Nel contesto europeo si colgono maggiormente le influenze dell'ermeneutica, dell'antropologia e della storia costituzionale, che tuttavia, a ben vedere, non mancano presso alcuni autori americani – tra cui soprattutto Paul Kahn – che hanno influenzato lo stesso Ackerman⁵². Mi sembra, comunque, che nel lavoro ackermaniano la *constitutional culture* tenda a risolversi soprattutto sul piano dei rapporti tra movimenti politici, partiti e istituzioni, mentre altri aspetti della cultura costituzionale, come quelli più strettamente legati alle tradizioni giuridiche, restano sullo sfondo. In particolare, per lui è centrale la cultura politica, che svolge un ruolo di mediazione tra «le culture civiche e popolari», dove affiorano nuove istanze e significati costituzionali, e quella giuridico-costituzionale, che a quelle istanze e a quei significati dà forma e struttura stabile⁵³.

Se l'attenzione per le dinamiche costituzionali giustifica il distacco dell'autore dalle indagini comparative incentrate sulla distinzione tra *common law* e *civil law*⁵⁴, resta l'impressione che il diritto sia concepito in maniera omogenea nei vari contesti, e che tale omogeneità derivi dall'insegnamento di Max Weber: il diritto come strumento di legittimazione formale e razionale⁵⁵. È uno dei molti profili in cui si avverte l'influenza di Weber sull'opera di Ackerman, laddove peraltro è l'intero ambiente americano delle scienze sociali che, a partire dagli anni venti del Novecento, si è mostrato fortemente incline ad accogliere e a rielaborare il pensiero dell'autore tedesco⁵⁶. Ma l'uso universalizzante di un canone weberiano semplificato, incentrato sulla razionalità strumentale e sull'individualismo metodologico, presenta aspetti problematici soprattutto se si allarga lo sguardo verso contesti non occidentali⁵⁷. A tale proposito, da tempo è stato suggerito di mettere a fuoco le epistemologie differenti, occultate dal dominio coloniale e neocoloniale ma imprescindibili per comprendere le specificità delle tradizioni giuridiche diverse da quelle occidentali, e le ibridazioni, rielaborazioni, resistenze che si generano attraverso l'interazione con i modelli euroatlantici⁵⁸. Tale orizzonte sembra invece piuttosto lontano dalla prospettiva ackermaniana. È del resto significativo che, tra le tradizioni giuridiche, egli consideri

(ed.), *Constitutional Cultures*, Warsaw, Institute of Public Affairs, 2000; H. VORLÄNDER, *What is "Constitutional Culture"?*, in S. HENSEL et al. (eds.), *Constitutional Cultures: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World*, Cambridge Scholars Publishing, 2012, 21 ss.; M.C. PONTHEOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2. ed., Paris, Economica, 2021, 127 ss.

⁵¹ Cfr. P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, Jovene, 2019, IX-X.

⁵² Significativa in proposito l'intervista a Kahn di D. BONILLA MONALDO, *The Cultural Analysis of Law: Questions and Answers with Paul Kahn*, in *German L.J.*, 2020, 284 ss. Per un quadro d'insieme rimando, se si vuole, ad A. DI MARTINO, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2019, 77 ss.

⁵³ M. GOLDONI, *La costituzione vivente di Bruce Ackerman*, cit., 179.

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 37.

⁵⁵ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. rev. Aufl., Tübingen, Mohr, 1972 [1. Aufl. 1921], 125 ss.

⁵⁶ L.A. SCAFF, *Max Weber in America*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2011, 293 ss.

⁵⁷ Efficacemente F. HOFMANN, *Facing South: On the Significance of An/Other Modernity in Comparative Constitutional Law*, in P. DANN, M. RIEGNER, M. BÖNNEMAN (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, ebook, 2020, 41 ss.

⁵⁸ Ivi, 65-66 e, con riguardo anche alle elaborazioni intellettuali e scientifiche, D. BONILLA MALDONADO, *Introduction: Toward a Constitutionalism of the Global South*, in ID. (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 1 ss. Sul tema ha insistito con forza B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice Against Epistemicide*, London, Routledge, 2014; I., *The End of the Cognitive Empire. The Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, Duke University Press, 2018. V. altresì, per le intersezioni con le discipline giuridico-costituzionali, A. GESLIN, C.M. HERRERA, M.C. PONTHEOREAU (dir.), *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques*, Paris, Kimé, 2020; L. PEGORARO, *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, in *Rev. der. pol.*, 2019, 14 ss. Anche la questione delle ibridazioni è da tempo all'attenzione della dottrina comparatistica: cfr. per tutti G. MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche all'epoca della globalizzazione*, in *Pòlemos*, 1/2010, 54 ss.

solo il *common law* e il *civil law*, mentre l'apertura dello sguardo a paesi come l'India, il Sudafrica, l'Iran e Israele richiederebbe di tenere presente anche tradizioni come quella indù, quella dell'Africa australe, quella islamica e quella talmudica⁵⁹.

Un ulteriore profilo differenzia il pensiero di Ackerman dai molti scritti che, anche in prospettiva comparativa, hanno evidenziato la diffusione del modello costituzionale a livello globale. La maggior parte degli autori – chi adesivamente, chi più criticamente, talora con un mutamento di opinioni nel corso del tempo – ha sottolineato l'impronta prevalentemente liberal-democratica⁶⁰, con inclinazione neoliberale⁶¹, di questo modello. Esso tenderebbe a favorire, anche se in maniera diversa, una forte spinta uniformizzante e astrattizzante, mentre mostrerebbe uno scarso apprezzamento per le differenze⁶². Ackerman invece ha compiuto un'operazione diversa, cercando di mettere in luce il carattere social-democratico delle costituzioni da lui ascritte al gruppo delle *revolutionary constitutions*, e quindi sottolineando il potenziale universalizzante della funzione sociale della proprietà e del costituzionalismo democratico e sociale⁶³. Questo è evidente per l'Italia, per la Francia della IV Repubblica, per l'India e per il Sudafrica, mentre per gli altri paesi il mancato consolidamento del *revolutionary pathway* è dovuto a una serie di debolezze e inconsistenze degli attori coinvolti che hanno riguardato più o meno direttamente questo aspetto. È il caso ad esempio della Polonia, nella cui transizione ha prevalso secondo l'autore una tendenza neoliberale, a scapito della originaria impronta solidaristica del movimento guidato dal sindacato *Solidarnosc*⁶⁴. Tale chiave di lettura, a sua volta, sembra molto legata all'interpretazione della storia costituzionale americana, poiché, riprendendo un tema delle opere precedenti, Ackerman spiega l'*American exceptionalism* soprattutto con la mancata costituzionalizzazione dei diritti sociali durante

⁵⁹ Assente dal tavolo di lavoro di Ackerman è un'opera fondamentale per i comparatisti come P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, ed orig. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4. ed. (2010), Bologna, il Mulino, 2011, alla quale rimando per un quadro delle tradizioni non occidentali. Sulla tradizione dell'Africa australe v. M. NICOLINI, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, Bononia University Press, 2016. Questa prospettiva è invece valorizzata da R. SCARCIGLIA, *Costituzioni globali, tradizioni legali e diritto comparato*, in DPCE II/2013, 441 ss. Ho provato a far interagire il piano del costituzionalismo con quello delle tradizioni giuridiche in *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, relazione al VI Convegno biennale dell'Associazione DPCE, in corso di pubblicazione, al quale rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁶⁰ Mi limito a richiamare A. WIENER, A.F. LANG jr., J. TULLY, M. POIARES Maduro, M. KUMM, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, in *Global Constitutionalism*, 2012, 1 ss.; M. Kumm, *On the History and Theory of Global Constitutionalism*, in ID., T. SUAMI, A. PETERS, D. VANOVERBEKE (eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 168 ss.,

⁶¹ Sull'uso del concetto neoliberalismo/neoliberale v. per tutti T. BIEBRICHER, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, Stanford University Press, 2018, 11 ss. Nel senso del testo v. tra gli altri M. TUSHNET, *The Globalisation of Constitutional Law as a Weakly Neo-Liberal Project*, cit.; A SHINAR, *The Ideologies of Global Constitutionalism*, in *Glob. Const.*, 2019, 18 ss.; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, cit., 14 ss., 46-47, 146 ss., 150 ss., 164 ss.; C. SCHWÖBEL-PATEL, *The Political Economy of Global Constitutionalism*, in A.F. LANG, A. WIENER (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Elgar, 2017, 407 ss.; Ead., *Global Constitutionalism and East Asian Perspectives in the Context of Political Economy*, in T. SUAMI, A. PETERS, D. VANOVERBEKE, M. KUMM (eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, cit., 100 ss.; S. Gill, A.C. Cutler (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Cfr. inoltre la presa d'atto della stessa A. Peters, *Global Constitutionalism. The Social Dimension*, in Ead., T. SUAMI, D. VANOVERBEKE, M. KUMM (eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, cit., 277 ss.

⁶² M.C. PONTTHOREAU, "Global Constitutionalism", *un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique*, in *Jus Politicum*, 2018, 122 ss. V. anche G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Elgar, 2016, *passim*.

⁶³ Ringrazio Michele Surdi per uno spunto e alcuni scambi sull'argomento.

⁶⁴ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 38, 234, 255-256. Sull'incidenza del neoliberalismo nelle transizioni dei paesi dell'Europa centro-orientale, con ricadute dal piano economico a quello politico, v. tra gli altri I. KRASSTEV, S. HOLMES, *The Light that Failed. Why the West is Losing the Fight for Democracy*, New York and London, Allen Lane, 2019.

il *New Deal*⁶⁵. In altre parole, all'analogia nel processo di formazione e stabilizzazione delle costituzioni attraverso il *pathway* rivoluzionario dovrebbe corrispondere un'analogia di contenuti: i principi del costituzionalismo pluralista, democratico e sociale. In questa luce, gli Stati Uniti appaiono il paese che per primo ha avviato questo percorso, ma che da esso ha parzialmente deviato nell'ultimo secolo, quando Roosevelt si è sottratto al processo di "costituzionalizzazione del carisma", proprio e del movimento popolare che lo sosteneva. Ha infatti rinunciato alla scrittura di un secondo *Bill of Rights*, e in generale all'introduzione di emendamenti costituzionali legittimati dal popolo americano⁶⁶, preferendo appoggiarsi sulla Corte Suprema, prima attraverso il progetto di *court-packing*, poi cavalcando il mutamento di giurisprudenza della Corte. Ciò ha tuttavia favorito un avvistamento delle dinamiche costituzionali intorno agli *stealth appointments* dei giudici e agli scontri tra originalisti e *living constitutionalists*, che continua a dominare il dibattito statunitense⁶⁷.

Colpisce, nella lettura ackermaniana, che le interazioni tra diritto, politica e società appaiano molto strette nella fase del *constitution-making* vero e proprio, ovvero di scrittura delle costituzioni e *constitutionalization of charisma*, e diventino più labili a mano a mano che ci si allontana temporalmente dal momento dell'origine, fino al consolidamento di una forte autonomia della sfera giuridica – anche attraverso l'attività delle corti supreme e costituzionali – che sfocia nella *judicial supremacy*. Si comprende, quindi, che alcuni rilievi critici siano venuti da autori che guardano con maggiore scetticismo a questa autonomizzazione, la quale assume una connotazione per lo più razionale e strumentale.

Se anche qui l'influenza di Weber sul pensiero ackermaniano è evidente, occorre notare, in via generale, come l'autonomia giuridica possa giustificarsi pure su altre basi, diverse da quelle strumentali e funzionalistiche, ad esempio su alcuni principi costitutivi della giurisdizione e del diritto, da rinvenire nella tradizione classica e in quella giusnaturalistica, ed altresì nelle elaborazioni della scienza del diritto. Da questo punto di vista, la logica interna del diritto opera come limite al potere e appare come un risvolto del costituzionalismo⁶⁸. Un pensiero siffatto – radicato in una parte della cultura giuridica italiana ma relativamente poco conosciuto al pubblico anglofono⁶⁹ – fa parte di quel complesso di elaborazioni relative all'esperienza giuridica, sviluppate in una prospettiva antipositivista e concreta, che ha altresì valorizzato i nessi tra il

⁶⁵ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 361 ss. Sulla questione v. ampiamente ID., *We the People II*, cit., 299 ss., 312 ss., con toni però molto più adesivi verso la mancata formalizzazione attraverso emendamenti costituzionali (visti come una «ipertestualizzazione») e la valorizzazione di altre dinamiche costituzionali (*transformations*).

⁶⁶ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004; ID., *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, in M. Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, 90 ss. Sulle ragioni del mancato ricorso alla procedura di emendamento cfr. A. VESPAZIANI, *Problematiche della rigidità costituzionale statunitense*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, v. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 350 ss.

⁶⁷ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 391 ss.

⁶⁸ Cfr., a proposito delle dinamiche giuridiche nel contesto globale, S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, in AIC, *Annuario 2012, Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, Jovene, 2014, 103 ss. È qui esplicito il legame con la riflessione di Alessandro Giuliani, su cui v. almeno F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè, 2012; F. CERRONE, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, 2010, 7 ss. e *infra*, n. 71.

⁶⁹ Tra i lavori in lingua inglese cfr. F.J. MOOTZ III, F. CERRONE, S. NICCOLAI, G. REPETTO, G. BASCHERINI, *Law and Community: Alessandro Giuliani's Aristotelian Vision*, in *federalismi.it*, 16/2013; alcuni saggi di Giuliani sono tradotti in lingua inglese nei volumi su *L'educazione giuridica*, vv. I, II e IV, Perugia, Libreria universitaria, 1975-1981. Ringrazio Silvia Niccolai per più complete indicazioni al riguardo ricevute nei mesi scorsi.

diritto e la scienza giuridica⁷⁰. Alcune di tali elaborazioni, le cui matrici culturali si possono far risalire all'opera di Vico⁷¹, sono state valorizzate nell'ambito degli studi italiani sulla comparazione costituzionale, dove il diritto è stato osservato non tanto in un'ottica strumentale, quanto piuttosto nei suoi profili storici, etici e valutativi⁷². Si tratta, peraltro, di orientamenti tra loro piuttosto variegati, che tuttavia sembrano accomunati dalla ricerca di un equilibrio tra la considerazione della realtà sociale e delle interdipendenze tra il diritto costituzionale e la politica, da un lato, e la preservazione di una specificità della dimensione giuridica e sistematica, anche con finalità garantistiche, dall'altro⁷³. Tali prospettive appaiono compatibili con un'attenzione per le tradizioni giuridiche e per le culture costituzionali⁷⁴.

Le obiezioni prevalenti alla ricostruzione ackermaniana della *judicial supremacy*, sollevate da altri costituzionalisti, ruotano invece sulla mancata considerazione dei fattori socioeconomici e sulle persistenti diseguaglianze reali che hanno colpito e continuano a colpire, in maniera crescente negli ultimi anni, le popolazioni delle aree analizzate⁷⁵. In particolare, questa tendenza è stata stigmatizzata soprattutto nei paesi europei dove il compromesso costituente, dopo la Seconda guerra mondiale, ha assunto un tratto social-democratico fondato (anche) su una forte protezione dei diritti sociali⁷⁶. Al contempo, è stato rilevato come nelle *unequal societies* del sud del mondo,

⁷⁰ Su cui v. per tutti E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. Dir.*, v. XV, Milano, Giuffrè, 1966, 735 ss., al quale rimando per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷¹ Tra gli autori principali vi sono Giuseppe Capograssi, Riccardo Orestano e Alessandro Giuliani. Per una ricostruzione del loro pensiero, comprensiva delle reciproche relazioni e distinzioni v. F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 963 ss. Sul pensiero vichiano e la comparazione v. G. REPETTO, *Il metodo comparativo di Vico e il diritto costituzionale europeo*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2009, 301 ss.; cfr. altresì V. PEPE, *Giambattista Vico e la comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2020.

⁷² Cfr. M. GALIZIA, *Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il Politico*, 2003, 381 ss.; ID., *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., *passim*; A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009. V. anche P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia*, cit. Diverse assonanze tra dottrina del costituzionalismo ed esperienza giuridica si possono cogliere anche nel primo lavoro di Matteucci di cui alla n. 89. Sulla specificità italiana degli studi sull'esperienza giuridica, alla luce del contesto contemporaneo, v. G. BASCHERINI, *Italian Theories. Spunti attorno all'esperienza giuridica a partire da un recente saggio di Roberto Esposito*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2013.

⁷³ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 75 ss., il quale richiama tra gli autori attenti a un'esperienza giuridica concreta e dinamica anche Mortati (un autore evidentemente molto diverso da Giuliani).

⁷⁴ V. *supra*, rispettivamente nn. 50, 59.

⁷⁵ Sulla divaricazione delle diseguaglianze come effetto collaterale della globalizzazione e dell'ipercapitalismo v. per tutti T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, ed. orig. *Le capital au XXI siècle* (2013), Firenze Milano, Bompiani, 2017; ID., *Capitale e ideologia*, ed. orig. *Capital et idéologie* (2020), Milano, La nave di Teseo, 2020, 741 ss., 819 ss.

⁷⁶ Cfr., tra gli altri e alla luce dell'ultimo quindicennio di crisi economica, E. MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Pol. dir.*, 2013, 533 ss.; M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016; M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, 1/2020, 259 ss.; O. CHESSA, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico-sociale?*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di) *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, Rogas, kindle ed., 2021, 33 ss. Diversi autori stanno rilevando la necessità di integrare maggiormente considerazioni di politica economica nelle riflessioni sul diritto costituzionale europeo: tra questi v. M. DANI, E. CHITI, J. MENDES, A.J. MENÉNDEZ, H. SCHEPEL, M.A. WILKINSON, *"It's the Political Economy ..!" A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, in *Icon*, 2021, 309 ss. Distingue un'impostazione più pluralistica del testo dei trattati da una prassi neoliberale C. KAUPA, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, Hart, 2016. Anche se nella fase più recente ci sono stati indubbi segnali di novità (sospensione del patto di stabilità e delle norme sugli aiuti di stato, approvazione di un piano di ripresa finanziato con l'emissione di titoli comuni etc.), mi sembra presto per esprimere giudizi sulla loro capacità di tenuta nel medio e nel lungo termine: per un quadro d'insieme v. le varie posizioni in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di) *Dopo le crisi*, cit.

una focalizzazione sull'estensione della giustiziabilità dei diritti da parte delle corti⁷⁷, che riguarda sia le vie d'accesso sia i contenuti materiali e viene comunemente associata a un costituzionalismo cd. *transformative*⁷⁸, rischi di favorire, più che l'emancipazione, la «normalizzazione del dominio». Ciò accade se non si tiene conto dello scarto che spesso permane tra il testo e la giurisprudenza costituzionale, da un lato, e il divario socioeconomico e la violenza politica, dall'altro. Ma accade anche se si danno per scontate la compattezza e l'omogeneità del ceto dei giuristi – invero piuttosto frammentato al suo interno, a volte troppo formalista, a volte più incline a percorrere vie informali ai confini della legalità –, oppure se si assume in via generale il forte radicamento nella società di una mentalità propensa a giuridificare razionalmente i conflitti⁷⁹. In particolare, se la tendenza alla *judicialization of politics* o al cd. *lawfare* è tipica di alcune esperienze occidentali e soprattutto di quella statunitense, non è così per altre parti del mondo⁸⁰. Ancora, non sembra corretto ridurre il tema della protezione dei diritti sociali alla loro azionabilità presso le corti: tale approccio può forse adattarsi all'esperienza statunitense, dove manca una protezione costituzionale dei diritti sociali e si cerca di rafforzarli attraverso il riconoscimento di un *judicial entitlement* del singolo, mentre non vale allo stesso modo per diversi paesi dell'Europa continentale o del *global south*, dove i diritti sociali sono costituzionalizzati, sono posti alla base di una tavola assiologica comprensiva e vanno letti attraverso una pluralità di dimensioni, che includono l'attività promozionale del legislatore. Quella individuale e difensiva è invero una – ma non l'unica – dimensione dei diritti fondamentali⁸¹.

3. Culture costituzionali, costituzionalismo, rivoluzioni

⁷⁷ Condivisa nella sostanza da M. GURUSWAMY, *Sustaining Revolutionary Constitutions*, cit., 437 ss. Su una convergenza nel tipo di legittimazione della Corte Suprema indiana e della Corte costituzionale sudafricana, nel senso di un'apertura della giurisdizione alle fasce povere della popolazione e del rafforzamento della giustizia sociale v. anche J. FOWKES, *Choosing to Have Had a Revolution*, cit., 522, 542, che rileva altresì una divaricazione delle due esperienze con riguardo al conflitto con il potere politico (più marcato in India, meno in Sud Africa).

⁷⁸ D. BONILLA MALDONADO (ed.), *Constitutionalism of the Global South*, cit., *passim*; P. DANN, M. RIEGNER, M. BÖNNEMAN (eds.), *The Southern Turn in Comparative Constitutional Law: An Introduction*, in ID., ID., ID. (eds.), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, cit., cap. 1. Di un «costituzionalismo riparativo» come elemento qualificante dell'esperienza indiana parla M. Guruswamy, *Sustaining Revolutionary Constitutions*, cit., 423, 435 ss.

⁷⁹ Cfr., con particolare riferimento alla ricostruzione fatta da Ackerman dell'esperienza indiana, R. GARGARELLA, *Bruce Ackerman's Theory of History*, cit., 97 ss. (ed ivi la citazione); A.K. THIRUVENGADAM, *Evaluating Bruce Ackerman's "Pathways to Constitutionalism" and India*, cit., 2019, 687 ss. V. altresì, per considerazioni più generali, R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, cit., 184 ss.

⁸⁰ Per una critica al legicentrismo anche come critica all'etnocentrismo v. G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons*, cit., 433, 438, 441, 442 ss. Per un quadro d'insieme sulla concezione del diritto nelle tradizioni non occidentali v. ancora P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., *passim*.

⁸¹ Quello della multidimensionalità dei diritti è un tema sviluppato soprattutto dalla dottrina tedesca: v. tra i molti R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt a.M., SUHRKAMP, 1994; H. DREIER, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1993; C. CALLIESS, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in H. PÜNDER, C. WALDHOFF (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, 27 ss. In quella italiana v. almeno P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, Giappichelli, 2018, 166 ss. Mi permetto inoltre di rinviare, anche per un confronto con l'esperienza statunitense, ad A. Di MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016. Per un inquadramento del tema con riferimento al Sud Africa v. D. ROBERTSON, *Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions are Irrelevant*, in *Ga. Int'l & Comp. L.*, 2007, 277 ss.

Nell'ambito della comparazione, le culture costituzionali appaiono come il terreno di mediazione tra la dimensione universalistica e quella particolaristica. Lo stesso Ackerman evoca questa tensione immanente quando colloca il proprio orizzonte in un *rooted cosmopolitanism*⁸², che si potrebbe tradurre con un "cosmopolitismo contestuale". Egli utilizza alcuni concetti chiave, tra cui rivoluzione, costituzionalismo e *rule of law*, nella convinzione che abbiano un significato potenzialmente generale, ma anche registrando mutamenti semantici nei vari contesti. Tali slittamenti sono tanto più evidenti quanto più ci si allontana dai paesi della tradizione occidentale, dove essi hanno le loro radici filosofiche e politiche: nel volume di Ackerman se ne colgono le tracce soprattutto nei capitoli su Iran, Burma/Myanmar e, in misura minore, Israele. Colpisce ad esempio, in Iran, la sovrapposizione del concetto di costituzionalismo a un'idea di divisione orizzontale e alternanza temporale dei poteri tra il Presidente della Repubblica e il *leader* supremo religioso⁸³.

Il compito che l'autore si prefigge è evidentemente molto difficile e, per certi versi, può essere considerato una manifestazione di quel filone di studi che alcuni costituzionalisti americani hanno identificato come *varieties of constitutionalism*⁸⁴. Non posso soffermarmi qui su tale questione, che spinge a qualificare il costituzionalismo con diversi attributi di tipo istituzionale, geografico, ideologico o politico. Mi limito solo a ricordare come alcuni studiosi contemporanei della *Begriffsgeschichte* abbiano rilevato un mutamento di significato dei concetti costituzionali, mutamento che sarebbe stato connotato, negli ultimi decenni, da una loro spazializzazione e fluidificazione⁸⁵. Ackerman, tuttavia, non si confronta direttamente con il dibattito sulla varietà dei costituzionalismi – e quindi sul rapporto tra l'eredità occidentale e le altre culture del mondo, o sull'influenza degli studi postcoloniali – mentre sarebbe stato forse utile un chiarimento in proposito, soprattutto alla luce delle obiezioni che gli sono state successivamente sollevate, relative a un uso ambiguo o inadeguato del concetto di costituzionalismo. Alcuni – evidentemente più scettici rispetto a una semantica *thin* del costituzionalismo – hanno infatti ritenuto l'uso ackermaniano troppo debole dal punto di vista normativo⁸⁶, altri invece hanno apprezzato un suo significato meno denso, incentrato più sui meccanismi istituzionali e sulle prassi politiche che sui valori liberali dell'occidente⁸⁷. In questo senso, l'opera di Ackerman potrebbe avvicinarsi a quella di chi recentemente ha parlato di un *world constitutional phenomenon*, con riferimento a una

⁸² B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 361 ss., e già ID., *Rooted Cosmopolitanism*, in *Ethics*, 516 ss. Sul punto v. anche M. GRAZIADEI, *Deeper Comparisons*, cit., 25-27.

⁸³ Cfr. B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 324 ss., e i rilievi, tra gli altri, di D. GRIMM, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, cit., 24-25; A. ARATO, *Revolution on a Human Scale: Liberal Values, Populist Theory?*, in R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 139 ss.

⁸⁴ Per tutti v. M. TUSHNET, *Varieties of Constitutionalism*, in *ICoN*, 2016, 1 ss.; ID., *Comparative Constitutional Law*, cit., 129 ss.; M.W. DOWDLE, M.A. WILKINSON (eds.), *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018. In senso critico v., tra gli altri e con riferimento prevalente ai cd. regimi ibridi, T.E. FROSINI, *Laddove il costituzionalismo non ha aggettivi*, in *Percorsi cost.*, 1-3/2020, 3 ss.

⁸⁵ Cfr. C. GEULEN, *Plädoyer für eine Geschichte der Grundbegriffe des 20. Jahrhunderts*, in *Zeithistorische Forschungen/Studies in Contemporary History*, 2010, 81 ss.; S. Chignola, *La storia dei concetti alla prova del mondo globale. Punto di vista, spazialità, globalizzazione*, in *Fil. Pol.*, 2020, 522 ss. Per ulteriori considerazioni rimando, se si vuole, ad A. Di MARTINO, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, cit., par. 3.2.

⁸⁶ Cfr. ad esempio A. ARATO, *Revolution on a Human Scale: Liberal Values, Populist Theory?*, cit., 138 ss., 147 ss.; D. GRIMM, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, cit., 25.

⁸⁷ D. Baranger, *Constitutionalism and Society*, cit., 55 ss.

molteplicità di testi costituzionali approvati nello spazio globale⁸⁸. E, tuttavia, in quest'ultima prospettiva si avverte una sensibilità comparativa e culturale forse più intensa, nella misura in cui si cerca di tenere conto della grande complessità delle culture e delle tradizioni giuridiche del mondo.

Ma credo ci sia anche un'altra peculiarità nel modo in cui Ackerman adopera la categoria di costituzionalismo. Se tradizionalmente si tende a farla corrispondere con l'idea di limitazione del potere, anche in continuità alcuni assunti del giusnaturalismo⁸⁹, è ormai riconosciuto che la legittimazione democratica ne è una componente altrettanto fondamentale⁹⁰. Tra i due elementi – quello della limitazione e quello della legittimazione – Ackerman pone l'accento più su quest'ultimo, rischiando di ridimensionare, insieme al profilo della limitazione, quella relativa autonomia del giuridico su cui egli pure insiste e attraverso la quale si istituisce, si organizza e si regola l'esercizio del potere politico⁹¹. Si avverte di nuovo l'ascendenza del pensiero weberiano, incentrato sulle forme di legittimazione del potere, a partire dalla nota tripartizione tra legittimazione tradizionale, carismatica e legale-razionale⁹². Con tale pensiero, peraltro, è coerente una visione del *rule of law* che, divaricando talora il profilo sostanziale da quello formale⁹³, in alcuni passaggi insiste sulla limitazione del potere dei governanti, in altri sembra vedere il diritto principalmente come un'insieme di tecniche normative che rendono possibile l'attività di governo e il controllo della popolazione⁹⁴. Del resto, l'ambivalenza è presente anche nell'opera weberiana, che da un lato registra il consolidamento metodologico del giuspositivismo nello stato liberale borghese, dall'altro è attraversata dalla tensione tra il potere – con le sue esigenze di conquista e stabilizzazione – e il costituzionalismo⁹⁵.

Anche la categoria della “costituzionalizzazione del carisma rivoluzionario”, che contempla la duplice componente (collettiva) dell'organizzazione e (individuale) del *leader*⁹⁶, rimanda evidentemente alla legittimazione carismatica weberiana e potrebbe ingenerare ambivalenze, essendo tale tipo di legittimazione associato in Weber piuttosto alla democrazia plebiscitaria⁹⁷. A ben vedere, però, il senso pregnante dell'espressione di Ackerman (*constitutionalization of*

⁸⁸ R. TONIATTI, *Comparing Constitutions in the Global Era. Opportunities, Purposes, Challenges*, 2019 Casad Comparative Law Lecture, in *Kans. L. Rev.*, 2019, 697 ss.

⁸⁹ N. MATTEUCCI, *Positivism giuridico e costituzionalismo* (1963), in ID., N. BOBBIO, *Positivism giuridico e costituzionalismo*, Brescia, Scholé, 2021, spec. 84 ss., 139 ss.; ID., *Costituzionalismo*, in ID., N. BOBBIO, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004, 201 ss.

⁹⁰ P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, t. II, 2. ed., Roma-Bari, Laterza, 2014, 737 ss.; v. anche A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, 309 ss.

⁹¹ D. Grimm, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, cit., 22 ss.

⁹² M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., 124 ss.

⁹³ Su cui v. tra gli altri A. PIN, *Il rule of law come problema*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, 30 ss.; B. TAMANAHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 91 ss., 102 ss. Nella dottrina tedesca sul *Rechtsstaat* cfr. K. HESSE, *Lo stato di diritto nel sistema costituzionale della Legge fondamentale*, ed. orig. *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes* (1962), in A. DI MARTINO, G. REPETTO (a cura di), *L'unità della costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, 245 ss.

⁹⁴ Cfr. B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 2. Su questo aspetto v. criticamente C. Pinelli, *Revolutionary Constitutionalism and Constitutional History*, in *It. J. Publ. L.*, 1/2020, 14, 18.

⁹⁵ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, rist. ampl., Torino, Giappichelli, 2021, 95 ss.

⁹⁶ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 35-36.

⁹⁷ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., 156-157, 862 ss.

revolutionary charisma) sta nel richiamare l'attenzione sull'importanza della scrittura delle costituzioni nelle democrazie pluraliste e sul relativo significato simbolico, non solo perché essa racchiude il momento fondativo, ma perché aspira a creare la cornice che inquadra le complesse dinamiche tra stato e società, con il loro pluralismo e i loro antagonismi. E, del resto, condizione imprescindibile affinché una *revolutionary constitution* possa nascere e vivere è il suo sostegno da parte della società civile⁹⁸. Da quest'angolatura, qualche punto di contatto può cogliersi, nonostante altre divergenze, tra le *revolutionary constitutions* di Ackerman e la riflessione di Rudolf Smend. Pur muovendo da premesse diverse da quelle di Weber (le *Geisteswissenschaften* piuttosto che la “sociologia comprendente” o il realismo politico), Smend ha visto la costituzione come il fine e lo stimolo di un processo di integrazione tra stato e società, un'integrazione a livello personale, procedurale, assiologico e simbolico⁹⁹. Il pensiero smendiano sull'integrazione costituzionale è stato al centro di rinnovato interesse presso un pubblico non solo di lingua tedesca, in particolare presso autori che hanno stemperato i suoi originari tratti organicistici, mettendo in luce la costante ricerca di un equilibrio, nelle democrazie pluralistiche, tra conflitto e consenso¹⁰⁰.

L'altro concetto chiave della ricostruzione ackermaniana, che trova una corrispondenza nei precedenti studi sulla costituzione americana, è quello di rivoluzione. Di esso Ackerman valorizza implicitamente due caratteri peculiari: l'unicità e la ripetibilità¹⁰¹. Lo sviluppo di un'indagine che abbraccia numerosi paesi, evidenziando la connessione di storie in una dimensione globale, riflette inoltre una tendenza delle scienze umane contemporanee volte ad adottare una prospettiva «orizzontale» e «spaziale» più che verticale e temporale¹⁰². Da un punto di vista teorico, l'influenza predominante sull'idea ackermaniana di rivoluzione sembra essere quella di Hannah Arendt, che a più riprese ha insistito sull'importanza della politica come discussione, lotta e deliberazione nello spazio pubblico, capace di creare un “nuovo cominciamento” (*new beginning*) nella libertà¹⁰³. Con lei Ackerman condivide la lettura della nascita degli Stati Uniti tramite la categoria della rivoluzione, che negli studi storico-filosofici appare per certi versi più

⁹⁸ D. BARANGER, *Constitutionalism and Society*, cit., 62 ss.

⁹⁹ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2010, 119 ss.

¹⁰⁰ Cfr. R. LHOTTA (hrsg.), *Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smends*, Baden-Baden, Nomos, 2005; H. VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981; ID., *Constitutions as Symbolic Orders*, in P. BLOKKER, C. THORNILL (eds.), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 209 ss.; P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, cit., 113 ss., 130 ss.; J. LUTHER, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della teoria dell'integrazione*, in G. GOZZI, P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, 177 ss. La recezione del pensiero di Smend è avvenuta secondo direttrici pluralistiche già nella seconda metà del Novecento, presso alcuni studiosi facenti capo alla sua scuola e grazie alla contestuale recezione dell'opera helleriana: cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, neudr. der 20. Aufl., Heidelberg, Müller, 1999, 3 ss.; P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 2. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

¹⁰¹ Cfr. su di essi R. KOSELLECK, *Revolution*, in ID., O. BRUNNER, W. CONZE (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. V, Stuttgart, Klett-Cotta, 1984, 656.

¹⁰² F. BENIGNO, *Rivoluzioni. Tra storia e storiografia*, Roma, Officina libraria, 2021, 13. Nell'ambito delle discipline giuridiche cfr. M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, in *Jus Politicum*, 2012, par. III.

¹⁰³ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, ed. orig. *On Revolution* (1963), Torino, Einaudi, 2006, 15 ss. Qui è chiaro il legame con l'interpretazione della *foundation* degli Stati Uniti, a proposito della quale si può ricordare l'influenza, accanto a quella di Arendt e forse più indirettamente, di Tocqueville; sui rapporti tra i due autori v. A. ARGENIO, *Alexis de Tocqueville e Hannah Arendt. Un dialogo a distanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005. Per ulteriori indicazioni sulla cultura costituente americana v. N.G. CEZZI, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli, Jovene, 2019, 29 ss.

problematica¹⁰⁴, e una svalutazione dell'esperienza rivoluzionaria francese, che ha invece assunto nella storiografia un ruolo paradigmatico¹⁰⁵. Diversamente da Arendt, tuttavia, Ackerman non considera in modo negativo l'attrazione della questione sociale nella prassi rivoluzionaria¹⁰⁶, facendo proprio un tratto tipico del concetto di rivoluzione a partire dalla seconda metà dell'Ottocento¹⁰⁷ e pur mostrandosi lontano dalla prospettiva marxiana¹⁰⁸. Ancora, rispetto all'impostazione prevalente, che tende a differenziare rivoluzioni e riforme quali categorie attraverso le quali avviene il mutamento costituzionale¹⁰⁹, Ackerman stabilisce un *continuum* tra le prime e le seconde, ragionando di *revolutions on human scale*, nel senso di rivoluzioni "parziali", e di *revolutionary reforms*¹¹⁰.

Mi limito qui a notare che la riflessione di Arendt intorno al concetto di politica è molto diversa rispetto a quella di Weber sul potere¹¹¹: se la seconda tende a focalizzarsi sull'esercizio del monopolio della forza o comunque sulla disponibilità della coercizione, rispetto alla quale si pone un problema di legittimazione, la prima è un'attività che presuppone la pluralità umana, si dispiega attraverso le relazioni e attraverso queste esiste come libertà e non come dominio¹¹². Questo contrasto viene proiettato anche all'interno dell'opera di Ackerman, dove l'accento è posto a volte sulla politica come azione e partecipazione, in vista della individuazione e realizzazione del bene comune, altre volte sul potere come risultante di un insieme di rapporti di forza tra organi costituzionali e attori politici e giudiziari. È significativo, peraltro, che in questo lavoro, subito dopo i riferimenti ad Arendt compaiano quelli, per lo più indiretti, a Carl Schmitt, non solo per la legittimazione che in democrazia si produce attraverso il rapporto di identificazione tra il popolo e la sua guida politica, ma anche per l'elevata energia che viene sprigionata dalla decisione politica originaria¹¹³.

¹⁰⁴ N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica*, a cura di L. CORAGLIOTTO, L. MERLO PICH, E. BELLANDO, Roma, Donzelli, 2021, 517 ss.; diversamente tra gli altri M. Ricciardi, *Rivoluzione*, Bologna, il Mulino, 2001, 59 ss.

¹⁰⁵ Su cui v. R. KOSELLECK, *Revolution*, cit., 725 ss.; N. Bobbio, *Mutamento politico e rivoluzione*, cit., 147 ss.; F. BENIGNO, *Rivoluzioni*, cit., 23 ss.

¹⁰⁶ Cfr. B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 41; ID., *We the People. Foundations*, cit., 204 ss., nonché N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione*, cit., 60 ss.

¹⁰⁷ V. tra i molti R. KOSELLECK, *Revolution*, cit., 766 ss.; N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione*, cit., 389 ss., 439 ss.; M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, cit., 131 ss.

¹⁰⁸ Su cui v. ora N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione*, cit., 379 ss., 425 ss.

¹⁰⁹ Ivi, 485 ss.

¹¹⁰ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 28-29. Nella dottrina italiana ricorda la coesistenza dell'ispirazione rivoluzionaria con quella riformista nel movimento dei lavoratori, anche se non priva di tensioni, A. CERRI, *Rivolta, rivoluzione, resistenza nel riformismo*, in G. ALLEGRI, A. LONGO, *Introduzione*, in ID., ID. (a cura di), *Rivoluzione fra mito e costituzione. Diritto, società e istituzioni nella modernità europea*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2017, 10 ss.

¹¹¹ Arendt, peraltro, conosceva e apprezzava l'opera weberiana: cfr. la sua testimonianza in uno scambio epistolare con Karl Jaspers in L.A. SCAFF, *Max Weber in America*, cit., 353, 355.

¹¹² H. ARENDT., *Che cos'è la politica?*, ed. orig. *Was ist Politik?* (1993), Torino, Einaudi, 2006, ma la questione torna in molte opere dell'autrice. Si tratta di un tema molto esplorato dalle filosofe politiche femministe, tra cui v. almeno B. HONIG (ed.), *Feminist Interpretations of Hannah Arendt*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1995; M.L. BOCCIA, *Miracolo della libertà, declino della politica. Rileggendo Hannah Arendt e Simone Weil*, in I. DOMINIJANNI (a cura di), *Motivi della libertà*, Milano, Franco Angeli, 2001, 26 ss.; I. DOMINIJANNI, *L'eccedenza della libertà femminile*, ivi, 47 ss.

¹¹³ B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 42. Cfr. sul punto anche D. GRIMM, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, cit., 36 ss., anche con riferimento alla distinzione schmittiana tra *Verfassung* e *Verfassungsgesetz*. Le citazioni di Carl Schmitt appaiono oggi meno problematiche di qualche decennio fa, anche dopo una traduzione delle sue opere in lingua inglese. Ackerman aveva fatto riferimento a Carl Schmitt già (almeno) in *The Emergency Constitution*, in *Yale L. J.*, 2004, 1029 ss., e in *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2010; su queste assonanze v. M. SURDI, *Primo piano: B. Ackerman. The Decline and Fall of the American Republic*, in *Giorn. st. cost.*, 2011, 165

Come nei precedenti lavori, Ackerman coniuga lo sguardo dello storico con quello del costituzionalista, in una prospettiva che appare piuttosto distante dalle categorie della teoria generale e della dogmatica del potere costituente, tipiche della tradizione europeo-continentale e inclini a sottolineare l'unicità della volontà del soggetto costituente e la tendenziale onnipotenza di quel potere (anche se alcuni autori, per lo più vicini all'istituzionalismo, ne hanno affermato la giuridicità)¹¹⁴. L'idea del potere costituente era tuttavia presente anche negli Stati Uniti, nella prima e più radicale fase della ribellione contro la madrepatria inglese, verso la quale però gli artefici della costituzione federale si sono mostrati piuttosto diffidenti¹¹⁵. E, tuttavia, lo stesso Ackerman non può fare a meno di confrontarsi con i problemi di fondo ad essa sottesi. In particolare, affronta anche lui il paradosso tra «potere costituente e forma costituzionale», e cioè la questione di come l'esercizio del potere costituente abbia termine e si trasformi interamente in un ordine istituzionalizzato, teso a coniugare democrazia e costituzionalismo e ispirato a un principio di equilibrio, oppure se esso permanga come forza diffusa ed espansiva di una soggettività concreta, molteplice e creativa¹¹⁶. Si tratta, in fondo, del rapporto tra rivoluzione e costituzionalismo¹¹⁷. La lettura proposta da Ackerman punta sul delineare una cornice intergenerazionale, nella quale sono inserite, in successione, dinamiche che coinvolgono l'attività costituente, quella di indirizzo politico, il giudizio di costituzionalità delle leggi e i diritti fondamentali. Sembrerebbe che il compimento dell'intero periodo, dalla mobilitazione popolare al consolidamento della giustizia costituzionale, segnali il successo della rivoluzione e la sua traduzione nelle prassi e nei congegni della democrazia pluralistica, a partire da quelli che agevolano l'esercizio dei diritti¹¹⁸. Per Ackerman, ciò che rende potenzialmente instabili gli effetti della rivoluzione non sono tanto le soggettività costituenti che sfuggono ai processi di normalizzazione e codificazione da parte delle leggi e degli apparati statali¹¹⁹, quanto piuttosto il ripresentarsi della questione della legittimazione, attraverso nuove figure e movimenti popolari che contestano gli equilibri precedenti e cercano il consenso per la costituzionalizzazione del proprio carisma, portatore di una diversa visione della comunità politica e dei rapporti tra stato e

ss. In "Revolutionary Constitutions" la citazione è indiretta, attraverso due lavori di Paul Kahn e Chantal Mouffe (cfr. B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., n. 13,407).

¹¹⁴ Nella dottrina italiana v. almeno M. DOGLIANI, *Costituente (potere)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, v. IV, Torino, Utet, 1989, 282 ss.; P.G. GRASSO, *Potere costituente*, in *Enc. Dir.*, v. XXXII, Milano, Giuffrè, 1985, 642 ss.; C. MORTATI, *La teoria del potere costituente* (1945), a cura di M. GOLDONI, Macerata, Quodlibet, 2020; per una diversa impostazione v. P. HÄBERLE, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, Ist. enc. it. Treccani, 2000. Sulla duplicità delle prospettive, storicistica e teorico-dogmatica, v. G. ALLEGRI, A. LONGO, *Introduzione*, in ID., ID. (a cura di), *Rivoluzione fra mito e costituzione*, cit., 2.

¹¹⁵ Cfr. M.W. DOWDLE, M.A. WILKINSON, *On the Limits of Constitutional Liberalism: in Search of Constitutional Reflexivity*, in I., I. (eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism*, cit., 18-19; da un'altra angolatura v. A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno* (1992), Varese, SugarCo, 1992, 169 ss.

¹¹⁶ M. LOUGHLIN, N. WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007; prima ancora, il riferimento obbligato per il secondo corno dell'alternativa è A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., 21 ss., 346 ss. e *passim*, anche con riferimento alla moltitudine. Sul mancato ricorso alla categoria di potere costituente in *We the People* e sulla sovrapposizione tra il concetto di *transformations* e la storia costituzionale v. T. GROPPI, "We the People: Transformations", cit., 205 ss.; cfr. anche M. GOLDONI, *Sovranità e costituzione in Ackerman*, cit., 269. Sulla riedizione del paradosso della rivoluzione in *We the People* v. ID., *La costituzione vivente di Bruce Ackerman*, cit., 170 ss.

¹¹⁷ Cfr. G. ALLEGRI, A. LONGO (a cura di), *Rivoluzione fra mito e costituzione*, cit., e in particolare A. LONGO, *Rivoluzione e costituzione: mitologie del "vecchio" e del "nuovo"*, ivi, 33 ss. V. anche N. BOBBIO, *Mutamento politico e rivoluzione*, cit., *passim*.

¹¹⁸ Si può a tale riguardo proporre un parallelo con la parabola del diritto di resistenza, su cui v. A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 257 ss.

¹¹⁹ Così ad esempio M. RICCIARDI, *Rivoluzione*, cit., 187 ss., con evidente influenza del pensiero di Negri.

società. L'esperienza del "rivoluzionario" Donald Trump, asceso alla presidenza, è a tale riguardo emblematica¹²⁰.

Se unicità e ripetibilità, quali caratteristiche tipiche del concetto di rivoluzione¹²¹, si rinvencono anche nell'opera di Ackerman, vi è tuttavia il rischio che la seconda abbia il sopravvento sulla prima, nel senso che la riproduzione trasversale dello schema a quattro fasi (sollevazione popolare, costituzionalizzazione, crisi di successione e consolidamento giudiziale) rischia di lasciare sullo sfondo le specificità dei singoli contesti, nonostante l'approfondita ricostruzione dei passaggi politici decisivi delineata per ognuno di essi¹²². In altre parole, rischiano di scolorire le particolarità delle culture costituzionali, legate a un tempo storico più lungo, alle mentalità, alle tradizioni giuridiche e alla scienza giuridica, e che riguardano anche la teoria e la prassi rivoluzionaria.

Si è già detto, ad esempio, che lo schema ackermaniano ridimensiona fortemente l'esperienza rivoluzionaria francese. Questo, tuttavia, gli impedisce di indagare a fondo la relativa controversia storiografica, con l'individuazione dei tre orientamenti che si sarebbero alternati, e in parte sovrapposti, nel corso della storia costituzionale d'oltralpe: la democrazia rivoluzionaria, la democrazia parlamentare rappresentativa e la democrazia plebiscitaria¹²³. Anche a proposito della transizione italiana dal fascismo alla Repubblica, alcuni nodi interpretativi non sembrano esplorati fino in fondo: la natura della resistenza, la continuità di alcune idee e istituzioni con l'epoca prefascista e l'incapacità di accogliere la sfida democratica più ambiziosa dei CLN¹²⁴. Ancora, con riguardo ai paesi dell'Europa orientale, rischia di perdersi un elemento importante, catturato dalla formula habermasiana della «rivoluzione recuperante». Questa, cioè, non è stata guidata né da un mito precostituzionale originario né da uno slancio verso il progresso come obiettivo extracostituzionale di filosofia della storia, ma è apparsa piuttosto come «una rivoluzione che [...] si riavvolge su sé stessa, che toglie ogni impedimento al *recupero* di sviluppi mancati», relativi soprattutto alle eredità delle rivoluzioni borghesi, dello stato costituzionale e del capitalismo. Anche all'interno di questa cornice gli orientamenti interpretativi sono stati diversi, e contesa è stata la lettura del passaggio dal socialismo all'economia di mercato, e del senso attribuito nell'uno e nell'altra alla necessità e alla libertà¹²⁵. Considerazioni analoghe potrebbero farsi per l'esperienza

¹²⁰ Cfr. B. ACKERMAN, *Revolutionary Constitutions*, cit., 386-387, 401-402. Per uno spaccato sul significato della presidenza Trump all'interno dei cicli costituzionali americani cfr. J. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford New York, Oxford University Press, 2020, su cui v. la recensione di N.G. Cezzi in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 317 ss.

¹²¹ Cfr. R. KOSELLECK, *Revolution*, in ID., O. BRUNNER, W. CONZE (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. V, Stuttgart, Klett-Cotta, 1984, 656.

¹²² Sto sviluppando questo aspetto in un lavoro destinato agli atti di cui *supra*, n. 3.

¹²³ P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit., 754 ss. Sulle costituzioni del ciclo rivoluzionario cfr. R. MARTUCCI, *L'assessione costituente. Forme di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001. Ignorare il paradigma rivoluzionario francese – ma direi anche quello inglese e quello sovietico – implica la mancata messa a fuoco delle principali tendenze storiografiche sulle rivoluzioni degli ultimi decenni (revisioniste e relative alla formazione dell'identità, della comunicazione e della memoria pubblica), su cui v. per tutti F. BENIGNO, *Rivoluzioni*, cit., 23 ss.

¹²⁴ P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio* (1998), in ID., *Esperienza costituzioni storia*, cit., 315 ss. V. altresì le studiose e gli studiosi italiani richiamati *infra*, n. 130.

¹²⁵ Cfr. J. HABERMAS, *Rivoluzione recuperante ed esigenza di revisione della sinistra. Cosa significa il socialismo oggi?*, ed. orig. *Nachbolende Revolution und linker Revisionsbedarf. Was heißt Sozialismus heute?* (1990), in ID., *La rivoluzione in corso*, Milano, Feltrinelli, 1990, 177 ss. (178-179); H.K. PREUB, *Revolution, Fortschritt, Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, erw. Neuausg., 1994, 12, 80 ss. Un altro fattore decisivo di medio-lungo periodo, in questi contesti, è la forte polarizzazione della società: cfr. M. KISILOWSKI, *Constitutional Strategy for a Polarised Society*, cit., *passim*.

indiana, per quella sudafricana e per quelle degli altri paesi extraeuropei, dove la transizione si lega alle specificità delle realtà postcoloniali e l'elemento rivoluzionario può apparire attenuato per l'esigenza di trovare compromessi con le vecchie *élites* al potere – e ciò farebbe rivalutare il carattere negoziato della transizione¹²⁶–, oppure per l'esperienza iraniana, relativamente al significato dispiegato dalla religione nello spazio pubblico¹²⁷. Infine, la varietà delle culture costituzionali induce a considerare la diversa concezione dello stato e il processo di relativa formazione, a maggior ragione con riguardo ai paesi che stanno ancora facendo i conti con l'eredità del dominio coloniale¹²⁸.

4. *Una coda*

Queste brevi riflessioni non hanno la pretesa di offrire un quadro esaustivo dell'ultima opera ackermaniana, la cui importanza per gli studi comparativi non si può negare, soprattutto perché ha offerto un potente affresco sulla storia costituzionale recente di molti paesi le cui costituzioni sono nate attraverso un ampio coinvolgimento popolare e hanno goduto, almeno nelle fasi iniziali, di un'elevata legittimazione democratica. È un approccio che si è distinto dagli orientamenti prevalenti negli Stati Uniti e si è avvicinato per alcuni aspetti agli studi europei sulla materialità del diritto e sulle culture costituzionali, salva l'impronta marcatamente weberiana dello studioso americano. Gli autori continentali, per parte loro, appaiono più vicini a una qualche idea dell'esperienza giuridica e sembrano avere una diversa concezione dei rapporti tra storia e costituzione, forse più simile a quella ackermaniana in "We the People". Condivido, comunque, l'osservazione di Denis Baranger, secondo il quale «*Revolutionary Constitutions* pone una sfida alle tipologie esistenti e alle ricostruzioni teoriche dei regimi politici comparati»¹²⁹.

Non mancano, certo, i profili problematici. Accanto a quelli che si sono segnalati nel testo, relativi all'ambivalenza, non apertamente tematizzata, di alcuni concetti costituzionali e al ridimensionamento delle questioni storiografiche relative all'interpretazione delle singole rivoluzioni, se ne possono aggiungere altri, variamente evidenziati dai commentatori. Si tratta di alcune forzature che ingabbiano gli eventi in una ricostruzione troppo uniformizzante, di una eccessiva separazione fra i tre *pathways*, di una marginalizzazione della dottrina costituzionalistica, e di un progressivo slittamento da un costituzionalismo politico a un costituzionalismo giuridico caratterizzato dalla *judicial supremacy* e dalla burocratizzazione dei processi decisionali, che lascia scolorire il significato della costituzione come simbolo dell'autonomia politica e dell'autogoverno

¹²⁶ Cfr. A.K. THIRUVENGADAM, *Evaluating Bruce Ackerman's "Pathways to Constitutionalism" and India*, cit., 686-687; J. FOWKES, *Choosing to Have Had a Revolution*, cit., 519 ss.; A. Arato, *Revolution on a Human Scale*, cit., 137, 149 ss., e in generale gli scritti di Ginsburg di cui *supra*, nn. 17, 24.

¹²⁷ Anche su tali specificità la dottrina comparatistica insiste da tempo: mi limito a richiamare, tra i molti e oltre agli autori menzionati *supra*, nn. 57-58, U. BAXI, *The Colonialist Heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 46 ss.; C. SBAILÒ, *Islamismo e costituzionalismo: la problematica compatibilità*, in *Percorsi Cost.*, 2/3 2013, 89 ss.

¹²⁸ Cfr. B. MARQUARDT, *Historia mundial del estado. El estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2014. Il punto è stato rimarcato anche da M. LOUGHLIN, al seminario di cui *supra* (n. 3).

¹²⁹ D. BARANGER, *Constitutionalism and Society: Ackerman on Worldwide Constitution-Making and the Role of Social Forces*, in R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 67.

democratico¹³⁰. E, tuttavia, tutto ciò non sminuisce l'originalità e la ricchezza dell'opera dello studioso di Yale, la quale ha contribuito a restituire vitalità a un concetto – quello di rivoluzione – che nell'ultimo periodo è apparso piuttosto in declino¹³¹. Non possiamo quindi non attendere con grande interesse i successivi due volumi della trilogia, magari aspettandoci – visto il precedente percorso di “We the People” – anche qualche sorpresa¹³².

¹³⁰ Sui vari aspetti v. tra gli altri R. GARGARELLA, *Bruce Ackerman's Theory of History*, cit., 87 ss., 96 ss.; D. BARANGER, *Constitutionalism and Society*, cit., 77 ss.; A. ARATO, *Revolution on a Human Scale*, cit., 143 ss.; T. GINSBURG, *Charismatic Fictions and Constitutional Politics*, cit., 172 ss.; J. FOWKES, *Choosing to Have Had a Revolution*, cit., 516 ss.; S. GARDBAUM, *Uncharismatic Revolutionary Constitutions*, in R. ALBERT (ed.), *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 195 ss., 213 ss. Con particolare riguardo all'Italia v., da diverse angolature, le precisazioni relative all'interpretazione della rivoluzione, al ruolo di De Gasperi, alla centralità dei partiti e del Parlamento, e altresì ai vincoli procedurali alla giurisdizione della Corte costituzionale di M. CARTABIA, *The Italian Constitution as a Revolutionary Agreement*, cit., 453 ss.; D. TEGA, *The Constitution of the Italian Republic*, cit., 690 ss.; N. ZANON, *Some Remarks on Bruce Ackerman's Revolutionary Constitutions*, cit., 9 ss.; C. PINELLI, *Revolutionary Constitutionalism*, cit., 15 ss. Sull'ultimo punto menzionato nel testo v. diversamente D. GRIMM, *A Political, not a Legal History of the Rise of Worldwide Constitutionalism*, cit., 25 ss., per il quale le prime tre fasi sarebbero caratterizzate da un approccio prevalentemente politico e l'ultima, dove i protagonisti sono i giudici costituzionali, non rileva tanto per la qualità dell'interpretazione giuridica ma per gli atti di *judicial statemanship*.

¹³¹ P. PRODI, *Il tramonto della rivoluzione*, Bologna, il Mulino, 2015, 7 ss., 95 ss.

¹³² L'attesissimo terzo volume di “We the People”, che avrebbe dovuto intitolarsi “Interpretations”, è uscito a distanza di molti anni con il titolo “Civil Rights Revolution”. Chissà se gli innumerevoli commenti pervenuti all'autore dopo “Revolutionary Constitutions”, ma anche i cambiamenti negli scenari della politica internazionale, non gli suggeriscano qualche modifica al piano dell'opera.



Laura Frosina*

Emarginazione e autoemarginazione delle *Cortes Generales* nella recente evoluzione della forma di governo parlamentare**

SOMMARIO: 1. Evoluzioni e involuzioni della forma di governo monarchico-parlamentare. - 2. I primi segnali della debolezza parlamentare nel processo di formazione dell'Esecutivo: le fallite sessioni di investitura e gli scioglimenti automatici delle *Cortes Generales* (2015-2019). - 3. Il carattere *distruttivo* della mozione di sfiducia costruttiva e il ridimensionamento della funzione di controllo politico. - 4. La crisi del Parlamento legislatore e l'abuso della decretazione d'urgenza. - 5. Il Parlamento dinanzi alla pandemia e il suo ruolo *diluido* durante la vigenza degli stati di allarme. - 6. Riflessioni conclusive: la necessità di fermare la emarginazione parlamentare.

1. *Evoluzioni ed involuzioni della forma di governo monarchico-parlamentare*

Il costituente spagnolo del 1978 – come è noto – ha disegnato un sistema costituzionale fondato sulla democrazia rappresentativa e sulla centralità istituzionale del Parlamento bicamerale, composto dal Congresso dei Deputati e dal Senato (cd. *Cortes Generales*), nel quadro di una forma politica monarchico-parlamentare¹. L'articolo 66 della Costituzione assegna alle *Cortes Generales*, che rappresentano il popolo spagnolo detentore della sovranità nazionale, la titolarità di funzioni costituzionali fondamentali per il funzionamento dello Stato, ossia quella legislativa, l'approvazione del bilancio e il controllo sull'azione del Governo. Per comprendere a pieno il ruolo delle Camere nel sistema politico-costituzionale occorre, tuttavia, ricostruirne le funzioni nel quadro della concreta articolazione della forma di governo². Quest'ultima, fortemente ispirata al modello del cancellierato tedesco delineato nella Legge Fondamentale, si basa su una profonda razionalizzazione dei rapporti tra i poteri Legislativo ed Esecutivo, che trova – a sua volta – i suoi capisaldi nel bicameralismo imperfetto sbilanciato in favore del Congresso dei Deputati, nell'esclusivo rapporto fiduciario intercorrente tra questa Camera e il

* Rtdb di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Sul tema si rinvia, in particolare, a A. LARIO, *Democracia y Monarquía en el debate constituyente de 1978*, in *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, n. 18, 2019, 165-191, che evidenzia come la terminologia “forma politica” impiegata dal costituente sia stata oggetto di diversi emendamenti da parte di chi aspirava a ricondurre la monarchia parlamentare nell'alveo della forma di governo o della forma di stato; la scelta terminologica “forma politica” prevalse proprio per la capacità di esprimere un compromesso tra la nozione di forma di stato, che avrebbe avuto l'effetto di potenziare eccessivamente la figura del sovrano nell'ordinamento spagnolo, e quello di forma di governo, che per converso avrebbe avuto l'effetto di comprimerne eccessivamente il ruolo.

² J. SOLÉ TURA, M. A. APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Madrid, Tecnos, 1984; I. MOLAS, I. PITARCH, *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de gobierno*, Madrid, Tecnos, 1987.

Governo, e nel rafforzamento della figura istituzionale del Presidente del Governo³. Elementi questi che confermano a pieno la scelta del costituente, liberatosi dal “complesso del tiranno”, a favore di un regime parlamentare ampiamente razionalizzato.

Come osserva infatti Roberto Blanco Valdés, la stabilità politica e la governabilità hanno rappresentato delle caratteristiche costanti della vita politica spagnola post-costituzionale⁴. A partire dalla fine della *Transizione*, la stabilità politica si è andata progressivamente consolidando, convertendosi -secondo il parere concorde della dottrina- in uno dei contrassegni distintivi del parlamentarismo spagnolo⁵.

Il sistema di bipartitismo imperfetto fondato sul quasi integrale duopolio parlamentare del *Partido socialista obrero español* (Psoe) e del *Partido popular* (Pp)⁶, gli effetti distorsivi del sistema elettorale proporzionale adottato per la elezione dei membri del Congresso dei Deputati⁷, la costituzione di Governi monopartitici prevalentemente maggioritari⁸, sono alcuni dei fattori che hanno indirizzato, e attestato, la evoluzione in senso pienamente maggioritario della forma di governo nella prassi⁹.

I primi segnali del cambiamento hanno iniziato a registrarsi a partire dalla grave crisi economica e finanziaria globale, esplosa tra la fine del 2007 e l'inizio del 2008, che ha colpito in maniera particolarmente dura la Spagna. Il profondo malessere sociale scaturito da tale crisi ha condotto alla nascita del movimento degli *indignados*, conosciuto anche come *Movimiento del 15 - M*, che è confluito nel voto di protesta in favore di *Podemos*, determinando l'avvio di un nuovo corso politico, cd. *nueva política*¹⁰, segnato da una strutturazione del sistema partitico in senso maggiormente pluralistico. Le elezioni politiche del 2015, quale spartiacque fondamentale nella involuzione della forma di governo, hanno certificato questo nuovo *trend* di maggiore pluralismo

³ A. BAR CENDÓN, *El presidente del Gobierno en España. Encuadre constitucional y práctica política*, Madrid, Civitas, 1983; O.I., MATEOS Y DE CABO, *El presidente del Gobierno en España. Status y funciones*, Madrid, La Ley, 2006.

⁴ L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n.109, 2017, spec. 66.

⁵ G. AZCÁRATE, *El régimen parlamentario en la práctica*, Madrid, Imprenta de Fontanet, 1885.

⁶ Il sistema spagnolo di bipartitismo imperfetto, affermatosi a partire dalle elezioni del 1982, si fonda sulla esistenza di due grandi partiti nazionali, il Psoe e il Pp, che si sono alternati al Governo riuscendo ad ottenere ampie maggioranze parlamentari. Come, ad esempio, i socialisti che ottennero maggioranze assolute schiaccianti nelle elezioni generali del 1982, 1986, 1989, e i popolari nelle elezioni del 1999. Dalle elezioni del 1982 fino a quelle del 2015, i due partiti protagonisti del regime parlamentare sono riusciti a controllare circa l'80% dei seggi in seno al Congresso dei Deputati, oscillando dai 321 seggi del 2008, corrispondenti al 92% del totale, ai 268 del 1986, corrispondenti a un 77% del totale. A questi due principali partiti si affiancano alcuni partiti nazionalisti e regionalisti, molto radicati nelle Comunità autonome di appartenenza, come ad esempio il *Partido Nacionalista Vasco*, *Esquerra Republicana de Cataluña* e *Coalición Canaria*, che negli anni sono riusciti a conquistare la quota rimanente di seggi, convertendosi -in alcune legislature- nell'ago della bilancia per la investitura e la formazione del Governo.

⁷ Sul funzionamento dei sistemi elettorali e sui potenziali effetti distorsivi di alcuni variabili si rinvia, per tutti, alle riflessioni di F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981. Sulle connessioni tra sistema elettorale e sistema partitico nell'ordinamento spagnolo si v., invece, M. A. PRESNO LINERA, *Régimen electoral («maquiavelico») y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 104, 2015, 13-48.

⁸ Su questi temi in chiave comparata e, in particolare sulla Spagna, si v. S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 1997; S. CERRERI, *Partiti e gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze, Firenze University Press, 2005, 360.

⁹ Sulla evoluzione in senso maggioritario e presidenziale della forma di governo parlamentare si rinvia, in particolare, a C. VIDAL PRADO, *Il presidenzialismo e il sistema parlamentare di governo in Spagna*, in *Rassegna parlamentare*, n. 4, 2001, 909 ss; R. L. BLANCO VALDÉS, *Il parlamentarismo presidenzialista spagnolo*, in A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, N. OLIVETTI RASON (a cura di), *La presidenzializzazione degli Esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007; J. L. PANIAGUA, *España: un parlamentarismo racionalizado de Corte Presidencial*, in J. LÁNZARO (coord.), *Presidencialismo y parlamentarismo. América Latina y Europa Meridional: Argentina, Brasil, Chile, España, Italia, México, Portugal y Uruguay*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, 225-268.

¹⁰ R. L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente...*, cit., 77.

partitico, decretando quello che è stato interpretato da molti Autori della dottrina come la fine del bipartitismo imperfetto¹¹.

Tenendo conto di questi recenti cambiamenti politici e osservando la ultra quarantennale prassi costituzionale, è possibile distinguere nella evoluzione della forma di governo tre diverse fasi: la prima, che va dall'entrata in vigore della Costituzione del 1978 fino al 1982, fondata sulla centralità del Parlamento nel sistema istituzionale, su un sistema di multipartitismo temperato ancora in via di definizione, e, infine, sulla presenza di Governi minoritari e instabili della *Unión de Centro Democrático* (UCD); la seconda, che va dal 1982 fino al 2015, in cui si consolida una forma di governo parlamentare maggioritaria, e in alcuni fasi ipermaggioritaria¹², caratterizzata da un sistema di bipartitismo “imperfetto”, dalla preminenza del Presidente del Governo, e dalla presenza di Governi monocolori, maggioritari o minoritari (che, in quest'ultimo caso, ricorrono ad accordi programmatici, cd. *accordi di governabilità*, con i principali partiti nazionalisti e regionalisti per garantire la stabilità durante la legislatura)¹³; e infine la terza, in totale controtendenza rispetto alla precedente, che va dal 2015 ad oggi, in cui l'ingresso di nuovi partiti in Parlamento, come ad esempio *Podemos*, *Ciudadanos*, *Vox*, scardina quel sistema di bipartitismo imperfetto e introduce un sistema di multipartitismo *fragmentado*¹⁴, che produce effetti degenerativi sul funzionamento della forma di governo, attestati dal ricorso a frequenti elezioni, dalle plurime difficoltà nella costituzione dei nuovi Governi, seppur di minoranza, e infine, da una maggiore instabilità governativa.

È necessario osservare che i cambiamenti ascrivibili a questa ultima fase sono avvenuti in un periodo di trasformazioni ed emergenze epocali di natura economica, sociale, ambientale, amplificate in questi ultimi due anni soprattutto dall'esplosione della pandemia del Covid-19. Queste trasformazioni hanno contribuito, a loro volta, ad alimentare alcuni fenomeni di populismo, antipolitica, antiparlamentarismo, cui si è accompagnato un più generale sentimento popolare di sfiducia verso la politica e le istituzioni¹⁵.

La necessità di affrontare le nuove sfide e le emergenze politico-costituzionali, unitamente al divampare di questi fenomeni di antipolitica e antiparlamentarismo, ha contribuito, in linea generale, ad accrescere ulteriormente il protagonismo istituzionale del Governo e a depotenziare

¹¹ Si v., tra i tanti, in particolare, R. L. BLANCO VALDÉS, *Spagna: La fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n. 2, 2018, 359 ss; O. SÁNCHEZ MUÑOZ, *El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, 237 ss, che si interroga sulla possibile evoluzione del sistema partitico nella direzione di un nuovo bipartitismo o in quella di un multipartitismo bipolare.

¹² O anche definita in senso critico come parlamentarismo presidenziale da chi ne critica l'eccessivo rafforzamento del Presidente avvenuto a detrimento della democrazia rappresentativa. In questa direzione si rinvia, in particolare, alle considerazioni di O.I. MATEOS Y DE CABO, *op. cit.*, 401, che descrive questa evoluzione in termini di parlamentarismo distorto e di presidenzialismo incompiuto e vede nella rivitalizzazione del Parlamento e della sua azione di controllo politico sul Governo l'unico rimedio per superare la crisi del parlamentarismo e della democrazia.

¹³ Sui Governi minoritari si rinvia a J. M. RENÍU VILLAMALA, *La formación de Gobiernos minoritarios en España (1977- 1996)*. Madrid, CIS, 2002.

¹⁴ Parla espressamente di *multipartidismo fragmentado* C. FERNÁNDEZ ESQUER, *Desproporcionalidad y gobernabilidad*, in *Agenda Pública*, 29-3-2016.

¹⁵ Sulla mancanza di una cultura della democrazia rappresentativa insiste, in particolare, M. ARAGÓN REYES, *Legislatura fallida y investidura convulsa. Análisis y consecuencias*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, 31, il quale osserva come la pretesa di far valere la democrazia della *calle* o della *gente*, proponendo la democrazia diretta come la più vera rispetto alla democrazia rappresentativa, rischi di condurre alla distruzione della democrazia.

il ruolo del Parlamento, favorendo una tendenza alla *deparlamentarizzazione* della vita politico-costituzionale¹⁶.

L'obiettivo di questo articolo è, dunque, quello di valutare i contorni e la entità di questo fenomeno di generale indebolimento delle *Cortes Generales*, le cui origini sono da ricercare in una crisi più risalente nel tempo, attraverso una ricostruzione del ruolo e dell'azione delle Camere in questi anni di grandi stravolgimenti politici e istituzionali, aggravati, da ultimo, dalla emergenza pandemica ancora in corso.

2. I primi segnali della debolezza parlamentare nel processo di formazione dell'Esecutivo: le fallite sessioni di investitura e gli scioglimenti automatici delle Cortes Generales (2015-2019)

Una delle prime conseguenze ascrivibili a questo nuovo contesto di multipartitismo *fragmentado*, che ha rilevato la debolezza della istituzione parlamentare nell'affrontare la crisi del sistema partitico, è legata alle difficoltà riscontrate nei processi di formazione dell'Esecutivo e ai connessi fenomeni di instabilità politica e governativa. Ne sono una testimonianza emblematica gli inediti fallimenti dei processi di investitura e costituzione dei nuovi Esecutivi avvenuti nel periodo compreso tra il 2016 e il 2019, che hanno creato lunghe situazioni di *impasse* politico-istituzionale, obbligando i Governi dimissionari a rimanere in carica ed a ricorrere a ripetute e ravvicinate elezioni politiche¹⁷.

I tentativi di investitura compiuti in questo lasso temporale in seno al Congresso dei Deputati, specificamente in seguito alle elezioni del 20 dicembre del 2015 e del 28 aprile del 2019, non sono riusciti a prosperare secondo i tempi e i modi indicati dall'articolo 99 Cost., portando al conseguente scioglimento automatico delle Camere previsto dal comma 5 di tale articolo¹⁸.

Si tratta di una situazione costituzionale inedita, che ha visto il Paese per ben due volte guidato da Governi provvisori rimasti in carica fino all'insediamento dei nuovi Esecutivi¹⁹. Nella storia

¹⁶ E. GÓMEZ CORONA, *La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un parlamento diluido*, in *Revista de Derecho Político*, n.111, 2021, 110 ss.

¹⁷ I falliti processi di investitura dei nuovi Governi hanno reso obbligatorio il ricorso a nuove elezioni incidendo sulla durata limitata delle legislature susseguites in questa nuova fase politica. La XI legislatura è durata pochi mesi, dal 13 gennaio 2016 al 3 maggio 2016, perché il Congresso dei Deputati, dopo il fallimento dell'investitura del candidato socialista, Pedro Sánchez, non è riuscito a votare la fiducia a un nuovo candidato *premier* nei due mesi successivi alla prima votazione. La XII legislatura, invece, è iniziata il 19 luglio 2016, con la investitura del Governo di Mariano Rajoy, ed è terminata il 5 marzo 2019; durante questa legislatura è stata approvata, il 1 giugno del 2018, la mozione di sfiducia costruttiva contro il Governo in carica che ha portato alla formazione del Governo *iperminoritario* guidato da Pedro Sánchez; la XIII legislatura ha avuto una durata temporale limitata dal 21 maggio 2019 al 24 settembre 2019, perché, in seguito al fallimento della prima votazione di investitura, il *Psoe e Unidas Podemos* non sono riusciti a pervenire ad un accordo per la formazione del nuovo Esecutivo. La XIV legislatura, che è iniziata il 3 dicembre 2019 ed è attualmente in corso, si è contraddistinta per la costituzione nel suo ambito del primo Governo di coalizione tra *Psoe/Unidas Podemos*, che si presenta come un Governo minoritario a guida socialista.

¹⁸ Per un commento sistematico di tale articolo si v. A. BAR CENDÓN, *Artículo 99. Nombramiento del presidente del Gobierno. En O. Alzaga (dir.). Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, Madrid, Edersa, 1998; J. VINTRÓ, *Comentario al artículo 99*, in M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO y M. E. CASAS BAHAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009.

¹⁹ Durante i lunghi intervalli temporali intercorsi tra la costituzione delle *Cortes Generales* e la costituzione dei nuovi Governi, i Governi uscenti sono rimasti in funzione, ai sensi dell'art.101. comma 2 Cost. Nel primo caso il Governo Rajoy è rimasto in carica dal 21 dicembre 2015 al 28 novembre 2016. Nel secondo caso il Governo Sánchez è rimasto in carica dal 29 aprile 2019 fino al 8 gennaio 2020. Sul ruolo e le funzioni costituzionali di tali Governi si rinvia, in particolare, a M. CARRILLO, *Las atribuciones del Gobierno en funciones*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, 122 ss.

della democrazia parlamentare non era mai accaduto che il Congresso dei Deputati non riuscisse a portare a termine l'investitura del Governo, che rappresenta in ordine cronologico uno dei suoi primi compiti istituzionali nel quadro della forma di governo parlamentare. Per la prima volta, quindi, si è fatto ricorso allo scioglimento anticipato automatico delle Camere, decretato formalmente dal Re e controfirmato dal Presidente del Congresso, contemplato come meccanismo di salvaguardia del sistema costituzionale in caso di conclamata incapacità di individuare una maggioranza parlamentare-governativa.

In seguito alle elezioni del 2015 si verificò, anzitutto, un fatto inedito, poiché Mariano Rajoy, leader del partito vincitore delle elezioni, indicato informalmente dal Re Felipe VI come candidato alla presidenza, rifiutò di sottoporsi alla procedura di investitura ritenendo di non avere gli appoggi parlamentari sufficienti²⁰. In sua sostituzione, fu designato dal Re il leader del partito socialista, Pedro Sánchez, il quale, pur riuscendo a siglare un accordo con *Ciudadanos*, non ottenne la investitura fiduciaria del Congresso dei Deputati né in prima né in seconda votazione²¹. Il dibattito e la votazione di investitura del candidato socialista consentirono, però, di fissare il *dies a quo* per calcolare i due mesi indicati dall'articolo 99, trascorsi i quali, in assenza di nuove proposte, si pervenne allo scioglimento delle Camere. Non era mai accaduto prima che un candidato regio si rifiutasse di sottoporsi al dibattito di investitura, né che il Congresso dei Deputati non riuscisse nell'arco temporale di due mesi a sua disposizione ad investire, a maggioranza assoluta o relativa, un Presidente secondo quanto previsto dal dettato costituzionale. E soprattutto, prima di allora, non era mai stato applicato il meccanismo dello scioglimento anticipato di cui al comma 5, dell'articolo 99, che portò alla celebrazione di nuove elezioni il 26 giugno del 2016²². Queste elezioni replicarono, seppur non integralmente, quel risultato di pluralismo e frammentazione partitica delle precedenti elezioni, ma consolidarono la maggioranza del Pp e la sua posizione di primo partito in seno al Congresso dei Deputati. Ciò condusse alla formalizzazione della candidatura di Mariano Rajoy alla presidenza del governo, che, dopo il fallimento delle due prime votazioni di fiducia, conseguì, il 29 ottobre, la faticosa investitura a

²⁰ Parte della dottrina giuridica e politologica si è pronunciata contro la decisione di Mariano Rajoy di sottrarsi alla proposta avanzata dal Re, benché non formalizzata in un atto ufficiale, di candidarsi alla presidenza del governo per ottenere la investitura fiduciaria da parte del Congresso dei Deputati. A tal proposito, si rinvia, in particolare, alle considerazioni critiche di E. GÓMEZ CORONA, *La desparlamentarización del sistema político español...*, cit., la quale osserva come la rinuncia alla candidatura impedisca lo svolgimento del dibattito e della votazione di investitura, lasciando il Congresso dei Deputati in una situazione di *impasse* nello svolgimento di questo primo importante compito istituzionale. In senso contrario si è espresso, invece, R. L. BLANCO VALDÉS, *El año que vivimos peligrosamente*, cit., 99, secondo il quale Rajoy, come leader del partito vincitore delle elezioni, non risultava obbligato né politicamente né giuridicamente ad accettare la proposta regia di candidarsi alla presidenza, non avendo alcuna ragionevole probabilità di ottenere la investitura sulla base dei numeri esistenti in Parlamento.

²¹ Il 3 febbraio la Casa Reale presentò la candidatura di Pedro Sánchez, dopo aver concluso il secondo giro di consultazioni con i rappresentanti dei gruppi parlamentari. Il 2 marzo si svolse la prima votazione in seno al *Pleno* del Congresso per la investitura del nuovo Presidente, in cui non si raggiunse la maggioranza assoluta. Nella seconda votazione del 4 marzo, avvenuta a distanza di 48 ore dalla prima, non si conseguì nemmeno la maggioranza relativa e ciò consacrò il fallimento della investitura di Sánchez. A partire dal 2 marzo iniziarono a decorrere i termini per il computo dei due mesi per lo scioglimento automatico delle Camere. Questo termine spirò senza alcun esito: il Re non svolse consultazioni ulteriori né presentò ulteriori candidature. Il 2 maggio il Re sciolse le Camere e convocò nuove elezioni il 26 giugno con decreto controfirmato dal Presidente del Congresso.

²² Sulla ricostruzione di questa vicenda si v. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *La formación de Gobierno en el nuevo contexto multipartido. Crónica política y legislativa del año 2016*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, sulle conseguenze di questa nuova fase politica sul regime parlamentare si v. M. ARAGÓN REYES, *Legislatura fallida y investidura convulsa. Análisis y consecuencias*, cit., p. 30 ss. Sulle conseguenze di queste elezioni e sulla riconfigurazione del sistema partitico si v., in particolare, O. SÁNCHEZ MUÑOZ, *El fin (momentáneo) del bipartitismo en España: análisis de los resultados electorales de 2015 y 2016*, cit., 237.

maggioranza relativa, soprattutto grazie all'astensione praticata dai deputati socialisti in seguito ad una serie di vicende interne al partito²³.

Il secondo scioglimento anticipato delle *Cortes Generales*, dovuto sempre alla incapacità di costituire il nuovo Esecutivo, fu invece successivo alle elezioni del 28 aprile del 2019. All'indomani di quelle elezioni il candidato regio alla presidenza, Pedro Sánchez, leader del partito maggioritario, non riuscì ad ottenere la investitura a causa del mancato accordo raggiunto con il suo potenziale alleato di Governo, *Unidas Podemos*, che aspirava a costituire sin da subito un Governo di coalizione, a cui i socialisti si dichiararono inizialmente contrari. Il dibattito e la votazione di investitura si celebrarono nel mese di luglio riportando un esito negativo e le Camere furono sciolte senza compiere un ulteriore tentativo di investitura²⁴. Questo secondo caso di scioglimento risultò più problematico del primo, perché dimostrò come questa scelta fosse più la conseguenza di una forzatura politica del partito di maggioranza che di una oggettiva impossibilità nella costituzione di una maggioranza parlamentare. Il partito di maggioranza dimostrò di essere più favorevole alla celebrazione di nuove elezioni che alla continuazione della negoziazione con *Unidas Podemos*²⁵. In questa situazione un ruolo chiave è stato giocato dal Presidente del Congresso dei Deputati, e in misura minore dal Monarca, che sono stati ritenuti da una parte della dottrina responsabili di non aver incentivato gli attori politici a compiere ulteriori tentativi per la investitura del nuovo Governo²⁶. Come è stato osservato, in questa congiuntura particolare, le decisioni della presidenza del Congresso non furono adottate in funzione degli interessi della Camera, quanto piuttosto in funzione di quelli del partito maggioritario.

La celebrazione di nuove elezioni il 10 novembre del 2019 e il cambio repentino di attitudine dei due potenziali alleati di Governo hanno portato, poi, il 17 gennaio del 2020, alla investitura di Pedro Sánchez e alla costituzione del primo Governo di coalizione della democrazia costituzionale post-franchista che è attualmente ancora in carica.

I comportamenti messi in atto dai principali soggetti politici e istituzionali coinvolti nelle dinamiche di investitura descritte, quali, ad esempio, la rinuncia di Mariano Rajoy alla candidatura alla presidenza, il mancato ulteriore tentativo di investitura prima della scadenza del termine dei

²³ Le prime votazioni di investitura successive alle elezioni si tennero, rispettivamente, il 31 agosto e il 2 settembre, senza ottenere esito positivo. Alcuni avvenimenti politico-elettorali, tra cui le elezioni Paese Basco e in Galizia celebratesi nel mese di settembre 2016, rafforzarono la posizione del Pp e indussero il Re a ripresentare la candidatura di Mariano Rajoy. Quest'ultimo fu investito il 29 ottobre a maggioranza relativa, a distanza di 48 ore dalla prima votazione in cui non riuscì a raggiungere la maggioranza assoluta. In questa seconda votazione, Rajoy ottenne la investitura con i 170 voti a favore del Pp e di *Ciudadanos*, 111 contrari e 69 astensioni.

²⁴ Si v. il Real Decreto n. 551/2019, BOE n. 230 del 24 settembre, con cui si sciolsero le camere e si convocarono nuove elezioni il 10 novembre.

²⁵ Si rinvia, in particolare, alle considerazioni di E. GOMEZ CORONA, *La desparlamentarización del sistema político español.*, cit., 119 ss., la quale osserva che lo "scioglimento delle *Cortes Generales* dopo una unica sessione di dibattito e votazione di investitura assume molto gravità". Secondo l'A. il mancato tentativo di una ulteriore investitura, sostanzialmente per volontà della presidenza del congresso e del partito maggioritario, implicò una aprioristica e ingiustificata rinuncia ad un secondo tentativo di costituire il nuovo Governo, nonostante non vi fosse alcuna certezza circa l'esito di una ulteriore votazione. A tal proposito l'A. si esprime in senso molto critico nei confronti della presidenza del Congresso, e meno critico nei confronti del Capo dello Stato. Secondo l'A., mentre il Capo dello Stato riveste un ruolo meramente simbolico di arbitro e mediatore, la presidenza riveste un ruolo cruciale nel convocare o meno una sessione di investitura. Della stessa A. si v. anche, *Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la prorrogatio gubernamental*, in *Revista de Derecho Político*, n. 96, 2016, 149 ss.

²⁶ Sulle problematiche legate alla formazione del Governo e all'applicazione dell'articolo 99, con particolare riferimento al ruolo del Re e al Presidente del Congresso, si v., in particolare, J. J. SOLOZABAL ECHVARRÍA, *La problemática constitucional de la formación del Gobierno y la intervención del monarca en nuestro régimen parlamentario*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 109, 2017, 35-61. Sulla opportunità di una riforma costituzionale di tale articolo si v., in particolare, O. MATEOS Y DE CABO, *La elección parlamentaria del Presidente del Gobierno en España: análisis normativo, estabilidad institucional y propuesta de reforma del artículo 99, 5 de la Constitución española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 111, 2017, 155-184.

due mesi nella XIII legislatura, dimostrano la scarsa rilevanza assegnata al dibattito e alla votazione di investitura e la sua conversione in una mera ratifica di accordi di natura extraparlamentare. È emersa dunque una chiara sfiducia verso la sessione di investitura come possibile momento coagulante di consenso politico-parlamentare attorno alla figura del *premier* e al suo programma politico. Ciò dimostra come il tramonto del bipartitismo *imperfecto*, divenuto sempre *meno perfecto*, non sia stato usato dalle forze politiche come un'occasione per stringere alleanze parlamentari post-elettorali e rilanciare la centralità del dibattito e della votazione di investitura e, più in generale, della istituzione parlamentare.

Le inedite dinamiche politico-costituzionali commentate sono, piuttosto, un chiaro indice dell'indebolimento del ruolo del Congresso dei Deputati nel processo di formazione del Governo e nell'instaurazione iniziale dell'indispensabile legame fiduciario, che rappresenta il cuore della forma di governo parlamentare²⁷.

3. *Il carattere distruttivo della mozione di sfiducia costruttiva e il ridimensionamento della funzione di controllo politico*

Un altro episodio costituzionale inedito ascrivibile a questa fase di cd. *nueva política*, che ha rilevato la debolezza della democrazia parlamentare e del parlamentarismo razionalizzato, consiste nell'approvazione a larga maggioranza della mozione di censura costruttiva durante il corso della XII legislatura. Come è noto, si tratta della prima mozione di censura costruttiva approvata nel corso della storia della democrazia parlamentare dell'ultimo quarantennio²⁸, che ha portato alla destituzione del Governo Rajoy e alla contestuale investitura di Pedro Sánchez. L'epilogo positivo della sfiducia costruttiva è dipeso sostanzialmente dalla straordinaria crisi politica che ha travolto il Pp e alcuni suoi dirigenti politici, condannati per gravi reati di corruzione

²⁷ Sulla centralità del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo nel quadro della forma di governo parlamentare si rinvia, per tutti, alle riflessioni di M. GALIZIA, *Lineamenti generali del rapporto di fiducia fra parlamento e governo*, Milano, Giuffrè, 1959; Id., *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. 17, Milano, Giuffrè, 1968, 388-427.

²⁸ L'istituto della sfiducia costruttiva è uno strumento di razionalizzazione della forma di governo parlamentare rivolto a promuovere la stabilità governativa, anche in funzione di deterrenza per evitare l'insorgere di crisi parlamentari al buio. Per una ricostruzione della configurazione costituzionale dell'istituto si v. E. VIRGALA FORURIA, *La moción de censura en la Constitución de 1978*, Madrid, Ceps, 1988. È noto anche come tale istituto sia stato utilizzato raramente e con un rendimento scarso nella prassi costituzionale. Prima della mozione del 2018 si è fatto ricorso alla *moción de censura constructiva* soltanto in tre occasioni e sempre senza successo. La prima volta risale al 21 maggio del 1980 quando fu presentata da 36 deputati socialisti contro il Governo centrista di Adolfo Suárez, indicando Felipe González come candidato alla presidenza. La mozione non riuscì a prosperare perché ottenne 152 voti a favore, rispetto ai 176 necessari per la sua approvazione, ma palesò tuttavia la instabilità politica del Governo in carica. La seconda, invece, fu presentata il 23 marzo del 1987 dall'allora partito di *Alianza Popular* contro il governo socialista di Felipe González, con l'indicazione di Hernández Mancha come candidato alla presidenza. La mozione conquistò soltanto 66 voti, confermando la debolezza dell'opposizione parlamentare, l'assenza di una valida alternativa di governo e, di contro, la solidità del Governo socialista. Infine, la terza mozione fu presentata nella primavera del 2017, contro il Governo Rajoy da parte di *Unidas Podemos*, che propose la candidatura di Pablo Iglesias alla presidenza. La mozione venne respinta con 170 voti contrari e 82 favorevoli, confermando l'impossibilità di coagulare intorno alla figura di Iglesias un consenso parlamentare sufficiente a formare un nuovo governo, e contribuendo, per converso, a rafforzare il Governo minoritario di Rajoy a livello politico-istituzionale. Nella prassi la sfiducia costruttiva ha quindi snaturato la sua funzione convertendosi principalmente in uno strumento di propaganda politica del principale partito dell'opposizione con cui dare visibilità parlamentare al proprio candidato alla *premiership* e al proprio programma politico alternativo. Su questi temi sia consentito il rinvio a L. FROSINA, *Da Rajoy a Sánchez. La rivalutazione dell'istituto della sfiducia costruttiva nella forma di governo parlamentare spagnola*, in *Nomos*, n. 2, 2018.

finanziaria con la storica sentenza *Gürtel* dell'*Audiencia Nacional* di Madrid²⁹. La sentenza segnò l'inizio di un crollo inarrestabile del partito di Governo. In questo scenario di crisi, la mozione presentata dal candidato socialista raccolse, il 1° giugno del 2018, un consenso trasversale inedito da parte di forze politiche eterogenee, ottenendo 180 voti favorevoli, un'astensione e 169 voti contrari³⁰. L'esteso consenso politico fu il frutto della comune volontà di destituire il Governo in carica, piuttosto che la conseguenza del pieno sostegno al candidato socialista e al suo programma politico. Lo dimostra il fatto che durante il dibattito sulla mozione di censura il sostituto candidato premier non presentò un programma alternativo, ma dichiarò che avrebbe continuato a governare con il bilancio del Governo sfiduciato e che l'obiettivo del suo Governo sarebbe stato di ristabilire prima di tutto la stabilità politica e poi di convocare elezioni generali³¹. Lo dimostra anche il tenore degli interventi di alcuni parlamentari di *Unidas Podemos*, *Erc*, *Pnv* che, pur votando a favore della mozione, dichiararono un profondo scetticismo rispetto all'orizzonte temporale e al raggio di azione del nuovo Governo sorto da un consenso politico puramente negativo espresso nella votazione di censura³². Fu chiaro sin dall'inizio che il Governo iperminoritario guidato da Sánchez non avrebbe avuto lunga durata e che la maggioranza parlamentare fittizia di sostegno al suo Governo, unita soltanto dalla volontà di destituire il Governo e priva di alcuna coesione politica, non sarebbe stata in grado di portare avanti un programma politico unitario. E così fu. A distanza di neanche un anno dalla costituzione del nuovo Governo, gli alleati parlamentari secessionisti catalani, che videro infrante le aspirazioni all'apertura di un negoziato politico sulla questione indipendentista, presentarono un cd. *enmienda a la totalidad* sul progetto di legge di bilancio 2019, che condusse allo scioglimento anticipato delle Camere e alla fine prematura della legislatura³³.

La brevissima vita del Governo sorto dalla mozione di sfiducia è una dimostrazione del fallimento dell'esperimento compiuto attraverso questo istituto, che- come è stato osservato da alcuna dottrina- è stato animato da uno spirito eminentemente distruttivo e, dunque, snaturato della sua funzione costruttiva prevista dal dettato costituzionale³⁴. Il risorgimento di un istituto³⁵, scarsamente utilizzato durante la lunga evoluzione della forma di governo in senso maggioritario

²⁹ Si tratta della sentenza n. 20/2018, del 24 maggio 2018, della sezione seconda della Sala Penale dell'*Audiencia Nacional* di Madrid sul caso *Gürtel*, che ha denunciato una serie di reati fiscali, finanziamenti illeciti, riciclaggio, frodi all'amministrazione pubblica, compiuti da molti dirigenti del partito nel periodo compreso tra il 1999 e il 2005 (*Epoca I*).

³⁰ Votarono a favore, oltreché gli 84 deputati del partito proponente, i 67 di *Unidas Podemos*, i 17 deputati dei partiti dell'indipendentismo catalano di *Esquerra Republicana de Catalunya* (*Erc*) e del *Partido democrata PdeCat*, 5 del *Partido Nacionalista Vasco*, 4 di *Compromis*, 2 di *Bildu*, e 1 di *Nueva Canarias*.

³¹ Si rinvia all'intervento di Pedro Sánchez pubblicato nel *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 2018, n. 126, del 31 maggio 2018, 2.

³² In tal senso si rinvia, in particolare, agli interventi dei rappresentanti dei partiti nazionalisti di *Erc*, *Pnv*, *Bildu*, i quali chiarirono esplicitamente che il loro voto era un voto contrario a Rajoy e non a favore del candidato socialista. Per tali interventi si v. F. SIMÓN YARZA, *De la investitura convulsa a la moción de espíritu destructiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 116, 2019, 123 ss.

³³ I partiti indipendentisti avevano posto come condizioni per approvare il progetto di legge di bilancio: il ritiro delle accuse contro i dirigenti politici catalani sotto processo per la vicenda referendaria e indipendentista catalana; l'apertura di un tavolo di negoziati per risolvere il conflitto catalano riconoscendo il diritto all'autodeterminazione e la celebrazione di un referendum in Catalogna.

³⁴ Sulla evoluzione dell'istituto si v. F. SIMÓN YARZA, *La moción de censura: constructiva u "obstructiva"?*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 103, 2015, 87-109. M. C. DUCE PÉREZ BLASCO, *La moción de censura*, in *Corts, Anuario de derecho parlamentario*, n. 31, 2018, 455 ss. C. VIDAL PRADO, *Sfiducia costruttiva in Spagna?* in *DPCE on line* n. 4, 2018.

³⁵ M. FRAU, *La disciplina costituzionale della moción de censura e l'esigenza di stabilità del Governo di Mariano Rajoy. Una veloce annotazione sul "risorgimento" di un istituto*, in *Forumcostituzionale.it*, del 9 novembre 2017.

³⁶, non ha pertanto contribuito a rilanciare il ruolo del Parlamento e degli strumenti del parlamentarismo razionalizzato nella risoluzione dei problemi della instabilità governativa, ma ha confermato, piuttosto, la debolezza della istituzione parlamentare nel superamento delle crisi del rapporto fiduciario con il Governo.

Nel mese di ottobre 2020 è stata, poi, discussa e votata anche un'altra mozione di sfiducia costruttiva, presentata dal partito di estrema destra di *Vox* contro il Governo Sánchez. Si tratta della mozione che ha riportato storicamente il peggior risultato, ottenendo soltanto i 52 voti favorevoli del partito proponente e quelli contrari di tutte le altre forze politiche. L'esito di questa mozione, peraltro ampiamente scontato, ha confermato la inutilità e lo snaturamento dell'istituto, rispetto alla funzione cui è costituzionalmente preposto, mostrando, anche in questo caso, i suoi effetti *distruuttivi* soprattutto per il partito proponente.

Va osservato altresì che, nel corso di questa lunga e inedita fase di ingovernabilità e instabilità politica, la debolezza delle *Cortes Generales* si è manifestata non soltanto nelle vicende della sfiducia costruttiva appena descritte, ma anche in un fenomeno di più generale ridimensionamento dell'ordinaria funzione di controllo politico sull'azione del Governo. In particolar modo, una netta contrazione dell'attività di controllo politico si è registrata nel corso delle legislature terminate anticipatamente per la mancata costituzione del Governo (quali, ad esempio, la XI e la XIII), e durante la permanenza in carica dei Governi dimissionari che sono rimasti "in funzione" in ossequio al principio di continuità degli organi costituzionali. In particolare, la questione del controllo politico è divenuta oggetto di un'ampia controversia politica e giuridica tra Governo e Parlamento per via del diniego opposto dal Governo provvisorio di Mariano Rajoy di sottomettersi ad alcuni strumenti ordinari di controllo politico durante il periodo della sua prolungata permanenza in carica. In quella circostanza fu argomentato pubblicamente e a mezzo stampa che i Governi "in funzione" esercitano soltanto funzioni di ordinaria amministrazione e non sono portatori di un indirizzo politico proprio, condizione che li esime dall'obbligo di sottoporsi a strumenti di controllo volti a far valere la loro responsabilità politica in assenza di una relazione fiduciaria con il Congresso dei Deputati. La controversia ha assunto proporzioni tali da indurre il Congresso dei Deputati a sollevare un conflitto di attribuzione tra i poteri ³⁷ dinanzi al Tribunale Costituzionale. Quest'ultimo, nella sentenza n. 124/2018³⁸, ha ricordato anzitutto che i rapporti tra *Cortes Generales* e Governo debbono ispirarsi al principio di lealtà istituzionale e ha chiarito, altresì, come la funzione di controllo politico sia una funzione costituzionale essenziale e di natura poliedrica, che non può rimanere circoscritta alla gestione e, *in extremis*, alla rottura del rapporto fiduciario³⁹. Da tale sentenza è emerso, dunque, che la

³⁶ Si rinvia in proposito alle considerazioni di S. CURRERI, *La sfiducia costruttiva in Spagna: eutanasia di un istituto?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, 160-165.

³⁷ Il conflitto è stato sollevato dal Congresso dei Deputati contro il rifiuto apposto dal Governo avverso una iniziativa di controllo parlamentare con cui si richiedeva al Ministro della Difesa in funzione di comparire urgentemente, dinanzi alla Commissione Difesa, per informare la Camera dei contenuti di una riunione dei Ministri della Difesa della NATO celebratasi a Bruxelles il 10 e 11 febbraio 2016. Il 6 aprile il Congresso dei Deputati approvò con 218 voti a favore, 113 contrari e 4 astensioni, la proposta con cui si richiedeva di presentare un conflitto di attribuzione su tale questione dinanzi al Tribunale Costituzionale. Il conflitto è stato poi concretamente sollevato con decisione presa il 10 maggio dalla *Mesa* della Deputazione Permanente del Congresso, in seguito ad un ulteriore diniego alla sottoposizione a tale forma di controllo da parte del Governo Rajoy.

³⁸ Su questa sentenza si rinvia a M. G. REYES, *El Gobierno en funciones: su ámbito competencial y su control parlamentario. Comentario a la STC 124/2018*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 119, 2020, 269 ss.

³⁹ Il Tribunale ha evidenziato come questa identificazione tra controllo politico e relazione fiduciaria sia del tutto erronea e come questa difformità risulti emblematicamente attestata dal fatto che il Senato non partecipa al circuito politico-fiduciario.

funzione di controllo politico non può essere annullata nei confronti dei Governi “in funzione”, che sono chiamati a dare conto della propria azione davanti al Parlamento, per quanto possa trattarsi di un’attività tecnica, limitata, o meramente amministrativa⁴⁰.

Questi periodi di *prorogatio* governativa hanno, quindi, inciso negativamente sulla qualità e la quantità dell’attività di controllo politico svolta dalle *Cortes Generales*, contribuendo a realizzare una riduzione e una semplificazione della funzione del controllo parlamentare, che -per citare lo stesso Tribunale Costituzionale- risulta “inseparabile dal concetto di Costituzione democratica” e “consustanziale alla forma di governo parlamentare”⁴¹.

4. *La crisi del Parlamento legislatore e l’abuso della decretazione d’urgenza*

Un altro chiaro indice dell’indebolimento della istituzione parlamentare, che non è ascrivibile al nuovo corso politico ma che ha subito senz’altro un peggioramento nell’ultimo lustro, consiste nella progressiva perdita di centralità del Parlamento nell’esercizio della funzione legislativa. Non si tratta certamente di un fenomeno nuovo, e tantomeno legato alla destrutturazione del sistema bipartitico, ma di una tendenza sempre più netta alla compressione dell’attività legislativa del Parlamento legata, soprattutto, al crescente ricorso alla decretazione d’urgenza.

Va ricordato che il disegno costituzionale fondato sulla centralità delle *Cortes Generales* nel sistema istituzionale e della legge nel sistema delle fonti⁴², non ha mai trovato piena e completa attuazione nel corso della lunga evoluzione costituzionale, principalmente per via del già menzionato rafforzamento in senso maggioritario della forma di governo e della espansione dell’azione normativa di rango primario dell’Esecutivo tramite la decretazione d’urgenza⁴³. Tuttavia questo sbilanciamento istituzionale e normativo in favore dell’Esecutivo, a differenza di quanto è accaduto nel nostro ordinamento⁴⁴, non è mai stato tale da destrutturare gli equilibri costituzionali nei rapporti tra Parlamento e Governo, o da ingenerare preoccupazioni sulla crisi del Parlamento legislatore e sulle trasformazioni della funzione legislativa⁴⁵. In generale i Governi che si sono costituiti nel quarantennio successivo all’entrata in vigore della Costituzione, salvo talune eccezioni, sono riusciti a intervenire efficacemente nel procedimento legislativo attraverso il canale della iniziativa legislativa e altri strumenti e procedure parlamentari in grado di semplificarne o accelerarne l’approvazione⁴⁶. Il ricorso agli strumenti di normazione primaria da

⁴⁰ J. GARCÍA ROCA, *¿Puede rechazar el control parlamentario un gobierno en funciones?*, E. F. REVIRIEGO PICÓN, *La permanencia en funciones del gobierno: algunas reflexiones tras 314 días de interinidad*, entrambi in E. ARANDA ÁLVAREZ (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, 131-150; 151-176.

⁴¹ STC 124/2018 FJ 4; FJ 7

⁴² I. MOLAS, I. PITARCH, *op. cit.*

⁴³ M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

⁴⁴ Nella dottrina italiana, solo per citare qualche esempio, si v. A. CELOTTO, *L’abuso del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, Cedam, 1997; F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Milano, Giuffrè, 2000; C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, Cedam, 2001; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.

⁴⁵ E. ESPIN TEMPLADO, *Separación de poderes y potestades normativas del Gobierno*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 6, 1985, 167 e ss; L. M. DIEZ PICAZO, *Acti legislativi e rapporti fra i poteri: l’esperienza spagnola*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1996, 47; T. FREIXES SANJUAN, *La legislación delegada*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 28, 1990, 119 e ss.

⁴⁶ P. GARCÍA ESCUDERO MARQUEZ, *La iniciativa legislativa del Gobierno*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2000; L. JIMENA QUESADA, *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa*, Madrid, Tecnos, 2003.

parte dell'Esecutivo è stato, pertanto, particolarmente limitato per quanto concerne la delega legislativa, e più esteso per quanto riguarda la decretazione d'urgenza, ma sempre contenuto entro certi limiti, e comunque lontano da quelle prassi normative distorti e abusive che hanno contrassegnato, per esempio, il nostro ordinamento⁴⁷. Questo andamento abbastanza equilibrato nei rapporti normativi tra Parlamento e Governo è stato il frutto non tanto e non solo di un disegno costituzionale fedele al primato della legge e ad una configurazione più restrittiva degli atti aventi forza di legge del Governo, soggetti a limiti materiali e a rigidi controlli parlamentari e giurisdizionali⁴⁸, quanto piuttosto la conseguenza dell'azione coesa dei Governi monocolori, e delle rispettive maggioranze parlamentari, che si sono susseguiti nel primo quarantennio di vita costituzionale.

Il trend descritto è attestato dai dati normativi registrati in ciascuna legislatura. Prima del 2015 la legge non era mai stata recessiva rispetto agli atti aventi forza di legge dell'Esecutivo, ossia ai decreti-legge, dato che i decreti legislativi incidono pochissimo sulla sua produzione normativa di rango primario. Il numero di leggi adottate in ciascuna legislatura, seppur di provenienza prevalentemente governativa, non era mai stato inferiore al numero dei decreti-legge approvato fino al 2015. Soltanto nel 2012 si era registrata una eccezione poiché, a fronte di 8 leggi organiche e 17 leggi ordinarie, furono approvati ben 29 decreti-legge. Questi complessivi equilibri nei rapporti normativi tra i poteri Legislativo ed Esecutivo hanno iniziato a vacillare a partire dal 2016, per poi subire vistose alterazioni negli ultimi anni, con il sopravvento dell'emergenza sanitaria, che ha portato ad un esteso e straordinario ricorso alla decretazione d'urgenza convertitasi in una forma di produzione legislativa ordinaria.

L'analisi dei dati normativi di questi ultimi anni richiede, dunque, una distinzione tra il periodo precedente e successivo alla pandemia. Nel periodo compreso tra il 2016 e il 2019, anche a causa della *prorogatio* dei Governi e l'incessante susseguirsi di una legislatura dietro l'altra, si è registrata una brusca contrazione nel numero di leggi approvate a fronte di una crescita esponenziale dei decreti-legge. I numeri complessivi del quadriennio 2016-2019 sono indicativi di questa tendenza: 11 leggi organiche, 28 leggi ordinarie e 74 decreti-legge. Il sopravanzare della decretazione d'urgenza rispetto alla legislazione organica e ordinaria è imputabile, in particolare, alla situazione di instabilità politico-governativa creata in queste legislature e alla netta preferenza dei Governi minoritari e iperminoritari per il ricorso in autonomia ad un atto normativo avente forza di legge, in grado di stabilizzare i suoi effetti giuridici nell'ordinamento attraverso l'istituto della convalida parlamentare. È risultato oltremodo più comodo per tali Governi ottenere la convalida dei decreti-legge in seno al Congresso dei Deputati nei trenta giorni successivi alla loro pubblicazione, piuttosto che negoziare eventuali emendamenti e concludere l'iter di approvazione delle leggi

⁴⁷ J. PÉREZ ROYO, *La actividad legislativa*, in A. GARRORENA MORALES (a cura di), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990; E. GUERRERO SALOM, *Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno (1993-1996)*, Madrid, Tecnos, 1996; P. SANTOLAYA MACHETTI, *Venticinco años de fuentes: el decreto-ley*, in *Revista de Derecho Político*, nn. 58-59, 2004, numero monografico, *Bilance de la Constitución en su XXV Aniversario*, 385 e ss.

⁴⁸ In particolare, sui decreti legge si v. A. M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 1997. Va ricordato che il primo comma dell'articolo 86 Cost così recita testualmente: In caso di straordinaria e urgente necessità, il Governo potrà dettare disposizioni legislative provvisorie che prenderanno la forma di Decreti-Legge e che non potranno *afectar* l'ordinamento delle istituzioni basilari dello Stato, i diritti, i doveri e libertà dei cittadini regolati nel Titolo primo, il regime delle Comunità Autonome, né il diritto elettorale generale. Il Tribunale Costituzionale ha interpretato questi limiti in modo abbastanza elastico non precludendo in assoluto al decreto-legge di intervenire nelle materie indicate all'articolo 86, ma inibendo a tale fonte normativa di dettare la regolamentazione generale di tali materie.

ordinarie⁴⁹. I Governi hanno cercato di superare situazioni di *impasse* legislativa, dovute alla mancata o difficile approvazione dei rispettivi progetti di legge⁵⁰, utilizzando in maniera estensiva e abusiva il decreto-legge, ben oltre i presupposti giustificativi della straordinaria e urgente necessità e i limiti materiali previsti dal dettato costituzionale⁵¹. Il decreto-legge si è convertito, pertanto, in uno strumento ordinario di legislazione.

I dati relativi al biennio 2020-2021 confermano questo *trend* di crescita dei decreti-legge, unitamente ad un incremento del numero di leggi organiche e ordinarie, che attestano una ipertrofia legislativa dovuta prevalentemente alla necessità di intervenire e gestire rapidamente una crisi sanitaria, economica e sociale di portata straordinaria. E così i dati normativi complessivi del biennio della pandemia sono i seguenti: 14 leggi organiche, 33 leggi ordinarie, 70 decreti-legge. L'aumento complessivo del numero delle leggi organiche e ordinarie non altera la sproporzione a favore del decreto-legge affermatasi nel quadriennio precedente, che rimane, insieme al Governo, il protagonista indiscusso di questa emergenza sanitaria e costituzionale⁵².

Oltre alla espansione della decretazione d'urgenza, un altro fattore di crisi del Parlamento legislatore emerso nel corso di questi anni è legato al ricorso inusuale da parte degli Esecutivi alle proroghe annuali del bilancio statale⁵³. La decisione ricorrente degli Esecutivi di prorogare il bilancio dell'anno precedente, piuttosto che presentare il progetto di legge di bilancio dinanzi al Congresso dei Deputati entro il 31 ottobre di ogni anno, ha ridimensionato il ruolo del Parlamento nell'esercizio di una importante funzione costituzionale. Funzione che coincide, appunto, con l'approvazione parlamentare del piano economico e finanziario con cui il Governo dà attuazione annualmente al suo programma politico⁵⁴.

Un altro fattore distorsivo, che ha inciso negativamente sull'esercizio della funzione legislativa delle Camere, è stato poi l'impiego ricorrente da parte del Governo del veto sulle proposte legislative implicanti variazioni finanziarie, come, ad esempio, un aumento della spesa pubblica o una diminuzione delle entrate, rispetto ai conti pubblici vigenti per l'esercizio finanziario in corso⁵⁵. Si tratta di una facoltà riconosciuta espressamente al Governo al livello costituzionale (art.134.6 Cost.), atta a precludere al Parlamento la possibilità di interferire sui conti pubblici

⁴⁹ L'articolo 86 prevede l'istituto della convalida parlamentare in seno al Congresso dei Deputati per stabilizzare gli effetti del decreto-legge nell'ordinamento giuridico, destinato a decadere se trascorrono trenta giorni dalla sua pubblicazione senza che sia convalidato o sottoposto al procedimento per la conversione in legge. Sulla convalida parlamentare M.A. IGLESIA CHAMORRO, *La convalidación parlamentaria del decreto-ley en España*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 44, 1998, 8 e ss.

⁵⁰ Basti pensare, ad esempio, che nella XIII legislatura il Governo di Mariano Rajoy presentò 23 progetti di legge, di cui 17 furono approvati e 6 furono ritirati o decadde, mentre il Governo Sánchez presentò 32 progetti di cui soltanto 4 furono approvati. Sull'utilizzo esteso alla decretazione d'urgenza come conseguenza delle oggettive difficoltà riscontrate per l'esercizio della iniziativa legislativa si v. J. TUDELA ARANDA, *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento*, Madrid, Marcial Pons-Ubijus, 2020, 21; 48.

⁵¹ Insiste sul ruolo giocato dalla "dottrina permissiva" del Tribunale Costituzionale nella espansione della decretazione d'urgenza J. TUDELA ARANDA, *Nuevos reflejos de la debilidad*, in *Cuadernos Constitucionales*, n. 1, 2021, 99.

⁵² A. DUEÑAS CASTRILLO, *Las relaciones Parlamento-Gobierno durante el estado de alarma por la Covid-19*, in P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA (Diretores), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, 2020, (fundacionmgimenezabad.es).

⁵³ Il bilancio prematuramente approvato dal Governo Rajoy per l'esercizio finanziario 2016 fu prorogato fino a metà giugno del 2017. Il progetto di legge di bilancio del 2017 fu presentato il 4 aprile e approvato il 27 giugno e prorogato fino a luglio 2018, data in cui venne approvato il nuovo bilancio che fu prorogato negli anni 2019 e 2020.

⁵⁴ Sul tema si rinvia alle considerazioni di E. GÓMEZ CORONA, *La desparlamentarización del sistema político español...*, cit., 121, la quale osserva che l'approvazione del bilancio rappresenta "il momento politico più importante dopo la celebrazione delle elezioni generali e la successiva investitura del presidente del governo".

⁵⁵ ID., *Las potestades financieras de las Cortes Generales: del uso al abuso del veto presupuestario sobre las enmiendas con repercusiones presupuestarias*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 28, 2018.

senza il previo assenso governativo, che è stata tuttavia esercitata in maniera particolarmente estensiva negli ultimi anni⁵⁶. La necessità di far rispettare i vincoli di bilancio è stata poi ulteriormente rafforzata dalla costituzionalizzazione del principio della stabilità *presupuestaria*, previsto dal novellato articolo 135 Cost., che preclude qualsiasi modifica del bilancio che vada in una direzione contraria a quella della stabilità dei conti pubblici.

Le proroghe del bilancio e il ricorso insistente al potere di veto sulle proposte legislative implicanti variazioni finanziarie si sono rivelate, pertanto, delle prassi distortenti che -secondo il giudizio di parte della dottrina- hanno contribuito a limitare l'esercizio della funzione legislativa delle Camere⁵⁷.

Questi brevi cenni sulle principali tendenze normative evidenziano, dunque, un generale ridimensionamento del ruolo delle *Cortes Generales* nella produzione legislativa complessiva, attestato prevalentemente dalla smisurata dilatazione della decretazione d'urgenza e da una serie di prassi abusive del Governo, che hanno inciso negativamente sul rendimento dell'attività legislativa parlamentare.

5. *Il Parlamento dinanzi alla pandemia e il suo ruolo diluido durante la vigenza degli stati di allarme*

Per concludere questa panoramica sullo stato di salute delle *Cortes Generales* non si può prescindere da una valutazione, seppur sintetica, sul grado di reattività e il ruolo svolto dalle Camere durante la emergenza sanitaria prodotta dalla pandemia del Covid-19⁵⁸.

Come anzidetto, nel mese di gennaio 2020 si è costituito il primo Governo di coalizione della storia parlamentare recente, che ha dovuto affrontare la più grande sfida degli ultimi tempi, quella pandemica, potendo contare soltanto su una maggioranza risicata di 155 seggi. La esplosione della pandemia ha portato alla decretazione dello stato di allarme a livello nazionale per ben due volte nel corso dell'ultimo biennio, alterando gli equilibri costituzionali ordinari e rendendo difficile operare un bilancio oggettivo dei primi anni di vita del Governo di coalizione nel quadro della forma di governo parlamentare.

Ai fini di questo studio, appare di grande interesse analizzare la risposta politica delle *Cortes Generales* alla sfida pandemica e i rapporti instaurati con il Governo nel quadro degli stati di allarme⁵⁹. La dottrina che si è interessata di questi aspetti ha sottolineato il ruolo *diluido* del

⁵⁶ ID., *La desparlamentarización del sistema político español*, 128, per avere una idea dell'entità del fenomeno basti pensare che durante la XII legislatura il Governo Rajoy ha apposto il suo veto più di quaranta volte e che in questi anni, in due diverse occasioni, la Presidenza del Congresso dei Deputati si è opposta al veto governativo, includendo le proposte legislative all'ordine del giorno.

⁵⁷ Id., 138 ss; I GIMÉNEZ SÁNCHEZ, *La actividad desarrollada por las Cortes en la situación de legislatura fallida y de Gobierno en funciones*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 2017, 215 ss; Id., *El control del Parlamento sobre el llamado 'veto presupuestario' del Gobierno*, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 42, 2017, 77-102.

⁵⁸ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di Coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, che sottolinea il diverso grado di reattività delle istituzioni parlamentari nel panorama comparato a seconda del contesto politico-istituzionale di riferimento, osservando come "...l'impatto del coronavirus sulle istituzioni dipende in larga parte dallo stato di salute dell'istituzione nel momento in cui viene ad essere "contagiata". Nella dottrina spagnola, per una prima ricostruzione della risposta politica delle *Cortes Generales* alla crisi sanitaria, si rinvia a J. TUDELA ARANDA, *Parlamento y crisis sanitaria-reflexiones preliminares*, in *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020, 6-17.

⁵⁹ A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS, I. NAVARRO MEJÍA, *La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del COVID-19*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 108, 2020, 245 ss; P. GARCÍA ESCUDERO-MÁRQUEZ, *Actividad*

Parlamento⁶⁰ e la sua incapacità di svolgere quella funzione indispensabile di contrappeso istituzionale dinanzi al protagonismo acquisito dal Governo nella direzione e nella gestione della emergenza sanitaria⁶¹.

Va osservato innanzitutto che, immediatamente dopo l'esplosione della pandemia, le *Cortes Generales* dimostrarono uno sconcerto iniziale e una impreparazione generale ad affrontare una serie di difficoltà logistiche e organizzative dovute al necessario svolgimento in presenza dell'attività parlamentare; attività che, per antonomasia, deve svolgersi in presenza perché risulta fondata sul rispetto di alcune regole fondamentali relative, ad esempio, al raggiungimento dei *quorum* o alla indelegabilità del voto⁶². Per superare questa situazione di *impasse*, il 19 marzo del 2020, il Congresso dei Deputati, in un clima di profonda agitazione per la salute e la incolumità dei suoi membri, decise di sospendere i termini regolamentari per lo svolgimento dell'attività parlamentare e amministrativa in corso per alcune settimane. Dopo questa breve parentesi di parziale paralisi della sua attività istituzionale, il Parlamento riprese a svolgere i suoi lavori⁶³, individuando nuove modalità organizzative basate prevalentemente sul ricorso a strumenti telematici⁶⁴, come la partecipazione alle riunioni da remoto e l'estensione applicativa del voto a distanza sia al Senato che al Congresso⁶⁵. Modalità organizzative che hanno continuato ad essere impiegate e implementate nel corso di questi anni a causa dell'incessante procedere della pandemia.

Poste queste premesse generali, per valutare il ruolo complessivamente giocato dalle *Cortes Generales* in questa fase emergenziale è necessario operare una distinta valutazione tra il primo e il secondo stato di allarme⁶⁶.

Nel primo stato di allarme il Congresso dei Deputati ha dimostrato un maggiore interventismo, conformemente a quanto previsto dal dettato costituzionale, nella misura in cui è intervenuto frequentemente ad accordare quelle autorizzazioni alla proroga richieste dal Governo per mantenere in vigore lo stato d'eccezione e continuare a gestire in maniera centralizzata la pandemia. Va ricordato che con il *Real Decreto* n. 463/2020, del 14 marzo, il Governo decretò il primo stato di allarme per una durata iniziale di quindici giorni, sottoponendolo a ben sette

y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19, in J. TUDELA ARANDA, (Coord.), *El Parlamento ante la Covid-19*, in *Fundación Manuel Giménez Abad, Cuadernos Monografías*, n. 8, 2020, 18.

⁶⁰ Parla di ruolo *diluido* davanti alla crisi sanitaria, in particolare, J. TUDELA ARANDA, *Parlamento y Estado de Alarma*, in C. GARRIDO LÓPEZ, (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, *Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad*, 2021, 15.

⁶¹ C. AGUADO RENEDO, *Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria*, in F. VELASCO CABALLERO, B. GREGORCI FERNANDEZ (Coord.), *Derecho y Política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, Tomo I, *Anuario de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Extraordinario*, Madrid, BOE, 2021, 47.

⁶² M. CARRASCO DURÁN, *El Parlamento en los tiempos del coronavirus: el recurso a la Diputación permanente*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 122, 2021, 119 ss.

⁶³ P. GARCÍA ESCUDERO, *Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por Covid-19*, cit., 18 ss.

⁶⁴ R. RUBIO NUÑEZ, *La tecnología en el Parlamento durante la crisis de COVID-19*, in *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 8, 2020, 226 ss.

⁶⁵ L'opzione del voto telematico, *no presencial*, era già prevista dai regolamenti di entrambe le Camere in presenza di condizioni specifiche, come la gravidanza, la maternità, la paternità o una malattia grave, sulla base di una previa autorizzazione dell'Ufficio di Presidente della Camera. In seguito allo scoppio della pandemia, il Senato, nella sua riunione del 12 marzo, ha autorizzato l'estensione del voto elettronico d'ufficio a tutti i senatori, così anche la Presidente del Congresso dei Deputati, con il comunicato del 12 marzo, ha esteso a tutti i deputati la facoltà di utilizzare il voto elettronico durante la vigenza dello stato di allarme. Sulla *ratio* del voto a distanza e la sua estensione applicativa v. S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spanole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità autonome*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2020.

⁶⁶ V. J. TUDELA ARANDA, *Parlamento y Estado de Alarma...*, cit., *passim*.

votazioni parlamentari di proroga che ne prolungarono la vigenza fino al 21 giugno 2020⁶⁷. Durante la vigenza del primo stato di allarme i dibattiti parlamentari e le votazioni di autorizzazione alla proroga sono stati un efficace strumento di controllo politico, perché hanno obbligato il Presidente del Governo a operare un resoconto periodico e dettagliato sull'andamento della pandemia, permettendo al Congresso dei Deputati e alle opposizioni parlamentari di esercitare un controllo più stretto sulla sua gestione, nonché di co-determinare le condizioni da applicare in ogni successiva fase dello stato emergenziale. Così è avvenuto, in particolare, con la prima risoluzione parlamentare di proroga, che stabilì l'obbligo per il Governo di riferire settimanalmente dinanzi al Congresso dei Deputati sulle misure emergenziali adottate per far fronte alla pandemia⁶⁸. Così è accaduto anche con le altre votazioni di autorizzazione alla proroga, che hanno spinto il Governo di coalizione a negoziare continuamente con i partiti politici, mettendo a dura prova la sua stabilità parlamentare, ma contribuendo al tempo stesso a democratizzare il funzionamento dello stato di eccezione.

Nel secondo stato di allarme il ruolo del Congresso dei Deputati ha subito una ingiustificata compressione proprio in ragione della scelta di ricorrere ad una unica proroga semestrale e del venire meno, quindi, di quelle periodiche verifiche parlamentari che si erano rilevate fondamentali per la parlamentarizzazione e la democratizzazione del primo stato di allarme.

Va ricordato che, dinanzi al dilagare della seconda ondata pandemica, il Governo Sánchez, su richiesta di ampia parte dei Presidenti autonomici, decretò con il *Real Decreto* 926/2020 il secondo stato di allarme sull'intero territorio nazionale (salvo che nelle Isole Canarie) per quindici giorni. Ne estese, poi, la durata per altri sei mesi con il successivo *Real Decreto* 956/2020⁶⁹, sulla base della previa autorizzazione concessa dal Congresso dei Deputati mediante Risoluzione del 29 ottobre 2020. Risoluzione quest'ultima, approvata a larga maggioranza delle forze politiche con il solo voto contrario del gruppo parlamentare di *Vox* e l'astensione del gruppo parlamentare dei popolari. L'adozione di quest'unica estensione temporale, dovuta al rapido deterioramento della situazione epidemiologica e a ragioni di pragmatismo politico avanzate dal Governo nazionale, ha contribuito a indebolire significativamente il ruolo del Parlamento nel circuito di controllo politico più strettamente legato alla attuazione di questo stato d'emergenza costituzionale⁷⁰.

⁶⁷ M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Coronavirus y Derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 121, 2021, 105-138.

⁶⁸ Si v. la *Resolución de 25 de marzo de 2020, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*. (BOE n. 86, de 28 de marzo 2020). Sui contenuti di questa risoluzione sia consentito il rinvio a L. FROSINA, *Il "prolungato" stato di allarme per la gestione dell'emergenza Coronavirus. La eccezionalità tra proporzionalità e identità costituzionale*, in *Nomos*, n.1, 2020.

⁶⁹ Per una ricostruzione della vicenda nella sua interezza, e un raffronto tra il primo e il secondo stato di allarme, si rinvia, in particolare, a M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Coronavirus y Derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 121, 2021, 105-138.

⁷⁰ Prima ancora di questa sentenza, già alcuni Autori avevano ravvisato seri dubbi di incostituzionalità rispetto ad una proroga di durata simile, così, ad esempio, M. ARAGÓN REYES, *Epílogo*, in P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA (*Directores*), *op.cit.*, 3, il quale afferma che la durata della proroga non può superare il termine massimo che la Costituzione prevede per la sua dichiarazione iniziale; ovvero, in senso pienamente critico, v. J. TUDELA ARANDA, *Parlamento y el Estado de alarma*, *op. cit.*, 27, che parla di "durata esorbitante" della proroga e accenna ai dubbi di legittimità costituzionali sollevati da tale proroga legati al mancato rispetto del principio di proporzionalità e alla violazione di altri principi della Costituzione. Altri Autori, invece, hanno evidenziato le criticità di una scelta politica simile, pur ritenendo pienamente legale una proroga temporale di durata semestrale nella misura in cui né la Costituzione né la Legge organica stabiliscono un limite temporale esplicito per la sua estensione temporale. Così, ad esempio, alcuni Autori intervistati dal *Diario.es* (Angel Presno Linera, Alba Nogueira, Xavier Arbós), che hanno sottolineato la scarsa convenienza e i rischi connessi al ridimensionamento del controllo parlamentare risultante da una proroga temporale così estesa, forma di controllo che rappresenta un contrappeso fondamentale durante la

Non stupisce, quindi, che due recenti sentenze del Tribunale Costituzionale, rispettivamente la n. 168/2021 e la n. 183/2021, accogliendo i ricorsi sollevati dal partito dell'estrema destra di *Vox*, abbiano giudicato incostituzionale la sospensione temporanea dell'attività parlamentare, così come la proroga semestrale accordata con il secondo stato di allarme, ritenendo in entrambi i casi che sia stata operata una ingiustificata e sproporzionata restrizione della funzione di controllo politico durante la vigenza di uno stato d'eccezione costituzionale. In particolare, i giudici hanno sottolineato, in entrambe le sentenze, la centralità della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati sull'azione del Governo durante la vigenza di questo stato emergenziale quale fattore irrinunciabile per preservare gli equilibri del sistema costituzionale ed evitare uno snaturamento della forma di governo parlamentare.

Queste brevi note sul ruolo delle *Cortes Generales* ai tempi del Covid-19 contribuiscono a spiegare, dunque, lo stato di ulteriore regressione della democrazia parlamentare e la necessità improcrastinabile di rivitalizzare la istituzione parlamentare e, in particolare, la sua funzione di controllo politico.

6. Riflessioni conclusive: la necessità di fermare la emarginazione parlamentare

I fenomeni complessivamente descritti evidenziano una tendenza in atto all'emarginazione e all'autoemarginazione delle *Cortes Generales*, che hanno assunto un ruolo recessivo nell'esercizio delle principali funzioni costituzionali e, più in generale, nel quadro della forma di governo parlamentare⁷¹.

La marginalizzazione del Congresso dei Deputati nel processo di investitura del Governo, l'erosione della centralità parlamentare nell'esercizio della funzione legislativa, la svalutazione della funzione di controllo politico, la esclusione del Parlamento da alcune scelte di indirizzo politico, sono fenomeni che attestano questa tendenza alla *deparlamentarizzazione* del sistema politico-costituzionale, denunciata da una parte della dottrina con non celata preoccupazione⁷².

Se durante la lunga fase della evoluzione in senso maggioritario, o ipermaggioritario, della forma di governo, il rafforzamento dell'Esecutivo e della maggioranza parlamentare governativa aveva raggiunto proporzioni tali da indurre la dottrina a denunciare lo svilimento della democrazia rappresentativa e della istituzione parlamentare, in questa nuova fase di pluralismo partitico e instabilità politica si è assistito ad un ulteriore svuotamento delle competenze del Parlamento e alla sua estromissione, parziale o integrale, da alcuni circuiti di definizione e attuazione dell'indirizzo politico ed economico-finanziario dell'Esecutivo. La marginalizzazione della legge nel sistema delle fonti e la preminenza quantitativa dei decreti-legge, per lo più unicamente

vigenza di questo stato di emergenza. V. E. HERRERA, *Uno estado de alarma de seis meses: una medida legal pero con riesgo de no tener "contrapeso" parlamentario*, in *Diario.es*, del 25/10/2020.

⁷¹ E. GRECIET, *El Parlamento como problema y como solución*, in *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 2012, 235-298; I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Madrid, Fundación Alonso Martín Escudero-Iustel, 2017; J. TUDELA ARANDA, *El Parlamento en tiempos críticos...*, cit., *passim*.

⁷² Si v., in particolare, le riflessioni conclusive di E. GÓMEZ CORONA, *La desparlamentarización del sistema político español...*, cit., 134, la quale osserva come questo ridimensionamento dell'attività parlamentare non sia emersa e non sia stata nemmeno notata da parte dell'opinione pubblica. Sulle tendenze alla *deparlamentarizzazione* prodotte da questi e altri fenomeni, strutturali e congiunturali, insiste J. TUDELA ARANDA, *Nuevos reflejos de la debilidad*, 101, che si sofferma in particolare sugli effetti della normalizzazione della decretazione d'urgenza e della marginalizzazione della funzione di controllo politico.

convalidati a livello parlamentare, le plurime proroghe del bilancio, l'abuso del cd. veto *presupuestario*, e il ridimensionamento dell'attività di controllo politico, sono le manifestazioni più evidenti di questa fase di crisi e debolezza del Parlamento che ha portato una parte della dottrina finanche a parlare di istituzione "perdida"⁷³. Questi processi di emarginazione parlamentare evidenziano, altresì, come si sia persa, almeno per ora, la opportunità potenzialmente offerta dal tramonto del bipartitismo di rilanciare l'istituzione parlamentare, ponendo le Camere al centro del processo di formazione dell'Esecutivo e di definizione dell'indirizzo politico-governativo, recuperando quella centralità perduta nell'esercizio della funzione legislativa e quell'attivismo necessario per rivitalizzare la funzione di indirizzo e controllo nei confronti dell'Esecutivo. È vero, e non si può negare, che il susseguirsi di Governi minoritari nelle ultime legislature abbia contribuito a dare nuova linfa vitale alla discussione parlamentare nell'ambito dei processi decisionali di entrambe le Camere, e in particolare nel procedimento legislativo, come dimostrano alcuni vivaci dibattiti e confronti politici per l'approvazione di controverse e fondamentali leggi di attuazione dell'indirizzo politico. Tuttavia, l'assenza di una maggioranza parlamentare stabile di Governo, la frammentazione partitica e la polarizzazione interna alle Camere, si sono rivelati fattori decisivi e ostacoli insormontabili per promuovere una rivalorizzazione della istituzione parlamentare nella dinamica della forma di governo. Ed anzi, con l'imperversare della pandemia, hanno contribuito ad alimentare quei fenomeni sempre più intensi e vistosi di fuga del Governo dal Parlamento, che hanno richiesto in diversi casi l'intervento sanzionatorio del Tribunale Costituzionale.

Come ho già evidenziato, la necessità di gestire la crisi pandemica, così come accaduto anche in altri Paesi, ha portato ad una rapida alterazione nei rapporti tra i poteri e a un netto sbilanciamento a favore del Governo e a discapito, soprattutto, del Parlamento. Il ruolo delle *Cortes Generales*, come osservato dai più attenti studiosi del parlamentarismo, è stato quasi *irrilevante* durante questa lunga fase emergenziale⁷⁴. Il procrastinarsi dell'emergenza sanitaria e costituzionale, tramite l'attivazione e la proroga dei due stati di allarme a livello nazionale, ha contribuito a comprimere ulteriormente le funzioni del Parlamento sotto le incessanti pressioni del centralismo governativo e del decentramento territoriale. La compressione dell'attività parlamentare è stata di natura tale da stimolare finanche interventi incisivi del Tribunale costituzionale, che, ad esempio, nelle sentenze sugli stati di allarme sopra richiamate, ha sanzionato la condotta dell'Esecutivo nella gestione della pandemia, ribadendo la necessità di restituire centralità alla funzione di controllo parlamentare quale canale indispensabile per preservare gli equilibri costituzionali, soprattutto in tempi di crisi e di emergenza costituzionale⁷⁵.

Le degenerazioni e le involuzioni di questi ultimi tempi spingono, quindi, ad approfondire la riflessione sulla necessità improcrastinabile di arginare questo processo di declino della democrazia rappresentativa, e di più generale deterioramento istituzionale, invertendo questa pericolosa tendenza alla *deparlamentarizzazione* del sistema politico-costituzionale. In questa prospettiva, gli attori politici e istituzionali saranno chiamati a recuperare e a ridisegnare, soprattutto nella fase di riforma e ricostruzione post-pandemica, quel protagonismo politico-

⁷³ ID., 95.

⁷⁴ Id., 98. Sul funzionamento del Parlamento si v. AA.VV., *El funcionamiento del Parlamento ante la crisis sanitaria*, in *Corts: Anuario de derecho parlamentario, Extraordinario* n. 34, 2021.

⁷⁵ Sul ruolo delle *Cortes Generales* e dei Parlamenti autonomici durante la crisi sanitaria si v. J. TUDELA ARANDA, (Coord.), *El Parlamento ante la Covid-19, op. cit.* Sul ruolo generale dei Parlamenti ai tempi della pandemia, si v. anche, R. MARAÑÓN GÓMEZ (coord.), A. AREVALO GUTIÉRREZ (dir.), *El Parlamento en los tiempos de la pandemia*, Madrid, Dykinson, 2021.

istituzionale delle *Cortes Generales* nel quadro del mutato contesto partitico e delle rinnovate dinamiche della forma di governo parlamentare. Molte sono le incertezze legate a questo auspicabile processo di rivalorizzazione della democrazia parlamentare. Quel che è certo, però, e che dovrà fondarsi su una previa rivalutazione di una impoverita “cultura parlamentare”, che risulta un elemento imprescindibile per ripristinare quella “insostituibile centralità della funzione parlamentare nello sviluppo della società nazionale”⁷⁶.

ABSTRACT

Il contributo esamina e valuta il ruolo delle *Cortes Generales* nel contesto di rinnovata frammentazione partitica e instabilità governativa che caratterizza l'ordinamento spagnolo a partire dal 2015. In particolare, si focalizza su alcune dinamiche istituzionali e normative verificatesi negli ultimi anni, come le fallite sessioni di investitura del Governo, le proroghe del bilancio, il primato numerico dei decreti-legge, che delineano una tendenza alla marginalizzazione, e finanche all'autoemarginazione, del Parlamento dalla vita politico-costituzionale. Questa tendenza (definita dalla dottrina) alla cd. *deparlamentarizzazione* del sistema politico-istituzionale ha subito un aggravamento con la emergenza sanitaria e la prolungata vigenza dei due stati di allarme decretati a livello nazionale dall'inizio della pandemia del Covid-19.

The paper examines and evaluates the *Cortes Generales's* role in the context of renewed party fragmentation and government instability that characterizes the Spanish legal system starting from 2015. Especially, the work focuses on some institutional and normative dynamics occurred in the recent years, such as the failed investiture sessions of the Government, the budget's extensions, the decree-laws' primacy, which outline a tendency to marginalize, or even to self-marginalize, Parliament from political-constitutional life. This trend (defined by the doctrine) to the *de-parliamentarization* of the political-institutional system has worsened with the health emergency and the extension of the two alarm's states decreed at the national level since the beginning of the Covid-19 pandemic.

PAROLE CHIAVE: Forma di governo parlamentare; Cortes Generales; crisi della democrazia parlamentare; fiducia; decretazione d'urgenza; Covid-19; stato di allarme.

⁷⁶ In questi termini si è espresso il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel discorso pronunciato dinanzi al Congresso dei Deputati il 17/11/2021, per la analisi del quale si rinvia al testo dinanzi pubblicato sul sito della presidenza della repubblica www.quirinale.it.



Tommaso Edoardo Frosini*

Scienza giuridica e diritto comparato**

SOMMARIO: 1- Una premessa e il metodo; 2- Una certa idea del metodo comparato; 3- Diritto comparato *vs.* diritto globale? 4- Legiferare e comparare

1. Una premessa e il metodo

Vorrei potere premettere anche io, a questo mio breve contributo, quanto scritto in *Premessa* nel volume dello studioso, che qui si vuole omaggiare e ricordare, e quindi: «Esso non vuole tuttavia né elaborare una teoria, né delineare un sistema, desidera semplicemente impostare criticamente, nel modo più aperto possibile, tali problemi, richiamare, ancora una volta, sugli stessi l'attenzione della dottrina, sollecitarla ad una discussione e ad un'indagine maggiormente approfondite, che, sempre di più, appaiono indispensabili ed indilazionabili»¹.

“Premessa” opportunamente cauta e prudente, visto il tema che si andava ad affrontare, dalle larghe vedute di teoria generale del diritto, che si inseriva, fin dal titolo e per stessa ammissione dell'Autore, sulla scia di uno studio di un illustre internazionalista², al fine di contribuire «direttamente ed immediatamente in un “colloquio” già in atto».

Contenuto, invece, tutt'altro che cauto, tenuto conto delle critiche che, espresse in maniera garbata e rispettosa, venivano mosse alle concezioni e ai concetti che la scienza giuridica andava rielaborando in un periodo storico caratterizzato dalla crisi del diritto, che si stava manifestando in quegli anni. Il volume si espande per oltre la sua metà in riflessioni d'ordine teoretico, la definirei una riflessione di filosofia del diritto, per dedicare la parte conclusiva al concetto di costituzione e il problema del diritto costituzionale. Problema investito anch'esso dalla crisi, da cui è derivata non una ma una serie di scienze parallele, influenzate e condizionate dalle nuove esigenze della realtà sociale. Allora, «il costituzionalista dovrà agire con coerenza e rigore, dovrà realizzare il massimo di accordo sulle convenzioni iniziali, dovrà espellere dal suo sistema i fatti,

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, 1954.

² Il riferimento è a R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950.

la fenomenologia, in quanto oggetto della sociologia giuridica, non dovrà in alcun modo proporsi il problema della funzionalità tecnica delle strutture costituzionali esaminate, in quanto oggetto della politica costituzionale [...] Allo stesso modo, sempre secondo le linee metodologiche fissate, si risolvono, anche nei confronti del diritto costituzionale, *il problema e la posizione degli studi di diritto comparato*³.

Credo che si tratti di una posizione metodologica legata e collegata al periodo storico in cui venne esposta, e quindi funzionale, soprattutto, a trovare una soluzione alla crisi della moderna scienza del diritto, attraverso una chiarificazione e precisazione di tutti i concetti fondamentali e in particolare di quelli di norma giuridica, di costituzione e di ordinamento giuridico. Tenendo conto dell'effettiva realtà dell'esperienza concreta ma senza dissolvere il diritto nella sociologia e nella politica. Si voleva, quindi, non tanto valorizzare una "dottrina pura del diritto" di kelseniana memoria, né tantomeno restaurare i *criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, secondo la dottrina di Vittorio Emanuele Orlando (autore, peraltro, assente nelle citazioni del volume di Galizia), piuttosto spronare la scienza giuridica a ricomporre un sistema ordinamentale sulle cui basi ricostruire il diritto dopo la catastrofe, per dirlo con il titolo di un famoso saggio⁴. Il regime fascista aveva piegato il diritto alla volontà politica e offuscato il diritto costituzionale trasformandolo nella dottrina dello stato: un "ircorcervo" dalle incerte traiettorie metodologiche ma dalle chiare finalità politiche. Che erano quelle di dare forza argomentativa e solidità scientifica alla definizione del nuovo stato fascista, con tutte le sue declinazioni sulla forma di governo e sul ruolo del partito unico.

Quella rappresentata da Galizia nel volume del 1954 era, quindi, una posizione metodologica collocabile storicamente e apprezzabile nella misura in cui si sforzava di suggerire una proposta, che consentisse alla scienza giuridica di riprendersi il primato del diritto, privo di contaminazioni. Una posizione oggi che ci appare più complessa da difendere e diffondere, in un clima culturale in cui è sempre più avvertita l'esigenza di usare un metodo attento alle dinamiche sociali e sensibile alla interdisciplinarietà. Soprattutto con riferimento al diritto costituzionale; al punto, da potere affermare che il costituzionalista, oggi, deve essere come la volpe che sa tante cose piuttosto che come il riccio che ne sa una sola grande, nella consapevolezza che l'integrazione e addizione di saperi è sempre un arricchimento, così come l'eclettismo è una virtù dello studioso⁵.

Lo stesso, e forse ancora di più, si deve affermare con riferimento al diritto comparato, che è scienza e metodo: anzi, è scienza in quanto ha un metodo, che si declina al plurale. E che consiste nel sapere affrontare un viaggio di esplorazione attraverso terre solo in parte note oppure, spesso, ignote e pertanto tutte da scoprire. Il comparatista, allora, è un viaggiatore della teoria e della prassi nell'universo giuridico.

A circa metà del volume di Galizia compare un paragrafo (§ 19) dedicato a *Gli studi di diritto comparato. Necessità e importanza della storia della scienza giuridica* che, sebbene si sviluppi per sole due pagine, merita qui di essere esaminato. Galizia esordisce con un'affermazione rivelatrice di un metodo, quasi un manifesto metodologico della comparazione giuridica: «Il fatto che le strutture sociali, specialmente nella società moderna, tendono a svilupparsi con caratteri spesso comuni fa

³ M. GALIZIA, *Op. cit.*, pp. 136-137 (corsivo mio).

⁴ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, vol. I, Milano, 1959.

⁵ Su questo aspetto, e più in generale sul ruolo del diritto costituzionale, T.E. FROSINI, *Diritto costituzionale e scienza politica: ovvero delle "convergenze parallele"*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Scienza costituzionale e scienze sociali*, Napoli 3-4 dicembre 2021 (in pubblicazione sulla *Rivista AIC*, 2021).

sì che il giurista possa anche utilizzare gli strumenti teorici elaborati dai giuristi di altri paesi: naturalmente non in quanto tali, ma adattandoli alla propria grammatica logica. Da qui la necessità di aver presente continuamente non solo il lavoro delle letterature straniere ma anche gli ordinamenti a cui queste si riferiscono; giacchè, solo in questa visione totale, sarà possibile cogliere il valore effettivo, operativo di tali concetti, le modalità con cui sono adoperati e tentare quindi adattarli alla esperienza specifica studiata». E più avanti: «[I] riferimenti ad altre esperienze giuridiche mette in luce l'utilità, anche per la scienza giuridica, e soprattutto il diritto costituzionale, di una storia delle dottrine giuridiche»⁶.

Della storia delle dottrine giuridiche, e specialmente costituzionalistiche, Mario Galizia se ne sarebbe occupato dieci anni dopo, con il saggio, un vero e proprio libretto, dedicato a *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*⁷. Saggio da considerare quasi una prosecuzione del volume del 1956, laddove sviluppa proprio quanto in quel volume affermato, con riferimento alla storia delle dottrine giuridiche e l'utilità di questa per comprendere al meglio le altre esperienze giuridiche. Sul punto, tornerò fra poco; prima, vorrei dire come lo studio della storia delle dottrine giuridiche abbia caratterizzato, in prevalenza, il percorso scientifico di Mario Galizia⁸: basti pensare agli studi su Carré de Malberg, Merlino, Luzzatti, Lavagna, Barile, Zangara, Capograssi, Tosato, Mortati. In ognuno di questi studiosi viene fatto emergere il contesto storico nel quale operarono e le tendenze alla comparazione, che svilupparono nei loro studi. In tal modo, il diritto comparato non risulta essere una mera analisi quasi meccanica di ordinamenti stranieri, magari ammantati da sterili confronti con quello italiano, piuttosto un modo di fare cultura giuridica a tutto tondo, senza frontiere. Il comparatista, vorrei dire facendo mia la lezione di Galizia, deve essere una sorta di Marco Polo mosso dall'inquietudine e dalla curiosità, che lo spingono a superare le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare sempre un po' più avanti la bandierina della conoscenza. Nella sua valigia non deve portare le ristrettezze mentali del proprio mondo di origine e aprirsi all'esterno, al confronto, alle novità, alle contrapposizioni: non deve trascurare la lezione del passato, ma non deve essere neppure troppo immerso nel presente, che è transeunte.

Vale il monito, che oggi non si può legiferare senza prima comparare. Perché chi conosce un solo diritto, non conosce nessun diritto.

Per concludere sul libretto di Galizia del 1963 dedicato ai *Profili storico-comparativi*: si tratta di una lettura dalla quale non si può prescindere se si vuole comprendere lo sviluppo della scienza del diritto costituzionale dagli albori fino agli anni Sessanta, attraverso una ricchissima e completa carrellata di autori che, in Francia, Germania, Gran Bretagna, Usa e Italia, hanno offerto idee, pensieri e teorie, che hanno consentito la nascita, la crescita e l'affermazione del diritto costituzionale nel quadro dell'esperienza giuridica considerata storicamente⁹. Storia e comparazione, quindi, quale metodo per la scienza costituzionalistica, secondo l'insegnamento di Mario Galizia, che fa sua la lezione di James Bryce: «il costituzionalista deve essere sempre storico [comparatista], non meno che giurista, se vuole comprendere l'oggetto dei suoi studi e discuterlo profittevolmente»¹⁰.

⁶ M. GALIZIA, *Op.cit.*, 64-65.

⁷ In *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, n. 1-2, 1963, 3-110.

⁸ Sulla figura e l'opera di GALIZIA, v. T.E. FROSINI, *Mario Galizia, quando si dice un Maestro*, in *Lo Stato*, n. 13, 2019.

⁹ In tal senso, si v. anche il primo libro: M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1954.

¹⁰ J. BRYCE, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces of Political Constitutions*, in Id., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, 258 ss.

2. *Una certa idea del metodo comparato*

A questo punto, mi sia consentito svolgere alcune riflessioni sul metodo nel diritto comparato¹¹, quale ideale dialogo con Mario Galizia, riprendendo così una consuetudine durata circa un ventennio, che si è manifestata nelle frequentazioni settimanali dentro e fuori l'Università.

Vorrei iniziare affermando come la cultura derivante dalla comparazione ha (anche) un effetto concreto: perché consente di legiferare meglio, andando cioè a cogliere di fiore in fiore la migliore normativa in giro per il mondo per riadattarla, con metodo, al proprio ordinamento giuridico di appartenenza. E lo stesso vale per le sentenze della giurisprudenza, specialmente costituzionale. Il diritto comparato può essere definito come una sorta di “clausola aperta” a qualunque principio o regola, proveniente dall'esterno, che possa servire per progredire, per innovare, per tutelare di più e meglio i diritti di libertà dell'individuo. Certo, bisogna conoscere la dimensione storica, linguistica e culturale dei paesi oggetto di comparazione. Bisogna, cioè, sapere entrare metodologicamente nelle realtà giuridiche degli altri per sapere cosa e come comparare. Perché il testo giuridico può essere solo un significante, al fine di scoprire il significato culturale e di mentalità che il testo rappresenta. Occorre svelare le analogie e le differenze fra due o più ordinamenti, ovvero fra istituti, normative e sentenze. Un'operazione intellettuale di raffronto, dove sono però le dissonanze che esaltano maggiormente la comparazione, producendo davvero un valore aggiunto.

Il diritto comparato è strumentale alla conoscenza e alla soluzione di diversi problemi, che sono generati dalle trasformazioni del diritto, specialmente nel XXI secolo, nonché dalla circolazione da un ordinamento all'altro di leggi, norme, prassi, sentenze e dottrine. La conoscenza e poi la soluzione dei problemi si ricava attraverso un'opera di interpretazione giuridica, che comporta l'apprendimento della lettera e dello spirito della legge, più in generale di qualunque provvedimento avente natura ed effetti giuridici. E l'attività dell'interprete è favorita dall'indagine comparatistica. Per vedere e cogliere come altrove è stato regolato quel determinato problema giuridico, per interpretarlo e semmai trapiantarlo nel proprio ordinamento di appartenenza. Quindi la funzione di interpretazione è da ritenersi senz'altro tra le finalità concrete della comparazione giuridica¹². Che deve tenere conto del significato culturale e della mentalità che il provvedimento assunto altrove esprime; e deve tenere presente la capacità di trapianto, senza rischi di rigetto, in un altro ordinamento.

Insomma, il diritto comparato serve a contribuire all'evoluzione e al progresso di un ordinamento giuridico, attraverso le esperienze giuridiche che si sono prodotte in terre straniere. Laddove, cioè, si è saputo ben regolare una materia, e quindi ha avuto successo applicativo, allora la si studia, la si contestualizza tenendo conto delle sue specificità, e poi la si propone ai fini regolativi e decisorii in un altro ordinamento. Attraverso il metodo che valorizza la dimensione storica, linguistica e culturale dei paesi in cui gli ordinamenti giuridici diventano oggetto di comparazione. Ancora: la comparazione può avere finalità scientifiche per il ricercatore ovvero

¹¹ Riprendo qui quanto già sostenuto in T.E. FROSINI, *Il metodo del e nel diritto pubblico comparato*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, a cura di L. LLOREDO ALIX e A. SOMMA, Torino 2020, 98 ss.; Id., *Il metodo*, in *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, a cura di T.E. FROSINI, 2a ed., Bologna, 2021.

¹² B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, tr.it., Milano, 2004.

finalità pratiche per il legislatore e il giudice. Può essere sincronica, laddove si studiano gli ordinamenti e i suoi derivati in un dato momento storico, altrimenti può essere diacronica, quando invece si esaminano gli ordinamenti e i suoi derivati nella loro successione temporale.

Si compara il diritto privato e il diritto pubblico¹³. Un tempo distinti e distanti nella comparazione, oggi vivono una loro tendenziale unità. Perché si è affermato il diritto comparato, privato di declinazioni settoriali. Temi e problemi come le famiglie giuridiche, le fonti del diritto e soprattutto i diritti fondamentali vengono affrontati e studiati nella prospettiva del comparatista, a prescindere dalla sua formazione privatistica o pubblicistica che sia¹⁴. Certo, permangono le varie sensibilità e curiosità: un comparatista di formazione privatistica studierà con maggiore agio e profondità le successioni o i contratti, per esempio, di quanto possa fare un comparatista di formazione pubblicistica. Il quale avrà maggiore sollecitudine e dimestichezza nello studiare le forme di governo e la giustizia costituzionale. Quindi, ci sono terreni di incontro che valorizzano lo studio del diritto comparato *tout court*, ma permane una differenziazione sulla base delle singole inclinazioni dello studioso. Da qui, un'ulteriore caratteristica del comparatista, che è quella di spaziare nella conoscenza e nella ricerca, senza paratie e recinti. Davanti a sé ha il globo: si sceglie uno o più Paesi, ci va e li frequenta, prende un istituto giuridico e lo studia comparandolo con quello dell'ordinamento di appartenenza ovvero con un terzo.

È il raffronto quello che conta, per dirlo meglio l'operazione intellettuale di raffronto fra ordinamenti, istituti, normative e decisioni giurisprudenziali di diversi ordinamenti. La questione del raffronto, e quindi della comparazione, evoca un altro problema, che è stato oggetto di mai sopita discussione. Il diritto straniero come diritto comparato, e quindi: chi studia solo un ordinamento straniero, oppure un suo istituto o la sua legislazione, può ritenersi ed essere considerato un comparatista? A rigore di logica parrebbe di no, perché viene meno l'operazione intellettuale di raffronto, che a sua volta fa venire meno la metodologia delle consonanze e assonanze e pertanto dell'eventuale trapianto di ciò che c'è di buono giuridicamente in un ordinamento per impiantarlo in un altro ordinamento. Il diritto straniero, in questi termini, appiattisce e rattrappisce il metodo. Si presenta quasi come la traduzione di documenti giuridici e relativo dibattito intorno a essi, che si è prodotta in un dato Paese. Certo, va riconosciuto che senza lo studio del diritto straniero verrebbero meno i presupposti per svolgere una qualsiasi analisi comparativa. Allora il comparatista sta al diritto straniero come il direttore d'orchestra sta all'orchestra, e quindi non si può essere l'uno senza essere stato il secondo¹⁵. O altrimenti, si può dire che il diritto straniero appare come l'introduttore necessario per il diritto comparato. Che è e rimane un valore aggiunto, perché con la comparazione si rende viva ed effettiva la vita del diritto, al di là e oltre la pura e semplice descrizione del diritto straniero.

3. *Diritto comparato vs. diritto globale?*

Vale la pena adesso svolgere uno specifico approfondimento, che si riferisce all'attualità giuridica del diritto globale e il suo rapporto con il diritto comparato. Con il diritto globale siamo

¹³ Cfr. *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo fra saperi giuridici*, a cura di A. SOMMA e V. ZENO ZENOVICH, Roma, 2021.

¹⁴ In tal senso, merita essere qui segnalato il recente libro di A. PIN, *Il Rule of Law come problema*, Napoli, 2021.

¹⁵ Su questa metafora, v. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, 3° ed., Padova, 2021.

di fronte a una giuridicità composita, fatta di pezzi diversi, e spesso sfuggente a una chiara classificazione. Il diritto globale si presenta come un oggetto snodabile, che si riarticola di continuo, rinunciando in gran parte a una forma fissa e definita.

La cd. globalizzazione, che può essere intesa come “deterritorializzazione”, ha favorito il sorgere e l’affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*, che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti¹⁶. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato inter-organizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Quindi, nei cd. regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale.

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale però non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi «alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l’Occidente, l’Islam e l’Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano»¹⁷. Se il diritto comparato vuole adeguarsi alle sfide teoriche e pratiche della globalizzazione dovrà necessariamente allargare i suoi orizzonti al di là e oltre l’Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche *beyond West* e ridimensionando la prospettiva eurocentrica.

Non risulta persuasiva la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l’analisi comparativa – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*¹⁸. Sarà pur vero che «viviamo in un’epoca che vede con favore l’unificazione e

¹⁶ Cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

¹⁷ Così, H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, tr. it., Bologna 2010, 104.

¹⁸ È questa la suggestiva tesi di M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Riv. cr. dir. priv.*, n. 3, 2013, 369 ss. Ma v. già H. MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN e M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York 2006, 583 ss., il quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato. V. anche i saggi raccolti in *Ius dicere in a Globalized World*, a cura di C. D’ALESSANDRO e C. MARCHESE, Roma, 2018.

la incoraggia»¹⁹ e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure “uniti nella diversità”. Ma per il *comparative law in book* e il *comparative law in action* rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*.

Un derivato del diritto globale sarebbe il dialogo fra Parlamenti, che si richiama a un altro noto “dialogo”, ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero²⁰.

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cd. dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come “mettersi in ascolto” di un altro ordinamento²¹. L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero, le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

4. *Legiferare e comparare*

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cd. “dialogo” fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, “occidentalmente orientata”, del diritto e dei diritti. Sia come perimetro geopolitico della nozione, quello euro-atlantico; sia come Occidente giuridico, ovvero il modo attraverso il quale il diritto

¹⁹ Così R. SACCO, *Il diritto fra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011, 19.

²⁰ Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

²¹ Su cui, v. *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, a cura di L. SCAFFARDI, Napoli, 2011; E. ÖRÜCÜ, *Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective*, in *Percorsi cost.*, n. 3, 2014.

ha saputo radicarsi nell'organizzazione delle società di una parte del mondo, e i tentativi di incorporare nelle proprie ragioni la complessità del mondo²².

Nell'età della cd. globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante, che è ben al di là da venire.

Infine, per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprensione, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi. E la metodologia comparativa deve servire anche a questo²³.

Che la scienza giuridica torni a coltivare una scienza della legislazione comparata, poggiando le basi sulla lezione di Emerico Amari, il quale così scriveva nel 1857: «La scienza della legislazione comparata adunque è quella, che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la *dottrina giuridica della civiltà universale*, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni; alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate; alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà [...]»²⁴.

²² In tema, v. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

²³ T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in DPCE, 1, 2015.

²⁴ E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), 2 voll., a cura e con intr. di V. FROSINI, Palermo 1969, par. CLXII.



Alessandro Gigliotti*

Il semestre bianco nel quadro del potere di scioglimento anticipato delle Camere **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il semestre bianco: cenni preliminari. – 3. I poteri presidenziali nelle primissime ricostruzioni dottrinali. – 4. I poteri presidenziali nelle ricostruzioni di Guarino e Mortati. – 5. La teoria “polifunzionale” della controfirma ministeriale. Critica. – 6. La teoria degli atti formalmente presidenziali e sostanzialmente complessi. Critica. – 7. Il potere di scioglimento anticipato come potere formalmente e sostanzialmente presidenziale. – 8. *Ratio* del semestre bianco e ipotesi di riforma.

1. Premessa.

Lo scorso 2 febbraio 2021, nella ricorrenza dei 130 anni dalla nascita di Antonio Segni, già parlamentare democristiano, più volte ministro, Presidente del Consiglio e infine Capo dello Stato tra il 1962 e il 1964, anno delle sue dimissioni a seguito della grave malattia che lo aveva colpito alcuni mesi prima¹, il Presidente Sergio Mattarella ha voluto rendere omaggio al suo illustre predecessore, ricordandone la figura e il prezioso contributo dato alla storia costituzionale italiana, sin dagli anni giovanili, quando prese parte all’esperienza del Partito popolare di Luigi Sturzo, per poi avere un ruolo centrale nella fase costituente e nei primi decenni del periodo repubblicano. Nel comunicato rilasciato dal Quirinale, si pone altresì l’accento sulla prassi, inaugurata dallo stesso Segni, di inviare messaggi alle Camere, ai sensi dell’art. 87, secondo comma, della Costituzione.

Fu proprio in occasione di un messaggio, trasmesso il 17 settembre 1963, che il Presidente Segni avvertì l’esigenza di segnalare i potenziali problemi derivanti dall’assenza di una disposizione costituzionale che vietasse, sull’esempio del XXII emendamento alla Costituzione

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Un recente ritratto del Presidente Segni è contenuto nel volume di S. MURA, *Antonio Segni. La politica e le istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2017.

degli Stati Uniti d'America del 1951², la rielezione del Presidente della Repubblica alla fine del settennato³. Secondo l'illustre giurista e politico sassarese, la previsione di un divieto di rielezione del Capo dello Stato italiano avrebbe avuto l'effetto di evitare qualunque sospetto che gli atti presidenziali potessero in qualche modo essere finalizzati a favorirne una conferma sul Colle. Sospetto che, del resto, non era stato estraneo neppure al costituente, se è vero che il divieto di procedere allo scioglimento anticipato delle Camere negli ultimi sei mesi del mandato, di cui al secondo comma dell'art. 88 della Costituzione, andava letto proprio nell'ottica di impedire al Presidente uscente di porre in essere degli atti che fossero strumentali ad una rielezione. Non a caso, lo stesso Segni precisava che, una volta disposta la non rieleggibilità del Presidente, si sarebbe potuto procedere con l'abrogazione del secondo comma del citato art. 88⁴, il quale – a suo dire – alterava il «difficile e delicato equilibrio tra i poteri dello Stato, e può far scattare la sospensione del potere di scioglimento delle Camere in un momento politico tale da determinare gravi effetti»⁵.

Non pochi osservatori hanno voluto cogliere nelle parole del Presidente Mattarella un'indicazione – neppure troppo velata, per il vero – sulle elezioni presidenziali che si terranno agli inizi del 2022, alla cessazione dell'attuale settennato, nel senso di una sua assoluta indisponibilità ad un secondo mandato e, più in generale, dell'inopportunità di tale scenario⁶. Ed infatti anche in tempi più recenti, in occasione dell'incontro di studio tenuto al Quirinale l'11 novembre 2021 per rendere omaggio alla figura di Giovanni Leone, nel ventesimo anniversario della sua scomparsa, Mattarella ha rievocato in termini problematici il tema della rielezione del Presidente uscente, ricordando come anche Leone avesse proposto, sulla scia della sollecitazione di Segni, di introdurre in Costituzione il principio della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica e procedere alla conseguente eliminazione del semestre bianco.

Del resto, è noto che l'ipotesi di rielezione del Capo dello Stato uscente sia sempre stata considerata, se non proprio in contrasto con il dettato costituzionale, quanto meno scarsamente connaturata ad una figura *super partes* quale quella del Presidente della Repubblica. A ciò si aggiunga che la prassi ha visto ascendere al Colle personalità non più giovanissime, a parte alcune

² Nel quale, com'è noto, si introdusse il divieto di rielezione del Presidente dopo il secondo mandato, dopo che il Presidente Franklin Delano Roosevelt fu confermato alla Casa Bianca per quattro volte, nel 1932, 1936, 1940 e 1944, rompendo la consuetudine che sino a quel momento era sempre stata osservata e in base alla quale, per l'appunto, nessun Presidente uscente si era mai ricandidato per un terzo mandato.

³ Nel testo del comunicato si legge, in particolare: «Esercitò sempre e sino in fondo le prerogative a lui attribuite dalla Costituzione, inaugurando, per la prima volta, la facoltà di indirizzare messaggi presidenziali al Parlamento secondo quanto previsto dall'art. 87.

In occasione dell'avvio della IV legislatura repubblicana, il presidente Segni ritenne infatti di segnalare l'opportunità di intervenire sui meccanismi di elezione e nomina dei giudici costituzionali al fine di evitare quelli che definiva "inconvenienti" nella durata dei mandati, per assicurare, invece, una certa continuità nella composizione del collegio e il Parlamento, pochi anni dopo, diede seguito a questa prima esortazione.

Fu anche l'occasione per esprimere la convinzione che fosse opportuno introdurre in Costituzione il principio della "non immediata rieleggibilità" del Presidente della Repubblica. In quell'occasione Segni definiva "il periodo di sette anni sufficiente a garantire una continuità nell'azione dello Stato". Inoltre – aggiungeva – "la proposta modificazione vale anche ad eliminare qualunque, sia pure ingiusto, sospetto che qualche atto del Capo dello Stato sia compiuto al fine di favorirne la rielezione". Di qui l'affermazione che "una volta disposta la non rieleggibilità del Presidente, si potrà anche abrogare la disposizione dell'art. 88 comma 2° della Costituzione, che toglie al Presidente il potere di sciogliere il Parlamento negli ultimi mesi del suo mandato".

Una disposizione che – a giudizio del Presidente Segni – "altera il difficile e delicato equilibrio tra poteri dello Stato e può far scattare la sospensione del potere di scioglimento delle Camere in un momento politico tale da determinare gravi effetti?".

⁴ A seguito del messaggio, il governo in carica, presieduto da Giovanni Leone, presentò alla Camera un disegno di legge costituzionale volto a modificare gli articoli 85 e 88 della Costituzione nel senso auspicato dal Presidente Segni. V. il testo in Camera dei deputati, Atto Camera n. 599.

⁵ Camera dei deputati, IV legislatura, Doc. XII, n. 1, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica (A norma dell'articolo 87, secondo comma, della Costituzione)*, trasmesso alla Presidenza il 17 settembre 1963.

⁶ Si vedano, per tutti, M. BREDÀ, *Governo, il Colle chiama Draghi*, in *Corriere della Sera*, 3 febbraio 2021; P. POMBENI, *Mattarella mette il dito nel nodo del semestre bianco*, in *Il Quotidiano del Sud*, 3 febbraio 2021.

eccezioni – una su tutte: Cossiga –, le quali alla scadenza del mandato avevano già raggiunto e in alcuni casi abbondantemente superato gli 80 anni⁷. E non è del resto casuale che l'unico Presidente ad essere rieletto sia stato, nel 2013, Giorgio Napolitano, ormai quasi novantenne, che accettò solo a seguito di un accurato appello di molte forze politiche e in virtù della delicatissima situazione che aveva reso praticamente impossibile giungere ad un accordo per l'elezione del suo successore e per formare una maggioranza idonea a consentire la nascita di un nuovo Governo, e con il preciso impegno che egli avrebbe rassegnato le dimissioni non appena le condizioni politiche glielo avrebbero consentito⁸.

1. *Il semestre bianco: cenni preliminari.*

La previsione di un limite temporale all'esercizio del potere presidenziale di scioglimento anticipato delle assemblee legislative, pur non essendo particolarmente frequente nel panorama degli ordinamenti contemporanei, non rappresenta neppure un istituto eccezionale o riconducibile al solo ordinamento italiano. Già la Costituzione cecoslovacca del 1920, ad esempio, prevedeva che il Presidente della Repubblica – organo titolare del potere di scioglimento anticipato – non potesse procedere alla dissoluzione negli ultimi sei mesi del suo mandato⁹ e una norma analoga era contenuta anche nel successivo testo costituzionale del 1948¹⁰. La Costituzione francese della V Repubblica, dal canto suo, pur consentendo al Presidente di procedere allo scioglimento dell'Assemblea nazionale senza particolari limitazioni – il relativo atto non rientra tra quelli soggetti a controfirma ministeriale –, vieta un ulteriore scioglimento nell'anno successivo alla data di svolgimento delle elezioni anticipate¹¹. La Costituzione portoghese del 1976, infine, prevede un divieto di scioglimento che vige sia nei primi sei mesi della legislatura, sia negli ultimi sei mesi del mandato del Presidente della Repubblica, cui compete la decisione in proposito¹².

Nell'ordinamento costituzionale italiano, la *ratio* del divieto di procedere allo scioglimento anticipato negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale è solitamente ricondotta all'esigenza di evitare che il Capo dello Stato possa fare uso del potere in questione con il solo obiettivo di creare condizioni favorevoli ad una sua rielezione, anche sulla base del presupposto – sul tema si tornerà in seguito – secondo il quale il potere di scioglimento sarebbe in tutto e per tutto presidenziale¹³. Accanto all'interpretazione maggioritaria, vi sono però altre ricostruzioni che hanno messo in luce profili di ordine sistemico che avrebbero indotto il Costituente a circoscrivere il raggio d'azione del Presidente nella fase finale del settennato. In particolare, pur senza disconoscere il rilievo della corrente poc'anzi richiamata, una autorevole dottrina ha evidenziato che la logica

⁷ Questa l'età dei Presidenti all'atto dell'elezione: Einaudi (74 anni), Gronchi (68 non ancora compiuti), Segni (71), Saragat (66), Leone (63), Pertini (82 non ancora compiuti), Cossiga (57 non ancora compiuti), Scalfaro (74 non ancora compiuti), Ciampi (79 non ancora compiuti), Napolitano (81 non ancora compiuti), Mattarella (74 non ancora compiuti).

⁸ Dimissioni rassegnate nel gennaio del 2015, dopo circa 21 mesi dall'elezione per la seconda carica.

⁹ Art. 31, comma 2, Costituzione del 1920.

¹⁰ Art. 50, comma 1, Costituzione del 1948.

¹¹ Art. 12, quarto comma, Costituzione del 1958.

¹² Art. 172, comma 1, Costituzione del 1976.

¹³ Tra i vari, v. A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 1948, 123; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Giuffrè, Milano, 1972, 240 ss.; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, II, *Studio sui presupposti e i limiti dello scioglimento nell'ordinamento repubblicano italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, 212 ss.

sottesa alla norma costituzionale risiede anche nella presunzione del depotenziamento della rappresentatività del Capo dello Stato a motivo della ravvicinata scadenza del mandato e nella conseguente minore idoneità del Presidente a compiere valutazioni di ordine politico di particolare complessità¹⁴.

A conclusioni non dissimili è poi giunta un'ulteriore dottrina, per la quale il semestre bianco andrebbe letto congiuntamente alle disposizioni costituzionali che precludono alle Camere l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica nella fase terminale della legislatura. In particolare, l'art. 85, terzo comma, della Costituzione, il quale prevede che, qualora le Camere siano sciolte o manchino meno di tre mesi alla loro cessazione, l'elezione del nuovo Presidente abbia luogo entro quindici giorni dalla riunione delle nuove Camere, con conseguente proroga dei poteri del Presidente in carica. Analogamente, l'art. 86, secondo comma, il quale dispone che, in caso di impedimento permanente, morte o dimissioni del Capo dello Stato, il Presidente della Camera debba indire le elezioni del nuovo Presidente entro quindici giorni, salvo nel caso in cui le Camere siano sciolte o manchino meno di tre mesi alla loro cessazione, ipotesi nella quale la scelta del nuovo inquilino del Colle viene conferita alle Camere di nuova preposizione. Secondo la presente dottrina, dal combinato disposto delle previsioni costituzionali citate si evincerebbe un principio per il quale è bene che un organo costituzionale in scadenza o già cessato – il Presidente della Repubblica nel semestre bianco, le Camere negli ultimi tre mesi della legislatura e durante la *prorogatio* – non influisca sul rinnovo di un altro organo costituzionale, rispettivamente le Camere nell'ipotesi di uno scioglimento anticipato e il Presidente della Repubblica alla scadenza del settennato¹⁵. Le medesime disposizioni, più in generale, sarebbero nel loro complesso ispirate all'intento di svincolare il termine di durata della carica presidenziale da quello delle Camere, in modo che non venga a determinarsi il ricambio contemporaneo dei due organi. Sotto tale profilo, quindi, il semestre bianco avrebbe la finalità di scongiurare la possibilità di una duplice carenza nella triade Parlamento-Governo-Capo dello Stato, che si andrebbe a prefigurare nell'ipotesi di cessazione anticipata delle Camere e di scadenza del settennato¹⁶.

Va detto che la chiave di lettura “personalistica” del semestre bianco trova puntuale conferma nei lavori dell'Assemblea costituente e, precisamente, in quelli del *plenum*, quando furono esaminati alcuni emendamenti volti ad introdurre limiti temporali all'esercizio del potere di scioglimento anticipato delle Camere¹⁷. Un primo emendamento, a prima firma Carpano Maglioli, precisava infatti che il potere di scioglimento poteva essere esercitato solo dopo un anno dallo svolgimento delle elezioni ed esclusivamente qualora, nel corso di un semestre, vi fossero state due crisi di governo a seguito di votazione fiduciaria. L'emendamento era visibilmente ispirato all'art. 51 della Costituzione francese del 1946, così come un secondo emendamento, presentato dall'on. Nobili, ancora più aderente al testo costituzionale transalpino in quanto affidava il potere di scioglimento al Presidente, ma su proposta del Consiglio dei ministri, e ne rendeva possibile l'esercizio solo dopo 18 mesi dall'inizio della legislatura e sono in caso di due crisi di governo –

¹⁴ La presente lettura è stata proposta, come noto, da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, nona edizione, CEDAM, Padova, 1976, p. 663, e ripresa anche da M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1978, n. 4, 1329.

¹⁵ La tesi è stata proposta da A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, in *Diritto e società*, 1979, n. 4, 812 ss.; IDEM, *Riflessioni in tema di semestre bianco*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, p. 420 ss.

¹⁶ A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, cit., p. 813 s.; IDEM, *Riflessioni in tema di semestre bianco*, cit., 422.

¹⁷ In argomento, si veda la ricostruzione puntuale ed esaustiva di G. MENEGATTO, *Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, in *Consulta OnLine*, 2021, n. 1, 263 ss.

in questo caso non si precisava che le crisi dovessero necessariamente conseguire a votazioni fiduciarie – intercorse nell'arco di 18 mesi. I due emendamenti non furono però accolti: nella seduta pomeridiana del 24 ottobre 1947, dopo che il relatore on. Tosato espresse il parere contrario, Nobili ritirò il suo dichiarando di voler convergere su quello di Carpano Maglioli, ma tale emendamento – votato a scrutinio segreto – fu respinto.

In quella medesima circostanza fu poi discusso un emendamento dell'on. Laconi, il quale vietava lo scioglimento negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale. Illustrandone i contenuti, il deputato comunista ebbe modo di evidenziare che, una volta approvata la disposizione che prevedeva la proroga automatica dei poteri del Presidente della Repubblica in caso di scioglimento delle Camere – quella che nel testo definitivo sarebbe divenuto il terzo comma dell'art. 85 –, era a quel punto indispensabile stabilire un certo limite al potere di scioglimento, in modo da evitare che il Presidente potesse porre in essere un *«piccolo colpo di Stato legale, e cioè [potesse] sciogliere le Camere per avere prorogati i poteri e avvalersi di questo potere prorogato per influenzare le nuove elezioni»*¹⁸. In sede di parere, l'on. Tosato si espresse in modo moderatamente favorevole, facendo notare che la proposta emendativa era di per sé superflua, avendo *«già votato un articolo in forza del quale non si procede ad elezione del Presidente della Repubblica nel caso in cui questa elezione cada nell'ultimo semestre di vita delle Camere. È evidente che una norma di correttezza costituzionale imporrà identica condotta da parte del Presidente della Repubblica per quanto riguarda lo scioglimento. Tuttavia, se l'onorevole Laconi insiste, la Commissione non ha difficoltà ad accettare la sua proposta»*¹⁹. Orbene, Laconi decise di mantenere il suo emendamento, che fu quindi approvato: il semestre bianco entrava così in Costituzione²⁰.

La chiave di lettura maggioritaria trova ulteriore conferma anche nell'evoluzione costituzionale successiva. Nel già citato messaggio trasmesso alle Camere il 17 settembre 1963, il Presidente Antonio Segni non soltanto evidenziava l'opportunità di introdurre in Costituzione il principio della non immediata rieleggibilità del Presidente alla fine del settennato, essendo il mandato ampiamente sufficiente a garantire una continuità nell'azione dello Stato, ma precisava altresì che la *«proposta modificazione vale anche ad eliminare qualunque, sia pure ingiusto, sospetto che qualche atto del Capo dello Stato sia compiuto al fine di favorirne la rielezione. Una volta disposta la non rieleggibilità del Presidente, si potrà anche abrogare la disposizione dell'art. 88 comma 2 della Costituzione, il quale toglie al Presidente il potere di sciogliere il Parlamento negli ultimi mesi del suo mandato»*. Il legame tra semestre bianco e rieleggibilità del Presidente uscente non poteva essere enunciato in modo più cristallino; e tale chiave di lettura, come si è già accennato, veniva del resto fatta propria anche da un altro Capo dello Stato, Giovanni Leone – il quale nel suo messaggio alle Camere del 15 ottobre 1975

¹⁸ Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947, 1545. Secondo Laconi, *«se domani il Presidente della Repubblica, allo scadere del suo mandato, si trovasse con due Camere le quali in modo evidente non gli fossero favorevoli, egli potrebbe benissimo sciogliere le Camere e prorogare i suoi poteri per avere nuove Camere che potrebbero essere a lui più favorevoli»*.

¹⁹ Ivi, 1544. Nelle parole di Tosato si coglie peraltro una svista, nella misura in cui egli parlava di “semestre”, poiché sia l'art. 81 del progetto di Costituzione approvato dalla Commissione dei 75 sia la formulazione approvata in Assemblea prevedevano che l'elezione del Presidente della Repubblica fosse demandata alle nuove Camere nel caso di scadenza del mandato negli ultimi tre mesi della legislatura. La primissima formulazione dell'articolo, in sede di Seconda Sottocommissione, recava invece l'indicazione dell'ultimo semestre della legislatura. Si veda il testo in Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (prima sezione), resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946, 6 s.

²⁰ Ivi, 1547 s.

reiterava la proposta del suo predecessore²¹ –, nonché da alcune proposte di revisione costituzionale che avevano il medesimo oggetto²².

Un esame dell'istituto del semestre bianco e della sua opportunità nell'attuale contesto politico-istituzionale postula pertanto una preventiva analisi di due questioni tra loro correlate e che assumono carattere preliminare: quale sia la *ratio* della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 88 della Costituzione e, ancor prima, a chi spetti la titolarità effettiva del potere di scioglimento. Parte della dottrina evidenzia infatti che la previsione di un vincolo temporale allo scioglimento delle Camere, essendo evidentemente finalizzato ad impedirne un esercizio improprio e, come tale, non rispettoso dei presupposti costituzionali, dimostrerebbe in modo inequivocabile che il potere di scioglimento è in tutto e per tutto presidenziale²³. Qualora infatti il Costituente avesse concepito lo scioglimento come un potere da esercitare su impulso del Governo, non avrebbe avuto alcuna ragione di istituire un semestre bianco in corrispondenza della scadenza del mandato presidenziale, dal momento che il Capo dello Stato non avrebbe avuto alcun ruolo propulsivo in ordine allo scioglimento deliberato in Consiglio dei ministri. E verosimilmente a conclusioni non molto diverse si dovrebbe giungere anche nell'ipotesi in cui si consideri il potere di scioglimento anticipato come un potere duale: in tal caso, il Presidente dovrebbe condividere con il Governo la decisione e non avrebbe quindi alcun modo di fare un uso distorto dell'istituto, quanto meno al solo fine di favorire la sua permanenza al Colle per un secondo settennato.

Tuttavia, la presente chiave di lettura non appare così scontata, se si pone mente al fatto che parte della dottrina, come si è visto, assegna al semestre bianco un significato più pregnante, che va ben al di là dell'esigenza di evitare un esercizio "personalistico" del potere di scioglimento da parte del Presidente. È stato osservato, in particolare, che se i costituenti avessero avuto come unico obiettivo quello di porre un ostacolo ad eventuali abusi del Presidente della Repubblica, avrebbero potuto vietare la rielezione nell'ipotesi in cui egli avesse fatto uso del potere di scioglimento negli ultimi sei mesi del mandato, anziché fissare un divieto generale quale quello posto dal secondo comma dell'art. 88 della Costituzione²⁴. Più in generale, occorre poi verificare come la previsione di un periodo nel quale risulti inibito l'esercizio del potere di scioglimento possa incidere sugli equilibri su cui poggia l'intero assetto istituzionale. A tal proposito, già negli

²¹ Camera dei deputati, VI legislatura, Doc. I, n. 1, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica (A norma dell'articolo 87, secondo comma, della Costituzione)*, trasmesso alla Presidenza il 15 ottobre 1975, nel quale egli invitava le Camere ad esaminare la richiesta «di una modifica della Costituzione, già avanzata nel 1963 da un mio illustre predecessore e che io stesso, Presidente del Consiglio del tempo, feci riversare in un disegno di legge approvato dal mio Governo e presentato in Parlamento: la previsione della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica, con la conseguente eliminazione del semestre bianco».

²² Camera dei deputati, IV legislatura, proposta di legge costituzionale n. 397, di iniziativa dell'on. Bozzi ed altri, recante *Modifica agli articoli 85 e 88 della Costituzione*, presentata l'11 settembre 1963 (quindi alcuni giorni prima del messaggio del Presidente Segni); Camera dei deputati, V legislatura, proposte di legge costituzionale n. 294, di iniziativa dell'on. Luzzatto ed altri, recante *Modifica all'articolo 85, primo comma, della Costituzione*, presentata il 26 luglio 1968 (limitata nel suo oggetto a sancire il solo divieto di immediata rielezione del Presidente uscente); Senato della Repubblica, V legislatura, disegni di legge costituzionale n. 41, di iniziativa dell'on. Nencioni ed altri, recante *Modificazioni delle norme contenute negli articoli 85 e 88 della Costituzione sulla elezione ed i poteri del Presidente della Repubblica*, presentato il 10 luglio 1968, e n. 480, di iniziativa dei senatori Bergamasco e Veronesi, recante *Modifica degli articoli 85 e 88 della Costituzione*, presentato il 7 febbraio 1969.

²³ *Ex plurimis*, v. A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, *Diritto pubblico e storia del diritto*, CEDAM, Padova, 1950, 226 s., nota n. 3; F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell'esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1959, n. 1, p. 128 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, n. 2, p. 284; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 239 ss.; F. PINTO, *Scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Politica del diritto*, 1980, n. 2, 232 s.

²⁴ A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, cit., 809.

anni Sessanta un'attenta dottrina evidenziava che, una volta sottratto al Presidente, seppure temporaneamente, l'uso del fondamentale potere di scioglimento, le ripercussioni sull'efficienza del ruolo istituzionale dell'organo sarebbero gravi. Il divieto di procedere allo scioglimento anticipato, infatti, incide inevitabilmente sul delicato sistema di pesi e contrappesi su cui poggia il regime parlamentare e determina un temporaneo squilibrio e sbilanciamento che va a danno dell'istanza suprema di tutela e garanzia della Costituzione: ad esempio, nel caso di una crisi di governo di ardua o impossibile soluzione, nell'affrontare la quale il Capo dello Stato dovrebbe agire senza poter fare uso dello strumento dello scioglimento²⁵.

Non deve quindi destare eccessivo stupore se, negli ultimi mesi del suo settennato, il Presidente Gronchi sia stato destinatario di alcune sollecitazioni affinché rassegnasse le dimissioni prima che il semestre bianco ne limitasse il raggio d'azione²⁶. Medesimo lo scenario con Saragat al Quirinale, al quale l'invito a lasciare la suprema carica con sei mesi di anticipo fu rivolto da varie personalità delle istituzioni, tra cui il Presidente del Senato Merzagora ed altri esponenti politici di rilievo quali Giuseppe Pella e Ugo La Malfa²⁷. E sette anni più tardi, in occasione degli ultimi mesi del settennato di Giovanni Leone, in alcuni ambienti si paventava il rischio che l'impossibilità di ricorrere allo scioglimento potesse realizzare una sorta di vuoto di potere, che avrebbe avvantaggiato quelle forze politiche in grado di assumere atteggiamenti che proprio l'arma dello scioglimento, data la sua valenza deterrente, in condizioni normali avrebbe consentito di evitare²⁸. Rischi che non ebbero modo di concretizzarsi, giacché Leone si dimise con qualche mese di anticipo, giustappunto 14 giorni prima dell'inizio del semestre bianco²⁹, ma non per ragioni legate al semestre bianco, bensì in conseguenza delle polemiche e delle accese campagne di stampa in suo sfavore legate, in modo particolare, allo scandalo Lockheed³⁰.

2. I poteri presidenziali nelle primissime ricostruzioni dottrinali.

Una corretta lettura dell'art. 88 della Costituzione, finalizzata ad individuare l'organo avente la titolarità effettiva del potere di scioglimento anticipato, presuppone uno sguardo generale al complesso di poteri spettanti al Presidente della Repubblica e alla natura dei suoi atti. Compito non semplice, data la stringatezza delle disposizioni costituzionali che ha indotto alcuni autorevoli studiosi a definire il Capo dello Stato come l'organo più «problematico» della Costituzione – non tanto a causa delle disposizioni contenute nella Costituzione, quanto a motivo dei suoi silenzi e delle sue ambivalenze³¹ – e quello più «sfuggente», data la laconicità delle disposizioni che ne disciplinano i poteri, suscettibili di interpretazioni difformi se non addirittura contrapposte³². Del

²⁵ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rassegna parlamentare*, 1963, n. 10-12, 733 s.

²⁶ A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, cit., 822.

²⁷ G. MAMMARELLA - P. CACACE, *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 143 s.

²⁸ A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, cit., 796.

²⁹ Avendo giurato il 29 dicembre 1971, il semestre bianco sarebbe iniziato il 29 giugno 1978. Le dimissioni furono rassegnate il 15 giugno dello stesso anno.

³⁰ Sul tema, v. F. DAMATO, *Il Colle più alto. Fatti e misfatti dei Presidenti della Repubblica*, Sugarco Edizioni, Milano, 1982, 110 ss.; A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari, 1985, 206 ss.; G. MAMMARELLA - P. CACACE, *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, cit., 164 ss.

³¹ G. MARANINI, *La Costituzione che dobbiamo salvare*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, 103.

³² L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, 236 ss.

resto, i primi commenti al nuovo testo costituzionale non potevano che risentire dell'inevitabile confronto tra la figura del Presidente e quella del monarca del periodo statutario, organo che si presentava come il fulcro di tutte le funzioni statali che non a caso venivano esercitate o con il suo consenso – la sanzione regia per quella legislativa –, o direttamente da lui – si pensi all'art. 5 dello Statuto, secondo cui «al Re solo appartiene il potere esecutivo» – o per lo meno in suo nome, per quanto concerne quella giurisdizionale³³. Sotto questo profilo, la figura del Presidente appariva nettamente indebolita rispetto al monarca del regime statutario, quanto meno sul piano formale, essendo pacifico che anche nell'ordinamento sabauda il potere decisionale si era progressivamente spostato verso i ministri responsabili e che pertanto molte attribuzioni spettanti alla Corona non traducevano più un effettivo potere.

E infatti non sono mancate, in modo particolare nei primissimi anni di vigenza della Costituzione repubblicana, autorevoli chiavi di lettura che relegavano il Presidente della Repubblica ad una dimensione puramente notarile, formale e simbolica. In una delle prime ricostruzioni sistematiche del nascente ordinamento, in particolare, Giorgio Balladore Pallieri scriveva che, sebbene il passaggio dalla forma monarchica a quella repubblicana avrebbe dovuto comportare un accrescimento delle funzioni del Capo dello Stato, in virtù della sostituzione della corona ereditaria con una persona di provata competenza politica e di largo seguito personale, di fatto era accaduto l'opposto, in quanto il Presidente della Repubblica non possedeva più parecchie funzioni spettanti al Re, e peraltro quelle più importanti³⁴. Egli, infatti, non era posto al vertice del potere esecutivo, ruolo attribuito al Governo della Repubblica, e pur essendo capo supremo della pubblica amministrazione aveva in merito funzioni assai ristrette; non aveva il compito di coordinare gli altri organi dello Stato, né la funzione di richiamare all'osservanza della Costituzione, compito – quest'ultimo – affidato alla Corte costituzionale. Al Presidente, in definitiva, non restava che la funzione – anch'essa puramente formale – di rappresentare l'unità dello Stato³⁵.

Seguendo il medesimo approccio, in quegli stessi anni Serio Galeotti evidenziava come già un esame sommario delle attribuzioni del Presidente della Repubblica denotasse un netto indebolimento della figura del Capo dello Stato rispetto al precedente ordinamento. Al Re sabauda spettava una triade di poteri – nomina dei ministri, revoca degli stessi e scioglimento anticipato della Camera dei deputati – che non avevano pieno riscontro nelle attribuzioni costituzionali del nuovo Presidente: non solo perché veniva a mancare anzitutto il fondamentale potere di revoca dei ministri, ma anche perché in ordine agli altri due – la nomina del Presidente del Consiglio e lo scioglimento delle Camere – la discrezionalità del Quirinale appariva ridotta.

Nel caso del potere di nomina in virtù del fatto che il Governo doveva ricevere la fiducia (esclusivamente) da parte delle Camere, quanto allo scioglimento anticipato poiché il ruolo decisivo sarebbe spettato al Governo³⁶. E del resto la figura presidenziale del nascente ordinamento non era riconducibile a nessuna delle principali funzioni dello Stato, quella legislativa e quella governativo-esecutiva. Non alla prima, in quanto al Presidente della Repubblica era precluso il potere di sanzionare le leggi, residuando esclusivamente un mero potere di chiedere

³³ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, cit., 270.

³⁴ G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, Marzorati, Milano, 1948, 116.

³⁵ Ivi, 115 ss.

³⁶ S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Ufficio editoriale della Università Cattolica, Milano, 1949, p. 10 ss.

alle Camere una nuova deliberazione su un testo già approvato, potere che per giunta era subordinato all'iniziativa del Governo per il tramite del ministro proponente e responsabile³⁷. Non alla seconda, assegnata esplicitamente ad un solo organo, il Governo, e non già a due organi distinti³⁸.

Analogamente, in uno scritto di pochi anni dopo, Amedeo Giannini osservava che il Capo dello Stato esprimeva l'unità nazionale, ma solo formalmente, ed altrettanto formalmente partecipava a talune funzioni di governo, avendo come unico compito quello di sottoscrivere gli atti dell'esecutivo. Nulla era poi la sua partecipazione alle funzioni legislative, fatta salva la possibilità di sollevare qualche osservazione al momento della promulgazione delle leggi, priva di ogni pratico effetto se non accolta, osservazione che del resto non faceva altro che tradurre una richiesta di riesame da parte del Governo. Anche nell'esercizio del potere di scioglimento, infine, il Presidente non avrebbe avuto altro ruolo se non quello di formalizzare una richiesta del Governo, che dell'atto si assumeva la responsabilità³⁹. In definitiva, secondo il chiaro Autore la modesta portata delle funzioni che il Presidente della Repubblica era chiamato ad esercitare non gli avrebbe consentito di svolgere un ruolo effettivamente incisivo, in quanto tutto ciò che il Capo dello Stato avrebbe potuto fare era basato principalmente sulla sua forza morale, più che sui suoi poteri giuridici⁴⁰.

In queste prime ricostruzioni si percepisce chiaramente una tendenza volta a vedere nell'organo chiamato a ricoprire la carica presidenziale una figura fortemente rappresentativa e simbolica, ma dotata di poteri puramente decorativi e formali. Segnatamente, il fatto che tutti i suoi atti fossero soggetti a controfirma da parte dei ministri "proponenti", atti dei quali egli non era pertanto chiamato a rispondere se non nel caso di alto tradimento o attentato alla Costituzione, era indice non già di una posizione di assoluta preminenza, quanto piuttosto di una precisa scelta volta ad indebolirlo e circoscriverne il raggio d'azione. In altre parole, nel dichiararne l'irresponsabilità il Costituente aveva voluto impedire che il Presidente potesse agire secondo una personale linea politica o secondo la sua esclusiva volontà: egli doveva invece ricercare il concorso, la cooperazione e la responsabilità dei ministri, i quali d'altra parte non si assumevano la responsabilità per atti altrui, ma partecipavano attivamente al processo di formazione degli stessi⁴¹.

Dal combinato disposto degli articoli 89 e 90 del testo costituzionale, secondo il già citato Ballardore Pallieri, si evinceva pertanto che solo eccezionalmente con la controfirma il ministro intervenisse a dare il suo consenso ad un atto voluto dal Capo dello Stato, e precisamente nei soli casi di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri, di messaggio alle Camere o di scioglimento anticipato. Tolti i casi eccezionali di grave crisi, la realtà era esattamente opposta, in quanto era il Governo ad avere l'iniziativa dei provvedimenti di competenza del Capo dello Stato, ed era lo stesso Governo a decidere sia sull'opportunità sia sul loro contenuto⁴². In definitiva, il senso vero delle disposizioni costituzionali richiamate era che non già il Capo dello Stato dovesse

³⁷ Ivi, 17 s.

³⁸ Ivi, 18 ss.

³⁹ A. GIANNINI, *Il Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. IV, Zanichelli, Bologna, 1953, 236 ss.

⁴⁰ Ivi, p. 243.

⁴¹ T. MARCHI, *Il Capo dello Stato*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. II, Barbera, Firenze, 1950, 120 s.

⁴² G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, cit., 126.

ottenere la controfirma da parte dei ministri per gli atti che egli volesse emanare, bensì che il ministro dovesse ottenere la firma del Capo dello Stato per i provvedimenti di sua iniziativa⁴³. E pertanto la norma per la quale nessun atto del Presidente della Repubblica sarebbe stato valido se non controfirmato da un ministro valeva a significare che le attribuzioni presidenziali non potevano essere esercitate se non sulla base di un'iniziativa ministeriale, mediante la predisposizione dell'atto che veniva sottoposto al Presidente dopo avere definito interamente il suo contenuto, spettando a quest'ultimo una mera attività di controllo funzionale a verificarne la conformità ai supremi interessi della comunità statale, tesa cioè alla salvaguardia dell'integrità dell'ordinamento costituzionale e della personalità internazionale⁴⁴.

L'eco di queste teoriche si riscontra, in realtà, anche in ricostruzioni dottrinali successive, nelle quali è ormai presente l'impostazione tradizionale, elaborata da Mortati e fondata sulla tripartizione degli atti presidenziali – atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi, atti complessi –, ma tendendo a privilegiare una chiave di lettura complessiva nella quale è il ruolo dei ministri ad essere decisivo. Così, nel 1965 Antonio Valentini scriveva che, negli atti sostanzialmente governativi, nei quali egli includeva anche la promulgazione delle leggi e la nomina dei giudici costituzionali, il ruolo presidenziale finiva per essere meramente formale, in quanto l'emanazione dell'atto era sostanzialmente dovuta e consequenziale alla proposta ministeriale, salva la sola considerazione per cui, in determinati casi, dalla sottoscrizione del decreto sarebbe potuta scaturire un'accusa di alto tradimento o attentato alla Costituzione ai sensi dell'art. 90 della Costituzione⁴⁵. Senonché, persino di fronte agli atti tradizionalmente attribuiti alla discrezionalità del Presidente, lo stesso Autore coglieva una partecipazione ministeriale non puramente formale, tanto da includere nella categoria degli atti a partecipazione eguale, oltre allo scioglimento anticipato, persino i messaggi alle Camere, il rinvio delle leggi, la nomina dei senatori a vita e la nomina del Presidente del Consiglio dei ministri (o, per meglio dire, l'incarico di formare il Governo), nei quali di fatto il Presidente della Repubblica avrebbe dovuto ricercare l'accordo con il Governo se non addirittura operare previa proposta ministeriale⁴⁶.

3. *I poteri presidenziali nelle ricostruzioni di Guarino e Mortati.*

I primissimi studi sui poteri presidenziali risentivano, come si è visto, delle naturali difficoltà nel cogliere i corretti paradigmi di un tessuto normativo – quello costituzionale – a maglie troppo larghe e per molti versi fortemente legato alle teorizzazioni tipiche del recente passato. Nell'ordinamento statutario, in particolare, Corona e ministri costituivano per definizione un complesso strutturalmente omogeneo, nell'ambito del quale l'organo collegiale non aveva la titolarità assoluta di competenze specifiche. Gli atti riferiti al potere esecutivo, emanati dal monarca e controfirmati dai ministri, erano infatti il prodotto di un unico centro di potere, sebbene questo fosse ripartito tra organi diversi che pian piano assunsero una loro autonomia

⁴³ G. BALLADORE PALLIERI, *La nuova Costituzione italiana*, cit., 127.

⁴⁴ S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., 39 ss.

⁴⁵ A. VALENTINI, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1965, 57 ss.

⁴⁶ Ivi, 35 ss. e 115 ss.

sino al punto di relegare il Re in una posizione defilata e pressoché ininfluente⁴⁷. Il progressivo spostamento del potere decisionale dalla Corona ai ministri era stato favorito proprio dall'istituto della controfirma, attraverso la quale i ministri si assumevano la responsabilità degli atti regi e ne rispondevano politicamente di fronte alle Camere⁴⁸. Si delineava, in altri termini, quella differenziazione tra Corona e Governo, che avrebbe assunto una sua propria fisionomia e dato così vita a quel modello istituzionale che Burdeau avrebbe efficacemente definito come basato su due poteri (esecutivo e legislativo) e tre organi (Capo dello Stato, Governo, Parlamento)⁴⁹.

Nell'ordinamento repubblicano, per l'appunto, Presidente della Repubblica e Governo divenivano due organi a sé stanti – per usare un'espressione dottrinale molto efficace riferita al Presidente, i ministri non erano più “suoi” ministri⁵⁰ – e con ruoli nettamente distinti nel quadro istituzionale⁵¹, sebbene essi fossero chiamati a collaborare ai fini dell'adozione di atti presidenziali tra i quali rientravano anche quelli esplicitamente riferiti alla sfera di attribuzioni costituzionali del potere esecutivo e quindi di competenza governativa: si pensi, a titolo di esempio, ai decreti con forza di legge, “adottati” dal Governo ma “emanati” dal Presidente della Repubblica. Sotto tale profilo, il testo costituzionale non forniva però elementi per individuare inequivocabilmente, nell'alveo dei poteri presidenziali delineati dall'art. 87, l'organo titolare del potere decisionale effettivo, da cui le già richiamate incertezze dottrinali nel ricostruire la figura presidenziale, la portata dei suoi poteri e la natura giuridica dei suoi atti.

Anche l'esegesi dell'art. 89 risentiva delle medesime incertezze. Nel precisare che nessun atto presidenziale era valido se non controfirmato da parte del ministro proponente, che ne assumeva la connessa responsabilità, il testo costituzionale lasciava aperta una pluralità di chiavi interpretative potenzialmente idonee a dare luogo a ricostruzioni divergenti se non addirittura diametralmente opposte. Per un verso, infatti, la Costituzione sembrava esigere che tutti gli atti del Presidente della Repubblica traessero origine da una proposta ministeriale – in quanto “ogni” atto presidenziale avrebbe necessitato, per essere valido, della controfirma del ministro proponente –, con la conseguenza che il Capo dello Stato non avrebbe avuto una propria autonomia propulsiva o decisionale ma si sarebbe dovuto limitare ad aderire o meno alle istanze governative⁵². Una chiave esegetica diametralmente opposta, per contro, deduceva dal testo costituzionale un obbligo di controfirma limitato ai soli atti di iniziativa governativa – i soli per i quali era possibile individuare un ministro “proponente” ed al contempo “competente” –, sicché gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, adottati su libera iniziativa del Capo dello

⁴⁷ V. SICA, *La controfirma*, Jovene, Napoli, 1953, 37.

⁴⁸ V. SICA, *La controfirma*, cit., p. 208; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, cit., 270 ss.

⁴⁹ G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après guerre*, Editions internationales, Paris, 1932, 79 ss.

⁵⁰ L'espressione è di T. MARCHI, *Il Capo dello Stato*, cit., p. 121. Analogamente, A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., p. 225, il quale evidenzia che nel nuovo ordinamento non esiste più un «Governo del Capo dello Stato» ma un «Governo della Repubblica», nonché L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1951, p. 233; F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell'esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., 75.

⁵¹ In senso contrario, però, v. L.R. LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, La Scienza, Roma, 1951, p. 69 ss., il quale ritiene che il potere esecutivo sia ripartito tra Capo dello Stato e Governo e, in particolare, che il Presidente sia posto al vertice del potere esecutivo, nonché, nella dottrina più recente, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli, 2010, 219 ss., secondo cui il Capo dello Stato non è escluso dal circuito dell'indirizzo politico, essendo i poteri presidenziali al contempo poteri governativi e viceversa.

⁵² Per la presente tesi, v. in particolare S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., 29 s.; A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 224.

Stato, non sarebbero stati soggetti a controllo ministeriale e quindi pienamente discrezionali⁵³. Senonché, tra le due tesi contrapposte, quella che ha avuto maggiore seguito è stata quella intermedia, per la quale alla luce dell'art. 89 gli atti presidenziali devono essere sempre controfirmati ma non anche necessariamente proposti dal ministro, in ossequio all'altro importante principio, sancito dall'art. 90, secondo cui il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni se non nel caso di alto tradimento e attentato alla Costituzione⁵⁴.

Tesi che ha ricevuto anche una sua traduzione normativa nella legge 11 marzo 1953, n. 87, recante norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, il cui art. 4 precisa che i giudici di nomina presidenziale sono preposti con decreto del Presidente della Repubblica, controfirmato dal Presidente del Consiglio dei ministri ma adottato senza una previa proposta ministeriale. Nel corso dei lavori parlamentari alla Camera per la sua approvazione, invero, una prima formulazione del testo prevedeva che i giudici costituzionale in questione fossero nominati su proposta del Ministro di Grazia e Giustizia⁵⁵. In quella sede si osservò che la disposizione concretava «*l'ottemperanza pura e semplice del preciso precetto contenuto nell'articolo 89 della Costituzione. Se il Presidente della Repubblica dovesse procedere al decreto di nomina senza la controfirma del ministro proponente, quella nomina sarebbe nulla, diversamente il Presidente della Repubblica diventerebbe egli responsabile, ciò che andrebbe a ferire il disposto all'articolo 90 della Costituzione*»⁵⁶. Ne derivò un acceso dibattito che vide confrontarsi due tesi contrapposte, non dissimili da quelle avanzate sul piano dottrinale: l'una riteneva necessario che gli atti presidenziali fossero preceduti dalla proposta ministeriale – sostenuta autorevolmente, tra gli altri, anche da Alfonso Tesaurò, relatore del provvedimento – e che pertanto la disposizione in questione fosse attuativa della Costituzione, l'altra di segno contrario e secondo la quale essa violava l'art. 135, che assegnava al Presidente – e non al Governo – il compito di nominare i giudici costituzionali. Inizialmente prevalse la prima chiave interpretativa, con conseguente approvazione della disposizione, ma successivamente il Senato apportò una modifica finalizzata ad espungere dal testo la proposta ministeriale, in ossequio alla seconda ipotesi ermeneutica⁵⁷.

Senonché, nei primi anni Cinquanta in sede dottrinale si andò delineando un indirizzo che avrebbe sistematizzato ruolo e poteri del Presidente della Repubblica, classificando i relativi atti secondo uno schema la cui teorizzazione più raffinata si deve a Giuseppe Guarino e Costantino Mortati. Nella sua nota trattazione pubblicata presso la *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Guarino evidenziava che gli atti presidenziali erano riconducibili a due distinte tipologie: una prima che

⁵³ M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, n. 3-4, p. 292 ss.; G. MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio (Appunti)*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1957 (vol. CLII), n. 1-2, 35 ss.; E. CHELI, *Art. 89*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna, 1983, p. 146 ss.; A. RUGGERI, *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli, 2009, 715 ss.

⁵⁴ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, n. 4, 926 ss.; L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, cit., p. 236 s.; V. SICA, *La controfirma*, cit., 19 ss.

⁵⁵ La disposizione derivava da un emendamento predisposto dall'on. Fumagalli, il quale introduceva un articolo aggiuntivo che disponeva nel modo seguente: «*I giudici della Corte costituzionale, la cui nomina spetta al Presidente della Repubblica, sono nominati con decreto emanato su proposta del Ministro di grazia e giustizia*». Camera dei deputati, I legislatura, seduta pomeridiana di mercoledì 14 marzo 1951, 27117 s.

⁵⁶ Ivi, 27117.

⁵⁷ Senato della Repubblica, I legislatura, seduta di giovedì 2 ottobre 1952, 35689 ss. La modifica, più in dettaglio, fu introdotta nel corso dell'esame presso la Commissione giustizia e poi approvata in via definitiva in Assemblea. Sulla complessa vicenda, v. G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 903 ss.; L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, cit., 229 ss.

includeva gli atti formalmente adottati dal Presidente della Repubblica ma sostanzialmente riferibili al Governo, che li deliberava in attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo di maggioranza; una seconda, che ricomprendeva gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, adottati autonomamente dal Presidente in quanto atti costituzionali e come tali collocati al di fuori del perimetro dell'indirizzo politico-amministrativo di maggioranza⁵⁸. La distinzione concettuale tra atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi ed atti formalmente e sostanzialmente presidenziali discendeva, in particolare, dal fatto che la Costituzione assegnava al Governo, e unicamente ad esso, di delineare l'indirizzo politico ed amministrativo da sottoporre all'approvazione delle Camere: l'art. 95 affidava infatti al Presidente del Consiglio dei ministri il compito di dirigere la politica generale del Governo, mantenendo l'unità di indirizzo politico ed amministrativo ed assumendosi la correlata responsabilità di fronte alle Camere ai sensi dell'art. 94. Il Presidente della Repubblica, esterno al potere esecutivo in quanto irresponsabile, era pertanto estraneo anche alla determinazione del contenuto di tali atti, nei cui confronti avrebbe dovuto esercitare un mero – ancorché non irrilevante – controllo di legittimità, rifiutandone l'emanazione qualora ne avesse ravvisato l'illegittimità costituzionale ovvero presentando obiezioni di merito al Governo senza poter però opporre veti qualora l'esecutivo non si fosse conformato alle indicazioni presidenziali⁵⁹.

Gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali, per contro, avevano come criterio di individuazione il fatto di trovare, per ciascuno di essi, un fondamento speciale che ne dimostrasse l'estraneità all'indirizzo politico di maggioranza. Fondamento che Guarino individuava in particolare negli atti di nomina del Presidente del Consiglio, di accettazione delle dimissioni del Governo, di scioglimento anticipato delle Camere, di nomina dei senatori a vita e dei giudici costituzionali e nel potere di inviare messaggi alle Camere⁶⁰. Negli atti sostanzialmente presidenziali, l'attività governativa sarebbe stata limitata – in modo reciproco rispetto alla prima tipologia di atti – ad un mero controllo di legittimità, da realizzarsi negando la controfirma in presenza di vizi di legittimità o presentando le proprie obiezioni al Presidente, in questo caso dovendo comunque procedere alla controfirma di fronte alla volontà di quest'ultimo di insistere⁶¹.

Una prima diretta conseguenza della ricostruzione di Guarino era l'abbandono della tradizionale tesi dell'atto complesso, nel quale la volontà del Presidente – attraverso la firma – e quella del Governo – che si realizza mediante la controfirma – si fondono in un'unica manifestazione di volontà⁶². Nella visione di Guarino, invece, la partecipazione dei due organi all'atto presidenziale non rivestiva mai lo stesso ruolo e quindi non vi era alcuna fusione tra le due volontà, in quanto le due autonomie richiedevano sempre il concorso di un secondo organo per il loro esercizio, di volta in volta il Presidente o il Governo⁶³. La seconda conseguenza era il

⁵⁸ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 933 ss. Una classificazione analoga è quella proposta da V. SICA, *La controfirma*, cit., 189 ss.

⁵⁹ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 984.

⁶⁰ Ivi, 939 ss.

⁶¹ Ivi, 984.

⁶² Per la tesi dell'atto complesso, *ex plurimis*, v. A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, Barbera, Firenze, 1951, 131 ss.; A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, cit., 233 s.; L.R. LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, cit., p. 130 ss.; L. PICCARDI, *La Corte costituzionale in Italia*, cit., 232; V. SICA, *La controfirma*, cit., 216 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, ottava edizione, Giuffrè, Milano, 1965, p. 202; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare*, cit., 16 ss.

⁶³ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 983 ss., in cui si legge che «vi è un alveo comune nel quale esse scorrono, ma le acque di queste due fonti, pure svolgendo funzioni in collaborazione, non si confondono. Vi è una specie di condominio dell'atto, da parte delle due autonomie, un uso comune di esso e i due proprietari si scambiano di continuo le parti. E se uno comanda l'altro fa da servo. Che

ruolo assegnato alla controfirma ministeriale, la cui funzione mutava a seconda della tipologia di atto: nel caso degli atti formalmente presidenziali ma sostanzialmente governativi essa indicava la conformità del decreto presidenziale alla proposta formulata dal ministro, mentre nel caso degli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali essa aveva la funzione di attestare la conformità dell'atto al quadro costituzionale, in attuazione del controllo di legittimità e di merito consultivo svolto dal ministro controfirmante⁶⁴.

La teoria dell'atto composto e del valore "polifunzionale" della controfirma è stata successivamente ripresa e perfezionata da Costantino Mortati, il quale individuava una terza categoria di atti presidenziali, quelli sostanzialmente "complessi" o "duali", all'interno della quale egli collocava la nomina del Presidente del Consiglio dei ministri e lo scioglimento anticipato. Mentre nel caso degli atti "ministeriali", adottati dal Presidente ma di fatto di competenza propria del Governo, e di quelli "presidenziali", appartenenti alla sfera di discrezionalità propria del Capo dello Stato, non poteva ricorrere la figura dell'atto complesso, in quanto l'attività dei due organi aveva diversa natura, nel caso della nomina del Presidente del Consiglio e dello scioglimento anticipato per l'illustre studioso e costituente si realizzava una collaborazione tra Presidente della Repubblica e Governo tale da configurare un vero e proprio concorso di volontà deliberanti⁶⁵. In tema di controfirma, Mortati osservava che i ministri controfirmanti erano solitamente gli organi deliberanti, poiché negli atti "ministeriali" al Capo dello Stato competeva solo una diversa funzione di controllo politico, mentre nel caso degli atti "presidenziali" il valore giuridico della partecipazione dei due organi si invertiva e si modificava di conseguenza l'assunzione di responsabilità⁶⁶, essendo compito dei ministri non quello di collaborare attivamente alla formazione dell'atto, bensì quello di esercitare un controllo diretto ad accertare la costituzionalità dell'atto o segnalare gravi ragioni di inopportunità⁶⁷.

4. *La teoria "polifunzionale" della controfirma ministeriale. Critica.*

La teoria "polifunzionale" della controfirma ministeriale degli atti del Presidente della Repubblica, qui sommariamente descritta, ha avuto larghissimo seguito in dottrina ed è tuttora ampiamente consolidata nel panorama costituzionalistico italiano. Essa, come si è visto, parte dalla corretta premessa secondo cui non è possibile individuare una categoria omogenea di atti presidenziali, in quanto è necessario distinguere tra atti che, pur essendo formalmente di competenza del Capo dello Stato, traggono origine da un'iniziativa governativa e rientrano a pieno titolo nella sfera dell'indirizzo politico-amministrativo di maggioranza ed atti che sono invece estranei al circuito di tale indirizzo e sono da attribuire, anche sostanzialmente, alla libera iniziativa ed alla piena discrezionalità del Presidente della Repubblica. Schematizzando gli atti presidenziali in due distinte categorie – se non addirittura in tre –, la dottrina maggioritaria tende poi a dare una lettura dell'intervento ministeriale, esercitato attraverso la controfirma, legata per l'appunto alla natura dell'atto – presidenziale o governativo – e giungendo alla conclusione

altro è infatti il controllo di legittimità, e quello di merito consultivo, quel rispettoso suggerire, quel sommesso domandare se non un servire l'autonomia?».

⁶⁴ Ivi, 985.

⁶⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 661 ss.

⁶⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, decima edizione, CEDAM, Padova, 1991, 555 ss.

⁶⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 658.

secondo cui negli atti del primo tipo firma e controfirma andrebbero a rappresentare rispettivamente l'iniziativa e l'effettiva titolarità del potere da un lato e il controllo di costituzionalità esercitato dal ministro dall'altro, mentre negli atti del secondo tipo il rapporto si invertirebbe con la conseguenza per cui la firma presidenziale andrebbe a configurare un controllo di costituzionalità e la controfirma a manifestare il potere di iniziativa e di determinazione del contenuto dell'atto stesso⁶⁸.

Così facendo, la chiave di lettura "polifunzionale" permette di cogliere il diverso apporto dato alla fase decisionale dal Presidente e dal ministro, ma presenta l'evidente limite di sminuire la funzione presidenziale, assimilando il ruolo del Capo dello Stato a quello del ministro, quasi che i due organi fossero del tutto sovrapponibili, nonché di trascurare la vera differenza che intercorre tra atti presidenziali e governativi: la presenza, o meno, della proposta ministeriale. Non a caso, autorevole dottrina ha a suo tempo rilevato che la tesi della natura "polifunzionale" della controfirma ha avuto forse immeritata fortuna, in quanto contraddice l'esperienza di tutti gli ordinamenti costituzionali del passato e del presente nei quali gli atti del Capo dello Stato, pur controfirmati, sono sempre e comunque a lui riferiti⁶⁹.

Le medesime incertezze si rinvengono nella correlata questione della natura giuridica dell'atto presidenziale, sulla quale si sono confrontate sostanzialmente tre differenti tesi. La dottrina tradizionale ricorre alla fattispecie dell'atto complesso, derivante da una manifestazione di volontà di due organi – Capo dello Stato e ministro – che si fondono, anche in presenza di singole volontà non equivalenti sul piano giuridico, perché i diversi soggetti od organi che concorrono a formarlo esprimono volontà di contenuto identico, dirette ad un unico effetto⁷⁰. Questa tesi era particolarmente adatta agli ordinamenti del periodo liberale, nei quali – come si è già accennato – Corona e ministri facevano parte di un medesimo centro di potere, l'esecutivo, ma appare invece poco funzionale ad un ordinamento repubblicano nel quale gli atti del Capo dello Stato derivano da un concorso di volontà di due organi in tutto e per tutto distinti e facenti parte di due poteri dello Stato diversi. Non a caso, nel secondo dopoguerra, da Guarino in poi, ha finito per prevalere la tesi dell'atto composto, un atto che scaturisce dall'incontro di due distinte volontà facenti riferimento a due distinti organi, le quali però mantengono la propria fisionomia, senza mai fondersi o sovrapporsi, nella misura in cui nell'atto presidenziale firma e controfirma rispondono a funzioni diverse e sono finalizzate a far convivere l'autonomia del Presidente e quella del ministro⁷¹. Non sono infine mancate ulteriori ricostruzioni, le quali hanno privilegiato una visione dinamica dell'atto presidenziale e fatto riferimento alla figura dell'atto-procedimento, particolare sottocategoria dell'atto composto nel quale l'apporto del Capo dello Stato e quello del ministro avvengono in momenti successivi e con funzioni diverse⁷².

La fattispecie dell'atto-procedimento non è dissimile da quella dell'atto composto, essendo entrambe caratterizzate dalla presenza di una pluralità di manifestazioni di volontà, da parte di un medesimo organo ("atti reiterati") o da parte di organi diversi ("atti complessi"), ma se ne differenzia per il fatto che nell'atto-procedimento le singole volontà realizzano funzioni diverse

⁶⁸ E. CHELI, *Art. 89*, cit., 112 ss.

⁶⁹ C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, 285.

⁷⁰ La tesi dell'atto complesso è stata sistematizzata in epoca statutaria da D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. XII, 1903, 6 ss.

⁷¹ G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., p. 983 ss.; M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, cit., 280 ss.

⁷² Per questa tesi, v. S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., 28 ss.

ed hanno natura eterogenea. Esattamente quanto accade nell'atto presidenziale, nel quale occorre distinguere una "fase costitutiva" – funzionale alla determinazione del suo contenuto – da quella "di controllo", che si realizza attraverso la controfirma ministeriale. Nel procedimento che porta alla definizione dell'atto presidenziale, segnatamente, interviene anzitutto il momento decisivo in senso stretto, nel quale l'atto viene predisposto nel contenuto e viene poi formalizzato attraverso il decreto presidenziale, e solo successivamente subentra la fase della controfirma, quando l'atto è ormai definito nei contenuti e con la duplice funzione di consentire da un lato un controllo di legittimità e individuare dall'altro il soggetto su cui grava la responsabilità.

Il procedimento descritto è valido per tutti gli atti presidenziali, ma nel caso di quelli "ministeriali" – a differenza degli atti "presidenziali" in senso stretto – la fase decisoria è a sua volta articolata in due ulteriori momenti, il primo dei quali è contraddistinto dalla proposta ministeriale, la quale integra a seconda dei casi una manifestazione di volontà di un singolo ministro, di più ministri o addirittura dell'intero Consiglio dei ministri, cui segue la formalizzazione da parte del Presidente. La differenza tra atti "ministeriali" e "presidenziali" in senso stretto, in altri termini, residua nella fase costitutiva, poiché nel primo caso l'atto viene proposto in sede governativa e poi formalizzato dal Presidente della Repubblica, il quale ne assume la paternità dal punto di vista formale – l'atto ha sempre e comunque la forma del decreto presidenziale –, mentre nel secondo l'atto viene deliberato interamente dal Quirinale sia per quanto concerne la decisione sulla sua emanazione (l'"*an*"), sia per quanto attiene al contenuto (il "*quid*"), sia infine per i tempi di emanazione (il "*quando*"). La fase costitutiva vede dunque la partecipazione talvolta di due distinti organi – atti "ministeriali" – e talaltra di un solo organo – atti "presidenziali" – e tale dicotomia risponde naturalmente all'esigenza di affidare al Governo la decisione effettiva sugli atti di indirizzo politico-amministrativo di maggioranza, sul quale ha ottenuto la fiducia da parte delle Camere, e al Presidente di emanare gli atti che, per loro natura, vanno al di là del perimetro dell'indirizzo politico-amministrativo e vanno conseguentemente affidati ad un organo imparziale e che abbia un ruolo di garanzia.

Non è pertanto la controfirma a differenziare gli atti "ministeriali" da quelli "presidenziali", rappresentando quest'ultima solo ed unicamente una forma di collaborazione tra il Capo dello Stato e i ministri nella realizzazione dell'atto, prevista e imposta dalle norme costituzionali⁷³ e finalizzata ad operare un controllo di legittimità e sancire la responsabilità giuridica – e non quella politica, dunque – dei ministri per tali atti⁷⁴. Va quindi escluso che l'istituto assuma un significato diverso a seconda della natura dell'atto presidenziale e, parallelamente, che la firma presidenziale di un atto "ministeriale" abbia la medesima funzione della controfirma ministeriale di un atto "presidenziale" strettamente inteso. Firma e controfirma rispondo sempre e comunque a due logiche ben distinte: la prima attesta la titolarità formale del potere di emanare l'atto, e nel caso degli atti presidenziali anche la titolarità effettiva, la seconda ha la funzione di integrare la volontà espressa mediante un controllo di legittimità sull'esercizio della funzione presidenziale.

Nel caso degli atti ministeriali, in particolare, la Costituzione ne ha affidato la paternità al Capo dello Stato non certo in omaggio alla tradizione⁷⁵, bensì con il preciso obiettivo di anteporre alla loro emanazione un controllo preventivo di legittimità da parte del Presidente della Repubblica, nella sua veste di organo moderatore e imparziale cui è affidato il ruolo di guardiano della

⁷³ C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, cit., 286.

⁷⁴ Ivi, 288.

⁷⁵ Ivi, 294.

Costituzione⁷⁶. Ben diverso il ruolo esercitato dal ministro nei confronti di un atto strettamente presidenziale, che presuppone sì un controllo di legittimità ma molto meno ampio rispetto a quello svolto dal Presidente della Repubblica in sede di adozione di un atto di iniziativa del Governo, per la semplice ragione che il ministro è in tutto e per tutto un organo di indirizzo politico e non di garanzia. Vi è quindi una netta differenza tra il potere presidenziale in sede di firma di un atto di iniziativa governativa e il potere ministeriale in sede di controfirma di un atto presidenziale: il Presidente della Repubblica ha un controllo decisamente più penetrante di quello del ministro, potendo ad esempio rifiutare l'emanazione di un atto normativo del Governo – si pensi al classico caso del rifiuto presidenziale ad emanare un decreto-legge sprovvisto dei presupposti di cui all'art. 77 Cost. –, laddove il ministro è chiamato principalmente ad esercitare un controllo sulla regolarità formale dell'atto, potendo chiaramente negare la controfirma qualora ravvisi un vizio di legittimità.

Va parimenti confutata la correlata tesi secondo cui il ministro controfirmante assumerebbe la responsabilità politica dell'atto, giacché quest'ultima non sussiste se non per gli atti di indirizzo politico – gli atti “ministeriali” – e non già per gli atti presidenziali strettamente intesi, pur essendo anch'essi soggetti a controfirma. La controfirma, in realtà, rende responsabile il ministro dal punto di vista giuridico, perché l'atto controfirmato è emanato da un organo, il Presidente della Repubblica, che per Costituzione non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, salvo nel caso di alto tradimento o attentato alla Costituzione. Come è stato puntualmente evidenziato, senza la premessa dell'art. 89 in ordine alla validità degli atti del Presidente della Repubblica e alla relativa necessità della controfirma di essi non avrebbe avuto senso l'irresponsabilità del Capo dello Stato di cui al successivo art. 90⁷⁷, sebbene vada del pari precisato che l'irresponsabilità da un lato copre non soltanto gli atti controfirmati, ma tutta la sfera di attività presidenziale⁷⁸, dall'altro è limitata dalla previsione di precise fattispecie dalle quali deriva una responsabilità penale-costituzionale per il Capo dello Stato. E si consideri altresì che la responsabilità politica del Governo non discende dall'atto controfirmato, bensì dalla politica generale dell'esecutivo su cui è stata conferita la fiducia da parte delle Camere. Il sindacato parlamentare sull'operato del Governo, in altri termini, ha ad oggetto l'indirizzo politico nella sua interezza, indirizzo che si traduce anche in atti presidenziali controfirmati ma che va ben oltre⁷⁹.

In tema di vizi dell'atto presidenziale privo di controfirma, per le medesime ragioni vanno infine respinte le teoriche che, legate o meno alla natura “polifunzionale” della sottoscrizione ministeriale, tendono a classificare il vizio in modo diverso a seconda della tipologia di atto. Secondo il Romano, in particolare, mentre negli atti governativi l'assenza di controfirma ne comporterebbe l'invalidità, nel caso degli atti presidenziali la sottoscrizione fungerebbe da mero requisito di efficacia⁸⁰. Ma in tal modo si finisce per disattendere il dettato costituzionale, che concepisce la controfirma come requisito di validità e non di mera efficacia, con l'inevitabile

⁷⁶ V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960, 628 ss.

⁷⁷ L.R. LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, cit., 35.

⁷⁸ M. MIDIRI, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Governo*, CEDAM, Padova, 1988, 192.

⁷⁹ V. SICA, *La controfirma*, cit., 209.

⁸⁰ A.A. ROMANO, *La formazione del governo*, CEDAM, Padova, 1977, 152, nota n. 114.

conseguenza che l'assenza di sottoscrizione da parte del ministro determina in ogni caso l'invalidità dell'atto, per mancanza di un requisito essenziale, da inquadrare nel *genus* della nullità⁸¹.

5. *La teoria degli formalmente presidenziali e sostanzialmente complessi. Critica.*

Parimenti a critica va sottoposta la teoria, elaborata da Mortati, per la quale accanto agli atti “ministeriali” ed a quelli “presidenziali” in senso stretto andrebbe individuata una terza categoria, quella degli atti “sostanzialmente complessi”, nei quali la manifestazione di volontà del Presidente si fonde con quella ministeriale, cosa che si realizzerebbe, in particolare, nel caso dei decreti di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri e di scioglimento anticipato delle Camere. Segnatamente, secondo l'illustre giurista e padre costituente nell'ambito del procedimento volto alla formazione di un nuovo esecutivo la nomina del suo vertice presuppone non solo l'intervento del Presidente della Repubblica, che adempie alla funzione di individuare la personalità più indicata ad interpretare l'indirizzo politico gradito alla maggioranza presente presso le due Camere, ma anche quello ministeriale che si realizza attraverso l'accettazione della nomina da parte del medesimo Presidente del Consiglio, il quale manifesta la sua volontà controfirmando il relativo decreto e partecipando così in modo pieno ed effettivo all'intero *iter*⁸².

La ricostruzione mortatiana, largamente seguita in dottrina⁸³, non sembra tuttavia potersi accogliere, anzitutto perché basata sull'errato presupposto – supportato, come si vedrà tra un momento, da una consolidata prassi e dal dato normativo – secondo cui il soggetto competente ad apporre la controfirma all'atto di nomina sarebbe proprio il Presidente del Consiglio entrante. All'atto della formazione di un nuovo Governo, il Presidente della Repubblica emana infatti diversi decreti: un primo di accettazione delle dimissioni del Presidente del Consiglio uscente, nonché dei ministri facenti parte del Governo dimissionario; un secondo di accettazione delle dimissioni dei sottosegretari, operanti sia presso la Presidenza del Consiglio sia presso i singoli ministeri; un terzo di nomina del nuovo Presidente del Consiglio; un quarto di nomina dei ministri; un quinto di nomina del sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che assume le funzioni di segretario del Consiglio dei ministri. Tuttavia, gli atti di maggiore rilievo sono senz'altro il decreto di accettazione delle dimissioni del Presidente del Consiglio uscente e quello di nomina del nuovo Presidente del Consiglio, i quali sono entrambi controfirmati da quest'ultimo dapprima in via di prassi⁸⁴ e ora ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in materia di attività del Governo e di ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri.

⁸¹ Sul tema, v. le ampie digressioni di L.R. LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, cit., p.154 ss. Dal caso dell'atto nullo, in quanto privo di controfirma, occorre invece distinguere quello dell'atto controfirmato ma invalido per irregolarità nell'apposizione della sottoscrizione ministeriale. Si pensi, in particolare, all'atto controfirmato da un ministro non competente *ratione materiae* o a quello che difetti della controfirma di uno dei soggetti deputati a sottoscriverlo. In tali casi l'atto si configurerebbe quindi come viziato ma non già nullo, bensì annullabile.

⁸² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 662 s.

⁸³ Per questa tesi, *ex plurimis*, v. L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 1196; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, cit., p. 109 ss.; T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, 255 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, terza edizione, CEDAM, Padova, 1998, 392.

⁸⁴ In realtà, la prassi per la quale il decreto presidenziale di accettazione delle dimissioni è controfirmato dal Presidente del Consiglio subentrante si è affermata solo nel 1983, in quanto fino a quel momento tale decreto era controfirmato dall'uscente.

La prassi richiamata, com'è noto, affonda le sue radici nel ventennio fascista e, precisamente, nella legge 24 dicembre 1925, n. 2263, in materia di attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, che ridisegnava l'architettura istituzionale attribuendo il potere esecutivo al Re per mezzo del Primo ministro, da lui nominato e revocato. L'art. 2, secondo comma, disponeva infatti che il decreto di nomina del Capo del Governo fosse controfirmato dal medesimo, mentre quello di revoca dal suo successore, tracciando così una linea di discontinuità rispetto alla prassi seguita sino a quel momento per la quale il decreto di nomina era invece controfirmato dal Presidente del Consiglio uscente⁸⁵. Pur essendo tali disposizioni implicitamente abrogate a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione del 1947, la prassi descritta è stata mantenuta anche nel periodo repubblicano e da ultimo è stata suggellata dal richiamato art. 1 della legge 23 agosto 1988, n. 400, sulla cui legittimità costituzionale è lecito, tuttavia, avanzare forti dubbi.

Ai sensi dell'art. 89 della Costituzione, infatti, la controfirma è un requisito di validità dell'atto e ciò comporta non soltanto che un decreto presidenziale non controfirmato sia inefficace – in quanto invalido – e non possa pertanto dispiegare i propri effetti, ma altresì che il ministro competente ad apporre la controfirma debba essere regolarmente in carica al momento della sottoscrizione. Senonché, all'atto della predisposizione del decreto presidenziale di nomina, il (nuovo) Presidente del Consiglio non è ancora tale, essendo egli immesso nell'esercizio delle funzioni solo a seguito dell'emanazione del medesimo decreto – e previo giuramento, ai sensi dell'art. 93 Cost. –, sicché va escluso *a priori* che il soggetto chiamato a controfirmare l'atto possa essere lo stesso Presidente del Consiglio entrante, in quanto in quel momento egli non è ancora in carica e non è pertanto legittimato ad esercitare le funzioni ministeriali. Ne consegue che un atto di nomina controfirmato dal Presidente del Consiglio entrante andrebbe considerato invalido e inidoneo a perfezionare il procedimento di nomina stesso, con buona pace della prassi richiamata e dell'art. 1 della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Autorevole dottrina, a tal proposito, ha evidenziato che, in realtà, la disciplina vigente non sarebbe affatto ingiustificata, in primo luogo in quanto funzionale ad imputare la controfirma all'unico soggetto in grado di assumersi la responsabilità della formazione del nuovo Governo e secondariamente poiché il soggetto controfirmante sarebbe legittimato dalla sua posizione giuridica di Presidente del Consiglio "incaricato": egli, una volta sciolta in senso positivo la riserva, diverrebbe un organo costituzionale transitorio e quindi titolare di pubbliche funzioni, quale in particolare quella di controfirmare il proprio decreto di nomina⁸⁶. Per quanto suggestiva, la tesi in questione avrebbe una certa persuasività solo se il conferimento dell'incarico avvenisse in modo formale, come accaduto sino al 1958⁸⁷: in senso contrario ad essa, ad ogni modo, si deve osservare che attraverso la sottoscrizione dell'atto di nomina del proprio successore il Presidente del Consiglio uscente non si assume alcuna responsabilità per la politica del nuovo Governo, limitandosi a certificare la legittimità del decreto e la conformità del procedimento alle norme

⁸⁵ F. RACIOPPI - I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, UTET, Torino, 1909, 322.

⁸⁶ Sul punto, v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 392 s.

⁸⁷ Sino al 1958 l'incarico veniva infatti conferito per iscritto, tramite decreto del Presidente della Repubblica, decreto che veniva emanato contemporaneamente a quello di accettazione delle dimissioni del Governo e controfirmato dal Presidente del Consiglio uscente. I due decreti, pur materialmente redatti al momento della nomina del nuovo Presidente del Consiglio, erano retrodatati alla data di conferimento dell'incarico in forma verbale. A partire dal 1958, con la formazione del secondo Governo Fanfani, la prassi mutò nel senso di conferire l'incarico in forma esclusivamente verbale e di datare il decreto di accettazione delle dimissioni nel medesimo giorno di quello di nomina del nuovo Presidente del Consiglio. Sul punto, v. L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., p. 1183 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La formazione del governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, n. 3, 820.

costituzionali⁸⁸, e che dal momento della presentazione delle dimissioni e sino all'entrata in vigore del decreto di accettazione delle medesime, esista o meno un "incaricato" designato dal Quirinale, il Presidente del Consiglio dimissionario resta in carica in regime di *prorogatio* o, come si suole dire, per il "disbrigo degli affari correnti". In tale arco di tempo, gli eventuali atti del Governo che dovessero emanarsi sono di competenza del Governo dimissionario e sono quindi assunti sotto la responsabilità del Presidente del Consiglio uscente, essendo l'incaricato chiamato esclusivamente a svolgere consultazioni con le forze politiche rappresentate in Parlamento al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per accettare l'incarico⁸⁹.

In realtà, le uniche ragioni che possano in qualche modo giustificare le norme in oggetto sembrano rispondere più che altro a criteri di ordine pratico, derivanti dal fatto che il Presidente del Consiglio entrante non ha alcun motivo di negare la controfirma e bloccare quindi il procedimento, a differenza dell'uscente⁹⁰. Questi, in astratto, potrebbe rifiutarsi di controfirmare, rendendo impossibile formalizzare la nomina del nuovo Capo del Governo, o molto più semplicemente essere impossibilitato ad espletare tale funzione: si pensi al caso di morte o impedimento permanente derivante da grave malattia⁹¹. Per superare tale *impasse*, in dottrina vi è anche chi ha proposto di esonerare l'atto di nomina dalla controfirma ministeriale⁹², in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 58 del *Grundgesetz* – in base al quale gli atti del Presidente federale necessitano della controfirma del Cancelliere o del ministro competente salvo gli atti di nomina e rimozione del medesimo Cancelliere, di scioglimento del *Bundestag* in caso di elezione del Cancelliere a maggioranza semplice o di richiesta al Cancelliere di continuare a svolgere le sue funzioni sino alla nomina del successore – nonché dall'art. 19 della Costituzione francese del 1958, il quale esclude dal novero degli atti soggetti a controfirma – tra gli altri – quello di nomina del Primo ministro. Per farlo, sarebbe ovviamente indispensabile una revisione dell'art. 89 della Costituzione.

Se ci si pone su un piano di rigoroso rispetto del dettato costituzionale, però, la prospettiva muta e si evince chiaramente che la controfirma degli atti di accettazione delle dimissioni del Presidente del Consiglio uscente e di nomina del nuovo Capo del Governo non può che competere a colui che, in quel momento, riveste la carica di Presidente del Consiglio, l'uscente, giacché è solo con l'emanazione dei due atti – seguita dal giuramento – che si realizza il "passaggio di consegne" tra i due titolari della carica istituzionale⁹³. Lo dimostra, come si è già evidenziato,

⁸⁸ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., 302.

⁸⁹ È certamente preferibile, a tal proposito, la lettura proposta da L. ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, cit., 1181, il quale considera l'incarico il "conferimento di una funzione di natura organizzativa coincidente con una parte delle attribuzioni (quelle appunto relative all'organizzazione del Gabinetto) che sarebbero altrimenti ricomprese nella competenza complessa del Presidente del Consiglio nominato". Sul ruolo e sulle attività del Presidente incaricato, v. anche I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Jovene, Napoli, 2018, 92 ss.

⁹⁰ Sulle motivazioni di ordine pratico, v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, nona edizione a cura di Gaetano Silvestri, Giuffrè, Milano, 1997, 450 s.

⁹¹ Casi nei quali, del resto, basterebbe prevedere che l'atto venga controfirmato da un ministro in carica, quale ad esempio il Vicepresidente o il ministro più anziano d'età, chiamati ad esercitare la supplenza in caso di assenza o impedimento del Presidente del Consiglio (art. 8, legge 23 agosto 1988, n. 400).

⁹² A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., 104 s.; A.A. ROMANO, *La formazione del governo*, cit., 161 s.

⁹³ In dottrina, la presente tesi è stata sostenuta in particolare da P. VIRGA, *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 53; G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 940; L.R. LETTIERI, *La controfirma degli atti del Presidente della Repubblica*, cit., 87 ss.; A. PREDIERI, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, cit., p. 101 ss.; V. SICA, *La controfirma*, cit., p. 155 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., 301 s., nonché implicitamente F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell'esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., 108.

il fatto che, sino all’emanazione dei decreti di accettazione delle dimissioni e di nomina, il Presidente del Consiglio dimissionario resta regolarmente in carica: egli peraltro non può rifiutarsi di apporre la controfirma – essendo questa un atto dovuto – se non in presenza di vizi di forma o di gravi violazioni di norme costituzionali⁹⁴, ipotesi nelle quali del resto il subentrante non avrebbe alcun interesse ad esercitare il ruolo di controllo sotteso all’istituto della controfirma, facendone venire meno l’utilità pratica⁹⁵.

Orbene, se la controfirma del decreto di nomina del nuovo Capo del Governo compete all’uscente, ne consegue che si tratta a tutti gli effetti di un atto “presidenziale”⁹⁶, in quanto il Presidente del Consiglio dimissionario, per evidenti ragioni, non ha voce in capitolo sulla scelta del successore⁹⁷. Non è quindi in alcun modo possibile inquadrare l’atto di nomina del Presidente del Consiglio nel *genus* degli atti complessi, neppure nell’ipotesi di scuola nella quale l’uscente si faccia “promotore” del proprio successore a Palazzo Chigi⁹⁸. Ma quand’anche si voglia privilegiare un criterio sostanziale e considerare pienamente legittima la prassi vigente, sarebbe invero difficile giungere alla conclusione di considerare “duale” il potere di nomina per il solo fatto che il Presidente del Consiglio entrante controfirmi l’atto, il che significherebbe sovrapporre il designato all’assunzione di una carica istituzionale con il soggetto titolato a preporlo alla medesima, sebbene in collaborazione con un altro organo istituzionale, o per meglio dire confondere l’accettazione della nomina alla carica istituzionale con il potere stesso di nomina. E significherebbe altresì negare alla radice l’esistenza degli atti presidenziali in senso stretto, anch’essi controfirmati e quindi potenzialmente “duali”, e dare alla controfirma un significato ben diverso da quello proprio, dal momento che negli atti “governativi” la partecipazione attiva al momento decisionale avviene per mezzo della proposta e non già della controfirma, che assume invece la consueta funzione di controllo di legittimità dell’atto e non attesta, se non *per relationem*, la paternità del medesimo.

6. Il potere di scioglimento anticipato come potere formalmente e sostanzialmente presidenziale.

⁹⁴ F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell’esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., 108 s.

⁹⁵ V. SICA, *La controfirma*, cit., 157.

⁹⁶ V. SICA, *La controfirma*, cit., 147 ss. ma in particolare 156; F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell’esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., p. 100 ss.; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, cit., 632; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, cit., 283; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., 202.

⁹⁷ Salvo accogliere la tesi, già accennata in precedenza, di A. VALENTINI, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, cit., in particolare 135, secondo il quale l’incarico di formare un nuovo Governo sarebbe conferito dal Presidente della Repubblica su proposta (non vincolante) del Presidente del Consiglio uscente.

⁹⁸ I casi di Presidenti del Consiglio “investiti” dal diretto predecessore, in realtà, non sono mancati: si pensi, ad esempio, al Governo Pella, il cui nome fu suggerito da De Gasperi in un messaggio indirizzato da Sella di Valsugana alla direzione della Dc, sebbene la nomina sia stata voluta dallo stesso Presidente della Repubblica senza che si svolgessero le preventive consultazioni, ovvero al Governo Dini, anch’esso inizialmente indicato a Scalfaro dal Presidente uscente, Silvio Berlusconi. Sulle vicende che portarono alla nascita del Governo Pella, si veda la precisa ricostruzione degli eventi di quelle ore operata da G. ANDREOTTI, *De Gasperi e il suo tempo. Trento-Vienna-Roma*, Mondadori, Milano, 1956, p. 380 ss. Nel messaggio, si legge: «[...] secondo: Se uno dei ministri in carica (Pella) riceve l’incarico di tentare un governo amministrativo, non fate difficoltà pregiudiziali, ma vedete di assicurarvi che i posti essenziali siano occupati da uomini sicuri (possibilmente gli attuali) e identificate bene i compiti [...]». In argomento v. altresì F. FABRIZZI, *La cronaca di oggi e la cronaca di ieri. Il Governo Pella ed i “governi del Presidente”*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 22, 2; G. MAESTRI, *Il governo Dini: una maggioranza “a tutti i costi”?*, in *Federalismi.it*, 2013, n. 13, 8 ss.

Considerazioni analoghe devono essere svolte in relazione all'altro atto presidenziale ritenuto "duale", quello attraverso il quale si procede allo scioglimento anticipato di una o entrambe le assemblee parlamentari. Secondo la dottrina di Mortati, la necessità di sottoporre alla valutazione di due distinti organi costituzionali la decisione in ordine allo scioglimento delle due Camere discende dall'estrema delicatezza che la connota, data la difficoltà di contenerne le manifestazioni entro un margine sottile che distingua i casi di impiego finalizzati al riequilibrio fra gli organi di decisione politica e quelli tendenti ad alterare il medesimo equilibrio. E dal momento che entrambi gli organi coinvolti, il Presidente della Repubblica da un lato e il Governo dall'altro, sarebbero potenzialmente in grado di procedere disattendendo le finalità proprie dell'istituto, la garanzia prevista dall'ordinamento consiste per l'appunto nel condizionarne l'uso ad un accordo tra i medesimi organi, funzionale a consentire un bilanciamento reciproco⁹⁹.

La titolarità del potere di scioglimento vede la dottrina sostanzialmente divisa, con una parte significativa allineata alle tesi di Mortati¹⁰⁰ e un'altra non meno significativa che considera lo scioglimento un potere in tutto e per tutto presidenziale¹⁰¹. È rimasta isolata, invece, la dottrina che intravedeva la possibilità che si affermasse, sul modello britannico e non solo¹⁰², una tipologia di scioglimento di iniziativa governativa¹⁰³. Che il potere di scioglimento non possa essere attribuito al Governo, in realtà, lo si evince in modo chiaro dal modello istituzionale accolto dalla Costituzione repubblicana, che ha voluto improntare i rapporti tra gli organi costituzionali

⁹⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 663 ss.

¹⁰⁰ La tesi dell'atto "duale" è sostenuta in particolare da T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, cit., 260 ss.; L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1958, ora in IDEM, *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Giuffrè, Milano, 2005, 199 s.; A. VALENTINI, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, cit., 115 ss.; L. CARLASSARE, *Art. 88*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 7 ss.; L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 479 ss.; R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, n. 2, 11.

¹⁰¹ Senza pretesa di esaustività, v. G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, cit., 948 ss.; V. SICA, *La controfirma*, cit., 130 ss.; P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione*, vol. III, *Studi sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 164 ss.; F.M. DOMINEDÒ, *Saggio sul potere presidenziale*, ivi, 214 s.; F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell'esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., 117 ss.; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, cit., 632 s.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le attribuzioni del Presidente della Repubblica*, cit., 284 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 204; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, cit., 237 ss.; M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, cit., 1339 ss.; F. PINTO, *Scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 230 ss.; S. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Giappichelli, Torino, 1998, 125 ss.

¹⁰² T.E. FROSINI, *Il potere di scioglimento: formalmente presidenziale, sostanzialmente governativo*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 4, 3 ss.

¹⁰³ La tesi è stata prudentemente sostenuta, nei primissimi anni del periodo repubblicano, da A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., 151 ss.; S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, cit., 10 ss. Nella dottrina più recente, però, si sono affermate delle chiavi di lettura che tendono a valorizzare le dinamiche maggioritarie della forma di governo parlamentare, le quali avrebbero potuto evolvere sino al punto di consentire uno scioglimento su iniziativa del Governo. Sul punto, si vedano in particolare A. BARBERA, *Tendenze nello scioglimento delle assemblee parlamentari*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 7. Seminario 1996*, Giappichelli, Torino, 1997, 20 ss.; L. CARLASSARE, *Relazione generale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2001. Il Governo*, Atti del XVI Convegno Annuale, Palermo, 8-9-10 novembre 2001, CEDAM, Padova, 2002, 94 ss.; T.E. FROSINI - P.L. PETRILLO, *Verso un'interpretazione maggioritaria del potere di scioglimento delle Camere*, in *Diritto e Società*, 2005, n. 2, 173 ss. In senso critico verso queste ultime ricostruzioni, però, v. F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere. L'era post-partitica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 91 ss.

Parzialmente diversa, seppure basata su presupposti analoghi, è invece la tesi formulata in particolare da C. CHIOLA, *Presidente della Repubblica e formazione del governo*, in M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997, 115 s.; A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra "regole" costituzionali e "regolarità" della politica*, in *Politica del diritto*, 2000, n. 1, 58 ss.; IDEM, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 2011, 11 ss., secondo la quale il Presidente della Repubblica potrebbe – o addirittura dovrebbe – procedere allo scioglimento anticipato a seguito delle dimissioni rese da parte di un Governo sostanzialmente dotato di investitura popolare, sulla quale si vedano però le considerazioni critiche di F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere*, cit., 151 ss.

politicamente attivi all'insegna dell'equilibrio. Lo scioglimento governativo, come è stato rilevato da attenta dottrina, rappresentava un istituto tipico delle forme di governo parlamentari classiche nelle quali la dissoluzione anticipata fungeva da contraltare al potere delle Camere di influenzare l'attività di governo attraverso il voto di fiducia¹⁰⁴. Era quindi un potere attribuito all'esecutivo inteso nel suo complesso, esercitato inizialmente dal Monarca ma poi sempre più dai ministri, in ossequio al progressivo spostamento dei poteri decisionali dalla Corona ai ministri responsabili¹⁰⁵. Nell'ordinamento repubblicano, tuttavia, non vi è più una contrapposizione ontologica tra Governo e Parlamento e la funzione esecutiva non è più concentrata in un organo omogeneo come lo era nel previgente ordinamento. A ciò si aggiunga che, in una forma di governo basata sulla presunzione di una consonanza tra corpo elettorale e maggioranza parlamentare, lo scioglimento anticipato non va concepito come arma di ricatto del Governo contro le Camere e contro la propria maggioranza, bensì come strumento da utilizzare in quei momenti in cui vi sia un conflitto politico insanabile o sorga il sospetto di una grave disarmonia tra rappresentanti e rappresentati. In un quadro del genere, la decisione di ricorrere anticipatamente alle urne va necessariamente affidata ad un organo terzo, il Presidente della Repubblica, al quale compete la funzione di sovrintendere all'attività degli altri organi costituzionali, non allo scopo di indirizzarla intervenendovi attivamente, bensì solo per segnalare eventuali gravi disarmonie o per rivolgere un appello al popolo stesso¹⁰⁶. Che il potere di scioglimento non sia governativo, infine, lo conferma la storia costituzionale dell'intero periodo repubblicano, nella quale non vi sono stati casi di scioglimenti proposti dal Governo né tanto meno Consigli dei ministri aventi ad oggetto una deliberazione in materia¹⁰⁷.

Escluso quindi che il potere di scioglimento possa configurarsi come governativo, resta da verificare se la decisione in ordine alla cessazione anticipata delle due Camere spetti al solo Presidente della Repubblica o se debba essere da questi concordata con il Governo. Senonché, nello stesso dettato costituzionale si possono rintracciare diversi elementi che vanno a corroborare la tesi dello scioglimento come potere (in tutto e per tutto) presidenziale: anzitutto, nella previsione contenuta nello stesso art. 88, il quale dispone che il Presidente della Repubblica, prima di procedere allo scioglimento, debba sentire i Presidenti delle due Camere. La ragione per la quale il Costituente ha previsto questa ipotesi di consultazione, che assume carattere di obbligatorietà sebbene l'indicazione dei Presidenti di Assemblea non sia vincolante per il Capo dello Stato, risiede evidentemente nel fatto che essi sono i soggetti istituzionali in grado di avere la percezione pressoché migliore, dato il loro ruolo, delle rispettive assemblee. E sono pertanto in grado di fornire al Presidente della Repubblica tutte le indicazioni in merito alla possibilità o meno di formare una maggioranza, essendo esattamente questa la valutazione da effettuare prima di procedere allo scioglimento anticipato. Ora, il fatto che il parere dei Presidenti delle Camere sia reso nei confronti del solo Presidente della Repubblica, con una totale esclusione dei rappresentanti del Governo e del Presidente del Consiglio, suggerisce appunto che la titolarità del potere di scioglimento appartenga non solo formalmente, ma anche sostanzialmente al Capo

¹⁰⁴ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1948, 72 ss.; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, cit., p. 242 ss.; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, I, *Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Giuffrè, Milano, 1984, 257 ss.

¹⁰⁵ V. SICA, *La controfirma*, cit., 133 ss.

¹⁰⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV edizione, CEDAM, Padova, 1958, 369 s.

¹⁰⁷ Si veda l'accurata ricostruzione storica proposta da M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano italiano*, cit., 1345 ss.

dello Stato. Ed appartenga alla sua piena e discrezionale valutazione, senza intervento di altri soggetti istituzionali¹⁰⁸.

Una seconda indicazione perviene dalla già citata disposizione secondo cui il Presidente della Repubblica non può procedere allo scioglimento anticipato negli ultimi sei mesi del suo mandato, contenuta nel secondo comma dell'art. 88 e che, letta congiuntamente al primo comma del medesimo articolo, denota già l'intento del Costituente di assegnare un ruolo privilegiato al Capo dello Stato in materia di cessazione anticipata delle assemblee parlamentari. In sede dottrinale, come si è già visto, la *ratio* del semestre bianco è stata ricondotta all'esigenza di evitare che il Presidente della Repubblica possa essere mosso da ragioni puramente personalistiche, volte a favorire una sua riezione, nonché – nel pensiero di Mortati – al depotenziamento della rappresentatività del Capo dello Stato in ragione della scadenza del mandato ad alla minore idoneità del Presidente a compiere valutazioni di ordine politico di particolare complessità in prossimità della cessazione del settennato. Infine, sia i lavori costituenti sia l'evoluzione costituzionale successiva, di cui è detto in precedenza, valorizzano in modo pieno centralità e ruolo del Presidente della Repubblica nella decisione sullo scioglimento delle due Camere.

Per avvalorare la tesi dell'atto complesso, in definitiva, non resterebbe che far leva sulla partecipazione del Presidente del Consiglio attraverso la controfirma del decreto presidenziale di scioglimento. Ma su tale aspetto valgono le medesime considerazioni svolte poc'anzi: la controfirma ministeriale integra un momento di controllo sull'esercizio del potere presidenziale e non attesta la paternità dell'atto, in quanto viene apposta in una fase nella quale questo è già deliberato, sia che si tratti di un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, sia che si tratti di un atto adottato su iniziativa del Governo. Si tenga conto, altresì, del fatto che il Consiglio dei ministri non ha alcuna competenza in ordine al potere di scioglimento, né *de iure* né tanto meno *de facto*, e che neppure lo stesso Presidente del Consiglio gode di completa autonomia decisionale. Egli, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, si limita a controfirmare gli atti di promulgazione delle leggi, quelli per i quali è intervenuta una deliberazione in Consiglio dei ministri, quelli che hanno valore o forza di legge e, insieme con il ministro proponente, quelli indicati dalla legge. I suoi poteri di indirizzo politico, ivi inclusa l'apposizione della questione di fiducia, sono filtrati da una deliberazione del Consiglio dei ministri: non si vede per quale ragione, se per davvero il Governo avesse un ruolo decisionale effettivo in materia di scioglimento anticipato delle Camere, l'organo collegiale ne dovrebbe risultare totalmente estromesso¹⁰⁹.

La tesi dell'atto complesso, in sostanza, presupporrebbe anzitutto una deliberazione del Consiglio dei ministri e poi una proposta formale del Presidente del Consiglio, che il Presidente della Repubblica potrebbe a quel punto assecondare, firmando il decreto di scioglimento, o disattendere. Un procedimento analogo a quello previsto dall'art. 68 del *Grundgesetz*, in pratica, il quale prevede che in caso di reiezione della questione di fiducia posta dal Cancelliere al *Bundestag*, qualora detta assemblea non proceda all'elezione di un nuovo Cancelliere, questi possa chiedere

¹⁰⁸ In questo senso, F. CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della Costituzione nell'esercizio dei poteri del presidente della Repubblica*, cit., 129 s.; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, cit., 633; F. PINTO, *Scioglimento anticipato delle Camere e poteri del Presidente della Repubblica*, cit., 234 s.

¹⁰⁹ Si vedano, a tal proposito, le giuste riflessioni di L. CARLASSARE, *Art. 88*, cit. 88 ss., la quale riconosce l'esigenza di una delibera del Consiglio dei ministri che autorizzi il Presidente del Consiglio a controfirmare il decreto di scioglimento, in modo particolare qualora questi sia espressione di un partito minore e quindi non rappresentativo dell'intera maggioranza. Sul punto, v. altresì I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi*, cit., 67 ss., la quale evidenzia che nell'esercitare il potere di controfirma degli atti strettamente presidenziali il Presidente del Consiglio svolge una funzione di rappresentanza dell'intero Governo.

al Presidente federale lo scioglimento anticipato del *Bundestag* entro ventuno giorni. Procedura cui si è fatto ricorso nel 1972 su iniziativa di Willy Brandt, nel 1982 su iniziativa di Helmut Kohl e nel 2005 con Gerhard Schröder¹¹⁰ e che vede il Presidente federale nella condizione di assecondare la richiesta del Cancelliere, come accaduto nei tre precedenti menzionati, ovvero respingerla¹¹¹. La prassi esistente in Italia, tuttavia, non ha mai conosciuto, nell'intera fase repubblicana, un solo caso di proposta di scioglimento anticipato deliberata in Consiglio dei ministri e trasmessa al Presidente della Repubblica per il tramite del Presidente del Consiglio. Non potrebbe essere altrimenti: nell'ordinamento italiano il potere di scioglimento, come si è visto, non può essere utilizzato per finalità politiche di parte, ma rappresenta una *extrema ratio* per la soluzione di gravi crisi politiche che abbiano creato una frattura insanabile nel rapporto fiduciario¹¹². Non è un'arma a disposizione del Governo contro le Camere o contro la propria maggioranza, dunque, ma uno strumento volto a consentire il ricorso alle urne in funzione di ripristino degli equilibri istituzionali interrotti, come tale da attivare su iniziativa di un organo collocato al di fuori della contesa politica: il Presidente della Repubblica.

7. *Ratio* del semestre bianco e ipotesi di riforma.

Posto quindi che il potere di scioglimento anticipato delle Camere è sostanzialmente, oltre che formalmente, presidenziale e che al suo esercizio il Governo prende parte esclusivamente per svolgere una funzione di controllo in ordine alla regolarità della procedura e del relativo atto, resta da valutare quale sia la logica che ha indotto il Costituente a precludere al Presidente della Repubblica la possibilità di ricorrere al voto anticipato negli ultimi sei mesi del suo mandato.

Come si è anticipato, la dottrina tende solitamente a collegare il semestre bianco all'esigenza di evitare che il Capo dello Stato, prossimo alla scadenza del settennato, possa fare un uso improprio del potere di scioglimento, ad esempio approfittando di una crisi di governo di difficile soluzione e con il preciso intento di creare i presupposti per la sua rielezione. In tali circostanze, il Presidente potrebbe essere indotto a sciogliere non perché persuaso del fatto che le elezioni anticipate siano lo strumento più idoneo a riportare l'ordinamento in equilibrio dopo la frattura intercorsa nel rapporto tra Governo e Parlamento, bensì in quanto spinto dal solo interesse

¹¹⁰ È noto che, in tutti e tre i casi, l'apposizione della questione di fiducia sia stata il frutto di una precisa strategia del Cancelliere in carica, volta a far mancare la maggioranza in modo da creare le condizioni istituzionali previste dall'art. 68 del *Grundgesetz* e consentire al medesimo Cancelliere di proporre lo scioglimento anticipato del *Bundestag*. A seguito dello scioglimento del 2005, peraltro, due deputati della maggioranza hanno sollevato ricorso presso il *Bundesverfassungsgericht*, ai sensi dell'art. 93 del GG, asserendo la violazione delle disposizioni costituzionali – in particolare, del diritto dei membri del *Bundestag* di restare in carica per tutta la durata della legislatura –, ricorso rigettato dalla Corte costituzionale la quale ha riconosciuto la conformità a Costituzione del procedimento seguito. Medesimo scenario, del resto, si era registrato già nel 1982, con un ricorso anche in questa circostanza rigettato dal BVG, il quale aveva ritenuto che l'apposizione della questione di sfiducia mirata allo scioglimento anticipato del *Bundestag* era legittima nella misura in cui i rapporti politici limitassero l'azione di governo e fosse quindi venuta meno la capacità politica di quest'ultimo di svolgere le sue funzioni. Sul tema, v. S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, Il Mulino, Bologna, 1994, 470 ss.; F. PALERMO, *La forma di governo tedesca tra miti e realtà: la sentenza del Tribunale costituzionale federale sullo scioglimento anticipato del Bundestag*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, n. 1, 213 ss.

¹¹¹ Come denota, del resto, la prassi e, in particolare, il messaggio rilasciato il 21 luglio 2005 dal Presidente federale Köhler, il quale ha annunciato pubblicamente la propria decisione di procedere allo scioglimento anticipato evidenziando la sussistenza di tutti i presupposti. Sul punto, v. F. PALERMO, *La forma di governo tedesca tra miti e realtà*, cit., 215.

¹¹² Sul potere di scioglimento come *extrema ratio*, v. L. CARLASSARE, *Art. 88*, cit., p. 11 ss.; EADEM, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento delle Camere*, in M. LUCIANI - M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., 140; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 208; S. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare*, cit., 123.

personale e dall'obiettivo di ottenere una riconferma al Colle o rendere tale esito maggiormente probabile. La tesi descritta, avvalorata dai lavori costituenti e corroborata dal messaggio del Presidente Antonio Segni del 1963, nonché dalle proposte di riforma dell'art. 88 della Costituzione più volte formulate nel corso degli anni successivi, è certamente fondata: lo dimostra il fatto che lo scioglimento anticipato disposto a pochi mesi dalla scadenza del settennato, in una fase della legislatura non a ridosso della sua cessazione naturale, produce l'effetto di mutare la composizione del collegio elettorale¹¹³ e questo potrebbe favorire il Presidente in scadenza qualora le nuove Camere fossero maggiormente inclini all'ipotesi di una rielezione rispetto alle precedenti. Che questo rischio non sia mai stato concreto, nei settant'anni di storia costituzionale del periodo repubblicano, non significa affatto che, un domani, uno scenario simile non possa concretizzarsi. Di sicuro, il Costituente lo riteneva tale ed ha ritenuto ragionevole prevedere una fase temporale nella quale al Presidente in scadenza fosse precluso l'esercizio del potere di scioglimento.

Ciò non significa che la *ratio* del semestre bianco risieda esclusivamente nell'esigenza di impedire un uso strumentale del potere di scioglimento: come ha evidenziato Mortati, la logica sottesa all'istituto va ricercata anche nella presunzione del depotenziamento della rappresentatività del Capo dello Stato e nella conseguente minore idoneità di questi nel compimento di valutazioni di ordine politico di particolare complessità. E va ricercata altresì nell'esigenza – messa in luce da Reposo – di evitare che un organo costituzionale in scadenza o già cessato possa influire sul rinnovo di un altro organo costituzionale e, più in generale, che le elezioni politiche e quelle presidenziali possano avvenire in contemporanea, con entrambi gli organi costituzionali in regime di *prorogatio* e quindi carenti della dovuta legittimazione. Esigenza che si evince chiaramente dal combinato disposto delle norme costituzionali che precludono da un lato lo scioglimento anticipato negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale e dall'altro l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica da parte delle Camere qualora queste siano sciolte o manchi meno di tre mesi alla loro cessazione naturale.

Quale che sia la chiave interpretativa che si intenda prediligere, non va ad ogni modo sottaciuto che la previsione di una fase temporale nella quale sia inibito il potere di scioglimento altera l'equilibrio tra i poteri dello Stato poiché implica una rinuncia al principale strumento che l'ordinamento predispone per la soluzione di una crisi di governo irrisolvibile. Come si è già evidenziato, nell'ordinamento costituzionale italiano la cessazione anticipata delle due Camere è l'unica via percorribile qualora, a seguito di una crisi di governo, non sussistano le condizioni per la ricomposizione della frattura tra le forze di maggioranza né esista una maggioranza alternativa che possa sostenere un nuovo Governo. È proprio la crisi il momento nel quale il ruolo del Presidente assume massima centralità, poiché egli è l'unico a disporre di strumenti, anche di *moral suasion*, per favorire la soluzione della medesima, potendo egli indurre il Governo non formalmente sfiduciato a ritirare le dimissioni o nominare una nuova compagine ministeriale. Non sempre, però, l'intervento del Presidente è destinato ad avere successo: in questi frangenti, il ricorso alle urne diviene l'*extrema ratio* e privarsene per un periodo di sei mesi significa di fatto condannarsi all'*impasse* istituzionale. Tanto più che il “periodo bianco” rischia di essere ben più ampio di un semestre, non solo nell'ipotesi in cui le Camere siano sciolte per conclusione naturale della legislatura o manchi meno di tre mesi alla loro cessazione, ipotesi nella quale l'art. 85, comma

¹¹³ Con l'ovvia eccezione dei senatori a vita e dei delegati regionali, sui quali la dissoluzione anticipata non avrebbe alcun effetto.

terzo, della Costituzione prevede la proroga dei poteri del Presidente in scadenza, ma soprattutto qualora le Camere non riescano ad eleggere il nuovo Capo dello Stato al termine del settennato, scenario non certo irrealistico in un momento di crisi politica persistente¹¹⁴, o ancora qualora il semestre si concluda in estate, con la sessione di bilancio alle porte e quindi in un momento nel quale il voto anticipato sarebbe difficile da conciliare con le scadenze istituzionalmente previste.

Si consideri, altresì, che l'istituto del semestre bianco rischia non soltanto di ostacolare il corretto funzionamento dell'apparato istituzionale, ma anche di porre i presupposti per un rafforzamento dei poteri presidenziali: l'esatto contrario degli obiettivi che si era prefissato il costituente. Nell'ipotesi di una crisi politica insanabile, dinanzi all'impossibilità di chiamare in causa il corpo elettorale, l'unica via per uscire dalla paralisi istituzionale sarebbe quella di dare vita ad un Governo del Presidente, al quale le forze politiche rappresentate in Parlamento non potrebbero che accordare la fiducia: non avrebbero alternative. Negare il sostegno in occasione del voto di investitura, infatti, avrebbe verosimilmente l'effetto di indurre il Presidente a proporre un nuovo esecutivo, sempre di sua "fiducia", o a chiedere al gabinetto sfiduciato di restare in carica sino alla conclusione del semestre bianco. In altre parole, precludere al Presidente della Repubblica l'esercizio del potere di scioglimento, per evitare che questi possa farne un uso improprio e assumere un ruolo politico non coerente con quello di garante della Costituzione, rischia paradossalmente di sortire l'effetto opposto e creare i presupposti per un rafforzamento dei suoi poteri, secondo la nota immagine di Esposito del Capo dello Stato che, nei momenti di crisi, si erge a reggitore del sistema¹¹⁵.

Si ricordi, infine, che l'art. 88 della Costituzione, nella sua originaria formulazione, rendeva persino difficile la programmazione delle elezioni politiche in quei casi di "ingorgo istituzionale" dovuti alla contemporanea scadenza della legislatura e del mandato del Presidente della Repubblica. In ragione di ciò, la disposizione costituzionale è stata oggetto di revisione, ad opera della legge costituzionale 4 novembre 1991, n. 1, la quale ha novellato il secondo comma dell'art. 88 della Costituzione nel seguente modo: «Non può esercitare tale facoltà negli ultimi sei mesi del suo mandato, salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura». Più in dettaglio, la revisione costituzionale in oggetto si è resa necessaria al fine di consentire l'esercizio del cd. "scioglimento tecnico", vale a dire lo scioglimento delle Camere anticipato di poche settimane rispetto alla cessazione naturale della legislatura, decretato in modo da consentire lo svolgimento delle elezioni politiche senza doversi necessariamente affidare al rigido schema temporale definito dalle norme costituzionali¹¹⁶. La riforma non ha inciso sulla logica sottesa al semestre bianco – il nuovo Presidente, in caso di concomitante cessazione dei due organi costituzionali, sarebbe in

¹¹⁴ Al di là se si ritengono prorogati i poteri del Presidente uscente o si ritenga necessario dare luogo alla supplenza da parte del Presidente del Senato, in entrambi i casi non è ipotizzabile che si faccia uso del potere di scioglimento: non da parte del Presidente uscente, che incorrerebbe nel divieto di cui all'art. 88, secondo comma, della Costituzione, e men che meno da parte del supplente, quale che sia il motivo per il quale questi si trovi ad esercitare le funzioni di Capo dello Stato. Non tanto per la temporaneità della supplenza, sulla quale insistono in particolare A. BOZZI, *Sulla supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna parlamentare*, 1959, n. 11, 39; A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle Camere*, cit., 816 ss., quanto per l'inopportunità che un organo chiamato a sostituire eccezionalmente un altro possa fare uso di un potere di grande responsabilità e dal notevole impatto sull'ordinamento istituzionale.

¹¹⁵ C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, 232 ss.

¹¹⁶ L'*ocasio legis*, infatti, discendeva anche dall'evidente "ingorgo" istituzionale che si andava prefigurando nel corso del 1992, dal momento che nel luglio di quell'anno sarebbero coincise la conclusione naturale della legislatura (2 luglio) e quella del settennato del Presidente Cossiga (3 luglio). Il semestre bianco, in particolare, avrebbe reso impossibile operare lo scioglimento delle Camere a decorrere dal 3 gennaio e ciò avrebbe da un lato differito la finestra elettorale nel periodo autunnale, dall'altro avrebbe comportato la proroga delle funzioni del Presidente della Repubblica di alcuni mesi.

ogni caso eletto dalle nuove Camere – e di fatto corrobora la chiave di lettura secondo cui l'istituto sarebbe finalizzato a impedire un uso improprio e partigiano del potere di scioglimento. Ma dimostra anche la fondatezza delle preoccupazioni di coloro che hanno osservato, a partire dagli anni '60, che il semestre bianco rischia di compromettere i delicati equilibri che reggono i rapporti tra gli organi istituzionali.

Quanto detto suggerisce di valutare con estrema attenzione l'ipotesi di una revisione dell'art. 88 della Costituzione volta a sopprimere il semestre bianco e introdurre al contempo un esplicito divieto di rielezione del Presidente uscente, riforma di cui a suo tempo il Presidente Antonio Segni si fece promotore e che andrebbe tenuta, alla luce di quanto detto sinora, in seria considerazione. Non essendo rieleggibile, il Presidente in scadenza non avrebbe alcuna ragione di fare uso del potere di scioglimento in modo improprio o, quanto meno, per mutare il collegio elettorale composto dai parlamentari in carica. Del resto, sino al noto precedente di Giorgio Napolitano, nessun Presidente della Repubblica è mai stato rieletto e persino nel caso citato, anche a motivo dell'età molto avanzata dell'interessato, più che di rielezione si è trattato di una sorta di "proroga" dell'incarico. Di fatto, il divieto di rielezione immediata del Presidente della Repubblica potrebbe essere introdotto senza creare grosse ripercussioni sull'ordinamento costituzionale. Ma quand'anche si ritenesse inopportuno vietare espressamente la rielezione del Presidente uscente, l'opportunità di abrogare le disposizioni sul semestre bianco non verrebbe meno.

Valutare l'ipotesi di una revisione dell'art. 88 della Costituzione è quindi più che legittimo, nella prospettiva di una soppressione *tout court* del secondo comma – correlata alla previsione del divieto di immediata rielezione del Presidente uscente – o quanto meno di una sua modifica finalizzata a ridurre la durata della finestra temporale nella quale lo scioglimento anticipato risulta precluso¹¹⁷. Il richiamo esplicito fatto da Mattarella al messaggio del Presidente Segni, nel comunicato del 2 febbraio scorso nel quale ne omaggiava la figura, poi reiterato nel successivo mese di novembre, sembra indicare una piena adesione del Quirinale all'iniziativa dei suoi illustri predecessori e quindi all'ipotesi di una soppressione del semestre bianco, nonché alla tesi dell'inopportunità della conferma del Presidente della Repubblica alla conclusione del settennato. Indicazioni preziose, su cui è d'uopo un'attenta riflessione.

¹¹⁷ Obiettivo che viene ora fatto proprio da un recentissimo disegno di legge costituzionale, presentato presso il Senato il 2 dicembre 2021 dai senatori Parrini, Zanda e Bressa e recante *Modifiche agli articoli 85 e 88 della Costituzione in materia di rieleggibilità del Presidente della Repubblica e di esercizio del potere di scioglimento delle Camere* (XVIII legislatura, A.S. 2468).



Paola Giordano*

La forma di governo parlamentare e le sue diverse forme**

1.

Il concetto di libertà definitiva, in origine, l'assenza di schiavitù (*Eleutheria*). A partire dal IV secolo il significato del termine cominciò a cambiare: coincideva con la possibilità di prendere la parola nelle assemblee, la cosiddetta *Parresia*, che insieme all'*Isegoria*, rappresenta l'embrione della connessione tra il concetto di liberalismo e quello di democrazia intesa come partecipazione alla vita pubblica: si confrontano pubblicamente le opinioni dei cittadini, e queste possono e devono essere dichiarate, *senza censura*, realizzando la possibilità di esprimersi *senza remore* nei confronti del potere, anche quando questo sia rappresentato dall'opinione dominante; l'aspetto opposto e complementare è l'obbligo di parlare esprimendo la verità in nome del bene comune, pur se questo possa provocare un eventuale pericolo per sé stessi. (Nello stesso tempo però, gli *Arkòntes* (nella fase in cui ci sono), ma più genericamente i governanti, hanno il diritto e il dovere di *non* dire la verità al popolo quando la conoscenza della verità può mettere in pericolo la *Polis* stessa¹.

L'aspetto prevalente che caratterizza questa condizione è determinato dalla discussione pubblica: la pubblicità, espressione fondamentale dell'attività che si svolgeva in funzione della *Polis*², arriva ad assumere una connotazione negativa che Platone esprime con il termine di "teatrocrazia"³, con il quale lamenta la presunzione di competenza di coloro che ritengono di poter

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Michel Foucault ha dato di questo tema una delle interpretazioni più note, in una serie di conferenze tenute all'Università californiana di Berkeley nel 1983, un anno prima di morire, ora raccolte in un libro, ID., *Discorso e verità nella Grecia antica*, Roma, 2005.

² Nella condizione antica del mondo, espressa dal concetto di *Nomos*, la regola del mondo che includeva diritto, religione, *ethos*, non esisteva la contrapposizione di 'pubblico' e 'privato' così come si è manifestata con l'avvento della modernità e degli Stati sovrani. Si palesava comunque la differenza tra l'attività connessa alla vita comune, quella della *Polis* (la politica), legata alla discussione che avveniva nella pubblica piazza, e quella economica che si esprimeva nella dimensione della casa (*Oikos*).

³ Con questa folgorante espressione, Platone intende stigmatizzare la scarsa competenza e l'ignoranza che non frenano nel giudizio chi presume di parlare pubblicamente senza remore e senza regole di qualsivoglia argomento: "(...) con il passar del tempo, autorità suprema nei delitti contro la musica divennero i poeti, senza dubbio dotati di temperamento poetico, ma

trattare in pubblico argomenti e materie di cui sanno poco, enfatizzando l'aspetto scenografico rispetto alla forza della competenza e dell'esperienza politica, identificando il discorso pubblico con l'uso di strategie persuasive, spesso grossolane pur se efficaci e di sicura presa sul *Demos*.

Il richiamo al teatro, riferito ai parlamenti novecenteschi espressi dalle società 'pluriclasse', viene ripreso alla metà degli anni Ottanta del Novecento, da Massimo Severo Giannini, che definisce il Parlamento contemporaneo come 'organo di teatro'. I Parlamenti "sono cioè sedi di affluenza di interessi, collettivi o anche pubblici, ed essi sono ordinati al dibattito pubblico, volto alla discussione critica, alla valutazione e infine se possibile alla composizione di tali interessi: la composizione può poi, eventualmente, formalizzarsi in una decisione"⁴.

Peraltro la questione della pubblicità della discussione, della rappresentanza effettiva di gruppi sociali e di interesse e della forza politica della decisione che ne segue, esprime il problema centrale del parlamentarismo contemporaneo, che implica la marginalizzazione progressiva del suo ruolo e diventa contemporaneamente causa ed effetto della confusione tra i poteri dello Stato: spesso nelle odierne democrazie parlamentari, il Governo si fa sede di scelte che il Parlamento si limita a ratificare e la magistratura con troppa frequenza viene chiamata ad assumere funzioni suppletive riguardo a valutazioni e disposizioni che richiederebbero l'uso dello strumento legislativo e della rappresentanza politica.

Senza contare il peso che ha assunto la Corte costituzionale e quello delle Autorità amministrative a cui si aggiungono, soprattutto negli ultimi anni, comitati tecnici e scientifici formalmente consultivi che diventano spesso, surrettiziamente, titolari delle scelte politiche.

2.

La questione è annosa, in verità: già nella prima metà dell'Ottocento, quando i Parlamenti apparivano ancora come il luogo privilegiato in cui proteggere e sancire i diritti dei cittadini, Benjamin Constant, durante la sua esperienza di deputato del Parlamento francese nel periodo della Restaurazione, ammoniva i suoi colleghi sollecitandoli a promulgare leggi che fossero effettivamente il risultato dello scambio e del confronto di opinioni diverse o anche discordanti, in modo da rendere concreto il principio liberale secondo il quale: "Una legge è sempre migliore quando a crearla concorrono più legislatori, perché le leggi devono essere il risultato del confronto tra molte idee; occorre quindi che uomini diversi per abitudini, relazioni e posizioni sociali mettano in comune le loro riflessioni e le loro esperienze"⁵. E aggiungeva: "Soltanto quando gli oratori in un'assemblea sono obbligati ad improvvisare un discorso, chi prende la

ignoranti di ciò che è giusto e legittimo in fatto di arte(...) ingenerarono nel pubblico comune un falso concetto delle leggi che governano la musica e l'ardire d'essere capaci di esprimere giudizi. E così le platee da mute divennero loquaci, quasi fossero competenti per dire ciò che in arte è bello oppure no, e ad un'aristocrazia musicale venne sostituendosi una volgare *teatrocrazia*. Ad ogni modo, se una tal democrazia si fosse mantenuta nei limiti della musica e fosse stata composta da uomini liberi, il fatto non sarebbe stato poi tanto grave, ma presso di noi ha preso oggi le mosse dalla musica la comune opinione che tutti sanno tutto e un generale disprezzo delle leggi, cui ha fatto seguito sfrenata libertà" Platone, *Le Leggi*, Libro III, deb 701, in ID. *Dialoghi politici e lettere*, a cura di F. Adorno, in *Classici della politica*, Vol. II, Torino, 1970.

⁴ M. S. GIANNINI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984, 64.

⁵ B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, 1814, ch. 4, 50, (La traduzione è mia).

parola è naturalmente costretto a rispondere a chi lo ha preceduto. I ragionamenti ascoltati lo hanno colpito e non può dunque trascurarli; così proprio mentre si era preparato a seguire un diverso percorso di idee, ne incontra altre che è costretto ad amalgamare alle sue, al fine di sostenerle o di combatterle. In tal modo può avere inizio una vera discussione e i problemi vengono presentati sotto diversi punti di vista. Quando invece gli oratori si limitano a leggere ciò che hanno scritto nella quiete del loro studio, non avviene alcuna discussione: non ascoltano, perché quello che sentirebbero non potrebbe in alcun modo cambiare il loro discorso. Attendono soltanto che chi li precede abbia terminato, senza prendere in considerazione la sua opinione, calcolando invece il tempo da lui impiegato, che appare sempre troppo lungo. A questo punto non vi è più discussione e ciascuno riproduce obiezioni già confutate (...) La discussione è sempre stata inseparabile dalla proposta e dall'adozione delle leggi (...) ma un organo ha bisogno di potere senza il quale diventa ridicolo (...) un collegio autorizzato soltanto a discutere, a condizione esplicita che non verrà ascoltato; un collegio ciarliero di diritto e impotente di fatto, non può godere di alcuna considerazione; il suo zelo risulterà controproducente per l'inutilità dei suoi sforzi”⁶.

Ho riportato questa lunga citazione, oltre che per la bellezza letteraria del testo che merita di essere oggetto di rilettura, anche perché si riferisce a un periodo della storia dei regimi parlamentari (la prima metà del Novecento nell'Europa continentale, soprattutto in Francia) in cui la legge, promulgata dal Parlamento inteso come espressione della volontà del popolo sovrano, raggiungeva il massimo del suo valore sociale, politico, giuridico e anche economico.

3.

Nei primi decenni del Novecento, quasi contemporaneamente al sorgere della Repubblica di Weimar, Max Weber, nell'analizzare l'attività dei Parlamenti in relazione a quella dei governi, così scriveva: “Il livello alto o basso di un parlamento si adegua a seconda del fatto che in esso *i grandi problemi* vengano non soltanto *discussi*, bensì *autorevolmente decisi* - a seconda che, quindi, *ciò che accade in parlamento conti qualcosa e quanto*, oppure esso sia soltanto l'apparato di approvazione mal tollerato di una burocrazia dominante”⁷.

Soltanto pochi anni dopo, Carl Schmitt riproponeva la questione dell'attività dei parlamenti e del loro contenuto ‘politico’: esaminando quella che egli stesso definiva come ‘condizione storico-spirituale’ del parlamentarismo a lui contemporaneo, considerava come elemento cardine la carenza della pubblicità della discussione, che si svolgeva in realtà prima e fuori dalle aule parlamentari e l'inutilità di un presunto dibattito, utile soltanto a mantenere in vita artificialmente il concetto di parlamentarismo⁸ che in realtà appariva profondamente cambiato rispetto alla sua configurazione originaria.

⁶ ID., *ivi*, 56-62.

⁷ M. WEBER, *Parlamento e Governo* (1918), tr. it. E cura F. Fusillo, Roma-Bari, 1982, 20-21.

⁸ C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo* (1923, 1926), tr. it e cura. G. STELLA, Torino, 2004, 25.

Secondo Schmitt, già negli anni '20 del Novecento: “Le grandi decisioni politiche ed economiche, in cui riposa oggi il destino degli uomini, non sono più (se mai lo sono state) il risultato di un bilanciamento delle opinioni nel pubblico dialogo e neppure il risultato dei dibattiti parlamentari”⁹, arrivando a una conclusione radicale che precorre di qualche anno la sua nota posizione sull’inermità dei parlamenti liberali impegnati in lunghe e sterili discussioni, incapaci di arrivare a decisioni efficaci e dotate di senso politico: “Se la pubblica opinione e la discussione nella realtà effettiva dell’attività parlamentare sono divenute una formalità vuota e vana, allora anche il parlamento, così come si è sviluppato nel XIX secolo, ha perduto il fondamento finora avuto e il suo senso”¹⁰.

Carl Schmitt individuava la progressiva decadenza della funzione parlamentare nella Germania di Weimar, ma rilevava anche con grande sagacia e lucidità, come fosse il Parlamento stesso a delegittimarsi, venendo meno sempre più spesso al suo ruolo di strumento di garanzia dei diritti e di rappresentanza della volontà popolare.

La fondamentale distanza tra la legalità formale delle leggi valide secondo le procedure, ma distanti dall’idea di legittimità sostanziale che ne avrebbe espresso il vero significato, si manifestava chiaramente in quel periodo della storia europea che finì con la tragedia dei totalitarismi e della Seconda guerra mondiale: “Hitler si è servito della legalità come della sua arma più efficace”¹¹

In quegli stessi anni, in Italia il Parlamento votava la propria dissoluzione: prima la legge Acerbo, nel 1923, che cambiava il sistema elettorale in modo da assicurare al Partito fascista una maggioranza indiscutibile¹². Nel 1928 la cosiddetta legge Rocco modificava ancora il sistema elettorale, riducendo il numero dei deputati e istituzionalizzando il Gran consiglio del fascismo, che assunse così formalmente il rango di organo costituzionale¹³.

Infine, nel 1939, la legge che sanciva anche formalmente la fine (temporanea) della forma di governo parlamentare oltre che di tutti i corpi intermedi, sostituendo la Camera dei fasci e delle corporazioni alla Camera dei deputati, segna indiscutibilmente un momento di totale declino del Parlamento, della sua configurazione e delle sue funzioni fondamentali tra cui, prima di tutto, quella deliberativa¹⁴.

⁹ C. SCHMITT, *Ivi*, 71.

¹⁰ C. SCHMITT, *ivi*, 72.

¹¹ E aggiunge: “I due prolungamenti della legge per i pieni poteri del 24 marzo 1933 negli anni 1937 e 1939 e soprattutto lo strano auto-prolungamento del 10 maggio 1943 si spiegano solo col fatto che egli era rimasto attaccato al ruolo, pregno di destino, della legalità. Quando si parla di destino con riferimento a Hitler, si pensa per lo più alla sua nomina a Cancelliere e alla così detta legge per i pieni poteri del 24 marzo 1933. Più interessante, e forse ancor più decisiva, fu la sua utilizzazione della legalità come arma nelle settimane precedenti il 30 gennaio 1933, nelle quali egli riuscì a persuadere il presidente Hindenburg a nominarlo Cancelliere, nonostante ogni opposizione e ogni volontà contraria. In quei giorni, il leader del partito di centro, il prelato prof. dott. Kaas, mise in guardia il governo imperiale, in una lettera aperta, dai pericoli della “illegalità”, intendendo con ciò riferirsi non già alla nomina di Hitler a Cancelliere, ma esattamente all’opposto”. C. SCHMITT, *Il problema della legalità* (1951), in *Le categorie del politico*, tr. it., P. SCHIERA, (a cura di) G. MIGLIO E P. SCHIERA, Bologna, 1972, 290.

¹² La legge 18 novembre 1923, n. 2444, comunemente ricordata come Legge Acerbo (dal nome del deputato Giacomo Acerbo che ne aveva formulato il testo, prevedeva un premio di maggioranza molto alto (l’attribuzione dei due terzi dei seggi al partito che avesse ottenuto la maggioranza relativa dei voti, aprendo la strada al potere del Partito Nazionale Fascista, utilizzando lo strumento legislativo.

¹³ Legge 9 dicembre 1928 n. 2693.

¹⁴ Legge 19 gennaio 1939 n. 129.

4.

Anche dopo la fine della Seconda guerra mondiale e l'instaurarsi della Repubblica, il parlamentarismo italiano ha conosciuto e conosce, come è noto, un andamento ciclico, particolarmente interessante anche rispetto agli altri paesi europei.

Il cambiamento continuo della forma di governo parlamentare, riguarda peraltro, più in generale, quello delle tante forme di governo: “Nessuna delle nove forme di governo, con varianti, identificate da Costantino Mortati nel 1962, nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico* e neppure nessuno dei sei tipi individuati da Leopoldo Elia nel 1970 nella sua voce *Governo* della *Enciclopedia del diritto* sarebbe oggi applicabile al governo odierno”, così scrive recentemente Sabino Cassese.¹⁵

Dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana, la storia del parlamentarismo italiano conosce una fase di grande espansione che durerà alcuni decenni, in cui giocano un ruolo fondamentale i partiti politici, solidi e radicati, pur se talora frammentati al loro interno (basti pensare alle correnti che dividevano la Democrazia Cristiana).

Era anche il periodo della cosiddetta concertazione, in cui si deliberava tenendo in gran conto l'opinione dei sindacati e dei gruppi d'interesse che allargavano il raggio d'azione del dibattito parlamentare. La discussione, in quella fase, non rendeva tuttavia sterile il lavoro del Parlamento: si approvarono in quegli anni leggi di rilievo sostanziale, da quelle che tutelavano le donne e il loro ingresso nell'apparato statale, all'introduzione dello statuto dei lavoratori, alla riforma del diritto di famiglia.

Il crollo dei partiti tradizionali nei primi anni Novanta, ha ancora una volta rivoluzionato la configurazione del Parlamento italiano: non solo in seguito alla nascita e all'affermazione di nuovi partiti e alla novità di un sistema bipolare in cui la figura del Presidente del Consiglio rappresentava esplicitamente una parte politica in netta antitesi rispetto a quella contrapposta, ma soprattutto perché cominciò a delinearsi in maniera netta e neanche troppo dissimulata, una forma di interferenza da parte della magistratura che finiva con l'orientare molte delle scelte politiche, a cominciare da quelle elettorali.

È stato l'inizio di un progressivo e costante cambiamento caratterizzato, come si diceva poco prima, da una crescente difficoltà dei partiti a mantenere una relazione diretta con i propri elettori, anche in ragione di una legge elettorale che di fatto svincola i parlamentari da una effettiva responsabilità politica e dal rapporto immediato con le istanze dei loro rappresentati.

Il Parlamento, negli ultimi decenni, si è trovato spesso privo della forza politica sufficiente per prendere decisioni rilevanti ancorché complesse: è il caso, ad esempio della questione, sollecitata dalla Corte costituzionale, relativa al grande e controverso tema dell'eutanasia¹⁶.

¹⁵ S. CASSESE, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo? “Quaderni costituzionali”*, Fascicolo 1, marzo 2019.

¹⁶ Corte costituzionale, 22 novembre 2019 (ud. 25 settembre 2019), sentenza n. 242 del 2019: si tratta della sentenza con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 580 c.p. “per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente”.

5.

Il periodo della pandemia da Covid-19 ha delineato una situazione ancora diversa e da questo punto di vista, piuttosto interessante.

Il 31 gennaio 2020 il governo ha dichiarato lo stato di emergenza sanitaria utilizzando lo strumento del decreto-legge. Il 23 febbraio ha emanato un secondo decreto-legge, con il quale ha affidato i provvedimenti di attuazione delle misure di contenimento del virus a ulteriori decreti del Presidente del Consiglio, che si sono susseguiti numerosi nei giorni successivi, talora rivelandosi in contrasto, totale o parziale, con ordinanze e circolari di altre istituzioni nazionali e regionali.

Il paradosso, a mio avviso, è che in questo profluvio di atti normativi, tra i quali latitavano peraltro quelli legislativi, sia mancata proprio la decisione ultima, quella che caratterizza la statuizione della condizione eccezionale e la riorganizza politicamente e giuridicamente.

La ripartizione della responsabilità decisionale tra soggetti istituzionali diversi, ma anche tra politici, tecnici e scienziati, ha portato a quella condizione di disordine istituzionale che poco ha in comune con la descrizione dello stato di eccezione schmittiano, in cui si delinea il ruolo ‘decisivo’ del politico al quale dovrebbe essere affidato il compito di sciogliere il nodo gordiano: “Durante le crisi si sperimenta sempre che la volontà del singolo opera con maggiore rapidità e sicurezza che non quella dei gruppi, soprattutto quando si tratta di manovrare grandi apparati. In casi simili si ricorre al singolo individuo. Non si può parlare di tirannide o di dispotismo, in quanto l’investitura avviene mediante una volontaria diminuzione della libertà, limitata nel tempo. L’incarico ha fine quando cessano le circostanze che lo hanno determinato, così come la guarigione conclude il compito del medico (...) *Dictatura* è il sostantivo di *dictare*: dire con precisione, dire ripetutamente, suggerire, comandare. Si tratta di un dire che tende intensamente a uno scopo. Ad esso corrisponde un ascoltare altrettanto intenso, un obbedire”¹⁷.

Le considerazioni espresse da Carl Schmitt in condizioni e in tempi molto diversi, si mostrano utili perché mostrano con chiarezza quanto le situazioni eccezionali, critiche, improvvise, incerte, possano talvolta indurre a stravolgimenti istituzionali con esiti incerti e potenzialmente temibili.

Nell’Italia degli anni Duemila, si osserva così da un lato, la solidità e la capacità di tenuta complessiva del nostro ordinamento in senso liberal-democratico. D’altra parte però si evidenzia la difficoltà dei nostri governanti di interpretare la funzione precipua dell’azione politica, che si concretizza nell’assunzione della responsabilità e delle sue possibili conseguenze, incorrendo nella tendenza alla spersonalizzazione e alla burocratizzazione, oltre che alla sovrapproduzione di atti

La Corte, pur avendone la potestà, non si è espressa subito con sentenza di illegittimità della norma penale ma ha preso tempo “*onde consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa*”, considerando la delicatezza della materia e l’importanza degli interessi coinvolti.

Il 24 ottobre 2018 la Corte costituzionale con ordinanza – “*facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale*” aveva rinviato la decisione chiedendo appunto al Parlamento di deliberare: il legislatore non è intervenuto e la Consulta ha infine deciso con sentenza.

¹⁷ E. JUNGER- C. SCHMITT, *Il nodo di Gordio. Dialogo su Oriente e Occidente nella storia del mondo* (1953), tr. it. G. PANZIERI, Bologna, 1987, 43.

normativi, che già in condizioni di normalità caratterizza e talora paralizza il nostro sistema giuridico, ma che in tempi di crisi accentua ed estremizza le difficoltà organizzative.

L'assunzione della responsabilità implica l'agire consapevole dei suoi possibili effetti: "Chi (...) ragiona secondo l'etica della responsabilità tiene appunto conto di quei difetti presenti nella media degli uomini (...) Costui dirà: «queste conseguenze saranno imputate al mio operato»"¹⁸

L'etica della responsabilità, scriveva Weber, si addice specificamente al politico di professione, a cui va attribuita la prerogativa dell'azione e della decisione politica, in contrapposizione alla 'disciplina' del funzionario amministrativo, che peraltro in uno Stato legale-razionale, come quelli contemporanei, si traduce spesso in una forma di potere ambiguo e oscuro.

La particolarità del potere burocratico è che esso si mostra come impersonale poiché comporta che si obbedisca ad un sistema di norme per definizione impersonali: si risponde alle persone solo in quanto queste siano investite della loro autorità dalle norme giuridiche. Inoltre, la burocrazia appare in sé acefala, poiché compito dei funzionari consiste nel ricevere ed eseguire le prescrizioni che provengono dai rappresentanti del potere politico.

Eppure, i rapporti tra burocrazia e classe politica sono di fatto assai complessi perché attuando i programmi politici, i funzionari li interpretano e li adattano: possono attenuarli, ritardarli, talora sabotarli se comportano novità che essi reputano contrarie ai loro interessi. Secondo Weber ogni detentore del potere politico, sia esso un governo parlamentare, un monarca o un dittatore, si trova sempre nei confronti dei funzionari qualificati dell'amministrazione nella situazione del dilettante rispetto allo specialista.

La responsabilità personale, in questa concezione di Stato inteso come impresa istituzionale di carattere politico, compete all'uomo politico, non al funzionario amministrativo a meno che questi non abbia anche uno specifico ruolo di gestione politica: "L'onore del funzionario consiste nella capacità di eseguire coscienziosamente, sotto la responsabilità di chi glielo impartisce, un ordine che gli appare errato, quando l'autorità a lui preposta vi insiste nonostante le sue osservazioni, esattamente come se esso corrispondesse al suo proprio convincimento"¹⁹, scrive Weber. Il dovere di assumersi la responsabilità delle proprie scelte spetta "personalmente ed esclusivamente"²⁰ all'uomo politico, perché possa perseguire i propri convincimenti, lottando con passione e con spirito di parte, garantendo la propria individualità e la propria volontà.

La delega effettiva di questa funzione a gruppi scientifici, comitati tecnici, commissioni specialistiche a carattere consultivo, ha caratterizzato la posizione governativa italiana nei mesi della pandemia, pur se espressi nella sintesi dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che rappresentava sé stesso come il reale decisore.

Lo svuotamento temporaneo del ruolo del Parlamento ha accentuato la sensazione di un meccanismo statale semovente in cui si sia perso il rapporto con l'ordinamento giuridico concreto.

¹⁸ *Ivi*, 110.

¹⁹ M. WEBER, *Economia e società*, (1922), tr. it., a cura di F. CASABIANCA E G. GIORDANO, Milano, Comunità, 1980, IV, 498; ID., *La scienza come professione* (1919), in *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, tr. it. A. GIOLITTI, *Introduzione* D. CANTIMORI, Milano, 1993, 72-73; cfr. F. M. De SANCTIS, *Consenso/dissenso*, in *Lessico della politica* (a cura di G. ZACCARIA), Roma, Edizioni Lavoro, 1987, 99.

²⁰ M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, cit., 73.

L'ipotetico pericolo di un accentramento eccessivo del potere nella funzione governativa, mi è parso meno realistico e meno rilevante del suo contrario: la cessione e la ripartizione del potere decisionale che fanno emergere la difficoltà di un'efficace conduzione dell'emergenza e soprattutto delle sue conseguenze.

L'elemento personale e sostanziale definisce l'essenza del diritto: se le prescrizioni normative, quasi sempre di livello secondario, si moltiplicano e occupano per intero il campo dell'azione, non c'è più posto per la responsabilità politica e lo stato di eccezione somiglia piuttosto al disordine e al caos che impediscono l'esistenza dell'ordinamento giuridico concretamente inteso²¹.

6.

Le situazioni eccezionali, gli stati di necessità che i popoli si trovano ad affrontare, appaiono particolarmente complicati nella condizione degli Stati contemporanei le cui Costituzioni sono formate da principi molteplici e spesso contraddittori tra loro così come i valori che li sottendono²². Il diritto è diventato 'faticoso'²³ ed è proprio allora che si mostra indispensabile: 'occultata nel quotidiano, la potenza del diritto si sprigiona nelle situazioni d'eccezione'²⁴.

Se però, come è fisiologico, lo stato di eccezione²⁵ si supera e si ripristina la condizione originaria, si sta manifestando, nell'Italia di questi ultimi anni, un aspetto di ulteriore novità a proposito del significato che acquista la forma di governo parlamentare: lo snaturamento dei partiti politici che, deboli, incapaci di vera rappresentatività e frammentati al loro interno, trovano di fatto accordi di compromesso che implicano un'inusitata forza parlamentare, per certi versi simile a quella degli anni precedenti la crisi del 1992.

I governi cambiano non perché cambino le maggioranze elettorali, ma nascono e muoiono per accordi interni al Parlamento sulla base di passaggi e intese temporanei ed evidentemente fragili, ma formalmente ineccepibili e ricordano come la grande forza delle democrazie parlamentari riposi sul compromesso tra maggioranze e gruppi diversi e talora distanti, pur se concordi sui principi di fondo di uno Stato liberaldemocratico poiché, come scriveva Hans

²¹ Cfr. R. ESPOSITO, *Nove pensieri sulla politica*, Bologna, Il Mulino, 1993, 64. Secondo Carl Schmitt, "non esiste norma che sia applicabile al caos. Perché un ordine legale possa avere senso, deve esistere una situazione di normalità, ed è sovrano chi decide definitivamente se questa situazione di normalità esiste davvero". Il sovrano "ha il monopolio su questa decisione ultima.

²² ' (...) tra i diversi valori che presiedono all'ordinamento del mondo il contrasto è inconciliabile. Il vecchio Mill, la cui filosofia non intendo peraltro lodare, ma che su questo punto ha ragione, dice in qualche luogo: partendo dalla pura esperienza si giunge al politeismo', così M. WEBER, *La scienza come professione* (1919), in *Il lavoro intellettuale come professione*, cit. 31.

²³ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* (1957-1971), trad. it. a cura di G. GURISATTI, *Postfazione* di F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, Milano, 2008.

Sul tema dei principi e della loro rilevanza giuridica, la bibliografia è sterminata. Cfr. almeno R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982; R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* (1992), tr. it. F. FIORE, Torino, 1997; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1997; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano, 1986, 494 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, 865-897.

²⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 28.

²⁵ *Ivi*, 10.

²⁶ Mi riferisco alla fine (temporanea?) di un periodo in cui la vita della collettività si svolgeva secondo modalità eccezionali, sia in termini sociali che in termini giuridico-politici, non al prolungamento dello stato di emergenza che consente al Governo di disporre di alcuni atti amministrativi di cui si assume direttamente la responsabilità politica.

Kelsen nei complessi anni '20 del '900 europeo, se è vero che democrazia e parlamentarismo non sono esattamente la stessa cosa: “Non si può (...) seriamente dubitare che il parlamentarismo sia l'unica possibile forma *reale* in cui l'idea di democrazia possa essere attuata nell'odierno contesto sociale. Alla sorte del parlamentarismo è quindi legata la sorte stessa della democrazia”²⁶.

²⁶ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo* (1925), tr. it. C. GERACI, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 174.



Gavina Lavagna *

L'emergenza sanitaria. Un banco di prova per la tenuta della nostra forma di governo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La prima fase dell'emergenza sanitaria determinata dal COVID-19. - 3. Il Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 e il processo di parlamentarizzazione. - 4. Il Governo nella fase di emergenza COVID-19. - 5. Quali effetti sulla nostra Forma di Governo?

1. Introduzione

La vicenda Covid ha inciso sensibilmente sul tessuto politico e istituzionale del nostro Paese tanto da rappresentare un banco di prova per la tenuta del nostro assetto costituzionale, non solo in riferimento alla tenuta del sistema delle libertà e al rispetto dei principi fondamentali ma anche con riferimento al sistema della nostra forma di governo. Quel concetto di Forma governo che il Prof. Mario Galizia nel suo fondamentale volume *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*¹ raffigurava nei mutevoli rapporti intercorrenti tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico e che molti di coloro che come me hanno avuto la possibilità e la fortuna di passare indimenticabili pomeriggi nel corridoio di Teoria dello Stato, di fronte alla stanza 7, in attesa di un suo consiglio, ovvero di una sua ironica valutazione, hanno avuto modo direttamente di raccogliere.

Alla luce di quanto premesso la questione che si ritiene di voler analizzare in questa indagine attiene all'esame del se e in quale modo l'emergenza sanitaria causata dal virus Covid-19 possa essere qualificata e, di conseguenza, in quale misura abbia inciso sulla forma di governo tanto da realizzare e predisporre degli adattamenti del modo in cui sono organizzati i rapporti tra i poteri

* Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, 248.

dello stato alla situazione emergenziale, adeguati e durevoli fintanto che la situazione che ancora oggi stiamo vivendo, non sia pronta a rientrare nell'alveo di quiete istituzionale pre-coronavirus.

Tenendo conto che la situazione emergenziale persiste da molti mesi e lo stato di rischio e di pericolosità risulta esteso su tutto il territorio, e non circoscritto invece ad alcune zone, come emergeva nella cosiddetta Fase 1 che riscontrava nella Regione Lombardia il punto centrale di diffusione e di espansione del virus, è stato obbligatorio e doveroso mantenere quanto mai attive iniziative di carattere straordinario ed urgente intraprese precedentemente, e aggiungerne di nuove, al fine di fronteggiare in modo adeguato in tutto il Paese, la situazione di rischio pandemico per la collettività.

Il Covid-19 ci ha posto, e ci pone quotidianamente, di fronte ad una situazione di tipo emergenziale, che diversamente da altre che in molte circostanze ci siamo trovati ad affrontare, legate ad emergenze e logiche di carattere politico ovvero di carattere reale, come terremoti o alluvioni, appare alquanto differente perché, seppure riconducibile ad emergenza nella sua connotazione di catastrofe naturale, è risultata e risulta invece, alquanto diversa, perché nata sconosciuta. L'emergenza Coronavirus si è presentata a tutti gli effetti non solo un'emergenza, ma un'emergenza del tutto nuova di cui le istituzioni non sono state e non sono ancora in grado di prevederle a pieno, né l'entità, né, tantomeno, la durata².

Nel mentre le autorità mediche competenti si sono mosse al fine di combattere il virus per scongiurare l'epidemia, attraverso la sperimentazione e diffusione di un vaccino, che oggi è diventata realtà, le istituzioni, con l'adozione di una sequenza di provvedimenti di natura precauzionale emanati tanto a livello nazionale che in ambito regionale e locale, hanno tentato, e tentano di arginare, per quanto sia stato ed è possibile, e con risultati altalenanti, la diffusione del contagio e la propagazione della malattia.

Il 31 gennaio 2020, a seguito dello stato di emergenza globale dichiarato da parte dell'Organizzazione Mondiale per la Sanità (OMS)³, il Consiglio dei Ministri, al fine di fronteggiare l'emergenza Covid -19, ha deliberato per sei mesi, fino al 31 luglio 2020, lo stato di emergenza nazionale sulla base del nuovo "Codice della protezione civile" adottato con Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1; come riportato all'art.1, comma 1, della Delibera del Consiglio dei Ministri recante *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, lo stato *de quo* è proclamato per effetto dell'art.7, co.1, lett. c), e dell'art. 24, co.1, del Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1, e al contempo il comma 2 dello stesso art. 24 chiarisce che gli interventi da adottare durante lo stato di emergenza sono indicati nel successivo art.25, comma 2 lettere a) e b), nella forma di "ordinanze emanate dal Capo dipartimento della Protezione Civile in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea".

² G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2021. L'Autrice ritiene innegabile che «questa emergenza sia una situazione che perdura nel tempo, che induce le pubbliche autorità all'uso di poteri derogatori (anche rispetto a norme di rango costituzionale), i quali non possono essere specificati tassativamente e preventivamente, con tutto ciò che ne consegue in termini di effettiva protezione dei diritti oggetto di restrizione».

³ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'«Emergenza Internazionale di Salute Pubblica» il 30 gennaio 2020. L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato lo stato di Pandemia in relazione alla diffusione a livello globale del COVID-19.

La diffusione dell'epidemia all'interno del territorio a partire dalla fine di gennaio 2020 ha reso necessaria l'adozione di provvedimenti e misure di carattere straordinario rivolte a rendere quanto più possibile contenuto il numero dei contagi e tutelare la salute dei cittadini, con la costruzione di un quadro normativo emergenziale di tipo derogatorio rispetto a quello ordinario e per questo rivolto a predisporre gli strumenti ritenuti più utili ed efficaci, per il contenimento della pandemia. A fronte di un «...Parlamento... troppo lento e rissoso per essere in grado di sfornare atti normativi con la tempestività imposta dalle drammatiche circostanze determinate dall'espandersi del contagio» - afferma Silvestri⁴- «Ci pensa il Governo; anzi siccome lo stesso Governo è lento e litigioso al suo interno, ci pensa il Presidente del Consiglio dei ministri»⁵.

Nell'ambito di questa inaspettata realtà che ci siamo trovati ad affrontare, e che ancora stiamo vivendo, il sistema delle fonti ha subito uno “stordimento”⁶ sicché, se a livello nazionale si profila costituito da una molteplicità di atti adottati da parte delle istituzioni statali dichiarate competenti (Consiglio dei Ministri, Presidente del Consiglio, Commissario Straordinario e Capo Dipartimento della Protezione Civile), attraverso l'adozione di deliberazioni, decreti legge, circolari, ordinanze, invece, in ambito regionale e locale si è assistito alla produzione senza precedenti da parte dei Presidenti delle Regioni, tanto a Statuto ordinario che a Statuto Speciale, quanto dei Sindaci dei Comuni, di ordinanze contingibili e urgenti quali strumenti rivolti «ad adeguare la norma nazionale alla criticità sorta all'interno dei territori interessati»⁷.

A fronte dunque di un dramma improvviso e per di più inizialmente non correttamente valutato, il Governo italiano si è trovato dunque a dover reagire attraverso l'emanazione di un numero alquanto indefinito di atti normativi sia di natura primaria che secondaria, e come tali non tutti previsti e prescritti all'interno della Costituzione e pertanto privi delle garanzie che ne accompagnano e disciplinano la formazione.

2. La prima fase dell'emergenza sanitaria determinata dal COVID-19

Il primo atto adottato per far fronte alla crisi pandemica, quando ancora non mostrava la drammaticità che progressivamente avrebbe assunto, è stata la deliberazione del 31 gennaio 2020 con cui il Consiglio dei Ministri ha dichiarato, per la durata di sei mesi, più volte prorogato⁸, lo stato di emergenza sanitaria nazionale, affidando il compito di attuare le necessarie misure di prevenzione, con ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione civile, in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. Si è assistito

⁴ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*

⁵ G. SILVESTRI, *Covid-19...*, *op. cit.*

⁶ M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020 e in *Consulta online, Liber amicorum* per il Prof. Pasquale Costanzo, 11 aprile, 2020.

⁷ V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper-20 maggio 2020.

⁸ “Lo Stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili” è stato prima prorogato al 15 ottobre, 2020, con delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, poi al 31 gennaio 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre, 2020, in seguito al 30 aprile 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio, 2021 e poi al 31 luglio, 2021 con delibera del Consiglio dei Ministri del 21 aprile, 2021 e da ultimo prorogato fino al 31 marzo 2022 dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Mario Draghi e del Ministro della Salute Roberto Speranza.

pertanto in questa fase all'attribuzione per delega del potere di ordinanza da parte del Presidente del Consiglio al Capo del Dipartimento della Protezione civile. secondo il disposto del citato art. 25, comma 2, del nuovo Codice della Protezione Civile. Ed è sulla base di quanto indicato che, infatti, nel periodo di tempo trascorso tra il 3 febbraio e il 22 febbraio 2020 sono state adottate una serie di ordinanze da parte del Capo del Dipartimento della Protezione civile attuative dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei Ministri, ordinanze queste⁹ che hanno rappresentato i primi provvedimenti della Protezione civile per coordinare gli interventi necessari al soccorso e all'assistenza della popolazione interessata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, e per garantire il funzionamento dei servizi pubblici e disporre l'istituzione del Comitato tecnico scientifico di supporto al Capo Dipartimento¹⁰.

A fronte della progressiva diffusione del contagio che ha condotto, come è noto, ad attribuire al fenomeno Covid-19 le proporzioni di una pandemia, il Ministro della Salute, in seguito all'identificazione epidemiologica di alcuni pazienti ricoverati negli ospedali di comunità ristrette quali quelle dei Comuni di Lodi e di Codogno, in un clima di massima collaborazione, ha deciso di adottare due distinte ordinanze, datate 21 e 22 febbraio, d'intesa con i Presidenti della Regione Lombardia e della regione Veneto, secondo l'art. 32 della legge 833 del 1978. Due provvedimenti questi in cui era prescritto per dieci Comuni della Lombardia e per il Comune di Vò Euganeo in Veneto, che costituiranno la c.d. Zona Rossa, che il territorio era sottoposto ad una situazione di quarantena e di conseguenza disposta, al fine del contenimento dell'epidemia la sospensione di tutte le attività sociali, commerciali, lavorative, nonché relative alle attività scolastiche e religiose.

Dall'analisi dell'esperienza contingente è alquanto noto che il Governo, dall'inizio di marzo ha inaugurato una nuova strategia normativa per affrontare l'emergenza che, non solo ha rappresentato una variazione negli strumenti fino a quel momento utilizzati nella gestione dell'emergenza, ma soprattutto ha prodotto un cambiamento di rotta nel modo di usare il decreto legge rispetto al modo in cui risultava dall'origine congegnato all'interno del sistema delle fonti. La diffusione all'emergenza COVID-19 ha posto il Governo di fronte alla necessità di intervenire su più fronti possibili avvalendosi della possibilità di usare il decreto legge come una sorta di cabina di regia per dar vita ad un sistema di altre micro fonti, di tipologia e forma differente, tali da mettere alla prova l'intero sistema normativo.

Il primo segnale di questo passaggio rilevava già dall'emanazione del Decreto Legge 23 febbraio 2020 n. 6, intitolato *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*¹¹, un atto questo in cui all'art.1, comma 1, il Governo, oltre ad indicare

⁹ *Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile*, 3 febbraio 2020, n. 630; *Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile*, 12 febbraio 2020, n. 635; *Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile*, 13 febbraio 2020, n. 637; *Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile*, 21 febbraio 2020, n. 638; *Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile*, 22 febbraio 2020, n. 639.

¹⁰ A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d. p. c. m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *federalismi.it*, 28, 2020; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; M. CAVINO, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid -paper - 18 marzo 2020; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *federalismi.it*, n. 28 del 2020.

¹¹ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6, 2020; A. CERRI, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 1, 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia*, in *federalismi.it*, focus, Osservatorio Emergenza COVID- 19, 6 aprile 2020; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza...*, *op. cit.*; M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa dell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2020, 361-384; V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della Pandemia*, in *Rivista AIC*, 1, 2021 M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto...*, *op. cit.*; G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da COVID-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *osservatoriosullefonti.it*, Fascicolo speciale,

un lungo elenco non tassativo ed aperto di misure finalizzate al contenimento della diffusione del contagio da SARS-COVID 19 in quelle aree e nei Comuni in cui risultavano casi di positività al virus per quali non si conosceva né la fonte di trasmissione né era individuabile il caso specifico della persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del virus in oggetto, al 2 comma conferiva alle “autorità competenti” il potere di adottare “ulteriori misure” di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di prevenire la propagazione e di conseguenza “alleggerire” la pressione sul sistema sanitario¹².

Il successivo art. 2 autorizzava le autorità competenti ad adottare con le modalità previste dall'art.3, commi 1 e 2 “ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche fuori dai casi dell'art.1, comma1”, così allargando la possibilità di esercitare il potere di ordinanza ad un numero alquanto non definito di possibili circostanze e non invece limitate a quanto disposto dall'art.1, comma 1, del Decreto in oggetto.

Se l'atto in oggetto riconosceva nella Presidenza del Consiglio la figura chiave per frenarne la diffusione del contagio attraverso lo strumento del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), adottato su proposta del Ministro della Salute e previo parere obbligatorio, ma non vincolante, di altre autorità statali (come il Ministro dell'Interno, della Difesa e dell'Economia e di tutti quei dicasteri competenti per materia, nonché dei Presidenti delle Regioni interessate ovvero del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni nel caso di coinvolgimento di più regioni), indicava, però, a fronte di queste attribuzioni in capo al Presidente del Consiglio, la facoltà per le autorità competenti di adottare possibili e ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia, anche fuori dai casi di cui all'art.1 comma 1, nei comuni e nelle aree “non ancora colpite dal contagio” senza però alcuna precisazione e indicazione in termini di contenuto e che per questo, potevano essere emanate sotto forma di ordinanze di carattere contingibile e urgente.

Ciò indicato dunque, il Decreto in oggetto, alla tipologia di atti di livello governativo aggiungeva di poi quelle misure indicate al fine del contenimento e la gestione dell'emergenza in ambito regionale e locale. La disposizione non certo priva di spunti di riflessione in ambito dottrinale¹³ riguardava quanto enunciato al comma 2 dell'art. 3 dove era richiamato il potere di ordinanza che i Presidenti di Regione e i Sindaci possono esercitare ai sensi del già indicato art. 32 della Legge n. 833 del 1978, dell'art. 117 del Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 112 e dell'art. 50 del Testo Unico dell'ordinamento degli enti locali, approvato con Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, specificando la possibilità di adottare tali provvedimenti da parte delle suddette autorità “nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui al comma 1, nei soli casi di estrema necessità ed urgenza”. A questo è da aggiungere non

2020; D. MONE, *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali in Italia fra potere di ordinanza statale e regionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2020; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020; I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, fasc. 5, 2020.; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2020.

¹² F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dirittopubblico.it*, 2, 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria...*, *op. cit.*; F. FURLAN, *Il Potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 23 settembre 2020.

¹³ G. BOGGERO, *Le “more” dell'adozione dei DPCM sono “ghiotte” per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020; S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 539.

solo che tali misure sarebbero potute essere adottate secondo il disposto indicato e che avrebbero perso efficacia in caso di omessa comunicazione al Ministro della Salute entro 24 ore dalla loro adozione¹⁴.

Ma se certo si escludeva questo obbligo di comunicazione, l'art. 3 del Decreto in oggetto così per come era stato congegnato ha prodotto certo non poche criticità in ordine alla gestione dell'emergenza, andando a creare pertanto un modello del tutto disallineato.

In ambito regionale e locale pertanto è stato osservato in riferimento art. 3, comma 1 del Decreto legge n. 6 del 2020 che ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci è demandato dunque intervenire “nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio... nei casi di estrema necessità ed urgenza”. A riguardo è da evidenziarsi la riflessione avanzata da Staiano il quale si sofferma sul significato da attribuire all'apposizione «estrema» contenuta nel disposto in oggetto che indica che il Presidente della Regione e il Sindaco intervengono nel caso di una emergenza ancora più pressante ed incombente rispetto all'ordinanza proveniente dall'Esecutivo nazionale che invece non può essere così tempestiva in quanto è assoggettata ad una serie di incombenze di carattere procedimentale¹⁵. Ma anche alla locuzione “nelle more” contenuta nel disposto suddetto si vuole dare un significato che indica un arco temporale che intercorre «tra l'avvio del procedimento inteso all'emanazione del DPCM e il suo compimento, nel quale, per un caso di «urgenza estrema» si renda necessaria una misura regionale che anticipi gli esiti della decisione governativa».

Così come indicato, la possibilità di adottare “ulteriori misure” rispetto a quelle tipizzate per quelle aree come i comuni e le aree già contagiate dal virus ha portato come conseguenza di rendere peraltro possibile, come la prassi dimostra, di assistere all'emanazione di un numero senza precedenti di ordinanze adottate da parte sia delle autorità regionali che di quelle locali. “Ulteriori misure” dunque che, secondo il disposto in oggetto, si sono intrecciate e sovrapposte ai provvedimenti nazionali nella gestione dell'emergenza, con la conseguenza, non solo di congestionare il quadro normativo che si è arricchito pertanto di una mole di provvedimenti di natura diversa e tali da compromettere la strategia unitaria di gestione della crisi, ma soprattutto da rendere alquanto complesso per i cittadini, e probabilmente anche per le stesse istituzioni, di riuscire a seguirlo e a comprenderne nella sua interezza il significato¹⁶.

3. Il Decreto legge 25 marzo 2020, n. 19 e il processo di parlamentarizzazione

Se nella fase acuta dell'emergenza la scelta del Governo di utilizzare il DPCM come lo strumento giuridico più idoneo per tentare di gestire ed arginare la situazione epidemiologica diffusa sull'intero territorio, allo stesso tempo, in ragione del complesso delle misure che hanno limitato o postposto una serie importante di diritti e libertà fondamentali, questo modo di

¹⁴ R. CHERCHI, A DEFENU, *Fonti e Provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020, 672; V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile...*, *op.cit.*, 10.

¹⁵ S. STAIANO, *Né modello, né sistema...*, *op. cit.*, 539.

¹⁶ V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile...*, *op.cit.*, 11; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale “bussola” nell'emergenza*, in *dirittiregionali.it*, 1, 2020, 356. Una parte della Dottrina ritiene che il Decreto Legge n.6 del 2020 abbia determinato dei veri e propri sfregi alla Costituzione, Cfr. G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in unicost.eu.it, 4 aprile, 2020; S. STAIANO, *Né modello, né sistema...*, *op. cit.*, che parla di rottura della Costituzione per indiretta violazione del principio di eguaglianza da parte delle misure di confinamento.

procedere ha reso imprescindibile individuare un meccanismo che consentisse una partecipazione delle Assemblee nella lotta alla pandemia e non lasciasse pertanto il Parlamento come semplice spettatore politico di un fenomeno di tale portata, quanto piuttosto ne permettesse un coinvolgimento dal punto di vista istituzionale in collaborazione con il Governo. Al fine di riportare sul binario un sistema che mostrava senza dubbio delle criticità, non senza però perdere di vista il peggioramento della situazione epidemiologica, pertanto è risultato di indispensabile per il Governo centrale intervenire con l'emanazione del successivo Decreto legge 25 marzo 2020, n.19 «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19» e coordinato con la legge di conversione 22 maggio 2020, n. 35, un atto questo elaborato al fine di rimediare alle lacune e alle incertezze di alcune disposizioni senza dubbio controverse del precedente atto normativo, fornendo pertanto una solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti rivolti a fronteggiare l'emergenza¹⁷.

Il Governo con il nuovo provvedimento ha reimpostato quasi integralmente lo schema normativo contenuto nel precedente Decreto legge cercando dunque di risolverne le criticità sorte nel periodo della sua vigenza e definendo pertanto, nell'art.1, comma 2, che le misure emergenziali dovessero essere assunte «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero all'occorrenza sulla totalità di esso».

Nel Decreto legge è stata riportata una disciplina rivolta ad evidenziare in modo dettagliato, sia un elenco di ventinove misure adottabili per fronteggiare la diffusione del contagio, sia i rapporti tra le autorità competenti, tracciando in modo alquanto definito i confini della loro azione, non solo attraverso la regolazione in senso spaziale, ma anche temporale, dell'efficacia dei loro atti¹⁸ e in particolare ha istituzionalizzato un canale di interlocuzione tra Camere e Governo. Infatti l'art. 2, comma 5, del nuovo Decreto legge sancisce l'obbligo per il Presidente del Consiglio o per un Ministro da lui delegato di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate.

Nonostante quanto disposto, nel periodo di tempo compreso tra l'emanazione del decreto legge 25 marzo 2020, n.19 e la legge di conversione 22 maggio 2020, n. 35, si è formalizzato pertanto un canale di dialogo diverso da quanto indicato nel decreto in oggetto con il Presidente del Consiglio (o ministro da lui delegato), che ha assunto la natura dell'informativa urgente, attraverso cui era illustrato alle Camere quanto risultasse necessario per contrastare l'emergenza, prima che venissero adottati, nello specifico, i provvedimenti ritenuti rilevanti per la lotta all'epidemia.

Di questo *modus operandi* ne sono esplicita indicazione non solo l'emanazione di cinque DPCM approvati nel periodo di tempo compreso tra l'entrata in vigore del Decreto legge in oggetto e la relativa legge di conversione, ma sono state rese otto informative talvolta di competenza dal Presidente del Consiglio, altre invece, del Ministro competente¹⁹.

¹⁷ Sul punto A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus...*, op. cit., 520. Con riferimento al nuovo Decreto legge: A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *costituzionalismo.it*, 1, 2021; M. BORGATO, *Prime riflessioni sulle ordinanze contingibili ed urgenti dopo il [d.l.] 25 marzo 2020, n. 19*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020; I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 137; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020.

¹⁸ Il termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri e con possibilità di rimodulare l'ambito temporale in relazione all'andamento epidemiologico era fissato al 31 luglio 2020.

¹⁹ Sul punto: R. MAZZA, *La "parlamentarizzazione" dell'emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *federalismi.it.*, 12, 2021,154.

Al fine di evitare però che il Parlamento risultasse informato solo successivamente di quanto deciso dal Governo, la Camera dei Deputati, in sede di conversione del decreto legge in oggetto, con la legge 22 maggio 2020, n. 35, ha presentato su proposta del Deputato Ceccanti un emendamento rivolto a garantire un maggiore rafforzamento del ruolo del Parlamento in relazione alle decisioni assunte dal Governo. A riguardo infatti è stato introdotto al comma 1 dell'art. 2 della legge di conversione l'enunciato che dispone che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare tenendo conto degli eventuali indirizzi formulati dalle stesse. Solo nel caso in cui questo non sia possibile, per ragioni d'urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, «il Governo provvede allora ad una informazione successiva all'adozione del provvedimento»²⁰.

Con l'entrata in vigore della legge di conversione e il relativo emendamento il parlamento ha definito pertanto il suo pieno coinvolgimento nell'ambito decisionale in tema di emergenza da COVID-19 attraverso l'approvazione di due strumenti rivolti alla parlamentarizzazione dei DPCM; il primo, come detto, attraverso l'illustrazione preventiva del contenuto dei DPCM che si intende adottare, sancita dall'art. 2, comma 1 del d. l. n.19 “nell'ordinarietà della situazione di emergenza” introdotta al fine di “assumere l'indirizzo e il punto di vista del Parlamento [...] prima della firma del provvedimento”; il secondo invece, eventuale e sussidiario, secondo il disposto di cui all'art.2, comma 5, secondo periodo, che si realizza ogni qualvolta che per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, non sia possibile fornire comunicazioni alle Camere”.

Il processo di parlamentarizzazione delle decisioni relative all'emergenza, avviata con la conversione del Decreto legge 19 del 2020, non ha però limitato il Governo a perdere il suo ruolo di soggetto più efficacemente attivo nella lotta all'emergenza COVID. Nell'ambito di questa realtà oramai da tempo aperta e ahimè ancora non superata, l'esecutivo nazionale ha assunto, come generalmente accade nelle situazioni di emergenza, la posizione di attore dominante nella gestione della crisi non solo attraverso l'emanazione di una quantità indefinita di fonti prodotte per contrastare l'epidemia in cui i DPCM emanati dal Presidente del Consiglio e la catena di ordinanze adottate sono diventati i veri protagonisti della vicenda normativa del periodo emergenziale che stiamo vivendo, ma anche per il ruolo progressivamente sempre più incisivo svolto dal Governo nell'ambito delle Assemblee in ordine alle decisioni da prendere a fronte di un Parlamento non perfettamente nel pieno della sua efficienza.

4. *Il Governo nella fase di emergenza COVID-19*

Ma c'è di più. Se come detto nella fase epidemiologica siamo stati dunque spettatori di una «torsione»²¹ della nostra forma di governo che «si è evoluta verso una predominanza del potere esecutivo»²², di fatto, e guardando più specificamente all'assetto governativo, abbiamo assistito ad una valorizzazione della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri²³.

²⁰ V. LIPPOLIS, *Il Rapporto Parlamento-Governo nel tempo della Pandemia*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, 268.

²¹ M. C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi e qualche domanda su “Emergenza e Governo- Pubblica Amministrazione”*, Relazione introduttiva alla II Sessione del Seminario di Studi “Emergenza, Costituzionalismo e Diritti fondamentali”, Associazione italiana dei Costituzionalisti, 4 dicembre 2020, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 440.

²² M. C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi...*, *op. cit.*, p. 440.

²³ E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo...*, *op.cit.*, pp. 222 ss.

A riguardo non può sottacersi che all'indomani dell'elezioni politiche del 4 marzo 2018, il Presidente della Repubblica, ricorrendo a due mandati esplorativi affidati ai Presidenti delle due Camere e a tre incarichi²⁴, ha provveduto, in nome della governabilità, alla nomina del primo Governo Conte sulla base della stipula, tra i leader dei due partiti che formavano la coalizione di maggioranza (5 stelle e Lega), di un contratto per il Governo del cambiamento, elaborato peraltro senza la partecipazione del Presidente del Consiglio, e con una compagine governativa di ministri e sottosegretari di derivazione perlopiù parlamentare che includeva, nelle vesti di vice-Presidenti del Consiglio Salvini e Di Maio, leader dei due partiti di maggioranza, affidatari entrambi di ingombranti attività all'interno dell'esecutivo²⁵.

Nel quadro dell'espandersi dell'emergenza sanitaria il Presidente del Consiglio è stato chiamato a costituire un ruolo inaspettatamente differente rispetto a quelli che erano gli obiettivi inizialmente prefigurati e ad affrontare l'esperienza COVID-19 rafforzando, a fronte di quanto non fosse nel Governo no COVID, il suo ruolo.

Il progressivo e perdurante riconoscimento del ruolo di uomo solo al comando attribuito al Presidente del Consiglio in ordine alla gestione dell'emergenza epidemiologica, è stato ad ogni buon conto riconosciuto a Giuseppe Conte che, nei suoi due mandati, supportati da maggioranze diverse rispetto a quelle espresse dagli elettori nella tornata elettorale del 2018, ha portato avanti un'azione di governo contrassegnata senza dubbio da una strategia comunicativa ed il ruolo mediatico assunto durante le conferenze stampa; è noto che a seguito della caduta del Conte bis durato poco più di un anno dalla sua nomina, il Presidente della Repubblica, a seguito del fallimento del mandato esplorativo conferito al Presidente della Camera Fico per valutare e dunque allargare i margini di un'alleanza (PD, 5Stelle, LeU) ha ritenuto invece nell'immediato quanto mai necessario, il conferimento dell'incarico di futuro Presidente del Consiglio a Mario Draghi, un soggetto non politico con alle spalle un curriculum di altissima rilevanza in ambito interno, europeo e internazionale. La nomina di Draghi non era certo quella di dare forma ad un Governo del Presidente e come tale formato contro la volontà del Parlamento, quanto di un «Governo del paese», «un governo di spirito repubblicano» come ha avuto modo di riferire Draghi nel discorso sulla fiducia «in cui tutte le forze in campo potessero riconoscersi (o disconoscersi)²⁶ e ponendo l'accento, nel momento di particolare difficoltà che l'Italia stava attraversando, sull'Europa e l'euro, sulla necessità di uscire dalla pandemia con una adeguata organizzazione della vaccinazione, di formulare e distribuire in modo adeguato le risorse del Piano Nazionale di ripresa e resilienza che sarebbero arrivati dall'Europa al fine di far uscire o

²⁴ È noto che il procedimento che ha portato alla nomina del primo Governo Conte è stato alquanto lungo e complesso. Dopo le elezioni del 2018 l'attività del Capo dello Stato è stata diretta in particolare ad accertare quale coalizione politica potesse formarsi per sostenere il Governo. Per farlo si è servito di due mandati esplorativi conferiti il 18 e il 23 aprile ai Presidenti di Senato e Camera; l'esito negativo dei due mandati hanno portato Mattarella a convocare il successivo 23 maggio il Prof. Conte al Quirinale e a conferirgli l'incarico per la formazione del Governo che questi però, decise di rimettere il successivo 27 maggio a causa della indisponibilità da parte del Presidente della Repubblica di firmare il Decreto di nomina del Prof. Savona, Ministro da lui proposto dell'Economia, per via della linea antieuropeista da questi in più occasioni dimostrata e che pertanto avrebbe potuto comportare «probabilmente o addirittura inevitabilmente la fuoriuscita dell'Italia dall'euro». Il Presidente della Repubblica decise allora di convocare Cottarelli e affidare a lui l'incarico. Questi accettò con riserva presentandosi però pochi giorni a seguire dinnanzi al Presidente e decise di rimettere il mandato. Il Presidente Mattarella decise allora di riconvocare Conte e di conferirgli nuovamente l'incarico di formare il Governo. Questi accettò e presentò allora lista dei ministri secondo quanto disposto dall'art.92 Cost. Presentandosi alle Camere per il conferimento della fiducia, al Senato, il 5 giugno 2018, ottenne 171 voti a favore e 117 contrari, alla Camera invece, il giorno successivo raggiunse 350 in favore e 236 contrari, così divenendo il sessantacinquesimo Governo della nostra Repubblica. Per un'indagine sul tema: A. PERTICI, *Dalle elezioni del 4 marzo 2018 alla formazione del Governo Conte*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2, 2018.

²⁵ G. TARLI BARBIERI, *Vicepresidenti o Co-presidenti del Consiglio? Alcune notazioni sparse su una carica controversa*, in *Rassegna parlamentare*, 2019, n. 2, 369 ss.

²⁶ A. LAURO, *Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi*, in *Consulta online*, fasc. II, 2021, 393.

almeno far respirare l'Italia dalla situazione di crisi in cui si trovava, e tutt'oggi ancora si trova, a seguito della diffusione del COVID. Mettendo la sua esperienza e la sua affidabilità al servizio del Paese Draghi, con il suo Governo, pur producendo comunque qualche spaccatura all'interno dei partiti²⁷, ha trovato una amplissima maggioranza parlamentare (535 voti favorevoli alla Camera, con 56 voti contrari e 5 astenuti e 262 voti favorevoli al Senato, con 40 contrari e 2 astenuti), e ha portato avanti la sua azione, coadiuvato da una compagine ministeriale di compromesso come era ad onor del vero prevedibile, e ha operato per contrastare la pandemia ed affrontare la gravissima emergenza economica.

5. Quali effetti sulla nostra Forma di Governo?

A fronte di quanto fino a qui ricostruito risulta ad onor del vero e non fuori luogo interrogarsi sul se e soprattutto quali effetti questa complicata vicenda indicata in un sovraccarico di poteri attribuito al Presidente del Consiglio possa aver realizzato una disfunzionalità, magari solo temporanea, della forma di governo parlamentare o invece se «tale espansione si sia esaurita nella mera affermazione di un potere decisionale tutto interno al sistema delle fonti senza riflettersi sulla forma di Governo»²⁸.

Sebbene risulti provato - riferisce Ruggeri- «che la forma di governo è in perenne movimento e che va, perciò, incontro a continui adattamenti alle condizioni oggettive di contesto»²⁹ è piuttosto evidente che allo stato attuale, le nostre istituzioni stiano attraversando un momento di particolare flessione che ha prodotto un progressivo allentamento della forma di governo parlamentare e il riaffacciarsi, come osservato dalla dottrina³⁰, di un Governo di tipo dualista che sebbene «rimosso» oramai da diverso tempo³¹ risulta come noto fondato sul binomio Presidente della Repubblica-Presidente del Consiglio.

L'emergenza epidemiologica ad oggi ancora in corso, ha condotto dunque a delle distorsioni del nostro sistema, portando verso un modello di governo fondato sulla *governabilità a tutti i costi*, non solo attraverso la trasformazione del ruolo del Parlamento che da organo di produzione legislativa è diventato piuttosto un luogo di contrasto e scontro politico tra le parti, invece che una zona di discussione e di decisione³², ma anche per un lento e inesorabile disfacimento del sistema dei partiti³³ che hanno progressivamente perso rilevanza a livello politico mantenendo invero una posizione solo di facciata e contribuendo ad alimentare la crisi che già da tempo emargina il nostro legislativo.

È però evidente comunque che fino a quando il nostro sistema risulti strutturato nel modo in cui il Presidente della Repubblica, dopo aver conferito l'incarico, provveda a nominare Governi che devono presentarsi alle Camere per ottenere la fiducia, non appare difficile sostenere che si stia ad ogni buon conto entro i confini della forma di governo parlamentare sebbene, come

²⁷ Sul punto B. CARAVITA, *Un tornado silenzioso*, in *federalismi.it*, 6, 2021, VI.

²⁸ M. C. GRISOLIA, *Brevi spunti introduttivi...*, *op. cit.*, 442.

²⁹ A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta online*, II, 2020, 259.

³⁰ A. LUCARELLI, *Il modello dualista dei «Presidenti»: prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto Pubblico Europeo- Rassegna Online*, 1, 2021.

³¹ V. A. MASTROPAOLO, *Il dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013.

³² F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020.

³³ P. PISICCHIO, *Partiti morti? Uh, che bella scoperta...*, in *Il Riformista*, 5 gennaio 2022.

osservato, toccherà sempre al «...Capo dello Stato di attivarsi al fine di far funzionare il rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, in caso di difficoltà riscontratesi nella dinamica politica e parlamentare»³⁴.

Considerato l'alto gradimento nei confronti del Governo in carica in ordine alla gestione dell'emergenza, è alquanto evidente che, in questo periodo, non ancora concluso, ma caratterizzato piuttosto dalla particolare crescita e diffusione del virus, il nostro sistema, pur essendosi dovuto adattare alla situazione contingente, ha comunque mostrato una buona capacità di tenuta, seppur facendo emergere alcune delle sue criticità. Sarà pertanto ad ogni buon conto necessario ricondurre l'emergenza entro i parametri propri della nostra forma di governo, fondata, come noto, sulla collaborazione dei poteri, «ripristinando l'originaria centralità del Parlamento»³⁵ così da riportare progressivamente il Governo alla sua funzione di esecutore, e non “solo” di produttore di fonti.

³⁴ N. LUPO, *Un governo “tecnico-politico”? Sulle costanti nel modello dei governi “tecnici”, alla luce della formazione del Governo Draghi*, in *federalismi.it*, 8, 2021.

³⁵ E. FURNO, *Costituzione, Fonti del diritto ed ordinanze emergenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, 307.



Andrea Longo*

Prime riflessioni su stabilità istituzionale e integrazione sociale**

SOMMARIO: 1. Tra il lupo e l'agnello. – 2. «Il governo migliore». – 3. Aristotele: medietà sociale e mistione istituzionale, *mese* e *miktè politéia*. – 3.1. Polibio: la morale come fondamento della *civitas* (e della sua disgregazione). – 4. L'idea del governo misto dopo l'antichità: dalla *potestas temperata* alla separazione dei poteri. – 5. Interludio: la plurima legittimazione del governo misto e la 'spinta monista' della modernità. – 6. Mediazione sociale e unità ideale nelle comunità politiche pluraliste. – 7. L'algoritmo e la crisi postmoderna.

*Si forma quindi uno stato di schiavi e di despoti,
ma non di liberi, di gente che invidia e che disprezza*

Aristotele

1. Tra il lupo e l'agnello

«Zóon politikón»¹, animale sociale.

Da più di due millenni l'uomo verbalizza in questi termini la propria inclinazione naturalmente aggregativa, la propria intrinseca attitudine alla convivenza. Ma cosa vuol dire questa espressione? In poche parole: neuroni specchio, una corteccia prefrontale eccezionalmente sviluppata, un apparato verbale impareggiato in natura; dunque, empatia, controllo degli istinti, capacità di comunicazione, tutto ciò che serve per far funzionare una

* Professore associato di Diritto Costituzionale – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ La celeberrima espressione è tratta da ARISTOTELE, *Politica*, intr. e trad. ita. di R. Laurenti, Roma-Bari, Laterza, 1993, I, 2, 1253a, 6, in cui si dice: «È evidente che lo stato è un prodotto naturale e che l'uomo per natura è un *essere socievole*»; corsivi miei. Cfr. anche ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. ita., intr. e note di C. Natali, Roma-Bari, Laterza, 1999, I, 1169b, 389, in cui similmente si afferma che «forse è assurdo anche fare dell'uomo beato un individuo solitario, dato che nessuno sceglierebbe di avere tutti i beni possibili a questo prezzo: l'uomo è animale politico, e per natura tende a vivere in comune».

società². Questa capacità sembra poi rispondere ad un consustanziale bisogno³: l'uomo è una creatura peculiare, il cui ruolo in natura pare indefinito; a differenza del leone destinato ad essere predatore o della gazzella destinata ad essere preda, egli, forse un *unicum* in natura, è vulnerabilissima preda se isolato e supremo predatore in gruppo⁴. Non casualmente, credo, le più antiche pene concepite dall'uomo per l'uomo furono forme di esclusione dal consesso dei propri simili (l'ostracismo ad Atene, la *sacratio* a Roma); una condanna che evoca ancestralmente una *deminutio capitis* della propria funzione nel creato, una rovinosa caduta dal primo all'ultimo gradino della catena alimentare⁵.

E, tuttavia, a questa sofisticata capacità aggregativa, a questo innato e vitale bisogno, pare, simmetricamente, corrispondere una altrettanto innegabile tendenza alla disgregazione: «l'animale sociale» è anche, paradossalmente, il peggior (oramai l'unico) predatore del proprio simile,

² In relazione soprattutto alla struttura neurobiologica degli esseri umani ed alla sua relazione con le capacità sociali si rinvia al chiarissimo libro di K. MCGONIGAL, *The Willpower Instinct. How Self-Control Works, Why It Matters, and What You Can Do to Get More of It*, New York, Penguin Group, 2012, *passim*.

³ Un bisogno che si manifesta peculiarmente fin dall'inizio della nostra vita: «Se si fa il raffronto con altri animali, gli umani nascono prematuramente, quando molti dei loro sistemi vitali non sono ancora sviluppati. Poco tempo dopo essere nato, un puledro può tirarsi su e mettersi a trotterellare ... I piccoli umani sono inermi, e per anni restano dipendenti dagli adulti per quanto riguarda il sostentamento, la protezione e l'educazione. Questo fatto ha contribuito in modo considerevole sia alle straordinarie qualità sociali degli umani sia ai loro problemi sociali parimenti unici. Madri sole difficilmente potevano procurare abbastanza cibo per la loro prole e per sé se avevano un piccolo da accudire. Allevare figli richiedeva un costante aiuto da parte degli altri membri della famiglia e dei vicini. Per allevare un umano ci vuole una tribù»; così Y.N. HARARI, *From animals into Gods. A Brief History of Humankind (also published as SAPIENS)*, Hevel Modi'in, Kinneret Zmora-Bitan Dvir, 2011, trad. it., *Sapiens. Da animali a dei. Breve storia dell'umanità*, Milano, Bompiani, 2018 (ed. or. 2014), 19, enfasi mia.

⁴ Y.N. HARARI, *op. cit.*, *passim*, ma spec. 21. Se questa umana indeterminazione sia una forma di debolezza o, al contrario, di forza è un dilemma che trascende la presente trattazione. Non posso tuttavia tacere che intelletti ben superiori rispetto a quello di chi scrive hanno colto l'autentica grandezza dell'uomo proprio nella possibilità di autodeterminazione che segue alla mancanza di un ruolo prestabilito nel creato: «Non ti abbiamo fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché come libero straordinario plasmatore e scultore di te stesso, tu ti possa foggiare da te stesso nella forma che avrai preferito. Potrai degenerare negli esseri inferiori che sono bruti; potrai rigenerarti, secondo la tua decisione, negli esseri superiori, che sono divini»; così G.P. DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, trad. it. di P. Agnolucci, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, Arezzo, ed. dig. DigitalSoul, 2018, 16. Interessante sintesi alle due posizioni la ritroviamo nelle parole, sapientemente proiettate in ottica politico-istituzionale, di H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, in ID., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-33)*, trad. it. di U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 10: «Il problema fondamentale della politica è quindi il sorgere e l'affermarsi di quest'unità di decisione sul territorio nella molteplicità degli atti di volontà che le danno forma e nella molteplicità delle altre autorità territoriali che la circondano. Questa unità di decisione universale sul territorio è necessariamente fondata nella 'natura socievole-insocievole' dell'uomo, in entrambe le sue qualità essenziali della singolarità e della socialità. L'uomo, posto tra Dio e l'animale, solo nella società diventa uomo, mentre solo in un'inconfondibile unicità viene all'esistenza ed è esistente nel corpo, nell'anima, nell'intelligenza. L'unità di decisione efficace e universale sul territorio, in qualsiasi modo prenda forma, è pertanto una conditio sine qua non dell'autoconservazione non solo fisica, ma anche metafisica, dell'uomo».

⁵ In relazione alla pena dell'ostracismo si veda per tutti a A. BISCARDI, *Ostracismo*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, UTET, 1968, 288 ss.; ancora più evidente il carattere afflittivo della *sacratio* romana, sul quale si rinvia a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, il Mulino, 2009, 65, dove si legge che tale sanzione comportava l'emarginazione del reo «dalla comunità e la perdita di ogni tutela giuridica, esponendolo a qualsiasi aggressione che non avrebbe provocato l'intervento sanzionatorio della città». Similmente nella cultura ebraico-cristiana la prima pena comminata da Dio, dopo la caduta dell'uomo, è la cacciata di Caino il quale, avvertendo il pericolo della solitudine, nello sconforto, così si rivolge all'Altissimo: «Ecco, tu mi scacci oggi da questo suolo ed io mi dovrò nascondere lontano da te; io sarò ramingo e fuggiasco sulla terra e chiunque mi incontrerà mi potrà uccidere». Com'è noto, tuttavia, Dio pone un temperamento a questa punizione: «Ma il Signore gli disse: "Però chiunque ucciderà Caino subirà la vendetta sette volte!". Il Signore impose a Caino un segno, perché non lo colpisse chiunque lo avesse incontrato». Entrambe le citazioni sono tratte da *Genesi* 4, 14-15, in *La Bibbia di Gerusalemme. Antico testamento*, con commento di G. Ravasi, I, Milano, RCS Quotidiani S.p.A., 2006, 71; è interessante notare che secondo l'esegesi (si veda il commento in calce al testo citato) il 'segno di Caino' lo protegge connotando la sua appartenenza ad uno specifico «gruppo in cui si esercita duramente la vendetta del sangue», confermando l'ancestrale relazione (persistente, nel caso di Caino, nonostante l'esilio) tra la tutela dell'individuo e il suo inquadramento in una comunità.

protagonista di un incontenibile bisogno di dominio e distruzione dell'altro. Il lupo e l'agnello convivono nella stessa creatura tanto che lo scandalo circa l'umana incapacità di consistere in gruppo è acquisizione remota quanto quella dell'umana socialità⁶.

A questa *polarità di aggregazione e disgregazione* conseguono, quali ovvi postulati, una serie di interrogativi circa la possibilità e i modi attraverso cui far durare e, addirittura, prosperare una società.

Non è un caso la riflessione occidentale, fin dai suoi albori, si sia affaticata su tali nodi di gordiana complessità: tra il VI e il IV secolo a.C., Atene, culla della civiltà, venne a sperimentare, più volte, la nascita e la morte dei propri regimi politici, in un alterno quanto precipitoso susseguirsi di tirannide, oligarchia e democrazia: dal legislatore Solone⁷ al tiranno Pisistrato⁸, dalle riforme di Clistene⁹ alle glorie di Pericle¹⁰, fino al cupo regime dei Trenta Tiranni¹¹ e ancora una volta a quella democrazia che troverà la morte sulle lance macedoni di Filippo e Alessandro¹².

Le rivoluzioni dell'epoca, tanto dirompenti quanto pervasive – perché in grado di contaminare la vita della comunità nelle sue declinazioni economiche, sociali, intellettuali, giuridiche, politiche – erano generalmente precedute da periodi di disarmonia istituzionale, di squilibrio politico, che i Greci chiamavano *stasis*¹³: un momento di paralisi ma foriero di enormi moti rivoluzionari e

⁶ Il tema della naturale aggressività dell'uomo è spesso ipostatizzato nella celeberrima formula dell'*homo homini lupus*. Derivante da un passo del commediografo TITO MACCIO PLAUTO, *Asinaria*, in G. AUGELLO (a cura di), *Le commedie di Tito Maccio Plauto*, II, 4, Torino, UTET, 246-247, in cui un mercante, per non prestare denaro a uno sconosciuto, afferma che: «dupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit». Tale passo è stato poi ripreso da T. HOBBS, *De cive*, Edizione digitale University of Oxford Text Archive (ed. or. London, 1651), 41-42, dove, non casualmente si nega l'inclinazione naturalmente sociale dell'uomo: «The greatest part of those men who have written ought concerning Commonwealths, either suppose or require us, or beg of us to believe, That Man is a Creature born fit for Society ... Which Axiom, though received by most, is yet certainly False, and an Error proceeding from our too slight contemplation of Human Nature; for they who shall more narrowly look into the Causes for which Men come together, and delight in each others company, shall easily find that this happens not because naturally it could happen no otherwise, but by Accident ... We do not therefore by nature seek Society for its own sake, but that may receive some Honour or Profit from it».

⁷ Dopo l'elezione alla magistratura dell'arcontato nel 594 a.C., Solone attuò una riforma strutturale della *polis*, in cui la misura principe fu la suddivisione dei cittadini in quattro classi (pentacosimedimni, cavalieri, zeugiti, teti) basandosi su un criterio non più di sangue bensì censitario (basato sul ricavato annuale dal grano prodotto).

⁸ Pisistrato fu tiranno di Atene dal 561/560 al 556/555 a.C. e poi di nuovo dal 546 (o 544) fino al 528/527 a.C., tuttavia il regime dei Pisistratidi proseguì con i suoi due figli, Ippia e Ipparco, sostanzialmente fino alla morte di quest'ultimo nel 510 a.C.

⁹ La famosa riforma di Clistene, attuata nel 508-507 a.C., avvicinò maggiormente la città al regime democratico; tra le misure della riforma può ricordarsi: la rinnovazione della *Boulé* in senso molto più democratico, una nuova modifica del sistema di suddivisione degli ateniesi in Tribù, l'introduzione del metodo del sorteggio e del meccanismo dell'ostracismo.

¹⁰ L'età periclea, generalmente considerata l'età d'oro dell'Atene classica, durò dal 461 a.C., data in cui Pericle riuscì a far ostracizzare il suo oppositore Cimone, fino alla morte del grande politico, nel 429 a.C.

¹¹ Il regime di stampo oligarchico dei Trenta Tiranni (*oi triàkonta*) si instaurò nel 404 a.C., dopo la sconfitta di Atene contro Sparta nella Guerra del Peloponneso. Il regime durò solo otto mesi, venendo poi rovesciato dagli esuli democratici di ritorno ad Atene guidati da Trasibulo.

¹² Sebbene le *polis* greche ebbero sprazzi di autonomia anche successivamente, può farsi risalire alla sconfitta subita nella battaglia di Cheronea del 338 a.C. il punto di non ritorno ad una democrazia piena.

¹³ Sul carattere onnipervasivo delle rivoluzioni nella classicità greca, nonché sul connesso concetto di *stasis*, rimando al classico di C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1947, trad. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, 60 ss., dove si legge: «[Le] rivoluzioni in Grecia ... toccano ogni cosa nello Stato, sociale ed economica, intellettuale e politica: i mutamenti erano attuati di solito con la violenza, la proscrizione, l'ostracismo e anche la morte, in modo assai simile ai metodi – a noi familiari – usati ai nostri giorni in molte parti d'Europa e con molte delle stesse cause. È questa natura così sconvolgente di tante rivoluzioni che produce nei greci la paura della *stasis* e il desiderio isterico di tentare qualsiasi cosa che potesse prevenirle. *Stasis* è un difetto di equilibrio, una condizione di disarmonia in uno Stato, che quasi certamente produce agitazioni e rivoluzioni, con tutti gli orrori abituali ... Gli Stati greci erano notoriamente instabili, e questa situazione portava ad un desiderio di conservare lo status quo, che a noi sembra alquanto reazionario».

radicali stravolgimenti. Così la decadenza di ogni singolo regime annunciava, come le doglie annunciano il parto, l'approssimarsi del collasso sociale, della rivoluzione e di un nuovo travagliato inizio. Il pericolo della *stasis*, come un'ombra sempre presente, gravava sulle coscienze dei cittadini dell'Attica e affaticava le menti dei padri della filosofia.

Erodoto, Platone, Aristotele, furono quasi ossessionati da una domanda che sembra portare in sé il crisma dell'irrisolvibilità: esiste di una 'forma di governo' migliore delle altre¹⁴? Un regime che possa spezzare la propensione entropica delle civiltà?

Un dilemma composto, come spesso accade nel mondo del diritto, di *Sein* e di *Sollen*, di un profilo istituzionale e di uno sociale¹⁵; elementi questi che, nelle varie riflessioni, hanno assunto diversa valenza: così se nelle erodotee e platoniche sembra prevalere la dimensione istituzionale, sarà Aristotele ad intuire l'insufficienza di una simile prospettiva. Assumendo la consustanziale importanza di istituzione e società, lo Stagirita nella *Politica* abbandonerà la ricerca di un *idealtipo superiore* per concentrarsi sull'individuazione di una *diade concreta*, volta a valorizzare il piano economico-sociale non meno di quello giuridico: un dipolo composto di *mistione istituzionale* e *medietà sociale*.

Devo però sottolineare fin da ora che la relazione tra questi due elementi non può essere rettammente intesa usando le lenti proprie di uno sguardo moderno: come vedremo, infatti, lo stesso piano istituzionale partecipava, nel mondo antico, alla funzione di integrazione sociale.

Sarà solo la separazione moderna tra individuo e Stato, tra società e istituzioni a mutare il punto archimedeo nel quale porre la leva del buon governo, spostando, in parte, il problema dell'integrazione sociale fuori dall'ambito del regime giuridico. Non casualmente la modernità democratica porterà con sé la consapevolezza di un tema ulteriore: ciò che qui, sulla scorta di autorevoli elaborazioni, scelgo di chiamare *'unità*

¹⁴ Le *politeai* classiche (monarchia, aristocrazia, democrazia), al netto delle tassonomie e dei criteri distintivi elaborati dagli Autori nel corso dei secoli, sono quasi sempre definite come 'forme di governo'. Tuttavia, è notorio come la dottrina contemporanea distingua la nozione di 'forma di Stato' da quella di 'forma di governo': cfr., ad esempio, C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di Governo. Corso di diritto costituzionale e comparato*, Napoli, Jovene, 2009, 2° ed., XI, in cui l'A. espone questa distinzione come di seguito: «Nella nostra tradizione didattica e scientifica, le 'forme di Stato' designano assetti sufficientemente stabilizzati dei rapporti fra cittadini e Stato quale complesso dei pubblici poteri, mentre le 'forme di governo' designano assetti sufficientemente stabilizzati dei rapporti fra pubblici poteri. In altre parole, le *forme di Stato* indicano modi variabili nel tempo e nello spazio con cui si organizza la convivenza in uno Stato, e le *forme di governo* indicano i modi, anch'essi variabili nel tempo e nello spazio, di organizzazione interna dello Stato», corsivi miei. Dunque, potrebbe dirsi che la prima nozione abbia una connotazione per così dire 'verticale', inerendo ai rapporti tra i governanti e i governati, mentre la seconda ne possieda una 'orizzontale', relativa cioè alle modalità con cui, all'interno della cornice costituita da una forma di Stato (dunque da un modo determinato di declinare il potere, ad es.: democrazia), il potere venga ripartito (e quindi avremo la modalità parlamentare, quella presidenziale etc.). Sulla distinzione *de qua* non posso non rimandare al fondamentale contributo di L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 638 ss., il quale, nell'*incipit* del suo lavoro, precisa che non si occuperà di «monarchia, aristocrazia e democrazia, perché tale tematica attiene alle forme di stato o al regime politico nel senso più alto, mentre le forme di governo presuppongono (anche se non possono prescindere) l'assegnazione della sovranità nei termini in cui è effettuata, ad esempio, dall'art. 1 comma 2 Cost». Ad ogni modo nel presente testo, pur consapevoli di questa differenza, si seguirà la traduzione più comune dei brani antichi, e si utilizzerà pertanto il sintagma 'forma di governo' anche per indicare i regimi monarchico, democratico e aristocratico. Intorno al tema in parola si confronti anche, *ex plurimis*, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, 538 ss.; M. VOLPI, *Forme di governo*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009; ID. *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2007; G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, il Mulino, 2006; infine, per adamantina chiarezza, rimane fondamentale il contributo di N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 1977.

¹⁵ Non casualmente autorevole dottrina segnala come quello delle forme di governo (intese tuttavia nell'accezione moderna) sia un tema nel quale «confluiscono tutti gli aspetti problematici relativi ... ai rapporti tra scienza giuridica e sociologia politica»; così L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 634.

*ideale*¹⁶; una comunanza di valori nella quale la società può costantemente identificarsi e riconoscersi. Un'idea questa carsicamente presente nel pensiero antico (penso alla relazione tra decadenza istituzionale e corruzione morale soprattutto nell'ambito delle riflessioni di Platone e Polibio o al timore di Aristotele verso l'ostilità tra classi) ma pienamente esplicitata nella sua dimensione sociale solo nella riflessione moderna.

Possiamo, dunque, isolare tre piani della riflessione:

- A) un piano *giuridico*, attinente alla struttura istituzionale;
- B) un piano *materiale*, relativo ai rapporti economico-sociali;
- C) un piano *ideale*, concernente i profili assiologici che legano (o dividono) società e istituzioni.

Nel prosieguo di questo scritto vorrei esaminare la relazione tra questi elementi, per intendere come, nel corso della storia, *la struttura istituzionale sia stata concepita per introiettare o, viceversa, estroflettere verso la società le proprie funzioni di mediazione*. Procederò, dunque, dapprima a una breve ricognizione delle tassonomie istituzionali nella classicità ellenica, per poi affrontare gli approdi compiuti dalla filosofia aristotelica in tema di *medietà sociale e mistione giuridica* (in concerto con le riflessioni polibiane sui cicli costituzionali e sul modello di governo misto instaurato a Roma). Successivamente darò conto della conservazione e, al tempo stesso, della permutazione dei postulati aristotelici nel corso della prima e della seconda modernità, cercandone traccia nei paradigmi sui quali il pensiero illuminista ha costruito la struttura ideale del costituzionalismo.

L'esigenza di unità, come anticipato, non è però declinabile solo su un versante *materiale* (sia esso istituzionale o sociale) e, come detto, sarà proprio la modernità democratica a porre il problema della tematizzazione del profilo *ideale*; un bisogno siffatto, sotto questo profilo, ha trovato paradigmatiche riflessioni in autori della giuspubblicistica tedesca come Hermann Heller e Rudolf Smend – operanti in quel «laboratorio» giuridico e sociale che fu l'effimera Repubblica di Weimar – fino alle più recenti riflessioni di Peter Häberle e Jürgen Habermas.

Da ultimo darò conto di come l'attualità postmoderna rompa taluni schemi consolidatisi (o quantomeno li indebolisca), fino ai perversi effetti di cui gli algoritmi utilizzati dai *social network* sono forieri in tema di disgregazione dell'agognata unità ideale, tanto essenziale per la tenuta delle comunità politiche.

2. «Il governo migliore»

¹⁶ Cfr. H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 10, dove si legge: «Ciò che tiene insieme la struttura eternamente antagonistica della società umana sono tanto i sistemi degli istinti naturali, estranei alla nostra facoltà di comprendere, quanto, soprattutto, la 'sovrastruttura' articolata in modo gerarchico degli ordinamenti spirituali. La convivenza umana è sempre, anche, convivenza ordinata tramite decisioni concrete della volontà umana, cosicché le comunità che crescono su un fondamento naturalistico non si mostrano affatto come le più salde. È un potere ideale quello che, ad esempio nella Chiesa cattolica, unisce e divide gli uomini per millenni ... Ogni politica consiste dunque nel formare e conservare questa unità».

La discussione su quale sia l'assetto di governo della città 'qualitativamente' migliore inizia con Erodoto, che nel *Logos Tripolitikos*¹⁷ per primo descrive le tre *politeiai* classiche. Il frammento, in forma dialogica, vede protagonisti i nobili persiani Dario, Megabizio e Otane, che, dopo aver posto fine al regime dei due Magi¹⁸, si trovano a discutere su quale sia il giusto governo da dare alla Persia, perorando rispettivamente la causa della monarchia, dell'oligarchia, e di ciò che noi chiameremmo democrazia ma che nel lessico erodoteo viene definita *isonomia*.

Otane auspica un cambio di regime, il passaggio da un assetto monarchico ad uno democratico¹⁹, poiché «quando è il popolo che detiene il comando ... il governo ha il nome più bello d'ogni altro: uguaglianza di diritti ... non commette nessuno di quei soprusi che commette il monarca; le cariche pubbliche si ottengono per sorteggio, il governo è soggetto al rendiconto e tutte le decisioni sono prese in comune»²⁰. Megabizio, pur unendosi al primo nella critica al regime monarchico, contesta la bontà della democrazia²¹, e opta, invece, per un'oligarchia meritocratica: «Al governo di popolo s'attaccino quelli che desiderano il male dei Persiani; ma noi, scelto un gruppo degli uomini migliori, affidiamo ad essi il potere, poiché tra questi saremo pure anche noi ed è naturale che le deliberazioni degli uomini migliori siano senza dubbio le migliori»²². Dario, infine, critica tanto il governo del popolo²³ quanto quello dei migliori²⁴, evocando un ritorno alla precedente monarchia²⁵: «Delle tre forme di governo che a noi si offrono e che per ipotesi consideriamo tutte nelle condizioni ideali, e cioè un governo popolare perfetto,

¹⁷ Il *Logos Tripolitikos*, così definito per la forma dialogica in cui si struttura e per l'oggetto di cui si occupa (le tre forme di governo classiche), corrisponde ai brani contenuti nel Libro III, 80-82, delle *Storie* di Erodoto; l'edizione a cui faccio riferimento è ERODOTO, *Storie*, trad. ita, intr. e note di L. Annibaletto, Milano, Mondadori, 2005 (1^a ed. ita. 1956), Libro III, 80-82, 309-312.

¹⁸ Sulla vicenda dei Magi, dalla presa del potere di Persia fino alla congiura di nobili che li uccise, rimando a ERODOTO, *Storie*, cit., 297-309.

¹⁹ «Voi ... avete visto fino a qual punto è arrivata la tracotanza di Cambise e avete sperimentato anche la prepotenza del Mago. E come potrebbe essere un governo ben ordinato il dominio d'uno solo, se egli può fare quello che vuole, senza rendere conto ad alcuno? ... Anche l'uomo migliore del mondo, investito di questa autorità, si troverà al di fuori del consueto modo di pensare. Per l'abbondanza dei beni che lo circondano, mette radici in lui l'orgoglio, mentre in ogni uomo è radicata per natura l'invidia fin dalla prima origine e quando uno possiede questi due vizi, racchiude in sé ogni perversità: infatti molte ed empie azioni egli commette perché gonfio d'orgoglio, altre perché roso d'invidia; ed ancora: «da più assurda delle istituzioni, poiché se la lodi con moderazione, si offende perché non è troppo onorato; se gli fai una corte assidua, si adira perché ti ritiene adulatore»; così ERODOTO, *Storie*, cit., 309-310.

²⁰ ERODOTO, *op. cit.*, 310.

²¹ «Quello che Otane ha detto nell'intento di abolire la monarchia, consideratelo detto pure da me; ma quando egli vi consiglia di deferire il potere al popolo, era ben lontano dall'opinione più giusta, poiché non v'è nulla di più stolto e di più insolente d'una folla buona a nulla ... che gli uomini, per sfuggire alla prepotenza d'un tiranno, debbano cadere nell'insolenza d'un popolo sfrenato non si può proprio tollerarlo: poiché se il tiranno fa qualche cosa di male, lo fa a ragione veduta, ma il popolo non ha nemmeno la capacità di conoscere... come potrebbe averla dal momento che non è stato istruito, che non ha mai visto nulla di buono che sia suo e sconvolge gli affari, su cui si getta senza discernimento, come un fiume impetuoso?»; *Ibidem*.

²² ERODOTO, *op. cit.*, 311.

²³ «Quando ... il potere sia in mano al popolo, è impossibile che non vi si sviluppi la malvagità e quando la malvagità prende piede nei pubblici affari, non sorgono già tra i malvagi inimicizie, bensì violente amicizie»; ERODOTO, *loc. ult. cit.*

²⁴ «Nell'oligarchia ... poiché sono molti che fanno sfoggio delle proprie qualità per il comune interesse, sogliono sorgere violente inimicizie private. Infatti, volendo ciascuno primeggiare e far trionfare la propria opinione, si arriva a gravi rivalità vicendevoli: dalle rivalità nascono le sedizioni; dalle sedizioni le stragi e dalla strage si finisce al comando d'uno solo»; ERODOTO, *loc. ult. cit.*

²⁵ «Per raccogliere tutto in una sola parola, donde è venuta a noi la libertà? Chi ce l'ha data? Ci è venuta dal popolo, dall'oligarchia o dalla monarchia? Io sono, dunque, del parere che noi, liberati per il merito d'un solo uomo, dobbiamo aver cura di tale forma di governo e, senza di questo, non dobbiamo abbattere le patrie istituzioni che sono saggiamente stabilite, poiché non ne avremmo alcun vantaggio»; ERODOTO, *op. cit.*, 312. L'uomo solo a cui si riferisce Dario nel brano riportato è Ciro, Re di Persia.

un'ottima oligarchia e un'ottima monarchia, io affermo che quest'ultima è di gran lunga la migliore. Nulla, infatti, ci può apparire migliore del comando di un uomo solo, se questo è ottimo; poiché, valendosi ... d'un ottimo consiglio, può governare il popolo in maniera irreprensibile»²⁶.

Muovendo dalla lezione erodotea, Platone allarga il campo d'indagine offrendo nuove tassonomie delle *politeiai*. Nella *Repubblica*²⁷, opera di carattere maggiormente idealistico, il grande filosofo (non certo famoso per le sue simpatie democratiche²⁸) vagheggia una sorta di *Sofocrazia*, il governo del filosofo-Re, come migliore assetto di potere; posizione questa che secoli dopo gli varrà l'appellativo popperiano di «nemico della società aperta»²⁹.

Tali riflessioni si connotano di tinte tecnocratiche e rigidamente classiste, dove il ruolo di ciascuno è per sempre definito da un criterio naturalistico: a seconda del proprio aspetto animico prevalente gli uomini sono d'oro, d'argento o di bronzo, ognuno rinchiuso, dalla culla alla tomba, in una classe sociale la cui virtù garantisce una suddivisione efficientistica dei *îi*³⁰. In senso ascendente, la prima è la classe dei lavoratori (bronzea), il popolo ignorante, che altro non potrebbe fare, nella visione platonica, se non lavorare per produrre; la loro anima è in prevalenza concupiscente e la loro virtù è la temperanza. La classe di mezzo, argentea, è invece composta da coloro che rivestono il ruolo di difensori o guardiani; dotati di un'anima prevalentemente irascibile, la virtù loro attribuita è il coraggio. L'ultima e la più alta tra le classi della *Repubblica* è la classe governativa, dei re-filosofi: essi possiedono un'anima tendenzialmente improntata alla razionalità e la virtù in loro più forte è la saggezza.

Accanto a questa forma di monarchia ideale, Platone descrive, con accezione negativa, anche le forme tradizionali di *politeai* possibili: timocrazia³¹, oligarchia, democrazia e tirannide³². Questi

²⁶ ERODOTO, *op. cit.*, 311.

²⁷ La versione qui citata è PLATONE, *La Repubblica*, trad. ita di F. Sartori, intr. di M. Vegetti, note di B. Centrone, Roma-Bari, Laterza, 2001.

²⁸ La posizione antidemocratica di Platone ha verosimilmente più concause: da un lato probabilmente influirono sulla sua posizione i natali aristocratici, dall'altro un ruolo cruciale fu verosimilmente giocato dal dolore causato dall'ingiusta condanna del suo maestro proprio ad opera di un regime democratico.

²⁹ K. POPPER, *The Open Society and its Enemies. Vol I: The Spell of Plato / Vol. II: The High Tide of Profecy: Hegel Marx and the aftermath*, trad. it. *La società aperta e i suoi nemici. Vol I: Platone totalitario / Vol. II: Hegel e Marx: falsi profeti*, ed. digitale, Roma, Armando Editore, 2014, diffusamente.

³⁰ Per la ripartizione degli uomini secondo l'aspetto prevalente nella loro anima si veda PLATONE, *La Repubblica*, cit., 439a-441c, 277-283. Tale divisione ridonda in una sorta di determinismo meccanicista in forza del quale gli esseri umani altro non devono compiere se non ciò che è loro prescritto per natura: «Cercherò di persuadere prima gli stessi governanti e i soldati, poi anche il resto dei cittadini che tutta quell'educazione fisica e spirituale che noi davamo loro, essi credevano di sentirla e riceverla, ma non erano che dei sogni; e veramente allora essi si trovarono entro la terra già plasmata e allevati ... Diremo loro così: voi, quanti siete cittadini dello stato, siete tutti fratelli, ma la divinità mentre vi plasmava, a quelli tra voi che hanno attitudine al governo mescolò, nella loro generazione, dell'oro, e perciò è altissimo il loro pregio; agli ausiliari argento; ferro e bronzo agli agricoltori e agli altri artigiani»; *ivi*, 414c-415d, 217-221. Notoriamente tale tassonomia platonica riprende il mito di Esiodo, nel quale tuttavia le classi degli uomini erano cinque: oro, argento, bronzo, eroi e ferro.

³¹ Il senso di questo termine, meno consueto di quelli che indicano le classiche forme di governo, viene ben chiarito da N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., 18, dove si legge: «La timocrazia (da *timé*, che significa onore) è una forma introdotta da Platone, per designare una forma di transizione fra la costituzione ideale e le tre forme cattive tradizionali». Come vedremo questo termine tornerà nell'opera di Aristotele ma con un'accezione diversa.

³² PLATONE, *La Repubblica*, cit., Libro VIII, 543a-544d, 519-521, dove si legge: «Certo che, disse, desidero proprio sentire quali sono le quattro costituzioni che dicevi ... Quella che riscuote l'elogio dei più, ossia la ben nota costituzione cretese e laonica; seconda viene una costituzione che è seconda pure nell'elogio e ha il nome di oligarchia, costituzione piena di numerosi mali; antitetica e successiva a questa è la democrazia, e poi viene la violenta tirannide che si distingue tra tutte le precedenti e che è il quarto e ultimo morbo per uno stato». Ad ogni modo Platone ammette anche l'esistenza di costituzioni 'intermedie': «Quanto alle dinastie, ai regni venali e ad altre costituzioni simili, si tratta di forme intermedie e si potrebbero trovare non meno numerose presso i barbari che presso gli Ellenî», *ibidem*.

assetto di potere, a ciascuno dei quali corrisponde un tipo d'uomo³³, sono forme degeneri che producono, con moto entropico, i rivolgimenti sociali, secondo il principio platonico in forza del quale il mutamento fenomenico altro non è che decadimento, poiché progressivo allontanamento dalla primigenia perfezione dell'Idea³⁴.

Carattere maggiormente pragmatico riveste invece il *Politico*; qui le 'forme di governo' dalle cinque della *Repubblica*, divengono sei³⁵, distinte secondo il duplice criterio del numero di persone che detengono il potere e del carattere positivo o negativo di tali regimi. Così troviamo il governo d'un solo uomo in positivo (il Regno) o in negativo (la tirannide); il governo di pochi uomini in versione positiva (aristocrazia) e negativa (oligarchia) e infine il governo dei più, della moltitudine, chiamata in ogni caso democrazia³⁶. A questi sei tipi se ne aggiunge un settimo, di carattere ideale³⁷, con il quale Platone sembra recuperare una piccola parte del carattere utopico della *Repubblica*. Delle sei forme realisticamente possibili Platone elabora anche una scala di preferenza: osservando le leggi il governo migliore è quello di un solo uomo, per l'evidente efficienza decisionale di cui tale regime è foriero; tuttavia, qualora nel governo di un solo uomo le leggi non vengano da questi rispettate, ecco che tale regime si tramuta nel peggiore di tutti, la tirannia³⁸. E se le due versioni – retta e degenerata – del governo dei pochi non portano né grandi vantaggi né ingenti danni, situandosi in una posizione mediana³⁹, la democrazia è collocata da Platone in posizione opposta rispetto al Regno⁴⁰: le qualità democratiche sono scarse anche nella forma

³³ «Non sai ... che anche di temperamenti umani ci sono per forza tante specie quante ce ne sono di costituzioni? Credi forse che le costituzioni nascano da una quercia o da una roccia, anziché dai caratteri dei cittadini, caratteri che, come pesi, trascinano dalla loro parte il resto?»; così PLATONE, *La Repubblica*, cit., VIII, 544d-545c, 521-523.

³⁴ Cfr. PLATONE, *La Repubblica*, cit., VIII, 546a, 525 ss. La concezione platonica del mutamento come progressivo allontanamento dall'Idea (e, dunque, decadimento) è ben descritto da K. POPPER, *op. cit.*, 199 ss.; sul punto insiste anche N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., 17, dove si legge: «Platone, come tutti i grandi conservatori, che hanno un occhio sempre benevolo verso il passato, e un occhio pieno di spavento verso il futuro, ha una concezione pessimistica (terroristica dirà Kant) della storia. La storia non come progresso indefinito, ma al contrario come regresso definito, non come progresso dal bene al meglio, ma come regresso dal male al peggio».

³⁵ Si veda PLATONE, *Politico*, trad. it. e intr. di P. Accattino, Roma-Bari, Laterza, 1997, 302b-302e, 131-133 ove si afferma: «Potere di uno solo, il potere di pochi e potere di molti sono le tre costituzioni che abbiamo ammesso ... Ebbene tagliamole in due e facciamone sei».

³⁶ «Dal potere di uno solo ... risultano la costituzione regale e quella tirannica; a sua volta del potere dei non molti l'aristocrazia, che ha un potere ben augurante, e l'oligarchia; infine dal potere dei molti noi allora, attribuendo un solo nome, abbiamo posto che la democrazia è semplice; ora viceversa dobbiamo porre che anch'essa è duplice ... non diversamente dalle altre, anche se neppure il suo nome è doppio: esercitare il potere seguendo le leggi o contro le leggi è comunque cosa possibile sia per questa e che per le altre»; così PLATONE, *Politico*, cit., 302c-302e, 133. La forma degenerata del governo retto dei più può essere intesa come una forma di non-organizzazione, ossia come un assetto verosimilmente anarchico.

³⁷ Per il Platone del *Politico*, l'unica costituzione veramente corretta, ancorché inattuabile, è un governo autocratico, in cui i detentori del potere agiscono per il bene dei sottoposti con misure individualizzate per tutti, e quindi applica o disapplica *ad nutum* i precetti generali ed astratti. In altri termini, sarebbe quella «in cui si possa riscontrare che coloro che esercitano il potere sono veramente dotati di scienza ... sia che governino attenendosi alle leggi sia che ne facciano a meno, con o senza il consenso dei sottoposti ... perché una legge, non potendo mai abbracciare con esattezza ciò che insieme è meglio e più giusto per tutti, non potrebbe mai prescrivere il meglio»; PLATONE, *Politico*, cit., XXXIII, 293d-294b, 107-109.

³⁸ «Quando dunque la monarchia è aggiogata a buone norme scritte, che chiamiamo leggi, è la migliore di tutte le sei; ma se è priva di leggi è dura e la più pesante a convivere»; così PLATONE, *Politico*, cit., 302e, 133.

³⁹ «Il governo dei non molti, come il poco sta a metà tra l'uno e una molteplicità, così lo riterremo mediano rispetto agli altri due»; PLATONE, *Politico*, cit., 303a, 133.

⁴⁰ «Il governo della massa lo riterremo debole da tutti i punti di vista e incapace, in confronto agli altri di fare alcunché di grande sia nel bene che nel male, perché in esso i poteri sono distribuiti in piccole porzioni tra molti soggetti. Ragion per cui tra tutte le costituzioni che si attengono alle leggi risulta la peggiore, mentre risulta la migliore tra tutte quelle che non fanno conto delle leggi; e in presenza di costituzioni tutte prive di freno prevale vivere in democrazia, ma in presenza di costituzioni che siano vincolate a regole non bisogna assolutamente vivere in essa, bensì ha di gran lunga il primo posto ed è la cosa migliore vivere nella prima [il Regno] – eccezion fatta per la settima: infatti questa noi dobbiamo separarla da tutte le altre

migliore, dunque la sua corruzione costituisce solo un trascurabile peggioramento e comporta il male minore⁴¹.

3. *Aristotele: medietà sociale e missione istituzionale, mese e miktè politéia*

Su tracce vagamente platoniche si muove l'Aristotele dell'*Etica Nicomachea*.

Qui, basandosi sul doppio criterio della titolarità quantitativa dei poteri di governo e della partizione platonica tra forme rette e forme degenerate⁴² (distinte però, stavolta, non in base al rispetto o meno delle leggi, bensì avendo riguardo al perseguimento dell'interesse generale o individuale da parte dei governanti), il padre della peripatetica elenca le forme dalla migliore alla peggiore, in un *trade-off* tra efficienza e rischio: e così il governo di uno solo è il miglior assetto se il soggetto governante persegue il comune interesse⁴³, ma diviene il peggiore qualora quest'ultimo persegua il proprio⁴⁴; il governo dei più, per contro, è posto, sia nella forma virtuosa sia in quella degenerata, al centro della graduazione⁴⁵, sancendo la qualifica della forma democratica (che in *Etica*, nella sua declinazione positiva è detta timocrazia), come meno rischiosa, ma parimenti meno efficace. Anche la costituzione 'dei pochi', l'aristocrazia, possiede una sua forma degenerata: essa si tramuta in oligarchia quando «governano pochi e cattivi, invece che i più capaci»⁴⁶.

È tuttavia nella *Politica* che Aristotele compie un deciso passo in avanti.

Qui la tassonomia cambia leggermente, pur mantenendo i due criteri precedentemente visti, il numero di persone che detengono il potere⁴⁷ e il perseguimento da parte dei governanti dell'interesse particolare o generale⁴⁸. Così abbiamo, nell'ambito delle forme rette, il regno,

costituzioni come un dio dagli uomini»; cfr. PLATONE, *Politico*, cit., 303^o-b, 133-134. La settima forma menzionata da Platone è proprio quella forma utopica e ideale, non inverabile dagli uomini.

⁴¹ Sul punto, con l'usuale chiarezza, N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., 29: «Se è vero che la democrazia è la peggiore delle forme buone, è però la migliore delle cattive, a differenza della monarchia che è la migliore delle forme buone mentre la tirannide è la peggiore delle forme cattive ... Che cosa ne segue? Che se noi mettiamo in fila le sei forme in ordine decrescente, le prime tre, quelle buone, debbono essere in un certo ordine (monarchia, aristocrazia, democrazia), quelle cattive nell'ordine inverso (democrazia, oligarchia, tirannide)».

⁴² «Vi sono tre specie di costituzioni, e altrettante sono le deviazioni, cioè le corruzioni di quelle. Sono costituzioni il regno e l'aristocrazia, e terza è quella basata sul censo, che è evidentemente appropriato chiamare timocrazia, ma che la maggior parte della gente ha preso l'abitudine di chiamare semplicemente 'costituzione'; così ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., 10, 1160b, 341.

⁴³ «Di queste [costituzioni], il regno è la migliore e la timocrazia la peggiore. Deviazione del regno è la tirannide; entrambe sono il governo d'uno solo, ma differiscono al massimo. Infatti il tiranno tiene conto solo del suo proprio interesse, il re invece di quello dei sudditi»; ARISTOTELE, *loc. ult. cit.*

⁴⁴ «La tirannide è il contrario del regno, dato che il tiranno persegue il suo proprio bene; è più evidente che la tirannide è la costituzione peggiore, dato che il contrario della cosa migliore è la cosa peggiore. Dal regno si passa alla tirannide, dato che la tirannide è una perversione del regno, e quindi un re malvagio si trasforma in tiranno»; ARISTOTELE, *loc. ult. cit.*

⁴⁵ «Dalla timocrazia si passa alla democrazia, infatti sono vicine tra loro: anche la timocrazia vuol essere un governo di massa, e tutti coloro che rientrano nel censo stabilito sono uguali. La democrazia è la forma meno degenerata, dato che questo tipo di costituzione rappresenta una deviazione piccola»; *ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, sempre nel medesimo passo, poco prima, lo Stagirita precisa quanto segue: «Dall'aristocrazia si passa all'oligarchia per la cattiveria dei governanti, che si dividono le cariche della città senza tenere conto del valore, e danno a se stessi o tutti i beni o la maggior parte, attribuiscono le cariche sempre alle stesse persone, stimando moltissimo la ricchezza».

⁴⁷ «Poiché costituzione significa lo stesso che governo e il governo è l'autorità sovrana dello stato, è necessario che sovrano sia o uno solo o pochi o i molti»; così ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1279a, 84.

⁴⁸ «Quando l'uno o i pochi o i molti governano per il bene comune, queste costituzioni necessariamente sono rette, mentre quelle che badano all'interesse o di uno solo o dei pochi o della massa sono deviazioni»; ARISTOTELE, *loc. ult. cit.*

l'aristocrazia, e la *politia*⁴⁹, nell'ambito di quelle degenerate la tirannide, l'oligarchia e la democrazia⁵⁰.

Non è questa la sede per soffermarsi sul notorio dibattito circa la polisemia del termine *politía* (o *politia* a seconda delle traduzioni), se essa costituisca cioè un dato descrittivo, ossia il generico concetto di organizzazione sociale, o piuttosto un dato prescrittivo che indica la forma retta del governo dei molti⁵¹; segnalò solo quanto lo stesso Aristotele fosse cosciente di questa ambiguità semantica, affermando più volte espressamente che alla forma di governo che egli considera migliore attribuisce il «nome comune a tutte le altre»⁵².

Nella sua accezione prescrittiva il termine *politía* trascende l'idea erodotea e platonica di democrazia per atteggiarsi come la prima *forma di governo misto*, nella quale la valorizzazione del concetto di *medietas* si declina tanto *sul piano giuridico* quanto *sul piano sociale*.

Dal primo punto di vista, la *politía* immaginata è giuridicamente *miktè*, dando voce alla maggior parte delle componenti di una società e proiettando elementi democratici e aristocratici all'interno

⁴⁹ «Delle forme monarchiche quella che tiene d'occhio l'interesse comune siamo soliti chiamarla regno: il governo dei pochi, e, comunque, di più d'uno, aristocrazia (o perché i migliori hanno il potere o perché persegue il meglio per lo stato e per i suoi membri); quando poi la massa regge lo stato badando all'interesse comune, tale forma di governo è detta col nome comune a tutte le forme di costituzione *politía*»; ARISTOTELE, *loc. ult. cit.*

⁵⁰ «Deviazioni delle forme ricordate sono, la tirannide del regno, l'oligarchia dell'aristocrazia, la democrazia della *politia*. La tirannide è infatti una monarchia che persegue l'interesse del monarca, l'oligarchia quello dei ricchi, la democrazia poi l'interesse dei poveri: al vantaggio della comunità non bada nessuna di queste»; *ivi*, 1279b, 84.

⁵¹ Sul punto si rinvia alla critica mossa a Charles McIlwain da Mario Dogliani. Il primo, nell'analisi del lemma 'costituzione', distingue due diversi usi semantici possibili, uno antico ed uno moderno, ed attribuisce un carattere per così dire *neutro* al primo, intendendolo come «“naturale ossatura dello Stato” ... *politía* greca ... significa innanzi tutto lo Stato com'è attualmente: è un termine il quale comprende tutte le innumerevoli caratteristiche che determinano la peculiare natura di uno Stato, incluse la struttura sociale ed economica e le materie di governo nel senso moderno. Si tratta, dunque, di un termine descrittivo, che comprende tutto ciò che abbraccia la nostra stessa parola costituzione, allorché con essa indichiamo in generale la struttura dell'uomo e della materia»; così C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 49. Dall'altro lato M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, 33 ss., opponendosi a McIlwain, intende il termine *politía* in un'accezione prescrittiva: «Le affermazioni di McIlwain, secondo cui *politía* sarebbe solo un termine descrittivo, va però verificata. Già da questa generalissima definizione emerge infatti una prima ambivalenza: *politía* è, per un verso, una condizione concreta, un modo d'essere descritto; ma per l'altro è anche un insieme di regole (di principi morali, di costumi, di consuetudini, di leggi scritte) ... definire l'organizzazione di una città come *politía* significa dire non solo che in essa l'arché era sottoposto alle leggi, ma anche che i suoi cittadini pretendevano che così fosse. E per questo il concetto sarebbe prescrittivo. La risposta alle domande circa il carattere normativo del concetto di *politía* non può non muovere dalla considerazione che il pensiero politico aveva posto con estrema chiarezza la distinzione tra “governo della legge” e “governo degli uomini?”. La contrapposizione indica due possibilità: che la città sia guidata da regole, oppure che venga guidata da “decisioni”, cioè da scelte specifiche – non vincolate da regole preesistenti ... che possono essere il frutto della sapienza di un filosofo-re o delle passioni dei governanti, pochi o tanti che siano», 37-50; dopo una ricognizione delle differenti sfumature del pensiero politico greco sul tema, l'A. conclude che «la forma della polis (la *politía*) è costituita dall'insieme delle leggi effettive. Se si ha però consapevolezza dei valori politici che esse nel loro insieme realizzano, allora la costituzione assume un senso non meramente descrittivo, nel senso che non si risolve nel complesso di leggi medesime. Viene infatti progressivamente ad enuclearsi una sua normatività autonoma distinta da quella delle singole leggi, prodotta da due elementi: la rappresentazione che i cittadini si facciano della coerenza tra di esse (conseguente alla loro complessiva strumentalità verso valori politici considerati irrinunciabili), e la possibilità, pratica di difendere tale coerenza contro le deviazioni», 72. Sul punto segnalò anche il pensiero di S. VIDA, *La politia aristotelica e l'elogio delle medietà*, in D. FELICE (a cura di), *Governo Misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli, Liguori, 2011, 26-27, secondo il quale questo termine, *politía* o *politia*, che dir si voglia, «non è semplicemente il concetto generico dell'oggetto di indagine della teoria politica, vale a dire il concetto delle forme costituzionali ... l'uso che se ne fa in quest'ultimo contesto ha trasformato qualitativamente il concetto generale di costituzione, arrivando a identificare una costituzione specifica – la costituzione per antonomasia – che ha il significato preciso di 'ordinamento costituzionale'... le altre costituzioni sono valutate normativamente rispetto alla *politia*, il che significa che l'essere o no una costituzione dipende dalla loro concordanza o meno con essa».

⁵² Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1289a, 117; ma si vedano le analoghe affermazioni in altri punti dell'opera: 1293a, 129 e 1279a, 84.

del sistema. Essa è «mistione di oligarchia e di democrazia»⁵³, ma anche «forma intermedia tra queste»⁵⁴. Il senso ultimo di questa concezione riposa nella *contemporanea partecipazione di tutte le parti sociali maggiormente rilevanti al governo della città*. La forza di questa configurazione non deriva solo dal fatto «che quelli che vogliono tenerla in vita siano una maggioranza rispetto alla minoranza di coloro che vogliono abatterla, quanto dal fatto che nessuna parte della città, godendo di una forma di “rappresentazione” “vorrebbe a nessun costo un’altra costituzione” ... [la quale] sbilanciando il composto a favore di un elemento a danno degli altri, romperebbe inevitabilmente la proporzione e la simmetria tra le parti della città, riaccendendo quell’antagonismo sociale ed istituzionale che la mistione e il suo equilibrio ha il merito di tenere, invece, lontano»⁵⁵.

Dando prova della sua nota sensibilità verso la concretezza delle cose, Aristotele intuisce l’insufficienza, per risolvere il problema della stabilità, di un atto di mera ingegneria istituzionale. Conscio di una necessaria armonia tra il piano dell’essere e quello del dover essere, egli concepisce una *politéia* che non sia solo *miktè* ma anche *mesè*: ossia *omogenea sul piano sociale*. L’evidenza di un simile obiettivo promana dalla franca osservazione dell’insanabile antagonismo tra le parti preminenti (*malista*), ossia tra ricchi e poveri⁵⁶ e dalla necessità di contenere tale conflitto attraverso un’organizzazione sociale che riduca le sperequazioni economiche: «Siccome si è d’accordo che la misura e la medietà è l’ottimo ... il possesso moderato è il migliore ... perché rende facilissimo obbedire alla ragione»⁵⁷; i ricchi «diventano piuttosto violenti e grandi criminali»⁵⁸ e «non sanno sottomettersi a nessun governo, ma solo governare in maniera dispotica»⁵⁹; i poveri, specularmente, oltre ad essere inclini alle rivoluzioni per uscire dal loro stato miserevole, «non sanno governare, bensì sottomettersi da servi al governo ... si forma quindi uno stato di schiavi e di despoti, ma non di liberi, di gente che invidia e che disprezza»⁶⁰. Proprio per tali ragioni, prevalenza va data ai cittadini medi: «Lo stato vuole essere costituito ... di elementi uguali e simili, il che succede soprattutto con le persone del ceto medio»⁶¹. I cittadini medi, i *mesótes*, sono quelli che «nello stato hanno l’esistenza più garantita di tutti: infatti essi non bramano le altrui cose, come i poveri, né gli altri le loro, come fanno appunto i poveri dei beni dei ricchi, e quindi per non essere essi stessi presi di mira e per non prendere di mira gli altri, vivono al di fuori di ogni

⁵³ ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1293b, 131.

⁵⁴ ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1265b, 45.

⁵⁵ D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno. Dal “quartum genus” alla monarchia limitata*, Milano, FrancoAngeli, 2006, 34; la citazione dall’opera è tratta dalla *Politica* di Aristotele, 1294b, che nell’edizione da me citata si trova a p. 134.

⁵⁶ S. VIDA, *La politia aristotelica e l’elogio delle medietà*, cit., 45. Sul punto vedi anche D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 30, ove asserisce che è «sulla base dunque del franco riconoscimento dell’antagonismo esistente in ogni città tra le sue due “parti” costitutive, quella dei ricchi e quella dei poveri: “Perciò sembra che i ricchi e i poveri siano le vere parti della città. E poiché in genere gli uni sono pochi e gli altri molti, pare che queste siano le parti antagonistiche della città”, su cui poi s’innestano altri e più sofisticati antagonismi, Aristotele riconosce la naturalità della pluralità delle costituzioni che sembra dipendere “dal fatto che la città è costituita da più parti” naturalmente portatrici di interessi e aspirazioni differenziate»; le citazioni che l’Autore inserisce dalla *Politica* di Aristotele sono tratte rispettivamente dai frammenti 1291b, 7-11 e 1289b, 27-28.

⁵⁷ ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1295b, 136.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

pericolo»⁶². Allora «la comunità statale migliore è quella fondata sul ceto medio e ... possono essere ben amministrati quegli stati in cui il ceto medio è numeroso e più potente, possibilmente delle altre due classi, se no, di una delle due, ché in tal caso aggiungendosi ad una di queste, fa inclinare la bilancia e impedisce che si producano gli eccessi contrari»⁶³. In definitiva, «La forma media di costituzione è la migliore: essa sola non è sconvolta da fazioni, perché dove il ceto medio è numeroso, non si producono affatto fazioni e dissidi tra i cittadini»⁶⁴.

È questa *medietà sociale che rappresenta la vera anima di un governo stabile*, il sostrato dello *Sein* che qualifica la bontà o la nefandezza di qualunque *Sollen*, poiché *la costruzione di una società è logicamente priore e assiologicamente posteriore rispetto alla costruzione delle istituzioni che quella società sono destinate a reggere*⁶⁵.

L'idea Aristotelica si compone in definitiva di un *profilo giuridico* – una mistione istituzionale che garantisca la *rappresentazione* politica dei vari ceti – ma anche di un *progetto sociale di omogeneizzazione* intorno alla classe media, creando uno stato costituito «di elementi uguali e simili». Il profilo giuridico e quello sociale a loro volta sono diretti a costruirne un terzo: un'*unità ideale*, una «condivisione dell'utile collettivo», per usare le parole di Cicerone⁶⁶, che scongiuri le spinte disgregative di una società fatta «di gente che invidia e disprezza».

3.1. Polibio: la morale come fondamento della civitas (e della sua disgregazione)

L'idea della *miktè politéia*⁶⁷ acquisì nuova linfa, nel II secolo a.C., con le riflessioni di Polibio nelle *Storie*⁶⁸, nel libro VI delle quali lo storico espone la più articolata teoria sulla ciclicità delle forme di governo rette e degenerate nel corso della storia. In questa costruzione l'esempio di Roma funge da virtuoso paradigma di come un'architettura politico-costituzionale basata sul

⁶² ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1295b, 136-137.

⁶³ ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1295b, 137.

⁶⁴ ARISTOTELE, *Politica*, cit., 1296a, 137.

⁶⁵ ARISTOTELE, *ibidem*. «È una fortuna grandissima che quanti hanno i diritti di cittadino possiedano una sostanza moderata e sufficiente, perché dove c'è chi possiede troppo e chi niente, si crea una democrazia sfrenata o un'oligarchia autentica, o, come risultato di entrambi gli eccessi, una tirannide: e in realtà dalla democrazia più baldanzosa e dalla oligarchia nasce la tirannide, mentre dalle costituzioni medie e da quelle affini molto meno»

⁶⁶ CICERONE, *La Repubblica*, F. NENCI (a cura di), Milano, Bur Rizzoli, 2008, I, 39, 297: «Non è ogni unione di uomini raggruppata a caso come un gregge, ma l'unione di una moltitudine stretta in società dal comune sentimento del diritto e dalla condivisione dell'utile collettivo». Non credo casualmente, lo stesso Cicerone, che in gioventù si era formato in Grecia, fu un sostenitore di una forma di governo mista sul piano della divisione dei poteri: «[Fra] le tre forme primarie a mio parere di gran lunga eccelle quella monarchica, e, a sua volta, alla forma monarchica stessa sarà superiore quella che risulterà dall'armonico temperamento dei primi tre tipi di costituzione», *Ivi*, I, 45 [69], 341.

⁶⁷ Sebbene, come abbiamo visto, la *politía* aristotelica assommi in sé, prevalentemente, elementi oligarchici e democratici, tuttavia, talvolta, come nel caso della costituzione lacedemone di Licurgo, vi è compresenza anche dell'elemento monarchico: «Alcuni sostengono, infatti, che la costituzione migliore dev'essere una combinazione di tutte le costituzioni e per tale motivo esaltano quella degli Spartani ... e ... taluni dicono che risulta di oligarchia, di monarchia e di democrazia e con monarchia alludono al regno, con oligarchi al consiglio degli anziani, è democratica, poi, in rapporto alla magistratura degli efori per essere gli efori tratti dal popolo: secondo altri, invece, l'eforato è una tirannide e la democrazia è rappresentata dai sissizi e da tutto il sistema della vita quotidiana»; *ibidem*. Questa compresenza delle tre forme semplici di costituzione a Sparta la ritroveremo a breve anche nell'analisi polibiana.

⁶⁸ L'edizione da cui traggio le citazioni è POLIBIO, *Storie*, D. MUSTI (a cura di), trad. ita. di M. Mari, note di J. Thornton, III (Libri V-VI), Milano, Bur Rizzoli, 2002.

reciproco controllo e, a volte, sulla necessaria collaborazione tra organi espressivi di *politeiai* diverse, possa riuscire a garantire, se non una stabilità perenne, quantomeno una notevole durata della comunità politica.

Un tratto tengo a sottolineare, una differenza che non mi pare di poco momento tra il pensiero di Aristotele e quello di Polibio: *se alla base dell'instabilità sociale, nel pensiero aristotelico, vi è l'elemento economico e sociale, lo storico pone a fondamento della progressiva degenerazione istituzionale un complesso di elementi ideali*, di virtù e vizi propri degli uomini che in un alternarsi di forza e avidità, coraggio e depravazione, temperanza e invidia, costituiscono il vero motore dell'anaclosi, anticipando, in certo modo, il tema della *coesione assiologica* che troverà asilo nella riflessione scientifica solo molti secoli più tardi.

Dopo aver criticato, ritenendole semplificazioni irricevibili, le tesi di coloro che si erano limitati all'elencazione di tre sole forme costituzionali⁶⁹, sia nel senso «che venissero presentate come le uniche, sia che le si indicasse invece come le migliori»⁷⁰, Polibio mostra subito la sua preferenza per un governo misto, che unisca in vario modo le forme c.d. semplici⁷¹.

Insomma, Polibio reputa le tassonomie fino a quel momento seguite in tema di *politeiai* non sufficienti: egli comprende, in ciò riprendendo stralci del pensiero platonico e aristotelico⁷², che ogni forma di governo semplice è suscettibile di declinarsi in modo differenziato⁷³.

Nella visione polibiana (non dissimilmente da quanto già visto in Platone e in Aristotele), dunque, i regimi politici, che possono variamente inverarsi, sono sei: tre sono forme rette (il regno, l'aristocrazia e la democrazia), gli altri tre sono idealtipi «naturalmente connessi a questi, cioè monarchia, oligarchia, oclocrazia»⁷⁴, che dei primi costituiscono *specula* al negativo, ossia i corrispettivi degenerati. Le forme così individuate seguono un preciso *ciclo delle costituzioni*, *l'anaclosi* appunto, che lo storico descrive minuziosamente sia dal punto di vista dell'incedere, sia da quello delle cause (moralì) che, provocando mutamenti sociali, politici, antropologici, fanno sì che a un regime se ne sostituisca un altro.

Sotto il primo profilo – *id est* sulla specifica successione di una *politeai* all'altra – si afferma che «per prima dunque, naturalmente e non per creazione artificiosa, si forma la monarchia, alla quale segue e dalla quale si genera, attraverso un'elaborazione ed un miglioramento di essa, la regalità.

⁶⁹ Ossia la *basileia*, che nel lessico polibiano è distinta dalla monarchia, l'aristocrazia e la democrazia.

⁷⁰ Così J. THORNTON, *La costituzione mista in Polibio*, in *Governo Misto. Ricostruzione di un'idea*, cit., 79, che riprende il seguente passo dell'opera di Polibio «la maggior parte di coloro che vogliono informarci ... su tali argomenti citano tre generi di costituzioni: chiamano il primo di questi regalità, il secondo aristocrazia, il terzo democrazia. A me sembra, in verità, che si potrebbe a buon diritto ribattere chiedendo loro se ci presentano queste costituzioni come le uniche o, piuttosto, come le migliori. A me sembra, in effetti, che in entrambi i casi essi siano in errore»; cfr. POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 3, 5-7, 269.

⁷¹ «È chiaro, infatti, che si deve considerare come la migliore costituzione quella che consiste dell'unione di tutte le forme particolari»; così POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 3, 5-7, 269.

⁷² Lo storico greco si dichiara apertamente debitore dell'indagine platonica: «Forse il discorso sul naturale mutarsi delle costituzioni l'una nell'altra è svolto nella forma più accurata in Platone e in alcuni altri filosofi; ma, essendo complesso e molto articolato, è accessibile a pochi. Perciò cercheremo di esporre per sommi capi la parte di esso che riteniamo riguarda la storia pragmatica e l'intelligenza comune»; così POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 5, 1-2, 273.

⁷³ Cfr. POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 3, 9-12, 269: «Abbiamo già considerato alcune costituzioni monarchiche e tiranniche che, pur differenziandosi moltissimo dalla regalità, sembrano in qualche aspetto molto simili a essa; e perciò tutti i monarchi, anche a costo di mentire, si attribuiscono per quanto è loro possibile il titolo di re. E di certo ci sono stati anche parecchi stati oligarchici che, pur avendo apparentemente un carattere quasi uguale a quello degli stati aristocratici, ne distavano in realtà moltissimo. Lo stesso discorso vale anche per la democrazia».

⁷⁴ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 3, 4, 6, 271.

Mutandosi quest'ultima nella forma negativa che le è naturalmente connessa, cioè nella tirannide, dalla caduta di questa nasce l'aristocrazia. Quando questa, secondo natura, degenera in oligarchia e la massa in preda all'ira punisce le ingiustizie dei capi, nasce la democrazia. A seguito delle prevaricazioni e delle illegalità di quest'ultima, nuovamente, col tempo si produce l'oclocrazia»⁷⁵.

Polibio immagina una sorta di genealogia delle civiltà, non mancando di indulgere, a tratti, in toni apocalittici: «Quando, per inondazioni, pestilenze, scarsità di raccolti o per altre cause simili, il genere umano viene annientato ... allora scompaiono tutte insieme le pratiche e le arti; quando poi dai superstiti, come da semi, è nuovamente cresciuto col tempo il numero degli uomini, allora certamente ... anche tra questi ... chi si distingue per *forza fisica e audacia dell'animo* assume certamente la guida e il comando ... Inizialmente, dunque, è verosimile che così sia ... la vita degli uomini, che si raggruppano al modo degli animali e seguono i più valorosi e i più forti: il confine del loro potere è la forza, e si può dare a questo stato di cose il nome di *monarchia*»⁷⁶. Dall'archetipico regime monarchico, «se il capo, colui che ha la maggior potenza ... sembra ai suoi sottoposti capace di dare a ciascuno secondo il suo merito, essi, *non temendone più la forza, ma piuttosto approvandone il senno*, gli si sottomettono e contribuiscono a conservarne il potere ... uniti nel difenderlo e nel contrastare chi ne insidia la posizione dominante. E appunto in tal modo *da un monarca nasce inavvertitamente un re, quando il razziocinio prende il posto dell'impeto e della forza*»⁷⁷. Dalla neutrale e naturalistica monarchia si passa dunque al regime regale, forma retta del governo d'un solo uomo. Da qui, tuttavia, i re, data «l'abbondanza che permetteva loro di assecondare i propri desideri, cominciarono a pensare che i capi dovessero portare abiti diversi da quelli dei sudditi, godere e disporre di cibi diversi e vari, avere abitudini e rapporti amorosi che non potevano essere contestati nemmeno da chi non vi si adattava»⁷⁸; allora «nacquero invidia e irritazione contro alcuni, odio acceso e forte ostilità contro altri, [e] *dalla regalità nacque la tirannide*»⁷⁹.

Si iniziano pertanto a ordire trame nei confronti dei tiranni, non da parte del popolo minuto, ma dei «*più nobili, magnanimi e coraggiosi*, poiché tali uomini meno di tutti riescono a sopportare la prevaricazione dei capi»⁸⁰. È la fine della prima fase anaciclotica: *spodestato il tiranno, nasce l'aristocrazia*, il governo degli uomini più nobili e magnanimi i quali dapprima non antepongono «nulla all'utile comune, solleciti e attenti verso tutti gli interessi privati e pubblici della

⁷⁵ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 3, 4, 7-10, 271. Come si è già accennato, e come si vedrà meglio a breve analizzando le cause che muovono la ciclicità costituzionale per Polibio, l'Autore, nell'ambito del governo di uno solo, distingue tre sottogeneri: la monarchia, la *basileia* (ossia il regno) e la tirannide. Se quest'ultima è identificata come la forma degenerata, al pari di quanto avviene specularmente per la *basileia*, forma retta del governo di un solo uomo, la monarchia sembra non identificabile, per converso, né tra le tipologie rette né tra le degeneri, apparendo piuttosto come una primordiale forma di aggregazione degli uomini sotto uno, una *politéia* originaria che separa il vivere civile da un antecedente stato di natura.

⁷⁶ Così POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 5, 5-9, 273-275, enfasi mia. Come accennato *supra* incidentalmente, la monarchia, nell'ambito delle *species* del *genus* «governo di uno solo», non è concepita né come forma retta né come degenerata, bensì come una forma arcaica e primigenia e già data in *rerum natura*; per dirla con le parole di Polibio «bisogna ritenere che questa [il raggrupparsi degli uomini sotto il comando del più forte] sia opera genuina della natura, poiché la si può constatare anche nel caso delle altre specie di animali non guidati dalla ragione, presso le quali vediamo, al di là di ogni dubbio, che assumono la guida i più forti, come per esempio fra i tori, i cinghiali, i galli e altri animali simili»; *ivi*, VI, II, 5, 8, 273.

⁷⁷ Si veda POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 6, 10-12, 277, enfasi mia; l'Autore prosegue affermando che «questa è la prima percezione del bene e del giusto, e dei loro contrari, che nasce negli uomini secondo natura, questo è il principio e la genesi della regalità autentica»; *ivi*, VI, II, 7, 1, 277.

⁷⁸ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 7, 7, 279.

⁷⁹ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 7, 8, 279, enfasi mia.

⁸⁰ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 7, 9, 279, enfasi mia.

moltitudine»⁸¹, salvo poi, una volta che i figli degli *aristoi* ereditano il potere, cedere alla *venalità*, alla *lussuria*, alla *gola* e alla *violenza*, con ciò *mutando l'aristocrazia in oligarchia*⁸². Non è difficile arrivati a questo punto, immaginare la conseguenza: specularmente a quanto accaduto con i tiranni, anche il regime (ormai) oligarchico viene travolto dall'impeto delle masse (questa volta sì, appartenenti al popolo minuto), le quali tramutano il regime politico⁸³: «poiché resta loro intatta solo la *speranza* in se stessi, a questa si affidano, e *rendono la loro costituzione, da oligarchia, una democrazia*, e si assumono in prima persona la cura e la responsabilità degli interessi comuni»⁸⁴. Il sistema democratico è destinato a durare «*finché ancora sopravvivono alcuni di quelli che hanno sperimentato gli eccessi del potere, contenti del presente stato di cose attribuiscono massimo valore all'uguaglianza e alla libertà di parola*»⁸⁵; alla morte di questi, tuttavia, tali valori perdono sempre più rilievo e importanza all'interno della comunità politica⁸⁶: le masse si fanno più venali, corrotte e avidi di gloria e «la democrazia ... si dissolve a sua volta, e si muta in violenza e dominio della forza. La massa ... abituata a divorare i beni altrui e a riporre le speranze di vita nei patrimoni degli altri, ... radunandosi compie stragi, proscrizioni e redistribuzioni di terre, finché, ridotta in uno stato bestiale, non trova di nuovo un despota e un monarca»⁸⁷. La retta democrazia muta dunque nella bestiale e caotica *oclocrazia*, nel governo informe della massa, che si annichilisce a tal punto da ridursi ad uno stato ferino, e da qui l'*anaciclosi* ha di nuovo inizio⁸⁸.

Apparentemente senza via d'uscita, il ciclo costituzionale sembra poter essere spezzato solo abbracciando una visione diversa, che rompa le pastoie delle tassonomie classiche per abbracciare una mistione delle forme pure, realizzando quella *miktè politèia* che l'ideatore dell'*anaciclosi* non fa mistero di preferire.

E non è certo un caso se come esempio di costituzione mista lo storico, greco di nascita ma romano d'adozione, abbia portato il caso spartano⁸⁹, salvo poi concentrarsi sull'assetto di potere

⁸¹ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 8, 3, 281.

⁸² «Cedettero chi a un avido e ingiusto amore per il denaro, chi al bere e agli interminabili banchetti ... chi, ancora, alle violenze sulle donne e ai ratti di fanciulli, e mutarono l'aristocrazia in oligarchia»; cfr. POLIBIO, *Storie*, cit., VI, II, 8, 5, 281.

⁸³ «Dopo aver ucciso alcuni, esiliato altri, non osano darsi come capo un re, ancora impauriti dall'ingiustizia di quelli del passato, né hanno coraggio di affidare gli affari pubblici a più persone, avendo ben presenti gli errori commessi in precedenza»; cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 2, 281.

⁸⁴ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 3, 281-283, enfasi mia.

⁸⁵ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 4, 283, enfasi mia.

⁸⁶ «Quando subentrano i giovani e la democrazia viene a sua volta tramandata ai figli dei figli, allora, non tenendo più in gran conto, per abitudine, il valore dell'uguaglianza e della libertà di parola, desiderano avere più del popolo»; cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 5, 283.

⁸⁷ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 7-9, 283.

⁸⁸ «Questa è l'evoluzione ciclica delle costituzioni, questa è la direzione data alle cose dalla natura, seguendo la quale lo stato delle costituzioni si trasforma, muta e torna di nuovo uguale a se stesso»; POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 9, 10, 283.

⁸⁹ POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 3, 8, 269, nonché *ivi*, VI, II, 10-2, 285, in cui lo storico, dopo una breve digressione sull'inevitabile moto degenerativo a cui ogni *politèia* è fisiologicamente destinata (non dissimilmente da quanto avviene in natura con la ruggine sul ferro), tratta della costituzione lacedemone introdotta da Licurgo, antidoto a questa *dynamis* distruttiva: «Egli constatò che ciascuna delle fasi che ho prima ricordato si compie necessariamente e naturalmente, e ne dedusse che ogni forma costituzionale semplice e fondata su un unico principio risulta instabile, poiché rapidamente degenera nella forma negativa a essa corrispondente e conseguente per natura: come, infatti, la ruggine per il ferro e i tarli e le tignole per il regno sono fattori connaturati di distruzione, per mezzo dei quali essi, anche se sfuggono a tutti i danni dall'esterno, vengono consumati proprio da elementi in loro congeniti, allo stesso modo con ciascuna delle costituzioni si genera e si accompagna secondo natura una forma negativa, con la regalità la forma detta monarchia, con l'aristocrazia l'oligarchia, con la democrazia la forma brutale e dominata dalla forza, nelle quali inevitabilmente, con il tempo, tutte le suddette forme mutano ... Ebbene Licurgo, avendo previsto ciò, non creò una costituzione semplice né uniforme, ma cercò di riunire insieme tutte le virtù e le particolarità dei sistemi politici migliori, affinché nessuno di essi, sviluppandosi oltre il dovuto, degenerasse nella forma negativa che gli è

della *civitas* di Roma⁹⁰. Secondo Polibio, all'interno della costituzione romana, si realizzava un equilibrato intreccio e un armonioso contemperamento tra magistrature e poteri, con i tribuni della plebe e i comizi espressione di un elemento democratico, il senato della sfumatura aristocratica e il potere della coppia consolare che ne rappresentava il contraltare monarchico⁹¹.

Non stupisce, allora, che al termine della descrizione dei poteri e delle prerogative spettanti ai tre organi fondamentali della *civitas*, consoli⁹², Senato⁹³ e popolo⁹⁴, Polibio asserisca che, ove si guardasse a una soltanto di queste magistrature, senza di contro considerarle all'unisono, nella loro intima e inscindibile connessione, il sistema sarebbe parso puramente monarchico, aristocratico o democratico⁹⁵.

connaturata, e, essendo la forza di ciascuno ostacolata da quella degli altri, nessuno di essi si rivolgesse da ciascuna parte e mutasse di molto, affinché, al contrario, il sistema politico restasse a lungo in equilibrio e bilanciato, sempre secondo il principio della compensazione: chi esercitava la regalità era trattenuto dall'assumere atteggiamenti superbi dalla paura»; le fasi a cui di cui lo storico fa menzione sono quelle che compongono l'*anacidosi*.

⁹⁰ «Ho ritenuto che questo metodo espositivo sarebbe stato particolarmente adatto alla costituzione dei Romani, perché essa sin dall'inizio si è formata secondo natura»; POLIBIO, *op. cit.*, VI, II, 3, 4, 13, 271-272, *Ivi*, VI, V, 18-1.

⁹¹ «Erano dunque tre gli elementi dominanti nella costituzione ... ogni cosa particolare era stata disposta e veniva regolata per mezzo loro in modo così equo e opportuno che nessuno, nemmeno tra i nativi, avrebbe potuto dire con sicurezza se il sistema politico nel suo insieme fosse aristocratico, democratico o monarchico ... A fissare lo sguardo sull'autorità dei consoli, infatti, esso ci sarebbe apparso senz'altro monarchico e regale; a fissarlo su quella del Senato, invece, aristocratico; se invece uno avesse considerato l'autorità del popolo, sarebbe sembrato chiaramente democratico»; cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 11, 11-12, 295-297.

⁹² «I consoli, prima di far uscire le legioni per una spedizione militare, quando si trovano a Roma esercitano la loro autorità su tutti gli affari pubblici. Tutti gli altri magistrati, infatti, a eccezione dei tribuni, sono subordinati e obbediscono a loro, e sono loro a introdurre le ambascerie presso il Senato ... sono loro a proporre le deliberazioni urgenti e a curare per intero l'esecuzione dei decreti ... tocca a loro curare tutte le questioni relative agli affari pubblici, che debbono essere trattate con l'intervento del popolo; convocare le assemblee; proporre i decreti; dirigere l'esecuzione delle decisioni dei più. Ancora, hanno un'autorità quasi assoluta nei preparativi di guerra e, in generale, nella condotta sul campo. Hanno ... facoltà di dare ai contingenti alleati le disposizioni che ritengono opportune, di nominare tribuni militari, di arruolare soldati e scegliere quelli idonei ... di infliggere punizioni, a chi vogliono tra i loro subordinati. Sono anche autorizzati a spendere, del denaro pubblico, le cifre che stabiliscono: un questore li accompagna ed esegue prontamente ogni loro ordine»; cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 12, 1-8, 297.

⁹³ «Il Senato, da parte sua, esercita la sua autorità in primo luogo sull'erario: ... controlla infatti tutte le entrate e, analogamente, le uscite. I questori, infatti, non possono fare alcuna spesa, per esigenze particolari, senza i decreti del Senato, a eccezione delle spese destinate ai consoli; sulla spesa di gran lunga più importante e gravosa di tutte – quella che i censori fanno ogni cinque anni per restaurare o costruire le opere pubbliche – il Senato esercita il suo controllo, e da esso viene la concessione ai censori. Nello stesso modo, di tutti i reati commessi in Italia che richiedono un'inchiesta pubblica ... si occupa il Senato. Inoltre, se un privato o una città in Italia ha bisogno di un arbitro o ... di una censura, o di soccorso, o di sorveglianza, di tutto ciò si occupa il Senato ... se bisogna inviare un'ambasceria a qualcuno fuori d'Italia o per un'opera di pacificazione, o per avanzare richieste, o magari per dare ordini, o per accettare sottomissioni, o per dichiarare guerra, esso vi provvede ... è il Senato a stabilire come si debbano trattare tutte le ambascerie che giungono a Roma e quale risposta si debba dare loro»; cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 13, 1-8, 299.

⁹⁴ «Anche al popolo viene lasciata una parte, e assai rilevante. Solo il popolo ... ha il controllo degli onori e delle pene, le sole cose dalle quali sono tenuti uniti gli imperi, gli stati e, in una parola, tutta la vita degli uomini ... il popolo ... spesso giudica una causa che prevede sanzioni in denaro, quando l'ammenda per il denaro sia considerevole, e soprattutto giudica coloro che hanno ricoperto cariche importanti. È il solo a giudicare le cause capitali ... Per di più il popolo assegna cariche a chi ne è degno ... esercita la sua autorità anche sull'approvazione delle leggi e – l'aspetto più importante – è il popolo a decidere della pace e della guerra ... riguardo a un'alleanza, a un trattato di pace, e alla conclusione di patti, è il popolo a ratificare e rendere operante o meno ciascuno di questi atti»; così POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 14, 3-11, 301-303.

⁹⁵ L'assetto costituzionale romano, se guardato solo dall'angolo visuale dei poteri della coppia consolare, sembrerebbe *sic et simpliciter* monarchico: «Così, si potrebbe dire a buon diritto, se si guardasse a questa parte, che il sistema politico è semplicemente monarchico e regale»; così POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 12, 9, 297-299; ove invece «uno che si fermi in città mentre non sono presenti i consoli la costituzione appare compiutamente aristocratica» (*ivi*, VI, V, 13, 8, 299) osservando il regime politico con riguardo solo all'assemblea senatoria; da ultimo, avendo riguardo solo alle attribuzioni del popolo, per Polibio «si potrebbe a buon diritto concludere che il popolo ha una parte importantissima e che il sistema politico è democratico» (*ivi*, VI, V, 14, 12, 303).

L'Autore delle *Storie*, per converso, ben consapevole della necessità di una visione complessiva e integrata nello studio delle tre fondamentali magistrature della *Res Publica*, si preoccupa di visionare anche «in quale modo ciascuna delle parti possa, volendo, opporsi alle altre o, invece, collaborare con esse»⁹⁶: egli analizza quella intima connessione tra magistrature, declinabile tanto in senso limitativo, dell'una verso l'altra, tanto in senso collaborativo, dell'una con l'altra; ciò che costituisce il cuore della *miktè politéia* della *Res Publica* di Roma e, in certo modo, anticipazione della futura dottrina dei *checks and balances*.

Così ciascun console, massimo detentore del potere militare, necessitava nondimeno della collaborazione di Senato e popolo: se il primo non collaborava non potevano essere stanziati le spese necessarie per il rifornimento delle legioni, sia in termini di stipendi che di provviste, «sicché i disegni dei capi restano senza effetto se il Senato cerca deliberatamente di ostacolarli e di impedirne l'attuazione»⁹⁷, mentre il secondo, avendo potestà sulla ratifica e l'annullamento dei trattati, ed esercitando un controllo *ex post* sull'operato della diarchia consolare, rivestiva parimenti un ruolo decisivo⁹⁸.

Il Senato, per parte sua, era limitato nei suoi pur penetranti poteri, come per quanto attiene alle «più importanti inchieste sui reati commessi contro lo stato, ai quali si applica[va] la pena di morte»⁹⁹, che non poteva portare a termine né punire «se il popolo non ratifica[va] la sua deliberazione preliminare»¹⁰⁰, per non parlare poi del potere di *intercessio tribunicia*, «eco cristallizzata della secessione aventiniana»¹⁰¹, con cui i *tribuni plebis* erano in grado di bloccare qualsiasi deliberazione di ogni altra magistratura repubblicana.

Anche il popolo, da ultimo, non poteva non tenere in considerazione l'assise senatoria nell'esercizio dei suoi poteri, essendo quel consesso aristocratico centrale non solo nella gestione delle entrate e delle uscite dell'*erarium*¹⁰², ma anche nel settore della giurisdizione, poiché «fra i suoi membri sono designati i giudici della maggior parte dei processi civili, in ambito sia pubblico, sia privato»¹⁰³.

Con la necessità dell'azione o della non azione di ciascuna magistratura sulle altre, si realizzava un equilibrio tra poteri che rendeva quest'assetto per Polibio il migliore immaginabile¹⁰⁴; la *miktè*

⁹⁶ Cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 15, 1, 303.

⁹⁷ Cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 15, 5, 303.

⁹⁸ Cfr. POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 15, 9-10, 305.

⁹⁹ POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 16, 2, 305.

¹⁰⁰ POLIBIO, *loc. ult. cit.*

¹⁰¹ L'icastica espressione è di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, il Mulino, 2009, 71. L'Autore, poco prima, così si esprime sul veto tribunizio: «Il potere d'intervento "negativo" dei tribuni si estese ... all'intera vita politica cittadina, sostanziandosi nella possibilità ... d'interporre l'intercessio: un vero e proprio veto contro qualsiasi atto o delibera dei magistrati o dello stesso senato. In tal modo l'autorità dei tribuni era lungi dall'essere subalterna alle strutture cittadine, potendo, in teoria, giungere a paralizzare nel suo complesso la vita stessa della comunità». *L'intercessio*, tra i meccanismi di reciproca limitazione ed obbligata collaborazione tra le magistrature, pare forse il più draconiano, data i suoi effetti massimalisti. Un potere per molti versi simile spettava anche a ciascun console, che con l'*intercessio* si rendeva suscettibile a bloccare qualsiasi limite del collega, ma anche di «qualsiasi altro magistrato cittadino, ad eccezione del dittatore (la cui presenza, comunque, in origine era alternativa alla loro persistenza in carica)» (*ivi*, 85).

¹⁰² «Il consesso dei senatori ... può, infatti, concedere tempo, alleviare le condizioni dopo un incidente e, in caso di impossibilità, rescindere del tutto il contratto di appalto»; POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 17, 5, 307.

¹⁰³ POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 17, 7, 307.

¹⁰⁴ «Tale essendo il potere di ciascuna delle parti di danneggiare le altre o di collaborare con esse, la loro combinazione risulta appropriata a tutte le circostanze, sicché non è possibile trovare una struttura costituzionale migliore di questa»; così POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 18, 1, 309.

politéia romana, infatti, era efficace tanto in momenti di pace quanto in periodi bellici¹⁰⁵ e, pur non garantendo una stabilità perenne¹⁰⁶, le donava quantomeno una possibilità maggiore di resistere agli effetti degenerativi dell'anaclosi rispetto ad una costituzione semplice: se in quest'ultima la degradazione del regime politico sembrava imporsi quasi come un dato naturalistico, in un modello di governo misto, come quello che la *Res Publica* ha sperimentato, le parti che lo compongono, piuttosto che degenerare, «restano nell'ambito loro riservato, sia perché ostacolate nei loro impulsi, sia perché temono in partenza il controllo altrui»¹⁰⁷.

4. *L'idea del governo misto dopo l'antichità: dalla potestas temperata alla separazione dei poteri*

Quasi del tutto abbandonate durante l'epoca romana imperiale, nel principato prima e nel periodo del dominato dopo¹⁰⁸, le riflessioni degli autori classici in tema di *miktè* e *mese politéia* non restano tuttavia nelle epoche successive lettera morta, riapparendo per converso con andamento carsico nel corso della storia, fino a partecipare dei paradigmi illuministi fondativi del costituzionalismo moderno nell'ambito della seconda modernità.

Nell'età di mezzo, ad esempio, il tema della mistione non ha avuto rilievo centrale, dal punto di vista dell'ingegneria politica, della progettazione della forma di governo e tuttavia essa sopravvive, quantomeno spiritualmente. Il Medioevo è notoriamente un periodo di complessa lettura istituzionale: dal punto di vista teorico esso è egemonizzato da un'istanza universalistica

¹⁰⁵ «Quando una comune minaccia sorta dall'esterno li costringe a trovare un accordo e a collaborare tra loro ... tale e tanta risulta la forza dello stato che nessuna misura necessaria viene lasciata da parte, poiché tutti insieme gareggiano nel trovare di volta in volta la soluzione al problema del momento, né le decisioni arrivano troppo tardi, poiché tutti, in pubblico e in privato, concorrono a realizzare quanto ci si propone. Perciò la particolare natura di questo sistema politico fa sì che sia impossibile contrastarlo e gli permette di conseguire tutti gli scopi che si prefigge. Quando, invece, liberi dalle minacce esterne, essi vivono nel benessere e nell'abbondanza che seguono ai successi ... e, insidiati dall'adulazione e dall'ozio, diventano prepotenti e tracotanti, ... soprattutto allora è possibile constatare come il sistema politico trovi soccorso in se stesso. Per il caso in cui una delle parti, crescendo oltremisura, possa entrare in conflitto con le altre e prevalere più del dovuto ... poiché nessuna delle tre parti è autosufficiente e poiché i propositi di ciascuna possono venire respinti e intralciati dalle altre, nessuna cresce oltremisura o eccede in superbia»; così *op. cit.*, VI, V, 18, 2- 7, 309.

¹⁰⁶ In Polibio vi è la consapevolezza che la mistione di forme di governo semplici in una *miktè politéia* può frenare ma non arrestare del tutto l'anaclosi; sul punto si veda D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 34-35, ove si afferma: «Che la durata, come sconfitta della rovinosa azione dissolutrice del tempo, sia in linea di principio impossibile, lo storico greco vissuto per lungo tempo a Roma, certo lo sapeva. Basta leggere il cinquantasettesimo paragrafo del VI libro delle sue Storie per rendersene conto. Lì la distruzione e il mutamento venivano ritenute incombere su tutti gli esseri: “Che tutte le cose esistenti contengano in sé elementi di distruzione o di mutamento ... non c'è quasi bisogno di dirlo: la necessità imposta dalla natura è sufficiente a garantirlo”»; la citazione riportata da Taranto è tratta dal libro VI, 57, 1 delle *Storie*.

¹⁰⁷ POLIBIO, *op. cit.*, VI, V, 18, 8, 309.

¹⁰⁸ Sulla quasi del tutto assente circolazione delle tesi sul governo misto del periodo imperiale cfr. D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 41: «Se la mistione viene considerata tecnicamente come mescolanza di tutte e tre le forme e di tutti i ruoli sociali da esse espresse, allora bisognerà dire che l'esperienza del principato prima e dell'impero poi, con le dottrine che l'accompagnarono, fu l'esperienza di una crisi profonda dell'idea della preferibilità o anche solo della praticabilità di una tale costituzione. A una tale convinzione sembrò dare voce Tacito quando, elevando a regola generale l'esperienza del tempo suo, scrisse come la forma mista non solo sarebbe stata più facilmente pensabile che realizzabile, ma anche come una volta realizzata non sarebbe durata a lungo: “nam cunctas nationes et urbes populus aut primores aut singuli regunt: delecta ex iis et consociata rei publicae forma laudari facilius quam evenire, vel, si evenit, haud diuturna esse potest”. Sbilanciando l'asse del discorso politico a favore del dominio di uno, sacralizzata in più modi la sua funzione attraverso l'analogia con le funzioni del sole, o attraverso il concetto di un basileús come emanazione divina, così come avveniva nella cultura bizantina, il pensiero politico non riuscì per molto tempo a pensare con occhi positivi alla mistione»; la citazione di Tacito riportata dall'A. è tratta da *Annales*, 4, 33.

(nelle due varianti secolare e spirituale¹⁰⁹), derivante dall'istituzione imperiale romana e dalla *reductio ad unitatem* cristiana; dal punto di vista concreto esso è percorso da fortissime spinte pluraliste, frutto culturalmente della matrice germanica incarnatasi politicamente nel policentrismo feudale. Questi due poli, che probabilmente non riuscirono mai a trovare una compiuta sintesi, generarono quella complessa dialettica tra unità e pluralità tipica del mondo medievale, in assenza di una 'dimensione mediana'¹¹⁰, quell'impermeabilità della comunità politica che aveva caratterizzato, parzialmente, le precedenti società d'epoca antica, e che ancor di più connoterà i futuri Stati, nel senso moderno e tecnico del termine.

In questo contesto se l'idea della mistione istituzionale non si afferma sul piano di una compiuta elaborazione teorica, tuttavia lo spirito del governo misto, come compartecipazione delle parti sociali al potere, perdura, incarnandosi nella idea tipicamente medievale della *potestas temperata*; un potere sovrano immerso in un contesto sociale al tempo stesso, legittimante e limitante le sue facoltà¹¹¹, quella 'costituzione mista' che assumeva in sé le varie porzioni della società senza tentare forzatamente di omologarle in un tutto superiore quanto astratto¹¹².

Sarebbe intuitivo affermare, probabilmente in maniera non inesatta, che tale concezione derivi da quel pluralismo di origine germanica cui sopra abbiamo fatto riferimento; eppure non mancano riferimenti al tema del governo misto (e qui in senso propriamente istituzionale) anche nell'elaborazione della dottrina cristiana. Il tema in parola fu ad esempio ripreso da S. Tommaso d'Aquino nella sua *Summa*, dove la legge veniva fatta derivare non solo dalle singole parti della

¹⁰⁹ Difficile non pensare, a tal proposito, sia ai conflitti tra Chiesa e Impero per la supremazia sul mondo occidentale dell'epoca (un esempio noto su tutti: la c.d. lotta per le investiture), sia alla teoria dei *Duo magna luminaria*, inaugurata dall'epistola inviata da Papa Gelasio I all'imperatore Atanasio: «Due quippe sunt, imperator Auguste, quibus principaliter mundus hic regitur: auctoritas sacra pontificum et regalis potestas»; tesi ripresa, da un lato in termini più favorevoli alla Chiesa da Gregorio IX nella decretale *Solita*, contenuta nel *Liber extra* (2 L. I, Tit. XXXIII, Cap. V), dall'altro dallo stesso Dante, in senso speculare, nel *De Monarchia* (L. III, III, 20). Interessante inoltre, sul punto, l'aggancio che a tale teoria, fa M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 11-12. Sui rapporti tra Chiesa e Impero rimando alle riflessioni espresse da E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno GG Edizioni, 2000, Cap. X, e spec. 206 ss.

¹¹⁰ Si veda, ad esempio, quanto detto da C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di Governo. Corso di diritto costituzionale e comparato*, cit., 7: «Se guardiamo ai territori su cui si costruiranno i grandi Stati europei nell'epoca dell'«Alto Medioevo», convenzionalmente compresa fra la caduta dell'Impero romano d'Occidente (476 d.C.) e l'XI secolo, ci accorgiamo subito delle differenze strutturali rispetto a Bisanzio. Intanto, non vi erano frontiere, per cui non esisteva il concetto moderno di territorio. Mancava pure quello che noi oggi chiamiamo potere pubblico. Esistevano autorità spirituali e militari, spesso disperse e in reciproca competizione, e vi era un'idea universale di ordine cui tali autorità variamente si richiamavano: ma l'ordine effettivo non aveva nulla a che fare con quello di assetti istituzionali sufficientemente stabili, nemmeno dei più decentrati. Infine, in assenza di una delimitazione territoriale della convivenza ... il criterio di conformazione giuridica degli individui e delle loro pretese era quello della personalità del diritto». Sul criterio della personalità del diritto, maggiormente presente nell'Alto Medioevo, si veda quanto affermano F. CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, I, Milano, Giuffrè, 110 ss. ed E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, cit., 46 ss. Per approfondimenti maggiori sul mondo medioevale rimando anche a M. BLOCH, *La società feudale*, Torino, Einaudi, 1999 e a M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, il Mulino, 1994.

¹¹¹ Sul concetto di medievale di *potestas temperata*, in una ricostruzione che, eccentricamente, pone la sua origine non nella cultura germanica ma nella *Res Publica* romana si rinvia ancora al noto studio di C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., diffusamente.

¹¹² Cfr. ad esempio M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009 (edizione digitale 2015), 134, ove afferma che «la principale tradizione costituzionale europea» è «la costituzione mista. Una costituzione non scritta, ma non per questo meno prescrittiva, che predicava le virtù della moderazione, dell'equilibrio, della giustizia commisurata alle cose, e che proprio per questo conservava in sé le differenze e le disuguaglianze ... Quella costituzione era straordinariamente forte e radicata. Fu dunque necessaria la rivoluzione per affermare il nuovo principio di uguaglianza».

comunità atomisticamente intese, bensì, anche e soprattutto, dalla commistione tra queste¹¹³: fondare una società in questo modo garantiva «almeno uno dei due prerequisiti necessari alla “bonam ordinationem principium in aliqua civitate vel gente”. Prerequisiti dei quali uno “est ut omnes aliquam partem habeant in principatu: per hoc enim conservatur pax populi, et omnes talem ordinationem amant et custodient”»¹¹⁴.

Il tema in esame riemergerà più avanti, ed in modo più compiuto, nelle elaborazioni teoriche portate avanti da Niccolò Machiavelli. Il celebre segretario della Cancelleria della Repubblica fiorentina, in alcuni passi dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*¹¹⁵, riprese le riflessioni polibiane¹¹⁶ sulle tassonomie delle forme di governo semplici e sulle motivazioni della loro inarrestabile degenerazione (pur contestando la natura effettivamente ciclica di tali permutazioni¹¹⁷). Per evitare la perenne instabilità cui le deboli forme di governo conducono – poiché «tutti detti modi sono pestiferi, per la brevità della vita che è ne’ tre buoni e per la malignità che è ne’ tre rei»¹¹⁸ – l’unica soluzione praticabile per lo storico fiorentino sembra essere, ancora una volta sulla scia di Polibio, quella dell’unione, della mistione di forme di governo semplici in una che di esse sia *miktè*: «Avendo quelli che prudentemente ordinano le leggi conosciuto questo difetto, fuggendo ciascuno di questi modi per se stesso, ne elessero uno che partecipasse di tutti, iudicandolo più fermo e più stabile, perché l’uno guarda l’altro, sendo in una medesima città il Principato, gli Ottimati e il governo Popolare»¹¹⁹.

¹¹³ Sull’idea di mistione in S. Agostino approfondisce D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 42-44; leggiamo infatti che «Se commentando la *Politica* aristotelica Tommaso non sembra particolarmente attratto dalla categoria della mistione, esponendo senza ulteriori riflessioni le tesi aristoteliche ... o indugiando con acume ma senza risultati sul concetto di “politia mixta”, il discorso si fa più complesso nella *Summa*».

¹¹⁴ Così sempre D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 43 con citazione tratta dalla *Summa Theologiae*, Ia Ilae q.95 art. 4 ad. 3, il quale, prima del passo da me riportato nel corpo del testo, afferma prodromicamente che «un criterio per una buona costituzione gli sembrava essere quello della derivazione della legge non solo dai diversi “regimina civitatum”, che alla legge hanno dato vita, ciascuno con le sue finalità e con la parzialità del suo status, producendo, a seconda dei casi, o le “constitutiones principum”, o i “responsa prudentium”, o i “plebiscita”, ma anche la possibilità per la legge di scaturire dall’accordo delle parti sociali, dei nobili e del popolo».

¹¹⁵ L’edizione cui faccio riferimento è N. MACHIAVELLI, *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, in ID. *Il Principe e le opere politiche*, intr. di D. Cantimori, note di S. Andreatta, Milano, Garzanti, 1976. Per una brillante analisi di alcuni passi del pensiero di Machiavelli e di Guicciardini che interessano il tema in esame rimando alla lettura di C. PINELLI, *Machiavelli, Guicciardini e il “governo largo”*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 5/2014, 171 ss.

¹¹⁶ Sull’influenza che per Machiavelli ebbe Polibio si intrattiene anche D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 57, in cui si afferma che, sulla ripresa dell’idea della mistione nel Cinquecento, possono essere presi come testimoni «Bernardo Rucellai ... e Niccolò Machiavelli cui si deve il rilancio dell’idea della mistione nel pensiero politico moderno. Rucellai ... guardò a Venezia ... mentre non a Venezia, che non amò mai, ma a Roma, alla Roma repubblicana interpretata da Polibio, si rivolse Machiavelli».

¹¹⁷ «Alcuni che hanno scritto delle repubbliche dicono essere in quelle uno de’ tre stati, chiamati da loro Principato, Ottimati e Popolare e come che ordinano una città debbono rivolgersi ad uno di questi, secondo pare loro più a proposito. Alcuni altri e, secondo la opinione di molti, più savi, hanno opinione che siano di sei ragioni i governi: delle quali tre ne siano pessimi, tre altri siano buoni in loro medesimi, ma si facili a corrompersi che vengono ancora essi a essere perniziosi. Quelli che sono buoni sono e soprascritti tre: quelli che sono rei, sono tre altri i quali da questi tre dipendano, e ciascuno d’essi è in modo simile a quello che gli è propinquo, che facilmente saltano dall’uno all’altro: perché il Principato facilmente diventa tirannico, gli Ottimati con facilità diventano stato di pochi, il Popolare senza difficoltà in licenzioso si converte ... questo è il cerchio nel quale girando tutte le repubbliche si sono governate e si governano; ma rade volte ritornano ne’ governi medesimi, perché quasi nessuna repubblica può essere di tanta vita che possa passare molte volte per queste mutazioni e rimanere in piede»; N. MACHIAVELLI, *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, cit., I, II, 110-112.

¹¹⁸ *Ivi*, 112;

¹¹⁹ *Ibid.*; enfasi mia.

Rimedio questo necessario ma non sempre sufficiente: le parti di una società, per trovare una stabilità, devono innanzitutto riuscire ad *incanalare il conflitto*¹²⁰; un conflitto che nell'originale visione di Machiavelli deve sussistere come mezzo di libertà e rinnovamento sociale, ma che nondimeno va incanalato per non distruggere la stabilità sociale e giuridica¹²¹. Ciò che riuscì alla *Res Publica* di Roma e non a quella di Firenze¹²², rendendo la sua mistione istituzionale «necessaria ma al contempo fatalmente inattuale»¹²³ e dimostrando, ancora una volta, quanto i due piani, giuridico e sociale, siano indissolubilmente legati¹²⁴.

Le riflessioni sul tema, ad ogni modo, non si arrestarono con il pessimismo di Machiavelli: anche nel periodo successivo che vide il progressivo affermarsi dell'assolutismo politico¹²⁵, barlumi, ora più luminosi ora più flebili, dell'idea del governo misto continuarono a brillare, tuttavia secondo direttrici che distinsero fortemente la tradizione inglese da quella continentale.

Seppur, come visto, l'idea di costituzione mista sia da sempre presente nella tradizione culturale europea, tuttavia, dal periodo imperiale romano in poi, esempi concreti di mistione istituzionale sono presenti ma in termini minoritari, nel corso di una storia istituzionale dove si è passati dal pluralismo tipico del Medioevo, comunque innervato dall'idea di governo misto, all'assolutismo monarchico¹²⁶.

¹²⁰ «La mistione romana ... è caratterizzata sia dall'esistenza delle parti, sia dalla loro capacità di trovare una forma istituzionale di rappresentanza che, pur sempre sull'orlo di uno sbilanciamento, consentirà di raggiungere di volta in volta momenti di equilibrio. Tale equilibrio è offerto dalla *capacità istituzionale romana di incanalare politicamente il conflitto tra le parti, e dal fatto che queste rimangono sostanzialmente le stesse*, almeno in numero, non ovviamente in potenza. Risalta qui il contrasto, o per meglio dire, l'opposizione con la natura e la storia di Firenze. Le divisioni, le parti di questa città, se mai altre furono "notabili", sono state in Firenze "notabilissime"; così D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 59, enfasi mia.

¹²¹ Una delle parti più originali dell'opera di Machiavelli è proprio la valutazione feconda dell'antagonismo sociale che, nei giusti termini, può divenire mezzo del progresso sociale: «Li buoni esempi nascono dalla buona educazione, la buona educazione dalle buone leggi, e le buone leggi da quelli tumulti che molti inconsideratamente dannano»; così N. MACHIAVELLI, *Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, cit., 116. Sul valore di questo passaggio si rinvia ancora a N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., 83.

¹²² Cfr. N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, IX, in ID. *Il Principe e le opere politiche*, cit., 42: «Si ascende a questo principato o con il favore del popolo o con il favore de' grandi. Perché in ogni città si trovano questi dua umori diversi; e nasce da questo, che il popolo desidera non essere comandato né oppresso da' grandi e li grandi desiderano comandare et opprimere el popolo». Non può non menzionarsi, tra i molti esempi di conflitti che nella città di Firenze imperversano a causa della difficoltà di raggiungere un equilibrio tra le parti sociali, la celebre rivolta dei Ciompi del 1378, sulla quale rimando, *ex multis*, a F. CARDINI, *Breve storia di Firenze*, Pisa, Pacini Editore, 2007, 78.

¹²³ D. TARANTO, *loc. ult. cit.*

¹²⁴ Come ho cercato di mettere in luce *supra*, par. 3.1. Sul punto di veda quanto afferma D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 63: «Non si sfugge all'impressione però che lo schema ternario mutuato da Polibio sia sovente intersecato da Machiavelli da uno binario costituito da plebe e nobiltà e che sembrerebbe di ascendenza più aristotelica che polibiana»; nonché da S. VIDA, *La politia aristotelica e l'elogio delle medietà*, cit., 65-66: «N. Machiavelli parla dell'*optima res publica* come quella capace di temperare le differenze e comporre in modo adeguato aristocrazia e popolo, evitando così il duplice eccesso in senso oligarchico e ultrademocratico. Proprio attraverso Machiavelli, infatti, sarà conosciuto in Inghilterra il modello della costituzione repubblicana romana, come mostra il Commonwealth of Oceana di J. Harrington, che alla metà del diciassettesimo secolo, e a un passo dalle rivoluzioni e dalle moderne dichiarazioni dei diritti, riafferma l'ideale della costituzione mista dipingendo la monarchia come *potestas temperata*»; corsivi miei. Sulla mistione nell'opera di Harrington si sofferma anche D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 79-85.

¹²⁵ Non posso non rimandare a due grandi classici della filosofia politica, redatti da teorici dell'assolutismo. Mi riferisco, tra i tanti, all'opera *Leviathan* di Hobbes, del quale rimando all'edizione italiana: T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, trad. ita di A. Lupoli, M. V. Predaval e R. Rebecchi, Roma-Bari, Laterza, 1989 e a *Les six Livres de la République* di Bodin, del quale parimenti rimando all'edizione italiana qui riportata: J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Torino, UTET, 1964.

¹²⁶ Un esempio di mistione, o quantomeno un tentativo di inveramento del concetto di *potestas temperata*, che pure all'idea di governo misto si rifà (sul punto cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., 136 ss.), è forse rinvenibile nella dottrina degli *Iura Naturalia Immutabilia*, tramite cui i Parlamenti (ma più in generale i Grandi Tribunali d'*Ancien Régime*) della Francia si opponevano alle pretese assolutistiche dei sovrani; su questo principio cfr. G. GORLA, «*Iura naturalia*

In Inghilterra, per converso, anche a causa della natura insulare del suo territorio¹²⁷, la tradizione culturale ha proceduto in una differente direzione: il principio medievale della *potestas temperata* riuscì a mantenersi costantemente saldo, incarnandosi in forme giuridiche tipiche del governo misto. Basti qui por mente (oltre che ovviamente al principio dell'*habeas corpus*) all'articolo 12 della *Magna Charta Libertatum* che nel 1215 sottopose al *commune consilium regni nostri* il versamento dello *scutagium*, ideale precedente del controllo del Parlamento sul bilancio statale¹²⁸. E se sul piano teorico risulta sufficiente il richiamo alle dottrine medioevali di Glanvill e Bracton sulla distinzione tra *gubernaculum* (o *gubernatio*) e *iurisdictio*¹²⁹, non può però tacersi, per meglio marcare la differenza non solo temporale ma anche e soprattutto sostanziale rispetto a ciò che avveniva al di qua della Manica, di tutti gli episodi, le battaglie, gli scontri portati avanti per evitare che una politica assolutistica si affermasse.

Pleonastico ricordare le due grandi rivoluzioni inglesi, la *Civil Revolution* del 1640-1649 e la *Glorious Revolution* del 1688¹³⁰.

sunt immutabilia». *I limiti al potere del «Principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, Relazione al Congresso internazionale di Storia del diritto di Napoli, maggio 1980 (su *Diritto e potere nella storia europea*), in *Atti del Congresso*, Firenze, 1982, 629 ss.

¹²⁷ Dalla natura geograficamente insulare il Regno Unito viene fatto rientrare negli Stati c.d. talassocratici, che avrebbero caratteristiche materiali e spirituali diverse dagli Stati c.d. di terra; sul punto cfr. C. SCHMITT, *Land und Meer* (ed. or. Stuttgart, 1954), trad. ita. di G. Gurisatti, *Terra e Mare*, Milano, Adelphi, 2002. L'A. effettua interessanti parallelismi tra piano geografico, religioso ed economico, in parte sembrando riprendere talune tesi weberiane: sul punto cfr. M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, Sansoni, 1965.

¹²⁸ «Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum, et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam, et ad hec non fiat nisi racionabile auxilium; simili modo fiat de auxiliis de civitate London».

¹²⁹ Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 89-113.

¹³⁰ Non può tuttavia tacersi di altri episodi e, più in generale, del clima che in quegli anni si respirava in Inghilterra, e che vedeva già opposti, ancor prima di giungere gli esiti rivoluzionari, i sostenitori della politica dell'assolutismo regio da un lato ed i c.d. *commonlawyers*, i sostenitori della primazia del *Common Case Law* inglese anche nei confronti del sovrano. Del clima in parola, ben descritto da C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 115 ss., mi piace riportare un aneddoto, relativo al c.d. *Bonham's Case*. Il caso giudiziario *de quo* fu deciso nel 1610 dalla *Court of Common Pleas*, presieduta da *Sir Edward Coke*, che a quel tempo occupava le fila dei c.d. *commonlawyers*, contro le pretese assolutistiche della Corona. Oltre a costituire un archetipo concettuale del controllo di costituzionalità delle leggi, che tuttavia non ebbe successivamente seguito in Inghilterra (differentemente da ciò che avvenne in U.S.A. a seguito della storica sentenza della U.S.A. *Supreme Court* nel caso *Marbury v. Madison* del 1803) a causa della dottrina della *parliamentary sovereignty* divenuta egemone dopo la *Glorious Revolution* (se non entro il perimetro del c.d. *Bonham Test*), il caso è emblematico poiché risulta essere una valida testimonianza di come poteva porsi al tempo la polarizzazione di idee tra monarchici, da un lato, e sostenitori del primato del *Common Law*, dall'altro. In estrema sintesi: il medico Thomas Bonham venne convenuto, nel 1606, innanzi al *College of Physicians*, un'organizzazione d'élite creata da una *Royal Charter* nel 1518, successivamente confermata anche da leggi del parlamento, che attribuirono al collegio anche poteri giurisdizionali e coercitivi, fino all'imprigionamento. Thomas Bonham venne ritenuto, a seguito di una valutazione effettuata dal Collegio, insufficientemente preparato nella teoria medica, ciò gli costò una multa e l'interdizione dalla professione medica, almeno sino al momento in cui il Collegio stesso non avesse ritenuto di ammetterlo. Bonham, tuttavia, continuò ad esercitare la professione medica, venne pertanto imprigionato e fece appello alla *Court of Common Pleas*, presieduta in quegli anni da *Sir Edward Coke*. La decisione del *Chief Justice* fu diversa da ciò che in molti si aspettavano: il Collegio venne ritenuto impossibilitato a procedere all'imprigionamento di Bonham, mentre le leggi, e ancor più i decreti reali che tali poteri avevano ad esso attribuito, furono dette contrarie al «common right and reason, or repugnant or impossible». Secondo Coke, «in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void». Insomma, una espressa enunciazione della fallibilità della nomopoiesi regia di fronte al ben più risalente *common law*, nonché della sua suscettibilità ad essere controllata dagli stessi giudici di *common law*. Non è un caso che a *Sir Coke* rispose niente di meno che Thomas Hobbes, fiero sostenitore della politica di accentramento regia, in un'opera dal titolo sarcastico (cfr. T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, ed. or. 1666, Chicago, University of Chicago Press, 1997). Sulla vicenda del *Bonham's case* si vedano anche E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, spec. par. 2; T.F.Th. PLUCKNETT, *Bonham's case and judicial review*, in *Harvard Law Review*, XL, 1926-27, 32-34; R. BERGER, *Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?*, in

La prima delle due, come noto, scaturì come reazione agli *Eleven Years of Tyranny*¹³¹, ossia agli undici anni tra il 1629 ed il 1640, in cui il sovrano Carlo I Stuart, dopo aver (ancora una volta) sciolto il Parlamento a lui contrario¹³², governò in maniera assoluta per mezzo di decreti regi, secondo la tendenza che prima la dinastia Tudor e poi quella Stuart cercarono di derivare dalle monarchie continentali. Quando poi però, di fronte alla necessità di avvalersi del Parlamento in ordine a questioni di dissenso interno in Scozia¹³³, il sovrano riscontrò nuovamente forti avversioni, l'unica soluzione che alla questione seppe dare fu di decretare un nuovo scioglimento dell'assise¹³⁴. Costitutosi infine nel novembre del 1640 un Parlamento egualmente (ed inevitabilmente) contrario al sovrano, e temendo i *Commons* un nuovo scioglimento, venne emanato il c.d. *Triennial Act*, che di fatto escludeva il controllo regio sul Parlamento, seguito poi dalla c.d. *Great Remonstrance*, un elenco di tutti gli errori commessi dal sovrano dall'inizio del suo regno. Da qui prese piede quella tremenda rivoluzione, che avrà come suo atto conclusivo il regicidio del sovrano¹³⁵, e che però costituirà un punto di (ri)partenza per l'affermazione delle idee sedimentatesi nello spirito del popolo inglese *ab immemorabilia*.

Le vicende della *Grande Rivoluzione* sono emblematiche dell'attaccamento della cultura inglese al modello del governo misto, avvertito come concrezione giuridica del riconoscimento e della valorizzazione delle distinte parti sociali¹³⁶. In quest'ottica i conflitti non vengono risolti sublimando le componenti della società in un tutto superiore (la Nazione, lo Stato), bensì creando un sistema costituzionale basato sulla compresenza di fazioni contrapposte. Sul punto rimangono a mio avviso insuperate, per chiarezza e forza evocativa, le parole di Edmund Burke: «In questo modo la nostra Costituzione preserva unità pur nella grande diversità delle parti. Abbiamo una corona ereditaria, un'aristocrazia ereditaria, ed una Camera dei Comuni ed un popolo eredi di

University of Pennsylvania Law Review, 117, 1969, N. 4, 526; R. H. HELMHOLZ, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, N. 1, Winter 2009, 326-327.

¹³¹ L'arco temporale in questione è sovente altresì appellato con il nome di *Personal Rule*.

¹³² La questione, nel caso di specie, riguardava tasse imposte dal Re senza il consenso del Parlamento, dunque in aperta violazione della *Petition of Right*, legge votata dal Parlamento nel 1628 e recante, *inter alia*, taluni impedimenti al sovrano in materia di conduzione della politica fiscale, principio, quello della necessaria ed obbligatoria collaborazione del Parlamento nelle questioni di politica fiscale. Simili questioni costituirono il nodo conflittuale tra Corona e Parlamento dai tempi di Giovanni Senzaterra fino al conflitto tra Giorgio III e le colonie americane; sul punto mi pare utile ricordare la posizione che Edmund Burke assunse a seguito del discorso del *Lord Chancellor Northington* del 1766 per giustificare lo *Stamp Act* imposto alle colonie americane. Le posizioni dei due sono riportate da C.H. MCLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 30: «Nel 1766 il Lord Cancelliere Northington, durante il dibattito sull'abrogazione della Legge del Bollo, affermava che "ogni governo può arbitrariamente imporre leggi ai propri sudditi: deve esservi un potere supremo in ogni Stato, monarchico, aristocratico, democratico o misto che sia. E tutti i sudditi sono vincolati dalle leggi fatte dal governo". Nel 1791 Burke, mentre esternava tutta la sua contrarietà verso le dottrine radicali derivanti dagli afflitti dei rivoluzionari francesi, riaffermava espressamente, inoltre, la sua antica opinione che gli americani, nella loro rivolta contro la madre patria, erano stati "nella medesima relazione con l'Inghilterra in cui questa era stata con Giacomo II nel 1688"». Il parallelismo è interessante in quanto riesce esprimere efficacemente, da un lato la *medietas* connaturata ad entrambi gli ordinamenti, seppur in epoche differenti; dall'altro quanto in effetti sia facilmente percorribile la strada che porta a esulare da taluni limiti costituzionali, o, per dirla con Polibio, quanto sia inevitabile la tendenza di ogni sistema a degenerare.

¹³³ Mi riferisco alla c.d. Guerra dei Vescovi del 1639-1640.

¹³⁴ Questo periodo di attività del Parlamento, dalla nuova convocazione nell'aprile del 1640 al maggio dello stesso anno è comunemente detto *Short Parliament*.

¹³⁵ Che avvenne il 30 gennaio del 1649.

¹³⁶ «Tutte le forze sono dunque moderate, ma sono anche preservate, proprio perché nessuna di esse può crescere a dismisura a danno delle altre. Ogni forza, dentro la costituzione, accetta di essere limitata, e nello stesso tempo riceve la garanzia della permanenza della sua identità»; così M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., 137.

privilegi, franchigie e libertà derivati da antichissimi antenati ... il tutto custodito da un ceto di giuristi preposto a vegliare sul mantenimento di tale equilibrio»¹³⁷.

Tanto premesso, risulta allora ancor più evidente come il regicidio di Carlo I, in effetti, costituì, da un lato la reazione dei comuni e di parte dei *Lords* di fronte all'ipertrofia del potere monarchico, volta a modificare radicalmente gli equilibri tra le componenti della costituzione inglese (e di fatto a snaturarne la sostanza mista tentando un improbabile assolutismo *à la* continentale), dall'altro una riaffermazione di quegli stessi stilemi di mistione governativa attraverso il rafforzamento della componente parlamentare¹³⁸. La testimonianza più chiara di questo spirito è invero rappresentata dall'atto conclusivo dell'ultima Rivoluzione della storia britannica, il *Bill of Rights* del 1689, che pose fine alla *Glorious Revolution* e dunque all'estremo tentativo della casa Stuart di modificare irrimediabilmente la forma di governo inglese, assoggettandone tutti gli altri poteri alle volontà della componente monarchica. Ed è qui che si rivela la peculiarità del governo misto inglese: all'esito di entrambe le rivoluzioni, e nonostante la compiuta affermazione della primazia del Parlamento¹³⁹, l'elemento costituito dalla Corona venne considerato imprescindibile per la tenuta degli equilibri tra poteri; ciò si tradusse in una sospensione solo temporanea di tale componente e non già in una sua definitiva espunzione dal sistema. Così come infatti al regicidio e alla sua appendice repubblicana del *Commonwealth* cromwelliano¹⁴⁰ seguì la restituzione, da parte dello stesso Parlamento, della corona al figlio dell'odiato Carlo così, all'esito di quella rivoluzione, gloriosa poiché incruenta, furono sempre le componenti aristocratica e (soprattutto) democratica, definitivamente vittoriose sulle aspirazioni monodimensionali del singolo sovrano, a completare il moto propriamente rivoluzionario di quegli anni¹⁴¹, scegliendo di mantenere la Corona, nuovamente limitata e temperata nelle sue potestà, a garanzia di quella mistione tra poteri che traeva origine e linfa nella storia stessa d'Inghilterra.

¹³⁷ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France, and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event. In a Letter Intended to Have Been Sent to a Gentleman in Paris*, trad. it., *Riflessioni sulla Rivoluzione francese e sulle deliberazioni di alcune società di Londra ad essa relative: in una lettera destinata ad un gentiluomo parigino*, in ID., *Scritti politici*, a cura di Anna Martelloni, Torino, UTET, 1963, 192. Sul pensiero di questo grande Autore e del suo altrettanto autorevole contraddittore Thomas Paine, ho tentato di svolgere qualche riflessione in A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine, stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, in *Diritto Pubblico*, 1/2017, 239 ss.

¹³⁸ Il rafforzamento della componente parlamentare e, segnatamente, della *House of Commons*, altro non è in fondo se non il riequilibrio a livello istituzionale di ciò che fuori dalle istituzioni avveniva, ossia del bisogno per la borghesia, forte economicamente fuori dalle istituzioni, di affermarsi anche al loro interno, partecipando in maniera più preponderante al governo del Regno.

¹³⁹ Che poi trovarono valida collocazione teorica nelle elaborazioni di William Blackstone in tema di *parliamentary sovereignty*, sulle quali si rimanda a W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of the England*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1765-1769.

¹⁴⁰ Un'ulteriore prova della particolarità della storia inglese può altresì rinvenirsi nel fatto che, a dispetto della possibilità, dopo la *Civil Revolution*, di porre definitivamente fine alla monarchia scegliendo al suo posto un assetto repubblicano, dopo neanche un decennio di governo di Oliver Cromwell, scelsero comunque la corona, seppur temperata e rispettosa delle prerogative delle altre componenti dello Stato.

¹⁴¹ E in effetti le due Rivoluzioni inglesi, alle quali in entrambi i casi è seguito un ripristino dell'istituto monarchico, ben possono essere definite tali sia in senso filologico che scientifico: dal primo punto di vista, faccio notare come il termine italiano rivoluzione derivi «dal latino tardo *revolutio-onis* [ossia] rivolgimento intorno»; dal secondo punto di vista, inoltre, con tale lemma si è soliti intendere «il giro completo descritto da un corpo in movimento intorno a un altro corpo; anche il relativo movimento», così si esprimono, per entrambi i significati riportati del lemma, G. DEVOTO-G.C. OLI, *IL Devoto-Oli Vocabolario della lingua italiana*, L. SERIANNI-M. TRIFONE (a cura di), Firenze, Le Monnier, 2007, 2405. Insomma, ciò che gli inglesi hanno compiuto, più che come una distruzione del vecchio con successiva *creatio ex nihilo* del nuovo, può essere meglio rappresentato come un vero e proprio moto di rivoluzione.

Un elemento interessante, noto da tempo alla dottrina, è che ancora nel periodo della Grande Rivoluzione, l'idea di governo misto fosse così radicata nella cultura giuridica inglese da essere utilizzata tanto dai fautori della supremazia monarchica quanto dai promotori del primato parlamentare¹⁴²; così la mistione giuridica viene citata come caratteristica del governo inglese sia nella *Answer to the Nineteen Propositions* di Carlo I¹⁴³, sia nella *Of Reformation* di John Milton¹⁴⁴.

L'idea di governo misto ha invece avuto una permutazione diversa in Francia e, per l'influenza culturale da questa esercitata, negli altri Stati dell'Europa continentale. Non è un mistero che, prima della Rivoluzione, molti tra gli intellettuali francesi invidiassero l'assetto inglese, reputandolo un esempio da seguire ed un baluardo di civiltà, quantomeno dal punto di vista giuridico. Voltaire, ad esempio, tra le sue riflessioni così si esprime: «La nazione inglese è la sola al mondo che sia riuscita a disciplinare il potere dei re, resistendogli, e che, sforzo dopo sforzo, abbia alla fine stabilito questo saggio governo in cui il principe, onnipotente quando si tratta di fare il bene, ha le mani legate per fare il male, in cui i nobili sono grandi senza insolenza e senza vassalli, e in cui il popolo partecipa al governo senza confusione. La Camera dei Pari e quella dei Comuni sono gli arbitri della nazione, il re è il superarbitro»¹⁴⁵. Per Voltaire prima, come poi per Montesquieu qualche anno dopo, l'assetto dell'Inghilterra post-rivoluzionaria è un esempio da seguire, anche in quanto sembra rappresentare il modello di statualità che Locke aveva teorizzato nei *Due trattati sul governo*, ossia quello di una società unita per consenso e non per imposizione¹⁴⁶ e che, pur avendo ritenuto di mantenere l'istituzione monarchica l'aveva però depurata dalle monolitiche pretese di chi la guidava. Ancora Voltaire ricordava che «i Francesi pensano che il governo di quest'isola sia più tempestoso del mare che la circonda, ed è vero; ma ciò accade quando è il re che dà inizio alla tempesta, quando vuole diventare il padrone assoluto del vascello, di cui è solo il primo capitano»; al contrario «le guerre civili in Francia sono state più lunghe, più

¹⁴² Cfr. N. BOBBIO, *Governo misto*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004 (ed. or. 1976), 416.

¹⁴³ Riporto di seguito un noto passo della *Answer to the Nineteen Propositions*, pronunciata da Carlo I di fronte al Parlamento inglese, il 21 giugno del 1642: «There being three kinds of Government amongst men, Absolute Monarchy, Aristocracy and Democracy, and all these having their particular conveniencies and inconveniencies. The experience and wisdom of your Ancestors hath so moulded this out of a mixture of these, as to give to this Kingdom (as far as human prudence can provide) the conveniencies of all three, without the inconveniencies of any one, as long as the Balance hangs even between the three Estates, and they run jointly on in their proper Chanell (begetting Verdure and Fertilitie in the Meadows on both sides) and the overflowing of either on either side raise no deluge or Inundation. The ill of absolute Monarchy is Tyrannie, the ill of Aristocracy is Faction and Division, the ills of Democracy are Tumults, Violence and Licentiousnesse. The good of Monarchy is the uniting a Nation under one Head to resist Invasion from abroad, and Insurrection at home. The good of Aristocracie is the Conjunction of Counsell in the ablest Persons of a State for the publike benefit. The good of Democracy is Liberty, and the Courage and Industrie which Libertie begets».

¹⁴⁴ J. MILTON, *Of Reformation Touching Church-Discipline in England*, London, 1641: «The best founded Commonwealths, and least barbarous have aym'd at a certain mixture and temperament, partaking the severall vertues of each other State, that each part drawing to it selfe may keep up a stedly and eev'n uprightnesse in common. There is no Civill Government that hath beene known, no not the *Spartan*, not the *Roman*, though both for this respect so much prais'd by the wise *Polybius*, more divinely and harmoniously tun'd, more equally ballanc'd as it were by the hand and scale of Justice, then is the Commonwealth of *England*: where under a free, and untutor'd *Monarch*, the noblest, worthiest, and most prudent men, with full approbation, and suffrage of the People have in their power the supream, and finall determination of highest Affaires».

¹⁴⁵ Così VOLTAIRE, *Lettere Filosofiche, Ottava lettera sul parlamento*, R. CAMPI (a cura di), Milano, Rusconi, 2016, 27-28. Nell'affermazione che il re «ha le mani legate per fare il male» può anche intravedersi un'analogia con la massima dell'irresponsabilità del sovrano, e della correlata responsabilità dei ministri controfirmanti, per cui *the King can do no wrong*.

¹⁴⁶ Cfr. J. LOCKE, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, L. PAREYSON (a cura di), Torino, UTET, 2010, spec. II, Cap. VIII, 95-99, 297-300.

cruente, più feconde di delitti di quelle inglesi, ma di tutte queste guerre civili, nessuna ha avuto come obiettivo una saggia libertà»¹⁴⁷.

Una simile ammirazione si nota in Montesquieu che, dopo aver soggiornato per circa due anni in Inghilterra¹⁴⁸, a questa nazione dedicò un capitolo del suo celebre *De l'Esprit des Loix*¹⁴⁹. Proprio in quel capitolo si situano alcune tra le più famose riflessioni del filosofo francese, come quella per cui il giudice deve essere «bouche de la loi»¹⁵⁰, ma soprattutto è qui che Montesquieu espone la sua teoria sulla divisione (*rectius*, separazione¹⁵¹) dei poteri, secondo la quale «in ogni Stato vi sono tre generi di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile»¹⁵². Montesquieu assimila la lezione della classicità circa la propensione al dominio delle forme pure di governo: «La democrazia e l'aristocrazia non sono Stati liberi per loro natura. La libertà politica non si trova che nei governi moderati»¹⁵³; tuttavia nel suo pensiero, o quantomeno nel recepimento di esso, prevale la componente funzionale¹⁵⁴, del «potere che deve arrestare il potere», piuttosto che quella strutturale del modello inglese, non casualmente definito come «une monarchie mêlée»¹⁵⁵.

Ben più dell'idea di governo misto, la tesi della separazione funzionale poteva essere coniugata (pur non senza qualche fatica) con le idee di Rousseau circa la *sovranità popolare* o la *volontà generale*; concetti che mutarono completamente i paradigmi sino ad allora vigenti, aprendo la via, prima su un livello teorico e poi anche pratico, *alla moderna concezione istituzionale che, pur pretendendo*

¹⁴⁷ VOLTAIRE, *Lettere Filosofiche. Ottava lettera sul parlamento*, cit., 29.

¹⁴⁸ Per alcune interessanti notazioni sulla vita di Montesquieu, sulla sua persona e sull'influenza che quest'ultima ha esercitata per il futuro, si veda U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 307 ss.

¹⁴⁹ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix* (ed. or. 1748), trad. it. di B. Boffito Serra, *Lo Spirito delle leggi*, con prefazione di G. Macchia, introduzione, cronologia, bibliografia e commento di R. Derathé, Milano, BUR Rizzoli, 2019, I, XI, VI, 309 ss.

¹⁵⁰ «Potrebbe accadere che la legge, la quale è allo stesso tempo chiaroveggente e cieca, fosse, in certi casi, troppo severa. Ma i giudici della nazione sono soltanto ... la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità»; così *ivi*, XI, VI, 316-317.

¹⁵¹ Il termine «separazione» rende probabilmente meglio il pensiero montesquiano, per il quale, se è vero che i poteri andavano circoscritti per limitarne abusi e travalicamenti, non è men vero che gli stessi erano tuttavia in dialogo l'uno con l'altro o, quantomeno, esercitavano il loro ambito di influenza attagliandosi su quello di un altro potere, come accade tra chi fa leggi e chi le stesse esegue. Sul tema della divisione dei poteri la letteratura è vastissima; rinvio, *ex multis*, a F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, 472 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1979; ID., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 670; G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Roma, 1980, 95; E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, vol. I, 409 ss.; A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Diritto e società*, 2006, 658 ss.; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, 1 ss.; G. BOGNETTI, *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, XI, Torino, UTET, 1996, 373.

¹⁵² Cfr. MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., XI, VI, 309-310. Il potere giudiziario, trattato dall'A., successivamente (*ivi*, 311 e ss.) è sempre tenuto distinto dagli altri tre.

¹⁵³ «Tuttavia non sempre è negli Stati moderati; vi è soltanto quando non si abusa del potere; ma è una esperienza eterna che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne, va avanti finché non trova limiti. Chi lo direbbe! Perfino la virtù ha bisogno di limiti»; MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., XI, IV, 308-309.

¹⁵⁴ Bisogna segnalare che lo stesso Montesquieu pare a tratti convinto della insufficienza della separazione funzionale, si pensi alle sue riflessioni sulla Repubblica di Venezia: «Nelle repubbliche italiane, dove questi tre poteri sono riuniti, la libertà è minore che nelle nostre monarchie ... sono certo che la pura aristocrazia ereditaria delle repubbliche italiane non risponda precisamente al dispotismo asiatico. La gran quantità di magistrati tempera talvolta la magistratura; non tutti i nobili concorrono sempre agli stessi disegni; vi si costituiscono diversi tribunali che si moderano a vicenda. Così a Venezia, al Gran Consiglio spetta la legislazione; ai pregadi l'esecuzione: alle quarantie, il potere giudiziario. Tuttavia il male è che questi diversi tribunali sono formati da magistrati dello stesso corpo, il che viene a formare un medesimo potere»; così MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., XI, VI, 310-311, enfasi mia.

¹⁵⁵ Cfr. *ibidem* e MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, 238, in ID., *Oeuvres complètes*, 2 Vol., Paris, 1949.

l'esercizio diviso del potere, ne afferma la natura monodimensionale in termini di legittimazione (sul punto tornerò comunque più diffusamente nel prossimo paragrafo). Non è in fondo troppo lontano dal vero chi afferma che, nel diritto continentale, «la Rivoluzione francese avrebbe spazzato via la possibilità di pensare la mistione come ad un'originaria e costitutiva compresenza di parti», poiché il potere, «costituente o costituito che fosse, non poteva che dipendere dal concetto ormai totalizzante di popolo come fonte di legittimazione del comando politico»¹⁵⁶; elemento questo che si invererà plasticamente nel periodo rivoluzionario con l'unificazione degli Stati Generali nell'Assemblea Nazionale.

L'abbandono dell'idea di *miktè politéia*, in maniera surrettizia, oscurerà, progressivamente, anche lo spirito della *mesè politéia*, della moderazione sociale, considerando che, tra il XIX e l'inizio del XX secolo, sarà proprio la classe media (la borghesia produttiva e dinamica, gli aristotelici *mesótes*) che guidò tali rivoluzioni, a dar vita ad assetti sociali di stampo monista, replicando la spinta al dominio delle classiche forme pure di governo, tanto da far parlare autorevole dottrina di «società monoclasse»¹⁵⁷.

Vorrei ora spendere qualche parola circa l'esperienza statunitense che, culturalmente, si pone in una posizione peculiare, in certo modo intermedia tra un modello di separazione strutturale (simile a quello inglese) ed uno funzionale (prossimo a quello francese). Sicuramente i costituenti americani – soprattutto Alexander Hamilton, John Jay e James Madison nei *Federalist Papers*¹⁵⁸ – hanno in gran parte seguito la scia teorica delle riflessioni di Montesquieu (dal quale traggono spunti, riflessioni e suggestioni) come ausilio per la costruzione di quel sistema di *checks and balances* che tanto caratterizza la costruzione tecnica della costituzione statunitense. Con le vicende francesi la storia americana condivide anche l'idea di una fondazione del potere che, seppur non intrisa dai massimalismi o dagli afflatti democratici più spinti, tuttavia trova come sua unica base di legittimazione la volontà popolare (direttamente o indirettamente), al contrario della vicenda inglese ove, quantunque con la considerazione del peso maggiore dell'istanza popolare rappresentata dalla *House of Commons*, gli organi rappresentanti le componenti monarchica ed aristocratica sono rimasti anche successivamente alle due rivoluzioni¹⁵⁹.

Ciò nondimeno, i sostrati sociali, da cui l'esperienza rivoluzionaria francese ed americana originano, furono profondamente diversi. Sul punto restano centrali le analisi compiute da Alexis de Tocqueville, che tanto si è speso per descrivere minuziosamente sia l'assetto giuridico che quello sociale degli Stati Uniti nel suo *De la démocratie en Amérique*, sia le vicende amministrative e sociali nella Francia dell'ultimo *Ancien Régime*¹⁶⁰. La Francia infatti, caratterizzata ancora da ceti nobiliari e privilegi clericali, da vassalli e feudatari (ormai tali quasi solo per nome) trovò come soluzione ordinatrice la creazione forzata (e probabilmente artificiosa) di un'omogeneità

¹⁵⁶ Così D. TARANTO, *La miktè politéia tra antico e moderno*, cit., 104.

¹⁵⁷ Per dirla con le celeberrime parole di M.S. Giannini. Si veda M.S. GIANNINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, a cura di D. Corradini (1980), in ID., *Scritti*, VII, 1977-1983, Milano, Giuffrè, 2005; sulla sensibilità di Giannini, in particolare del «Giannini costituzionalista» è interessante richiamare le riflessioni di C. PINELLI, *Massimo Severo Giannini e i costituzionalisti*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 2015, 389-396.

¹⁵⁸ Cfr. A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *The Federalist Papers*, trad. it., *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, Giappichelli, 1997.

¹⁵⁹ E rimangono tutt'oggi, seppur, come nel caso della *House of Lords*, con poteri e prerogative sempre minori.

¹⁶⁰ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, ed. ita G. CANDELORO (a cura di), *L'antico regime e la Rivoluzione*, Milano, Bur Rizzoli, 2015.

giuridica, che rendeva (quantomeno formalmente) tutti ugualmente sottoposti alla legge, senza che in tal senso potessero assumere rilievo alcuno le sostanziali differenze insiste nella compagine dei *Citoyens*; l'affidamento quasi fideistico nell'infalibilità della legge generale e astratta, carattere essenziale dell'*état de droit*¹⁶¹, non poteva che avere, sul piano degli effetti, la creazione di un sistema di eguaglianza formale nel quale però era visto con astio qualsiasi raggruppamento spontaneo di individui, ciò che portò infine al banno dei corpi intermedi con la *Loi Le Chapelier* nel 1791¹⁶².

Discorso quasi del tutto opposto vale per l'ordinamento e per l'esperienza statunitense: in quel nuovo mondo non esistevano pregressi legami (se non quelli, poi recisi, con la madrepatria inglese), né una separazione della società in ceti secondo le tradizioni proprie dell'antico regime. Alla presenza di un forte tasso di pluralismo sociale, religioso e politico si accompagnava una altrettanto forte omogeneità nella compagine sociale, e tuttavia la sensibilità di molti pensatori del periodo si concentrò sull'idea di un *popolo costituito da fazioni*, ancora di più perché all'interno di uno Stato costituito da Stati: in tale pluralità nell'unità molti studiosi intravidero i problemi da risolvere e, al tempo stesso, la soluzione a tali problemi. In tali riflessioni il modello strutturale della *miktè politéia* divenne presente quanto quello della separazione funzionale.

Dopo la Dichiarazione di indipendenza del 1776, nelle Costituzioni dei singoli Stati (ancora confederati) già emergevano separazioni ed intrecci tra poteri che in certo modo chiedevano composizione¹⁶³ e certamente il modello di separazione funzionale svolse un ruolo cardine nella ricerca di una simile composizione. I tre autori dei *Federalist Papers*¹⁶⁴ – che scrivevano «Al popolo dello Stato di New York» sotto lo pseudonimo di *Publius*¹⁶⁵ – dimostrarono grande interesse per

¹⁶¹ Come espresso efficacemente da P. RIDOLA, *Il principio Libertà nello Stato costituzionale, i diritti fondamentali in prospettiva storico comparatistica*, Torino, Giappichelli, 2018, 131, «la versione francese dell'*état de droit* giungerà alla sua elaborazione dogmatica dalla fine del XIX secolo grazie all'apporto dei grandi giuristi della III Repubblica ... la concezione francese dello stato di diritto, peraltro, presenta peculiarità che riportano alle idee costituzionali affermatesi durante la Rivoluzione ed alle contraddizioni che esse racchiudevano: l'affermazione dei diritti dell'uomo e della divisione dei poteri, da un lato; una fiducia incrollabile nella infalibilità della legge e nel mito della *volonté générale*, ed una profonda sfiducia nel ruolo del giudice, dall'altro. Questo spiega perché, anche quando durante la III Repubblica si affermerà il principio di legalità e l'impianto del diritto amministrativo francese avrà larga diffusione in Europa, l'elaborazione dell'*état de droit* non conoscerà, fino al preambolo della Costituzione del 1946 e soprattutto fino al 1971, con la svolta del *bloc de constitutionnalité*, la preminenza dei diritti fondamentali né la supremazia della Costituzione».

¹⁶² La *Loi Le Chapelier*, promulgata dall'Assemblea nazionale il 14 giugno 1791 abolì infatti molteplici corpi intermedi (sindacati, corporazioni e, in generale, l'associazionismo *lato sensu* inteso). Quest'atto normativo testimonia il clima di accentramento e di livellamento sociale di quegli anni, che influenzò anche culture giuridiche contigue e perdurò per parte dell'800, tant'è che, all'epoca fu necessario interpretare estensivamente la libertà di riunione per farvi rientrare anche l'assente libertà di associazione.

¹⁶³ Cfr. ad esempio quanto riportato da James Madison nel *Federalist Paper n. 47*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 262-265, parlando della necessità di separare i poteri, ma senza sfociare in una divisione ermetica che non consenta reciproche forme di collaborazione, esponendo sinteticamente l'assetto dei poteri in diverse Costituzioni di singoli Stati confederati (New Hampshire, Massachusetts, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, North e South Carolina, Maryland, Virginia e Georgia).

¹⁶⁴ I tre, notoriamente, avevano sensibilità diverse, da cui derivano anche argomentazioni differenti poste a favore del progetto federalista americano. Hamilton, liberale di New York, fa valere gli argomenti riguardanti la maggiore stabilità che da un assetto federale deriverebbero sia per il commercio, sia per la politica estera e la difesa; Madison, proprietario terriero della Virginia, punta su ideali libertari e repubblicani come stella polare della nuova Costituzione; Jay, che era un diplomatico, sosteneva i vantaggi che un sistema federale poteva apportare sulle relazioni e sui rapporti internazionali in genere.

¹⁶⁵ Lo pseudonimo in questione ha reso sovente difficile l'individuazione del singolo che sotto tale nome si celava. Così, di 85 saggi componenti la rivista, 12 sono di dubbia attribuzione; sul punto si confronti D. ADAIR, *Fame and the Founding Fathers*, Indianapolis, Liberty Fund, 1974, 46-48; si veda anche l'introduzione ad A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 31-35.

le riflessioni di Montesquieu¹⁶⁶, cercando di contestualizzarle e di prevenire, intorno agli assunti del pensatore francese, eventuali controdeduzioni degli antifederalisti¹⁶⁷. Lo stesso Montesquieu, peraltro, sembrava ben consapevole di come il proposito di un sistema giuridico in cui «il potere arresti il potere»¹⁶⁸, poi permutato da Madison nell'altrettanto famoso «Ambition must be made to counteract ambition»¹⁶⁹, dovesse necessariamente passare attraverso un sistema di c.d. pesi e contrappesi¹⁷⁰; leggiamo infatti, nel *De l'Esprit de Lois*, che «per formare un governo moderato bisogna combinare i poteri, regolarli, temperarli, farli agire; dare, per così dire, un contrappeso a uno per metterlo in grado di resistere a un altro»¹⁷¹.

Tuttavia, indiscutibilmente, nelle riflessioni del *Federalista*, si avverte anche una sincera attenzione nei confronti degli stilemi del governo misto; sensibilità che germina probabilmente dal profondo pragmatismo degli autori, i quali non tentano di negare ma assumono quale punto di partenza le profonde divisioni, umane ancor prima che sociali, radicate all'interno della società. Ecco che allora trovano contestualizzazione le parole di Madison, quando scriveva che «deve esistere un legame tra le prerogative costituzionali della carica e gli interessi dell'individuo che le ricopre»¹⁷², o, ancor più quando, paradossalmente ma realisticamente, afferma che «se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo. Se

¹⁶⁶ Cfr., a titolo esemplificativo, il seguente passo: «L'oracolo che sempre si consulta e si cita sull'argomento [il giusto assetto da dare ai poteri di uno Stato nella loro necessaria separazione, che deve però presupporre intreccio e non una mera divisione] è il celebre Montesquieu. Se anche non è l'autore di questo inestimabile precetto di scienza politica, ha il merito di averlo diffuso e imposto, con grande efficacia, all'attenzione del genere umano ... la costituzione inglese rappresentava per Montesquieu ciò che era Omero per chi, con scopi didascalici, scriveva di poesia epica. Come questi scrittori hanno studiato l'opera del bardo immortale, quale modello perfetto da cui trarre principi e regole dell'arte epica ... così questo grande scienziato della politica ha considerato la costituzione come il modello, ovvero – per usare la sua stessa espressione – come lo specchio della libertà politica, e ci ha indicato, sotto forma di verità elementari, le varie caratteristiche proprie di quel sistema particolare. Dunque, per essere sicuri di non equivocare che cosa Montesquieu intendesse sul punto specifico, risaliamo alla fonte da cui tale principio, enunciato sopra, è tratto»; J. MADISON, *Federalist Paper n. 47*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 260-261; si veda anche *ivi*, 78-81, il *Federalist Paper n. 9*, a firma di A. Hamilton: «Lungi dall'opporci a un'unione generali di Stati, Montesquieu parla, anzi, esplicitamente di una REPUBBLICA FEDERALE come del mezzo per ampliare la sfera del governo popolare e per coniugare i vantaggi di una monarchia con quelli di una repubblica. «È molto probabile – egli dice – che, a lungo andare, l'umanità sarebbe stata obbligata a vivere costantemente sotto il governo di una SINGOLA PERSONA, se non si fosse concepita una forma di costituzione che possiede tutti i vantaggi del governo repubblicano, uniti alla forza esterna del governo monarchico». Il passo citato da Hamilton è tratto dal libro IX, cap. I dello *Spirito delle leggi* che, nell'edizione citata in questo scritto, corrisponde a MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., IX, I, 283.

¹⁶⁷ *Ivi*, 260 «Una delle obiezioni principali diffuse dai più qualificati avversari della Costituzione [federale, al posto del Trattato di confederazione], è che violerebbe il principio politico secondo cui il legislativo, il giudiziario e l'esecutivo devono essere separati e distinti. Nella struttura del governo federale – si sostiene – non si è tenuto conto di questa precauzione essenziale per la libertà ... non esiste verità politica che abbia valore intrinseco più grande, né che vanti tanti illustri sostenitori della libertà, come quella su cui si fonda l'obiezione suddetta ... Sono tuttavia convinto che sarà chiaro a tutti che tale accusa non è sostenibile e che il principio su cui si fonda è stato applicato in maniera errata. Al fine di farci un'idea corretta su questo importante argomento, sarà opportuno capire in che senso la salvaguardia della libertà imponga che i tre grandi organi di potere debbano essere separati e distinti».

¹⁶⁸ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., XI, IV, 308-309.

¹⁶⁹ Si veda J. MADISON, *Federalist Paper n. 51*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 277, l'espressione è tradotta in italiano con «all'ambizione bisogna opporre l'ambizione».

¹⁷⁰ Cfr. quanto afferma A. HAMILTON, *Federalist Paper n. 9*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 78-79: «l'efficacia di alcuni principi che gli antichi non conoscevano per niente, o conoscevano in forma imperfetta, la comprendiamo adesso. L'ordinato riparto dei poteri in diversi rami, il sistema di balances and checks legislativi, il sistema delle corti e di 'giudici che conserveranno la loro carica finché terranno buona condotta', il sistema di rappresentanti del popolo nel legislativo, eletti dal popolo stesso – tutte queste cose sono scoperte talmente nuove, o che hanno compiuto, in tempi moderni, buona parte del cammino verso la perfezione. Sono mezzi, e mezzi potenti, attraverso i quali si potranno conservare le componenti esemplari del governo repubblicano e se ne potranno evitare o ridurre le imperfezioni». Sul punto, riflessioni forse ancor più pregnanti sono contenute nel *paper n. 51*, sul quale intendo però soffermarmi, più diffusamente, a breve.

¹⁷¹ Si veda MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle Leggi*, cit., V, XIV, 211, corsivi miei.

¹⁷² Così J. MADISON, *Federalist Paper n. 51*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 277-278.

fossero gli angeli a governare gli uomini, non ci sarebbe bisogno di controlli esterni o interni sul governo», ma, non essendoci soggettività angeliche né tra i governanti né tra i governati e dovendo per converso ragionare della sola creazione di «un governo di uomini su altri uomini, la grande difficoltà sta in questo: prima si deve mettere il governo in condizione di controllare i governati e poi obbligarlo a controllare se stesso. Dipendenza dal popolo: questa è indubbiamente la forma di controllo primaria su un governo, ma l'esperienza ha insegnato all'umanità che sono necessarie altre precauzioni complementari»¹⁷³. Essendo, dunque, il governo «la più grande riflessione critica sulla natura umana»¹⁷⁴, la sua progettazione deve muoversi da una ricognizione antropologica e sociologica per spostarsi poi sul piano giuridico, ossia dei congegni costituzionali da approntare contro problematiche dell'umana natura e dell'umana socialità.

Torna qui, similmente a quanto visto in Aristotele¹⁷⁵, il problema delle fazioni, ossia, per dirla con le parole dello stesso Madison (nel *Federalist Paper n. 10*), di quei gruppi «di cittadini che siano una maggioranza o una minoranza rispetto a tutta la popolazione, uniti e spinti da un identico impulso di passione o interesse in contrasto con i diritti di altri cittadini o con gli interessi permanenti e globali della comunità»¹⁷⁶. Sono raggruppamenti di uomini che si formano per le più varie ragioni per varie «cause latenti ... disseminate nella natura umana»¹⁷⁷, dalle questioni di governo a quelle religiose, da questioni più teoretiche ad altre più pratiche¹⁷⁸, ma «l'origine più comune e persistente di tali atteggiamenti faziosi è la distribuzione varia e ineguale dei patrimoni. Coloro che hanno proprietà e coloro che ne sono privi hanno sempre contribuito a creare interessi distinti nella società»¹⁷⁹; come per Aristotele la dicotomia ricchi e poveri è quella più preminente, quella che genera le fazioni più possenti (*malista*) e più aspramente schierate l'una contro l'altra.

Nel *Federalist Paper n. 51* Madison torna sul problema delle fazioni, ipotizzando soluzioni più articolate (rispetto a quelle descritte nel *n. 10*¹⁸⁰), tra le quali spicca quella di «avere all'interno dello stesso paese tante categorie distinte di cittadini, da rendere improbabile, se non addirittura impossibile, la combinazione iniqua della maggioranza»¹⁸¹.

¹⁷³ *Ivi*, 278. Il passo di Madison mi fa tornare in mente l'opera teatrale di Bertolt Brecht, *Leben des Galilei (La Vita di Galileo)*, quando, alla Scena 13, all'esclamazione di Andrea Sarti: «Sventurata la terra che non ha eroi!», Galileo risponde: «No. Sventurata la terra che ha bisogno di eroi»

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cfr. *supra* par. 3.1.

¹⁷⁶ J. MADISON, *Federalist Paper n. 10*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 82.

¹⁷⁷ *Ivi*, 83.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ «Ci sono due metodi per curare i mali delle fazioni: uno è rimuoverne le cause, l'altro è tenerne sotto controllo gli effetti. Ci sono anche due metodi per rimuoverne le cause: uno è quello di distruggere la libertà che è essenziale alla loro esistenza; l'altro è quello di far avere a tutti i cittadini le stesse opinioni, le stesse passioni e gli stessi interessi. Del primo dei due rimedi niente di più pertinente si può dire se non che è peggiore del male. La libertà sta alla fazione, come l'aria sta al fuoco: un alimento senza il quale esso cessa immediatamente di esistere. Ma abolire la libertà (che è essenziale alla vita politica), solo perché nutre le fazioni, sarebbe follia pari a quella di chi aspira a eliminare l'aria (che è essenziale alla vita animale) perché dà al fuoco la sua forza distruttrice. Il secondo espediente è inattuabile, come il primo è insensato. Finché la ragione umana rimane fallibile e fino a che l'uomo è libero di usarla, si avranno sempre opinioni differenti»; *ibidem*.

¹⁸¹ Cfr. il *Federalist Paper n. 51*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 279.

Questi mi paiono gli elementi la grandezza del progetto americano: *la realistica assunzione della presenza di divisioni nella società, l'immediata consapevolezza della loro potenziale spinta disgregante e, infine, l'acuta intuizione circa il loro ruolo di controllo del potere.*

Contro le spinte disgreganti si propone il rimedio di un'«Unione ben costruita»¹⁸², che però non sia una «democrazia pura ... cioè una società di pochi cittadini, che si adunano e si autogovernano direttamente», poiché un sistema del genere «non offre alcun rimedio per i malanni provocati dalle fazioni ... le democrazie hanno sempre offerto uno spettacolo di turbolenze e dissidi ... e, in generale, hanno avuto vite brevi e morti violente»¹⁸³, bensì un sistema repubblicano, fondato sulla rappresentanza¹⁸⁴, che però sia in grado di «far sì che *tutte le parti possano, grazie al rapporto reciproco, contribuire a tenere ciascuna di loro al posto che le compete*»¹⁸⁵, un assetto di poteri che, per dirla sempre con Madison, sia in grado di «*opporre interessi a interessi opposti ... e ripartire le varie cariche in maniera tale che l'una possa costituire un controllo sull'altra, in maniera tale che l'interesse privato di ciascun cittadino possa diventare una sentinella sui diritti di tutti*»¹⁸⁶. Mi pare pleonastico sottolineare quanto di Aristotele e Polibio ci sia in questo timore di una «democrazia pura» e nella aspirazione ad un assetto di poteri in grado di opporre «interessi ad interessi».

Se volessimo giudicare la fondatezza di simili presupposti, non sarebbe secondaria l'osservazione che quella degli Stati Uniti sia ancora oggi la più antica Costituzione (scritta) vigente.

5. Interludio: la plurima legittimazione del governo misto e la 'spinta monista' della modernità

Vorrei qui tirare le fila di quanto detto finora.

Come già accennato, esiste una indiscutibile, per quanto complessa, relazione fra l'antica idea di governo misto e la moderna dottrina della separazione dei poteri¹⁸⁷. Tuttavia gli studi costituzionalistici sono piuttosto fermi nel tracciare una netta distinzione tra i due istituti, tanto

¹⁸² «Tra i numerosi vantaggi che un'Unione ben costruita ci promette, nessuno merita di essere più accuratamente approfondito della capacità di troncare e tenere sotto controllo la violenza delle fazioni. Coloro che sono a favore di governi popolari non sono mai tanto in apprensione per il loro carattere e destino, se non quando riflettono sulla predisposizione che hanno di far sorgere pericolose fazioni ... l'instabilità, l'ingiustizia, e la confusione delle assemblee pubbliche sono state, in verità, i mali mortali di cui i governi popolari sono ovunque periti; e continuano a essere gli argomenti favoriti e fruttuosi di cui gli avversari della libertà traggono le loro più speciose declamazioni»; così James Madison nel *Federalist Paper n. 10*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 82.

¹⁸³ *Ivi*, 85.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Così J. Madison nel *Federalist Paper n. 51*, in A. HAMILTON-J. JAY-J. MADISON, *Il Federalista*, cit., 277, enfasi mia.

¹⁸⁶ *Ivi*, 278, corsivi miei.

¹⁸⁷ Questo complesso rapporto è ben sintetizzato da N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., 52, dove si legge: «Il tema dell'equilibrio dei poteri (che nell'età moderna diventerà il tema centrale delle teorie "costituzionalistiche" col nome di "balance of power") è uno dei temi dominanti di tutta la tradizione del pensiero politico occidentale. Per quanto la teoria del governo misto, che vediamo così bene formulata da Polibio, non debba essere confusa con la teoria moderna della separazione e dell'equilibrio dei poteri (quale sarà enunciata in una teoria famosa da Montesquieu), è un fatto che teoria del governo misto e teoria dell'equilibrio procedono di pari passo».

che la concettualizzazione di Montesquieu sulla separazione dei poteri è generalmente assunta come il definitivo tramonto della teoria del governo misto¹⁸⁸.

Con questa visione mi trovo in sostanziale accordo ma, ad essa, vorrei aggiungere alcune considerazioni, per meglio intendere il passaggio dall'una forma all'altra, osservando il tema dell'alterità istituzionale sotto la luce dell'ulteriore problema della mediazione sociale. Allora, per intendere rettamente tale permutazione, dobbiamo tener presente i presupposti sociali e culturali nei quali esso matura ed ai quali esso vuol dare una risposta.

Come noto, nel mondo antico manca la tematizzazione di due fondamentali elementi nei quali si polarizza la modernità giuridica in generale e pubblicistica in particolare: *lo Stato e l'individuo*. Secondo una visione che non è ancora uscita dalle proprie origini tribali, la vita della *polis* greca (e in parte quella della *civitas* romana) *non conosce l'alterità tra società e istituzioni, né tematizza l'inviolabilità della sfera individuale del cittadino quale presupposto e limite dei pubblici poteri*: in questo contesto, la libertà, il potere e addirittura la vita del singolo si esprime e si consuma nella dimensione istituzionale del gruppo cui appartiene¹⁸⁹.

La mancanza di questo dipolo conduce alla sostanziale confusione tra momento privato e momento pubblico e, ancor di più, tra livello sociale e livello istituzionale. Posta questa assenza di separazione, *la forma di governo diviene, in realtà, espressione e soluzione dei conflitti sociali*; il luogo dove si scarica lo scontro tra poveri e ricchi o, anticamente era la stessa cosa, tra diversi aggregati clanici¹⁹⁰; un conflitto per molti versi irriducibile, poiché tali aggregati non concepivano alcuna forma di mobilità o commistione, anche e soprattutto perché preda di modelli di pensiero tipici del passatismo tribale secondo cui si percepisce 'il Sé' e 'l'altro da Sé' come naturale e immodificabile. A ciò va aggiunto un ulteriore elemento: come insegna Constant, *il nucleo essenziale della libertà degli antichi era la partecipazione attiva alla vita politica*, proprio in virtù di tale partecipazione – ben più significativa di quella che può avere il cittadino di una moderna democrazia rappresentativa – i membri della *polis* accettavano l'immane controllo della città sulla propria vita privata¹⁹¹.

¹⁸⁸ Sul punto si veda per tutti C. PINELLI, *History and Theory of Mixed Governments*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, diffusamente; qui l'Autore, oltre ad evidenziare il passaggio da una separazione strutturale ad una funzionale, si sofferma su alcuni degli elementi caratterizzanti la forma moderna, quali la perdita dell'elemento dinastico, la centralità della legittimazione democratica, la tutela delle libertà come fine ultimo delle costituzioni. Ed è proprio l'elemento della costituzione scritta, intesa come assetto di valori che 'intende durare nel tempo', a marcare l'ulteriore, e forse più significativa, differenza tra forme antiche e forme moderne.

¹⁸⁹ Seminale, in tal senso, il classico contributo B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes. Discours prononcé à l'Athénée royal à Paris en 1819*, in ID., *Ouvres de Benjamin Constant*, edizione digitale, 139 ss., il quale mostra che mentre la libertà dei moderni, figlia dello Stato di diritto, si manifesta essenzialmente nell'accezione negativa e individuale («de droit de n'être soumis qu'aux lois») la libertà degli antichi viveva in un'accezione, collettiva e positiva, di diretta partecipazione alla vita pubblica, «exercer collectivement, mai directement, plusier parties de la souveraineté toute entière»; sul punto ritorna H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 47 osservando che il passaggio dall'«idea antica di libertà» come partecipazione all'«idea di libertà dei Germani» come «assenza di qualsiasi dominio» rappresenta «soltanto il primo stadio di quell'inevitabile processo di trasformazione, di quella denaturazione a cui viene sottoposto l'originario istinto di libertà, su quella via che porta la coscienza umana dallo stato di natura a quello di ordine sociale», poiché, ovviamente, nell'idea moderna di libertà viene presupposta la contrapposizione tra essere e dover essere, tra individuo e istituzioni che nel concetto antico erano sostanzialmente indistinguibili.

¹⁹⁰ Un tentativo di spezzare la relazione tra clan e ceto sociale fu, non casualmente perseguito, come detto sopra, da Solone e Clistene nel ridisegnare le Tribù dell'Attica. Un tentativo di omogeneizzazione sociale perseguito pure, e ancora una volta non casualmente, dai rivoluzionari francesi quando sostituirono le province con i dipartimenti.

¹⁹¹ Cfr. B. CONSTANT, *op. cit.*, 141: «Ainsi chez les anciens, l'individu, souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous les rapport privées. Comme citoyen, il décide de la paix et de la guerre; comme particulier, il est circonscrit, observé, réprimé dans tous ses mouvements».

Posta l'ipertrofia del senso di partecipazione antico rispetto a quello moderno, non può stupire che, nella visione dell'epoca, la forma di governo fosse *il luogo nel quale si scaricavano le tensioni sociali*, tanto che le forme, di volta in volta impresse alle strutture istituzionali, divenivano i momentanei approdi degli incessanti conflitti che agitavano la società. E allora, gran parte del pensiero antico concepì *le forme di governo pure essenzialmente come modelli di dominio di una classe sulle altre*. Così la democrazia non era semplicemente governo del popolo, ma *governo dei poveri contro i ricchi*; mentre, simmetricamente, l'oligarchia era *il governo dei ricchi contro i poveri*¹⁹². *Nella prevalenza di una forma di governo sull'altra si realizzava quella che, con anacronismo marxiano, saremmo oggi portati a chiamare 'lotta di classe'*. Esempio quintessenziale di questo meccanismo è persino la *politèia* ideale di Platone, secondo Popper immaginata a partire dalle «antiche aristocrazie tribali di Sparta e Creta» e che si risolveva essenzialmente in uno *Stato di casta* nel quale «il problema della lotta di classe è risolto non abolendo le classi, ma conferendo alla classe dirigente una superiorità che non può essere contestata»¹⁹³.

Qui credo si dimostri a pieno la modernità del pensiero aristotelico: la *miktè politèia*, anche se elogiata dagli antichi sul piano funzionale, come luogo nel quale si esprimono al meglio i caratteri delle forme pure, possiede, in realtà, tutt'altra dimensione: quella di rappresentare, come dimostrerà l'esperienza romana, un *pactum unionis*, tra diverse istanze sociali, ciascuna delle quali partecipando sul piano politico al governo, legitimerà lo stesso sul piano giuridico. In tal senso *la superiorità del governo misto rispetto alle forme pure risiedeva nel fatto che mentre le seconde si connotavano come mezzo di dominio (di una classe sulle altre) la prima svolgeva anche e soprattutto un ruolo di integrazione*. Integrazione che possiamo leggere su diversi piani a seconda delle sensibilità degli autori ai quali ci avviciniamo: così se per Aristotele il motore del mutamento è il conflitto economico e sociale, per Polibio tale spinta è incarnata dal dato più propriamente morale; simmetricamente il governo misto per Aristotele compone (quantomeno contempera) tramite la partecipazione politica gli squilibri di classe, per Polibio, invece, sempre tramite il bilanciamento di interessi contrapposti, esso riesce a contenere le perversioni morali.

Nel governo misto, dunque, la legittimazione del potere non è unitaria ma plurima, provenendo da ciascuna classe che a tale governo partecipa: in esso convergono, pur rimanendo separate, istanze monarchiche, aristocratiche e democratiche, che non sono solo istanze teoretiche, volte a definire la miglior funzione istituzionale, ma *istanze sociali e ideali, rivendicazioni concrete e concreti centri di interesse*.

L'assunzione della società come *insieme diviso*, come parti autonomamente legittimanti il potere, viene nel tempo erosa a favore del progressivo affermarsi di un altro concetto: quello della *sovranità*.

Dal punto di vista teoretico, non mi pare casuale che i primi autori a teorizzare il principio di sovranità siano gli stessi che più aspramente criticarono l'idea di governo misto: sia Jean Bodin sia Thomas Hobbes sostennero, infatti, l'irrappresentabilità, financo teorica, di qualunque forma di mistione istituzionale, in forza del principio di indivisibilità del potere sovrano¹⁹⁴.

¹⁹² «Ora, credo, la democrazia nasce quando i poveri, dopo aver riportato la vittoria, ammazzano alcuni avversari, altri ne cacciano in esilio e dividono con i rimanenti, a condizioni di parità, il governo e le cariche pubbliche», così PLATONE, *La Repubblica*, cit., 557a, 551. Su questo passo si vedano anche le riflessioni di H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, cit., 261.

¹⁹³ K. POPPER, *op. cit.*, 224.

¹⁹⁴ Sul punto, N. BOBBIO, *Governo misto*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *op. cit.*, 417.

Anche qui ci sono due direttrici da seguire: il progressivo affermarsi *dell'unicità del potere e della sua legittimazione* (prima divina poi popolare, ma sempre meno frutto di accordo multilaterale tra classi contrapposte) al quale consegue *una erosione dell'idea di mediazione sociale* a favore di un'idea di dominio. *La storia del potere nella modernità è la storia di un processo di unificazione, non tanto e non solo nel suo esercizio quanto nei suoi presupposti legittimanti*¹⁹⁵.

Dal punto di vista pratico, questa permutazione avviene assai lentamente: la monarchia feudale di matrice carolingia viene prevalentemente concepita come titolare di una *potestas temperata*, costretta dalla necessità di mediare tra le varie istanze feudali. E se l'idea di governo misto (e, dunque, di plurima legittimazione) rimase sempre dominante in Inghilterra, persino in Francia la c.d. monarchia assoluta sarà a lungo artefice di una simile opera di mediazione tra classi, contemperando le rivendicazioni di un'aristocrazia sempre più ricca ma sempre meno potente ed una borghesia cittadina altrettanto bramosa di smantellare gli antichi privilegi¹⁹⁶. Sarà proprio il fallimento di quest'opera di mediazione a innescare la Rivoluzione francese e l'avvento dei primi tentativi democratici. Similmente le monarchie costituzionali mostreranno la propria inadeguatezza non solo pratica ma persino teorica di fronte ad un'idea di sovranità che pretende di essere indivisibile e appartenente ad un unico soggetto. *L'affermarsi del popolo come soggetto, unico e indistinto, legittimante il potere avrà come effetto l'espulsione del tema dell'integrazione sociale dal profilo istituzionale, con la conseguente definitiva permutazione del modello strutturale di governo misto nel modello funzionale della separazione dei poteri.*

Trovo cruciale questo elemento: la trasformazione dell'idea *strutturale* di governo misto in quella 'funzionale' di separazione dei poteri origina dal (e si giustifica sul) piano della *legittimazione del potere*. Fenomeno che nasce dallo smantellamento dei vecchi ordini medievali ad opera prima dello Stato assoluto e poi delle Costituzioni liberali. Le antiche classi vengono così a confondersi progressivamente in un unico gruppo di sudditi, prima, e di cittadini, dopo: nel momento in cui,

¹⁹⁵ Sul punto, di chiarezza adamantina le parole di C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del politico*, trad. it. di G. Miglio-P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1999, 274-275, dove si legge: «Dal crollo dei molteplici ordinamenti medievali e delle concezioni dell'ordine ad essi relative si è venuto formando, a partire dal XVI secolo, l'ordinamento statale come ordinamento unico, assorbente in sé tutti gli altri molteplici ordinamenti. Il decisionismo della teoria di Hobbes è l'espressione più conseguente, nel campo della scienza del diritto, della nuova idea di sovranità. In esso appare il grande Leviatano, che ha inghiottito tutti gli altri ordinamenti e che ha messo da parte o svuotato di contenuto le antiche comunità feudali, cetuali o ecclesiastiche, le successioni gerarchiche e i diritti acquisiti, accantonando ogni diritto di resistenza fondato su quegli ordinamenti prestatuali e monopolizzando il diritto in capo al legislatore statale: in tal modo cerca di costruire l'ordinamento statale partendo dall'individuo, cioè – dal punto di vista dell'ordinamento – partendo da una tabula rasa, da un nulla quanto ad ordinamento e comunità».

¹⁹⁶ Si veda in tal senso P. COLLIVA, *Monarchia*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *op. cit.*, 592, dove l'A. sostiene, appunto, che la monarchia assoluta «tale in realtà non fu mai, se non per brevi periodi prima della Rivoluzione francese. E questo perché la monarchia conservò fino all'ultimo i caratteri che ne avevano consacrato la fortuna: e cioè il potere monarchico, via via e progressivamente sviluppantesi, conservò i limiti originari, la mediazione tra le forze politiche in conflitto. Mediazione che assicurava un ruolo primario alla nobiltà di origine feudale, assegnando ad essa, come reale e principale supporto del potere ... i principali posti di comando nello Stato monarchico, in tacito compenso alle posizioni di potere perdute nelle province, in cui sempre più sottrava l'autorità del re ... Essendo arbitra, la monarchia era superiore a tutti, circondata, anche esteriormente, dei segni del potere e della maestà: in questa superiorità le grandi componenti dello Stato (nobiltà, borghesia, clero) trovavano la garanzia formale e sostanziale dell'imparzialità della monarchia e quindi la garanzia del rispetto delle loro posizioni ... Finché la decisa prevalenza e la dichiarata ambizione egemonica di una classe sull'altra, distruggendo questo sistema faticosamente elaborato nei secoli, travolse all'ultimo anche la monarchia che non poteva reggersi se non sulla conservazione e finché si fosse potuto conservare l'ordine sociale e politico di derivazione medievale».

assecondando la profezia di Sieyès, il Terzo Stato *diviene tutto, si origina un nuovo, unico e astrattamente omogeneo soggetto legittimante, Nazione o Popolo che dir si voglia*.

A quel punto, *l'unicità del momento legittimante pretese di riversarsi in un'unica emanazione sul piano istituzionale, una forma di governo idealmente monista che ammetteva parcellizzazioni del proprio potere solo in senso funzionale e che nuovamente dovette imparare le lezioni del passato e nuovamente abbandonare* – attraverso una serie di apprendimenti progressivi che nel continente termineranno solo con la seconda guerra mondiale – *la suggestione di una struttura istituzionale unicamente assembleare che delle antiche forme pure manteneva la fragilità*. Costituzione rigida, giustizia costituzionale, pesi e contrappesi tra poteri dello Stato, sono il risultato di questi apprendimenti che replicano, sul piano funzionale, temperamenti della *spinta monista*¹⁹⁷; ciò che il governo misto perseguiva sul piano strutturale tramite una plurima legittimazione e partecipazione di classi contrapposte.

Ora non mi pare casuale che al sorgere delle democrazie moderne emerga il problema dell'integrazione sociale sia su un piano economico e materiale sia su un piano ideale: *espulsa la pluralità rappresentativa dalla conformazione istituzionale del governo, tale dilemma si riversò nuovamente su quella società dalla quale provenivano le plurime (e spesso centrifughe) istanze di riconoscimento avanzate dalle varie componenti della comunità organizzata*. In definitiva quando la coesione ideale del popolo, unico soggetto legittimante il potere politico, si mostrò nella sua più evidente inconsistenza, sorse la necessità di tematizzare il problema dell'integrazione come problema esterno alla struttura istituzionale¹⁹⁸.

Ma se nella visione di Polibio – ancora puntato su una società nella quale le relazioni claniche erano fondative della soggettività politica – il problema assiologico rimaneva confinato alla moralità dei singoli individui (o dei singoli gruppi sociali), a valle della pretesa unificante nell'unico soggetto politico sorse il problema di conferire a tale soggetto una nuova forma di omogeneità materiale e ideale che fosse coerente con il desiderato monismo istituzionale.

A questo tema dedicherò le prossime pagine.

6. Mediazione sociale e unità ideale nelle comunità politiche pluraliste

Come visto, il profilo, per così dire *spirituale* della modernità giuspubblicistica si connota attraverso *una progressiva unificazione dell'elemento legittimante il potere*, da prima, con l'idea di sovranità regia e, poi, con quello di sovranità popolare; questo processo determina simmetricamente l'erosione della struttura governativa secondo un modello misto, vale a dire di compresenza dei diversi attori sociali nelle istituzioni.

¹⁹⁷ Sul punto, con estrema nettezza, C. PINELLI, *History and Theory of Mixed Governments*, cit., par. 32, il quale parla della dinamica tra parlamenti e corti costituzionali come una forma di governo misto nel quale l'elemento democratico viene temperato da uno aristocratico (benché tecnico e non dinastico).

¹⁹⁸ Dunque la modernità sembra porre una netta soluzione di continuità tra il piano istituzionale e quello sociale; basti porre mente a come i soggetti che maggiormente nel corso del '900 si sono intestati la funzione di integrazione politica, vale a dire i grandi partiti di massa, siano tradizionalmente considerati quali enti alla connotazione della estranei alla forma di Governo. In tal senso va notato l'acuto tentativo portato avanti da dottrina assai autorevole di introiettare i partiti politici quale elemento strutturale della forma di governo; cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 634 ss.; per una critica a tale ricostruzione si veda M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 538 ss.

Pur in questa linea di continuità, nella quale si afferma appunto l'unitarietà del *momento spirituale* del potere pubblico supremo (e in fondo la stessa idea di un potere pubblico supremo), notoriamente i secoli XVIII e XIX, sono i secoli della lotta per la traslocazione della sede di questo potere ultimo; sede che si muove dalla concreta figura del sovrano all'astratta figura di Popolo o Nazione. *Dal punto di vista strutturale* questo movimento comporta il progressivo affermarsi della democrazia rispetto alle forme autocratiche nella successione di forme di governo che dalla Monarchia assoluta, attraverso la Monarchia costituzionale e poi parlamentare, giungeranno alla maturità del moderno parlamentarismo. Come ben sintetizza Hans Kelsen, «la lotta condotta contro l'autocrazia verso la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX fu, in essenza, una lotta per il parlamentarismo»¹⁹⁹. Così, nel contesto democratico, *l'unicità del momento spirituale concettualizzato nell'ideale della sovranità popolare si riverserà nell'unicità del momento strutturale rappresentato dalla centralità del parlamento tramite il mezzo (ideale quanto concreto) della rappresentanza politica.*

E tuttavia, al volgere del XX secolo, questa relazione apparentemente adamantina comincerà a mostrare tutte le tinte della propria opacità: il parlamentarismo, nato e cresciuto nei regimi liberali egemonizzati dalla borghesia, avvertirà la forza disgregante dei movimenti politici di massa e della complessità di una scena politica sempre più conflittuale. Ancora Hans Kelsen, notorio alfiere del parlamentarismo (e della cultura liberale ad esso sottesa), dando voce allo *Zeitgeist* nel quale si trovava immerso, in più di un'occasione, fu costretto a scrivere: «Siamo oggi un poco stanchi del parlamento»²⁰⁰. Ad entrare in crisi (o forse ad essere disvelato nella propria natura fittizia²⁰¹) fu proprio la relazione tra il piano strutturale e quello spirituale, tra potere e legittimazione, tra governo e integrazione. Il Maestro praghese era quanto mai conscio della coesistenzialità dei due ambiti e del cupo destino cui sarebbe andata incontro la forma privata dello spirito: «È un fatto che la democrazia non funziona quando l'antagonismo tra maggioranza e minoranza è così forte da rendere impossibile ogni compromesso»²⁰².

Torna il tema, anticipato da Aristotele secoli prima, della *mesè politéiā*, della *omogeneità sociale e ideale quale preconditione di istituzioni stabili*. *Un tema, da alcuni, percepito come reazione ai dogmi ottocenteschi della dottrina formalista, come trasformazione della finzione in realtà, come permutazione di un'unità formale in un'unità reale; il profilo aporetico si sviluppò intorno ai mezzi per raggiungere tale scopo: se esso cioè fosse proficuamente perseguibile solo tramite il meccanismo della rappresentanza politica oppure pretendesse di percorrere vie ulteriori e complementari.*

¹⁹⁹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Welt der Demokratie*, Tübingen, 1929, trad. it. di Giorgio Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La Democrazia*, Bologna, il Mulino, 1998 (ed. or. 1984), 73. Medesimo pensiero l'Autore aveva espresso pochi anni prima in *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1924, trad. it. di Bruno Fleury, *Il problema del parlamentarismo* in *Essenza e valore*, cit. 155.

²⁰⁰ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 156 e, ugualmente, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 74.

²⁰¹ Cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 78: «Il carattere fittizio della rappresentanza non richiamò naturalmente l'attenzione finché durò la lotta della democrazia contro l'aristocrazia e finché il parlamentarismo stesso non riuscì ad avere completa ragione del monarca e degli ordini. Sotto la monarchia costituzionale, finché il Parlamento eletto dal popolo doveva essere considerato come il massimo di ciò che, politicamente, si poteva strappare al monarca prima assoluto, era senza senso criticare la forma politica chiedendosi se il Parlamento rappresentasse realmente la volontà del popolo. Ma non appena il principio parlamentare – in particolare nelle repubbliche – ebbe un completo trionfo, non appena alla monarchia costituzionale successe la supremazia del Parlamento che invocava la sovranità popolare, non poté sottrarsi alla critica la grossolana finzione contenuta nella teoria ... secondo la quale il Parlamento, nella sua essenza, non sarebbe altro che un rappresentante del popolo, la cui volontà si esprimerebbe soltanto negli atti parlamentari».

²⁰² H. KELSEN, *Foundations of Democracy, in Ethics*, 1955-1956, trad. it. di Anna Maria Castronuovo, *I Fondamenti della democrazia*, in ID. *La democrazia*, cit., 372.

Persino Kelsen, il quale continuò per tutta la vita²⁰³ a difendere la centralità parlamentare, dovette accettare che il mero dato strutturale e procedurale non potesse da solo garantire il profilo dell'integrazione sociale, arrivando, a tratti con posizioni davvero estreme, ad intravedere nei partiti gli autentici depositari del mandato popolare (e, dunque, della decisione politica), in tal modo spostando il perno dell'integrazione, formalmente ancora all'interno delle assemblee, sostanzialmente al di fuori di esse²⁰⁴.

Risposte ancora differenti provennero da altri studiosi del periodo weimariano schierati nel c.d. *Methodenstreit*²⁰⁵. Invero, elemento in comune a queste posizioni e, in certo modo loro comune filo conduttore, fu proprio quello di identificare, quale compito prioro dell'ordinamento, la costruzione di una omogeneità sociale di cui le dottrine formaliste – giunte a maturazione durante il periodo dello stato monoclasse ottocentesco – sembravano non percepire l'essenzialità.

È appena necessario qui accennare allo sfondo politico sul quale si mossero le riflessioni degli autori weimariani, percorso da faglie profonde e dominato da un crescente senso di incertezza sia a causa della complessa situazione vissuta dalla Germania, sia per via dei rivolgimenti politici, sociali e culturali di un Occidente in costante fermento²⁰⁶. In tale contesto di febbrile cambiamento, il dibattito filosofico e politico interno alla Repubblica di Weimar rese la Germania dell'epoca laboratorio di un esperimento costituzionale tecnicamente all'avanguardia, per quanto destinato ad un tragico fallimento²⁰⁷. In particolar modo, s'impose con forza agli studiosi il

²⁰³ Il pensiero di Hans Kelsen fu notoriamente in evoluzione durante tutta la vita dello studioso; alcuni tracciano questa evoluzione nella dialettica tra i due poli intellettuali presenti nel suo pensiero: neokantismo ed empirismo. Così esisterebbe un primo periodo puramente neokantiano, un secondo momento nel quale neokantismo ed empirismo trovano un bilanciamento ed un'ultima fase nella quale prevalgono seccamente le spinte empiriste. In tal senso si veda M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 12, il quale si appoggia sulla ricostruzione di E. BULYGIN, *Validità e positivismo*, in ID. *Norme validità e sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 186 ss.

²⁰⁴ Oltre ad ipotizzare il potere di revoca da parte dei partiti rispetto ai parlamentari dissidenti, il Maestro praghese giunse ad ipotizzare una sorta di mandato parlamentare non personale ma partitico: «E si potrebbe magari prendere in esame la possibilità di non obbligare i partiti politici ad inviare al parlamento un numero dato, e proporzionale alla forza del partito, di deputati individualmente determinati, i quali, e sempre gli stessi, dovessero concorrere alle decisioni di tutte le più disparate questioni; ma si potrebbe lasciare al partito la facoltà di delegare, scegliendoli dal proprio seno, secondo il bisogno, per la discussione e la deliberazione delle diverse leggi, i competenti di cui esso dispone, i quali parteciperebbero ogni volta alla deliberazione con quel numero dei voti che spetta al partito in base alla proporzionale»; così H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 167.

²⁰⁵ Sul punto, si rinvia a quanto esposto da G. ZAGREBELSKY nel saggio introduttivo all'edizione italiana: R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, (ed. or. 1928, München Leipzig), trad. it. di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1998, 5. Tra le critiche mosse ad un pensiero rigidamente formalista, si ricorda quella espressa da G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatbild*, trad. it. *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Milano, Giuffrè, 1996, 50-51, secondo cui, avendo «questo relativismo desacralizzato ... privato la democrazia parlamentare dei propri fondamenti oggettivi di valore, del proprio mito e della propria sostanza; ... [avendo] allentato i vincoli esistenti, ha messo in pericolo le condizioni organiche di esistenza del popolo, ha indebolito l'autorità statale», da cui se ne inferisce un ausilio di concezioni come quella criticata all'avvento dei totalitarismi.

²⁰⁶ La sconfitta dei Paesi di lingua tedesca alla fine della Prima guerra mondiale rappresentò una forte umiliazione morale per i rispettivi popoli, ulteriormente aggravata dall'imposizione di pesanti debiti di guerra da parte delle potenze vincitrici. A questo si aggiunga che il progresso industriale, incentivato dalla costante corsa agli armamenti per tutta la durata del conflitto, incrementò notevolmente le contraddizioni di una società già di per sé pluralista, ma all'interno della quale proprio a causa della guerra crebbero le differenze sociali tra le singole classi che la componevano. Ciò ebbe delle vigorose ripercussioni peculiarmente sui ceti medi: da una parte, essi divennero economicamente sempre più emergenti; dall'altra, tuttavia, finirono per rimanere intrappolati nella condizione di non poter incidere in maniera adeguata alla crescita della società in cui vivevano.

²⁰⁷ Come splendidamente sintetizzato da P. RIDOLA, *La costituzione repubblicana di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 10, la Repubblica di Weimar fu «Un'esperienza suggestiva, contraddittoria e, nei suoi esiti, drammatica, e sotto più di un aspetto paradigmatica: perché essa rappresentò il primo compiuto tentativo di superare gli assetti, e le chiusure, dello stato liberale in un ordinamento di democrazia pluralistica che è stato un archetipo del costituzionalismo del Novecento; perché essa si misurò con antagonismi e conflitti esacerbati dai frangenti della crisi economica e dalla

problema di come una stabile unità politica potesse rispondere alle istanze di una società pluralista a più livelli di complessità, in modo da risolverne le contraddizioni interne e da incentivare una compiuta integrazione, nell'ambito dello Stato, di tutte le sue componenti.

Di grande interesse, ai fini di questa trattazione, è la riflessione di Rudolf Smend, racchiusa nella celebre formula della *Integrationslehre*²⁰⁸, il quale elesse a tema della propria analisi le categorie idonee a fungere da fattori unificanti della collettività²⁰⁹. Argomentando a partire da uno scenario caratterizzato dal generale rafforzamento del ruolo dei partiti, impegnati prevalentemente al perseguimento dei rispettivi interessi, Smend arrivò a comprendere come le pulsioni reciprocamente confliggenti delle varie forze politiche «nella loro cieca lotta per il potere» avrebbero comportato, quale unico risultato prevedibile, «la distruzione del tessuto sociale, qualora non integrate da istanze comuni»²¹⁰. Muovendo da tale assunto, la riflessione smendiana intese costruire il perfezionamento della società da mera sommatoria di individui a compiuta comunità in senso spirituale attraverso tre differenti modelli di integrazione.

Il primo modello, quello dell'*integrazione personale*, individua nella forza carismatica di una salda guida politica un punto di riferimento in grado di convogliare le adesioni di una comunità di singoli cittadini. A tal proposito, egli avverte chiara l'esigenza di valutare, comprendendone intimamente tutte le possibili implicazioni negative, il ruolo apicale assunto da un'unica persona che, in quanto guida o capo (*Führer*), diriga istituzionalmente una pluralità di individui allo scopo di ispirarne i comportamenti e con l'auspicio di condizionarne le personali convinzioni politiche²¹¹. In questo stesso orizzonte di senso, egli stigmatizzò la tendenza, in precedenza assai

radicalizzazione del contrasto fra conservazione e innovazione, fra reazione e democrazia; perché essa, infine, si sviluppò in un clima culturale particolarmente ricco di fermenti, non soltanto nel campo della scienza giuridica e delle scienze sociali, ma in quelli della filosofia, della letteratura, della musica, del cinema, del teatro, dell'architettura, tutti percorsi da avanguardie accomunate da un forte spirito di reazione nei confronti dell'ordine e della cultura dell'Ottocento borghese». Nonostante il proprio drammatico fallimento, l'esperimento weimariano mantiene per gli studiosi un valore indiscusso come ci ricorda, poche pagine dopo, l'A.: «Il dibattito weimariano ha avuto anche il merito di mettere in luce che la novità della Costituzione della Repubblica era consistita non soltanto nell'aver fatto convivere diritti di derivazione liberale con principi ed enunciazioni di ispirazione diversa, ma in un nuovo quadro dell'organizzazione costituzionale ispirato ad un disegno di democratizzazione e di parlamentarizzazione del processo politico, che, sebbene non privo di incertezze e di elementi di contraddizione, era tuttavia sicuramente innovativo non solo rispetto all'esperienza del Reich ma in generale a quelle dello stato liberale, un quadro peraltro capace di dispiegare conseguenze rilevanti sulla protezione dei diritti fondamentali» (19). Su tale 'paradigmatica esperienza' istituzionale, la letteratura è immensa, si rinvia, *ex plurimis*, a G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 77 ss.; F. LANCHESTER, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milano, Giuffrè, 1985; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984, 95 ss.

²⁰⁸ La teoria dell'*Integrationslehre* trovò compiuta espressione nell'opera *Verfassung und Verfassungsrecht* del 1928. Quest'opera, come viene giustamente riportato, «serviva ... innanzitutto alla polemica antikelseniana», cfr. J. LUTHER, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, in G. GOZZI-P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, 190.

²⁰⁹ Sul tema dell'integrazione ricordo anche il contributo di M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, in *Atti del Convegno dell'associazione italiana dei costituzionalisti. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Catania, 14-15 ottobre 2005, in cui, riprendendo brevemente l'*Integrationslehre* smendiana, effettua un'analisi dell'impatto delle fonti del diritto UE sull'integrazione eurounitaria, concludendo per l'assenza di una vera integrazione politica tra Stati membri ed Unione Europea. Sebbene antecedente al Trattato di Lisbona, ritengo che molte delle riflessioni esposte siano ancora attuali. Dello stesso autore, sempre riprendendo idee e tesi (anche) smendiane ricordo inoltre *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista AIC*, 2/2011.

²¹⁰ Mi sono permesso, sul tema, di rinviare al mio contributo *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, Jovene, 2007, 303.

²¹¹ È peraltro da aggiungere che Smend non 'inventò' propriamente l'integrazione personale, essendo per converso ben consapevole di come il ruolo della guida politica (*Führertum*) fosse stato oggetto di riflessioni sin dalle trattazioni filosofiche

diffusa, a soffermarsi esclusivamente sulla figura del capo per la configurazione del modello di integrazione personale: secondo Smend, infatti, *le masse guidate non devono essere considerate come meri ricettori passivi degli ordini dei capi*, pena l'inevitabile scivolamento verso un'accezione eccessivamente meccanicistica e manifestamente ideologica della guida carismatica del singolo individuo²¹². Detto altrimenti, se è ben vero che i cittadini guidati agiscono in quanto motivati e incoraggiati dalle loro guide, è altrettanto vero che essi «vivono poi questa vita come la propria vita, nella cui esperienza vissuta il capo non è l'unica forza esistente ed essi stessi degli attori passivi»²¹³.

Invero, dai passaggi in parola sembra trasparire, inequivocabile, una necessaria autonomia delle masse nel determinare il proprio sviluppo sociale. Ciò che, applicato a un ambito più prettamente politico-istituzionale, pone Smend in polemica rispetto alle posizioni espresse da Max Weber, cui egli imputò di concepire i problemi connessi all'integrazione nell'ambito della Costituzione in maniera eccessivamente settoriale, senza porre adeguatamente in risalto gli aspetti più immateriali della personalità degli individui²¹⁴. Secondo Smend, infatti, sia per quanto riguarda i capi politici sia per le masse di collettività obbedienti agli ordini, «è nella possibilità di tenere uniti in un unico momento atto spirituale ed atto materiale che sta la forza dell'elemento personale. La critica a Weber è proprio critica della *separazione*, operata nell'analisi dell'apparato burocratico, fra personalità intesa in senso spirituale ed attività statale»²¹⁵. Alla luce delle differenze connaturate alle due impostazioni in parola, emerge dunque chiaramente una maggiore inclinazione da parte di Smend per gli aspetti più prettamente politici dell'integrazione personale, dove a un'apparente concretezza legata al rapporto immediato e diretto tra massa e guida politica si affianca una raffinata concezione spirituale dell'individuo nella sua dimensione di singolo.

Il *secondo modello* di integrazione attiene a un piano *funzionale* ed è caratterizzato dalla convinzione circa la sussistenza di una *radicale capacità unificante nell'ambito di istituzioni* politiche consolidate all'interno della società. Secondo tale prospettiva, infatti, il riconoscimento a tali istituzioni conferito da parte dei vari soggetti politici attivi diverrebbe garanzia di mantenimento

più risalenti. Significativo appare, a questo proposito, l'*incipit* del capitolo dedicato appositamente all'integrazione personale: «L'integrazione tramite persone è il tipo di integrazione più trattato nella letteratura»; cfr. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, (ed. or. München-Leipzig, 1928), trad. it. a cura di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

²¹² In particolar modo, Smend accusa i pensatori liberali del suo tempo di concepire il rapporto tra le guide politiche e i cittadini che da esse sono guidate come esageratamente tecnico e, ad ogni modo, ingiustificatamente privato di qualsiasi connotazione spirituale; cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 82 ss.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Sui risvolti effettivi dell'autorità, intesa come figura istituzionale legittimata, nei confronti della compagine sociale, cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (ed. or. 1922), trad. it. a cura di M. Palma, *Economia e Società*, Roma, Donzelli, 2019. Sommarariamente, il sociologo tedesco si concentra sulla distinzione tra *Macht* e *Herrschaft*: se la 'potenza' è la capacità d'imporre la propria volontà a prescindere dal fatto che vi sia spontanea adesione o inequivocabile opposizione a essa, per 'potere legittimo' Weber intende l'attitudine di un comando a essere eseguito in quanto ritenuto legittimato. Secondo quest'ultima accezione, rispetto al potere vi è un'ulteriore declinazione presentata: potere carismatico, tradizionale e razionale. Nel primo caso la legittimazione risiede nelle qualità personali di chi esercita il potere, in quanto tale riconosciuto dalla collettività, ai cui ordini è spinta a obbedire la collettività. Nel secondo caso, invece, la legittimazione deriva dalla tradizione stessa, per cui un soggetto assume il potere e lo esercita legittimamente poiché per tradizione il potere gli sarebbe stato attribuito, per esempio, ereditandolo da chi lo aveva esercitato precedentemente. Infine, nel terzo caso la legittimazione scaturisce dall'applicazione di regole vigenti, in modo tale che un soggetto possa esercitare un determinato potere proprio perché vi è una regola che ne prevede a lui l'attribuzione. Smend critica la concezione weberiana del potere e dell'autorità, nella misura in cui sottovaluta l'importanza della natura e dell'attitudine personale degli individui: vi sono, infatti, «persone che, per la loro stessa natura, sono inadatte a svolgere una funzione di integrazione»; cfr. R. SMEND, *op. cit.*, 85.

²¹⁵ U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, in *Democrazia e diritto*, XXII, 1982, 111, enfasi mia.

dell'ordine e di unificazione delle diverse componenti della comunità politica. Procedendo all'enucleazione degli esempi da ricomprendere all'interno di questa categoria istituzionale, il costituzionalista tedesco non fa riferimento soltanto agli organi rappresentativi come il Parlamento o a ruoli chiave nella determinazione dell'indirizzo politico come il capo del governo, bensì insiste sul *valore simbolico* dei momenti civicamente più importanti di partecipazione alla vita pubblica da parte dei cittadini, ossia «tutti quegli avvenimenti, dalle parate militari alle manifestazioni, dalle elezioni ai referendum, che hanno le masse a protagoniste e, tramite il loro contenuto simbolico, trasmettono un valore integrante ai partecipanti, protagonisti e spettatori»²¹⁶. Questi momenti, «integrano, cioè creano di volta in volta, per parte loro, l'individualità politica del popolo nel suo insieme e perciò producono il presupposto del suo attivarsi, in modo comprensibile sotto l'aspetto giuridico, e materialmente positivo o negativo sotto quello materiale»²¹⁷.

L'ultimo profilo della costruzione smendiana dell'integrazione attiene infine al piano *materiale*: essa si realizza proprio attraverso *la forza persuasiva dei valori*. È peraltro da sottolineare che quest'ultima forma di integrazione venne da Smend considerata come il modello più rilevante ed efficace sul piano della collettività. Se infatti il carisma di un capo o il radicamento e l'indiscussa autorevolezza di un organo istituzionale sono astrattamente in grado di esprimere una spinta di unificazione in modo da ridurre la complessità di una società politica frammentata, la mancanza di una chiara condivisione di valori risulterebbe fatale di fronte a un acceso conflitto tra i partiti e i movimenti politici partecipanti alle competizioni elettorali. Ne deriva pertanto che *i valori condivisi non rappresentano soltanto un indubbio paradigma di unificazione, ma è la stessa integrazione materiale da loro indotta a doversi ritenere presupposto, e dunque condizione di efficacia, degli altri due modelli*. Per Smend, infatti, la scelta da parte di una società pluralista di valori precisi a cui attenersi nello svolgimento della lotta politica finisce per nobilitare la lotta stessa e «le conferisce il senso di una funzione integrativa della vita di gruppo»²¹⁸. Notoriamente nell'elaborazione di questo modello, Smend si rifà, rievocandole direttamente, ad alcune teorie di Theodor Litt²¹⁹. La scelta non risulta casuale: anche rispetto agli sviluppi ulteriori e cronologicamente successivi del percorso intellettuale smendiano²²⁰, l'ispirazione a Litt «si spiega in ultima analisi con quell'obbiettivo di fondare una nuova etica politica che non si limitasse a meri calcoli di utilità e relazioni tra scopi e fini»²²¹.

²¹⁶ U. POMARICI, *op. cit.*, 111.

²¹⁷ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 94.

²¹⁸ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 95.

²¹⁹ Dell'elaborazione littiana Smend sembra riprendere i due concetti della *Werkgemeinschaft der Kultur* (comunità assiologica della cultura) e della *Sozialität des Sinnerlebens* (società della percezione di senso). Si tratta di richiami strumentali all'affermazione dell'intensità del legame tra valori e comunità, ossia un legame idoneo a permeare di sé anche aggregazioni sociali complesse e articolate come lo Stato, che «non può essere spiegato o giustificato con un riferimento teleologico a fini esterni ad esso, ma deve essere compreso nella sua sostanza come realizzazione di valori»; cfr. R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 100. Ciò chiarisce l'inconcepibilità, da parte di Smend, dello Stato come entità progettata per il compimento di finalità esterne a quelle dello Stato stesso.

²²⁰ La concezione istituzionale dello Stato in Smend verrà tacciata di 'teologia politica' da parte dei suoi avversatori, tra cui ebbe ad annoverarsi lo stesso Kelsen. Al di là delle polemiche dottrinarie, il pensiero smendiano comprende anche analisi raffinate di confronto tra le caratteristiche della democrazia weimariana e il protestantesimo di matrice prussiana. Conseguentemente, è opportuno specificare che, data la profondità riflessiva delle considerazioni di Smend in questo ambito, la sua teologia politica non dev'essere di certo valutata come una concezione fideistica o fanatica dello Stato.

²²¹ J. LUTHER, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, cit., 199.

Da qui deriva inoltre, separatamente ma non secondariamente, l'importanza dei simboli come fattore identitario unificante di una società pluralista, soprattutto per quanto riguarda l'incidenza nell'immaginario personale e ideale degli individui che la compongono. Accanto a tale valenza aggregante, Smend afferma contestualmente la loro funzione di mediazione tra i valori e la comunità politica di riferimento: ai fini della realizzazione della stessa integrazione materiale, infatti, «è necessaria una simbolizzazione che funga da medium»²²² per facilitarne il radicamento in seno ai cittadini²²³.

Il contributo fondamentale che la riflessione di Smend consegna al costituzionalismo del Novecento è proprio il forte accento riposto sulla prospettiva di integrazione. Come autorevole dottrina ha sottolineato, infatti, in assenza di questo elemento «le costituzioni democratiche contemporanee si limiterebbero all'innesto del principio pluralistico sul tronco della tradizione liberale, e ad affidare la conflittualità sociale al mero spontaneismo fra le forze in competizione»²²⁴. Invero, il superamento della visione tipicamente liberale implica come necessitata conseguenza l'abbandono della prospettiva per cui la società civile e la società politica devono essere concepite come entità distinte e, soprattutto, confliggenti: in effetti, portato più autentico del Novecento è la presa di coscienza della complessità caratterizzante il mondo contemporaneo, considerato in tutti i suoi problematici (e, spesso, contraddittori) aspetti, ciò che è esemplarmente testimoniato dall'avvertita necessità di «alcuni soggetti sociali intermedi (partiti e sindacati su tutti) per strutturare la domanda sociale, incanalare il conflitto in procedure istituzionalizzate e mantenere attivo il collegamento fra società civile e società politica»²²⁵.

Il lascito delle teorie di Smend è profondamente radicato negli assetti istituzionali odierni, sebbene debba precisarsi che il carattere dell'unitarietà costantemente presente nelle tre forme di integrazione soggiace ad alcuni limiti, soprattutto nella misura in cui non tiene conto dell'inevitabile contrasto tra valori tipico dei moderni assetti costituzionali, che *problematizza fortemente la relazione tra i due poli di identità e pluralità*.

Tema che rende ancora più incompatibili i modelli attuali con concezioni tanto identitarie da livellare il pluralismo della comunità, come pare essere sia la posizione di Carl Schmitt²²⁶, sia la ricostruzione di coloro che hanno individuato in taluni soggetti intermedi l'esclusiva competenza

²²² U. POMARICI, *La teoria dell'integrazione in Rudolf Smend*, cit., 111.

²²³ Tale impostazione fu notoriamente oggetto di critiche da parte di pensatori appartenenti al versante politico liberale: tra gli altri, Ernst Forsthoff attaccando il modello smendiano dell'integrazione complessiva, rimarcò come esso «avesse favorito una interpretazione assiologica della Legge fondamentale, il cui esito finale sarebbe stato quello di togliere certezza al diritto»; così E. FORSTHOFF, *La trasformazione della legge costituzionale*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1973, 222.

²²⁴ P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, 69.

²²⁵ M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 1/2014, 2.

²²⁶ Le posizioni di Carl Schmitt, ispirate ad un decisionismo filosofico e giuridico strutturalmente lineare, sembrano portare il concetto di integrazione fino a conclusioni paradossali: oltre all'esplicita critica al pluralismo stesso (cfr. C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, A. CARACCILO (a cura di), ed. or. *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931, ed. ita. Milano, Giuffrè, 1981, 113 ss.), sicuramente in parte fondata e ben argomentata anche se incurante dei nuovi assetti novecenteschi (e monca di una altrettanto importante *pars construens*), basandosi soprattutto su quella che Smend chiama integrazione personale, Schmitt individua come centro unificante la nazione e il Reich tedesco il *Reichpräsident*, attribuendogli il ruolo di unico e vero custode della Costituzione (vedi, *ivi*, 203 ss.). Per la celebre *querelle* tra Carl Schmitt e Hans Kelsen sul soggetto a cui sia più giusto attribuire il ruolo di custode della Costituzione si confronti, oltre alla famosa opera di Schmitt già citata, anche la risposta di Kelsen, contenuta in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, C. GERACI (a cura di), premessa di A. La Pergola, Milano, Giuffrè, 1981, diffusamente, ma spec. 229 ss.

a fare da tramite fra società civile e istituzioni, preformando la volontà politica di queste e non concependo la possibilità che tale ruolo venga svolto, più ragionevolmente, da una pluralità di organi, enti ed istituzioni diverse²²⁷.

Ancora diversa e, per certi versi ancora più interessante, la posizione di Hermann Heller: il grande studioso propose una visione di grande realismo nel quale la ricerca incessante, quale presupposto indispensabile della democrazia, dell'omogeneità sociale partiva dall'acquisizione di un irriducibile tasso di conflitto all'interno della società che quasi ne rappresentava lo specifico trascendentale: un dato innegabile da cui doveva partire la riflessione scientifica ed al quale doveva tornare l'azione politica. Nelle pagine di Heller si avverte il travaglio intellettuale rivolto alla conciliazione dell'autorità politica, intesa come «decisione potenzialmente universale sul territorio»²²⁸, rispetto al caos delle innumerevoli istanze sociali; l'aspirazione ad una «composizione dialettica dell'infinita molteplicità e differenza degli atti sociali che disordinatamente si producono nell'unità ordinata e ordinante»²²⁹; dialettica che appunto non può concepirsi come un presupposto dato dell'esistenza statale quanto come fine costante della sua azione²³⁰.

Fondamentali sul punto le sue riflessioni circa il rapporto tra sovranità e rappresentanza, secondo le quali, per poter assurgere a soggetto effettivamente titolare della sovranità, lo stesso popolo avrebbe avuto bisogno di un procedimento strutturalmente finalizzato a ottenere l'unificazione della propria volontà. Heller, non meno di Kelsen, continuò a nutrire fiducia nell'istituto della rappresentanza inteso come *specifico elemento giuridico connotativo della democrazia*²³¹, ma al tempo stesso come mezzo volto a esprimere «la sovranità del popolo come unità sul popolo come molteplicità»²³². Allora il sistema rappresentativo viene concepito come strumento di mediazione tra la politica e la società, ma anche come *mezzo per indurre un'unità concepita come integrazione dei vari ceti economici contro le spinte centrifughe di una comunità socialmente sempre più*

²²⁷ Intorno al concetto di preformazione della volontà politica (*Vorformung des politischen Willens*), si rinvia a P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., 47, il quale si sofferma in particolare sulla tesi del *Parteienstaat* enucleata da Gerhard Leibholz, (44 ss.).

²²⁸ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 9 e alla pagina successiva con ancora maggior nettezza: «Chiamiamo Stato l'unità degli atti che costituiscono l'istanza di decisione sul territorio».

²²⁹ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 9.

²³⁰ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 12, dove in polemica con la tesi di Schmitt che vede la dialettica amico/nemico come categoria fondante della politica, l'Autore afferma: «Schmitt prende in considerazione soltanto lo status politico compiuto; questo però non è un che di statico, ma qualcosa che prende quotidianamente una nuova forma, un plébiscite de tous les jours. Il processo dinamico del divenire e dell'affermarsi dello Stato come unità nella molteplicità dei suoi componenti è invece politica in un senso che ha un valore perlomeno uguale a quello dell'autoaffermarsi verso l'esterno».

²³¹ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 13: «Democrazia significa potere del popolo. Se il demos deve kratein, allora esso deve, in tutti i casi, formare un'unità di decisione e di azione, ovvero: la democrazia deve rappresentare, come ogni altra forma di autorità, un sistema di unificazioni della volontà per il quale vale sempre la legge dei piccoli numeri. Lo specifico della forma democratica del potere consiste allora nel fatto che i suoi rappresentanti sono designati da tutti i consociati e rivestono la carica in virtù dell'ufficio, non in via autonoma e sovrana. Ogni rappresentante democratico viene sempre, senza eccezioni, nominato e revocato direttamente o indirettamente dal popolo e resta, nonostante l'autonomia del suo potere decisionale rappresentativo, giuridicamente vincolato alla volontà del popolo tramite un ordinamento statuito razionalmente. Caratteristico per i rappresentanti democratici non è il vincolo di tipo sociologico o, eventualmente, etico-sociale al popolo. Questo vincolo c'è anche per i rappresentanti dell'autocrazia. Non esiste alcuna forma di potere per la quale non valga l'espressione di Spinoza: "obedientia facit imperantem". Ma solo nella democrazia questo vincolo è anche giuridico e fornito di sanzioni giuridiche efficaci».

²³² H. HELLER, *Die Souveränität*, Berlin u. Leipzig, 1927, 70.

*differenziata*²³³. In tal senso, e ancora in prossimità con Kelsen, egli difende il ruolo dei partiti come coesenziali alla vita democratica e al retto funzionamento del circuito della rappresentanza, quale indispensabile strumento di mediazione volto al superamento delle forze disgregative e alla costruzione dell'unità nella molteplicità²³⁴. In una sorta di moto circolare, presupposto e fine di questa dialettica è la presenza/costruzione di quell'omogeneità sociale che rappresenta la precondizione (ma paradossalmente anche lo scopo) del dialogo democratico e, pertanto, di tutta l'azione politica: «Da una maggiore o minore omogeneità sociale dipende quindi la maggiore o minore possibilità della formazione di un'unità politica, la possibilità di una nomina della rappresentanza e la maggiore o minore stabilità della carica dei rappresentanti. Senza un certo grado di omogeneità sociale diventa impossibile una formazione democratica dell'unità. Quest'ultima viene meno lì dove tutte le parti politicamente rilevanti del popolo non sono più in grado di riconoscersi in alcun modo nell'unità politica, né di identificarsi nei simboli e nei rappresentanti dello Stato. Questo è il momento in cui l'unità si scinde e diventano possibili la guerra civile, la dittatura, il dominio straniero»²³⁵.

E tuttavia, la grandezza di Heller risiede anche nella sua prospettiva profondamente realista, nella adamantina percezione che qualunque società vive un grado incoercibile di conflitto, che non può essere astrattamente superato ma solo concretamente (ancora dialetticamente) contenuto e indirizzato²³⁶, nella consapevolezza che «quest'opera di relativa unificazione della coscienza sociale, può elaborare al proprio interno enormi contrapposizioni, metabolizzando immani antagonismi religiosi, politici, economici o di altro tipo. Non possiamo dire in astratto cos'è che generi o distrugga questa coscienza del 'noi'. Tutti i tentativi di trovare in un'unica sfera della vita l'eterno demiurgo di questa coscienza sono falliti o destinati a fallire. È giusto, invece, affermare la possibilità di riconoscere in ogni epoca una corrispondenza tra essere sociale e coscienza, ovvero una forma di società»²³⁷. L'obiettivo di ogni società che voglia durare è allora costruire (o tendere costantemente alla costruzione di) una forma di omogeneità che sia culturale

²³³ Sul punto si rinvia ancora alla riflessione di P. RIDOLA, *La costituzione repubblicana di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, cit., 25 dove leggiamo: «In coerenza con le premesse teoriche helleriane, la rappresentanza viene a rivestire pertanto un aspetto bifronte, perché sospesa nella mediazione fra popolo come unità e come molteplicità, ed ancora perché riferita sul piano politico alla realtà sociale e su quello giuridico ad un complesso di congegni di limitazione del potere. Era inevitabile pertanto che la riflessione sulla rappresentanza portasse Heller a misurarsi con quello che egli ritenne il problema centrale delle democrazie, e precisamente con la struttura antagonistica e conflittuale della società. Ciò pone infatti la necessità di rimedi e accorgimenti adeguati allo scopo di portare la società a quella unità di azione e di decisione che è il fondamento della comunità statale».

²³⁴ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 14: «Solo se si coglie l'importanza della nomina democratica della rappresentanza si è in grado di afferrare il grande ruolo, così denigrato e malinteso, dei partiti politici nella democrazia. Perfino nel sistema consiliare essi sono indispensabili come fattori specifici di quell'intreccio di unificazioni della volontà che chiamiamo Stato democratico. Senza un tale sistema di mediazioni è impossibile pensare in termini democratici l'unità nella molteplicità di opposizioni irriducibili».

²³⁵ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 15.

²³⁶ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 15-16: «Omogeneità sociale non può invece mai significare eliminazione della struttura necessariamente antagonistica della società. La comunità pacifica e priva di conflitti, la società acefala possono aver un senso solo come promesse profetiche. In quanto fine politico, una secolarizzazione della comunità dei santi, com'è in definitiva alla base della concezione di Ernst Michel, costituisce uno snaturamento tanto della sfera politica quanto di quella religiosa. L'omogeneità sociale è sempre una condizione psico-sociale nella quale le opposizioni e le lotte d'interesse sempre presenti appaiono legate da un sentimento e da una coscienza del 'noi', da una volontà collettiva che si pone in atto».

²³⁷ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, cit., 16.

ma anche materiale, pena il tramutarsi dell'eguaglianza formale in una profonda diseguaglianza sociale²³⁸.

Sia Heller sia Smend compresero, dunque, che il raggiungimento di un certo grado di omogeneità in una società facilita il rispetto delle regole comuni poste all'interno di essa. Ma tale omogeneità, qui diversamente dalla *mese politéia* aristotelica, non deve essere interpretata soltanto da un punto di vista meramente economico, ossia unicamente nell'accezione di appartenenza ad un ceto che economicamente è quello mediano. L'*omogeneità*, da realizzarsi sempre nella garanzia del pluralismo democratico, *deve invece necessariamente raggiungersi anche con strumenti ideali per garantire un'unità innanzitutto spirituale dei componenti della comunità politica*.

E sempre nel corso della travagliata esperienza weimariana, sul finire dei tragici anni Venti del Novecento europeo, un autore come Otto Kirchheimer, non a caso allievo, certamente irrequieto, di Carl Schmitt, si è a lungo interrogato sul tema dell'integrazione delle diverse classi sociali, e dei loro conflitti materiali, nello Stato di diritto, sostenendo che «l'idea dello Stato di diritto sta oggi tra borghesia e proletariato. È diventata la linea di confine tra due gruppi in lotta, i quali sono entrambi ben lontani dal riconoscere in essa la norma definitivamente valida della spartizione del potere ... Perciò, lo Stato ha costruito un intero sistema di diritto che serve a portare a compimento per vie giuridiche questi conflitti sociali, a sottrarli dalla sfera dei diretti interessati, a neutralizzare le domande sociali di potere in problemi di riconoscimento giuridico (Rechtsfindung). Così l'idea di Stato di diritto ha oggi la funzione di creare una condizione di equilibrio nelle relazioni di borghesia e proletariato»²³⁹.

Torna, in queste parole, *l'esigenza di introiettare il tema dell'integrazione sociale all'interno delle istituzioni politiche*, attraverso la ricerca di una *condizione di equilibrio* nello (e grazie allo) Stato di diritto, inteso come funzione mediatrice, *neutralizzante*, nei conflitti tra le due classi sociali maggioritarie, la borghesia e il proletariato. Questo, tuttavia, nella consapevolezza della tensione tra la *democrazia sostanziale* – ossia il principio di partecipazione politica delle masse, fondato sull'esigenza di una minima omogeneità – e la *democrazia formale*, ossia quel *parlamentarismo* destinato, tuttavia, sempre più alla crisi²⁴⁰. Crisi che lo stesso Kirchheimer deduce tanto dalla sua formazione – al contempo

²³⁸ Ancora sul punto si veda l'osservazione di P. RIDOLA, *La costituzione repubblicana di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, cit., 25: «Si coglie qui tutta la complessità della concezione helleriana della democrazia ed il forte radicamento di essa nella struttura e nei conflitti della società. Non solo perché la democrazia trascende il problema organizzativo della posizione dei rappresentanti nei confronti del popolo, per approdare ad un legame strettissimo con la questione sociale, ma perché essa coinvolge l'intero spettro dei diritti fondamentali (dalla libertà di stampa ai diritti nel campo dell'istruzione e della scuola), in quanto lo sviluppo dell'economia e della tecnica espone in misura crescente al rischio che le classi dominanti dispongano di strumenti più penetranti di condizionamento dell'opinione pubblica: nuove forme di dittatura, conclude Heller, tanto più insidiose quanto più esse si presentano come anonime ed irresponsabili».

²³⁹ O. KIRCHHEIMER, *Trasformazione di significato del parlamentarismo (1928)*, in ID., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, introduzione e cura di A. Bolaffi, Bari, De Donato, 1982, 27-32, spec. 31-32, la riflessione terminava sottolineando il carattere transitorio di questo assetto istituzionale, nella visione marxista-socialdemocratica di Kirchheimer, il quale concludeva questo saggio sostenendo, a una manciata di anni dall'avvento del regime nazional-socialista del Terzo Reich, che «lo Stato di diritto è forse una delle forme che maggiormente indicano all'esterno il valore di transizione del nostro attuale sistema politico, la sua provvisorietà, lo stato in cui una classe non è più sufficientemente forte, l'altra non lo è ancora, per tener fermo all'esclusività del proprio sistema politico» (*ivi*).

²⁴⁰ A. BOLAFFI, *Introduzione. Il dibattito sulla Costituzione e il problema della sovranità: saggio su Otto Kirchheimer*, in O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, cit., XXXIV osserva che nel momento in cui scrive Kirchheimer «il vero problema è il fallimento della funzione parlamentare e il venir meno delle condizioni che ne avevano garantito il ruolo di 'sintesi' e di produzione della volontà politica».

schmittiana, alla ricerca di un popolo unito, libero da antagonismi, conflitti e contraddizioni sociali, e *marxiana*, quell'unità popolare che si sarebbe data dall'affermarsi nel futuro di una società senza classi – quanto dalla deriva dell'esperienza weimariana, dopo la crisi del 1929 e con l'avvento degli anni Trenta del Novecento.

Soprattutto quest'ultima esperienza venne vissuta come il fallimento delle speranze di una 'teoria critica' che lo stesso Kirchheimer all'interno della Scuola di Francoforte dell'Istituto per le ricerche sociali (*Institut für Sozialforschung*) aveva contribuito ad elaborare per favorire un maggiore protagonismo emancipatorio da parte delle masse, in una visione ottimistica del ruolo del proletariato che naufragò miseramente nel 1933, quando lo stesso Kirchheimer fu costretto a fuggire dalla Germania²⁴¹.

Fu quello l'apparente tramonto di una tendenza, a lungo vagheggiata, all'inclusione delle classi popolari nelle nascenti istituzioni 'nazionali' dello Stato di diritto, nell'auspicabile passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse, che aveva tenuto insieme una tradizione, certo minoritaria, di una parte del 'socialismo giuridico'²⁴² operante sul finire del XIX secolo anche in Italia, come indagò oramai quasi mezzo secolo fa Mario Galizia, in un testo dedicato alla «dottrina socialista dello stato» di Francesco Saverio Merlino²⁴³; in quest'opera prese corpo la sua visione di un «costituzionalismo dell'eguale e giusta libertà» in chiave solidaristica²⁴⁴ che poneva al centro l'esigenza di una democrazia sostanziale con la consapevolezza che «la futura “solidarietà” dovrà essere “incarnata” in “istituzioni sociali” storicamente operanti»²⁴⁵, prefigurando *l'esigenza di tenere insieme pluralismo sociale e istituzionale* come guida per affermare un ordinamento giuridico capace di includere porzioni più ampie possibili di società.

Ma il fallimento del parlamentarismo liberale in questo processo di inclusione sociale appare irrecuperabile già negli anni Venti italiani, quindi nel corso dei già citati anni Trenta tedeschi ed europei, in quella *dissoluzione della democrazia liberale* verso una *forma di Stato autoritaria*, per riprendere il titolo del classico studio di Gerhard Leibholz²⁴⁶, il quale osserva che nel nascente «Stato dei partiti democratico di massa ... il Parlamento si è trasformato, da organo originariamente

²⁴¹ Per una rapida ricostruzione dell'evoluzione della Scuola di Francoforte in questo passaggio dagli anni Venti ai Trenta del Novecento, anche a partire dalla figura e dal ruolo di Otto Kirchheimer, si veda il classico lavoro di M. JAY, *L'immaginazione dialettica. Storia della Scuola di Francoforte e dell'Istituto per le ricerche sociali 1923-1950*, Torino, Einaudi, 1979 (1973), spec. 224 ss. Per una attualizzazione delle tematiche della teoria critica, fino alle ultime generazioni di studiosi, come Axel Honneth, Rahel Jaeggi e Hartmut Rosa, si veda ora il recente lavoro di G. FAZIO, *Ritorno a Francoforte. Le avventure della nuova teoria critica*, Roma, Castelvecchi, 2020.

²⁴² Formula con la quale si prova a descrivere quel movimento eterogeneo e frammentato, all'interno della dottrina giuridica europea – specificamente francese, tedesca ed italiana – nel passaggio tra XIX e XX secolo, più sensibile al rapporto tra questione sociale e trasformazione delle istituzioni liberali, nel senso di una inclusione anche delle classi sociali subalterne e a proposito del quale si ricordano in prima battuta i due volumi collettanei de *Il “socialismo giuridico”. Ipotesi e letture*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-1975 quindi lo studio di M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Biblioteca per la storia del pensiero giuridico, Milano, Giuffrè, 1976.

²⁴³ M. GALIZIA, *Il socialismo giuridico di Francesco Saverio Merlino. Dall'anarchismo al socialismo (alle origini della dottrina socialista dello Stato in Italia)*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977, 529-634.

²⁴⁴ Per riprendere il titolo del saggio di G. ALLEGRI, *Il costituzionalismo dell'eguale e giusta libertà: un'ipotesi per il futuro, in ricordo di Mario Galizia*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, Per Mario Galizia, n. 3/2014, 70-78.

²⁴⁵ M. GALIZIA, *Il socialismo giuridico di Francesco Saverio Merlino. Dall'anarchismo al socialismo (alle origini della dottrina socialista dello Stato in Italia)*, cit., 566.

²⁴⁶ G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, a cura di F. LANCHESTER, Milano, Giuffrè, 1996 (1933).

rappresentativo, in organo ausiliario plebiscitario o, come è anche stato detto, in uno “strumento di intermediazione plebiscitaria”»²⁴⁷.

E sarà allora Jürgen Habermas, allievo della già ricordata ‘teoria critica’, rappresentante emblematico della seconda generazione di questa scuola, a partire dal rapporto diretto con Theodor W. Adorno, quando nel 1951 l’*Istituto per le ricerche sociali* riprese le sue attività a Francoforte, a tentare nuovamente un aggiornamento della *visione inclusiva delle istituzioni parlamentari* dopo il secondo conflitto mondiale, alla luce del protagonismo della giustizia costituzionale dello Stato democratico e pluriclasse del secondo Novecento, partendo dal suo classico lavoro sulla *Öffentlichkeit*²⁴⁸, con la centralità del dibattito e della discussione pubblica (la *diskutierende Öffentlichkeit*) che fonda il parlamentarismo liberale e si evolve nello Stato costituzionale e sociale del dopoguerra.

Qui la dialettica tra pluralismo sociale, partitico e istituzionale ruota intorno allo «sguardo critico di una politicizzata sfera pubblica giuridica – cioè di una cittadinanza trasformata in “comunità aperta degli interpreti della Costituzione”»²⁴⁹, o meglio *società aperta degli interpreti della Costituzione*, riprendendo gli insegnamenti di Peter Häberle e articolandoli seguendo due profili. «Dal punto di vista della teoria della società, il diritto assolve funzioni d’integrazione sociale. Insieme al sistema politico costituito come Stato di diritto, il diritto funziona come una “rete di sicurezza” per quelle prestazioni socio-integrative che dovessero altrimenti fallire. Operando come una sorta di cinghia di trasmissione, esso provvede a trasferire – in forma astratta ma vincolante – le strutture di riconoscimento reciproco che sono familiari ai contesti concreti dell’agire comunicativo in quelle interazioni tra estranei che sono diventate anonime e sistematicamente mediate. La solidarietà – terza fonte dell’integrazione della società accanto al denaro e al potere amministrativo – trae naturalmente origine dal diritto soltanto in forme indirette. ... Dal punto di vista della teoria del diritto, i moderni ordinamenti giuridici possono ricavare legittimità solo dall’idea dell’autodeterminazione: i cittadini devono potersi sempre pensare come gli autori di quello stesso diritto cui, come destinatari, sono sottomessi ... La tesi sviluppata in *Fatti e norme* mira a dimostrare come tra Stato di diritto e democrazia esista non soltanto un rapporto contingente sul piano storico, ma anche un rapporto di tipo concettuale o interno ... in quella dialettica di eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale che dapprima ha fatto insorgere il paradigma dello Stato sociale nei confronti della concezione liberale del diritto, e che oggi ci spinge verso un’autocomprensione proceduralistica dello Stato democratico di diritto. È il processo democratico a reggere l’intero onere della legittimazione. Esso deve garantire simultaneamente l’autonomia privata e l’autonomia pubblica dei soggetti giuridici»²⁵⁰. Fermo restando che per Habermas la dialettica tra maggioranza e minoranze rimane informata alla prospettiva di una «inclusione che sia sufficientemente sensibile allo sfondo culturale delle differenze individuali e di gruppo. ... Ma se queste società sono organizzate come stati

²⁴⁷ G. LEIBHOLZ, *La dissoluzione della democrazia*, cit., 61-62, citando anche la ricostruzione schmittiana.

²⁴⁸ J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1971 (1962).

²⁴⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPEA, Milano, Guerini, 1996 (1992), 333.

²⁵⁰ *Ibidem*, 530-532.

democratici di diritto, sussistono pur sempre molte strade per raggiungere il difficile obiettivo di una inclusione ‘sensibile alle differenze’²⁵¹.

Non mi soffermerò qui a citare gli eccessi idealistici dei postulati filosofici di Habermas²⁵²; mi basta ricordare che già Hans Kelsen aveva duramente criticato come irrealistico e addirittura metafisico la tradizionale affermazione ripresa (e addirittura elevata a principio teorico-generale) da Habermas secondo cui «i moderni ordinamenti giuridici possono ricavare legittimità solo dall’idea dell’autodeterminazione»²⁵³. Mi piace, invece, tener del pensiero habermasiano la declinazione più realista e inclusiva: il punto di arrivo di una riflessione di lungo corso che tematizza e, quasi disperatamente, tenta di risolvere il problema della *differenza*, la cui potenzialità disgregante emergente nei conflitti costituzionali, ma anche sociali, politici e istituzionali; una tensione tra irriducibile frammentazione e aspirazione alla composizione mediana di un ordine giuridico statale e globale che pare sempre più stravolto dagli effetti nei comportamenti individuali e collettivi delle innovazioni tecnologiche e digitali.

7. *L’algoritmo e la crisi postmoderna*

Nelle pagine che precedono si è cercato di ripercorrere, attraversando diverse epoche storiche, le possibili risposte all’endemico problema del disgregamento sociale cui consegue la caducità delle comunità politiche, osservando come *la soluzione del problema dell’integrazione sociale (nei due corni del materiale e dell’ideale) sia stata, di volta in volta, ricercata all’interno o all’esterno delle strutture istituzionali*.

Temi questi di immane complessità, resi ancor più intricati dalle veloci permutazioni che Stato e società vivono nel nostro tempo.

L’attuale *Zeitgeist* mi sembra sia ben espresso dalle riflessioni di un grande storico vissuto a cavallo tra il «secolo breve»²⁵⁴ e quello a esso antecedente, che è stato interprete del suo tempo e premonitore del nostro. Penso a Johan Huizinga il quale, poco prima dello scoppio del secondo conflitto mondiale, così scriveva: «Noi viviamo in un mondo ossessionato. E lo sappiamo. Nessuno si stupirebbe se, un bel giorno, questa nostra demenza sfociasse in una crisi di pazzia furiosa, che, calmatasi, lascerebbe l’Europa ottusa e smarrita; i motori continuerebbero a ronzare e le bandiere a sventolare, ma lo spirito sarebbe spento. *Dappertutto il dubbio intorno alla durevolezza del sistema sociale sotto cui viviamo; un’ansia indefinita dell’immediato domani; il senso del decadimento e del tramonto della civiltà ... vediamo sistemi di governo che non funzionano più, sistemi di*

²⁵¹ J. HABERMAS, *Inclusione: coinvolgere o assimilare? Sul rapporto di nazione, stato di diritto e democrazia*, in ID., *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998, spec. 157 e ss.

²⁵² Ho tentato di esprimere le mie perplessità sulle tesi habermasiane, sia in relazione ai postulati teorici che agli esiti pratici, nel mio dialogo con Franco Modugno, in F. MODUGNO-A. LONGO, *Dialogo minimo sulla ragione dialogica. Alcune suggestioni (e qualche controversia) tra modernità e postmodernità*, in *Sociologia*, XLIII, 2, 2009, 7 ss., ora in F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, II ed., 163 ss.

²⁵³ Come espresse più volte, l’illustre studioso, il principio di autodeterminazione, pur teoricamente alla base della democrazia, si rivela una mera finzione se assunto nella sua assolutezza metafisica; al contrario esso subisce una profonda trasformazione all’interno della vita associativa, poiché in sé il concetto di ordinamento giuridico pretende l’eteronomia, la distinzione tra essere e dover essere e, in definitiva, la soggezione del individuo (il cittadino) ad un potere altro da sé (lo Stato); cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 73 ss.; ID. *Il problema del parlamentarismo*, cit., 157 ss.; ID. *I fondamenti della democrazia*, cit., 228 ss.

²⁵⁴ Su tale nota categoria si rinvia a E.J.E. HOBSBAWM, *Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, London, Abacus, 1995, trad. it. di Brunello Lotti, *Il secolo breve*, Milano, Rizzoli, 1995.

produzione che agonizzano. Vediamo delle forze sociali che assumono uno sviluppo ipertrofico. La rimbombante macchina di questo nostro tempo formidabile sembra in procinto d'incepparsi²⁵⁵.

Queste parole, ispirate dai drammi del Novecento, divengono cupa profezia del terzo millennio: se l'integrazione sociale (la *medietas* tornando al gergo aristotelico), nella duplice accezione di omogeneità materiale e ideale, è la base di ogni comunità giuridica, si fa strada nelle nostre coscienze l'oscuro sospetto che essa sia sempre più difficilmente raggiungibile attraverso le logore categorie novecentesche.

Avvenimenti di cronaca recente, tra cui spiccano le tensioni politiche ed istituzionali americane sfociate nel grottesco 'sacco del Campidoglio'²⁵⁶, fanno riflettere su quanto la coesione sociale, persino in democrazie mature, sia posta sotto tensione, tramontanti oramai i modelli di unificazione ideale partoriti dalle grandi narrazioni sociali, politiche e religiose²⁵⁷. Di un simile indebolimento sembrano ugualmente preda le categorie su cui si è costruita la modernità giuridica: Sovranità, Stato-nazione, parlamentarismo, democrazia partecipativa. Le stesse categorie del pensiero e il campo dialogico che ne è alla base paiono contaminati da processi entropici: penso ad espressioni, divenute quasi dei mantra perversi, come *populismo*²⁵⁸, *Fake-*

²⁵⁵ Così J. HUIZINGA, (ed. or. *In de schaduwen van morgen, een diagnose van het geestelijk lijden van onzen tijd*, Haarlem, 1935), trad. it. *La crisi della civiltà*, II ed., Torino, Einaudi, 1938, enfasi mia.

²⁵⁶ Mi riferisco ai disordini verificatisi a Washington D.C. il 6 gennaio 2021, terminati con la presa, da parte di alcune frange estremiste di sostenitori politici del Presidente uscente, del Palazzo del Campidoglio. I facinorosi, mascherati o più spesso travestiti, hanno messo in atto qualcosa di simile a un golpe, sebbene ridicolo nella forma e nella sostanza. Un'atmosfera grottesca, dunque, incarnante tutti i crismi della postmodernità, tra cui spicca l'apposizione di simboli più vari senza però un univoco riconoscimento negli stessi, trasformandoli con ciò in meri simulacri di ciò che incarnavano.

²⁵⁷ J.-F. LYOTARD, *La Condition postmoderne*, Les Éditions du Minuit, Paris, 1979, trad. it. di C. Formenti, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, Feltrinelli, 1979. «Le stesse utopie appartengono a questo immaginario. C'è una persistenza, che si realizza sotto nomi diversi, di quelli che ho chiamato Grandi Racconti. La struttura del Grande Racconto è sempre stata la stessa ed in tempo più vicini a noi la repubblica ha preso il posto dell'Impero. La repubblica prepara il compimento del cittadino e questo è, per l'appunto, l'uomo emancipato, illuminato, liberato dai pregiudizi. Ma il dispositivo è sempre lo stesso: non è più la grazia, l'amore, l'impero, ma la virtù, la conoscenza, la ragione. Non è più la città di Dio ma quella dell'uomo. E la stessa struttura, la stessa forma di legittimazione la troviamo nel Marxismo; quando si dice che il Marxismo è un episodio del Cristianesimo non è falso: entrambi infatti appartengono alla stessa specie di legittimità moderna. Il punto di partenza è sempre la constatazione di uno stato di perfezione purtroppo perduto e la consapevolezza del nostro compito nel sorpassare questa mancanza, di riempirla. Tutto ciò significa che alla fine avremo il Grande Altro in persona. Un punto essenziale della condizione postmoderna è rappresentato proprio dalla consapevolezza che non è possibile afferrare questo grande altro e il dispiacere, il lutto che deriva dal disuso del Racconto del Compimento»; Cfr. J.-F. LYOTARD, *Abitare la postmodernità*, in *Iride*, XII, n. 28, settembre-dicembre 1999, 470-471.

²⁵⁸ Sul tema in parola, sul quale si sviluppa sempre più una letteratura quantomai vasta, mi limito a rimandare a C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, February 2011, nonché al contributo collettaneo G. ALLEGRI-A. STERPA-N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali ai tempi del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019.

*News*²⁵⁹, *postverità*²⁶⁰, che si sono imposte con impeto nel lessico quotidiano e oggigiorno rappresentano nuove sfide cui le comunità politiche devono far fronte quali fattori disgreganti quell'unità (sociale, ideale e dunque giuridica) di cui esse si nutrono per essere in grado di durare e prosperare.

In questo senso la nostra forma democratica è messa a dura prova da fattori differenti e pur tra loro connessi: da un lato, dalla crisi del 2008 (ma forse quest'ultima ha in Italia solo accelerato un processo già in atto), la classe media borghese si è sempre più impoverita, fino a desertificarsi, a vantaggio quasi esclusivo dell'immenso capitale finanziario transnazionale. Si ripropone pertanto, molto similmente rispetto a quanto affermava Sieyès nel '700²⁶¹, una situazione in cui una parte ampiamente minoritaria delle persone gestisce la maggior parte del capitale mondiale, tutto a discapito della laboriosa, e politicamente essenziale, classe media. La sperequazione che l'abate Sieyès vedeva nella Francia prerivoluzionaria non fa altro che riproporsi, ipermagnificata, nel mondo globalizzato.

Dall'altro lato un ulteriore fattore, più subdolo e per certi versi meno evidente di quello appena visto, è rappresentato dal nuovo metodo di integrazione tramite *social media* e *social network*, gestiti ed indirizzati, nei contenuti dal c.d. algoritmo. Utile nel mostrare automaticamente all'utente

²⁵⁹ Per *fake news* (termini inglesi che nell'insieme si traducono letteralmente con 'notizie false, contraffatte') s'intendono un insieme di «informazioni false presentate come vere» (così C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2017, 43). Quest'espressione si è particolarmente radicata nella comunicazione quotidiana, soprattutto a partire dagli ultimi decenni, a causa dell'utilizzo, consolidato ormai in maniera irreversibile, delle reti informatiche per la diffusione globale di notizie di qualsiasi natura. Da questa modalità di circolazione di informazioni deriva, da una parte, la possibilità per chiunque di diffondere notizie e, dall'altra, un'oggettiva difficoltà di verificare l'attendibilità delle stesse. Il procedimento di diffusione delle *fake news* viene tradizionalmente classificato in due modalità operative: o per manipolazione informativa o per omissione. Nel primo caso si modificano arbitrariamente notizie vere (anche al punto da cambiarne radicalmente il contenuto), mentre nel secondo si tende a presentare una narrazione specifica di fatti tralasciandone alcuni effettivamente rilevanti, al fine concreto di confondere e sviare il pubblico. Gli studi più approfonditi sulle *fake news* si concentrano sulla distinzione che intercorre tra esse e l'attività di propaganda, nella sua accezione più generale. La differenza più cospicua risiede indiscutibilmente nell'elemento del contesto: il contesto legittima la propaganda perché permette al pubblico di comprenderne l'effettiva consistenza, oltre che di valutare liberamente la presunta veridicità delle notizie comunicate. Ciò non può realizzarsi con sufficiente adeguatezza nell'ambito delle *fake news*. Per un approfondimento delle problematiche inerenti all'impatto della circolazione senza freni delle *fake news* sul mondo odierno e, inoltre, del rapporto con la propaganda e la suggestione o c.d. persuasione occulta, legata alla pubblicità subliminale (in questo senso cfr. V. PACKARD, *I persuasori occulti* (1958), Torino, Einaudi, 1989) si rimanda comunque, *generaliter*, alla lettura del contributo già citato di C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 3 ss.; Intorno al tema in parola si veda anche F. PIZZETTI, *Fake News e allarme sociale: responsabilità, non censura. Fake News and Social Alarm: Responsibility Does not Mean Censorship*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2017, 49 ss. nonché G.E. VIGEVANI-M. BASSINI, *Primi appunti su fake news e dintorni. Fake News: and Introduction to the Italian Debate*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2017, 13 ss.

²⁶⁰ 'Postverità' è un'espressione usata perlopiù per definire l'epoca di oggi, caratterizzata dalla tendenza a sminuire in maniera sempre più costante l'importanza del concetto generale di verità. L'affermazione dell'epoca della postverità risulterebbe accentuata dall'uso smodato e spudorato dei media sociali in rete (Facebook e Twitter sono solo un esempio), i quali finirebbero per agevolare la diffusione irrefrenabile di notizie e, conseguentemente, anche delle *fake news*. L'accertamento compiuto di un fatto non assumerebbe a livello pratico nessuna rilevanza immediata, in quanto, nell'epoca della postverità, le persone sarebbero disposte ad accettare un fatto, a prescindere dalla sua effettiva veridicità, sulla base delle proprie convinzioni consolidate e, soprattutto, delle personali emozioni provate sul momento. Particolarmente significativo risulta il ruolo del Diritto costituzionale nell'ambito dell'epoca della postverità: «da verità non è prospettata solo quale limite giudizialmente accertabile in una specifica fattispecie alla libertà di manifestazione del pensiero, ma anche come obiettivo ultimo del confronto fra tutte le opinioni, comprese le più eterodosse» (così si esprime C. PINELLI, "Postverità", *verità e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 45). Ciò impone delle riflessioni sul futuro delle discipline giuridiche e sul loro ruolo di argine contro l'esplosione e l'espansione di un mondo sempre più privo di certezze, in quanto continuamente succube dell'epoca della postverità.

²⁶¹ L'acuta riflessione dell'abate e costituente francese è contenuta in E.J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* (ed. or. 1789), *Che cosa è il Terzo Stato?*, U. CERRONI (a cura di), trad. it. di R. Giannotti, Roma, Editori Riuniti, 2016.

contenuti simili a quelli già visionati, e che dunque si presumono graditi, l'algoritmo produce nondimeno anche altri e più perversi effetti.

L'Avvento dei *Social Networks* ha determinato la contaminazione della comunicazione politica con mezzi e stilemi propri di quella commerciale²⁶²: tramite tecniche di *microtargeting* l'algoritmo ricerca contenuti che sono graditi al singolo utente riproponendogli costantemente ciò che ha mostrato di apprezzare. I risultati di questa comunicazione ciclica hanno assunto nel dibattito nomi accattivanti quanto evocativi: «bolle filtro», «camere dell'eco»²⁶³, in sostanza gabbie cognitive che assecondano l'umano bisogno alla ricerca del simile e l'altrettanto umana paura del diverso; luoghi angusti per lo spirito, che nutrono il nostro infantile desiderio di rassicurazione attraverso il costante rafforzamento dei nostri pregiudizi. Ovviamente, da un punto di vista politico, la continua proposizione di contenuti simili non fa che aumentare la frammentazione e la radicalizzazione delle molteplici identità sociali²⁶⁴; un grado di parcellizzazione tale da mettere in tensione la stessa possibilità che gli individui, persi in una nuova pletora di gruppi reciprocamente ostili, possano identificarsi in una collettività superiore, minando così l'effettività dei tradizionali circuiti rappresentativi²⁶⁵. Una disarticolazione «della rappresentanza sul piano dei rappresentati» che dopo aver messo definitivamente in crisi il sistema dei partiti, pone seri quanto allarmanti interrogativi rispetto al futuro della democrazia²⁶⁶.

Intanto la nostra mente è bombardata da una quantità di stimoli innaturali; sui nostri *smartphone* si accendono in continuazione notifiche, luci colorate, rosse, verdi, tutto per captare la nostra attenzione. E il nostro cervello viene modificato. Che *la tecnologia generi antropologia* non è mai stato così vero: immersa costantemente in un ambiente dopaminergico, la corteccia prefrontale sede del pensiero superiore e dell'autocontrollo è costantemente aggredita dall'iperattività del sistema

²⁶² Su questo tema si rinvia al recente quanto chiaro lavoro di A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs. decisione politica. A.I. Legge. *Democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 75 ss.

²⁶³ Le espressioni *Filter Bubble* e *Echo Chambers* appartengono rispettivamente a E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, New York, Penguin Group, 2011 e C. R. SUNSTEIN, *#republic. Divided Democracy in the Age of Social Media* (2017), trad. it di A. Asioli, *#republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, il Mulino, 2017, 16 ss.; su questi temi nella dottrina italiana si rinvia a A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs. decisione politica, cit., 71 ss.; E. LONGO, *Dai «big data» alle «bolle filtro»*, *nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2019, 29 ss.

²⁶⁴ Una persona con idee politiche di destra troverà nella pagina principale dei suoi *social* contenuti quasi esclusivamente di destra; una con idee di sinistra, vedrà solo contenuti di sinistra; un complottista solo contenuti inerenti alla c.d. controcultura o controinformazione; identica e speculare situazione per un soggetto più incline a logiche conformiste. Oltre ad una disabitudine all'ascolto, ciò determina anche una forte polarizzazione e radicalizzazione politica, ormai evidente: in un recente documentario viene mostrato come dal 2010, anno di ingresso massiccio dei *social network* nel mondo globalizzato, la polarizzazione nell'elettorato americano sia aumentata esponenzialmente, tanto che un terzo dei Repubblicani ora reputa i democratici un pericolo reale per il Paese, idea condivisa a parti invertite da un quarto dei Democratici. Tramite la polarizzazione delle intenzioni di voto e la radicalizzazione delle idee politiche, le comunità divengono più instabili, mentre la classe media, indebolita dalla crisi economica, diviene sacca di nuovi rancori. Un fenomeno che si avverte fortemente anche in Italia, aggravato da una cultura intimamente conflittuale e da una coscienza nazionale ancora giovane. Mi riferisco al documentario *The Social Dilemma*, regia di J. ORLOWSKI, uscito il 26 gennaio 2020 tramite la piattaforma Netflix.

²⁶⁵ Come è stato efficacemente scritto, «la sfera dell'opinione pubblica esce sostanzialmente frantumata in una miriade di ristrette cerchie autoreferenziali; il che rende gli individui già "sradicati" sostanzialmente irrappresentabili da parte di qualsivoglia rappresentante, perché ciascuna delle numerosissime istanze che i medesimi avanzano nell'ambiente pluralistico viene discussa e sviluppata con chi ha opinioni diverse e solo all'interno di ciascuna "bolla monotematica", per cui ogni soggetto viene ad essere frammentato in una pluralità indefinita di dimensioni autoreferenziali, che non gli permettono di confrontarsi né con chi è portatore di un pensiero diverso, né con chi sviluppa istanze differenti»; così A. CARDONE, "Decisione algoritmica" vs. decisione politica, cit., 72.

²⁶⁶ Sulla relazione tra 'la crisi del rappresentato' e le tecnologie algoritmiche, si rinvia ancora a A. CARDONE, *op. cit.*, diffusamente, ma spec. 64 ss.; dallo stesso lavoro è tratta la citazione nel corpo del testo (71).

limbico ove hanno sede le nostre pulsioni emotive²⁶⁷. Così la nostra mente consuma la propria capacità di focalizzarsi, di riflettere, di autocontrollarsi; la continua distrazione diviene cronica stupidità, la *digital distraction* procede inesorabilmente (così almeno ci dicono le neuroscienze) verso la *digital dementia*²⁶⁸. Empatia, controllo, dialogo: le capacità del singolo su cui si fonda la società vengono costantemente erose.

L'ampliamento, da un lato, della forbice sociale, anche a causa di mutamenti della scena economica, e la frantumazione, dall'altro, di quella ideale, cioè la sempre minor comunanza assiologica, costituiscono alcuni dei maggiori problemi nelle attuali democrazie i cui strumenti di integrazione sociale paiono sempre più consunti. In un mondo nel quale la stessa naturale capacità degli individui di aggregarsi viene consumata da un malsano uso della tecnologia, sembra progressivamente intaccarsi la stessa possibilità di un'autentica omogeneità sociale quale «condizione psico-sociale» atta a produrre negli individui una «coscienza del 'noi'», per usare ancora le parole di Heller, e, simmetricamente, paiono concretizzarsi sempre di più i timori manifestati da Aristotele circa una società fatta unicamente «di gente che invidia e disprezza».

²⁶⁷ Si fa qui ovviamente riferimento al modello di Paul MacLean, il c.d. *Triune Brain*. In questa ricostruzione il cervello è suddiviso in tre macro-aree: il complesso rettiliano, che si occupa dei bisogni primari dell'uomo, il sistema limbico o zona paleomammaliana, sede delle risposte emotive e la neocorteccia, o cervello neomammaliano, luogo del pensiero superiore. Cfr. P.D. MACLEAN, *Evoluzione del cervello e comportamento umano. Studi sul cervello trino*, Torino, Einaudi, 1984.

²⁶⁸ Sul nesso tra sviluppo di dipendenze legate all'utilizzo di nuove tecnologie, in particolare degli *smartphone*, e insorgere della *digital dementia*, si veda, fra gli altri, J-S. AHN-H-J. JUN-T-S. KIM, *Factors Affecting Smartphone Dependency and Digital Dementia*, in *Journal of Information Technology Applications & Management*, vol. 22, n. 3, 2015, 35-54; S. MOLEDINA-A. KHOJA, *Digital Dementia-Is Smart Technology Making Us Dumb?*, in *Ochsner Journal*, 18, 2018.



Lorenzo F. Pace*

**L'inapplicabilità della nozione di forma di governo (parlamentare)
all'ordinamento giuridico dell'Unione europea: ragioni teoriche e pratiche.
L'Unione come nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del
continente europeo****

SOMMARIO: 1. Introduzione: è applicabile la nozione di forma di Governo (parlamentare) all'ordinamento giuridico dell'Unione europea? - 2. Una riflessione pregiudiziale: l'individuazione della natura giuridica dell'Unione. I motivi giuridici della nascita del processo d'integrazione europea nel 1950: l'Unione europea come soluzione della crisi dello Stato nazionale sul continente europeo. - 3. L'Unione quale nuova fase dell'organizzazione politico-istituzionale del continente europeo. Somiglianze tra la finalità dell'Unione e il *Federalist paper* n. 1. - 4. La natura giuridica dell'Unione e l'utilità della risposta di Benjamin Franklin nel 1787 alla domanda: "*Doctor, what have we got? A Republic or a Monarchy?*". - 5. L'inapplicabilità della nozione di "Governo" all'ordinamento giuridico dell'Unione. - 6. Lo specifico ruolo svolto dal Parlamento europeo nel contesto dell'Unione: il Parlamento europeo quale "organo di persone". L'assenza di una "fiducia" tra Parlamento e Commissione nei termini della forma di Governo parlamentare. - 7. Conclusioni. - Postilla: l'autonomia del diritto dell'Unione rispetto al diritto internazionale ed al diritto degli Stati membri e la diretta conseguenza dal punto di vista accademico: la creazione di un autonomo settore disciplinare e concorsuale per il diritto dell'Unione europea.

**1. *Introduzione: è applicabile la nozione di forma di Governo (parlamentare)
all'ordinamento giuridico dell'Unione europea?***

Con vivo piacere partecipo a questa raccolta di scritti per i cento anni dalla nascita di Mario Galizia dei dottori di ricerca del dottorato in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, dottorato istituito dal Maestro ed a cui ho partecipato nel XI ciclo.

La mia impostazione sarà leggermente differente rispetto agli altri contributi in quanto dopo la conclusione del dottorato nel 2001 ho continuato a sviluppare la mia ricerca sui temi dell'istituzione politica che più mi affascinava, cioè quello dell'Unione europea. Il proseguimento

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi del Molise.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

della mia attività accademica mi ha portato ad essere chiamato quale professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi del Molise.

Il tema su cui il professor Lanchester, mio *tutor* ai tempi del dottorato, ci ha chiamato a riflettere è quella dell'evoluzione della forma di Governo parlamentare in Italia e nel diritto comparato.

Il mio punto di osservazione sarà quindi quello dell'Unione europea. Con riferimento a questo il tema da porsi - a mio avviso - è se sia applicabile all'Unione europea la nozione di forma di Governo (parlamentare).

2. Una riflessione pregiudiziale: l'individuazione della natura giuridica dell'Unione. I motivi giuridici della nascita del processo d'integrazione europea nel 1950: l'Unione europea come soluzione della crisi dello Stato nazionale sul continente europeo.

Al fine di valutare se si possa utilizzare nel caso dell'Unione europea la nozione di forma di Governo (parlamentare) è in primo luogo necessario accertare quale sia la natura giuridica dell'Unione. Questo al fine di individuare le categorie giuridiche applicabili a tale ente.

La natura giuridica dell'Unione, per riportare qui le conclusioni di un mio recente volume, è quella di un'organizzazione internazionale e non, come da alcuni sostenuto, una confederazione¹.

A ben vedere la particolarità dell'Unione europea non è tanto la sua natura giuridica - cioè quella di organizzazione internazionale - ma la finalità di tale ente, cioè - come si vedrà - la promozione della "pace" e del "benessere" dei popoli europei nel contesto di una comunità di valori (art. 3 c. 1 TUE).

Tale finalità è conseguenza del "motivo giuridico" della sua nascita, così come della nascita del processo d'integrazione europea²: cioè la crisi dello Stato nazionale sul continente europeo. Tale crisi è, in primo luogo, conseguenza della nascita della "contraddizione tra Stato e mercato" sviluppatasi dalla fine del XIX secolo. Cioè la dimensione dei mercati, divenuta ormai "internazionale", si poneva in contraddizione con la dimensione "locale" degli Stati nazionali. In altre parole, lo Stato nazionale non poteva più controllare e disciplinare il "fatto economico" divenuto di dimensione internazionale. Di ciò è prova - come ho approfondito in altra sede - lo sviluppo dell'economia cartellizzata sul territorio europeo a partire dalla fine del XIX (periodo in

¹ A. LA PERGOLA, *L'Unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di Confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in *Rivista Trimestriale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, 1. V. anche dal punto di vista politico, J. FISCHER, *From Confederacy to Federation: Thoughts on the Finality of European Integration*, in *Speech by Joschka Fischer at the Humboldt University in Berlin*, 12 maggio 2000, 2000, 5. Per un chiarimento di questo v. L.F. PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto*, Bari, Cacucci, 2021, 39.

² E' stato infatti sostenuto: "The question of what international organizations are is really much less important than the question of what they can do; and the answer in each case is largely dependent upon the relevant constitution. An international organization is an artificial and deliberate creation. It owes not only its existence but also its ability to act to the instrument which founds it", Q.C.E. LAUTERPACHT, *The Development of the Law of International Organization by the Decisions of International Tribunals*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden, 1976, 414.

cui negli Stati Uniti d'America era emanata, nel 1890, la normativa *antitrust* - lo *Sherman Act* - al fine di “combattere” i cartelli industriali)³.

Tale “contraddizione” portava gli Stati europei più forti - politicamente, economicamente e militarmente - ad estendere la propria sovranità territoriale seguendo l'ampliamento internazionale dei mercati. Tale ampliamento della sovranità territoriale avveniva in pregiudizio della sovranità territoriale degli altri Stati europei, creando quelli che possono essere definiti dei “conflitti di sovranità”. Questo, a sua volta, portava alla violazione del principio centrale dell'idea di sovranità su cui l'ente Stato è organizzato, cioè *Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*⁴: ossia l'impossibilità che all'interno di uno Stato sia esercitata un'autorità superiore a quella dello Stato stesso. Tale situazione determinava l'instabilità politica dei singoli Stati continentali europei - e conseguentemente l'instabilità del continente nel suo complesso - e, a sua volta, lo scontro bellico. In particolare, tale situazione politico-istituzionale aveva quale conseguenza, in ultima istanza, i tentativi dell'Impero tedesco nazista di estendere unilateralmente la propria sovranità territoriale in pregiudizio a quella degli altri Stati europei.

Le due guerre mondiali determinavano quello che può essere definito il “fallimento politico” del continente europeo nel XX secolo. Tale “fallimento” era causato dalla necessità d'intervento di Stati esterni all'Europa al fine di riportare la pace sul territorio continentale in una guerra iniziata per motivi e cause strettamente europee. In particolare, l'intervento di uno Stato esterno non solo al continente europeo ma anche allo spazio euroasiatico: cioè gli Stati Uniti d'America. Il “fallimento politico” del continente europeo consisteva quindi nel fatto che i “contrastati di sovranità” fra Stati - che avevano determinato la “deflagrazione” delle due guerre mondiali - determinavano una situazione di conflitto bellico irrisolvibile autonomamente da parte dei soli Stati del continente europeo.

3. L'Unione quale nuova fase dell'organizzazione politico-istituzionale del continente europeo. Somiglianze tra la finalità dell'Unione e il Federalist paper n. 1.

Come sopra affermato dal punto di vista giuridico l'Unione europea - e il generale processo d'integrazione europea - costituisce quindi il mezzo con cui gli Stati europei hanno cercato di risolvere la “crisi dello Stato nazionale” sopra individuata.

Il tipo di ente scelto dagli Stati per la soluzione di tale crisi è - sin dal Trattato CECA e come sopra ricordato - l'organizzazione internazionale. Ossia una forma di cooperazione che si era già sviluppata alla fine del XIX secolo. L'organizzazione internazionale permetteva di eliminare i “contrastati di sovranità” tra Stati. Infatti, gli Stati attribuivano all'ente - per mezzo dei Trattati - delle competenze per la realizzazione dei relativi obiettivi. A fronte di questo gli Stati si obbligano a non esercitare le proprie competenze sovrane - nei settori coordinati tramite l'organizzazione - eliminando quindi i relativi “conflitti di sovranità”. In questo senso la soluzione della “crisi dello

³ L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini al Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁴ Sul significato di tale principio nella cultura giuridica europea, v. E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni, 1966, 3.

Stato nazionale” è individuata non tramite la “distruzione” dell’ente Stato nazionale e la sostituzione di esso con un “super Stato” europeo, come sostenuto dall’“influyente teoria” del manifesto di Ventotene (1941). Diversamente tale soluzione è stata individuata dagli Stati nazionali tramite una forma di coordinamento tra di essi per mezzo di un ente istituito da un Trattato.

In questo senso l’Unione europea costituisce, nella sostanza, una nuova (stabile) forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo istituita da Stati (formalmente) sovrani. Essa costituisce quindi una nuova fase dell’organizzazione politico-istituzionale continentale nella bimillenaria storia dell’Europa. Ed infatti l’obiettivo dell’Unione europea non è molto differente, *mutatis mutandis* e con principi organizzativi e finalità assolutamente differenti, da quello dell’Impero romano, dell’Impero carolingio e del Sacro romano impero nel corso della storia, cioè quello di garantire la stabilità politica del continente europeo. Mentre in quei periodi la struttura tipica delle organizzazioni politico-istituzionali paneuropee era l’Impero⁵, l’Unione è istituita sulla base di un’organizzazione internazionale. Cioè il tipo di ente che si sviluppa dalla fine del XIX secolo a fronte di una sempre maggiore necessità di cooperazione tra Stati nazionali.

L’Unione, e più in generale il processo di integrazione europea, costituisce quindi - nel processo di organizzazione politico-istituzionale del continente - la fase successiva alla nascita degli Stati nazionali. Cioè enti organizzati su base nazionale che hanno avuto la loro compiuta evoluzione durante il XIX secolo. Enti che si fondavano sull’idea della “nazione” come “naturale unità dell’umanità” - per richiamare le parole di Mazzini -; a sua volta la nazione si organizzava - dal punto di vista politico-istituzionale - tramite l’ente Stato nazione.

Il fatto che l’Unione costituisca ancora oggi un’organizzazione internazionale è per altro confermata facendo riferimento a tre delle sue tante caratteristiche: la persistente dipendenza dell’Unione nei confronti degli Stati per quanto riguarda le “risorse proprie”; la modalità di legittimazione dell’ente; il fatto che l’Unione sia un ente derivato le cui competenze sono trasferite dagli Stati all’ente per il tramite dei Trattati.

Ed infatti l’Unione costituisce un ente funzionale alla cooperazione fra gli Stati membri e non alla creazione di un ente originario quale una federazione. Questo è dimostrato, tra l’altro, dalla mancanza di autonomia dell’Unione nel disporre delle risorse necessarie all’esercizio delle proprie competenze e politiche (cd. “risorse proprie”). Il livello delle “risorse proprie” dell’Unione per lo svolgimento delle proprie azioni è controllato “gelosamente” dagli Stati membri per mezzo del procedimento speciale *ex art. 311 TFUE* (come dimostrato dalla decisione sulle “risorse proprie” del 2020 emanata per l’istituzione del *Next Generation Eu*).

Inoltre, essendo l’Unione un’organizzazione internazionale, la legittimazione di tale ente avviene tramite gli Stati membri. In altre parole, l’Unione non è legittimata – come dimostrato dalla cd. *Brexit* - secondo le modalità tipiche degli enti statali.

Se quindi l’Unione europea ha mantenuto la sua natura giuridica di organizzazione internazionale, vi è stata un’evoluzione “rivoluzionaria” nelle sue finalità: un ordinamento che era stato istituito con l’obiettivo della creazione di un mercato interno - ad iniziare dal Trattato CECA

⁵ H. KOHN, *Nationalism: Its Meaning and History*, Princeton, Princeton University Press, 1955, 9.

-, è divenuto un ordinamento che ha quale obiettivo la tutela della persona e della sua dignità (art. 1 Carta UE, art. 6 TUE). Questo è conseguenza della caratteristica “intersoggettiva” dell’Unione e della successiva individuazione - da parte della Corte di giustizia - del principio dell’effetto diretto: ciò ha determinato la trasformazione dei singoli da destinatari di divieti a titolari di diritti giustiziabili davanti ai giudici nazionali⁶.

L’obiettivo dei Trattati dell’Unione - i cui “signori” continuano ad essere gli Stati membri - si avvicina così agli obiettivi che Thomas Jefferson intravedeva nella Costituzione federale americana nel XVIII secolo scrivendo il *Federalist paper* n. 1. Si potrebbe infatti dire che la funzione dei Trattati e del processo di integrazione europea nel suo complesso - ma con il centrale ruolo svolto dagli Stati membri - è quella di garantire la vita, la libertà e la ricerca della felicità, nel nostro caso, dei cittadini europei.

4. La natura giuridica dell’Unione e l’utilità della risposta di Benjamin Franklin nel 1787 alla domanda: “Doctor, what have we got? A Republic or a Monarchy?”.

Al fine di meglio comprendere la natura giuridica dell’Unione - e come questa sia distante da quella delle federazioni - è utile qui richiamare un evento che - si dice - sia accaduto nel 1787 al termine della redazione della Costituzione federale americana.

Sembra infatti che nel 1787 mentre Benjamin Franklin stava uscendo dalla *Constitutional Convention* di Philadelphia, gli venne chiesto quale fosse stato il risultato della Convenzione: “*Doctor, what have we got? A Republic or a Monarchy?*”. Franklin sembra avesse risposto: “*A Republic, if you can keep it!*”. In questo modo volendo sottolineare il ruolo che il “popolo” doveva svolgere per garantire la stabilità di un sistema di *self-Government* come quello degli Stati Uniti d’America.

Nel caso dell’Unione europea, a fronte di una simile domanda, la risposta sarebbe stata (ed è) differente e più complessa; questo perché la struttura dell’Unione è - sotto alcuni aspetti - più complessa di quella di uno Stato ad iniziare dal fatto che l’Unione non è titolare di una propria sovranità⁷. Quello dell’Unione, infatti, non costituisce un sistema di *self-Government*, non esistendo un popolo europeo (art. 3 c. 1 TUE) ed essendo essa legittimata - dal punto di vista giuridico - dagli Stati membri. L’Unione costituisce, da un punto di vista formale, un’organizzazione internazionale il cui diritto che promana dai Trattati, a fronte dell’autonomia del suo ordinamento giuridico, non è diritto internazionale ma autonomo diritto dell’Unione. I Trattati, dal punto di vista sostanziale, creano una stabile - quanto meno al momento - organizzazione politico-istituzionale continentale istituita da Stati nazionali (formalmente) sovrani.

Come concluso precedentemente, il “motivo” giuridico della nascita dell’Unione è dovuta alla crisi dello Stato nazionale in Europa nel XX secolo. La finalità dell’Unione è - individuando obiettivi generalissimi - duplice: la stabilità politica dei singoli Stati membri - e quindi dell’interno

⁶ L.F. PACE, *La natura giuridica*, cit., 90.

⁷ Sul punto v. E. TRIGGIANI, “*Il difficile cammino dell’Unione verso uno Stato federale*”, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, Cacucci, 2018; M. FRAGOLA, “*Sovranità dello Stato e ordinamento dell’Unione europea*”, in M. FRAGOLA (a cura di), *Temi di diritto dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2015; G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, Editrice Scientifica, 2006.

territorio continentale -; il miglioramento della “qualità della vita” dei cittadini europei all’interno degli Stati membri. Tale risultato è possibile anche in conseguenza del fatto che i popoli degli Stati membri condividono – anteriormente ed autonomamente dall’Unione, già dalla fine VI sec. d.C.⁸ - valori comuni che l’Unione è chiamata a garantire (art. 2 TUE). Ossia come affermato dal Trattato: “L’Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli” (art. 3 co. 1 TUE).

Gli Stati membri, in quanto enti istitutivi l’Unione, svolgono un ruolo centrale - e quindi hanno singolarmente una responsabilità speciale - per lo sviluppo e la stabilità del processo d’integrazione europea. A fronte di questo, se mai fosse formulata con riferimento all’Unione la domanda “*Doctor, what have we got?*” la risposta sarebbe (ed è): “*An international organization, if each and every Member State can keep it, in the interest of its own people and of the European Union!*”.

5. *L’inapplicabilità della nozione di “Governo” all’ordinamento giuridico dell’Unione.*

Al fine di rispondere al tema sottoposto dal professor Lanchester - e da me interpretato come domanda se sia applicabile all’Unione europea la nozione di forma di Governo (parlamentare) - è necessario partire da una constatazione. Cioè che l’Unione europea - quale organizzazione internazionale - presenta una serie di caratteristiche, tra cui una delle principali è quella dell’autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione, autonomia tanto dal diritto internazionale quanto dal diritto degli Stati membri.

Il tema dell’autonomia dell’Unione è strettamente collegato al tema del quadro istituzionale ed alla *governance* con cui l’Unione esercita le competenze e politiche attribuitele dal Trattato. Le varie *governance* sono organizzate sulla base del quadro istituzionale dell’Unione (art. 13 TUE).

La dottrina ha fatto spesso riferimento, riguardo alla modalità con cui il Trattato disciplina l’esercizio delle competenze, dei poteri e l’applicazione delle norme del Trattato, al concetto di “Governo dell’Unione”. Però l’uso della parola “Governo dell’Unione” rischia di creare delle incertezze e dei fraintendimenti sulla natura giuridica dell’Unione⁹. Questo perché il termine “Governo” è normalmente utilizzato per gli enti originari - e quindi sovrani - come gli enti statali. Al fine di evitare incertezze, appare quindi utile utilizzare a tal fine il termine di *governance* dell’Unione. Esso appare più coerente con la natura di organizzazione internazionale dell’Unione. Questo è per altro il motivo per cui nel diritto dell’Unione si preferisce utilizzare “terminologia” non di “origine statale”, preferendo fare riferimento a concetti “neutri” quali: “rete” (*European Competition Network*), “meccanismi” (Meccanismo europeo di Stabilità, il Meccanismo unico di supervisione, etc.).

⁸ Sul punto v. L.F. PACE, *La natura giuridica dell’Unione*, cit., 82.

⁹ K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *A Constitutional Perspective*, in T. TRIDIMAS, R. SCHUETZE (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, 104. V. anche G. SPERDUTI, *La CEEA: ente sopranazionale*, Padova, 1960, 16. Vittorio Emanuele Orlando sottolinea che la “Comunità avrà un suo ordinamento e perciò stesso un organo è un modo di manifestazione di volontà propria, capace di disporre di una propria forza, che dovrà essere in definitiva la forza di tutto il gruppo di Stati in tal modo coordinato in superstato”, V.E. ORLANDO, *La rivoluzione mondiale e il diritto* (1947), in ID., *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano, 1955, 373.

La *governance* dell'Unione definita nei Trattati deve però rispettare non solo il principio di autonomia, sopra richiamata, ma deve essere “in linea” con le caratteristiche della natura giuridica dell'Unione¹⁰. A fronte di questo, la *governance* dell'Unione deve essere concepita come inserita in un ente derivato dall'ordinamento internazionale (ma il cui diritto è autonomo diritto dell'Unione), titolare di competenze tecniche e non politiche - essendo l'Unione priva di una sua propria sovranità -, competenze attribuite dai Trattati per volontà degli Stati. In particolare la *governance* dell'Unione deve essere rispettosa del principio di autonomia in quanto tale principio ha quale obiettivo, tra gli altri, quello di tutelare - nell'esercizio delle competenze - il principio di uguaglianza tra gli Stati, principio sancito in Italia all'art. 11 Cost.

D'altra parte, i tentativi di ricostruire la *governance* dell'Unione secondo il modello del Governo statale¹¹ sono destinati a fallire, in primo luogo, in considerazione dell'obiettivo dell'Unione europea. Infatti, l'obiettivo dell'Unione non è quello di organizzare a livello europeo un ente che presenti le caratteristiche dello Stato nazionale, una sorta di “super Stato” europeo¹². Differentemente, l'obiettivo dell'Unione è proprio quello di istituire un ente - derivato dall'ordinamento internazionale ma non disciplinato dal diritto internazionale ma dal diritto dell'Unione - con la funzione di risolvere la crisi dello Stato nazionale sul territorio europeo.

Anche per questo motivo la *governance* dell'Unione è distinta dalla struttura tipica dei Governi degli Stati. Infatti, lo Stato ha quale obiettivo quello di organizzare politicamente tramite un ente sovrano la convivenza di una comunità, cioè un popolo, organizzata su base nazionale su di uno specifico territorio. Diversamente l'Unione, in quanto organizzazione internazionale, ha la finalità di disciplinare il rapporto fra Stati e non quella di “*framing and taming*” una - asserita - “*international public authority*”¹³. La finalità dell'Unione è quella di limitare i “contrast di sovranità” fra gli Stati del continente europeo sorti nel XX secolo a fronte della nascita della “contraddizione tra Stato e mercato”.

¹⁰ Sul punto v. L.F. PACE, *La natura giuridica dell'Unione*, cit., 90. Cfr. A. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè 1959, 44.

¹¹ Sul punto cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it.*, 2016, 11 ss.; T.E. FROSINI, *La dimensione europea della Forma di Stato e di Governo*, in *Federalismi*, Editoriale, 7 marzo 2012; G. DE VERGOTTINI, *Forma di Governo dell'Unione europea*, Enciclopedia giuridica, 2009, 319; COSTANZO, *Oscillazioni della "forma di Governo" dell'Unione europea nel "Traité simplifié compliqué"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 45; S. MANGIAMELI, *La forma di Governo europea*, in G. GUZZETTA (ed.), *Questioni costituzionali del Governo europeo*, Padova, Cedam, 2003, spec. 71; C. PINELLI, *Ipotesi sulla forma di Governo dell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 315. V. per tutti ibid. ma anche G.T. DAVIES, *A Time to Mourn-How I Learned to Stop Worrying and Quite Like the European Union*, in *Available at SSRN 1314696*, 2008, 1. Inoltre v. R. IBRIDO, *Il problema dei concetti nel diritto costituzionale europeo: note minime in tema di assetti di organizzazione costituzionale*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA (eds.), *Constitución e integración europea forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, Dykinson, 2017, 127.

¹² A mero titolo di esempio, nell'Unione non sono disciplinati principi tipici degli enti statali quale quello della “tripartizione dei poteri”. Nell'Unione il principio di riferimento è quello dell'equilibrio istituzionale: cioè quel principio funzionale a garantire l'equilibrio tra le singole istituzioni così come disciplinate nei Trattati. V. sul punto sentenza della Corte di giustizia del 14 aprile 2015, *Consiglio contro Commissione*, causa 409/13, ECLI:EU:C:2015:217, par. 64.

¹³ Così B. DE WITTE, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. DE BÚRCA, J.H.H. WEILER (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 56. V. anche A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *German Law Journal*, 2008, 1926. Sulla ricostruzione di un “potere pubblico” dell'Unione v. S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione Europea?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 141.

6. Lo specifico ruolo svolto dal Parlamento europeo nel contesto dell'Unione: il Parlamento europeo quale "organo di persone". L'assenza di una "fiducia" tra Parlamento e Commissione nei termini della forma di Governo parlamentare.

Avendo concluso che la nozione di forma di Governo non è applicabile all'ordinamento dell'Unione, ugualmente non applicabile ad esso la nozione più specifica di forma di Governo parlamentare.

Non ostante questo è ugualmente interessante ed utile prendere in considerazione il ruolo che il Parlamento europeo svolge all'interno dell'Unione (art. 14 TUE), ruolo profondamente differente dal ruolo dell'organo parlamentare nella forma Stato. Mentre il secondo svolge il ruolo di rappresentanza del "popolo" che lo Stato è chiamato a governare¹⁴, il primo rappresenta "i cittadini europei" (art. 14 c. 2 TUE) non essendo mai esistito un "popolo europeo" - come ricordato nel IX secolo dal biografo di Carlomagno¹⁵, così come espresso ora dal Trattato UE (art. 1 c. 2 TUE, art. 3 c. 1 TUE, etc.).

Dal punto di vista tecnico, la nozione di Parlamento, nel contesto dell'Unione, fa riferimento al concetto di "organo di persone", cioè ad una istituzione di un'organizzazione internazionale i cui membri non rappresentano la posizione dello Stato (o meglio del Governo) che li nomina. All'interno dell'organo essi rappresentano esclusivamente le proprie posizioni con l'obbligo d'indipendenza tanto dagli Stati membri quanto dai soggetti privati¹⁶. Tale caratteristica è disciplinata in numerosi organi dell'Unione (Commissione, Corte di giustizia, Corte dei conti, Parlamento, BCE, etc.) e costituisce una tecnica finalizzata a ridurre la natura intergovernativa dell'Unione e quindi garantire una maggiore autonomia dell'ente rispetto agli Stati membri¹⁷. Tale soluzione non è esclusiva dell'Unione. Essa, ad esempio, era già stata individuata, ancora prima che nel Trattato CECA, nell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO)¹⁸.

In conseguenza della sua natura di "organo di persone", i membri del Parlamento non sono nominati direttamente dagli Stati ma direttamente dai cittadini degli Stati membri¹⁹ rappresentando quindi interessi non coincidenti con quelli dei singoli Stati²⁰.

In particolare, l'istituzione del Parlamento europeo caratterizza l'Unione come un'organizzazione che vuole rappresentare, secondo quanto disposto dai Trattati, anche la volontà dei cittadini europei che sono tra loro collegati da valori comuni (art. 2 TUE). Essa costituisce, ad esempio, una sorta di "peso e contrappeso" nel procedimento normativo e

¹⁴ F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, p. 800. V. anche E. TOSATO, *Stato (teoria generale e diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1990, p. 759. V. così anche M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (ed.), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, 76.

¹⁵ Il poeta sassone scriveva nel IX sec. che l'Europa di Carlo Magno è "l'Europa dei popoli i cui nomi erano rimasti sconosciuti ai Romani".

¹⁶ Così A. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, cit., 288.

¹⁷ V. sul punto A. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 1959; R. MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, Torino, Giappichelli, 1965; U. DRAETTA, *Principi di diritto delle Organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁸ Sul punto v. R. MONACO, *Le Istituzioni internazionali di cooperazione europea*, Milano, Giuffrè, 1956, 9.

¹⁹ V. sul punto F. CAPOTORTI, *Parlamento europeo*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990. Sul fatto che la presenza del Parlamento europeo renderebbe l'Unione una "quasi federazione", v. M.L. SALVADORI, *Stato*, in *Enciclopedia Treccani.it*, 2006.

²⁰ M. ZULEEG, *Die Anwendbarkeit des parlamentarischen Systems auf die Europäischen Gemeinschaften*, in *Europarecht*, 1972, 15.

qualifica inoltre la peculiarità dell'Unione. Tale peculiarità - e le sue conseguenze giuridiche - è stata sottolineata nelle più importanti sentenze della Corte di giustizia²¹.

Un organo come il Parlamento europeo non costituisce però una novità dell'Unione. Infatti, una istituzione con caratteristiche simili, ma non coincidenti, era già stata istituita nel Consiglio d'Europa, cioè l'Assemblea (1949)²².

Nel contesto di questa raccolta di scritti sulla forma di Governo parlamentare è necessario porsi il quesito: esiste una sorta di “fiducia” tra Parlamento europeo e Commissione, l'organo “esecutivo” dell'Unione, così come succede tra Parlamento e Governo nella forma di Governo parlamentare?

La risposta non può che essere negativa.

È vero che sussiste una forma di responsabilità tra Parlamento europeo e Commissione tramite la cd. mozione di censura (artt. 17 c. 8 TUE e 234 TFUE, art. 119 Reg. Parlamento europeo.). Ma questa non costituisce, come è nel caso della forma di Governo parlamentare, il “ritiro” della fiducia conferita dal Parlamento al momento della creazione del Governo.

Infatti, la procedura di formazione della Commissione ha quale obiettivo non quello di costituire una “fiducia” tra Commissione e Parlamento. Tramite essa si vuole “formare” l'Istituzione che rappresenta l'interesse generale dell'Unione (art. 17 c. 1 TUE) in modo da ridurre l'influenza degli Stati - elemento comunque insostituibile ed anzi caratteristico dell'organizzazione internazionale - in modo da garantire l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione rispetto ai Governi dei singoli Stati.

E' quindi inapplicabile all'ordinamento dell'Unione la nozione di fiducia parlamentare tipica della forma di Governo parlamentare, come insegnato da Mario Galizia²³.

Né d'altra parte, per concludere, i Trattati disciplinano una forma di responsabilità politica dell'Unione nei confronti degli Stati membri a fronte dell'esercizio delle competenze ad essa attribuite dagli Stati²⁴. Questo sarebbe infatti in violazione del principio di autonomia. La conseguenza ultima della mancata condivisione da parte di uno Stato membro del progetto politico dell'Unione è il recesso come disciplinato dall'art. 50 TUE.

7. Conclusioni

Nel presente contributo ho cercato di rispondere, dal punto di vista teorico e pratico, alla domanda se sia applicabile la nozione di forma di Governo (parlamentare) all'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Le conclusioni del presente scritto è che non sia applicabile all'Unione europea - tenendo presente la sua natura giuridica - né la nozione di forma di Governo, né tantomeno la nozione di “Governo parlamentare”.

²¹ Per tutte, v. sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI:EU:C:1963:1, 1956, 23.

²² R. MONACO, *Le Istituzioni internazionali di cooperazione europea*, Milano, Giuffrè, 39.

²³ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra parlamento e Governo*, cit., 1.

²⁴ V. diversamente Lupo - Ibrido che sostengono che l'Unione parteciperebbe all'indirizzo politico degli Stati membri, v. R. IBRIDO, N. LUPO, “*Forma di Governo*” e “*indirizzo politico: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*”, in R. IBRIDO, N. LUPO (eds.), *Dinamiche della forma di Governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, Il Mulino, 2018, 16.

Tale conclusione è conseguenza, in primo luogo, della specifica natura giuridica dell'Unione, cioè quella di un'organizzazione internazionale la cui peculiarità è costituita dai suoi obiettivi, cioè: la soluzione della crisi dello Stato nazionale sul continente europeo così come la promozione della "pace" e del "benessere" dei popoli europei nel contesto di una comunità di valori (art. 3 c. 1 TUE).

Sotto questo aspetto l'Unione europea deve essere interpretata come la nuova forma di organizzazione politico-istituzionale del continente europeo. Ed infatti l'obiettivo dell'Unione europea non è molto differente, *mutatis mutandis* e con principi organizzativi e finalità assolutamente differenti, da quello dell'Impero romano, dell'Impero carolingio e del Sacro romano impero nel corso della storia, cioè quello di garantire la stabilità politica del continente europeo.

A fronte della sua natura giuridica l'Unione europea non presenta una forma di Governo, concetto nato ed applicabile agli enti statali. Differentemente l'Unione presenta una sua specifica *governance*. Parimenti non è applicabile all'Unione europea la nozione di "Governo parlamentare". Sebbene infatti i Trattati disciplinino l'istituto della "mozione di sfiducia" da parte del Parlamento europeo nei confronti della Commissione, questo non è funzionale a "ritirare" la fiducia come nella forma di Governo parlamentare. La Commissione, infatti, non è "costruita" a fronte della "fiducia" del Parlamento europeo, aspetto questo che violerebbe il centrale principio d'indipendenza della Commissione quale Istituzione che rappresenta l'interesse generale dell'Unione.

Postilla: l'autonomia del diritto dell'Unione rispetto al diritto internazionale ed al diritto degli Stati membri e la diretta conseguenza dal punto di vista accademico: la creazione di un autonomo settore disciplinare e concorsuale per il diritto dell'Unione europea.

Mi si consenta questa postilla scrivendo io, uno studioso di diritto dell'Unione formato nella Scuola del dottorato di Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, in un consesso di maestri e amici studiosi di diritto pubblico. Spero immaginare che se il prof. Galizia l'avesse letta, Lui, grande studioso della storia delle Istituzioni politiche, l'avrebbe quanto meno considerata positivamente.

La postilla parte dalle premesse per cui, come sopra approfondito, l'ordinamento dell'Unione si caratterizza, tra l'altro, per il "complesso" principio di autonomia. A fronte di ciò il diritto che promana dai Trattati non costituisce diritto internazionale ma autonomo diritto dell'Unione; così come, parimenti, quello dell'Unione è autonomo diritto rispetto a quello degli Stati membri. Il fatto che il diritto dell'Unione si caratterizzi per l'indipendenza tanto dal diritto internazionale che dal diritto degli Stati membri pone un problema centrale per la comprensione, analisi e capacità di previsione dell'evoluzione del processo d'integrazione europea. Cioè la non applicabilità ad esso di categorie del diritto pubblico internazionale o interno, come ho cercato di spiegare con riferimento alla nozione di forma di Governo parlamentare. Da qui la necessità di

analizzare tale ordinamento secondo le specifiche categorie giuridiche definite dai Trattati e come interpretate dalla Corte di giustizia.

L'interpretazione del diritto dell'Unione secondo le "proprie" categorie è essenziale, tra l'altro, perché si possano comprendere gli obiettivi dell'Unione (cioè, la soluzione della crisi dello Stato nazionale sul continente europeo; la promozione della "pace" e del "benessere" dei popoli europei nel contesto di una comunità di valori, art. 3 c. 1 TUE).

Tale specificazione presenta una rilevante conseguenza accademica, spesso criticata da studiosi di altre discipline; cioè la necessità di riconoscere e garantire per il diritto dell'Unione europea non solo un autonomo settore scientifico-disciplinare ma anche un autonomo settore concorsuale. Questo è infatti necessario, al di là dalle logiche accademiche, al fine di proteggere lo studio e la riflessione sulle categorie proprie del diritto dell'Unione.

Tale "garanzia accademica", voluta fortemente dal compianto prof. Giuseppe Tesauro, ha reso possibile - in una materia così giovane - lo sviluppo di studi finalizzati ad una migliore comprensione di cosa sia l'Unione europea e delle sue autonome categorie; autonome anche dalle affascinanti categorie tipiche della teoria dello Stato senza le quali, sia ben chiaro, l'Unione non sarebbe mai stata concepita.

Sotto questo aspetto lo studio e approfondimento del diritto dell'Unione europea e del suo futuro richiede - ad avviso di chi scrive - la necessità di unire le forze fra studiosi di materie distinte, cioè quello dello studioso della Teoria dello Stato e delle Istituzioni politiche comparate così come dello studioso di diritto dell'Unione europea. Studiosi che applicano categorie differenti, il primo relative all'ente statale e il secondo relativo allo specifico ordinamento dell'Unione europea. Unione europea che deve essere però inserita, come ho cercato di chiarire in questo mio contributo, nel contesto dello studio ed evoluzione delle Istituzioni politiche continentali.

Dello studio di queste ultime, come partecipanti al dottorato in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, dobbiamo ringraziare il suo fondatore, Mario Galizia, ed io, in modo particolare, al *tutor* della mia tesi, il prof. Fulco Lanchester.

ABSTRACT:

In this paper I have tried to answer, from both a theoretical and a practical point of view, the question of whether the notion of "parliamentary Government" is applicable to the European Union legal order. The conclusion is that neither the notion of "Government", nor the notion of "Parliamentary Government" are applicable to the European Union.

This conclusion is based in the first place on the specific legal nature of the Union, that is, that of an international organization whose peculiarity is constituted by its goals: the solution of the crisis of the "National State" on the European continent as well as the promotion of "peace" and "the well-being" of the peoples of Europe in the context of a community of values (art. 3 c. 1 TEU).

In this respect, the European Union must be interpreted as the new form of political-institutional organization of the European continent. As a matter of fact the goals of the European Union are not very different, *mutatis mutandis* and based on absolutely different principles and goals, from that of the Roman Empire, the Carolingian Empire and the Holy Roman Empire in the course of history: that is to guarantee the political stability of the European continent.

Given its legal nature, the European Union does not sets forth a form of “Government”, a concept created and applicable to State entities only. On the other hand, the Union has its own specific governance.

Likewise, the notion of “Parliamentary Government” is not applicable to the European Union. In fact, although the Treaties set forth the “motion of censure” by the European Parliament *vis-à-vis* the Commission, this is not functional to the “withdraw” of confidence as in a “Parliamentary Government”. In fact, the Commission is not “built” in the face of the “confidence” of the European Parliament, an aspect that would violate the central principle of independence of the Commission as the Institution representing the general interest of the Union



Paola Piciacchia*

Carré de Malberg (letto attraverso la lezione di Galizia) e le trasformazioni della forma di governo parlamentare**

SOMMARIO: 1. Premessa: perché rileggere Carré de Malberg in un contesto di trasformazione (e crisi) della forma di governo parlamentare. – 2. Carré de Malberg e la lezione metodologica di Mario Galizia - 3. Carré de Malberg e il passaggio dalla sovranità parlamentare alla sovranità popolare nell'evoluzione della forma di governo parlamentare. – 4. Conclusioni.

1. Premessa: perché rileggere Carré de Malberg in un contesto di trasformazione (e crisi) della forma di governo parlamentare

L'iniziativa lanciata dal Prof. Fulco Lanchester di rendere omaggio alla figura e agli studi di Mario Galizia attraverso contributi sulle trasformazioni della forma di governo parlamentare rappresenta una seria occasione per riflettere sull'attualità della lezione metodologica dell'insigne Maestro in un contesto come quello attuale in cui la forma di governo parlamentare - soprattutto in Italia, ma non solo - sta subendo una serie di contraccolpi dovuti ad una molteplicità di fattori, perlopiù riconducibili alla crisi della rappresentanza politica.

La forma di governo parlamentare è oggi, non a torto, ritenuta non più **“in grado di garantire quelle prestazioni minime di unità e di governo che una nazione ha diritto di attendersi”¹** di fronte alle evidenti disfunzionalità in molti paesi. Tali disfunzionalità, a loro volta, sono sicuramente il riflesso di una serie di fattori tra i quali troviamo le spinte della

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Cfr. C. FUSARO, *La fine del governo parlamentare in Europa*, in <http://www.libertaeguale.it/la-fine-del-governo-parlamentare-in-europa/>, 12 novembre 2019.

globalizzazione² e delle nuove modalità di *governance*³, che sono andate ad incidere profondamente sulla rappresentanza. La progressiva perdita di centralità delle autorità nazionali, dovuta alla perdita del potere decisionale verso l'alto e verso il basso ha posto un effettivo problema per la rappresentanza politica che viene collegata “alla crisi definitiva della democrazia parlamentare” e all'affermarsi di nuovi modelli e fenomeni “che provocano l'obsolescenza delle istituzioni parlamentari”⁴. Proprio la globalizzazione – caratterizzata “dal passaggio dall'economica industriale a quella finanziaria” e dominata dai processi di “digitalizzazione e privatizzazione”⁵ – ha fatto emergere spazi “non più contrassegnat[i] dai confini statali” nei quali “gli individui, perdono i loro punti di riferimento..i partiti risultano inadeguati alla selezione degli eletti..la politica smarrisce ogni pretesa di strutturare l'economia in funzione dell'unità nazionale e rinuncia alla funzione di selezione e composizione degli interessi”⁶, in una dinamica di crisi del corpo elettorale, crisi dei partiti e crisi della rappresentanza stessa. Tutto ciò ha condotto ad una visione in cui la rappresentanza politico-elettorale ha cominciato a non essere più vista come “un meccanismo in grado di rispecchiare la complessità delle istanze sociali e il processo di istituzionalizzazione con cui la si è messa in forma, la rappresentanza parlamentare” ma sempre più percepita come una “gabbia perversa delle esigenze di partecipazione democratica”⁷. Tale condizione di crisi si è progressivamente trasmessa a cascata anche sulla “rappresentatività del personale politico parlamentare” come conseguenza oltre che “della complessità delle società civili e politiche, della trasformazione delle tradizionali fratture e della apparizione di nuove domande” anche della “perdita..formale di centralità delle tradizionali istituzioni rappresentative collegiali con la conseguente affermazione della personalizzazione della contesa nelle società di massa per la conquista di posizioni monocratiche”⁸. Si aggiunga, inoltre, che la società civile può godere, oggi, di canali immediati di partecipazione non più necessariamente filtrati dall'azione partitica⁹ e questo si traduce in un nuovo tipo di collegamento tra stato e società civile attraverso

² Sulle interazioni tra globalizzazione e costituzionalismo v. F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014; S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 2 ss. Sulla connessione tra costituzionalismo moderno, globalizzazione e costituzione v. inoltre AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013; S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna, Il Mulino, 2013; ID., *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, 2017; G. AZZARITI, S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, Esi, 2014. V. anche il meno recente A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002 che venti anni fa introduceva la riflessione su temi divenuti di stringente attualità nella seconda decade del XXI secolo.

³ T.E. FROSINI, *Prefazione* a C. BASSU, G. CARBONI, (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2016, IX ss., scrive “..il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali su sistemi di negoziato inter organizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale, quali, fra i principali, sovranità, governo e rappresentanza.. “E’ quindi un diritto che raccoglie una serie delle più varie misure che non corrispondono più alle tradizionali formule nazionali, che mettono in discussione financo il sistema rappresentativo”.

⁴ V. G. MESSINA, *Diritto liquido? : la governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, cit., 333.

⁵ C. BASSU, G. CARBONI, (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., 1.

⁶ *Ivi*.

⁷ V. G. MESSINA, *Diritto liquido? : la governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, cit., 333.

⁸ F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, cit. 13. Sul tema dei partiti politici e assetti democratici v. diffusamente anche F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011. V. altresì ID., *La Costituzione sotto sforzo*, Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2020.

⁹ M. LUCIANI, *Governo (Forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto - Annali*, vol. III, Milano, 2009, 563.

“l'immediata immissione degli interessi sociali nel sottosistema istituzionale nel quale essi acquisiscono senza ulteriori adempimenti la qualificazione pubblicistica”¹⁰.

La crisi della forma di governo parlamentare è quindi connessa a tutti questi fattori¹¹, tra quali sicuramente spicca la crisi dei partiti politici imputabile come è stato sottolineato al “venir meno” della loro “funzione sistemica”¹², al venir meno stesso della “sovrapposizione identificazione della società civile, dei partiti e dello stato”¹³ e della loro capacità di rappresentazione della società civile della quale essi erano, invece, divenuti indiscussi protagonisti con l'avvento della democrazia di massa agli inizi del Novecento¹⁴. Condizione che, non a caso, pone la dottrina di fronte al problema della necessità di un aggiornamento delle stesse tradizionali classificazioni delle forme di governo nel tentativo di riuscire a coglierne meglio gli elementi rilevanti¹⁵.

A questo quadro va aggiunto, di contro, la progressiva trasformazione delle forme di governo e l'evidente tendenza, anche nelle forme di governo parlamentari, verso modelli di rafforzamento e di “presidenzializzazione” degli esecutivi “che hanno la possibilità di partecipare a decisioni da cui sono sostanzialmente esclusi gli organi legislativi”¹⁶ e che accumulano ormai più esperienze costituzionali¹⁷.

Tale tendenza, ormai in atto da anni, è oggi ulteriormente aggravata dalle dinamiche innestate in tutti i Paesi dalla crisi pandemica da Covid-19 che ha inevitabilmente portato in Italia e negli altri Paesi ad una torsione dei rapporti tra Parlamenti e Governi, le cui maggiori ricadute hanno comportato per i Parlamenti un forte indebolimento della loro fondamentale funzione, al punto di mettere in discussione quella che lo stesso Galizia individuava, nella forma di governo parlamentare, come nucleo centrale del rapporto fiduciario ovvero il momento instaurativo della fiducia, considerato l'elemento essenziale del regime parlamentare al quale riconnettere anche l'indirizzo politico che deve necessariamente essere “formato da direttive incondizionatamente vincolanti, sufficientemente precise, anche se aperte in modo da adattarsi elasticamente ai continui sviluppi della realtà sociale, poste con adeguata pubblicità e nel rispetto del dialogo maggioranza-minoranza”¹⁸.

¹⁰ M. LUCIANI, *Ibidem*, 564: “Fatale, dunque, la perdita di presa dei partiti politici (aiutata, peraltro, anche dal – forse solo contingente – favore ottenuto dalla prospettiva del partito “leggero” o – come si ama dire oggi – “liquido”) e fatale, parallelamente, il dubbio sulla tenuta di impianti concettuali nei quali i partiti mantengono una centralità che – almeno allo stato – non è più loro.

¹¹ Aspetti evidenziati anche in P. PICIACCHIA, *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo*, Napoli, Jovene, 2017, 13 ss.

¹² M. LUCIANI, *Governo (Forme di)*, cit., 563.

¹³ *Ivi*.

¹⁴ *Ivi*.

¹⁵ Sul punto v. M. LUCIANI, *Governo (Forme di)*, cit., 586: “E’ evidente che, rispetto all'impostazione tradizionale si perde in sintesi e si guadagna in analisi, ma i vantaggi appaiono largamente superiori agli svantaggi, per l'ormai diffusamente riconosciuta incapacità delle classificazioni tradizionali di offrire indicazioni non sommarie su ciò che accumuna e ciò che differenzia le singole forme di governo...sempre con la consapevolezza di abbandonare l'eccesso di modellistica e di pretesa classificatoria e di imboccare la strada dell'analisi puntuale degli elementi rilevanti della forma di governo in quanto forma”.

¹⁶ F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, cit., 14.

¹⁷ Ancora attuali risultano in tal senso alcuni gli studi sul tema: cfr. V. T.E. FROSINI, *Il premierato nei governi parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2004; A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO (a cura di), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007; T.E. FROSINI ET. AL. (a cura di), *Il presidenzialismo che avanza*, Roma, Carocci editore, 2009.

¹⁸ M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 392.

Alla luce di queste premesse, appare in questa sede utile rileggere alcune pagine di Carré de Malberg che nei primi decenni del secolo scorso si fece interprete delle trasformazioni della forma di governo parlamentare in un contesto di profonde trasformazioni dovute al passaggio dallo stato liberale allo stato di democrazia pluralista. E, infatti, come è stato acutamente osservato¹⁹, da molti anni (nel passaggio tra XX e XXI secolo) si sta registrando un cambiamento epocale comparabile proprio a quello avvenuto nel periodo compreso tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo con l'allargamento del suffragio e l'avvento dei partiti politici di massa. Anche allora cambiarono le caratteristiche della stessa democrazia che dopo essersi sviluppata nel corso del XIX secolo come democrazia rappresentativa fondata sul ruolo egemone della classe borghese si andò evolvendo fondandosi sul ruolo dei partiti politici di massa²⁰. Ma anche nei primi decenni del Novecento, di fronte ai cambiamenti prodotti dall'avvento delle masse nella vita politica, la stessa forma di governo parlamentare fu messa in discussione e si aprì un dibattito non solo sulla sua capacità di far fronte alle trasformazioni in atto ma anche sulla conciliabilità del parlamentarismo con consultazioni popolari, in particolare con il referendum.

Sono questi i motivi che ci inducono ad una rilettura di alcune pagine di Carré di Malberg, una rilettura però operata attraverso gli occhi di Mario Galizia, il quale è stato, a sua volta, uno dei maggiori interpreti in Italia del positivismo giuridico di Carré de Malberg. Galizia ci ha fornito le coordinate attraverso le quali analizzare e comprendere il pensiero dell'eminente studioso d'Oltralpe, e, con esse, ci ha fornito, al tempo stesso, un'ulteriore chiave di lettura dell'impianto metodologico che ha sempre animato le sue opere.

2. Carré de Malberg e la lezione metodologica di Mario Galizia

Mario Galizia ha dedicato alla forma di governo parlamentare una parte cospicua dei suoi studi²¹. L'importanza degli studi del Maestro per una riflessione sul tema non è quindi circoscritta al volume, *Studi sui rapporti tra parlamento e Governo* del 1972, seguito, come è noto, ad una versione provvisoria del ***Lineamenti generali del rapporto di fiducia fra parlamento e governo (I e II) del 1964 di cui ne viene riproposto il contenuto, e a diversi scritti sull'argomento, alcuni apparsi sull'Enciclopedia del Diritto negli anni Sessanta***, ma si estende all'intera sua produzione attraverso la quale negli anni costruisce e sviluppa metodologicamente il suo approccio alla scienza giuridica. Ed è proprio all'approccio metodologico di Galizia che vorrei

¹⁹ B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 219.

²⁰ Sugli sviluppi della scienza giuridica in quegli anni v. F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2004; M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* 1963, vol. XXXIII. Vedi altresì F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 1994; ID., *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino, Giappichelli, 1998.

²¹ Si veda, in particolare, M. GALIZIA, *Nomina e fiducia: il presidente della Repubblica e la formazione del governo*, Firenze, Nocchioli, 1954; ID., *Lineamenti generali del rapporto di fiducia fra parlamento e governo*, Milano, A. Giuffrè, 1959; ID., *Crisi di gabinetto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 11, Milano, A. Giuffrè, 1962, pp. 367-393; ID., *Lineamenti generali del rapporto di fiducia fra parlamento e governo*, Milano, A. Giuffrè, 1964; ID., *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 17, Milano, A. Giuffrè, 1968, pp. 388-427; ID., *Caratteri del regime parlamentare inglese del Settecento: in tema di incompatibilità fra la carica di Ministro e l'appartenenza al Parlamento*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, Cedam, 1974, pp. 2371-2414; ID., *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, A. Giuffrè, 1972; ID., *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati* (a cura di M. Galizia), Milano, A. Giuffrè, 2007.

qui fare riferimento perché è attraverso di esso che Galizia ci “guida” nell’interpretazione malbergheriana.

Proprio a Carré de Malberg, Mario Galizia dedica, infatti, uno dei suoi studi più illuminati attraverso il quale non solo ci indirizza nella lettura delle opere sull’illustre studioso francese ma vi traspone la sua stessa impostazione metodologica, inserendosi anche con questo scritto nel dibattito della scuola italiana di diritto pubblico, di matrice orlandiana, che – come Galizia in premessa al saggio ebbe a sottolineare – subirà “un’influenza dovuta alla ricchezza degli spunti che emergono dal pensiero di Carré de Malberg ma altresì al suo metodo, a quel suo particolare “positivisme juridique” che si avvicina molto alle tecniche di ricerca proprie del costituzionalismo italiano dell’ultimo periodo..”²².

Nel lungo saggio, - ma tale è il respiro da poter essere considerata una vera e propria monografia - dal titolo Il positivisme juridique di Raymond Carre de Malberg²³ pubblicato nel 1973 su Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Galizia si cala nel pensiero del “maître strasbourgeois” rilevandone le apparenti contraddizioni e le rilegge alla luce di quel “relativismo” che per Galizia rappresenta un aspetto peculiare del positivismo giuridico di Carré de Malberg volto, in qualche modo, a risanarne le crepe, laddove se ne intravedano.

Galizia non rifugge²⁴ dall’inquadramento del pensiero e delle opere di Carré de Malberg nell’ambito del filone di studi dell’epoca laddove, ricorda, Carré de Malberg fu erede di due prestigiose tradizioni giuridiche, quella tedesca²⁵ e quella francese che tra l’Ottocento e i primi decenni del Novecento diedero vita all’ “*âge d’or*” del pensiero giuridico ma al tempo stesso ne sottolinea l’originalità per aver saputo coniugare il metodo e i concetti della dottrina tedesca con i dati forniti dalle istituzioni francesi alla ricerca di principi validi per una Teoria generale dello Stato. L’illustre studioso, pur collocandosi nel solco della tradizione costituzionalistica francese tracciata tra il XIX secolo e l’inizio del XX da grandi teorici quali Esmein, Hauriou, Duguit²⁶, se ne distinguerà per metodo e approccio scientifico, dando vita ad una ricostruzione teorica improntata al “positivismo giuridico” di matrice tedesca quale espressione – come scrisse Galizia - dell’ “esigenza di canalizzare il consenso verso le istituzioni dello Stato al fine di garantire la loro stabilità”²⁷.

“Carré de Malberg, - scrive Galizia – intende tradurre in una più compiuta costruzione giuridica le istituzioni che traggono le loro basi nella lunga evoluzione nazionale francese, rifacendosi attraverso un’analisi critica alle idee ispiratrici della grande rivoluzione”²⁸. E nel

²² M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carre de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 2, 1973, 335.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sull’influenza della dottrina tedesca sul pensiero di Carré de Malberg cfr. M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 2, 1973, p. 339 ss. Su Carré de Malberg, v. più di recente, É. MAULIN, *La théorie de l’État de Carré de Malberg*. Paris, Presses Universitaires de France, 2003; D. MINEUR, *Carré de Malberg: Le positivisme impossible*. Paris, Michalon, 2010; J. TAVOILLOT, *Constitution et système de gouvernement chez Raymond Carré de Malberg*, in *Jus Politicum*, n° 25, 2021, <http://juspoliticum.com/article/Constitution-et-systeme-de-gouvernement-chez-Raymond-Carre-de-Malberg-1363.html>

²⁵ Laband, Jellinek.

²⁶ Cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico “Filipp Serafini”*, vol. XXXIII, 1963, 1-110.

²⁷ M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., 354.

²⁸ M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carré de Malberg*, cit., 336.

rilevare questo aspetto di fondo sottolinea anche che, contrariamente al valore assoluto che spesso viene attribuito alle sue inquadrature “un aspetto peculiare che contraddistingue il positivismo giuridico di Carré de Malberg è il relativismo”²⁹. Galizia in questo passaggio del suo saggio spiega come Carré de Malberg pur partendo da alcuni concetti di base considerati come assiomi imprescindibili della ricerca giuridica dell’epoca – quali il potere e l’unità dello Stato, la produzione del diritto – questi “pur non ponendosi come una immediata derivazione del contenuto di specifiche norme di un singolo ordinamento, non sono assunti *a priori* in forza di motivazioni esclusivamente logiche, sono pur sempre identificati storicamente, alla stregua della valutazione dell’esperienza giuridica del tempo nel suo complesso, in corrispondenza alla configurazione attuale della società e al grado di sviluppo raggiunto dalle istituzioni dello Stato nei Paesi politicamente evoluti”³⁰. Nell’evidenziare tali elementi Galizia riconosce comunque l’intento di Carré de Malberg di “riallacciarsi in modo continuo e necessario alle *règles* di un ordinamento giuridico positivo, allo specifico ‘*ordre juridique en vigueur*’ ed essere condizionate dal variare del medesimo”, di “delineare un disegno ‘qui correspond aux donnés d’un certain droit positif’”³¹, intento che, ci ricorda Galizia, - per l’eccessivo riferimento al diritto positivo francese presente nelle sue opere dalla *Contribution à la théorie générale de l’État* a *La loi, expression de la volonté générale* - valse a Carré de Malberg, che voleva contribuire invece alla costruzione della teoria generale del diritto, la critica di non aver fornito una teoria generale del diritto e dello Stato ma di essere, piuttosto, un teorico della Terza repubblica³². Tale approccio “relativistico” di Carré de Malberg sia pure, a tratti abbandonato a favore di toni più assolutizzanti³³, viene a più riprese ricordato da Galizia non senza sottolineature in ordine talvolta ad un suo ridimensionamento: “L’angolazione articolata – scrive Galizia – con cui Carré de Malberg considera l’esperienza giuridica nel suo insieme, sottolineando la specificità di ogni ordinamento giuridico statale, legato alla peculiarità del suo assetto normativo e dal suo variare nel tempo, e che lo porta ad una prospettiva problematica e relativistica della nozione di ordinamento giuridico, consentendogli di tenere conto delle diversità esistenti fra i diversi ordinamenti giuridici e dei condizionamenti che nei loro confronti esercita la situazione storica, tende a restringersi, nel momento in cui egli, nel porsi ad esaminare dall’interno i lineamenti del singolo ordinamento giuridico, e nel fissare la propria impostazione metodologica, è spinto a dare alla stessa un tono più monodico”³⁴. Cosicché Galizia evidenzia come Carré de Malberg rimanga ben saldo nell’idea che “il giurista dovrebbe rivolgersi verso una sola direzione conoscitiva, quella fissata dalla dominante ‘*volonté étatique*’; e conseguentemente l’attività interpretativa dello stesso dovrebbe concentrarsi nel definire l’assetto normativo dei vari istituti”³⁵ anche quando risponde a chi fa appello ai fatti reali “si les notions juridiques se basent sur des faits, il faut bien remarquer que leur objet n’est point tant d’exposer ces faits en eux-mêmes que d’exprimer les relations juridiques qui en découlent, relations qui ont nécessairement un caractère abstrait”³⁶. Ma rintraccia anche il relativismo con cui Carré de Malberg si avvicina al ragionamento giuridico dominato da considerazioni di pura

²⁹ *Ibidem*, 357.

³⁰ *Ibidem*, 358.

³¹ *Ibidem*, 359.

³² V. nota n. 60, *Ibidem*, p. 359-360.

³³ Come ci ricorda Galizia, nel caso, del tema delle consuetudini, *Ibidem*, 360.

³⁴ M. GALIZIA, *Il positivismo giuridico di Raymond Carré de Malberg*, cit., 364.

³⁵ *Ibidem*, 364.

³⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, Paris, Sirey, 1920, I, 21.

logica³⁷ evidenziando come per lo studioso questo debba essere sì “strumentale ai ‘donnés positifs’”, fondare la sua correttezza sulla sua ‘conformité avec les règles préétablies’, sulla sua capacità di ‘constater et déclarer..le droit institué’” ma che non possa essere riconosciuta “una forza giuridica assoluta”.³⁸

Galizia dimostra dunque che Carré de Malberg “pur valorizzando le esigenze formalistiche inerenti alla scienza del diritto quale ricerca scientifica rigorosa ha accenti più ricchi di sfumature di quelli che si riscontrano usualmente nell’ambito dei seguaci del positivismo giuridico”³⁹.

Tali accenti – osserva Galizia – si rinvengono con ancor più marcata evidenza nel “diffuso ricorso che egli fa alla storia”⁴⁰.

Pertanto Carré de Malberg pur prestando attenzione al punto di partenza della sua analisi che è sempre “l’attenta valutazione del testo delle norme e la meta quella della classificazione e sistemazione concettuale dei dati normativi”⁴¹, non manca di andare più a fondo nell’esperienza giuridica e sebbene egli rimarchi l’autonomia della scienza del diritto rispetto alla ricostruzione storica, nei suoi studi “attenua – rileva ancora Galizia – il significato della premessa assunta, considerando consentito e anzi altamente proficuo l’uso della storia da parte del giurista purché effettuato in funzione dell’interpretazione giuridica, integralmente strumentalizzato agli scopi propri della scienza giuridica”⁴².

È in quest’ottica che Galizia individua nell’ampiezza della visione storica di Carré de Malberg il rilievo che egli attribuisce agli “interessi, le forze economiche e politiche che sottostanno alle norme e che sono utilizzate da Carré nelle sue operazioni di sistemazione concettuale dei dati normativi” e che stimolano Carré de Malberg “a valorizzare gli apporti del diritto comparato attraverso ampi riferimenti sia alle istituzioni straniere, sia alla letteratura di altri Paesi”⁴³ come il riferimento all’esperienza di Weimar dimostra.

Galizia individua qui un nodo che egli aveva già affrontato nel 1963 nelle proprie ricerche in un altro studio sulla ricostruzione dei profili comparativi della scienza del diritto costituzionale a cavallo tra il XIX e il XX. Egli aveva evidenziato la considerazione, in contrapposizione all’impostazione metodologica di quegli anni improntata al positivismo giuridico, della prospettiva storica, sociologica⁴⁴ e politica presente nelle indagini di alcuni autori francesi dell’epoca⁴⁵ da Esmein a Hauriou, Duguit, Pierre, Duez, Gordon, da Burdeau a Capitant, Mirkine-Guetzévitch, Giraud, Soulier, Deslandres i quali sia pure con sfumature ed intonazioni diverse si fecero interpreti di un nuovo approccio metodologico, aperto all’apporto delle altre scienze sociali.

Di Carré de Malberg, che nel 1963 Galizia aveva contrapposto a questi autori per l’impostazione metodologica, nel 1973 sottolineerà proprio l’attitudine dell’A. - pur nel solco tracciato dalle norme e senza discostarsene - “a considerare le finalità che si è proposto il legislatore; gli interessi che lo hanno sollecitato e quelli che sottendono la legge nella sua

³⁷ M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carré de Malberg*, cit., 366.

³⁸ *Ivi*.

³⁹ *Ididem*, 267.

⁴⁰ *Ibidem*, 269.

⁴¹ *Ibidem*, 268-269.

⁴² *Ivi*.

⁴³ *Ibidem*, 370.

⁴⁴ Cfr., M. GARCÍA VILLEGAS, A. LEJEUNE, *La sociologie du droit en France: De deux sociologies à la création d'un projet pluridisciplinaire ?*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 1, 2011, Vol. 66, 1-39.

⁴⁵ M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 4 ss.

evoluzione successiva; le radici storico-ideologiche degli istituti; lo stesso contenuto dei lavori preparatori”⁴⁶. Attitudine che Galizia rileva nei diversi profili affrontati da Carré de Malberg nelle sue opere: da quello relativo alla decisione giurisdizionale⁴⁷, a quello relativo alla demarcazione tra politica e diritto⁴⁸, a quello relativo al sindacato di costituzionalità delle leggi⁴⁹, alla sovranità⁵⁰.

Galizia ricostruisce capillarmente il senso dell’approccio alla storia di Carré de Malberg nelle sue opere. E per ciò che attiene il tema specifico del rapporto tra politica e diritto - che Carré de Malberg affronterà anche nel momento in cui si porrà, come vedremo più avanti, il problema dell’integrazione del parlamentarismo con strumenti di democrazia diretta, Galizia sottolinea come l’A. si approcci alla politica come “descrizione scientifica della realtà strutturale delle istituzioni politiche” e che “pur distinguendo queste dall’ordinamento giuridico quale insieme della ‘*législation positive*’, venga poi, attraverso il ricorso alla storia, ad agganciare lo studio della normazione giuridica del ‘*droit positif national*’ all’esame approfondito della realtà politica che lo sorregge, cosicché ‘*l’investigation et le raisonnement juridique*’ gli appaiono strettamente condizionati dalla dinamica effettiva delle istituzioni politiche”⁵¹.

Infine, l’analitica disamina che Galizia sviluppa nelle pagine del suo saggio dei passaggi più rilevanti dell’opera di Carré di Malberg gli serve anche - come da lui stesso ammesso - “per dimostrare la profondità dell’analisi mediante la quale egli affronta il tema dello sviluppo politico e inquadra in termini relazionali la nozione di potere, come fulcro dell’organizzazione costituzionale”⁵².

Alla luce di quanto suesposto, occorre sottolineare, come anticipato in premessa, che i nodi individuati in questo studio da Galizia corrono in parallelo con l’approccio metodologico che anima le sue stesse opere, il quale pur influenzato dall’approccio metodologico dell’epoca - che egli ripercorre nell’opera *Scienza giuridica e diritto costituzionale* del 1954⁵³ - viene integrato dalla sua visione con i forti accenti alla storia, in particolare alla storia costituzionale e alla comparazione giuridica di cui Galizia si avvale nelle ricostruzioni nell’analisi di alcuni ordinamenti delle esperienze costituzionali di altri paesi come l’Inghilterra, la Francia, la Germania⁵⁴ con un indirizzo storico-ricostruttivo e tuttavia attento al dato normativo oltre che alla costituzione materiale. Come egli stesso ebbe d’altronde a sottolineare nel volume *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo* dove dichiarò, - in merito all’analisi della nomina del Governo - che si sarebbe attenuto “alle norme e non ‘ai fatti in se stessi’”⁵⁵ ricordando come esse (le norme) costituiscano l’ “oggetto essenziale della ricerca giuridica”⁵⁶ e richiamando alla loro intrinseca natura divisa tra

⁴⁶ M. GALIZIA, *Il positivisme juridique di Raymond Carré de Malberg*, cit., 372.

⁴⁷ *Ibidem*, 370 ss.

⁴⁸ *Ibidem*, 380 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, 385 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, 431 ss.

⁵¹ *Ibidem*, 381.

⁵² *Ibidem*, 485.

⁵³ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954.

⁵⁴ M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, cit., 394 ss.

⁵⁵ M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, cit., 132.

⁵⁶ Cfr. *ivi*, nota 2 nella quale Galizia scrive: “Di fronte alle tendenze sempre vive nel diritto costituzionale..di porre ad oggetto dell’indagine ‘i fatti sociali in sé stessi’, in quanto tali, bisogna ancora ribadire il principio che oggetto essenziale della ricerca giuridica sono le norme giuridiche, sempre in ogni settore, e quindi anche nel diritto costituzionale nella medesima analisi dell’organizzazione costituzionale. Ciò per giustificare il modo con cui abbiamo condotto l’indagine nel corso del presente lavoro, anche in riferimento alle considerazioni da noi svolte nel saggio *Scienza giuridica e diritto costituzionale*. Al riguardo, riallacciandoci a quanto abbiamo detto in tale studio...crediamo utile rilevare che se le norme, necessariamente, in quanto pongono delle qualificazioni nell’ambito dei possibili comportamenti umani, tipizzandone alcuni specifici nelle regole

“essere” e “dover essere”⁵⁷. Ma senza dimenticare la necessità di “delineare con esattezza anche i raccordi fra la norma e i fatti in quanto tali, fra le norme giuridiche e la più ampia struttura sociale da cui derivano e su cui operano, incuneandole così in tutto il contesto culturale in cui si innestano”⁵⁸ e senza dimenticare che i “fatti pur assumendo rilievo nella ricerca del giurista... non si sovrappongono alle norme giuridiche, non si confondono con esse” ma vengono studiati “a scopo puramente funzionale ; per individuare meglio con maggiore adeguatezza, le varie possibili formulazioni sistematiche delle norme, e, fra queste, quella più corretta” o quelle che appaiono più corrette “in relazione ai fini pratici che guidano la ricerca del giurista, alle esigenze morali e storiche che sollecitano la sua attività”⁵⁹.

Un approccio valido anche per le considerazioni sulla costituzione in senso materiale - che Galizia considera come elemento integrante dell’analisi - che “salda l’insieme delle regole, che formano l’ordinamento, alla società da esse organizzata, ne assicura la vigenza, la coesione e il dinamismo” ma che esclude possa “essere ritenuta fonte di validità della costituzione formale e delle altre norme giuridiche dell’ordinamento”⁶⁰ quanto piuttosto il contrario laddove “il risultato della sua ‘potenza’ sul terreno giuridico sono proprio le norme giuridiche comunque venute in essere positivamente nell’ambito di quella società, particolarmente quelle costituzionali, e il modo in cui tali norme vengono effettivamente a vigere e ad articolarsi tra loro”⁶¹.

Una visione, dunque, quella galiziana, che ci accompagna e introduce alla lettura di Carré de Malberg svelandone gli aspetti anche più eclettici e aperti ad angolazioni diverse.

Al tempo stesso questa è una visione che ci porta inoltre – a mio avviso – a sfumare il monolitico riferimento al Maestro come storico, storicista, storico-comparatista e delle dottrine politiche a favore di una più complessiva considerazione del suo metodo volto ad analizzare – come avevo avuto modo già di sottolineare qualche anno fa⁶² - l’oggetto delle sue ricerche attraverso diverse prospettive, con la finalità ultima di rendere il vero senso del fenomeno giuridico e andare alle radici profonde dell’atteggiarsi del fenomeno giuridico stesso. Un approccio animato da una continua “tensione” verso la ricerca della ricomposizione in sintesi di opposte sensibilità, dell’equilibrio tra un’attenzione fondamentale al dato giuridico, sia pure in un’angolazione storicista, e un approccio improntato al realismo, che connota tutta l’opera di

che esprimono, hanno rispetto ai comportamenti concreti un ineliminabile carattere ontologico, esse rappresentano tuttavia, considerate nella loro struttura, un dato esistenziale”.

⁵⁷ Ivi, nota 2, di cui si riporta un altro brano funzionale alla ricostruzione dell’impostazione metodologica galiziana: “Il loro ‘dover essere’ – scrive Galizia in riferimento alle norme – nei confronti dei comportamenti futuri non elimina la appartenenza delle norme in sé stesse alla sfera dell’ “essere” giacché, attraverso le *loro statuzioni*, esse fissano, organizzano l’assetto giuridico di una particolare società, le sue linee giuridiche di esistenza, le modalità di sviluppo che deve seguire l’azione individuale per essere valida nel campo dell’esperienza giuridica. Il “dover essere” delle norme non che una proiezione esterna del loro “essere”. E solo il chiarimento di tale contemporaneo “essere” e “dover essere” permette di cogliere in maniera integrale la loro essenza. Molte delle tendenze fattualistiche indicate sono originate invero proprio dal trascurare un simile elemento: l’esistenza effettuale immediata delle medesime norme. Le norme giuridiche non sono così un elemento metastorico, astratto: esse fanno parte della dinamica concreta dell’esperienza e non vi è quindi alcuna necessità di abbandonare la prospettiva delle stesse, oppure di collocarle su un piano deteriore, inferiore, per trasferire l’indagine sul terreno dei ‘fatti per sé stessi’, considerando questo l’unico elemento concretamente esistente, affermando che l’effettiva realtà del diritto è al di fuori della formulazione normativa. I medesimi c.d. fatti normativi valgono invero per il giurista in quanto siano riusciti ad esprimere una norma positiva ed, anche in questa ipotesi, l’oggetto dell’indagine giuridica, il dato su cui si svilupperà l’opera dell’interprete non potrà perciò non essere la norma giuridica”.

⁵⁸ *Ibidem*, 133, nota 2.

⁵⁹ *Ibidem*, 134, nota 2.

⁶⁰ *Ibidem*, 136

⁶¹ *Ibidem*, 136, nota 2.

⁶² P. PICIACCHIA, *L’eredità umana e culturale di Mario Galizia*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 3, 2014, 56.

Galizia nella quale si ravvisano i caratteri fondamentali della sua impostazione metodologica⁶³. Aspetti questi, che con diverse intensità sono stati ricordati dalla dottrina laddove è stato rilevato l'approccio metodologico multidisciplinare, “non chiuso e non formalistico”⁶⁴, che si avvaleva del fondamentale ausilio di altre discipline, anche quelle extra-giuridiche, per la comprensione piena del dato giuridico, per Galizia richiami imprescindibili in ogni ricerca di diritto costituzionale che testimoniano tutto il suo amore e il suo profondo attaccamento per l'unità della scienza giuridica.

3. Carré de Malberg e il passaggio dalla sovranità parlamentare alla sovranità popolare nell'evoluzione della forma di governo parlamentare

Tra coloro, dunque, che nei primi decenni del secolo scorso si inserirono nel dibattito sulla trasformazione della forma di governo parlamentare si inserisce dunque Carré de Malberg, uno dei maggiori studiosi francesi del XX secolo e profondo interprete del positivismo giuridico di matrice tedesca

Occorre in premessa ricordare che in Francia, le sorti del moderno parlamentarismo alle origini⁶⁵ furono legate alla “rottura rivoluzionaria”, “la cui radicalità senza precedenti” inaugurò in primis “una condizione d'instabilità politico-istituzionale..destinata a protrarsi per un secolo e mezzo”⁶⁶, e configurò poi “un diverso monismo incentrato proprio sul parlamento”⁶⁷.

L'affermazione della sovranità della Nazione e del principio della rappresentanza politica, unitamente all'affermazione del dogma della superiorità della legge⁶⁸, di matrice rivoluzionaria e giacobina, quale espressione della volontà generale⁶⁹ caratterizzeranno la nascita e l'evoluzione del parlamentarismo francese, di cui, proprio Carré de Malberg fu uno dei maggiori interpreti.

Egli, attento all'orientamento del positivismo giuridico del suo tempo, sarà appunto, nella prima fase dei suoi studi, uno dei teorici della forma di governo parlamentare monista, cui si riferirà con logica potente ricollegandosi, nella sua opera maggiore la *Contribution à la Théorie générale de l'État*⁷⁰, al principio unico e fondamentale della sovranità parlamentare. A suo avviso, attraverso le Camere – le quali sono viste come “l'autorità iniziale e suprema sia per quanto concerne il potere esecutivo sia per quanto concerne la materia legislativa”⁷¹- si esprime la concezione dell'unità del potere dello Stato nella consapevolezza che il governo parlamentare sia “stato istituito espressamente con lo scopo di assicurare la preponderanza delle Assemblee sull'autorità preposta al governo”⁷². Per Carré de Malberg che si ricollega alla tradizione rivoluzionaria francese, è a partire dalla Costituente del 1789 – la quale “segna per lui il solco su cui si svolge tutto il successivo diritto pubblico francese”⁷³ - che il principio di “tout-puissance

⁶³ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁴ G. AMATO, *La lezione di Mario Galizia*, in *Il Politico*, Anno LXXIX (1), gennaio-aprile 2014, 182-184; Si veda altresì P. G. GRASSO, *Mario Galizia e la scienza del diritto costituzionale*, in *Il Politico*, Anno LXXIX (1), gennaio-aprile 2014, 189-192.

⁶⁵ A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, cit., 17.

⁶⁶ *Ivi*.

⁶⁷ *Ivi*.

⁶⁸ Sulle concezioni della legge in Francia v. L. FAVOREU, *La loi*, in AA.VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1798 à 1898*, Paris, Economica, 1990, 79-101.

⁶⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

⁷⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, Tomo I e Tomo II, 1920, 1922.

⁷¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, Tomo II, cit., 74.

⁷² *Ibidem*, 81.

⁷³ M. GALIZIA, *Il positivismo giuridico di Raymond Carre de Malberg*, cit., 378.

de la loi” farà da sfondo all’evoluzione delle istituzioni francesi, cosicché “anche nella costituzione del 1875 il sistema politico appare imperniato su una sostanziale ‘souveraineté parlementaire’”⁷⁴. Come Galizia ci ha insegnato, Carré de Malberg facendo ricorso ad elementi di storia costituzionale – e nonostante le premesse metodologiche - riuscirà a ricostruire il diritto costituzionale francese e a dare un’interpretazione delle istituzioni della Terza Repubblica descrivendone i principi e ritrovandone l’origine storica nel pensiero politico del 1789.

Come è noto, però agli inizi del XX secolo, l’estensione del suffragio mise progressivamente in crisi la concezione di matrice liberale che vedeva nelle istituzioni parlamentari le depositarie della sovranità attraverso la rappresentanza della Nazione. Pertanto, lo stesso Carré de Malberg, qualche anno più tardi, in un’analisi che lo porterà a ritrovarsi sul terreno della politica del diritto, comincerà a ripensare il ruolo della sovranità parlamentare della Terza Repubblica nell’ottica di una più profonda riforma dello Stato che doveva consistere nel “democratizzare il parlamentarismo francese sostituendo la sovranità popolare alla sovranità parlamentare”⁷⁵.

Teorico della forma di governo parlamentare monista⁷⁶ Carré de Malberg, di fronte all’avvento della democrazia di massa e alla crisi del parlamentarismo comincerà quindi a spostare la sua attenzione sul tema della sovranità popolare e a ripensare il ruolo della sovranità parlamentare della Terza Repubblica. Così, nel corso degli anni la penetrante analisi di Carré de Malberg del diritto pubblico francese porterà lo studioso ad attenuare la sua posizione imperniata sul ruolo dell’Assemblea come unica interprete della III Repubblica per spostare l’attenzione sul problema della sovranità popolare, sacrificata, per l’A. nella Terza Repubblica a tutto vantaggio delle oligarchie di governo che si esprimevano nel principio rappresentativo e che avevano usurpato il ruolo di fonte di legittimità democratica al popolo lasciato di fatto estraneo al processo decisionale⁷⁷.

La riflessione dell’eminente giurista si sposterà quindi prima sulla sovranità popolare⁷⁸ e in un secondo momento, sotto l’influsso delle riflessioni stimolate in lui dalla guerra, sul problema dell’introduzione di elementi di democrazia diretta nell’ambito nel regime parlamentare, volti a restituire alla sovranità popolare il ruolo di principio informatore e fondatore di tutto il sistema⁷⁹. Sono questi temi che Carré de Malberg svilupperà nell’opera *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875* del 1931⁸⁰ e in un saggio apparso, sempre nel 1931, sulla *Revue du Droit Public* dal titolo *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme* dedicato alla riflessione sulla conciliabilità tra parlamentarismo e democrazia diretta⁸¹, nel quale ammetterà, nel quadro di un ripensamento critico della forma di governo parlamentare, la possibilità di sovrapporre alla sovranità fittizia del popolo quella reale che ad esso compete.

⁷⁴ *Ivi*

⁷⁵ R. CAPITANT, *Carré de Malberg et le régime parlementaire*, in AA.VV., *Centenaire de Carré de Malberg, Journées d’études*, Paris, Dalloz, 1966, 145.

⁷⁶ Cui si riferirà con logica potente ricollegandosi, nella sua opera maggiore la *Contribution à la Théorie générale de l’État* al principio unico e fondamentale della sovranità parlamentare. Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Paris, Tomo I e Tomo II, 1920, 1922.

⁷⁷ Cfr. R. CAPITANT, *Carré de Malberg et le régime parlementaire*, cit., 145.

⁷⁸ Sul tema della sovranità popolare v. T. E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁷⁹ *Ibidem*, 142 ss.

⁸⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, 1931.

⁸¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Revue du Droit Public*, 1931, 225-244.

Come è stato sottolineato⁸² vi sono profonde differenze tra la *Contribution à la théorie générale de l'État* pubblicato nel 1920, scritto prevalentemente prima della grande Guerra, e *La loi, expression de la volonté générale* scritto nel 1931. La posizione di Carré de Malberg tenderà ad evolvere. Se, infatti, nella *Contribution à la théorie générale de l'État*, il principio di sovranità nazionale viene considerato la “vérité morale sur le terrain du droit » attraverso cui « la Constituante fait accomplir au droit public un grand progrès qui consiste à distinguer désormais le souverain des personnages qui détiennent en fait la souveraineté »⁸³, negli scritti degli anni Trenta, in particolare nella “*La loi, expression de la volonté générale*” e nell’articolo *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme* (1931), Egli si avvicina al principio di sovranità popolare.

Come è stato sottolineato, questa appare il frutto “d’un constat amer chez notre auteur: alors que le principe de souveraineté nationale devait empêcher l’existence de tout corps ou individu en situation de quasi-transcendance sur l’ordre juridique, il le permet au contraire en interdisant tout contrepoids au pouvoir du représentant”⁸⁴ che lo porterà a criticare il parlamentarismo assoluto della Terza Repubblica e ad invocare l’introduzione in Francia di istituti di democrazia diretta quali il referendum.

Non è dunque un caso che l’A. abbia cominciato a subire il fascino della Costituzione di Weimar e a guardare con occhi diversi quegli “Stati che sovrappongono al potere legislativo delle Camere la possibilità di richieste popolari di referendum” dove è il popolo che assume al rango supremo per l’acquisizione del potere di pronunciare il rigetto o l’adozione definitiva delle decisioni parlamentari”⁸⁵ e a valorizzare l’istituto dello scioglimento nel senso forte disegnato da Weimar⁸⁶.

Nel famoso saggio apparso sulla *Revue du Droit Public* nel 1931 Carré de Malberg sottolineava innanzitutto l’analogia tra le trasformazioni del parlamentarismo in atto nel XX secolo con la richiesta di innesti di democrazia diretta e le trasformazioni che nel XIX secolo avevano portato le monarchie assolute a diventare monarchie limitate o temperate attraverso concessioni e carte ottriate. In tal senso rilevava come la partecipazione popolare, per coloro che ne erano i fautori, fosse destinata non solo a soddisfare le esigenze di ordine democratico ma anche a portare un elemento di moderazione al potere, giudicato eccessivo del Parlamento così come in passato era accaduto per il potere regio assoluto⁸⁷.

Carré de Malberg ricordava come le pratiche parlamentari dopo il 1875 avevano portato all’affermarsi del parlamentarismo assoluto fondato sulla concezione del regime rappresentativo nato dalla rivoluzione francese che vedeva esprimere la sovranità nazionale in Parlamento, dal corpo degli eletti che enunciavano la volontà generale. In tal senso egli sottolineava come i cittadini di fronte al potere sovrano del Parlamento erano di fatto esclusi dalla possibilità di esprimere una volontà differente da quella dei loro eletti. Malberg⁸⁸ continuava osservando come contro il parlamentarismo assoluto fosse già da tempo in atto un movimento che invocava

⁸² G. BACOT, *Carré de Malberg et l’origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985, 7.

⁸³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l’État*, Paris, Sirey, Tomo II, cit., 171.

⁸⁴ J. TAVOILLOT, *Constitution et système de gouvernement chez Raymond Carré de Malberg*, cit.

⁸⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Revue du Droit Public*, 1931, 228.

⁸⁶ V. P. PICCIACCHIA, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, Milano, Giuffrè, 1998, 16 ss.

⁸⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 227.

⁸⁸ *Ivi*.

aggiustamenti volti a “substituer au parlementarisme absolu un régime de puissance parlementaire limitée et mitigée”⁸⁹. A tal proposito elencava i filoni relativi alle proposte di riforma costituzionale che in quel periodo stavano alimentando il dibattito sulla riforma dello Stato. Fra questi, il rafforzamento dell'Esecutivo dotato di poteri indipendenti e in grado di costituire un secondo centro di rappresentanza popolare, l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi⁹⁰ e, infine, l'introduzione di meccanismi di partecipazione diretta dei cittadini alla determinazione delle scelte pubbliche.

Quanto al rafforzamento dell'Esecutivo, questo è senz'altro uno dei maggiori aspetti dibattuti in quel periodo dalla dottrina che lo declinerà in diversi modi⁹¹. Merita, infatti, ricordare che in Francia, dove l'evoluzione della Terza Repubblica portò presto, dopo la crisi del 1877⁹² e l'inaugurazione nel 1879 della *Constitution Grevy*, al lento scivolamento del regime parlamentare verso forme di assemblearismo caratterizzate dall'eclissamento della figura del Capo dello Stato e dalla caduta in desuetudine del potere di scioglimento e dalla forte instabilità governativa, si fece strada un ampio dibattito sull'evoluzione del parlamentarismo, sulla riforma dello Stato e sulla ricerca dell'adattamento della democrazia parlamentare alle nuove condizioni emerse, sul piano interno, con l'irruzione delle masse nella vita politica.

Tra i principali interpreti di questo dibattito fu Joseph Barthélemy⁹³, il quale attraverso le sue opere cercò – nel momento in cui la democrazia rappresentativa diventava recessiva “devant le formes le plus variées de la dictature”⁹⁴ di delinearne i rimedi dalla crisi sviluppando l'idea di un potere legislativo meno potente e meglio scelto e di un potere esecutivo “restauré”⁹⁵ attraverso la soppressione del principio di irresponsabilità del Capo dello Stato e l'allargamento del collegio

⁸⁹ *Ivi*.

⁹⁰ Sul punto v. M. GALIZIA, *Il positivismo giuridico di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., p. 404, il quale ricorda: “Nell'evoluzione storica della Terza Repubblica, il momento più noto, sul piano politico, del dibattito sul controllo di legittimità costituzionale dei giudici comuni, è lo schieramento favorevole, sul quotidiano *Le temps* di Henry Barthélemy, Beudant, Duguit, Haurou, Mestre, Moye, Moreau, che prende le mosse dal caso del vicepresidente del Senato Ratier, che era stato sottoposto a giudizio penale per essersi rifiutato di prestare giuramento di fronte ad una commissione parlamentare d'inchiesta per brogli elettorali, adducendo l'incostituzionalità della Legge c.d. Rochette, del 23 marzo 1914 sui poteri delle commissioni di inchiesta”.

⁹¹ Sul dibattito sulla riforma dello Stato negli anni Trenta in Francia v. P. PICIACCHIA, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, Milano, Giuffrè, 1998, 10 ss.; ID., *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo*, Napoli, Jovene, 2017, 23 ss.

⁹² L'utilizzo il 16 maggio 1877 da parte del maresciallo Mac Mahon del potere di scioglimento costituzionalmente riconosciuto, nel tentativo di imporre un Gabinetto di orientamento presidenziale, fu assimilato ad una sorta di colpo di stato e mise fine al tentativo di far funzionare il parlamentarismo “dualista” così come emergeva dalla forma di governo delineata dalle leggi costituzionali del 1875, nata dal compromesso tra monarchici e repubblicani, questi ultimi, a loro volta divisi tra liberali e radicali. Nelle leggi costituzionali del 1875 al rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo faceva da *pendant* la figura di un Presidente della Repubblica dotato di poteri abbastanza ampi e in grado di dirimere le controversie facendo ricorso allo scioglimento anticipato. L'ascesa alla presidenza della Repubblica di Jules Grevy nel 1879 inaugurò una fase in cui la pratica di oscuramento dell'esecutivo entrerà *ipso facto* nella tradizione repubblicana francese e la caratteristica assembleare del sistema, tendente a cristallizzarsi intorno all'assemblea parlamentare, diventerà sempre più un modello dove la figura del Presidente della Repubblica si eclissa, il Governo, pur non mancando momenti forti, vede il suo ruolo fortemente attratto nell'orbita parlamentare mentre il Parlamento diviene il “guardiano dell'ortodossia repubblicana”. Cfr. P. PICIACCHIA, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, cit., 7 ss.

⁹³ J. BARTHÉLEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Marcel Giard, 1906; ID., *La crise de la démocratie représentative*, Paris, Marcel Giard, 1928; ID., *La crise de la démocratie contemporaine*, Paris, Sirey, 1931; ID., *Precis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1932.

Sul pensiero di Joseph Barthélemy v. inoltre G. MARTINEZ, *Joseph Barthélemy et la crise de la démocratie libérale*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 59, n.1, 1998, 28-47.

⁹⁴ J. BARTHÉLEMY, *La crise de la démocratie représentative*, cit., 7.

⁹⁵ J. BARTHÉLEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, cit., 762.

elettorale del Presidente della République. Per Barthélemy non si trattava di trasformare lo spirito delle leggi costituzionali del 1875 ma di modificare quello che considerava un troppo accentuato trasferimento di poteri dal Capo dello Stato alla Camera dei Deputati, operato nel corso dell'evoluzione costituzionale della Terza Repubblica.

La necessità di uno spostamento del baricentro istituzionale dal Parlamento al Governo fu anche l'idea centrale di Léon Blum⁹⁶ nella *Lettres sur la réforme gouvernementale* nonché di Émile Giraud il quale puntò l'accento sulla crisi dello Stato moderno, sul moltiplicarsi di suo compiti, sul problema dell'ingovernabilità, e dunque sul problema del necessario rafforzamento dell'Esecutivo⁹⁷. Né è da dimenticare l'apporto di Mirkine-Guetzévitch che nel 1931 aveva ben posto il problema evidenziando come “il vero senso del regime democratico esige il rafforzamento dell'esecutivo” e che “il vero senso politico del regime parlamentare nelle democrazie è la formazione dell'Esecutivo”⁹⁸, convinzione ribadita più volte negli anni successivi laddove affermerà che “il senso politico del parlamentarismo si definisce con una sola formula: la maggioranza deve avere il suo Esecutivo, il suo Gabinetto” esprimendosi in tal modo per il “primato politico dell'Esecutivo”⁹⁹.

Carré de Malberg tuttavia tenderà nel saggio del 1931, così come ne *La loi, expression de la volonté générale*, ad escludere l'idea che il rafforzamento dell'Esecutivo con l'introduzione di un dualismo potesse essere un valido rimedio; esso infatti veniva ritenuto durevole e praticabile solo a patto “qu'il fût superposé au Parlement et au Gouvernement un supérieur commun, qui serait seul le maître véritable, et qui ne pourra être que le peuple, celui-ci ayant seul qualité, en cas de dissentiments entre les deux autorités rendues mutuellement indépendantes, pour prononcer souverainement”¹⁰⁰. Per Carré de Malberg le ipotesi di allargamento del collegio elettorale del Presidente della Repubblica, le ipotesi di collaborazione aperta e regolare del Presidente con il capo del Gabinetto o i ministri o la stessa collaborazione tra Presidente e capi dei gruppi parlamentari, lo stesso pieno ripristino del potere di scioglimento erano contrari all'unità dello Stato¹⁰¹.

Allo stesso modo, egli tenderà a mostrarsi dubbioso nei confronti della “sola” introduzione del controllo di costituzionalità come rimedio al potere di fatto illimitato del Parlamento consacrato nella Costituzione del 1875, sottolineando invece la necessità di introdurre meccanismi di limitazione del potere delle Camere.

È invece sull'idea di introdurre meccanismi di partecipazione diretta del popolo che Carré de Malberg mostrerà il suo favore. Per Carré de Malberg questo non avrebbe dovuto comportare la sostituzione integrale del sistema rappresentativo con la democrazia diretta quanto l'integrazione

⁹⁶ L. BLUM, *Lettres sur la réforme gouvernementale*, Paris, Gras.et, 1918, ripubblicato nel 1936.

⁹⁷ Cfr. E. GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Paris, Sirey, 1938, passim; ID., *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, Paris, Sirey, 1938.

⁹⁸ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1931, 230.

⁹⁹ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions européennes*, Paris, Puf, 1951, trad. it., *Le Costituzioni europee*, Milano, Ed. Comunità, 1954, 51 ss.

¹⁰⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 226.

¹⁰¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, cit., 201: “En tant qu'elles prétendent introduire un régime d'indépendance respectif entre le Parlement et le Gouvernement, (elles) viennent se heurter aux exigences de l'unité de l'État. L'unité indispensable à l'État exclut la possibilité de juxtaposer, en concurrence, deux foyers de la volonté nationale, constitués par deux autorités qui posséderaient, chacun de son côté, fût-ce dans des sphères de compétences matérielles différentes, un libre pouvoir de décision et d'action”.

di istituti – come l’iniziativa popolare – “tendant à procurer des avantages combinés du parlementarisme et de la démocratie”¹⁰². In tal modo, il Parlamento non avrebbe più avuto il monopolio dell’espressione della volontà generale in quanto i cittadini sarebbero stati ammessi ad esercitare il potere legislativo attraverso l’iniziativa popolare e in tal modo le decisioni delle Camere non avrebbero assunto il carattere e la forza di decisioni sovrane se non a condizione di una loro ratifica esplicita o tacita, attraverso una votazione popolare o attraverso l’assenza di una richiesta di referendum¹⁰³. In questa conversione del parlamentarismo il “senso profondo” : sarebbe dunque stato il popolo a diventare il vero sovrano forte della possibilità di pronunciarsi in ultima istanza, in modo tale che “souveraineté et volonté générale est conforme ou se retrouvent ainsi identifiées l’une avec l’autre, leur siège dans le peuple”¹⁰⁴.

Carré de Malberg, tuttavia, non si pone il problema della percorribilità di una tale evoluzione del parlamentarismo quanto piuttosto se questa sia auspicabile. Egli pur richiamando il dibattito relativo alla non conciliabilità tra parlamentarismo e istituti democratici, fondato sul presupposto che il parlamentarismo sviluppatosi nel solco del sistema rappresentativo fosse opposto alla democrazia, ricorda che invece in molti testi costituzionali contemporanei potere parlamentare e potere del popolo sono contemporaneamente ammessi e che l’introduzione nell’organizzazione statale di istituti come il referendum non fa venir meno il ruolo rappresentativo del Parlamento così come – sottolinea riprendendo la premessa iniziale – “dans le système de la monarchie limitée, le chef de l’Etat restait monarque au sens précis du mot”¹⁰⁵. Cosicché nei regimi parlamentari integrati dal referendum il Parlamento esercita i suoi poteri su riserva dei diritti del popolo, i suoi poteri rappresentativi non vengono eliminati ma solo limitati da quelli dei rappresentati. Chiarito dunque il passaggio relativo alla conciliabilità tra parlamentarismo e istituti di democrazia diretta, Carré de Malberg si addentra in considerazioni relative all’auspicabilità e all’opportunità di una tale sovrapposizione.

Dopo aver sgombrato il campo da qualsiasi osservazione sull’utilità degli istituti di democrazia, tema sul quale dichiaratamente non si sofferma limitandosi a richiamare Flitz Fleiner e il bilancio positivo da quest’ultimo tracciato sui benefici degli istituti di democrazia diretta nell’esperienza svizzera¹⁰⁶, Carré de Malberg sposta la prospettiva su profili di ordine teorico interrogandosi sulla conciliabilità tra il sistema parlamentare (e le concezioni su cui esso si fonda) e gli innesti di democrazia (diretta). Contrariamente a quanti ritenevano di dover ricorrere alla razionalizzazione tecnica scevra da basi ideologiche, Carré de Malberg risponde come non possa farsi astrazione totale della “logica delle istituzioni”, espressione che Egli richiama citando Esmein¹⁰⁷, sottolineando come non si possa non fare riferimento ad una razionalizzazione le cui ragioni si basano sullo spirito delle istituzioni facendo attenzione a non compromettere la sequenza logica delle idee¹⁰⁸.

¹⁰² R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 227.

¹⁰³ *Ivi*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 229.

¹⁰⁵ *Ibidem*, 229.

¹⁰⁶ F. FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, in *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, 1930, 282 ss (citato da Carré de Malberg in *Considérations*..cit.)

¹⁰⁷ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose, 1903, 3e éd. (1896); ID., *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1909.

¹⁰⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 230-231. Cfr. sul punto le osservazioni di M. GALIZIA, *Il positivismo giuridico di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., 384, il quale a proposito della demarcazione operata da Carré de Malberg tra politica e

In primo luogo Carré de Malberg si rifà al principio rappresentativo. Egli ricostruisce l'evoluzione del parlamentarismo come processo di rafforzamento delle assemblee legislative di fronte alla Corona, fondata essenzialmente sull'origine elettiva dei loro membri elezioni dei rappresentanti, fondamento rappresentativo esaltato in Francia dalle costituzioni rivoluzionarie. Per Carré de Malberg la concezione iniziale del parlamentarismo, che vedeva nel diritto dei cittadini di concorrere alla formazione della legge attraverso i propri rappresentanti, confermata durante il XIX secolo sia pure – secondo l'A. – attraverso la banalizzazione dell'espressione utilizzata di “sistema di governo d'opinione”¹⁰⁹ “implique aussi que, dans ce régime, il est rationnel et conforme alla nature des choses que le droit du corps populaire aillent en croissant”¹¹⁰. Di qui – sottolinea Carré de Malberg – l'idea che il parlamentarismo sia un regime di transizione destinato a sfociare se non necessariamente nella democrazia integrale almeno in un sistema misto di democrazia rappresentativa e di istituti di democrazia diretta.

Seguendo questa logica Carré de Malberg sottolinea come sia opportuno che al popolo,¹¹¹ arrivato alla piena maturità, pur se non in grado di portare avanti i compiti dello Stato lasciati al governo, sia concesso di intervenire su questioni se non è più d'accordo con i governanti. È in quest'ottica – scrive Carré de Malberg - che fu introdotto il diritto di scioglimento che tuttavia non ha lo stesso grado di precisione per il popolo riducendosi alla sola consultazione elettorale rispetto al referendum; a meno di non ripetere la consultazione ad ogni occasione in cui il Parlamento debba prendere decisioni di una certa importanza permanendo comunque il limite di non poter intervenire sulle decisioni già prese. Di qui l'importanza del referendum che viene visto come “complement suffisant de l'idée de représentation parce seul il donne satisfaction au concept sur lequel repose le régime représentatif, à savoir que, par les élus, c'est le sentiment du corps populaire qui se manifeste”¹¹². E in effetti, per Carré de Malberg questo concetto comporta come conseguenza il riconoscimento del diritto per i cittadini di manifestare un sentimento contrario a quello manifestato per suo conto dai rappresentanti¹¹³.

In secondo luogo, è anche al concetto della legge come “espressione della volontà generale” sancita dall'art. 6 della Dichiarazione dei diritti del 1789 che Carré de Malberg si ricollega per arrivare all'idea dell'introduzione del referendum. Egli sottolinea come la forza della legge risieda nel fatto che i cittadini hanno il diritto di concorrere alla sua formazione. Carré de Malberg ricorda la forza espansiva di questo concetto che, come nessun altro, è stato capace di imporsi portando all'affermazione del parlamentarismo assoluto e alla sua giustificazione¹¹⁴, ma ne evidenzia anche le contraddizioni laddove esso – ricorda l'A. - è stato utilizzato per giungere alla costruzione di un regime parlamentare che tende ad escludere ogni partecipazione dei cittadini al di là del momento elettorale, sostituendo la sovranità parlamentare a quella nazionale e comportando, di

diritto, sottolinea: “Gli interventi di politica costituzionale sono differenziati dallo stesso Carré de Malberg in due categorie essenziali. C'è il livello dell'angolazione problematica ‘de politique pratique ou d'opportunité’, relativamente alla quale l'esame va fatto ‘à la luer de raisons d'ordre utilitaire et technique’, per soppesare i possibili ‘bienfaits’ e le possibili ‘défectuosité’. Vi è poi il livello della ‘rationalisation’ fondata sull’ ‘idéologie’, in cui si tratta di far leva non sugli ‘avantages d'ordre purement utilitaires’ bensì sulle ‘raisons qui se tirent du fondement, de l'esprit, de la portée interne des institutions’”.

¹⁰⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 232-

¹¹⁰ *Ivi*.

¹¹¹ Sui temi della cittadinanza, stato e democrazia in Carré de Malberg cfr. O. BEAUD, *Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie*, in *Jus politicum*, n. 8. 2012, 1-58.

¹¹² R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 233.

¹¹³ *Ibidem*, 234.

¹¹⁴ *Ivi*.

fatto, che “l’idée de souveraineté de la volonté générale a été retournée contre ceux-la même de qui peut émaner l’expression de cette volonté”¹¹⁵.

Alla luce di queste ricostruzioni, Carré de Malberg finisce per concludere che non solo parlamentarismo e referendum non sono inconciliabili ma che vi è un legame “ineluttabile” e immediato tra i concetti che sono serviti a fondare il potere parlamentare e gli istituti democratici che consentono ai cittadini di far sentire la propria voce¹¹⁶. Cosicché Carré de Malberg si spinge ad evidenziare che tutte le caratteristiche assunte dal sistema così come si è andato evolvendo dopo il 1875 nel corso della Terza Repubblica e che dimostrano che il potere del Parlamento è fondato sulla combinazione tra l’idea della rappresentanza popolare e il concetto di sovranità della volontà popolare “ne sont susceptible d’être justifiées maintenues qu’à la condition d’être par une dernière conséquence logique du concept d’où elles procèdent, à savoir, l’admission, au minimum, du referendum”¹¹⁷.

È con questa logica ferrea che Carré de Malberg si ricollega alle premesse iniziali dalle quali era partito per concludere che la questione relativa all’introduzione del referendum nel regime parlamentare non corrisponde solo ad una logica tecnica di razionalizzazione valutata sulla base delle esperienze comparate ma tocca i concetti stessi sui quali si fonda l’organizzazione statale della Nazione, a tal punto che proprio i profili che sono stati invocati per giustificare l’assolutismo parlamentare forniscono l’indicazione dei mezzi necessari a moderarlo e a limitarlo, tra i quali per primo si trova il referendum¹¹⁸.

Quest’ultimo viene individuato come mezzo in grado di portare ad una trasformazione giudicata “radicale” della gerarchia dei poteri laddove il Parlamento continuerebbe a rappresentare il popolo nel momento dell’approvazione delle leggi ma la volontà generale si riapproprierebbe dei suoi inalienabili diritti e la parola passerebbe nuovamente al popolo qualora quest’ultimo la volesse prendere. L’occasionalità con cui il popolo potrebbe decidere di intervenire non fa venir meno l’idea della “qualità del sovrano che “non si riconosce” né “si misura” “à la fréquence des interventions”¹¹⁹. Anzi il fatto che la Costituzione doti il popolo dei mezzi per intervenire quando lo desidera, è sufficiente ad affermare che essa lo erige a organo supremo e sovrano.

Carré de Malberg non manca di enunciare le conseguenze (positive) che deriverebbero da tale cambiamento di prospettiva. In primo, per l’A., ciò avrebbe vantaggiosi riflessi sul problema della limitazione del potere del Parlamento nei confronti del Governo. Posta, infatti, la difficoltà di creare un efficace bilanciamento durevole, garante del dualismo tra i due poteri, l’unica strada per Carré de Malberg in grado di assicurare l’unità dello Stato è che al di sopra di essi sia concepita una “puissance”, “une volonté maîtresse” in grado di dirimere le controversie tra i due poteri e riportarli al rispetto dei reciproci diritti. Per l’A. solo sostituendo la sovranità parlamentare alla sovranità del popolo, dando la possibilità a quest’ultimo di pronunciarsi su questioni relative alla legislazione o a di politica governativa tale “puissance supérieure, appelée à dominer à la fois les deux sortes d’autorités, ne ferait plus défaut”¹²⁰. Ciò per l’A. avrebbe il vantaggio per Parlamento ed Esecutivo di ricorrere al popolo in caso di conflitto, in un quadro in cui, sullo sfondo

¹¹⁵ *Ibidem*, 235.

¹¹⁶ *Ibidem*, 237.

¹¹⁷ *Ivi*

¹¹⁸ *Ibidem*, 238.

¹¹⁹ *Ibidem*, 239.

¹²⁰ *Ibidem*, 240.

dell'assoluta preminenza della volontà popolare, le competenze dell'Esecutivo potrebbero accrescersi senza il rischio che questo possa imporre in modo assoluto la sua volontà sul Parlamento, il quale, a sua volta, incontrerebbe dei limiti.

La conseguenza logica di questa ricostruzione è per Carré de Malberg non solo la subordinazione del Parlamento alla Costituzione ma anche l'affermazione della forza costituente del referendum come implicitamente insita nel referendum legislativo volta a ripristinare la distinzione – “abolita” dopo il 1875 – tra potere parlamentare e potere costituente. E inoltre, anche l'apertura all'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi – che come unico rimedio non veniva considerato sufficiente per limitare il potere delle Camere - diventa per Carré de Malberg la conseguenza naturale dello spostamento della sovranità dal Parlamento al popolo: la legge non sarebbe né legittima né valida se non nella misura in cui è conforme alla Costituzione¹²¹.

Carré de Malberg si spinge anche ad argomentare come l'introduzione di istituti di democrazia diretta avrebbero potuto avere anche utili riflessi sugli stessi partiti politici contribuendo ad attenuare la loro influenza nella determinazione della volontà nazionale, la quale se è considerata la base normale del funzionamento del parlamentarismo all'inglese, per la Francia viene considerata una “piaga”. L'appello al popolo su alcune questioni specifiche viene in tal senso visto come la possibilità di integrare le decisioni al di là delle posizioni dei partiti e dei singoli parlamentari su singole questioni spesso divergenti con la volontà del popolo.

Ma non solo. Carré de Malberg individua nell'evoluzione, di matrice inglese, la tendenza del regime parlamentare a funzionare sulla base dell'opposizione tra partiti avversari ma rileva l'incoerenza di ammettere che la sovranità, “che passa per inerente alla volontà generale”, possa ritrovarsi contenuta in una volontà parlamentare, che non è altro che la volontà di un partito; e se la sovranità della volontà generale – sottolinea Carré de Malberg – solleva obiezioni più o meno gravi, “l'idée de souveraineté de la volonté du parti actuellement au pouvoir prend un caractère d'oppression qui la rend nettement intolérable”¹²². E se anche nel periodo delle Costituzioni rivoluzionarie la volontà generale – sottolinea ancora Carré de Malberg – aveva, sul piano dei fatti, finito per coincidere con la volontà della maggioranza, la previsione che i deputati dovevano comportarsi come rappresentanti della nazione intera, comportava che le decisioni dell'Assemblée parlamentare fossero ispirate dallo spirito nazionale e non dallo spirito di partito. E sebbene, anche questa impostazione non fosse priva di illusione, per Carré de Malberg l'evoluzione successiva del parlamentarismo francese nella quale è prevalsa la politica del partito non risulta accettabile se non a condizione di introdurre dei correttivi di appello del popolo. Quell'appello al popolo garantito, nella forma di governo inglese dal frequente ricorso allo scioglimento e alle consultazioni elettorali, e auspicabile nella forma di governo francese nella forma del ricorso al referendum affinché la volontà generale sulla quale si è fondato il parlamentarismo francese ritrovi i suoi diritti essenziali¹²³.

4. Conclusioni

¹²¹ Su questo punto Carré de Malberg sgombera il campo da equivoci sottolineando che il controllo di costituzionalità non farebbe venire meno il potere del popolo di ricorrere al referendum ferma restando comunque la necessità di rispettare alcune condizioni speciali stabilite in Costituzione (241).

¹²² R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, cit., 243.

¹²³ *Ibidem*, 244.

Sono passati novanta anni da quando Carré de Malberg, riconduceva il problema della crisi di partecipazione al grande tema del passaggio dalla sovranità parlamentare alla sovranità popolare, ma oggi, come allora, in un mutato contesto storico, sociale ed economico ci si confronta con dinamiche che di fronte alle spinte della globalizzazione e alla persistente crisi dei partiti politici su cui si è costruito il sistema rappresentativo nel XX secolo – crisi dei partiti che ha comportato di conseguenza un progressivo processo di personalizzazione della politica che ha finito nel tempo per sostituire la democrazia dei partiti con quella che viene definita la *democrazia del pubblico*¹²⁴ - invocano adeguati strumenti correttivi capaci di offrire una *exit strategy* in grado di canalizzare ed integrare la volontà popolare.

Da ciò derivano una serie di interrogativi sul futuro del “sistema della rappresentanza tradizionalmente inteso”¹²⁵ e sui meccanismi di funzionamento delle forme di governo, in primis quella parlamentare, destinate a confrontarsi con la sempre più pressante richiesta di utilizzazione di strumenti partecipativi da innestare nell’ambito dei processi decisionali tipici del sistema rappresentativo. Numerose sono le sfide in tal senso, in una dimensione caratterizzata da processi decisionali complessi determinati da una fitta rete di interconnessioni tra ordinamento interno e ordinamenti internazionale e sovranazionale espressione del *multilevel constitutionalism*, dunque in un contesto in cui la forma di governo parlamentare soffre il disagio di agire in « un contesto di sovranità progressivamente dispersa »¹²⁶ che mette in crisi uno dei presupposti su cui essa si basa ovvero di fronte allo sfaldamento delle « implicazioni tradizionali » del principio di rappresentanza.

Nonostante le incertezze di una efficace sintesi col sistema rappresentativo¹²⁷, non sono da escludere i richiami all’esigenza di integrazione della rappresentanza politica con strumenti di partecipazione, un’esigenza connaturata allo stesso principio democratico¹²⁸ perché « non può esistere democrazia senza diritti di libertà, senza diritti di eguaglianza, senza diritti politici, senza diritti sociali »¹²⁹.

Così come Carré de Malberg nel 1931 richiamava l’utilizzo di strumenti di democrazia diretta, quali il referendum, oggi appare utile richiamare a quelle forme di partecipazione democratica che si stanno progressivamente radicando nel discorso politico e sociale attraverso una « disseminazione, prodotto a sua volta di una *circolazione* fattasi intensa »¹³⁰.

¹²⁴ B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., 242 ss.

¹²⁵ P. BILANCIA, *Democrazia diretta versus Democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, cit, XIII.

¹²⁶ A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 164.

¹²⁷ V. sul prunto diffusamente P. PICIACCHIA, *La ricerca dell’incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in *Dpce on line*, n. 3, 2020, 2323-2354.

¹²⁸ V. P. BILANCIA, *Crisi della democrazia e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, in P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, cit., p. 6-7 la quale ricordando Mortati, Crisafulli e la giurisprudenza della Corte Costituzionale sottolinea come il principio democratico « non si esaurisce nella forma di governo, legittima e costituita tramite la rappresentanza politica, ma comprende sostanzialmente il principio personalista, la garanzia dei diritti inviolabili della persona, il principio lavorista...il principio pluralista, d’altra parte, detti principi ne costituiscono l’irreversibile sviluppo ». Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)* in ID., *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985. Cfr. altresì C.C., sentenza n.106/2002.

¹²⁹ P. BILANCIA, *Crisi della democrazia e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, cit., 7.

¹³⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della inidemocrazia*, in ID. (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 6. L’A. compara l’impatto di tale disseminazione e

Non si vuole in questa sede addentrarsi nelle pieghe di un tema di ben altre proporzioni ma solo richiamare all'esigenza di trovare nuovi strumenti capaci di saldare nell'ambito delle procedure date, e casomai rinnovate, le spinte che vengono nel XXI secolo dalla richiesta di partecipazione popolare con l'imprescindibile e insostituibile assetto della rappresentanza politica.

ABSTRACT:

Di fronte alla crisi che attraversa oggi la forma di governo parlamentare appare utile rileggere – accompagnati dalla lezione metodologica di Galizia - alcune pagine di Carré de Malberg che nei primi decenni del secolo scorso si fece interprete delle trasformazioni della forma di governo parlamentare in un contesto di profonde trasformazioni dovute al passaggio dallo stato liberale allo stato di democrazia pluralista.

Faced with the current crisis in the parliamentary form of government, it seems useful to reread - accompanied by the methodological lesson of Galizia - some pages of Carré de Malberg who in the first decades of the last century interpreted the transformations of the parliamentary form of government in a context of deep changes due to the transition from the liberal state to the pluralist democratic state.

PAROLE CHIAVE: Galizia, Carré de Malberg, parliamentary form of government, referendum

KEYWORDS: Galizia, Carré de Malberg, forma di governo parlamentare, referendum

circolazione «a quella che ha portato nella storia alla diffusione di realtà culturali e politiche assolutamente imponenti, come la democrazia rappresentativa, il costituzionalismo, lo stato sociale».



Maria Grazia Rodomonte *

Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi attuale della rappresentanza politico-partitica. – 3. La rottura dell'equilibrio: marginalizzazione del Parlamento e primato dell'esecutivo. 4. Il monocameralismo di fatto nella produzione legislativa. 5. L'emergenza sanitaria quale causa di un ulteriore accentramento dell'indirizzo politico nelle mani dell'esecutivo. 6. Valutazione dell'impatto che in questo contesto potrà assumere la riduzione del numero dei parlamentari e le riforme attuate e *in fieri*. 7. Conclusioni

1. Premessa.

Nelle riflessioni di Mario Galizia in tema di rapporti tra Parlamento e Governo ciò che più colpisce e interroga chi si avvicina oggi a quelle pagine è il riconoscimento del carattere equilibrato e armonico che dovrebbe contraddistinguere tali rapporti. Un carattere che emerge in maniera nitida per il tramite delle vicende che riguardano il rapporto fiduciario, lente di osservazione privilegiata grazie alla quale è possibile individuare, in successione razionale, le coordinate imprescindibili del disegno costituzionale della forma di governo italiana. Queste ultime sono rappresentate dall'armonica distribuzione di compiti tra legislativo ed esecutivo e dal legame che gli organi di indirizzo politico dovrebbero sempre conservare con la “comunità” attraverso i partiti¹, al fine di dare vita a una Repubblica effettivamente democratica, secondo quanto previsto dall'art. 1 della Costituzione; dalla previsione costituzionale di un sistema garantista anche sul piano dell'organizzazione, nel quale, infatti, il sistema pluralistico di governo implica un vicendevole rapporto tra organi costituzionali, quale “premessa prima di stabilità e di efficienza”²;

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico - Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972, in particolare 184.

² Vedi M. GALIZIA, *op. cit.*, 183, secondo il quale, infatti, “gli organi dell'apparato sono congegnati in maniera da controllarsi a vicenda, dando vita ad un sistema pluralistico di governo, ma questo pluralismo, mentre realizza il principio garantista anche sul piano dell'organizzazione, è, nel contempo, premessa prima di stabilità e di efficienza. I limiti all'azione della maggioranza sono posti sia perché questa non distrugga le minoranze né impedisca i loro interventi, sia affinché la maggioranza si adegui alla reale volontà della maggioranza del Paese, nel rispetto degli interessi unitari della Nazione. Il pluralismo nell'apparato,

dall'equilibrata relazione che si dovrebbe instaurare tra Parlamento e Governo, in un gioco di freni reciproci a garanzia dell'osservanza della Costituzione³; dall'attribuzione, infine, della funzione di indirizzo politico a tali organi che, collegati per il tramite del rapporto fiduciario, contemperano così “le esigenze dell'unità e della coordinazione di indirizzo con l'autonomia e l'indipendenza delle funzioni legislativa ed esecutiva”⁴.

La rilettura delle odierne, recenti vicende e delle trasformazioni che in particolare hanno riguardato l'organo parlamentare alla luce delle riflessioni di Mario Galizia consentono di cogliere la distanza evidente da quel disegno, immediatamente percepibile dal lettore; al contempo, tuttavia, di gettare nuova luce sul possibile ruolo odierno dell'istituzione parlamentare e sul suo rapporto con l'esecutivo. Vi è infatti da chiedersi se nella “trama” delle relazioni tra organi di indirizzo, così ben ordinata e razionalmente concepita dal nostro costituente, sia ancora possibile collocare l'organo parlamentare nel suo rapporto con il Governo. Non solo tenendo conto dello “squilibrio” patologico, ormai di lunga data, consistente nell'abuso della decretazione d'urgenza e nell'uso strumentale della questione di fiducia, ma anche di quelle più recenti trasformazioni strutturali che sono destinate a caratterizzare l'organo rappresentativo dopo le recenti modifiche costituzionali sulla riduzione del numero dei parlamentari. Interrogarsi, quindi, sull'eventualità che quelle “parole d'ordine” della nostra forma di governo, che Mario Galizia lucidamente ricava dall'osservazione della Carta costituzionale e che sono rappresentate da equilibrio, armonia, garanzia e stabilità, possano ancora racchiudere e rappresentare l'assetto istituzionale italiano nelle sue complesse vicende, attraverso l'individuazione di un percorso alternativo e tuttavia in grado di recuperare il “nucleo duro”, costituzionalmente imprescindibile, della nostra forma di governo.

2. *Crisi della rappresentanza politico-partitica.*

La crisi della rappresentanza politico-partitica e della sede parlamentare nella quale essa si esprime non è certo una novità dell'odierno assetto istituzionale. Essa è certamente risalente nel tempo ma fa parlare oggi della crisi della forma di governo italiana come di un caso esemplare di “declino di una moderna democrazia rappresentativa”⁵. Tale crisi è collegata, in primo luogo, alla difficoltà dei partiti ad assolvere compiutamente il ruolo fondamentale ad essi attribuito di strumento di trasmissione delle domande dalla società ai luoghi della decisione politica; difficoltà, inoltre, delle stesse istituzioni pluralistiche a collegare “le sovrastrutture giuridiche alla società ad essa ordinata”; in sostanza nella capacità di queste di realizzare quel valore della sovranità postulata all'art. 1 Cost. che, come ci ricorda Mario Galizia, non è un valore “fittizio” ma un valore “concreto e dinamico”. La sua vitalità deriva infatti proprio “dal tessuto stesso della comunità nelle sue multiformi articolazioni, nelle sue varie estrinsecazioni”⁶.

cioè, invece di spezzare l'unità dello Stato, conferisce a tale unità una reale dimensione, collegando le sovrastrutture giuridiche alla società da essa ordinata”.

³ *Ib.*, 186 ss.

⁴ *Ib.*, 201 ss.

⁵ C. F. FERRAJOLI, *Come esautorare il Parlamento. Un caso esemplare del declino di una democrazia rappresentativa*, in *Teoria politica. Nuova serie Annali*, 10/2020, 156.

⁶ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972, 182.

In effetti, già da questi pochi riferimenti, appare evidente come nella riflessione galiziana emerga chiaramente che “la chiave di volta dell’ordinamento italiano” sia proprio da ricercarsi nel rapporto tra l’apparato e la comunità, cosicché “ove la comunità non venga a partecipare effettivamente e intensamente al funzionamento dell’apparato è evidente che la stessa organizzazione ne risulta profondamente alterata”⁷. Invero - già nella fase in cui andava elaborando le sue acute riflessioni - egli rileva come manchi “un collegamento continuo tra l’apparato e la comunità: l’apparato tende a cristallizzarsi, ad isolarsi; la comunità non si enuclea in organizzazioni spontanee, vive ed efficienti; i medesimi partiti non penetrano in profondità nel tessuto sociale; gli interessi dei singoli non si saldano con quelli pubblici ma mirano a porsi al di là dello Stato in una posizione estranea, se non addirittura antagonista”⁸.

Già agli inizi degli anni ’70 del secolo scorso⁹ Mario Galizia coglie dunque alcune delle ragioni che saranno, soprattutto negli anni a venire, alla base della crisi della rappresentanza e dei partiti. Un crisi che sembra oggi ulteriormente acuita da una serie di tendenze in atto¹⁰. Da un lato, infatti, è ben nota la parabola dei partiti nell’evoluzione della forma di governo italiana: se in un primo momento la funzione di cerniera tra società e istituzioni che essi svolgono contribuisce anche a dare legittimazione a istituzioni democratiche che muovono allora i primi passi, successivamente il progressivo, inestricabile processo di identificazione con le istituzioni rappresentative, così come la presenza partitica in ogni centro di potere, contribuisce ad allontanare i partiti dalla loro base, dalla società alla quale essi dovrebbero essere strettamente collegati e dalla quale trarre legittimazione. Già durante gli anni ottanta del secolo scorso si determina così in Italia una situazione in qualche modo rovesciata rispetto a quella dell’immediato dopoguerra. Nel corso di quel periodo la società aveva infatti affidato ai partiti il compito della ricostruzione e si era identificata in essi. Dopo circa quarant’anni di “democrazia dei partiti” il rapporto tra questi ultimi e la società appare profondamente mutato: la società, che ha subito delle trasformazioni ed è cresciuta, non può più identificarsi con una classe politica che ha occupato le istituzioni, creando un sistema di garanzie e di privilegi che hanno finito con l’isolarla dalla sua base¹¹. La successiva e più recente “torsione” individualista e populista della rappresentanza partitica appare allora come la risposta errata e strumentale al problema, tuttavia reale, dello scollamento tra la base, la comunità, come la definisce Galizia, e gli apparati di governo. In contrapposizione alla rappresentanza plurale dello Stato dei partiti degli anni venti, quale forma di risposta al conflitto presente all’interno della società e volto a realizzare l’unità, siamo di fronte, piuttosto, “a una forma irrazionale di democrazia plebiscitaria affidata all’eccezione di un capo che realizza con il suo popolo l’unità immediata, cioè senza mediazione”¹².

La crisi della rappresentanza si collega anche a fattori ulteriori che contribuiscono alla richiamata condizione, oltre quelli più immediatamente riconducibili alla crisi del sistema

⁷ *Ib.*, 184.

⁸ *Ib.*, 184.

⁹ Si osserva infatti come “L’età della mediazione finisce con l’unità nazionale degli anni settanta. In quel passaggio si intrecciano l’esaurimento dei partiti, l’inadeguatezza del modello economico del dopoguerra e l’incrinarsi della coesione sociale e civile. Il trentennio successivo è stato un dimenarsi in quelle stesse crisi, senza la capacità di risolverle”. Cfr. W. TOCCI, *Dal troppo al niente della mediazione politica, in costituzionalismo.it*, 2/2017, 31-32.

¹⁰ Alcune delle quali relative alla cosiddetta “liquefazione” del sistema dei partiti su cui, vedi, tra gli altri, F. Lanchester, *I tre terremoti e le prospettive della riforma istituzionale in Italia, in italianieuropei.it*, 5-6/2013.

¹¹ Cfr. P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, 1991, 424-425. Sul funzionamento della partitocrazia anche negli altri contesti nazionali vedi in particolare M. CALISE, *Dopo la partitocrazia*, Torino, 1994.

¹² W. TOCCI, *op. cit.*, 34.

partitico. Questi possono essere rintracciati, in Italia come altrove nel mondo occidentale¹³, in molteplici cause: alcune di più lungo periodo, come la globalizzazione e i fenomeni migratori e con essi la difficoltà ad offrire adeguate risposte ad una realtà sempre più multiculturale e multietnica; altre probabilmente cicliche e dunque ricorrenti, in quanto collegate al modello economico capitalistico, come la crisi dei mercati.

A questi elementi non si può inoltre mancare di accompagnare la constatazione dell'evidente complessità delle società pluraliste attuali, ben più articolate e divise che in passato e per le quali l'attività di ricomposizione unitaria di interessi diversi, anche al fine di contenere entro limiti accettabili il conflitto, appare sempre più difficile, al punto da ritenere che la capacità dei partiti di rappresentare adeguatamente tutte le istanze presenti nella società venga di fatto travolta e che i diversi interessi di natura economica, sociale, religiosa, politica finiscano per aggirare l'intermediazione partitica, facendosi valere autonomamente, ma altresì mettendo a rischio la parità di trattamento di individui e gruppi¹⁴ che è alla base della democrazia pluralista. A questa difficoltà sembra accompagnarsi però anche una indubbia inerzia del legislatore, evidente in Italia soprattutto ogniqualvolta si tratti di intervenire su questioni complesse e che comportano il farsi carico dell'interpretazione dell'inevitabile evoluzione della coscienza sociale¹⁵. E' ben noto come tale inerzia abbia in molti casi indotto, in parte giustificandolo, un intervento di supplenza della Corte costituzionale, con la conseguenza di avere però determinato una ulteriore distorsione della nostra forma di governo e dello stesso equilibrio tra i poteri¹⁶.

Inoltre, e più in generale, accanto alla difficoltà di rappresentare un soggetto "rappresentato" sempre più complesso e frammentato gli stessi fenomeni di devoluzione del potere in sedi diverse da quelle statali, in particolare sovranazionali, spesso avvertite come immateriali e distanti, hanno contribuito a determinare una progressiva perdita di centralità delle istituzioni rappresentative a vantaggio degli esecutivi, minando ancor di più le basi stesse della democrazia. Analogamente, in particolare a seguito della riforma del titolo V, si è assistito nel nostro Paese a una dislocazione di competenze normative dal legislatore nazionale a quello regionale che, almeno in parte, ha contribuito a un'erosione della centralità parlamentare.

La rapida trasformazione delle modalità di veicolazione del consenso, collegata, come è evidente, alle ancor più rapide evoluzioni tecnologiche, ha assunto, poi, un ruolo tutt'altro che secondario in questo processo di "crisi". La presenza della Rete, ormai strumento privilegiato di veicolazione dei messaggi politici e di formazione quindi dell'opinione pubblica, ha infatti certamente contribuito a forme di disintermediazione e di semplificazione dello spazio politico, oltre che alla personalizzazione del conflitto nelle società di massa. Si tratta di fenomeni che rendono necessaria l'individuazione di nuove regole, indispensabili per guidare

¹³ Si fa riferimento cioè a quella parte del mondo che ha accolto le soluzioni istituzionali emerse prima in risposta alle rivoluzioni americana e francese e, successivamente, dopo aver conosciuto le due guerre e una profonda crisi degli assetti liberali della democrazia, ha definito le modifiche a quel modello come riconducibili al "costituzionalismo contemporaneo".

¹⁴ Cfr. F. R. DE MARTINO, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 9-10.

¹⁵ In tema vedi N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

¹⁶ Vedi in proposito le interessanti riflessioni di F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *federalismi.it*, 34/2020, relativamente all'utilizzo recente da parte della Corte costituzionale di nuovi strumenti decisionali, in particolare le decisioni "in due tempi", con l'incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

trasformazioni forse irreversibili ed evitare così degenerazioni della democrazia, in particolare il rischio di vera e propria manipolazione del consenso.¹⁷

In ogni caso, pur potendosi individuare, più in generale, molteplici ragioni di crisi della rappresentanza, proprio l'identificazione che si determina nelle democrazie cosiddette dei partiti tra questi ultimi e le istituzioni democratiche rende impossibile scindere le sorti delle une da quelle degli altri, come appare evidente proprio nel caso italiano¹⁸.

Anche l'equilibrato rapporto, al quale già si è fatto riferimento, che dovrebbe caratterizzare Governo e Parlamento, inevitabilmente ne risente. Tale equilibrio - che vede nel rapporto fiduciario che li lega lo strumento di superamento del conflitto, ossia "della lotta tra Governo e Parlamento" - sarebbe rivolto "ad evitare le rotture brusche, le fratture, il dominio preponderante di un organo su un altro, di un'attività su un'altra, di alcuni gruppi politici su altri"¹⁹. Equilibrato rapporto che è d'altronde alla base anche di un sistema di garanzie che, nel normale funzionamento della nostra forma di governo, dovrebbe sostanziarsi in una reciproca relazione di controllo dell'uno sull'altro per contribuire a garantire l'osservanza della Costituzione, "creando un sostanziale equilibrio, una reale coordinazione in tutta l'organizzazione"²⁰.

3. *La rottura dell'equilibrio: marginalizzazione del Parlamento e primato dell'esecutivo.*

Molte sono le cause che hanno condotto a quella che può essere riguardata come una vera e propria rottura in Italia del richiamato equilibrio e al progressivo emergere, quindi, del primato del Governo e della sua maggioranza politica sul Parlamento. E' innegabile, infatti, come si assista già da tempo a una progressiva marginalizzazione del ruolo parlamentare rispetto all'esecutivo che si concretizza anche nella marginalizzazione della stessa produzione legislativa a vantaggio degli strumenti governativi della decretazione d'urgenza. A quest'ultimo strumento si ricorre infatti in maniera massiccia, come risulta comprovato anche dai dati numerici: è certo significativo che nei primi tre anni della XVII legislatura i decreti-legge convertiti siano il 31% del totale delle leggi approvate dal Parlamento, divenendo inoltre ben il 51% nei primi tre anni della XVIII legislatura, anche sulla spinta dell'emergenza sanitaria²¹. La dottrina non manca di evidenziare

¹⁷ Afferma P. CIARLO, *op. cit.*, 8, "che la politica sia sempre più digitale, piaccia o meno, è un destino ineluttabile. È l'evoluzione dell'intera società umana. Non è in discussione il se, ma il come. Molto si può fare, se si vuole. Adesso, sulla base delle esperienze più recenti, molte consapevolezze sono giunte a maturazione. È arrivato il tempo di mettere in campo una rinnovata battaglia per i principi della democrazia che nel caso italiano sono sanciti limpidamente in Costituzione. Innanzitutto trasparenza e riservatezza. Senza di queste la manipolazione delle scelte elettorali è dietro l'angolo e la libertà del voto messa seriamente in discussione". Sulla manipolazione del consenso vedi ancora le riflessioni di A. SPADARO, *op. cit.* In tema vedi anche M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica e pluralismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 389-391. Sulle molteplici cause di crisi della democrazia vedi inoltre F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, 2006, 25 ss., che individua ben sei distinte tendenze in atto.

¹⁸ Si potrebbe affermare che in qualche modo la parabola dei partiti in Italia, qui sinteticamente affrontata, finisca con il confermare l'idea di un doppio volto dei partiti, da un lato indispensabili strumenti della partecipazione democratica, dall'altro strutture che se ne appropriano in modo monopolistico esautorando i cittadini. Se rispetto al primo versante è Kelsen il più convinto assertore dell'indispensabilità dei partiti come architrave della democrazia, sul fronte opposto si colloca Robert Michels, come ricorda S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Torino, 2014, 183.

¹⁹ M. GALIZIA, *op. cit.*, 236.

²⁰ *Ib.*, 302.

²¹ Cfr. *Osservatorio sulla legislazione – La legislazione tra Stato, regione e Unione Europea. Rapporto 2021* (in collaborazione con il servizio studi del Senato della Repubblica), 12.

come si sia in effetti ormai da tempo consolidato un *trend*, indipendente peraltro dal colore politico del governo in carica, ma comune ai vari governi, in base al quale si assiste a “una sempre più netta separazione tra un Parlamento che approva poche leggi ordinarie e che delega al Governo l’attuazione del diritto europeo e la gestione delle altre politiche – soprattutto economiche – attraverso decreti-legge”²². Attraverso la decretazione d’urgenza si ha infatti il vantaggio di raggiungere due fondamentali risultati che sono rappresentati dalla possibilità di immettere nell’ordinamento norme provvisorie e di presentare un disegno di legge che può essere discusso, emendato ed approvato con una procedura più rapida e concordata rispetto a quella normale.²³

Al ricorso sempre più ampio e incisivo allo strumento del decreto legge si affianca poi la riduzione a contenuti di breve respiro e per interventi occasionali, talvolta minuti e di dettaglio, della stessa legislazione ordinaria, secondo un processo in apparenza schizofrenico, in base al quale all’ipertrofia normativa si accompagna la “frantumazione” legislativa²⁴. Le leggi sono contrassegnate infatti dalla eterogeneità, innanzi tutto, di contenuti, poiché, nella maggior parte dei casi, non sono altro che contenitori zeppi “di coriandoli normativi di diverso colore, taglia e materiale” nel quale “si affastellano gli argomenti più disparati”. Ma l’eterogeneità è tale anche “nel tempo perché prediligono l’intervento a breve termine”, così come nelle motivazioni, “perché rispondono a suggestioni occasionali o peggio ancora a emergenze spesso costruite ad arte dallo stesso Governo”²⁵.

La marginalizzazione del ruolo parlamentare e la stessa frantumazione della legge si realizza anche in conseguenza del ricorso a ben note prassi distorsive del rapporto costituzionalmente previsto tra legislativo ed esecutivo. L’utilizzo della questione di fiducia e del maxi – emendamento ne sono un esempio lampante. In effetti nel primo caso il ricorso alla questione di fiducia, già dagli anni ’80 del secolo scorso, si caratterizza per la progressiva perdita del suo contenuto fiduciario divenendo piuttosto strumento finalizzato alla compressione dei tempi di discussione del dibattito parlamentare e del potere di emendamento delle Camere²⁶. Il ricorso alla fiducia si accompagna inoltre alla presentazione di maxi-emendamenti ossia a proposte emendative del testo del provvedimento da approvare, presentate dal Governo e che

²² Vedi in questo senso E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017, 171.

²³ *Ib.*, 176.

²⁴ “Per frantumare le norme sono in uso da lungo tempo diversi martelli pneumatici: la legge delega è spesso privata dei rigorosi principi e criteri direttivi; il decreto legge è frequentemente adottato in assenza dei doverosi presupposti di necessità e urgenza oppure in mancanza di omogeneità di materia; l’articolo unico risulta zeppo di centinaia di commi; il “maxi-emendamento” blindato con il voto di fiducia è il normale metodo di scrittura delle leggi. Intorno a tali procedimenti prospera una vasta area di incostituzionalità, che tuttavia è ormai accettata per “assuefazione parlamentare”. I frammenti vengono raccolti in provvedimenti omnibus che ingombrano l’attività parlamentare. Si pensi alla legge di stabilità, che, nonostante la riforma, ancora costituisce la massima espressione del groviglio normativo. Un contributo al disordine viene anche dalla legge comunitaria, la quale tende spesso a conferire rango legislativo a misure e regole di natura amministrativa. La legge sulla concorrenza introduce nell’ordinamento così tante norme particolari che finisce per accentuare la burocratizzazione, con buona pace della liberalizzazione. Puntuale come il capodanno arriva poi il decreto mille-proroghe, che già nel nome segnala il fallimento della legislazione. Infine, vanno menzionati i cosiddetti “beauty case” ministeriali, ossia vere e proprie “scatole normative” che i ministri riempiono di tutte le materie di propria competenza. Quando, ad esempio, è il turno di viale Trastevere, si possono rinvenire argomenti che vanno dalla scuola dell’infanzia al CERN di Ginevra, dai conservatori musicali al diritto allo studio. La frantumazione è un fenomeno autopropulsivo, poiché più le leggi diventano disorganiche e più aumenta il bisogno di adeguarle e interpretarle con ulteriori interventi”. Cfr. W. TOCCI, *op. cit.*, 36.

²⁵ *Ib.*, 36.

²⁶ Vedi in proposito C. F. FERRAJOLI, *Un declino senza cambiamento. Il Parlamento italiano tra la XVII e la XVIII Legislatura*, in *costituzionalismo.it*, 1/2019, 57.

incidono contemporaneamente su più articoli, indipendentemente dalla presenza di una stretta coerenza con la “materia” del progetto di legge in discussione. Il che si traduce in un vantaggio per il Governo che può veicolare il favore della maggioranza parlamentare in un unico testo, al tempo stesso “blindandolo”, poiché la presentazione dei maxi-emendamenti si accompagna alla presentazione della questione di fiducia con la conseguenza di far cadere le proposte emendative alternative; al tempo stesso però, determinando una riduzione evidente del ruolo decisionale del Parlamento, con una compressione dei tempi di approvazione e la coartazione della stessa libertà di voto dei parlamentari, proprio per la natura eterogenea delle disposizioni che vengono riunite in un unico emendamento²⁷. E’ evidente quindi la perdita di centralità del Parlamento che ne deriva e la sua emarginazione dal circuito decisionale a vantaggio del Governo e della sua maggioranza.

In questo contesto la tradizionale legge parlamentare diviene sempre più recessiva, soprattutto se si considera la particolare esiguità della legislazione a iniziativa libera, ossia non vincolata dal Governo. Sempre per fornire qualche dato numerico è interessante segnalare che su un totale di 211 leggi ordinarie approvate dal 23 marzo 2018 al 20 agosto 2021, 75 sono leggi di conversione di decreti-legge e 136 altre leggi ordinarie. Di queste, ben 94 sono di iniziativa governativa²⁸. Si tratta, come è facile immaginare, di un fenomeno che ha subito un’ulteriore accentuazione nel corso dell’emergenza sanitaria ma che, in ogni caso, risponde a un *trend* già presente da tempo e che comporta, quindi, un evidente spostamento di potere normativo dal Parlamento al Governo. Con la conseguenza che “Il Parlamento è ancora una sede nella quale si adottano decisioni prese altrove (anche quando i parlamentari stessi presentano emendamenti) e non la stanza in cui si forma l’indirizzo politico mediante la libera dialettica maggioranza-Governo-opposizione secondo l’immagine liberale”²⁹.

4. *Il monocameralismo di fatto nella produzione legislativa.*

A questa tendenza alla marginalizzazione del Parlamento “legislatore” si accompagna anche il più recente fenomeno definito come “monocameralismo di fatto” o “bicameralismo alternato”. Si tratta di un fenomeno ormai sempre più ricorrente, introdotto in particolare a partire dalla XVII legislatura e in base al quale la Camera nella quale non si dà inizio all’*iter* di approvazione di una legge ha tempi di approvazione e dibattito estremamente ridotti, tali quindi da operare come semplice luogo di ratifica di decisioni già assunte dall’altra Camera e dalla sua maggioranza. Il che, come appare evidente, si traduce a sua volta in una riduzione del ruolo di legislatore del Parlamento. Si tratta di un fenomeno che riguarda soprattutto i tempi previsti per l’approvazione

²⁷ Cfr. E. GRIGLIO, *Riflessioni in ordine alla legittimità costituzionale dei maxi-emendamenti*, in *forumcostituzionale.it*, 8 luglio 2004. Sulla prassi dei maxi-emendamenti vedi ancora E. GRIGLIO, *La transizione dai maxi-emendamenti: un problema politico che richiede (anche) una soluzione pattizia*, in *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, (a cura di) N. LUPO, Cedam, Padova, 2010, 85 ss. e, tra i contributi più recenti, G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

²⁸ Cfr. *Osservatorio sulla legislazione*, cit., 23.

²⁹ E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 180.

delle leggi di conversione di decreti legge e di ratifica di trattati internazionali, senza con ciò escludere anche l'approvazione di altre tipologie di leggi³⁰.

La spinta sempre più evidente a legiferare in tempi ridotti a vantaggio del ruolo del Governo ha condotto quindi a forzare il carattere bicamerale del nostro sistema, superando nei fatti lo schema della *navette* parlamentare: se formalmente a decidere sul testo sono entrambe le Camere, nella sostanza però il dibattito risulta del tutto assente nella Camera “ratificante”, costretta a decidere in tempi ridotti poiché il testo giunge alla seconda Camera ormai a ridosso del termine di decadenza o, spesso, anche perché quest'ultima si trova costretta a decidere sulla spinta incombente di una questione di fiducia che non manca di accompagnarsi all'altro strumento, come abbiamo visto, spesso utilizzato in tandem, del maxi-emendamento³¹.

Questo schema, già ricorrente, quindi, per l'approvazione di leggi di conversione e di leggi di ratifica, frutto di una prassi sempre più lontana dal disegno costituzionale, si è riprodotta in termini ancor più drastici in occasione dell'approvazione delle leggi di bilancio nel 2019, nel 2020 e nel 2021. Nei primi due casi l'indebita compressione delle prerogative dei parlamentari della Camera ratificante ha dato luogo a un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato che ha, quanto meno, avuto un duplice vantaggio. In primo, luogo quello di aprire la strada al ricorso alla Corte anche da parte del singolo parlamentare. Come è noto la legittimazione attiva al conflitto viene riconosciuta al singolo parlamentare già a partire dall'ordinanza n. 17 del 2019³². Inoltre, l'iter di approvazione della legge e il ruolo, rispetto a questo, del bicameralismo simmetrico, ha rappresentato l'occasione di un monito della Corte a tutela, per il futuro, di alcuni imprescindibili principi sui quali si sorregge l'assetto della democrazia parlamentare nel disegno costituzionale. Come è noto, infatti, in questa prima occasione, il giudice costituzionale, pur dichiarando per varie ragioni inammissibile il conflitto – ragioni per lo più legate alla straordinarietà della contingenza che aveva condotto alla compressione dei tempi di discussione della seconda Camera – non ha mancato di sottolineare come “gli snodi procedurali tracciati dall'art. 72 Cost. scandiscono alcuni momenti essenziali dell'*iter legis* che la Costituzione stessa esige che siano sempre rispettati a tutela del Parlamento inteso come luogo di confronto e di discussione tra le diverse forze politiche, oltre che di

³⁰ Le forzature delle regole del bicameralismo conseguente a tale prassi si segnala in realtà già con il governo Monti, come evidenziato da C. DEODATO, *Il Parlamento al tempo della crisi. Alcune considerazioni sulle prospettive di un nuovo bicameralismo*, in *federalismi.it*, 9/2013.

³¹ Cfr. A. VERNATA, *Governo e parlamento nella produzione normativa. evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?* in *Rivista AIC*, 3/2020, 68; E. LONGO, *La legge precaria*, cit., 203.

³² La Corte, tuttavia, pur riconoscendo la legittimazione dei parlamentari *uti singuli*, mantiene un certo grado di discrezionalità nel riconoscimento del “tono costituzionale” necessario per poter ritenere sussistente la materia del conflitto. Infatti, nell'ordinanza n. 17/2019 (punto n 3.5 *cons.dir.*) a detta della Corte costituzionale “si deve ritenere che, ai fini dell'ammissibilità del conflitto, non è sufficiente che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l'iter legislativo, bensì è necessario che allegghi e comprowi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, a tutela della quale è apprestato il rimedio giurisdizionale innanzi a questa Corte ex art. 37, comma 1, della legge n. 87 del 1953”. Vedi anche le successive ordinanze della Corte n. 277 e 280 rispetto alle quali si evidenzia come dai ricorsi dei singoli parlamentari emerga la sensazione che “si stia raducando la tendenza all'individuazione del conflitto tra poteri come “nuovo” o ulteriore terreno di scontro delle oscillanti dinamiche politiche che si innescano in Parlamento tra maggioranza e opposizioni” (così C. P. GUARINI, *La Corte costituzionale ancora su conflitti tra poteri sollevati da singoli parlamentari tra conferme e prospettive di sviluppo (a margine delle ordinanze nn. 274 e 275 del 2019)*, in *osservatorio AIC*, 2/2020, 155). Vedi infine le più recenti ordinanze n. 66 e 67 del 2021 con le quali i ricorsi sollevati da due parlamentari per conflitto di attribuzione in relazione all'adozione dei dPCM vengono considerati inammissibili. Vedi in proposito il commento di J. FERRACUTI, *La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021*, in *consultaonline*, 2/2021 e *ivi* nota n. 3 per un richiamo ai numerosi commenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla precedente ordinanza n.17/2019.

votazione dei singoli atti legislativi, e a garanzia dell'ordinamento nel suo insieme, che si regge sul presupposto che vi sia un'ampia possibilità di contribuire, per tutti i rappresentanti, alla formazione della volontà legislativa". Si è a ragione affermato che la Corte costituzionale abbia così individuato il "più profondo significato democratico del percorso parlamentare di approvazione della legge"³³. Inoltre, e in conseguenza, che "occorre arginare gli usi che conducono a un progressivo scostamento dai principi costituzionali, per prevenire una graduale ma inesorabile violazione delle forme dell'esercizio del potere legislativo, il cui rispetto appare essenziale affinché la legge parlamentare non smarrisca il ruolo di momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco" (punto 4.3 cons. dir.). Una compressione delle prerogative parlamentari che può risultare ancor più grave - come la stessa Corte costituzionale riconosce - laddove si tenga conto del fatto che si tratta di approvare una legge di bilancio annuale che è quella nella quale "si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico e in cui si decide della contribuzione dei cittadini alle entrate dello Stato e dell'allocazione delle risorse pubbliche: decisioni che costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall'istituzione dei primi parlamenti e che occorre massimamente preservare". Un ambito di particolare rilievo, ancor più, peraltro, dopo la riforma che nel 2012 (con l'introduzione nell'art. 81 Cost. del cosiddetto "pareggio di bilancio") che, afferma la Corte, "ne ha accentuato la centralità".

Dunque, seppur la Corte è indotta a ritenere che nelle circostanze richiamate tale lesione delle prerogative parlamentari non vi sia stata in ragione di alcune note situazioni di "contesto"³⁴, tuttavia non manca di cogliere l'occasione per un "monito" che la porta ad affermare che "in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti" rispetto all'inammissibilità del conflitto riconosciuta nel caso di specie. In sostanza vi è qui il chiaro riconoscimento della centralità del ruolo parlamentare e la valorizzazione, senza esitazioni, di una serie di principi costituzionali che il Parlamento deve

³³ M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *osservatorio AIC*, 4/2020, 212.

³⁴ In particolare la Corte costituzionale fa riferimento a "due fattori concomitanti": "da un lato, la lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea ha portato a una rideterminazione dei saldi complessivi della manovra economica in un momento avanzato del procedimento parlamentare e ha comportato un'ampia modificazione del disegno di legge iniziale, confluita nel maxi-emendamento 1.9000. Il ricorso si limita ad affermare che il maxi-emendamento sostituiva integralmente il testo della legge di bilancio, senza considerare che il disegno di legge originario era già stato esaminato alla Camera dei deputati e ivi votato in commissione e in assemblea e che su di esso era in corso l'esame al Senato: il nuovo testo recepiva almeno in parte i lavori parlamentari svoltisi fino a quel momento, inclusi alcuni emendamenti presentati nel corso della discussione". Inoltre, secondo la Corte costituzionale devono essere considerate le modifiche apportate nel 2016 al regolamento del Senato. In questo caso infatti il nuovo testo dell'art. 161, comma 3-ter, regol. Senato "richiede che i testi sui quali il Governo intende porre la questione di fiducia siano sottoposti alla Presidenza per le valutazioni di ammissibilità, tra cui quelle relative alla copertura finanziaria, per le quali la Commissione Bilancio è chiamata a esprimere un parere". E' per tale ragione, in sostanza, che la Commissione Bilancio era stata convocata per esprimere solo un parere sui profili finanziari e che il Governo ha presentato ulteriori precisazioni durante l'esame in Commissione. La breve durata dell'esame e la modifica dei testi in corso d'opera, lamentate dai ricorrenti, potrebbero essere state favorite dalle nuove regole procedurali, verosimilmente dettate allo scopo di rafforzare le garanzie della copertura finanziaria delle leggi, ma foriere di effetti problematici, in casi come quello di specie, che dovrebbero essere oggetto di attenzione da parte dei competenti organi parlamentari ed eventualmente rimossi o corretti." In definitiva, quindi, la Corte costituzionale rileva come "le modalità di svolgimento dei lavori parlamentari sul disegno di legge di bilancio dello Stato per il 2019 hanno aggravato gli aspetti problematici della prassi dei maxi-emendamenti approvati con voto di fiducia; ma neppure può trascurare il fatto che i lavori sono avvenuti sotto la pressione del tempo dovuta alla lunga interlocuzione con le istituzioni europee, in applicazione di norme previste dal regolamento del Senato e senza che fosse stata del tutto preclusa una effettiva discussione nelle fasi precedenti su testi confluiti almeno in parte nella versione finale".

rispettare nell'approvazione delle leggi³⁵ e che appaiono in sostanza strumentali rispetto all'affermazione della centralità parlamentare voluta dal nostro costituente. Se si considera, quindi, che la prassi della compressione dei tempi di discussione della seconda Camera è ormai invalsa da tempo e che ha assunto particolare evidenza con l'approvazione della legge di bilancio per il 2020, non si può quindi negare che l'intervento della Corte abbia contribuito a porre alcuni punti fermi volti ad arginare il fenomeno e a giustificarlo solo in presenza di circostanze, quali quelle presenti nel caso all'origine del conflitto, del tutto eccezionali e, a ben vedere, difficilmente ripetibili.

La riduzione dei tempi di approvazione della successiva legge di bilancio (legge 27 dicembre 2019, n. 160 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022") da parte della Camera ha rappresentato una nuova occasione di intervento della Corte. La compressione, anche in questo caso, dei tempi di approvazione della legge ha condotto infatti alcuni deputati a far nuovamente ricorso allo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, lamentando in particolare la violazione degli artt. 67, 68, 70, 71 primo comma e 72 della Costituzione "nonché il principio bicamerale e i principi di separazione dei poteri fra Governo e Parlamento, di effettività del circuito di responsabilità democratica, di leale collaborazione, delle prerogative delle opposizioni e delle minoranze parlamentari". In particolare, con riferimento al principio bicamerale i ricorrenti rilevano come si assista "a un preoccupante e patologico slittamento di un già allarmante bicameralismo di facciata a un illegittimo monocameralismo di fatto" che si consuma attraverso il ricorso alla prassi, anche in questa circostanza, della presentazione del testo della manovra in forma di maxi-emendamento, "senza rispettare le scadenze previste dalla legislazione vigente" e ponendo la questione di fiducia sulla sua approvazione³⁶. Tuttavia anche in questa circostanza il ricorso viene ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale sulla base della constatazione che "dalla sequenza oggettiva dei fatti non emerge un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un vulnus delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto". Vi è da chiedersi, però, se quest'ultimo intervento della Corte costituzionale non sia nel segno della "normalizzazione" dell'eccezione, come qualcuno ha in effetti e con ogni probabilità non a torto rilevato. Nella prima circostanza la Corte, come abbiamo evidenziato, sembra infatti voler porre argini rispetto alla possibile compressione del dibattito parlamentare, riconoscendo la rilevanza democratica di una discussione che si dispiega in tempi ragionevoli e tali da coinvolgere maggioranze e minoranze, ciò anche avvalendosi del passaggio tra le due Camere quale strumento di maggior ponderazione delle decisioni assunte e occasione per un dibattito quanto più possibile ampio e partecipato. Nella più recente circostanza la Corte

³⁵ Anzi, secondo alcuni persino superando esitazioni che avevano caratterizzato in passato la giurisprudenza della Corte e aprendo un varco a prassi incostituzionali. Così N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, 4/2019, 5, il quale parla di vero e proprio *revirement* della Corte costituzionale rispetto alla sentenza "n. 391 del 1995, nella quale la Corte aveva invece ritenuto possibile per i regolamenti parlamentari delineare procedimenti speciali (tra i quali quello di conversione dei decreti-legge e "quello concernente la posizione della questione di fiducia da parte del Governo"), anche in deroga ai principi di cui all'art. 72, primo comma, Cost. Un orientamento che aveva incoraggiato la diffusione della prassi dei maxi-emendamenti".

³⁶ Più precisamente nei ricorsi sui quali si pronuncia l'ordinanza n. 60 era stata censurata «l'approvazione del disegno di legge di bilancio a seguito della presentazione al Senato di un maxi-emendamento sostitutivo dell'art. 1, su cui è stata posta dal Governo la questione di fiducia, voto a cui ha fatto seguito un esame in tempi ridotti alla Camera, ove nel corso del dibattito in Assemblea è stata ancora posta la questione di fiducia sull'art. 1, nel testo approvato dal Senato, la qual cosa non avrebbe di fatto consentito ai deputati d'intervenire nel procedimento di bilancio, rendendolo sostanzialmente monocamerale».

appare prevalentemente intenta a rilevare come la riduzione del dibattito sia stata compensata da altre forme di intervento e come, soprattutto, sia necessario individuare il punto di equilibrio nell'inevitabile bilanciamento tra esigenze di dibattito e esigenze, evidentemente secondo la Corte egualmente meritevoli di tutela, di efficacia e tempestività di intervento.

In effetti non può non destare perplessità l'aver posto sul medesimo piano due esigenze che sembrano dover trovare eguale contemperamento nel contesto dell'*iter* parlamentare, giustificando quindi anche una eventuale compressione dei tempi di discussione per una delle due Camere. Sembra cioè trattarsi di un vero e proprio “cedimento sul fronte delle garanzie del procedimento legislativo” che “appare ormai irrefrenabile”³⁷. In questa prospettiva può evidenziarsi come la stessa terminologia alla quale si ricorre lasci trasparire “una sorta di ricostruzione in chiave amministrativistica e tecnicamente ‘proceduralistica’ della legge: efficacia, tempestività da una parte e contraddittorio dall'altra sono da sempre i beni-valori contrapposti o almeno potenzialmente confliggenti al cui contemperamento ha mirato la disciplina del procedimento amministrativo, almeno a partire dalla legge n. 241 del 1990. Il loro utilizzo con riguardo alla legge di bilancio suscita non poche perplessità: l'attività del Parlamento, nel momento di esercizio della sua più alta manifestazione dei poteri di controllo politico sull'azione di Governo, è ricondotta all'attività di una pubblica amministrazione, nella quale partecipazione al procedimento e ponderazione di interessi conflittuali, efficacia e tempestività dell'attività cercano, faticosamente, un punto di equilibrio”³⁸.

In definitiva, quel che è certo è che in particolare l'approvazione della legge di bilancio appare caratterizzata da rinvii e approvazioni di “brandelli” normativi da parte delle due Aule che, a ben vedere e con il consueto strascico di polemiche, non ha mancato di riproporsi anche per l'approvazione dell'ultima legge di bilancio per la quale la discussione è stata possibile in questo caso solo al Senato che ha votato il testo in prima lettura il 23 dicembre scorso, non residuando, come è ovvio alcuno spazio di dibattito per l'altro ramo del Parlamento. In ogni caso la conseguenza è che a mancare è certamente quel dibattito articolato e inclusivo che dovrebbe caratterizzare l'*iter legis* per come concepito dal nostro Costituente. In questa prospettiva la logica bicamerale del doppio passaggio tra una Camera e l'altra appare del tutto svuotata di contenuti e l'approdo verso un monocameralismo di fatto risulta sempre più evidente e avvalorato da una serie di circostanze giustificative che, tuttavia, sembrano rompere ormai gli argini dell'eccezionalità per essere ricondotti entro i confini rassicuranti di un'inevitabile evoluzione del dato costituzionale, in linea con le esigenze prevalenti della tempestività e dell'efficienza, destinate a divenire elementi in grado di rimodellare il percorso di formazione della legge.

Al di là di ogni valutazione circa la valenza assunta, anche nel ragionamento della Corte, da tali esigenze, vi è da chiedersi se in tal modo non si finisca tuttavia per determinare una rottura dell'equilibrio costituzionale sul quale, come rilevato all'inizio, si fonda il rapporto tra Governo e Parlamento; rottura che non può trovare accoglienza né essere assorbita attraverso i normali strumenti interpretativi all'interno dell'attuale disegno costituzionale.

³⁷ M. ARMANNO, *op. cit.*, 211

³⁸ *Ib.*, 213.

5. *L'emergenza sanitaria quale causa di un ulteriore accentramento dell'indirizzo politico nelle mani dell'esecutivo.*

Nel contesto richiamato, e caratterizzato quindi da una progressiva perdita di centralità dell'istituzione parlamentare, si inserisce la vicenda rappresentata dall'emergenza da Covid -19 alla quale merita fare un rapido cenno. E' indubbio che, proprio in ragione di tale emergenza, il ruolo del Governo, sia attraverso il ricorso allo strumento del decreto legge, che con l'utilizzo del più adattabile dPCM, ritenuto proprio per questa sua innegabile caratteristica maggiormente in grado di rispondere alle mutevoli e imprevedibili esigenze dettate dall'evolvere della situazione pandemica, abbiano comportato un'accelerazione di processi già da tempo in atto. Non è questa la sede per discorrere in merito al corretto utilizzo del decreto legge e del suo rapporto, talvolta controverso e non esente da critiche, con lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio, di cui molto in questa fase si è discusso³⁹. Quel che è certo è che la situazione di crisi che si è venuta a determinare ha inevitabilmente condotto a far ricorso a quegli strumenti che in primo luogo è proprio la Carta costituzionale a prevedere. Deve tuttavia riconoscersi che tali strumenti appaiono in parte "logorati" dall'uso o meglio, dall'abuso che in questi anni se ne è fatto e che li ha trasformati in strumenti "ordinari" di politica governativa, veri e propri disegni di legge governativi ad iniziativa rafforzata, determinando una torsione evidente, come già sottolineato, rispetto all'originario disegno costituzionale relativo al decreto legge e aprendo la strada all'ampio ricorso, appunto, allo strumento del dPCM⁴⁰.

Al di là di tale profilo ciò che però maggiormente interessa ai nostri fini è comprendere se l'ulteriore marginalizzazione della sede parlamentare, evidente soprattutto nella prima fase della crisi pandemica, rappresenti un nuovo capitolo di una vicenda già in atto o possa divenire piuttosto una "finestra di opportunità", come qualcuno ha sostenuto⁴¹. In quest'ultimo caso si prospetterebbe infatti l'eventualità che proprio tali vicende siano in grado di innescare processi di trasformazione che in passato non si è riusciti a realizzare, idonei eventualmente a determinare una saldatura anche con le trasformazioni strutturali che, a seguito della recente riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, attendono l'organo rappresentativo al varco della prossima legislatura. Come si è a ragione evidenziato, e pur consapevoli che sia prematuro tirare le somme di un processo ancora *in fieri*, è innegabile però che "la diminuita autorevolezza delle nostre Camere e la perdita del loro peso all'interno del sistema istituzionale non sono nate con l'emergenza dovuta al Coronavirus, ma vengono ormai

³⁹ Vedi *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1/2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *ASTRID-Rassegna*, 5/2020; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020. Vedi inoltre la recente sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021 che qualifica i dPCM quali "atti amministrativi necessitati".

⁴⁰ Oltre al decreto legge e al Dpcm va ricordato come il panorama degli atti ai quali si è fatto riferimento sono vari e molteplici, poiché a questi si sono aggiunti anche ordinanze ministeriali e circolari applicative, ordinanze di protezione civile, ordinanze regionali e comunali. Con la conseguenza di aver aggravato il caos del sistema delle fonti e le numerose sovrapposizioni di interventi che hanno riguardato anche il rapporto tra lo Stato e le Regioni. Cfr. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2021.

⁴¹ Cfr. N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in V. LIPPOLIS–N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica – Il Filangeri. Quaderno 2020*.

da lontano”⁴². La crisi pandemica sembra quindi aver esclusivamente contribuito a acuire distorsioni che sono già da tempo in atto⁴³, pur dovendosi segnalare l’ulteriore accentramento decisionale nelle mani del Governo, e con esso la marginalizzazione del ruolo parlamentare, che ha contraddistinto tale fase. La circostanza, inoltre, che spesso si è reso necessario procedere alla limitazione di diritti costituzionalmente previsti, rispetto ai quali la garanzia delle riserve assolute di legge porrebbe al centro dei processi decisionali proprio l’istituzione rappresentativa, rende quindi necessario una riflessione particolarmente accorta rispetto ai processi in atto.

In ogni caso una prima questione che ha investito le Camere e aperto un dibattito in tema è stata rappresentata dall’opportunità di consentire la possibilità dello svolgimento dei lavori, e del relativo voto, da remoto. In particolare si è evidenziato come proprio la pandemia e la difficoltà, spesso determinatasi, di riunirsi in presenza ci abbia posto dinnanzi al rischio di “un progressivo e inesorabile esautoramento delle Camere”. Il rimedio per evitarlo, nei periodi emergenziali, dovrebbe quindi essere ricercato proprio nella predisposizione di un “diritto parlamentare dell’emergenza” e nella possibilità di consentire, in casi del tutto eccezionali, il voto a distanza, attraverso l’uso di dispositivi informatici⁴⁴. Si tratta, come è ovvio, di un rimedio certamente auspicabile, anche per il futuro, da confinare tuttavia a ipotesi specifiche, possibile attraverso modifiche dei soli regolamenti parlamentari⁴⁵. Va tuttavia segnalato come l’incertezza sulle modalità di riunione delle Camere, che hanno in particolare accompagnato la prima fase di emergenza, abbiano rappresentato un segnale tutt’altro che rassicurante sulla “vitalità” stessa dell’istituzione parlamentare, contribuendo ad alimentare in fondo l’idea di sostanziale inefficienza e “pletoricità” dell’organo cui porre rimedio attraverso lo strumento della riduzione del numero dei parlamentari.

In secondo luogo va segnalato come alcune prassi già invalse e in precedenza segnalate si siano ulteriormente aggravate nella fase pandemica. Basti pensare al fatto che nel corso del 2020 l’attività parlamentare è stata pressoché interamente rivolta all’approvazione di leggi di conversione di decreti legge e caratterizzata da una costante attività “aggiuntiva” di numerosi emendamenti proprio in fase di conversione. A questa prassi si è affiancata anche quella dell’accorpamento in un unico decreto legge di più decreti legge e della conversione di questi con un’unica legge di conversione. Una prassi, quest’ultima, non sconosciuta in passato ma che si è

⁴² Così V. LIPPOLIS, *Il rapporto Governo-Parlamento nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 277.

⁴³ I. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 159.

⁴⁴ Come fa notare I. A. NICOTRA, *op. cit.*, 148

⁴⁵ Evidenzia in realtà N. LUPO, *L’attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it, 129 come “sarebbe possibile introdurre tale adeguamento e adattare le procedure anche senza modifiche esplicite al regolamento. Vi sono stati infatti numerosi casi, specie alla Camera, di discipline adottate “in via sperimentale” o “in via provvisoria”, in deroga al regolamento”. L’ipotesi preferibile rimane quella della modifica del regolamento ma in casi del tutto eccezionali non può escludersi anche la percorribilità di tale via. Cfr. N. LUPO, *op. cit.*, 130 ss. in relazione alle diverse ipotesi “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari, nel caso di intervento volto a consentire il voto a distanza, più facile per alcuni procedimenti che per altri. Sicuramente più complesso per il procedimento legislativo, in particolare in Aula. In merito vedi anche la proposta di S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *biodiritto.org*, 17 marzo 2020, di istituzione di una commissione speciale con poteri redigenti. In tema vedi inoltre F. BIONDI - P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle mere durante l’emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un parlamento “telematico”*, in *federalismi.it*, 18/2020; N. LUPO, *L’attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *forumcostituzionale.it*, 2/2020; S. CURRERI, *Il Parlamento nell’emergenza*, in *osservatorio AIC*, 3/2020, 214-252.

gravemente accentuata nella fase pandemica, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo⁴⁶. In sostanza si è quindi assistito a un fenomeno di stabilizzazione di prassi già presenti e orientate all'affermazione del cosiddetto monocameralismo di fatto.

A queste si è accompagnato il fenomeno dello “scivolamento” progressivo verso il ricorso preponderante a strumenti emergenziali quali i decreti del Presidente del Consiglio (dPCM) caratterizzati dalla valorizzazione non solo dell'organo esecutivo nel suo complesso, ma ancor di più al suo interno del suo vertice. Una forma quindi di personalizzazione e verticalizzazione del potere esecutivo che sembra rappresentare con ogni probabilità la più diretta e immediata ricaduta della progressiva “normalizzazione” del ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza mostrando in effetti come le situazioni straordinarie acutizzino “la propensione di ricollocare la funzione rappresentativa in capo ad un organo monocratico”⁴⁷. Lo sbilanciamento a favore dell'organo monocratico all'interno del Governo che si è accompagnato all'acuirsi di una posizione ancillare del Parlamento rispetto al Governo, rappresentano quindi elementi di indubbia trasformazione della nostra forma di governo.

E' in questo contesto che si è quindi avvertita l'esigenza di recuperare spazio all'organo rappresentativo tentando la strada della cosiddetta “parlamentarizzazione” dell'emergenza. Questa si è realizzata in una prima fase in maniera più blanda, prevedendo che il Governo dovesse riferire alle Camere ogni 15 giorni; successivamente, con una modifica intervenuta in sede di conversione del d.l. n. 19/2020, con la legge n. 35/2020⁴⁸ sulla base del cd. “emendamento Ceccanti”. Si è trattato di una modifica ritenuta da molti maggiormente in grado di realizzare il necessario coinvolgimento delle Camere e consistente nell'obbligo per il governo di informare preventivamente le Camere in merito ai provvedimenti da adottare⁴⁹. Ciò ha reso possibile certamente una discussione parlamentare, un confronto quindi tra forze politiche di maggioranza e opposizione, sconosciuta nella prima fase dell'emergenza e l'adozione da parte delle Camere di numerosi atti di indirizzo che hanno quindi consentito a queste ultime di inserirsi all'interno del circuito decisionale con il voto di numerose risoluzioni. Va tuttavia rilevato che, anche da parte di chi ha guardato con favore alla progressiva parlamentarizzazione delle decisioni relative allo stato di emergenza, si è evidenziato come tale evoluzione si sia realizzata “in maniera contorta” e, inoltre, “nei limiti del valore giuridico di atti di indirizzo come le risoluzioni rispetto a decisioni che sono di competenza del Governo”, trattandosi infatti di atti “che il Governo potrebbe non seguire nell'esercitare poteri propri”⁵⁰.

⁴⁶ Si fa in particolare riferimento ai quattro decreti ristori tutti accorpati in un unico decreto legge. Cfr. N. LUPO, *Il parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e “finestra di opportunità”*, in V. LIPPOLIS – N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica – Il Filangeri. Quaderno 2020*, 154.

⁴⁷ I. A. NICOTRA, *op. cit.*, 163.

⁴⁸ Il d. l. n. 19 del 2020 aveva infatti previsto, nella sua formulazione originaria, che i Dpcm venissero inviati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione in Gazzetta ufficiale e che il Presidente del Consiglio o un ministro da lui delegato riferisse alle Camere ogni quindici giorni sulle misure adottate (art. 2, c. 5). In sede di conversione, alla Camera dei deputati, con un emendamento presentato dal deputato S. Ceccanti si è provveduto a stabilire che il Governo (Presidente del Consiglio o ministro da lui delegato) illustri preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati. Solo ove ciò non sia possibile per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare il Governo provvede ad un'informazione successiva all'adozione del provvedimento (art. 2, c.1).

⁴⁹ A questo strumento si è accompagnato anche l'eventuale ricorso all'informativa successiva, prevista dall'art. 2, comma 5, quando “per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare», non sia possibile fornire preventivamente comunicazioni alle Camere”.

⁵⁰ Così V. LIPPOLIS, *Il rapporto Governo-Parlamento nel tempo della pandemia*, cit., 273, il quale si richiama anche per la ricostruzione puntuale delle diverse risoluzioni votate dalle Camere in questa fase.

In sostanza il tentativo di parlamentarizzazione dell'emergenza si è rilevato uno strumento debole ai fini della valorizzazione del ruolo delle Camere. Innanzi tutto perché gli strumenti di indirizzo e di controllo delle Camere possono svolgere il proprio ruolo - anche nelle fasi ordinarie e non necessariamente, quindi, in quelle emergenziali - in maniera, per così dire, proporzionale, rispetto a quella che è la forza politica che esse sono in grado di esprimere. Siamo, invece, come già rilevato, da tempo dinnanzi a una situazione di diminuita autorevolezza e di scarsa incidenza dell'organo rappresentativo all'interno del sistema istituzionale che rende quindi egualmente poco incisivo il ricorso a strumenti di indirizzo e controllo⁵¹. Inoltre, va registrato il dato secondo il quale se è pur vero che dal punto di vista formale la dialettica tra maggioranza e opposizione in seno alle Camere si è certamente ampliata⁵², finendo quindi con il “modellare” gli stessi contenuti dei dPCM successivamente approvati, nella sostanza si è trattato di risoluzioni presentate dalla maggioranza e previamente concordate con il Governo “al fine di offrire a quest'ultimo una legittimazione più forte nel perseguire un determinato indirizzo”⁵³.

Si comprende quindi come il tentativo di coinvolgere le Camere attraverso la parlamentarizzazione di decisioni comunque assunte dal Governo abbia finito per rappresentare una soluzione debole⁵⁴, in ogni caso non in grado di riequilibrare, al di là del dato formale dell'apertura di un dialogo, la posizione del Parlamento rispetto al Governo.

6. *Valutazione dell'impatto che in questo contesto potrà assumere la riduzione del numero dei parlamentari e le riforme attuate e in fieri.*

Ultima tappa del percorso richiamato all'inizio di queste pagine può considerarsi, sia pur sotto un diverso angolo visuale, quello rappresentato dalla riforma costituzionale approvata nel settembre 2020⁵⁵, grazie all'esito positivo del relativo referendum costituzionale, e che prevede la riduzione del numero dei parlamentari, destinati a divenire, a partire dalla prossima legislatura, 400 alla Camera dei deputati e 200, oltre ai senatori a vita, al Senato della Repubblica. Tale riforma avrebbe dovuto rappresentare la risposta, invero, contraddittoria – quanto meno a nostro giudizio - rispetto alla perdita di fiducia da parte dei cittadini nei confronti della rappresentanza politica, ritenuta alla base del fallimento della precedente e più ampia riforma costituzionale del 2016. Contraddittoria poiché se la ragione per operare un tale “taglio lineare” dei parlamentari viene

⁵¹ *Ib.*, 277.

⁵² Come rilevato peraltro da molti tra i quali vedi D. SCOPELLITI, *il Parlamento nell'emergenza tra partecipazione da remoto e fonti della pandemia: chances di rilancio futuro e fantasmi del passato*, in (a cura di) P. CARETTI – M. MORISI – G. TARLI BARBIERI, *La pandemia e il sistema delle fonti. Uno sguardo comparato – Ricerca Tosi 2021*, in particolare 152 ss. anche per la puntuale ricostruzione dei diversi interventi parlamentari a fronte dei vari provvedimenti governativi adottati nella fase emergenziale.

⁵³ Sul punto vedi R. MAZZA, *La parlamentarizzazione dell'emergenza Covid-19 tra norme e prassi*, in *federalismi.it*, 12/2021, 161.

⁵⁴ Così N. LUPO, *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, “Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata”: come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, in *osservatorio AIC*, 6/2020,13; G. BRUNELLI, *op. cit.*, 9 parla di Parlamento come di “consulente dell'esecutivo” che anche per questa via ridimensiona i suoi già compromessi poteri. Che si sia trattato di una forma debole di parlamentarizzazione si evince inoltre dai tempi a disposizione delle Camere per effettuare il controllo preventivo se si considera che gli atti di indirizzo sono stati emanati il più delle volte il giorno prima rispetto all'emanazione del dPCM. Sul punto cfr. D. SCOPELLITI, *il Parlamento nell'emergenza*, cit., 152.

⁵⁵ Si tratta della **legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1** “*Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari*”.

esspressamente ricondotta alla volontà di ridurre la distanza tra elettori e eletti, in realtà non può negarsi che tale distanza finisca per accrescersi proprio in conseguenza della riduzione che si è operata. La riduzione del numero dei parlamentari è infatti inevitabilmente destinata a ripercuotersi sulla rappresentatività del Parlamento, finendo in sostanza per comportare “una regressione, dunque, nel cammino della democrazia”⁵⁶, piuttosto che consentire di rinsaldare il già debole legame che oggi tiene insieme elettori ed eletti.

In particolare va evidenziato, infatti, come il mancato inserimento della riduzione del numero dei parlamentari nel contesto di una più organica riforma delle Camere, soprattutto nella prospettiva del ripensamento del bicameralismo perfetto e paritario, rappresenti una ulteriore, pesante ipoteca rispetto all’esigenza di rivitalizzazione del ruolo parlamentare, con il rischio, quindi, di rendere ancor più evanescente il collegamento tra corpo elettorale e rappresentanti, in particolare per quel che riguarda il Senato. Al Senato la rappresentatività parlamentare risulta, infatti, condizionata dal sensibile aumento del numero medio di abitanti per ciascun seggio spettante alle Regioni, destinato a prodursi a seguito della riduzione del numero dei senatori. La conseguenza è che “il rapporto tra popolazione media e senatore assegnato rischia necessariamente di incidere sulla conoscibilità dei candidati da parte degli elettori e dunque di ulteriormente aggravare quella sempre più marcata distanza tra rappresentanti e rappresentati che si è andata consolidando negli ultimi decenni”⁵⁷. La diminuzione del numero dei senatori che si verrà a determinare non risulta inoltre percentualmente identica in tutte le circoscrizioni regionali e, in assenza dell’introduzione di una camera territoriale delle Regioni, ciò rischia di comportare distorsioni relative all’eguale rappresentatività degli elettori⁵⁸. Inoltre, se si pone in relazione la riduzione del numero dei parlamentari con l’attuale legge elettorale è dato evidenziare un ulteriore allargamento della forbice che distanzia i cittadini dai loro rappresentanti⁵⁹, ampliando così ancor di più il varco che separa gli uni dagli altri. Il che, ovviamente, impedisce che vi sia quella costante osmosi che dovrebbe costituire la linfa di un rapporto ininterrotto e costante tra istituzioni, partiti e “comunità”; quel rapporto al quale proprio Galizia faceva riferimento evidenziandone la centralità per il buon funzionamento della nostra forma di governo. Infine, sembra profilarsi un rafforzamento del ruolo delle segreterie di partito, con i singoli parlamentari destinati ad essere sottoposti, più di quanto già non siano, alla disciplina di gruppo e di partito⁶⁰.

In definitiva appare evidente come sia mancata una “visione d’insieme della rappresentanza politica”⁶¹ che avrebbe, diversamente, consentito di coniugare quelle esigenze di “efficientamento”, poste a giustificazione della riduzione del numero dei parlamentari, con l’obiettivo, da tempo auspicato ma mai realizzato, di un rimodellamento delle funzioni del Senato. L’introduzione contestuale di una Camera delle regioni o di una Camera di rappresentanza territoriale avrebbe infatti potuto rappresentare un evidente elemento di valorizzazione del ruolo delle Camere, consentendo il superamento del limite attualmente

⁵⁶ A. ALGOSTINO *In tema di riforme costituzionali. Brevi note sulla proposta di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, 2, 2012, 7.

⁵⁷ C. NAPOLI, *Sulla ripartizione dei senatori tra le regioni e sulla circoscrizione estero*, in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?* 164.

⁵⁸ A. POGGI, *La riforma costituzionale meno urgente. Se rimanesse l’unica sarebbe una pietra tombale sul rinnovamento delle istituzioni*, in *ID.*, 263-264.

⁵⁹ Ivi, 264.

⁶⁰ S. CURRERI, *Gli effetti politico-istituzionali negativi di questa riduzione del numero dei parlamentari*, in *ID.*, 237.

⁶¹ A. POGGI, *La riforma costituzionale meno urgente, op. cit.*, 267.

presente e rappresentato dall'assenza di una istanza centrale di ricomposizione unitaria del pluralismo territoriale.

La riforma che ha condotto alla riduzione del numero dei parlamentari sembra piuttosto inserirsi all'interno di un insieme di riforme costituzionali contestuali, caratterizzate da un tendenziale e pericoloso ridimensionamento della rappresentanza parlamentare. È necessario infatti ricordare come quella relativa alla riduzione del numero dei parlamentari sia stata affiancata al tentativo di valorizzare istituti di democrazia diretta, con il referendum propositivo⁶², e a superare il vincolo del divieto di mandato imperativo⁶³ oltre alla riforma relativa all'equiparazione dell'elettorato attivo per Camera e Senato. A parte quest'ultima, le altre riforme non sono state approvate ma resta il fatto che si tratti, in ogni caso, di riforme tutte caratterizzate dall'intento di rispondere alla crisi dei partiti e della loro legittimazione nei confronti dei rappresentati con un eccesso, almeno in parte, di democrazia diretta e partecipata.

Inoltre va segnalata un'ulteriore proposta di revisione costituzionale (A.C. 2238)⁶⁴ che prevede modifiche agli artt. 57 e 83 Cost. al fine di superare il riferimento alla "base regionale" per l'elezione dei senatori, sostituendolo con la "base circoscrizionale" e a ridurre da tre a due i delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica. Se quest'ultima modifica può ritenersi opportuna, poiché è innegabile che nell'elezione del Presidente della Repubblica ad essere prevalenti siano le ragioni di appartenenza politica e non quelle di provenienza territoriale⁶⁵, ben diverso è il caso della eliminazione della base regionale dei senatori. Questa riforma, assieme a quella che prevede l'equiparazione dell'elettorato attivo, sembra infatti voler procedere in direzione opposta a quella, certamente auspicabile, della riforma del bicameralismo simmetrico, indirizzandosi piuttosto verso l'eliminazione di ogni traccia, seppur residua, di differenziazione tra le due Camere.

In sostanza, per comprendere l'attuale evoluzione della rappresentanza, è necessario anche tenere in debita considerazione l'*humus* nel quale la riforma che ha condotto alla riduzione del numero dei parlamentari è nata e si è affermata. Quest'ultima, unitamente a quella che ha condotto all'equiparazione dell'elettorato attivo di Camera e Senato⁶⁶, rischia quindi di

⁶² Cfr. *Disegno di legge costituzionale A.S. n. 1089, di riforma costituzionale, recante Disposizioni in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum. Tale proposta è stata approvata dalla Camera in prima deliberazione - al termine della discussione svolta in Assemblea dal 16 gennaio al 21 febbraio 2019. La proposta di legge costituzionale prevede una modifica all'art. 71 Cost. nella parte in cui disciplina l'iniziativa legislativa popolare, introducendo una procedura 'rinforzata' che si può concludere, al verificarsi di alcune condizioni, con lo svolgimento di una consultazione referendaria. È fermo tuttavia all'esame della Commissione affari costituzionali del Senato dal 23 luglio 2019. In proposito vedi I. A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2019.*

⁶³ Si tratta della proposta di legge costituzionale Fascina (A.C. 3297) *Modifica dell'articolo 67 della Costituzione, concernente l'introduzione del vincolo di mandato parlamentare*, con la quale si prevede una modifica dell'art. 67 Cost. al fine di introdurre il vincolo di mandato per i membri del Parlamento. La proposta, presentata alla Camera il 28 settembre 2021, risulta assegnata alla I Commissione Affari costituzionali in sede referente il 20 ottobre 2021. L'iter in Commissione è iniziato il 21 novembre scorso.

⁶⁴ Si tratta della proposta di legge costituzionale Fornaro ed altri: "Modifiche agli articoli 57 e 83 della Costituzione, in materia di base territoriale per l'elezione del Senato della Repubblica e di riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica". Tale proposta di revisione costituzionale è stata presentata alla Camera dei deputati il 6 novembre 2019 ed assegnata alla Prima Commissione Affari Costituzionali il 12 novembre 2019. Il relativo esame è iniziato il 20 novembre 2019. Dal 5 marzo all'8 luglio 2020 si sono svolte audizioni informali.

⁶⁵ Cfr. A. MORELLI – L. TRUCCO, *Editoriale. Taglio del numero dei parlamentari e rappresentanza territoriale e politica. Le prossime riforme auspicate e auspicabili*, in *dirittiregionali.it*, 3/2020, 2.

⁶⁶ Si tratta della legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1 (*Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica*) entrata in vigore il 4 novembre scorso. Intervenedo sull'articolo 58, primo comma, della Costituzione, tale riforma ha abbassato da 25 a 18 anni l'età per eleggere i componenti del Senato della Repubblica.

determinare delle ricadute sul funzionamento del Parlamento e, più in generale, sulla nostra forma di governo parlamentare. Per un verso è evidente l'esigenza di un intervento con legge elettorale⁶⁷, in grado quindi di consentire di riaprire il dialogo con gli elettori e una rappresentanza del pluralismo politico presente nel Paese⁶⁸. Inoltre, come da alcuni evidenziato, l'equiparazione dell'elettorato attivo, ha finito con il comportare una progressiva parificazione delle Camere che, se non accompagnata a un corrispondente intervento sul bicameralismo rischia di determinare un progressivo svuotamento del ruolo del Senato e l'inesorabile venir meno di ogni residua ragione che giustifichi ancora il mantenimento di un sistema bicamerale.⁶⁹

7. Conclusioni.

Un dato oggi incontrovertibile è rappresentato dal fatto che la crisi sanitaria ha portato allo scoperto e ulteriormente acuito un processo, da tempo in corso, di progressiva marginalizzazione del Parlamento a vantaggio dell'esecutivo. In questo contesto il dato positivo che va comunque registrato è la particolare attenzione che si è riservata al tema e alla riflessione sulle possibili modalità di soluzione della crisi del Parlamento. Forse sarebbe meglio dire dei Parlamenti poiché essa non investe certo solo quello italiano. Si tratta, infatti, di un fenomeno ormai ampiamente diffuso, pur non potendosi negare che nel nostro caso la crisi si sia manifestata in maniera particolarmente acuta. La riflessione in corso e la stessa occasione offerta dalla gestione dei fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza rappresentano, in ogni caso, indubbie occasioni di rilancio della stessa istituzione parlamentare⁷⁰. Il che lascia, quindi, ben sperare per il futuro. L'opportunità di un cambiamento di rotta ha quale punto di partenza il riconoscimento pressoché unanime della necessità di assicurare un ruolo centrale dell'istituzione parlamentare nel nostro sistema e l'esigenza di individuare soluzioni idonee allo scopo. Secondo un'immagine che certamente coglie nel segno il Parlamento costituisce, infatti, “un bene

⁶⁷ Oltre quindi all'esigenza di adeguamento della legge elettorale rispetto alla riduzione del numero dei parlamentari alla quale si è dato seguito con l'approvazione della legge delega n. 51 del 2019 (*Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari*) che, tuttavia, “risolve in maniera aritmetica il problema della rappresentanza, posto che si limita a prevedere che per superare l'“impasse” della riduzione del numero dei parlamentari sia sufficiente ridurre proporzionalmente il numero dei seggi da eleggere nelle circoscrizioni, rideterminate dal Governo”. Cfr. A. MAZZOLA, *Quale impatto potrebbe avere il “taglio” del numero dei parlamentari sulla forma di governo parlamentare italiana*, in P. CARETTI – M. MORISI – G. TARLI BARBIERI, *La dimensione dei Parlamenti: logiche politiche e dimensioni costituzionali – Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi. Ricerca 2020*, 27. In attuazione della delega è stata successivamente approvato il d.lgs. n. 177 (*Determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, a norma dell'articolo 3 della legge 27 maggio 2019, n. 51*) con il quale per l'elezione della Camera dei deputati sono stati definiti 147 collegi uninominali e 49 collegi plurinominali, nei quali saranno eletti 245 deputati. Per l'elezione del Senato della Repubblica sono stati definiti invece 74 collegi uninominali e 26 collegi plurinominali nei quali saranno eletti 122 senatori.

⁶⁸ A tal proposito vedi, tra gli altri, M. SICLARI, *Riduzione del numero dei parlamentari e legge elettorale*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021,

⁶⁹ Cfr. M. BELLETTI, *Miopia istituzionale nella strategia delle riforme costituzionali, o consapevole ricerca di una “marginalizzazione” della rappresentanza parlamentare? Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari, ovvero la strada verso l'introduzione di un sistema monocamerale*, in *federalismi.it – paper*, 15 aprile 2020.

⁷⁰ Come ha evidenziato la Presidente della Camera Casellati in occasione del settimo summit dei presidenti dei Parlamenti del G20 dell'Ottobre scorso e dal titolo “*Parliaments for People, Planet and Prosperity* (Parlamenti per le persone, il pianeta e la prosperità). Secondo la Casellati: “Il Pnrr sarà l'occasione per il Parlamento di recuperare pienamente la sua centralità e far rientrare nei binari costituzionali il procedimento legislativo. Alle Camere, infatti, è attribuito il ruolo strategico di controllare che le riforme per la ripresa economica siano attuate, promuovendo anche una semplificazione legislativa che aiuti famiglie, imprese e amministrazioni locali a non essere soffocate da una burocrazia inutile e oppressiva”.

pubblico essenziale” del quale non si può certo fare a meno. Non si può che concordare con l’osservazione in base alla quale se il Parlamento “non c’è, o è marginalizzato, siamo tutti meno tutelati” poiché i bilanciamenti necessari tra diritti “o tra diritti e doveri, o tra diverse esigenze rappresentate a livello tecnico – si pensi all’alternativa del diavolo tra salute e crescita economica – e le delicate valutazioni in termini di proporzionalità che ciascuna misura presuppone vengono compiuti da pochi, in modo oscuro, e senza perciò che sia facile individuare e far valere le relative responsabilità”⁷¹. Rinvigorire il Parlamento, recuperarne il ruolo decisionale all’interno della nostra forma di governo significa rinvigorire e tutelare la stessa democrazia e rappresenta dunque, secondo un riconoscimento unanime, un obiettivo ormai ineludibile.

Più complesso è individuare le possibili soluzioni rispetto al problema. E’ indubbio infatti che in questa prospettiva un ruolo fondamentale assumano tutti gli strumenti in grado di restituire al Parlamento centralità nel processo decisionale. Questa esigenza è dimostrata non solo dalla vicenda rappresentata dalla crisi sanitaria, che ci ha posto di fronte alla necessità di interventi rapidi e flessibili, ma anche dalle fasi di normale funzionamento del sistema caratterizzate, come è noto, dall’ampio ricorso allo strumento della decretazione d’urgenza per i tempi certi di approvazione che lo connotano. E’ del tutto plausibile, quindi, ritenere che anche in futuro il ricorso al decreto legge continuerà a rappresentare una delle vie principali di attuazione dell’indirizzo politico. Rispetto ad esso appare quindi fondamentale assicurare al Parlamento strumenti di decisione “informata e consapevole”. A tal fine è stato a ragione osservato come sia indispensabile ampliare tutti gli strumenti di approfondimento conoscitivo, anche nei tempi stretti previsti per la conversione dei decreti legge. Il che, in altri termini, si dovrebbe tradurre nella valorizzazione del ruolo che potrebbero avere le commissioni in sede consultiva, così come anche altre forme di consultazione che hanno già mostrato un impatto piuttosto positivo. Ci si riferisce, in particolare, alla recente modifica apportata al regolamento interno della Commissione parlamentare per le questioni regionali che prevede una forma di consultazione strutturata con rappresentanti delle autonomie territoriali⁷². Si tratterebbe quindi di intervenire sui regolamenti parlamentari, traendo occasione dall’esigenza di intervenire su questi proprio in conseguenza delle modifiche necessarie a seguito della riduzione del numero dei parlamentari. Sempre con riferimento alle modifiche da apportarsi ai regolamenti parlamentari da parte della dottrina si evidenzia come il ruolo decisionale delle Camere potrebbe beneficiare da un necessario ripensamento delle commissioni; in questa prospettiva alla diminuzione e alla riarticolazione delle commissioni permanenti di Camera e Senato, resa quindi necessaria dalla riduzione del numero dei parlamentari, si potrebbe accompagnare anche la previsione di nuove commissioni bicamerali, a composizione più ridotta di quelle attuali, alle quali affidare funzioni di controllo⁷³.

⁷¹ N. LUPO, *L’attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it, 140-141.

⁷² Sui punti richiamati vedi *Osservatorio sulla legislazione – La legislazione tra Stato, regione e Unione Europea. Rapporto 2021* (in collaborazione con il servizio studi del Senato della Repubblica), 16-17 nel quale si fa altresì riferimento alla possibilità di prevedere anche nuove forme di dialogo strutturato e di consultazione con la società civile

⁷³ Così N. LUPO, *Il Parlamento nell’emergenza pandemica*, cit., 156 ss.. Si segnala, inoltre, come sia stata già presentata a maggio 2020 la proposta A.S. 1834, di iniziativa del Senatore Pagano, finalizzata a istituire una Commissione bicamerale sull’emergenza epidemiologica da COVID-19.

La questione della riduzione del numero dei parlamentari e della minor rappresentatività che ne deriva, come già rilevato, e che riguarda in particolare il Senato, alla quale si è accompagnata la riforma che ha equiparato l'elettorato attivo di Camera e Senato, renderebbero necessario intervenire anche nell'ottica di valorizzare le ragioni della sussistenza di due rami parlamentari. In tale prospettiva è evidente che sarebbe quanto mai auspicabile, come già rilevato, fare del Senato quel luogo di raccordo con il pluralismo territoriale di cui si avverte certamente l'assenza⁷⁴ e che appare ancor più giustificato oggi alla luce proprio di una riduzione numerica che rischia di rimanere, appunto, un mero "taglio lineare" non giustificato alla luce di un ripensamento anche delle funzioni e della composizione della seconda Camera. Gli ostacoli che hanno impedito di condurre in porto tale modifica costituzionale, da sempre ritenuta fondamentale, non mancano però anche oggi. Anzi, vi è chi ritiene che con le ultime riforme sia stata ormai posta una pietra tombale alla modifica al nostro bicameralismo.

Non viene meno, tuttavia, l'esigenza di rappresentare al centro del sistema un pluralismo territoriale che è elemento identitario fondamentale del nostro Paese. Ciò ha condotto quindi a riflettere su possibili soluzioni alternative, anche alla luce del fatto che il bicameralismo, reso ancor più paritario dalla riforma dell'elettorato attivo, sembra perdere progressivamente di senso. Tanto più se si considerano le prassi ormai consolidate e ulteriormente rafforzatesi nel corso della pandemia, del cosiddetto monocameralismo di fatto che sembrano quindi far venir meno anche la finalità di maggior ponderazione delle decisioni assunte grazie alla deliberazione da parte di entrambe le Camere, previsto nell'*iter* parlamentare. In questa direzione va quindi la proposta di opzione monocamerale lanciata sull'*Avanti!* da Claudio Martelli e da Beniamino Caravita e che prevede inoltre che ad essa si accompagni l'integrazione, dopo vent'anni dalla sua previsione, della Commissione parlamentare per le questioni regionali con rappresentanti delle Regioni e delle autonomie locali⁷⁵.

Va da ultimo osservato che la crisi della rappresentanza, come si è rilevato, è frutto innanzi tutto della crisi della politica. Qualunque opzione riformatrice rischia dunque di rivelarsi

⁷⁴ Su questo profilo sia consentito richiamare M. G. RODOMONTE, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia*, Padova, Wolters Kluwer, Cedam, 2020.

⁷⁵ Sulla trasformazione delle due Camere in un'unica Assemblea parlamentare vedi il dibattito sull'*Avanti!* del 1 giugno 2021 con l'intervento introduttivo di Claudio Martelli e gli interventi successivi, tutti favorevoli all'opzione monocamerale, di E. CHELI, B. CARAVITA, S. CASSESE, A. MANZELLA, F. CLEMENTI. Va inoltre segnalata la proposta di legge presentata il 2 ottobre 2020 al Senato, cioè l'A.S. 1960 a firma del senatore Marcucci e altri recante "*Razionalizzazione del parlamentarismo attraverso la valorizzazione del Parlamento in seduta comune per la definizione dell'indirizzo politico nazionale. Introduzione della sfiducia costruttiva e di nuovi elementi di differenziazione di Camera e Senato*". Essa risulta assegnata alla Commissione affari costituzionali il successivo 10 novembre ma la relativa istruttoria legislativa non risulta ancora avviata. In relazione a tale proposta - con modifiche che dovrebbero riguardare sia la formazione del Senato (integrato da un senatore per ogni consiglio regionale) sia il procedimento legislativo, differenziando i poteri delle due Camere, ma attribuendo in realtà alla seconda Camera un ruolo particolarmente circoscritto proprio con riferimento alla funzione legislativa e una valorizzazione del ruolo del Parlamento in seduta comune nell'approvazione di alcune leggi - si è osservato però che "...le soluzioni non devono essere pasticciate, contenendo un po' di monocameralismo, un po' di differenziazione. In questo senso non appaiono ancora chiare le soluzioni indicate dal Pd, che fanno riferimento sia all'ipotesi di affidare il voto di fiducia (e di sfiducia, compresa una possibile sfiducia costruttiva) e alcune aree attinenti all'indirizzo politico al Parlamento in seduta comune, sia contemporaneamente all'ipotesi di introdurre differenziazioni tra le due Camere. A giudizio di chi scrive, le due cose non possono stare insieme: di fronte ai testi, si potrà essere più precisi, ma sarebbe la prima volta che in una forma di governo parlamentare le due Camere partecipano paritariamente al rapporto di fiducia, rimanendo differenziate in ordine alla potestà legislativa". Cfr. B. CARAVITA, *I possibili interventi istituzionali dopo il voto referendario*, in *federalismi.it*, 25/2020. Si segnala infine che in concomitanza al progetto richiamato il 1° ottobre 2020 alla Camera dei Deputati è stato presentato il progetto (Delrio e altri) di "*Modifiche alla parte II della Costituzione concernenti le competenze delle Camere e del Parlamento in seduta comune, la composizione del Senato della Repubblica, il procedimento legislativo e i procedimenti di fiducia e sfiducia*" (A.C. 2697). Esso è stato assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 17 novembre 2020 ma, anche in questo caso, l'iter di esame non è ancora iniziato.

insufficiente se non si interviene a partire da questo versante. La crisi investe da tempo il nostro sistema dei partiti e certamente si riflette sulla forma di stato e di governo poiché è certo che la Costituzione italiana sia stata “geneticamente segnata” dal ruolo dei partiti politici⁷⁶. I partiti vengono dunque intesi come fattori di unificazione della comunità attorno ai valori fondanti espressi dal testo costituzionale e quali strumenti di canalizzazione delle varie istanze provenienti dalla comunità con la loro traduzione in indirizzi politici coerenti.

Tutto ciò presuppone, tuttavia, una “comunità” che, seppur portatrice di richieste diversificate, possa essere considerata tale in quanto in grado di identificarsi attorno a un insieme di valori, che sono quelli espressi dal testo costituzionale. Vi è da chiedersi, tuttavia, se, oltre a quelle “crepe” che caratterizzano già da tempo il nostro sistema delle fonti e il rapporto tra Governo e Parlamento, la fase pandemica non abbia altresì portato allo scoperto anche una qualche incrinatura dell’unità di valori attorno a cui si dovrebbe formare e consolidare la collettività. Deve infatti riconoscersi che tale identità si produce attraverso un processo osmotico che consente, per un verso di realizzare appieno un circuito virtuoso che è in grado di tramutare le domande sociali, attraverso i partiti, in indirizzi politici coerenti.

Questi, a loro volta, dal livello istituzionale e politico si propagano verso la comunità creando quindi un legame di fiducia in grado di tenere insieme consociati e istituzioni e consentire del pari la convivenza tra richieste diverse e, talvolta, tra distinte realtà identitarie. Se però uno, o più, di questi elementi viene messo in crisi è evidente che l’intero circuito vacilla.

Ciò rende quindi opportuno un ripensamento più ampio sul valore di “collante” tra le diverse realtà identitarie della nostra Costituzione e dei suoi valori. Il che richiede, per un verso, una diffusione ampia e capillare della cultura democratica e costituzionale, coinvolgendo quanto più possibile le giovani generazioni, a partire dall’istruzione scolastica superiore e universitaria. Solo così è possibile contribuire a formare un cittadino consapevole e a veicolare i valori costituzionali per rinsaldare il senso di appartenenza a una comunità⁷⁷. Inoltre, è necessario dare nuova linfa al rapporto asfittico tra elettori ed eletti ricollocando al cuore della politica e dei suoi processi decisionali la persona e i suoi diritti così come il ruolo delle formazioni sociali, di mediazione dei corpi intermedi.

Come ci ricorda Mario Galizia, infatti, per rendere possibile realizzare quel progetto democratico presente nel testo costituzionale è necessario che si realizzi un collegamento continuo tra apparato e comunità: è indubbio, infatti, per i raccordi che stringono fra di loro le diverse parti della Repubblica, “che la sua democraticità, la sua medesima efficienza, in relazione alle premesse che la sorreggono è legata al fatto che *il Paese sia sempre vivo, con la sua attiva presenza, nella dinamica dello Stato apparato*”⁷⁸.

⁷⁶ F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *federalismi.it*, 23/2016, 2. ss.

⁷⁷ Afferma R. CALVANO che “Si deve dunque tornare al ruolo cruciale del sistema dell’istruzione per la stabilità e la possibilità stessa di sopravvivenza delle istituzioni politiche e dello Stato costituzionale, poiché il dato dell’incidenza dell’istruzione sull’esercizio di una cittadinanza consapevole pare innegabile e di urgente sottolineatura. Una ricostruzione della cittadinanza, ma anche una costruzione del senso, di sé dell’individuo e della convivenza civile (Moro alla Costituente parlava di “educazione come sviluppo progressivo della personalità mediante una adeguata cognizione del proprio io e del mondo”). Sulla crisi, però, dell’istruzione nel contesto dello Stato sociale italiano vedi A. POGGI, *Per un “diverso” Stato sociale. La parabola del diritto all’istruzione nel nostro Paese*, Il Mulino, Bologna, 2019.

⁷⁸ M. GALIZIA, *op.cit.*, 184. Corsivo nostro.



Simona Rossi*

«La teoria della sovranità dal Medioevo sino alla Rivoluzione francese» e lo Stato costituzionale nella pandemia (Covid-19)**

SOMMARIO: I Parte. La sovranità nello Stato costituzionale e le sfide della pandemia covid-19 - 1. L'ipostatizzazione del concetto di sovranità nello Stato costituzionale liberal-democratico. - 2. La sovranità e l'obbligo di tutela dello Stato nella pandemia. - 3. La Repubblica federale tedesca e la pandemia. - 3.1. La tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale. - 3.2. Il dibattito giuridico. – II Parte. La teoria della sovranità secondo Mario Galizia - 1. Premessa. Riferimenti interpretativi nella lettura de «La teoria della sovranità dal Medio Evo fino alla Rivoluzione francese». - 2. La sovranità dai principi fondamentali del diritto pubblico romano alla dottrina teocratica della sovranità alla fine del secolo XVIII - 2.1.-Gli elementi della sovranità tra il IX e il XII secolo. - 2.2. Le trasformazioni della legge in rapporto alla sovranità tra 1200 e 1400 2.3. Riflessioni per lo Stato. - 2.4. Lo Stato a misura d'uomo - 2.5. L'uomo e il «suo» Stato nella storia. – III Parte. Il contributo di Galizia nel «problema» contemporaneo della sovranità: spunti per ulteriori riflessioni.

Se come ai tempi del dottorato di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate potessi fare una domanda a Mario Galizia, gli chiederei come secondo Lui si sta evolvendo il concetto di sovranità in considerazione degli sforzi compiuti dagli Stati per governare un virus.

Nelle seguenti riflessioni non proverò a indovinare la Sua risposta che sarebbe stata unica per contenuto, forma e presentazione. Ripercorro invece il lavoro «La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese¹» che è il primo libro pubblicato da Galizia nel 1951 e finito di scrivere, come premesso dall'Autore, già nel 1949. Ciò facendo, spero di mettere in giusta luce quei Suoi insegnamenti che seppure raccolgano gli inizi di un'attività di studio sempre in azione, si proiettano talmente in avanti, da rendere il lavoro che li contiene un classico del suo genere e come tale, dunque, sempre necessario quando si deve riflettere sull'attualità.

* Dottoressa di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese*, Milano 1951. (di seguito citato come «Teoria della sovranità»).

L'intento è quello di utilizzare il concetto di sovranità ispirato all'opera giovanile di Mario Galizia quale elemento di valutazione dello «stress-test» cui la pandemia covid-19 ha sottoposto lo Stato costituzionale democratico di diritto. A tal fine, dopo aver illustrato il rapporto tra concetto di sovranità e Stato costituzionale alla luce delle sfide poste dalla gestione pubblico-statale della pandemia (I Parte), ripercorrerò il «saggio sullo svolgimento storico della teoria della sovranità dello Stato dalla compilazione giustiniana alla fine del secolo diciottesimo»² alla ricerca di spunti (II Parte) per un nuovo giro di riflessioni (III Parte).

È bene chiarire subito il punto di vista di questo scritto. Se, come evinco da «La teoria della sovranità», la forza normativa della spinta sovrana è quella che unifica una comunità e che si rispecchia nei valori della costituzione, di fronte ad una questione così generale come la minaccia della salute pubblica da parte di un virus letale, una regolamentazione per divieti (di uscire di casa, di lavorare, di andare a trovare i parenti, a scuola ecc.) o obblighi (di vaccinazione) non rispetta i valori dell'unione fondante. Una gestione burocratica della pandemia è insufficiente, perché politicamente e normo logicamente non si aggancia al patto di solidarietà che è dietro la spinta unitaria che forma la comunità sociale e statale, e non lo rinnova davanti ad una situazione di crisi. Una normativa per divieti ed obblighi che si richiama ad una situazione di emergenza, se prolungata, divide la società e successivamente mette in crisi la sovranità dello Stato che sulla solidarietà civile si fonda.

I Parte. *La sovranità nello Stato costituzionale e le sfide della pandemia covid-19*

1. *L'ipostatizzazione del concetto di sovranità nello Stato costituzionale liberal-democratico*

Quando nel diritto costituzionale ci si spinge a parlare del concetto di sovranità in genere si accetta un'aporia di fondo.

Come funziona un concetto aporetico lo spiega bene Adorno. Secondo il Filosofo critico il concetto aporetico tipico è quello di «essere», perché esso «trasforma il più astratto in più concreto e quindi in più vero»³. Analogamente, il concetto di sovranità dello Stato costituzionale trasforma il più concreto, cioè un atto o un fatto o una forza vitale in movimento (il potere costituente) in una forma fissa dell'essere ossia il potere costituito in un ordinamento positivo. L'aporia della «sovranità come concetto aporetico» consiste nel compiersi annullandosi in un qualcosa di diverso.

Come forza generante lo Stato, infatti, la sovranità si deve esaurire con il suo compimento, pena l'impossibilità della 'tenuta' dell'ordine costituito. Una sovranità concepita come forza continua sarebbe un potere costituente eterno, uno stato permanente di emergenza, una rivoluzione senza fine - forze incapaci della funzione concettuale della sovranità che è quella della *reductio ad unum*.

² M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, Introduzione, 1.

³ T. ADORNO, *Dialettica negativa (1966)*, Torino 1970, 68.

Le carte fondamentali dei Paesi ricostituitisi dopo le esperienze nazi-fasciste pongono a baluardo della sovranità i valori fondamentali dell'ordinamento che si rispecchiano nei diritti costituzionali. I preamboli delle costituzioni sono indicativi, ma anche gli articoli 1: la solidarietà (Italia), dignità umana (Germania), libertà e uguaglianza (Francia), libertà giustizia e pluralismo (Spagna) sono i valori comuni che hanno animato la penna del costituente e che alle forze costituite faranno sia da stella polare che da limiti (di legittimità costituzionale e di modifica alla costituzione)⁴.

Nello iato tra potere costituente e potere costituito⁵, la sovranità che ha fondato lo Stato pluralistico deve sperare che la sfera pubblica costituita sia formata dal maggior numero possibile di interpreti⁶ e che gli interpreti si attengano quanto più possibile alle motivazioni generanti l'unità del politico⁷.

2. La sovranità e l'obbligo di tutela dello Stato nella pandemia

Dunque la sovranità dello Stato costituzionale si basa su un sistema di valori fondanti, e la pluralità sottesa a questo sistema fa sì che la dialettica tra i diritti, che su quei valori si basano, mantenga il sistema consapevolmente aperto⁸. Nello Stato costituzionale democratico e liberale gli attori-portatori di diritti e doveri sono i cittadini. Allo Stato e ai suoi enti spettano diritti e doveri in funzione dei cittadini, cioè obblighi.

Stante queste premesse si pone ora la seguente questione: davanti ad una pandemia che minaccia la salute pubblica, la tutela della salute dei cittadini fa parte dei valori fondanti lo Stato?

E se, ovviamente, rispondiamo in maniera affermativa, che rapporto c'è tra la tutela della salute pubblica attraverso lo Stato e l'esercizio dei diritti?

Tale domanda sottende tre premesse che distinguono lo Stato costituzionale occidentale da quello ad esempio cinese. La prima è che l'agire dello Stato, sebbene volto al bene di tutti, è per definizione limitato dai diritti fondamentali dell'individuo. La seconda è che il bene va costruito attraverso la partecipazione di tutti. La terza è che le scelte politiche si orientano «alla rotta» indicata dai valori fondamentali dell'ordinamento.

⁴ Per una introduzione storica a tutte le problematiche giuridiche e politiche del concetto di sovranità, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Rivista di diritto costituzionale, nr. 1 1996, 1 ss. Per uno sviluppo di teoria costituzionale del concetto di potere costituente cfr. T. HERBST, *Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Baden-Baden 200 28 ss. Sulle «condizioni» del potere costituente H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in H. HELLER, *Gesammelte Schriften*, C. MÜLLER, a cura di, 2. ed., Tübingen 1992, 421-433. Sul momento normativo del potere costituzionale, H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, 2. ed. Aalen 1928, 6 ss. Per il rapporto costituzionale-valori si parta da A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in Pol. Dir. 1991, 639 ss. Sul rapporto tra diritti fondamentali e costituzione P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino 1997.

⁵ Si vedano i diversi contributi di AAVV, a cura di L. LANFRANCHI, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997

⁶ P. HÄBERLE, *Öffentlichkeit und Verfassung* in ID. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Ed. Berlin 1998 225 ss. Dello stesso autore *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in ID. *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein 1980.

⁷ A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento*, Milano 2002.

⁸ Sul rapporto tra modifiche costituzionali, riforma della costituzione, violazione della costituzione e potere costituente, A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001. C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in Riv. dir. pubbl., 1952, 41 ss.

Muovendo da questo complesso di premesse, di fronte ad una pandemia che minaccia la salute del singolo e contemporaneamente quella di tutti, il patto sovrano fondante e la carta costituzionale fanno obbligo allo Stato di agire tenendo presente: a) che spetta prima di tutto al cittadino di provvedere alla propria salute; b) che nell'ordine costituzionale pluralistico spetta al sovrano costituito, cioè al popolo rappresentato, trovare il giusto compromesso tra le misure di tutela da adottare per la salute pubblica e quelle di tutela dell'esercizio degli altri diritti; c) che le misure di tutela adottate dallo Stato regolano l'esercizio dei diritti lasciando il massimo spazio per la loro interazione⁹.

Se dunque lo Stato cinese può dire: «la salute è un bene primario per le persone, senza il quale non ci sarebbero diritti» e ciò autorizza lo Stato a intervenire per tutelare la salute di tutti (ossia la salute pubblica e dello Stato) a scapito degli altri diritti del singolo, lo Stato democratico di diritto occidentale deve tutelare la salute di tutti attraverso delle regole condivise sui fini da raggiungere e sui mezzi da applicare, per arrivare allo scopo comune che come minimo, per dirla con J. Rawls¹⁰, è la salute massima pensabile per ognuno.

Di fronte alla pandemia covid-19 gli Stati hanno reagito con una regolamentazione di emergenza a carattere prevalentemente amministrativo, fondata su dati scientifici probabili più che sulla discussione pubblica, restringendo l'esercizio dei diritti di tutti in una portata tale che in altre condizioni non avremmo avuto remore ad additarla come dittatoriale.

Due sono i fattori che hanno sostenuto l'azione dello Stato. Il primo è il consenso popolare, tacito e di fatto. Davanti alle condizioni di vita o di morte dell'emergenza sanitaria, i cittadini si sono adeguati alle misure di sicurezza. Il secondo fattore è lo sforzo, a volte successivo all'azione ma comunque presente da parte dello Stato di attenersi ai requisiti minimi dello Stato di diritto democratico. In effetti, con il prolungarsi della pandemia, gli esecutivi degli Stati occidentali hanno mostrato di avere presente i limiti di tempo, spazio e incisività posti dai diritti fondamentali all'azione statale e non hanno del tutto ignorato il parlamento. Ma – ai sensi di uno stress-test che ha come parametro il concetto di sovranità – può dirsi che lo Stato democratico di diritto durante la pandemia abbia agito in maniera consona ai valori fondanti?

Trovandoci ancora nello stato di pandemia l'analisi è difficile visto che atti e fatti normativi sono ancora in corso e dunque manca la distanza che aiuta l'oggettività scientifica. Per cercare almeno un «distacco spaziale» dall'oggetto di studio ci avvarremo del metodo comparato, perciò le prossime considerazioni riguarderanno la Germania¹¹.

⁹ Quella che K. HESSE chiama «concordanza pratica», K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ristampa della 20. ed., Heidelberg 1999, marg. 72.

¹⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), S. Maffettone a cura di Milano 2008.

¹¹ Seguo così le orme di Mario Galizia nell'uso della comparazione, sia quelle suggerite per gli studi teorici, cfr. M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954, sia quelle suggerite per studi di «dogmatica aperta» (le virgolette sono di chi scrive), cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milano 1972, ad es. 137 dove l'Autore introduce l'analisi storica della costituzione inglese per introdurre il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, perché è «unicamente per mezzo di tale inquadratura che si possono eliminare alcuni equivoci che, sussunti attraverso la letteratura politica nella dottrina giuridica, ne confondono la visuale e pertanto la capacità interpretativa», 138.

3. La Repubblica federale tedesca e la pandemia

3.1. La tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale

È il 27 gennaio 2020 quando si registra il primo caso di covid-19 in Germania. Lo Stato, nella persona del Ministro federale della Sanità, tranquillizza la popolazione con uno *statement*: «siamo preparati».

Normativamente la «preparazione» consiste nella Legge federale per la protezione e la lotta alle malattie umane infettive del 2000 (Legge sulla tutela dalle infezioni, qui abbreviata con LTI/2000)¹², un testo unico (lett. un articolo) suddiviso in 14 titoli (lett. sezioni) e 77 articoli (lett. paragrafi) che modifica buona parte della normativa precedente basata su La legge federale sulle contaminazioni del 1961¹³. Nella sua *ratio* la LTI/2000 è una legge di pubblica sicurezza¹⁴, con un fine di garanzia e di mantenimento dell'ordine, piuttosto che uno organizzativo di prestazioni e servizi pubblici. L'applicazione della LTI viene affiancata da una serie capillare di sostegni pubblici all'economia, al sistema sociale e sanitario¹⁵.

Lo scopo della LTI/2000 è quello di prevenire le malattie infettive tra gli uomini, riconoscere preventivamente le infezioni e impedirne la diffusione (art. 1 co. 1), migliorando la cooperazione tra gli Stati membri (*Länder*) e i comuni, le loro amministrazioni (in particolarità gli uffici sanitari) nonché tra i medici, i veterinari, gli ospedali, i ricercatori pubblici e privati (art. 1 co. 2) e facilitando la circolazione della ricerca scientifica (art. 5). Nella coordinazione dell'informazione scientifica viene assegnato un ruolo centrale l'Istituto Robert Koch (*Robert Koch Institut –RKI*) al quale spetta il compito di rilasciare delle direttive (*Richtlinien*) in cooperazione con gli Istituti superiori di sanità dei *Länder* (Art. 4 co. 2) per definire ufficialmente lo stato della conoscenza epidemiologica attuale nonché le cifre ufficiali sui casi. La legge poi prevede una regolamentazione articolata a seconda dei tipi di malattie infettive. Particolarmente importante è l'art. 28 co. 1 f. 1 con il quale la LTI delega «l'ufficio amministrativo competente» (*zuständige Behörde*) «a prendere le misure di tutela finché e nella misura in cui esse siano necessarie a limitare la diffusione delle malattie infettive». L'ufficio competente deve segnalare i casi, può ordinare la quarantena, vietare di andare al lavoro, vietare manifestazioni pubbliche e «obbligare le persone a rimanere in un determinato luogo, o non entrare in particolari luoghi, fino a che le misure di tutela non siano state eseguite» (art. 20 co. 1 f. 2 LTI/2000). Al co.1 f. 4 lo stesso art. 28 LTI/2000

¹² Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz, IfSG), BGBl. 2000, Teil I, Nr. 33, S. 1045 – in internet www.bgbl.de. Un utile indirizzo web per seguire l'evoluzione dei testi legislativi per singole norme è www.buzer.de. Questa legge era entrata in vigore il primo gennaio 2001.

¹³ Bundesseuchegesetz, 18. Juli 1961, BGBl. 1961, Nr. I, S. 1012.

¹⁴ R. POSCHER, *Das Infektionsschutzgesetz als Gefahrenabwehrrecht*, in S. HUSTER/T. KINGREEN, ed., *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2021, 117–169 (Rn. 3, 98–100).

¹⁵ Tra Federazione, Stati membri, Comuni, associazioni comunali e sanità pubblica lo Stato tedesco si è indebitato per quasi duemila miliardi per far fronte alla pandemia. Gli interventi sull'erario si sono avvalsi dell'eccezione al principio costituzionale del «freno all'indebitamento pubblico» (Art. 109 co. 2 f. 3 e art. 115 Legge fondamentale) di cui all'art. 115 co. 2 f. 6 Legge fondamentale. Per un sunto giornalistico sulle cifre: S. Rauch, <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/panorama/corona-pandemie-kosten-schulden-impfung-tests-masken-100.html> - reportage della MDR.

nomina i diritti fondamentali che vengono in caso di contagio o contrazione delle malattie infettive vengono limitati: la libertà personale (Art. 2 co. 2 Legge fondamentale), di riunione (art. 8 Legge fondamentale) e della inviolabilità dell'abitazione (Art. 13 co. 1 Legge fondamentale).

Secondo l'indirizzo politico della coalizione CDU/CSU-SPD al governo, l'art. 28 LTI/2000 contiene le deleghe legislative che autorizzano il governo federale e i governi dei *Länder* a prendere le misure necessarie durante la pandemia covid-19 ed è dunque sulla base di questa normativa che il governo federale insieme ai governi dei *Länder* nell'ambito della Conferenza Federazione/*Länder* discute e adotta velocemente misure preventive di contenimento. Già alla fine di febbraio si allarga l'obbligo di quarantena a chi è entrato in contatto con un contagiato, per chi rientra dall'estero (nel febbraio 2020 i Paesi sono: Cina, Corea del Sud, Iran, Giappone e Italia) o è stato in contatto con una persona in quarantena. I contagiati nel frattempo sono saliti a 70.

Nel corso del marzo 2020 «le condizioni sono serie» dichiara la cancelliera A. Merkel e il 22 marzo 2020 la Conferenza Federazione/*Länder* si accorda su «severe misure di limitazione dei contatti e di circolazione», in base alle quali i residenti nella Repubblica federale possono uscire di casa solo tra le 5.00 e le 22.00 per alcuni specificati scopi e, tranne nel caso dei servizi essenziali, lavorano via *home office*.

Seppure necessarie, le misure governative prese tra il 23 febbraio 2020 e il 23 marzo 2020 in base agli accordi tra governo federale e quelli statali non hanno fondamento costituzionale, perché la LTI/2000 viola i limiti della delegazione contenuti all'art. 80 co. 1 Legge fondamentale¹⁶ per due motivi. La delega all'«ufficio competente» dell'art. 28 co. 1 f. è troppo generica. Essa si può indirizzare al governo federale come a quello dei *Länder*, come alla Conferenza Federazione/*Länder*, come anche a tutti gli altri enti pubblici, dunque è una delega all'intero potere esecutivo. L'Art. 80 co. 1 f. 1 Legge fondamentale prevede infatti che il *Bundestag* possa autorizzare «il governo federale, un ministro federale oppure i governi dei *Länder* ad emanare decreti legislativi (*Rechtsverordnungen*)». L'altro limite ecceduto dall'art. 28 LTI/2000 riguarda quello di «contenuto, misura e scopo» di cui all'art. 80 co. 1 f. 2 Legge fondamentale. Quest'obbligo fatto al legislatore è tanto più rigido quanto più la legge-delega autorizza il potere esecutivo a prendere misure restrittive dell'esercizio dei diritti fondamentali. E questo è il caso dell'art. 28 co. 1 f. 2 e 4 LTI/2000. Per la sua *ratio* l'art. 28 co. 1 f. 2 LTI/2000 non può rispondere ai criteri di legittimità costituzionale né nel fine, né nelle misure adottate, perché l'intero art. 28 così come l'intera LTI sono strutturati per regolare situazioni di contaminazione o infezioni circoscrivibili¹⁷,

¹⁶ I dubbi di costituzionalità che la LTI/2000 potrebbe sollevare in relazione alla ripartizione delle competenze legislative tra Federazione e Stati membri vengono meno leggendo l'articolo 74 co. 1 nr. 19 Legge fondamentale. Questo prevede che «le misure da adottare in caso di malattie pericolose per la comunità o trasmissibili tra gli uomini e tra uomini e animali» rientrano nelle materie di legislazione concorrente. Ciò vuol dire che i *Länder*, che hanno l'esclusività dell'azione amministrativa (art. 30 Legge fondamentale) e legislativa residuale («laddove la Legge fondamentale non assegna competenze legislative alla Federazione», art. 70 co. 1 Legge fondamentale), devono provvedere con proprie misure laddove il parlamento federale (*Bundestag*) non ha emesso una legge federale che regola la materia. Là dove esista questa legge, come nel caso della LTI/2000, ai *Länder* rimane la competenza sussidiaria. Ciò vuol dire che la Legge fondamentale riserva ai parlamenti dei *Länder* la regolamentazione della materia nei casi non previsti dalla LTI/2000.

¹⁷ La legge definisce il proprio ambito di applicazione. Oggetto della regolamentazione sono infezioni e soggetti sono «ammalati, sospetti ammalati, portatori sani, sospetti portatori», Art. 2 co. 1 Nr. 1, 4-7 LTI/2000 (rimasto sempre immutato).

non pandemie. L'art. 28 LTI non ha la struttura normativa e nemmeno il «potere» di delega sufficiente, in quanto non contiene la volontà del legislatore ad autorizzare i governi statali a emanare disposizioni che impongano *una tantum* a tutti i cittadini un esercizio ristretto di tutte le libertà. La dottrina ha focalizzato soprattutto un altro aspetto di incostituzionalità dell'art. 28 LTI/2000, e cioè quello in cui l'autorizzazione fatta all'esecutivo di intervenire per limitare la libertà di circolazione all'art. 28 co. 1 f. 2 e 4 LTI/2000 è troppo generica e lederebbe anche l'art. 19 co. 1 e 2 della Legge fondamentale, ossia l'obbligo di circoscrivere le limitazioni dei diritti fondamentali (*Bestimmtheitsgebot*).

Va inoltre rilevato che le disposizioni amministrative prese in base all'art. 28 LTI/2000 sono andate ben oltre le deleghe degli art. 28-31 della LTI/2000, tanto è vero che in singoli casi i tribunali amministrativi hanno sospeso l'efficacia di alcune disposizioni¹⁸. Disposizioni amministrative contenute o in decreti delegati statali (*Verordnungen dei Länder*) o in provvedimenti amministrativi generali (*Allgemeinverfügungen*). Quest'ultimi, una *sub specie* dell'atto amministrativo, sono generali e concreti e possono essere emanati da tutti gli enti pubblici nell'ambito delle proprie competenze. In questo modo su una delega legislativa federale generica e inadeguata allo scopo si è venuto a creare un sistema di azione normativa statale e comunale capillare veloce, che ha sostenuto le azioni concrete dell'amministrazione locale relative alle imposizioni di obblighi, divieti e controlli, nonché provocato una valanga di cause davanti ai tribunali amministrativi¹⁹.

Il *Bundestag* è intervenuto per ovviare a questa situazione con la Legge sulla tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale del 27 Marzo 2020²⁰ (che qui abbrevierò con LTI/marzo 2020, cioè con una «sanatoria». Tecnicamente la LTI/ marzo 2020 è una legge di modifica, si compone di 7 articoli, di cui i primi tre modificano la LTI/2000, l'art. 4 modifica la Legge sull'applicazione della normativa internazionale in materia sanitaria²¹, l'art. 5 la Legge sull'assicurazione sanitaria pubblica²², l'art. 6 il Codice degli appalti²³ e l'art. 7 regola l'entrata in vigore differita delle disposizioni. La LTI/marzo 2020 è anche una legge che delega, questa volta nei limiti dell'art. 80 co. 1 f. 2 Legge fondamentale, i governi e gli enti pubblici a prendere le misure necessarie in pandemia nelle più diverse materie.

Con un iter legislativo di tre giorni (24.-27.03.2020) la LTI/marzo 2020 detiene il record di velocità parlamentare (insieme alla Legge sull'applicazione di misure per la stabilizzazione del

¹⁸ Lì dove nei singoli casi le violazioni erano manifestamente incostituzionali o se la regolamentazione non prevedeva l'entità delle multe in caso di contravvenzioni, dunque per violazioni di evidenti principi costituzionali (l'habeas corpus dell'art. 104 co. 1. f. 1 Legge fondamentale. Un commento ai primi ricorsi è di A. Zünd/C. Errass, *Pandemie – Justiz – Menschenrechte*, in ZSR 2020, 69 ss., una raccolta di decisioni si trova <https://brak.de/die-brak/coronavirus/corona-und-die-justiz/rechtsprechungsuebersicht/>

¹⁹ Nel 2020 più di 10.000 istanze, presentate soprattutto in forma di ricorso di urgenza, il c.d. «Einstweiliger Rechtsschutz» previsto per i tribunali amministrativi agli artt. 47 co. 6, 80 co. 4, 80 a co. 3 e 123 co. 1 dell'Ordinamento della giurisdizione amministrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*).

²⁰ Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 27.03.2020, BGBl I S. 587.

²¹ Gesetz zur Durchführung der Internationalen Gesundheitsvorschriften (2005) (IGV-Durchführungsgesetz - IGV-DG), del 21.03.2013, BGBl. I S. 566.

²² Il quinto libro del codice di diritto sociale (Das fünfte Sozialgesetzbuch), Gesetzliche Krankenversicherung, Art. 1 des Gesetzes vom 20 Dezember 1988, BGBl. I S. 2477.

²³ Baugesetzbuch in der Fassung von 3. November 1997, BGBl. I 3634.

mercato finanziario del 2008²⁴). Tanto è vero che il Ministro federale della salute, presentando al *Bundestag* il progetto di legge, ringrazia i ministri federali quelli dei *Länder* ed i deputati per l'ottimo lavoro svolto presso la Cancelleria²⁵.

Questa legge modifica l'art. 5 della LTI/2000, assegnando al primo comma dell'art. 5 LTI/marzo 2020 una nuova funzione del *Bundestag*, quella di «dichiarare lo stato di epidemia di portata nazionale» e di poterlo sospendere, «quando le condizioni per la sua dichiarazione non sussistono più». Il secondo comma dello stesso art. 5 della LTI/marzo 2020 sono una serie di importanti deleghe al Ministro della sanità in caso di 'stato di epidemia nazionale'²⁶. Gli ultimi commi e l'art. 4 della stessa legge accentrano tutte le attività per l'informazione ufficiale in materia di pandemia nell'Istituto Robert Koch. La legge modifica poi l'art. 28 della LTI/2000, introducendo deleghe più precise (cioè più consone all'art. 80 Legge fondamentale) in materia di restrizione delle libertà personali. In particolare il nuovo co. 1 f. 1 LTI/2020 prevede che gli uffici competenti possono obbligare i cittadini a lasciare «il luogo dove si trovano solo a particolari condizioni o entrare in particolari luoghi a determinate condizioni». E al co. 1 f. 4 la LTI/2020 cita i diritti fondamentali soggetti a limitazioni (libertà di circolazione di cui all'art. 11 co. 1 Legge fondamentale e la libertà personale di cui all'art. 2 co. 2 f. 2 Legge fondamentale) ottemperando al relativo dettame dell'art. 19 co. 1 Legge fondamentale.

Con la Legge sulla tutela della popolazione in uno stato epidemico di portata nazionale, la LTI/2020 per l'appunto, il *Bundestag* ha così affrontato due problemi costituzionali. Con l'art. 5 ha interpretato il testo costituzionale là dove esso non prevedeva un assetto di emergenza nazionale in caso di pandemia. Con il nuovo art. 28 LTI/marzo 2020 ha creato basi legittime per la delegazione legislativa. Si può dunque riassumere che il Parlamento con questa legge ha messo l'esecutivo in condizioni di agire. Infatti, nella logica dell'art. 5 LTI/marzo.2020 anche se il *Bundestag* si è riservato conformemente ai principi dello Stato costituzionale democratico di diritto la competenza a dichiarare «lo stato di emergenza pandemico a livello nazionale» chi agisce sono i governi. Ma se nel sistema della LTI/marzo 2020 con un solo atto il parlamento autorizza in maniera «automatica» una serie di deleghe, perché il sistema parlamentare dello Stato democratico di diritto non corra il pericolo di cadere in una fase direttoriale, occorre che il *Bundestag* non mantenga lo stato di emergenza troppo a lungo, che nella LTI/marzo 20 le deleghe siano non solo puntuali ai sensi dell'art. 80 co 1 f. 2 Legge fondamentali ma anche che siano funzionali a gestire l'emergenza, e occorre che il parlamento aumenti la funzione di controllo sull'esecutivo. È andata così?

²⁴ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) del 17.10.2008, BGBl. I 2008, Nr. 46, 1982

²⁵ La prima lettura si è svolta il 25.03.2020, vedi 1. Beratung BT-Plenarprotokoll 19/154, S. 19118B-19119, su <https://dserver.bundestag.de/btp/19/19154.pdf#19118>

²⁶ Alcuni esempi: Il Ministro federale della sanità può attraverso provvedimenti limitare gli spostamenti di persone che tornano da Stati dichiarati «pericolosi» dall'Istituto Robert-Koch, prenderne i dati e quelli dei loro contatti, farli sottoporre a visite mediche; limitare la circolazione dei treni, pullman, navi e aerei; elaborare dati personali al fine di identificare persone infette, ammalate o entrate in contatto con altre persone contagiate; regolare la fornitura dei servizi essenziali, l'approvvigionamento dei medicinali, personale e materiale medico di protezione e disinfezione; consentire deroghe alle leggi sui medicinali, sulle farmacie, sul sistema sanitario, sulle trasfusioni e relative norme delegate; provvedimenti di esproprio; contingentamento di merci e controllo dei prezzi; e deleghe per tutte le materie riguardanti la sanità dall'istruzione del personale sino all'approvvigionamento e alla costruzione degli ospedali; provvedimenti in materia di regolamentazione del traffico, delle infrastrutture digitali, lavoro.

Chi vuole ricostruire l'attività parlamentare federale dal febbraio 2020 ad oggi può molto comodamente ricorrere al dossier del Servizio documentazione del *Bundestag* che raccoglie – e ancora continua a raccogliere – tutti gli atti parlamentari attinenti alle misure anti-covid-19²⁷. Dal dossier emerge prima di tutto che il *Bundestag* si è preoccupato di mantenere la normale attività parlamentare anche nelle fasi più acute della pandemia. Scartata la proposta avanzata dal proprio Presidente di creare un «parlamento di emergenza» attraverso una riforma costituzionale, il *Bundestag* sceglie la via dell'emendamento al regolamento per preservare la sua normale funzionalità²⁸. Dal dossier emerge anche che fino all'aprile 2021 il *Bundestag* ha emanato trentanove leggi che intervengono sulla pandemia, mentre nella Gazzetta ufficiale, *Bundesgesetzblatt*, i decreti governativi federali sono centodieci, e che l'attività di controllo sul governo sembra essere aumentata, come si evince dalla crescita delle interpellanze parlamentari sia ad opera dei gruppi che dei singoli deputati.

Questi elementi dell'attività parlamentare non devono far pensare però che sia il *Bundestag* a imprimere l'indirizzo politico nell'azione dello Stato per il contenimento della pandemia. L'accelerazione che hanno subito i tempi della legislazione, l'aumento delle leggi di delega e il controllo parlamentare ex-post – quale quello delle interpellanze –, sono nella prassi istituzionale invero indici di un'accresciuta influenza governativa. Se è vero che per tradizione e anche in tempi non sospetti la legislazione ordinaria va avanti a «colpi di maggioranza governativa», a maggior ragione durante la pandemia è il governo che forte della necessità e urgenza detta le regole sia ai cittadini che al *Bundestag*. A conferma di ciò si può rilevare che con le modifiche apportate da ultimo mentre scrivo (dicembre 2021) il *Bundestag* ha modificato la LTI/marzo 2020 ventiquattro volte in un anno e mezzo. Per le prime ventidue l'iniziativa è partita dal governo e il *Bundestag* si è limitato a una funzione di legittimazione dell'azione governativa. Per le ultime due volte, invece, l'iniziativa è stata del neo-eletto *Bundestag* (la 20. legislatura ha avuto inizio il 26 ottobre 2021). Come ha rilevato la stampa, si tratta di misure di nuova emergenza, presentate dai partiti usciti vincitori dalle elezioni e che ancora in fase di contrattazione per la formazione della maggioranza, hanno ritenuto necessario ri-aumentare le norme di sicurezza, le cui maglie si erano andate allargando in sede di campagna elettorale²⁹. Nell'emergenza si accetta ancora di più che non in tempi ordinari, che ci sia poco tempo per esperire le procedure parlamentari in maniera consona ad una cultura parlamentare rappresentativo-democratica, e si ritiene anche che vi sia così tanta

²⁷ «Corona-Dossier» cfr. <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier>

²⁸ Sulla base di una proposta della Giunta sul regolamento adotta un nuovo articolo 126 a (§ 126 a Geschäftsordnung des Bundestages, abbreviato GOBT) che stabilisce una serie di eccezioni al regolamento stesso. Al primo comma abbassa il quorum di presenze per la validità delle sedute dell'Aula ad un quarto dei membri del Bundestag (dove l'art. 45 GOBT prevede la presenza della metà dei membri) e al secondo comma riduce il quorum dei membri di una commissione ad un quarto (dove l'art. 67 GOBT prevede la presenza di almeno la metà dei membri della commissione). Negli ulteriori commi è previsto che le sedute, le audizioni e le votazioni in commissione possono avvenire anche via video. Siccome nulla è previsto per il plenum, discussioni e votazioni continuano ad avvenire sotto la cupola di vetro dell'Aula. È previsto che queste modifiche rimangano in vigore sino al settembre del 2020, ma possono essere prolungate previa «decisione» del Bundestag (verranno mantenute in vigore sino al settembre 2021). Con la modifica all'appendice nr. 6 del GOBT viene regolato anche il caso in cui un deputato debba essere allontanato dall'edificio del Bundestag quando risulti positivo al covid-19. Il perché è evidente – in condizioni normali ci vorrebbe l'autorizzazione della Camera (art. 46 co. 2 Legge fondamentale regola l'immunità).

²⁹ La visione meno restrittiva delle misure di contenimento è stato sin dall'inizio un tema della destra (AfD) e in parte dei Liberali (FDP).

pressione sul sistema federale, che questo agisca in maniera efficiente solo sulla base di accordi tra amministrazioni statali presi in sedi diverse da quella politica del *Bundesrat*.

Torniamo alla LTI/marzo 2020. Questa solleva due ordini di problemi costituzionali. Il primo è quello relativo alle condizioni alle quali il *Bundestag* può nel dichiarare lo stato di emergenza di pandemia nazionale (art. 5), il secondo è (di nuovo) quello relativo alle deleghe (di cui all'art. 28).

Circa il primo punto il dibattito politico ha fatto rilevare, che la facoltà del parlamento di dichiarare lo stato di emergenza andava limitata. E dunque l'art. 5 viene modificato nel novembre 2020³⁰ con la Terza legge di tutela della popolazione in uno stato di epidemia di portata nazionale. In base al nuovo art. 5 LTI/novembre 2020 il *Bundestag* «può» (*kann*) dichiarare lo stato di emergenza quando «sussiste un pericolo serio per la salute pubblica in tutta la Repubblica federale». Il pericolo è serio quando a) l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato uno stato di emergenza internazionale e questo può colpire la Repubblica federale, b) è in corso una diffusione dinamica di una malattia infettiva pericolosa tra più *Länder*. A sua volta l'art. 5 LTI/novembre 2020 viene modificato dalla LTI del marzo 2021³¹, che attraverso il nuovo dettame dell'art. 5 inserisce il meccanismo di automatismo per il quale, una volta che il *Bundestag* ha dichiarato lo stato di emergenza di pandemia nazionale, questo decade se entro tre mesi dalla dichiarazione non viene prolungato (per altri tre mesi). Rimane salva la possibilità del *Bundestag* di dichiarare la fine dello stato di emergenza in qualsiasi momento³². Un'ulteriore restrizione della propria competenza a dichiarare lo stato di emergenza di pandemia nazionale la inserisce il *Bundestag* neo-eletto su iniziativa tutta parlamentare delle forze in via di coalizione (SPD, Bündnis/Die Grünen, FDP), non all'art. 5, ma all'art. 28a co. 7 della LTI/novembre 2021³³. Questo prevede che «indipendentemente dalla dichiarazione di sussistenza di uno stato di epidemia a livello nazionale del *Bundestag* secondo l'art. 5 co. 1 f. 1, possono essere presi provvedimenti statali di tutela nel senso dell'art. 28 co. 1 f. 1 e 2 nella misura in cui essi sono necessari per impedire l'espandersi della malattia coronavirus-2019 (covid-19):» segue un copioso elenco di misure che i *Länder* possono adottare indipendentemente da Berlino. E con l'ultima «Legge sul rafforzamento della prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il Covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19»³⁴ del 12 dicembre 2021 il *Bundestag* delega con una modifica dell'art. 5 co. 2 nr. 7 LTI/2020 il Ministero federale della salute a prendere sino al

³⁰ Artikel 1 - Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020, BGBl. I, 2397.

³¹ Artikel 1 Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29. März 2021, BGBl. I, 370.

³² Dal punto di vista della tecnica legislativa l'art. 5 della LTI/marzo.2021 è un chiarissimo esempio di «arrotondamento linguistico» attraverso rinvii interni. Ecco le prime quattro frasi del primo comma dell'art. 5 LTI/marzo.2021: „1. Der Deutsche Bundestag kann eine epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 vorliegen. 2. Der Deutsche Bundestag hebt die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wieder auf, wenn die Voraussetzungen nach Satz 6 nicht mehr vorliegen. 3. Die Feststellung nach Satz 1 gilt als nach Satz 2 aufgehoben, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung nach Satz 1 das Fortbestehen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite feststellt; dies gilt entsprechend, sofern der Deutsche Bundestag nicht spätestens drei Monate nach der Feststellung des Fortbestehens der epidemischen Lage von nationaler Tragweite das Fortbestehen erneut feststellt. 4 Die Feststellung des Fortbestehens nach Satz 3 gilt als Feststellung im Sinne des Satzes 1.»

³³ Artikel 1 Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite del 22 Novembre 2021, BGBl. I 4906.

³⁴ Artikel 1 - Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (ImpfPrG), del 10.12.2021 BGBl. I S. 5162 (Nr. 83).

marzo 2022 – eventualmente anche oltre – le misure necessarie a mantenere il sistema sanitario funzionante, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di epidemia nazionale. La tendenza del nuovo indirizzo politico sembra dunque quella di tornare ad affidare all'esecutivo la gestione della pandemia attraverso un'ampia e generica delegazione.

Ma vediamo l'articolo centrale di tutte le leggi che riguardano la gestione della pandemia da parte dello Stato tedesco, ossia l'art. 28 che è quello che sin dalla LTI/2000 regola le misure da adottare in caso di malattie infettive o pandemia. Come già scritto, esso risulta sin dall'inizio piuttosto problematico, perché è la base delle deleghe legislative all'esecutivo per la gestione della pandemia Covid-19 pur essendo strutturato sui casi di malattie infettive non pandemiche. Ed è per questo che il legislatore federale non solo lo ha modificato più volte³⁵ ma lo ha integrato con una nuova regolamentazione di cui agli art. 28a, 28b e 28 c.

L'art. 28a della LTI/novembre 2020 contiene l'elenco, molto dettagliato, di tutte le misure di restringimento delle libertà personali che l'esecutivo federale e statale sono autorizzati a prendere per il contenimento della pandemia: dall'obbligo di portare la mascherina, alla limitazione della circolazione, di accesso nei luoghi pubblici, nei pensionati per anziani, di spostamento sul territorio nazionale (ecc.), il divieto di uscire da casa se non per motivi previsti dalle regolamentazioni, il divieto di manifestazioni - insomma tutte le misure che servono a ridurre effettivamente i contatti tra le persone. La delega puntualizza al co. 3 f. 1 anche lo scopo in direzione del quale le misure possono essere adottate e cioè (1) la tutela della vita e della salute e (2) il funzionamento del sistema sanitario. Allo stesso co. 3 f. 2 l'art. 28a prevede anche quali condizioni fattuali pandemiche si devono verificare, perché le restrizioni siano legittime. Segna cioè i c.d. «valori soglia» (*Schwellenwerte*). Questi sono in relazione all'andamento settimanale dei contagi, e «scattano» lì dove vengono raggiunte le soglie su tre livelli: province (lett. distretti, *Kreise*)³⁶, Stati membri e Federazione, indipendentemente gli uni dagli altri. Perché questa disposizione non leda il principio federale della ripartizione amministrativa, esso viene adottato in maniera coordinata da tutti gli Stati (art. 28 co. 3 f. 9 LTI/novembre 2020). L'art. 28 LTI/novembre 2020 regola anche la sicurezza nella rilevazione dei dati personali. Al co. 5 impone ai decreti delegati l'obbligo di motivazione e al co. 7 prevede che quando il *Bundestag* abbia dichiarato la fine dello stato di emergenza di pandemia nazionale, i parlamenti dei *Länder* possano dichiararlo qualora il virus-covid-19 fosse ancora diffuso. Le successive modifiche dell'art. 28 a LTI/novembre 2020 tengono conto delle evoluzioni della pandemia. La LTI/marzo 2021³⁷ inserisce tra gli elementi di ponderazione per l'applicazione delle misure restrittive le nuove varianti più contagiose del virus-covid-19, che potrebbero mettere ancora più in difficoltà il sistema sanitario, ma anche il fatto che la popolazione viene vaccinata. Dunque al co. 3 f. 9

³⁵ Alle modifiche della LTI/marzo 2020 già rilevate, si aggiungono quelle della LTI/novembre 2020 che accanto alle altre limitazioni aggiungono alla f. 4 quella del diritto fondamentale alla integrità fisica di cui all'art. 2 co. 2 f. 1 della Legge fondamentale.

³⁶ Se superano 50 nuovi contagi per 100.000 abitanti a settimana «devono prendersi misure estese e complessive (leggi: lockdown totale), dalle quali si può aspettare un effettivo contenimento dei contagi», se si superano 35 nuovi contagi «devono prendersi misure estese efficaci, dalle quali ci si può aspettare una rapida diminuzione dei contagi» (lockdown parziali), con una soglia al di sotto dei 35 nuovi contagi a settimana «si considerano misure di tutela per mezzo delle quali ci si può aspettare che lo sviluppo dei contagi rimanga prevedibile». 50:100.000, o 35:100.000 per settimana è il c.d. «fattore riproduttivo».

³⁷ Artikel 1 Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen vom 29. Marzo 2021, BGBl. I 370.

prevede che: «nell'esaminare se sussistono le condizioni per sospendere o limitare le misure di tutela bisogna tenere presente nel calcolo del fattore riproduttivo i vaccinati». Nel settembre del 2021 c'è un ulteriore sviluppo. L'art. 28 a LTI/settembre 2021³⁸ inserisce l'obbligo di mostrare in diverse occasioni di vita quotidiana il «*covid-pass*» dei vaccinati, dei guariti oppure il tampone molecolare e – dato il crescere del numero dei vaccinati – considera come fattore esclusivo per l'adozione delle restrizioni delle libertà allo scopo di contenere la diffusione del covid-19 il livello di ospedalizzazione in terapia intensiva. In base a questo criterio, chiamiamolo di «emergenza sanitaria», le misure restrittive di tutela possono essere adottate nelle province, negli stati o anche a livello federale a seconda se i reparti di ospedalizzazione regionale o interregionale sono davanti ad un sovraccarico. La modifica dell'art. 28a con la LTI del novembre 2021 (menzionata sopra nel commento all'art. 5 della stessa legge) introduce al nuovo co. 7 «le misure da adottare per evitare la diffusione della malattia coronavirus-19 (Covid-19), nella misura in cui siano necessarie» tra le altre anche le seguenti: distanziamento nei luoghi al chiuso, provvedimenti di limitazione dei contatti in luoghi pubblici e privati, l'obbligo di portare la mascherina, l'obbligo di mostrare il certificato di vaccinazione, guarigione o test in determinate occasioni (viaggi in treno, al lavoro, negozi ecc.), l'obbligo fatto ai ristoratori o datori di lavoro di applicare «concetti igienici», contingentamento delle persone che frequentano locali al chiuso, *home office* anche per le università, la raccolta dei dati personali relativi alle certificazioni covid-19, controllo del numero dei contagiati nelle imprese. Queste misure entrano in vigore, come già ricordato, indipendentemente dalla dichiarazione dello stato di emergenza di pandemia nazionale da parte del *Bundestag*. Stato di emergenza, tra l'altro, che non prolungato, è decaduto il 24. Novembre 2021. Dal 24.11.2021 alle 24 sono entrate in vigore le misure previste all'art. 28a LTI/novembre 2021, secondo le quali nei *Länder* dove si supera la soglia di urgenza sanitaria (quella che nel modello con i colori del semaforo raggiunge il «profondo rosso») possono essere ancora più restrittive. Interessante è anche il co. 8 dell'art. 28a LTI/novembre 2021 che prevede che qualora i *Länder* dichiarino lo stato di emergenza di pandemia territoriale, indipendentemente dal *Bundestag*, le misure restrittive «da escludere» sono, riassuntivamente, le seguenti: a) riguardo l'obbligo a rimanere a casa non si può vietare di fare sport, manifestazioni pubbliche, e riunioni a scopi religiosi; b) non si possono vietare i viaggi, i pernottamenti in hotel o di entrare nei ristoranti; c) non si possono poi chiudere i posti di lavoro, gli esercizi e le imprese, le scuole, gli asili e i nidi. Al comma 9 lo stesso art. 28 prevede di rimanere in vigore sino al 15.12.2021, mentre i decreti rimarranno in vigore sino e non oltre il 19 marzo 2022. Puntuale a metà dicembre 2021 arriva la nuova modifica dell'art. 28 a LTI/2020 con la già citata «Legge sul rafforzamento della prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19» (15.12.2021) che – passate le elezioni ma non la pandemia – esclude dalle esclusioni, insomma reintroduce, la facoltà dei *Länder* di vietare le attività sportive, di manifestazione in cortei, di viaggiare, di pernottare in alberghi e pensioni e le chiusure delle attività di ricreazione. Insomma per il nuovo *Bundestag* il quasi *lock-down* diventa una responsabilità dei *Länder*.

³⁸ Artikel 12 Aufbauhilfegesetz 2021 (AufbhG 2021) del 10. Settembre 2021, BGBl. I 4147.

Ancora due articoli completano la regolamentazione della pandemia secondo l'art. 28 LTI/2000 e modifiche relative. Con l'art. 28 b LTI/ aprile 2021 inserito con la „Quarta legge sulla tutela della popolazione in uno stato di epidemia di portata nazionale»³⁹ il legislatore federale prevede il c.d. «freno federale di emergenza» (*Bundesnotbremse*). Questo consiste in una soglia di guardia (100 nuove infezioni per 100.000 abitanti di un distretto di città o di campagna in una settimana, la c.d. «*Sieben-Tage-Inzidenz*») superata la quale intervengono automaticamente misure di emergenza per il contenimento dell'espansione del virus attraverso la limitazione delle libertà personali note nel loro insieme come *lock-down*. Il «freno federale di emergenza» che prevede deleghe ai governi attraverso una regolamentazione molto dettagliata (ad es. il numero delle persone con le quali ci si può incontrare in privato, il numero di persone per metri quadri dei negozi che possono essere fatte entrare nello stesso tempo ecc.) è rimasto in vigore sino al giugno 2021⁴⁰.

³⁹ Artikel 1 - Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (4. COVfSGAnpG) del 22.04.2021 BGBl. I S. 802 (Nr. 18) in vigore dal 23.04.2021.

⁴⁰ La lunghezza dell'art. 28 b LTI/aprile 2021 è – in senso letterale – degna di nota – anche perchè costituisce la base legislativa di riferimento dei ricorsi individuali accolti in giudizio dalla Corte costituzionale federale (in proposito cfr. Il prossimo paragrafo) e perciò eccolo qui: (1) 1 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die durch das Robert Koch-Institut veröffentlichte Anzahl der Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 je 100.000 Einwohner innerhalb von sieben Tagen (Sieben-Tage-Inzidenz) den Schwellenwert von 100, so gelten dort ab dem übernächsten Tag die folgenden Maßnahmen: 1. private Zusammenkünfte im öffentlichen oder privaten Raum sind nur gestattet, wenn an ihnen höchstens die Angehörigen eines Haushalts und eine weitere Person einschließlich der zu ihrem Haushalt gehörenden Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres teilnehmen; Zusammenkünfte, die ausschließlich zwischen den Angehörigen desselben Haushalts, ausschließlich zwischen Ehe- oder Lebenspartnerinnen und -partnern, oder ausschließlich in Wahrnehmung eines Sorge- oder Umgangsrechts oder im Rahmen von Veranstaltungen bis 30 Personen bei Todesfällen stattfinden, bleiben unberührt; 2. der Aufenthalt von Personen außerhalb einer Wohnung oder einer Unterkunft und dem jeweils dazugehörigen befriedeten Besitztum ist von 22 Uhr bis 5 Uhr des Folgetags untersagt; dies gilt nicht für Aufenthalte, die folgenden Zwecken dienen: a) der Abwendung einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum, insbesondere eines medizinischen oder veterinärmedizinischen Notfalls oder anderer medizinisch unaufschiebbarer Behandlungen, b) der Berufsausübung im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 des Grundgesetzes, soweit diese nicht gesondert eingeschränkt ist, der Ausübung des Dienstes oder des Mandats, der Berichterstattung durch Vertreterinnen und Vertreter von Presse, Rundfunk, Film und anderer Medien, c) der Wahrnehmung des Sorge- oder Umgangsrechts, d) der unaufschiebbaren Betreuung unterstützungsbedürftiger Personen oder Minderjähriger oder der Begleitung Sterbender, e) der Versorgung von Tieren, f) aus ähnlich gewichtigen und unabwiesbaren Zwecken oder g) zwischen 22 und 24 Uhr der im Freien stattfindenden allein ausgeübten körperlichen Bewegung, nicht jedoch in Sportanlagen; 3. die Öffnung von Freizeiteinrichtungen wie insbesondere Freizeitparks, Indoorspielflächen, von Einrichtungen wie Badeanstalten, Spädbädern, Hotelschwimmbädern, Thermen und Wellnesszentren sowie Saunen, Solarien und Fitnessstudios, von Einrichtungen wie insbesondere Diskotheken, Clubs, Spielhallen, Spielbanken, Wettannahmestellen, Prostitutionsstätten und Bordellbetrieben, gewerblichen Freizeitaktivitäten, Stadt-, Gäste- und Naturführungen aller Art, Seilbahnen, Fluss- und Seenschiffahrt im Ausflugsverkehr, touristischen Bahn- und Busverkehren und Flusskreuzfahrten, ist untersagt; 4. die Öffnung von Ladengeschäften und Märkten mit Kundenverkehr für Handelsangebote ist untersagt; wobei der Lebensmittelhandel einschließlich der Direktvermarktung, ebenso Getränkemärkte, Reformhäuser, Babyfachmärkte, Apotheken, Sanitätshäuser, Drogerien, Optiker, Hörakustiker, Tankstellen, Stellen des Zeitungsverkaufs, Buchhandlungen, Blumenfachgeschäfte, Tierbedarfsmärkte, Futtermittelmärkte, Gartenmärkte und der Großhandel mit den Maßgaben ausgenommen sind, dass a) der Verkauf von Waren, die über das übliche Sortiment des jeweiligen Geschäfts hinausgehen, untersagt ist, b) für die ersten 800 Quadratmeter Gesamtverkaufsfläche eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 20 Quadratmeter Verkaufsfläche und oberhalb einer Gesamtverkaufsfläche von 800 Quadratmetern eine Begrenzung von einer Kundin oder einem Kunden je 40 Quadratmeter Verkaufsfläche eingehalten wird, wobei es den Kundinnen und Kunden unter Berücksichtigung der konkreten Raumverhältnisse grundsätzlich möglich sein muss, beständig einen Abstand von mindestens 1,5 Metern zueinander einzuhalten und c) in geschlossenen Räumen von jeder Kundin und jedem Kunden eine Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar) oder eine medizinische Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz) zu tragen ist; abweichend von Halbsatz 1 ist a) die Abholung vorbestellter Waren in Ladengeschäften zulässig, wobei die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe a bis c entsprechend gelten und Maßnahmen vorzusehen sind, die, etwa durch gestaffelte Zeitfenster, eine Ansammlung von Kunden vermeiden; b) bis zu dem übernächsten Tag, nachdem die Sieben-Tage-Inzidenz an drei aufeinander folgenden Tagen den Schwellenwert von 150 überschritten hat, auch die Öffnung von Ladengeschäften für einzelne Kunden nach vorheriger Terminbuchung für einen fest begrenzten Zeitraum zulässig, wenn die Maßgaben des Halbsatzes 1 Buchstabe a und c beachtet werden, die Zahl der gleichzeitig im Ladengeschäft anwesenden Kunden nicht höher ist als ein Kunde je 40 Quadratmeter

Verkaufsfläche, die Kundin oder der Kunde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Leistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt hat und der Betreiber die Kontaktdaten der Kunden, mindestens Name, Vorname, eine sichere Kontaktinformation (Telefonnummer, E-Mail-Adresse oder Anschrift) sowie den Zeitraum des Aufenthaltes, erhebt; 5. die Öffnung von Einrichtungen wie Theatern, Opern, Konzerthäusern, Bühnen, Musikclubs, Museen, Ausstellungen, Gedenkstätten sowie entsprechende Veranstaltungen sind untersagt; dies gilt auch für Kinos mit Ausnahme von Autokinos; die Außenbereiche von zoologischen und botanischen Gärten dürfen geöffnet werden, wenn angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden und durch die Besucherin oder den Besucher, ausgenommen Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Beginn des Besuchs mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorgelegt wird; 6. die Ausübung von Sport ist nur zulässig in Form von kontaktloser Ausübung von Individualsportarten, die allein, zu zweit oder mit den Angehörigen des eigenen Hausstands ausgeübt werden sowie bei Ausübung von Individual- und Mannschaftssportarten im Rahmen des Wettkampf- und Trainingsbetriebs der Berufssportler und der Leistungssportler der Bundes- und Landeskader, wenn a) die Anwesenheit von Zuschauern ausgeschlossen ist, b) nur Personen Zutritt zur Sportstätte erhalten, die für den Wettkampf- oder Trainingsbetrieb oder die mediale Berichterstattung erforderlich sind, und c) angemessene Schutz- und Hygienekonzepte eingehalten werden; für Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres ist die Ausübung von Sport ferner zulässig in Form von kontaktloser Ausübung im Freien in Gruppen von höchstens fünf Kindern; Anleitungspersonen müssen auf Anforderung der nach Landesrecht zuständigen Behörde ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor der Sportausübung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorlegen; 7. die Öffnung von Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes ist untersagt; dies gilt auch für Speiselokale und Betriebe, in denen Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle abgegeben werden; von der Untersagung sind ausgenommen: a) Speisesäle in medizinischen oder pflegerischen Einrichtungen oder Einrichtungen der Betreuung, b) gastronomische Angebote in Beherbergungsbetrieben, die ausschließlich der Bewirtung der zulässig beherbergten Personen dienen, c) Angebote, die für die Versorgung obdachloser Menschen erforderlich sind,

d) die Bewirtung von Fernbusfahrerinnen und Fernbusfahrern sowie Fernfahrerinnen und Fernfahrern, die beruflich bedingt Waren oder Güter auf der Straße befördern und dies jeweils durch eine Arbeitgeberbescheinigung nachweisen können, e) nichtöffentliche Personalrestaurants und nichtöffentliche Kantinen, wenn deren Betrieb zur Aufrechterhaltung der Arbeitsabläufe beziehungsweise zum Betrieb der jeweiligen Einrichtung zwingend erforderlich ist, insbesondere, wenn eine individuelle Speiseneinnahme nicht in getrennten Räumen möglich ist; ausgenommen von der Untersagung sind ferner die Auslieferung von Speisen und Getränken sowie deren Abverkauf zum Mitnehmen; erworbene Speisen und Getränke zum Mitnehmen dürfen nicht am Ort des Erwerbs oder in seiner näheren Umgebung verzehrt werden; der Abverkauf zum Mitnehmen ist zwischen 22 Uhr und 5 Uhr untersagt; die Auslieferung von Speisen und Getränken bleibt zulässig; 8. die Ausübung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen, bei denen eine körperliche Nähe zum Kunden unabdingbar ist, ist untersagt; wobei Dienstleistungen, die medizinischen, therapeutischen, pflegerischen oder seelsorgerischen Zwecken dienen, sowie Friseurbetriebe und die Fußpflege jeweils mit der Maßgabe ausgenommen sind, dass von den Beteiligten unbeschadet der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen und, soweit die Art der Leistung es zulässt, Atemschutzmasken (FFP2 oder vergleichbar) zu tragen sind und vor der Wahrnehmung von Dienstleistungen eines Friseurbetriebs oder der Fußpflege durch die Kundin oder den Kunden ein negatives Ergebnis einer innerhalb von 24 Stunden vor Inanspruchnahme der Dienstleistung mittels eines anerkannten Tests durchgeführten Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorzulegen ist; 9. bei der Beförderung von Personen im öffentlichen Personennah- oder -fernverkehr einschließlich der entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen samt Taxen und Schülerbeförderung besteht für Fahrgäste sowohl während der Beförderung als auch während des Aufenthalts in einer zu dem jeweiligen Verkehr gehörenden Einrichtung die Pflicht zum Tragen einer Atemschutzmaske (FFP2 oder vergleichbar); eine Höchstbesetzung der jeweiligen Verkehrsmittel mit der Hälfte der regulär zulässigen Fahrgastzahlen ist anzustreben; für das Kontroll- und Servicepersonal, soweit es in Kontakt mit Fahrgästen kommt, gilt die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske (Mund-Nase-Schutz); 10. die Zurverfügungstellung von Übernachtungsangeboten zu touristischen Zwecken ist untersagt. 2 Das Robert Koch-Institut veröffentlicht im Internet unter <https://www.rki.de/inzidenzen> für alle Landkreise und kreisfreien Städte fortlaufend die Sieben-Tage-Inzidenz der letzten 14 aufeinander folgenden Tage. 3 Die nach Landesrecht zuständige Behörde macht in geeigneter Weise die Tage bekannt, ab dem die jeweiligen Maßnahmen nach Satz 1 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gelten. 4 Die Bekanntmachung nach Satz 3 erfolgt unverzüglich, nachdem aufgrund der Veröffentlichung nach Satz 2 erkennbar wurde, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 eingetreten sind. (2) 1 Unterschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt ab dem Tag nach dem Eintreten der Maßnahmen des Absatzes 1 an fünf aufeinander folgenden Werktagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so treten an dem übernächsten Tag die Maßnahmen des Absatzes 1 außer Kraft. 2 Sonn- und Feiertage unterbrechen nicht die Zählung der nach Satz 1 maßgeblichen Tage. 3 Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. 4 Ist die Ausnahme des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 4 Halbsatz 2 Buchstabe b wegen Überschreitung des Schwellenwerts von 150 außer Kraft getreten, gelten die Sätze 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 150 liegt. (3) 1 Die Durchführung von Präsenzunterricht an allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen ist nur zulässig bei Einhaltung angemessener Schutz- und Hygienekonzepte; die Teilnahme am Präsenzunterricht ist nur zulässig für Schülerinnen und Schüler sowie für Lehrkräfte, die zweimal in der Woche mittels eines anerkannten Tests auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 getestet

Dal 24 Novembre 2021 il nuovo art. 28 b prevede tutt'altro e cioè la vaccinazione, il certificato di guarigione o il tampone molecolare per lo svolgimento di tutte le attività lavorative nelle quali si entra in contatto con altre persone e l'obbligo di controllo del personale da parte del datore di lavoro (che deve anche mettere a disposizione i tamponi) e delega all'azione coordinata di vari ministeri federali la regolamentazione di dettaglio. Le ovvie difficoltà di realizzazione hanno portato alle recenti modifiche dell'art. 28 b da parte della Legge sul rafforzamento della prevenzione attraverso le vaccinazioni contro il covid-19 e altre modifiche in relazione alla pandemia covid-19 (15.12.2021) prevalentemente di carattere organizzativo nei diversi settori.

L'art. 28 c LTI/marzo 2021 delega i governi e le amministrazioni dei *Länder* a prevedere per chi è guarito, vaccinato o dotato di tamponi giornalieri negativi a prevedere delle eccezioni alle restrizioni. Modificata più volte la regolamentazione che doveva prevedere la restituzione alla popolazione della normalità grazie alla vaccinazione, si rivela invece da ultimo restrittiva, in quanto l'art. 28 c f. 2 LTI/Novembre 2021 autorizza il governo federale a prevedere tramite decreto delegato «alleggerimenti» delle restrizioni solo per chi è guarito o vaccinato, e, inoltre,

werden. 2 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100, so ist die Durchführung von Präsenzunterricht ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen nur in Form von Wechselunterricht zulässig. 3 Überschreitet in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt an drei aufeinander folgenden Tagen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 165, so ist ab dem übernächsten Tag für allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen, außerschulische Einrichtungen der Erwachsenenbildung und ähnliche Einrichtungen die Durchführung von Präsenzunterricht untersagt. 4 Abschlussklassen und Förderschulen können durch die nach Landesrecht zuständige Behörde von der Untersagung nach Satz 3 ausgenommen werden. 5 Die nach Landesrecht zuständigen Stellen können nach von ihnen festgelegten Kriterien eine Notbetreuung einrichten. 6 Für das Außerkrafttreten der Untersagung nach Satz 3 gilt Absatz 2 Satz 1 und 2 mit der Maßgabe entsprechend, dass der relevante Schwellenwert bei 165 liegt. 7 Für die Bekanntmachung des Tages, ab dem die Untersagung nach Satz 3 in einem Landkreis oder einer kreisfreien Stadt gilt, gilt Absatz 1 Satz 3 und 4 entsprechend. 8 Für die Bekanntmachung des Tages des Außerkrafttretens nach Satz 6 gilt Absatz 2 Satz 3 entsprechend. 9 Für Einrichtungen nach § 33 Nummer 1 und 2 gelten die Sätze 3 und 5 bis 7 entsprechend. (4) Versammlungen im Sinne des Artikels 8 des Grundgesetzes sowie Zusammenkünfte, die der Religionsausübung im Sinne des Artikels 4 des Grundgesetzes dienen, unterfallen nicht den Beschränkungen nach Absatz 1. (5) Weitergehende Schutzmaßnahmen auf Grundlage dieses Gesetzes bleiben unberührt. (6) 1 Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgende Gebote und Verbote zu erlassen sowie folgende Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu bestimmen: 1. für Fälle, in denen die Sieben-Tage-Inzidenz den Schwellenwert von 100 überschreitet, zusätzliche Gebote und Verbote nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2 und § 28a Absatz 1 zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 2. Präzisierungen, Erleichterungen oder Ausnahmen zu den in den Absätzen 1, 3 und 7 genannten Maßnahmen und nach Nummer 1 erlassenen Geboten und Verboten. 2 Rechtsverordnungen der Bundesregierung nach Satz 1 bedürfen der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat. (7) 1 Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. 2 Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. 3 Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1. (8) Das Land Berlin und die Freie und Hansestadt Hamburg gelten als kreisfreie Städte im Sinne dieser Vorschrift. (9) 1 Anerkannte Tests im Sinne dieser Vorschrift sind In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind. 2 Soweit nach dieser Vorschrift das Tragen einer Atemschutzmaske oder einer medizinischen Gesichtsmaske vorgesehen ist, sind hiervon folgende Personen ausgenommen: 1. Kinder, die das 6. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 2. Personen, die ärztlich bescheinigt aufgrund einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Atemschutzmaske tragen können und 3. gehörlose und schwerhörige Menschen und Personen, die mit diesen kommunizieren, sowie ihre Begleitpersonen. (10) 1 Diese Vorschrift gilt nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 durch den Deutschen Bundestag, längstens jedoch bis zum Ablauf des 30. Juni 2021. 2 Dies gilt auch für Rechtsverordnungen nach Absatz 6. (11) Die Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes), der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden eingeschränkt und können auch durch Rechtsverordnungen nach Absatz 6 eingeschränkt werden.

non sottrae quest'ultimi alla possibilità di doversi sottoporre in situazioni da determinarsi dall'amministrazione all'obbligo di tampone molecolare.

3.2. Il dibattito giuridico

Non è necessario scendere ulteriormente nei particolari della LTI, né esaminare il resto – davvero enorme – della legislazione federale in relazione alla pandemia covid-19. Quanto fin qui esposto rende in pieno il senso dell'indirizzo politico che mira a contenere la diffusione del virus attraverso la limitazione dei contatti tra le persone e il mantenimento della funzionalità del sistema sanitario⁴¹ tramite misure amministrative generali e concrete.

Sia il dibattito giuridico che la Corte costituzionale federale rimangono in sostanza all'interno di questa ottica di contenimento della pandemia attraverso divieti.

L'attesissima sentenza del *Bundesverfassungsgericht* in tema di pandemia (del 19 novembre 2021)⁴² è un'opera di *self restraint* giurisdizionale. Con una decisione che nella sua struttura argomentativa segue punto per punto i manuali di diritto costituzionale, la Corte costituzionale federale dichiara la legittimità costituzionale di tutte le misure previste nell'art. 28 b LTI/ aprile 2021 impugnate dalle parti, perché seppur profondamente invasive dei diritti fondamentali esse nel loro complesso perseguono in maniera ragionevole lo scopo estremamente importante della salute pubblica. Il Tribunale costituzionale federale ha esaminato in particolare le restrizioni imposte ai diritti di cui agli art. 6 co. 1 della Legge fondamentale (la tutela del matrimonio) e l'art. 2 co. 1 in cominatio con l'art. 1 co. 1 e art. 2 co.1 f. 2 della Legge fondamentale (diritto al libero sviluppo della personalità relazione alla dignità umana, ai diritti degli altri, all'ordinamento costituzionale e alla legge morale) discendenti dai divieti di fare visita ai parenti stretti e di uscire di casa dalle ore 22.00 alle 5.00. scattati al raggiungimento dei valori di soglia. La Corte ritiene il fine perseguito dal legislatore, vale a dire la tutela della salute dei cittadini e in correlazione con questo scopo anche il mantenimento della funzionalità del sistema sanitario, legittimo ed estremamente rilevante ai sensi costituzionali. Infatti dall'art. 2 co. 2 Legge fondamentale discenderebbe oltre il diritto alla salute individuale anche l'obbligo di tutela della salute da parte dello Stato. I mezzi con i quali il legislatore persegue questo fine sono anch'essi legittimi, perché le misure di contenimento delle infezioni sono – in assenza dei vaccini – le uniche efficaci per raggiungere lo scopo di tutelare la salute. I divieti non sono da considerarsi misure di polizia (anche se prevedono multe a seguito di violazioni) ma come misure di contenimento della pandemia, dunque come provvedimenti sanitari. Da questo intendimento discende la competenza legislativa federale in materia e la non equiparabilità dell'obbligo a rimanere in casa ad una misura di reclusione⁴³. Per quanto i provvedimenti violino i diritti fondamentali in tutte le loro forme di espressione della

⁴¹ La via di mezzo tra le due impostazioni, quella cioè di consentire così tanta libertà, finché è possibile seguire la catena dei contagi – utilizzando più strumenti, come ad esempio un'applicazione che registri gli spostamenti dei cittadini – non ha funzionato ed è rimasta come un ulteriore fattore di controllo delle dinamiche del virus covid-19.

⁴² https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html. I ricorsi individuali alla Corte costituzionale federale sono stati tantissimi sin dall'inizio della pandemia. La Corte li ha rigettati quasi tutti per manifesta inammissibilità.

⁴³ Per il quale scatterebbero altre competenze in sede legislativa e un altro tipo di tutela giurisdizionale.

persona umana, anche relazionale, l'invasività si giustifica sia per la mancanza di misure altrettanto efficaci a perseguire il fine di tutela della salute pubblica, sia in considerazione dell'articolata regolamentazione (marg. 228 ss. c.d. «pacchetto di misure», *Massnahmebündel*) con la quale il legislatore ha tenuto conto della necessità di eccezioni alla regolamentazione, dell'andamento dinamico della pandemia e ha legato i divieti a limiti temporali. Considerate nel loro insieme queste misure mostrano secondo la Corte, come anche per ciascuna di esse il legislatore abbia costantemente bilanciato i mezzi impiegati nel perseguimento dei fini alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali (marg. 232 ss., in particolare 289 ss.). La Corte ritiene inoltre che in questo caso non le spetti un esame più penetrante delle norme legislative. Nel *Leitmotiv* di questa decisione, il Tribunale federale costituzionale ripete, portandosi così nella traccia di una giurisprudenza (che se applicata è) costante, che nei casi in cui il legislatore non ha dati oggettivi certi sulla base dei quale operare, questi deve prendere delle decisioni di orientamento generale ricorrendo ad una valutazione politica. In questi casi il *Bundestag* ha una «prerogativa di previsione» (*Einschätzungsprärogative*), marg. 171 ff.) e la Corte può solo accertare se il legislatore si è attenuto al compito di documentazione. Con la creazione di una commissione parlamentare *ad hoc* e il rafforzamento del ruolo dell'Istituto di ricerca Robert-Koch, il legislatore vi ha in effetti adempiuto (marg. 178). Anche la scelta del legislatore di adottare delle leggi di delega sempre più concrete sino a divenire *self-executing*, hanno riscontrato il *placet* del Tribunale costituzionale federale, il quale rileva che l'alternativa sarebbe stata una regolamentazione tramite decreti delegati. Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, se è vero che la norma legislativa che trova diretta applicazione riduce i modi di accesso al processo amministrativo (perché si possono impugnare davanti al tribunale amministrativo le norme di legge direttamente solo nell'ambito dell'azione di accertamento negativo di cui all'art. 43 dell'Ordinamento giurisdizionale amministrativo), essa non crea vuoti e dunque risponde ai dettami del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 19 co. 4 Legge fondamentale.

Il dibattito in sede dottrina ha anticipato tutte le argomentazioni della Corte costituzionale federale e sollevato rilievi interessanti per ulteriori riflessioni.

Partiamo da una considerazione di base. Nella logica del contenimento dei contagi attraverso la riduzione dei contatti si può dire che il massimo di tutela per i cittadini si ha quando tutti rimangono a casa; mentre il minimo grado di tutela dei cittadini accettabile è dato dal funzionamento degli ospedali, dunque lo strumento di intervento meno invasivo consiste nell'applicare i divieti per la riduzione dei contatti quando i reparti di terapia intensiva sono vicini alla «congestione» (*Überlastung*) da malati di covid-19. Il criterio di razionalizzazione delle misure normative statali passa così da contatto=contagio a quello della velocità di aumento dei contagi che incide sulle ospedalizzazioni. Giuridicamente ciò significa passare da una regolamentazione mirante alla sicurezza pubblica ad una della prevenzione dal rischio in materia sanitaria. È da molti anni che la giuspubblicistica tedesca in ambito di interpretazione dei diritti fondamentali si interroga sulla c.d. «società del rischio» (*Risikogesellschaft*). Basti pensare al dibattito sull'impiego sicuro dell'energia atomica, per passare più recentemente ai temi della sicurezza di fronte al terrorismo internazionale, alle catastrofi naturali, all'impiego responsabile degli sviluppi tecnologici, sino alle conseguenze che il cambiamento del clima terrestre ha sull'esercizio dei

diritti delle generazioni future⁴⁴. A cospetto della pandemia la «società del rischio» diviene (anche) la «società vulnerabile»⁴⁵.

Se la società è più debole per colpa di un virus – questo il tema centrale del Convegno dei giuspubblicisti tedeschi del 2021 – allo Stato spetta il compito di proteggerla. Davanti a possibili illegittimità dell'azione statale bisogna irrobustire la «resilienza»⁴⁶ sia dei cittadini, rafforzando i diritti fondamentali, sia dell'azione dello Stato, rivedendo i mezzi che mette a disposizione il diritto amministrativo.

Accettare la resilienza come fondamento del vivere associato in uno stato di pandemia, significa appoggiarsi ad un modello antropologico nel quale gli individui devono essere messi in grado di riprendersi dalle avversità e trasformarle in occasioni.

Secondo la dottrina è necessario a tal fine rafforzare la «dimensione relazionale» dei diritti fondamentali. A.K. Mangold, nell'intervento che apre il convegno⁴⁷, suggerisce di elaborare un'ulteriore distinzione nell'ambito di tutela degli diritti fondamentali e accanto a quello negativo (diritto fondamentale come difesa soggettiva), oggettivo (diritto fondamentale come valore), partecipativo (diritto fondamentale di partecipazione alla sfera pubblica), sociale (diritti fondamentali sociali) pone l'ambito – per dirla con Kant – di socievolezza. La «dimensione relazionale» dei diritti fondamentali prenderebbe le mosse dall'immagine dell'uomo della Legge fondamentale (Art. 1 co. 1 Legge Fondamentale) che non rispecchierebbe un individuo isolato e sovrano ma la «tensione tra individuo e società nel senso della relazione e del vincolo della persona con la società (*Gemeinschaftsbezogenheit* e *Gemeinschaftsgebundenheit*)»⁴⁸. Da questa dimensione che estrapolata dal *Grundgesetz* ha il vantaggio di essere già dogmatica, discende l'obbligo costituzionale fatto al legislatore dello stato di pandemia di rispettare tutti quei rapporti umani che richiedono la presenza fisica quale condizione necessaria per essere vissuti. L'incontro tra i coniugi o i familiari, tra i bambini al parco o al nido, con gli altri fedeli in chiesa, o con chi coltiva le proprie idee o gusti nelle manifestazioni di protesta, culturali o del tempo libero, sono aspetti della dignità umana che i diritti fondamentali di famiglia, istruzione, fede, manifestazione

⁴⁴ Indichiamo solo le opere da cui partire per avvicinarsi alle questioni appena nominate, perché sono quelle le cui riflessioni sopravvivono ai differenti «colpi di maggioranza» del legislatore. Sul tema 'rischio e energia atomica' cfr. H. HOFMANN, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, Stuttgart 1981. Sul tema 'rischio e sviluppi tecnologici' cfr. J. IPSEN, D. MURSWIEK, B. SCHLINK, «Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht», in *VVDStRL* 48 (1990), 117 ss. Sul tema 'rischio e terrorismo' cfr. T. BARCZAK, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, Tübingen 2020. E ancora, sul tema: 'rischio e catastrofi naturali' cfr. C. GUSY, *Resilient Societies- Staatliche Katastrophenschutzverantwortung und Selbsthilfefähigkeit*, in D. HECKMANN, R. P. SCHENKE, G. SYDOW, a cura di, *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für T. Württemberg*, Berlin 2013, 995 ss. Per quanto riguarda il tema 'rischio e pandemia' cfr. la precorritrice A. KLAFKI, *Risiko und Recht. Risiken und Katastrophen im Spannungsfeld von Effektivität, demokratischer Legitimation und rechtsstaatlichen Grundsätzen am Beispiel von Pandemien*, Tübingen 2017.

⁴⁵ Il Convegno della Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer del 2021 si è dedicato al tema «Stato e società nella pandemia», e di società vulnerabile parla S. RIXEN, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, 37-63, in *VVStRL*, 2021, Berlin/Boston 2021, <https://doi.org/10.1515/9783110711196>

⁴⁶ Concetto filosofico e psicologico di resilienza è in voga in ambito giuspubblicistico da quando nella società del rischio i problemi etici sono tornati ad essere anche sociali. L'input, un re-import dagli Stati Uniti, è stato il saggio di CROWFORD STANLEY HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecology and Systematics*, 4 (1973), 1 ss. Per un'introduzione al dibattito giuridico cfr. K. V. Lewinski, a cura di, *Resilienz des Rechts*, Baden-Baden 2015.

⁴⁷ A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit in der Pandemie*, in *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, *VVStRL*, 2021cit., 7 ss., 13 ss.

⁴⁸ A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit in der Pandemie*, cit., 14.

tutelano nel proprio campo non solo di tutela ma anche di efficacia (*Schutz-* e *Wirkbereich*)⁴⁹ anche nella loro sfera di «relazionalità». Al legislatore ne discenderebbe l'obbligo di intervenire non con provvedimenti singoli ma con un «pacchetto di misure», nel quale le regole amministrative raggiungono un'azione efficace nel loro insieme, sì che nessuna di essa debba essere eccessivamente restrittiva di un diritto fondamentale⁵⁰.

Quest'ultimo aspetto è stato invero sollevato dai magistrati amministrativi ordinari che nelle controversie generate dalle misure di contenimento della pandemia, nel ponderare le misure amministrative nel caso singolo, si sono orientati alla *ratio* dei provvedimenti nel loro complesso. Infatti, nessuna delle norme in base alle quali sono stati emessi gli atti amministrativi sarebbe stata di per sé sufficiente a raggiungere lo scopo di contenere l'espansione della pandemia e dunque ogni restrizione dei diritti di libertà sarebbe stata illegittima.

S. Rixen ha collegato il diritto amministrativo dello stato di pandemia con il concetto di resilienza⁵¹. La resilienza costituirebbe una competenza fondamentale del diritto amministrativo e consisterebbe nella sua «capacità di impedire limitazioni strette e a lungo termine della funzionalità della società intera, e lì dove non è possibile, nella capacità dello Stato di compensare o arginare le conseguenze, in modo che sia poi possibile ristabilire o rafforzare la capacità di funzionamento di tutta la società». In altri termini: in base al 'principio di resilienza' è fatto obbligo alle misure tanto normative quanto amministrativo-esecutive di mantenere le condizioni alle quali l'agire dell'individuo e la società, limitati gravemente dalla pandemia, si possano riprendere il più velocemente possibile.

Non è un caso, come sottolinea correttamente la Mangold, che il legislatore tedesco della pandemia avrebbe adottato la tecnica del *dulde et liquidare*. Cioè, lì dove il restringimento delle libertà individuali ha profondamente inciso sulle libertà economiche, lo Stato ha approntato un sistema capillare di rimborsi, al fine di rendere le misure restrittive meno pesanti. Solo che, come rileva la Mangold, la libertà personale non è monetarizzabile⁵².

Sia il concetto di resilienza che quello di 'pacchetto di misure legislative' proposti al Convegno dei giuspubblicisti si collocano all'interno della lettura che la maggior parte della dottrina dà all'impostazione del rapporto tra Stato e individuo nella Legge fondamentale – che è poi quello in cui si rispecchia la sovranità. Un rapporto prevalentemente di separazione, se non addirittura di contrapposizione tra Stato e individuo, espresso dalla formula schmittiana del *rechtsstaatliches Verteilungsprinzip*. In base al «principio di distribuzione dello Stato di diritto», prima di intervenire nella sfera pubblica è fatto obbligo allo Stato dal patto fondamentale di interrogarsi sull'effetto del suo intervento sui diritti fondamentali. Allo Stato cioè, rimarrebbe così tanto spazio di agire, quanto ne lasciano aperte le sfere di esercizio dei diritti fondamentali. Questo criterio che lo Stato liberale aveva posto alla base dell'azione amministrativa è divenuto non solo il riferimento principale nell'interpretazione dei diritti fondamentali da parte dei giudici (come fondamento della ragionevolezza) ma – grazie alla stretta opera di controllo della Corte costituzionale federale

⁴⁹ Ivi, 15-17. Iscrivibili all'ambito di tutela dell'Art. 2 co. 1 GG sarebbero anche i diritti alla «amicizia, al vicinato e allo sport di squadra».

⁵⁰ Ivi, 20-21.

⁵¹ S. RIXEN, *Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft*, cit., 54 ff.

⁵² A.K. MANGOLD, *Relationale Freiheit*, cit. S. 29.

sulla legge⁵³ – anche un criterio direttivo per il legislatore. E non solo nello scrivere le norme⁵⁴ ma anche per il dibattito in Aula. Se si ascoltano gli interventi dei parlamentari in tema di pandemia, si riscontra che i termini «proporzionalità» e «ragionevolezza» sono stati i più ricorrenti, a cominciare da quelli dei deputati della destra. Ma se la ragionevolezza sottende una concezione del rapporto Stato-individuo conflittuale, la legge che si imposta sulla stessa logica diventa più uno strumento di limite dei diritti che non uno per il loro svolgimento, come invece – e lo vedremo esaminando il lavoro di Mario Galizia – dovrebbe essere in uno Stato democratico di diritto.

Per ora limitiamoci a rilevare come il concetto di ‘resilienza’ si differenzi da quello di ‘barriera’ o ‘limite’ schmittiano per due motivi. Il primo è la diversa sensibilità argomentativa nei confronti dell’individuo. Infatti il modello antropologico che sottende al diritto individuale oggi non è più quello dell’uomo d’azione degli anni 1900-1940 come per Schmitt ma l’uomo ‘delicato’ del post-modernismo. Il secondo motivo di differenza è la diversa consapevolezza epistemologica. I giuristi nel 2021 non ragionano solo in termini di certezza *versus* antagonismo delle situazioni di fatto e di diritto, ma in termini di valutazioni, probabilità e prognosi. Questo ragionamento, che si adotta nel momento in cui si prendono sul serio non solo i diritti ma anche il pluralismo, da qualcuno viene impiegato per rafforzare nell’indirizzo politico il contributo del parlamento, ossia il luogo istituzionale di ricomposizione del conflitto politico in uno Stato democratico di diritto⁵⁵. La maggior parte della dottrina tedesca, però, al parlamento della *Risikogesellschaft* riconosce solo una maggiore autonomia rispetto allo stretto controllo di legittimità della Corte costituzionale federale - che è poi quello che, come visto, la Corte concede al legislatore. Anche il ragionamento della dottrina è lo stesso della Corte. Siccome davanti ai problemi posti dalla tecnologia, la società è a rischio perché quelle stesse scienze che le davano sicurezza e progresso ora la mettono per l’appunto a rischio, il legislatore non potrà essere preciso nel calcolare l’opportunità, la necessità e la proporzionalità delle norme. La valutazione dei fatti da regolare e dei mezzi da applicare è, nell’incertezza, soggetta a prognosi e a calcoli probabilistici. Perciò la legislazione potrà essere di contenimento, di pianificazione, muoversi per *trial and error*, con il beneplacito della Corte costituzionale federale che si atterrà a valutare solo lo sforzo di oggettività del legislatore,

⁵³ Una prima selezione tra le sentenze della Corte costituzionale federale sugli «obblighi» redazionali del legislatore: Informationspflicht BVerfGE 65, 1 (47); BVerfGE 86, 90 (116); Nachbesserungs-Beobachtungspflicht: BVerfGE 16, 147, 188; BVerfGE 25, 1 (13, tatsächliche Entwicklungen); BVerfGE 49, 89 (143, 130); BVerfGE 50, 290 (335); BVerfGE 53, 30 (58); BVerfGE 56, 54 (76f.); BVerfGE 84, 239; BVerfGE 88, 203 (309, f.); Miteinbeziehung von Sachverständiger: BVerfGE 96, 288 (304); Begründungspflicht: BVerfGE 102, 197 (221); Bestimmtheitsgebot (Regelungsdichte): BVerfGE 17, 67 (82); BVerfGE 21, 245 (260); BVerfGE 33, 303 (345f.); BVerfGE 48, 210 (221); BVerfGE 56, 1 (13); BVerfGE 57 295 (327); BVerfGE 58 257 (277f.); BVerfGE 59, 104 (114); BVerfGE 64, 285 (286); BVerfGE 77, 109; BVerfGE 78, 205 (212); BVerfGE 83, 137 (161); BVerfGE 84, 133 (149); BVerfGE 87, 234 (263); BVerfGE 89, 69 (84); BVerfGE 93, 213 (238); Klarheit: BVerfGE 1, 14 (45); BVerfGE 14, 13 (16); BVerfGE 20, 150 (158 f.); BVerfGE 21, 73, (79); BVerfGE 31, 255 (264); BVerfGE 45, 400 (420f.); BVerfGE 65, 1 (54); BVerfGE 93, 213 (238); Gestaltungsfreiheit: BVerfGE 66, 234, 244; BVerfGE 270 (290); BVerfGE 65; 141 (148); BVerfGE 325 (345); BVerfGE 64, 367 (378); Prognose BVerfGE 50, 290, 334; BVerfGE 57, 139 (160); BVerfGE 65, 1 (55); Sachangemessenheit als Ausschöpfung der erreichbaren bzw. ihm zugänglichen Erkenntnisquellen: BVerfGE 50, 290 (334); BVerfGE 57, 139 (160); BVerfGE 65, 1 (55).

⁵⁴ Sulla tecnica legislativa orientata alla ragionevolezza si parla da W. HUGGER, *Gesetze, ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium*, Baden-Baden 1983.

⁵⁵ Questo è quanto suggerisce Mahlmann, giurista svizzero, al convegno della Staatsrechtslehre del 2021, cfr. M. MAHLMANN, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, in VVDSRL, cit., 69-100.

consistente nell'aver ricercato, considerato e valutato quanti più aspetti possibili dei problemi insiti nella materia da regolare.

Se la giuspubblicistica in Germania rimane focalizzata sulla giustapposizione tra individuo (società) e Stato, è perché si sente più a suo agio all'interno di categorie giuridiche ben protette, e razionalmente deducibili in sottocategorie attraverso fini distinzioni razionali e ragionevoli, benché ciò facendo incorra - anche a cospetto di una pandemia - sempre nelle stesse aporie, che poi sono quelle che discendono dal concepire la sovranità come ascrivibile alla formula 'protezione in cambio di obbedienza'.

II Parte. *La teoria della sovranità secondo Mario Galizia*

Uno dei regali più grandi che ci ha fatto Mario Galizia con il suo studio sulla sovranità è quello di aver esaminato il concetto mai partendo dal presupposto 'protezione in cambio di obbedienza'. Ad esso concede uno spazio minimo nelle teorie dove tale rapporto si fonda. Altrimenti la ricerca resta aperta a tutti gli elementi del vivere degli uomini in forma associata che nel corso dei secoli le teorie della sovranità hanno colto. Essa rimane sensibile ad ogni esigenza materiale e spirituale dell'uomo portata in evidenza dai pensatori siano essi teologi, politici o giuristi, e sempre attenta alle necessità del potere costituito che vuole mantenersi anche oltre le persone che lo rivestono in un determinato momento.

Dopo le chiusure concettuali cui era giunta la giuspubblicistica dell'Ottocento e dei primi anni del Novecento⁵⁶ la riapertura di un dialogo con gli elementi del concetto di sovranità è possibile solo in una prospettiva storica risalente e in una relativistica.

Della stringente e al tempo stesso analitica ricostruzione storicistica galiziana spero di riuscire a mettere in risalto i momenti salienti⁵⁷.

1. *Premessa. Riferimenti interpretativi nella lettura de «La teoria della sovranità dal Medio Evo fino alla Rivoluzione francese»*

La ricostruzione di un'opera utilizza *nolens volens* chiavi interpretative. In queste righe di premessa chiarisco brevemente le mie.

È plausibile immaginarsi che Galizia, studiando la sovranità prima durante e dopo un momento unico della storia italiana, in un ambiente giuridico che cercava un «ponte» con il Risorgimento per rafforzare la ricrescita dello Stato democratico di diritto⁵⁸, non avesse certo in animo il problema di come 'governare' un virus. Sicuramente però aveva ben presente la

⁵⁶ I cui capisaldi sono - come scrive lo stesso Galizia in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, cit., 10 - lo statalismo e il legalismo, che possono fare anche a meno del concetto di sovranità.

⁵⁷ Dato che questo scritto si inserisce in un lavoro collettaneo di riflessione sull'opera di Mario Galizia, mi sembra più adeguato cercare di recensire «La teoria della sovranità» piuttosto che riassumerla sinteticamente ai fini del mio scritto. Ne manterrò perciò lo svolgimento in senso cronologico, dedicandole qualche pagina.

⁵⁸ L'espressione è di E. CHELI, *Mario Galizia e la tradizione giuspubblicistica*, in «Per Mario Galizia», Atti del Convegno, in *Nomos*, N. 3, 2014, 15-18, 15.

questione che si poneva a tutte le costituzioni nate dopo le dittature nazi-fasciste, quella cioè di creare un assetto valoriale e istituzionale tale, da ridurre al minimo i rischi che un «virus politico», insinuandosi nel sistema, lo distrugga dall'interno. Nelle pagine di ricerca storica sulla teoria della sovranità, Galizia tiene sempre vivissimo il problema della effettiva costruzione dello Stato; tutta l'opera è imperniata sulla disamina di come la teoria dello Stato abbia individuato e interpretato quelle forze che nel corso dei secoli sono state decisive perché si statuì un ordine pubblico⁵⁹.

Il movente della ricerca però non è solo l'analisi del momento costituente. Quello che davvero interessa a Galizia è individuare quelle condizioni giuridiche alle quali lo Stato funziona come Stato di diritto democratico, perché solo a queste condizioni «il giurista può porsi concretamente come difensore della legalità e della libertà»⁶⁰. La ricostruzione operata da Galizia delle teorie della sovranità mira dunque in particolare ad evidenziare e comprendere gli elementi dello Stato democratico di diritto.

A tal fine può ben adempiere uno studio del pensiero giuridico nel campo della teoria della sovranità, perché la scienza giuridica è una scienza pratica. Infatti «tutti i maggiori scrittori, anche quando conducono le loro indagini sulla base delle istituzioni positive, hanno sempre presenti le conseguenze pratiche, a cui possono portare le loro conclusioni e di queste osservazioni tengono conto nell'elaborazione dei loro sistemi giuridici»⁶¹.

Con una ricerca *ab ovo* sul concetto di sovranità Galizia torna a riflettere sullo Stato democratico di diritto, rimanendo scientemente in guardia di fronte alle categorie elaborate da quella dottrina più recente che aveva rinchiuso il dibattito sul funzionamento democratico dello Stato di diritto in termini di legalità e legittimità.

La nostra chiave di lettura è dunque la seguente: Galizia ripercorre le teorie della sovranità sino alla Rivoluzione francese per recuperare quegli elementi dello Stato democratico di diritto che la giuspubblicistica dell'Ottocento e del Novecento aveva ipostatizzato in un contrasto, che aveva ritenuto necessario o per difendere i diritti dell'individuo o per affermare una volta per tutte la supremazia dello Stato sulla società; in entrambi i casi però la dottrina dello Stato, privando la società di valenza politica, finiva con svilire sia i diritti dei cittadini che la personalità dello Stato.

Nel libro di cui riferisco, sebbene si intitoli «La teoria della sovranità», non c'è una definizione bella e pronta di sovranità. A mio avviso questo dipende sia dalla indole esploratrice di Mario Galizia che dalla coerenza con la Sua scelta metodologica. Tuttavia l'Autore deve aver pur avuto un 'concetto operativo' per poter ricostruire storicamente come di volta in volta sia comparsa la sovranità.

Partiamo da un'analisi testuale che si può limitare alle prime pagine dell'opera, perché Galizia ha tra gli innumerevoli doni quello della chiarezza. Dunque già nelle prime pagine l'Autore colloca gli elementi che compongono il problema dello Stato e della sovranità nella storia, e che possono essere elencati come segue: l'individuo, lo Stato, la legge, il diritto naturale, lo *jus gentium* (temi del

⁵⁹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., Introduzione, 2-3.

⁶⁰ Ivi, 3.

⁶¹ Se la scienza del diritto va intesa come una scienza pratica non è necessario uno studio sulla teoria della sovranità nell'Ottocento e poi nel Novecento, come pure Mario Galizia aveva intenzione di fare (Introduzione, 1), ma è sufficiente un esame della «Scienza giuridica e diritto costituzionale» (Milano 1954), perché la dottrina post-moderna trae le conseguenze metodologiche proprio in base alla teoria della sovranità prescelta.

diritto romano⁶²), l'universalità dell'uomo e l'uguaglianza degli uomini (temi del pensiero etico romano⁶³) e – rivoluzionaria - la volontà fondatrice di un Creatore (tema del pensiero cattolico primitivo insieme al *princeps* come diretta espressione della divinità e lo Stato come creazione della Provvidenza⁶⁴). Inoltre: «il problema del diritto» (legato al tema della volontà e della libertà⁶⁵) e che consiste nel rapporto tra diritto di natura e diritto positivo, e chiaramente il tema del popolo (tema sempre più consistente) che compare con la rottura provocata dalle invasioni Germaniche⁶⁶, in ultimo, ma non per rilevanza, l'elemento territoriale della sovranità⁶⁷.

Volendo riportare tutti questi elementi in una teoria della sovranità si potrebbe dire che essa si interroga sul modo in cui gli uomini fondano la forma associata del loro vivere, di come questa possa valere anche oltre la generazione che l'ha fondata, di come essa venga organizzata e sul quando questa organizzazione assume un carattere squisitamente giuridico. Dal punto di vista costituzionale studiare la sovranità significa seguire come gli uomini fondano e organizzano lo Stato che si può definire moderno quando gli uomini vengono pensati come liberi e uguali, e lo Stato sottomesso alla legge. Temi quali la (e le) libertà, la dignità dell'uomo, i diritti individuali, gli elementi dell'azione individuale ossia *voluntas* e *ratio*, i fondamenti antropologici del potere sono elementi della sovranità legati all'individuo. Lo Stato come persona o ente sovrano, la legge, le forme di Stato e di governo, la sovranità popolare, la territorialità, il rapporto tra gli Stati e con la Chiesa e i valori sono i temi ricorrenti che attengono allo sviluppo dello Stato sovrano. Le teorie del contratto (i *pacta*), così come le teorie storicistiche dello Stato sono gli elementi che uniscono le due «entità», reali e storiche, individuo-Stato, delle quali si potrebbe sostenere che costituiscono le teorie della sovranità in senso stretto.

Altro indizio del concetto galiziano di sovranità è l'affermazione secondo la quale sarebbero presenti due dinamiche, l'una quella della sovranità limitata, nella quale il *princeps* è in funzione del popolo (*pactum functionis*⁶⁸) e nella quale le libertà e i diritti vengono prima della legge, l'altra quella della sovranità dal potere unico, esclusivo⁶⁹, *superiorem non recognoscentes*, consona alla concezione volontaristica. Questa distinzione permette di mostrare un carattere importante della sovranità limitata, quello della possibilità concettuale dell'autolimitazione del potere⁷⁰, base della legalità⁷¹, dalla quale discende la distinzione tra le varie funzioni dello Stato⁷² e per cui 'divisione dei poteri' non significa annullamento della sovranità. La limitatezza come carattere proprio del concetto di potestà sovrana che verrà rigettato dalle teorie volontaristiche e che invece – Galizia chiarisce subito – costituisce la base per la tutela della *persona humana*⁷³.

⁶² M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 5-8.

⁶³ Ivi, 9.

⁶⁴ Ivi, 10-25.

⁶⁵ Ivi, 25.

⁶⁶ Ivi, da 30 ss.

⁶⁷ Ivi, 60 e 102-123 per la teoria dello Stato come ente territoriale.

⁶⁸ Ivi, 51.

⁶⁹ Ivi, 52.

⁷⁰ Sul punto in particolare da 91 con Marsilio da Padova e 95.

⁷¹ Ivi, 95 e 98 s.

⁷² Ivi, 99 e dell'organizzazione dello Stato in generale, come si chiarisce con Bodin, ivi 143,

⁷³ Ad es. ivi 101.

Da un punto di vista giuridico-filosofico è significativo lo sforzo di Galizia di seguire la funzione del concetto di sovranità nel suo evolversi in senso umano. Questa impostazione è anche il motivo per cui l'Autore comincia l'analisi con la «crisi» dell'Impero romano e con la «Rivoluzione Cristiana»⁷⁴. In questi due fenomeni storici Galizia identifica l'inizio della «umanizzazione» della fondazione dello Stato, non più concettualmente assorbita nell'ordine naturale o in quello divino, ma già così presto in dialettica con esse. Questa impostazione mette al centro non l'individuo astratto, ma quello storico, l'uomo. Uomo che è come è, e che se vuole sa anche tendere al bene, al meglio, in un futuro. Un uomo che se si mette su questo cammino, agisce secondo principi etici.

Il fondamento antropologico della ricerca sulla sovranità ha un corollario importante che struttura ulteriormente l'opera. Se le argomentazioni che devono fondare il potere sovrano umano non sono più al di fuori di ciò che l'uomo può fare e pensare nella sua vita terrena, nella teoria della sovranità bisogna tenere conto di due aspetti del fondamento antropologico del potere⁷⁵: il rapporto tra l'uomo e la giustificazione dell'origine del potere da un lato, e il rapporto tra l'uomo e l'altro uomo dall'altro. Dal punto di vista teorico significa evidenziare nella teoria della sovranità le differenti teorie del contratto sociale nelle sue forme di *pactum subjectionis*, *socialis*, *functionis*, *unionis*. Così facendo, la ricostruzione di Galizia unisce due visioni tendenzialmente contrastanti nella teoria della sovranità. Normalmente, infatti, il teorico che muove i propri studi partendo dal patto sociale, procede nella costruzione dello Stato in maniera logico-deduttiva e svisciva il dato storico. Al contrario, chi parte dalla storia, relativizza la forza ideale e ideologica del patto. Galizia invece sottolinea sempre come queste due impostazioni di studio si relazionino l'una con l'altra nelle varie epoche esaminate. E mi pare di poter affermare con una certa sicurezza, che per l'Autore la relazione tra patto come idea e il modificarsi dello Stato nella storia sia un elemento fondamentale della ricostruzione. Nel patto (o anche solo nell'idea dello stesso, come sottolineerà più volte Galizia) si esprimono i valori giusnaturalistici e quelli giuspositivistici che confluiscono idealmente nello Stato liberale di diritto e nelle sue costituzioni, e che possono fare da guida all'esercizio del potere costituito. Nelle trasformazioni della forma di Stato e di governo si concretizzano quei valori a livello organizzativo del potere costituito, come si rispecchia sia nelle dottrine che nella storia delle carte costituzionali.

Tirando le somme da questi primi rilievi, sostengo che in senso lato per Galizia la sovranità è l'insieme di forze umane (capaci di fatti e di spirito) che sono in grado di generare un ordine giuridico per la comunità. Il rapporto tra forze costituenti e forze costituite è continuo. Infatti, lì dove la forza sovrana fissa i contenuti e i soggetti della sovranità, la forza costituita li porta avanti. La separazione, cioè, non è nel contenuto o nel soggetto della sovranità ma nel momento in cui il soggetto portatore della sovranità si mostra. Momento tenuto fermo nella dichiarazione formale, che può essere implicita (il raggiungimento di un determinato assetto istituzionale di fatto, una presa di coscienza generale) o esplicita (una dichiarazione dei diritti, una costituzione, il rivolgimento di un potere sovrano operante); una dichiarazione a partire dalla quale il potere

⁷⁴ Ivi, 5 ss.

⁷⁵ Ivi, aspetti che Galizia già vede comparire chiaramente nel basso medioevo, 71, poi modificarsi sia nella fondazione dello Stato che nel rapporto tra diritto di natura e diritto positivo, 80

costituito si atterrà a determinati principi e condizioni. Il rapporto tra potere costituente e costituito è dialettico nel senso che il loro dialogo svolge i presupposti dell'ordinamento. Ciò è possibile solo se i presupposti dell'ordinamento non sono un limite, un baluardo allo svolgimento del potere, ma i principi fondamentali valoriali e organizzativi.

E a proposito di 'definizioni concettuali' devo fare qualche rilievo metodologico su come intendo il contributo di Mario Galizia a riguardo.

Mario Galizia ha recepito e sviluppato quell'importante sensibilità metodologica che si acquista riflettendo sul rapporto tra le diverse discipline giuridiche, formandosi come costituzionalista tra giusprivatisti, storici e filosofi del diritto⁷⁶. E il *genius loci* è stato rielaborato con una tale forza che in tutto lo scritto «La teoria della sovranità» Galizia riesce ad evitare di utilizzare termini sottendenti categorie giuspubblicistiche da 'crisi dello Stato' quali: legittimità, generalità e astrattezza, garanzie, controlli esterni ecc. Invece scrive di diritto di natura, legge, democrazia, volontà popolare, separazione dei poteri ecc. Ma ciò non deve portare fuori strada. Al centro dello studio «La teoria della sovranità» c'è la legalità, o meglio: lo studio del fondamento della legalità, che per Galizia consiste nella libertà e nell'uguaglianza. Libertà e uguaglianza che non sono categorie della legittimità dell'apparato pubblicistico ottocentesco che ha preso coscienza della costituzionalità dei diritti individuali, anche politici e che le ingloba nelle categorie dei diritti soggettivi pubblici. Libertà e uguaglianza sono prima di tutto forze storiche, ricche di umanità, che riescono a divenire diritti e a fare diritto. Anche termini da storici del diritto tipici come 'continuità' e 'rottura' rimangono alle spalle del discorso storicistico galiziano fatto di «momenti e figure»⁷⁷, o, per usare direttamente la terminologia galiziana, di «lieviti» e «inchiodature».

In tal modo Galizia offre a chi si avvicina alla storia e in particolare alla storia delle istituzioni un avvertimento importantissimo: la storia non si perde niente, quello che brucia lo trasforma e quello che scarta lo ricicla. Queste – ovviamente – non sono le parole di Mario Galizia. Però leggendo da «La Teoria della sovranità» ho l'impressione che voglia dirci anche questo. Nella ricostruzione storica Galizia non elide mai, semmai proietta verso il futuro.

Dal punto di vista metodologico ciò significa che Galizia apre il dialogo con i concetti di allora e li lascia raccontare – e ciò ben prima che questo modo di fare storia costituzionale diventasse un consolidato metodo scientifico utile al diritto⁷⁸.

Certo che anche Galizia pur dialogando con il passato in maniera aperta, valuta e funzionalizza. E di ciò avverte subito il lettore. Come premette a pag. 1: «Principio base ed ispiratore ci è stato sempre quello della funzionalità dell'esame storico compiuto. Per questo più che in sé stessi i vari contributi sono stati studiati in relazione a quei concetti di Stato e di sovranità affermatasi nei tempi moderni ed al cui ulteriore e più preciso chiarimento la nostra opera era diretta». Un altro aspetto di grandezza de «La teoria della sovranità dal Medio Evo sino alla Rivoluzione francese»

⁷⁶ Su quest'aspetto i contributi al Convegno nel già ricordato volume monografico di Nomos, nr. 3, 2014 e F. LANCHESTER, *Le università di Mario Galizia*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, Vol. 79, No. 1 (235), 193-199.

⁷⁷ Come scrive chi di Galizia approfondisce e applica il metodo, v. F. LANCHESTER, *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e Germania*, Milano 1994.

⁷⁸ L'opera storicistica sui concetti fondamentali dello Stato a cura di O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart 1973-1982 è di vent'anni dopo.

consiste proprio in questa chiarezza, che con Nardoza potremmo chiamare ‘consapevolezza’ del giurista⁷⁹.

2. La sovranità dai principi fondamentali del diritto pubblico romano alla dottrina teocratica della sovranità alla fine del secolo XVIII

Ciò premesso, ripercorro il testo de «La teoria della sovranità» sperando di cogliere nella mole dei rilievi, tra gli arguti approfondimenti e i moltissimi pensatori presentati quei «lieviti» – come scrive Galizia quando scopre elementi della sovranità particolarmente importanti - che più la caratterizzano.

Lo scritto si compone di cinque capitoli, di cui il primo accorpa gli elementi del concetto di sovranità dal IX al XII secolo, il secondo dal XIII al XV secolo e gli altri ognuno un secolo sino alla fine del XVIII. Mille anni di racconto.

2.1. Gli elementi della sovranità tra il IX e il XII secolo

In questo percorso il primo momento importante per il concetto di sovranità moderno è il passaggio dalla concezione di ordine che soggiaceva alle istituzioni politiche dei Greci, a quello di sovranità della *Respublica* prima e del Principato dopo⁸⁰. Soprattutto quando la legge diventa l'unica fonte del diritto la sovranità come forza accentratrice ed espressiva del potere diventa giuridica oltre che evidente. È proprio nel passaggio dalla legge come forma di più contenuti – ad es. come *recta ratio* (Cicerone), o come *rebus ipsis dicantibus et necessitate exigente* (Ulpiano)⁸¹ – alla legge come espressione della volontà del sovrano che travolge tutte le altre fonti, che si estrinseca la sovranità costituita come potere e l'unicità dell'ordinamento giuridico positivo sotto di essa⁸². «Stato e ordinamento giuridico vengono così a coincidere; e che cos'è lo Stato se non una

⁷⁹ Sul rapporto tra dogma e storia lì dove si è manifestato per primo cfr. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica nel primo Novecento*, Torino 2007; per la disciplina giuspubblicistica cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986 e M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico*, XXXIII, 1963, in particolare 75-106. Per un «reset»: M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano 1954. Sul ruolo del giurista nella conoscenza giuridica cfr. A.A. CERVATI, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino 2009, in particolare i saggi «Una prospettiva valutativa nello studio del diritto costituzionale», 26-46 e «Diritto costituzionale e impegno etico dei giuristi», 47-57.

⁸⁰ L'ordine della natura, divino, della società degli uomini è un tema costante del rapporto uomo-società-Stato. Ne ha mostrato il legame con la teologia politica due importanti opere sul rapporto tra sviluppo delle categorie giuridiche e quelle del pensiero teologico H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western legal Tradition*, Cambridge Mass. & London 1983. Sulla tradizione aristotelica A. Giuliani, *Giustizia e ordine economico*, Milano 1997.

⁸¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 6. La lex – dal fas fino all'editto e poi alle codificazioni - è un capitolo a sé del diritto romano, importante perché come mostra Galizia con solo due esempi, la legge nel diritto pubblico romano mantiene sempre due nature, l'una quella di essere una proposizione legata al fatto, l'altra di poter valere razionalmente per una generalità di casi e numero indefinito di persone. R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 35 ss.; di orientamento, anche sull'opera dei giuristi, F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, it. Storia della giurisprudenza romana, Firenze 1968.

⁸² M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 7.

comunità vivificata dal diritto? »⁸³ Se tutti sono subordinati al diritto statale si è liberi: «*legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*», ricorda Galizia citando ancora Cicerone⁸⁴. Nel diritto romano il rapporto tra libertà del cittadino e Stato è dunque subito centrato come problema giuridico e la legge si pone tra di essi.

Nel cattolicesimo primitivo Galizia sottolinea importanti elementi del concetto di sovranità. Prima di tutto l'uomo con la sua uguaglianza, l'universalità del suo essere e la sua comunione con tutti gli altri uomini⁸⁵. Poi la figura del sovrano-persona; e con la personalizzazione del potere sovrano si esprime anche il vincolo della sovranità terrena a un potere ancora superiore, ossia la giustizia naturale e divina, che rende il potere sovrano terreno un *officium*⁸⁶. Nel pensiero cattolico primitivo, Galizia fa l'esempio di St. Agostino, compare anche il passaggio da uno stato di natura degli uomini (di uguaglianza) allo stato sociale, nel quale si rende necessaria una organizzazione capace di mantenere la pace e la giustizia, ossia lo Stato per grazia di Dio, stanti le condizioni di malvagità e odio⁸⁷. E sempre nel pensiero cattolico – così legato al concetto di ordine, che da cosmico-ciclico diviene teologico-gerarchico – si trovano diversi tipi di legge: la *lex divinae* o *aeterna* e la *lex humanae*, nonché (nel pensiero di alcuni) la *lex naturalis* che fa da collegamento tra le altre. L'ordine della legge fa emergere con evidenza il problema della giustizia e del rapporto tra Regno di Dio (ordine divino) e Stato degli uomini (ordine positivo)⁸⁸.

Mentre nel pensiero cattolico si manterrà un concetto unitario di sovranità, che si trasmetterà in maniera gerarchica da Dio al principe, altri concorsi storici favoriscono l'affacciarsi di una concezione limitata della sovranità. I popoli germanici diffondono la loro tradizione di rapporti pattizi tra re e popolo, che non annullano ma limitano la sovranità. Il patto non è un *pactum subiectionis* ma *pactum functionis*, sancisce l'obbligo di osservare la legge fatto a tutti e quello fatto all'organo regio nei confronti della collettività. Nella tradizione germanica l'ente comunità comprende il principe e il popolo, separati ed uniti nello stesso tempo⁸⁹. Una tradizione, questa, che poi sfocia nelle grandi *chartes* inglesi e nelle *leges fundamentales*⁹⁰ sul territorio tedesco. La giustizia, come *aequitas*, come *epikeia* e come obbligo fatto al re di rispettarla e rispettare lui stesso le leggi, diventa misura del rispetto del patto tra re e popolo⁹¹. La legge nella tradizione germanica è «manifestazione impersonale di tutta la collettività. Solo infatti in questo modo tutti questi

⁸³ La citazione è di Galizia che si rifà a Cicerone «*Quid est enim civitas, nisi iuris societas*»? De Republica, I, 32, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 8.

⁸⁴ Cit. Cicerone Pro Cluentio 53, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 8.

⁸⁵ E come proprio questo Uomo della tradizione cristiana che al di là di tutte le differenze esteriori rimane uguale e libero per «riconoscimento reciproco» sia ancora al centro del diritto costituzionale contemporaneo viene ricordato da H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde (1993) Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen, 1994, 105 ff., 119. It., *La promessa della dignità umana*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 76, (4), 1999, 620-650.

⁸⁶ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 10-29.

⁸⁷ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 17-18, che cita di S. Agostino il De Bono Coniugali e il De Civitate Dei.

⁸⁸ Tutti questi temi vengono esaminati oltre che da Berman e Giuliani, già citati, soprattutto da M. VILLEY, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrétien 1975.

⁸⁹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 51.

⁹⁰ Ivi, 42. Solo per fare un esempio delle c.d. legge salica: «*de rachineburgis des Pactus legis Salicae*. La parte si rivolge ai Rachinburgi: *dicite nobis legem Salicam*. Si illi tunc noluerint dicere, tunc iterum dicit: *vos tangano, ut mihi et ist legem dicatis. bis aut tertio hoc debet facere*. Si vero illi noluerint dicere, tunc qui caussam repetit debet dicere: *ego vobis tangano, usque quo mihi legem dicatis Salicam*». Questa legge, forse più corretto dire diritto, è ciò che viene dichiarato dall'autorità e richiesto dalle parti. Sul tema l'opera classica di K. KROESCHELL, *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*, in Reichenau-Vorträge, 1965-1967, Hrsg. von Konstanzer Arbeitskreis für mittelalterliche Geschichte, Konstanz-Stuttgart 1968, 327.

⁹¹ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 35.

rapporti convenzionali reciproci e paritari possono trovare una norma su cui regolarsi». In ciò è importante sottolineare, secondo Galizia, come il rapporto tra re e popolo, entrambi portatori di diritti propri, non sia conflittuale⁹² e non vadano considerati come istituzionalmente contrapposti tra loro. Inoltre: «Il patto non sancisce i diritti particolari ma riafferma l'obbligo di osservare la legge e di riconoscere la dipendenza dell'organo regio dalla collettività nella sua integralità»⁹³.

Quando invece il patto viene espresso in forma di tutela prende la forma di feudo, e qui non vi è legge, ma la decisione del signore⁹⁴.

Diversamente nei Comuni. Qui la vita è regolata da statuti emanati dall'assemblea e rivolti astrattamente alla generalità dei cittadini⁹⁵. La vita comunale affonda le sue radici nel popolo, alla cui volontà è assoggettato il magistrato. Il popolo è inteso ancora organicamente e i diritti non sono soggettivi ma vengono tutelati attraverso l'attuazione oggettiva della legge, però è nel Comune che «comincia a svilupparsi quell'energia vitale, quell'attivismo che sfocerà nell'umanesimo, che dell'individualismo è il prodromo diretto»⁹⁶.

Per i Glossatori – che si assumono il compito di adeguare il diritto romano alle necessità giuridiche dei Comuni e dunque «interpretano in termini giuridici fenomeni politici»⁹⁷ - il popolo è l'unica fonte di autorità e dunque ripropongono nel concetto di sovranità il principio politico romano, secondo il quale «la *Respublica* è l'organizzazione unitaria di tutti i cittadini sotto un potere supremo (*imperium*) strutturalmente sorretta da un ordinamento giuridico»⁹⁸. Riaffermando la supremazia del principe, a cui la volontà popolare trasmette con la *lex regia* i propri poteri senza alcuna possibilità di riassumerli⁹⁹, la legge riacquista principalmente il carattere volontaristico del *quod principi placuit legis habet vigorem* e la giustizia ritorna nell'alveo delle norme statali¹⁰⁰. I Glossatori evidenziano in termini giuridici anche l'identità territoriale come entità statale e ciò perché affrontano il problema dell'entità territoriale statale o comunale in rapporto con l'Impero, allora concepito come *Ecclesia universale*. Riconoscendo alle unità territoriali il carattere d'imperio, poteva esser loro assegnata la condizione di ordinamento indipendente, esclusivo e supremo nel proprio territorio¹⁰¹.

⁹² La critica è diretta contro la ricostruzione di O. GIERKE, *Political theories*, 70, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, 51.

⁹³ In tal senso si tratta di un pactum functionis e non subjectionis, ivi, 51. A sostegno della ricostruzione galiziana si possono citare opere recenti della storiografia giuridica tedesca che nella molteplicità delle forme giuridiche riconoscono l'elemento pattizio a sua volta come costitutivo della giuridicità dei rapporti di potere, ad es. G. DILCHER, *Leges-Gentes-Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur: Fragen und Probleme*, In G. DILCHER, E.-M. DIESTLER, *Leges-Gentes-Regna. Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin 2006. Ma in questo senso anche già l'opera di F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, Bd. I, Le fonti, Milano 1954, 109 ss.

⁹⁴ Ivi, 40 e 42: «Nella mancanza di un potere sovrano, che fissi con leggi generali ed astratte i diritti di tutti, il suddito, la cui vita diventa ogni giorno più incerta, chiede al signore che gli determini e garantisca in modo stabile i suoi diritti».

⁹⁵ Ivi, 45.

⁹⁶ Ivi, 45.

⁹⁷ Ivi, 60.

⁹⁸ Ivi, 55.

⁹⁹ Galizia cita Irnerio, Piacentino e Rogerio con la formula «Populus transtulit ei et in eum potestatem omnem», ivi 57, accanto alla quale pone l'altra interpretazione della translatio imperii – in questo periodo meno fortunata - secondo la quale il principe sarebbe solo vicario del popolo, popolo che potrebbe riprendersi la potestà di cui ha fatto concessione. I riferimenti sono Azo, Ugolino e Accursio. Secondo Galizia è il concetto di «popolo» che ancora non può convincere, perché «rinchiuso nei termini rigidi e precisi della universitas» risulterebbe una «massa fluida e indistinta», ivi 58.

¹⁰⁰ Ivi 59.

¹⁰¹ Ivi 61. Galizia cita Azone, Quaestio XIII e rimanda all'opera fondamentale di Calasso, I glossatori e la teoria della sovranità cit.

2.2. Le trasformazioni della legge in rapporto alla sovranità tra 1200 e 1400

Nel corso del basso Medioevo l'argomento dell'origine divina dello Stato perde forza e dunque l'azione dell'uomo nell'organizzazione della sua vita sociale viene rivalutata in tutti i problemi pubblicistici in particolare nel concetto di legge¹⁰². Dalla pluralità di fonti si passa alla loro gerarchizzazione e alla riduzione delle fonti stesse per mezzo volontà dell'autorità che le emette. Questa centralizzazione delle fonti accompagna e sostiene quella del potere sovrano, in quanto la legge come comando ne è la più diretta espressione. Galizia sottolinea ancora un altro aspetto dell'evoluzione del concetto di legge insieme all'opera del «grande maestro inglese» Bracton che della legge come manifestazione spontanea e impersonale della collettività (presente anche in Glanvill, Beaumanoir, Ostiense e Alberto Magno) dà una definizione rimasta celebre, e secondo la quale: «non è l'autorità politica che crea la legge, ma è la legge che fa il re. Se il re deve essere superiore a tutti nel suo regno, egli deve essere sempre assoggettato alla legge»¹⁰³.

Questa formula acquista tanto più significato, quanto più la legge contiene limiti materiali alla volontà del legislatore. Galizia mostra questo punto con una bella ricostruzione della *Summa theologicae* di San Tommaso¹⁰⁴. Secondo Tommaso d'Aquino ragione (elemento oggettivo della legge) e volontà (elemento soggettivo) sono fortemente legati. Nella *lex* del Secondo tomo della *Summa theologica* domina la ragione, una ragione che nella *lex aeterna* e nella *lex naturalis* è legata alla ragione divina e a quella naturale, specificazione della prima. La *lex humana*, collegabile per *conclusionem* o *determinationem* con la legge naturale, si lega ai bisogni dell'uomo e perciò accanto all'elemento regolativo (sostanziale o razionale) compare anche quello coattivo che dipende dalla potestà – umana – che le emana. Il vincolo del principe alla *lex naturalis* dipende dalla sua volontà. Le leggi positive contrarie al diritto naturale anche se sono «*magis violentiae quam leges*» hanno sempre efficacia positiva¹⁰⁵.

Nel *Defensor pacis* di Marsilio da Padova emerge il carattere giuridico della legge e la sua connessione con la sovranità con maggiore chiarezza, in quanto essa viene intesa come regola

¹⁰² A conferma di questa lettura vi sono estese ricerche di giuristi medievisti, dell'epoca comunale e dei canonisti. Sulla pluralità delle fonti si parta dal classico F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2 ed., Milano 1965, G. CHITTOLINI, D. WILLOWEIT, a cura di, *Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland*, Berlin 1992; per la raccolta di fonti: A. Wolf, *Gesetzgebung in Europa, 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten* 2. Aufl. (che è il contributo alla raccolta di H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. 1 Mittelalter, München 1973, S. 518-800), München 1996. Sul rapporto tra legge e sovrano il classico sulla *lex animata* in E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957. Il lavoro di riferimento è di E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2. Bd., Milano 1962 nel quale ben si segue il passaggio nella legge dall'elemento della *ratio* a quello della *voluntas*.

¹⁰³ Ivi, 71-72.

¹⁰⁴ In particolare la *Secundae* dedicata all'etica e alla morale, muovendo dall'assunto secondo cui se a l'uomo riesce di agire secondo volontà e ragione tende alla felicità (I/IIae qu. 3 a. 4). Villey sottolinea come la riscoperta di Aristotele, in un mondo scientifico non ancora pervaso dal more geometrico e dal positivismo cartesiano, la ricerca delle cause secondo il metodo dialettico fosse la ricerca scientifica per eccellenza, indipendentemente poi se quella era collocata in ambito teologico o politico. La bellezza della ricerca tomistica attraverso il domandare scolastico, consiste nel *sic et non*, perché esso permette una pluralità di risposte. M. Villey, *Questions des Saint Thomas sur le Droit et la Politique*, Paris 1987, 23 ss.

¹⁰⁵ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 73-77. Ai cittadini rimane un diritto di deposizione o il ricorso all'autorità superiore qualora previsto.

esterna alla vita interiore, che influisce sui rapporti intersubiettivi con lo scopo pratico di realizzare ordine e pace. Galizia evidenzia come il carattere sociale della legge strumento della vita concreta sia da mettere anche in relazione all'indebolimento del diritto naturale¹⁰⁶. Se il diritto posto dalla legge, dunque positivo, nasce per l'uomo, dall'uomo e dalla sua necessità di organizzarsi, l'organizzazione (anzi ogni organizzazione) non può che avere un organismo unito dal diritto. La legge però non è solo espressione della volontà del sovrano, essa si lega alla giustizia in sé, si adatta oggettivamente alla situazione concreta, che l'intero popolo può vedere¹⁰⁷. La legge positiva come prodotto della «migliore osservazione del popolo» si esprime ponendo l'autorità nel consenso dei cittadini: «*Quae igitur omnium tangere possunt commodum et incommodum, ab omnibus sciri debent et audiri*», che si manifesta secondo il principio rappresentativo della *pars pro toto*. Da questa premessa discende il principio di sovranità popolare¹⁰⁸ che anticipa quello cusano ma fornisce anche argomenti anche al volontarismo esclusivamente personalista (la sovranità come volontà di Dio o del sovrano) dei Nominalisti (Scoto e Ockham¹⁰⁹). Galizia osserva come in Marsilio da Padova si superi dialetticamente «la concezione germanica della supremazia della legge, nella quale la sovranità si identificava con la semplice detenzione di un potere esecutivo nell'ambito della onnicomprensiva *institia*», sostituendosi ad essa «una nuova concezione per cui, pur tenendo ferme sul piano etico-politico le esigenze di moralità e di giustizia, si afferma che, all'interno della organizzazione statale, unica arbitra della legge è la pubblica autorità, che si pone come veramente sovrana». Nel concetto di sovranità della legge si fondono così elementi volontaristici e razionalistici¹¹⁰.

Nicolò da Cusa afferma ancora di più il valore dell'individuo nella costruzione dell'organizzazione statale. La formula del *quod omnis tanget, ad omnibus approbari debet* ribadisce il popolo come originario detentore della potestà fondatrice e quest'ultima si basa su un contratto a cui tutti gli uomini partecipano: *natura aequae potentes et aequae liberi homines sunt*¹¹¹.

Dunque l'uomo fonda lo Stato, mentre il principio volontaristico della sovranità popolare si concretizza nella realtà delle istituzioni statali in Inghilterra, in Spagna, nei Comuni, sin anche nella Chiesa conciliaristica¹¹² e, importante, questo sviluppo vede il sovrano sottomesso alla legge. La legalità si accompagna alla sovranità con un doppio significato. I governanti e tutta l'azione dello Stato devono essere sottoposti alla legge, la loro azione si svolge regolata dalla legge e il legame da quella imposto non è esterno, non è un dovere di conformità ad una norma ma

¹⁰⁶ Ivi, 81-82.

¹⁰⁷ Sulla «*melius ex observatione potentium vacare*» Galizia rimanda ad una lunga citazione dal *Defensor pacis* I, 12; I, 13 a 84. Ivi 84.

¹⁰⁸ Ivi, 87-89. A questa costruzione della teoria della sovranità popolare manca naturalmente l'uomo pensato come individuo, è dunque pre-moderna, tuttavia in essa «batte sempre l'anima dell'individuo come persona humana», 89.

¹⁰⁹ I Padri francescani si distanziano dall'intellettualismo determinista di Tommaso d'Aquino attraverso il primato della volontà sulla ragione e ponendo gli universalia non più nella ragione ma nella volontà di Dio. Ne discende un diverso concetto di ordine, cfr. M. VILLEY, *Philosophie de Droit*, cit., 224 ss. Sul valore degli universalia come categorie della conoscenza, cfr. W. WINDELBAND, *Lehrbuch zur Geschichte der Philosophie* (1902), 14. ed., Tübingen 1948, 262 ss.

¹¹⁰ Ivi, 85.

¹¹¹ Ivi, 92.

¹¹² I decreti *Haec santa* (il Concilio può rappresentare tutta la Chiesa ed è superiore al Papa) e *Frequens* (il Concilio si riunisce regolarmente) sono rispettivamente del 1415 e del 1417. Del 1448 è il Concordato di Vienna con il quale il Papa riceve la tutela dell'Imperatore e dunque già nel 1459 Pio II con la Bolla *Execrabilis* stabilisce che chiunque si rivolgerà al Consiglio e non al Papa verrà condannato. Nel 1493 Alessandro VI si dichiara con la Bolla *Inter coetera dominus*. Cfr. H.J. Berman, *Law and Revolution*, cit., 233.

un'autolimitazione¹¹³. Nell'ambito di questa legalità si sviluppa anche la distinzione tra le varie funzioni dello Stato¹¹⁴. Una separazione tra funzioni tesa ad affermare non la tutela dell'individuo ma la sovranità popolare, e dove certo con 'popolo' bisogna intendere i ceti o le corporazioni (non gli individui), dove tuttavia la tutela dell'individuo potrebbe passare per l'«*omni videtur*» di Marsilio¹¹⁵.

L'altro «problema» della sovranità è quello della sovranità esterna dello Stato, cui Galizia dedica un paragrafo estremamente ricco e lineare¹¹⁶, che mostra come avvenga in quest'ambito che lo Stato assume la sua caratteristica di ente dotato di una propria esclusiva personalità. Intuendo la forza costruttiva del *corpus mysticum* marsiliano, i Commentatori, in particolare Baldo, confermano il rapporto tra l'ente come unità e come distinto dai singoli membri componenti: «*secundum fictionem juris, universitas repraesentat unam personam*». Applicato allo Stato si ha che questo è: «*hominum collectio in unum corpus mysticum*». «Una unità» scrive Galizia «che non tollera altre comunità autonome nel suo seno, che si pone come eterna, perpetua attraverso il variare delle sue componenti». Lo Stato diviene titolare di diritti e doveri, e il principe è un suo organo. «Il significato nuovo dello Stato quale forza viva ed ente unitario, emerso dalle travagliose elaborazioni intorno al concetto di sovranità interna ed esterna, attinge così la sua formulazione tecnica giuridica»¹¹⁷. Stato dunque come ente unitario territoriale, unità indivisibile ed esclusiva, il cui diritto nasce unicamente da una manifestazione volontaria ed unicamente su una sua libera adesione può fondarsi una organizzazione internazionale, che si compone perciò solo di entità pari tra loro¹¹⁸.

2.3 Riflessioni per lo Stato

Nel corso del '500 lo Stato diviene il prodotto dello spirito creativo dell'uomo, che sempre di più sente la vita come un'espressione della sua personalità individuale, scrive Galizia all'inizio del terzo capitolo. Seguendo la versione aristotelica lo Stato si sviluppa come perfetta realizzazione dell'uomo, sino a diventare un mito¹¹⁹. Questo pensiero sullo Stato prepara e accompagna la formazione degli Stati nazionali, la cui fondazione, organizzazione e funzionamento sono problemi giuridici e politici e allo stesso tempo problemi dello Stato in sé.

In questo senso si deve leggere l'opera di Machiavelli. Creare lo Stato, realizzarlo nella sua più completa «durabilità» che consiste nell'attitudine a garantire il benessere collettivo nella maniera migliore e più duratura possibile, costituisce la più alta virtù individuale. Machiavelli non arriva a distinguere Stato e governo – annota Galizia - lo Stato cioè non è persona giuridica, esso si identifica sempre con i governanti, i sudditi sono materia su cui scende dall'alto la forma della vita civile. Lo Stato però è una «personalità» storica, un organismo formato da un vivere civile,

¹¹³ Ivi, 95.

¹¹⁴ Ivi, 99.

¹¹⁵ Ivi, 101.

¹¹⁶ Ivi, 102-123.

¹¹⁷ Ivi, 120-121.

¹¹⁸ Ivi, 123.

¹¹⁹ Ivi, 127.

cioè dall'insieme degli abitanti che vivono su un territorio, con un governo e un ordinamento che hanno sovranità assoluta ed esclusiva nel suo territorio¹²⁰. E questi sono tutti elementi dello Stato moderno.

La Riforma, pur partendo da un impulso di liberazione, dal risveglio della coscienza individuale anche nel campo della fede, sfocia però, attraverso la teoria del peccato, del servo arbitrio e della predestinazione in una visione deterministica, nella quale Dio è sovrano assoluto, l'uomo strumento passivo, l'ordine sulla terra necessario e affidato solamente al sovrano temporale e alla sua legge¹²¹, visto che non essendoci più collegamento tra Dio e l'uomo il diritto naturale si è svuotato¹²². I principi e le loro leggi sono lo strumento della volontà di Dio, il cristiano è sottoposto sempre e comunque ad entrambi. Il sovrano diviene così arbitro assoluto del contenuto della legge¹²³. La Chiesa non dovrà occuparsi delle questioni terrene, mentre lo Stato invece può occuparsi anche questioni religiose (esteriori, secondo Lutero)¹²⁴ divenendo sovrano anche in esse.

La teoria della sovranità di Bodin può considerarsi moderna perché risponde all'esigenza di delineare il fondamento, il pilastro che regge lo Stato non per fini etici o teologici ma per lo Stato stesso, cioè la ragione di Stato. La ragione della sovranità dello Stato è il riunirsi «*omnia civitatis membra familiasque singulas in unum corpus*». Senza di essa «*Respublica nullo modo consistere potest*»¹²⁵. Se è vero che l'ordine così costituitosi in unità mantiene i vari elementi della vita sociale dell'epoca precedente (che sono il diritto naturale e il diritto di genti, chiese, corporazioni, famiglie e individui), esso non rende la sovranità strumento del principe ma strumento per la salvezza dello Stato. Dunque, la *maiestas* non è più un diritto, un privilegio personale, ma una funzione nell'interesse dell'autonomia dell'ente supremo collettivo – non ancora persona giuridica ma comunque entità a sé¹²⁶ – potremmo aggiungere: un *officium*. È per questa sua esigenza e forza unitaria che la sovranità è il potere più alto e più esterno, originario, supremo, perpetuo, incondizionato, assoluto, imprescrittibile, uno, indivisibile e illimitato, svincolato da ogni legge che non provenga dalla propria volontà. Ne discende che la vera essenza della sovranità si manifesta nel «donare» la legge¹²⁷. Se la sovranità è illimitata il suo esercizio, cioè il potere del principe è limitato, è vincolato dalla legge naturale, da quella divina, dalla giustizia, da ciò che rende i cittadini tali, cioè la libertà, la proprietà e le *leges imperii*, quelle leggi toccando le quali la sovranità distruggerebbe sé stessa, cioè lo Stato. E infatti lo Stato riunisce e organizza le famiglie ma senza distruggerle, «trasforma gli individui in cittadini ma senza privarli della libertà,

¹²⁰ Ivi, 128 ss.

¹²¹ Ivi, 133. Sul punto sollevato da Galizia e sugli aspetti sociali e istituzionali della Riforma quali la rivolta contadina e la Dieta di Worms del 1521, in particolare sugli effetti politici dell'opera di M. LUTERO si cfr. M. VILLEY, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Bd. I, *Definitions et fins du droit*, (1957) Paris, 12. Ed. 1978, 289 ff. Cfr. M. LUTHER, *Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei* del 1523, in *Luther Deutsch. Die Werke Martin Luthers. In neuer Auswahl für die Gegenwart. Herausgegeben von Kurt Aland*. Vol. 7: Martin Luther. Der Christ in der Welt. 2. Ed. 1967, Göttingen, 9-51.

¹²² D'altra parte nelle teorie teologiche dello Stato quel collegamento era affidato o alla volontà (come in Ockham) o alla ragione (come in Tommaso d'Aquino) di cui il diritto di natura a sua volta si componeva e costituiva il ponte con la ragione o la volontà di Dio che ora per la dottrina della Predestinazione viene a mancare.

¹²³ M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, cit., 136.

¹²⁴ D'altra parte alla Chiesa riformata serve l'appoggio politico contro la Chiesa cattolica.

¹²⁵ Ivi, 141.

¹²⁶ Ivi, 144.

¹²⁷ Ivi, 145.

dell'autonomia», li sacia «*francs-sujets*» altrimenti «lo Stato stesso, privato di ogni linfa vitale non potrà esistere e funzionare»¹²⁸. Galizia fa notare come nell'idea secondo la quale il principe che abusa delle leggi cessa di essere legittimo titolare della sovranità e vero rappresentante dello Stato, sia contenuta l'intuizione della personalità giuridica dello Stato¹²⁹. Con questo rilievo l'Autore de «La teoria della sovranità» sottolinea ancora un punto: nel contesto in cui la personalità giuridica dello Stato si forma in senso moderno e segna lo stato di legalità non presenta una contraddizione Stato-individuo, nasce invece sull'assunto che quella contrapposizione non ci deve essere. La contraddizione è successiva al momento fondatore dello Stato e riguarda l'esercizio della sovranità.

E proprio il problema dell'esercizio della sovranità – in relazione sia al soggetto che al modo in cui viene esercitata – diventa centrale nelle teorie di coloro che si oppongono ai tiranni, ai sovrani illegittimi. Centrale nelle teorie dei Monarcomachi¹³⁰ sono «i dogmi» della sovranità popolare e il consenso. Per questi pensatori, anche laddove Dio potrebbe essere l'origine remota dell'autorità regia, è solo il patto del popolo con il monarca, cioè il contratto sociale, che istituisce l'autorità terrena conferendo al principe l'esercizio della sovranità per il bene comune, nel rispetto della legge e per l'attuazione della giustizia. La condizione giuridica del principe viene dunque chiarita: questi è superiore al singolo, ma inferiore al popolo e il suo *imperium* (potere esecutivo) ha forza soltanto in quanto espressione della *maiestas* incorporata nel popolo di cui è il mandatario. Il popolo alla base dello Stato è una collettività unitaria che agisce attraverso organi rappresentativi e che può giudicare il principe che ha violato il patto. Per molti Monarcomachi però il diritto di agire contro il tiranno è anche individuale. Metri valutativi e limiti dell'azione del principe sono i diritti naturali degli uomini.

Queste teorie trovano una sistemazione nel pensiero dell'Althusio, nel quale Galizia, rivalutando l'elemento individuale della vita in comunità, evidenzia più di altri¹³¹ aspetti precorrittori della costruzione costituzionale dello Stato basata sulla consociazione progressiva delle comunità. Da quelle sociali, la famiglia e la corporazione, a quelle generali o territoriali quali il comune, la provincia, sino allo Stato. Lo Stato, dunque la comunità più ampia che abbraccia le altre senza annullarne la sfera giuridica originaria, è dotato di sovranità suprema, perché al principe è fatto compito di tutelare gli altri ceti e di mediarne le controversie¹³². Il principe è il magistrato, l'amministratore, *summus* competente nel settore esecutivo mediante una delega all'esercizio della sovranità fattagli dalla intera comunità¹³³. Secondo Galizia, il corporativismo di Althusio mira a fondere insieme le esigenze degli individui e quelle della collettività. Così per Galizia: «dietro la collettività vi sono gli individui, nel cui cuore vive spontanea la legge di natura

¹²⁸ Ivi, 147.

¹²⁹ Ivi, 149.

¹³⁰ Tra i quali Galizia Annovera Ponet, Goodman, Konx, Hotman, Teodoro di Béza, Bruto, Boucher, Buchanam, Althusio, Hooker, Salomio, Molina, Suarez, Bellarmino, Mariana, ivi, 156-164.

¹³¹ H. HOFMANN, *Die Repräsentation in der Staatslehre der frühen Neuzeit- Zur Frage des Repräsentativprinzips in der «Politik» des Johannes Althusius*, in H. HOFMANN, *Recht-Politik-Verfassung*, Frankfurt a. M. 1986, 1 ss., 29-3 ove viene sottolineato l'aspetto dell'agire collettivo nella corporazione piuttosto di quello individuale. Per Galizia, invece, nell'aspetto individuale si lega all'uomo storico, inteso come l'individuo concreto e questo si evince dal legame de 'La Politica' di Althusius con l'etica dell'agire individuale aristotelica, 165.

¹³² Althusio, *Politica methodice digesta*, IX, 19,26, M. GALIZIA, ivi, 166.

¹³³ Ivi, 167.

e per i quali le collettività non sono che lo strumento per raggiungere lo Stato, per realizzare integralmente il loro impulso sociale»¹³⁴. E però, dato che la persona del principe e quella dello Stato non sono separate, per Galizia non si può in Althusius ritrovare uno Stato con propria personalità giuridica.

Le teorie della sovranità che costruiscono il «corpo» dello Stato partendo dall'individuo calato collettivamente nel sociale insistono sull'elemento psicologico umano della volontà, ricorrendo a costruzioni quali l'ufficio, il mandato e la (in Althusius doppia) rappresentanza. Se queste teorie si pongono come limitative dell'agire del principe perché muovono dal basso, dalla volontà popolare, è anche vero che svilendo l'elemento etico-razionale dell'azione, indeboliscono quelle componenti dell'agire pubblico che nelle teorie precedenti risiedevano nei diritti di natura e che facevano da misura all'agire del principe. Questo elemento Galizia lo vede recuperato in Riccardo Hooker¹³⁵, il quale similmente a Tommaso d'Aquino ritiene che la ragione, facoltà di cui Dio ha dotato l'uomo, possa conoscere anche la volontà di Dio presente nello stato di natura e nei diritti di natura. Questo procedimento non è esterno all'uomo ma si lega allo *gnosci te ipso*, così che l'uomo cercando le leggi di natura è legge di sé stesso, conformemente all'insegnamento paolino¹³⁶. Ne discende che gli uomini sono liberi ed uguali e il potere pubblico si basa sul consenso, esprimendosi come un accordo tacito sull'organizzazione civile. Dunque lo Stato non può identificarsi né con il principe né con la nobiltà né con una classe di cittadini ma con tutto il popolo unitariamente considerato come totalità e nella successione delle generazioni. Questa unità è la sovranità, che coincide con la superiore autorità, che si manifesta nel *King in Parliament*. Galizia sottolinea come l'accordo tacito, cioè il *pactum*, abbia qui la doppia funzione di *pactum societatis* e *pactum subiectionis*, in quanto assoggetta tutti, anche il Re, alla legge, cioè alla volontà del Parlamento. Dunque, per Hooker, il potere che ha il Re, lo ha per legge. Galizia annota: «Il *pactum societatis*, quantunque basato sulla naturale uguaglianza e libertà degli individui, non crea in ogni cittadino una sfera originaria ed intangibile, indipendente dalla sovranità statale, ma pone semplicemente come principio strutturale supremo la volontà del popolo, dei liberi individui». Da cui la seconda affermazione di Galizia: «Il *pactum subiectionis* non mira a stabilire fra cittadini e sudditi un rapporto contrattuale dualistico di reciproca obbligazione, minaccioso per l'unità dello Stato ma tende invece a ben delimitare e fissare la posizione ed i poteri dei governanti, a farne degli organi dello Stato al servizio esclusivo del bene della collettività»¹³⁷. Un altro elemento della teoria di Hooker ha per Galizia un importante significato. Per Hooker la legge positiva deve essere fatta in accordo con le leggi naturali, tuttavia è possibile che la legge naturale non comprenda tutte le possibili azioni umane. Qui la volontà popolare trae la forza legislativa da sé stessa. L'elemento della coattività di questa legge deriva unicamente dalla sovranità. Per Galizia Hooker apre in questo modo la strada al diritto naturale inteso in senso dinamico e storico¹³⁸.

A conclusione Galizia così riassume: Il passaggio allo Stato completamente secolarizzato, artefice del destino politico dell'individuo, sembra sollevare soprattutto il problema delle forme

¹³⁴ Cit. a 169.

¹³⁵ R. HOOKER, *Politica ecclesiastica*. M. GALIZIA, ivi, da 170.

¹³⁶ M. GALIZIA, *La teoria della Sovranità*, cit., 172.

¹³⁷ Ivi, 175.

¹³⁸ Ivi, 177.

di garanzia. Di fronte allo Stato assoluto già nel '600 «vi è un lento agitarsi di nuovi rigogli individualistici», tra i quali Galizia annovera: l'uomo machiavellico creatore dello Stato, la virtù rinascimentale, il *populus* monarcomaco, il diritto naturale storico e sociale, accenni allo *status naturae*, al *pactum societatis* e al *pactum subietionis*. «E del resto sotto questo stesso potenziamento dello Stato compiuto in nome dell'uomo, palpita una profonda, altissima istanza di liberazione». La libertà «non è un valore esterno ma interno, che tende a concretarsi in positivi congegni costituzionali e che vuole non opporsi ma conciliarsi, armonizzarsi con la sovranità dello Stato». Seppur vagamente i temi dello Stato democratico-liberale moderno e dello Stato di diritto sono stati annunciati¹³⁹.

2.4. Lo Stato a misura d'uomo

Se il medioevo era caratterizzato dal dualismo tra trascendenza e immanenza, attraverso l'Umanesimo, il Rinascimento e la Riforma l'uomo afferma la sua autonomia, idealmente si libera da tutti i vincoli precostituiti – come quelli corporativo-cetuali – e diviene autonomo come individuo. Se cadono i vincoli per l'individuo, però, cadono anche quelli dello Stato. Se anche i limiti di fatto delle corporazioni vengono meno, il problema del contenimento dell'azione statale si pone con ancor maggiore urgenza. Questi vengono ricercati al di fuori dello Stato, perché devono essere più forti di lui per poterlo arginare. Si ricorre di nuovo all'idea dei diritti naturali, solo che essi vengono intesi non più come prodotto della natura – più o meno vicino a Dio – ma della ragione individuale, cioè della natura umana. In proposito dobbiamo fare una premessa, necessaria allo svolgimento delle argomentazioni successive. Se i limiti da porre allo Stato provengono dalla ragione umana essi non possono essere logicamente contrapposti alla sovranità o allo Stato che devono fondare, piuttosto essi, connaturati al sistema, contribuiscono a svolgerlo. «La composizione armonica di questi momenti, l'individuale e il sociale», scrive Galizia, «viene ad essere il nuovo drammatico problema della dottrina»¹⁴⁰.

Spesso se si riflette sui limiti del rapporto tra Stato e individuo si parte dalla condizione di guerra. La grandezza dell'opera di U. Grozio sta nel pensare la guerra partendo dalla condizione di pace. Galizia ricostruisce il contributo sulla sovranità di Grozio come segue. *Bellum* secondo U. Grozio¹⁴¹ è lo stato di guerra che discende dalla violazione del diritto (*moribus et pacto tacito introductum*, Prolog.1) e vale sia per la guerra esterna tra Stati (diritto internazionale, come violazione dello *jus gentium*) sia per quella interna (come violazione dei diritti della persona – *ius in personas aut res*)¹⁴². Il diritto di natura è dunque prima dello Stato e prima dell'individuo, ma non è

¹³⁹ Ivi, 183.

¹⁴⁰ Ivi, 187. Galizia nota inoltre che in questo passaggio vi sono due tendenze fondamentali. Nell'una, propria dell'assolutismo del secolo XVII, il diritto di natura viene tutto individuato e dedotto dalla ragione, scardinando l'uomo-animale razionale dall'uomo-animale sociale calato nella storia. Nell'altra, propria del pensiero sullo Stato liberale del secolo successivo, il diritto naturale razionale ricerca il collegamento con la realtà storica.

¹⁴¹ L'opera di riferimento è il *De jure belli ac pacis*, la editio princeps è: Hugonis Grotii, *De jure belli ac pacis libri tres*. In quibus ius naturæ et gentium: item iuris publici præcipua explicantur, Parisiis, Apud Nicolaum Buon, in via Jacobæa, sub signis S. Claudii, et Hominiis Silvestris, 1625.

¹⁴² Sul punto H. HOFMANN, *Hugo Grotius*, in *Recht, Politik, Verfassung*, cit., 31 ss., 46-47.

ius divinum né *lex aeterna*, invece: «*bonum et aequum id est merum naturae ius*»¹⁴³ e si esprime nei costumi (diritto privato e *jus gentium*) e nel patto (diritto «pubblico»). Il diritto naturale dello *stare pactis* diviene la fonte e la base dello *jus gentium* e degli ordinamenti statali¹⁴⁴. Galizia tira poi le somme: Grozio esalta nel diritto naturale la natura razionale e sociale dell'uomo (lo *stare pactis*) nella storia, separa il diritto naturale dalla teologia, rinforza il diritto come fenomeno di regolamentazione esterna e ponendo il patto come relazione fondamentale tra lo Stato e i cittadini, attribuisce allo Stato una funzione specifica che è quella di conservazione. Questo patto se nulla dice sulla forma di governo, esalta l'origine, il fondamento della sovranità sul diritto naturale, «sulla norma fondamentale della *custodia societatis*». Questa funzione è al contempo fondamento della sovranità, in quanto per adempiere ad essa la sovranità sarà *summa*, *perpetua*, *una*, *indivisibile*, *suprema*, non subordinata da alcun'altra volontà umana, *dominium supereminens*, dall'altra ne assorbe i limiti, perché non le spetteranno che quegli atti che minacciano a seconda delle circostanze la salvezza della società, nonché le norme del diritto internazionale¹⁴⁵. Grozio inoltre, sottolinea Galizia, affina la dottrina della sovranità. Nell'unica sovranità egli riunisce ma non identifica il *subjectum commune* che rispecchia il tutto e il *subjectum proprium* che di essa è solo una parte. Entrambe dotate di pari forza, perché soggetti della medesima ed unica sovranità, la parte è, in quanto tale, subordinata al tutto. Nella loro relazione si capisce il senso della distinzione. La sovranità del *subjectum commune* ha la titolarità dell'azione statale, è la parte però che agisce, ma solo a titolo della totalità. Vi è dunque una distinzione nel concetto di sovranità tra titolarità ed esercizio della stessa, una sovranità che nasce in funzione dell'individuo¹⁴⁶.

La costruzione dello Stato hobbesiana, nella quale il *pactum unionis* si identifica con il *pactum subiectionis*, è lontanissima dal rapporto tra Stato e individuo che interessa a Galizia. Galizia cita come esempio della finzione giuridica cui si riduce lo *status naturalis* all'immagine del *De Cive* (1642) in cui gli individui già adulti e senza alcuna obbligazione reciproca escono improvvisamente dalla terra a guisa di funghi – individui isolati o a gruppetti casuali, senza nessuna relazione tra loro. Una costruzione razionale, quella di Hobbes, con tante unità e zero diritti perché se lo stato di natura è una guerra continua di tutti contro tutti così come premesso, il diritto di natura perde non solo la dimensione morale, etica o sociale ma anche, come sottolinea Galizia, quella umana. E infatti, se ci richiamiamo a mente la famosa copertina dell'opera di Hobbes, il *Leviathan* (1651) si erge con corona, spada e scettro, tutto composto al suo interno da individui formalmente uguali (come le unità numeriche) e sovrasta campagne e città vuote. Perché Hobbes allora ha avuto successo? Perché con la sua costruzione astratta crea un modello di Stato giuridicamente funzionante, o per dirla con Galizia: «offre un preciso concetto unitario della personalità giuridica statale a partire da una nuova concezione della sovranità»¹⁴⁷. È chiaro subito anche il perché: l'unica vera società – intesa come luogo in cui gli individui possono vivere insieme – è lo Stato, l'unica volontà sovrana è quella dello Stato che la esercita direttamente tramite organi altrettanto statali, l'unico diritto è la legge positiva, l'unico limite è il mantenimento dell'ordine, l'unica libertà

¹⁴³ Cit. da HOFMAN, *ivi*, 49.

¹⁴⁴ *Ivi*, 53.

¹⁴⁵ M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, cit., 195.

¹⁴⁶ *Ivi*, 197-199.

¹⁴⁷ I riferimenti a M. GALIZIA, *ivi*, 205.

sono gli spazi lasciati aperti dalla legge, l'unico limite allo Stato è la sopravvivenza del singolo, cui non può essere ordinato di rinunciare alla vita fisica. Per la teoria della sovranità Hobbes, ricorda Galizia, offre tre spunti sui quali riflettere: lo stato naturale come esigenza astratta razionale, la necessità dell'unità della personalità dello Stato e la sovranità come *jus ad omnia* tramite legge¹⁴⁸.

Il presupposto antropologico hobbesiano del *bellum omnium contra omnes* diviene un paradigma delle teorie della sovranità – sia esso lo *status* naturale di partenza, sia esso uno *status* nel quale l'uomo tendenzialmente buono e socievole rischia di cadere, sia esso esplicitamente uno *status* da rigettare.

Per B. Spinoza¹⁴⁹ gli uomini per istinto portati all'autoconservazione finirebbero in uno stato di guerra se non si riunissero in società. Il passaggio dal primo stato quello naturale al secondo corrisponde però anche alla loro natura socievole e solidale. Perciò attraverso il patto gli uomini prendono coscienza della natura razionale. In questo elemento Galizia sottolinea come lo Stato venga a porsi non più come un freno necessario, bensì quale espressione concreta dei dettami della ragione; esso non ha il compito meramente negativo di eliminare la guerra, ma quello positivo di garantire agli uomini la *concordia animorum*, la *virtus*. Il vero fine dello Stato è la libertà. Stato e individui esistono come entità separate, coordinate ma autonome. Una volta creato infatti, lo Stato non può mai venire distrutto, semmai subire un cambiamento di forma. Gli individui non potranno mai essere asserviti allo Stato tanto da perdere la propria interiore libertà. Il carattere essenziale dello Stato è la sovranità, unitaria, propria della 'persona giuridica unitaria autonoma Stato' che emana leggi in base alla propria volontà per perseguire le libertà di tutti, così che gli individui seguendo le leggi, seguono la propria libertà. Secondo Galizia, con sua opera Spinoza cerca da una parte di individuare i caratteri dello Stato concreto incentrati sull'esercizio del potere sovrano che in quanto tale è illimitato, dall'altra quelli dello Stato migliore, nel quale lo Stato cessa di essere tale quando viola i diritti fondamentali della natura umana perché contraddice il suo carattere razionale. La sovranità getta così un primo ponte tra l'autonomia dello Stato sovrano e la libertà individuale, scrive Galizia, in quanto: «lo Stato se vuole essere vero Stato deve servirsi del suo supremo potere per adempiere ai dettami della ragione¹⁵⁰».

Il Seicento vede crescere anche la scuola giusnaturalistica tedesca che, sulla tradizione di Althusio e per il perpetrarsi del dualismo territoriale Impero-Stati membri, approfondisce il tema della doppia sovranità, una *realis* attribuita alla *respublica* ed una *personalis* attribuita ai governanti. Se ambedue sono *summae, perpetuae* ed *absolutae*, la seconda è direttamente e necessariamente subordinata alla prima. Il principe titolare della mera *majestas personalis* è vincolato alla costituzione e al controllo del popolo. In quest'ambito Galizia si sofferma su S. Pufendorf¹⁵¹, C. Thomasius¹⁵² e G. G. Leibniz¹⁵³. In comune le teorie presentano la distinzione tra due atti o contratti, di associazione e di soggezione, necessari per fondare lo Stato come personalità giuridica dotato di sovranità suprema, la comprensione dei diritti naturali come norme fondamentali che obbligano

¹⁴⁸ Ivi, 212.

¹⁴⁹ Il Trattato teologico politico è del 1670.

¹⁵⁰ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 212 ss., cit. 220.

¹⁵¹ S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*. 1672.

¹⁵² C. THOMASIIUS, *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), e *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688).

¹⁵³ G.G. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1667, M. Galizia, *La teoria della sovranità*, cit., 220-245.

il potere sovrano, la sempre maggiore distanza dallo stato di natura negativo hobbesiano e la propensione per uno Stato etico. Leibniz in particolare secondo Galizia, considera il diritto di natura non più come una categoria astratta ma come una conquista etica dell'agire dell'uomo e dello Stato nella storia. La legge da cui emana il diritto è quella positiva, che basa la sua efficacia unicamente su una potestà sovrana, che la editti e ne assicuri con la propria forza l'esecutiva. La legge positiva dovrà sempre tendere all'ideale di giustizia fissato dal diritto naturale. Laddove non lo farà, non perderà la sua efficacia giuridica, segnerà però sul piano etico una non giustizia. Il diritto naturale si pone così «quale idea razionale, principio direttivo deontologico non fissato empiricamente a priori ma attuato dinamicamente nella viva realtà della storia»¹⁵⁴.

Dall'altra parte della Manica nella «travagliosa epoca» costituzionale del XVII secolo i diritti dell'uomo potenziano il loro significato di libertà: in senso negativo come tutela dall'altro e dallo Stato attraverso la legge e una serie di congegni costituzionali, in senso positivo come sfera di libera espansione della propria personalità, e pure come attivo potere di partecipazione al governo dello Stato¹⁵⁵. Affiorano e si affermano storicamente buona parte dei pensieri dei *Levellers*, attraverso le cui idee di uguaglianza e suffragio universale la sovranità perde il suo aspetto organico-corporativo e diviene sovranità del popolo composto di individui; una sovranità promanante dai singoli individui che devono organizzare lo Stato su norme fondamentali che lo ordineranno. La Dichiarazione dei diritti 1689 (*Bill of Rights*) e l'Atto di Stabilimento 1701, che diversamente dall'*Agreement of People* dei *Levellers* riescono a trasformarsi in legge positiva, si richiamano alla tradizione democratica inglese e affermano i più importanti principi elaborati dalla scuola inglese del diritto naturale¹⁵⁶. È forse questa una peculiarità dello sviluppo costituzionale inglese, che si richiama alla tradizione per affermare il nuovo.

Questo atteggiamento si riscontra anche nell'opera di G. Locke che, secondo Galizia, tramite il suo metodo empirico e razionale al contempo, riesce ad armonizzare in un sistema organico e completo tutte le premesse e le istanze sviluppate nel «glorioso movimento» e che costituiranno «il lievito» di tutta la successiva evoluzione costituzionale inglese americana e anche francese¹⁵⁷. Locke considera i diritti di natura come diritti giuridici efficaci tra i singoli, lo stato di natura come *status* di libertà e uguaglianza, nel quale la legge di natura costituita dalla ragione umana insegna il fondamento del *neminem ledere* nell'esercizio della propria libertà e a provvedere nei limiti del possibile alla salvezza spirituale e materiale degli altri uomini. Tale legge di natura disciplina tutti i rapporti umani, pubblici, privati, reali, successori e di obbligazione. Affinché questa legge sia realmente osservata e gli uomini si astengano dall'invadere la sfera altrui è attribuito ad ogni individuo il diritto di punire coloro che contravvengono alla legge. Alla formazione dello Stato si arriva a causa del difficile e difettoso funzionamento del diritto punitivo naturale. L'attribuzione a tutti della potestà di interpretare e applicare la legge sono pericolose per la piena e libera

¹⁵⁴ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit. 242. Il diritto naturale per Leibniz, secondo Galizia, riunisce senza confondere morale teologia e diritto come tre species di un genus. Il fine è quello di mantenere l'unità dello spirito umano: «Perché una separazione netta di tali momenti verrebbe a negare quel carattere di vera eterne ed universali che è la loro più intima essenza. In particolare il diritto, sganciato da ogni collegamento con l'etica, non può inquadrate in una prospettiva trascendente degraderebbe a mero concetto empirico, degenererebbe automaticamente in violenza», cit. 241.

¹⁵⁵ Ivi, 246.

¹⁵⁶ Ivi, 257.

¹⁵⁷ Ivi, 259.

espansione dell'attività dei singoli, perciò per evitare lo stato di guerra si entra nella collettività che potrà sancire una serie di norme stabili di carattere impersonale, uguali per tutte le parti e istituire un corpo di magistrati. Il passaggio è il contratto sociale il quale, data la struttura egualitaria dello stato di natura esprime l'incontro volontario, razionale degli individui che si riuniscono nella comunità intesa – qui Galizia cita Locke – «a garantire una esistenza vicendevolmente sicura, pacifica, confortabile e tale da rendere possibile un godimento indistinto dei beni ed una più valida difesa contro gli attacchi esterni»¹⁵⁸. Lo Stato si fonda sull'atto razionale volontario, il successivo *pactum subiectionis* serve solo ad affidare i suoi poteri a un corpo più ristretto.

Le novità della teoria lockiana sono evidenti: gli individui, socievoli e razionali, sono mossi da motivi condivisi da tutti e sulla base di uguaglianza al patto sociale. I diritti sono preesistenti, il contratto esprime perciò solo l'accordo sulle modalità di tutela. La sovranità popolare diviene il principio fondamentale organizzativo ed essendo sorta a difesa dell'individuo diviene anche strumento per realizzare la dignità dell'uomo e attuare e garantire concretamente le esigenze insopprimibili delle libertà¹⁵⁹. A ulteriore difesa dell'individuo la sovranità popolare dovrà separarsi in tre poteri affidati a persone distinti (legislativo, esecutivo, federativo), ogni potere verrà assoggettato a freni e limitazioni, il potere esecutivo e federativo sotto il potere legislativo e il potere legislativo sarà vincolato all'unico scopo cui deve tendere che è il bene del popolo. Il potere dovrà governare a mezzo di leggi promulgate stabili, non suscettibili di variare in ogni singolo caso, fatte per tutti, impersonali, diretta a questioni che riguardano tutti. In questo sistema costituzionale «la vera libertà consiste nel vivere sotto delle leggi certe e fisse... giacché in tal modo il popolo potrà conoscere i suoi doveri e si sentirà salvaguardato e sicuro sotto l'egida delle leggi». Riassumendo il passato per il futuro si può dire che: dove non vi è una legge stabile, non vi è certezza del diritto, non vi è libertà¹⁶⁰.

Galizia tiene ben fermi i cardini di questo sistema moderno esclusivamente statale. In esso lo Stato è un organismo politico unitario che agisce come corpo semplice, ha una volontà unica, tramite la quale la comunità statale ottempera alle finalità per cui è stata costituita. Lo Stato è la potestà superiore e una volta fondata, la sovranità dello Stato è perpetua, costante, inalterabile, irrevocabile. I tre poteri hanno l'esercizio della potestà la cui titolarità rimane al popolo, che controlla l'operato dei poteri. Essi sono dunque separati ma funzionano coordinati tra loro. Il legislativo è in posizione di supremazia rispetto agli altri due perché è il rappresentante del popolo. Ponendo le leggi in maniera esclusiva, lo Stato è l'unico interprete delle leggi naturali, l'unico che pone leggi valide. Inoltre i diritti naturali dell'uomo non negano la sovranità statale, poiché essi non costituiscono un *prius* a cui lo Stato debba necessariamente subordinarsi; una volta formato il corpo politico ogni individuo si obbliga verso ogni membro della società a sottomettersi alle deliberazioni della maggioranza e a riconoscerle sempre efficaci. La volontà popolare non è vincolata al contratto sociale ma può decidere i propri contenuti, così Lock lascia

¹⁵⁸ Ivi, 261.

¹⁵⁹ Ivi, 262.

¹⁶⁰ Ivi, 265.

intatta la sovranità dello Stato pur garantendo la libertà degli individui¹⁶¹ e la legislazione diventa un modo di esercizio della sovranità.

2.5 L'uomo e il «suo» Stato nella storia

Lo Stato liberale fondato sul sistema rappresentativo-democratico quando è ancorato ad un'etica meramente utilitaristica può limitarsi ad assumere la forma di uno Stato di polizia «illuminato» quando le istanze per le quali agisce corrispondono ai bisogni e alle aspettative degli uomini nella società. L'etica utilitaristica però non tiene conto dell'uguaglianza se non in maniera formale, può infiacchirsi di fronte all'affacciarsi di nuove condizioni e soggetti sociali, può chiudere la ragione in esercizi categoriali statici. Il problema centrale dunque che secondo Galizia affronta il secolo XVIII è quello di conquistarsi un concetto storico-dinamico di ragione, come una forza che non si possiede ma perennemente si conquista. Solo così ci si può chiarire il dilemma se contratto, diritto natura e sovranità sono categorie razionali o storiche. Un dilemma che i grandi eventi e le trasformazioni rivoluzionarie del secolo vogliono vedere risolto. Non è un caso se questa parte della trattazione comincia con C. Wolff e la scuola tedesca del giusrazionalismo e prosegue con G.B. Vico «maestro di storia» (le virgolette sono di chi scrive).

C. Wolff¹⁶² considera la ragione formale e stratta, fissa, come contenente la realtà in sé a priori, perfetta, antistorica e la applica ai concetti giuridici (di diritto privato e diritto romano) con una consequenzialità che farà da guida al sistema giusprivatistico tedesco moderno. È proprio la certezza della razionalità applicata alle categorie giusnaturalistiche che permette di renderle positive. Lo *ius naturale*, di perfetta libertà e uguaglianza comprende i principi direttivi delle azioni umane, appartiene alla società originaria che però non è in grado di assicurare la sicurezza collettiva e dunque interviene il contratto sociale per creare la società civile. Alla sua base vi è il popolo che esercita la sua sovranità non direttamente ma attraverso un organo (assemblea rappresentativa o principe). Il modo di esercizio è fissato dalle norme sul mandato che si pongono perciò come *leges fundamentales*. Accanto ad esse vi sono gli *iura connata* fondati in «*ipsa hominis essentia atque natura*» che sono inalienabili e inviolabili. La loro violazione non è garantita da una tutela, i cittadini che disubbidiscono devono sopportare la pena. Al di fuori di questi limiti – che sono della stessa natura sovrana – la sovranità dello Stato è assoluta. Lo Stato deve mirare al bene comune e al miglioramento di ogni cittadino. Uno Stato di polizia illuminato, dunque, che regola tutte le azioni individuali per il perfezionamento individuale, lo Stato prussiano del '700.

Per G.B. Vico, secondo Galizia, la scienza non è un sistema di categorie astratte¹⁶³, se vogliamo conoscere «dobbiamo immergerci profondamente nel mondo dell'esperienza concreta, corpulenta, nel mondo dell'intuizione, del concreto», perché noi possiamo conoscere solo quello

¹⁶¹ Ivi, 269.

¹⁶² Galizia rimanda alle opere di C. WOLFF, *Institutiones juris naturae*, Halae 1754, *Jus naturae methodo scientifico pertractatum*, Frankfurt 1748; *Jus gentium*, Halae 1750, *Philosophia moralis sive Ethica, methodo scientifico pertractata*, Halae 1753, *Philosophia practica universalis*, Halae 1738, M. GALIZIA, *Teoria della sovranità*, nota 3, 286, su Wolff 286-290.

¹⁶³ «L'unico criterio gnoseologico universale», scrive Galizia, per Vico «è che per avere scienza di una cosa bisogna 'mandarla ad effetto': la verità coincide con la casuazione», ivi, 296. La citazione successiva di Galizia è a 297.

che noi facciamo. Ciò significa concentrarsi sul mondo della storia, della società, del diritto, quel mondo civile, cioè, fatto dagli uomini per gli uomini «onde se ne possono ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana»¹⁶⁴ così come esse si manifestano nella storia. La comprensione dei fatti non è immediata, la ragione si «spiega» nell'evolversi dei fatti, elevandosi dalla passione, all'utilità, all'etica. Questo passaggio corrisponde all'evoluzione delle forme di associazione nella storia, che è dunque concepita in un progredire verso l'etico e il vero. Un progredire che in Vico, come sottolinea Galizia, sarà pure legato alla Provvidenza, però questa «non altro è che la stessa mente umana nel suo spiegamento, l'idea della razionalità stessa della storia, trascendente la vita dei singoli individui, ma interna ed agente in essi, costitutiva della loro intima essenza». Così si supera, nota Galizia, il dualismo medievale che il giusnaturalismo aveva spostato nello *status naturae* dell'individuo ma non risolto e che con Vico si conclude sull'unico piano dello spirito umano, della società¹⁶⁵.

Nelle teorie giusnaturaliste, fa notare Galizia, Vico compie una vera rivoluzione spirituale. Egli sposta il fondamento dell'esperienza etico-giuridica dalla ragione utilitaristica a quella etica utilizzando lo stesso punto di partenza: l'uomo. Mentre l'utilitarismo «si basa sulla parte corporale sensoriale» – scrive Galizia – e l'«utilità e la necessità non sono che le semplici occasioni, le quali favoriscono l'esplicazione della causa, ma non sono la vera causa» e dunque le leggi che ad esse si riconducono non sono che casuali, «il vero principio rimane costante, pur nelle variazioni formali» e qui cita Vico: «l'utilità del corpo è passeggera l'onestà invece è eterna»¹⁶⁶. Ciò che spinge gli uomini ad associarsi non è una necessità, ma l'etica. Con le parole di Vico riportate da Galizia, la forza consiste «nel rossore con cui la Provvidenza incominciò a tingere nel volto gli uomini perduti e di cui certamente niuna fu mai al mondo nazione, che non si tinse». Dunque non è la paura degli altri che spinge l'uomo in società, ma il timore di sé stesso, è nel pudore che l'individuo trova la spinta verso la società¹⁶⁷. E Vico rifiuta anche l'altro presupposto del giusnaturalismo razionalista, l'idea cioè che il diritto di natura sia compiuto e perfetto. Questa concezione è antistorica, perché si dimentica che l'uomo non ha vissuto in una società perfetta e non gli è dato di poter scoprire subito tutto il vero del diritto¹⁶⁸.

La società ha più forme, si muove dall'una e l'altra quanto più l'uomo prende ragione di sé stesso. La sovranità da espressione a queste forme, perché essa si manifesta chiaramente - almeno nella ricostruzione che Galizia dà del pensiero vichiano - come forza interna dell'individuo ed esterna dell'associarsi. Nel primo stadio storico l'uomo isolato è sovrano di sé stesso, dei suoi beni personali sui quali esercita un dominio. In questo stadio il vivere insieme degli individui genera una legge che si appoggia sull'autorità, il certo non si realizzerà in un giudizio razionale ma soltanto per mezzo del senso comune degli uomini intorno alle umane necessità o utilità. La natura dell'uomo spinge l'uomo ad uscire da questo «stato della bestiale libertà» ed a volgersi «all'aspetto del cielo» regolando i moti passionali impressi dal corpo alla mente¹⁶⁹. L'evoluzione

¹⁶⁴ Da G.B. VICO, *Scienza umana, Libro I, De' principi*, cit. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 298.

¹⁶⁵ Ivi, 302.

¹⁶⁶ M. GALIZIA, ivi, 303.

¹⁶⁷ Ivi, 304.

¹⁶⁸ Ivi.

¹⁶⁹ Ivi, 305.

passa per tre regolamentazioni tipiche: il dominio (ovvero la prudente destinazione delle utilità), la tutela (ossia l'uso temperato delle cose affermato nel campo dell'azione) e la libertà in cui «la forza governata dall'idea forma la tutela, cioè il diritto di difendere sé e le cose proprie». Questa evoluzione è un moto interno dell'uomo che si stacca dal mondo animale e si spinge sempre più verso «l'aseità», il suo essere. Nell'aseità Galizia pone la sovranità intesa come il potere interno di agire per la realizzazione della propria personalità. La sua qualifica è l'essere somma, fonte di tutti i diritti, di tutto l'ordinamento giuridico e anche di dominio, tutela e libertà¹⁷⁰.

L'autorità dell'individuo si svolge nella storia. Per Vico l'autorità – chiamiamolo il diritto individuale all'azione - nel primo periodo storico dell'uomo solitario, portava al diritto della violenza. Divenendo stabile, formando famiglia, nascono i primi ordinamenti sociali. L'autorità da individuale diviene economica e da questa derivano tutti i diritti familiari fino al testamento. La famiglia diventa il primo principio degli Stati. Alla società delle famiglie si aggiungono i «famoli», quelli che nulla hanno, sono schiavi e senza diritti. Questi mettono in pericolo le famiglie che danno il governo al Re e al Senato per essere difesi. Sorge la città, ovvero lo Stato e per Vico si conclude la fase primitiva eroica. Le successive modifiche non riguarderanno le strutture dello Stato, ma le «forme di regimento» che esso assume. Si ha così che all'interno dello Stato i «famoli» riescono ad annientare il dominio degli ottimati e a instaurare la repubblica libera popolare e il bene pubblico si ripartisce in minutissime parti di quanti sono i cittadini – l'individuo e lo Stato vengono così a coincidere. Questo è un periodo di buoni costumi e leggi ma non tutti gli individui si attengono al loro, dunque la repubblica va in rovina e sorge il capo che assume tutti gli interessi pubblici per ristabilire la tranquillità. Aristocrazia, democrazia, monarchia sono forme storiche di governo che si sviluppano a questo scopo. Lo Stato invece è una persona civile¹⁷¹. La definizione astratta di Stato, scrive Galizia, è per Vico «*omnium civilium communio*». Mentre la sfera giuridica – qui seguiamo da vicino la ricostruzione di Galizia - comprende solo le cose che erano nel dominio, nella libertà, nella sua tutela del singolo e la sfera quella della famiglia si identifica con le libertà, i patrimoni e le tutele, l'ordinamento statale, l'*universitas juris* statale è universale e generale e siccome contiene i patrimoni, le libertà, la potestà di tutti i cittadini si atteggia a persona civile¹⁷².

Ecco dunque lo Stato storico. Dove si colloca la sovranità dello Stato o «esterna»? Per Vico lo Stato è fatto a somiglianza delle persone fisiche: il corpo è il popolo, l'anima è la volontà, la mente è la civile autorità. Questa ha tre fasi, proprio come l'autorità interna. Il dominio è l'esercizio della autorità sulle cose e sulle persone dei cittadini in vista del bene comune. La libertà consiste nel fatto che i cittadini abbiano proprie leggi e magistrati ed erario. La tutela si concretizza nel sommo impero del diritto penale. I tre atteggiamenti della civile autorità sono legati e se manca uno finisce la civile autorità. Questi gli elementi materiali dell'autorità, i caratteri formali sono la sovranità, l'unità e l'indissolubilità. I tre caratteri dell'autorità unitaria qualificano lo Stato come tale. In quanto sovrana l'autorità è principio di tutto il diritto, ha il monopolio della forza, emana l'unica legge valida e certa necessaria come legge esterna imposta a tutti per

¹⁷⁰ Ivi, 307.

¹⁷¹ Ivi, 310 anche per le citazioni da Vico, Diritto universale e Scienza nuova.

¹⁷² Ivi.

mantenere la pace, la certezza, l'uguaglianza – requisiti necessari ad una civile legislazione¹⁷³. Ecco perché, questo è fondamentale per Galizia, come ci mostra Vico, quando si combatte per la certezza si combatte per i diritti.

Come Leibniz in Germania e Vico in Italia D. Hume in Inghilterra inserisce le categorie del diritto naturale nella storia. Astorico è ad esempio il pensare che l'individuo possa vivere da solo e far discendere le regole del vivere associato da quell'errata supposizione. L'uomo vive in società e, come fa notare Galizia, per Hume in conformità ad una «*passion of self interest*»¹⁷⁴, in quanto l'individuo è capace di supplire ai suoi difetti soltanto mediante la società. Tra gli individui nasce il diritto per tacita comune convenzione. Tale convenzione non è un contratto o una promessa ma un senso generale del comune interesse che i membri della società si esprimono l'un l'altro e che li induce a regolare la loro condotta mediante certe norme, spontaneamente sentite di comune utilità. Il diritto nasce dunque nelle relazioni, sottolinea Galizia e aggiunge che tale senso del comune interesse, «se si manifesta quando l'uomo entra in contatto con gli altri uomini, non si concretizza in un ordinamento giuridico completo e perfetto immediatamente», piuttosto si sviluppa gradualmente, storicamente attraverso norme che acquistano forza attraverso progressione, ed esperienza anche della loro trasgressione. Se in questo modo il diritto naturale diviene storico e sociale, ha bisogno però di una sanzione coattiva, poiché la maggior parte degli uomini preferisce il vantaggio immediato a ciò che invece sarebbe di maggior utilità, anche se più lontano. È la stessa *passion of the selfinterest* che spinge alla vita sociale a spingere verso un potere supremo che dotando la legge di forza coattiva «renda per tutti l'osservanza delle leggi della giustizia il nostro interesse più prossimo e la loro violazione il più remoto». Il *pactum subjectionis* si basa anch'esso dunque sull'utilità, sull'interesse, può essere un accordo ma anche solo un atto di potere. Tuttavia una volta posto lo Stato, i cittadini non perseguono l'interesse ma l'autorità e la legge positiva. L'autorità sovrana è l'unica interprete della naturale equità, adattandola al clima, alla religione, al commercio, alle concrete situazioni di quella particolare società. I cittadini devono obbedienza, tranne quando l'azione governativa lede l'interesse non individuale ma collettivo.

Commenta Galizia: legando la sovranità al concetto di interesse comune sociale lo Stato serve ad una utilità individuale ma al contempo, perseguendo l'interesse comune, la trascende. «Il suo limite più che nei diritti indistruttibili individuali degli individui è nell'interesse sociale collettivo in cui, una volta ordinato lo Stato, si vengono a oggettivare i diritti dei singoli». «Ne risulta una valorizzazione del concetto di sovranità che non è la negazione della libertà individuale ma la sintetizza e la contiene»¹⁷⁵.

A differenza di Vico che coglie il divenire storico, ci fa notare Galizia, Montesquieu¹⁷⁶ fotografa la storia, la pone come *examples* della *raison raisonnante*. Se il limite è che ne interrompe la dinamica, il pregio è che la sua costruzione può essere più chiara, può attenersi agli stessi criteri

¹⁷³ Ivi, 311-314. Molto ci sarebbe ancora da dire della lettura offerta da Galizia di Vico in relazione al metodo storico, per motivi di spazio rimandiamo allo scritto originale, 314-317.

¹⁷⁴ Galizia si richiama alla raccolta dei lavori di Hume ad opera di T.H. GREEN e T.H. GROSE, *The Philosophical Works of David Hume*, London 1875, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 329.

¹⁷⁵ Ivi, 336.

¹⁷⁶ L'opera di riferimento è chiaramente «L'Esprit de Lois. Ou du rapport que les Loix doivent avoir avec la Constitution de chaque Gouvernement, les Moeurs, le Climat, la Religion, le Commerce &c., à quoi l'Auteur a ajouté des recherches nouvelles sur les Loix Romaines touchant les Successions, sur les Loix Françaises et sur les Loix Féodales», del 1748.

di valutazione della libertà e della dignità umana senza doversi arroccare al cospetto della «marea del divenire» su posizioni conservative (come Vico), e proprio perché «conclusiva» le pagine montesquieiane riescono ad offrire «un programma d'azione»¹⁷⁷. Con Montesquieu - «positivista storico» (il virgolettato è di chi scrive) che parte dall'osservazione storica per arrivare alla affermazione giuridica - dal giusnaturalismo si svolge il costituzionalismo¹⁷⁸. E infatti, inutile muovere da uno stato di natura, perché tutto accade nel sociale, bisogna partire anzi dallo Stato, perché non c'è società senza governo, senza una potestà suprema¹⁷⁹. Montesquieu non nega il diritto di natura, solo che esso, come tutto il conoscibile, si esprime attraverso rapporti costanti che vengono individuati da leggi. Così: la natura ha le sue leggi e l'uomo le proprie. Ci sono leggi universali e regole costanti ma non costituiscono un corpo di norme assolute ed immutabili valide in ogni luogo e in ogni tempo. Esse sono piuttosto i sommi principi, le fondamentali esigenze di giustizia, che si configureranno diversamente in rapporto alle varie contingenti situazioni particolari, alle necessità pratiche, alle diverse condizioni climatiche, etniche religiose ecc. La legge positiva è dunque una determinazione della legge universale e in quanto tale è in parte il riflesso della ragione universale e in parte il rapporto necessario che deriva dalla natura delle cose e che cambierà con il procedere della storia. La legge positiva, sensibile alla natura delle cose e alle esigenze degli uomini, permette di vincere «l'imperio delle forze materiali»¹⁸⁰. Ecco perché nella legge si rispecchia la libertà dell'uomo e il popolo libero è quello che gode della forma di governo istituita dalla legge. Ne discende che: «In una società dove vi siano leggi, la libertà consiste nel poter fare ciò che si deve volere e nel non essere costretto a fare ciò che non si deve volere». Ciò affermando, nota Galizia, la legalità diventa certezza del diritto e il «problema della libertà» diventa un problema di strutture costituzionali¹⁸¹. I due «congegni costituzionali» perché si instauri una costituzione della libertà sono da una parte un complesso di principi scritti e non scritti che riconoscono al cittadino una sfera di autonomia e inviolabilità, e dall'altra una certa distribuzione dei poteri.

Di questo sistema costituzionale consideriamo solo gli aspetti legati alla sovranità. La sovranità non ha un valore fondante lo Stato, che è già nella realtà umana, ma ha la forza di imporre una forma allo Stato e di organizzare quei principi fondamentali della convivenza, perché quell'uno Stato si realizzi in funzione della forma prescelta. Se la forza (*puissance*) sovrana sceglie la libertà come condizione di vivere associato, lo Stato della libertà si organizzerà in modo da non ledere la libertà del singolo (libertà come diritto di difesa) e perché attraverso di esso il singolo goda delle libertà (libertà in senso oggettivo). In tal senso la sovranità, rileva Galizia, è una autolimitazione statale della propria sovranità e ciò perché, aggiungiamo, lo Stato possa raggiungere gli scopi umani nella necessità delle condizioni esterne. Lo Stato per perseguire questo scopo non annulla, semmai si basa sull'individuo e sui gruppi nei quali esso vive. La visione gerarchico-pluralistica della società è il mezzo e al contempo il limite della forza dell'esercizio

¹⁷⁷ Su Montesquieu, *ivi*, da 341, cit. 344.

¹⁷⁸ *Ivi* 362.

¹⁷⁹ *Ivi*, 345.

¹⁸⁰ Per Galizia Montesquieu non è dunque un determinista, le cause naturali non hanno valore di assoluta determinazione ma di semplice condizionalità, *ivi*, 347.

¹⁸¹ *Ivi*, 350.

dello Stato. Il concetto di limite che non riduce ma rinforza la funzione organizzativa è anche quello alla base della separazione dei poteri. Esso si presenta come un meccanismo dinamico che ben si adegua al valore organico e individualista contemporaneamente della società. Galizia conclude sul Barone de la Bredé, facendo notare come in Montesquieu la potestà sovrana non sia qualcosa di assoluto e immobile legata ad un organo, ma dinamica, elastica incardinata con la Nazione tutta¹⁸². I diritti non sono sfere concettuali o sfere di attribuzione di un individuo astratto, ma appartengono all'individuo sociale, legato alla libertà e alla vita di tutti gli altri uomini e si svolgono, si esercitano nello Stato, i diritti sono perciò diritti soggettivi pubblici¹⁸³.

È nella teoria democratica rousseauiana che la libertà si viene ad incardinare con la sovranità popolare nella maniera più diretta e forte. Il punto di partenza della ricostruzione galiziana è sempre l'uomo con la sua ragione. Non la ragione della logica pura, ma la ragione legata alla coscienza del «*sentio ergo sum*» dell'Emilio¹⁸⁴. Una coscienza dinamica, perfettibile nel suo sforzo etico-spirituale per trovare entro di sé i principi del diritto e della società. Secondo Rousseau, spiega Galizia, i giusnaturalisti – empiristi e razionalisti – avevano scambiato un elemento della natura esterna per uno proprio dell'uomo, confondendo così essere e dover essere, giustificando il diritto per mezzo del fatto. Guardando solo nel cuore Rousseau cerca l'essenza pura dell'uomo, un criterio deontologico e lo identifica in uno stato di libertà e uguaglianza. Lo stato di natura, che Rousseau considera un ragionamento ipotetico, mostra il «bestione» legato all'egoismo, libero ed uguale perché privo di freni. Per motivi di convenienza gli uomini vengono in contatto l'uno con l'altro e da queste relazioni che prendono più forme, danza, linguaggio, usi comuni, si sviluppa la coscienza sociale, una moralità. Ma la società, così come Rousseau vede intorno a lui, rinchioda l'uomo in ceppi, tuttavia tornare indietro non avrebbe senso e inoltre, la società, gli offre anche la possibilità di evolversi¹⁸⁵. Per migliorare l'uomo deve ascoltare la voce interiore del suo spirito, superare nell'*amour de soi* il cieco passionale *amour propre* e ritrovare il principio universale che lo lega agli altri uomini. Frutto di questo ripiegamento nella nostra intima coscienza è il contratto sociale, quella associazione per la quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisce che a sé stesso e resta libero come prima. Il contenuto del contratto è noto, importante è seguire Galizia quando sottolinea che a seguito a tale atto di associazione, al posto delle persone singole sorge un corpo morale collettivo fatto di tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, che proprio grazie all'atto trova il suo io comune, la sua vita e la sua volontà¹⁸⁶. Questa persona pubblica, prima città, poi repubblica è chiamato «Stato come passività, sovrano come attività, potenza nei confronti dei suoi simili»¹⁸⁷. In proposito ancora due annotazioni galiziane: 1) l'atto di associazione non è razionale ma volontario, perché esso non potrebbe esplicitare alcuna forza se non in quanto l'uomo ne abbia piena coscienza e vi presti il suo assenso sia pure tacito, 2) nella

¹⁸² Ivi, 361.

¹⁸³ Ivi, 362.

¹⁸⁴ Ivi, 376. L'Émile ou De l'éducation è del 1762.

¹⁸⁵ Ivi, 383, Galizia cita: «sebbene in questo stato egli si priva di molti vantaggi che riceve dalla natura, ne riguadagna di tanto grandi, le sue facoltà si esercitano e si sviluppano, le sue idee si fanno più vaste...», dal Contratto sociale, I, 8.

¹⁸⁶ Ivi, 384.

¹⁸⁷ Ivi, cit. Contratto sociale, I, 6.

costruzione rousseauiana l'uomo 'fisicamente sociale' viene sostituito dall'uomo 'eticamente sociale'¹⁸⁸.

Dall'uomo singolo si è passati allo Stato come ente organico e autonomo che assume i caratteri di persona giuridica pubblica. Elemento essenziale di questo passaggio è la sovranità. Questa ha due aspetti quello esterno legato alle relazioni tra gli Stati e quello interno, tra Stato e individui, esaminato nel «Contratto sociale¹⁸⁹». La sovranità interna ha a sua volta due aspetti. Da una parte è il potere assoluto del corpo politico su tutte le parti che muove in direzione della volontà generale¹⁹⁰, questa è la sovranità-soggetto o formale. Dall'altra, cioè dal punto di vista del contenuto o sostanziale, la sovranità è la volontà generale, quella «volontà di tutto il popolo che delibera su tutto il popolo» (Contratto sociale II, 4). Essa si manifesta per votazione a unanimità o maggioranza nella legislazione. Ai cittadini – questo fa emergere con forza Galizia - si chiede non «se essi approvino la proposta o la rigettino ma se essa è conforme o meno alla volontà generale, che è la loro». Le qualità fondamentali della sovranità sono l'inalienabilità, l'indivisibilità, l'irrappresentatività, l'infallibilità e la indistruttibilità¹⁹¹. Più importante di questo aspetto esteriore però, è il funzionamento della sovranità, cioè gli atti in cui tale potere si realizza e da movimento al corpo politico, ossia le leggi. Come atto volitivo la legge è espressione di libertà, dunque se limita, esprimendo autolimitazione continua a esprimere libertà. La condizione è che essa sia sempre espressione della volontà popolare, il che vuol dire che venga emanata direttamente dall'assemblea popolare e sia diretta ad interessi generali. Solo da questa legge emana il diritto. Infatti «solo la volontà generale è in grado di far uscire i principi naturali della libertà e dell'uguaglianza dal chiuso della coscienza individuale, di esteriorizzarli in norme obbiettive e reciproche e di munirli, mediante la sua autorità, di una forza coattiva tale da renderne generale l'osservanza»¹⁹². Sulla legge si svolge la sovranità, che si esercita attraverso poteri dello Stato (legislativo, esecutivo, giudiziario), tra i quali il legislativo è necessariamente in posizione di superiorità. I rapporti tra sovrano e governo sono chiari: «mentre lo Stato non esiste che per sé stesso, il governo non esiste che per il sovrano»¹⁹³. Nella ricostruzione fattane a mio avviso da Galizia¹⁹⁴, con Rousseau la libertà, qualità interiore dell'uomo e dunque diritto soggettivo, diviene l'esercizio di un diritto oggettivo nei limiti fissati dalla volontà generale e imposti dallo Stato¹⁹⁵.

La seconda metà del '700 è l'epoca delle carte costituzionali. Negli Stati Uniti, poi in Francia dopo la Rivoluzione, vengono dichiarati – in maniera ineliminabile dalla storia dell'umanità – i diritti dei singoli, o meglio dell'Uomo e dei Cittadini – e definiti i limiti della sovranità del potere politico. I rilievi di Galizia riguardano la differenza nell'impostazione delle Carte fondamentali. Mentre al di là dell'Atlantico le idee di Montesquieu, Rousseau, Voltaire rafforzano la tradizione del pensiero legato a Locke, e nelle Carte costituzionali o nei *Bill of Rights* Stato e individuo

¹⁸⁸ Ivi, 385-386.

¹⁸⁹ L'opera *Du contrat social: ou principes du droit politique* è del 1762.

¹⁹⁰ Ivi, 388.

¹⁹¹ Vedi, ivi 390-391.

¹⁹² Cit. M. GALIZIA, Ivi, 392.

¹⁹³ Ivi, 394. La chiarezza di questo rapporto fa sì che anche Rousseau ammetta all'interno dello Stato altre associazioni, che approvate dalla sovranità popolare, saranno con lui in rapporto di subordinazione, ivi, 397.

¹⁹⁴ Che Galizia inserisce in maniera critica tra altre ricostruzioni della dottrina, ivi, 397-403.

¹⁹⁵ Riferimento testuale è in M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, cit., 400.

rimangono idealmente separati, il costituzionalismo francese propone nell'idea della sovranità popolare o nazionale un punto di incontro¹⁹⁶.

Esemplificativa è l'opera politica, come scrittore e come uno degli artefici della Rivoluzione, di E. J. Siéyès, cui riesce di calibrare istanze liberali e democratiche che trovano nella costituzione, cioè nella carta fondamentale dello Stato nazionale la loro espressione giuridica e nell'esercizio della sovranità popolare il loro mezzo di sviluppo. Il punto di partenza di Siéyès secondo Galizia è l'individuo e la libertà, di cui i diritti di libertà sono espressione e che lo Stato deve riconoscere¹⁹⁷. La «legge protegge soltanto ciò che è, fino al punto in cui esso (l'individuo) non minaccia di nuocere all'interesse collettivo», cita Galizia da: *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789) e ancora: «La legge, proteggendo i diritti comuni di ogni cittadino, protegge ogni cittadino in tutto quello che egli può essere, fino al punto in cui ciò che egli vuole non è pericoloso per la vita sociale». I diritti, passivi (di tutela) e attivi (relativi alla partecipazione dell'individuo alla politica) costituiscono lo scopo supremo dello Stato, il fine di ogni legge e devono essere dichiarati solennemente e positivamente, sì da costituire il presupposto di tutta la vita sociale. E storicamente, infatti, le Dichiarazioni dei diritti nella terra di Francia (1789, 1791, 17935, 1795) hanno preceduto tutte le carte costituzionali. Queste istanze liberali si integrano con quelle democratiche attraverso l'esercizio della sovranità. Siéyès sviluppa dal concetto di popolo – o Terzo stato – quello di nazione, ossia di un ente che impersona tutti i cittadini, i loro discendenti e i bisogni comuni¹⁹⁸ nel quale risiedono «i veri rapporti di una costituzione politica». La nazione agisce tramite rappresentanti, cioè coloro che scelti dalla particolarità dei cittadini votanti agiscono esclusivamente per la nazione, perché nel loro ruolo, o funzione, di rappresentanti agiscono esclusivamente per tutta la nazione. L'esercizio della sovranità nazionale attraverso i rappresentanti della nazione assicura che le azioni pubbliche o statali siano quelle che desidera la nazione. I diritti fondamentali del singolo e il principio di rappresentanza democratica vanno tenuti fermi in una legge fondamentale, in una costituzione che «unifichi giuridicamente gli individui, organizzi i poteri pubblici la loro corrispondenza e indipendenza reciproca e assicuri i diritti essenziali, sottomettendo il governo a delle forme certe e inderogabili, interne ed esterne»¹⁹⁹. La nazione è sia potere costituito che potere costituente, la volontà nazionale, come potere costituente «non ha bisogno che della sua effettiva realtà per essere legale... è sufficiente che voglia». Galizia sottolinea come questa volontà nazionale non vada considerata come anarchica, piuttosto come forza spontanea e dinamica, che segue il continuo evolversi della storia. «Rinchiudere la azione in delle regole fisse vorrebbe dire infatti ritornare alla vecchia idea tradizionale di legge fondamentale»²⁰⁰. La sovranità ha dunque un soggetto, la nazione, con due funzioni, l'una di potere costituente l'altra di potere costituito. La seconda è condizionata dai limiti posti da sé stessa attraverso la costituzione dello Stato. «Il quale Stato non è così altro che la nazione rinserrata nel quadro delle norme giuridiche, la personificazione giuridica della

¹⁹⁶ Ivi, 450-455.

¹⁹⁷ Ivi, 443.

¹⁹⁸ Sul punto M. GALIZIA, *ivi*, 445, richiama il Discours du 2 Termidor.

¹⁹⁹ Ivi, 446.

²⁰⁰ Ivi, 447.

nazione»²⁰¹. Tra i principi fondamentali di svolgimento della sovranità costituita c'è la separazione dei poteri, intesa come separazione di funzioni dell'unico potere che le sottende, la sovranità nazionale. Tra le funzioni a quella legislativa spetta la posizione di superiorità perché regolatrice della società.

Dopo Siéyès si potrebbe essere tentati di considerare la costituzione come lo strumento politico e giuridico perfetto per disegnare forme di Stato e di governo quasi le sue norme fossero elementi di un'equazione matematica – oggi diremmo un algoritmo. Se i diritti fondamentali contengono i meccanismi di governo ed esprimono la volontà della nazione o del popolo, al giurista costituzionalista è sufficiente combinarne le disposizioni a seconda di ciò che ritiene in quel momento necessario ai fini della convivenza. Questo però non è quanto insegna il percorso de «La teoria della sovranità», che invece considera anche la costituzione-strumento di Siéyès un elemento storico.

Galizia ce lo ricorda soffermandosi su E. Burke. Ai contrattualisti – caduti per Burke proprio nella trappola del metodo matematico-geometrico «quasi che gli uomini fossero dei fantocci meccanici»²⁰² – il pensatore irlandese ricorda che le costituzioni non sono buone in sé stesse ma a seconda che siano adatte per gli uomini a cui debbono servire²⁰³. L'uomo ha dei diritti naturali ma la loro naturalità è dimostrata dalla loro capacità di resistere nel tempo, essi costituiscono non un vincolo assoluto per la potestà statale ma soltanto la direttiva ideale da seguire, la premessa per le leggi positive²⁰⁴. La conclusione di Galizia: «Lo Stato non è il prodotto della volontà individuale ma creazione storica, risultato di una lunga evoluzione di una inveterata consuetudine. Creazione non statica ma dinamica sempre ulteriormente sviluppantesi, sempre arricchentesi di nuove energie». E: «La costituzione dello Stato non è che una veste che si accomoda lentamente al corpo che deve ricoprire»²⁰⁵. Conseguenza del lento processo formativo dello Stato, secondo Galizia, sono la sua natura complessa e la grande apertura dei suoi fini. Anche la sovranità è implicita nell'ordine eterno delle cose. Essa è il carattere fondamentale dello Stato, la sua origine, ma è un fatto spontaneo, lo sviluppo di una progressiva azione delle forze tradizionali storiche. Gli organi, i diritti e la legge sono la manifestazione di questa forza. Di fronte ad essa la libertà è una libertà umana morale, ordinata e limitata dal diritto. La realizzazione dei diritti naturali avviene attraverso l'interpretazione dei fini ad opera del potere politico (aristocrazia) e degli organi di governo.

Il pensiero di Burke si modella sull'evoluzione costituzionale inglese, che accoglie le trasformazioni della sovranità, come se essa nei suoi diversi assetti storici sapesse rimanere sempre coerente con i propri fondamenti. Qui il conservatorismo può essere la base della riforma, del «progresso», perché puntella alcuni principi e permette lo scorrere delle forze emergenti e torna poi a riflettere su sé stesso e su come si sia modificato. Questa interrelazione che si fonda su quella tra dato e principio, tipica dell'empirismo scientifico britannico, e su quella tra assetto

²⁰¹ Ivi.

²⁰² Ivi, da 462, cit. 462.

²⁰³ M. GALIZIA, ivi, 463 ss. fa riferimento agli scritti di E. BURKE, *An Appeal from the New to the Old Whigs* (1791), *Reflections on the Revolution in France* (1790), ivi, 463.

²⁰⁴ Ivi, 465.

²⁰⁵ Cita da *Reflections*, 300 seg., GALIZIA, ivi, 467.

costituzionale e forze politiche agenti (chiamiamola dell'empirismo costituzionale britannico), ha trovato sul continente una rielaborazione nell'opera di I. Kant²⁰⁶.

Il capitolo su Kant de «La teoria della sovranità» offre una ricostruzione davvero affascinante della filosofia pratica, cioè giuridica, del filosofo di Königsberg, quasi a volerlo rendere come l'ultimo giusnaturalista per ragion pura e il primo per ragion-pratica. Seguiamone i passi argomentativi.

Galizia muove da una considerazione generale: la conversione della ragion pura nella ragion pratica trova il presupposto ideale nella rivoluzione francese vista come atto concreto di emancipazione umana²⁰⁷. Questa è una bellissima chiave di lettura di un'opera filosofica spesso considerata un pilastro del metodo giuridico razionalista di deduzione e sussunzione, criticata per non aver saputo mantenere a sua volta tutti gli assunti metodologici, ma perdonata perché capace di giustificare le categorie giuridiche giuspubblicistiche in termini di diritti e libertà individuali. Galizia, inserendo la Critica della ragion pratica tra gli scritti politici²⁰⁸ di un pensatore universale nel senso classico (dedito cioè allo scibile nei suoi vari aspetti) si spinge oltre gli aspetti sistematici e coglie il valore storico-politico delle distinzioni categoriali kantiane. Tratteggia un Kant attento alla vita dell'individuo nello Stato, un pensatore per il quale l'uomo e il suo vivere in forma associata sono calati nella storia in maniera pragmatica all'inglese oltre che pratica alla prussiana, in una maniera però che è anche rivoluzionaria alla francese perché inserisce individuo e Stato in un piano della natura che tende verso il meglio²⁰⁹.

Nella ricostruzione dei testi kantiani Galizia parte dalla *Metafisica dei costumi* e dalla distinzione tra azione morale, etica e giuridica. Una distinzione di fondamentale importanza per il giurista che senza confusioni metodologiche vuole dare al diritto, alla norma scritta e ai diritti individuali una dimensione etica. Kant suddivide l'azione razionale in base al motore dell'azione, cioè la volontà e, aggiungendo un elemento psicologico distingue i modi in cui il soggetto si pone di fronte all'azione. Sulla base delle distinzioni, fermo restando i fini dell'azione (razionali), la dimensione etica dell'agire si manifesta nella buona volontà o dell'azione secondo dovere. E il dovere «ci impone di agire secondo una massima, che possa valere come legge universale». Al dettame di ragione che è dovere, legge e libertà - qui Kant parte dall'autopraghia aristotelica²¹⁰ - il soggetto può aderire o con un moto interno allora la legge è morale, o per dovere allora la legge è etica, oppure per un motivo contingente, ad esempio economico o per sfuggire ad una pena nel caso la massima universale fosse stata esplicitata da leggi positive dotate di forza coercitiva come

²⁰⁶ L'influenza del pensiero inglese sul filosofo prussiano ruota intorno a I. Newton per i Fondamenti metafisici delle scienze naturali e a J. Locke per gli scritti etico-giuridici, su quest'ultimo punto W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Stuttgart 1993.

²⁰⁷ Qui Galizia si richiama a Marx e a De Ruggiero, ivi, 472.

²⁰⁸ Accanto alla *Metafisica dei costumi* (1797/1798) e alla *Critica del giudizio* (1790), cita più volte, l'Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico (1784), Per la pace perpetua, progetto filosofico (1795), Sul detto comune: «Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica» (1793), Recensione di JOHANN GOTTFRIED HERDER, *Idee per la filosofia della storia dell'umanità* (1785).

²⁰⁹ Questo pensiero che unisce tutti gli scritti antropologici, storico-filosofici, politici e pedagogici è anche vivo e forte nell'ultimo scritto di Kant Il conflitto delle facoltà (1798), dove Kant conclude il conflitto tra la facoltà di filosofia e quella di diritto con un ciceroniano «Sero sapiunt Phryges» alludendo al progresso del genere umano manifestatosi nella Rivoluzione di un popolo e di cui «gli oracoli» si accorgeranno presto.

²¹⁰ «Solo per colui che ha in sé stesso il suo proprio principio, l'agire o il non agire dipende da se stesso»; Etica Nicomachea, Milano 19991, III, 1 1110a 17.

nel caso di vita associata nello Stato, allora in questo caso l'individuo agisce giuridicamente. Il fattore importante nella costruzione kantiana è che tra legge morale, etica e giuridica non vi è una differenza contenutistica, ma solo nel rapporto che il soggetto ha con il dettame.

Questa distinzione razionale vale come massima pratica, perché ha come soggetto l'individuo concreto, quello alle prese con le determinazioni del reale, in breve: nella sua vita quotidiana. Questo individuo è essere razionale (*homo noumenon*) e ha perciò la facoltà di agire nel concreto (come *homo fenomenon*) secondo una massima di ragione, se lo fa è perché lo vuole fare. A ben vedere Kant concilia qui le due tradizioni della libertà quella razionale (la libertà è seguire la ragione) e quella volontaristica (la libertà consiste nella scelta tra alternative). Attraverso la volontà, la libertà intesa come potere di autodeterminazione dell'individuo si relaziona al determinismo naturale cui il singolo nella sua particolarità è soggetto, rendendolo uomo libero²¹¹. In tal senso Kant supera l'equazione ragione=libertà, dunque il determinismo razionalista, perché la volontà rimane libera, libera anche di essere irrazionale e dunque di sbagliare²¹².

Dalla distinzione sulle sfere della legge, discende la definizione kantiana del diritto come «l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro, secondo una legge universale di libertà». Il diritto dunque agisce nelle relazioni esterne tra gli individui. Quando l'agire dell'uno ha influenza sull'agire dell'altro, l'azione di entrambi va misurata alla legge universale del diritto che dice: «agisci esternamente in modo che il libero uso del tuo arbitrio possa accordarsi colla libertà di ogni altro secondo una legge universale di libertà»²¹³, un assunto che ci fa vedere come l'idea stessa di libertà nasca come in sé limitata dalla pluralità delle libertà che sottende. Infatti – annoto brevemente – solo in un ideale regno dei fini, dove il fine dell'azione di ognuno è il bene dell'altro la libertà potrebbe spiegarsi completamente. La socievole insocievolezza dell'uomo (argomento antropologico) e il principio di contraddizione (argomento logico) spiegano l'altro elemento del concetto razionale apriori del diritto, ossia la sua forza coattiva²¹⁴. Affinché la facoltà di costringere venga esercitata in maniera imparziale, essa deve essere affidata ad un terzo esterno che abbia la forza sufficiente per imporsi, cioè alla legge pubblica.

La costruzione kantiana dello Stato riassume e raffina le categorie delle teorie contrattualistiche precedenti. Per Kant nello stato di natura i diritti sono già degli individui (come per Hobbes e Rousseau), sono già in relazione giuridica tra loro²¹⁵ (come per Locke), e hanno anche un valore già un valore obbligatorio in senso etico-razionale²¹⁶. Ne discende che ciò che spinge gli individui a riunirsi nello stato civile, ove «il mio e il tuo sono garantiti da leggi pubbliche», ovvero da una «potenza sufficiente che non è quella dell'individuo, ma una potenza esterna», non è l'interesse egoistico di tutela della propria libertà, né principalmente un'esigenza di sicurezza, ma un dovere

²¹¹ I. KANT, *Il conflitto delle facoltà* (1798), Genova 1953, 27, 120 ss.

²¹² Va da sé che non si può costruire un sistema razionale basandolo sulla facoltà di essere irrazionale, piuttosto al fine di esplicitare le condizioni di azione libera, tra le quali può rientrare anche quella della scelta irrazionale.

²¹³ I. KANT, *Metafisica dei costumi, Introduzione alla dottrina del diritto*, § 13., M. GALIZIA, ivi, 474.

²¹⁴ Galizia sottolinea la visione pessimistica cristiana accettata da Kant, ivi, 474, che lo spingerebbe a non agire sempre secondo l'etica. L'argomento logico dipende dal principio di contraddizione nel senso che se non è possibile dedurre un obbligo all'azione secondo dovere, è possibile dedurre un'imposizione esterna all'azione conforme al dovere, cioè tramite diritto. La legge positiva è dunque per definizione prescrittiva.

²¹⁵ Il meccanismo di relazione è quello della massima del mio e del tuo.

²¹⁶ Che ruota intorno «al postulato razionale del mio e del tuo (esterni)» ed evidenzia chiari rapporti tra diritti e doveri.

dell'uomo nei confronti di sé stesso e della propria natura umana, una forza etica. È la libertà che fa dovere all'uomo di entrare in uno stato in cui la libertà dell'uno si svolge in armonia con la libertà dell'altro. Dunque entrare nello Stato significa realizzare le condizioni dello sviluppo dell'uomo verso la sua umanità. Una libertà che essendo una qualità relazionale dell'uomo include, come genialmente nota Galizia, anche l'uguaglianza e l'indipendenza²¹⁷.

Il contratto sociale in Kant diventa una costruzione della ragione per raffigurare l'azione della volontà, un'idea regolativa. È il diritto naturale che acquistando una natura al contempo meramente razionale e umana può porsi come principio non solo dello stato civile ma di tutta la vita sociale²¹⁸. Lo Stato che nasce con il compito limitato di mantenere le condizioni esterne dell'esercizio dei diritti, non crea i diritti, che sono già ordinamento, ma ne garantisce l'esercizio attraverso un ordinamento pubblico. Se l'ordinamento pubblico - lo *Staatsrecht* come lo chiama Kant - nasce con lo Stato, lo Stato non si risolve in esso. Il diritto pubblico viene logicamente prima. Dalla definizione di *Staatsrecht*, lett. diritto dello Stato, si legge che il diritto pubblico «è un sistema di leggi per un popolo, cioè una quantità di uomini (o di popoli- diritto internazionale), che necessitano di uno stato (*Zustand*) giuridico sotto una volontà che li riunisce - di una costituzione (*constitutio, Verfassung*), per poter partecipare (*teilhaftig zu werden*) di ciò che è di diritto (*Rechtens*)». Lo stato giuridico ha più aspetti. «Questo stato giuridico, considerando i singoli in rapporto tra loro si chiama stato civile (*bürgerlicher Zustand, status civilis*); in riferimento alla sua forma considerando il tutto in rapporto alle sue membra è lo Stato (*civitas*). Stato che in funzione dell'interesse comune di tutti a vivere in uno stato giuridico viene detto ente pubblico (*das gemeine Wesen*), e in rapporto ad altri popoli una potenza»²¹⁹. Da questa definizione discende, quanto sottolinea Galizia e cioè che lo Stato come condizione giuridica pubblica nasce con la volontà generale che è quella del contratto sociale (lo stato giuridico unito dalla volontà unica), che esso assume un'organizzazione propria (ha varie membra) e rimane in funzione dell'interesse comune (nel popolo o tra gli Stati). La sovranità, perciò, segna dapprima il passaggio dall'ordinamento giuridico naturale all'ordinamento giuridico pubblico, poi rimane legata alla funzione pubblica dello Stato che è quella di permettere all'ordinamento giuridico di svolgersi.

Galizia si interroga con un lungo passo sulla «tenuta» del sistema giuridico pubblico kantiano, partendo dall'obbligo di obbedienza contenuto nella «Considerazione generale della efficacia giuridica discendente dalla natura dell'unione civile» e che si esprime nel divieto fatto al cittadino di «sostituirsi sottilmente» sull'origine dello Stato. Correttamente Galizia mette in evidenza l'esigenza kantiana di non creare una contraddizione tra il sovrano costituente e il sovrano costituito. Quest'ultimo mettendo in dubbio l'agire del costituente metterebbe in dubbio sé stesso. Invece circa i «dubbi» sull'agire del costituito, cioè di come le forme di Stato e di governo vengano esercitate per Kant rimane aperto, per dirla con le parole del Maestro, il «potere positivo di riforma»²²⁰.

²¹⁷ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità*, ivi, 477.

²¹⁸ Ivi, 478.

²¹⁹ Dall'originale I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt, Das Staatsrecht*, § 43, Ed. W. WEICHEDEL, Vol. VIII, Stuttgart, 10. ed. 1993, 429.

²²⁰ Ivi, 481-483.

In relazione alla funzione dello Stato, che – lo ripeto è espressione della libertà di ogni uomo – Kant si interroga sui modi di esercizio della sovranità. L'analisi delle forme di Stato e di governo conduce sino al modello ideale della repubblica liberal-democratica, anche se Kant, pragmaticamente, consiglia una monarchia costituzionale rappresentativa. Il perno che non deve mancare nella costruzione è la legge positiva, quale espressione della volontà popolare rappresentata nell'assemblea legislativa. Le sue decisioni sono le norme che regolano l'esercizio delle libertà, tali per cui anche i limiti alle libertà non sono che autolimitazioni volontarie, sono decisioni giuridiche della ragion pratica.

Se Kant ha superato il giusnaturalismo inserendolo nel processo politico, G. De Maistre²²¹ apre secondo Galizia le porte allo storicismo moderno. E non è un caso se Galizia gli dedica l'ultimo capitolo della trattazione.

A conclusione di questa ricostruzione de «La teoria della sovranità» riporto un passo dell'Autore: «Lo Stato garantendo con le sue leggi e il suo potere sovrano la libertà esterna, crea la condizione unica in cui i fini etici, religiosi, economici, culturali, eudemonistici degli individui possono essere realizzati e in ciò stesso si pone come persona morale, diviene strumento di un'attività ed una cultura sempre crescente»²²².

III Parte. Il contributo di Galizia nel «problema» contemporaneo della sovranità: spunti per ulteriori riflessioni

Ora che ci siamo riappropriati di una visione ampia del rapporto tra Stato e individuo, di un concetto operativo (non aporetico) di sovranità, di una legge strumento di costruzione del vivere in comune, del diritto come espressione dei valori nelle relazioni esterne tra le persone, dello Stato persona giuridica che sui valori si fonda possiamo comprendere meglio le aporie in cui sono incorsi il legislatore e la dottrina costituzionalistica tedesca nella gestione statale della pandemia.

Partiamo dal legislatore, con il quale si intende già da tempo la funzione legislativa svolta da parlamento e governo.

La ricostruzione delle modifiche della LTI ci ha mostrato come il *Bundestag* si sia impegnato a legittimare l'azione governativa. Lo ha fatto su un doppio piano. Da una parte esso si è assunto il ruolo di istituzione autorizzata a dichiarare «lo stato di pandemia sul territorio nazionale». In questo modo ha definito lo «stato di pandemia» evitando il termine 'eccezione', e gli ha impresso un marchio democratico legittimando le modifiche amministrative necessarie al sistema federale e l'ampia portata delle deleghe ai governi. Dall'altra il *Bundestag* ha affiancato costantemente le misure normative del governo con nuove puntuali leggi-delega²²³.

In entrambi i casi il contenuto democratico delle soluzioni adottate dal *Bundestag* nello stato di pandemia è limitato.

²²¹ G. De MAISTRE, *Oeuvres complètes*, Lione, 1924-1928. Galizia rimanda a L'Essai sur le principe générateur des constitutions politiques, e a Considerations sur la France.

²²² Ivi, 490.

²²³ Una ricostruzione sistematica dell'assetto istituzionale dello Stato tedesco nella pandemia è di J. KERSTEN, S. RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2. ed. München 2021.

La dichiarazione dello «stato di pandemia» è un *una tantum* concesso dal *Bundestag* al governo; un potere non previsto dalla Legge fondamentale e che può ricondursi al principio dello Stato di diritto democratico sulla base della considerazione: ‘se non il parlamento allora chi?’, ma la cui unica garanzia giuridica di fronte allo svuotamento del potere parlamentare a favore di quello governativo consiste nel limite temporale dell’*una tantum*.

Se ci si interroga sulla democraticità delle leggi-delega bisogna focalizzare il loro contenuto. Le leggi delega tra il 2020 e il 2021 hanno un carattere generale e concreto, che anche la Corte costituzionale federale riconosce come *sui generis*²²⁴ e di cui ammette la legittimità con un laconico «sempre meglio che la decretazione»²²⁵. Le leggi di delega generale e concreta perdono il loro contenuto democratico perché non rispecchiano una decisione parlamentare, per la quale non c’è stato tempo; perché non hanno avuto alla loro base un dibattito almeno sui fini e sui mezzi della misure previste; perché contengono solo articoli di modifica (c.d. leggi-articolo *Artikelgesetz*) di normative precedenti (non solo la LTI) sparpagliate in tutti i rami dell’ordinamento; perché hanno mirato a rendere legittima l’azione governativa rispetto ai dettami della gerarchia normativa e della legalità e non a creare per l’amministrazione una base di consenso parlamentare e quindi rappresentativo-popolare; perché la procedura legislativa si è avvalsa del principio maggioritario e della continuità tra maggioranza di governo e maggioranza parlamentare per dare l’*exequatur* parlamentare all’iniziativa del governo, piuttosto che coinvolgere i pure importanti rilievi delle minoranze.

Come abbiamo imparato da Mario Galizia ripercorrendo lo sviluppo democratico della legge positiva quale strumento giuridico, se la legge non rispecchia le decisioni di una maggioranza che si forma in parlamento, cioè nell’organo di rappresentanza popolare, il suo contenuto non rispecchia le istanze sociali. Se le leggi non rispecchiano la volontà del sovrano, esse finiscono per dividere piuttosto che unire i consociati, e la divisione può arrivare a minare la solidarietà dei cittadini fondamento dello Stato stesso. Il deficit democratico della legge (e del sistema parlamentare) certo non nasce con la pandemia ma in condizioni di «stress» si avverte di più, perché «l’esecutivismo» non si nutre di dibattito politico ma di scadenze, non è inclusivo ma focalizzato su un fine di cui non può rendere la generalità (pur pretendendo di perseguirla) perché mosso da intenti di parte. Quando la sua azione non è limitata nemmeno dalla forma normativa, quando cioè l’esecutivo non regola più solo soggetti e fattispecie circoscrivibili, l’agire burocratico diventa ancora più autoritario, perché di parte ma con effetti generali.

La mentalità burocratica del sistema parlamentare tedesco si è vista nella velocità con cui i deputati hanno accantonato il dibattito sull’emergenza. Certo, come abbiamo visto con Mario Galizia, discutere di emergenza significa discutere di sovranità, ma lo Stato democratico di diritto non deve avere paura di farlo. Il divieto fatto al popolo da Kant di «sostituirsi sottilmente all’origine del potere», come ci ha mostrato Galizia, era una esigenza filosofica di tenuta del sistema, non una politica, infatti al rappresentante popolare della Repubblica lo stesso Kant attribuiva il potere di riforma. Così come hanno creato una sottocommissione parlamentare per la pandemia, hanno interpellato il Consiglio etico e potenziato l’istituto ufficiale di ricerca

²²⁴ Decisione del novembre 2021, cit., marg. 145 s.

²²⁵ Nella citata ed esaminata decisione del novembre 2021, marg. 150.

scientifico Robert-Koch, le forze di indirizzo potevano istituire un comitato di deputati di tutte le forze politiche per discutere almeno di un modello di funzionamento democratico del *Bundestag* nello stato di pandemia. E invece deputati poco lungimiranti hanno declinato l'invito autorevole del proprio Presidente in questa direzione, adducendo come argomentazione: 'nell'emergenza non si cambiano le regole' - peccato che l'emergenza le strapazzi comunque e che proprio i dibattiti parlamentari sarebbero stati importanti elementi di normalità.

Ma, come per l'appunto si diceva, l'agire burocratico non si nutre del dibattito perché sembra poco efficiente, piuttosto esso mette in risalto pericoli e contraddizioni per trovare velocemente i consensi, e insiste sulla drammaticità del fine per lasciare in ombra i mezzi che usa. Per questo alla gestione burocratica piace intendere la sovranità nei termini dell'equazione protezione-obbedienza, cui corrisponde l'equazione libertà-sicurezza a livello dei diritti fondamentali.

La relazione 'protezione in cambio di obbedienza' è estremamente semplice, perciò, come ci ha detto Galizia illustrandoci la teoria di Hobbes, ha anche molto successo. Insistendo sulla paura, sulla perdita, sulle condizioni esistenziali vita o morte, desta l'interesse di tutti. Si rivela capace di giustificare una nuova teologia politica che nel suo afflato di salvezza semplifica i problemi e le lotte quotidiane. Questa però, come abbiamo letto in «La teoria della sovranità» è una concezione a-storica e aporetica per eccellenza, perché della sovranità dà una lettura contraddittoria anche nei fini, tanto è vero che il Leviatano viene creato per tutelare i diritti ma poi è lui stesso a metterli in pericolo. Un modello di sovranità che finisce per contrapporre gli elementi dello Stato di diritto a quelli dello Stato democratico, quando invece – abbiamo imparato da Mario Galizia - sono l'uno lo svolgimento dell'altro.

Che occasione si è fatto sfuggire il legislatore dello stato di pandemia! Finalmente tutti i cittadini avevano lo stesso fine: la propria salute. Se come abbiamo letto da Galizia esso fosse partito dalla concezione solidale dello Stato di cultura che si fonda sulla consapevole socievolezza dell'individuo più che non sulle sue tendenze psicologiche-solipsistiche, il legislatore avrebbe potuto fare leva sulla solidarietà dei consociati e trovare dei mezzi per la gestione della vita pubblica in uno stato di pandemia che ai divieti avrebbero potuto affiancare la partecipazione, l'iniziativa, l'inventiva e la spinta comunitaria presente tra i cittadini, come si è visto all'inizio della pandemia. Una solidarietà che poi invece, con il prolungarsi di uno stato di emergenza mai chiaro nella portata e nelle situazioni di urgenza, si è andato perdendo nella vita quotidiana che in qualche modo, per ognuno di noi, deve ripartire.

E invece il legislatore precipitosamente in cerca di soluzioni veloci e legali insieme, si è mosso sulla base della Legge di tutela dalle malattie infettive del 2000 (LTI/2000), il cui scopo autentico è quello di isolare soggetti ammalati o portatori del virus in una situazione di infezioni circoscrivibili. In questo modo il legislatore invece di cercare la solidarietà, si è posto sin dall'inizio in un'ottica di separazione e contrapposizione tra i consociati. E anche il giurista che dai ministeri, dalle amministrazioni statali e in parlamento ha consigliato il legislatore politico²²⁶, arroccandosi nella sua proverbiale sistematicità, è rimasto nell'ottica della contrapposizione sino all'ultima modifica della LTI, anzi l'ha perfezionata con norme sempre più particolareggiate, perché di fronte ai limiti di azione postigli dal 'principio di distribuzione dello Stato di diritto' ha dovuto

²²⁶ Sul ruolo del governo nella legislazione cfr. K. v. BEYME, *Der Gesetzgeber*, Opladen 1997.

ponderare tra efficacia dei provvedimenti presi e violazione dei diritti individuali. A riprova di ciò, basta dire che la Corte costituzionale federale ha espressamente riconosciuto questo sforzo e ne ha fatto la base di legittimità costituzionale dell'operare del legislatore burocratico in pandemia.

Rimanendo in questa logica della efficienza burocratica, l'indirizzo politico invece di coinvolgere quanto più possibile i cittadini nella gestione della pandemia, li ha esortati a separarsi, a ridurre i contatti, a stare a casa per rimanere protetti, come ai tempi dei bombardamenti. L'indirizzo politico ha mancato di cercare misure basate sulla solidarietà, arroccandosi su una logica dell'emergenza di *bellum virorum contra omnes*, come ha scritto Häberle²²⁷, anche quando è stato chiarito (e piuttosto velocemente) dalla ricerca scientifica che il «nemico» non sarebbe scomparso e dunque sarebbe stato opportuno cominciare a discutere in base ad una logica di convivenza anche con il virus.

L'ottica dell'emergenza non è stata abbandonata nemmeno al convegno dei giuspubblicisti, né quando contro i provvedimenti della LTI si evocava la dimensione relazionale dei diritti fondamentali, né quando si è ricorso alla dignità dell'uomo di cui all'art. 1 Legge fondamentale.

Se, come ci ha fatto vedere Galizia, la relazionalità appartiene al diritto, essa appartiene anche allo Stato che si fonda sul diritto. Dunque non c'è bisogno di metterla sotto un «faro costituzionale» come hanno fatto i giuspubblicisti riuniti al convegno telematico del 2021. Così facendo, hanno finito per illuminare i diritti più per la loro funzione di tenuta (o negativa) che non il loro contenuto democratico (o positivo, partecipativo). E infatti il dibattito è sfociato non sui modi dell'esercizio della democrazia in base ai diritti in una situazione contingente di pandemia, ma sulla portata delle tutele e sulle procedure di esercizio giurisdizionali; non ci si è interrogati sui modi di partecipazione del cittadino, ma su quelli di tutela.

Quando in quella sede si è invocata la *Menschenbild* del *Grundgesetz*, l'immagine dell'uomo della Legge fondamentale, non ci si è accorti dell'aporia che ne sottende la generale interpretazione. L'art. 1 co. 1 *Grundgesetz* afferma la priorità assoluta della dignità umana in termini di inviolabilità e alla seconda frase poi fa obbligo a tutti i poteri dello Stato di rispettarla e tutelarla. Questo è tutto. Quando i giuspubblicisti per darne contorni giuridici positivi si appellano alle sentenze della Corte costituzionale federale, l'immagine dell'uomo del *Grundgesetz* diviene quella della Corte costituzionale tedesca²²⁸. Essa, invece, va intesa, con Galizia, come struttura del patto fondamentale, e va intesa, con Hofmann, come promessa reciproca dei consociati²²⁹. Da questa prospettiva più ampia e colta, l'immagine dell'uomo richiama ai doveri di solidarietà i cittadini, che su di essa devono orientare l'esercizio dei diritti di libertà. Sottolineando l'aspetto costitutivo della dignità umana non solo i diritti fondamentali si rafforzano nel loro contenuto relazionale, positivo, oggettivo e partecipativo in maniera consona al loro esercizio mediante la sovranità costituita, ma sul piano teorico la conflittualità sociale non rimane più un presupposto dei diritti

²²⁷ P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *Die Covid-19-Pandemie aus der kulturwissenschaftlichen Perspektive einer europäischen und universalen Verfassungslehre*, in NJW 2021, 133.

²²⁸ Come avvertiva già molto presto H. RIDDER, *Das Menschenbild des Grundgesetzes. Zur Staatsreligion in der Bundesrepublik Deutschland*, in Demokratie und Recht, 1979, nr. 2, 213 ff. E in effetti quando si parla di Menschenbild si cita sempre un lungo elenco di decisioni del Bundesverfassungsgericht.

²²⁹ H. HOFMANN, *Die versprochene Menschenwürde*, cit., 119.

fondamentali semmai diventa una conseguenza eventuale, che con una adeguata cultura nell'esercizio positivo dei diritti può essere contenuta. Mario Galizia ci spiega con la sua ricostruzione storica proprio questo e cioè che in base al patto fondativo i diritti non sono armati l'uno contro l'altro, ma l'uno a favore dell'altro e su questa base lo svolgimento del sistema politico parlamentare significa autotutela.

Concepire i diritti fondamentali come basi dell'autotutela come fa Mario Galizia manda un altro importante messaggio alla giuspubblicistica tedesca. Se è vero che il diritto alla salute è un bene primario è anche vero che non spetta al giurista stabilire in che modo esso si relazioni con gli altri diritti. La gerarchia dei valori nella Costituzione non esiste, è una valutazione fatta dagli operatori giuridici che devono risolvere casi di conflitti, e se come metodo può valere nel caso singolo, quando si tratta di questioni di conflitto pubblico le valutazioni devono essere compiute dal rappresentante di tutti perché la scelta riguarda una questione generale. In altri termini: la diminuzione dei contatti tra le persone non è da valutare solo in base all'efficienza nei confronti della libera circolazione del virus covid-19, ma nei confronti della libera circolazione di tutte le persone; la salute non riguarda solo l'affrontare il virus covid-19 ma affrontare il virus insieme al mantenimento delle condizioni generali di salute di ognuno. Il fine deve rimanere ponderato sui mezzi. Il contrario significa imboccare la strada verso una dittatura.

L'opera di Galizia ci ricorda anche che pensando lo Stato *ab origine* si arriva a scegliere il sistema politico parlamentare. Della versione etica e culturale che sottende l'attaccamento di Galizia al sistema parlamentare, ci basta anche una piccola parte, per poter a ragione affermare, che anche di fronte all'emergenza della pandemia covid-19 il luogo per discutere in maniera trasparente e politicamente significativa delle misure da prendere che riguardano tutti è il parlamento. La decisione partecipata da tutte le istanze rappresentate costituisce il minimo democratico, la ragione relativamente più forte della decisione pubblica che deve saper coinvolgere²³⁰, «guadagnarsi» tutti i cittadini.

La scelta legalista dello Stato tedesco ha saputo impedire il Leviatano ma ha separato i cittadini tra loro nella società. Se ciò non ha preso risvolti politico-istituzionali è perché il pluralismo sociale e la stabilità economica hanno mantenuto le condizioni di pace sociale. In una dottrina che pensa che i pericoli per lo Stato partano dal basso, Galizia ricorda quelli che nascono quando si sottovaluta la sovranità democratica.

München, 15.12.2021

²³⁰ M. MAHLMANN, *Demokratie im Notstand? Rechtliche und epistemische Bedingungen der Krisenresistenz der Demokratie*, in VVDSRL, cit., 92.



Fiammetta Salmoni^{1*}

Responsabilità, indirizzo politico e teoria dei controlli costituzionali nella *prima* dottrina giuspubblicistica italiana **

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Fiducia, responsabilità e indirizzo politico. 3. La teoria dei controlli giuridici e la sua applicazione nell'ambito del diritto costituzionale: i controlli costituzionali. 4. L'estraneità della responsabilità politica del governo dalla struttura essenziale del concetto di controllo costituzionale. 5. Il controllo parlamentare e l'esigenza della responsabilità politica del governo come elementi distinti della garanzia costituzionale.

1. Premessa

Quando, nel lontano 1992, il Professor Mario Galizia mi propose di scrivere la tesi di Dottorato in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate sulla mozione di censura nell'ordinamento costituzionale spagnolo ne fui entusiasta. Quell'argomento, infatti, mi avrebbe consentito di studiare uno dei temi più amati e approfonditi dallo stesso Maestro: quello dei rapporti fra parlamento e governo e della razionalizzazione della forma di governo parlamentare. In questo breve contributo mi occuperò di un'altra tematica a lui cara, strettamente correlata alle precedenti summenzionate: quello della natura giuridica del rapporto fiduciario.

¹Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico –Università degli Studi Guglielmo Marconi.

² Contributo sottoposto *peer review*.

2. *Fiducia, responsabilità e indirizzo politico*

L'analisi della problematica relativa alla natura giuridica del rapporto fiduciario richiede di fermare l'attenzione, *in primis*, sul concetto di responsabilità politica e, in secondo luogo, sulla teoria dei controlli e sul concetto di garanzia nel diritto costituzionale.

Come noto, la fiducia parlamentare è l'istituto intorno al quale ruota la responsabilità politica del governo¹, il «fulcro attorno cui si muove, pur nella varietà delle sue figure concrete, il regime parlamentare»².

La fiducia, però, non si identifica «né con l'atto con cui è accordata, né con l'atto con cui è revocata; essa integra una relazione continua e reciproca, che si instaura istituzionalmente tra Governo e Camere e che non investe soltanto i rapporti delle Camere verso il Governo, si riflette contemporaneamente sull'azione di ambedue gli organi costituzionali», cosicché «attraverso di essa si articola nell'ordinamento vigente la funzione di indirizzo politico»³.

Il Governo, in quanto titolare del potere di indirizzo politico, diventa politicamente responsabile di fronte al Parlamento, nel momento stesso in cui si lega ad esso mediante il voto di fiducia.

La responsabilità, dunque, si configura come la *contropartita* del potere politico: essa «segna la forza e l'estensione del potere»⁴, con la conseguenza che può essere fatta valere soltanto nei confronti di quei soggetti che, proprio in forza del potere di cui dispongono, sono in grado di rispondere dei loro comportamenti⁵.

Attribuire ad un organo costituzionale potere politico, infatti, significa anche renderlo responsabile per i comportamenti posti in essere nell'esercizio delle sue funzioni: quanto più un organo detiene potere politico, tanto più sarà responsabile politicamente e viceversa⁶. Quanto più, cioè, si accresce il suo potere, tanto più si estende la sua responsabilità⁷.

¹ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Milano, Giuffrè, 1972, 287 ss. e dello stesso Autore, *Fiducia parlamentare*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 388 ss.; P. CARETTI, *Responsabilità Politica*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, Ist. Enc. it, 1991, 3 ss.; G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, 153 ss.; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, vol. XI, 1958, 151 ss.; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 634 ss., secondo il quale «si può parlare di governo parlamentare solo quando la titolarità del potere esecutivo sia concepita come un'emanazione permanente, mediante il rapporto di fiducia, del o dei collegi titolari del potere legislativo» (*ivi*, 642).

² Cfr., M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 367 ss.

³ Cfr., M. GALIZIA, *Studi sui rapporti*, cit., 186; A. TESAURO, *L'attività degli organi costituzionali dello Stato*, Napoli, Jovene, 1959, 19; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici*, cit., 153.

⁴ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, cit., 300.

⁵ Cfr., G.U. RESCIGNO, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1988, vol. XXXIX, 1341 ss. che, in sintesi, ripropone (approfondendole) le argomentazioni svolte dal medesimo A. in *La responsabilità politica*, cit. alla nota 1.

⁶ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Responsabilità*, cit., 1349 ss.

⁷ È nota la distinzione operata in dottrina dal Rescigno tra: responsabilità politica *istituzionale*, che si ha quando sia il soggetto attivo che quello passivo del rapporto sono istituzionalmente individuati e, in forza di questo rapporto istituzionale, il soggetto attivo gode di un potere di critica qualificato e del potere di rimuovere per ragioni politiche il soggetto passivo; e responsabilità

La responsabilità politica, pertanto, indica il legame strettissimo che sussiste fra l'organo e la funzione, vincola l'organo ai compiti che gli sono affidati, lo sollecita all'impegno massimo, ad un più preciso rigore, fa in modo che esso debba sottostare, in ogni momento, alle conseguenze del proprio operato⁸.

Nell'ambito dei rapporti governo-parlamento, dove il concetto di responsabilità politica si sviluppa con maggiore intensità in forza del potere di guida e di indirizzo di cui il governo dispone in seguito alla fiducia accordatagli dal parlamento, la responsabilità politica medesima trova la sua massima sanzione nell'obbligo di dimissioni che risiede in capo al gabinetto stesso, in seguito ad un voto di sfiducia⁹.

Il programma di Governo, ossia il programma della sua azione costituisce l'essenza vera e propria del rapporto fiduciario¹⁰.

Tale programma non consiste in altro che nella individuazione concreta dei fini cui l'azione dell'Esecutivo deve tendere, con il supporto del più ampio consenso parlamentare possibile¹¹; viene cioè a rappresentare il parametro costante di riferimento su cui si valuterà la responsabilità politica del Governo¹².

I fini della sua attività, pertanto, così determinati grazie alla fiducia parlamentare, costituiscono l'indirizzo politico che lo stesso Governo condivide, necessariamente, con il Parlamento¹³.

Il rapporto fiduciario, in tal modo, costituisce l'articolazione strutturale della funzione di indirizzo¹⁴.

politica *diffusa* che «si ha quando un soggetto, dotato di potere politico, per ciò solo diventa responsabile verso un numero indeterminato e variabile di soggetti, tanti quanti risultano *a posteriori* dalle concrete manifestazioni di responsabilità fatte valere dagli interessati». Cfr., G.U. RESCIGNO, *Responsabilità*, cit., 1346-1347 (il corsivo è nel testo).

⁸ Cfr. M. GALIZIA, *Studi*, cit., 300. L'A. distingue tra responsabilità politica statica, riferentesi alla organizzazione in sé dei singoli soggetti costituzionali ed al controllo sulle persone; responsabilità politica dinamica di ordine generale, concernente l'attività del soggetto lungo tutto il corso del suo svolgimento, e responsabilità politica dinamica speciale fiduciaria, afferente la particolare relazione istituzionale fra parlamento e governo, dovuta al reciproco vincolo fiduciario che, sviluppandosi con maggiore intensità rispetto agli altri tipi di responsabilità, può comportare come estrema conseguenza la perdita dell'ufficio. *Ibidem*, 300-303.

⁹ Cfr. M. GALIZIA, *Studi*, cit., 287.

¹⁰ Cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931, 8 ss.

¹¹ Va qui sottolineata la presenza decisiva dei partiti politici negli odierni stati democratici ai fini dell'instaurazione del rapporto fiduciario. Il governo, infatti, è espressione della maggioranza che, a sua volta, è rappresentata dal partito uscito vincitore dalle elezioni. Il programma espresso dal partito ne impegna la responsabilità politica, e perciò l'indirizzo politico deve riflettere gli indirizzi programmatici dei partiti di governo, pena l'attivazione della responsabilità politica del governo dinanzi al parlamento, e dei partiti dinanzi agli elettori. Cfr. V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 50 ss.; P. CIARLO, *Articolo 95*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, 341 ss.

¹² Cfr., per questa opinione: A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 302 ss.

¹³ Per un inquadramento generale della problematica dell'indirizzo politico, vedasi il fondamentale contributo di A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia (nei rapporti tra governo e parlamento)*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 47 ss., nonché M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto Costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 43 ss.

¹⁴ Cfr. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti*, cit., 303. Una, sia pur breve, analisi del significato da attribuire alla nozione indirizzo politico non può prescindere dallo studio di C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo*, cit., 6 ss.; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica*, cit., 37 ss.; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e ministri*, Roma, Edizioni universitarie, 1942, *passim*. In dottrina, Martines ha proposto la distinzione dell'attività di indirizzo politico in tre fasi: una *teleologica*, relativa alla determinazione dei fini dell'azione del governo (l'A. però si rifà ad una concezione normativistica

Il Parlamento, quindi, partecipa, attraverso il voto sulla fiducia, alla determinazione delle scelte di indirizzo, anzi, *compartecipa* ad una decisione che anche ad esso compete, in virtù del fatto che gode del medesimo titolo di legittimazione del Governo¹⁵.

Potere politico, responsabilità politica e fiducia parlamentare sono tre aspetti intimamente collegati di un unico rapporto fondamentale, quello tra parlamento e governo¹⁶.

L'azione del governo, in quanto azione politica, si caratterizza per un elevato grado di libertà, nei limiti però della legge e, soprattutto, della Costituzione¹⁷.

Va rilevato, tuttavia, che i fini cui l'attività di governo deve tendere, in quanto legati alla maggioranza che se ne fa portatrice, appaiono, necessariamente, come contingenti: variano, infatti, al variare della maggioranza medesima.

Ne discende che al potere politico, in quanto mutevole e, comunque, subordinato alla legge e alla Costituzione, non può spettare il compito primario di fissare i fini cui deve tendere l'azione dello Stato¹⁸.

In questa prospettiva, l'indirizzo politico del governo consiste nell'insieme di fini cui la sua azione deve tendere, nel rispetto dei valori superiori di un ordinamento, così come determinati dalla sua Costituzione¹⁹.

Al tempo stesso, i fini medesimi, costituiscono anche i mezzi di cui il binomio governo-maggioranza parlamentare si serve per attuare quei fini superiori cui tende l'azione statale.

La funzione di indirizzo politico, di conseguenza, non si può concretizzare nell'adozione delle decisioni politiche fondamentali, poiché le medesime possono essere determinate soltanto dalla Costituzione di un dato ordinamento che, nel sistema delle fonti, occupa una posizione gerarchicamente sovraordinata²⁰.

Il programma politico del governo, sul quale viene chiesta la fiducia è il "luogo" dove si esterna in concreto l'indirizzo politico e rappresenta il contenuto essenziale del "contratto" fiduciario tra

dell'indirizzo politico, e quindi riferisce la fase teleologica alla determinazione dei fini dell'azione statale); una *strumentale*, nella quale gli organi titolari dell'indirizzo politico predispongono i mezzi necessari al raggiungimento dei fini; una *effettuale*, che si svolge mediante una serie di atti nei quali i fini trovano attuazione. Così, T. MARTINES, *Indirizzo Politico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. XXI, 134 ss.

¹⁵ Cfr. M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, cit., secondo il quale vi è «un equilibrio paritario, anche se articolato, fra Parlamento e Governo. Il rapporto tra tali organi non è meramente negativo, connesso al solo momento della responsabilità politica, ma positivo e continuo, e dà luogo ad una relazione strutturale che li collega sulla base della motivazione del voto iniziale di fiducia intorno ad una determinata linea di indirizzo politico, relazione che si sorregge e si sviluppa sulle iniziative reciproche di entrambi e che pertanto è elastica e non rigida, e salva la loro rispettiva autonomia» (*ivi*, 372).

¹⁶ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Responsabilità*, cit., 1354.

¹⁷ Cfr. E. CHELLI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, 65 ss.

¹⁸ *Contra*, C. MORTATI, *L'ordinamento*, cit., 36 ss.; V. CRISAFULLI, *Per una teoria*, cit., 38-39; M. GALIZIA *Studi sui rapporti*, cit., 189 ss.

¹⁹ Cfr., C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione*, cit., 68 ss.; A. PREDIERI, *Il Consiglio Supremo di Difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 244.

²⁰ *Contra*, vedasi C. MORTATI, *L'ordinamento*, cit., 11 ss., per il quale, invece, la funzione di governo si concretizza proprio nell'adozione delle decisioni politiche fondamentali.

governo e maggioranza²¹.

Di conseguenza, il programma medesimo diventa, limitatamente al suo nucleo essenziale, vincolante per i soggetti dell'ordinamento giuridico cui si rivolge ma anche, e soprattutto, per quelli da cui viene posto²².

Sono i fini in tal modo posti dal raccordo maggioranza parlamentare-governo che diventano vincolanti, non il modo di raggiungerli, né la forma, né i tempi, né gli strumenti che possono essere utilizzati a tale scopo.

La Costituzione, quindi, mirando essenzialmente a garantire i singoli e la stabilità delle Istituzioni, deve escluderne la disponibilità da parte di questa o quella maggioranza, ponendo dei limiti alla maggioranza stessa.

3. La teoria dei controlli giuridici e la sua applicazione nell'ambito del diritto costituzionale: i controlli costituzionali

A questo punto, si rende necessario chiarire come e se il problema della responsabilità politica del governo possa ricondursi nell'ambito della teoria dei controlli in diritto costituzionale non prima, però, di avere opportunamente chiarito cosa debba intendersi per controllo costituzionale.

Il punto di partenza per una compiuta teoria dei controlli giuridici che, pur con il passare del tempo, ha conservato un valore dottrinario nodale, rimane la fondamentale trattazione di Ugo Forti il quale, per primo, individuò nel fine, nella struttura e nell'oggetto i requisiti logici essenziali al concetto di controllo²³.

È vero che a questo Autore va attribuito il merito di aver formulato una tesi che, fornendo lo spunto per tutte le elaborazioni teoriche successive (anche divergenti rispetto ad essa), ha posto basi certe per una teoria pressoché esauriente sui controlli giuridici.

Tuttavia, come tutte le tesi alla loro prima formulazione, in essa non risultano sempre esattamente precisate le nozioni dei requisiti logici essenziali del concetto di controllo medesimo.

Il merito di tale specificazione, irrinunciabile quando si voglia attribuire rigore scientifico ad un qualunque concetto, spetta, dunque, alle elaborazioni dottrinarie successive.

A riprova di quanto suddetto, sia sufficiente riguardare, per un momento, alla definizione data dal Nostro, al *fine* cui ogni attività di controllo deve tendere, che sempre deve consistere nello

²¹ Cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 302, secondo il quale, sulla scia del costituzionalismo francese, il rapporto fiduciario che lega il Parlamento al governo si configura come una relazione di tipo contrattuale nella quale il governo, ottenendo la fiducia, si vincola ad attuare un programma; le Camere, concedendola si vincolano alle decisioni legislative conformi a quel programma. "L'atto della fiducia...dà vita, come il matrimonio, ad un procedimento con effetti prolungati nel tempo". In senso non dissimile, vedasi: F. CUOCOLO, *Programma di governo, indirizzo politico, mozione motivata di fiducia*, in *Diritto e Società*, 1982, 629 ss., in particolare, 642.

²² Cfr. M. GALIZIA, *Fiducia*, cit., 406.

²³ Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Milano, Giuffrè, 1915, 607 ss.

scopo di «assicurare la rispondenza di una precedente attività dell'ente controllato a certe norme o principi»²⁴, dove *l'attività precedente dell'ente controllato* si configura come *l'oggetto* sulla cui base il controllo si esplica²⁵.

Oppure, alla *struttura essenziale* di ogni attività di controllo, caratterizzata dal momento del giudizio circa la rispondenza dell'atto o dell'attività controllata alle norme di diritto e da quello, successivo, della manifestazione di volontà, destinata a rimuovere la violazione accertata durante il momento precedente²⁶.

In posizione antitetica rispetto a tale teoria, e di pochi anni successiva ad essa, si colloca la concezione del Borsi, elaborata al fine di *escludere* dalla struttura essenziale del concetto di controllo tutti quei provvedimenti configurantisi come *l'effetto* del giudizio²⁷. Il controllo, stando a questa tesi, si esaurirebbe nel *solo momento del giudizio*, classificando qualunque ulteriore, successiva, attività come un qualcosa di diverso e, quindi, insuscettibile di esservi ricompreso²⁸.

Presupposto indispensabile di questa teoria è l'individuazione del fine, cui tende ogni attività di controllo, nell'accertamento, da parte dell'organo controllante, della legittimità o illegittimità del prodotto dell'attività controllata²⁹.

Sulla scia della tesi del Borsi, parte della dottrina, incentrando sul momento del giudizio, della *verificazione*, l'essenza del controllo, ha rinvenuto nella individuazione di un paradigma astratto, predeterminato ed immutabile, l'elemento caratterizzante la natura giuridica del controllo³⁰.

La conseguenza è che questa dottrina tende ad escludere dalla categoria dei controlli, quella dei controlli costituzionali, trattandosi, questi ultimi, di controlli *politici*, il cui parametro, sulla base del quale effettuare la verifica, è un parametro di natura politica, e perciò variabile nel tempo e non mai configurabile come giuridico³¹.

In un passato più recente, sempre nell'ambito della medesima corrente dottrina (contrapposta, quindi, a quella classica formulata dal Forti) si deve all'elaborazione teorica del Salvi un ulteriore tentativo di definire in maniera restrittiva il concetto di controllo, riducendolo al solo momento del *giudizio-accertamento* eliminandone, cioè, dalla struttura essenziale, il momento sanzionatorio, configurando il controllo come il potere di accertare la conformità o difformità di determinati atti o comportamenti di un soggetto diverso rispetto a determinate norme e criteri³².

²⁴ Cfr. U. FORTI, *I controlli*, cit., 613 e 616-617.

²⁵ Cfr. U. FORTI, *I controlli*, cit., 609 e 611-613. Giusta la critica mossa a tale riguardo da S. GALEOTTI (*Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 322), il quale evidenzia come «l'attività precedente (...) non sarà più suscettibile di essere controllata e non esaurisce (...) in tutta la loro estensione, i fenomeni che possono formare oggetto di controllo». Dello stesso Autore, vedasi il fondamentale *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1963, 63 ss.

²⁶ Cfr. U. FORTI, *I controlli*, cit., 614.

²⁷ Cfr. V. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi Senesi*, XXXII, n. 3, 1916.

²⁸ Cfr., V. BORSI, *Op.cit.*, 13.

²⁹ Cfr., V. BORSI, *Op.cit.*, 16 ss.

³⁰ Vedasi, per tutti: G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, 234 ss.

³¹ Cfr. G. FERRARI, *Gli organi*, cit., 247-248.

³² Cfr. L. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, Giuffrè, 1957, 70 ss. Si notino, inoltre, le acute argomentazioni del GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1963, 29, nota 17, tese ad evidenziare

All'opposto, in linea con le argomentazioni proposte dalla teoria classica, spetta al Giannini, il merito di aver elaborato una teoria dei controlli secondo la quale il giudizio su cui si impernia il controllo deve essere sempre collegato ad una *misura comminatoria*³³ o anche, come ha preferito definirla il Galeotti nel suo fondamentale contributo scientifico³⁴, ad una misura, in senso lato, *ostativa*³⁵, applicabile quando il giudizio sulla conformità dell'oggetto risulti negativo.

Il controllo, cioè, consisterebbe sempre in un giudizio circa il modo di comportarsi dell'organo controllato, ed in una *misura volta ad annullarne il comportamento*; la valutazione dell'attività sottoposta a controllo concludendosi sempre «in un intervento (...) di un soggetto su un altro, in una influenza attiva, sia positiva che negativa, e dall'esito del controllo deriva una diretta conseguenza giuridica nella situazione del soggetto controllato e sulla sua azione»³⁶.

Viene formulata, di conseguenza, una definizione del fine cui ogni attività di controllo deve tendere, attenta, non soltanto a rilevare tutto ciò che sia disforme rispetto ai valori che il controllante ha il dovere di tutelare, ma anche, e soprattutto, a salvaguardare i principi, le norme, gli interessi o, più comprensivamente, i valori «in esso istituzionalmente incardinati o dallo stesso naturalmente portati, di fronte al dispiegarsi o al prodursi di uno stato di fatto che potrebbe infrangerli»³⁷.

l'inaccoglibilità di tale tesi in quanto le enunciazioni del Salvi si fondano su fattispecie concrete, in cui si attuerebbe il potere di controllo, e non astratte o normative del potere stesso.

³³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Recensione a L. Salvi, Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, vol. VIII, 1958, 374 ss.; Id., *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss., nonché Id., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, 327 ss.

³⁴ Cfr., S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., 63 ss.

³⁵ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 45 ss., il quale rileva come nel momento del giudizio e previamente al suo esplicitarsi è incluso il momento dell'ispezione inteso come «quello diretto ad acquisire la presa di conoscenza della materia controllata da parte del controllante» (*ivi*, 46). Tuttavia, spesso, l'attività ispettiva assurge ad autonomia strutturale e funzionale «andando ad integrare, in tale ipotesi, un fenomeno concettualmente distinto da quello del controllo» (*ivi*, 46, nota 35). Nel caso della funzione ispettiva esercitata da ciascuna Camera o dai suoi singoli membri, ad esempio, è necessario distinguerla senz'altro dalla funzione di controllo, sebbene la dottrina si sia pronunciata maggioritariamente nel senso di considerare gli strumenti della funzione ispettiva (tali sono quelli dell'inchiesta, delle interrogazioni, delle interpellanze, ecc.) come facenti parte della funzione di controllo. Tali strumenti, invece, non possono in alcun modo corrispondere al concetto di controllo «essendo funzionalmente idonei solo ad acquisire concretamente una conoscenza (...) (essendo cioè) inidonei a produrre il benché minimo effetto ostativo, non rivelando alcuna *faculté d'empêcher*, in che sta invece il tratto individuante della misura propria dei controlli» (*ivi*, 83 ss. e, in particolare, 87). Nel medesimo senso, vedasi anche le acute osservazioni di A. PACE, *L'inchiesta parlamentare come strumento di governo della maggioranza*, in *Il potere di inchiesta delle Assemblee legislative*, Milano, Giuffrè, 1973, 103 ss., il quale, inoltre, rileva come nell'attività ispettiva, lo «strumento ispettivo non può essere considerato come autonomamente e immediatamente disponibile da parte del parlamento». L'inchiesta di governo, pertanto, non costituisce strumento di controllo, bensì «uno strumento di governo della maggioranza» (*ivi*, 130-131). Vedasi anche, del medesimo Autore, *Art. 82*, in *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi, art. 76-82*, vol. II, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, 303 ss., dove, però, si specifica che l'attività di inchiesta non può essere considerata una funzione del Parlamento (*ivi*, in particolare 320 ss.).

³⁶ Cfr. M. GALIZIA *Studi*, cit., 290. Alla medesima impostazione sembrerebbe aderire anche A. PACE, *L'inchiesta parlamentare*, cit., 128-129, quando, dimostrando come l'inchiesta parlamentare non possa configurarsi come una operazione di controllo, afferma: «(anche se in via di mera ipotesi), la sufficienza, ai fini dell'identificazione della fattispecie (controllo), del "giudizio" reso in base ad un parametro *impreciso*, con l'aggiunta (...) di una "misura", anche *non giuridica*» (il corsivo è nostro).

³⁷ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 43. In termini, O. SEPE, *Controlli, Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, Ist. Enc. it, 1988, 1 ss., per il quale «la funzione fondamentale del controllo non è quella di correggere o eliminare un singolo provvedimento, ma di inserirsi nel processo di azione amministrativa ai fini di funzionamento e di efficienza: *il controllo ha una funzione incentivante e dialettica cioè spinge al miglioramento*» (il corsivo è nel testo) (*ivi*, 4).

Emerge da quanto suesposto, come rileva argutamente Galeotti, che le tendenze dottrinarie in materia di controlli si sono atteggiate in maniera diversa a seconda della nozione di fine assuntasi come valida³⁸.

Laddove si consideri fine dell'attività di controllo la pura e semplice rilevazione della conformità o difformità dell'oggetto rispetto ai canoni secondo cui questo deve essere formato, allora si riterrà esaudiente per una corretta definizione dell'attività di controllo, ridurre il medesimo al solo momento del giudizio.

Ove, invece, si assuma che, fine del controllo è quello di salvaguardare che i valori tutelati dal controllante, anche se allo stato fluido o rimessi alla sua interpretazione e specificazione, rimangano integri, allora il solo elemento del giudizio non può considerarsi esauriente la struttura del controllo stesso³⁹.

Il controllo, pertanto, dovrà sempre consistere in un giudizio circa il modo di comportarsi dell'organo controllato ed in una misura in grado di annullarne il comportamento laddove se ne palesasse la necessità⁴⁰.

L'aggettivazione dell'attività di controllo, così come il suo inquadramento in un ramo del diritto piuttosto che in un altro, dipende dall'oggetto su cui si esplica il controllo medesimo; si caratterizza, cioè, come sostenuto da Galeotti⁴¹, con una argomentazione felicemente approfondita e sviluppata da Mario Galizia⁴², sulla base della natura costituzionale del rapporto cui inerisce.

Tuttavia, se è vero che Galeotti ha avuto il merito di rinvenire le ragioni della giuridicità del controllo non nella immutabilità e predeterminazione di canoni di raffronto bensì nella giuridicità dell'oggetto su cui verte il controllo stesso, è pur vero che al Galizia va attribuito il merito di aver specificato, nell'ambito della medesima corrente dottrina, che i controlli costituzionali, pur avendo ad oggetto rapporti squisitamente politici, sono «pur essi controlli giuridici, giacché operano sul piano giuridico e con effetti giuridici, non si svolgono, perciò, come si è sostenuto

³⁸ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 41.

³⁹ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 41; Id., *Controlli costituzionali*, cit., 321-322.

⁴⁰ Si tratta della sussistenza, nel potere di controllo, della misura, in senso lato, ostativa che il Galeotti definisce, rettamente, come *faculté d'empêcher*, intesa nel senso di possibilità di applicare la misura ove se ne ravvisi la necessità. Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 49-50.

⁴¹ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 117 ss., il quale, esclude di poter caratterizzare come costituzionale un istituto di controllo basandosi su di un criterio finalistico, giacché restringerebbe l'ambito dei controlli costituzionali solo a quelli di legittimità costituzionale. Così come, non viene ritenuto sufficiente il criterio soggettivo perché, spesso, organi sicuramente costituzionali sono titolari di situazioni giuridiche soggettive che non si svolgono nel campo del diritto costituzionale. Anche la tesi di P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948, 250 ss., che si rifà ad un criterio composito (ad un criterio, cioè, che combina l'elemento finalistico con quello soggettivo, e che, in buona sostanza, identifica come costituzionali tutti quei controlli che influiscano sulla determinazione dell'indirizzo politico) non viene accolta dal Galeotti poiché «oltre alla circostanza che del controllo debba essere investito un organo costituzionale, il collegare teleologicamente ogni controllo costituzionale alla determinazione dell'indirizzo politico generalizza un carattere che è proprio soltanto di alcuni tra i controlli costituzionali» (*Introduzione*, cit., 121). Il criterio idoneo a catalogare un controllo come costituzionale è, secondo il Nostro, solamente «il dato oggettivo della natura costituzionale del rapporto sul quale il controllo interviene» (*ivi*, 121-122).

⁴² Cfr. M. GALIZIA, *Studi*, cit., 292.

da qualche autore, al di fuori del diritto»⁴³.

4. L'estraneità della responsabilità politica del governo dalla struttura essenziale del concetto di controllo costituzionale

Così impostato il problema, ci sembra possibile dare una risposta al quesito che ci siamo posti nel precedente paragrafo sul se (e, in caso affermativo, in che misura) il concetto di responsabilità politica del governo possa ricondursi nell'ambito della teoria dei controlli costituzionali.

Se, come chiarito poc'anzi, in linea con la tesi dominante, il fine di ogni attività di controllo consiste nel tutelare e salvaguardare i valori «incardinati istituzionalmente o naturalmente portati dal controllante di fronte ad evenienze capaci nel loro prodursi o dispiegarsi di menomarli o infrangerli»⁴⁴ ne deriva che, oggetto del controllo medesimo deve necessariamente essere «una fattispecie da cui possano discendere, immediatamente o mediamente, attualmente o potenzialmente, nel mondo dell'effettualità giuridica mutamenti corrispondenti a scelte o a determinazioni *autonome*»⁴⁵.

Così definito l'oggetto del controllo, ne discende, come necessaria conseguenza, che l'attività di controllo può esplicarsi, non soltanto sugli atti, ma anche sulle persone.

In quest'ultimo caso il controllo si traduce in una «*misura* incidente sulla posizione giuridica, sullo *status*, o sulla legittimazione del soggetto» controllato⁴⁶.

Inoltre, «secondo una nozione logicamente rigorosa, i controlli sulle persone sono controllo solo in quanto giudizio e misura incidano sul medesimo oggetto»⁴⁷, e l'oggetto, in questo caso, è, come poc'anzi detto, lo *status* dell'operatore giuridico (individuale o collegiale), la sua idoneità funzionale, la sua organizzazione⁴⁸.

La sfiducia al governo, ad esempio, non si tratterebbe di sanzione di responsabilità politica, bensì della *misura* del controllo, poiché il giudizio verterebbe sulla idoneità funzionale dell'organo e la misura sarebbe volta a rimuovere l'organo stesso: l'oggetto del giudizio e della misura sarebbe il medesimo cosa che, come abbiamo visto, è condizione perché si abbia attività di controllo e

⁴³ Cfr. M. GALIZIA, *Studi*, cit., 292.

⁴⁴ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 52.

⁴⁵ Mutamenti, perciò, diversi da quelli già determinati dall'ordinamento, e quindi, anche potenzialmente confliggenti con i valori che l'ordinamento che in via diretta o indiretta vuole salvaguardati. Sul punto, S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 53.

⁴⁶ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 57.

⁴⁷ Non rientrerebbero, pertanto, nel concetto di controllo, proprio per il difetto di tale requisito, tutti i meccanismi attuativi di responsabilità, fatta eccezione per la responsabilità politica, come vedremo tra breve. Sul punto, S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 64, nota 59.

⁴⁸ Si noti che S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 57-58, aderisce all'impostazione proposta da P. GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III vol., Padova, Cedam, 1956, 49 ss. e vol. IV, 65 ss., che distingue i controlli in controlli sulle disfunzioni e controlli sulle disorganizzazioni. Il controllo giuridico, «in quanto si manifesti in ordine alla vita degli apparati organizzativi (ed è questa l'ipotesi di gran lunga più comune nei fenomeni di controllo), avrà dunque per oggetto quei fenomeni abnormi di un apparato che sono, da una parte, le disfunzioni, ossia le anomalie riscontrabili nel funzionamento, nel modo d'agire dell'operatore, dall'altro, le disorganizzazioni, ossia le anomalie riscontrabili nel suo modo d'essere, nella sua struttura e composizione organica».

non di responsabilità politica.

Tale tesi, tuttavia, non sembra convincere giacché, partendo dal presupposto dell'esattezza della nozione di controllo come giudizio e misura incidenti sullo stesso oggetto, nel caso della sfiducia al governo non pare se ne possa mai affermarne la coincidenza.

Anche a voler ammettere che l'oggetto del giudizio è l'idoneità funzionale dell'operatore giuridico, essa si potrà valutare soltanto in base all'attività del medesimo.

È l'attività posta in essere dal soggetto di cui si sta valutando l'operato che ne definisce l'idoneità funzionale.

Soltanto in base ad essa, quindi, si può stabilire se occorre applicare la misura oppure no, i cui effetti, invece, ricadranno non già sull'attività stessa, bensì sull'operatore giuridico che l'ha posta in essere.

Pertanto, oggetto del giudizio ed oggetto della misura, nel caso della responsabilità politica, come in tutti gli altri tipi di responsabilità, non coincidono, come, invece, deve accadere nelle forme di controllo, il giudizio esplicandosi sull'attività di un soggetto che, in caso di valutazione negativa, sarà l'oggetto della misura o, meglio, trattandosi appunto di esigenza di responsabilità, della sanzione.

I fatti o gli atti che costituiscono l'oggetto del giudizio non possono configurarsi come «cause sintomatiche, *spie*, fissate normativamente o meno, dello *stato abnorme* in cui versa l'operatore giuridico», stato abnorme che, stando a questa tesi, costituirebbe l'oggetto del controllo⁴⁹.

È in base alla valutazione che si dà di essi che si può dire che l'operatore giuridico versa in una «situazione abnorme», e non viceversa; oggetto del giudizio, pertanto, sono, comunque, i medesimi⁵⁰.

Anche avendo riguardo al fine, caratteristico dell'istituto del controllo consistente, come più volte sottolineato, nella tutela, da parte del soggetto controllante, di determinati valori anche, eventualmente, allo stato fluido, non si può che giungere alle medesime conclusioni.

Infatti, la sfiducia, che costituirebbe la misura del controllo, se di ciò si trattasse, avrebbe un riflesso soltanto sull'operatore giuridico, rimuovendolo dalla carica, non già su quegli atti o fatti produttivi di effetti giuridici negativi identificati come mere «*spie*» della situazione abnorme che, quindi, in quanto non costituenti oggetto del giudizio, non verrebbero comunque coinvolti nella misura che, invece, come abbiamo visto, nel controllo cade sempre sullo stesso oggetto sottoposto a valutazione.

La misura attuata dal controllante, quindi, di rimozione dall'ufficio del soggetto controllato, non varrebbe comunque a sanare le violazioni dei valori da lui tutelati, effettuate dagli atti o fatti posti in essere dal soggetto controllato; non esaurirebbe, cioè, il fine proprio di ogni attività di

⁴⁹ In tal senso, S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 65.

⁵⁰ *Contra*, S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 52 ss.

controllo.

I meccanismi atti a provocare la caduta dei governi (questione di fiducia e mozione di sfiducia) pertanto, non possono che configurarsi come la sanzione massima della responsabilità politica del governo stesso.

Sanzione che, proprio per il configurarsi la responsabilità come politica, troverebbe applicazione non già in caso di violazione accertata di canoni di raffronto predeterminati, bensì in caso di una valutazione di opportunità anch'essa squisitamente ed esclusivamente politica.

La sfiducia, pertanto, non si configura come la misura di un'attività di controllo, bensì come la sanzione massima della responsabilità⁵¹.

La misura, essenziale, come già detto, affinché si possa parlare di controllo, consisterebbe, invece, in «sanzioni di carattere elastico, atte a diminuire il consenso intorno al soggetto controllato (...) Essa, insomma, potrà consistere in manifestazioni di desiderio, di biasimo, di censura; (...) la rimozione, però, non costituirà mai la misura inerente al controllo, ma, semmai, una conseguenza eventuale di quello»⁵².

L'attività di controllo parlamentare, pertanto, non può che consistere nella verifica del "se" siano stati rispettati i valori ed i principi alla cui tutela il controllo medesimo è preposto e, in caso contrario, nella adozione di misure comminatorie, che non consistono nella sfiducia da parte del parlamento al governo⁵³.

Nella pratica, infatti, il controllo del parlamento sul governo si allontana continuamente dal parametro programmatico stabilito al momento del voto di fiducia, per andare verso parametri che le forze politiche creano di volta in volta con l'evolversi della congiuntura politica⁵⁴.

⁵¹ Contra, A. PIZZORUSSO, *Controlli costituzionali*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, Ist. Enc. it, 2.

⁵² Cfr. S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, UTET, 1989, 106. Vedasi anche C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, 258, secondo il quale «nel controllo in questione, la misura non manca mai, consistendo nella pressione politica che la pronuncia parlamentare esercita là dove valuta criticamente l'operato governativo». Va sottolineato che, questo Autore, aderendo alla impostazione teorica del Ferrari (cui abbiamo accennato dianzi), che vede nel momento del giudizio l'elemento intorno al quale ruota il concetto di controllo, individua nell'indirizzo politico di maggioranza il canone di raffronto predeterminato ed immutabile al quale deve ancorarsi il controllo parlamentare (*ibidem*, 234 ss.).

⁵³ In dottrina, S. SICARDI, *Controllo e indirizzo parlamentare*, cit., 106, ha sostenuto che la teoria del *controllo-verifica* tende a valorizzare l'autonomia di questa dalle altre funzioni ed attività delle Camere, invece quella del *controllo-ingerenza* tende a confonderle. La funzione di controllo cioè, in quest'ultima prospettiva, si pone dei fini che sconfinano nell'attività di direzione con la sua conseguente perdita autonomia. Il controllo, cioè, diventa uno dei modi attraverso cui l'organo esplica una potestà di direttiva (o di influenza) sul soggetto controllato. Vedasi, anche, per una definizione del controllo come *controllo-direzione* A. BALDASSARRE, *I poteri di indirizzo-controllo del Parlamento*, in *Il Parlamento. Analisi e proposte di riforma*, Quad. n. 2, di *Democrazia e Diritto*, 1978, 181 ss.

⁵⁴ Nel controllo parlamentare, quindi, le manifestazioni di giudizio avvengono sulla base di un parametro di natura politica, necessariamente discrezionale e mutevole nel tempo. In dottrina, M. GALIZIA, *Studi sui rapporti*, cit., 295 ss.) sostiene che «il giudizio, nel caso dei controlli politici, non consiste nel compiere una verifica obiettiva sullo schema ma nell'effettuare un'autonoma valutazione della situazione determinata dall'atto o dall'attività compiuta, oppure che si verrà a determinare attraverso il compimento dell'atto o dell'attività, o in ragione della struttura assunta dal soggetto, alla luce del sistema dei fini che reggono la Costituzione». Vedasi anche S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 18, il quale, afferma che il controllo politico non può praticamente assumere il contenuto quasi-automatico di un giudizio di corrispondenza della copia al paradigma.

In tal modo, l'oggetto del controllo deve essere più che la gestione del governo un giudizio sulla sua capacità di adattamento e di iniziativa rispetto ai nuovi elementi della realtà politica⁵⁵.

L'inclusione della responsabilità politica nella funzione di controllo porterebbe a concepire l'elemento sanzionatorio (rappresentato dalla negazione della fiducia) come l'unico rilevante tra gli altri elementi del controllo.

Questa tesi, inoltre, non arriverebbe a spiegare quelle ipotesi in cui il controllo parlamentare non implica alcuna sanzione giuridica.

Se ne potrebbe soltanto dedurre che, laddove non fosse prevista la sanzione, non sarebbe lecito parlare di controllo. Un'analisi empirica dell'esercizio dell'esigenza della responsabilità politica nelle attuali forme di governo parlamentari, quindi, porterebbe alla conclusione che il parlamento non controlla l'esecutivo.

Ad altre conclusioni dobbiamo necessariamente giungere, accogliendo una nozione di controllo parlamentare che si limiti a prendere atto di ciò che esso realmente è nella pratica: la funzione quotidiana e permanente di vigilanza del parlamento sull'azione dell'esecutivo.

Nel parlamento, tanto la maggioranza quanto l'opposizione controllano l'attività del governo con intensità ed obiettivi diversi, traendo dall'attività di controllo le conseguenze che reputano più opportune che possono consistere, ad esempio, nella decisione di non fare alcunché; o in quella di appoggiare comunque il governo, e anche nell'esigenza della responsabilità politica⁵⁶.

La sanzione massima di responsabilità politica, consistente nel voto di sfiducia, non deve applicarsi obbligatoriamente neanche quando l'attività di controllo abbia rivelato un'effettiva deficienza nella gestione del governo.

Così come può accadere che si azioni il meccanismo atto a far valere la responsabilità politica dell'esecutivo anche quando l'attività del governo non abbia dimostrato carenza alcuna, e soltanto allo scopo di sostituire una compagine governativa con un'altra che risponda con maggior forza alle mutate circostanze politiche.

Di conseguenza, non può non affermarsi che tale sanzione non coincide mai con la misura

⁵⁵ *Contra*, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, 645-646; F. CUOCOLO, *Programma di governo*, cit., 629 ss.; G. RIZZA, *Questione di fiducia, regolamenti parlamentari e attribuzioni dell'Esecutivo*, in *Studi in onore di A. Amorth (Scritti di diritto costituzionale e altri)*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, 535; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1985, 149-150, i quali sostengono che il governo, una volta ottenuta la fiducia, è giuridicamente vincolato al programma al punto che la sua inattuazione porterebbe necessariamente all'esigenza della responsabilità politica.

⁵⁶ In dottrina, M. GALIZIA, *Studi sui rapporti*, cit., 308 ss., distingue tra controllo politico della maggioranza (tendente a svolgersi all'interno dell'articolazione fiduciaria, in cui è la maggioranza stessa che si pone il compito di verificare l'aderenza dell'attività di governo all'indirizzo politico assunto) e controllo dell'opposizione (che mira ad incidere non solo sul gabinetto ma anche sulla maggioranza attraverso la critica e la contestazione dell'azione del Governo e rivolto fondamentalmente a colpire il medesimo indirizzo assunto con la votazione di fiducia). Quest'ultimo, poi, si articolerebbe in due tipi distinti: il controllo dell'opposizione costituzionale ed il controllo dell'opposizione di regime. Ciò si deve alla mancanza di omogeneità sociale che avrebbe determinato il sorgere di gruppi politici il cui fine sarebbe quello di sovvertire le istituzioni vigenti ed il cui controllo politico sul gabinetto non sarebbe diretto soltanto a modificare l'indirizzo nella cornice del sistema, ma si prefiggerebbe il mutamento dei principii di base della costituzione e l'abolizione del sistema di governo da essa attuato.

comminatoria dell'attività di controllo, rappresentandone solamente una conseguenza *eventuale*.

Considerare il controllo come una funzione parlamentare tesa alla verifica dell'attività posta in essere dall'esecutivo non vuol dire che il controllo medesimo non abbia alcun peso sul divenire di questa attività: esso, infatti, influisce spesso in maniera determinante sul comportamento dell'organo controllato.

Perciò il controllo parlamentare slegato dai meccanismi di rottura del vincolo fiduciario non si snatura, non è né giuridicamente inefficace né si riduce ad una volontaria ed amichevole collaborazione tra organi.

Il controllo rimane comunque un meccanismo giuridico utile affinché tanto il parlamento che l'opinione pubblica prendano *ex post* le misure che considerino più opportune.

5. Il controllo parlamentare e l'esigenza della responsabilità politica del governo come elementi distinti della garanzia costituzionale

Da quanto sinora detto, discende che possiamo collocare tanto i controlli in diritto costituzionale che i meccanismi atti a far valere la responsabilità politica del governo nel più ampio contesto delle garanzie costituzionali⁵⁷, intendendo queste ultime come quegli strumenti giuridici volti a tutelare la conservazione, l'osservanza e l'attuazione della Costituzione da parte degli organi costituzionali, assicurando la regolarità formale e sostanziale del loro funzionamento e della loro azione⁵⁸.

Esse consisterebbero in ogni apprestamento procedurale o peculiarità organizzativa che si

⁵⁷ Per questa opinione vedasi: M. GALIZIA *Studi*, cit., 291; S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 63 e 123 ss.; L. SALVI, *Premessa*, cit., 64 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1223 ss.; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, UTET, 1986, 473 ss. il quale, però distingue tra garanzie *costituzionali* (poste, o comunque ricavate, dalla Costituzione e pertanto offerte dalla Costituzione stessa all'individuo sia di fronte allo Stato, sia di fronte ad altri soggetti) e garanzie *della Costituzione* (riguardanti i vari meccanismi di sicurezza che l'ordinamento costituzionale contiene per garantire se stesso) (*ivi*, 474-475). Vedasi anche, in senso non dissimile, S. GALEOTTI, *Garanzie costituzionali*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 491, che osserva che «nel primo uso dell'espressione la Costituzione è essa stessa ciò che fornisce la sicurezza, la garanzia; la Costituzione diviene logicamente il soggetto dell'azione del garante; (...) Nell'altra e più ristretta accezione di "garanzia costituzionale", la Costituzione viene assunta non come ciò che garantisce ma, al contrario, come ciò che abbisogna d'essere garantito; la Costituzione diventa qui l'oggetto della garanzia». Del medesimo Autore, *La garanzia costituzionale (presupposti e concetti)*, Milano, Giuffrè, 1950, 137 ss.

⁵⁸ In tal senso, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 476-477; *contra*, si veda l'opinione di S. GALEOTTI, *Garanzia costituzionale*, cit., 493, nota 7, il quale, attenendosi ad un criterio rigorosamente normativistico, afferma: «Non sembra logicamente possibile operare una dicotomia, contrapponendo un interesse alla conservazione della costituzione (e dei valori sostanziali ad essa sottostanti) all'interesse (...) all'osservanza della costituzione (o alla regolarità, o alla legittimità costituzionali o come altrimenti si voglia denominare). Né pertanto sembra possibile, in una classificazione delle garanzie costituzionali fatta da un punto di vista teleologico, contrapporre garanzie costituzionali "di conservazione" a garanzie costituzionali "di osservanza" (...) Invero, codesti fini, e gli interessi che ne sono la ragione, appaiono logicamente inscindibili, e si convertono l'uno nell'altro. Garantendo l'osservanza della costituzione (*rectius*, di sue singole disposizioni) si conserva l'integrità della costituzione stessa (in quelle sue norme) e dei valori ad essa sottostanti, o la si reintegra in caso di violazioni. Per contro, dato che fossero configurabili anche garanzie costituzionali di conservazione (...) il fine, cioè l'interesse, cui corrisponderebbero sarebbe pur sempre quello di conservare immutate ed intatte le norme della costituzione (...); ossia, ancora una volta, si tratterebbe sempre dell'interesse a che la costituzione (ed i valori sostanziali tradotti nelle sue norme) sia serbata intatta, cioè appunto, in quanto norma osservata».

dimostrino ingranaggi idonei a concorrere alla stabilità dell'ordinamento costituzionale fungendo da limite e freno all'esercizio delle funzioni costituzionali⁵⁹.

Nel concetto di garanzia, pertanto, rientrano fattispecie non omogenee.

A fronte di quella parte della dottrina che, individua nel parlamento l'unico soggetto titolare di una generica funzione di garanzia costituzionale, volta a salvaguardare le condizioni di normalità costituzionale nel funzionamento dello Stato, argomentando sulla base del suo legame organico con la comunità popolare⁶⁰, va, invece, sottolineato come la Costituzione non pone al vertice del sistema costituzionale il parlamento⁶¹.

Il parlamento, nonostante abbia una posizione centrale nell'ordinamento repubblicano, è solo uno degli organi costituzionali (posto in condizione di parità e di indipendenza reciproca rispetto agli altri) attributario di congegni di garanzia; di conseguenza, non è configurabile «neppure alla lontana, una situazione di *soggezione* al Parlamento degli (altri) organi (costituzionali)»⁶².

L'attività di controllo e gli atti di sindacato ispettivo da una parte e l'esigenza della responsabilità politica del governo dall'altra, sono due momenti in relazione tra di loro, ma non corrispondono né trovano il loro fondamento l'uno nell'altro; il secondo elemento, difatti, si aziona non come momento del controllo, bensì come struttura della garanzia.

L'analisi della Costituzione ratifica la tesi qui mantenuta, che vuole il controllo parlamentare differenziato rispetto alla possibilità di mettere in giuoco la responsabilità politica del governo.

Le conseguenze dell'attività di controllo possono essere le più varie tra cui vi è *anche* la possibilità di far valere la responsabilità politica del governo.

La confusione tra controllo parlamentare ed esigenza della responsabilità politica ha indotto parte della dottrina ad affermare che le difficoltà cui dà luogo l'azionabilità della responsabilità politica del governo comportano la cancellazione della funzione di controllo parlamentare. Aderendo, invece, alla tesi che inquadra l'esigenza della responsabilità politica nel più ampio contesto delle garanzie costituzionali non si può che pervenire a risultati diversi.

È opportuno dunque ribadire che la Costituzione ha accolto soltanto quel concetto di controllo parlamentare che si identifica con un'attività di verifica delle azioni del governo, dalla quale possono sorgere *più* conseguenze, tra cui anche la responsabilità politica del governo.

⁵⁹ In tal senso, vedasi C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1223; C. LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 476, ma, *contra*: S. GALEOTTI, *Introduzione*, cit., 126-127) per il quale il fine della garanzia costituzionale è quello di tutelare quei valori che scaturiscono dal complesso normativo della Costituzione, la garanzia, cioè, è preordinata a tutela di valori normativi obbiettivamente canonizzati o deducibili dalla Costituzione formale.

⁶⁰ In tal senso, vedasi A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., 354 e dello stesso A., *I controlli parlamentari*, Milano, Giuffrè, 1970, 6 ss., nonché *Osservazioni sui controlli parlamentari*, in *Studi per il XX anniversario della Assemblea costituente, Aspetti del sistema costituzionale*, IV vol., Firenze, Vallecchi ed., 1969, 337 ss.

⁶¹ Per tale impostazione, cfr. A. PACE, *Art. 82*, cit., 309 ss. e 324-325; A. BALDASSARRE, *I poteri di indirizzo-controllo*, cit., 201.

⁶² Così, da ultimo, C. CHIMENTI, *Un parlamentarismo agli sgoccioli (Lineamenti della forma di governo italiana nell'esperienza di dieci legislature)*, Torino, Giappichelli, 1992, 160.

La combinazione di questi elementi dà luogo alla complessa struttura della garanzia costituzionale che, secondo la migliore dottrina, non può non appartenere, tra gli altri organi costituzionali, anche alle camere.

ABSTRACT:

All'indomani dell'approvazione della Costituzione repubblicana, la dottrina costituzionalistica italiana ha posto particolare attenzione allo studio dei rapporti tra governo e parlamento. La teoria dei controlli elaborata dalla dottrina amministrativistica ha trovato una propria autonoma applicazione anche nell'ambito del diritto costituzionale, ma le tesi che hanno cercato di ricondurre la sfiducia parlamentare ad un momento della funzione di controllo si sono dimostrate deboli. Al contrario, l'interruzione del rapporto fiduciario ha potuto essere ricostruito nell'ambito della più ampia funzione di garanzia costituzionale che è stata attribuita anche al parlamento grazie alla sua posizione centrale nell'ordinamento repubblicano.

ABSTRACT:

In the aftermath of the approval of the Republican Constitution, Italian constitutional scholarship has given particular attention to the study of the relationship between government and parliament. The theory of controls elaborated by the administrative doctrine has also found its own independent application in the field of constitutional law, but the theses that have tried to trace parliamentary defiance to a moment of the function of control have been found to be weak. On the contrary, the interruption of the fiduciary relationship could be reconstructed within the broader function of constitutional guarantee that has also been attributed to parliament thanks to its central position in the republican system.



Flavio Siniscalchi*

L'ombra lunga di Montesquieu: Carré de Malberg e la teoria della separazione dei poteri alla prova dei rapporti tra fonti del diritto nel primo dopoguerra**

SOMMARIO: 1. Tra due epoche, tra due mondi. – 2. Lo studio comparato delle fonti: l'articolo sulla delega legislativa e il rapporto tra legge e ordinanza nella Costituzione di Weimar e nella III République. – 3. Dal progetto costituzionale all'ordinamento come sistema: il giuspositivismo di Carré come realismo giuridico

1. *Tra due epoche, tra due mondi*

In un importante saggio del 1971¹, Mario Galizia esamina approfonditamente l'impianto dottrinale di Raymond Carré de Malberg (1861-1935), giurista alsaziano, professore all'Università di Strasburgo, catalogato, forse troppo facilmente, tra gli esponenti di spicco del giuspositivismo del primo dopoguerra. Strasburghese di nascita, Carré de Malberg vive personalmente le conseguenze della sconfitta del 1871 e l'esilio a Parigi. Dopo l'insegnamento nelle università di Caen e Nancy, nel 1919, a seguito della riconquista dell'Alsazia, sceglierà senza esitazioni Strasburgo, dove parteciperà attivamente alla rifrancesizzazione, in particolare, della facoltà di diritto.

Il saggio di Galizia è incentrato essenzialmente sulla disamina dell'opera più importante, per estensione e organicità, di Carré, la "*Contribution à la théorie générale de l'Etat*"², redatta e maturata nel decennio della I° guerra mondiale e pubblicata finalmente nel 1920. La pubblicazione della "*Contribution*" segue pertanto quasi immediatamente la nomina a Strasburgo quale professore di diritto costituzionale, nella cattedra che fu di Laband nel periodo della dominazione tedesca. La

*Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate. Funzionario Commissione europea.

Le opinioni espresse nel presente articolo sono espresse esclusivamente a titolo personale, redatto al di fuori delle funzioni e dell'ambito professionale, non sono correlate ad alcuna funzione svolta per la Commissione europea e non riflettono alcuna posizione dell'istituzione.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. GALIZIA, Il "*positivisme juridique*" di Raymond Carré de Malberg, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 335 ss.

² R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'état : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.

vocazione di Strasburgo, e in particolare della facoltà di giurisprudenza, è necessariamente “*di mediazione e contatto tra la cultura giuridica francese e tedesca*”³.

Il saggio di Galizia relativizza il presunto giuspositivismo di Carré⁴, sottolineandone la preoccupazione per la ricostruzione dell’ordinamento costituzionale quale procede dalla *sovranità statale*⁵, in modo da ricollocare Carré nell’ambito della dottrina pubblicistica francese della nazione. Ne consegue una relativizzazione della sfera giuridica “*al di là degli equivoci tipici di una concezione formale legalistica della giustizia*”⁶. È tale relativizzazione, o piuttosto delimitazione, che rende possibile la *scienza* giuridica, intesa come sapere settoriale autonomo. Il giuspositivismo di Carré, lungi dallo sterilizzare il diritto in un sistema astratto di correlazioni logiche, diventa piuttosto un canone ermeneutico per cogliere la specificità del fenomeno giuridico, considerato separatamente da altri fenomeni sociali, quali la morale, la religione, la politica. Solo l’approccio giuspositivista così inteso rende possibile il diritto come tecnica funzionale al mantenimento dell’ordine sociale⁷. L’ordine sociale che sta a cuore a Carré de Malberg è quello della Francia della III Repubblica, della quale la sua terra d’Alsazia-Lorena era finalmente tornata a fare parte al prezzo inaudito di milioni di vite (solo pochi decenni dopo lo spaventoso tributo di sangue versato alla sua incorporazione nel *Reich* guglielmino)⁸. La *Contribution* è l’opera degli anni di guerra e del riscatto nazionale; il titolo stesso (“contributo”) è rivelatore della modestia di un impegno civico scevro di personalismi, che rivendica l’utilità del sapere giuridico nell’opera di consolidamento costituzionale della *République*, sforzo teoretico speculare alle “*Allgemeine Staatslehre*” espresse nei decenni precedenti anche da eminenti giuristi della *Kaiser-Wilhelms-Universität*,⁹ finalmente tornata *Université de Strasbourg*¹⁰.

2. *Lo studio comparato delle fonti: l’articolo sulla delega legislativa e il rapporto tra legge e ordinanza nella Costituzione di Weimar e nella III République*

³ M. GALIZIA, *Il “positivisme juridique, cit.*, 344.

⁴ *Ibidem*, 351.

⁵ *Ibidem*, 350.

⁶ *Ibidem*, 351.

⁷ *Ibidem*, 354.

⁸ Illuminante, a proposito della ineluttabilità del metodo giuspositivista di Carré de Malberg come presupposto della comprensione del diritto vigente, e pertanto di una corretta descrizione della realtà costituzionale e politica, senza dover necessariamente pervenire a sintesi consolatorie, è l’articolo di Carré del 1914 *La condition juridique de l’Alsace-Lorraine*, in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1914, 34, 5 (disponibile all’indirizzo: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k111164k/f7>).

⁹ La *Allgemeine Staatslehre* dell’alsaziano Hermann REHM, professore a Strasburgo, è del 1899. Sulle origini e la metamorfosi della nozione di “*Allgemeine Staatslehre*” v. il fondamentale capitolo “*Allgemeine Staatslehre 1850-1914*” in: M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 2012, vol.2, 423 ss. Interessante l’impegno comparatistico di REHM in un’accezione “positivista” non estranea all’approccio di Carré, all’epoca professore a Nancy (cfr. STOLLEIS, *op.cit.*, 437).

¹⁰ Cfr. O. BEAUD, *Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d’explication d’une doctrine*

Constitutionnelle, in O. BEAUD & P. WACHSMANN, (dir.), *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle Série, n° 1, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, 219-253.

Nella seconda metà del 1925 Carré de Malberg pubblica un lungo saggio intitolato « *La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar* »¹¹.

È forse la prima opera di rilievo del periodo strasburghese, successivo alla pubblicazione della *Contribution à la Theorie Generale de l'Etat* (che appare nel 1920 ma la cui ideazione e redazione risale agli anni precedenti la guerra, nel periodo di Nancy) ed è il primo di una serie di saggi pubblicati negli anni Venti sulla stessa rivista di legislazione comparata in cui Carré si misura con la novità rappresentata dalla Costituzione di Weimar. L'intento di Carré non è tanto comparatistico quanto teoretico: quel che gli sta a cuore è mostrare non solo come l'intelaiatura teorica francese del diciottesimo secolo, perpetuata acriticamente nel corso del diciannovesimo per via prevalentemente giurisprudenziale, sia ormai inadatta a spiegare il diritto costituzionale della Terza Repubblica, ma anche come tale retaggio sia di ostacolo a una interpretazione soddisfacente della nuova costituzione tedesca, primo tentativo di adeguazione di un ordinamento giuridico alla natura dello Stato-nazione industriale del ventesimo secolo¹² (contemporaneamente, alle costituzioni “gemelle” delle Repubbliche nate dalla dissoluzione dell'impero austro-ungarico, la cui rappresentatività sistemica non è tuttavia comparabile). Vi è molta dottrina germanica in questo articolo, ma lo scopo non è illustrativo, quanto decisamente inteso a innovare l'interpretazione costituzionale francese alla luce del principio di “*réalité juridique*”¹³. Il contrasto tra la dottrina francese, completamente refrattaria a spiegare i regolamenti che incidono sui diritti dei terzi estranei all'amministrazione (oggi diremmo atti normativi regolamentari) mediante il concetto di *delega* del potere legislativo, e la dottrina tedesca, che fonda sul concetto di delega legislativa la legittimità stessa delle *Rechtsverordnungen*¹⁴, è il punto di partenza di una lunga e serrata analisi che conduce al disvelamento di una matrice ideologica comune, un *idolum* di cui la scienza giuridica deve disfarsi per essere in grado di comprendere il diritto costituzionale dello Stato moderno del ventesimo secolo: la dottrina separatista, “*surannée*” e fondata sulla competenza *ratione materiae* dei poteri statali di Montesquieu¹⁵.

Le due categorie di *Rechts-* e di *Verwaltungsverordnung* risalgono alla dottrina dello Stato del diciannovesimo secolo. La nuova Costituzione di Weimar non le riprende tal quali. Da un lato, l'Art. 77 della *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) menziona solamente le “*Verwaltungsvorschriften*” (disposizioni amministrative generiche) che siano necessarie all'esecuzione delle leggi federali¹⁶.

¹¹ Il saggio (in seguito citato come “*La question*,” appare in due numeri consecutivi del *Bulletin mensuel de la société de Legislation comparée*, nn. 7-8-9, Juilliet-Septembre 1925, 321 ss., e nn. 10-11-12, Octobre-Décembre 1925, 398 ss.

¹² Cfr. STOLLEIS, *op. cit.*, *V. Nationalstaat oder Staat der Industriegesellschaft?*, 455.

¹³ CARRÉ DE MALBERG, «*La question*», *cit.*, 329.

¹⁴ Si intendono qui le *Rechtsverordnungen*, o regolamenti (intese in opposizione alle *Verwaltungsverordnungen*, o ordinanze amministrative) per le quali non vi sia una previsione costituzionale espressa del potere di incidere su diritti individuali. Restano pertanto escluse dall'analisi di Carré, ad esempio, le “*measure*” presidenziali abilitate dall'art. 48 WRV, che la dottrina qualifica come “*Notverordnungen*”, che, per la loro capacità di incidere su diritti fondamentali, appartengono anch'esse alla categoria delle *Rechtsverordnungen*.

¹⁵ *Ibidem*, 344.

¹⁶ «Art. 77. Die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften erläßt, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen, die Reichsregierung. Sie bedarf dazu der Zustimmung des Reichsrats, wenn die Ausführung der Reichsgesetze den Landesbehörden zusteht».

Dall'altro, il secondo paragrafo dell'Art. 179 WRV¹⁷ (una importante norma di transizione dal vecchio al nuovo ordinamento costituzionale) menziona le *Verordnungen* come atti di potestà regolamentare del governo federale.

Da dove nasce, si chiede Carré, la teoria della delega legislativa¹⁸ nella dottrina tedesca? Sicuramente, non da connotati formali degli atti regolamentari in esame quali risultano dal diritto positivo vigente: manca ad essi, infatti, la *forza* di legge. Cio' sia sotto il profilo formale, nel senso che non sono espressione di un “*acte de puissance primaire*”¹⁹, e cioè legislativo: le *Rechtsverordnungen* devono infatti, anche formalmente e a pena di illegittimità, menzionare la legge abilitativa (e qui Carré cita Laband, la cui *Staatslehre*²⁰ era stata tradotta in francese poco prima della guerra). Sotto il profilo sostanziale, esse mancano della *forza* propria agli atti legislativi intesa come capacità di innovare l'ordinamento oltre i limiti precisati dalla legge abilitativa. Ne deriva il potere di controllo giurisdizionale sui regolamenti, impensabile nei confronti degli atti del legislatore²¹. In cio' la dottrina francese e tedesca sono già perfettamente allineate fin dal diciannovesimo secolo e la questione trova concordi sia i sostenitori di una introduzione di un sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, sia i contrari all'idea di un sindacato giurisdizionale sugli atti legislativi. A questi due connotati, formale e sostanziale, riferiti alla *forza* degli atti legislativi primari per evidenziarne l'impossibilità di analogia con i regolamenti, Carré ne aggiunge un terzo, di natura funzionale, che, per quanto tratto dal diritto amministrativo, prefigura in realtà un argomento afferente alla ripartizione costituzionale di competenze (per quanto cio' fosse possibile nelle sabbie mobili dell'ordinamento flessibile della III Repubblica), e cioè il parallelismo degli atti, attinente alla forza passiva della legge: mai potrebbe un regolamento derogare o innovare la legislazione vigente (che necessita di un atto del legislatore per essere emendata o abrogata)²²; per contro un regolamento puo' benissimo essere emendato o abrogato da un altro atto regolamentare con gli stessi connotati formali, proprio “*à la puissance d'administration*”²³.

Argomentando quindi dall'attribuzione esclusiva della competenza legislativa alle Camere (Art. 1 della *Loi constitutionnelle* del 25 febbraio 1875), nonché dall'assenza di qualsiasi menzione di delega del potere legislativo nella Costituzione del Reich del 1871²⁴, Carré conclude per l'impossibilità di dedurre dal diritto positivo qualsiasi “delega” della potestà legislativa²⁵.

¹⁷ «Die nach den bisherigen Vorschriften dem Staatenausschuß zustehende Befugnis zum Erlaß von Verordnungen geht auf die Reichsregierung über; sie bedarf zum Erlaß der Verordnungen der Zustimmung des Reichsrats nach Maßgabe dieser Verfassung.»

¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, *La question*, cit., 29.

¹⁹ *Ibidem*, 330.

²⁰ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (3 voll., 1876-82; 5ª ed., 4 voll., 1911-14 Tübingen, Mohr). Carré si richiama alla quinta ediz., vol. II, 87, citando inoltre il locus corrispondente nella traduzione francese apparsa nella Bibliothèque Internationale de Droit public, diretta da G. Jèze, Parigi, 1914.

²¹ CARRÉ DE MALBERG, *La question*, cit., 331, sulla dottrina della *Cour de Cassation* nel corso del XIX secolo della facoltà del giudice di disapplicare i regolamenti viziati di illegittimità e sulla concorde dottrina tedesca del secondo Reich.

²² A meno, argomenta Carré nella parte finale del saggio, di non essere stato a ciò espressamente abilitato dalla legge formale (cfr. *ibidem*, 399, nota 1).

²³ *Ibidem*, 332.

²⁴ La Costituzione del 1871 (consultabile all'indirizzo: <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/bismarck-verfassung-1871/>) è assai più stratificata e manca della concisa *clarté* delle tre *lois constitutionnelles* del 1875: il Titolo II parla di *Reichsgesetzgebung* più che altro per determinare le competenze attribuite al Reich, laddove il Titolo V è dedicato al Reichstag (e il III al Bundesrath). Trattandosi di una monarchia costituzionale che federa gli antichi Stati tedeschi, la preoccupazione principale è rendere l'antica struttura imperiale funzionale a un riequilibrio modernizzatore sotto l'egida prussiana.

²⁵ *Ibidem*, 334: “Ainsi, le pouvoir législatif ne se délègue pas”.

Carré ritiene di rinvenire le ragioni della dottrina tedesca della delegazione legislativa nella constatazione della natura sostanziale (“*matérielle*”) delle *Rechtsverordnungen*, così come sistematizzata e formulata da Jellinek²⁶ nella sua opera su legge e regolamento²⁷: vi è delegazione (presupposta) nella misura in cui il regolamento incida su materie che rientrano nella competenza del legislatore. Laddove autori francesi (Esmein) si concentrano sul carattere generale e astratto delle cosiddette “*lois matérielles*” e quindi sul contenuto delle stesse una volta operanti nell’ordinamento), la dottrina tedesca espressa da Jellinek si richiama al principio della competenza assoluta del legislatore a porre “*règles dites de droit*” che costituiscono “*la matière propre de la loi*”²⁸. La dottrina tedesca poggia quindi su un criterio *ratione materiae* per spiegare, mediante la teoria della delega, la natura degli atti normativi del governo²⁹. Da dove, si domanda Carré, la dottrina tedesca trae tale criterio (assente nella Costituzione del 1871, ma anche nella Costituzione della neonata Repubblica di Weimar)?

Carré ritiene trattarsi di una “*application pure et simple des principes posés par Montesquieu touchant la distinction et la définition des fonctions de puissance publique*”³⁰. La teoria della separazione dei poteri (datata di oltre un secolo e mezzo al momento in cui Carré scrive), che riserva all’organo legislativo eletto il potere di incidere sullo status individuale, così come la teoria della centralità e primato dell’assemblea legislativa alla base della distinzione tra *Rechts-* e *Verwaltungsverordnungen* altro non sono che un “*succedané des doctrines de l’Esprit des lois*”³¹. Pertanto, la teoria della delegazione legislativa si applica alle sole *Rechtsverordnungen*³². Sorprende, continua Carré, che tale filiazione manifesta sia stata dapprima negata dai giuristi tedeschi della scuola storica, ostili alla teoria della separazione dei poteri; tale ostilità è persino ribadita da Laband, che pare addirittura non rendersi conto del profondo legame esistente tra la dottrina delle leggi “materiali” da lui formulata e la teoria illuminista del potere statale. Solo dall’inizio del Novecento la dottrina tedesca aveva iniziato ad ammettere apertamente il legame diretto tra la dottrina della delegazione legislativa e quella della separazione dei poteri (Anschütz per il diritto prussiano e, per la Costituzione di Weimar, Hubrich)³³. Ma, prosegue Carré, non c’è nulla di cui stupirsi in questa persistente influenza della teoria della separazione dei poteri oltre Reno, poiché la stessa teoria informa, specularmente, la dottrina francese sui rapporti tra legge e regolamento, pervenendo tuttavia a risultati opposti rispetto alla dottrina tedesca. Ciò, peraltro, solamente in dottrina (Esmein, Berthélemy), poiché il Conseil d’Etat in una sentenza del 1907 ammette esplicitamente la nozione di delega legislativa³⁴.

²⁶ *Ibidem*, 336.

²⁷ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung - Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg i.B., Mohr 1887. Carré si riferisce alla p.38 di questa edizione.

²⁸ CARRÉ, *La question, cit.*, 336.

²⁹ *Ibidem*, 339.

³⁰ *Ibidem*, 339.

³¹ *Ibidem*, 340.

³² *Ibidem*, 341.

³³ *Ibidem*, 342. Il riferimento è al commentario di E. HUBRICH, *Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches*, Greifswald, von Bruncken, 1921. V. anche in proposito la recensione di WITTMAYER in *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 4, 1922, 360.

³⁴ *Ibidem*, 343.

È singolare, riprende Carré, che almeno gli autori francesi, nella loro fedeltà alla teorie “separatiste” dell’*Esprit des lois* (che, osserva con una punta di sarcasmo, si rifanno al capitolo dedicato alla costituzione inglese) non si siano posti la domanda se il criterio della ripartizione delle funzioni *ratione materiae* abbia ancora cittadinanza nel diritto costituzionale francese della III Repubblica, almeno per quanto riguarda i rapporti tra leggi e regolamenti³⁵. Del resto, continua Carré, l’attaccamento a delle “*idees fixes*” è dimostrato da altri esempi nella dottrina e della giurisprudenza del XIX secolo (come la tendenza a considerare come esercizio di giurisdizione il potere ministeriale di conoscere del contenzioso amministrativo, devoluto al *Conseil d’Etat* già nell’anno VIII!).

L’invito è, ancora una volta, alla considerazione del diritto ‘positivo’ vigente: la *loi constitutionnelle* del 25 febbraio 1875 non definisce il potere legislativo e quello regolamentare né *ratione materiae* né in relazione al contenuto, bensì unicamente in base a un criterio formale, vale a dire, l’esigenza che un regolamento sia adottato “*in esecuzione*” di una legge³⁶ che lo abiliti ad adottare determinate misure. Pertanto, la costituzione del 1875 si è totalmente discostata dal rigido criterio di separazione *ratione materiae* enunciato da Montesquieu. La preoccupazione del costituente del 1875 non è più soltanto garantire il *citoyen* dall’arbitrio del potere amministrativo. È il sistema politico generale che nel 1875 garantisce il primato gerarchico del legislatore, che può determinare con la più grande flessibilità quali debbano essere gli ambiti in cui sia più appropriato procedere per normazione regolamentare, in assenza di riserve di legge esplicite. Questo riferimento esplicito al sistema politico generale sarebbe di per sé argomento sufficiente a contrastare l’etichetta di “giuspositivismo”, come già dimostrato nel saggio di M. Galizia.

La distinzione tra legge e regolamento in diritto francese, prosegue Carré, non può più spiegarsi in base a una distinzione *ratione materiae* tra funzioni (poteri) statali ma solamente in base a un rapporto gerarchico tra tali poteri³⁷ (che vede, appunto, la supremazia del Parlamento). In tal modo non presenta alcuna difficoltà la spiegazione dei regolamenti che derogano o modificano legislazione precedente (in quanto sono a ciò abilitati da una legge formale). Siamo tuttavia in regime di costituzione flessibile. Carré è perfettamente consapevole di come molte delle nuove costituzioni postbelliche dell’Europa centrale disegnino un sistema rigido di competenze *ratione materiae*, introducendo anche riserve di legge formale esplicite quanto alla predeterminazione del contenuto dei regolamenti³⁸. Un sistema simile è possibile soltanto in presenza di una costituzione rigida e di un Tribunale costituzionale che giudichi della conformità delle leggi ordinarie al parametro costituzionale. In assenza di una simile istanza, qualsiasi tentativo di delimitare *ratione materiae* il perimetro della legge e del regolamento è destinato a rimanere vano³⁹.

Ma qual è la logica attuale della Costituzione di Weimar nei rapporti tra legge e ordinanza? E la dottrina tedesca della delega legislativa rispetta la logica della nuova costituzione al riguardo? La nuova Costituzione, nota Carré, limita fortemente la possibilità di emanare *Rechtsverordnungen* (il termine nemmeno appare nel nuovo testo costituzionale): ricordiamo in questa sede solamente

³⁵ *Ibidem*, 344.

³⁶ *Ibidem*, 345.

³⁷ *Ibidem*, 398.

³⁸ *Ibidem*, 400 per l’esempio della nuova costituzione cecoslovacca.

³⁹ *Ibidem*, 404.

il potere conferito al Presidente della Repubblica in caso di grave turbamento dell'ordine pubblico (l'art.48 WRV); e l'interessante passaggio al governo federale delle competenze regolamentari precedentemente esercitate dal Bundesrat durante il Reich guglielmino (art. 179 WRV)⁴⁰. Tuttavia, secondo Carré, l'art. 77 WRV non esclude assolutamente che una legge formale possa abilitare il governo ad emanare regolamenti di natura normativa (“*touchant au droit des particuliers*”), esattamente come nella costituzione precedente. Tuttavia, tale abilitazione, per via di legge formale, dovrà essere necessariamente circoscritta a casi specifici ben delimitati, altrimenti l'art. 77 WRV avrebbe parlato di *Rechstverordnungen* a non di *Verwaltungsvorschriften*. Precisamente rispetto a questo potere, unanimemente riconosciuto per quanto non menzionato esplicitamente dal testo costituzionale, la dottrina weimariana ha continuato a parlare di delega legislativa, riproponendo la vecchia dottrina di Laband⁴¹. Il legislatore assoluto (di matrice rivoluzionaria o assolutista, a seconda di come lo si voglia considerare) fa nuovamente capolino tra gli articoli della nuova costituzione rigida con il suo elenco di *Grundrechte*. Per poter giustificare la legittimità degli atti normativi del governo, la dottrina tedesca doveva porsi dalla prospettiva del legislatore⁴², il cui potere si riteneva limitato solamente dalle (poche) riserve di legge (artt.10-11; 114-115-153 WRV). Tuttavia, argomenta Carré, la teoria della delegazione continua a essere errata, così come lo era sotto la costituzione guglielmina, perché se si riconosce che anche la costituzione di Weimar ha rimesso al legislatore la decisione sul riparto di competenze *ratione materiae* tra legge e ordinanza (in luogo di definire nella costituzione quali materie siano riservate alla legge formale, o perlomeno quali siano i limiti di contenuto dei regolamenti, come nella costituzione cecoslovacca), non ha senso giuridico qualificare tale riparto come delegazione⁴³. Il legislatore non fa che usare della discrezionalità permessagli dalla Costituzione nel decidere il riparto di competenze per materia tra legge e regolamento. Esattamente come nella costituzione francese, non è data la possibilità di giudicare le leggi: per far ciò sarebbe necessario un tribunale costituzionale, quale quello introdotto dalle costituzioni austriaca e cecoslovacca⁴⁴. Ma contrariamente all'esempio americano, la costituzione di Weimar “*n'a pas établi une separation véritable entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant*”⁴⁵. Questo rimando in nota a una categoria di fondamentale importanza nel dibattito di teoria generale dello Stato che si sviluppa negli anni Venti ci sembra dimostrare ancora una volta la consapevolezza di Carré delle categorie che informano il dato costituzionale positivo e che, a seconda che siano state o meno esplicitate nel testo mediante una decisione del costituente, influenzano l'orientamento dell'ordinamento nel suo complesso. Il regolamento comincia a rivelarsi negli anni Venti il solo strumento a disposizione degli ordinamenti giuridici del primo dopoguerra per orientare il sistema politico, se necessario derogando temporaneamente alla legge e persino alle costituzioni: si profila, attraverso il dibattito sui rapporti tra legge e regolamento, la questione dello stato di eccezione che

⁴⁰ *Ibidem*, 408.

⁴¹ *Ibidem*, 410.

⁴² *Ibidem*, 412.

⁴³ *Ibidem*, 416.

⁴⁴ *Ibidem*, 420.

⁴⁵ *Ibidem*, nota 2.

travolgerà i fragili sistemi politici basati sulle costituzioni flessibili ottocentesche nello spazio di un decennio⁴⁶.

3. *Dal progetto costituzionale all'ordinamento come sistema: il giuspositivismo di Carré come realismo giuridico*

A titolo di considerazione conclusiva, nel solco del percorso tracciato da Mario Galizia cinquant'anni orsono, possiamo affermare che il “giuspositivismo” di Carré de Malberg è una forma di realismo giuridico, in un tempo e in luogo in cui si compie definitivamente, con la seconda e definitiva dissoluzione degli imperi, la secolarizzazione dello Stato⁴⁷. Carré intende il positivismo giuridico come canone interpretativo volto a rendere possibile il diritto come tecnica, nella consapevolezza che il fenomeno giuridico non esaurisce l'ordine sociale ma può (e deve) condizionarlo. D'altronde, un comparatista come Carré era sicuramente ben consapevole degli sviluppi della dottrina costituzionale americana e aveva sperimentato personalmente, come alsaziano, l'influenza determinante dell'economia industriale nelle tensioni politiche franco-tedesche. Carré sembra essere consapevole del fatto che il tempo del progetto costituzionale, della *Déclaration des droits* del 1789, è finito (se mai cominciò). Si afferma il sistema politico, integrato con quello economico, indipendente dagli intenti e dalle volontà di un ipotetico corpo sociale riunito in assemblea legislativa. La sovranità è un dogma inoperante ma irrinunciabile che può salvarsi soltanto assumendo che il Parlamento riassuma in sé la *nation*. A conclusione del suo saggio, Carré non manca di sottolineare come sia necessario che il Parlamento possa conferire “*dans toute la mesure ou il estimerait que des circonstances extraordinaires l'exigent*”⁴⁸ un'abilitazione regolamentare al governo. Crisi e stato di eccezione si profilano come banco di prova del parlamentarismo. Carré non vivrà abbastanza a lungo per vedere la fine della *République*, determinata dall'implosione costituzionale del vicino tedesco (muore infatti nel 1935, non in tardissima età); sembra quasi che Carré, attraverso la vocazione comparatistica e l'interesse particolare per la dottrina costituzionale tedesca, si rendesse conto dell'interdipendenza sistemica degli ordinamenti costituzionali europei.

In questo, la lezione di Carré sembra quanto mai attuale: sotto il profilo metodologico, per la rinnovata attenzione con cui in questi ultimi due anni si guarda alla potestà regolamentare del governo⁴⁹ (se pure, nel nostro ordinamento, in un regime estremamente più chiaro in merito alle fonti del diritto); sotto il profilo sistematico, in quanto l'interdipendenza sistemica tra ordinamenti costituzionali in Europa è divenuta strutturale. Le costituzioni europee del dopoguerra hanno riproposto il progetto costituzionale; tuttavia, negli ultimi venti anni si è riproposta con forza

⁴⁶ Occorre ricordare che la tesi di Carré, pubblicata nel 1887 è dedicata al profilo romanistico dell'eccezione: CARRÉ DE MALBERG(R.), *Histoire de l'exception en droit romain*, thèse droit, Paris, 1887.

⁴⁷ Cfr. in proposito, P.W. KAHN, *Origins of Order*, New Haven & London, Yale University Press, 2019, 36: “*The role of the social will be to step into the place of the ontologically real system of the seventeenth and eighteenth century. That system had been grounded in God's reality. By the time of Durkheim at the end of the nineteenth century the social is our God*”.

⁴⁸ CARRÉ, *La question*, cit., 425.

⁴⁹ Cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti fatto e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 2. (<https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/alessandro-mangia/emergenza-fonti-fatto-e-fenomeni-di-delegificazione-temporanea>).

all'interno degli ordinamenti giuridici la tensione tra progetto (come volontà generale orientata alla realizzazione di valori) e sistema (un ordine che segue logiche immanenti e di cui l'ordinamento giuridico non è che una variabile)⁵⁰.

Sta al diritto inteso come *techné* al servizio del progetto costituzionale cercare di anticipare e orientare il punto di ricaduta di tali tensioni, nella consapevolezza dell'ineluttabilità del sistema.

ABSTRACT

Queste brevi note intendono essere un omaggio alla figura di studioso di Mario Galizia, proseguendo un percorso di ricerca da Lui avviato cinquant'anni orsono, con la pubblicazione del saggio che presentava al pubblico italiano la figura di Raymond Carré de Malberg (1861-1935). Laddove il saggio di Galizia presentava ampi stralci dell'opera teoretica principale dell'autore francese, dedicata alla teoria dello Stato, le note che seguono illustrano un saggio che il giurista alsaziano dedicava, nel 1925, alla allora imperante dottrina della delega legislativa. Tale dottrina informava in ugual misura le dottrine costituzionalistiche francese e tedesca per la spiegazione dei regolamenti "normativi" del governo. Carré ritiene inutile e superata la dottrina della delega, retaggio delle teorie di Montesquieu, che egli considera inadatte a spiegare la realtà dell'ordinamento all'inizio del XX secolo. Applicando una metodologia assai vicina al realismo giuridico (anziché al giuspositivismo, come già aveva notato Galizia nel 1971), Carré propone una lettura del dato normativo basata unicamente sulla realtà del sistema politico, ovvero, dell'ordinamento vigente, prefigurando un metodo interpretativo finalistico-sostanziale quale si sarebbe affermato negli anni immediatamente successivi con la dottrina della "costituzione materiale".

This short text is intended as a tribute to Mario Galizia as a scholar in comparative law. It follows a path opened by Galizia exactly fifty years ago, when he published an essay introducing the main work of Raymond Carré de Malberg (1861-1935) to the Italian readers. Galizia's essay illustrated broad excerpts of Carré's main theoretical work, focused on Theory of Law. The following text illustrates the content of an essay written by Carré in 1925 on the theory of delegation of legislative power. The theory was widely followed at the time both in French and in German commentaries on the constitution, in order to explain the possibility for the government to issue regulations (or orders) having the same force of law. Carré considers the theory of delegation of legislative powers of no practical nor theoretical use: the theory is for him a legacy of Montesquieu's doctrine on the separation of powers, which is completely unfit to explain the dynamics of legal order in early XX century State. Carré's methodology is close to legal realism, although it was qualified as legal positivism (this was already observed by Galizia in his essay of 1971): he presents an interpretation of the norms based solely on the reality of the political system, the actual legal order. By this he anticipates a teleological interpretative methodology that would develop in the following years as the doctrine of "material constitution".

⁵⁰ Cfr. KAHN, *cit.*, 41.



Giovanni Zanfarino *

Il ruolo dei tecnici nell'evoluzione della forma di governo italiana**

SOMMARIO: 1. La lezione di metodo di Mario Galizia. – 2. Dai governi politici ai governi tecnici: un'anomalia della forma di governo parlamentare. – 3. Le prospettive di riforma.

1. *La lezione di metodo di Mario Galizia*

Scrivere sulla forma di governo italiana e sulla sua evoluzione significa, per coloro che hanno frequentato il Dottorato in *Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate* ispirato e diretto da Mario Galizia, ripercorrere il suo itinerario scientifico e culturale, rimeditare le opere che egli ha dedicato a questo tema¹, che così profondamente hanno influenzato l'impegno di generazioni di studiosi e di rappresentanti delle istituzioni; e significa anche rivivere, sul filo della memoria, gli storici seminari che Galizia teneva a studenti e dottorandi². “Storici” non soltanto perché indimenticabili ma anche perché la storia nelle sue plurime declinazioni (storia delle idee, storia delle dottrine politiche, storia del costituzionalismo, storia del diritto, storia moderna e storia contemporanea) vi giocava un ruolo del tutto preponderante e perché, attraverso l'ampiezza enciclopedica e la ricchezza dei riferimenti storici, il Professore riusciva a

* Dirigente presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Fra le opere principali di MARIO GALIZIA si possono ricordare *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milano, Giuffrè, 1951; *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954; *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale in Italia* in “Archivio Giuridico Filippo Serafini”, CLXIV, 1-2, gennaio-aprile 1963, 1-110; *Diritto costituzionale: profili storici* in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 962-976; *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972. Il “*Positivisme Juridique*” di Raymond Carré de Malberg, in *Quaderni fiorentini per lo studio del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, 1973, 335-509; fino all'ultimo volume da lui curato *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia*, Milano, Giuffrè, 2013.

² Nel corso dei seminari del mercoledì che iniziavano nella seconda parte della mattinata, dopo aver archiviato la burocrazia accademica e si protraevano, senza soluzione di continuità, fino all'ora di cena, le riflessioni, le suggestioni e gli indirizzi del Professore erano di straordinaria profondità e sempre sostenuti da citazioni e riferimenti alla dottrina italiana e straniera. In “cotanto senno”, per quanto riguarda la dottrina italiana, tre Autori erano costantemente presenti nella sua narrazione: Piero Calamandrei, Paolo Barile e Costantino Mortati. Di Mortati Galizia fu allievo e assistente alla Corte costituzionale nonché successore nella cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato alla Facoltà di Scienze politiche della Sapienza di Roma. Calamandrei e Barile si inserivano in quell'asse Firenze-Roma che a Galizia fu particolarmente cara (Cfr. F. LANCHESTER, *Le Università di Mario Galizia*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, 197 ss.).

trasmettere ai suoi interlocutori non soltanto idee e intuizioni originali ma anche una serie di principi e criteri metodologici con i quali potersi confrontare.

Mi limito a ricordarne qui soltanto alcuni: in primo luogo, nessuna soluzione, nel diritto costituzionale come, più in generale, nel sapere e nell'attività di ricerca, può acquisire un carattere di ineluttabile completezza o di indiscutibilità. Era dunque forte in lui il senso della non definitività delle soluzioni trovate e la critica ad ogni arbitraria semplificazione nella consapevolezza che quello con la scienza è un dialogo infinito.

In secondo luogo, il carattere di interdisciplinarietà connesso alla ricerca per cui la scienza giuridica, pur senza abdicare alla propria autonomia, va studiata nel suo rapporto con la scienza politica, la storia delle dottrine politiche, la filosofia politica³, la filosofia del diritto, la sociologia⁴.

In terzo luogo, la tensione verso l'applicazione del principio di equilibrio che, nell'ambito delle forme di governo, si traduce, sulla scia della dottrina liberale e costituzionale di Montesquieu⁵, nell'attuazione della separazione dei poteri e nella costruzione di un apparato pubblico al servizio della libertà. Contrario a ogni forma di pragmatico e pericoloso decisionismo, Galizia era costantemente alla ricerca di un costituzionalismo ancorato alla storia volto a garantire contestualmente - in linea con l'insegnamento di Calamandrei - giustizia sociale e dignità della persona.

Un ulteriore aspetto è poi quello legato alla diffidenza verso ogni forma di mera, pur se elegante ed astrattamente ineccepibile, ingegneria costituzionale, ispirata però ad una impostazione formalistica⁶, calata dall'alto e separata dalle sottostanti forze sociali e dal mondo dell'effettività. Il fine era chiaro: liberare il diritto dall'immediata dipendenza dalla volontà del legislatore, inserendolo in un quadro sistematico. E - come insegna Piovani - "la sistematicità cui si appella implicitamente la effettività non è solamente logica ma storica: è fornita dunque, di un'ulteriore garanzia agli occhi di coloro che giustamente temono il carattere originariamente politico della norma come volizione legislativa". In questo senso l'effettività "non è una ammodernata, mal camuffata apologia della forza ma è il punto di arrivo dell'evoluzione della scienza giuridica"⁷.

³ P. GRASSO, *Mario Galizia e la scienza del diritto costituzionale*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, 190.

⁴ Sui rapporti fra scienza giuridica, filosofia del diritto e sociologia e sulla autonomia della prima rispetto alle altre due ma anche sulla loro complementarità per "porre a premessa della scienza giuridica un concetto di norma quanto più possibile aperto", v. M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, cit., pp. 57 ss.

⁵ E. BETTINELLI, *L'antifascismo di Mario Galizia, costituzionalista liberaldemocratico*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, 187.

⁶ Sul metodo non formalistico degli studi giuridici di Galizia cfr. G. AMATO *La lezione di Mario Galizia*, in *Il Politico*, Gennaio-Aprile 2014, 182 ss.

⁷ Cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 431. Il rapporto con il pensiero di Piovani sulle reciproche influenze fra fatto e diritto, espresso in due fondamentali opere del filosofo del diritto napoletano - *Il significato del principio di effettività* e *Linee di una filosofia del diritto* - viene spiegato da Galizia nelle *Premesse storiche sistematiche* al capitolo sulla *Struttura e caratteri del rapporto di fiducia* del volume *Rapporti fra Parlamento e Governo*, e in particolare alla nota 2 che rappresenta una sorta di manifesto del metodo di ricerca di Galizia. In questa nota, che amplia l'apparato concettuale esposto in *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Galizia puntualizza i rapporti fra fatti sociali e diritto e ribadisce che oggetto essenziale della ricerca giuridica sono le norme giuridiche che, peraltro, non sono "un elemento metastorico", ma appartengono sia alla sfera "dell'essere in quanto fissano l'assetto giuridico di una particolare società", sia a quella del "dover essere che non è che una proiezione esterna del loro essere". Il fatto in sé stesso - spiega Galizia citando Piovani che sostiene nell'opera *Linee di filosofia del diritto* la non coincidenza fra *ius* e *societas* - non è mai normativo ma se è vero che ogni norma è legata a un fatto essa diviene "norma giuridica in quanto ha superato la sua originaria empiricità" e il giurista, senza sostituirsi al sociologo o al politologo, esaminerà il fatto attraverso "la valutazione della costituzione materiale, delle forze politiche che appoggiano le norme ed in correlazione con i principi etico-politici posti quale

Nel pensiero di Galizia vi è dunque una profonda attenzione verso il diritto vivente e verso la costituzione in senso materiale. Ogni misura costituzionale deve essere concepita per la realtà che deve normare: una realtà sempre in movimento ed in costante divenire. Il diritto non è un'artificiale sovrastruttura ma, ricordando le parole del Professore, “è vita, efficienza ultima del carattere storico di un popolo e dei sentimenti della comunità”. Gli ordinamenti giuridici presentano quindi due diversi aspetti: quello che viene impresso loro dal legislatore e quello che deriva dalla società. La sua sensibilità verso l'effettività, il pluralismo e la socialità del diritto, lo porta a studiare ogni istituto del diritto pubblico nella sua situazionalità e nella sua incessante dinamicità, considerando la sfida del costituzionalista proprio quella “di conciliare l'aderenza alla realtà con i fini e il metodo della scienza del diritto”⁸.

Questi alcuni fra i criteri epistemologici più rilevanti che hanno ispirato Mario Galizia nello studio del diritto costituzionale e della forma di governo⁹. Esiste, infine, un principio trasversale a tutta la sua ricerca ed è l'idea di indipendenza dell'uomo di cultura, del docente, del giurista e soprattutto del costituzionalista che ha una speciale responsabilità perché il diritto costituzionale riveste una sorta di primazia essendo la fonte dalla quale tutte le altre branche del diritto promanano. Per questo Amato lo ha definito un “solitario gentile”¹⁰: per il carattere ed il tratto appartato dell'uomo, così estraneo ad ogni forma di condizionamento e fortemente contrario a ogni strumentalizzazione del sapere da parte del potere politico¹¹. L'insegnamento del Professore, confortato da un'autentica ed esemplare testimonianza di vita, era ispirato ad una presa di distanza dal “Palazzo” o dallo Stato-apparato di cui peraltro aveva studiato a fondo il funzionamento e a cui aveva dato significativi contributi per mantenerne le dinamiche entro i binari del rispetto della Costituzione; ed era anche ispirato ad una puntuale attenzione allo Stato-comunità e alla vita dei cittadini. In questo senso va letta e meditata anche la sensibilità di Galizia verso il profilo sociale dello Stato nei suoi articolati elementi. “Accanto allo Stato - egli scriveva - si pongono una serie di altri enti, creatori anch'essi di norme giuridiche. La realtà sociale non si atteggia in modo fisso e ordinato ma si svolge secondo un ritmo dinamico e multiforme. Tutto lo sforzo della letteratura giuridica contemporanea ed in ispecie di quella pubblicistica è teso a cogliere questi nuovi fenomeni sociali: di qui i concetti di fatto normativo, di istituzione, di fine politico”¹², ben sapendo che lo scienziato “deve verificare, controllare gli effetti prodotti dalle sue sistemazioni sulle strutture storico-sociali”¹³.

ineliminabile premessa dell'indagine” per riuscire in tal modo a individuare, “con maggiore adeguatezza, le varie possibili formulazioni sistematiche delle norme”. M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972, 133-134.

⁸ M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, cit., 31.

⁹ Per chiarezza e completezza, si può ricordare che esiste anche una seconda accezione ed un ulteriore significato del “metodo Galizia”, inteso in una valenza didattica, cioè come metodo di insegnamento. Un metodo - di cui i suoi studenti e dottorandi (e non solo loro) furono destinatari ed, in qualche caso, persino “privilegiate” vittime - caratterizzato da un qualche tratto, sia pur benevolmente, “inquisitorio” ma che molto meglio possiamo definire “partecipativo” e che consisteva nel coinvolgerli e interrogarli nominativamente nel corso dei convegni e dei seminari per promuovere e stimolare i contributi e la personalizzazione di ciascuno.

¹⁰ G. AMATO, *La lezione di Mario Galizia*, cit., 183.

¹¹ “Ciò che caratterizza la ricerca giuridica - scrive Galizia - è soprattutto l'estromissione delle ideologie dal suo terreno di indagine”. M. GALIZIA, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, cit., 59.

¹² *Ibidem*, 30.

¹³ *Ibidem*, 73. Sul tema dell'interdipendenza fra strutture sociali e ordinamento giuridico nel pensiero di Carré de Malberg e sull'attenzione prestata da quest'ultimo alla dimensione sociale del diritto v. M. GALIZIA *Il “Positivisme Juridique” di Raymond Carré de Malberg in Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, cit., 416 ss.

2. Dai governi politici ai governi tecnici: un'anomalia della forma di governo parlamentare

La convivenza fra dimensione tecnica e politica è del tutto normale se la prima assume carattere strumentale rispetto alle “grandi scelte di indirizzo politico stabilite dal Parlamento e dal Governo e legittimate dal voto popolare”¹⁴. Diverso caso è quello in cui, da apparato servente nei confronti della politica, i tecnici non si limitano ad indicare i mezzi più idonei per l’attuazione dell’indirizzo politico ma fissano essi stessi i fini dell’azione di governo. Si pone allora il problema dell’espansione della sfera tecnocratica attraverso l’apertura ai governi variamente definiti come dei migliori¹⁵, e/o dei professori e/o delle élites. Il tema ha assunto particolare rilevanza nell’attuale stagione caratterizzata dalla crisi della rappresentanza politica e dei partiti tradizionali legati alle ideologie che, ormai tramontate, vengono sostituite con una sorta di sapere o linguaggio universale, una “κοινή - scrive Fisichella - unificante l’umanità in nome della scienza, della tecnologia e dello sviluppo economico”¹⁶. Questo processo porta con sé anche la crisi della partecipazione politica, bene evidenziata dalla bassa affluenza alle competizioni elettorali. Si può definire come “tecnico” quel governo guidato da un’eminente personalità e composto da Ministri che sono privi di appartenenza partitica o, comunque, non sono di designazione partitica; questo governo nasce su autonoma iniziativa del Presidente della Repubblica che sceglie il Presidente del Consiglio sulla base di acclamate competenze in una determinata disciplina - di regola la politica economica - e i cui destinatari provengono non da una scuola di partito ma dalle più alte istituzioni pubbliche, come la Banca d’Italia¹⁷ e/o le grandi Accademie¹⁸.

I governi tecnici, mancanti di investitura popolare, rappresentano una forma di *extrema ratio*, un rimedio all’emergenza alternativo a quello più drastico e potenzialmente dannoso - in quanto non rispettoso della naturale durata della legislatura - dello scioglimento delle Assemblee e del ritorno alle urne. Rimedio quest’ultimo che, fra l’altro, non garantisce la soluzione delle situazioni di paralisi del sistema e non risulta neanche facilmente praticabile in momenti di particolare emergenza e in costanza di un perdurante mancato funzionamento del sistema politico-partitico. La nomina del governo tecnico si legittima dunque sulla base di una *impasse* del sistema; il Presidente del Consiglio, scelto su criteri di competenza e di prestigio internazionale, a sua volta, sceglie i Ministri - o almeno un certo numero di Ministri posizionati nei ministeri chiave - con i medesimi criteri.

¹⁴ M. VOLPI (a cura di), *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in Id., *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, Giappichelli, 2017, 2.

¹⁵ “La scelta dei migliori, osserva Fisichella, in democrazia è affidata al voto, mentre in tutte le realtà ove la competenza tecnico-scientifica e professionalità sono preminenti la selezione dei vertici non può che essere primariamente affidata alla cooptazione (ma i pericoli del nepotismo sono in agguato)”. D. FISICHELLA, *Crisi della politica e governo dei produttori*, Roma, Carocci, 2007, 292.

¹⁶ D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, in *Enciclopedia del Novecento*, II Supplemento, XI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1998, 769.

¹⁷ Sulla figura del bancocrate come specifica figura di tecnocrate cfr. D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, cit., 768.

¹⁸ Non si tratta in questo paragrafo, che si limita all’esperienza dei governi tecnici nella forma di governo italiana, il tema del ruolo dei tecnici nelle istituzioni europee e di come questo abbia comportato che la *governance* tecno-burocratica abbia in Europa “messo da parte il *government*, fondato sulla legittimazione diretta del consenso popolare”, contribuendo a provocare in questo modo quel deficit democratico di cui l’Europa soffre fin dalle sue origini. Cfr. F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, 74.

All'interno della categoria dei governi tecnici esistono poi ulteriori possibili differenziazioni: governo di scopo, con programmi ben circoscritti o elettorali, quasi a volerne sottolineare la transitorietà e l'agenda confinata a determinati temi; oppure governo tecnico-politico caratterizzato dalla presenza al suo interno anche di *leader* politici e/o di personalità riconducibili a indicazioni dei partiti. Nell'ordinamento italiano i governi tecnici e tecnico-politici non rappresentano casi isolati ma soluzioni che, dall'inizio degli anni Novanta, si sono ripetute in diverse occasioni. Dal 1993 se ne possono, infatti, annoverare quattro esempi: il Governo Ciampi (28 aprile 1993-10 maggio 1994); il Governo Dini (17 gennaio 1995-17 maggio 1996); il Governo Monti (16 novembre 2011-27 aprile 2013), ed infine, il Governo Draghi (iniziato il 13 febbraio 2021)¹⁹. Dal punto di vista della qualifica del Presidente del Consiglio non erano parlamentari né Ciampi né Dini e Monti fu nominato senatore vita pochi giorni prima dell'inizio del suo governo²⁰. Nel Governo guidato da Draghi il Presidente del Consiglio non è parlamentare.

I Governi sopra citati sono tutti stati nominati per l'impossibilità di trovare una stabile soluzione politica. Il Governo Draghi si è trovato di fronte ad una duplice emergenza: quella pandemica e quella economica. Ed è essenzialmente su questi due aspetti che concentra la sua attività: l'attuazione della campagna vaccinale, secondo criteri di efficienza e tempestività, e la ripresa dell'economia, con l'utilizzo delle risorse rese disponibili dal *Recovery Plan* nella consapevolezza del nesso inscindibile fra politica nazionale e politica europea.

La tipologia dei governi tecnici mette in luce un tema che coinvolge la natura stessa della forma di governo: e cioè se il fatto di dare vita ad un governo che non si basi su di una legittimazione elettorale ma solo sull'approvazione parlamentare di una scelta nella sostanza presidenziale costituisca o meno uno strappo alla democrazia²¹. Si pone, più in particolare, la questione se tale governo possa continuare a definirsi tecnico anche dopo aver ottenuto la fiducia del Parlamento che restituisce la natura dell'esecutivo alla sua politicità²² e, se questa legittimazione, sia pure avvenuta a conclusione del procedimento di formazione, ne riporti la nascita (e successivamente la permanenza in carica) nell'ambito della forma di governo parlamentare²³. Oppure se la fiducia conferita rappresenti una mera ratifica "conseguenza di scelte programmatiche esogene"²⁴ e perciò non sia sufficiente a sanare lo snaturamento della forma di governo che può giustificarsi solo temporaneamente, in nome della gravità della situazione di emergenza che ne è all'origine.

¹⁹ Un governo, quello guidato da Mario Draghi, scrive Enzo Cheli, "sorretto da larghissima maggioranza parlamentare e destinato a funzionare nella fase dell'emergenza, ma molto difficile da guidare quando l'emergenza verrà a cessare". E. CHELI, *Prefazione* a P. ARMAROLI, *Effetto Draghi*, Lucca, Edizione La Vela, 2021, 13.

²⁰ Scrive Pierini che la nomina a senatore a vita di Monti ebbe "il sapore di una investitura tesa a conferire allo stesso maggiore prestigio istituzionale nonché di garante e *super partes*" incaricato di riconquistare la fiducia dei mercati dopo "il lievitare degli *spread* tra i Btp decennali del Tesoro italiani e i Bund tedeschi". A. PIERINI, *I governi tecnici in Italia*, in M. VOLPI (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, cit., 70.

²¹ F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, cit., 73 ss.

²² Due dei Presidenti del Consiglio "tecnici", Dini e Monti, al termine della esperienza di governo hanno dato vita a formazioni politiche (rispettivamente Rinnovamento italiano e Scelta Civica per l'Italia) con le quali hanno continuato a svolgere attività politica, sancendo in tal modo il proprio passaggio dal ruolo di tecnico che presta le proprie competenze alla politica a quello di "politico di professione". Il terzo, Ciampi, è stato eletto presidente della Repubblica nel 1999, primo capo dello Stato non parlamentare.

²³ Sul tema della conservazione del potere da parte dei tecnici è infatti lecito porsi l'interrogativo, scrive Fisichella, "se i competenti governerebbero come competenti o non indulgerebbero al modo politico di gestire il potere". D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, cit., 770.

²⁴ A. PIERINI, *I governi tecnici in Italia*, cit., 55.

Il Governo Draghi rappresenta, come ha affermato il Presidente Mattarella, la risposta alle “emergenze sanitaria, sociale economica e finanziaria”, nasce dopo aver preso atto dell’impossibilità di formare un governo a base politica con la maggioranza che sosteneva il precedente Governo Conte e non si identifica in alcuna formula politica²⁵. Viene ancora una volta in risalto il *trade off* esistente fra i poteri del Presidente della Repubblica e la stabilità del quadro politico. Per cui, in un sistema politico-partitico già in difficoltà, sembra quasi che i governi del Presidente in parte siano e in parte possano diventare in futuro non già l’eccezione ma la regola. “Più si è affermata una politica divisiva - scrive Fabbrini - più la Presidenza della Repubblica si è trasformata nell’istituzione che difende la coesione della comunità nazionale” abbandonando un ruolo formale e suggerendo (talvolta imponendo) nomi di Ministri e punti programmatici. “La Presidenza della Repubblica è diventata, cioè, uno dei principali contro-bilanciamenti della faziosità partigiana”²⁶.

Dal punto di vista dell’evoluzione della forma di governo ci troviamo, con l’esperienza del Governo Draghi, di fronte ad un’anomalia: quella dell’ennesimo Presidente del Consiglio - scrive Frosini - nominato “all’insaputa degli italiani e che segna l’abbandono (definitivo) della formula maggioritaria con il *Premier* designato dagli elettori sulla base del voto strutturato in senso bipolare”²⁷. Più in generale, con il Governo Draghi si è allargato il divario fra il disegno costituzionale di democrazia parlamentare e la realtà della dinamica istituzionale. Infatti siamo di fronte ad una forma di “semipresidenzialismo *sui generis* - osserva Galli della Loggia - nel quale il mandato di governo è di fatto staccato dalla effettiva volontà dei partiti che compongono la maggioranza parlamentare”, ove questi ultimi accettano volontariamente e/o con indifferenza l’irrilevanza del loro eventuale dissenso. Finisce così la lunga stagione della partitocrazia italiana, oggetto delle riflessioni di Giuseppe Maranini, cuore della costituzione materiale di Costantino Mortati, e poi mortale pietra al collo della Repubblica²⁸.

Quale sia il punto di arrivo di questo *iter* non è facile prevedere. Quel che è oggettivo è che, dal febbraio 2021, il sistema partitico italiano è, nella sostanza, commissariato e gioca un ruolo di spettatore più o meno inerte rispetto alle decisioni del Presidente del Consiglio. L’azione del governo del Paese che ruota sull’asse Mattarella-Draghi e la combinazione tra le prerogative della Presidenza della Repubblica e lo stato di emergenza, di cui è ancora incerto il termine finale, hanno favorito una spontanea correzione in senso presidenziale della forma di governo parlamentare. Quello guidato da Draghi è il meno “tecnico” dei governi tecnici finora avutisi in Italia ed è il più prossimo alla forma tecnocratica pura²⁹, proprio perché segnato dalla presenza

²⁵ Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell’incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico, Palazzo del Quirinale, 2 febbraio 2021 consultabile in <https://www.quirinale.it/elementi/51986>.

²⁶ S. FABBRINI, *Prima l’Europa*, Milano, il Sole 24 ORE, 2020, 52.

²⁷ T. E. FROSINI, *Recensione a P. ARMAROLI, Effetto Draghi*, cit., in *Forum di Quaderni Costituzionali* 2, 2021, 86.

²⁸ E. GALLI DELLA LOGGIA, *Mario Draghi e i partiti, il sistema politico che cambia*, in *Corriere della Sera*, 8 settembre 2021.

²⁹ Sulla differenza fra tecnica e tecnocrazia, spiega Fisichella, che mentre “il tecnico è solitamente uno specialista, cioè un attore sociale dotato di competenza in un particolare settore dell’esperienza collettiva, e che svolge il suo ruolo secondo un programma di efficienza”, il tecnocrate invece va definito come un esperto del generale, quindi un generalista “caratterizzato com’è da una polivalenza di funzioni e da una conoscenza globale delle variabili dell’azione”. D. FISICHELLA, *Tecnocrazia*, cit., 767. Ne deriva che “con la tecnocrazia si ha uno spossessamento della funzione di *decision making* sulla cosa pubblica ad opera degli ‘esperti’, i quali prendono il posto degli uomini politici mentre la decisione di tipo politico, e perciò stesso aperta alla discrezionalità, cede il campo a una decisione intesa come risultato di previsioni e calcoli scientifici, e quindi del tutto priva di residui discrezionali”. *Ibidem*, 761-762.

al suo interno di quasi tutti i partiti - non a caso il Governo è stato anche definito di unità o di salvezza nazionale - che sostanzialmente si allineano e sottoscrivono le decisioni politiche prese dal Presidente del Consiglio e dal Ministro dell'Economia.

Questa soluzione presenta sicuramente alcuni aspetti positivi: scongiura i rischi di paralisi istituzionale indotti dallo scioglimento delle Camere; consente l'implementazione di programmi in grado di superare le crisi ed impostare la ripartenza. Permette, infine, di intervenire su settori particolarmente sensibili dal punto di vista economico e sociale su cui gli stessi partiti politici preferiscono non esporsi per non incorrere in perdite di consenso. Il governo tecnocratico, che agisce secondo criteri di efficienza, assume dunque nell'attuale situazione di crisi una indubbia rilevanza, anche in virtù dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Questi aspetti, sostenuti da una lettura formalistica della Costituzione, non bastano peraltro per governare un paese e possono rappresentare una patologia nell'evoluzione della forma di governo voluta dal Costituente, a vantaggio di soluzioni ispirate al paneconomicismo cioè "a un contesto sociale nel quale l'economia ha assunto una posizione civile (culturale e strutturale) eminente, preminente o addirittura escludente ed esclusiva"³⁰.

Pertanto il governo dei tecnici, in un quadro costituzionale fisiologico, è destinato a cessare con il conseguimento degli obiettivi e con il ripristino delle normali condizioni di funzionalità del Parlamento con la formazione di maggioranze atte a permettere la governabilità che per essere utile deve attuare una politica - sottolinea Amato - "capace di creare condivisione collettiva sui grandi obiettivi che abbiamo davanti". Non l'esercizio di un potere calato dall'alto, ma l'attuazione di un indirizzo politico idoneo a incontrare la disponibilità "e quindi comportamenti cooperativi e collaborativi dei cittadini"³¹.

3. *Le prospettive di riforma*

Le circostanze legate all'emergenza sanitaria che si è sovrapposta in tutto il pianeta a quella economica e climatica hanno definitivamente evidenziato una serie di fragilità della forma di governo italiana non sanate dagli infruttuosi tentativi dei processi di riforma che si sono succeduti nelle diverse fasi della storia costituzionale italiana; la ripartenza dopo la pandemia offre un'imperdibile occasione per apportare i necessari miglioramenti al sistema politico-partitico ed attuare finalmente una riforma di sistema. Il tema di fondo continua a essere quello della crisi della democrazia rappresentativa. Crisi che rende non ulteriormente procrastinabile una profonda rivisitazione del sistema istituzionale, alla luce del nuovo contesto europeo e di quello globale.

Il processo di riforma è chiamato a trovare i percorsi ottimali in termini di efficienza e di tempestività, misurandosi, da una parte, con il nuovo scenario geopolitico e, dall'altra, con l'ulteriore sviluppo della digitalizzazione che ha un'influenza trasversale, interessando sia i rapporti personali che l'organizzazione dei poteri pubblici. La transizione digitale è perciò l'ulteriore passaggio che il Paese ha davanti a sé per migliorare la vita delle istituzioni e dei cittadini e per dotare le nuove generazioni delle competenze necessarie per non arrivare impreparate alle richieste del mercato del lavoro dei prossimi anni. La *digital democracy* genera infatti un forte

³⁰ *Ibidem*, 762.

³¹ G. AMATO, *Il miracolo di ieri, la sfida di oggi*, in *Nuova Antologia*, aprile-giugno 2021, 40-41.

impatto sulle dinamiche sociali e può promuovere, grazie ai processi di automazione, sia un allargamento dei processi di partecipazione e di decisione che un miglioramento in termini di efficienza e di efficacia dell'apparato pubblico.

In considerazione della complessità delle nuove sfide cui le istituzioni devono sottoporsi, siamo arrivati oggi - per riprendere un'espressione di Lanchester - a una "forte tensione plastica" oltre la quale c'è il "punto di rottura"³². Il processo di riforma costituzionale deve adesso ispirarsi a criteri di realismo per trovare le soluzioni idonee a rendere minima la divaricazione fra il testo costituzionale e la vita effettiva della società, senza appellarsi continuamente alla elasticità della Costituzione.

La netta divaricazione fra testo e contesto è un dato antico della forma di governo italiana e si è progressivamente accentuato negli ultimi anni. Oggi è oggettivamente difficile continuare a definirla parlamentare, sembrando invece più verosimile la definizione di "forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale"³³. Infatti, quando il circuito politico-parlamentare ha dimostrato di non riuscire a superare le difficoltà cui si è trovato di fronte, si è rivolto ad una supplenza da parte del Presidente della Repubblica che è stata sempre più incisiva e ha avuto uno spazio sempre maggiore quando dal sistema bipolare - fragile e vittima di coalizioni litigiose - si è passati, in questi ultimi anni, ad un sistema tripolare che ha avuto come esito la formazione di un governo tecnico-politico. In questa evoluzione i Presidenti della Repubblica sono passati dal ruolo di arbitri a quello di esternatori e di codecisori di nomi di Ministri e di punti programmatici, soprattutto in materia di politica internazionale; infine, di fautori di veri e propri "governi del Presidente" nei quali la figura di Presidente notaio sembra essere definitivamente tramontata.

Le riforme costituzionali recentemente approvate - il taglio dei parlamentari ed il diritto di voto al compimento del diciottesimo anno di età al Senato - rappresentano significativi segnali di voler intraprendere un itinerario volto verso una nuova configurazione del modello di democrazia parlamentare finalizzato a perseguire una maggiore stabilità del Governo ma simmetricamente una restituita centralità del Parlamento³⁴.

Le attuali proposte di razionalizzazione della forma di governo passano dall'eliminazione di alcuni fenomeni anomali, come le crisi extra parlamentari, e hanno contestualmente l'obiettivo di attenuare gli elementi di inefficienza attraverso l'introduzione di idonei meccanismi come la sfiducia costruttiva, finalizzata, sul modello tedesco, a una maggiore stabilità governativa³⁵; o come la costituzionalizzazione della questione di fiducia con una disciplina delle modalità di presentazione finalizzata ad evitarne un utilizzo abusivo. Si propone, altresì, di formalizzare il

³²F. LANCHESTER, *La Costituzione fra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, 15.

³³ La definizione di C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013.

³⁴ Si tratta ora di completare questo iter attraverso l'equiparazione dell'elettorato attivo per l'elezione di Camera e Senato per eliminare il rischio di maggioranze diverse nei due rami del Parlamento. Sulle proposte di riforma istituzionale nella XVIII Legislatura v. il disegno di legge costituzionale AS 1960, *Modifiche alla parte seconda della Costituzione concernenti le competenze delle Camere e del Parlamento in seduta comune, la composizione del Senato della Repubblica, il procedimento legislativo e i procedimenti di fiducia e sfiducia*.

³⁵ La Legge Fondamentale tedesca indica, all'articolo 67, le modalità della sfiducia costruttiva: "Il Bundestag può esprimere la sfiducia al Cancelliere federale soltanto nel caso in cui, a maggioranza dei suoi membri, elegga un successore e chiedi al Presidente federale di revocare il Cancelliere federale. Il Presidente federale è tenuto a accogliere la richiesta e a nominare l'eletto". Nell'attuale disegno di legge riforma costituzionale la sfiducia costruttiva va approvata a maggioranza assoluta dei componenti del Parlamento in seduta comune e con l'indicazione, già al momento della sua presentazione, di una proposta di risoluzione della crisi.

rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio che non può più essere considerato alla stregua di un *primus inter pares* ³⁶.

L'attuazione e l'efficacia di queste proposte necessita peraltro di una vera e propria "riforma di sistema", che sciolga il nodo irrisolto del bicameralismo paritario e ripetitivo, a bassa decisionalità ed introduca la differenziazione delle due Camere per eliminare inutili duplicazioni e migliorare il sistema delle autonomie territoriali, sperimentando al Senato, spiega De Siervo, "una utile, incisiva presenza di esponenti regionali"³⁷.

Inoltre, un elemento importante è rappresentato dalla proposta di conferimento di una nuova centralità al Parlamento in seduta comune, con compiti accresciuti anche in relazione alla diminuzione del numero dei parlamentari, per essere non più un mero seggio elettorale ma una sede unitaria di rappresentanza, titolare dei poteri di decisione che maggiormente incidono sull'indirizzo politico nazionale, a partire dal rapporto fiduciario.

Nella misura in cui queste proposte di riforma saranno tempestivamente attuate, in coerenza con quanto richiesto dal nuovo contesto che impone un cambiamento radicale della politica per arrivare a un sistema istituzionale in grado di reggere il passo con il ritmo frenetico delle trasformazioni globali, sarà possibile superare le tentazioni e le soluzioni tecnocratiche e, pensando ancora una volta agli insegnamenti di Mario Galizia, costruire un rinnovato sentimento di partecipazione alla cosa pubblica che resta il risultato ultimo cui la scienza del diritto costituzionale deve tendere per far ritrovare ai cittadini la fiducia verso le istituzioni, in un più ampio e consapevole *idem sentire de republica*.

ABSTRACT

Alla luce della lezione di metodo di Mario Galizia per lo studio del diritto costituzionale, l'articolo esamina un aspetto dell'evoluzione della forma di governo italiana e cioè l'affermarsi dei governi tecnici che rappresenta peraltro un'anomalia che può essere sanata attraverso l'attuazione di una serie di riforme di sistema.

In light of Mario Galizia's method for the study of constitutional law, the article examines an aspect of the evolution of the Italian form of government, namely the affirmation of technical governments, which represents however an anomaly that can be corrected through the implementation of a series of institutional reforms.

PAROLE CHIAVE: diritto costituzionale, forma di governo, principio di effettività, governo tecnico, riforme.

KEYWORDS: constitutional law, form of government, principle of effectiveness, technical government, reforms.

³⁶ Questo rafforzamento può essere raggiunto attraverso il conferimento al Presidente del Consiglio del potere di proporre al Capo dello Stato la revoca dei Ministri.

³⁷ U. DE SERVO, *Ricordando la Costituente. Un bilancio positivo nonostante tutto*, in *Nuova Antologia*, aprile-giugno 2021, 34.



Astrid Zei*

Le regole e le deroghe nel diritto parlamentare tedesco: la *conventio ad excludendum* nei confronti del gruppo di *Alternativa per la Germania (AfD)***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esclusione di *AfD* dal collegio di Presidenza del Bundestag. 2.1. Alla ricerca di una interpretazione autentica del regolamento. - 2.2. L'esclusione di *AfD* come oggetto di un conflitto di attribuzioni. – 3. La ripartizione proporzionale delle Commissioni parlamentari da presiedere: l'eccezione di *Alternativa per la Germania*. – 4. Esiste l'istituto della revoca del Presidente di Commissione?. – 5. *AfD* e l'istituto del ricorso delle minoranze parlamentari alla giurisdizione costituzionale. – 6. Conclusioni

1. Introduzione

L'ingresso di *Alternativa per la Germania* (*Alternativ für Deutschland*, abbr. *AfD*) nel Bundestag nel 2017 e il suo crescente successo elettorale in molti Länder - dove, pur non avendo conquistato una maggioranza di governo, si è comunque affermato quale secondo partito¹ - costituisce un difficile banco di prova per la democrazia parlamentare tedesca. Ciò dipende, anzitutto, dal suo orizzonte ideologico e programmatico di riferimento che, pur non essendo apertamente sovversivo, risulta comunque incommensurabile rispetto ai valori costituzionali della dignità dell'uomo, del pluralismo culturale e dell'integrazione europea che sono invece largamente condivisi da tutte le altre forze politiche in campo. In secondo luogo, dalla dimensione del suo gruppo parlamentare, che nel corso della XIX legislatura (2017-2021) ne faceva il maggior partito all'opposizione, e oggi, il secondo. In terzo luogo - ed è l'oggetto di questa disamina - dalle soluzioni sinora accolte dalle altre forze politiche che siedono nell'arena parlamentare per scongiurare il pericolo che una certa idea condivisa dello stato, della società, della storia, possa essere inficiata dalla partecipazione di *AfD* alla formazione della volontà politica del Parlamento.

*Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*

¹ *Alternativa per la Germania* oggi costituisce il secondo gruppo parlamentare più numeroso nelle assemblee legislative della Sassonia, Brandeburgo, Turingia, Sachsen-Anhalt e Meclenburgo-Pomerania occidentale.

Le ultime due legislature risultano infatti caratterizzate da ripetute forzature interpretative e procedurali delle norme del diritto parlamentare e dal superamento di regole di natura convenzionale, usi e prassi, da parte della maggioranza e degli altri partiti all'opposizione, atti a limitare il concorso del gruppo *AfD* all'organizzazione e ai lavori dell'Assemblea e delle Commissioni.

La *conventio ad excludendum* messa in atto nei confronti del gruppo parlamentare *AfD*, infatti, non ha solamente il significato di escludere permanentemente e a priori tale forza politica da qualsiasi formula di maggioranza, ma è più radicale: come ha scritto un politologo tedesco “fondamentalmente tutti i gruppi del Bundestag hanno deciso di non tenere alcuna consultazione con *AfD* e di non adottare alcuna iniziativa comune”².

Ne nascono tensioni che si alimentano di questioni simboliche, non prive di una certa teatralità, come la decisione di chiamare l'Assemblea a deliberare su quale gruppo parlamentare - se i liberali (FDP) o l'unione cristiana (CDU-CSU) - possa avere il privilegio di sedere lontano dal gruppo *AfD*³; ovvero il diniego opposto ai parlamentari *AfD* che avrebbero voluto sottoscrivere certe iniziative comuni presentate dagli altri gruppi dell'opposizione⁴.

La storia istituzionale tedesca ha già vissuto importanti momenti di cambiamento nel sistema dei partiti e di crisi nell'*establishment*. Ciò è avvenuto ad esempio con l'affermazione del partito politico dei Verdi, nella prima metà degli anni Ottanta, e soprattutto all'indomani di un glorioso, ma per molti versi doloroso processo di Riunificazione, che ha richiesto l'integrazione di orizzonti politici e ideologici profondamente diversi.

Non è la prima volta che l'ingresso di nuove forze politiche nell'arena parlamentare si accompagna, almeno in una fase iniziale, ad una *conventio ad excludendum* nei confronti delle stesse, attuata attraverso atti e fatti che sono stati anche posti al vaglio del Tribunale costituzionale federale.

Oggi la mole del contenzioso depositato sul tavolo del *Bundesverfassungsgericht* risulta tuttavia senza precedenti, e sollecita un'ulteriore riflessione, poiché mette in discussione, da un lato, la funzione di integrazione del Parlamento, dall'altro, l'effettività delle garanzie poste a presidio del principio della parità delle *chances* dei partiti politici e dei diritti di partecipazione delle minoranze parlamentari.

2. L'esclusione di *AfD* dal collegio di Presidenza del Bundestag

La *conventio ad excludendum* si sostanzia anzitutto nell'assenza di *Alternativa per la Germania* dall'organo collegiale della Presidenza del Bundestag per tutta la durata della XIX legislatura (2017-2021) e in quella corrente (2021-).

²F. RUHOSE, *Die AfD im Deutschen Bundestag. Zum Umgang mit einem neuen politischen Akteur*, Wiesbaden, Springer, 2019, p. 8.

³ Nel 2017 i deputati di *AfD* sono stati collocati all'estrema destra dell'emiciclo. Accanto a loro sedevano i deputati del gruppo dei liberali (FDP), i quali all'epoca chiesero inutilmente una diversa collocazione, lontano dai *parvenu*. All'inizio della XX legislatura, all'indomani della formazione di un governo di coalizione guidato dal partito social-democratico (SPD) assieme ai liberali e ai Verdi, l'istanza è stata ripresentata e in questo caso è risultato dirimente il nuovo status dei liberali divenuti un gruppo della maggioranza. I deputati dell'unione cristiana-democratica (CDU/CSU) hanno dovuto pertanto cedere i loro scranni ai liberali e accontentarsi di sedere accanto ai deputati di *AfD*.

⁴ V. *infra*, par.

Ai sensi del § 2 del Regolamento, la Presidenza del Bundestag è formata dal Presidente dell'Assemblea e dai vice-Presidenti, in numero di almeno uno per ognuno dei gruppi. Tale norma garantisce dunque non solamente un'equa rappresentazione di tutte le forze politiche, ma finanche una sovra-rappresentazione dei gruppi minori.

Il Presidente è eletto dall'Assemblea a maggioranza assoluta, e in ossequio ad una prassi costante che risale al *Reichstag* weimariano, egli è sempre espressione del gruppo parlamentare più numeroso del Bundestag⁵.

I Vice-Presidenti sostituiscono il Presidente, alternandosi nella direzione delle singole sedute, e condividono dunque con lo stesso un obbligo di imparzialità connesso al carattere arbitrale dell'ufficio. Ai sensi del § 7 del regolamento, essi esercitano altresì collegialmente alcune rilevanti funzioni consultive che condizionano l'esercizio dei poteri disciplinari del Presidente dell'Assemblea, le sue determinazioni circa la collocazione e gli avanzamenti di carriera dei più alti funzionari parlamentari, e la sottoscrizione di contratti di particolare rilevanza che vincolano il Bundestag.

Benché tale collegio non sia il più importante organo di indirizzo del Bundestag, in forza della sua rappresentatività esso si è comunque affermato nella prassi come sede privilegiata per la “mediazione” e il “compromesso” tra i gruppi del Bundestag⁶.

I vice-Presidenti, al pari del Presidente, sono eletti dall'assemblea a maggioranza qualificata. Il regolamento affida dunque la formazione della Presidenza ad un atto di volizione politica. La bocciatura di tutti i candidati proposti dal gruppo *Alternativa per la Germania* da parte della maggioranza dell'assemblea⁷ ha creato una *impasse* istituzionale, giacché la lettera del regolamento del Bundestag risulta almeno parzialmente disattesa. Vi è, a ben vedere, un potenziale conflitto tra la garanzia della partecipazione di tutti i gruppi, da un lato, e la libertà di scelta dei parlamentari, dall'altro. In altre parole, come osserva uno studioso tedesco, da un lato il regolamento impone un certo risultato, e dall'altro, prescrive un procedimento che non necessariamente produce quel risultato⁸.

Oggi, dunque, alla luce di queste recenti vicende istituzionali, la lettera del § 2, secondo co., del regolamento del Bundestag appare formulata in modo infelice, giacché la norma che se ne

⁵ Sebbene nell'ambito della dottrina tedesca diversi autori ritengono che tale prassi abbia assunto nel tempo la consistenza di una norma convenzionale del diritto parlamentare, ciò non comporta anche il riconoscimento al gruppo maggioritario del diritto esclusivo alla presentazione dei candidati alla carica di Presidente dell'Assemblea. Nel secondo Dopoguerra, infatti, non sono mancate votazioni su candidati alternativi proposti da altri gruppi. Nel 1954, alla morte del Presidente del Bundestag Hermann Ehlers (CDU/CSU) il suo gruppo propose un altro candidato, Eugen Gerstenmeier, ma i liberali (FDP) gli opposero un altro collega dello stesso gruppo CDU/CSU. Nelle prime due votazioni nessuno dei due raggiunse il quorum prescritto. Gerstenmeier venne eletto al terzo scrutinio.

⁶ J. BÜCKER, *Präsident und Präsidium*, in H.-P. SCHNEIDER/W. ZEH (Ed.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, de Gruyter, 1989, p. 795 ss.; L. BROCKER, *Art. 40*, in W. KAHL/C. WALDHOFF/C. WALTER (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, München, Beck, 2019, par. 157.

⁷ Nel corso della XIX legislatura i candidati proposti da Alternativa per la Germania sono stati sei, e nessuno di loro ha raggiunto il quorum richiesto dal regolamento. All'inizio della XX legislatura il gruppo AfD ha presentato per due volte lo stesso candidato, che non ha ottenuto i voti necessari.

⁸ S. LOVENS, *Der Bundestag*, cit., p. 22.

ricava legittima la presentazione delle candidature da parte dei singoli gruppi, ma non ne impone l'elezione da parte dell'assemblea⁹.

Tale disposizione venne introdotta nel regolamento del Bundestag solamente nel 1994, su iniziativa del gruppo parlamentare dei Verdi (e nonostante l'opposizione del gruppo dei socialdemocratici)¹⁰, che pure in passato era stato escluso dal collegio della Presidenza in forza di una volizione della maggioranza.

Fino al 1983 – ad eccezione della prima legislatura – i gruppi parlamentari del Bundestag furono sempre solamente tre e a nessuno di loro fu mai negata l'indicazione di un vice-Presidente¹¹, al punto che nelle prime nove legislature i membri della Presidenza vennero eletti quasi sempre in blocco tutti assieme¹².

Le elezioni politiche del 1983 significarono l'ingresso del partito dei Verdi nelle aule del Bundestag e la costituzione di un quarto gruppo parlamentare.

Nella X (1983-1987) e nella XI legislatura (1987-1990) il gruppo dei Verdi non espresse nessuno dei vice-Presidenti del Bundestag¹³. Ciò dipese dal fatto che all'inizio della X legislatura i vice-Presidenti dell'assemblea non furono più eletti in blocco, ma furono votati singolarmente: le candidature presentate dal gruppo dei Verdi non ottennero i voti necessari. Nella legislatura successiva (1987-1990) i nomi di cinque candidati, tra i quali anche un esponente dei Verdi, furono sottoposti a votazione con la formula del voto limitato: ciascun deputato poteva indicare fino a quattro nomi e anche in questo caso il candidato dei Verdi non ottenne il quorum necessario.

Le modifiche regolamentari del 1994 dovevano dunque servire a scongiurare l'esclusione dei gruppi minoritari dal collegio della Presidenza del Bundestag.

Ciò nonostante, nel 2006 si registrò una prima impasse, con la bocciatura da parte dell'assemblea del candidato designato dal gruppo parlamentare della Sinistra (*Die Linke*). Lo stesso nome fu proposto per quattro volte, senza conquistare la maggioranza assoluta richiesta dal regolamento, e senza ottenere neppure la maggioranza relativa, che fu la soluzione prospettata dal Presidente del Bundestag per superare l'ostacolo¹⁴. Lo stallo fu superato solamente sei mesi dopo, quando il gruppo della Sinistra riuscì a far eleggere un'altra deputata. Va detto, infatti, che le bocciature da parte dell'assemblea vennero spiegate invocando due diversi ordini di ragioni,

⁹ Tale interpretazione è stata ulteriormente esplicitata dalla maggioranza all'inizio della XX legislatura con l'approvazione di una mozione che riconosce ad ognuno dei gruppi del Bundestag "il diritto di proporre una candidata o un candidato per l'Ufficio di vice-Presidente del Bundestag che gli spetta" (BT. Drs. 20/5).

¹⁰ L.-A. VERSTEYL, *Art. 40*, I. VON MÜNCH-P. KUNIG, *Grundgesetz. Kommentar*, I, 6. Ed., München, Beck, 2012, par. 2.2.2.

¹¹ K.-H. ROTH AUG, *Die Leitungskompetenz des Bundestagspräsidenten*, Kassel, 1979, p. 167 derivava dalla prassi costante una "legittima pretesa" da parte dei gruppi parlamentari all'elezione di un vice-Presidente.

¹² F. EDINGER, *Besetzung parlamentarischer Gremien*, p. 168-170, sottolinea inoltre che la scelta di eleggere i vice-Presidenti tutti assieme con una unica votazione dovrebbe essere intesa come una deroga al regolamento, legittimata dalla maggioranza dei due terzi dei deputati, come richiesto dal § 126 del regolamento.

¹³ Anche nella XII legislatura (1990-1994) i Verdi non espressero alcun vice-Presidente, ma ciò dipese dalla esiguità del numero dei deputati eletti, che furono solamente otto, così che non si raggiunse il quorum di venti deputati prescritto dal regolamento per la costituzione di un gruppo (*Fraktion*).

¹⁴ Tale proposta si basava su una interpretazione sistematica e teleologica delle norme del regolamento, tenendo conto, cioè, da un lato della possibilità di un ballottaggio tra i candidati più votati che era già espressamente disciplinata dal regolamento, e che dunque legittimava l'ipotesi di un vice-Presidente eletto a maggioranza relativa; dall'altro, considerando determinante l'obiettivo di formare un collegio di Presidenza rappresentativo di tutti i gruppi del Bundestag: al riguardo, si veda il resoconto stenografico della seduta del 18 ottobre 2005.

entrambi legati alla storia e alle qualità personali del candidato, il Segretario del partito Lothar Bisky: anzitutto, si disse che l'Ufficio di vice-Presidente esige un esercizio imparziale delle prerogative ad esso connesse, e non sarebbe stato pertanto cumulabile con la carica di Segretario di partito. Altri rilievi atenevano al curriculum personale del candidato, che era stato notoriamente un "buon" informatore della Stasi all'epoca della DDR.

Fu questa vicenda a suggerire un'ulteriore modifica del regolamento parlamentare. Si decise infatti di esplicitare la regola della riduzione del quorum prescritto a partire dal terzo scrutinio, indipendentemente dal numero dei candidati, e di subordinare la decisione di indire ulteriori votazioni ad un accordo tra i gruppi, da raggiungere in seno al Consiglio degli Anziani¹⁵.

2.1. Alla ricerca di una interpretazione autentica del regolamento

Alla fine del 2020, a fronte dell'ennesima bocciatura delle candidature proposte dal gruppo *AfD*, quest'ultimo ha trasmesso formalmente alla Commissione del Bundestag per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento un documento articolato in dodici quesiti¹⁶.

I profili affrontati sono fondamentalmente due: da un lato, si tratta dell'interpretazione del § 2 del regolamento del Bundestag; se cioè tale disposizione "debba essere interpretata nel senso che i deputati del Bundestag siano tenuti ad eleggere un candidato di *Alternativa per la Germania* alla carica di vice-presidente e se il gruppo *Alternativa per la Germania* abbia sempre il diritto di designare un deputato per la carica di vice-presidente, anche dopo che diverse candidature siano state respinte". Dall'altro, si solleva una questione più generale, vale a dire quali siano le garanzie a presidio dei diritti delle minoranze parlamentari, posto che il regolamento del Bundestag potrebbe essere modificato a maggioranza semplice, o persino derogato, ai sensi del § 126, con il voto favorevole dei due terzi dei deputati.

La Commissione, ai sensi del § 128 del regolamento del Bundestag, svolge una funzione di consulenza sulle questioni relative all'interpretazione del regolamento e allo status del Bundestag e si pronuncia al riguardo con raccomandazioni, che vengono inserite tra le questioni all'ordine del giorno dell'Assemblea, ai sensi del § 75, primo co., lett. h) del regolamento.

I quesiti sono rimasti tuttavia senza risposta.

La Commissione per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento, al pari delle altre Commissioni del Bundestag, è formata in maniera da rispecchiare la composizione proporzionale dell'Assemblea. Tutti i deputati, ad eccezione di quelli di *AfD*, hanno deliberato di non dare alcun seguito alla richiesta¹⁷.

¹⁵ Le modifiche vennero approvate il 26 settembre 2006: BGBl. I, p. 2210 ss. Sul punto, S. LOVENS, *Der Bundestag zwischen Wahl und Entsendung zu seinem Präsidium: die Causa Bisky*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2008, p. 18 ss.

¹⁶ BT. 19/26228. Questo documento in dodici punti era già stato presentato direttamente alla Commissione del Bundestag per la verifica delle elezioni, l'immunità e il regolamento nel mese di ottobre 2020, la quale non vi aveva dato alcun seguito. Il 20 gennaio 2021 esso era stato inviato all'Assemblea, e quest'ultima una settimana dopo lo aveva inoltrato alla Commissione.

¹⁷ BT Drs. 19/28675 del 25 aprile 2021. Si tratta di una relazione assai concisa, che dà conto solamente delle posizioni espresse al riguardo dai singoli gruppi: i socialdemocratici insistevano sull'assenza di obblighi in capo alla Commissione, anche se richiesta dall'Assemblea di pronunciarsi su una determinata questione. Per i Verdi, le minoranze non potevano avanzare alcuna pretesa nei confronti della Commissione, posto che un'eventuale interpretazione del regolamento non mira a soddisfare interessi di parte, bensì a soddisfare un comune bisogno. Secondo i liberali, la Commissione non sarebbe stata tenuta a fornire "semplici spiegazioni giuridiche sulla questione".

Il breve parere presentato a corredo della decisione dà conto del pieno potere di apprezzamento della Commissione riguardo alle questioni meritevoli di essere esaminate¹⁸. La posizione espressa in quella sede dal partito dei liberali – gli altri gruppi non si sono pronunciati nel merito – insiste sul primato del diritto dei deputati al libero esercizio del mandato parlamentare “che si manifesta anche nell’elezione dei membri del Consiglio di Presidenza, e che in forza della gerarchia delle fonti non potrebbe essere limitato dalle norme del regolamento parlamentare”. Per i singoli gruppi parlamentari, “pertanto, non sussiste alcun diritto di designazione per l’elezione di un vicepresidente, ma solamente un diritto di proposta”.

2.2. L’esclusione di *AfD* come oggetto di un conflitto di attribuzioni

Pure in assenza di un fondamento costituzionale espresso, la partecipazione di tutti i gruppi del Bundestag ai suoi organi di indirizzo riveste un chiaro rilievo costituzionale. Il principio democratico, che nell’ordinamento tedesco è iscritto nell’art. 38, primo co., seconda frase, LF pretende l’eguale concorso dei deputati alla formazione della volontà del Parlamento. L’esclusione di *AfD* dalla Presidenza del Bundestag è attualmente oggetto di due conflitti di attribuzione che sono stati presentati al Tribunale costituzionale, rispettivamente, nella XIX e nella XX legislatura¹⁹. Contestualmente al primo ricorso, il gruppo *AfD* ha chiesto ai giudici di pronunciarsi sulla questione anche attraverso l’adozione di una misura cautelare.

Nelle more della decisione di merito, la richiesta è stata respinta. Le ragioni illustrate dal Tribunale sono almeno due. Esse fanno leva anzitutto sulla natura del conflitto di attribuzione, che nell’ordinamento tedesco non ha una funzione cassatoria o nomopoietica, perché mira ad accertare il diritto senza imporre precisi obblighi di fare o non fare in capo ai soggetti coinvolti. Nelle more del giudizio principale, il rimedio cautelare non potrebbe pertanto superare nei suoi effetti quelli di una pronuncia di accoglimento, imponendo al Bundestag e/o ai suoi gruppi di adottare determinati provvedimenti, e meno che mai di novare le regole procedurali cui si informa l’assemblea in vista della futura elezione di un vicepresidente. I giudici hanno sottolineato che quando si versi nell’ambito di un conflitto di attribuzione, il rimedio cautelare, in generale, mira a garantire temporaneamente i diritti che il ricorrente pretende violati e che derivano dalle norme vigenti, mentre lo stesso non sarebbe di per sé idoneo ad imporre una modifica di quelle stesse norme. Quanto al carattere urgente della pronuncia invocata dai ricorrenti, il Tribunale costituzionale federale ha opposto paradossalmente il fatto che la sequela delle bocciature dei candidati proposti da *Alternativa per la Germania* avesse avuto inizio nel lontano 2017, all’avvio della XIX legislatura, così che il ricorrente avrebbe dovuto quantomeno spiegare quali circostanze sopravvenute avrebbero reso urgente, ad un certo punto, l’adozione di un provvedimento.

3. La ripartizione proporzionale delle Commissioni parlamentari da presiedere: l’eccezione di *Alternativa per la Germania*

¹⁸ BVerfG 2 BvE 2/20, decisione del 7 agosto 2021.

¹⁹ La pronunce sono attese nel corso del 2022.

Prima ancora che i gruppi politici trovassero un riconoscimento formale nel Regolamento del Reichstag, Julius Hatscheck nel 1915 non aveva esitato a definire la rappresentanza delle minoranze parlamentari in seno alle Commissioni parlamentari e il diritto di tribuna dei partiti politici quali “regole non scritte del diritto parlamentare”²⁰.

La *conventio ad excludendum* nei confronti del gruppo Alternativa per la Germania (*AfD*) si manifesta altresì nella decisione di negare al gruppo il privilegio di presiedere le Commissioni del Bundestag. L'organizzazione dei lavori del Bundestag per molti aspetti non esprime il *continuum* tra i gruppi della maggioranza e il governo in carica, e la ripartizione dei seggi di Presidenza delle Commissioni tra tutti i gruppi parlamentari si riallaccia ad una tradizione diversa, riprendendo una regola già iscritta nel regolamento dell'instabile e incostante Reichstag weimariano.

Diversamente dalla tradizione affermatasi in Italia²¹ e in altri ordinamenti, come la Francia²², oppure nel Regno Unito²³, dove la designazione del Presidente riflette la dialettica maggioranza-opposizione – con l'eccezione, semmai, delle Commissioni che svolgono funzioni in materia finanziaria - in Germania il § 12 del Regolamento del Bundestag stabilisce che tali cariche debbano essere ripartite tra i gruppi in proporzione alla loro consistenza numerica, e tale norma viene da sempre intesa quale garanzia per i gruppi dell'opposizione di ottenere la Presidenza di alcune Commissioni parlamentari.

Per questa ragione tradizionalmente le Commissioni del Bundestag venivano costituite immediatamente all'avvio della legislatura, senza che fosse necessario attendere la formazione del governo e, di conseguenza, prima di definire gli schieramenti della maggioranza e dell'opposizione. E' solo dal 2013, vale a dire, nelle ultime tre legislature, che l'Assemblea ha scelto di istituire, subito dopo la sua prima riunione, una Commissione principale di carattere

²⁰ J. HATSCKECK, *Parlamentsrecht*, cit., p. Berlin, 1915, p. 229 ss.

²¹ Nel Parlamento italiano, convenzionalmente all'opposizione viene assegnata la Presidenza delle Commissioni “di garanzia”, preposte all'esercizio di funzioni di controllo e vigilanza, e all'istruzione delle procedure parlamentari connesse alla verifica dei poteri e alle immunità parlamentari, potenzialmente incidenti sullo status dei deputati. Sebbene si tratti di convenzioni che di fatto si traducono in una prerogativa delle opposizioni, la *ratio* consiste nella necessità di garantire la massima efficacia ad importanti attività di interesse generale, attraverso la mobilitazione dei gruppi politici che perseguono interessi diversi da quelli della maggioranza.

²² Nell'ordinamento francese i Presidenti di Commissione e i membri degli uffici di Presidenza, benché eletti a maggioranza semplice, sono tradizionalmente espressione della maggioranza parlamentare. Fa eccezione solamente la Commissione per le finanze, ma al riguardo occorre precisare che per l'intera durata della legislatura il delicato incarico di relatore risulta sempre assegnato ad un esponente della maggioranza di governo. Nel tempo questo modello di ripartizione è stato talvolta messo in discussione e nel tempo è stato proposto a più riprese di accogliere il criterio dell'assegnazione delle cariche in proporzione alla consistenza numerica dei gruppi, ma il timore di una condotta ostruzionistica da parte dell'opposizione finora ha sconsigliato queste innovazioni: C. Fasone, p. 219.

²³ Fino alle riforme del 2010, i Presidenti dei *select Committees* della House of Commons erano eletti dai membri di ciascuna Commissione. Nei fatti l'elezione formalizzava gli accordi raggiunti dai whips del governo e dell'opposizione riguardo alla ripartizione delle Commissioni da presiedere e in base ad una prassi consolidata all'opposizione veniva comunque assegnata circa la metà delle Commissioni e in ogni caso tutte quelle maggiormente vocate all'esercizio di uno scrutinio sull'operato del governo. Nel 2010 è stata introdotta una nuova procedura per l'elezione dei Presidenti della maggior parte dei *select Committees*. Lo *Standing Order n. 122B (1)* prevede che il numero delle Commissioni che ciascun gruppo potrà presiedere sia calcolato dello Speaker in proporzione alla consistenza numerica dei gruppi. L'assegnazione delle singole Commissioni ai gruppi sarà poi oggetto di una mozione che tutti i gruppi sottoporranno all'Assemblea. Quanto alla scelta del Chairman, essa è affidata ad una elezione a scrutinio segreto da parte dell'intera Camera. La procedura viene ben descritta da F. Rosa, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 145-147. Come osserva, V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 122, questa nuova procedura sembra garantire meglio i partiti minori e conferisce maggiore trasparenza alle procedure di scelta.

transitorio, chiamata ad operare su mandato dell'assemblea solamente fino alla costituzione delle Commissioni permanenti, vale a dire al termine dei lunghi negoziati tra le forze politiche per la formazione della coalizione di governo.

Nella storia del Bundestag si rinvengono – è vero – alcune regolarità relativamente alla designazione dei Presidenti delle Commissioni: ad esempio, è possibile riscontrare che la Commissione per il lavoro e per gli affari sociali finora è stata sempre presieduta da un deputato del gruppo dei socialdemocratici (SPD) e che la Commissione per le petizioni è tradizionalmente guidata da una donna. Tuttavia, è condivisa l'idea che si tratti di opzioni squisitamente politiche, che non sono espressione di vere e proprie convenzioni, ma più modestamente corrispondono ad una prassi sinora reiterata²⁴.

Il regolamento del Bundestag non impone, ma neppure esclude la formalità dell'elezione del Presidente della Commissione da parte dei suoi membri: l'§ 58 del Regolamento utilizza a tal fine un verbo dal contenuto più ampio, in quanto stabilisce che le Commissioni “determinano” il loro Presidente secondo quanto concordato dal Consiglio degli Anziani.

Quest'ultimo, l'*Ältestenrat*, è un organo rappresentativo di tutti i gruppi parlamentari ed è il vero organo di governo collegiale del Bundestag.

Esso è formato dal Presidente dell'Assemblea, da tutti i Vice-Presidenti e da altri 23 deputati designati dai gruppi in proporzione alla loro consistenza numerica.

Il Consiglio degli Anziani svolge diversi compiti, riconducibili in parte alle nostre Conferenze dei Capigruppo²⁵ e in parte ai nostri Uffici di Presidenza delle Camere, e si configura come uno snodo cruciale nell'organizzazione e nella direzione dei lavori parlamentari, essendo preposto anche alla programmazione del calendario annuale delle attività parlamentari, del calendario settimanale delle sedute e dell'ordine del giorno.

L'indicazione dei Presidenti delle commissioni avviene dunque in maniera consensuale in quella sede. Qualora l'accordo risultasse difficile, si applica un metodo di scelta “classico” nel diritto parlamentare tedesco, vale a dire che si lascia che ciascun gruppo scelga autonomamente quali Commissioni preferisce presiedere: ogni *Fraktion* si esprime al riguardo secondo un ordine che dipende dalla consistenza del gruppo, accordando priorità di scelta ai gruppi più numerosi²⁶. Più precisamente, in questi casi si utilizza la formula proporzionale di *Saint Laguë/Scheper*, con cui si stabilisce esattamente per ciascun gruppo quante Commissioni si debbano presiedere e in che ordine i gruppi saranno chiamati a scegliere tra quelle disponibili.

Nelle ultime due legislature, applicando la formula *Saint Laguë/Scheper*, il gruppo parlamentare *Alternativa per la Germania* è stato legittimato a presiedere tre Commissioni permanenti, e più precisamente il gruppo ha fatto la sua scelta tra le ventitré Commissioni del Bundestag esprimendosi come terzo (XIX legislatura) o quarto (XX legislatura) gruppo più numeroso - -, e poi ancora undicesimo o dodicesimo, e ventesimo o ventunesimo.

²⁴ F. EDINGER, *Besetzung parlamentarischer Gremien*, cit., p. 213-214.

²⁵ Benché il Consiglio degli Anziani in basi ad una prassi consolidata non riunisca i Capigruppo, bensì i portavoce designati dai gruppi (*Geschäftsführer*).

²⁶ Si tratta di un metodo di scelta che può penalizzare i gruppi più piccoli e che presenta delle incognite anche per i gruppi più numerosi, H.A. ROLL, *Der Ältestenrat*, in H.-P. SCHNEIDER-W. ZEH (Eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., par. 23, p. 820, ritiene pertanto che paventando l'applicazione del *Zugriffsrecht* si riesca più facilmente a promuovere una soluzione consensuale in seno al Consiglio degli Anziani.

Quanto alla “determinazione” del Presidente che il regolamento parlamentare rimette alle singole Commissioni, non si tratta di una vera e propria elezione, dove sarebbero destinati a prevalere sempre i deputati dei gruppi più numerosi: le Commissioni sono invece vincolate all’accordo preventivamente raggiunto dal Consiglio degli Anziani.

Una volta concordato a quale gruppo debba essere assegnata la Presidenza di una Commissione, in assenza di ulteriori indicazioni da parte del Consiglio degli Anziani, la scelta del candidato per quella carica spetta in linea di principio allo stesso gruppo²⁷. La dottrina al riguardo parla finanche di un vero e proprio “diritto di candidatura”²⁸, che tuttavia resta sempre qualcosa di diverso rispetto ad un potere di nomina, giacché, con o senza la formalità dell’elezione, è comunque necessaria una “determinazione” da parte di tutti i membri della Commissione.

I membri delle Commissioni parlamentari assegnate ad *Alternativa per la Germania*, pur non essendo tenuti a farlo, hanno scelto di formalizzare la scelta del Presidente con una votazione.

Nonostante le astensioni e i voti contrari, nella XIX legislatura tutti i Presidenti designati dal gruppo sono risultati eletti²⁹. All’avvio della XX legislatura, invece, i candidati proposti da Alternativa per la Germania sono stati bocciati dalla maggioranza, e le tre Commissioni che dovevano essere presiedute dai deputati *AfD* sono rimaste acefale³⁰.

4. Esiste l’istituto della revoca del Presidente di Commissione?

Nell’ordinamento tedesco, così come del resto anche in quello italiano³¹, non è mai stata accolta l’idea di una relazione di carattere fiduciario tra il Presidente di Commissione e i suoi membri³².

²⁷ La discrezionalità dei gruppi nella scelta dei candidati alla carica di Presidente di Commissione viene spiegata a partire dal § 58 del Regolamento del Bundestag, vale a dire interpretando l’assenza di qualsiasi indicazione da parte del Consiglio degli Anziani riguardo alla persona da candidare come la implicita volontà di lasciare tale scelta alle *Fraktionen*. Per tutti, F. EDINGER, *Besetzung parlamentarischer Gremien*, cit., p. 215-216.

²⁸ Viene dunque teorizzato un „*Präsentationsrecht*” che viene riconosciuto esclusivamente al gruppo cui è stata assegnata la Presidenza di una Commissione: S. TROSSMANN, *Der Bundestag, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, in *Journal des öffentlichen Rechts*, 1978, p. 116 ss, p. 164.

²⁹ Nella XIX legislatura i deputati Peter Boehringer, Stephan Brandner e Sebastian Münzenmeier sono stati eletti, rispettivamente, quali Presidenti della Commissione per il bilancio, della Commissione per gli affari giuridici e la tutela dei consumatori, e della Commissione per il turismo.

³⁰ Il gruppo *AfD* aveva scelto di presiedere le Commissioni degli Interni, della salute e della cooperazione internazionale. Martin Hess, candidato alla carica di Presidente della Commissione degli Interni, ha ottenuto solamente sei voti su quaranta, e anche gli altri candidati sono stati bocciati dalla maggioranza.

³¹ Si vedano le considerazioni e i casi riportati da V. DI CIOLO – L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella prassi*, 2013, p. 342-343, relativi alle dimissioni presentate per ragioni politiche, poste ai voti, respinte e infine reiterate in seno alla Commissione nel corso degli anni Novanta, ed inoltre le posizioni espresse dai Presidenti delle Camere, ivi riportate, circa il “carattere eminentemente neutrale, di garanzia e di arbitrato tra le parti” che atterrebbe al ruolo dei Presidenti degli organi parlamentari, da cui deriverebbe l’inammissibilità di strumenti che implicino sfiducia al Presidente di Commissione e la richiesta di dimissioni”.

³² Nel Regno Unito sussiste invece un rapporto fiduciario tra i membri dei *Departmental Select Committees* e i loro Presidenti, giacché l’art. 122C degli *Standing Orders*, introdotto nel 2010, prevede espressamente che le Commissioni possano approvare una risoluzione per sfiduciare il loro *Chairman*. Come sottolinea C. FASONE, *Sistemi di Commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, Cedam, 2012, p. 221 ss., tale istituto introduce una asimmetria nell’organizzazione dei *Select Committees*, giacché lo *Standing Order* all’art. 122 A, introdotto anch’esso nel 2010, disciplina l’elezione del Presidente della Commissione affidandola formalmente all’Assemblea – con il limite che lo stesso deputato non può essere eletto per più di due legislature consecutive –, mentre la revoca dell’incarico dipende da una decisione assunta dai soli membri della Commissione, a maggioranza semplice, purché i deputati del maggior partito (almeno due) si esprimano a favore, con il concorso di almeno un altro deputato di un partito diverso.

Persino i tentativi sporadici di accentuare il carattere fiduciario, più che rappresentativo della carica del Presidente dell'Assemblea sono stati fermamente respinti nella prassi parlamentare³³.

Ciò nonostante, con una decisione senza precedenti nella storia del Parlamento tedesco, la cui legittimità è attualmente al vaglio del Tribunale costituzionale federale, nel corso della XIX legislatura i deputati della Commissione per gli affari giuridici e per i diritti dei consumatori hanno deliberato la revoca dell'incarico di Presidente conferito due anni prima al deputato *AfD* Stephan Brandner per "indegnità".

Le motivazioni addotte attengono al comportamento tenuto da Stephan Brandner all'indomani dell'attentato del **9 ottobre 2019**, solo parzialmente sventato, presso la Sinagoga di Halle, dove un estremista di destra aveva tentato una strage durante le celebrazioni della festa dello *Yom Kippur*, e dove hanno perso la vita due persone. Brandner, con un "tweet", aveva sminuito e ridicolizzato le manifestazioni di cordoglio e solidarietà nei confronti della comunità ebraica da parte di tutti gli altri partiti.

La deliberazione adottata per destituire il Presidente della Commissione costituisce un *unicum* nella storia del parlamentarismo tedesco. In seno alla Commissione, essa è stata legittimata invocando la teoria dell'*actus contrarius*, che comporterebbe la reversibilità della "determinazione del Presidente" da parte della Commissione³⁴.

Non esistono comunque precedenti al riguardo. Il regolamento del Bundestag, che, come si diceva, non prevede espressamente l'elezione dei Presidenti delle Commissioni parlamentari, non ne disciplina neppure la revoca, neanche implicitamente. Manca, infatti, qualsiasi indicazione circa la durata dell'incarico, ovvero riguardo ad un'eventuale rotazione dei deputati. Pertanto, non se ne ricavano elementi dirimenti per affermare, o negare, che i Presidenti debbano necessariamente rimanere in carica fino al termine della legislatura³⁵.

Un confronto tra le norme del regolamento che disciplinano la scelta e il ruolo dei Presidenti delle Commissioni e quelle che si riferiscono al Presidente dell'Assemblea potrebbe comunque offrire ulteriori spunti di riflessione.

Infatti, benché il regolamento del Bundestag stabilisca espressamente che il Presidente del Bundestag è eletto "per la legislatura", la maggior parte dei commentatori non esclude che l'assemblea possa sempre rimuoverlo, e ciò perlomeno per non lasciare il Parlamento disarmato nel caso limite di "un nemico dichiarato del Parlamento come Hermann Göring".³⁶

Coloro che negano tale possibilità, lo fanno per tutelare l'ufficio *super partes* affidato al Presidente, che nell'esercizio delle sue funzioni, anche a tutela delle prerogative e dei diritti delle minoranze parlamentari, dovrebbe essere posto saldamente al riparo da eventuali pressioni o sconfessioni da parte della maggioranza, escludendosi pertanto un rapporto di fiducia con i deputati che lo hanno eletto³⁷.

³³ Al riguardo, W. HARTH, *Abwählbar oder nicht? Der Parlamentspräsident und sein Amt*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1985, p. 490 ss.

³⁴ Nell'ambito della letteratura tedesca, tale tesi era stata sostenuta da T. WILRICH, *Der Bundestagspräsident*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 2002, p. 152 ss.

³⁵ Diversamente da quanto previsto per il Presidente dell'Assemblea, il cui incarico, ai sensi del § 2, primo co., del Regolamento ha la durata della legislatura.

³⁶ F. EDINGER, *Besetzung*, cit., p. 171.

³⁷ K., J. PARTSCH, *Die Wahl des Parlamentspräsidenten*, in *Archiv für öffentliches Rechts*, 1961, p. 35 ss.

Nella prassi parlamentare, le dimissioni del Presidente dell'Assemblea talvolta sono state sollecitate e ottenute³⁸, ma le mozioni di sfiducia proposte nei suoi confronti sono state dichiarate in ogni caso inammissibili³⁹.

Oggi l'ipotesi di una revoca e dell'elezione di un nuovo Presidente di Assemblea in corso di legislatura, benché apparentemente in contrasto con la lettera del regolamento⁴⁰, si considera senz'altro ammissibile, in quanto insopprimibile espressione delle “regole della democrazia”⁴¹ e dei “principi generali del diritto parlamentare”⁴². Dal momento che il § 2 del regolamento – nonché l'art. 40 LF – attribuiscono senz'altro all'Assemblea la facoltà di eleggere il Presidente, alcuni studiosi pretendono semmai la contestualità della revoca e dell'elezione del nuovo Presidente⁴³, secondo un modello che richiama apparentemente la “sfiducia costruttiva” iscritta nell'art. 67 LF, senza pretendere tuttavia alcuna analogia tra gli istituti⁴⁴.

In ogni caso, un'assemblea coesa e determinata potrebbe sempre forzare le dimissioni del Presidente di Assemblea in forza del suo potere di rivedere le norme del regolamento (a maggioranza semplice) e/o di derogarle (con la maggioranza qualificata dei due terzi, secondo quanto stabilito dal § 126 del regolamento)⁴⁵.

Quest'ultimo è un argomento forse dirimente, che tuttavia non serve a legittimare la revoca del Presidente della Commissione, che non dipende da una delibera dell'Assemblea, ma, in questo caso, dal voto dei Commissari.

Quanto all'eccezionalità delle ragioni addotte per la decisione, va detto che Stephan Brandner si era già trovato più volte al centro di polemiche per l'irriverenza e la semplicità dei contenuti dei messaggi, lanciati soprattutto attraverso i *social media*, ispirati a nazionalismo, populismo, xenofobia, che denotavano anche uno scarso rispetto per le istituzioni.

Per questo motivo, benché l'elezione di Brandner quale Presidente in una delle più importanti Commissioni parlamentari fosse stata sin da principio oggetto di critica e motivo di perplessità da parte delle altre forze politiche, le sue esternazioni, piaccia o non piaccia, non potevano essere considerate come un *novum* rispetto alla situazione che si registrava due anni prima.

³⁸ Si dimisero i Presidenti Erich Köhler nel 1950, Eugen Gerstenmeier nel 1969, Reiner Barzel nel 1984, Philipp Jenninger nel 1988.

³⁹ Nel 1949 la Commissione del Bundestag per il Regolamento fu chiamata a pronunciarsi circa l'ammissibilità di una mozione di sfiducia nei confronti del Presidente del Bundestag, chiarendo che qualsiasi mozione di sfiducia o riprovazione nei confronti dello stesso avrebbe dovuto essere considerata inammissibile. Di conseguenza, quando nel 1950 venne formalizzata una richiesta di dimissioni nei confronti del Presidente del Bundestag Erich Köhler, la stessa fu dichiarata irricevibile e non fu posta ai voti. Al riguardo, v. H. TROBMAN, *Parlamentsrecht der Deutschen Bundestag*, München, Beck, 1977, § 2.

⁴⁰ T. WILRICH, *Der Bundestagspräsident*, cit., p. 153, sottolinea inoltre che l'art. 40 della Legge Fondamentale si limita a prescrivere l'elezione del Presidente, senza indicare quando e quante volte ciò debba avvenire nel corso della legislatura. Tale norma non osta dunque all'ipotesi di elezioni plurime in corso di legislatura.

⁴¹ B. SCHMIDT-BLEIBTREU – F. KLEIN, *Art. 40*, in *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 14. Ed., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2018, par. 3.

⁴² L.-A. VERSTEYL, *Art. 40*, in I. VON MÜNCH-P. KUNIG, *Grundgesetz. Kommentar*, 6. Ed., München, Beck, 2012, par. 4.

⁴³ S. MAGIERA, *Art. 40*, in M. SACHS (Ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Ed., München, Beck, 2018, par. 5.

⁴⁴ T. MAUNZ, *Art. 40*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG (Eds.), *Grundgesetz. Kommentar*, München, Beck, 1960, par. 12, nota n. 2, al riguardo precisa, lapidario, che “all'interno del Bundestag non vi è alcun sistema (semi) parlamentare”!

⁴⁵ Così, S. MAGIERA, *Art. 40*, cit., par. 5, che, in analogia con il § 126 del regolamento pretende sempre una deliberazione assunta a maggioranza qualificata per la revoca del Presidente dell'Assemblea. Per F. EDINGER, *Die Besetzung*, cit., p. 172, si tratta di un argomento *a fortiori*.

5. AfD e l'istituto del ricorso delle minoranze parlamentari alla giurisdizione costituzionale

Il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale, sia esso in via preventiva, come la *saisine parlementaire* nell'ordinamento francese, sia in via successiva, come previsto in Germania - ma anche in Austria, in Spagna⁴⁶, in Portogallo - introduce un controllo astratto di costituzionalità sui provvedimenti legislativi approvati dalla maggioranza. Tale istituto consente anzitutto, ai deputati che abbiano votato inutilmente contro un provvedimento di proseguire la competizione politica con mezzi giuridici, ed è dunque naturalmente vocato a dar voce all'opposizione parlamentare.

Al contempo, questa via di accesso alla giustizia costituzionale è comunque funzionale al perseguimento di un pubblico interesse, indipendentemente dall'uso politico che possa farne l'opposizione.

L'iniziativa, infatti, non è riconosciuta ai gruppi politici, ma è rimessa ad un certo numero, o frazione, di deputati (un quarto dei membri del Bundestag⁴⁷, un terzo dei deputati del *Nationalrat* in Austria, cinquanta deputati o cinquanta senatori in Spagna, un decimo dei membri dell'Assemblea della Repubblica in Portogallo, sessanta deputati o sessanta senatori in Francia). Tali formulazioni prefigurano dunque di "minoranze aperte"⁴⁸ al concorso di parlamentari appartenenti a tutti gli schieramenti.

In Spagna, il Tribunale costituzionale ha chiarito che il quorum prescritto non pretende alcuna comunanza di intenti da parte dei ricorrenti, se non l'introduzione del controllo di costituzionalità, distinguendo le nozioni di opposizione e di minoranza parlamentare⁴⁹. Sono stati così espressamente legittimati al ricorso anche "raggruppamenti occasionali di deputati"⁵⁰.

Anche in Francia, benché la *saisine parlementaire* si sia affermata nel tempo come uno strumento privilegiato per l'esercizio della funzione di controllo sulla maggioranza di governo da parte dell'opposizione⁵¹, non sono mancati casi in cui deputati appartenenti a diversi schieramenti hanno sottoscritto assieme un ricorso, come è avvenuto ad esempio con riguardo alla legge sul genocidio armeno del 2012, alla legge sui servizi di intelligence⁵², alla legislazione sull'elezione dei consiglieri regionali⁵³, alla legge finanziaria per il 1977⁵⁴.

In Germania, in passato il Tribunale costituzionale federale aveva chiarito che il ricorso delle minoranze parlamentari non è teso a tutelare le prerogative dei ricorrenti e non trova una controparte⁵⁵, ma, una volta introdotto, segue un indisponibile orientamento teleologico *pro bono Constitutionis*.

⁴⁶ Nel 2015 si è comunque reintrodotta la possibilità per le minoranze di presentare ricorsi preventivi di legittimità nei confronti degli Statuti di autonomia e delle loro novelle (art. 79, comma 3, LOTC).

⁴⁷ Fino alla riforma costituzionale dell'8 ottobre 2008 la quota era pari ad un terzo dei deputati.

⁴⁸ F. BIENTINESI, *Il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale*, Padova, Cedam, 2001, p. 155.

⁴⁹ Al riguardo, v. I. TORRES MURO, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Editorial Reus, 2007, p. 48-73.

⁵⁰ *Tribunal Constitucional*, sentenza 98/2009 del 27 aprile.

⁵¹ J. GICQUEL-J. E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 748.

⁵² *Conseil Constitutionnel*, decisione n.2015-713 DC del 23 luglio.

⁵³ *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2003-468 DC del 3 aprile.

⁵⁴ *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 76-73 DC del 28 dicembre.

⁵⁵ BVerfGE 1, 208, decisione del 5 aprile 1952; 1, 396, decisione del 30 luglio 2.

Il diniego opposto di recente ai deputati del gruppo *AfD*, che avrebbero voluto sottoscrivere un ricorso di costituzionalità preparato dagli altri gruppi dell'opposizione, risulta pertanto degno di nota.

L'iniziativa aveva ad oggetto le modifiche alla legge sui partiti politici del 10 luglio 2018 con cui il Bundestag ha incrementato di 24 milioni di euro il contributo pubblico annuale ai partiti politici, portando il tetto massimo a 190 milioni di euro⁵⁶.

I 216 deputati firmatari avevano difatti opposto un rifiuto, sostenendo che ogni ulteriore adesione all'iniziativa avrebbe richiesto il consenso unanime di tutti i sottoscrittori.

A fronte del diniego, i trenta deputati di *Alternativa per la Germania* si sono rivolti al Tribunale costituzionale federale affinché si esprimesse sul preteso potere di apprezzamento dei proponenti. In alternativa alla sottoscrizione del ricorso, essi chiedevano di poter aderire eventualmente al ricorso già inoltrato.

Entrambe le questioni insistevano in effetti su un vuoto normativo. Nella Legge Fondamentale e nel regolamento del Bundestag non si rinvenivano indicazioni circa gli eventuali limiti e le condizioni per l'adesione ad un ricorso in via principale. Anche l'ipotesi di aggregare i deputati al procedimento già avviato manca di un fondamento normativo espresso.

Non ci sono neppure precedenti del caso.

Nel 1984⁵⁷ il Tribunale costituzionale aveva respinto la richiesta presentata da otto deputati del gruppo dei Verdi di aderire ad un procedimento già avviato dal gruppo dei socialdemocratici (SPD) atto a sindacare alcune norme della legge sull'obiezione di coscienza al servizio militare e sul servizio civile. In quell'occasione fu però dirimente la pretesa dei ricorrenti di nominare autonomamente un ulteriore rappresentante processuale, che per i giudici di Karlsruhe avrebbe compromesso l'unitarietà dell'iniziativa.

Proprio in considerazione dell'interpretazione resa in quella pronuncia, i deputati di *Alternativa per la Germania* avevano chiarito immediatamente di accettare il mandato ad agire in giudizio già conferito dai firmatari del ricorso, di non voler modificare o aggiungere ulteriori argomentazioni e di rinunciare alla nomina di un loro rappresentante.

Pure con queste precisazioni, entrambe le istanze sono state respinte⁵⁸.

Quanto alla richiesta di sottoscrivere il ricorso assieme agli altri deputati dell'opposizione, secondo il Tribunale costituzionale federale, nonostante il silenzio delle norme del regolamento, il libero esercizio del mandato parlamentare comporterebbe anche la libertà di ogni singolo deputato "di decidere se e con quali deputati egli si sente di collaborare" e pertanto "una volta messo insieme il quorum di un quarto dei deputati (...) il principio del libero mandato lo esime dall'obbligo di ritrovarsi a formare un gruppo unitario assieme a deputati che vorrebbero aderire al procedimento con i quali egli rifiuta di svolgere attività comuni". Secondo i giudici, dunque, il

⁵⁶ I 216 deputati firmatari denunciano una violazione del principio della libertà dei partiti politici dallo Stato, iscritto nell'art. 21 della Legge Fondamentale. Si paventa inoltre l'illegittimità dell'istruttoria parlamentare troppo serrata, tale da non consentire un dibattito adeguato dentro e fuori le aule del Parlamento, e da escludere un possibile concorso e una mobilitazione anche in seno alla società civile.

⁵⁷ BVerfGE 68, 346, decisione del 18 dicembre 1984.

⁵⁸ BVerfG, decisione 2 BvF 2/18 del 3 novembre 2020.

diniego opposto dai primi firmatari ai deputati di Alternativa per la Germania troverebbe un fondamento costituzionale nell'art. 38, primo co., LF⁵⁹.

Un ragionamento, questo, che pone l'accento sulla discrezionalità del parlamentare nell'esercizio dell'attività politica e che sembra prescindere dalla particolare natura dell'istituto del ricorso delle minoranze parlamentari, che, come chiarito in precedenza dal Tribunale costituzionale federale, non è teso a tutelare le prerogative dei ricorrenti e non trova una controparte⁶⁰, ma si caratterizza come un controllo astratto della legge al servizio di un interesse pubblico oggettivo quale è la garanzia della supremazia della Costituzione.

Anche se ai sensi del § 77 della legge sul Tribunale costituzionale federale, il Bundestag, il Bundesrat e il Governo federale hanno sempre la facoltà di esprimersi nell'ambito del procedimento, tale istituto si distingue nettamente dal ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*) e dal conflitto interorganico, con cui singoli deputati, gruppi e commissioni parlamentari possono agire in giudizio in difesa delle competenze ad essi attribuite dalla Legge Fondamentale.

Ad agire è una minoranza qualificata di deputati⁶¹.

Non importa l'omogeneità politica dei ricorrenti, non si richiede che a presentare il ricorso siano uno o più gruppi parlamentari, ma, come chiarito dal Tribunale costituzionale in una pronuncia del 1984⁶², è necessario che i deputati “agiscano unitariamente” (“*als Einheit auftreten*”) e perseguano “identici obiettivi” (“*identische Ziele*”).

Come si accennava, l'unitarietà dell'azione concretamente comporta la necessità che i firmatari conferiscano congiuntamente la procura a rappresentare in sede processuale le ragioni del ricorso. Il fine consiste semplicemente in un controllo oggettivo da parte del giudice delle leggi circa la conformità alla costituzione della norma impugnata, a prescindere da un'eventuale lesione delle prerogative dei ricorrenti, al punto che il Tribunale costituzionale federale si considera legittimato a svolgere il sindacato persino nell'ipotesi di una rinuncia al ricorso da parte dei promotori, laddove sussistano “motivi stingenti di pubblico interesse”⁶³. Non conta dunque la ragione politica che suggerisce di invocare una declaratoria di incostituzionalità della norma: il Tribunale costituzionale in passato aveva chiarito che, stante il carattere astratto del controllo, “una volta che il procedimento sia stato avviato attraverso una istanza, il decorso successivo non dipende più dalle istanze e dalle sollecitazioni dei ricorrenti, ma solamente dal punto di vista dell'interesse pubblico”⁶⁴.

In questa prospettiva, la sottoscrizione della *saisine parlementaire* da parte dei deputati assume un significato diverso rispetto alla condivisione delle proposte che attengono all'esercizio della funzione legislativa e del sindacato ispettivo, e pertanto, stante la necessità di un *quorum* e

⁵⁹ Cfr. par. 23 della pronuncia.

⁶⁰ BVerfGE 1, 208, decisione del 5 aprile 1952; 1, 396, decisione del 30 luglio 1952.

⁶¹ Fino al 2008 il quorum era pari ad un terzo dell'assemblea; con la novella costituzionale approvata ad ottobre di quell'anno esso è stato ridotto ad un quarto per consentire ai deputati dell'opposizione di attivare la garanzia del controllo astratto di costituzionalità anche e soprattutto quando vi sia al governo una “grande coalizione” dei due maggiori partiti, così come era avvenuto in quella legislatura a seguito delle elezioni del 2005, giacché i gruppi dell'opposizione assieme superavano appena il 27% dell'assemblea.

⁶² BVerfGE 68, 346, cit.

⁶³ [BVerfGE 89, 327, decisione](#) del 14 dicembre 1993.

⁶⁴ BVerfGE 1, 396, cit., e 8, 183, decisione del 22 settembre 1958.

l'indisponibilità dell'istituto per il singolo o per pochi parlamentari, il diniego opposto ai deputati *AfD* non risulta convincente.

Ciò a maggior ragione quando si consideri che il Tribunale costituzionale federale, nel proseguo della pronuncia, ha sottolineato anche l'irrilevanza delle ulteriori sottoscrizioni, o adesioni, una volta che il quorum fosse stato raggiunto e il ricorso inoltrato: “una volta che il procedimento è stato avviato, per il suo ulteriore svolgimento non sono più necessarie le richieste né le argomentazioni del proponente”⁶⁵.

Quanto alla seconda questione, vale a dire all'ipotesi di un'adesione dei deputati di *Alternativa per la Germania* al ricorso già inoltrato dagli altri parlamentari, per il Tribunale costituzionale federale risulta dirimente il silenzio della legge sul Tribunale costituzionale federale (*BVerfGG*), posto che la stessa consente espressamente al Bundestag, al Bundesrat e al Governo federale l'accesso ad un procedimento già inoltrato relativo ad un controllo concreto di costituzionalità, ai sensi dell'art. 100, secondo co., della Legge Fondamentale (§ 82, secondo co., § 83, secondo co., § 94, quinto co., prima frase della Legge sul Tribunale costituzionale federale).

Si tratta dunque di una pronuncia che rischia di indebolire, anziché corroborare, una concezione del Parlamento quale luogo e momento di integrazione e di mediazione tra le forze politiche in campo.

6. Conclusioni

Sul tavolo del Tribunale costituzionale federale si va depositando negli ultimi mesi un notevole contenzioso per iniziativa del gruppo parlamentare *AfD*, che dovrà pronunciarsi su molte questioni relative all'interpretazione del diritto parlamentare.

Questi conflitti a ben vedere hanno ad oggetto il rispetto delle regole organizzative fondamentali e mettono in discussione una particolare concezione del Parlamento quale momento di integrazione e di mediazione tra le forze politiche in campo.

Al riguardo bisognerebbe invocare un principio ben espresso da Michela Manetti, che ha scritto che “la necessaria partecipazione delle minoranze al dibattito, se non comporta (come pure taluni ritengono) il concorso nel voto e nella decisione, esclude però logicamente che il modo e la misura di tale partecipazione – ossia le regole del procedimento parlamentare – siano stabiliti solo da alcune forze politiche: in particolare, dalla maggioranza”⁶⁶.

Alcune richieste sono state respinte dai giudici di Karlsruhe per evidenti carenze nell'impianto argomentativo, ma se si cerca anche l'arbitrato del Tribunale costituzionale federale sull'esercizio delle funzioni del Parlamento è segno che risulta difficile trattenere la conflittualità politica nelle maglie della mediazione tra i partiti.

Al contempo, è auspicabile che i giudici di Karlsruhe non rinuncino a risolvere nel merito queste controversie, anche se esse sono espressione di conflitti di natura anzitutto politica, al fine

⁶⁵Cfr. par. 16 della pronuncia.

⁶⁶ M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 133, e aggiunge che “debbono ritenersi sottratti all'influenza della maggioranza non solo gli oggetti espressamente disciplinati dalla Costituzione, ma anche – per una sorta di clausola residuale, posta a complemento della rigidità costituzionale – tutte le decisioni che attengono alla posizione della stessa maggioranza nel sistema”, comprese “le decisioni vertenti sulle regole del procedimento parlamentare”. Le sue considerazioni si riferiscono all'ordinamento italiano, ma sono senz'altro generalizzabili. L'aggiunge anche che dovrebbero

di non lasciare che le pretese dei ricorrenti vengano soddisfatte o tacitate solo in forza delle determinazioni della maggioranza, con una conseguente erosione degli argini della legalità costituzionale.



Fulco Lanchester*

Introduzione al Forum: “La coda del Capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”

Questo seminario è frutto di una proposta, scaturita dal dibattito interno al Comitato di direzione della Rivista, di coprire con un *forum* l'argomento del fine mandato presidenziale.

I partecipanti sono:

Gaetano Azzariti, ordinario Diritto costituzionale – Sapienza;
Roberto Borrello, ordinario Diritto pubblico comparato – Siena;
Paolo Carnevale, ordinario Diritto costituzionale – Roma Tre;
Stefano Ceccanti, ordinario Diritto pubblico comparato – Sapienza;
Omar Chessa, ordinario di Diritto costituzionale – Sassari;
Maria Cristina Grisolia, già ordinaria di Diritto costituzionale – Firenze;
Fulco Lanchester, emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza;
Vincenzo Lippolis, già ordinario di Diritto pubblico comparato – Unint Roma;
Massimo Luciani, ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Sapienza;
Barbara Pezzini, ordinaria di Diritto costituzionale – Bergamo;
Antonio Ruggeri, emerito di Diritto costituzionale – Messina;
Gino Scaccia, ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Teramo.

A me spetta introdurre brevemente il contesto in cui, alla Vigilia di Natale, opereremo in presenza dalla Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche e da remoto.

Le regole di ingaggio sono semplici. Sono state socializzate sei domande molto elastiche su temi tecnici relativi alla vicenda presidenziale italiana del prossimo mese. Le risposte possono essere concentrate su uno o più quesiti, ma devono essere inquadrare nelle costanti di storia costituzionale e di storia della Costituzione italiana.

Questa elezione presidenziale si effettua in un periodo di emergenza sanitaria conclamata. Il Cdm del 14 dicembre lo ha prorogato fino al 31 marzo 2022, dopo una serie di rinnovi che dura dall'inizio del 2020. L'emergenza sanitaria pandemica (direi meglio sindemica) si sovrappone però

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza Università di Roma.

ad un'emergenza politico-costituzionale che dura da più tempo: a breve termine dal 2018; a medio dal 2011; a lungo dal 1993.

Se ci si sofferma – con prospettiva miope – solo al periodo di questa legislatura, si può dire che il fenomeno di destrutturazione del sistema dei partiti, l'astensionismo e la volatilità elettorale (messi ancora recentemente in evidenza su *Nomos* da Martin) hanno portato in questi ultimi anni prima al bipopulismo imperfetto del Governo gialloverde, poi all'alleanza giallorosa ed infine al Governo di unità nazionale per l'emergenza Draghi.

Il punto di convergenza attuale si situa nel PNRR, che appare come il salvagente per la ripresa. Ma il taglio a breve termine non deve far dimenticare la evoluzione sistemica di medio lungo periodo e le differenze con gli altri ordinamenti democratici stabilizzati. In argomento ricordo come il *Democratic Regress in the Contemporary World* sia stato ancora di recente segnalato da Stephan Haggard e Robert Kaufman nel loro volumetto *Backsliding* (2021). La sindemia sanitaria evidenzia differenti reazioni e comportamenti dei soggetti coinvolti in relazione agli elementi strutturali del contesto, che non sono solo politici, ma anche istituzionali.

In questa prospettiva il ruolo del Capo dello Stato descritto dal Costituente possiede una elasticità che è stata definita a fisarmonica (Amato), ma esistono limiti allo stravolgimento dello stesso.

Il semestre bianco è stato indubbiamente istituito dal Costituente con funzioni di garanzia, ma non è essenziale al mantenimento della forma di governo parlamentare vigente. Il divieto di rielezione suggerito già nel 1963 dalla proposta Bozzi-Malagodi come riequilibrio dell'eliminazione del semestre bianco può essere razionale, ma confligge con l'idea che chi esercita bene la funzione possa essere rieletto (Rescigno).

Per quanto riguarda la possibilità che il supplente di un Presidente che si è dimesso possa sciogliere anticipatamente le Camere dal punto di vista giuridico bisogna vedere se lo stesso possieda tutte le competenze del Capo dello Stato ordinario. Se si ragiona in termini di garanzia di cui all'origine dell'art. 88 Cost. la risposta dovrebbe essere negativa, ma molti la portano sul livello della correttezza.

La modifica dell'art. 88 Cost. è però un pannicello caldo: dietro c'è la riforma semi-presidenziale ovvero l'elezione diretta del Capo dello Stato, ma è aperto l'interrogativo se a poteri immutati come nella originaria proposta di Amato a Trevi all'inizio degli anni Ottanta (*Eleggere il Presidente*, in *Mondoperaio*, 1982, fasc. 11, pp. 2-6), o con competenze incisive come in Francia.

Per quanto riguarda la rielezione, dico subito che a me non sembra che esista una consuetudine costituzionale che vi si opponga.

Per quanto attiene, invece, alla proposta Giorgetti, qualche settimana fa l'ho definita una boutade, che evidenzia il limite di tensione del sistema istituzionale. Una simile proposta è fuori dal mondo sul piano della correttezza costituzionale, anche se pare superata dalle recenti dichiarazioni di Matteo Salvini. Se però Draghi dovesse essere eletto, dovrebbe rimettere immediatamente il mandato governativo nelle mani del Capo dello Stato (o di chi ne esercita le funzioni), con il subentro del supplente che per la legge 400/1988 è il più anziano dei ministri. Giura davanti al Parlamento e inizia le consultazioni per il nuovo Governo.

Questo non vuol dire che il nuovo Capo dello Stato potrebbe condurre i giochi liberamente, perché gli stessi sarebbero nelle mani ormai liquide dei partiti.

L'ultima domanda ci richiama alla teoria collegiale (penso a Cino Vitta, *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, Roma, Atheneaeum, 1920) e al tema dell'opportunità che il rappresentante dell'unità nazionale non sia frutto di una candidatura esplicita. È per questo motivo che si considera in via consuetudinaria il collegio presidenziale come un collegio imperfetto, che non può discutere il proprio ordine del giorno e esclusivamente votare.

Domanda I

In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?

Domanda II

Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

Domanda III

Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Domanda IV

De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione "a tempo" del Presidente Napolitano?

Domanda V

La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

Domanda VI

La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?



Gaetano Azzariti*

**Intervento al Forum “La coda del Capo:
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”****

1. *Ipotesi fuori dal comune: rielezione del Capo dello Stato o elezione del Presidente del Consiglio*

Le domande che ci sono state rivolte in previsione delle prossime elezioni del Capo dello Stato ruotano tutte attorno alle due ipotesi più discusse in questa fase del dibattito politico-istituzionale: quella della rielezione dell'attuale Presidente, Sergio Mattarella, ovvero quella dell'elezione dell'attuale Presidente del Consiglio, Mario Draghi. Ci si interroga su questioni assai delicate e di controversa soluzione che verrebbero a determinarsi. E già questo mi sembra un aspetto da rilevare: in entrambi i casi ipotizzati siamo fuori dalle regolarità auspicabili.

2. *Abolizione del semestre bianco e divieto di rieleggibilità*

Le prime quattro domande si collegano all'ipotesi di una rielezione del Presidente della Repubblica in carica. In prospettiva e in via generale la soluzione più lineare sarebbe quella di modifica dell'articolo 88, secondo comma, Cost. abrogando il semestre bianco, ma anche prevedendo la non rieleggibilità, almeno immediata (quest'ultima previsione da introdurre dopo il primo comma dell'articolo 85). Riforma che opererebbe nello spirito del costituzionalismo democratico, a garanzia della temporaneità delle cariche politiche. Infatti, in assenza di un esplicito divieto, la rielezione non può essere esclusa per via interpretativa. Così come debole si è anche rilevata la consuetudine che, sino alla rielezione del Presidente Napolitano, aveva escluso tale possibilità. I lavori in Assemblea costituente dimostrano che non fu casuale l'omissione della clausola della non rieleggibilità e, nel silenzio del testo, l'opzione della conferma rimane tra quelle

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Sapienza Università di Roma.

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

possibili. Lo dimostra il fatto che già prima di Napolitano sono stati diversi i Presidenti di cui si è ipotizzata la rielezione, sebbene tale eventualità sia poi sempre venute meno, nel timore – a mio parere fondato – di instaurare una consuetudine contraria alla regola aurea in democrazia della temporaneità di tutte le cariche politiche elettive. Remore venute meno nel 2013 per le ragioni che tra breve ricorderò.

Né possono attenuare il rischio di un'eccessiva durata della Presidenza della Repubblica da parte di un medesimo soggetto gli impegni politici o di natura privatistica eventualmente pubblicamente assunti in riferimento ad un limite prefissato e relativamente breve del secondo mandato. Prefissato da chi? Non è certo nella disponibilità di nessuno la durata settennale della presidenza. Né le forze politiche, né lo stesso Presidente potrebbero condizionare la rielezione ad una durata diversa da quella fissata dall'articolo 85 della Costituzione. Il fatto che Giorgio Napolitano si sia dimesso (come aveva preannunciato) dopo appena due anni dalla rielezione non può essere inteso come precedente in grado di instaurare una convenzione costituzionale che opererebbe *contra constitutionem*. Le dimissioni sono fatto personalissimo che ogni Presidente può compiere, ma certamente non in grado di definire alcun obbligo giuridicamente, costituzionalmente o anche solo politicamente rilevante. Se Napolitano avesse voluto terminare il mandato, nessuno avrebbe potuto eccepire. E così sarebbe in ogni altro caso.

L'introduzione allora di un divieto espresso appare opportuno. Qualcuno potrebbe obiettare che spetta solo alla politica avanzare una simile ipotesi, libera di scegliere *de iure condendo* qualsiasi soluzione; mentre ai costituzionalisti non competono valutazioni di natura propriamente politiche. Devo manifestare il mio personale dissenso da questa apparentemente rigorosa delimitazione dei confini tra politica e diritto. Ritengo infatti che rientra pienamente nell'ambito del diritto costituzionale la denuncia della violazione (o anche solo del rischio di una violazione) del principio della temporaneità delle cariche politiche elettive. E chi può negare che quattordici anni (ma perché non immaginare una possibile terza volta o anche più, così via all'infinito) siano al limite della monarchia presidenziale.

3. Il precedente: il j'accuse di Giorgio Napolitano

Oltre alla questione dell'abrogazione del semestre bianco ed eventuale conseguente divieto di rielezione, ci si chiede un giudizio sul precedente del Presidente Napolitano. Mi limiterò ad osservare che esso rappresenta un'esperienza per nulla rassicurante. Incomprensibili dunque tutte le affermazioni che auspicano che questo precedente sia ripetuto, conformandosi come vera prassi innovativa. Ricordo che nel 2013 si giunse alla rielezione del Presidente in carica a seguito di una gravissima crisi politica. Non per la difficoltà di trovare un nuovo Presidente, né per lo stallo nelle votazioni parlamentari. In fondo, in altre occasioni assai complessa era stata l'individuazione di possibili candidati e ben più numerose le votazioni necessarie per giungere a conseguire una – magari esigua – maggioranza assoluta. La crisi politica aveva una natura diversa in questo caso. Essa fu chiaramente denunciata dallo stesso Napolitano nel discorso di giuramento seguito alla rielezione. Probabilmente il più sferzante *j'accuse* pronunciato da un

rappresentante dell'unità nazionale nella storia repubblicana. Dopo aver ribadito che la non rielezione doveva ritenersi la più conforme al nostro modello costituzionale di Presidente della Repubblica, rilevava la grave situazione nella quale si era giunti: “un avvitarsi del Parlamento in seduta comune nell'inconcludenza, nell'impotenza ad adempiere al supremo compito costituzionale dell'elezione del Capo dello Stato”, un rischio “senza precedenti”. Poi – tra gli applausi degli stessi incolpati – venne severamente ricordato l'elenco della “lunga serie di omissioni e di guasti, di chiusure e di irresponsabilità” che stavano mettendo a repentaglio la stabilità del sistema costituzionale. Ora chi può auspicare il ripetersi di una simile situazione? Sarebbe più saggio sottrarsi, come ha fatto il nostro “saggio” Presidente Mattarella. Sarebbe sensato anche per le forze politiche – tutte le forze politiche presenti in Parlamento – evitare di ricercare una via d'uscita all'attuale situazione con una soluzione magari ritenuta comoda e condivisa, ma assai rischiosa per gli assetti futuri, impegnandosi, invece, a individuare un nuovo rappresentante dell'unità nazionale.

4. *Le crisi di governo durante il semestre bianco*

Con riferimento alle questioni relative ai poteri presidenziali durante il semestre bianco mi limito ad osservare che, se certamente rappresenta una eventualità possibile quella di una crisi di governo durante questo periodo di sospensione del potere di scioglimento, non vedo misure che possano efficacemente bilanciare la *deminutio* dei poteri di fine mandato (salvo ovviamente la cancellazione del semestre così come in precedenza auspicato). È evidente che la capacità di gestione e controllo della crisi di governo da parte del Presidente della Repubblica perde di forza non potendo utilizzare lo strumento dello scioglimento, sebbene sia anche vero che solo forze politiche altamente irresponsabili potrebbero voler sfruttare questa debolezza, anche perché al Presidente rimane pur sempre in mano la possibilità di nominare un governo di minoranza sino al termine del suo mandato e l'elezione del successore. L'ipotesi poi ventilata di uno scioglimento effettuato dal Presidente del Senato in supplenza del Capo dello Stato, mi appare priva di fondamento. Il supplente non può esercitare poteri superiori rispetto al supplito; pertanto, ciò che è impedito dalla costituzione al Presidente non può essere ammesso per il suo sostituto, anche ove fosse una supplenza dovuta a dimissioni. Si dovrebbe attendere a maggior ragione l'elezione del nuovo Capo dello Stato perché questi possa riappropriarsi del potere di scioglimento.

5. *Eleggere il Presidente del Consiglio: Governare non è garantire*

Passando ora a rispondere alle domande relative all'eventualità di un'elezione del Presidente del Consiglio vorrei svolgere due considerazioni una di sostanza, l'altra procedurale.

La prima riguarda la scarsa attenzione che viene prestata nel dibattito politico, ma a volte anche in quello accademico, alla natura funzionale e costituzionale dei due diversi poteri e delle due

cariche, quella di Presidente del Consiglio e quella di Capo dello Stato. Dimostra una forte ignoranza costituzionale o – più probabilmente – un eccesso di furbizia politica chi afferma che il trasloco dell'attuale Presidente del Consiglio da Palazzo Chigi al Quirinale permetterebbe di garantire il massimo di continuità di indirizzo politico, poiché in fondo Draghi potrebbe così continuare a svolgere il “suo” programma. Palese e temibile appare la contraddizione nella quale si cade. Non si può certo ammettere la confusione tra il ruolo di chi deve “dirigere la politica generale e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri” e chi, invece, “rappresenta l'unità nazionale”. Ma è anche evidente la finalità politica che si vuole perseguire. Una torsione in senso filopresidenzialista della nostra forma di governo parlamentare. In termini di diritto costituzionale una forzatura impropria. Se, infatti, si vuole mutare l'assetto dei poteri ed introdurre in Italia un presidenzialismo, facendo venir meno il ruolo di garanzia politica del Capo dello Stato, per fargli assumere un ruolo di Governo, la via istituzionalmente idonea è quella di una legge di revisione costituzionale che stabilisca pesi e contrappesi. Sino ad allora al Presidente della Repubblica spetta controllare l'operato del governo (e degli altri poteri), non sostituirsi ad esso.

6. Le garanzie politiche necessarie per poter eleggere il Presidente del Consiglio in carica e nominare un nuovo Governo

Dal punto di vista procedurale l'eventualità di una nomina di un Presidente del Consiglio solleverebbe comunque una serie di delicate questioni costituzionali, legate tutte alla veste istituzionale dei due poteri. La fantasia dei costituzionalisti in questi giorni ha suggerito una serie di diverse possibili ipotesi, tutte però mi sembra consapevoli dell'anomalia che si andrebbe a determinare. La necessità di dimissioni immediate del Presidente del Consiglio appena eletto dal Parlamento invece delle consuete dimissioni con riserva; la necessità di affidare ad un supplente la guida del Governo dimissionario, con l'utilizzazione di una norma (l'art. 8 della legge n. 400 del 1988) che è stata scritta per ben altre e più ordinarie evenienze; l'ipotesi di una formazione del nuovo governo gestita dal nuovo Presidente che, al tempo stesso, è il Presidente del Consiglio (da qui la necessità di un supplente) e che, comunque, dovrebbe nominare il proprio successore a capo dell'esecutivo. Appare evidente lo *stress* costituzionale che la nomina del Capo del Governo in carica in ogni caso produrrebbe. Si tratta allora di cercare di operare per ridurre al minimo le possibili situazioni critiche che potrebbero incrinare la legittimazione delle scelte effettuate dal neopresidente, nonché il ruolo autonomo del nuovo Governo.

La soluzione meno “stressante” richiederebbe un accordo politico tra tutte (o la maggior parte) le forze politiche che individuasse anche una soluzione per quanto riguarda la composizione del nuovo governo, da sottoporre ovviamente al Presidente della Repubblica subito dopo le dimissioni immediate dell'eletto. Un Parlamento sollecito e convinto di voler eleggere come garante della costituzione il responsabile della politica generale del governo non dovrebbe sottrarsi a quest'onere, se non vuole rischiare una crisi che investirebbe i vari poteri dello Stato. Vi è di più: al fine di conservare intatta la legittimazione del neopresidente sarebbe opportuno

evitare un suo ruolo attivo nella scelta del suo successore al Governo. Ciò è possibile solo in un caso e nel rispetto dei tempi ristretti che intercorrono tra la nomina e il giuramento dinanzi al Parlamento in seduta comune con il successivo insediamento. In questa fase è ancora il Presidente uscente che, nell'esercizio delle sue funzioni, potrebbe svolgere le rapide consultazioni (per sincerarsi della effettiva volontà delle forze politiche di rispettare l'accordo definito in via preventiva) e nominare il nuovo esecutivo. Dopo l'insediamento del nuovo Presidente, come da prassi, si avrebbero le "dimissioni di cortesia" e la conferma della scelta effettuata. In tal modo, il neopresidente resterebbe ai margini – se non del tutto escluso – dalla formazione del nuovo governo. Apparentemente un inizio in sordina del mandato, in realtà un modo per evitare che esso venga sin da subito compromesso da scelte ontologicamente non imparziali, preservando in tal modo il capitale di autorevolezza necessario per poter affrontare le successive crisi di sistema.

È evidente che il percorso qui indicato presupporrebbe forze politiche consapevoli della delicatezza delle scelte da compiere (nessuna di queste "obbligata" costituzionalmente) e che si vogliano prender cura della *salus rei publicae*. Presumibilmente, dunque, una prospettiva viziata da un eccesso di ottimismo. Ma segnalare può non essere inutile.

7. Candidature formali vs natura super partes della rappresentanza dell'unità nazionale

L'ultima domanda che ci è stata proposta ci interroga sulla possibilità di presentazione di candidature formali alla carica di Presidente della Repubblica. Essa merita una risposta in breve e netta. Formali candidature richiederebbero procedure definite (da quale fonte?) che finirebbero non solo per ingabbiare la scelta del Parlamento, ma anche per snaturare la figura *super partes* e di rappresentante della unità nazionale dell'eligendo. Altra cosa sono le candidature informali che sono all'ordine del giorno e che certamente non possono essere impediti, sebbene normalmente sono anche all'origine di ogni fallimento.



Roberto Borrello*

Intervento al Forum “La coda del Capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”**

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l’arma del potere di scioglimento?

Come l’osservazione comparatistica ci insegna, il virtuoso funzionamento dello strumento dello scioglimento, nelle forme di governo parlamentari o che comunque accolgono il principio della fiducia parlamentare nei suoi elementi costitutivi, ha storicamente inciso profondamente sulle concrete dinamiche che varie esperienze costituzionali hanno assunto in concreto, determinandosi spesso esiti nefasti, come le vicende della IV Repubblica francese o di Weimar ci insegnano.

Nell’ordinamento italiano il dato di partenza, sul piano dello stretto diritto scritto, è che l’art. 88 Cost., definito norma “aperta”, non indica espressamente i presupposti per l’esercizio del potere, che derivano, quindi, dal suo inserimento nel contesto delle disposizioni sulla forma di governo, nella concreta dinamica della vita istituzionale.

Preliminarmente occorre chiedersi in che misura lo scioglimento anticipato possa essere un’arma in mano al Capo dello Stato per la risoluzione delle crisi di governo. Sotto tale profilo, la prassi manifestatasi prevalentemente è stata quella dello scioglimento funzionale, come superamento del blocco di sistema. In tale assetto, il Presidente esercita il c.d. potere di intermediazione, sino a quando non viene a constatare, assieme alle forze politiche presenti in parlamento e variamente sollecitate, l’impossibilità di riattivare la funzionalità del modellino divisato dagli artt. 92 e ss. Cost..

Tale constatazione ha, come proprio sbocco fisiologico, l’atto di scioglimento, connotato nel ben noto carattere complesso o duumvirale che dir si voglia, che esclude letture esclusivamente presidenziali o governative del potere, nell’alveo dell’art. 89 Cost. in materia di controfirma.

* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Siena.

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

Come è noto, con la svolta della crisi di regime dei primi anni novanta, con il nuovo sistema elettorale del 1993, la nascita delle coalizioni elettorali (a cui ha fatto seguito, anni dopo, la formale designazione di un capo della coalizione o della lista), è emersa una maggiore capacità delle forze politiche di limitare la capacità di intermediazione presidenziale per la formazione dei governi post elezione, ma non di interferire, significativamente, sull'uso del potere di scioglimento, ai fini della risoluzione delle successive crisi.

In realtà, non è passata la teoria dello scioglimento immediato post crisi della maggioranza eletta, come prerogativa del Governo, per rimettere subito al corpo elettorale la scelta di una nuova maggioranza governante (già a partire dal rifiuto di scioglimento di Scalfaro nel 1994).

In tale prospettiva, su un piano generale, specie negli ultimi anni, lo scioglimento anticipato è stato visto come l'*extrema ratio*, venendo ad emergere, specie nei momenti di maggiore dimostrazione dell'incapacità del sistema politico di trovare autonomamente la forza di uscire dall'impasse, l'autorevolezza della figura presidenziale, secondo la ben nota metafora di G. Amato, della fisarmonica, nella sua capacità di individuare la strada su cui si devono incamminare le forze politiche stesse, anche mediante soluzioni articolate ed innovative.

In tale prospettiva, il Presidente ha affinato una rilevante capacità di bilanciare e moderare la pretesa delle forze politiche all'immediato ricorso alle urne, tendendo a garantire la tenuta della forma di governo nell'ambito della forma di stato di democrazia rappresentativo-parlamentare.

Quindi si può affermare che la posizione del Presidente è quella un moderatore dello scioglimento, piuttosto che di un suo propugnatore nel momento della crisi.

L'assenza della possibilità dello scioglimento nell'ambito del semestre bianco, potrebbe, quindi, vedersi come un fattore idoneo a favorire la capacità di pressione che il Capo dello Stato può esercitare per risolvere la crisi. Ciò vale, tuttavia, con riferimento ad un assetto di forze politiche responsabili, in grado di percepire il bene comune e sacrificare interessi di parte dinanzi alla *salus rei publicae*. Quando appare diffuso, invece, un atteggiamento ispirato al bieco calcolo elettorale ed all'azzardo, l'assenza dello strumento, sia pure residuale, dello scioglimento potrebbe determinare situazioni di rischio per la tenuta del sistema.

Per stare all'attualità, la situazione di blocco di sistema recentemente superata grazie al carisma della figura di Draghi, rispetto alla quale si sono dovute piegare le forze politiche, come avrebbe potuto essere affrontata, in assenza di tale soluzione, nell'ambito del semestre bianco? A mio avviso, specie nell'attuale momento storico, l'assenza della possibilità di scioglimento potrebbe determinare problematiche estremamente serie. Il tema sarà ripreso comunque più avanti nell'ambito delle riflessioni sull'eventuale abolizione del semestre bianco.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

La domanda consente di collegarsi a ciò che si diceva nella parte finale della precedente risposta. Evidentemente, si ipotizza di trovarsi in una situazione nella quale il Presidente della Repubblica non è riuscito ad esperire quella forte capacità di condizionamento, che va oltre l'intermediazione politica, inducendo comunque la formazione di governi di salvezza nazionale, a iniziativa presidenziale, come appunto si ricordava più sopra.

A questo punto si sarebbe costretti a mantenere in carica, per gli affari correnti, il governo dimissionario o a formare un governo di minoranza dalla vita precaria, con esiti disastrosi dinanzi a situazioni di emergenza come quelle attuali. Potrebbe emergere in tale contesto un Capo dello Stato reggitore dello stato di crisi alla Esposito, ma siamo su scenari di pura discettazione accademica.

La soluzione, sottintesa nella seconda parte della domanda, è quella del Capo dello Stato che si dimette per favorire l'immediata elezione di un nuovo presidente, che riacquisterebbe la pienezza del potere di scioglimento. Nelle more delle elezioni, vi sarebbe la reggenza del Presidente del Senato ex art. 86 Cost, versandosi nella fattispecie delle dimissioni esplicitamente prevista dalla disposizione. La durata della supplenza ovviamente dipenderebbe dai tempi necessari per l'elezione del nuovo Presidente.

In dottrina si propende per la sussistenza -in relazione alla natura di sostituto del supplente, con conseguente temporaneità della carica e mancanza di rappresentatività- di poteri limitati alla ordinaria amministrazione. Sotto tale profilo si è sostenuto che i poteri del supplente sarebbero proprio quelli del presidente in semestre bianco, con impossibilità, quindi, dell'esercizio del potere di scioglimento. Per altro, a medesima conclusione si potrebbe pervenire anche basandosi sul principio che il sostituto non può avere poteri maggiori dell'organo sostituito e, qualora subentri nel momento del semestre bianco, si troverebbe comunque, a prescindere dall'ampiezza dei poteri esercitabili prima del semestre, nella medesima posizione del Presidente della Repubblica.

La tesi appare, a mio avviso, condivisibile e conforme ai principi fondamentali del diritto costituzionale.

Per completezza di analisi, tuttavia, va segnalata la differente posizione secondo la quale, dinanzi a casi particolari che richiedono l'esercizio indifferibile e necessario di un potere presidenziale, incluso lo scioglimento, questo debba comunque essere esercitato dal supplente, dinanzi all'esigenza preminente di assicurare la funzionalità del sistema. A sostegno di tale tesi, si potrebbe anche evidenziare (ma sul punto si tornerà più avanti), che non sussisterebbero per il supplente quelle ragioni poste tradizionalmente alla base dell'inibizione al Capo dello Stato del

potere di scioglimento, quali la possibile influenza sulla rielezione o la supposta minore rappresentatività, dovuta all'avvicinarsi della fine del mandato.

La possibilità per il supplente di esercitare il potere di scioglimento sarebbe, tuttavia, legata alla ricorrenza di situazioni di così particolare gravità, da essere difficilmente formulabili in fattispecie specifiche. Va, per altro, aggiunto che occorre ritenere che il governo, rimasto in carica per l'ordinaria amministrazione, sarebbe comunque legittimato agli interventi necessari per fronteggiare situazioni estreme (con tempi più brevi rispetto a quelli richiesti per la formazione del nuovo governo, a seguito dello scioglimento). In ogni caso, occorrerebbe sempre valutare se vi sono le condizioni per una rapida elezione del nuovo capo dello stato, che renderebbe inutile un esercizio così estremo e quasi *extra ordinem*, per quanto detto, del potere di scioglimento da parte del supplente.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

La prima cosa che mi sembra opportuno precisare è che la previsione del semestre bianco viene tradizionalmente ricollegata al tema della rieleggibilità del presidente, sulla base della sua genesi nell'ambito dei lavori dell'Assemblea Costituente. Tuttavia, in sede dottrina, sono state individuate ulteriori possibili giustificazioni dell'istituto che vanno, pertanto, per completezza di analisi, esaminate.

In ordine al primo profilo, a me sembra che non sussista la possibilità di uno sviamento di potere nell'esercizio dello scioglimento da parte del Presidente della Repubblica in relazione alla possibilità della sua rielezione.

In primo luogo, la connessione tra rieleggibilità e semestre bianco presuppone la possibilità di utilizzo del potere di scioglimento in senso sostanzialmente presidenziale, che è smentita dalla sopra richiamata, prevalente ricostruzione di atto complesso dello scioglimento stesso. Questo lo aveva già sottolineato Martines in occasione del noto dibattito su Rassegna parlamentare sul messaggio di Segni del 1963.

In secondo luogo, come è stato rilevato recentemente in sede dottrinale, non si vede di quali strumenti pratici il Presidente della Repubblica possa disporre per influenzare, realisticamente, le elezioni, di modo che ne esca una composizione parlamentare favorevole alla propria rielezione.

In terzo luogo, si può ritenere che i rischi connessi a tale utilizzo sviato del potere di scioglimento, siano sufficientemente bilanciati, come già ebbe modo di ricordare sempre Martines e come di recente è stato fatto presente in contributi dottrinari, dagli strumenti di garanzia di cui

la Costituzione circonda la figura presidenziale, sotto il profilo del conflitto di attribuzioni fra Presidente e Governo o nell'alveo dell'art. 90 Cost.

Le stesse considerazioni valgono per la possibilità, da taluno ipotizzata in dottrina, che il Presidente, mediante lo scioglimento, tenti di realizzare la posticipazione dell'elezione del proprio successore (a fini sabotatori) o di favorire l'elezione di un candidato avente il suo sostegno.

Un'ulteriore giustificazione per il semestre bianco è stata poi individuata in una sorta di presunzione di minore rappresentatività nel periodo più vicino alla scadenza del mandato, con l'inidoneità del Presidente all'esercizio di quelle delicate valutazioni che la decisione sullo scioglimento comporta (secondo la nota posizione di Mortati);

Tale tesi non mi sembra condivisibile, in quanto presuppone un affievolimento di poteri, limitato, per altro, solo a quello di scioglimento, che non appare compatibile con la configurazione piena, permanente ed incondizionata che delle attribuzioni dell'organo presidenziale viene a fare il dettato costituzionale.

In conclusione, le motivazioni che vengono prospettate a fondamento del semestre bianco, non appaiono irresistibili, a fronte delle più sopra evidenziate disfunzioni che la mancanza dell'arma dello scioglimento in capo al Presidente, nell'ultima parte del suo mandato, può provocare sul funzionamento del sistema. Appare, quindi, auspicabile una revisione dell'art. 88 comma 2 Cost. nel senso della sua abrogazione.

Ciò detto, qualora si procedesse in tal senso, non sarebbe necessario disporre contestualmente il divieto di rielezion del Presidente della Repubblica, essendo, la rielezion, per le ragioni sopra sottolineate, del tutto indipendente rispetto alla questione dello scioglimento.

L'abrogazione del semestre bianco, quindi, non comporterebbe la configurazione di una sorta di fenomeno di riespansione e riassetamento dell'ordito costituzionale in grado di dare luogo ad un'insorgenza ex nunc (non ad una esplicitazione) del divieto di rielezion, per riequilibrare il sistema.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezion del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezion del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezion "a tempo" del Presidente Napolitano?

A me sembra, anche alla stregua dei lavori preparatori e sul piano di una interpretazione sistematica, che il dettato costituzionale configuri la rieleggibilità del Presidente della Repubblica.

Si può ricordare che la Costituzione si esprime in modo palese per le ipotesi di divieto di rieleggibilità. In tal senso sono indicativi gli artt. 104, comma 6 Cost. (I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili) e 135, comma 3 (I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati). Si può anche notare che il comma 5 di tale ultima disposizione configura una previsione in positivo, che può ritenersi

parimenti indicativa (la Corte elegge tra i suoi componenti, secondo le norme stabilite dalla legge, il Presidente, che rimane in carica per un triennio, ed è rieleggibile, fermi in ogni caso i termini di scadenza dall'ufficio di giudice).

Sotto tale punto di vista mi pare condivisibile l'opinione di Michele Ainis, espressa in un articolo di stampa, che ricorda, riprendendo Martines, che gli organi politici sono rieleggibili e che il Presidente è il garante politico della Costituzione, sussistendo invece il divieto di rieleggibilità per i giudici costituzionali, garanti giuridici della costituzione. Prevedere il divieto di rielezione del Presidente, equivarrebbe, quindi, ad equipararlo ad un giudice, svilendo e snaturando la portata delle sue attribuzioni.

Un ulteriore argomento a favore è la circostanza che, se nel 1963, in occasione del messaggio di Segni, si è ritenuto di dovere accompagnare l'abrogazione del semestre bianco con l'esplicitazione di un divieto di rielezione, quest'ultima doveva ritenersi possibile, evidentemente, *de iure condito*.

Sul piano sistematico, poi, occorre considerare che la rieleggibilità appare coerente con l'assetto della vigente forma di governo parlamentare italiana, condizionata, negli snodi delicati del suo funzionamento, da forti squilibri dell'assetto del sistema partitico, non ancora risolti. Tale situazione potrebbe trovare nella possibilità di rielezione del Presidente della Repubblica uno strumento in grado di garantire il funzionamento del sistema nei momenti più delicati.

A fronte di queste indicazioni, a mio avviso abbastanza pregnanti, da parte della costituzione scritta, mi sembra che, per converso, non sussistano indicazioni altrettanto chiare ed univoche in ordine alla sussistenza di convenzioni o consuetudini concernenti l'instaurazione successiva del divieto di rielezione. Al riguardo vale, su un piano generale e di metodo, la necessità di un approccio cauto nella rilevazione dell'insorgenza del fenomeno consuetudinario, rispetto ad una costituzione scritta e rigida.

Ad es. vi è la ben nota tesi secondo cui esisterebbe una convenzione costituzionale tra Presidente e forze politiche parlamentari, tesa ad escludere la possibilità di rieleggere il Presidente della Repubblica, ma essa è stata ritenuta smentita dall'esplicito intento, manifestato da quasi tutti i partiti, di eleggere nuovamente il Presidente uscente Ciampi (situazione più volte reiterata, anche, da ultimo, ora, in occasione della scadenza del mandato di Mattarella, rispetto alla quale si è ritenuto, come sappiamo, di dover presentare un disegno di legge costituzionale per sancire il divieto di rieleggibilità).

Se è vero, poi, che il successivo rifiuto di Ciampi ha portato a sostenere, all'epoca, che la detta convenzione si sarebbe trasformata in una vera e propria consuetudine, necessitando un'eventuale modifica, addirittura, di un'apposita legge di revisione costituzionale, è altrettanto vero che in quella circostanza, così come in altre occasioni successive, sono stati avanzati dubbi sulla sussistenza dell'imprescindibile requisito dell'*opinio iuris*.

Su un altro piano, rispetto alla problematica del fenomeno convenzionale e consuetudinario, si collocano, poi, a mio avviso, le tesi che, pur ammettendo che la Costituzione non prevede un espresso divieto di rielezione del Presidente della Repubblica, ritengono la rinnovazione della carica politicamente inopportuna.

Per quanto riguarda, infine, il caso Napolitano, esso non può rilevare, per le ragioni sopra esposte, quale consuetudine facoltizzante, in quanto, appunto, la rieleggibilità già esiste in base al disposto della costituzione.

In ogni caso, non si può non segnalare il rischio connesso ad una ricostruzione della vicenda come fonte fatto, in quanto le circostanze in cui tale rielezione è avvenuta potrebbero indurre ad azzardare (come è appunto accaduto) ipotesi interpretative diverse da quella, che per altro dovrebbe essere corretta, di una ordinaria rielezione per sette anni in un assetto “ordinario” degli organi costituzionali coinvolti nel meccanismo della forma di governo.

Si fa riferimento, ovviamente, alla vulgata della presunta rielezione “a tempo”, evocata nella domanda, così come alla presunta possibilità di una rielezione condizionata alla realizzazione di una sorta di programma imposto in posizione di “contraente forte” da parte del Presidente o di una rielezione atipica, connessa a straordinari casi di necessità ed urgenza.

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

In via preliminare va sottolineata la peculiarità di una fattispecie, mai realizzatasi sinora nella storia repubblicana, caratterizzata dal passaggio, senza soluzione di continuità, da una carica di governo alla carica di Capo dello Stato (Segni, Leone, Cossiga e Ciampi sono stati prima Presidenti del Consiglio, ma sono decorsi, dai 2 ai 5 anni tra la cessazione della carica e l'inizio del mandato presidenziale).

Gaetano Azzariti ha prospettato un potenziale conflitto di interessi per Draghi, che diverrebbe, sia pure nei limiti della Costituzione, il controllore di quell'indirizzo che lui stesso poco tempo prima ha coordinato. Su di un altro piano, appaiono, a mio avviso, inconfigurabili, a costituzione invariata, le letture semipresidenzialiste che della fattispecie sono state date, a livello politico e giornalistico, dato che -anche a considerare la possibile espansione della figura presidenziale sul versante dell'indirizzo politico costituzionale (sulla linea bariliana) o in coerenza con una forma parlamentare a bassa razionalizzazione (così come definita da Omar Chessa)- non sarebbero mai legittimati poteri “governanti” del Presidente.

Venendo ora al primo profilo, attinente a quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto, l'art. 84 comma 2 Cost. stabilisce in modo secco l'incompatibilità con qualsiasi carica dell'ufficio di Presidente della Repubblica.

Se ci atteniamo ad un criterio formale, la piena sussistenza dell'ufficio di Presidente della Repubblica si realizza con il perfezionamento del procedimento prepositivo alla carica, segnato dal giuramento ex art. 91 Cost. Quindi, in teoria, il Presidente del Consiglio, può scegliere di

dimettersi tra il momento della elezione ed immediatamente prima del giorno del giuramento. Dopo tale momento le dimissioni sarebbero superflue, se si accede alla tesi secondo la quale vi sarebbe comunque una decadenza ipso iure dalla carica, che determina l'incompatibilità o sarebbero in violazione dell'art. 84 comma 2 Cost., con l'apertura di scenari dai contorni incerti, in ordine alle procedure e alle eventuali sanzioni da adottare. Rispetto al *range* temporale ora individuato, ragioni di estrema correttezza, consigliano di dimettersi immediatamente, al momento dell'elezione, ritenendosi già realizzata in quel momento una situazione rilevante rispetto alla ratio dell'art. 84 comma 2 Cost.

Di conseguenza, dal momento di tali dimissioni, risalenti come detto all'elezione, si realizza quell'impedimento che legittima l'attivazione della reggenza del ministro più anziano ex art. 8 comma 2 della legge n. 400 del 1988, in assenza di un vicepresidente. Non vi è, chiaramente, spazio per lo status tipico di Presidente del Consiglio dimissionario con poteri di ordinaria amministrazione.

In questa prospettiva, il problema della formazione di un nuovo governo che sostituisca quello presieduto da Draghi, può risolversi sulla base di varie ipotesi.

Ove si raggiungesse un preventivo accordo politico sul Governo post Draghi, Draghi, appena eletto, si dimetterebbe nelle mani di Mattarella e dovrebbero svolgersi consultazioni lampo per la nascita del nuovo esecutivo condotte da Mattarella stesso, il quale, dopo la fiducia ottenuta dal nuovo governo, ove ciò avvenisse prima del 3 febbraio, si dimetterebbe per consentire l'insediamento di Draghi al Quirinale, venendo convocate le Camere per fare giurare il nuovo presidente. Sarebbe necessario in tal caso l'affidamento al Presidente del Senato della reggenza della Presidenza della Repubblica fino al giuramento di Draghi.

Se il giuramento avvenisse dopo il 3 febbraio ci sono due ipotesi: la prorogatio di Mattarella fino al giuramento di Draghi o, sulla base di una interpretazione rigorosa della scadenza del mandato, l'attivazione della supplenza del Presidente del Senato ed il giuramento di Draghi nelle sue mani.

Se si ritenesse opportuno lasciare, invece, al nuovo Presidente la formazione del nuovo governo, l'ipotesi alternativa sarebbe quella di una diversa sequenza di quanto sopra ricostruito: dimissioni di Draghi appena eletto, con dimissioni immediate di Mattarella rispetto alla scadenza del 3 febbraio, consentendo il giuramento e l'insediamento di Mario Draghi, il quale avvierebbe le consultazioni per il nuovo governo. Ovviamente vi sarebbe la reggenza del Ministro più anziano fino alla formazione del nuovo governo e la supplenza del Presidente del Senato fino al giuramento di Draghi.

Per quanto riguarda i poteri che dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio, individuato ai sensi della legge 400/1988, mancano, ovviamente, dei precedenti. L'esperienza dei due vicepresidenti del primo governo Conte vedeva in tali due figure l'effettivo centro propulsivo dell'azione di governo in relazione alla peculiarità del c.d. contratto di governo. Non è ovviamente rilevante nel nostro caso. I poteri dovrebbero comunque seguire la logica dell'ordinaria amministrazione, salvo, come al solito, atti indifferibili e necessari.

Per quanto riguarda, infine, il quesito da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni del supplente del Presidente del Consiglio, la risposta è connessa agli scenari sopra ipotizzati, partendo dal presupposto che la supplenza viene svolta fino alla nomina ed al giuramento del nuovo governo. Dipende da chi effettua le consultazioni e segue la formazione del governo secondo la logica sopra ricostruita che vede una serie di condizioni perché sia Draghi o Mattarella a porsi quale artefice della formazione del nuovo governo.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

Appare ovvio in forme di governo, come quelle semipresidenziali, a prevalenza del Capo dello Stato e quella presidenziale, la previsione di una disciplina dettagliata e pregnante non solo delle candidature per la Presidenza della Repubblica, ma anche della campagna elettorale, nei suoi risvolti finanziari e mediatici, visto il rapporto diretto con il corpo elettorale, nella logica dualistica del modello.

Il nostro ordinamento non disciplina espressamente la materia, limitandosi ad evidenziare i requisiti, molto “aperti” per la carica.

In correlazione alla modalità elettiva per così dire ad alto tasso di asetticità, a scrutinio segreto ex art. 83 Cost. e senza possibilità di dibattito (in relazione alla natura di mero seggio elettorale del Parlamento in seduta comune), è stato sostenuto che si sarebbero formate norme non scritte, di natura convenzionale, o, come afferma Paladin, vere e proprie consuetudini, giustificate dall’esigenza di sottrarre l’elezione di un organo costituzionale, istituzionalmente *super partes*, ai meccanismi che sono propri della lotta politica tra i partiti, di sminuire la forza e l’autorevolezza degli aspiranti alla carica di Capo dello Stato.

Tali regole si sostanziano nel divieto di procedure formali per la presentazione delle candidature, ammissibili soltanto in via ufficiosa e non oggetto di discussione parlamentare e nel divieto di dare diffusione a programmi che prospettano modalità di futuro esercizio delle prerogative presidenziali.

Quanto al primo profilo, appare in effetti fondamentale, alla stregua della nostra forma di governo, tenere fuori dall’istituzione parlamentare, attività che devono restare espressione del circostante libero dibattito pubblico, collocato nell’area della politica-libertà e non in quella della politica-funzione.

Quanto all’aspetto specifico della diffusione di intenzioni sul modo di gestire le funzioni presidenziali, ancorché non vietabile sul piano giuridico, per quanto detto, nell’area extraistituzionale del pubblico dibattito, essa apparirebbe in ogni caso inutile e fuorviante, perché, come è stato giustamente notato, la già richiamata natura a fisarmonica delle funzioni

presidenziali e l'imprevedibilità della estensione di quest'ultime in prospettiva futura, renderebbe quantomeno artificiosa o inutile l'espressione di questa "intenzione" di azione.



Stefano Ceccanti*

**La coda del Capo:
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato****

1. *In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?*

Evidentemente no. La dimostra in ultimo il caso 2013: Napolitano provò a formare un Governo nell'ultimo periodo del suo primo mandato, ma privo di quel deterrente non vi riuscì se non dopo la rielezione.

2. *Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?*

La soluzione dovrebbe essere quella di dimissioni anticipate del Capo dello Stato e dell'elezione del successore. Deve essere quest'ultimo a esperire un ultimo tentativo con la forza che gli deriva dal deterrente dello scioglimento appunto perché l'obiettivo non è sciogliere ma usare quella risorsa come deterrente. Affidare invece lo scioglimento anticipato ad un supplente andrebbe contro la logica di quella prerogativa.

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

** Intervento realizzato in occasione del *Forum* “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

No, il semestre bianco va abrogato perché è disfunzionale, paralizza il potere di scioglimento. Esso dovrebbe abbinarsi esplicitamente all'introduzione del divieto di rielezione. Un divieto del genere non può essere implicito. Non a caso nel nostro ordinamento vi è già un divieto di rielezione per i componenti dell'altro organo di garanzia, la Corte costituzionale.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione "a tempo" del Presidente Napolitano?

De iure condito vale la Costituzione scritta e non potrebbe essere altrimenti. Il Presidente è pienamente rieleggibile. In realtà il Presidente fu rieletto per l'intero mandato, ma a causa delle sue condizioni di salute il Presidente Napolitano fece capire che avrebbe ricoperto l'incarico fino a quando sarebbe stato in grado di farlo.

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

L'elezione di un Presidente del Consiglio a capo dello Stato è legittima. Dal momento però che la carica di Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra e che c'è una cesura netta tra le funzioni dei due organi sarebbe preferibile una dimissione immediata subito dopo l'elezione. A quel punto, dal momento che non appare opportuno far gestire una crisi al Presidente della Repubblica uscente, anche perché privo del potere di scioglimento, appare pienamente praticabile la disposizione della legge 400 del 1988 che prevede la supplenza del ministro più anziano, nel caso di specie il Ministro Brunetta. Dopo il giuramento del nuovo Presidente si aprirebbe formalmente la necessaria crisi di Governo.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

A mio avviso si tratta solo di prassi, nulla sarebbe in astratto precluso de iure condendo, qualora se ne ravvisasse l'opportunità.



Omar Chessa*

**Intervento al Forum “La coda del Capo.
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”****

1. *In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?*

Indubbiamente potrebbe darsi il caso che il potere presidenziale di formazione del Governo subisca una sensibile riduzione dei suoi spazi di manovra durante il semestre bianco, considerato che la possibilità dello scioglimento anticipato può essere uno strumento decisivo di pressione per indurre forze politiche recalcitranti ad accordarsi su una formula di governo. Però, quand'anche non si riuscisse a coagulare una maggioranza parlamentare assoluta disposta a sostenere un nuovo esecutivo e si dovesse perciò costituire un governo minoritario del Presidente coll'astensione decisiva delle opposizioni (su cui vedi quanto scrivo nella risposta alla Domanda II), va comunque tenuto presente che sei mesi (o quel che rimane del semestre bianco) passano in fretta e che il nuovo Presidente eletto, constatata la perdurante inesistenza di una maggioranza politica, potrà disporre lo scioglimento precluso al suo predecessore.

2. *Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Sassari.

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

Alla prima domanda (che si ricollega all'ipotesi illustrata sopra, nella risposta alla Domanda I) deve risponderci tenendo ben presente che essa focalizza una circostanza del tutto eccezionale, che le forze politiche debbono fronteggiare col dovuto senso di responsabilità, acconsentendo alla formazione di un Governo-ponte, chiaramente di minoranza e di garanzia.

Alla seconda domanda credo si debba rispondere negativamente. Il regime delle prerogative presidenziali dovrebbe rimanere immutato anche se a esercitarle fosse il supplente, il quale pertanto non acquisterebbe competenze presidenziali diverse o più ampie. Sul punto va registrata l'interpretazione di Costantino Mortati, ancor più restrittiva di quella qui proposta, poiché basata sull'assunto che «i poteri del supplente si svolgono in un campo meno ampio di quello del titolare, nel senso che gli siano precluse quelle attività che implicano decisioni politiche di grande rilievo (come, per es., l'iniziativa dello scioglimento anticipato delle camere)» [C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1973, 532-533, il quale, alla nt. 1, riporta altresì l'opinione analoga di Bozzi, che «mette in rilievo come la provvisorietà delle funzioni del supplente fa realizzare per questi, durante l'intero periodo di supplenza, la situazione prevista per il presidente negli ultimi sei mesi del mandato»].

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Auspico una revisione dell'art. 88, eliminativa della regola del semestre bianco. È sicuramente apprezzabile la sua *ratio*, che è quella di impedire che il Capo dello Stato “mercanteggi” la concessione di elezioni anticipate con la promessa della rielezione. Ma bisogna altresì osservare, realisticamente, che il Presidente della Repubblica dispone comunque di numerose “risorse”, utilmente spendibili all'uopo. Non esiste atto governativo espressivo di scelte di indirizzo politico che non abbia la forma del decreto presidenziale o il cui compimento non contempli un transito per il Quirinale: dagli atti con forza di legge agli atti normativi secondari, dalle nomine dei funzionari alla presentazione dei disegni di legge governativi, ecc. E quanto alla specifica risorsa dello scioglimento anticipato, va detto che niente e nessuno può costringere le forze politiche che ne hanno beneficiato ad adempiere alla promessa di un secondo mandato presidenziale.

Non condivido, invece, la proposta di abbinare all'eliminazione del semestre bianco l'introduzione di un divieto espresso di rielezione immediata. Quale problema risolverebbe? Non mi risulta che nella nostra esperienza repubblicana i Capi di Stato abbiano finora “brigato” per ottenere un secondo mandato: è una tentazione che non hanno mai avuto. Lo prova il fatto che abbiamo solo il precedente di Giorgio Napolitano, che peraltro si ebbe su iniziativa delle forze politiche e non certo del diretto interessato, il quale acconsentì alla propria rielezione senza

entusiasmo e solo per senso di responsabilità. Lo stesso si deve dire del Presidente Mattarella, che appare infatti tutt'altro che disposto a farsi carico di un nuovo mandato.

Penso, infine, che l'eventuale abrogazione del c.d. semestre bianco non introdurrebbe la possibilità di elaborare in via ermeneutica il divieto di immediata rielezione: e ciò perché l'art. 88, secondo comma, non è il solo argomento che accredita l'impossibilità di estrapolarlo dalla Costituzione, come illustro più nel dettaglio nella risposta alla domanda seguente.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?

Nessuna consuetudine costituzionale (ammesso che possa veramente darsi una fonte siffatta, il che è dibattuto in dottrina) potrebbe sovrapporsi e sostituirsi al dettato costituzionale, il quale, a mio avviso, accredita senza ombra di dubbio che la rielezione non sarebbe contraria a Costituzione.

Anzitutto, rileva la mancanza di un esplicito divieto di rielezione immediata. A giudizio di taluni questo dato non sarebbe concludente, poiché nel campo del diritto costituzionale l'assenza di disciplina non fonderebbe né permessi né obblighi e la lacuna dovrebbe essere riempita con le risorse dell'interpretazione sistematica. Sennonché proprio l'interpretazione sistematica suffraga proprio l'opinione qui proposta. Infatti, il silenzio del Costituente non è “neutro”, poiché il testo costituzionale ha espressamente escluso la possibilità di un secondo mandato per coloro che, sempre su elezione parlamentare, entrano a far parte della Corte costituzionale e del CSM, per i quali, infatti, vale il divieto espresso d'immediata rieleggibilità (artt. 104, comma 6, e 135, comma 3, Cost.). Inoltre, c'è il dato normativo costituito dalla regola del “semestre bianco”, la quale ha senso proprio nel presupposto che la possibilità di rielezione vi sia.

Per quanto concerne il precedente della rielezione di Napolitano “a tempo”, bisogna chiedersi se sia veramente un “precedente”: non ogni evento politico-istituzionale, infatti, merita di considerarsi tale per il diritto costituzionale, ma solo quelli che articolano una specifica interpretazione del testo costituzionale. E non mi sembra che vi sia il dubbio interpretativo che la Costituzione vieti le dimissioni da una carica elettiva prima della sua scadenza naturale. In realtà nel 20 aprile 2013 non ci fu nessuna “elezione a tempo”, poiché Napolitano fu eletto per sette anni, ai sensi dell'art. 85, primo comma, Cost. E le dimissioni rassegnate, poi, nel 14 gennaio 2015 non ebbero la forza retroattiva di qualificare l'elezione di due anni prima come un'ipotesi diversa da quella prevista, appunto, nell'art. 85.

Altra questione è se si possa condizionare la rielezione alla fissazione di un termine anticipato rispetto alla scadenza naturale del mandato: ma mi sembra evidente che neppure questa può rientrare nel novero delle interpretazioni possibili dell'art. 85, il quale dice inequivocabilmente che si è eletti per “sette anni”, sicché niente e nessuno potrebbe sostituirsi alla volontà dell'eletto per far valere la promessa delle dimissioni anticipate. E del resto, chi avrebbe titolo per raccogliere

questa promessa? Di fronte a quale organo costituzionale sarebbe lecito assumere un tale impegno e quali sarebbero gli strumenti o i rimedi per farne valere la coerenza?

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

L'art. 84, secondo comma, stabilisce che «l'ufficio di Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica», sicché l'incompatibilità con la carica di Presidente del Consiglio deve essere risolta non appena si verifica. Ma quando si verifica? Dopo il giuramento o dopo la proclamazione del risultato dell'elezione parlamentare? In base all'art. 91 Cost. «Il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune». Dal tenore letterale della disposizione si evince chiaramente che il Capo dello Stato è già tale prima del giuramento, sicché è l'atto della proclamazione a determinare la situazione di incompatibilità e a esigere che, immediatamente dopo, si rassegnino le dimissioni dalla carica di Presidente del Consiglio.

Per quanto attiene al supplente del Presidente del Consiglio, prima che del suo ruolo bisogna porsi il problema della sua individuazione. Non è scontato, infatti, che la fattispecie in esame ricada nell'art. 8 della legge n. 400 del 1988, poiché questo prevede la supplenza del vicepresidente o del ministro più anziano «in caso di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio dei ministri»: ipotesi entrambe diverse da quella in esame, poiché presuppongono la permanenza del primo ministro nella carica e non le sue dimissioni obbligatorie. Tuttavia, l'identità di *ratio* giustificherebbe in questo caso il ricorso all'analogia *legis* (o un'interpretazione estensiva del suddetto art. 8 della l. 400/1988). Peraltro non sarebbe un'alternativa praticabile quella di formare un nuovo Governo, con tutte le complicazioni che ne conseguirebbero, sia di tipo politico-partitiche che costituzionali (ad es., ci sarebbe la possibilità di un accordo tra le forze politiche? Che ne sarebbe della votazione fiduciaria? Quest'ultima dovrebbe essere “congelata” nell'attesa che il nuovo Presidente della Repubblica confermi la nomina dell'esecutivo?)

Per quanto attiene al ruolo del supplente, ritengo che debba limitarsi al disbrigo degli affari correnti sino alla nomina del nuovo premier; e ritengo anche che le sue dimissioni, contestualmente alla investitura del nuovo Presidente del Consiglio, debbano essere gestite dal Presidente della Repubblica che è in carica al momento in cui si porranno entrambe le questioni. Se la elezione del nuovo Capo di Stato avvenisse in tempi brevi e residuassero ancora alcune settimane prima della scadenza del mandato presidenziale, non si può escludere che sia Mattarella a dover procedere alla formazione del nuovo esecutivo. Tuttavia, la mia previsione è che

Mattarella si dimetta anzitempo e immediatamente dopo l'elezione del nuovo Capo di Stato, per lasciare subito alla responsabilità di quest'ultimo la gestione delle prerogative presidenziali.

Infine, per quanto attiene alla complessa problematica degli sviluppi istituzionali legati alla elezione di Draghi, la mia previsione è che tale elezione non individuerebbe solo un successore al Quirinale ma porrebbe altresì la questione più generale della stabile collocazione del potere di direzione politica nel quadro della nostra forma di governo parlamentare (a bassa razionalizzazione): in particolare, si porrà l'alternativa se esso debba rimanere ancorato essenzialmente nel raccordo tra Camere ed Esecutivo o se debba fissarsi stabilmente in corrispondenza del Colle più alto. In altre parole, l'elezione di Draghi potrebbe aprire uno scenario veramente inedito, con una potente accelerazione nella direzione di un semipresidenzialismo di fatto. E ciò in ragione del grande prestigio sia nazionale che internazionale dell'attuale *premier* e del suo ruolo quale "reggitore" della politica italiana in questa fase di crisi pandemica, emergenza economica e fluidità del quadro partitico: ruolo che è prevedibile non sarebbe dismesso una volta giunto al Quirinale e che pertanto conferirebbe al mandato presidenziale un pronunciato protagonismo politico.

D'altronde, che il nostro sistema parlamentare stia assumendo una colorazione semipresidenziale sulla falsariga dell'esperienza costituzionale francese non è tesi inedita nel dibattito costituzionalistico italiano. Però occorre qualche precisazione. Ci sono senza dubbio differenze insuperabili tra il nostro disegno costituzionale della forma di governo e quello d'Oltralpe. Qui in Italia il Capo dello Stato è di elezione parlamentare ed esercita tutte le sue funzioni mediante controfirma ministeriale, lì è di elezione popolare e gode di un *domaine réservé*, esente da controfirma (ad es., il potere di scioglimento anticipato). Non sono dettagli poco significativi. E difatti, impediscono la piena assimilazione dei due modelli, in assenza di corpose revisioni costituzionali. Sennonché, se guardiamo alle dinamiche reali della forma di governo, tra le due esperienze *potrebbero* stabilirsi delle analogie: o meglio, sono già *in atto* alcune somiglianze, ma *in potenza* potrebbero essercene di più. Non si può escludere, infatti, che in futuro una maggioranza parlamentare assoluta sufficientemente coesa (cosa più facile a ottenersi a seguito della riduzione del numero dei parlamentari) decida, dopo il terzo scrutinio, di eleggere alla carica di Capo dello Stato il proprio *leader*, il quale pertanto guiderebbe la maggioranza parlamentare e il Governo dal Quirinale anziché da Palazzo Chigi, nominando alla carica di Presidente del Consiglio dei ministri un proprio collaboratore o comunque una figura politicamente subordinata, né più né meno di ciò che accade nei rapporti tra il Presidente francese e il (suo) primo ministro. E una volta che all'opinione pubblica sarà diventato chiaro dove risiede il centro reale della direzione politica nazionale acquisterà ulteriore forza la proposta di adeguare formalmente il quadro costituzionale al modello semipresidenziale già affermatosi in via di fatto.

Ma il quadro che si determinerebbe con l'elezione di Draghi sarebbe ancora diverso. La sua ascesa al Quirinale e il suo ruolo di reggitore della Repubblica per tutti i sette anni sarebbe assicurato non già dal fatto di essere il capo politico di una maggioranza parlamentare compatta, bensì dall'esatto contrario, cioè dalla debolezza e fluidità del quadro partitico, il quale perciò subirebbe la presidenza Draghi più di quanto sarebbe disposta a supportarla. Però, anche in questo caso è prevedibile che prima della scadenza del settennato si avanzi la proposta di

revisionare il disegno costituzionale in senso presidenziale (o semipresidenziale), introducendo l'elezione popolare diretta del Capo dello Stato e adeguando i suoi poteri in modo da farne il centro propulsivo dell'indirizzo politico. Peraltro un esito di questo tipo è ancor più probabile se nei prossimi anni il ruolo dei partiti, anziché recuperare incidenza, dovesse proseguire nel suo cammino declinante.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

L'art. 84 Cost. prevede che possa «essere eletto Presidente della Repubblica ogni cittadino che abbia compiuto cinquanta anni d'età» e che «goda dei diritti civili e politici», non aggiungendo altro e, in particolare, non subordinando l'elezione alla previa formalizzazione di candidatura, come invece è previsto per molte altre cariche elettive (da quella di parlamentare a quella di consigliere regionale, sindaco, ecc.). Il novero degli eleggibili, infatti, è circoscritto solo dalle parole «ogni cittadino» (*che abbia compiuto cinquant'anni, ecc.*). Direi, pertanto, che il dettato costituzionale non contempla “formali candidature”: diversamente, sarebbero eleggibili solo coloro che ne avanzassero una (nei modi e termini che, in ipotesi, sarebbero previsti dalla disciplina costituzionale)

Altra questione è se ciò impedisca la presentazione di candidature “informali”. Mi sembra che sul punto ci sia almeno un precedente: quello di Massimo D'Alema nel 2006. Ricordo che alla comunicazione della informale candidatura seguì anche la illustrazione delle linee che avrebbero ispirato il suo mandato in caso di elezione. Ma al di là questo precedente, rimasto isolato, penso che niente possa legittimamente impedire a «ogni cittadino che abbia compiuto cinquanta anni» di comunicare al Paese il suo desiderio di essere eletto a Capo dello Stato e di dire come eserciterebbe la carica. Nessuna convenzione costituzionale avrebbe la forza di vietare questa eventualità (e proprio in virtù della natura delle *constitutional convention*); e neppure l'avrebbe la “forma di governo parlamentare”, a meno che con un costruttivismo interpretativo spericolato si vogliano estrarre dall'astratto concetto di “forma di governo” norme di divieto ulteriori rispetto a quelle che già si evincono dalle disposizioni costituzionali.



Maria Cristina Grisolia*

**Intervento al Forum “La coda del Capo.
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”**

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?

Prima di rispondere a questa domanda – e poi alle domande successive – mi sembra opportuno chiarire la prospettiva con la quale guardo alle questioni proposte.

Premetto che faccio parte di coloro i quali, nonostante i segnali che provengono dalla prassi più recente (segnali che, secondo alcuni, farebbero pensare ad uno sviluppo del ruolo presidenziale verso una nuova forma di governo) e nonostante l'eccesso di enfasi politica che sta accompagnando la fine del mandato di Mattarella; nonostante tutto ciò, dicevo, tengono ancora fermala tesi che interpreta l'evoluzione di tale ruolo tutta interna alla funzione di garanzia assegnata al Capo dello Stato nel nostro sistema parlamentare.

Una premessa, questa, che, come dicevo, mi sembra necessaria per meglio inquadrare le posizioni che assumerò nel contesto di questo dibattito; le quali tendono ad una qualche prudenza a maneggiare istituti che fino ad oggi sono stati strumentali al ruolo di garanzia presidenziale.

Ma veniamo alla prima domanda.

In un sistema parlamentare, il potere di formazione del Governo e quello di scioglimento anticipato delle Camere rappresentano, come sappiamo, i due punti cardinali entro i quali si muove il Capo dello Stato, quale garante *super partes* del corretto funzionamento di quel rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento che è alla base del sistema medesimo.

Proprio l'identica logica che, pure a distanza, tiene uniti i due poteri potrebbe indurre a pensare che l'impossibilità di usare uno di essi precluda l'esercizio anche dell'altro. E ciò tenendo conto

* Già Professoressa ordinaria di diritto costituzionale – Università di Firenze

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

che il Presidente, in caso di semestre bianco, non è in grado di valutare l'intero arco delle ipotesi formulabili in ordine alla risoluzione della crisi di governo.

E, d'altra parte, è proprio in ragione di tale preclusione, che si è affermata, come è noto, una consuetudine costituzionale che ha impedito fino ad oggi che il problema si ponesse con l'apertura di una crisi di governo durante il semestre bianco.

Cosa accadrebbe se questa consuetudine venisse meno? Come potrebbe il Capo dello Stato risolvere la crisi, privo di uno dei poteri ai quali egli può -e deve- ricorrere per definirne gli esiti?

In realtà, a guardar bene, il problema potrebbe anche non porsi.

Se si guarda, infatti, alla evoluzione dei due poteri nel sistema e, in particolare, alla evoluzione da essi assunta dopo il passaggio dalla c. d. prima alla seconda Repubblica, ciò che emerge, mi pare, è che a fronte dell'indiscussa contrazione assunta dal potere di scioglimento si è, invece, parallelamente assistito ad un forte impulso del potere previsto ex art.92 Cost. Così che, potremmo dire, che tra di essi si è venuto realizzando un rapporto inversamente proporzionale al loro rispettivo sviluppo.

Da un lato, in vero, il potere di scioglimento, liberato, alla fine, dalle molte pastoie e problematiche che lo hanno da sempre accompagnato per la sua indubbia ambiguità, non solo è venuto ad assumere una precisa valenza presidenziale che lo ha affrancato dalle forze politiche e dal Governo, ma anche e allo stesso tempo, esso è venuto configurandosi quale *extrema ratio* nelle mani del Capo dello Stato per risolvere la crisi. Suo principale – se non unico presupposto – è stato infatti, come più volte attestato per voce degli stessi presidenti, la provata impossibilità da parte delle Camere di potere esprimere, senza vincolo alcuno, una maggioranza in grado di sostenere un nuovo Esecutivo.

D'altro, e all'opposto, si è accresciuto il già ampio potere di influenza esercitato dal Presidente della Repubblica nella formazione del Governo, rendendo ancora più ricco ed articolato l'armamentario utilizzato dal Capo dello Stato per la soluzione delle crisi e sempre più determinante la sua volontà nella definizione della formula e della composizione dell'Esecutivo.

Se così è, si potrebbe non ritenere impraticabile l'apertura di una crisi durante il semestre bianco, non potendosi affatto escludere, in una prospettiva tutt'altro che eventuale ed ipotetica, la possibilità di dare vita ad una nuova maggioranza in grado di gestire la delicata fase istituzionale. E ciò mantenendo di fatto relegata ad un ruolo marginale – e perfino del tutto residuale, da valutare successivamente - l'ipotesi dello scioglimento delle Camere.

Inutile qui ripercorrere le possibili soluzioni utilizzabili, incluso il caso – forse il più probabile - della formazione di un governo di garanzia, nominato allo scopo di gestire il passaggio dal Presidente in scadenza a quello appena eletto.

E, tuttavia, qualsiasi possa essere l'ipotesi applicabile, sia pure la migliore, essa sarebbe comunque ben poca cosa se si tiene conto della forte tensione cui sarebbe sottoposto il sistema se, in un periodo così delicato quale è quello del semestre bianco, le forze politiche si assumessero la responsabilità di aprire una crisi di governo. Una evenienza, questa, alla quale speriamo di non dover mai assistere.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

Premessa, ancora una volta, la grave responsabilità che le forze politiche si assumerebbero nell'aprire una crisi di governo durante il semestre bianco, e pure ammessa l'impossibilità da parte del Capo dello Stato di non poter risolvere tale crisi, l'ipotesi prospettata è quella delle dimissioni anticipate del Presidente, che aprano la strada ad una supplenza, alla quale si affiderebbe il compito di sciogliere le Camere.

Potrebbe, però, davvero il Presidente del Senato, divenuto supplente del Capo dello Stato, esercitare, in sua vece, il potere che è ad esso in quel momento precluso?

Qualche dubbio è più che giustificato.

Senza poter neppure sfiorare la problematica sviluppatasi intorno all'istituto della supplenza, basti dire che la posizione di gran parte della dottrina (anzi della dottrina più autorevole) è sempre stata nel senso che, pur nel silenzio della Costituzione (che non prevede espressamente alcun limite ai poteri del supplente), l'attività del Presidente del Senato non possa che essere limitata agli atti di ordinaria amministrazione o che non siano riferibili alla volontà preminente del Capo dello Stato (nomina del Governo, lo scioglimento delle Camere, la nomina dei giudici costituzionali). E ciò in ragione del carattere complessivo dell'istituto che, causa di per sé di una improvvisa rottura degli equilibri istituzionali, si regge sui parametri rigorosi della temporaneità e della eccezionalità.

E ciò con la sola eccezione che tali atti risultino improrogabili e, per quanto riguarda specificamente lo scioglimento, solo nel caso in cui si verificasse - come è stato detto - una crisi che, nonostante i tentativi posti in essere dalle forze politiche, risultasse *non altrimenti risolvibile* (L. Paladin, *Presidente della Repubblica (voce)*, "Encicl. dir.", vol. XXXV, Milano, 1986, 132).

Ancora più rigorose le posizioni in caso di supplenza durante il semestre bianco. In cui detta esclusione è affermata senza alcuna eccezione.

E ciò non solo perché - come si ancora detto - si debbono ritenere estesi al supplente assieme alle funzioni del Capo dello Stato, anche i limiti per esse previsti (U. Rescigno, *Art. 86*, "Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca", Bologna, 1978, p. 132), ma soprattutto perché - si è ancora sottolineato - la *ratio* che esclude lo scioglimento nel semestre bianco appare applicarsi al supplente meglio ancora che al Capo dello Stato.

Identica, infatti, l'esigenza di evitare l'uso strumentale dello scioglimento quale arma utilizzata allo scopo di influenzare non solo la rielezione del supplente, ma, se del caso, anche l'elezione del supplente. Identico, allo stesso modo, il difetto di una piena rappresentatività, che risulterebbe addirittura minore di quella di cui gode il Presidente della Repubblica alla fine del suo mandato (L. Paladin, *op. cit.*, 196).

Se così è, l'ipotesi della supplenza per sciogliere le Camere mi parrebbe assai forzata e, se pure applicata per risolvere un problema (che però non doveva porsi), foriera di sviluppi sugli equilibri del sistema, di cui difficilmente se ne potrebbe cogliere la portata.

Credo che di queste preclusioni le forze politiche dovrebbero farsene una ragione non sovrapponendo e, perfino antepoendo, esigenze pur pressanti, ma comunque contingenti, alle esigenze, ben più importanti e assai meno contingenti, della tutela e del rispetto degli equilibri costituzionali. Equilibri tanto più da custodire e tutelare in quanto riferiti al massimo organo di garanzia del nostro sistema.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Le domande sono fra loro strettamente collegate.

L'ipotesi di mantenere o meno il secondo comma dell'art.88Cost. è evidentemente legata soprattutto, se non proprio esclusivamente, alla possibilità o meno della rielezione del Capo dello Stato. Rielezione che, a mio giudizio, verrebbe meno anche se non espressamente prevista da una riforma costituzionale che prevedesse l'eliminazione del c.d. semestre bianco.

Si può infatti ammettere, nella logica che sottostà al divieto espresso dal secondo comma dall'art.88 Cost., un così consistente sacrificio ai poteri del Capo dello Stato solo se esso risulti bilanciato dalla necessità di tutelare interessi assolutamente primari: garantire il corretto svolgimento del mandato presidenziale e il suo eventuale rinnovo.

Dunque, a ben vedere, il vero problema è solo quello relativo al mantenimento o meno della rielezione del Capo dello Stato, senza la quale il divieto di scioglimento anticipato delle Camere previsto dall'art. 88 Cost. non potrebbe trovare una ragione sufficiente.

Vero è, d'altra parte, che la questione relativa alla rieleggibilità del Capo dello Stato è sempre stata un nodo non risolto, a partire dai lavori della stessa Assemblea costituente. Dove l'ancora sostanziale vaghezza di quella che sarebbe stata la figura della più alta carica che i nostri costituenti andavano disegnando ebbe forse a suggerire una voluta lacuna a riguardo, affidando ogni decisione ai casi che si sarebbero potuti verificare durante il mandato presidenziale.

Il problema è stato poi periodicamente riproposto perfino su iniziativa degli stessi presidenti e, da ultimo, anche da Mattarella. Questi, infatti, richiamando proprio i precedenti di Segni e di Leone, non ha nascosto la propria preferenza per l'eliminazione della rieleggibilità, dando così nuovo vigore a iniziative parlamentari che, di recente, hanno ancora una volta avanzato la proposta del divieto di rielezione del Capo dello Stato, con la conseguente abolizione del secondo comma dell'art.88 Cost.

A favore della “non rielezione” si è di recente schierata anche la dottrina, la quale, dopo il precedente di Napolitano, ha in particolare paventato il possibile consolidarsi di una prassi che, in modo ritenuto del tutto improprio in un sistema democratico, finirebbe per allungare oltre misura il mandato presidenziale (G. Azzariti, *Intervista*, “Il fatto quotidiano”, 8.12.21).

A fronte di tutto ciò, sembrerebbe che ci sia ben poco da aggiungere.

E, tuttavia, se possiamo estraniarci per un momento dal fragore che circonda questo dibattito, non mancano, a parere mio, anche ragioni in senso contrario.

Nessun dubbio, naturalmente che la carica presidenziale sia molto lunga; fra le più lunghe previste in Costituzione. Nessun dubbio, ancora, che, con la rielezione, la sua durata risulterebbe ampliata di una misura “più degna – come si è detto- di una monarchia repubblicana che non di un sistema parlamentare (M. AINIS, *Il paradosso del Quirinale*,” *La Repubblica*”, 10.12.21).

E nondimeno - va sottolineato - la lunghezza della carica è proprio il requisito che caratterizza lo *status* degli organi di garanzia rispetto agli organi politici: agendo i primi a differenza di quest’ultimi, con uno sguardo rivolto non al contingente, ma piuttosto verso valori e principi che, destinati come sono a prevalere e a durare nel tempo, richiedono tempi di osservazione ben più ampi e continuati.

Ma, ciò detto, tali organi sono anche rieleggibili a costo di prolungarne eccessivamente l’ufficio?

Il dubbio può apparire più che legittimo.

Del resto, continuando il discorso appena fatto, la rieleggibilità è, questa volta, elemento più distintivo degli organi politici che non degli organi di garanzia.

Anzi dirò di più. Elemento che può apparire tanto più equivoco, la rieleggibilità, in quanto riferito ad un organo, quello presidenziale, troppo spesso tacciato di facili slittamenti dal piano suo proprio a quello più proprio delle forze politiche.

E, tuttavia, non credo che si possa dire che la rielezione di Napolitano, nella estrema criticità delle circostanze che allora la determinarono (i veti incrociati delle forze politiche, lo stallo delle votazioni, l’imprevisto affossamento della candidatura di Romano Prodi) abbia davvero soddisfatto i naturali presupposti che sottostanno alla rielezione del Capo dello Stato secondo la nostra Costituzione, rompendo una consuetudine che potrebbe aprirsi ad una nuova continuità.

E’ un fatto che, pur nella non chiarezza dei lavori della Costituente, il rinnovo del mandato presidenziale era comunque visto, proprio in virtù della sua eccezionalità, quale condizione, non ordinaria, ma piuttosto legata a “premiare”, diciamo così, una presidenza che si fosse distinta per particolari doti istituzionali e alla quale non si potesse, o non si volesse, rinunciare: come potrebbe essere, appunto il caso di Mattarella, ma non quello di Napolitano. La cui rielezione non fu certo determinata da ragioni di questo tipo: dunque, da considerarsi più che eccezionale, del tutto anomala e, come tale, lontana da costituire un vero proprio precedente.

E, dunque, perché rinunciare a rieleggere il Capo dello Stato? Perché rifiutare di rinnovare un mandato che si sia dimostrato particolarmente incisivo e determinante?

Sta di fatto - e lo voglio qui ricordare - che, nonostante la sua attuale posizione contraria, lo stesso Mattarella, non esitò, da fine giurista quale è, a proporre, in una intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, la rielezione di Scalfaro, proprio per il motivo che ho appena richiamato.

“Penso – affermò Mattarella in quella intervista – che il futuro Capo dello Stato deve avere equilibrio, gran senso delle istituzioni e svolgere un ruolo di garanzia attiva. Proprio quello che Scalfaro ha realizzato in questo settennato”. Domanda: “Insomma lei pensa ad una personalità simile a Scalfaro? Risposta: ”No, io penso a Scalfaro” (A. Fabozzi, *Quando Mattarella voleva il mandato bis al Quirinale*, “Il Manifesto”, 21.9. 2021).

Naturalmente la congruità di ogni istituto (compreso dunque anche la rielezione presidenziale) sta tutta nelle modalità della sua applicazione. Il pericolo è, infatti, sempre dietro l'angolo, ed è quello di dannose distorsioni che ne impediscano il migliore svolgimento.

Ma questo non si può evitare.

In conclusione, credo che prima di lasciarsi trascinare dal clamore dell'attuale dibattito, convenga fermarsi un momento per meglio valutare il significato e la reale portata degli istituti che si vorrebbero eliminare.

Il rischio, se rischio naturalmente c'è, è quello di perdere di vista le esigenze e le specificità di organi ai quali è affidata la garanzia del buon funzionamento dell'intero sistema.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?

Difficile dire, mi sembra di averlo già dimostrato, se il non ricorso fino a Napolitano, alla rielezione del Capo dello Stato fosse dovuto ad una consuetudine in questo senso o alla particolarità che caratterizza questa ipotesi.

Una cosa è certa: aspettative in questo senso da parte dei presidenti dimissionari si sono avute più di una volta in passato e, in vero, a partire dalla prima elezione del 1948, questa possibilità è stata più volte presa in considerazione tra gli scenari possibili che si venivano a prospettare nel momento elettorale.

Che poi nessuna aspettativa in questo senso si sia realizzata e che nessuna rielezione abbia poi avuto seguito, sembrerebbe dipendere più dalle condizioni storico-politiche che hanno caratterizzato i singoli momenti elettorali che non, forse, per una implicita volontà a non rinnovare il mandato presidenziale.

Come ho già sottolineato, la rielezione di Napolitano ha interrotto questo *trend*, ma come dicevo, in ragione di una serie di motivazioni che in modo un po' anomalo hanno portato al rinnovo del mandato presidenziale. Dunque essa costituisce un precedente ancora tutto da valutare.

Quanto alla rielezione “a tempo” da più parti ventilata per risolvere problemi che le forze politiche e parlamentari non sembrano in grado di risolvere, non ho veramente da dire molto di più di quanto sia stato con molta efficacia già detto da più parti in dottrina.

La questione riguarda la massima carica dello Stato alla quale la Costituzione attribuisce un lungo mandato, senza alcuna eccezione.

Una elezione, dunque, che fosse condizionata da un termine, quale esso sia, sarebbe addirittura da considerarsi – come ha detto bene Azzariti – prima ancora che inopportuna, addirittura incostituzionale (G. Azzariti, *Intervista*, “Il Fatto Quotidiano”, 19 settembre).

Naturalmente nessuno può conoscere le eventuali riserve che possono portare il Presidente verso questa scelta. Il caso però non mi pare applicabile a Mattarella, da sempre ben attento e rispettoso del significato sostanziale, e non solo formale, dei nostri meccanismi costituzionali.

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

L'ipotesi che Mario Draghi possa essere eletto Capo dello Stato è una ipotesi che circola da tempo e che preoccupa non poco per un passaggio davvero anomalo tra le due cariche, che sarebbe inevitabilmente foriero di molte tensioni sul sistema.

Il primo problema che si pone, una volta eletto Mario Draghi Presidente della Repubblica, è quello legato ai tempi delle sue dimissioni da Presidente del consiglio.

In via ordinaria, la questione non dovrebbe neppure esserci.

E ciò in considerazione della incompatibilità assoluta della carica di Capo dello Stato con qualsiasi altro incarico, che imporrebbe al neo-presidente di dimettersi in coincidenza del giuramento di fronte alle Camere; momento nel quale egli inizia ufficialmente il suo mandato. Da qui, anche l'apertura della crisi di governo e il conseguente inizio delle consultazioni da parte del nuovo Presidente.

Un compito, questo, come sappiamo, esposto, tuttavia, a non poche incognite.

E ciò se si tiene conto che, nonostante l'indiscussa personalità di Draghi, la formazione del nuovo Governo potrebbe in qualche modo apparire “contaminata” dall'ipotesi improvvidamente ventilata dal Ministro dello sviluppo economico, Giancarlo Giorgetti, di una qualche possibile “vicinanza” tra il Capo dello Stato e alcuni dei suoi ministri nella scelta del nuovo Esecutivo.

Per evitare ogni equivoco e confusione si è così avanzata l'idea che possa essere ancora Mattarella a gestire la crisi con l'aiuto delle forze politiche, che dovrebbero accordarsi per la rapida elezione di Mario Draghi.

In questa prospettiva, apertasi la crisi con le dimissioni del Presidente del consiglio anticipate al momento della sua elezione e non a quello del giuramento, sarebbe l'attuale Presidente a fare le consultazioni per la nomina di un nuovo Governo: Governo che dovrebbe formarsi entro la scadenza del suo mandato e, quindi, prima del formale passaggio di consegne dal vecchio al nuovo Capo dello Stato.

Una evenienza, questa, di tutt'altro che facile realizzazione, ma non del tutto impossibile. E, tuttavia, anch'essa non priva di implicazioni sul sistema, se solo pensiamo alla particolare situazione nella quale Mattarella eserciterebbe un tale potere. Il quale, secondo i canoni della normale prassi costituzionale, spetterebbe, non a lui, ma al nuovo Presidente, con tempi e modalità assai più lunghi e tutti da definire a seconda del caso.

Comunque vadano le cose, dunque, il nostro sistema sarebbe soggetto a non poche tensioni, che, a conti fatti, potrebbero ben essere evitate. E ciò se solo si tiene conto dell'ampio ventaglio di candidature alternative, quasi tutte valide e autorevoli, da tempo prospettate.

Ma i problemi non si esauriscono qui.

Qualunque sia il momento nel quale Mario Draghi presenti le dimissioni, sarà per la prima volta necessario attivare (e vengo alla seconda questione) un organo, il Vicepresidente del Consiglio, previsto dalla l. 400 del 1988.

A norma dell'art. 8 il Presidente del consiglio può proporre al Consiglio dei ministri la nomina di uno (o più vicepresidenti), al quale in caso di "assenza" o "impedimento temporaneo" è affidata la supplenza.

La stessa norma prevede che, se vi sono più vicepresidenti, la supplenza spetti al vicepresidente più anziano. Ovvero, in mancanza di tale nomina, – come è stato fino ad ora – al ministro più anziano.

Questa la disposizione di legge. Con essa, come è noto, si era cercato di razionalizzare una prassi che fin dall'inizio vedeva, all'atto della formazione del Governo, la possibile nomina da parte del Capo dello Stato di soggetti (il vice o i vicepresidenti del consiglio) i quali, rispondendo ad esigenze essenzialmente politiche di rappresentanza delle forze minori facenti parte della compagine di governo, affiancavano il *premier*, svolgendo in qualche caso anche funzioni di coordinamento.

La l. 400 del 1988 ha dato ordine ai profili istituzionali (la nomina non avviene più da parte del Capo dello Stato ma con delibera del Consiglio dei ministri e non può più riguardare soggetti estranei al Governo). Oltre a ciò, tuttavia, essa è stata ben lontana da rafforzare la figura in questione, che rimane confinata in una posizione meramente vicaria e marginale; a sola garanzia della continuità dell'Amministrazione in attesa che il Presidente del consiglio riassuma le sue funzioni (la legge parla espressamente di "assenza" o "impedimento temporaneo").

L'art.8 non fa riferimento a impedimenti permanenti (a ben vedere verificabili solo in caso di morte o di malattia non reversibile). E ciò, io credo, per evitare previsioni esplicite di istituti dei quali poteva apparire difficile vedere gli sviluppi.

E' questo, però, il caso che si verificherebbe con le dimissioni di Draghi.

Da qui il primo problema.

Si può ritenere comunque applicabile la disposizione in esame?

I giochi interpretativi sono infiniti e con molta probabilità si troverebbe una qualche soluzione.

E, tuttavia, le questioni non finirebbero qui.

Secondo problema.

Chi dovrebbe assumere il ruolo di vicepresidente?

Come dispone la legge, spetterebbe al Ministro Brunetta (quale ministro più anziano) sostituire il Presidente del consiglio.

E, tuttavia, questa non sarebbe l'unica soluzione.

L'art.8 della l.400 del 1988 parla di nomina di un vice o più viceministri, ma non dice quando tale nomina debba essere effettuata (anche se la logica vorrebbe che essa avvenisse all'atto della formazione del Governo).

Credo che nulla impedirebbe a Mario Draghi, prima di rassegnare le dimissioni, di nominare un viceministro di sua fiducia, il quale, in un modo che potrebbe apparire meno "neutro", potrebbe assumere la supplenza.

Terzo ed ultimo problema.

Le dimissioni di Draghi non sarebbero in questo caso provocate da una crisi di Governo (essendo l'attuale Esecutivo ben saldo nel rapporto di fiducia che lo lega alle Camere), ma solo da una incompatibilità assoluta che determinerebbe, appunto, quell' impedimento permanente non regolato dalla legge. Così stando le cose, le dimissioni del Vicepresidente dovrebbero davvero essere immediate? Oppure, potrebbero essere posticipate, magari adducendo gravi motivi sopravvenuti che suggeriscano di non aprire una crisi, rinviando anche le dimissioni che devono essere presentate, per cortesia, dopo l'elezione del Capo dello Stato?

Sono scenari, questi, che ci auguriamo ipotetici, ma affatto teorici o astratti e, quindi, da valutare in caso di una scelta politica in questo senso.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

La posizione del Capo dello Stato in un sistema parlamentare e la qualifica ad esso assegnata dalla nostra Costituzione di rappresentante dell'unità nazionale, spiegano - è quasi banale affermarlo - l'obbligo, non derogabile, del voto segreto per la sua elezione, le ampie maggioranze richieste e, perfino, si può ritenere, i defatiganti scrutini che a volte sono stati necessari per permettere alle forze politiche di definire la scelta del nuovo Presidente.

In tale contesto, sulla base dell'assunto che Le Camere riunite abbiano la natura di un mero collegio elettorale, fin dall'elezione di Einaudi si è instaurata quella che certamente rappresenta più che una prassi, una vera e propria consuetudine, che vieta la presentazione di candidature ufficiali all'atto della elezione presidenziale e, comunque, l'apertura di un qualsiasi dibattito in merito ad essa. Mentre è lasciata alla sola decisione del Presidente della Camera l'ammissione di qualsiasi richiesta o chiarimento che riguardi l'elezione in corso.

La tesi più rigorosa, quella espressa a suo tempo da Paladin, esclude addirittura che tale prassi possa essere modificata se non per espressa volontà del legislatore in sede di revisione costituzionale (L. Paladin, *op.cit.*, p.175).

Assai meno rigorosa la più recente dottrina, la quale, negando invece che vi siano ostacoli alla modificazione di questa procedura, sostiene la natura di organo perfetto del Parlamento in seduta comune. E cioè la possibilità che esso debba non solo “decidere” ma anche “discutere”. La tesi poggia sulla disposizione contenuta nel regolamento del Senato (art.65) che prevede espressamente la possibilità di adottare disposizioni sostitutive del regolamento della Camera (al quale in via ordinaria è affidata la disciplina dell’elezione presidenziale). Da qui la possibilità di introdurre – senza interventi costituzionali - modalità alternative a quelle fino ad oggi applicate: comprese quelle legate alla presentazione di candidature (L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, p.98).

E, d’altra parte, proprio sulla scia dell’attuale dibattito, e anche a fronte della non rigorosa applicazione in passato di tale procedura, ci si è fatti portavoce della necessità di introdurre nuove regole formali, che liberino l’elezione del Capo dello Stato da una segretezza - come si è polemicamente detto - che ormai si addice alla sola elezione del Papa nel conclave, ma che suonerebbe invece in democrazia come una vera e propria bestemmia (M. Ainis, *Colle, la giostra dei non candidati*, “la Repubblica”, 26.5. 2021).

Sono motivazioni, queste, che possono sembrare anche convincenti. E ciò soprattutto in una prospettiva meno sensibile al complesso sviluppo del ruolo presidenziale, che oggi richiede particolare prudenza e cautela nella decisione di cambiamenti (quale quello di cui si discute), che potrebbero trasformare facilmente l’elezione del Capo dello Stato in una vera e propria competizione, a pregiudizio, proprio nel momento iniziale del suo mandato, del ruolo di garanzia oggi assegnato a questo organo.

A costo di essere tacciata di blasfemia o, quanto meno, di ipocrisia costituzionale, credo che, a fronte di tale pericolo, sia assai azzardato modificare la prassi attuale, pena la possibilità di esporre tale elezione ad inutili equivoci o, peggio, dannosi assalti alla posizione *super partes* del Presidente della Repubblica.

Per quanto mi riguarda, dunque, nessuna necessità di cambiamento, ma ancora una volta un richiamo alle forze politiche e parlamentari a gestire con prudenza ed impegno l’elezione del Capo dello Stato.



Vincenzo Lippolis*

**Intervento al Forum: “La coda del Capo:
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”****

1. *In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l’arma del potere di scioglimento?*

Mi pare evidente che non poter far balenare la minaccia dello scioglimento riduce le possibilità del Presidente di indurre le forze politiche a trovare un accordo per una maggioranza di Governo. Si può ricordare la vicenda del primo Governo di questa legislatura nel 2018. M5 stelle e Lega giunsero all’intesa solo quando Mattarella diede l’incarico a Cottarelli il quale il 28 maggio, al termine del colloquio con il Presidente, dichiarò che questi gli aveva chiesto di presentarsi in Parlamento con un programma che portasse il Paese a nuove elezioni.

2. *Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?*

Penso che la domanda si riferisca all’individuazione di una maggioranza di Governo organica e stabile. Se questa non fosse possibile, il Presidente potrebbe formare un Governo di transizione (la nostra storia costituzionale ci offre varie formule: governo tecnico, governo ponte, governo di decantazione) che rimanga in carica per il tempo strettamente necessario all’elezione del nuovo capo dello Stato. Se anche un tale Governo non ottenesse la fiducia delle Camere, molto dipende da un dato di fatto: la situazione sarebbe differente se si è all’inizio del semestre o alla fine. In

* Già ordinario di Diritto pubblico comparato – Unint Roma

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

questa seconda ipotesi, si potrebbe procedere all'elezione del nuovo Presidente anche con il Governo che non ha ottenuto la fiducia. Nella prima ipotesi, invece, poiché sei mesi possono anche essere per il calendario politico un periodo molto lungo, la strada per sbloccare la situazione sarebbe quella delle dimissioni del Presidente.

Per completezza, aggiungo che la soluzione delle dimissioni potrebbe essere scelta dal Presidente senza esperire il tentativo dell'esecutivo di transizione, lasciando in carica il Governo dimissionario.

Quanto alla seconda parte della domanda, escludo che il supplente possa esercitare un potere che non è esercitabile dall'organo che supplisce. Si può ricordare che in Assemblea costituente (seduta del 22 ottobre 1947) il relatore Tosato affermò che il potere di scioglimento del supplente era da considerarsi escluso dal fatto che la supplenza si riferisce ad un ufficio interinale a cui quel potere non potrebbe considerarsi connesso. Oltretutto, se lo si ammettesse, sarebbe una strada per aggirare il divieto di scioglimento nel semestre bianco.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rieleggibilità del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

L'esperienza ha mostrato che le preoccupazioni espresse in sede di Assemblea costituente dall'on. Laconi, presentatore dell'emendamento che portò alla formulazione del secondo comma dell'art. 88, erano probabilmente eccessive e dettate dal clima del momento. Nessun Presidente ha agito (almeno pubblicamente e per quel che conosciamo) al fine di ottenere la rieleggibilità, anche se qualcuno potrebbe averla desiderata. E comunque vi sarebbero altri mezzi per influenzare il collegio elettorale. La norma potrebbe quindi essere soppressa anche in considerazione delle difficoltà che essa può creare nella situazione di cui alla seconda domanda. Non mi pare però il più urgente dei problemi di aggiornamento della Costituzione.

Non ritengo poi si debba collegare un'eventuale abrogazione del secondo comma dell'art. 88 alla previsione di un divieto di rieleggibilità del capo dello Stato. La rieleggibilità può essere una soluzione in situazioni di impasse e difficoltà politica di cui non priverei il sistema istituzionale. Lo dimostra la rieleggibilità di Napolitano. Da quel che ho appena detto è evidente che non ritengo si possa ermeneuticamente ricavare un divieto di rieleggibilità qualora fosse abrogato il semestre bianco.

Piuttosto che pensare al divieto di rieleggibilità ritengo che sarebbe opportuno ridurre di uno o due anni la durata del mandato presidenziale, correlativamente riducendo quella della legislatura a quattro anni. Ciò risponderebbe maggiormente ai ritmi della vita politica contemporanea. D'altra parte, è noto che il mandato di sette anni discende dalle istituzioni della III repubblica francese e che fu a quel tempo deciso per ragioni contingenti, costituendo un compromesso tra

repubblicani e monarchici. La rieleggibilità era comunque possibile, anche se di fatto avvenne in due soli casi.

4. *De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?*

La rielezione del Presidente è possibile. In questo senso vanno chiaramente l'interpretazione del testo e i lavori della Costituente (il divieto inserito nel testo della seconda sottocommissione fu soppresso nella riunione plenaria della Commissione dei settantacinque dopo che per la rieleggibilità si erano espressi gli on. Moro e Tosato).

La rielezione di Napolitano non ha certo violato una consuetudine costituzionale che sarebbe contraria alla chiara lettera della nostra carta. D'altra parte, in precedenza la rielezione era stata generalmente considerata poco opportuna e non vietata.

Tale rielezione, a mio avviso, non può essere considerata “a tempo”. E' vero che Napolitano al momento del giuramento precisò che egli avrebbe esercitato il suo mandato fino a quando la situazione del Paese glielo avesse suggerito e comunque le forze glielo avessero consentito. Si poteva quindi pensare che non sarebbe giunto al termine del secondo mandato. Le dimissioni erano però prospettate sullo sfondo per spingere le forze politiche a realizzare un programma di riforme istituzionali alle quali Napolitano collegava la sua elezione. La realizzazione di tali riforme avrebbe comportato un tempo non definito. Non vi era una data prefissata per le dimissioni che furono poi motivate dalle sue condizioni fisiche.

5. *La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?*

L'eventuale elezione del Presidente del Consiglio a Presidente della Repubblica pone qualche problema di natura procedimentale che però può essere superato.

Seguendo l'ordine dei quesiti contenuti nella Domanda V, il primo punto da esaminare è quello dell'incompatibilità fra la carica di Presidente della Repubblica e di Presidente del consiglio. A rigore, questa si verifica nel momento in cui il Presidente del consiglio eletto assume le funzioni di capo dello Stato, e cioè al momento del giuramento, e non al momento dell'elezione. Può apparire un'ipotesi del tutto teorica, ma l'eletto potrebbe rinunciare alla carica e mi pare che sia necessario interpretare le norme costituzionali nel senso di salvaguardare la sua libertà di scelta.

È evidente tuttavia che dimissioni dell'ultimo minuto sarebbero considerate inopportune e quasi sicuramente esse interverrebbero immediatamente.

Nel dibattito che si è avuto, non solo in questa sede, ma anche in precedenza, si è parlato di dimissioni in riferimento solo al presidente del consiglio e si è posto il tema di chi debba esercitare la funzione di supplente quasi che il governo resti pienamente in carica, tant'è che si è detto che il supplente dovrebbe poi presentare a sua volta le dimissioni del Governo. Mi chiedo però se sia possibile disgiungere le dimissioni del Presidente del consiglio (anche se dettate da una causa di incompatibilità) da quelle dell'intero esecutivo. A me non pare possibile stante il chiaro tenore dell'art. 95 della Costituzione. Le dimissioni del Presidente del consiglio eletto alla presidenza della Repubblica comportano anche quelle dell'intero esecutivo con la differenza rispetto ad un ordinario caso di dimissioni che quelle del Presidente del consiglio sono immediatamente operanti.

Si pone quindi il tema della supplenza del Presidente del consiglio che trova la sua disciplina nell'art.8 della legge n.400 del 1988. La norma disciplina il caso di "assenza o impedimento temporaneo" che non sembrerebbe a rigore essere quello che si sta esaminando. Tuttavia appare ragionevole estenderne l'applicazione, come peraltro è dato per scontato dal tenore della domanda. Il supplente dovrebbe esercitare un ruolo analogo a quello di un Presidente del consiglio dimissionario, secondo la classica formula del disbrigo degli affari correnti poiché l'intero Governo è dimissionario. In particolare, non vi sarebbe la necessità che presenti ulteriori dimissioni al capo dello Stato, come pure è stato sostenuto.

Anche a non voler accettare questa impostazione, le cose non cambierebbero di molto. Il supplente verrebbe individuato in base alla norma della legge 400, i suoi poteri e quelli della compagine governativa dovrebbero essere circoscritti (l'ordinaria amministrazione) e le dimissioni del supplente da presentare al nuovo Presidente sarebbero un atto necessitato non potendo restare in carica un esecutivo privo del Presidente del consiglio.

Essenziale è, a mio avviso, la rapidità dei vari passaggi. Se il capo dell'esecutivo è eletto successivamente alla scadenza del mandato del Presidente in carica, egli può procedere rapidamente al giuramento e agli adempimenti per la formazione di un nuovo Governo.

Se invece fosse eletto prima di quella scadenza, il Presidente della Repubblica in carica dovrebbe, secondo quella che può definirsi una prassi sufficientemente consolidata, dimettersi quanto prima affinché il giuramento del suo successore possa aver luogo al più presto. Si può ricordare che in tal senso agirono Pertini nel 1985, Scalfaro nel 1999 e Ciampi nel 2006. In quest'ultimo caso, le dimissioni di Ciampi e il giuramento di Napolitano avvennero nello stesso giorno (15 maggio 2006).

In ogni caso, deve essere il Presidente entrante a procedere alla nomina del nuovo Governo. Sono contrario all'idea che il Presidente uscente, se non ancora decaduto dopo l'elezione del suo successore dimissionario da palazzo Chigi, inizi la procedura per costituire un nuovo esecutivo. In primo luogo, sarebbe politicamente molto inopportuno e scorretto nei confronti del Presidente appena eletto. In secondo luogo, il Presidente uscente si trova nel semestre bianco e non potrebbe esercitare la pressione connessa alla titolarità del potere di scioglimento. E poi cosa accadrebbe se il procedimento di nomina del Governo non si completasse? Un vero e proprio

guazzabuglio, tra l'altro molto probabile considerato che comunque mancherebbero pochi giorni alla scadenza del mandato e che invece la formazione dei governi è il più delle volte molto laboriosa.

6. *La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?*

L'art. 84 della Costituzione, da un lato, prevede un'ampissima platea di eleggibili alla carica di Presidente, dall'altro, non prevede alcuna procedura di candidatura. La presentazione di formali candidature presuppone invece una disciplina della loro presentazione che, stante la lettera dell'art.84, dovrebbe essere di rango costituzionale. Altro elemento che confligge con l'ipotesi di formali candidature è la previsione di quorum aggravati per l'elezione. Poiché, a lume di logica, le candidature dovrebbero essere presentate prima dell'inizio della prima votazione e circoscriverebbero la cerchia degli eleggibili, che cosa accadrebbe se nessuno dopo ripetuti tentativi raggiungesse il quorum? Non si potrebbe indirizzare la scelta su un personaggio che non si è candidato e ci si troverebbe in una vera e propria situazione di *impasse*.

In definitiva, anche se la presentazione di candidature non sembra collidere in assoluto con la forma di governo parlamentare, una tale innovazione richiederebbe una revisione della Costituzione in più di un punto e non si potrebbe attuare in via di prassi o convenzioni costituzionali oppure mediante i regolamenti parlamentari.

Naturalmente, nulla impedisce l'espressione dell'aspirazione a essere eletto, ma in tal caso non si è di fronte ad una candidatura, bensì a un desiderio, o se si preferisce un'ambizione, che ha valore solo sul piano politico.



Massimo Luciani*

**Intervento al Forum “La coda del Capo.
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”****

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?

L'art. 88, comma 2, Cost., nel testo emendato dalla l. cost. 4 novembre 1991, n. 1, chiarisce, se mai ve ne fosse stato bisogno, che il c.d. “semestre bianco” è meno candido di quanto si pensi, perché lo scioglimento può sempre essere disposto anche in quel periodo, a condizione che vi sia coincidenza - pur solo parziale - con la fine della legislatura. Infatti, il Presidente della Repubblica non può esercitare la facoltà di scioglimento “*negli ultimi sei mesi del suo mandato, salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura*”.

Come è noto, quella revisione fu dovuta all'intenzione di rimediare a un “ingorgo istituzionale”, che si sarebbe determinato a causa della coincidenza della scadenza del mandato del Presidente della Repubblica e della fine della legislatura. Per procedere all'elezione del nuovo capo dello Stato - chiamato a succedere a Cossiga - senza la proroga del mandato presidenziale prevista dall'art. 85, comma 3, Cost., e per consentire di tenere le elezioni legislative del 1992 in un congruo periodo dell'anno (in concreto, si tennero il 5 e 6 aprile), si disse, era necessario conferire al Presidente della Repubblica, negli ultimi sei mesi di mandato, un più ampio margine di manovra. Vera o meno che fosse la premessa dell'ingorgo, sta di fatto che sei mesi, per un sistema politico come quello italiano, non sono pochi, sicché la novella costituzionale ha finito per attribuire al Presidente giunto a fine mandato un potere discrezionale che non è meramente tecnico.

Tutto questo va tenuto presente per completezza di quadro, ma vale - ovviamente - solo qualora si verifichi l'ipotesi descritta dall'art. 88, comma 2, cioè solo a condizione che fine del

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Sapienza Università di Roma.

** Intervento realizzato in occasione del *Forum* “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

mandato presidenziale e scadenza della legislatura si sovrappongano. Quando tale ipotesi non si verifica il semestre bianco costituisce, in effetti, un periodo di neutralizzazione totale dell'arma dello scioglimento. È, questo, un rischio per una corretta gestione presidenziale della crisi? Farei qualche precisazione.

Che la gestione della crisi sia prerogativa presidenziale è in via di principio corretto. Certo, le concrete forme di manifestazione di questa gestione dipendono da plurimi fattori, quali la forza della maggioranza, la robustezza del sistema partitico, il prestigio del Presidente del Consiglio, ma è il Presidente della Repubblica a essere titolare dei poteri formali (e soprattutto informali, riconosciuti da consolidate consuetudini costituzionali) di gestione della crisi. Le cose vanno diversamente per lo scioglimento, perché il relativo potere è formalmente e sostanzialmente duale, sicché la funzione è compartecipata dal Presidente della Repubblica e dal Presidente del Consiglio. Questo significa che il semestre bianco incide in prerogative costituzionali condivise, non solitarie, del capo dello Stato.

In definitiva, proprio perché lo scioglimento è atto duale, la *deminutio* dei poteri presidenziali è solo relativa e, a ben vedere, riguarda anche i poteri del Presidente del Consiglio. Non basta. Poiché tale *deminutio* è limitata a sei mesi, per quanto - come accennavo - questo non sia un periodo brevissimo, in quello *spatium temporis* la scure dello scioglimento potrebbe comunque colpire con lama scarsamente affilata, sicché alla domanda darei risposta sostanzialmente affermativa: il difetto del potere di scioglimento negli ultimi sei mesi del mandato incide solo relativamente nella capacità presidenziale di gestire la crisi.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

Ritengo di no. Infatti: a) un Governo, seppure di minoranza, non mancherebbe, sicché non vi sarebbe un vuoto istituzionale e dunque non vi sarebbero “sbocchi” particolari da prefigurare; b) la supplenza è un istituto giuridico dai contorni sufficientemente precisi e stando alle caratteristiche dell'istituto l'imputazione dell'atto di scioglimento al supplente non farebbe venir meno l'imputazione all'*organo* “capo dello Stato”, che nel periodo della supplenza c'è comunque, ancorché di tale organo sia titolare il Presidente del Senato. E quel che è precluso all'organo è precluso a chiunque ne eserciti le attribuzioni, con la conseguenza che quel che può fare il titolare può fare il supplente e che quel che non può fare il primo non può fare il secondo. Del resto, la costante giurisprudenza amministrativa afferma il principio di fungibilità fra titolari e supplenti di una carica (v., ad es., Cons. Stato Sez. IV, 20 luglio 2018, n. 4408) e questo mi sembra un principio generale del diritto pubblico, pienamente applicabile anche nell'interpretazione delle norme costituzionali.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Vero quanto detto in risposta alla prima domanda, il tema dell'opportunità di un'eventuale abrogazione dell'art. 88, comma 2, non risulta particolarmente appassionante, sicché non ho auspici particolari da formulare. In ogni caso, l'eventuale abrogazione delle norme sul semestre bianco dovrebbe essere accompagnata dalla formalizzazione del divieto di rielezione (almeno, di rielezione immediata: questo è un tema sovente trascurato, ma va tenuto in considerazione) del Presidente della Repubblica, se non altro nella prospettiva prudenziale assunta dai Costituenti. Indubbiamente, l'arma dello scioglimento in funzione di forzatura della rielezione appare - per le ragioni già indicate - piuttosto spuntata e, comunque, apparterebbe al novero delle più estreme patologie della forma di governo e della politica (sia perché postulerebbe un'estrema scorrettezza istituzionale del Quirinale sia perché richiederebbe l'attiva collaborazione di Palazzo Chigi). Nondimeno, quando si parla di cautele istituzionali, la prudenza - come si suol dire - non è mai troppa.

Una deduzione del divieto di rielezione dalla eliminazione del semestre bianco, poi, specie a fronte di norme costituzionali che disciplinano espressamente la fattispecie (artt. 104, comma 6, e 135, comma 3) e dunque in presenza delle condizioni per ragionare dell'applicazione del principio *inclusio unius exclusio alterius*, sarebbe assai discutibile e su una questione così delicata non è proprio il caso di rischiare un conflitto politico mascherato da conflitto interpretativo.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione "a tempo" del Presidente Napolitano?

Silente la Costituzione, la rielezione è da ritenersi consentita. Né si è formata una contraria consuetudine costituzionale, che del resto sarebbe stata comunque smentita dalla rielezione di Giorgio Napolitano.

Quanto alla rielezione "a tempo" di Giorgio Napolitano, essa, in realtà, non si è mai avuta, perché la rielezione era, formalmente, per l'intero mandato. Il (peraltro non formalizzato) *gentleman agreement* che ne avrebbe limitato la durata a un biennio, comunque, non vincolava nessuno dei paciscenti e avrebbe potuto essere tranquillamente disatteso, senza una rottura della loro volontà, qualora la condizione di paralisi del sistema politico si fosse procrastinata e la presenza di *quel* Presidente fosse stata ancora necessaria.

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

Qui siamo di fronte a più domande, non a una sola. Vediamole partitamente.

i) Quanto alle dimissioni del Presidente del Consiglio, se eletto al Quirinale, esse dovrebbero intervenire immediatamente dopo la proclamazione dei risultati da parte del Presidente del Parlamento in seduta comune, non essendo tollerabile la titolarità di una carica di parte (in quanto sorretta da una maggioranza parlamentare) con la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale cui si è stati chiamati. Questo, ovviamente, è suggerito da ragioni di opportunità e non da ragioni formali, il che significa che le dimissioni ritardate a un secondo prima del giuramento da parte del neo-eletto non costituirebbero una violazione della Costituzione. Ma, insisto, sarebbe assai inopportuno agire in tal modo.

ii) L'art. 8 della l. n. 400 del 1988 disciplina l'istituto della supplenza del Presidente del Consiglio dei ministri. La supplenza è supplenza, come dicevo, e comporta la possibilità di esercizio di tutti i poteri conferiti al titolare. La misura della discrezionalità nell'esercizio di tali poteri dipende tuttavia dal rapporto politico fra titolare e supplente nonché dalla condizione della maggioranza di governo.

iii) Il supplente dovrebbe rassegnare le proprie dimissioni nelle mani del nuovo capo dello Stato, al quale - conseguentemente - spetterebbe accettarle o meno, nell'esercizio dei *sui* poteri di gestione della crisi.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

L'assenza di candidature formali (si badi, formali: manifestazioni individuali di desiderio, ottative dichiarazioni di aspirazione all'ascensione al Quirinale nessuno le può impedire) è coerente con la forma di governo parlamentare e sembra richiesta dalla logica del disegno istituzionale tracciato dalla Costituzione. L'introduzione di un sistema di candidature (le quali, si badi, non si sa bene in cosa si risolverebbero, visto che non potrebbero essere accompagnate da un "programma", che un rappresentante dell'unità nazionale non dovrebbe permettersi) determinerebbe una torsione della forma di governo verso approdi di tipo "dualista" (uso l'aggettivo nel senso improprio ch'è andato affermandosi e con un necessario *caveat*: più volte ho

osservato che il dualismo era proprio della monarchia costituzionale e non può riprodursi tal quale in una repubblica parlamentare).

Si tratta di approdi non richiesti dal principio democratico (l'idea che in difetto di candidature l'elezione presidenziale sarebbe "opaca" è addirittura incomprensibile) e non consigliabili in sistemi sociali e politici a spirito repubblicano debole: portare il conflitto dentro le istituzioni è un rischio da non correre, se è vero, come è vero che sono state proprio le istituzioni (in primo luogo, seppur non esclusivamente, la Presidenza della Repubblica) a consentire la tenuta della nostra forma di governo in questo lungo periodo di disfacimento del sistema dei partiti, la cui ricomposizione appare ancora lontana dall'essersi compiuta.



Barbara Pezzini*

Intervento al Forum “La coda del Capo. Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”

In premessa.

Nell'affrontare la serie delle domande proposte intorno alle questioni di fine mandato della presidenza Mattarella, credo sia importante preliminarmente avvertire il rischio di rimanere schiacciati sulle *contingenze della politica* – che riguardano tanto le condizioni quotidianamente mutevoli del dibattito sulle “candidature” in corso in queste settimane, quanto le variegate prassi e i multiformi precedenti annoverati nel corso delle elezioni presidenziali del passato.

Sono, infatti, proprio le contingenze della politica a illuminare i contesti e a far emergere i problemi, ma è il dato normativo costituzionale, stabile e costante, anche se definito solo per alcuni tratti essenziali e opportunamente lasciato ricco di spazio per il dispiegarsi dell'azione politica, a dovere indirizzare le nostre risposte. Pienamente necessaria, di conseguenza, è la preliminare consapevolezza sia degli orizzonti ampi della storia istituzionale – su cui ha avvertito Lanchester nell'introduzione al seminario –, sia del contesto attuale di crescente allontanamento dal disegno costituzionale nel funzionamento delle istituzioni e della forma di governo – come emersa nel quadro tracciato in particolare da Azzariti nel suo intervento; una consapevolezza dentro la quale è necessario immettere la rilevazione *dei vincoli e dei nodi costituzionali*, anche per segnalarli in modo esplicito a quegli attori politici che della contingenza politica sono gli agenti concreti, che andrebbero richiamati a comprenderne il senso e rispettarli prima ancora di attivarsi per modificarli o, peggio, per forzarli (e penso espressamente alla torsione verso una sorta di *semi-presidenzialismo di fatto* che risulterebbe impressa alla carica presidenziale qualora a ricoprirlo transitasse, senza sostanziale soluzione di continuità, il presidente del consiglio in carica).

* Professoressa ordinaria di diritto costituzionale – Università di Bergamo

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

Su questo sfondo rendo esplicito il riferimento allo schema interpretativo della presidenza della repubblica come istituzione *essenzialmente garantistica*, che inquadra le risposte che proverò a dare sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme costituzionali ai problemi sollevati; non certo pensando che la concezione garantistica di per sé possa indirizzare nel modo – contingentemente – più desiderabile le dinamiche politiche, ma perché ritengo che si tratti della lettura sistematicamente necessaria e coerente al funzionamento, o forse meglio sarebbe dire alla riattivazione, del *circuito di responsabilità politica e rappresentatività* che riguarda parlamento e governo (nel rapporto con il corpo elettorale); un circuito che il Presidente della Repubblica, capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale, è chiamato ad attivare e far funzionare, restando ad esso estraneo.

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?

Una crisi di governo nel corso del semestre bianco non irrompe dall'esterno come un evento inarrestabile e imprevedibile (a meno dell'ipotesi di morte del presidente del consiglio), è un'opzione politica, esercizio di scelta e responsabilità da parte delle forze politiche che la determinano, che sono consapevoli dei limiti del semestre bianco e agiscono di conseguenza¹.

A mio avviso, per quanto sia di per sé evidente che la limitazione dei poteri presidenziali ex art. 88 Cost. irrigidisce le opzioni disponibili per la soluzione della crisi², la portata del potere di scioglimento come “arma”, come minaccia utilizzabile per indirizzare le parti politiche, non andrebbe enfatizzata.

Nella gestione di una crisi di governo lo scioglimento è un potere del presidente della repubblica specificamente finalizzato, con margini di discrezionalità nell'apprezzamento della situazione politica ridotti. Si configura come strumento alternativo e subordinato rispetto al conferimento di un nuovo incarico ex art. 92 Cost.: la fisiologia del sistema parlamentare prefigurala durata della legislatura in cinque anni, configurando nell'art. 60 Cost. un'aspettativa di durata in relazione a una misurazione *ragionevole*, tramite nuove elezioni, della responsabilità politica dei rappresentanti nei confronti dei rappresentati, vale a dire per consentire un

¹ Tanto che in passato si è sostenuto che in questo periodo le forze politiche dovrebbero ritenersi vincolate da una regola di correttezza che impone l'astensione dal porre questioni da cui potessero derivare crisi ministeriali [M. Galizia, *Crisi*, Enc. dir., p. 390].

² Lo mostrano anche le parole usate dallo stesso presidente Mattarella quando, ricordando il presidente Segni a 130 anni dalla nascita, ne ha richiamato esplicitamente «la convinzione che fosse opportuno introdurre in Costituzione il principio della “non immediata rieleggibilità” del Presidente della Repubblica», con conseguente abrogazione di quel semestre bianco che – sempre citando Segni – «altera il difficile e delicato equilibrio tra poteri dello Stato e può far scattare la sospensione del potere di scioglimento delle Camere in un momento politico tale da determinare gravi effetti»: *Dichiarazione del Presidente Mattarella in occasione dei 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, 2 febbraio 2021, nel corso della crisi del secondo governo Conte e precisamente nel giorno delle dichiarazioni al termine del colloquio con il presidente Camera Fico, cui era stato conferito un mandato esplorativo il 29 gennaio e, successivamente, dell'annuncio della convocazione di Draghi al Quirinale per il giorno successivo.

apprezzamento della responsabilità politica che è di indirizzo complessivo e non puntualmente attivabile; mentre le previsioni degli articoli 92 e 94 Cost. ammettono la variabilità degli indirizzi di governo nell'arco della legislatura, attivando la responsabilità politica del governo verso le camere senza prefigurare alcuna durata dell'esecutivo, e limitandosi a escludere che anche questa forma di responsabilità sia attivata *puntualmente* – e direttamente – dal voto contrario su una proposta del governo (al contrario, la mozione di sfiducia deve restituire nella *motivazione* gli elementi di responsabilità).

Le condizioni per lo scioglimento devono risultare, di conseguenza, obiettivamente rilevabili nell'incapacità delle forze politiche rappresentate in parlamento di approvare la fiducia a un nuovo governo (con una mozione per la quale istituzionalmente basta la maggioranza semplice), cosa che, insieme al vincolo rappresentato dalla necessaria controfirma governativa³, certamente riduce il peso dell'apprezzamento *soggettivo* da parte del presidente in questa decisione e la possibilità di pensare allo scioglimento come una minaccia per indirizzare le forze politiche a un accordo di governo conforme a un indirizzo presidenziale.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

Ma anche osservato quanto sopra, l'evenienza di una crisi di governo obiettivamente non risolvibile attraverso il potere di nomina ex art. 92 va considerata.

Dovendosi ritenere esclusa la possibilità di mantenere in *stand-by* il governo dimissionario, tanto più se la crisi fosse parlamentare (o quasi-parlamentare o comunque parlamentarizzata), la soluzione potrebbe trovarsi nella nomina di un governo a *mandato limitato*, che presenti come programma sul quale ricevere la fiducia la gestione della *transizione* verso una nuova tornata elettorale, resa possibile dalla pienezza dei poteri del nuovo presidente eletto al termine del semestre (o anche prima, ai sensi dell'art. 86, co. 2, Cost., in caso di dimissioni anticipate); una sorta di "governo di garanzia", del tipo di quello prefigurato nel corso della lunga crisi all'avvio

³Ai fini di una adeguata ricostruzione del rilievo che l' "arma" dello scioglimento assumerebbe nel contesto dei compiti presidenziali diretti alla formazione di un nuovo governo è, infatti, opportuno qui almeno un richiamo alla natura complessa dell'atto di scioglimento – variamente definito *duumvirale*, *complesso*, *complesso ineguale*, *complesso a iniziativa libera* – richiamando la sostanza della definizione galeottiana dell'*atto composto* [nella versione rielaborata nella voce del *Digesto Pubbl.*, S.Galeotti, B.Pezzini, 1996] che sottolinea il confluire delle determinazioni presidenziale e governativa *ugualmente necessarie* per la validità ed esistenza giuridica dell'atto (in questo senso di uguale peso), ma ben distinte per quanto riguarda la funzione che l'organo esplica nell'atto stesso, che appartiene per il presidente al ruolo di garanzia del funzionamento della forma di governo mentre resta, per il governo, nella sfera della politica attiva.

della XVIII legislatura dal presidente Mattarella, che aveva anche ipotizzato, per meglio garantirne la neutralità politica, la richiesta ai ministri dell'impegno a non candidarsi alle elezioni⁴.

Da escludere, comunque, che tra i poteri del supplente del capo dello Stato che dovesse subentrare in caso di dimissioni del presidente della repubblica possa rientrare lo scioglimento anticipato; oltre che per il paradosso di un'attribuzione al supplente di poteri negati all'organo supplito, anche tenendo conto che il supplente non giura e non assume una piena qualifica. Per non dire che, in merito all'esercizio dell'attribuzione non si vede come si potrebbe risolvere la questione del parere necessario, per quanto non vincolante, che ai sensi dell'art. 88 prima dello scioglimento deve essere richiesto ai presidenti delle camere, non potendosi ipotizzare che il presidente del senato, nella veste di supplente del presidente della repubblica, lo acquisisca da sé medesimo, né che lo richieda ai quattro vicepresidenti nominati ai sensi dell'art. 5 o al designato a esercitare le sue funzioni in caso di temporaneo impedimento ai sensi dell'art. 9, co. 2 del regolamento del Senato. Né si potrebbe attenuare il paradosso di un supplente che crea, con un proprio atto non costituzionalmente vincolato (lo scioglimento), le condizioni per la proroga del suo stesso incarico (ex art. 85, co. 3, Cost.).

Il problema che l'ipotesi di uno scioglimento anticipato disposto dal supplente fa emergere è, in realtà, il conflitto tra i tempi delle elezioni delle camere e del presidente: l'art. 85, co. 3 Cost. dispone in linea generale che, quando le camere siano sciolte o manchino meno di tre mesi alla loro cessazione, le elezioni presidenziali siano rinviate, affidandole alle camere rinnovate entro quindici giorni dalla loro prima riunione, ma è sempre necessario che le elezioni politiche precedano l'elezione del presidente, orientandola sulla base di una nuova composizione e di una più recente ed effettiva corrispondenza rappresentativa agli orientamenti politici del corpo elettorale?

Negando – come si è già detto e come appare inevitabile – il potere di scioglimento da parte del supplente, le elezioni presidenziali non possono che anticipare quelle politiche, dato che ai sensi dell'art. 86, co. 2, il presidente della camera deve procedere entro quindici giorni alla convocazione del parlamento in seduta comune e dei delegati regionali e che solo il nuovo presidente eletto potrà, successivamente, procedere allo scioglimento indicando elezioni dalle quali possa emergere una diversa composizione politica delle camere; e resta l'inevitabile “disagio” – per così dire – di un'investitura alla carica da parte di un collegio elettorale che nella componente parlamentare va considerato *sostanzialmente*, anche se non formalmente, prossimo alla cessazione.

In controtuce emerge così il peso che la maggioranza politica di governo può e vuole giocare nelle elezioni presidenziali; un peso che sarebbe, peraltro, opportuno ridurre, imponendone una distinzione netta da quella necessaria all'elezione presidenziale, vale a dire con una revisione

⁴ Si veda la *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo*, che utilizza espressioni come *governo neutrale rispetto alle forze politiche, di servizio, di garanzia*, auspicando che le forze politiche «*consentano, attraverso il voto di fiducia, che nasca un governo neutrale, di servizio*», finalizzato a gestire l'ordinario nei tempi lunghi della (comunque sempre auspicata) formazione di una maggioranza parlamentare, dimettendosi non appena tale obiettivo fosse raggiunto, oppure sin dall'inizio costituito solo per la gestione delle elezioni.

dell'art. 83 che, anche dopo il terzo scrutinio, rendesse sempre necessaria la *maggioranza qualificata* (eventualmente scendendo dai due terzi ai tre quinti).

L'abbandono del sistema elettorale interamente proporzionale della prima fase dell'esperienza repubblicana ha indotto, infatti, alla riflessione sulla necessità di un meccanismo istituzionale che distingua ancora più nettamente le due maggioranze⁵, rivitalizzando la logica originariamente impressa al sistema costituzionale dalla combinazione tra maggioranza qualificata e voto segreto; è solo la segretezza del voto che ostacola i partiti che pensassero di imporre un candidato fortemente caratterizzato, puntando fin dall'inizio al quarto scrutinio in cui la maggioranza richiesta cala da due terzi ad assoluta, venendo a coincidere con il pacchetto di voti teoricamente a disposizione della maggioranza di governo, sui quali, tuttavia, il voto segreto impedisce il controllo. In questa cornice il ripetersi di scrutini infruttuosi non va considerato negativamente o come espressione di una patologia del sistema; anzi, come è stato fatto notare, in mancanza di un accordo preventivo veramente ampio e solidamente condiviso⁶, diviene il meccanismo che, in una sorta di eterogenesi dei fini⁷, bruciando via via i candidati di bandiera, di coalizioni ufficiali troppo ristrette o troppo caratterizzate in opposizione alle altre parti – come è necessariamente e fisiologicamente, al netto delle esperienze eccezionali dei governi di unità nazionale, quella di governo – consente l'emergere di una candidatura realmente dotata di attrattività trasversale.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezion del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Come abbiamo visto, il semestre bianco introduce un elemento di rigidità nella gestione di eventuali crisi di governo che potrebbe essere opportuno superare, anche in una visione come quella qui prospettata che ritiene molto orientato e finalizzato il potere presidenziale di scioglimento.

E, in caso di abrogazione, l'esplicito divieto di immediata rielezion sarebbe necessario, per non lasciare margini di incertezze interpretative in una questione così delicata: la possibilità di ricavare comunque, in via interpretativa, la non rieleggibilità dall'abrogazione del semestre bianco, infatti, potrebbe essere sostenuta solo sulla base di un'univoca lettura della limitazione temporale del potere presidenziale come orientata dalla sola *ratio* di impedirne un'indebita influenza sulle

⁵ Una considerazione che, dopo le leggi elettorali del 1993, è stata estesa anche ad altre maggioranze richieste dalla costituzione, a partire da quella richiesta per la revisione dall'art. 138.

⁶ Le esperienze di presidenti eletti al primo scrutinio sono limitate, dopo De Nicola, a Cossiga e Ciampi.

⁷ L. Paladin, *Pres. Rep., Enc. dir.*, 1986, p. 174: il numero elevato di scrutini consente che si approfondisca il divario tra la persona del Presidente eletto e le posizioni politiche della maggioranza di governo o di qualsiasi altra occasionale maggioranza.

camere al fine di propiziarsi i voti per una rielezione. Ma in dottrina sono state avanzate anche considerazioni differenti, riconducibili a un depotenziamento di rappresentatività del presidente nella coda del suo mandato⁸; senza contare che sussistono ragioni autonome a fondamento del vincolo alla rieleggibilità, per la già lunga durata del mandato settennale, che lo convertirebbe da elemento di equilibrio a elemento di freno e per la migliore garanzia di indipendenza che il divieto di rielezione offrirebbe a una carica priva di quell'intrinseca e specifica caratterizzazione nel senso della rappresentanza *politica*, che – al contrario – pretende il momento elettorale come momento di attivazione e valutazione/giudizio della responsabilità politica.

Quanto alla concreta possibilità di una revisione collegata di abrogazione del semestre bianco e divieto di rielezione, va ricordato che nel 1991, quando l'articolo 88 è stato modificato, si è già lasciata cadere l'occasione di agire in tal senso: in vista del sovrapporsi delle scadenze del settennato presidenziale e della decima legislatura, previste rispettivamente per il 2 e 3 luglio 1992, si è limitata la revisione a un piccolo ritocco ispirato da criteri contingenti, enfatizzando un «ingorgo istituzionale» a ben vedere inesistente proprio sul piano istituzionale, in quanto già regolato dalle previsioni dell'art. 85, co. 3, che avrebbero semplicemente prorogato i poteri del presidente uscente sino ai quindici giorni successivi alla riunione delle nuove camere.

La difficoltà di introdurre il divieto di rielezione in prossimità con la scadenza del mandato di un presidente – che comunque caricherebbe di valore l'effetto contingente di impedirne la rielezione e che avrebbe condizionato, prima ancora della riforma dell'art. 88 nel 1991 in riferimento a Cossiga, lo stesso dibattito costituente in riferimento a De Nicola⁹ – non dovrebbe sussistere nella legislatura corrente, poste le univoche manifestazioni di indisponibilità a un secondo mandato ripetutamente esplicitate dal presidente Mattarella.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?

Quanto alla rielezione in sé, è indiscutibile che il silenzio della Costituzione la consenta, a differenza della rielezione dei giudici costituzionali o dei componenti del CSM, espressamente vietate dagli art. 135 e 105 Cost.

A sostenere il contrario, non regge l'ipotesi della formazione di una norma consuetudinaria che sarebbe stata violata in occasione della rielezione del presidente Napolitano¹⁰: scorrendo la

⁸A. Reposo, *Semestre bianco e scioglimento delle camere*, *Dir. Soc.*, 1979, p. 795.

⁹ Modificando in Commissione del 75 l'iniziale previsione della Sottocommissione [S. Galeotti, *Il Presidente della Repubblica garante della costituzione*, Milano, 1992, p. 194].

¹⁰ Aveva, invece, fatto riferimento esplicitamente all'esistenza di una consuetudine, desumibile dal fatto che nessuno dei precedenti nove presidenti fosse stato rieletto, il presidente Ciampi in una propria dichiarazione di indisponibilità al rinnovo del mandato rilasciata il 3 maggio 2006 [www.quirinale.it/ex_presidenti/Ciampi/Comunicati/Comunicato.asp?id=29126].

serie delle elezioni presidenziali appare, infatti, chiaramente che la possibilità di rielezione è stata regolarmente presa in considerazione ed è entrata a far parte della costruzione di scenari complessi di alleanze, divergenze e convergenze.

Si resta, dunque, fino al 2013 nel campo di una mera, per quanto significativa, prassi contraria alla rielezione¹¹, che viene interrotta dalla rielezione di Napolitano che, altrettanto significativamente, ha l'effetto di mostrare per la prima volta la concreta possibilità di rielezione, inducendo, anzi, l'aspettativa della sua replicabilità.

Una replicabilità conformata dalla riproduzione delle caratteristiche più specifiche di quella esperienza, compreso il vincolo temporale limitato a un biennio: che si assume non certo come l'introduzione di un impossibile vincolo giuridico, ma come una chiara e condivisa presupposizione politica¹², e che, da un lato, esprime la necessità di mitigare l'eccessiva lunghezza del doppio mandato settennale, ma, dall'altro, restringe entro una cornice contingente e necessariamente limitata quell'orizzonte del mandato presidenziale che il disegno costituzionale, stabilendola durata settennale, ha voluto esplicitamente sganciare da qualsiasi legislatura e qualsiasi coincidenza temporale con una determinata maggioranza di governo.

Personalmente considero la rielezione di Napolitano lo scostamento da una precedente lunga prassi di segno contrario che ritengo senz'altro preferibile, un precedente di cui non appare desiderabile la replica, perché troppo strettamente legato alle condizioni del contesto politico del momento e della sua interpretazione da parte delle forze politiche in chiave di eccezionalità; una ripetizione nel settennato immediatamente successivo, nel quadro di un contesto già altrimenti segnato da profonde linee di crisi ed emergenza, marcherebbe in modo permanente l'incapacità di un funzionamento ordinario del sistema costituzionale, che possa garantire un ricambio adeguato alle figure di equilibrio e garanzia.

Volendo procedere nella direzione di riprendere e rafforzare il disegno costituzionale che distingue strutturalmente il piano politico del necessario confronto costruttivamente conflittuale tra visioni politiche alternative (piano nel quale rileva la dialettica democratica tra maggioranza di governo e opposizione) dal piano istituzionale di garanzia dell'unità nazionale (nel quale agisce con prestazioni di controllo e garanzia il presidente), riemerge l'opportunità di rivolgere l'attenzione anche a una modifica del *quorum* per l'elezione presidenziale dopo il terzo scrutinio nel senso sopra indicato, che imponga il consenso largo e scoraggi le tentazioni di un'eccessiva politicizzazione contingente dell'elezione (di una *partitizzazione* della stessa, di una strumentalizzazione alla costruzione di equilibri contingenti).

¹¹ Una tendenza talmente significativa che avrebbe reso *praticamente impossibile* la rielezione, secondo G.U. Rescigno, *Commentario Branca, Art. 85*, 1978, e L. Paladin, cit. p. 186.

¹² In realtà già l'ipotesi di una rielezione "a tempo" era emersa, e poi fallita, nell'ultimo anno del mandato di Cossiga, sostenuta da PSI, PSDI e PLI nel quadro di una fase di transizione verso una forma di governo presidenziale, che avrebbe voluto assegnare al capo dello Stato la direzione del processo di revisione costituzionale [C. De Fiores, *Il Presidente della discordia, Dem. dir.*, 1991, p. 255].

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

Al netto delle considerazioni sulla opportunità di questa ipotesi e sullo scenario politico e istituzionale che si determinerebbe con l'elezione dell'attuale presidente del consiglio in carica a presidente della repubblica, l'incompatibilità dell'ufficio di presidente con qualsiasi altra carica (art. 84, co. 2, Cost.) impone al neo-eletto presidente le immediate dimissioni.

Con la conseguente apertura di una crisi di governo che, in considerazione della ragione motivante le dimissioni, avrebbe la particolarità di non riguardare di per sé il programma di governo, bensì la *direzione politica* del governo stesso, affidata dall'art. 95 Cost. al presidente del consiglio; il che, anche in assenza di qualsiasi volontà, o tentazione, delle parti politiche della compagine governativa – nel caso attuale assai ampia ed eterogenea – di rimettere in discussione i contenuti del programma di governo e/o il peso specifico nell'assetto del governo delle varie componenti partitiche, renderebbe l'ipotesi ben diversa da un semplice *rimpasto*. Ne resta esclusa, di conseguenza, a mio parere, la possibilità di risolvere la questione della direzione politica in una forma implicita o semplificata, che possa evitare la formale apertura della crisi con l'atto di dimissioni e la sua chiusura con un nuovo voto di fiducia a un governo necessariamente nuovo.

L'incompatibilità è prodotta automaticamente per effetto del risultato dell'elezione, anche prima dell'atto formale del giuramento che segna il pieno ingresso nella carica e nelle funzioni e la piena assunzione delle relative responsabilità da parte del nuovo presidente; mi pare, infatti, che si debba presumere l'immediato operare di un'accettazione implicita della carica da parte dell'eletto, che, in caso contrario, dovrebbe venire espressamente smentita da una altrettanto immediata dichiarazione di riserva o di rifiuto dell'investitura.

Ai fini della composizione del governo, l'incompatibilità fa sorgere un impedimento non rimosibile del presidente del consiglio, che ne impone la sostituzione a opera del supplente, individuabile ai sensi dell'art. 8, l. 400/1988: il Vicepresidente, qualora nominato dal consiglio su proposta del presidente del consiglio, o, in mancanza, il ministro più anziano secondo l'età¹³.

Ai diversi fini del rispetto delle prerogative del presidente della repubblica e dello *status* dello stesso presidente del consiglio, che è individualmente nominato con decreto separato dal decreto di nomina degli altri ministri e che propone al presidente la nomina degli altri ministri che compongono l'organo collegiale di governo, invece, l'apertura della crisi di governo non sarebbe procrastinabile.

¹³ La nomina del vicepresidente può essere prevista in qualsiasi momento, anche se, come nel caso dell'attuale governo, non è stata effettuata all'atto della formazione.

Le dimissioni del governo andrebbero quindi rassegnate *senza ritardo* (il giorno stesso o il giorno immediatamente successivo all'elezione) al presidente della repubblica uscente in carica al momento dell'elezione – destinato a rimanere in carica fino alla scadenza del suo settennato (per Mattarella si tratta del 3 febbraio 2021) o anche oltre qualora l'elezione non dovesse intervenire prima di quella data per il protrarsi di scrutini infruttuosi (il termine dei trenta giorni ex art. 85, co. 2 è garantisce i tempi della convocazione, ma non può, ovviamente garantire il risultato dell'elezione¹⁴); anche ammettendo che il presidente uscente valuti opportuno agevolare con le proprie dimissioni un insediamento rapido del successore, i tempi tecnici necessari per una ordinata successione non muterebbero la sua condizione nel giorno dell'elezione o in quello immediatamente successivo.

Il presidente uscente, tuttavia, molto difficilmente avrebbe la certezza di poter gestire l'intera crisi di governo fino alla sua soluzione, considerando i tempi necessari per le consultazioni, l'incarico, le nomine formali e il giuramento del nuovo governo.

E questo anche nel caso fossero emersi *indizi politici forti* nel senso della prosecuzione dell'esperienza della coalizione precedente e del suo programma e di un accordo già raggiunto sull'indicazione del nuovo presidente del consiglio – che, in ipotesi, potrebbe anche essere stato nominato come vicepresidente del consiglio, proprio in funzione di un'auspicata evoluzione delle elezioni presidenziali –; anche in questo caso, infatti, tali indizi andrebbero concretamente e attualmente verificati dal presidente tramite lo svolgimento delle *consultazioni*, comunque indispensabili in caso di crisi di governo, in quanto assolvono anche alla funzione di garanzia nei confronti di tutte le forze politiche rappresentate in parlamento e segnatamente di quelle rimaste estranee alle trattative sulla formazione del governo *nuovo, ma in continuità sostanziale con il precedente*, forze politiche per le quali solo lo scambio informativo con il presidente nelle consultazioni garantirebbe la possibilità di fornire un apporto, per quanto esterno e solo mediato, al momento istituzionale fondamentale di definizione di un nuovo governo.

Nel caso poi che l'elezione del presidente del consiglio determinasse (o fosse il frutto di) una crisi di governo che coinvolge, oltre alla direzione del governo, anche la tenuta della coalizione e del programma di governo, una crisi dagli esiti incerti, o volutamente indirizzata dagli attori politici verso le elezioni anticipate, ancor più difficilmente il presidente uscente potrebbe garantirne la gestione; e certamente non disporrebbe del potere di scioglimento anticipato, per il tenore letterale incontrovertibile dell'art. 88, per quanto la principale motivazione addotta per

¹⁴ Per quanto attualmente noto il presidente della camera Fico ha dichiarato il 14 dicembre "Non dirò in questa sede la data di inizio delle votazioni sul Quirinale ma solo nella lettera che invierò il 4 gennaio, allora sapremo tutti la data della convocazione del Parlamento in seduta comune. Io non entrerò mai nel dibattito sui nomi". Lo ha detto il presidente della Camera Roberto Fico durante l'incontro con la stampa parlamentare in occasione dello scambio degli auguri per le festività natalizie. Come verrà scelta la data? "Ci sono numerosi precedenti e li guarderemo" ha risposto ai giornalisti. Le Camere sono convocabili per l'elezione del nuovo Capo dello Stato in un range che va da un minimo di 15 giorni ad un massimo di 30 dalla lettera inviata dal presidente della Camera. Dal 4 gennaio dunque si dovranno calcolare un minimo di 15 giorni (18 gennaio) fino a un massimo di 30 (2 Febbraio). - See more at: <http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Quirinale-Fico-Il-4-gennaio-la-lettera-per-la-convocazione-del-Parlamento-in-seduta-comune-50c867fd-9f8a-45a1-92f9-4c7b1fafc8a8.html>

negare lo scioglimento nella sostanza si possa ritenere superata proprio in virtù dell'elezione di un diverso successore.

Da qui alcune considerazioni di complessiva opportunità istituzionale che potrebbero rendere più lineare uno scenario di per sé estremamente complesso, che resta, a mio personale parere, poco augurabile

Innanzitutto, il presidente del consiglio uscente neo-eletto presidente della repubblica e il suo supplente (vicepresidente o ministro più anziano) dovrebbero presentarsi *congiuntamente* al Quirinale; formalizzando insieme le dimissioni del governo nelle mani dell'organo che aveva in precedenza nominato il presidente del consiglio nella carica divenuta incompatibile (e, su sua proposta, gli altri componenti del governo), renderebbero anche evidente che l'immediato operare dell'incompatibilità ha determinato le condizioni per la supplenza, individuando il nuovo titolare della carica di presidente del consiglio (sia pure) dimissionario.

Il presidente della repubblica uscente inviterebbe il governo a restare in carica per il disbrigo degli affari correnti rimettendo esplicitamente l'avvio delle consultazioni al presidente entrante, che la potrebbe affrontare nella pienezza dei suoi poteri.

6. *La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?*

Di "candidature" si è in precedenza parlato in un senso aspecifico, semplicemente a indicare i soggetti che nelle fasi preliminari alla convocazione elettorale o in parallelo al succedersi degli scrutini vengono proposti come indicazioni di voto da parte di gruppi partitici o di singole personalità; dunque candidature ufficiose, che non trovano formalizzazione in alcun atto di designazione, né di accettazione e che non sono oggetto di discussione parlamentare.

La questione dell'ammissibilità di vere e proprie candidature formali venne affrontata, e risolta negativamente, già nella prima elezione presidenziale repubblicana, nel 1948, quando Dossetti rispose negativamente alla richiesta di Togliatti di una formale sospensione prima del terzo scrutinio richiamando la natura di «collegio imperfetto» del parlamento in seduta comune convocato ai sensi dell'art. 85 Cost., da intendersi soltanto come un «seggio elettorale», che non può discutere dell'oggetto della votazione, né votare alcunché di diverso da quanto stabilito nella convocazione stessa¹⁵. Nel 1978, a fronte di una esplicita presa di posizione del gruppo radicale che, invece, rivendicava al parlamento in seduta comune la natura di collegio perfetto a tutti gli effetti, fu il presidente Pietro Ingrao a parlare di una *consuetudine* costituzionale ormai formata e contraria alla formalizzazione delle candidature.

¹⁵ La limitazione impedirebbe anche di votare sulle questioni procedurali e regolamentari che, infatti, vengono decise direttamente dal presidente della camera, così come la votazione sulla verifica dei poteri

D'altro canto, si ammette che il parlamento in seduta comune abbia autonomia regolamentare ex art. 64 Cost. (l'articolo 35 del regolamento della Camera si limita a prevedere che il regolamento della camera stessa sia «applicato normalmente» nelle riunioni del parlamento in seduta comune), rendendo evidente che anche la tesi della natura di collegio imperfetto non possa essere intesa troppo restrittivamente.

Il limite alla possibilità di candidature formali deve trovarsi, piuttosto, alla *ratio* che collega le modalità dell'elezione – come già detto a scrutinio segreto e con maggioranza qualificata o assoluta, comunque diversa da quella ordinaria ex art. 64 Cost. - a una carica che qualifica il titolare come rappresentante dell'unità nazionale, riducendo quindi anche l'autonomia regolamentare in proposito. Si collega, infatti, alla necessità che il presidente sia investito e agisca al di fuori di ogni parzialità, cioè riceva un'investitura depurata quanto più possibile di connotazioni partigiane come condizione per poter esplicare funzioni di controllo e garanzia proprie di chi è chiamato a rappresentare l'unità dello Stato nei confronti della parzialità dei singoli organi, delle specifiche funzioni attive, e delle divisioni dello stesso pluralismo politico e delle autonomie territoriali.



Antonio Ruggeri*

**La coda del Capo:
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato****

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l'arma del potere di scioglimento?

Desidero anteporre una riflessione di ordine generale alla risposta a questo quesito ed a quelli restanti; ed attiene al rischio della pratica sterilità del nostro confronto, al pari peraltro di altri che sulle medesime questioni si sono – come si sa – da tempo avuti, che poi è il rischio stesso che l'iniziativa legislativa presentata al Senato (n. 2468, Parrini e altri) e volta a stabilire la non rielegibilità del Presidente della Repubblica accompagnata dalla rimozione del semestre bianco non abbia buon esito, per plurime ragioni, tra le quali quelle legate alle incertezze in ordine alla elezione del Presidente della Repubblica ed agli esiti a questa conseguenti. E, invero, va presa in considerazione l'ipotesi che si abbia la fine anticipata della legislatura, per quanto – a me pare –, per un verso, non convenga a nessuno, se non a chi sta oggi all'opposizione e, per un altro verso, sia alquanto remota l'eventualità di un Presidente neoeletto che sciogla subito le Camere, in qualche modo così delegittimando... *se stesso (rectius, la sua elezione)*. E, tuttavia, potrebbe ugualmente assistersi all'apertura di una crisi di governo (ovviamente, necessitata per il caso che al Quirinale dovesse andare Draghi) che si avvolga a tal punto in se stessa da portare diritto all'appello al popolo.

D'altro canto, è pure da mettere in conto la eventualità che, una volta definita in un modo o nell'altro la partita del Quirinale, altre e più pressanti questioni si ripropongano imperiosamente all'agenda degli organi della direzione politica, distogliendo quindi l'attenzione dal progetto di revisione costituzionale sopra richiamato.

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università di Messina.

** Intervento realizzato in occasione del *Forum* "La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato", tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della "Sapienza", Università di Roma.

Ad ogni buon conto, malgrado le ombre che avvolgono il futuro che è ormai alle porte, non è di certo privo di interesse teorico (e, forse, pure di pratica attualità) tornare a riflettere sulle questioni posteci da chi ha pensato questo *forum*.

Il primo quesito credo che abbia una risposta scontata. Non v'è dubbio, infatti, che, privato durante gli ultimi mesi del mandato dell'arma potentissima dello scioglimento (che nondimeno – non si dimentichi – richiede pur sempre la necessaria cooperazione del Governo, in sede di controfirma, al fine di poter essere azionata), il Capo dello Stato non possa avvalersi fino in fondo degli strumenti che gli sono dati per gestire una crisi di governo che, specie in talune congiunture, potrebbe rivelarsi di assai ardua risoluzione.

Mi parrebbe poi opportuno tornare a riguardare al quadro costituzionale in prospettiva storicamente determinata. La disposizione sul semestre bianco – secondo una tesi, come si sa, largamente accreditata – ha una duplice giustificazione. Per un verso, si riporta all'idea (francamente, a mio modo di vedere, priva di senso) che, nell'imminenza della fine del mandato, il Presidente veda scemare la sua attitudine a “rappresentare” l'unità nazionale (la qual cosa, però, a tacer d'altro, è contraddetta dal fatto che mantiene ben salda in mano la gestione delle crisi di governo, al pari peraltro dei poteri in genere che gli sono dati). Per un altro verso, nasce dal sospetto, all'indomani della caduta del regime autoritario e della disastrosa conclusione della guerra per vero anche comprensibile, seppur non pienamente giustificabile alla luce del nuovo assetto complessivo delle istituzioni repubblicane che si andava delineando alla Costituente, circa manovre poco chiare che l'uomo del Quirinale avrebbe potuto porre in essere al fine di realizzare il disegno di restare al proprio posto ancora per un secondo mandato (e forse più...). Insomma, si è pensato che alla massima carica dello Stato possa essere chiamata una persona meschina che anteponga la propria sfrenata ambizione e il proprio personale tornaconto al superiore interesse della Nazione. Una ricostruzione, questa, che però – in disparte ogni altra riserva – non tiene conto del fatto che per poter mettere in atto il disegno in parola il Capo dello Stato ha pur sempre bisogno della “cooperazione” del Governo (e, segnatamente, del Presidente del Consiglio) in sede di controfirma (sul punto, peraltro, tornerò anche più avanti).

Si sarebbe, dunque, fatta al tempo un'innaturale operazione di “bilanciamento”, per riprendere un termine ricorrente specialmente in occasione delle esperienze di giustizia costituzionale, preferendosi privare la massima carica dello Stato di un'arma che pure potrebbe in talune congiunture rivelarsi preziosa pur di non correre il rischio che possa avvalersene per fini inconfessabili.

Ora, a me pare ormai provata l'infondatezza dei timori nutriti alla Costituente, come pure la naturale refrattarietà dei Presidenti (in ispecie, degli ultimi) a non dare la propria disponibilità per una eventuale rielezione, al punto che si potrebbe persino immaginare la rimozione “secca” del semestre bianco non accompagnata dal divieto della rielezione stessa. La vicenda Napolitano non fa testo, come dirò meglio più avanti, mentre alquanto eloquente è la insistita dichiarazione resa da Mattarella nel senso di considerare praticamente chiusa la propria esperienza al Quirinale, malgrado le ricorrenti voci di corridoio che seguitano ad alimentare l'aspettativa, largamente diffusa tra la gente, per un secondo mandato, sia pure *ad tempus*.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

I due quesiti incorporati nella domanda si presentano non necessariamente collegati tra di loro.

A me sembra chiaro che, in presenza di una crisi di governo praticamente irrisolvibile e non dandosi al presente la possibilità dello scioglimento durante il semestre bianco, al Presidente della Repubblica non rimarrebbe che fare un accorato appello alle forze politiche perché in qualche modo riescano a mettere in piedi una coalizione di governo (come, d'altronde, si è avuto con la singolare esperienza di Draghi che ha visto praticamente quasi tutti i partiti presenti in Parlamento dar vita ad una maggioranza-“macedonia di frutta”, se posso così chiamarla senza voler esser irriverente verso chi la compone e, soprattutto, chi è al vertice del Governo). Non riuscendo, tuttavia, nel suo intento, si potrebbero prefigurare altri due sbocchi della confusa e sofferta vicenda: la costituzione di un Gabinetto fatto di tecnici col compito di traghettare il Paese fino alla elezione del nuovo Presidente della Repubblica che, permanendo una situazione di stallo e di veti incrociati tra le forze politiche, non potrebbe far altro che porre fine senza indugio alla legislatura oppure il Capo dello Stato potrebbe dare uno scossone forte al sistema politico, rassegnando (o, meglio, minacciando di rassegnare) le dimissioni, alle quali potrebbe far seguito un mutamento di rotta dei partiti, con il conseguente invito al Presidente a desistere dal suo proposito o, laddove abbia presentato le dimissioni, a ritirarle.

Passo così a dire del secondo quesito. Nel caso in cui le dimissioni stesse si siano avute, il supplente dispone in tutto e per tutto dei poteri propri del Presidente, con i limiti però ai quali gli stessi vanno incontro; e, dunque, in punto di astratto diritto, anche lo scioglimento non potrebbe aversi in occasione di una supplenza nell'ultimo semestre del mandato presidenziale. A ritenere diversamente, sarebbe un gioco da bambini per il Presidente disarmato addurre una qualunque causa d'impedimento momentaneo al solo scopo di far insediare al Quirinale il supplente e dargli modo di chiudere anticipatamente la legislatura. Ovviamente, come si diceva, sarà comunque necessaria la “cooperazione” dello stesso supplente e – come si diceva poc'anzi – del Presidente del Consiglio, in sede di controfirma. È poi chiaro che si tratta pur sempre di scenari eccezionali che meriterebbero di essere, una volta per tutte, fugati innovando al dettato costituzionale, quanto meno al fine di rimuovere il limite legato al semestre bianco e, ove ritenuto opportuno, stabilendo la non rieleggibilità del Presidente.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezione del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

Ancora una volta, ci viene posto un quesito plurimo ed internamente articolato.

Quanto al primo interrogativo, come ho tentato di mostrare rispondendo alla prima domanda, a mio modo di vedere, per un verso, non reggono le ragioni comunemente addotte a giustificazione del semestre bianco e, per un altro verso, la previsione in parola può privare il Capo dello Stato di uno strumento prezioso la cui messa in atto potrebbe, in talune congiunture, dimostrarsi davvero quale l'ultima spiaggia alla quale approdare in presenza di crisi di governo non altrimenti risolvibili. D'altronde, una pluridecennale esperienza dovrebbe tranquillizzare quanti nutrono il timore di un utilizzo distorto dello strumento stesso, innaturalmente piegato per appagare le personali ambizioni dell'uomo chiamato alla massima magistratura del Paese. Nel complesso, infatti, si sono avvicendati nella carica Presidenti che hanno reso testimonianza di fedeltà alla Repubblica ed ai suoi valori fondamentali. Infine, non si trascuri la risorsa, alla quale mi sono già richiamato, costituita dalla controfirma, a garanzia avverso devianti applicazioni dello strumento in parola.

Al secondo interrogativo credo di avere già risposto. Contrariamente a quanto comunemente si pensa, non legherei indissolubilmente la questione della rielezione del Presidente all'altra dello scioglimento. E, tuttavia, non si trascuri che il mandato presidenziale ha una durata lunga; ammetterne la reiterazione per una seconda o magari una terza volta – ipotesi, nondimeno, a tutt'oggi smentita dai fatti – fa correre il rischio che possa consolidarsi una presidenza dotata di una spiccata ed esuberante “forza politica”, per riprendere qui una formula che era particolarmente cara al mio compianto Maestro. Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e francamente non si vede perché rinunciare in partenza a seguire ad avvalersi dei servigi di un eccellente Presidente, magari per un tempo limitato (seppur non astrattamente prestabilito), com'è stato con Napolitano, specie in una situazione particolarmente confusa e connotata da laceranti conflitti tra le forze politiche.

Quanto al terzo quesito, confesso francamente di non capirlo. Dalla rimozione del semestre bianco non può inferirsi il divieto di rielezione del Presidente, così come da quest'ultimo non potrebbe – in via di mera ipotesi – ricavarsi la prima. Le due previsioni, insomma, per l'aspetto normativo, sono del tutto indipendenti l'una dall'altra. Il collegamento tra le stesse – come sappiamo – è meramente dottrinale ma del tutto privo di fondamento giuridico-positivo.

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione

della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?

A me parrebbe innegabile, nel silenzio della Carta, la eventuale rielezione del Presidente, che potrebbe considerarsi inibita unicamente laddove si avesse un espresso divieto in tal senso. Quanto all’obiezione, implicitamente racchiusa nel quesito ora propostoci, che il divieto stesso, in buona sostanza, sarebbe già al presente stabilito, in quanto introdotto da una consuetudine costituzionale, la sua insussistenza è avvalorata proprio dal precedente Napolitano cui il quesito stesso si richiama. Non qualificherei, dunque, la vicenda in parola quale una forma di “violazione” di una supposta consuetudine che avrebbe prescritto (e prescriverebbe) il divieto stesso bensì, puramente e semplicemente, quale conferma *per tabulas* della insussistenza di quest’ultimo.

In generale, a mia opinione sarebbe opportuna la massima cautela prima di caricare di eccessivi significati i silenzi della Carta costituzionale che, in realtà, nulla dicono in un senso o nell’altro. Piuttosto, possono aversi – queste sì – lacune ora più ed ora meno vistose del dettato costituzionale, dalle quali nondimeno non possono desumersi né poteri o facoltà né divieti.

Quanto alla rielezione “a tempo” di Napolitano – come è qui chiamata – occorre, innanzi tutto, sgombrare il campo dall’equivoco insito nella formulazione del quesito: per l’aspetto giuridico-formale, né quella né altra che dovesse un domani aversi potrebbero dirsi propriamente “a tempo”; a qualificarla tale è piuttosto lo stesso Presidente nel momento in cui subordina la propria disponibilità alla rielezione alla condizione della brevità temporale della permanenza in carica, fermo restando che – come si viene dicendo – l’elezione stessa non tollera *ut sic* alcuna predeterminazione della scadenza anticipata rispetto all’indicazione costituzionale.

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l’elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest’ultimo?

Non so quanto sia realistico prefigurare l’elezione a Presidente della Repubblica di Draghi. È interesse, infatti, largamente condiviso dalle forze politiche che sostengono il Governo da lui presieduto che resti al proprio posto, vuoi per il fatto che la congiuntura in atto richiede una ferma ed efficace direzione politica volta a far fronte alla dilagante pandemia sanitaria, nonché alle plurime ed ingravescenti emergenze (economiche e non) che connotano il tempo presente, e vuoi per il timore, nutrito da esponenti politici di vario orientamento, che la crisi di governo conseguente alla presentazione delle dimissioni del Presidente del Consiglio possa portare diritto alla fine anticipata della legislatura.

È chiaro che il Presidente del Consiglio, non appena eletto al Quirinale, dovrebbe immediatamente rassegnare le dimissioni dalla carica, restando quindi il decreto che le accetta

controfirmato dal suo successore, secondo quanto è al riguardo prescritto dalla legge 400 del 1988, per essere quindi firmato dallo stesso Draghi nella veste di Presidente della Repubblica, una volta immesso nell'esercizio delle funzioni. Si dà, tuttavia, un inghippo di ordine logico non facilmente risolvibile. Draghi, infatti, potrebbe firmare il decreto in parola unicamente *dopo* aver assunto la titolarità delle funzioni di Presidente, ciò che però parrebbe presupporre necessariamente il previo perfezionamento della cessazione dalla carica di Presidente del Consiglio, dunque la previa accettazione delle dimissioni dalla carica stessa. Né il decreto potrebbe esser firmato dal Presidente della Repubblica uscente, semplicemente perché già... *uscito*.

Se ci si pensa è lo stesso *rebus* che un tempo si poneva per la controfirma del decreto che, a filo di logica, non potrebbe aversi né dal Presidente del Consiglio entrante perché non ancora... *entrato* né dall'uscente perché già... *uscito*.

La soluzione più piana – come mi sono sforzato di argomentare altrove – sarebbe stata quella di sgravare il decreto in parola (ed altri ancora sui quali non giova ora intrattenersi) dell'onere della controfirma. Tuttavia, senza stare ora a dire di questioni pure teoricamente assai interessanti ma prive di concreto rilievo, quanto si viene ora dicendo non può di certo valere per la firma del Capo dello Stato che non può comunque mancare.

Sappiamo, ad ogni buon conto, qual è la soluzione prevalsa per ciò che attiene al soggetto controfirmante, quindi “razionalizzata” dalla legge 400. Si potrebbe pertanto applicare questo schema anche alla persona del firmante, dando l'opportunità al nuovo Presidente della Repubblica di firmare il decreto con cui accetta le... *proprie* dimissioni, attestate con la controfirma dal nuovo Presidente del Consiglio.

Altro discorso è se convenga, o no, nella presente congiuntura che si abbia il transito diretto dalla massima carica della direzione politica alla massima carica della Repubblica; qui però il discorso stesso scivola al piano della mera opportunità al quale sono (e devono restare) estranei gli apprezzamenti di stretto diritto costituzionale.

Quanto, poi, ai poteri spettanti al supplente del Presidente del Consiglio, ancora una volta va tenuto distinto il profilo formale da quello sostanziale. Per l'uno, non si dà differenza alcuna, per ciò che attiene alla consistenza ed ai limiti dei poteri stessi, quali esercitati dal supplente, rispetto a quelli propri del supplito. Per l'altro, è chiaro che i ruoli sono ben diversi. Non si dimentichi che l'ampia ed eterogenea coalizione che compone la maggioranza ha avuto proprio nella figura di Draghi, per ciò che l'intera sua storia personale ha rappresentato e rappresenta, un punto di riferimento essenziale, un fattore di attrazione e di aggregazione che, verosimilmente, non si sarebbe altrimenti avuto. Il credito di cui il Presidente del Consiglio gode in ambito internazionale e sovranazionale, fondamentale al fine della ripresa economica e del recupero di una fiducia da parte dei *partners* europei e degli investitori stranieri che ancora di recente è parsa appannata e messa in forse, si lega indissolubilmente alla persona del Presidente e non sembra dunque potersi considerare invariante rispetto a questa.

Ad ogni buon conto, il supplente non potrebbe trattenersi dall'esercitare fino in fondo i poteri connessi all'ufficio al quale è chiamato, sì da portarli ad effetto nel migliore dei modi alle

condizioni oggettive di contesto e poter traghettare il Paese verso la normalità costituzionale – per quanto possibile – in tempi rapidi e con risultati complessivamente apprezzabili.

Sull'ultimo punto mi sono già espresso poc'anzi. Una volta che Draghi dovesse andare al Quirinale (sempre che, ovviamente, questo scenario prenda davvero forma...), è chiaro che sarà il Presidente della Repubblica neoeletto a gestire, come di consueto, la crisi di governo, firmando pertanto il decreto di nomina dei componenti il nuovo Governo dopo che la crisi stessa sarà superata, si abbia o no il passaggio (politicamente, per diffuso consenso, ritenuto inevitabile) delle elezioni anticipate.

6. La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?

Anche per ciò che attiene alla presentazione di eventuali candidature alla carica di Presidente della Repubblica si è in presenza di un silenzio costituzionale che non si presta ad essere sovraccaricato di valenze, in un senso o nell'altro. Un silenzio che non è tuttavia da qualificare come una lacuna in senso proprio: quasi a significare che sarebbe opportuna una previsione al riguardo, quale che sia (nel senso del divieto ovvero dell'obbligo delle candidature); piuttosto, mi parrebbe essere sommamente opportuno che le cose restino così come sono, senza alcun pregiudizio per le complessive esigenze di funzionalità del sistema e della forma di governo prescelta dal Costituente. Vedo infatti solo risvolti negativi dall'agevolare una innaturale competizione tra candidati particolarmente quotati, con ciò che potrebbe conseguire alla bocciatura di tutti meno uno. Si immagini, infatti, il caso che perdano le elezioni personalità politiche di spicco e che ancora giocano un ruolo di primo piano in seno ai partiti di appartenenza. Potrebbero dunque aversene tensioni e incomprensioni tra i partiti stessi suscettibili di lasciare un segno negativo sugli ulteriori sviluppi dei loro rapporti.



Gino Scaccia*

**Intervento al Forum “La coda del Capo:
Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato****

1. In caso di crisi di governo durante il c.d. semestre bianco, ritiene che il Presidente della Repubblica possa adeguatamente svolgere i propri compiti diretti alla formazione di un nuovo Governo senza l’arma del potere di scioglimento?

Lo scioglimento è l’unico potere presidenziale del quale non sarebbe immaginabile l’attribuzione a soggetti diversi dal capo dello Stato se non modificando sostanzialmente la forma di governo parlamentare¹. Nelle parole di Giorgio Napolitano è «*la decisione più impegnativa e grave affidata dalla Costituzione al Presidente della Repubblica*»². Se si ritiene, secondo l’interpretazione costituzionale più ortodossa, che il capo dello Stato si debba limitare ad accompagnare le forze politico-parlamentari nella ricerca di un nuovo equilibrio, ponendo le condizioni per il pieno e libero dispiegamento della dialettica partitica; e che sia dunque levatore, più che “pilota” della crisi di governo, la stessa idea che egli possa agitare “l’arma” dello scioglimento per forzare i tempi del compromesso politico e per “indirizzare” la crisi verso un approdo gradito dovrebbe suscitare perplessità. Sul piano della effettività costituzionale, del resto, messo da parte il discusso

* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico – Università di Teramo

** Intervento realizzato in occasione del Forum “La coda del capo: Presidente della Repubblica e questioni di fine mandato”, tenutosi il 20 dicembre 2021 presso la Sala delle Lauree della Facoltà di Scienze politiche, Sociologia, Comunicazione della “Sapienza”, Università di Roma.

¹ In questi termini, G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi del sistema*, in A. BALDASSARRE – G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, Roma, I ed., 2011, 75 ss., che proprio dall’esistenza di una necessaria relazione di fiducia fra Governo e Parlamento fa derivare la conseguenza che la ricomposizione dei disallineamenti politici fra Governo e Parlamento sia affidata a un organo terzo e imparziale.

² Dichiarazione del Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, al termine delle consultazioni per la formazione del Governo, Palazzo del Quirinale, 30 gennaio 2008.

scioglimento di Scalfaro nel 1994³, tutte le altre ipotesi di anticipata cessazione della legislatura sono state in realtà frutto di autoregolazione del sistema politico e non di un'imperativa decisione presidenziale; in breve "autoscioglimenti"⁴, concordati dal capo dello Stato con le forze politiche egemoni.

Nel quadro della nostra forma parlamentare di governo, lo scioglimento non è fattore di costrizione o di indirizzo dell'azione parlamentare e governativa, ma piuttosto opzione che aleggia su ogni crisi politica e pone un limite certo e immanente all'attività diretta a ricostituire una maggioranza parlamentare attorno a un Governo.

Un fattore di accelerazione dell'accordo che consente di evitare il trascinarsi della crisi di governo e la sua trasformazione progressiva in una crisi di sistema. Così stando le cose, è agevole concludere che nel semestre bianco il Presidente della Repubblica, pur senza perdere la sua capacità di persuasione e di influenza, viene di fatto privato dello strumento più potente per avviare a rapida soluzione la crisi politica. Altri fattori possono determinare una "coazione all'accordo" tra i gruppi rappresentati in Parlamento (ad esempio le reazioni dei mercati finanziari e delle cancellerie europee al perdurare dell'instabilità politica), ma nessuno ha, sul piano della forma costituzionale, la forza dissuasivo/deterrente dello scioglimento.

Per questo, quando la crisi deflagri durante il semestre bianco, il capo dello Stato potrebbe trovarsi nella condizione di assistere sostanzialmente impotente ai reiterati e infruttuosi tentativi di formare un nuovo governo, con il rischio che la prolungata incapacità delle forze politiche di dar vita a un Esecutivo – in assenza del "deterrente nucleare" dello scioglimento – possa tramutare la crisi di governo in una crisi costituzionale, o addirittura in una crisi di sistema, con ciò intendendosi, nel senso più ampio e comprensivo quel «*tipo di crisi così radicale, profonda e pervasiva da mettere in pericolo un insieme, che può essere di volta in volta la costituzione, lo Stato, l'intero ordinamento*»⁵. La concretezza di questo rischio dovrebbe consigliare il superamento del limite del semestre bianco.

2. Nel caso in cui, durante il c.d. semestre bianco, non sia possibile individuare una nuova maggioranza parlamentare in grado di conferire la fiducia a un nuovo Governo, quali ritiene potrebbero essere gli sbocchi istituzionali? In caso di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente del Senato, in qualità di supplente del Capo dello Stato, potrebbe sciogliere anticipatamente le Camere?

³ Il riferimento è al decreto di scioglimento firmato dal Presidente Scalfaro il 16 gennaio 1994, conseguentemente alle dimissioni (respinte) del Presidente del Consiglio Ciampi. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda, si rinvia per tutti a S. BARTOLE, *Scioglimento delle Camere*, in *Enc. Dir., Aggiornamento III*, Milano, 1999, 941.

⁴ L'espressione si deve a L. CARLASSARE, *Art. 88*, in G. BRANCA, (a cura di), *Commentario della Costituzione, Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, tomo II, 1983 e a L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXV, 1986, 207. Il riferimento è alla "presa d'atto" presidenziale delle volontà maggioritarie delle forze politiche ed ha come caso emblematico lo scioglimento del 1972, unanimemente sostenuto da tutte le forze politiche per posticipare il referendum sul divorzio.

⁵ Secondo la definizione che ne offre G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica*, *op. cit.*, 81.

L'articolo 86 Cost. stabilisce che «Le funzioni del Presidente della Repubblica, in ogni caso che egli non possa adempierle, sono esercitate dal Presidente del Senato». La *ratio* è rinvenibile nell'esigenza di garantire la continuità di esercizio di funzioni essenziali per la vita della Repubblica in ogni evenienza in cui il Presidente non sia in condizione di poterle esercitare, per impedimenti di natura transitoria (un viaggio istituzionale, un lieve malore) o permanente. Il tenore e la ragione obiettiva dell'art. 86 della Costituzione autorizzano, dunque, una lettura interpretativa secondo cui il Presidente del Senato, quale supplente del capo dello Stato nel periodo che intercorre tra le dimissioni di questo e l'elezione del nuovo Presidente, sia titolare formale di tutti i poteri presidenziali, compreso il potere di scioglimento⁶.

I poteri del supplente – proprio in quanto strettamente funzionali a rimediare all'indisponibilità del capo dello Stato – soffrono tuttavia dei medesimi limiti ai quali sono soggetti i poteri di questo. Non si vede dunque come il Presidente del Senato, durante il semestre bianco, possa sciogliere anticipatamente le Camere; si tratterebbe infatti di riconoscere al supplente un potere del quale difetta lo stesso titolare formale della carica presidenziale. Questa possibilità non può essere riconosciuta al Presidente del Senato neppure in caso di dimissioni 'anticipate' del Presidente della Repubblica, cioè anteriori alla scadenza naturale del settennato. Neppure in questo caso il supplente potrebbe trovare nell'arsenale dei suoi poteri l'arma della dissoluzione anticipata delle Camere. In effetti il "semestre" bianco, a dispetto del nome, non dura esattamente per i sei mesi che precedono la fine del settennato, ma permane pur dopo la scadenza del mandato presidenziale e cessa soltanto con la rinnovazione dell'organo-potere, cioè con l'assunzione della carica e quindi con il giuramento del nuovo Presidente e il riavvio di un nuovo settennato. Esso infatti è riferibile all'istituzione "Presidenza della Repubblica", non al titolare personale e temporaneo dell'organo.

Fermo che solo il giuramento di un nuovo Presidente reintegra nella loro pienezza i poteri presidenziali, e venendo al caso che ci occupa, non rileva che all'elezione del nuovo capo dello Stato si giunga prima o dopo il 3 febbraio, data di conclusione del settennato di Mattarella. Né le dimissioni anticipate del Presidente uscente, né la conclusione del settennato, infatti, fanno sorgere in capo al Presidente del Senato il potere di scioglimento. Neppure è rilevante, a tali fini, stabilire a chi spetti operare in regime di *prorogatio*. Premetto che a me pare preferibile la tesi secondo la quale, alla scadenza del settennato di Mattarella toccherebbe sempre a Mattarella e non al Presidente del Senato restare in *prorogatio*. La *prorogatio* è in effetti istituto generale – corrispondente all'esigenza di evitare interruzioni o cesure nel funzionamento degli organi costituzionali – che non necessita di espressa previsione, ma opera come declinazione del più generale principio di continuità ordinamentale o istituzionale (come la Corte costituzionale lo ha definito nella sentenza n. 13 del 2004). Esso dunque trova applicazione salva espressa previsione contraria – che ricorre per i giudici costituzionali (art. 135, comma terzo) e, limitatamente alla immediata rieleggibilità, per i membri elettivi del CSM (art. 104, sesto comma) – non invece per il Presidente della Repubblica, per il quale è testualmente prevista anzi un'ipotesi di **proroga**

⁶ Non mancano, invero, autorevoli studiosi (fra tutti C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, 1958, 370 ss.), che escludono in radice la riferibilità del potere di scioglimento al supplente, proprio per la gravità e irreversibilità delle conseguenze derivanti dalla anticipata cessazione della legislatura.

quando il mandato presidenziale venga a scadenza allorché le Camere siano sciolte o manchi meno di tre mesi alla loro cessazione (art. 85, terzo comma, della Costituzione).

In ogni caso, pur volendo concedere che in regime di *prorogatio* dopo il 3 febbraio resti il Presidente del Senato, questi soffrirebbe comunque di una *deminutio potestatis* che è tipica della *prorogatio* e dunque non potrebbe in alcun modo esercitare il potere di scioglimento.

3. Ritiene ancora opportuna la previsione di cui all'art. 88, secondo comma, Cost., lasciando alle dinamiche politiche la risoluzione di eventuali impasse, o ne auspica una revisione? In caso il legislatore costituzionale decidesse di abrogare tale previsione, riterrebbe necessario disporre altresì il divieto di rielezion e del Presidente della Repubblica? Nel caso in cui il legislatore costituzionale non lo prevedesse espressamente, ritiene che un simile divieto potrebbe ricavarsi ermeneuticamente in ragione della abrogazione del c.d. semestre bianco?

La limitazione costituzionalmente prevista nell'art. 88, secondo comma, all'esercizio del potere di scioglimento ha senso solo se letta in connessione sistematica con l'assenza di un divieto di immediata rieleggibilità. Si comprende che il Presidente debba essere privato, nell'ultimo scorcio del suo mandato, del potere di dissoluzione anticipata delle Camere per impedirgli di preconstituire le condizioni migliori per la sua rielezione parlamentare, tanto più alla luce di quanto stabilito dall'art. 85, terzo comma, Cost. con riguardo alla proroga dei poteri presidenziali. Altri argomenti di opportunità o di merito costituzionale invocati a fondamento del semestre bianco – li ha appena ricordati Antonio Ruggeri – sono, a mio parere, troppo deboli per sterilizzare il più grave e cruciale dei poteri affidati al Presidente della Repubblica in una forma di governo a debole razionalizzazione costituzionale.

Rielezione e semestre bianco “*simul stabunt*” e, conseguentemente, “*simul cadent*”. Se però il rischio di impiego dello scioglimento *pro domo sua* fosse scongiurato ponendo in modo espresso un divieto di rielezione, ne risulterebbe priva di giustificazione anche la limitazione del potere di scioglimento nell'ultimo semestre del settennato presidenziale.

Chi vede con favore l'esplicita previsione espressa della non rieleggibilità non può che derivarne logicamente l'opportunità di un'abrogazione del semestre bianco. E reciprocamente, chi ritiene inutile e in taluni casi dannoso l'istituto del semestre bianco (nel senso – sopra anticipato – che sottrae al Presidente lo strumento più efficace per evitare l'avvitamento della crisi di governo in una crisi costituzionale), dovrebbe coerentemente patrocinare l'introduzione di un divieto di rielezione.

Nonostante il legame che avvince rielezione e semestre bianco⁷ penso che dall'eventuale abrogazione di quest'ultimo non possa implicitamente, in modo certo, ricavarsi un divieto di rieleggibilità. Sarebbe quindi opportuno porre espressamente questo divieto.

⁷ Un legame colto efficacemente da Laconi nei lavori dell'Assemblea Costituente (A.C., *Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947* m 1545), il quale evidenziò come il Presidente della Repubblica, in assenza del correttivo del semestre bianco, «avrebbe la

4. De iure condito, deve ritenersi possibile la rielezione del Presidente della Repubblica? Oppure si era formata una consuetudine costituzionale di segno contrario, violata in occasione della rielezione del Presidente Napolitano? Come valuta il precedente della rielezione “a tempo” del Presidente Napolitano?

Un divieto espresso di rielezione non è previsto in Costituzione, nulla dicendosi al riguardo nell'art. 85; né le Camere hanno inteso dare alcun seguito al messaggio formale alle Camere inviato dal Presidente Segni nel settembre 1963⁸ che invocava la previsione esplicita della non rieleggibilità. Sul piano sistematico, inoltre, va considerato che la corrente giustificazione dell'istituto del semestre bianco (la cui *ratio* risiede nell'evitare che il Presidente possa, tramite lo scioglimento, condizionare o facilitare la sua rielezione), legittima l'interpretazione per cui una rielezione anche consecutiva del medesimo Presidente non è costituzionalmente preclusa. Questo il quadro costituzionale formale, sul quale pochi dubbi paiono possibili.

Nondimeno sarei più cauto nel dire che nella prassi repubblicana non si fosse consolidata un'interpretazione secondo la quale rinnovazione del mandato doveva dirsi, se non vietata, certamente inopportuna sul piano costituzionale.

Credo che al riguardo andrebbe considerata più ancora che l'opinione degli studiosi, quella dei soggetti politici di vertice che concorrono con i loro comportamenti a dare forma a prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali. Gioverà in questa chiave ricordare che fu il Presidente Ciampi, nel manifestare la propria indisponibilità ad essere rieletto, a dire che sul punto si era formata «una consuetudine significativa» che, sempre secondo Ciampi, «sarebbe saggio non infrangere»⁹. Anche il Presidente Giorgio Napolitano¹⁰ ebbe occasione di ribadire questo convincimento, arricchendolo anzi di un puntuale richiamo all'opinione di Livio Paladin, per il quale la non immediata rielezione è «l'alternativa che meglio si conforma al modello costituzionale di Presidente della Repubblica¹¹».

Ammesso che esistesse una consuetudine integrativa del testo dell'art. 85, si deve tuttavia constatare che essa è venuta meno sul piano dell'effettività costituzionale con la rielezione di

possibilità di fare un piccolo colpo di stato legale, e cioè potrebbe sciogliere le Camere per avere prorogati i poteri e avvalersi di questo potere prorogato per influenzare le nuove elezioni»: «Se domani» – prosegue Laconi – «il Presidente della Repubblica, allo scadere del suo mandato, si trovasse con due Camere le quali in modo evidente non gli fossero favorevoli, egli potrebbe benissimo sciogliere le Camere e prorogare i suoi poteri per avere nuove Camere che potrebbero essere a lui più favorevoli».

⁸ Così si legge nel messaggio citato: «La nostra Costituzione non ha creduto di stabilire il principio della non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica, ma (...) sembra opportuno che tale principio sia introdotto nella Costituzione, essendo il periodo di sette anni sufficiente a garantire una continuità nell'azione dello Stato».

⁹ Cfr. il comunicato del Quirinale del 3-5-2006.

¹⁰ Giorgio Napolitano, in prossimità della scadenza della XVI legislatura, ha ribadito di aver «pubblicamente indicato le ragioni istituzionali e personali per cui non ritiene sia ipotizzabile una riproposizione del suo nome per la Presidenza della Repubblica», aggiungendo che la non rielezione corrisponde bene anche «alla continuità delle nostre istituzioni ed alla legge del succedersi delle generazioni» (cfr. Comunicato Ansa, 7 marzo 2013). Per un quadro riassuntivo della Presidenza di Napolitano si vedano, limitatamente al primo settennato e alla letteratura costituzionalistica, D. GALLIANI, *Il settennato di Napolitano*, Milano, 2012, V. Lippolis – G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente*, Bologna, 2013; se si vuole, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Torino, 2015; nonché *Il «settennato» di Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in Quaderni costituzionali, n. 1/2013.

¹¹ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Dir.*, 1986.

Giorgio Napolitano, che è stata generalmente accettata dal sistema politico come un'opzione costituzionalmente legittima, suscitando solo sporadiche e marginali reazioni contrarie (e nel qualificarle come “marginali” non intendo offendere alcun collega, ma faccio riferimento solo alla mia personale opinione critica).

Eppure, nonostante la forma e l'effettività costituzionale, resto convinto che il raddoppio del mandato presidenziale sia per più versi inopportuno sul piano istituzionale, e ritengo anzi che dovrebbe essere espressamente escluso. Provo ad argomentarne succintamente le ragioni.

La procedura di investitura presidenziale è accuratamente rivolta ad impedire l'instaurazione di un rapporto politico fra Presidente e maggioranza parlamentare, affinché il rappresentante dell'unità nazionale, chiamato ad essere il custode imparziale di tutti, non sia percepito come l'uomo di una sola parte. Il procedimento elettorale, a ben vedere, è inteso a impedire l'allineamento fra l'indirizzo di governo e la scelta del capo dello Stato. L'elezione a scrutinio segreto senza dibattito e dichiarazioni di voto opposta, nella forma, alla mozione di fiducia al Governo, motivata e votata per appello nominale; l'assenza di una formale presentazione di candidature corrispondente all'esigenza di non far apparire il futuro Presidente come una persona ufficialmente proposta e designata da una specifica parte politica; la stessa partecipazione al collegio elettivo di 58 delegati regionali, che può attenuare la predominanza della maggioranza politica delle Camere sul collegio eligente.

Tutto cospira nell'impedire un troppo ‘accentuato assorbimento di legittimazione maggioritaria’¹² da parte del Presidente. E una tale aspettativa di neutralità potrebbe essere pregiudicata dalla possibilità di essere nuovamente eletto. Specie nell'ultimo segmento temporale del suo mandato, questi, pur di “guadagnarsi” la rielezione, potrebbe infatti mostrarsi più sensibile a condizionamenti e pressioni politiche partigiane e meno intransigente nel difendere la Costituzione anche, se necessario a tutela dell'unità repubblicana, in dialettica aspra con il Governo e le forze politiche egemoni.

L'unicità del mandato, che perfettamente si accorda con la previsione dell'art. 59, secondo cui il Presidente uscente è senatore di diritto e *a vita*, è un fattore di equilibrio diacronico nel rapporto capo dello Stato-Governo e un presidio della sua irresponsabilità politica, che proprio nella “impraticabilità” della rielezione ha il suo più forte puntello. Del resto, sette anni rappresentano un periodo congruo, nel quale si bilanciano in modo equilibrato l'esigenza di assicurare la continuità nell'azione dello Stato e quella di garantire un rinnovamento delle più alte cariche dello Stato. Quattordici anni costituirebbero invece l'equivalente di quasi tre legislature; un arco temporale troppo esteso, che, in presenza di una strutturale frammentazione del quadro politico, consentirebbe al capo dello Stato, unico punto fermo nel perenne e spesso vorticoso movimento delle costellazioni politiche¹³, di accumulare una quota di potere personale, che nel contesto di una forma di governo debolmente razionalizzata, con poteri presidenziali a spettro largo e non sempre precisamente definiti nella loro estensione e nella loro imputazione sostanziale potrebbe squilibrare il rapporto fra Governo e Quirinale a vantaggio del secondo. Si pensi – tipicamente –

¹² A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, 75.

¹³ Basti pensare che dalla prima elezione svoltasi dopo la ‘svolta’ del 1993 si sono susseguiti 17 governi in 17 anni.

all'ampio spettro di oscillazione nel quale si muovono i poteri di nomina del Presidente del Consiglio dei Ministri e lo scioglimento anticipato delle Camere, che possono assumere la forma di un mero “atto necessitato” o, all'opposto, della scelta presidenziale, a seconda della capacità di autoregolazione delle forze politiche di maggioranza e della quota di influenza con la quale il capo dello Stato può esercitare la sua funzione di moderazione e intermediazione politica per il buon funzionamento del sistema.

La rielezione del capo dello Stato potrebbe alimentare e rafforzare le tendenze – da molto tempo in atto – a dilatare lo spazio e il ruolo del Quirinale facendolo fuoriuscire dalla funzione di garanzia politico costituzionale del corretto funzionamento del sistema, per esondare verso la compartecipazione attiva e strutturale alla direzione politica di governo in senso proprio.

Vengo infine alla rielezione di Napolitano.

Omar Chessa, Vincenzo Lippolis e Massimo Luciani contestano la definizione della seconda Presidenza come “a tempo”, osservando che il Parlamento nel 2013 ha eletto Napolitano per sette anni e che nessun vincolo a dimissioni anticipate è stato posto né avrebbe potuto esserlo in termini costituzionali. Indubitabile in punto di stretto diritto, ma inviterei a problematizzare la conclusione. Per un verso, infatti, non era imprevedibile, ma assolutamente scontato che l'ottantasettenne Presidente non potesse a lungo sottrarsi alle limitazioni oggettive e implacabili dell'età (*senectus ipse morbus*). Per altro verso, e più decisamente, perché tutta la fase immediatamente precedente l'elezione, e lo stesso discorso di insediamento dimostrano chiaramente il contrario: e cioè che a Napolitano fu offerta consapevolmente una Presidenza che lo stesso interessato considerava “a tempo”, una sorta di reggenza che tutte le forze politiche avvertivano come transitoria e che era intimamente connessa all'attuazione di un preciso “programma presidenziale” del quale lo stesso Presidente declinò gli obiettivi: la formazione di un Governo diretto a fronteggiare l'emergenza economico-sociale e la rinnovazione dell'assetto istituzionale che consentisse di tornare al voto con un quadro economico e istituzionale più stabilizzato¹⁴.

Per queste ragioni la rielezione di Napolitano – senza riguardo alle condizioni politiche eccezionali in cui è maturata – è stato un episodio che non andrebbe reiterato, per tornare alla ‘saggezza’ della *non rielezione* invocata da Ciampi. Ecco il problema che vedo: se il precedente fosse ripetuto, si potrebbe giungere non in via occasionale o episodica, ma strutturale, a far dipendere il ciclo presidenziale dal ciclo politico del Governo.

Mi spiego meglio. È oggi a tutti evidente che la scelta del nuovo inquilino del Quirinale è condizionata in modo decisivo dall'impatto che potrebbe avere sulla sorte del Governo. Il ciclo del Governo condiziona la scelta presidenziale, orienta la scelta dei candidati e si spinge fino a caldeggiare – nonostante la ferma e più volte manifestata contrarietà dell'interessato – la rielezione di Mattarella. Se però il Presidente vuole restare un organo di garanzia costituzionale, che trae la propria legittimazione proprio dalla sua *'non partisanship'*, e svolge una funzione di garanzia attiva e di intermediazione politica in funzione e in vista dell'unità costituzionale, allora

¹⁴ Per ulteriori svolgimenti, si consenta, anche in questo caso, di rinviare a G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, Torino, 2015, pag. 26 ss.

il ciclo politico del Governo non deve essere allineato al ciclo presidenziale. Se per due consecutivi settennati, invece, la designazione del Presidente fosse condizionata dalla scelta “del Governo” si aprirebbe la strada al costante e non più episodico allineamento fra legittimazione maggioritaria e legittimazione presidenziale; o se si preferisce fra unità di maggioranza e unità costituzionale, se vogliamo riprendere la ancora valida categoria interpretativa proposta da Mezzanotte e Baldassarre¹⁵. Consapevoli o meno che siano di ciò, i fautori di questa soluzione, che per le ragioni illustrate non mi sembra quella che meglio si conforma al modello costituzionale, finiscono per portare argomenti suggestivi a sostegno del modello semi presidenziale o presidenziale *tout court*. Quale miglior modo, infatti, di allineare ciclo presidenziale e ciclo di governo che far eleggere direttamente il Presidente della Repubblica, collocandolo al vertice dell'Esecutivo?

5. La cronaca politico-costituzionale ritiene possibile l'elezione a Presidente della Repubblica del Presidente del Consiglio dei ministri in carica. Quali ritiene dovrebbero essere gli sviluppi istituzionali in caso ciò accada? Quando sarebbero opportune le dimissioni da Presidente del Consiglio del neo-eletto? Quale ruolo dovrebbe esercitare il supplente del Presidente del Consiglio individuato ai sensi della legge 400/1988? Come e da quale Capo dello Stato andrebbero gestite le successive dimissioni di quest'ultimo?

Nella storia repubblicana non è mai accaduto che un Presidente del Consiglio dei Ministri in carica fosse eletto alla più alta carica repubblicana. Siamo pertanto del tutto sprovvisti di una prassi cui attingere, né mi sembra che si possano in questo caso seguire i consolidati e tradizionali rituali di apertura, accompagnamento e risoluzione delle crisi di governo. Ontologicamente diversa è infatti la crisi che verrebbe a determinarsi qualora il Presidente del Consiglio in carica fosse eletto al Quirinale. Essa non deriverebbe da una formale sfiducia delle Camere o da uno sfilacciamento della maggioranza di governo, ma al contrario da una deliberazione del Parlamento in seduta comune nella quale si esprime non già la sfiducia, ma il corale apprezzamento nei confronti del Presidente del Consiglio in carica, elevato al *munus* più elevato dell'ordinamento repubblicano. Non si tratterebbe, dunque, per dirla con una battuta, di una crisi *da sfiducia*, ma piuttosto da *eccesso di fiducia*, dalla quale consegue tuttavia l'assoluta e immediata incompatibilità del Presidente del Consiglio con l'esercizio della funzione di governo.

Questo elemento è decisivo. Non può in effetti non avvertirsi l'anomalia di un Presidente del Consiglio che resta in carica, e sia pure per il disbrigo degli affari correnti, pur essendo già risultato eletto quale capo dello Stato; né è trascurabile l'esigenza che il Presidente del Consiglio dei Ministri uscente non sia parte nell'adozione di atti su cui in qualità di Presidente della Repubblica sarebbe chiamato a breve ad esercitare il suo scrutinio. Atti rispetto ai quali gli verrebbe inevitabilmente a mancare la necessaria terzietà. Prudenza e opportunità costituzionale

¹⁵ A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Presidente della Repubblica e maggioranza di governo*, in G. Silvestri (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1985, 75. Nota A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di Governo*, in *Rivista AIC* n. 1/2011, 4: “La configurazione del Presidente della Repubblica come un potere politico che si sovrappone ad altri poteri politici – quelli del Parlamento e del Governo – comporterebbe un mutamento tacito della forma di governo da parlamentare a qualcosa che assomiglierebbe a un sistema semipresidenziale”.

suggeriscono dunque che il Presidente, eletto capo dello Stato, si dimetta immediatamente e non resti neppure a gestire l'ordinaria amministrazione.

Per questo ritengo che, ricevuta comunicazione dell'esito del voto del Parlamento in seduta comune dal Presidente della Camera, Draghi dovrebbe convocare il Consiglio dei Ministri affinché prenda atto che egli è divenuto incompatibile con la carica e che ricorre pertanto una condizione giuridicamente assimilabile, seppure non del tutto sovrapponibile, a quella di impedimento del Presidente del Consiglio di cui discorre la legge n. 400 del 1988¹⁶. Laddove l'impedimento cui allude l'art. 8 della legge è temporaneo, quello qui determinatosi sarebbe permanente, derivando da un'incompatibilità non rimosibile, ma analoga dovrebbe essere la conseguenza: nomina di un Vicepresidente su proposta del Presidente del Consiglio uscente o supplenza del Ministro più anziano. Definito questo passaggio, il Presidente Mattarella potrebbe accettare irrevocabilmente le dimissioni del Presidente del Consiglio (ormai capo dello Stato "in pectore") lasciando non già quest'ultimo, ma il Vice presidente o il Ministro supplente (designato dal CDM in applicazione della legge 400) nel disbrigo degli affari correnti.

Al contempo si aprirebbe formalmente la crisi di governo, quale conseguenza necessitata delle dimissioni del Presidente del Consiglio, ma la gestione della crisi non potrebbe essere affidata a Mattarella, il quale, in ossequio alla prassi ordinariamente seguita, rivolta ad accelerare al massimo, dopo il voto parlamentare, l'entrata in carica del nuovo Presidente della Repubblica, dovrebbe anticipare le sue dimissioni senza attendere il 3 febbraio, data di scadenza naturale del suo settennato¹⁷. La crisi di governo sarebbe dunque congelata per lo spazio temporale strettissimo che separa la votazione parlamentare del capo dello Stato dal giuramento di questo. Le consultazioni sarebbero affidate al neo Presidente, che potrebbe gestire la situazione politica con tutto l'arsenale dei poteri costituzionali, compreso il potere di scioglimento. Nello scenario che stiamo prefigurando spetterebbe dunque a Draghi conferire l'incarico di formare un nuovo Governo, raccogliere le dimissioni del Ministro anziano supplente e firmare il decreto di nomina del nuovo Presidente del Consiglio o, al contrario, accertare l'impossibilità di formarlo, con conseguente scioglimento delle Camere. Non vi può essere motivo di imbarazzo nell'affidare la gestione della crisi, dal Quirinale, a colui che è stato all'origine della crisi, dimettendosi da Presidente del Consiglio. Nel caso che ci occupa, infatti, come ho anticipato, si tratterebbe di una crisi tecnica, non derivante da sfiducia o dalla disgregazione della maggioranza parlamentare, ma

¹⁶ A tenore dell'art. 8 della legge 400/1988: "Il Presidente del Consiglio dei ministri può proporre al Consiglio dei ministri l'attribuzione ad uno o più ministri delle funzioni di Vicepresidente del Consiglio dei ministri. Ricorrendo questa ipotesi, in caso di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio dei ministri, la supplenza spetta al Vicepresidente o, qualora siano nominati più Vicepresidenti, al Vicepresidente più anziano secondo l'età. 2. Quando non sia stato nominato il Vicepresidente del Consiglio dei ministri, la supplenza di cui al comma 1 spetta, in assenza di diversa disposizione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, al ministro più anziano secondo l'età".

¹⁷ Dimissioni di Presidenti della Repubblica anteriori alla conclusione naturale del settennato non sono nuove all'esperienza repubblicana. Messa da parte la vicenda di Antonio Segni, di cui dopo soli due anni di mandato fu accertato l'impedimento permanente alla carica, dimissioni anticipate sono state quelle di Leone, formalizzate il 15 giugno 1978, con sei mesi di anticipo sulla fine del settennato in seguito a una campagna di stampa che lo riteneva coinvolto – insieme ai Ministri Tanassi e Gui – nello scandalo Lockheed; e di Cossiga, che le rassegnò il 28 aprile 1992, due mesi prima della fine del mandato, giustificandole in un discorso televisivo con l'esigenza di stimolare le forze politiche a superare il blocco politico conseguente alla sconfitta elettorale del pentapartito che sosteneva il Governo. Le dimissioni anticipate di Napolitano, di non sono tuttavia accostabili ai casi appena riportati. Esse, come già espresso, non sono state rassegnate per il sopravvenire di eventi imprevedibili, ma erano preannunciate già all'atto della rielezione, perché costituivano una condizione essenziale e dichiarata dell'accettazione dell'incarico. Si rinvia sul punto al già citato G. SCACCIA, *Il Re Della Repubblica*.

puramente e semplicemente da un atto non revocabile del Parlamento in seduta comune, che ha designato il nuovo Presidente della Repubblica, con ciò stesso rendendolo incompatibile con la funzione di governo.

Lo schema procedimentale così ricostruito non varia significativamente se si prende in considerazione l'ipotesi della elezione di Draghi dopo la scadenza naturale del settennato di Mattarella, e dunque dopo il 3 febbraio. In questo caso resterebbe in *prorogatio* il Presidente Mattarella, il quale riceverebbe le dimissioni di Draghi e lascerebbe il supplente nel disbrigo degli affari correnti.

Resta semmai da chiedersi se eletto Draghi quale nuovo Presidente della Repubblica, apertasi la crisi e accertata l'impossibilità di formare un Esecutivo, convenga affidare la gestione delle elezioni al Governo battezzato dal voto di fiducia iniziale ma divenuto privo del suo vertice e affidato al Ministro supplente o se non sia preferibile insediare un Governo di minoranza con il solo mandato di portare il Paese alle urne, ma del tutto sprovvisto della fiducia di investitura delle Camere. Considero preferibile la prima soluzione per il più alto tasso di legittimazione democratica da riconoscersi al Governo dimissionario rispetto a quello mai 'fiduciato'. Trattandosi però di un 'governo del supplente', e dunque di Governo il cui vertice non ha mai ricevuto un'investitura formale, credo sarebbe necessario rinviarlo alle Camere perché – senza che ciò assuma i connotati formali di un voto di fiducia – si esprimano sulla prosecuzione del medesimo Governo "supplente" nell'esercizio degli affari correnti e sulla gestione delle elezioni.

6. *La prassi (o le convenzioni costituzionali? O la consuetudine costituzionale?) ha sinora impedito la presentazione di formali candidature alla carica di Presidente della Repubblica. Ritiene che ciò sia imposto dalle norme costituzionali scritte e dalla forma di governo parlamentare?*

Nessuna delle norme costituzionali sul Presidente della Repubblica richiede una formale presentazione di candidature, che dunque – ove avvenga – non potrà costituire preconditione per l'accesso all'elezione quirinalizia. Ciò premesso, molteplici ragioni di merito e di opportunità costituzionale convergono nel corroborare la prassi che ha finora impedito la presentazione di candidature. Vista la mancanza di ogni disciplina delle modalità di presentazione e delle condizioni minime richieste per considerarla ritualmente inoltrata, diverse ipotesi sono in astratto prospettabili. Ebbene, tutte pongono problemi di coerenza sistematica e di compatibilità con la forma di governo parlamentare, tanto da sconsigliare l'intrapresa di inedito percorso procedurale.

L'unico elemento certo e aproblematico è il destinatario formale delle candidature, che dovrebbe essere il Presidente della Camera dei deputati quale Presidente del parlamento in seduta comune.

Circa le modalità di presentazione della candidatura, la questione si complica. Se fosse sufficiente una semplice dichiarazione personale dell'interessato, la misura sarebbe del tutto

inutile, e addirittura dannosa. Per un verso, con riferimento alle personalità i cui nomi circolino già nel discorso pubblico e mediatico, la presentazione svelerebbe in realtà un ‘segreto di Pulcinella’, senza nulla aggiungere o togliere al grado di conoscenza e di consapevolezza dei ‘grandi elettori’ e dei comuni cittadini. Per altro verso, la previsione, nell’art. 84 Cost. di tre soli, scarsamente selettivi, requisiti (cittadinanza italiana, cinquant’anni di età e godimento dei diritti civili e politici), non oppone una barriera adeguata alle candidature più eccentriche: non solo di mitomani, ma anche di celebrità del circuito mediatico, musicale, sportivo, che potrebbero togliere serietà e decoro all’agone quirinalizio imprimendo ad esso una curvatura ‘populista’, nello specifico senso che l’assenza di ogni filtro politico parlamentare (ché il controllo di regolarità della candidatura si dovrebbe attenere ai soli profili formali) contribuirebbe a rendere familiare l’idea che chiunque abbia un certo grado di consenso popolare, non importa per quali specifici meriti o in quale specifico ambito lo abbia conseguito, possa candidarsi a ricoprire la più alta carica della Repubblica. A risolvere l’inconveniente di candidature improbabili potrebbe bastare la previsione di una presentazione qualificata, ossia provvista del ‘sostegno’ di un certo numero di deputati o senatori. Sennonché una tale modalità di presentazione, pur compatibile con la necessità di conferire serietà alle candidature, riferirebbe formalmente la candidatura a un gruppo o a uno schieramento di forze politiche e farebbe così ufficialmente del candidato l’espressione di una precisa e individuabile fazione politica. Un dato che mal si concilia con la rappresentanza dell’unità nazionale di cui è espressione e simbolo la figura presidenziale, che deve essere capace anche sul piano puramente esteriore di generare un’aspettativa di terzietà e di indipendenza rispetto al collegio che lo ha eletto. Resta infine da dire che, ammesse le candidature, non potrebbe disconoscersi la possibilità di un dibattito parlamentare sulle stesse, nel quale le logiche divisive e conflittuali del confronto politico parlamentare renderebbero difficile la ricomposizione dell’unità verso la quale tende l’elezione presidenziale e alla cui rappresentanza è chiamato il capo dello Stato. In definitiva, c’è un’antica saggezza nell’assenza di presentazione formale e di dibattito sulle candidature. Una saggezza che non andrebbe dispersa.



Roberto Borrello*

Firma digitale e slow democracy*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La firma digitale ed il rispetto dei “tempi” strutturali della forma di Stato democratica. Il ruolo di una idonea sovranità informata per bilanciare gli effetti della velocizzazione di alcuni processi. – 3. Analisi di alcune ulteriori proposte di bilanciamento elaborate in dottrina. – 3.1 L’elevazione del numero di firme necessarie per l’iniziativa referendaria ex art. 75 Cost. – 3.2 Il ruolo dell’Ufficio centrale per il Referendum e l’anticipazione del controllo della Corte sull’ammissibilità del referendum abrogativo. – 3.3 Il controllo anticipato sulla normativa di risulta. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Come è noto, in sede di conversione del d. l. 31 maggio 2021, n. 77 (avvenuta con la l. 29 luglio 2021, n. 108) è stato introdotto un emendamento di origine parlamentare, ad opera dell’On. le Magi, che, incidendo sui commi 341 e ss. dell’art. 1 della legge 30 dicembre 2020 n. 178, ha previsto in via generale che «per la raccolta delle firme degli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75, 132 e 138 della Costituzione nonché per i progetti di legge previsti dall’articolo 71, secondo comma, della Costituzione» la firma degli elettori possa essere apposta «anche mediante la modalità prevista dall’articolo 65, comma 1, lettera b), del codice dell’amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

In via transitoria, tuttavia, è stato previsto che «A decorrere dal 1° luglio 2021 e fino alla data di operatività della piattaforma, le firme degli elettori necessarie per i referendum previsti dagli articoli 75, 132 e 138 della Costituzione nonché per i progetti di legge previsti dall’articolo 71, secondo comma, della Costituzione possono essere raccolte anche mediante documento informatico, sottoscritto con firma elettronica qualificata, a cui è associato un riferimento temporale validamente opponibile ai terzi».

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato presso l’Università degli studi di Siena.

* Il presente scritto è la rielaborazione in forma di articolo della relazione tenuta in occasione del convegno *Firma digitale e democrazia diretta*, promosso dalla Fondazione Paolo Galizia – Storia e Libertà in collaborazione con Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per consulenti di assemblea e la rivista *Nomos-Le attualità nel diritto*, tenutosi presso la Sapienza di Roma il 13 ottobre 2021.

Possiamo iniziare con una domanda che cerca di sintetizzare lo stato del dibattito che ha iniziato a svilupparsi sul tema di tale nuova disciplina.

L'introduzione della firma digitale nel settore del processo politico democratico, costituisce una «innovazione materialmente costituzionale» (la più importante della legislatura ha affermato Salvatore Curreri¹) o una fisiologica forma di attuazione costituzionale, che si inserisce senza scosse nell'ordito della Carta fondamentale?

Oggettivamente, quello con cui abbiamo a che fare è l'utilizzo di una tecnologia, che conferisce la possibilità di apporre le firme per gli atti costituzionali di tipo correttivo in una forma smaterializzata, che semplifica il conseguimento dell'obiettivo, annullando spostamenti spazio-temporali del soggetto agente e attività certatorie in presenza.

Non siamo, mi sembra, dinanzi all'introduzione della democrazia digitale totale e disintermediata, ma nella logica di quello che Gianfranco Pasquino ha definito il continuo sforzo di perfezionamento della democrazia rispetto alle sue condizioni di base ormai consolidate², nella specie, attraverso la tecnologia. Si tratta, insomma, di una velocizzazione e facilitazione di alcuni ingranaggi del meccanismo preesistente, sotto tale punto di vista, intese a risolvere alcune delle problematiche messe in luce nelle *Views* adottate dal Comitato Diritti Umani dell'ONU nel 2019, in ordine a restrizioni irragionevoli esistenti nella legislazione italiana nelle attività di partecipazione diretta previste in Costituzione a favore dei cittadini³.

Ciò, se da un lato deve rassicurare, evitando posizioni pregiudiziali di chiusura netta o scenari catastrofici, non esime, tuttavia, da una attenta valutazione dell'impatto della disciplina in esame, su un modello di democrazia rappresentativa che resta tale, anche in relazione al suo carattere estremamente puntuale⁴. L'esperienza della riduzione del numero dei parlamentari ci insegna che la puntualità di un intervento è quella che appare potenzialmente in grado di creare squilibri, proprio perché strutturalmente non si pone carico degli effetti "circostanti" rispetto all'area costituzionale incisa, lasciando tale incombenza ai posteri.

Nel nostro caso occorre verificare, per usare una metafora automobilistica, se la struttura del veicolo, che resta inalterata nelle sue componenti essenziali, è in grado di reggere alla velocità. Questo è il vero cuore del problema a mio avviso: non vi è rottura della costituzione ma, comunque, rischio di squilibri nella costituzione esistente.

¹ S. CURRERI, *Referendum digitali, chi teme le firme online tratta tutti come stupidi*, in *Il Riformista*, 29 settembre 2021, <https://www.ilriformista.it/referendum-digitali-chi-teme-le-firme-online-tratta-tutti-come-stupidi-250498>.

² G. PASQUINO, *La democrazia esigente*, Bologna, 1997, 12.

³ *Views* adottate dal Comitato ai sensi dell'articolo 5(4) del Protocollo Opzionale, il 6 novembre 2019, relative alla comunicazione n. 2656/2015, in base alle quali lo Stato-parte italiano, doveva prevedere percorsi per i promotori di iniziative referendarie per far autenticare le firme, per raccogliere le firme in spazi dove i cittadini possano essere raggiunti, e per garantire che la popolazione sia sufficientemente informata su tali processi e sulla possibilità di parteciparvi (v. spec. par. 11).

⁴ Cfr. S. CURRERI, *loc. cit.*

2. La firma digitale ed il rispetto dei “tempi” strutturali della forma di Stato democratica. Il ruolo di una idonea sovranità informata per bilanciare gli effetti della velocizzazione di alcuni processi

In particolare, tra i tanti profili che sono già emersi nel dibattito dottrinario vorrei fermarmi subito su un aspetto specifico su cui riflettere.

È assolutamente condivisibile ritenere che sussistono complicazioni e formalità particolarmente gravose per la raccolta e la certazione delle firme.

Tuttavia, il disegno costituzionale sembra suggerire la necessità di un approccio non manicheistico su tale profilo.

Le procedure della c.d. democrazia diretta sono state oggettivamente costruite nel disposto costituzionale secondo un fisiologico arco temporale di realizzazione, che tiene conto della necessità di una equilibrata e ponderata espressione delle volontà dei soggetti coinvolti, nella quale si inserisce armonicamente la raccolta delle firme, in una certa misura quantitativa e certa.

Tale ponderazione rende, ad un tempo, equo ed efficiente, nell’ottica del funzionamento della forma di stato, un meccanismo nel quale sono scanditi momenti di riflessione, che assicurano una maggiore consapevolezza da parte del componente del corpo elettorale, in una logica che definirei della democrazia “pensante”, nell’adesione all’iniziativa referendaria che, non dimentichiamo, ha connotati derogatori rispetto ai meccanismi della democrazia rappresentativa, prevalenti ed “ordinari”.

Andrea Pugiotto ha, a mio avviso, indirettamente colto tale profilo quando ha richiamato la sussistenza di un ampio lasso di tempo, che fino ad ora è intercorso normalmente tra l’approvazione di una legge e la richiesta di referendum⁵, tempo caratterizzato da una fase di dibattito, di riflessione, di ripensamenti e di elaborazioni. Questo arco temporale viene ora significativamente inciso dalla firma digitale.

A fronte di tutto questo, la velocità tra l’apprendere la notizia dell’iniziativa legislativa o referendaria e l’apposizione della firma è sicuramente un dato positivo, ma rischia, a mio avviso, di alterare nella sua radicalità, le condizioni per quello *spatium deliberandi* del soggetto coinvolto, che appare proporzionato e funzionale alla collocazione dell’istituto nel vigente modello costituzionale di democrazia. Tale collocazione evidenzia come il referendum non è idoneo a porsi come alternativa alla democrazia rappresentativa, non è ad essa sovrapponibile, vista anche la sua struttura semplificata basata sul quesito binario tagliatutto, come messo in luce dalla sent. n. 161 del 1995⁶.

⁵ Vedi A. PUGIOTTO, *Il pericolo non è il click, ma il plebiscito*, in *Il Riformista*, 3° settembre 2021, par. 6, il quale paventa l’“automatismo referendario”.

⁶ La Corte ebbe a precisare che «invero, mentre per le campagne elettorali la presenza di un limite temporale ragionevolmente contenuto per lo svolgimento della pubblicità può trovare giustificazione nel fatto di privilegiare la propaganda sulla pubblicità, al fine di preservare l’elettore dalla suggestione di messaggi brevi e non motivati, eguale esigenza non viene a prospettarsi per le campagne referendarie, dove i messaggi tendono, per la stessa struttura binaria del quesito, a risultare semplificati, così da rendere sfumata la distinzione tra le forme della propaganda e le forme della pubblicità» (v. n. 6 del *Considerato in Diritto*).

Un momento di riflessione appare quindi indispensabile, non potendosi ritenere che una indiscutibile, maggiore maturità degli elettori rispetto al passato⁷, ponga al riparo dalle suggestioni, inevitabili per chiunque, derivanti dalle dimensioni spazio-temporali artificiali dell'agire digitale. La contromisura non è, ovviamente, quella di negare la possibilità della firma digitale, ma è quella di trovare i modi per compensare tale deficit di ponderazione, per mantenere un adeguato livello di sovranità informata.

Sotto tale punto di vista qualcuno ha suggerito un ruolo al riguardo per la comunicazione istituzionale. Il profilo è delicato, nel contesto italiano.

In molti paesi, in effetti, è previsto un intervento dell'apparato pubblico per fornire elementi di valutazione che, pur rimanendo oggettivi ed imparziali, vadano oltre le mere indicazioni su come firmare e dove votare.

In Svizzera, a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, è stata prevista per il Consiglio federale la predisposizione di forme comunicative rivolte agli elettori, intese ad illustrare i termini delle proposte legislative sottoposte a voto in modo «breve ed obiettivo», prendendo anche in considerazione le opinioni delle minoranze più rilevanti e le argomentazioni dei comitati promotori⁸. Una iniziativa di legge popolare intesa a stabilire in modo espresso il divieto in costituzione per le autorità pubbliche di intervenire a qualsiasi titolo nel dibattito connesso al voto, anche solo a titolo di informazione e salva la sola divulgazione dei testi sottoposti a consultazione, con l'equa esposizione delle opinioni espresse dalle parti in opposizione, è stata respinta dal parlamento e dal corpo elettorale nel 2008⁹.

In Irlanda è prevista una *Referendum Commission*, a cui è stato affidato il compito – nell'ambito del referendum previsto nel procedimento di revisione costituzionale in base agli artt. 46 e 47 della Costituzione del 1937 ed all'art. 3, comma 1 lett. A del *Referendum Act* del 1998 – di predisporre e diffondere informazioni in modo indipendente e di promuovere e facilitare il pubblico dibattito sugli emendamenti costituzionali proposti¹⁰.

In Italia, occorre tenere conto di quanto affermato dalla Corte costituzionale, che è intervenuta su tale problematica, prospettando l'estraneità dell'apparato pubblico, con i suoi strumenti di comunicazione istituzionale, rispetto all'area in esame.

Nella sentenza n. 502 del 2000, in particolare, è stata fatta applicazione di tale principio con riferimento al profilo della idonea informazione degli elettori nelle campagne referendarie, in presenza di quesiti particolarmente complessi. In quell'occasione è stata esclusa, dalla Consulta, la possibilità di affidare alla comunicazione istituzionale delle amministrazioni pubbliche «il

⁷ A cui fa riferimento S. CURRERI, *loc. cit.*, che parla di una «altezzosa diffidenza sulla maturità degli elettori».

⁸ Ciò in base all'art. 11 della legge federale sui diritti politici (LDP) del 17 dicembre 1976. Dal 1994, nel riportare le argomentazioni dei comitati promotori dell'iniziativa legislativa popolare, il Governo può modificare o rifiutare alcuni contenuti che siano lesivi dell'onore, manifestamente contrari alla verità o troppo lunghi. Dal 1999, la nuova costituzione federale prevede all'art. 180 che il Consiglio federale informa il pubblico sulla sua attività in tempo utile e in maniera dettagliata, nella misura in cui alcun altro interesse pubblico o privato vi si opponga. Per altro l'art. 137 afferma che i partiti contribuiscono a formare l'opinione e la volontà popolare. Su tali profili vedi H. RAYNER *Participationnisme d'état. Le gouvernement de la «libre formation de l'opinion» en Suisse*, Presses de Sciences Po, serie "Gouvernement et action publique", 2016, vol. 5, disponibile alla pagina web <https://www.cairn.info/revue-gouvernement-et-action-publique-2016-2-page-79.htm>, 88 ss.

⁹ Si tratta dell'iniziativa denominata "Sovranità del popolo senza propaganda governativa", per i cui dettagli vedi la pagina web <https://www.bk.admin.ch/cb/f/pore/vi/vi313.html>.

¹⁰ Vedi sul tema B. O'NEIL, *The referendum process in Ireland*, in *Irish Jurist* 2000, pp. 341 e ss. e B. RUANE, *Reflections on procedural rights in constitutional referenda*, *ivi*, 2012, 28 ss.

compito di chiarire il significato e la portata dei quesiti referendari»¹¹. L'intervento dell'apparato pubblico, ha sottolineato la Corte, deve limitarsi, come dispone la l. n. 28 del 2000, ad illustrare agli elettori la denominazione dei quesiti e le modalità di voto, riservandosi, invece, «precipuamente al confronto dialettico tra i soggetti interessati il chiarimento e l'approfondimento del significato e della portata dei quesiti referendari»¹² e cioè ai soggetti del pluralismo.

Questi ultimi vanno declinati, come è noto, nell'ambito del c.d. pluralismo interno (che vede al centro il servizio pubblico radiotelevisivo) e del c.d. pluralismo delle voci od esterno (che vede come protagonisti i soggetti privati del settore radiotelevisivo e quelli della stampa)¹³, quali fonte di discernimento in capo al cittadino proponente-elettore.

Quindi, al fine della sopra richiamata esigenza di compensazione dell'inevitabile deficit di ponderazione e conoscenza in capo a chi è portato a reagire compulsivamente con un click, dinanzi a provocazioni che corrono veloci sulla rete, occorre agire sulla qualità alquanto povera del nostro pluralismo informativo¹⁴, sia con riguardo ai tradizionali media, sia soprattutto (e questo riguarda l'intero quadro delle democrazie pluraliste mondiali) con riguardo alla nuova dimensione dei processi informativi sulla rete digitale, con particolare riferimento al ruolo delle piattaforme digitali, soprattutto nella campagna elettorale ed alla problematica della regolazione del finanziamento della vita politica, per quanto riguarda le spese dei candidati per le inserzioni sui *social*¹⁵.

3. *Analisi di alcune ulteriori proposte di bilanciamento elaborate in dottrina*

Svolgo solo qualche breve considerazione su alcune delle contromisure che sono state prospettate da quella parte della dottrina che ritiene che l'introduzione della nuova disciplina della firma per l'adesione ai referendum e alle iniziative legislative popolari richieda specifici interventi strutturali.

Tra tali interventi proposti ricordo: a) la previsione dell'attivazione del giudizio di ammissibilità da parte della Corte Costituzionale al raggiungimento di una certa quota di firme inferiore a quella

¹¹ Vedi il n. 3 del *Considerato in Diritto*. Vedi anche la sentenza n. 79 del 2016, sulla distinzione tra propaganda e comunicazione istituzionale, su cui, se si vuole, vedi R. BORRELLO, *Comunicazione politica, comunicazione istituzionale e propaganda tra area della politica-libertà ed area della politica-funzione*, in *Giur. Cost.* 2016, 720 ss.

¹² Lc. cit.

¹³ Secondo la ben nota distinzione elaborata dalla Corte, a partire dalla sent. n. 826 del 1988 e più volte ribadita nella successiva giurisprudenza in ordine alle connotazioni del principio del pluralismo informativo (v. sul tema, da ultimo R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Milano 2021, 37 ss.).

¹⁴ Sulla quale, se si vuole, si veda R. BORRELLO, *La comunicazione politica in transizione e la persistente centralità della par condicio radiotelevisiva*, in *Lo Stato 2020*, fasc. 15, 11 ss.

¹⁵ Per i profili di carattere generale della tematica vedi M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *MediaLaws* n. 2/2021, 67 ss. Sugli aspetti specifici dell'ordinamento italiano, con riguardo ai temi indicati nel testo, v. P. ZICCHITTO, *La libertà di espressione dei partiti politici nello spazio pubblico digitale: alcuni spunti di attualità*, in *MediaLaws* n.2/2020, 81 ss.; O. GRANDINETTI, *Facebook vs. CasaPound e Forza Nuova, ovvero la disattivazione di pagine social e le insidie della disciplina multilivello dei diritti fondamentali*, in *MediaLaws* 2/2021, 173 ss.; G. D'IPPOLITO, *Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network*, in *MediaLaws* n. 1/2020, 159 ss.

stabilita dal dettato costituzionale¹⁶, b) l'estensione del giudizio della Corte alla normativa di risulta¹⁷, c) l'innalzamento della quota di firme necessarie per l'attivazione della procedura referendaria¹⁸; d) l'abbassamento del quorum strutturale deliberativo per il referendum abrogativo¹⁹.

3.1. L'elevazione del numero di firme necessarie per l'iniziativa referendaria ex art. 75 Cost. e l'abbassamento del quorum strutturale

Iniziando subito dal profilo del numero di firme mi pare condivisibile l'argomentazione che esse sono state formulate in relazione ad una platea di elettori pari a circa 30 milioni ora ammontanti, invece, a circa 50 milioni²⁰. È da considerare, tuttavia, l'obiezione che riguardo il calo demografico in atto in Italia, che renderebbe, in ipotesi, necessario un nuovo adeguamento al ribasso in futuro, del tutto gravoso, vista la necessità della revisione costituzionale²¹.

A questo punto si potrebbe prevedere una revisione che fissa la quota delle firme su una percentuale fissa della popolazione italiana da verificare sulla base di meccanismi affidabili, da regolare eventualmente con legge ordinaria.

Riflettere invece sulla diminuzione del quorum strutturale sul quale sembrano convergere molte opinioni. I temi importanti hanno sempre mobilitato l'elettorato, basti pensare alle vicende del nucleare, alla materia del finanziamento della politica e del sistema elettorale. Basarsi sull'esistenza di un astensionismo ormai consolidato mi sembra una abdicazione.

3.2. Il ruolo dell'Ufficio centrale per il Referendum e l'anticipazione del controllo della Corte sull'ammissibilità del referendum abrogativo

Vediamo, ora, gli interventi a valle, sulla fase procedimentale successiva alla raccolta delle firme.

Preliminarmente osservo che il ruolo dell'Ufficio centrale della Cassazione viene facilitato ma non nullificato: i controlli sulle firme, sussistono comunque in certa misura, vista anche l'attuale fase transitoria che vede l'utilizzo di "documenti informatici" in attesa della istituzione dell'apposita piattaforma²².

¹⁶ Vedi per tale proposta S. CECCANTI e F. CLEMENTI che sono intervenuti in sede giornalistica ed in alcuni webinar (V. per Ceccanti, tra gli altri, l'intervento *Si ora serve un nuovo equilibrio* su *Il Tirreno* del 26 settembre 2021 e per Clementi, *I correttivi necessari alla deriva della spid democracy*, in *Il Sole 24 ore* del 21 settembre 2021). Condivide tale opinione S. CASSESE, *Altro che divisione, siamo alla confusione dei poteri*, *il Riformista*, 5 ottobre 2021. Vedi ulteriori opinioni riportate in *Corriere della Sera*, 20 settembre 2021, *I dubbi dei costituzionalisti sulle firme (lampo) in Rete: alla democrazia serve tempo* (a cura di V. PICCOLILLO).

¹⁷ Tesi risalente essenzialmente a S. CECCANTI, *lc. cit.*

¹⁸ *Ivi.*

¹⁹ *Ivi.*

²⁰ S. CECCANTI, *lc. cit.*

²¹ Aspetto messo in luce da P. CARNEVALE nella sua relazione, in occasione del convegno *Firma digitale e democrazia diretta*, 13 ottobre 2021, *cit.* nella postilla iniziale del presente scritto. Tale relazione è, per ora, reperibile in formato video su <https://www.radioradicale.it/scheda/649821/firma-digitale-e-democrazia-diretta>.

²² Vedi il comma 344 dell'art. 1 della legge n. 178 del 2020 *cit.*

Restano, poi, ovviamente le attribuzioni del medesimo organo in ordine alla vigenza dell'atto normativo anche in ordine al controllo della sostanzialità di eventuali abrogazioni in corso d'opera²³ e sulla formulazione del quesito²⁴.

Per quanto riguarda il controllo della Corte, anticipato al raggiungimento di un numero congruo di firme, indubbiamente, a fronte del prevedibile afflusso di un numero elevato di quesiti, esso assolverebbe alla funzione di prevenire reazioni emotive negative, di «frustrazione»²⁵, in capo ai proponenti di iniziative che, avendo conseguito un numero particolarmente elevato di firme, fossero bocciate, al termine di un lungo iter, sulla base dei ben noti parametri di ammissibilità sviluppati in una pluridecennale giurisprudenza.

È stato obiettato²⁶, per altro, che il numero di firme previsto per l'attivazione anticipata del controllo della Corte sia, a sua volta, nella sua misura ridotta, idoneo a favorire iniziative estemporanee di «smanettatori» del web, che, prive di un effettivo seguito, verrebbero comunque a mettere i giudici della Consulta sotto stress.

In realtà, mi sembra che una analisi costi-benefici deponga a favore della necessità di correre tale rischio, rispetto a quello, nell'ipotesi inversa, della possibilità di insorgenza di situazioni di tensione, con forti pressioni sulla autonomia decisionale della Corte²⁷.

Da valutare con più attenzione sembra, invece, la considerazione che per prevedere il controllo anticipato occorrerebbe comunque la revisione costituzionale, in quanto la l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, all'art. 2, nell'introdurre la nuova competenza della Corte, parla di «... richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione...», con un rinvio inderogabile dalla legge ordinaria a tale ultima disposizione in ordine al numero di firme per le quali può parlarsi di «richieste» sulle quali si attiva la Corte stessa²⁸.

3.3. Il controllo anticipato sulla normativa di risulta

Per quanto riguarda l'apertura al controllo di costituzionalità preventivo della normativa di risulta in sede di giudizio di ammissibilità, come è noto, la Corte cost., allo stato²⁹, respinge la possibilità di tale esame anticipato, che sarebbe connotato da un controllo astratto, privo anche della previa indicazione dei parametri di costituzionalità che la Corte stessa dovrebbe individuare d'ufficio, vertendo su norme future e incerte, in palese violazione delle regole del processo costituzionale italiano, che vietano al giudice delle leggi di procedere allo scrutinio di

²³ Vedi ovviamente la sent. Corte cost. n.68 del 1978.

²⁴ Sulle specifiche prerogative dell'Ufficio centrale sulla intitolazione del quesito, vedi Corte cost. sent. n.17 del 2016 e TAR Lazio sent. 20 ottobre 2016 n.10445, che ha affermato che «le ordinanze dell'Ufficio Centrale per il Referendum ... (omissis) sono espressione di un ruolo di garanzia, nella prospettiva della tutela generale dell'ordinamento, e si caratterizzano per la loro assoluta neutralità, che li sottrae al sindacato giurisdizionale».

²⁵ Termine utilizzato da S. CECCANTI, *lc. cit.*

²⁶ G. GUZZETTA, *Che strana levata di scudi...*, in *Il Riformista*, 21 settembre 2021.

²⁷ Vedi per altro, le considerazioni di S. CASSESE, *lc. cit.*, sulla capacità di «tenuta» della Corte, ormai consolidata.

²⁸ Vedi la relazione di G. GUZZETTA in occasione del citato convegno *Firma digitale e democrazia diretta*. Anche tale relazione è, per ora, reperibile in formato video su <https://www.radioradicale.it/scheda/649821/firma-digitale-e-democrazia-diretta>.

²⁹ A partire dalle sentt. nn. 251 del 1975, 16 del 1978, 24 del 1981 e 26 del 1987.

costituzionalità, senza che la questione sia sorta in occasione di una concreta vicenda applicativa della norma censurata.

Ha affermato la Corte, in particolare³⁰, che, al più, «ciò che può rilevare, ai fini del giudizio di ammissibilità della richiesta referendaria, è soltanto una valutazione liminare e inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale». Fuori di ciò, la ricomposizione del tessuto normativo inciso dall'ablazione referendaria deve essere frutto dell'opera interpretativa dei soggetti istituzionali competenti³¹.

In conclusione, se appaiono condivisibili le motivazioni poste alla base dell'anticipazione del controllo sulla normativa di risulta, non appare, in primo luogo, chiaro se occorra l'utilizzo della revisione costituzionale o se sia sufficiente una inversione di tendenza da parte della giurisprudenza della Corte. Quest'ultima evenienza appare, tuttavia, poco probabile, proprio perché si inciderebbe profondamente sulla natura del nostro sistema di giustizia costituzionale.

4. Conclusioni

Per concludere vorrei osservare che sussistono in molte delle opinioni dottrinarie che hanno affrontato la problematica della firma digitale riferita al momento dell'iniziativa di atti di democrazia correttiva, molte perplessità nell'introduzione del voto deliberativo o prepositivo in via digitale.

In realtà la problematica di tale modalità di voto deriva dalla ancora insufficiente garanzia dei requisiti ex art. 48 cost, soprattutto con riferimento alla personalità ed alla segretezza, ma la facilità dell'esercizio non determina, mi sembra, gli squilibri paventati per la firma digitale, ma anzi esalta il funzionamento di una democrazia basata strutturalmente sulla rappresentanza, combattendo l'astensionismo.

È la natura di correttivo degli strumenti di democrazia diretta che, invece, richiede cautela nell'opera di facilitazione: se è correttivo deve intervenire come freno di emergenza e non come dispositivo per fare funzionare il meccanismo nel suo complesso.

Occorre agire, in realtà, sulla crisi degli strumenti della rappresentanza (sistema elettorale, disciplina dei partiti ecc.) e non sbilanciare tutto sui correttivi, salvaguardando quello che, in ogni caso, per quello che si è cercato di dimostrare nel presente contributo, è il valore che possiamo definire della *slow democracy*, quale omologo nel campo costituzionalistico della differenza che intercorre ... tra un *fast food* ed uno *slow food*.

³⁰ Sentt. nn. 15 del 2008 e 45 del 2005.

³¹ Sent. n. 15 del 2008 cit.



Paolo Carnevale*

La richiesta di *referendum* abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione.

Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica**

SOMMARIO: 1. La sottoscrizione digitale e le sue origini – 2. Le proposte di modifica avanzate a seguito della sua introduzione – 3. Una non inutile divagazione artistica – 4. Il rischio della sottoscrizione non ponderata e la necessità di ridimensionarlo. Una piccola proposta.

1. La sottoscrizione digitale e le sue origini

L'introduzione della c.d. sottoscrizione digitale delle richieste di *referendum* popolare abrogativo, di cui s'è discusso molto negli ultimi tempi, ha un'antecedente remoto e indiretto ed uno prossimo e diretto.

Il primo è rappresentato dalla previsione – contenuta nella legge di bilancio per il 2021 (n. 178 del 2020) all'art. 1, comma 341 (di 1159: *sic!*) – della istituzione di un fondo per la realizzazione di una piattaforma di raccolta delle firme digitali a beneficio esclusivo delle persone in condizione di disabilità, allo scopo «di contribuire a rimuovere gli ostacoli che [ne] impediscono la piena inclusione sociale [...] e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica». Quella raccolta riguarda, in modo specifico, le sottoscrizioni di cui all'art. 8 della legge n. 352 del 1970 che, nel dettare le modalità per l'apposizione delle firme riguardo alle richieste di *referendum* popolare *ex art.* 138 Cost., reca una disciplina applicabile anche ai *referendum* previsti dagli articoli 75, 132 Cost. nonché pure alle iniziative legislative popolari di cui all'articolo 71, secondo comma, della Costituzione, visti i plurimi rinvii effettuati rispettivamente dagli artt. 40, 47 e 49 l. n. 352 del 1970.

Si aggiungeva, poi, l'impegno ad assicurare la realizzazione della piattaforma entro l'anno 2021 (comma 343), nonché la previsione che, a partire dal 1° gennaio 2022, «le firme e i dati di cui al

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi Roma Tre.

** Intervento svolto in occasione del convegno *Firma digitale e democrazia diretta*, promosso dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e Libertà in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea e la rivista *Nomos-Le attualità nel diritto*, tenutosi presso la Sapienza Università di Roma il 13 ottobre 2021.

secondo comma dell'articolo 8 della legge 25 maggio 1970, n. 352» potranno «essere raccolti, tramite la piattaforma di cui al comma 341, in forma digitale ovvero tramite strumentazione elettronica con le modalità previste dall'articolo 20, comma 1-*bis*, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82»; aggiungendo altresì che le «firme digitali non sono soggette all'autenticazione di cui al terzo comma dell'articolo 8 della legge 25 maggio 1970, n. 352» (comma 344).

Insomma, si trattava di un'operazione specificamente indirizzata a favorire la partecipazione alla vita democratica di soggetti impediti (o comunque in grave difficoltà) a recarsi fuori dalla propria abitazione per esercitare i diritti politici loro astrattamente garantiti, contrassegnata, quindi, da una chiara finalità integrativa, a beneficio di una sfera di persone svantaggiate. In quanto tale, essa aveva riscosso un diffuso plauso anche sul piano sociale da parte, in specie, delle organizzazioni che si occupano della disabilità e dell'*handicap*.

Ebbene, su questa vicenda si innesta quello che è l'antecedente diretto: vale a dire l'art. 38 *quater* della legge n. 108 del 2021 – di conversione del d.l. n. 77 dedicato a “*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure” – il quale, per l'appunto, in emendazione del testo dell'art. 38 in tema di comunicazione digitale delle Pubbliche amministrazioni del convertendo decreto, oltre ad esplicitare in via discorsiva il riferimento alle procedure riguardanti i *referendum* popolari e le iniziative legislative popolari previsti in Costituzione, modifica la legge 178/2020. E lo fa: disponendo l'applicazione alle medesime procedure della disciplina per la presentazione delle istanze alla Pubblica amministrazione per via telematica, ricorrendo alla sottoscrizione mediante identità digitale (SPID), carta di identità elettronica (CIE) e carta nazionale dei servizi (CNS); anticipando al luglio del 2021 il termine per l'applicazione della nuova regolamentazione (in attesa della predisposizione della piattaforma digitale) e, in specie, della possibilità di raccogliere le firme anche attraverso un documento informatico, predisposto dai promotori della raccolta, sottoscritto con firma elettronica qualificata; ma, soprattutto, eliminando l'originario riferimento alle persone disabili, trasformando l'originaria disciplina in normativa di carattere generale. Ad esserne significativamente mutata è evidentemente anche la *ratio* di fondo della stessa che, dal fine dell'inclusione partecipativa delle persone svantaggiate transita ad un più generico obiettivo di facilitazione e snellimento delle procedure in questione.

Si potrebbe discutere sull'omogeneità dell'emendamento in parola alla disciplina emendata e, più in generale, al perimetro definito dal preambolo del decreto-legge che evoca la straordinaria necessità e urgenza “di definire la strategia e il sistema di *governance* nazionali per l'attuazione degli interventi relativi al Piano nazionale di ripresa e resilienza e al Piano nazionale per gli investimenti complementari”, “imprimere un impulso decisivo allo snellimento delle procedure amministrative in tutti i settori incisi dalle previsioni dei predetti Piani, per consentire un'efficace, tempestiva ed efficiente realizzazione degli interventi ad essi riferiti”, “di introdurre misure relative all'accelerazione dei procedimenti relativi agli interventi in materia di transizione ecologica e digitale e di contratti pubblici”.

Tutti noi sappiamo, tuttavia, quanto l'omogeneità contenutistica e funzionale cui è vincolata la diade decreto-legge – legge di conversione costituisca un limite duttile, ancorché non del tutto elastico.

Quel che, forse, vale la pena di notare è piuttosto un'altra cosa.

L'emendamento in questione, ancorché sostenuto dall'ampio consenso delle forze parlamentari e ad onta del parere negativo del governo, è stato tuttavia approvato utilizzando il “veicolo” del maxi-emendamento con posizione della questione di fiducia, ricorrendo cioè ad una pratica che, oltre ad essere di assai dubbia legittimità costituzionale, rappresenta una forma di mortificazione della ordinaria dialettica Parlamento-Governo e della fisiologica partecipazione del primo alle scelte operate dal secondo. Il voto bloccato dell'Assemblea su di un testo legislativo frutto dell'accordo sottobanco fra Governo e maggioranza è infatti, di là dalla chiara elusione dell'art. 72 Cost., una potenziale di caricatura di quella partecipazione e delle sue forme proprie. Ed è interessante notare, come è stato opportunamente rilevato, che una modifica normativa dichiaratamente tesa a favorire la partecipazione (popolare) ad iniziative di prioritario rilievo politico-costituzionale possa avvalersi di un mezzo che quella medesima partecipazione (dei rappresentanti del popolo) finisce per avvilire.

Un simile paradosso spinge forse a chiedersi se estendere la generica “nobilitazione del mezzo attraverso il fine” anche ad ipotesi in cui il primo sia espressione di una prassi che quel medesimo fine tende a negare.

2. Le proposte di modifica avanzate a seguito della sua introduzione

Passata un po' sotto silenzio l'introduzione della sottoscrizione digitale dei *referendum* e delle proposte legislative popolari, intorno ad essa si è sviluppato un significativo dibattito in concomitanza della ripresa su larga scala dell'iniziativa in tema di *referendum* abrogativo, come non si vedeva da tempo nel nostro paese – sei richieste in tema di giustizia, una in tema, per dir così, di eutanasia, una tesa all'abolizione della caccia, un'ultima in punto di depenalizzazione dell'uso della cannabis – al cui buon esito l'ottimo (in taluni casi addirittura straordinario) rendimento offerto dal nuovo strumento ha in una certa misura contribuito. I tempi, in alcuni casi estremamente accorciati, della raccolta e i suoi “numeri”, talora assai ingenti e molto al di là della soglia costituzionalmente prevista delle cinquecentomila firme, stan lì a dimostrarlo. Quel che richiedeva – come chi ha avuto esperienza in materia sa molto bene – un ingente sforzo organizzativo, spesso reso assai più difficile dalla presenza di non pochi ostacoli e resistenze burocratiche e tale da consegnare l'iniziativa referendaria nelle mani robuste di chi poteva avvalersi del supporto di strutture ed enti di un certo rilievo – partiti, sindacati, ecc. – sembra ora d'improvviso perdere buona parte della sua asperità mercé il ricorso alla sottoscrizione telematica.

Si sono, in proposito, levate voci di preoccupazione verso ciò che è stato considerato un “eccesso di facilità” indotto dalla nuova forma di raccolta-firme, dando nuova linfa a (già in passato avanzate) proposte di modifica della normativa vigente, essenzialmente polarizzate intorno alla necessità di aumentare il *quorum* delle cinquecentomila sottoscrizioni, da un verso, e

di (in vario modo) anticipare il giudizio di ammissibilità sulle richieste referendarie assegnato alla Corte costituzionale, dall'altro.

Dico subito che né l'una, né l'altra prospettiva di riforma mi persuade.

Non la prima, soprattutto ove essa faccia leva sull'argomento dell'incremento della popolazione e quindi degli aventi diritto al voto dall'epoca della redazione della Carta costituzionale.

Invero, a me pare che la soglia di elettori richiesta dall'art. 75 Cost., quantificata com'è in termini assoluti al pari di quella riguardante l'iniziativa regionale, vada intesa come espressiva di un sufficientemente diffuso consenso intorno alla richiesta referendaria o, più precisamente, intorno alla sua promozione. Non si tratta, quindi, di ancorare quella soglia alla consistenza del corpo elettorale, ma di considerarla *valevole in sé* in quanto indicativa del coinvolgimento di una fetta rilevante del corpo elettorale ai fini dell'insuccesso della miccia referendaria. Una miccia, peraltro, che deve superare non pochi ostacoli per giungere al detonatore del voto popolare.

Ad ogni modo, la proposta di incremento della quota dei cinquecentomila elettori portata ad un valore più elevato, sempre formulato, però, in termini assoluti – si parla, a questo proposito, di ottocentomila firme – a me sembra apparire in sé contraddittoria perché nega quell'ancoraggio alla variazione del corpo elettorale da cui trae ragione. Contraddizione che, a mio parere, crescerebbe ulteriormente ove si volesse associare a quell'incremento, quasi fosse una compensazione, il diverso computo “al ribasso” del *quorum* di validità, mercé l'aggancio alla quota, non degli aventi diritto, ma dei votanti alle ultime elezioni politiche generali (o dei votanti medi nel corso delle elezioni più recenti). Vero è che una simile proposta, in sé ragionevole, servirebbe ad arginare il crescente fenomeno dell'astensionismo, solo che per sostenere tale soluzione bisognerebbe abbandonare proprio il richiamo alla variazione della popolazione votante, il quale, se preso in considerazione in questo caso, dovrebbe portare a – a conti fatti – ritenere abbondantemente compensato, da un punto di vista numerico, l'incremento dell'astensione dalla crescita del corpo elettorale dal quarantotto ad oggi.

Per non dire che la proposta in questione parrebbe avversata dal dato di contesto dell'onda lunga di una costante decrescita della popolazione del nostro paese, oramai interessato da un persistente fenomeno di denatalità, che ha portato negli ultimi sette anni – secondo quanto risulta dai rilevamenti Istat – ad una diminuzione della popolazione pari ad oltre un milione di individui.

Vengo, a questo punto, alla seconda proposta di riforma.

Si tratta, anche in questo caso, di una idea ricorrente: quella cioè di anticipare il giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie ad opera della Corte costituzionale ad un momento anteriore a quello del raggiungimento della soglia dei cinquecentomila elettori, reclamando il suo intervento al conseguimento di una quota intermedia di sottoscrizioni che assicuri all'iniziativa ablatoria popolare un certo grado di consistenza in termini di consenso.

Se non ricordo male, la richiesta di anticipazione del giudizio della Corte collocandolo nel corso della campagna per la raccolta delle firme era stata in origine motivata sulla base dell'esigenza di evitare l'ingente sforzo organizzativo della raccolta ai promotori di richieste di *referendum* poi destinate a non superare il vaglio di ammissibilità. Ora che il quadro cambia radicalmente, proprio per il fatto che la novità della sottoscrizione digitale alleggerisce

sensibilmente l'entità dell'impegno a raccogliere le firme, la proposta assume una nuova motivazione: evitare alla Corte costituzionale di giudicare richieste di *referendum* supportate da una sovrabbondanza di consenso, provviste, come dire, di una sorta di plus-valore democratico – per scomodare una celebre espressione – trovandosi nella scomoda condizione di esercitare lo scrutinio sotto la forte pressione politica rappresentata dal largo consenso ottenuto dall'iniziativa e, magari, sbarrare ad essa il passo al prezzo di contrapporsi frontalmente alla “robusta” istanza popolare.

A parte ogni considerazione del fatto che la prefigurata riforma – che, va sottolineato, avrebbe dalla sua una praticabilità ben maggiore rispetto alla precedente, dovuta alla possibilità di intervenire, non sulla Costituzione, ma solamente sulla legge n. 352 del 1970 – dovrebbe valere solo per le iniziative popolari e non anche per quelle regionali, onde si dovrebbe immaginare un duplice procedimento referendario a cadenze differenziate, a seconda della diversa provenienza dell'iniziativa, quel che viene da fare è un doppio rilievo.

Va, innanzitutto, osservato che il benefico effetto di alleggerimento del giudizio di ammissibilità dall'eccesso di tensione politica prefigurato dai promotori della riforma avrebbe, per contro, la meno benefica conseguenza, nella eventualità di plurime iniziative referendarie attivate nel corso dell'anno, di una multipla chiamata in causa della Corte, stante che il suo scrutinio non sarebbe più “a pacchetto” ma per singola richiesta. Eventualità tutt'altro che remota, complici, da un lato, il *quorum* più basso di firme da raggiungere per attivare il giudizio della Corte costituzionale e, dall'altro, l'effetto incrementale ascrivibile proprio alla novità della sottoscrizione digitale. Ne potrebbe derivare, per il giudice costituzionale, un carico di lavoro ed una esposizione decisamente più ingenti.

C'è poi una seconda (e forse più rilevante) considerazione critica.

Così ricollocato nel procedimento referendario, il giudizio della Corte, ove positivo, si trasformerebbe inevitabilmente in un fattore di accreditamento dell'iniziativa abrogativa popolare, in grado di riflettersi non poco sulla raccolta delle firme. Insomma, l'avallo all'ammissibilità si atterrebbe a volano del consenso, coll'evidente effetto di caricare la decisione dei giudici di Palazzo della Consulta di una valenza politica che riporterebbe la Corte sotto i riflettori, per l'appunto, del dibattito pubblico. Sotto quei riflettori a cui la proposta in esame voleva in qualche modo sottrarla.

Senza dire, infine, che il giudizio della Corte posto in mezzo al guado, per come il giudizio di ammissibilità si è ormai configurato soprattutto alla stregua della valutazione sulla omogeneità (e dintorni) del quesito, potrebbe finire per influenzare il processo di acquisizione delle firme, introducendo un elemento di turbativa, ogniqualvolta l'ammissibilità della richiesta sia accompagnata ad una sua conformazione di senso. Così che la richiesta di *referendum* assumerebbe una portata diversa, a valle e a monte del giudizio di ammissibilità, e con ciò il consenso prestato potrebbe non essere lo stesso “prima” e “dopo” la pronunzia.

3. *Una non inutile divagazione artistica*

È bene, a questo punto, tornare al tema (che qui ci occupa) della sottoscrizione digitale della richiesta di *referendum* abrogativo.

Per poterne parlare, si può prendere le mosse da una domanda: si può non essere soddisfatti dell'eliminazione di barriere frapposte all'esercizio di un diritto politico costituzionalmente tutelato? A questa potrebbe seguire un secondo interrogativo: semplificare e rendere più agevoli le modalità attraverso le quali assicurare gli adempimenti necessari a quell'esercizio non significa, forse, implementare la Costituzione? E implementare la Costituzione, assicurando le condizioni migliori per l'esercizio di un diritto ch'essa prevede, non costituisce un compito prioritario del legislatore?

Si tratta di quesiti dall'indubbio sapore retorico, in cui il chiesto cela in sé già la risposta: nel primo caso negativa, nel secondo e terzo positiva. È un po' come se ci chiedessimo: possiamo non esser contenti dell'eliminazione delle barriere architettoniche?

Se, poi, a questo si aggiunge che, proprio l'innovazione normativa di cui qui si discute consente al nostro Paese di colmare il deficit di rispetto del Patto sui Diritti Civili e Politici, accertato dal Comitato per i diritti umani dell'Onu, e di rispondere alla condanna subita in quella sede nel 2019, direi che il compiacimento è difficilmente negabile.

Del resto, chi scrive non crede in alcun modo al sinallagma fra fatica *della* scelta e ponderazione *nella* scelta. È piuttosto convinto – e su questo vorrei incentrare le mie considerazioni – della non assoluta neutralità della modalità espressiva riguardo alla formulazione della scelta e che semmai – per l'equazione diametralmente opposta a quella precedente – un eccesso di facilità nella espressione *della* scelta possa indurre a (o recare con sé) una disinvoltura *nella* scelta.

Mi spiego ricorrendo alla letteratura.

A venirmi in mente, infatti, proprio in merito al *thema* qui esaminato – sembrerà strano e forse un po' bizzarro – è un racconto di un importante scrittore e romanziere portoghese della seconda metà del diciannovesimo secolo: José Maria de Eça de Queirós, autore prediletto fra gli altri da José Luís Borges. La novella, del genere fantastico, si intitola *O mandarim* e racconta delle prodigiose vicende che accadono, per intervento del diavolo in persona, ad un oscuro e dimesso funzionario ministeriale che vede sconvolta la propria esistenza proprio dal fatto di aver ceduto alle allettanti proposte tentatrici di satana. Il racconto è noto da noi, quantomeno al grande pubblico, per la trasposizione teatrale, operata da Garinei e Giovannini negli anni sessanta dello scorso secolo per trarne la trama di una delle loro più popolari commedie musicali, rimasta celebre anche per la fortunatissima colonna sonora del maestro Gorni Kramer: “Un mandarino per Teo”.

La vicenda – mi riferisco, perché nota ai più, alla trasposizione teatrale – narra di una squattrinata comparsa di Cinecittà che riceve d'improvviso due loschi figure – emissari di satana – che gli propongono un affare seducente: premendo un campanello potrà far morire dall'altra parte del mondo un facoltoso mandarino cinese, ne erediterà le ricchezze senza che alcuno possa mai scoprire la causa prima di quella morte e risalire a lui. La lusinga è troppo forte e Teo non resiste, preme il campanello e dopo qualche giorno è avvicinato da un notaio che gli consegna, a titolo di anticipo dell'eredità maturata, un'ingente somma. All'infatuazione per l'improvvisa

ricchezza e all'iniziale abbandono al godimento sfrenato segue, per farla breve, un mutamento di stato d'animo dovuto al senso di rimorso che lo porta a rifiutare il resto dell'eredità e a dover restituire, con l'ausilio degli amici – visto che la somma era stata già dilapidata – l'anticipo ricevuto dal notaio che altri non è che il diavolo in persona.

4. Il rischio della sottoscrizione non ponderata e la necessità di ridimensionarlo. Una piccola proposta.

Cosa voglio dire con questo racconto? Per quale ragione l'ho evocato?

Perché a me genera la seguente domanda: il protagonista del racconto avrebbe ucciso il mandarino cinese se, in luogo del semplice pigiare il campanello, avesse dovuto acquisire il porto d'armi, comperare un'arma da fuoco, prendere un biglietto d'aereo per la Cina, ecc.?

Probabilmente no, mi viene da rispondere. È infatti nella banalità del gesto che si cela in tal caso la praticabilità della scelta.

E questo quale significato può avere per il discorso che si sta qui facendo?

Forse che la firma digitale può considerarsi omologa al campanello di Teo? Si può pensare che essa generi di per sé disinvoltura nell'opzione dell'elettore-sottoscrittore?

No. Non è questo che intendo dire.

Voglio piuttosto richiamare l'attenzione sul problema delle condizioni necessarie a consentire l'adozione di scelte quanto più possibile consapevoli e frutto di sufficiente maturazione in capo all'elettore chiamato a dar corpo, con la propria opzione personale, ad una decisione collettiva idonea ad esitare in una rilevante decisione pubblica. Tanto più laddove quell'opzione possa essere assunta con uno schioccare di dita – il clic del proprio *personal computer* – e – per dirla col linguaggio evangelico – nel segreto della propria stanza.

Non si tratta certo per l'ordinamento di garantire la contezza della scelta, obiettivo in sé non perseguibile *per legem*, ma per l'appunto assicurare l'*habitat* o il contesto possibile del suo generarsi. Questo sì è un obiettivo conseguibile *per legem e ab externo*.

Del resto, per restare in argomento, vale la pena di ricordare come il conio giurisprudenziale del requisito della omogeneità del quesito, nella celebre decisione “madre” in tema di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo della nostra Corte costituzionale – la sentenza n. 16 del 1978 – si sia mosso proprio in questa logica. A spingere la Corte, infatti, ad introdurre all'epoca il criterio in questione fu, come noto, la necessità di salvaguardare la libertà di scelta del votante in termini di consapevolezza dell'opzione da assicurarsi attraverso una formulazione del quesito abrogativo che, incidendo su di un complesso normativo anche assai articolato, lo abbia selezionato in modo da renderlo riconducibile ad un comune principio ispiratore, provvedendolo di una “matrice razionalmente unitaria” in grado di unificarlo. Principio ispiratore e matrice razionalmente unitaria che, agli occhi del cittadino votante, finiscono per esprimere il senso stesso dell'opzione a lui rimessa, definendo in sostanza il vero e proprio *thema decidendum*.

Ebbene, anche in questo caso, la redazione del quesito secondo omogeneità costituisce non certo la garanzia della scelta consapevole, ma la cornice esterna, la condizione di contesto perché

l'opzione dell'elettore, resa individuabile nel suo oggetto, possa essere assunta con un certo grado di cognizione, nel rispetto del principio della libertà di voto predicata dall'art. 48 Cost.

Tutto questo, nel caso qui in considerazione, cosa potrebbe significare?

Un'indicazione possiamo trarla interrogando il nostro testo costituzionale. Quando questo vuole, infatti, evitare decisioni esposte al rischio di non adeguata maturazione, se non addirittura disinvolve o corsare, cosa fa? Opera sul fattore temporale, attingendo alla previsione di termini minimi.

Si pensi al procedimento disegnato dall'art. 138 della Costituzione per l'approvazione delle leggi costituzionali oppure, su di altro piano, all'*iter* per la discussione ed approvazione di una mozione di sfiducia nei confronti del Governo, ai sensi della normativa recata dal quinto comma dell'art. 95 Cost. Lì si prescrive che tra la prima e la seconda deliberazione di ciascuna Camera debba intercorrere “un intervallo non minore di tre mesi”; qui si richiede che la discussione della mozione debba avvenire “non... prima di tre giorni dalla sua presentazione”.

Molto eloquente, ai nostri fini, è in modo particolare la previsione dell'art. 138 Cost., ove – come è stato ben messo in luce in occasione del più recente dei tentativi di modificazione “in deroga” dell'art. 138 della Costituzione operati nella nostra storia repubblicana, riguardante, fra l'altro, proprio il profilo cronologico del procedimento – il lasso di tempo minimo appare utilizzato in funzione di ponderazione della decisione da assumersi da parte delle Camere, onde queste abbiano tutto il tempo per adottarla con la necessaria distensione, ma anche per consentire che, fuori delle aule parlamentari, nell'opinione pubblica si apra un dibattito circa senso e portata della scelta in discussione, in grado di accompagnare la discussione parlamentare e, se del caso, di svilupparsi ulteriormente in caso di attivazione dello strumento referendario.

Insomma, il tempo come fattore di raffreddamento e di attrito, ma anche come spazio per l'elaborazione della decisione all'interno di un dibattito e di confronto collettivo, ai fini della maturazione quanto più ponderata e consapevole della scelta da compiere.

La lezione che se ne può trarre ai nostri fini è quella di scampare dal pericolo, cui la novità della sottoscrizione elettronica della richiesta di *referendum*, con le caratteristiche di rapidità, immediatezza, ma anche di potenziale isolamento della scelta ch'essa consente, può andare incontro. Pericolo che può essere indicato evocando, in certo qual senso, la fortunata formula della “*bubble democracy*”; di una democrazia che, divenuta orfana del pubblico, appare segnata dalla partecipazione di individui isolati in “bolle”, poco aperti al confronto pubblico delle idee e molto più inclini a rafforzare le proprie, non riuscendo a diventare, anche quando inseriti in contesti collettivi, molto più di sé medesimi.

La decisione disinvolve perché immediata, solipsistica e non maturata attraverso un dibattito pubblico, è il rischio, quindi, che intravedo come altra faccia della medaglia dell'opportunità offerta dal nuovo strumento. D'altra parte il *rush* della raccolta delle firme in pochissimi giorni – cui pure s'è assistito nelle settimane scorse per alcune richieste referendarie – non rende quella prefigurata una preoccupazione del tutto intellettuale.

È da tale pericolo, e non da altro e men che mai dalla sottoscrizione elettronica in sé, che bisogna guardarsi.

Come scongiurarlo o quantomeno attenuarlo?

Avanzo, a mo' di suggestione, una piccola proposta di cui sono in parte debitore all'intuizione originaria espressa da un collega del mio Dipartimento in occasione di una casuale chiacchierata avuta con lui.

Si potrebbe, a mio avviso, metter mano ad una modifica della legge n. 352 del 1970, prevedendo un "termine minimo" intercorrente dalla presentazione della richiesta referendaria e la pubblicazione del quesito nella Gazzetta Ufficiale, da un verso, e l'inizio della raccolta delle firme, dall'altro. Esso, senza fuoriuscire dalla stessa legge, potrebbe essere individuato nell'intervallo temporale di trentaquattro giorni, indirettamente previsto dall'art. 52 mercé il rinvio alla disciplina in tema di campagna elettorale dettata dalla legge n. 130 del 1975. Termine – vale la pena di ricordare – a suo tempo ritenuto incompressibile nel noto parere in tema di computo del periodo di sospensione e ripresa del procedimento referendario in seguito allo scioglimento delle Camere, ai sensi dell'art. 34 l. n. 352 del 1970, reso dal Consiglio di Stato nel febbraio del 1973, in ragione dei complessi problemi posti dallo slittamento della data di svolgimento del *referendum* sul divorzio in conseguenza della fine anticipata della V legislatura.

Insomma, creare un "cuscinetto temporale" a monte della raccolta di firme al fine di assicurare che questa sia preceduta dall'affermarsi di uno spazio di comunicazione possibile per l'elettore (potenziale sottoscrittore) non limitato al contatto con i soli promotori, né alla solitudine di quella esclusiva relazione, ma in cui, raggiunto dalle opinioni degli assertori o detrattori dell'iniziativa e magari da una pluralità di strumenti informativi, possa formare la propria determinazione.

Qualcuno, come si sa, proprio in seguito all'introduzione della sottoscrizione elettronica *ex lege* n. 108 del 2021 ha prefigurato lo scenario non certo esaltante di raccolte di firme per via telematica promosse o comunque decisamente stimolate (o indirizzate) da *influencer* in grado, da soli, di mobilitare, in men che non si dica, tanti *follower* quanti la quota costituzionale di cinquecentomila sottoscrittori esige.

Ebbene, ritengo che la proposta avanzata, oltre tutto di non complessa realizzazione per la sua semplicità e la modifica a livello soltanto legislativo che essa comporta, possa, almeno in parte, scongiurare simili derive e favorire un ascolto meno univoco e più disteso. Tanto che – mi permetterei di ironicamente concludere – se di influenze si vuole parlare, almeno si tratti di influenze che, piuttosto che discendere da un singolo personaggio popolare nella rete che assume le vesti del *maître a penser* di turno, possano derivare da un confronto, anzi – se mi è consentito – da un "traffico di influenze" che, in questo caso, da "reato" trasformerei volentieri in "auspicio".



Valeria De Santis*

Dalla *necessità* dell'obbligo vaccinale alla *realtà* del green pass **

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. - 2. Alcuni punti fermi: il vaccino come trattamento diretto a migliorare e preservare la salute individuale e collettiva. I limiti della solidarietà. - 2.1. Obbligo vaccinale per il personale medico e sociosanitario. Precauzione e rischio di diffusività del contagio. - 3. Vaccinazione obbligatoria o raccomandata: valutazione del contesto di fatto e indicazioni medico - scientifiche. - 3.1. Collaborazione scientifica internazionale e creazione del vaccino contro il Covid-19: immissione in commercio condizionata. - 4. Vaccino come requisito per lo svolgimento di determinate attività lavorative. - 4.1. Vaccino e sicurezza dei luoghi di lavoro. - 4.1.1. Mancanza di una disciplina unitaria ed incertezze applicative: l'esempio dell'ordinanza della Regione Sicilia 7 luglio 2021, n. 7. - 5. Esigenze di prevenzione ed estensione del c.d. *green pass*: introduzione. - 5.1. Origini, trasformazione e legittimità del *green pass* - 5.2. *Green pass*: una "spinta" sempre meno "gentile". - 6. Considerazioni conclusive a partire dalle decisioni della Corte Edu e del Consiglio d'Europa sull'opportunità dell'obbligo vaccinale: convincere e non imporre.

* Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Napoli 'Parthenope'.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Corre l'obbligo di precisare che nelle more delle procedure di referaggio la materia oggetto del presente lavoro è stata oggetto di modifiche con l'adozione del d.l. 26 novembre 2021, n. 172, adottato in ragione della necessità di contrastare il consistente aumento dei casi di contagio in tutta Europa e particolarmente preoccupante in alcune Regioni italiane. Il d.l. n. 172 del 2021 introduce l'obbligo della terza dose di richiamo ed estende l'obbligo vaccinale al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale e polizia penitenziaria. Sotto questo profilo, il decreto interviene proprio nel senso auspicato nel presente lavoro, imponendo l'obbligo per categorie particolarmente esposte al contagio e alla diffusione del virus (di seguito, in part. §§. 4.-4.1.2). Inoltre il Governo rafforza la disciplina del *green pass*, la cui validità viene ridotta da 12 a 9 mesi. Dal 6 dicembre 2021 l'accesso a spettacoli, eventi sportivi, bar e ristoranti al chiuso, feste e discoteche, cerimonie pubbliche sarà consentito in gialla e arancione solo ai possessori del *green pass* rafforzato, ovvero, solo se si è guariti o vaccinati. Una eccezione riguarda gli accompagnatori di persone non autosufficienti e disabili. Quindi, con il passaggio della zona in gialla e arancione le attività ricreative e commerciali non subiscono limitazioni perché le preclusioni all'accesso riguardano chi non possiede il certificato verde rafforzato. In via temporanea, il *green pass* rafforzato entra in vigore anche in zona bianca per il periodo dal 6 dicembre al 15 gennaio, mentre in zona gialla e arancione è in vigore dal 29 novembre e senza una scadenza temporale. Il *green pass* base resta dunque utilizzabile essenzialmente per accedere al luogo di lavoro, per salire sui mezzi di trasporto a lunga percorrenza, oltre che in palestra e in piscina e attività sportiva al chiuso, musei, fiere, convegni, centri termali, parchi divertimento e impianti di sci. Dal 6 dicembre il *green pass* base necessario anche per: alloggiare negli alberghi e nelle altre strutture ricettive, accedere agli spogliatoi per l'attività sportiva, utilizzare i mezzi del trasporto ferroviario regionale e del trasporto pubblico locale, ossia, metropolitane, autobus e tram. Le limitazioni aggiuntive di recente introduzione non cambiano la natura del *green pass* (su cui di seguito in part. §§. 5-5.2) e sembrano essenzialmente necessitate dall'aumento dei contagi e dall'esigenza di scongiurare ulteriori chiusure in zona gialla e arancione.

1. *Delimitazione del tema.*

Dopo decenni in cui la riflessione giuridica in materia di salute è stata in prevalenza attratta dall'esigenza di delimitare ed ampliare il profilo soggettivo del diritto alla salute, l'emergenza pandemica sposta l'attenzione sulla dimensione collettiva della salute, come condizione per l'esercizio di altri diritti e realizzazione dell'uguaglianza tra gli individui, secondo quanto già chiaramente delineato nella riflessione in Assemblea costituente¹. Che la salute della comunità costituisca necessario presupposto di sviluppo economico e sociale è di evidenza oggettiva: ad una *società* malata corrisponde un'*economia* malata. Tale considerazione sebbene costituisca un truismo, appare comunque centrale perché giustifica misure, anche limitative dei diritti individuali, ancora necessarie nell'attuale momento in cui il tasso dei contagi e la diffusione di varianti non consentono di ritenere superata l'emergenza.

A due anni dall'inizio della pandemia, la disponibilità di diversi vaccini, la loro dimostrata efficacia e l'esistenza di sempre maggiori conoscenze scientifiche sull'evoluzione del Covid-19 rendono possibili strategie di ripresa della vita economica e sociale "vigilata", puntando sull'obbligo vaccinale per i sanitari, intensificazione della campagna vaccinale ed estensione dell'uso del certificato verde vaccinale (c.d. *green pass*).

La necessità di estendere il numero di cittadini vaccinati per affrontare la ripresa, le resistenze alla vaccinazione di una parte della popolazione e le tensioni che hanno accompagnato l'adozione del *green pass* offrono l'occasione per fare qualche riflessione sulle misure che possono essere adottate in base alla Costituzione a tutela della salute come interesse fondamentale della comunità e condizione del suo sviluppo socioeconomico.

Al fine di inquadrare le più recenti misure di contrasto alla pandemia nell'ambito dei principi costituzionali, di seguito, si proverà quindi a riflettere in via preliminare su quali sono le condizioni che rendono legittimo sotto il profilo costituzionale introdurre l'obbligo vaccinale (§§ 2.-3) per poi soffermarsi sulle criticità derivanti dall'introduzione dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 per il personale sanitario (§ 4.), sulla progressiva estensione dell'uso del *green pass* vaccinale (§ 5.) e sull'opportunità politica di un eventuale estensione dell'obbligo vaccinale (§ 6.).

2. *Alcuni punti fermi: il vaccino come trattamento diretto a migliorare e preservare la salute individuale e collettiva. I limiti della solidarietà.*

¹ A.C. 19 e 24 aprile 1947, gli atti dell'Assemblea costituente possono essere consultati sul sito della Camera dei deputati (legislatureprecedenti.camera.it/). Sulla strumentalità del diritto alla salute come condizione di sviluppo della personalità dei singoli, C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, III, Milano Giuffrè, 1972, 435 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 656 ss.; G. SCACCIA, *Art. 32*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino, 2018, 214; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 2009, 3. Sui lavori dell'A.C., in part., V. POCAR, *Sessant'anni dopo. L'art. 32 della Costituzione e il diritto all'autodeterminazione*, in *Sociologia del diritto*, 2009, 159 ss.

Nella generale incertezza determinata da un quadro emergenziale in evoluzione, il Governo negli ultimi mesi ha adottato una serie di misure tese a favorire l'adesione alla campagna vaccinale, restando la vaccinazione contro il Covid-19 non obbligatoria per la generalità dei cittadini. Senza lasciare spazio a facili condizionamenti "emotivi", determinati da una situazione pandemica senza precedenti, le misure adottate dal Governo vanno lette alla luce dei consolidati principi elaborati da dottrina e giurisprudenza costituzionale in materia di obblighi sanitari e del principio di solidarietà, posto dall'art. 2 Cost. a regolare il rapporto tra diritti e doveri.

A tale scopo non sembra inutile fissare preliminarmente alcuni punti fermi e rammentare che la decisione di rendere un trattamento sanitario *obbligatorio* costituisce il risultato di una valutazione discrezionale che può essere presa solo dal legislatore statale con legge o con atto con forza di legge, quando ricorrano i presupposti della decretazione d'urgenza².

Non esiste un dovere di curarsi e, quindi, se la malattia non è contagiosa o epidemica il legislatore non può imporre l'obbligo vaccinale³. Al contrario, per le malattie contagiose l'imposizione dell'obbligo è giustificata perché l'obiettivo di limitare il rischio di diffusione della malattia è realizzabile unicamente mediante un alto livello di copertura vaccinale che, di norma, è raggiungibile mediante l'imposizione dell'obbligo.

Solo con l'immunità di comunità, che varia in base alla probabilità di trasmissione, dipendente dalla contagiosità e dalla patogenicità dell'agente infettivo, è possibile arrestare la diffusione della malattia, proteggendo coloro che non possono vaccinarsi per particolari condizioni di salute individuale. L'art. 32 Cost. giustifica l'apposizione di limiti alla libertà di cura con l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, anche contro la volontà dell'interessato esclusivamente laddove lo richieda la tutela del bene salute come *interesse della collettività*⁴.

Nel caso delle malattie diffuse la distinzione tra la dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute appare labile, perché la salute della comunità dipende logicamente, prima ancora che sotto il profilo giuridico, dal sacrificio di ciascun individuo⁵. Le due dimensioni del diritto alla

² Il punto è pacifico e, in questa sede, si deve solo rammentare che la Corte costituzionale nella sent. n. 5 del 2018, (punto 6.1 del *Considerato in diritto*) in merito all'adozione della decretazione d'urgenza per la reintroduzione dell'obbligo vaccinale in età pediatrica ha rammentato come la valutazione intorno all'esistenza dei presupposti di necessità e urgenza costituisca - secondo costante giurisprudenza costituzionale - una valutazione politica connotata da ampia elasticità. Solo un'evidente insussistenza della situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere potrebbe essere l'indice dell'esistenza di un vizio, in tal senso, sentt. nn.: 29 del 1995; 171 del 2007; 93 del 2011. Nella situazione emergenziale, i cui caratteri sono stati attentamente ricostruiti dalla Corte cost. nella sent. n. 37 del 2021, non vi sono dubbi che il Governo potrebbe ricorrere alla decretazione d'urgenza anche per ampliare le categorie sottoposte all'obbligo vaccinale perché tale decisione sarebbe giustificata dalla possibilità di raggiungere l'effetto immediato di limitare drasticamente l'incidenza del *virus* e della malattia e raggiungere in breve l'immunità di comunità.

³ L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 594; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, cit., 437.

⁴ Sul tema, R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, in *Dir. e società*, 1981, 546; M. LUCIANI, *Salute (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1991, 10 ss.; S. P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. e società*, 1979, 900 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 38 ss.; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, Cedam, 37 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forumcostituzionale.it*, 11 settembre 2018; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivistaaic.it*, 3/2013.

⁵ La difesa contro le malattie infettive comprende la vaccino-profilassi come misura preventiva ed è completata da altre misure dirette come la denuncia, l'isolamento e la disinfezione. Nel rapporto costi/benefici, la vaccinazione appare

salute, come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, hanno lo stesso rilievo costituzionale⁶ e devono essere attentamente ponderate dal legislatore in modo che nessuna delle due possa soverchiare l'altra. In tal senso, l'aggettivo *fondamentale* sembra proprio dover essere riferito ai due profili del diritto dell'individuo alla salute e dell'interesse della collettività⁷ a segnare la logica integrazione dei due aspetti del diritto alla salute.

La connessione tra dimensione individuale e collettiva è inscindibile e dunque il trattamento imposto dal legislatore deve essere finalizzato a migliorare e preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, non potendo il singolo essere considerato un semplice mezzo per raggiungere l'obiettivo della tutela collettiva, a discapito della salute del singolo.

Nel rifiutare qualsiasi forma di strumentalizzazione dell'individuo, l'art. 32 Cost. pone un limite chiaro: il divieto di adottare misure contrarie al senso di umanità. La clausola del rispetto della persona umana esclude trattamenti medici che non abbiano finalità di cura⁸ e costituisce un limite invalicabile perché l'"umanità", con il congiunto riconoscimento di diritti inviolabili e doveri di solidarietà, resta sempre al centro del progetto costituzionale.

È solo l'interesse alla salute dell'intera collettività - e non un generico interesse pubblico - a giustificare l'introduzione dell'obbligo del trattamento, determinando la relazione tra individuo e collettività in tema di salute, un *patto di solidarietà* - per usare le parole della Corte costituzionale⁹ - che comporta il riconoscimento di un indennizzo in caso di danno derivante dal vaccino. Il trattamento sanitario obbligatorio o raccomandato non può infatti incidere negativamente sullo stato di salute di colui che lo subisce salvo che - afferma, come noto, la Corte costituzionale -

estremamente vantaggiosa, ma i vantaggi - come collettività - si ottengono solo se viene coinvolta un'alta percentuale di cittadini, raggiungibile di norma solo se le vaccinazioni vengono rese obbligatorie, sul punto, C. CHIARIELLO, *Vaccinazioni (obbligo di)*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg. VIII, Torino, Utet, 2021, 487 ss.; L. MEZZETTI, A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. discipl. pubbl.*, XV, Torino, Utet, 1999, 336 ss.

⁶ Sul punto V. MARCENÒ, *I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un "caso difficile"*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012, 232, mette in evidenza come, a partire dagli anni novanta del XX sec., la Corte costituzionale proprio in materia di obbligatorietà dei vaccini abbia superato la visione gerarchica del rapporto tra salute come diritto fondamentale ed interesse della collettività per proporre una costruzione «paritaria» dei due lati del diritto alla salute.

⁷ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. e società*, 1985, 564; D. MORANA, *Sulla fundamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *Giurcost.it*, 30 aprile 2020, 6. Da ultimo, V. TAMBURRINI, *La limitazione dei diritti costituzionali in tempo di pandemia: alcune osservazioni sul carattere fondamentale dell'interesse della collettività alla salute*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, 127 ss.; I. A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Dirittiregionali.it*, n.1/2020, 379 ss.

⁸ Come le sterilizzazioni di massa per motivi razziali o per finalità eugenetiche o la conduzione di esperimenti scientifici, su cavie umane. Sulla dignità umana come limite ai trattamenti sanitari, L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 591 ss.; A. A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2017, 27; C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO E J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007, 447 ss.; A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consultaonline.it*, n. 2/2021, 629 ss. Come afferma R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, 3, il limite del rispetto della persona, segna la riappropriazione dell'umanità perduta con lo sterminio di massa, ben presente ai Costituenti che definivano il contenuto del diritto alla salute e dei suoi limiti proprio in contemporanea con lo svolgimento del processo di Norimberga. Su tale ultimo punto, G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, cit., 4, rammenta come per la prima volta con il processo di Norimberga sia stato affrontato il problema della limitazione del potere del medico che, in assenza di controlli, può calpestare la dignità delle persone ed ammettere i peggiori crimini. È da questo momento che il consenso del paziente si delinea come fonte di legittimazione per il medico.

⁹ Corte cost. sent., n. 268 del 2017, punto 6 e 7 del *Considerato in diritto*.

«per quelle sole conseguenze che per la loro temporaneità e scarsa entità appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»¹⁰. Osserva la Corte costituzionale, intervenuta in più occasioni sul punto, che la salute come diritto fondamentale dell'individuo e la salute come interesse collettivo devono essere bilanciate con il riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo danneggiato. È lo «spirito di solidarietà reciproca fra individuo e collettività» che è alla base dell'imposizione del trattamento sanitario ad implicare il riconoscimento di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento, imponendo a carico della collettività e, per essa, dello Stato di un equo ristoro del danno patito¹¹.

Complessivamente, il trattamento sanitario obbligatorio è ammissibile a tre condizioni: è diretto a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato e degli altri; non incide negativamente sullo stato di salute di chi vi è assoggettato, tranne quelle di scarsa entità e temporaneità siano quindi tollerabili; nel caso di danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento deve essere prevista la corresponsione di una equa indennità a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria¹².

Proprio la stretta interdipendenza tra la salute come *fondamentale diritto* e *fondamentale interesse* della collettività costituisce l'espressione più tangibile dell'idea costituzionale di comunità, come condivisione di diritti e dei doveri. Il dovere di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. proietta l'individuo nella dimensione della comunità sociale, integra l'individuo nella vita della comunità, ma non costituisce una clausola generale di doverosità¹³.

L'imposizione del trattamento sanitario non deriva, dunque, da un vago quanto abusato (soprattutto in tempo di emergenza) richiamo alla solidarietà; non deriva da una clausola aperta di solidarietà in nome della quale - altrimenti - sarebbe possibile giustificare l'imposizione di qualsiasi obbligo come, ad esempio, trattamenti eugenetici o di potenziamento umano¹⁴.

La garanzia dell'istanza liberale richiede che i doveri siano enumerati in Costituzione¹⁵ e disciplinati dal legislatore secondo il principio di legalità sostanziale. Per questa ragione l'art. 32

¹⁰ La decisione di imporre un trattamento sanitario comporta inevitabilmente una ponderazione, non potendo il legislatore imporre al singolo un sacrificio eccessivo che provochi conseguenze che, per la loro permanenza ed entità, non siano riconducibili ad un normale intervento sanitario, in tal senso, Corte cost. sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Corte cost. sent. n. 307 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso sent. nn.: 268 del 2017; 107 del 2012. In merito ai danni derivanti dalle vaccinazioni raccomandate: sent. n. 118 del 2020, in part. punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

¹² Corte cost. sent. n. 258 del 1994, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹³ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 40; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, I principi fondamentali*, Bologna Roma, Zanichelli - Soc. ed. Foro it., 1975, 97 ss.; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 38 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2066 ss.; F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Agg. III, Torino, Utet, 2008, 319 ss.; G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *Treccani.it - Diritto on line*, 2014; E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2348 ss.; E. PALICI DI SUNI, *Il volontariato tra valori costituzionali supremi ed autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 1992, pt. I, 1205 ss. Più in generale, cfr.: S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e società*, 1996, 4-6 e 10 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. 215 ss.; B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di uguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, 109 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, BUP, 2016, *passim*.

¹⁴ A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 2/2020, in part. 828; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 39 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3216; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 88 s.

¹⁵ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40 - 41; P. BARILE, *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 68 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, in *Dir. e società*, 1982, 542; D. VINCENZI AMATO, *Art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, Bologna

Cost. conferisce in via esclusiva al legislatore statale il potere di rendere obbligatori *determinati* trattamenti sanitari.

Il patto di solidarietà tra individuo danneggiato e collettività deriva dal rapporto di reciprocità in cui si trovano diritti e doveri secondo l'art. 2 Cost., ma nella prospettiva personalista tale patto rifiuta decisamente qualsiasi strumentalizzazione della persona umana per finalità eteronome, imposte dai pubblici poteri. Il principio solidarista non può dunque giustificare alcuna forma di doverosità delle cure o di obbligatorietà di determinati trattamenti la cui imposizione sotto il profilo giuridico può essere giustificata esclusivamente dall'esigenza di tutelare la salute come diritto fondamentale e fondamentale interesse della collettività¹⁶. Di conseguenza, come sottolinea il Consiglio di Stato, per le patologie infettive ad alta diffusività il diritto di rifiutare le cure, inclusi i vaccini, non può trovare un riconoscimento incondizionato perché la decisione individuale di non curarsi e non vaccinarsi può danneggiare altri esseri umani e, in particolare, i soggetti più deboli, i bambini e chi non si può vaccinare o è già ammalato¹⁷. Solo a queste condizioni, il diritto individuale alla salute è «cedevole» rispetto all'interesse di tutela della collettività¹⁸.

Valorizzando anche l'argomento testuale, come suggerito da attenta dottrina, la precedenza attribuita alla dimensione individuale del diritto fondamentale alla salute, rispetto al fondamentale interesse della collettività, sta a significare che la tutela del diritto costituisce la "regola" mentre l'intervento a tutela dell'interesse della collettività - che può giustificare l'imposizione di doveri e la limitazione dell'autodeterminazione individuale - rappresenta l'"eccezione"¹⁹.

Infine, pur volendo prescindere dalla prospettiva personalista e solidale in cui l'art. 32 Cost. è calato, anche nella visione strettamente utilitaristica, Mill sostiene che ogni individuo «è guardiano della propria salute» e «sovrano sul proprio corpo», sempre che il comportamento o l'omissione individuali non cagionino un danno ad altri. Nella ricerca dell'equilibrio tra libertà individuale e controllo sociale, secondo la *teoria del danno*, esiste un solo fine che autorizza l'umanità ad interferire con la libertà di autodeterminazione individuale, ovvero, la *protezione di se stessa*²⁰.

La conservazione e la protezione della comunità costituisce l'unico limite, tristemente vicino in una situazione di diffusione pandemica della malattia, che consente di comprimere il diritto all'autodeterminazione individuale e la scelta in ordine al *se e come* curarsi.

Roma, Zanichelli - Soc. ed. Foro it., 1976, 175; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 40 s.; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., 827 ss.

¹⁶ I fini solidaristici non possono essere estesi fino a limitare le scelte sulle cure in quanto la persona non è in alcun modo strumentalizzabile neanche per fini solidaristici in tal senso, la Corte cost. nella sen. n. 118 del 1996, punto 5 del *Considerato in diritto*, afferma che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri».

¹⁷ Consiglio di Stato, n. 02065 del 26 settembre 2017, Adunanza della Commissione speciale del 20 settembre 2017, numero affare 01614/2017, punto 38.

¹⁸ F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 310 ss.

¹⁹ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 67; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., 904; C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, cit., 443 ss.; P. VERONESI, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorioic.it*, n. 6/2021, 1 ss.; M. CARTABIA, *Per amore o per forza? I vaccini al cospetto della Corte costituzionale*, Intervento al dibattito del 4 febbraio 2021, organizzato dall'Università degli Studi di Milano (è possibile riascoltare il dibattito sul sito www.radio radiale.it).

²⁰ J. S. MILL, *La libertà* (1959), trad. it., Milano, RCS Libri, 2006, 75 ss.

2.1. *Obbligo vaccinale per il personale medico e socio-sanitario. Precauzione e rischio di diffusività del contagio.*

Nell'ambito della lotta al Covid-19, il legislatore ha introdotto un obbligo vaccinale limitato agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, socio-sanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali (art. 4, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76). Di seguito l'obbligo è stato esteso ai lavoratori, anche esterni, impiegati in strutture residenziali, socio assistenziali e socio-sanitarie (d.l. 10 settembre 2021, n. 122).

Alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale (tratteggiate in via introduttiva al § prec.), la legittimità di tale obbligo potrebbe essere contestata in quanto la vaccinazione, pur abbassando la carica virale, non è in grado di bloccare la circolazione del *virus*. Più precisamente, non essendo in grado il vaccino di impedire la trasmissione agli *altri* consociati e mancando dati certi sull'efficacia contro le varianti, si potrebbe porre in dubbio la legittimità dell'obbligo vaccinale. Del resto, proprio per le caratteristiche del vaccino, l'Aifa e l'EmA hanno sempre continuato a raccomandare anche per i vaccinati l'uso delle misure di protezione individuale (distanziamento, sanificazione e uso delle mascherine).

Nonostante queste incertezze, non sembra che l'introduzione dell'obbligo vaccinale, in particolare per determinate categorie "di comunità" particolarmente esposte al contagio sia irragionevole. Chi esercita professioni socio-sanitarie per le mansioni svolte rischia obiettivamente di essere contagiato e di contagiare un rilevante numero di persone. Di tale circostanza prende atto l'art. 4 del d.l.n. 44 del 2021 secondo il quale l'obbligo vaccinale per i sanitari è introdotto proprio al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

La misura impositiva dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 può dunque essere letta alla luce della nota sent. n. 218 del 1994 con la quale la Corte costituzionale ha accertato l'illegittimità costituzionale della legge in materia di prevenzione e lotta all'Aids (l. 5 giugno 1990, n. 135) nella parte in cui non prevede gli accertamenti sanitari, dell'assenza dell'infezione da Hiv, come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi.

Ancora, più di recente, nella sent. n. 137 del 2019 la Corte costituzionale ha sottolineato che l'introduzione di un obbligo per una determinata categoria, quella degli operatori sanitari, può essere giustificata proprio dall'esigenza di proteggere la salute di chi frequenta i luoghi di cura: anzitutto quella dei pazienti, dei loro familiari, degli altri operatori e, di riflesso, dell'intera collettività²¹.

Nella pronuncia del 1994, nell'evidenziare la posizione simmetrica tra la tutela della salute individuale e l'interesse della collettività, la Corte costituzionale pone l'accento sul dovere dell'individuo nei confronti della società. Secondo il Giudice delle leggi, proprio l'interconnessione dei due profili del diritto alla salute «implica il dovere di tutelare il diritto dei

²¹ Sent. n. 137 del 2019, punto 3.3. del *Considerato in diritto*.

terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio»²².

L'efficacia dei vaccini anti Covid-19 nel proteggere dalle forme più aggressive del contagio e la ridotta (anche se non annullata) capacità di trasmettere il *virus* da parte di chi è vaccinato, giustificano quindi in virtù del principio di precauzione l'introduzione dell'obbligo, almeno per quelle categorie particolarmente a rischio come i lavoratori di comunità e, comunque, a contatto con una vasta platea di utenti.

In base al contesto di riferimento, il principio di precauzione richiede infatti di bilanciare tra la minimizzazione del rischio e la massimizzazione dei vantaggi, accettando il rischio insito in qualsiasi decisione adottata in un contesto - quello medico e, in particolare, emergenziale - in cui le conoscenze scientifiche sono in via di acquisizione e in continua evoluzione²³. Nella lotta al Covid-19, la cautela del legislatore, la sua adesione al principio di precauzione, emerge nella disciplina in questione che limita temporalmente l'obbligo vaccinale, legandolo al completamento del piano vaccinale o comunque alla permanenza dello stato di emergenza (art. 4, co. 9, d.l.n. 44 del 2021).

Il legislatore considera l'obbligo vaccinale una soluzione temporanea e dunque soggetta a revisione, proprio in considerazione dell'evoluzione della situazione pandemica ed, evidentemente, delle conoscenze scientifiche che verranno acquisite. Con l'introduzione dell'obbligo vaccinale per categorie, il legislatore applica il principio di precauzione che – sottolinea la Corte di Giustizia – presuppone un *test* di proporzionalità, ossia, la verifica che la decisione assunta non oltrepassi appunto «i limiti di ciò che è appropriato e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalle norme»²⁴.

Sotto altro profilo non si può trascurare un'ulteriore considerazione, ovvero, che nell'introduzione dei vaccini obbligatori la contagiosità non costituisce una condizione sempre indefettibile. La vaccinazione antitetanica è obbligatoria in età pediatrica e per una serie di attività lavorative (l. 5 marzo 1963, n. 292 e l. 31 luglio 2017, n.119), pur essendo il tetano una malattia infettiva ma non a carattere epidemiologico. Infatti il tetano non appartiene alla categoria delle malattie infettive e diffuse per le quali il contagio avviene tramite l'uomo malato o portatore sano.

²² Sent. n. 218 del 1994, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sull'obbligo vaccinale per il personale sanitario, in part., R. ROMBOLI, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 2021, 673 ss. Sulla sent. n. 218 del 1994, in part., F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa, Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, 1995, pt. 1, 643 ss.; M. RUOTOLO, *L'onere dei test anti-aids per i soggetti che svolgono attività a rischio: violazione del diritto alla riservatezza o ragionevole bilanciamento?*, Ivi, 637 ss.; N. RECCHIA, *Libertà individuate, salute collettiva e test anti-aids*, in *Giur. cost.*, 1995, 559 ss.; C.E. GALLO - B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali di diritto alla salute*, Milano, Giuffrè, 1998, 35 ss.

²³ In tema di vaccinazioni la centralità del principio di precauzione come percorso e procedimento decisionale che deve orientare le autorità pubbliche in situazioni di incertezza è ricordata anche dal citato parere del Consiglio di Stato, n. 02065 del 26 settembre 2017, cit., punto 40. Sul tema, senza pretese di esaustività, cfr. almeno: G. MANFREDI, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 2017, 1418 ss.; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in *Federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017; A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Torino, Utet, 2008, 670 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 149 ss.; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 411 ss. Più ampiamente: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, Gippichelli, 2018.

²⁴ Corte di Giustizia, 17 ottobre 2013, Shaible, C - 101/22.

Per il tetano, il contagio attraverso l'uomo è praticamente irrilevante, verificandosi invece il contagio quando l'uomo entra in contatto con un batterio (*Clostridium tetani*) prevalentemente presente nel terreno concimato. Alla luce delle considerazioni fatte, la vaccinazione antitetanica essendo rivolta a proteggere solo il destinatario del trattamento potrebbe sembrare di dubbia legittimità costituzionale²⁵. La Corte costituzionale non ha avuto modo di pronunciarsi²⁶ sul punto, ma la scelta in ordine all'introduzione di tale obbligo vaccinale, peraltro presente in Europa in undici Paesi membri, costituisce una scelta politica, fondata sul bilanciamento in termini di costi e benefici, sulle esigenze di contenimento della spesa pubblica per i costi di cura (in caso di contagio) che ricadono sulla collettività e sui ridotti rischi derivanti dalla somministrazione di un trattamento sanitario efficace, ampiamente studiato e sperimentato²⁷.

L'esempio della vaccinazione contro il tetano, evidenzia che l'interesse alla salute della collettività deve essere declinato tenendo presenti diversi fattori non esclusivamente legati alla diffusività della malattia, come alleggerire il sistema sanitario, evitando con la vaccinazione ricoveri e spese di cura evitabili. Anticipando quanto si vedrà meglio di seguito (ai §§ 4 - 4.1.), anche i Giudici di merito - nelle prime pronunce relative all'obbligo vaccinale imposto al personale medico - confermano la ragionevolezza dell'obbligo, mettendo in evidenza che i vaccini contro il Covid-19, pur non bloccando la trasmissione, abbassano la carica virale, rallentano il contagio, proteggono indirettamente coloro che non si possono vaccinare, riducono drasticamente i ricoveri in terapia intensiva e consentono, così, di raggiungere un effetto positivo per l'intera collettività, assicurando l'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

3. Vaccinazione obbligatoria o raccomandata: valutazione del contesto di fatto e indicazioni medico-scientifiche.

L'esigenza di proteggere la salute come interesse fondamentale della comunità implica che la scelta di imporre un determinato trattamento sanitario sia accompagnata dall'esistenza di elementi e dati medico - scientifici che comprovino l'efficacia e la sicurezza del farmaco.

Costante giurisprudenza in materia di pratiche mediche e tutela della salute ha chiarito che la decisione del legislatore di rendere un determinato trattamento sanitario obbligatorio o meno costituisce il risultato di una scelta non puramente discrezionale, essendo tale decisione condizionata da diversi fattori: la situazione concreta, ovvero, l'esigenza di proteggere l'integrità della comunità e l'efficacia scientificamente provata del trattamento, secondo le acquisizioni della scienza medica.

²⁵ S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, cit., p. 905; A. SANTOSUOSSO, G. TURRI, *I trattamenti obbligatori*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, Giuffrè, 1995, 129. Sul punto anche F. RIGANO - M. TERZI, «Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *Rivistaaic.it*, n.5/2021, 161.

²⁶ Con l'ord. n. 262 del 2004 la Corte costituzionale non è potuta entrare nel merito, essendo l'ordinanza del giudice remittente inammissibile per carenza in punto di motivazione sulla rilevanza della questione.

²⁷ M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2017, 469; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, cit., 597.

Secondo l'art. 32 Cost. la legge ammette o impone un determinato trattamento, ma la valutazione in ordine al merito delle scelte in materia di salute e all'appropriatezza delle pratiche terapeutiche richiede l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi nazionali o sovranazionali accreditati²⁸.

Nel momento in cui decide di proteggere la salute mediante la profilassi vaccinale, il legislatore opera una scelta: stabilisce quando raccomandare o rendere obbligatoria la vaccinazione, stabilisce discrezionalmente le misure sanzionatorie per garantire l'effettività dell'obbligo. Tuttavia, la decisione legislativa di rendere disponibile (o rendere obbligatorio) un determinato trattamento sanitario deve essere esercitata nel rispetto delle conoscenze medico scientifiche: è soggetta ai limiti imposti dagli organismi tecnici e ad attività di verifica continua²⁹.

Sotto questo profilo è coerente la disciplina adottata dal legislatore statale in materia di vaccinazioni pediatriche obbligatorie (art. 1, co. 1 *ter* della citata l.n. 119 del 2017), che prevede la possibilità di revisione di alcuni obblighi vaccinali ad opera del Ministro della salute con cadenza triennale³⁰ sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse e delle coperture vaccinali raggiunte.

La flessibilità della procedura e il coinvolgimento di una pluralità di soggetti con competenze scientifiche accreditate e di diversa natura³¹ limita la discrezionalità politica del legislatore e lo costringe al confronto con i dati scientifici in continua evoluzione ed acquisiti tramite istituzioni ed organismi nazionali ed internazionali. Anche la Corte Edu, in una recente pronuncia proprio in materia di obblighi vaccinali, considera con particolare favore che, all'interno di un quadro chiaramente definito dal legislatore, vengano previste procedure volte a consentire di reagire con flessibilità all'evoluzione della situazione epidemiologica e di adeguare le misure alle evoluzioni della scienza medica e farmacologica³².

Nella situazione emergenziale, i vaccini disponibili contro il Covid-19 sono stati sviluppati in tempi rapidi (come si vedrà di seguito al § successivo) senza sacrificare alcun passaggio e accertamento che ne garantisce la piena affidabilità ma, su diversi aspetti i dati mancano o sono ancora parziali. Tanto è vero che, fin dalla prima messa a disposizione dei vaccini, l'Aifa ha dichiarato che per tutte le tipologie di vaccini disponibili sono necessari ulteriori studi; è

²⁸ Corte cost. sentt. nn.: 185 del 1998; 282 del 2002; 338 del 2003; 151 del 2009; 268 del 2017; 118 del 2020.

²⁹ In part. in materia di obbligo vaccinale, Corte cost. sent. n. 5 del 2018. Sull'ancoraggio delle decisioni del legislatore alle acquisizioni medico-scientifiche in part.: C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivistaaic.it*, n. 2/2016; A. MANGIA, *Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo?*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, Giuffrè, 2011, 51 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2018, 87 ss.; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1/2017; D. MORANA, *La tutela della salute tra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorioaic.it*, n. 1/2018; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2018, 467; L. FADIGA, *Vaccinazioni obbligatorie e profili di costituzionalità della relativa disciplina*, in *Corriere giur.*, 2018, 444 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e di forma di Governo*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2018.

³⁰ Anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella.

³¹ Tali decreti sono adottati peraltro con particolari cautele sentiti il Consiglio superiore di sanità, l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), l'Istituto superiore di sanità e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

³² Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 87.

necessario più tempo per ottenere dati significativi, per esempio, per dimostrare quale sia l'efficacia dei vaccini sul lungo termine o con quale incidenza i vaccinati si possono infettare in modo asintomatico e contagiare altre persone.

Più i dati scientifici sono carenti e in via di progressiva acquisizione, più appare complesso per il decisore pubblico operare scelte *politiche* tese a contemperare i vari beni giuridici coinvolti, bilanciando costi e benefici³³. Tale difficoltà è emersa con evidenza nel contesto pandemico in cui l'assenza di dati certi ed univoci ha fatto apparire poco coerenti o confuse alcune decisioni adottate in via d'urgenza dagli organi di Governo e dalle autorità sanitarie. Tuttavia, proprio l'emergenza pandemica evidenzia la centralità della *scelta* politica che non è riducibile alle valutazioni scientifiche e che a queste ultime non può essere semplicemente "asservita".

In questo senso e coerentemente con la necessità di adottare decisioni normative fondate su evidenze scientifiche, l'Aifa in accordo con il Ministero della Salute e il Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19 ha istituito un Comitato scientifico per la sorveglianza dei vaccini Covid-19, afferente alla Direzione generale dell'Aifa, al fine di monitorare l'andamento della campagna vaccinale e raccogliere dati in ordine all'efficacia dei vaccini.

Per tutto il periodo della campagna vaccinale, il Comitato svolge una sorveglianza attiva sulla sicurezza di tutti i vaccini Covid-19, ha l'obiettivo di coordinare le attività di farmacovigilanza e collaborare al piano vaccinale relativo all'epidemia Covid-19, svolgendo una funzione di supporto scientifico all'Aifa, al Ministero della Salute e al Servizio sanitario nazionale.

L'obbligo vaccinale contro il Covid-19 è limitato ad una categoria, particolarmente esposta al contagio e - come osservato (al § precedente) - è collegato all'evoluzione della concreta situazione, essendo limitato temporalmente alla situazione emergenziale o comunque al completamento della campagna vaccinale, ovvero, alla realizzazione di una condizione in cui, essendo raggiunta una buona immunizzazione di comunità, l'eventuale circolazione del *virus* avrebbe un'incidenza negativa ridotta (anche in termini di ospedalizzazioni).

La limitazione temporale dell'obbligo vaccinale contro il Covid-19 appare coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale, secondo la quale la scelta del legislatore in ordine all'obbligatorietà o meno del vaccino deve tenere conto della situazione di fatto che giustifica l'obbligatorietà³⁴. L'imposizione dell'obbligo vaccinale che comprime la libertà di autodeterminazione con l'obiettivo di proteggere la comunità deve restare una scelta residuale,

³³ Sul complesso tema del rapporto tra dato scientifico e decisione politica, cfr. almeno: C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, cit., 10-11; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione tra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, in part. 19 ss.; E. CHELI, *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2017; A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, 695; D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali*, cit., 25; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 157 ss.; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologia*, in *Pol. dir.*, 2015, 284; P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Bio Law Journal*, n. 3/2021, 151 ss.; S. TROILO, *La Corte costituzionale e le questioni tecnico-scientifiche in materia sanitaria*, in *Quad. cost.*, 2020, 355 ss.; A. D'ALOIA, *Biodiritto*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, II, Torino, Giappichelli, 2012, in part., 56. Sul rapporto tra tecnica, scienza e decisioni politiche, di veda inoltre, da ultimo, E. CATALANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2021, 382 ss.; M. DOGLIANI, *Resistere al rifiuto dell'uguaglianza (e alla superficialità ignorante)*, in *Centroriformastato.it*, 15 ottobre 2021.

³⁴ Corte cost. sent. n. 5 del 2018, punto 8.2.3. del *Considerato in diritto*.

derogatoria rispetto al principio di autodeterminazione individuale ed adottata alla luce delle necessità scaturenti dalla condizione epidemiologica, ancorata alla situazione concreta e suscettibile di diversa valutazione al variare del contesto.

In linea generale e concludendo sul punto, una situazione di emergenza sanitaria può giustificare ampiamente l'introduzione dell'obbligo vaccinale, in evenienza anche generalizzato, ma una volta attuato il programma vaccinale e, quindi, una volta che una gran parte della popolazione viene vaccinata occorre tornare alla scelta individuale libera di sottoporsi alla profilassi vaccinale, favorendo in linea con l'indicazione che emerge dall'art. 32 Cost. - fin quando possibile - l'autodeterminazione, l'adesione spontanea e consapevole alla vaccinazione.

3.1. Collaborazione scientifica internazionale e creazione del vaccino contro il Covid-19: immissione in commercio condizionata.

Nel contrasto alla pandemia, l'approccio collaborativo di produttori e centri di ricerca, scienziati e medici, sostenuto dall'Oms, ha consentito di arrivare, anche in tempi brevi, alla produzione di diversi vaccini efficaci e sicuri contro il Covid-19. Fin da aprile 2020, l'Oms insieme ai suoi *partner* ha lanciato l'*Access to Covid-19 tools accelerator* (Act), realizzando la forma di più ampia collaborazione mai realizzata a livello globale per il contrasto ad una malattia³⁵. Ancora, ingenti investimenti pubblici e privati in Europa e negli Stati Uniti hanno reso possibile alle aziende produttrici di vaccini di avviare sperimentazioni su larga scala, di condurla in parallelo, anticipando così i tempi per la realizzazione del vaccino³⁶.

Lo sforzo collaborativo a livello internazionale ha contratto i tempi senza sacrificare efficacia e sicurezza dei vaccini. Da parte sua, l'Agenzia europea per i medicinali (di seguito Ema) ha utilizzato la procedura dell'immissione in commercio condizionata dei medicinali, una procedura certamente non nuova e non emergenziale, utilizzata da tempo per consentire ai pazienti l'accesso precoce a molteplici farmaci che rispondono ad esigenze mediche prima insoddisfatte.

Nell'ambito del sistema centralizzato di autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci, l'Ema dal 1993 affianca le autorità regolatorie nazionali con la procedura di autorizzazione comunitaria dei medicinali ad uso umano e veterinario e la loro sorveglianza a livello centralizzato.

³⁵ S. FANNI, *La scienza oltre i confini: il ruolo dell'Oms e il dovere di cooperazione internazionale*, in *BioLam/Journal.it*, n. 1/2020, 483 ss.; S. IZZO, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di Covid-19*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2020, 2247 ss.; P. ACCONCI, *L'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19*, ivi, p. XVII ss.

³⁶ V. AZZOLINI - A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid*, in *Giurcost.it*, 2021; F. CERATI, *Un vaccino in tempi record, la ricerca scientifica è cambiata per sempre?*, in *Il Sole-24 ore*, 22 dicembre 2020; M. APUZZO, D.D. KIRKPATRICK, *Covid-19 Changed How the World Does Science, Together*, in *The New York Times*, 1° aprile 2020 (reperibile anche in italiano *Un nuovo mondo per la collaborazione scientifica*, a cura di *Internazionale* www.internazionale.it/notizie/matt-apollo/2020/04/10/scienza-forze-unite-coronavirus). Più approfonditamente, C. CASONATO - M. TOMASI, *Valore e ruolo del principio costituzionale della solidarietà nello sviluppo, produzione e distribuzione dei vaccini*, in M. ANNONI (a cura di), *Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità*, Roma, Donzelli, 2020, 106 ss.; C. BERTOLINO, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, in *Federalismi.it*, n. 15/2021, p. 9-13; G. NATALE, *Vaccinazioni anti-Covid: il dialogo necessario tra medicina e diritto*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, n.3/2020, 7 ss.

Il reg. CE 31 marzo del 2004 n. 726, istitutivo dell'EMA, disciplina le procedure centralizzate di autorizzazione per i farmaci e prevede una procedura ordinaria di approvazione all'immissione in commercio articolata e complessa che ha una durata non inferiore a 210 giorni, termine che può essere dilatato qualora il comitato scientifico richieda chiarimenti o informazioni ulteriori all'azienda produttrice. Più compatibile con la situazione emergenziale è la procedura abbreviata cui si è fatto ricorso per l'approvazione dei vaccini per il contrasto al Covid-19.

In particolare l'art. 14, co. 9, del citato reg. CE 726 del 2004 prevede che all'atto della presentazione della domanda di autorizzazione all'immissione in commercio per i medicinali per uso umano di «elevato interesse per la salute pubblica» e in particolare sotto il profilo dell'innovazione terapeutica, il richiedente, con domanda motivata, può accedere alla procedura di valutazione accelerata che, qualora la domanda venga accolta, riduce la durata della procedura di valutazione da 210 a 150 giorni.

Inoltre, in casi debitamente giustificati e per rispondere ad esigenze mediche insoddisfatte dei pazienti, l'art. 14-bis, reg. CE 726 del 2004 prevede che possa essere rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata prima della presentazione di dati clinici dettagliati per medicinali volti a trattare, prevenire o diagnosticare malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, a condizione che i benefici derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superino il rischio dovuto al fatto che sono tuttora necessari dati supplementari. In situazioni di emergenza l'autorizzazione all'immissione in commercio di tali medicinali può essere rilasciata anche in assenza di dati preclinici o farmaceutici completi³⁷.

L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata, introdotta dal reg. CE n. 507 del 29 marzo 2006 costituisce, quindi, una sottocategoria della procedura ordinaria che viene rilasciata sulla base di dati perlopiù clinici, meno completi rispetto a quelli richiesti nella procedura ordinaria. Tuttavia l'autorizzazione condizionata è utilizzabile esclusivamente quando si verificano determinate condizioni (indicate all'art. 4 del citato reg. CE n. 507 del 2006): il rapporto rischio/beneficio del medicinale risulta positivo; il richiedente con probabilità potrà fornire in seguito dati clinici completi; il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte e i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale superano il rischio inerente al fatto che occorrono ancora dati supplementari. La concessione dell'immissione in commercio condizionata dura un anno, è rinnovabile ed è subordinata alla trasmissione dei dati clinici mancanti per ottenere l'autorizzazione dell'immissione in commercio non condizionata.

La procedura utilizzata per l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata ha prodotto importanti risultati, consentendo ai pazienti, soprattutto oncologici o con Hiv e altre patologie gravi di accedere celermente a farmaci innovativi senza sacrificare i controlli e la sicurezza. In tal senso nel Rapporto fornito dall'EMA che raccoglie i dati dell'immissione in commercio condizionata dall'introduzione di questo strumento, nel 2006, fino al 30 giugno 2016,

³⁷ Sulle procedure autorizzatorie dell'EMA, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivistaait.it*, n. 3/2021, 437 ss.; V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2020, 2311 ss.

emerge che nessun farmaco autorizzato con questa procedura è stato sospeso o revocato³⁸. Il Rapporto mostra gli effetti dell'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata nel consentire a pazienti, molto spesso in condizioni gravemente debilitanti o letali, privi di opzioni terapeutiche, di accedere prima possibile a nuovi farmaci promettenti.

Nell'emergenza da Covid-19, l'Ema con l'immissione in commercio condizionata segue una procedura consolidata e controllata che fornisce ampie garanzie come: un rigoroso monitoraggio, attraverso il sistema della farmacovigilanza standardizzato in tutti i Paesi dell'Unione, il monitoraggio post-autorizzazione, che consente di raccogliere dati in modo strutturato e il monitoraggio dei sistemi di produzione in modo da garantire vaccini fabbricati e controllati secondo *standard* farmaceutici elevati ed uniformi.

La procedura utilizzata non è dunque quella di emergenza prevista dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 che in attuazione della dir. 6 novembre 2001 n. 83 (e successive modifiche), recante un *Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano*, prevede all'art. 5 co. 2, che in caso di sospetta o confermata dispersione di agenti patogeni, tossine, agenti chimici o radiazioni nucleari potenzialmente dannosi, il Ministro della salute possa autorizzare la temporanea distribuzione di un medicinale per il quale non è autorizzata l'immissione in commercio, al fine di fronteggiare tempestivamente l'emergenza.

A differenza dell'immissione in commercio condizionata, l'autorizzazione del medicinale in emergenza ne consente l'uso, ma il medicinale resta non autorizzato e non può essere immesso sul mercato. L'impiego in emergenza di un farmaco o vaccino è previsto a livello legislativo nazionale e l'autorizzazione vale esclusivamente all'interno di ciascuno Stato.

L'autorizzazione in emergenza è disposta dallo Stato sotto la propria esclusiva responsabilità. Il co. 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 219 del 2006, esclude infatti la responsabilità civile e amministrativa di produttori e operatori sanitari per le conseguenze derivanti dall'uso di un medicinale al di fuori delle indicazioni autorizzate o dall'uso di un medicinale non autorizzato, quando tale uso è raccomandato o prescritto dal Ministro della salute. Con l'autorizzazione per l'uso in emergenza, lo Stato membro decide autonomamente quali condizioni il farmaco debba assicurare e può prevedere anche obblighi meno rigorosi e stringenti rispetto all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata che costituisce una procedura europea standardizzata.

4. Vaccino come requisito per lo svolgimento di determinate attività lavorative.

Nella lotta al Covid-19, come anticipato, il legislatore ha introdotto un limitato obbligo vaccinale per lo svolgimento delle professioni socio-sanitarie, successivamente - come si vedrà (§§ 5.- 5.1.) - ha esteso l'uso del *green pass*, ma non ha invece introdotto un generalizzato obbligo vaccinale sui luoghi di lavoro. Con una circolazione ancora alta del *virus* e con la diffusione di nuove varianti, tale evenienza ha creato non poche incertezze, in particolare, in relazione a tutte

³⁸ Nel periodo considerato l'EMA ha concesso 30 autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate, 11 delle quali trasformate in autorizzazioni ordinarie, 2 ritirate per ragioni commerciali e le restanti 17 rimaste autorizzazioni condizionate (la relazione si può leggere all'indirizzo https://www.ema.europa.eu/en/documents/press-release/press-release-conditional-marketing-authorisations-give-patients-access-important-new-medicines_en.pdf).

quelle attività lavorative non sociosanitarie/assistenziali per le quali non esiste un obbligo vaccinale, ma per le quali la vaccinazione anti Covid-19 costituirebbe una misura in concreto necessaria a proteggere lavoratori ed utenti dalla diffusione della malattia.

Procedendo con ordine, l'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale sociosanitario è avvenuta in via d'urgenza con il già menzionato d.l.n. 44 del 2021 ed appare giustificata, come anticipato (*supra* al § 3), da diverse esigenze in gioco: assicurare il servizio sanitario, contenere la diffusione e, soprattutto, l'incidenza della malattia tra personale ed assistiti. Per tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle cure, la vaccinazione contro il Covid-19 è considerata dalla legge un requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative in ambito socio sanitario (art. 4 co.1, d.l.n. 44 del 2021).

Si tratta di una misura ragionevole che, come osservato, comprime la libertà di autodeterminazione per un periodo di tempo limitato, collegando l'obbligo al permanere dell'emergenza sanitaria. La vaccinazione costituisce un presupposto imposto dalla legge, cui il sanitario può sottrarsi solo nel caso di accertato pericolo per la propria salute in relazione a specifiche condizioni cliniche attestate dal medico di medicina generale (art. 4, co. 2, d.l.n. 44 del 2021).

Sotto il profilo procedurale le Regioni e province autonome mediante i propri sistemi informativi verificano lo stato vaccinale dei sanitari e segnalano all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti non ancora vaccinati. La Asl datrice invita l'interessato a produrre documentazione in grado di dimostrare l'avvenuta vaccinazione, la sua omissione o differimento per accertati motivi medici, oppure, la presentazione della richiesta necessaria per effettuarla. In caso di mancata presentazione di detta documentazione il sanitario è invitato a sottoporsi a vaccinazione.

Accertata l'inosservanza dell'obbligo, l'Asl datrice sospende il sanitario dal diritto di svolgere mansioni che implicano contatto interpersonale e qualsiasi rischio di diffusione o contagio da Covid-19 e comunica la decisione all'interessato. Se è possibile, il lavoratore viene destinato ad altra mansione anche inferiore, con il trattamento corrispondente, se non è possibile il lavoratore è sospeso senza retribuzione fino all'adempimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021.

L'introduzione dell'obbligo vaccinale ha aperto, come era prevedibile, un certo contenzioso, rispetto al quale, sia in fase cautelare che nel merito, i Giudici ordinari si sono finora espressi in modo univoco con il rigetto dei ricorsi. In particolare, il Consiglio di Stato sez. III con la sent. 20 ottobre 2021, n. 7045 ha confermato la ragionevolezza e la legittimità dell'obbligo del vaccino contro il Covid-19 per il personale socio-sanitario che è di dimostrata efficacia sotto il profilo medico-scientifico ed è imposto per rispondere al duplice interesse di rilievo pubblicistico di: mitigare l'impatto sul SSN in termini di ricoveri e occupazione delle terapie intensive e frenare la diffusione della malattia da Covid-19, essendo il personale sanitario naturalmente esposto in misura maggiore rispetto alla media³⁹.

³⁹ Su tale complessa pronuncia sia consentito un rinvio a V. DE SANTIS, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Osservatorioaic.it*, n. 6/2021.

Anche secondo il Giudice del lavoro, l'obbligo vaccinale non si presta a censure di illegittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza perché è circoscritto a settori del tutto peculiari, nel cui ambito è particolarmente evidente l'esigenza di tutela della salute di soggetti fragili⁴⁰. Come emerge anche nel Rapporto del Gruppo di lavoro dell'Istituto Superiore Sanità, la vaccinazione costituisce strumento idoneo ad evitare l'evoluzione della malattia. Benché non azzeri né il rischio di contrazione della malattia né il rischio della sua trasmissione, la vaccinazione diminuisce tanto la possibilità di contagio per il soggetto che si sottopone ad essa, tanto la probabilità che lo stesso possa infettare altri soggetti con cui venga a contatto⁴¹. Profilandosi infine anche le ragioni legate all'emergenza, il Tar Puglia - Lecce, sez. II, con il decreto n. 480 del 5 agosto 2021, in via cautelare, ha respinto la domanda di sospensiva ed ha affermato che la posizione del ricorrente e il diritto dell'individuo ad autodeterminarsi nel contesto emergenziale «debbono ritenersi decisamente recessivi rispetto all'interesse pubblico» sotteso alla disciplina che impone l'obbligo vaccinale⁴².

4.1. Vaccino e sicurezza dei luoghi di lavoro.

Al di là delle professioni socio-sanitarie per le quali esiste un obbligo vaccinale, resta aperto il problema relativo all'interpretazione dell'estensione degli obblighi ricadenti in capo al datore di lavoro che è tenuto ad assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro (ex art. 2087 c.c.) per salvaguardare lavoratori ed utenti.

In tal senso, anche prima dell'introduzione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario, il Giudice del lavoro⁴³, anticipando il legislatore, ha considerato legittima la sospensione senza retribuzione del dipendente di una RSA non vaccinato, ponendosi il datore di lavoro in base all'art. 2087 del c.c. come garante della salute e della sicurezza dei dipendenti e dei terzi che si trovano all'interno dei locali aziendali⁴⁴. Di più il Tribunale di Roma ha considerato legittima la sospensione senza retribuzione di una lavoratrice di un villaggio turistico, la quale veniva dichiarata dal medico del lavoro idonea con limitazioni, stante il rifiuto di sottoporsi a vaccinazione⁴⁵. La mancata vaccinazione non assume rilievo disciplinare, perché non esiste

⁴⁰ In part., Trib. Verona, sez. lav., 24 maggio 2021 n. 446; Trib. Verona, sez. lav., 16 giugno 2021, n. 626.

⁴¹ Rapporto ISS COVID-19 n. 4/2021, 13 marzo 2021 (reperibile sul sito www.iss.it); si veda anche *Impatto della vaccinazione COVID-19 sul rischio di infezione da SARS-CoV-2 e successivo ricovero e decesso in Italia (27.12.2020 - 14.07.2021) Valutazione combinata dei dati dell'anagrafe nazionale vaccini e del sistema di sorveglianza integrata COVID-19*, Report n. 1, 11 maggio 2021. Sulla sicurezza ed efficacia dei vaccini contro il Covid-19 si esprime in modo molto dettagliato il Consiglio di Stato nella citata sent. n. 7045 del 2021 (negli stessi termini Tar Friuli Venezia Giulia, I sez., sent. 10 settembre 2021, n. 261).

⁴² Lasciando presagire che le ragioni dell'emergenza peseranno in modo significativo nella successiva decisione di merito, il Giudice pugliese precisa ancora che proprio il contesto legato alla diffusione del *virus* «deve costituire il parametro di lettura della normativa» impositiva dell'obbligo vaccinale. Similmente, Tar Brescia, I sez., ord. n. 220 del 14 luglio 2021. Sul tema, S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19*, *Lacostituzione.info*, 28 agosto 2021.

⁴³ Trib. Modena, sezione lavoro sent. n. 2467 del 23 luglio 2021. La soluzione adottata dal Tribunale di Modena è stata avallata dallo *jus superveniens*, in quanto l'art. 4 co. 1 del d.l. 44 del 2021 ha introdotto l'obbligo vaccinale proprio per il personale socio sanitario. La novella legislativa quindi corrobora sul piano meramente interpretativo la ricostruzione del giudice del lavoro.

⁴⁴ In tal senso, Trib. Modena, sez. lav. 23 luglio 2021, n. 2467; Trib. Roma, 2 sez. lav., 28 luglio 2021 n. 18441; Trib. Verona, sez. lav., 24 maggio 2021 n. 446; Trib. Belluno, ord. 19 marzo 2021.

⁴⁵ Trib. Roma, 2 sez. lav., 28 luglio 2021 n. 18441, la lavoratrice, a giudizio del medico del lavoro, non poteva infatti venire in contatto con i residenti del villaggio turistico. In questa pronuncia il giudice del lavoro di Roma, ribadisce che il datore di

obbligo vaccinale, ma comporta una valutazione in ordine all'idoneità allo svolgimento di determinate mansioni a contatto con una pluralità di utenti, costituendo un impedimento all'espletamento della prestazione lavorativa.

L'estensione del *green pass* (di cui di seguito § 5.1.) a tutti i lavoratori pubblici e privati risolve e supera il problema in via di fatto. Tuttavia, l'interrogativo relativo a quali misure sia tenuto il datore di lavoro per assicurare la sicurezza dei luoghi di lavoro potrebbe riproporsi, aprendo di nuovo all'ipotesi, emersa nella riflessione giuslavoristica, che il datore di lavoro possa imporre la vaccinazione contro il Covid-19⁴⁶.

La convinzione viene suffragata dal fatto che la dir. UE del 3 giugno 2020, n. 730⁴⁷ ha incluso il Covid-19 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione anche nell'ambiente di lavoro ed ha esteso le misure di prevenzione previste dalla dir. CE del 18 settembre 2020 n. 54 relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti biologici durante il lavoro, recepita con il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro. Il datore di lavoro dovrebbe quindi inserire il contagio da Covid-19 nel documento di individuazione e valutazione dei rischi e la vaccinazione come strumento di mitigazione del rischio. Di conseguenza, in caso di ingiustificato rifiuto della vaccinazione, il medico competente non potrebbe rilasciare il certificato di idoneità alla mansione. In quanto rischio biologico specifico, la vaccinazione diventerebbe condizione per lo svolgimento dell'attività lavorativa e il lavoratore non vaccinato, oltre a poter subire la sanzione disciplinare, dovrebbe essere allontanato dal luogo di lavoro, potrebbe essere destinato, ove possibile, ad altra mansione, potrebbe essere messo in aspettativa e, infine, potrebbe essere perfino licenziato per giusta causa.

Sotto il profilo costituzionale, la ricostruzione proposta non convince affatto. Come risulta evidente dalla formulazione dell'art. 32 Cost., solo la fonte primaria può rendere obbligatorio un *determinato* trattamento sanitario. Il legislatore deve disciplinare in modo puntuale quali sono i trattamenti sanitari obbligatori, non potendosi limitare ad un rinvio alla disciplina secondaria⁴⁸.

L'obbligo generale del datore di lavoro di garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 2087 c.c. e la più dettagliata disciplina contenuta nel Testo unico in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro (Tusl) non sono disposizioni sufficientemente specifiche da poter integrare la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost. a salvaguardia del diritto all'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari⁴⁹. Per quanto infatti non vi sia accordo in dottrina sulla natura assoluta o

lavoro non può imporre alcun obbligo di vaccinazione che solo la legge può imporre, ma è comunque tenuto ad adottare tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro (art. 2087 c.c.).

⁴⁶ Anche se con diverse argomentazioni cfr. almeno: G. GORRETTA, *Pandemia vaccinazione e rapporto di lavoro*, in *Lavoro nella giur.*, n.2/2021, 113 ss.; R. GUARINIELLO, *Sul vaccino per i lavoratori contro il Covid-19 si applichi la legge!*, in lpsoa.it, 16 gennaio 2021; Id., *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *Dir. e pratica del lavoro*, 2021, 30 ss.; R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia.it*, 18 gennaio 2021; G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, in *Lavorodirittieuropa.it* n. 1/2021; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lavoro nella giur.*, 2021, 329 ss.; P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto privato*, *Ibidem*, n. 4/2021; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanza e partecipazione*, in *Lavorodirittieuropa.it* n. 2/2021, in part., 16-18.

⁴⁷ Recepita con l'art. 4 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, conv. in l. 27 novembre 2020, n. 159.

⁴⁸ Sul punto, cfr. almeno: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 385-386; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 561 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., p.46-50; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458.

⁴⁹ In tema cfr. almeno: F. FERRARO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor.it*, 10 febbraio 2021; P. PASCUCCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della*

relativa della riserva di legge in questione, è da escludere che l'interprete possa aggiungere in via interpretativa altre ipotesi di trattamenti sanitari obbligatori oltre quelli specificamente previsti da disposizioni di legge⁵⁰. L'introduzione dell'obbligo che limita diritti e libertà costituisce una scelta politica, alternativa alla semplice raccomandazione, che per essere coerente con i principi costituzionali deve costituire sempre una scelta *esplicita e residuale*.

Nell'ordinamento costituzionale, centrato sul principio personalista e sull'inviolabilità della sfera psico-fisica, la libera autodeterminazione è la regola e la sua compressione, con l'imposizione dell'obbligo, costituisce l'eccezione che deve essere oggetto di una decisione puntuale. In tal senso, nella normativa vigente tutti i casi di vaccinazione obbligatoria sono stati introdotti da norme di rango primario relative a determinati agenti patogeni secondo il principio di legalità sostanziale⁵¹.

Per le stesse ragioni è parimenti da escludere che l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 possa essere imposto in via negoziale, mediante il ricorso alla contrattazione collettiva cui fa rinvio il legislatore nella lotta alla diffusione del contagio sui luoghi di lavoro. L'art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40) precisa infatti che i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del c.c. mediante l'applicazione di misure di contenimento della diffusione del *virus*, misure contenute nel «protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro» (sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni).

Il richiamo alla disciplina codicistica e il rinvio legislativo alla contrattazione collettiva intende obbligare i datori di lavoro al rispetto di specifici protocolli, introducendo quelle misure di prevenzione e di precauzione che la situazione emergenziale richiede a protezione dei lavoratori che sono più esposti al contagio, in ragione della maggiore o minore proiezione all'esterno⁵². Di certo, invece, il rinvio del legislatore alla contrattazione collettiva non è utilizzabile per estendere l'obbligo vaccinale mediante una modifica dei protocolli. Diversamente si arriverebbe a sostenere che mediante uno strumento negoziale i privati possono esigere l'obbligo vaccinale negli ambienti di lavoro, mentre lo Stato lo potrebbe pretendere solo mediante esplicita disposizione di legge⁵³.

Per quanto rileva nella presente analisi e senza pretesa alcuna di esaustività sulla complessa disciplina in materia di sicurezza del lavoro, un obbligo vaccinale non può neanche essere ricavato dall'art. 279, co. 2, del d.lgs. n. 81 del 2008, secondo il quale il datore di lavoro è tenuto a mettere a disposizione i vaccini al lavoratore; il datore di lavoro ha il dovere di offrire la vaccinazione ai

Sicurezza sul lavoro, 2021, in part., p. 93; G. ZAMPINI, *L'obbligo vaccinale anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, in *Lavoro nella giur.*, n. 3/2021, 221 ss.; L. PAPA - N.A. MAGGIO, *Covid-19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore e inizia quella del suo collega*, in *Lavorodirittieuropa.it*, n. 1/2021, 7 ss.

⁵⁰ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558.

⁵¹ Le vaccinazioni obbligatorie sono state introdotte da: l. 6 giugno 1939, n. 891 sull'obbligatorietà della medicina antidifterica; l. 5 marzo 1963, n. 292 sulla vaccinazione antitetanica; l. 4 febbraio 1966, n. 51 sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica; l. 31 luglio 2017, n. 119 sulle vaccinazioni in età pediatrica.

⁵² M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021, 11 ss.; P. PASCUCI - A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, cit., p. 91.

⁵³ G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, cit., 221 ss.; L. TASCHINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro. Dalle prime pronunce di merito al d.l. n. 44 del 2021*, in *Lavorodirittieuropa.it*, n. 2/2021.

lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico al quale possono essere esposti durante la lavorazione.

Alla “messa a disposizione” del vaccino da parte del datore di lavoro non corrisponde il dovere del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione. La disciplina impone un dovere ma al datore di lavoro che deve rendere disponibili i vaccini, la cui somministrazione da parte del medico competente costituisce un diritto per il lavoratore liberamente azionabile⁵⁴. Peraltro, per ora, nella lotta al Covid-19 la messa a disposizione non è concretamente attivabile dal datore di lavoro, essendo i vaccini contro il *virus* oggetto di una gestione esclusivamente pubblicitica.

Al contrario, sempre secondo le indicazioni del citato art. 279, il datore di lavoro può adottare le misure speciali di protezione sanitaria, come il mutamento di mansione o l'allontanamento temporaneo, secondo la disciplina generale di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008. Finché il legislatore non deciderà di introdurre un obbligo vaccinale contro il Covid-19 sui luoghi di lavoro per i quali esista un particolare rischio di diffusione del contagio o di esposizione all'agente infettivo, il datore di lavoro dovrà fare applicazione della disciplina in materia di inidoneità alla mansione specifica, di cui all'art. 42 del citato d.lgs. n. 81 del 2008. Per grandi linee se il medico competente dichiara il lavoratore inidoneo alla mansione specifica a causa della mancata vaccinazione, il datore di lavoro è tenuto, ove possibile, ad adibire il lavoratore a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Laddove non sia possibile è legittima la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione e nel caso in cui il lavoratore non possa essere adibito ad altra mansione, si potrebbe perfino profilare l'ipotesi di un licenziamento per giusta causa.

In mancanza di un obbligo vaccinale per tutti i lavoratori che qualifichi la vaccinazione come condizione per lo svolgimento dell'attività lavorativa - legittimando l'adozione delle sanzioni conseguenti all'inadempimento - il datore di lavoro non può però acquisire i nominativi del personale vaccinato o copia delle certificazioni vaccinali, neanche con il consenso del dipendente o tramite il medico competente⁵⁵.

Avverte in tal senso il Garante della *privacy* che nel contesto lavorativo, a parte le categorie sociosanitarie, eventuali trattamenti di dati personali inerenti alla vaccinazione di dipendenti sono consentiti solo per il tramite del medico competente, nei limiti e alle condizioni previste dalle disposizioni vigenti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro⁵⁶. Il datore di lavoro può quindi adottare le misure speciali di protezione sanitaria solo sulla base delle indicazioni del medico competente che, dovendo esprimere un giudizio di idoneità o non idoneità alla mansione, è l'unico a poter trattare i dati relativi alla vaccinazione dei dipendenti.

⁵⁴ G. ZAMPINI, *L'obbligo di vaccinazione anti-sars-cov-2 tra evidenze scientifiche e stato di diritto*, cit.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quad. cost.*, 2021, p. 96 ss.

⁵⁵ Sotto questo profilo desta più di un dubbio di legittimità in ordine al rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati sanitari l'art. 1 della l. 165 del 2021 - adottato nelle more delle procedure di referaggio del presente lavoro - che nella conversione del d.l. 127 del 2021 in materia di *green pass* sui luoghi di lavoro prevede che al fine di semplificare e razionalizzare le verifiche, i lavoratori possono richiedere di consegnare al proprio datore di lavoro copia della propria certificazione verde COVID-19. I lavoratori che consegnano la predetta certificazione, per tutta la durata della relativa validità, sono esonerati dai controlli da parte dei rispettivi datori di lavoro.

⁵⁶ Provvedimento del 13 maggio 2021 - documento di indirizzo *Vaccinazione nei luoghi di lavoro: indicazioni generali per il trattamento dei dati personali*; Protezione dei dati del 14 maggio 2021 *Il ruolo del “medico competente” in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, anche con riferimento al contesto emergenziale*, reperibili sul sito www.garanteprivacy.it

La disciplina in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, per quanto genericamente richiamata, conferma in concreto che l'imposizione del dovere vaccinale deve essere mediato dalla legge e non può essere ricavato in via interpretativa neanche invocando, come anticipato in via introduttiva (*supra* § 2.), una clausola generale di doverosità mediata dal principio solidarista.

Nella logica garantistica assunta dalla Costituzione, per quanto stretta sia la relazione tra principio personalista e solidarista, i doveri sono «quelli espressi analiticamente dalle norme costituzionali»⁵⁷ senza che il richiamo al principio di solidarietà possa, per così dire, «allargare le maglie» dei doveri. Il principio della «certezza dei doveri» per cui, nella sua formulazione generale, nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge (art. 23 Cost), richiede che l'imposizione dei doveri trovi (esplicita) disciplina nella fonte primaria e, nella Costituzione, i propri specifici limiti intrinseci⁵⁸.

4.1.1. *Mancanza di una disciplina unitaria ed incertezze applicative: l'esempio dell'ordinanza della Regione Sicilia 7 luglio 2021, n. 7.*

Per il momento, la misura del *green pass* esteso a tutti i luoghi di lavoro supera in via di fatto il problema relativo alla sicurezza dei luoghi di lavoro. Tuttavia, essendo il Covid-19 destinato a diventare una malattia endemica con recrudescenze stagionali, il problema di un generalizzato obbligo vaccinale sui luoghi di lavoro, almeno dove esistano problematiche concrete assimilabili al settore sociosanitario, resta aperto e, se non affrontato, rischia di creare disparità di trattamento e incertezze applicative. Emblematica di questo rischio è la pretesa del Presidente della Regione Sicilia che con ordinanza del 7 luglio 2021, n. 75 ritiene di poter affidare alle Aziende sanitarie provinciali la realizzazione una ricognizione dei dipendenti pubblici e degli enti regionali non vaccinati.

Secondo l'art. 2 della citata ordinanza, a seguito di tale ricognizione, tutti coloro che nell'esercizio dei propri compiti d'ufficio si trovino ad instaurare contatti diretti con il pubblico vengono *formalmente invitati*, per il tramite dei datori di lavoro, a ricevere la vaccinazione. In caso di indisponibilità o di rifiuto di sottoposizione a vaccinazione, il datore di lavoro pubblico provvede ad individuare per l'interessato una differente assegnazione lavorativa che non implichi il contatto diretto del lavoratore con l'utenza esterna.

L'ordinanza della Regione Sicilia non impone l'obbligo vaccinale - che può naturalmente essere disposta solo dal legislatore statale - ma considera l'avvenuta vaccinazione una condizione per l'esercizio di determinate mansioni. Ci si può domandare quindi se alla luce della giurisprudenza

⁵⁷ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40. Sulla relazione tra principio personalista e doveri di inderogabili, in part., A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2016, p. 9 ss.

⁵⁸ G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 40 - 41; P. BARILE, *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 68 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione*, cit., 542; A.A. NEGRONI, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, cit., 827 ss.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazioni contro il Covid-19*, cit., 104. Sul rapporto tra art. 23 e 32 Cost., in part., D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 48, sottolinea come «i trattamenti sanitari obbligatori, che costituiscono una limitazione del diritto alla salute come diritto di libertà», rappresentano una «particolare prestazione personale imposta, sottratta al regime ordinario dell'art. 23 Cost.» che richiede la mera riserva relativa di legge e sottoposta alle più stringenti garanzie dell'art. 32 Cost., tra le quali la riserva di legge assoluta.

costituzionale, la Regione possa introdurre un'organizzazione dei propri uffici che tenga conto anche dello stato vaccinale dei dipendenti.

Sovviene a tal proposito la sent. n. 137 del 2019 con la quale la Corte costituzionale, per quanto qui interessa, si è pronunciata sulla legge pugliese che al fine di prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni sul luogo di lavoro e delle infezioni ad operatori e pazienti, conferiva alla Giunta regionale il compito di individuare i reparti dove consentire l'accesso ai soli operatori che si fossero attenuti alle indicazioni del piano nazionale di prevenzione vaccinale vigente per i soggetti a rischio per esposizione professionale, sotto pena in caso di accesso non consentito di sanzioni amministrative. Riconducendo l'intervento normativo regionale alla competenza in materia di organizzazione del servizio sanitario regionale, la Corte costituzionale considera legittima la preclusione agli operatori non vaccinati ai reparti individuati con la deliberazione della Giunta⁵⁹, mentre restano fermi gli ordinari obblighi in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, di competenza statale, incidendo in tal modo sulla disciplina del rapporto di lavoro. Così, in assenza di un obbligo vaccinale imposto dal legislatore statale, il rifiuto del vaccino resta senza sanzione, ma come osservato anche in via generale (al § precedente), tale evenienza «non incide sugli ordinari obblighi ricadenti sul datore di lavoro in tema di sicurezza che restano, appunto, quelli delineati dalla disciplina statale sul punto, dettata in primo luogo dalla clausola generale di cui all'art. 2087 del codice civile e dalle previsioni contenute nel decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (...) e, nell'ambito di queste, in particolare per quanto qui interessa, dall'art. 279 in combinato disposto con gli artt. 17, 18 e 41»⁶⁰.

Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali, si potrebbe quindi ammettere che la decisione adottata con ordinanza dal Presidente della Regione Sicilia nella lotta al Covid-19 finisca per riproporre quanto disposto, in via generale, in materia di sicurezza dei luoghi di lavoro, con la previsione che il lavoratore non vaccinato e che svolge attività in contatto con soggetti terzi/utenti sia adibito ad altra mansione.

L'ordinanza siciliana introduce una differenziazione su base regionale tra lavoratori che esercitano le medesime funzioni, ma tali differenze potrebbero essere considerate espressione dell'autonoma competenza organizzativa regionale. Sotto questo aspetto, anche nel contesto emergenziale, la Corte costituzionale nella sent. n. 37 del 2021 ha infatti chiarito che le Regioni

⁵⁹ È invece da escludere che possa essere sanzionato l'eventuale rifiuto opposto dai medesimi operatori sanitari di sottoporsi ai trattamenti vaccinali raccomandati dal piano nazionale di prevenzione vaccinale per i soggetti a rischio per esposizione professionale. In tal senso, nella pronuncia n. 137 del 2019, punto 4.2. del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale ha modo di dichiarare l'illegittimità di altra disposizione della Regione Puglia secondo la quale «in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali, sentito il medico competente, valutano l'opportunità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori». Secondo la Corte costituzionale per questo aspetto la legge pugliese invade un ambito riservato al legislatore statale, «sia in quanto inerente ai principi fondamentali concernenti il diritto alla salute, come disposto dall'art. 117, terzo comma, Cost., che riserva allo Stato «il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili» (sentenza n. 5 del 2018; analogamente sentenza n. 169 del 2017), sia perché attinente alla riserva di legge statale in materia di trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., riserva che, a sua volta, è connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.». Nello stesso senso, da ultimo: Tar Roma, sez. III quater, 2 ottobre 2020, n. 10047; Trib. Messina 12 dicembre 2020. Sul punto L. TASCINI, *Il vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro*, cit., 8; F. PASSANANTI, *La Corte costituzionale torna sul riparto di competenze tra Stato e Regione in materia di vaccinazioni obbligatorie: osservazioni a margine della sentenza n. 137 del 2019*, in *Nuove autonomie*, 2019, 681 ss.; ID., *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, in *Consultaonline.it*, n. 2/2018, 473 ss.; P. GIANGASPERO, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 2019, 1058 ss.

⁶⁰ Sent. n. 137 del 2019, punto 3.5 del *Considerato in diritto*.

conservano la competenza in materia di ordinamento e organizzazione dei propri uffici. D'altra parte, sebbene l'ordinanza presidenziale abbia ad oggetto un aspetto di competenza regionale, ovvero l'organizzazione amministrativa, le misure in concreto adottate finiscono con impattare con la competenza esclusiva dello Stato nella gestione dell'emergenza pandemica.

Come afferma la Corte costituzionale, sempre nella sent. n. 37 del 2021, se la profilassi internazionale è inclusiva di ogni misura «atta a contrastare la pandemia ovvero a prevenirla»⁶¹, appare difficile ammettere elementi organizzativi di differenziazione che, anche indirettamente, possono contraddire o ostacolare la realizzazione di una politica unitaria di gestione dell'emergenza e nella realizzazione di una coerente politica di incentivazione vaccinale.

Sotto altro punto di vista, l'aspetto su cui la Regione non può senz'altro intervenire consiste nella pretesa di realizzare una ricognizione generale dello stato vaccinale dei dipendenti regionali e degli enti locali da parte delle aziende sanitarie. Sul punto il Garante della *privacy* ha adottato il provvedimento del 22 luglio 2021 contenente un avvertimento rivolto alla regione Sicilia con il quale chiarisce che la ricognizione generalizzata dello stato vaccinale, funzionale all'eventuale mutamento di mansioni per il lavoratore non vaccinato, implica il trattamento di dati personali non previsto dalla legge statale.

La Regione viola il riparto di competenze essendo la protezione dei dati personali materia di competenza statale rientrante negli ambiti dell'ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett *l*) e dell'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali (art. 117, co. 2, lett *g*)⁶². La ricognizione generalizzata del numero di dipendenti non vaccinati e le

⁶¹ Con la nota sent. n. 37 del 2021, ampiamente commentata in dottrina, la Corte costituzionale ha chiarito (in part. ai punti 7-8 del *Considerato in diritto*) che la competenza statale in materia di profilassi internazionale include ogni aspetto relativo alla prevenzione e al contrasto delle malattie infettive non costituisce una materia trasversale. La Corte non ravvisa neanche la sussistenza di intrecci di materie e chiarisce che per fronteggiare le malattie infettive è necessaria una disciplina unitaria, nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nella tutela della salute come diritto fondamentale e interesse della collettività. Rileva la Corte costituzionale che la legge n. 833 del 1978 che disciplina il Servizio sanitario nazionale (SSN), all'art. 6, affida allo Stato la competenza in materia di vaccini e di misure quarantenarie; contempla, all'art. 7, la possibilità della *delega* che in quanto tale non esclude la possibilità di un ri-accentramento di competenze. Le Regioni non sono estranee alla gestione della crisi in ragione delle proprie competenze in materia di sanità e di protezione civile, confermate dalle attribuzioni gestionali loro riconosciute a livello legislativo nella legge istitutiva del SSN, ma il prevalente interesse della profilassi internazionale finisce per annullare di fatto i margini di competenza regionale, senza alcuna forma di intreccio di competenze prevalenza o attrazione in sussidiarietà. Le Regioni, in definitiva, hanno compiti gestionali che sono però dimensionati rispetto alla natura dell'emergenza: laddove l'emergenza abbia rilievo pandemico vengono in considerazione le competenze esclusive dello Stato. Del resto, il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti in materie di sanità ed igiene secondo l'art. 32 della l. 833 del 1978 spetta alle Regioni e agli enti locali solo se tali livelli di governo possano garantire l'adozione di atti efficaci. Non si tratta soltanto di un limite di efficacia territoriale quanto piuttosto della natura della crisi sanitaria, intervenendo il Ministro della salute laddove l'emergenza richieda una disciplina sull'intero territorio nazionale. In questo senso l'art. 117 del d.lgs. n. 112 del 1998 e l'art. 7 co. 1 lett. *d*) del d.lgs. n. 1 del 2018 (Codice di protezione civile) confermano tale approccio, modulando l'intervento dei diversi livelli di Governo, in ragione della *dimensione* dell'emergenza. Su tale pronuncia sia consentito un limitato rinvio a: D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forumcostituzionale.it*, n.2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *ivi*; R. NIGRO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali*, n. 2/2021, 419 ss.; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forumcostituzionale.it*, n. 3/2021. Più ampiamente, sugli effetti della pandemia sul regionalismo, A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema della autonomie?*, in *Diritti regionali*, n. 1/2021; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 ss.

⁶² La Corte costituzionale si è espressa in tal senso in part. con la sent. n. 271 del 2005. Sul punto in part. S. FOÀ, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *Federalismi.it*, n. 3/2006; P. COSTANZO, *La privacy tra Stato e Regioni: la Corte costituzionale fissa i paletti*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 560 ss.; R. DI MARIA - A.A. GENNA, *L'interferenza fra competenze statali e regionali in materia di "trattamento dei dati personali e*

visite straordinarie per i dipendenti che si presentano spontaneamente innanzi al medico competente, dopo essere stati *invitati formalmente* per il tramite dei datori di lavoro a vaccinarsi, viola la disciplina in materia di sorveglianza sanitaria, secondo la quale la periodicità della visita medica viene stabilita dalla legge, può essere effettuata sulla base della valutazione del rischio da parte del medico competente o può essere richiesta dal lavoratore qualora sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi professionali o alle sue condizioni di salute, suscettibili di peggioramento a causa dell'attività lavorativa svolta (art. 41, d.lgs. n. 81 del 2008). Anche la prevenzione del rischio implica visite e accertamenti diagnostici che costituiscono indubbiamente trattamenti sanitari, ma in conformità all'art. 32 Cost. trovano fondamento in specifiche disposizioni di legge, ovvero, nella disciplina in materia di sicurezza del lavoro.

In definitiva, il tentativo regionale è di dubbia legittimità ed è destinato a non trovare concreto seguito o ad essere ridimensionato, ma punta comunque l'attenzione sulla necessità di considerare che la mancata esecuzione del vaccino contro il Covid-19, rilevi ai fini della valutazione del rischio sul luogo di lavoro e della conseguente organizzazione dei luoghi di lavoro e, in particolare, delle amministrazioni pubbliche.

5. Esigenze di prevenzione ed estensione del c.d. green pass: introduzione.

Per quanto finora osservato, l'assenza di una regolazione uniforme per i luoghi di lavoro schiude ad una serie di problemi cui lavoratori, datori di lavoro e terzi sono esposti e solleva il dubbio in ordine alla ragionevolezza di limitare l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 ad una sola categoria di lavoratori, quella degli operatori sociosanitari, quando anche molte altre categorie sono ad alto rischio di diffusività del contagio.

Per ora ed in via temporanea, il problema è risolto dall'estensione del *green pass* ai luoghi di lavoro, ma il mantenimento della limitazione dell'obbligo vaccinale ad una sola categoria potrebbe invero costituire una lacuna, accertabile dal Giudice costituzionale, in quanto in particolare nei luoghi di comunità emerge maggior rischio per il lavoratore e per i terzi, ossia, per gli utenti (fragili, non vaccinabili) di un determinato servizio o prestazione di contrarre e diffondere il *virus*⁶³. A tal proposito, come già ricordato, la Corte costituzionale nella nota sent. n. 218 del 1994 ha affermato che la posizione simmetrica tra la tutela della salute individuale e l'interesse della collettività giustifica la sottoposizione ad accertamenti sanitari di coloro che svolgono *determinate attività* che rischiano di mettere in pericolo la salute di terzi.

Certo per il Covid-19, nel contesto pandemico, sono molteplici le ipotesi in cui le attività economiche e sociali possono ledere la salute altrui, prevedendo un contatto con altre persone:

coordinamento informativo statistico ed informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, in relazione al riparto costituzionale della potestà legislativa ed alla luce della giurisprudenza costituzionale in *Nuove autonomie*, 2008, fasc. 1-2, 83 ss.

⁶³ Come già rilevato *supra* §§ 2-2.1, l'obiezione secondo la quale la vaccinazione contro il Covid-19 non protegge *completamente* dal contagio non è particolarmente pregnante in quanto la protezione derivante dal vaccino è idonea sia a limitare decisamente il contagio, sia ad abbassare l'incidenza della malattia non solo a livello sanitario, ma anche sociale ed economico, soprattutto per determinati settori e categorie di lavoratori in costante contatto con soggetti terzi.

non solo le attività socio sanitarie, ma anche la scuola, la ristorazione, i trasporti, lo spettacolo, il commercio al dettaglio (etc...)⁶⁴.

Superata la fase più acuta dell'emergenza, quando la disponibilità di vaccini era limitata e occorreva salvaguardare il personale medico particolarmente esposto, sembrerebbe coerente estendere l'obbligo vaccinale a tutte quelle categorie ed attività per le quali emerge la medesima esigenza di reciproca protezione derivante dal contatto con pubblico ed utenti, considerando di conseguenza la vaccinazione contro il Covid-19 una condizione di idoneità allo svolgimento della mansione.

Se la scelta di rendere obbligatorio o raccomandare un determinato trattamento sanitario spetta al legislatore, non di meno nella prospettiva tracciata dal Giudice costituzionale potrebbe emergere il problema della *mancata* estensione di una misura di prevenzione dal rischio di diffusione del contagio, limitata alla sola categoria medico-assistenziale. Per ora, quest'ultima evenienza appare remota, perché il Governo è intervenuto con uno strumento di compromesso, ovvero, il *green pass* allargato che, come si vedrà di seguito, senza imporre l'obbligo vaccinale, subordina la possibilità di lavorare (nel settore sia pubblico che privato) e di svolgere determinate attività al rilascio del certificato che attesta la guarigione, l'avvenuta vaccinazione o un *test* negativo svolto nelle precedenti 48 ore.

5.1. *Origini, trasformazione e legittimità del green pass.*

Per aumentare l'adesione alla campagna vaccinale, evitando il confronto e il conflitto scaturente dal dover affrontare il tema dell'estensione dell'obbligo vaccinale, il Governo ha esteso l'uso del *green pass* che, come si vedrà, finisce per essere uno strumento diverso dall'obbligo vaccinale, ma comunque molto pervasivo.

Ideato a livello europeo, con il regolamento 14 giugno 2021, n. 953, il certificato verde digitale, è stato introdotto al fine di agevolare e favorire spostamenti nell'UE, attestando l'avvenuta vaccinazione, la guarigione dall'infezione da Covid-19 o, in ogni caso, l'esito negativo del tampone. In attuazione dell'art. 168 TFUE, secondo il quale l'Unione *completa* le politiche sanitarie che restano nazionali, il regolamento intende istituire un quadro comune per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai *test* e alla guarigione dal Covid-19, senza restringere, ma al fine di agevolare la circolazione.

Il regolamento crea un sistema armonizzato per il riconoscimento dei dati sanitari nel caso in cui uno Stato membro applichi restrizioni, restando agli Stati la decisione in ordine all'introduzione degli obblighi vaccinali o di misure ulteriori di protezione della salute collettiva⁶⁵. Gli Stati membri mantengono quindi la competenza ad imporre «restrizioni per motivi di salute

⁶⁴ In tal senso, L. PAPA, *Senato della Repubblica Osservazioni al disegno di legge 2167 (d.l. 44/2021) - misure contenimento Covid-19*, sintesi dell'intervento svolto il 20 aprile 2021 (reperibile sul sito internet del Senato); L. PAPA - N.A. MAGGIO, *Covid-19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro*, cit., 7-8.

⁶⁵ G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale"* in *Osservatorioaic.it*, n. 3/2021, 37 ss.

pubblica» come ribadisce l'art. 11, par. 1 del reg. 2021/953, restrizioni che evidentemente possono riguardare l'estensione dell'uso del *green pass* a quelle situazioni in cui esiste pericolo di maggiore diffusione del contagio, come avvenuto nella legislazione nazionale italiana.

Il legislatore dopo aver introdotto il *green pass* secondo la disciplina europea (art. 9, d.l. 22 aprile 2021, 52, conv. in l. 17 giugno 2021, n. 87), ne ha dapprima esteso l'applicazione ad una serie di attività sportive, culturali e ricreative (art. 3, d.l. 23 luglio del 2021, n. 105, conv. in l. 16 settembre 2021, n. 126) per poi estenderne l'impiego al settore dei trasporti a lunga percorrenza e al comparto scuola/università e a tutto il personale che accede agli ambienti in cui si svolgono attività scolastiche (art. 1, co. 6, d.l. 6 agosto 2021, n.111 e art. 1, d.l. 10 settembre 2021, n.122). Infine, dopo una lunga interlocuzione con Confindustria e le rappresentanze sindacali, con il d.l. 21 settembre 2021, n. 127 (conv. in l. 19 novembre 2021, n. 165), il possesso del *green pass* diventa condizione per lo svolgimento di tutte le attività lavorative pubbliche e private.

Nella rapida evoluzione legislativa, il certificato verde vaccinale si è trasformato in un istituto con obiettivi in parte diversi rispetto a quelli sottesi alla misura introdotta dal legislatore europeo. Il legislatore italiano ha utilizzato la certificazione digitale, pensata per facilitare lo *spostamento* tra i Paesi dell'Unione per finalità ulteriori, ovvero, per agevolare la *ripresa* economica e sociale, guardando prima a quei settori maggiormente colpiti dalle chiusure (ristorazione, attività sportive e ricreative...)⁶⁶ per rivolgersi, poi, a tutto il mondo del lavoro.

Nell'arco di pochissimi mesi si sono succeduti diversi provvedimenti che rispondono quindi ad esigenze diverse e che hanno sollevato pesanti critiche ed effetti fortemente divisivi⁶⁷. In particolare, il *green pass* allargato è stato considerato discriminatorio, limitativo delle libertà personali e, infine, illegittimo per aver introdotto in forma surrettizia l'obbligo vaccinale, aggirando in sostanza i limiti dell'art. 32 Cost.⁶⁸.

L'adozione dello strumento pone molteplici interrogativi, ma non sembra porre criticità insuperabili sotto il profilo costituzionale. Con l'obiettivo di incentivare la vaccinazione, il *green pass* consente a chi è guarito, a chi è vaccinato o ha un tampone negativo (effettuato nelle 48 ore precedenti) di esercitare una serie di diritti fondamentali (circolazione, iniziativa economica, istruzione...) che, diversamente, vista la circolazione del *virus*, sarebbero preclusi. La misura del certificato verde vaccinale ha funzione promozionale, ma evita anche l'adozione di altre misure più restrittive che si sostanzierebbero inevitabilmente nella privazione dell'esercizio di tali diritti, con l'adozione di chiusure generalizzate o parziali per molteplici attività economiche e sociali, già pesantemente penalizzate⁶⁹.

⁶⁶ A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 21/2021, 6 evidenzia come altri Paesi dell'Unione (Francia, Spagna, Portogallo) hanno introdotto dopo il *green pass* altre certificazioni Covid-19 la cui presentazione è condizione per lo svolgimento di una serie di attività che vanno dalla ristorazione, trasporto pubblico fino all'accesso a locali e servizi pubblici. In altri ordinamenti (Germania, Austria) è richiesta la presentazione del tampone negativo per la partecipazione ad eventi al chiuso e lo svolgimento di varie altre attività.

⁶⁷ La diffusione caotica e incontrollata delle informazioni, ma anche di cattiva informazione - agevolata da un uso pervasivo dei social media - ha diviso il Paese in «fazioni» contrapposte, in questo senso si rinvia all'attenta riflessione di I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questionegiustizia.it*, 3 agosto 2021.

⁶⁸ Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2021.

⁶⁹ B. LIBERALI, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, in *Gruppodipisa.it*, n.2/2021 314; G. GRASSO, "Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni, in *Cortisupremeesalute.it*, n.1/2021.

Lasciando la scelta se sottoporsi a vaccinazione o a test anti-Covid, la misura del *green pass* può essere considerata uno strumento di raccomandazione, di persuasione. Secondo le teorie del paternalismo libertario, il *green pass* potrebbe integrare un “spinta gentile” a tenere un determinato comportamento, che lascia la possibilità di scelta, non imponendo l’obbligo vaccinale.

Senza tuttavia scomodare le teorie del paternalismo libertario⁷⁰, fortemente criticate perché, come noto, rischiano di legittimare politiche manipolatorie non conciliabili con il rispetto della libertà di autodeterminazione⁷¹, il *green pass* rientra nell’ambito di quelle misure promozionali del diritto la cui funzione non è solo imporre o vietare, ma *indurre*⁷². Si tratta di tecniche normative, certo non nuove, tese ad incoraggiare, promuovere determinati comportamenti.

Non limitandosi, come è evidente, a svolgere una funzione repressiva e protettiva, lo Stato tenta di attuare il controllo sociale non solo in modo passivo, ovvero vietando o imponendo determinate azioni, ma mediante un controllo attivo favorendo e agevolando le azioni vantaggiose⁷³. In questa prospettiva va letta anche la disciplina che - in caso di inadempimento dell’obbligo vaccinale in età pediatrica - conferisce ampio rilievo all’informazione, al confronto e alla persuasione prevedendo, prima di comminare la sanzione, un procedimento teso a fornire ai genitori informazione sulle vaccinazioni e sollecitarne l’effettuazione da parte delle competenti autorità sanitarie.

Sulla disciplina promozionale, proprio relativamente al contrasto delle malattie infettive, la Corte costituzionale ha avuto modo in più occasioni di evidenziare come sia *decisivo* il rilievo assunto dalle campagne di sensibilizzazione svolte da parte delle competenti autorità pubbliche allo scopo di raggiungere e rendere partecipe la più ampia fascia di popolazione⁷⁴. La campagna vaccinale - osserva la Corte costituzionale - crea negli individui affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie⁷⁵. Tanto è vero che in caso di diritto al risarcimento

⁷⁰ C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario* (trad.it), Milano, Feltrinelli, 2015, passim; C. R. SUNSTEIN, R. THALER, *La spinta gentile* (trad. it.), Milano, Feltrinelli, 2009. Nella dottrina italiana cfr. almeno: M. MARCHESIello, *Nudge, ovvero il tramonto dell’uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 947 e ss.; G. PASCUZZI, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2018, 89 ss.; N. RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 151 ss.; M. CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle “spinte gentili”*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413 ss.; F. DI PORTO - N. RANGONE, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators? (Regolamentazione su base cognitiva: nuove sfide per i regolatori?)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2013; F. ZAPPINO, *Il paternalismo, tra «proibizione» e «disciplinamento»: un percorso critico nella letteratura contemporanea*, in *Meridiana*, n. 79/2014, 151 ss.

⁷¹ A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1/2021, in part. 498 ss.; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Rivistaaic.it*, n. 3/2021, 199 ss.; G. DAL FABBRO, *Nudging and COVID-19: Behavioural Insights as Policy Tools in the Fight Against the Virus*, in *BioLawJournal.it*, n.1/2021, 191 ss. Su paternalismo e rispetto della dignità umana, in part., E. BATTELLI, *Il paternalismo giuridico libertario nella prospettiva dell’autonomia privata tra vincoli strutturali e limiti funzionali*, in *Pol. dir.*, 2018, 579 ss.

⁷² M. AINIS, *Green pass, la strategia dell’induzione di Draghi ha funzionato*, Intervista, *Huffingtonpost.it*, 16 settembre 2021

⁷³ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, in part., 1324-1325.

⁷⁴ Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. Sul rilievo delle campagne vaccinali, si veda anche Corte cost. sent. n. 5 del 2018, punto 8.2.4. del *Considerato in diritto*. Sul punto in part., C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell’opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, 2018, 100 ss. Sugli effetti della cattiva informazione che sono una delle principali cause del calo delle coperture vaccinali verificatosi nel primo decennio del XXI sec. (e che ha poi indotto il legislatore a reintrodurre una serie di obblighi vaccinali in età pediatrica, con la l.n.119 del 2017), F. S. FLORIO, *La questione vaccinale nel quadro degli assetti costituzionali*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 399 ss.; M. VALSECCHI, *Le vaccinazioni come catalizzatore di tensioni ideologiche*, in *L’arvo di Giano*, 2008, n. 56, 63 ss.

⁷⁵ Corte cost. sent. n. 118 del 2020, punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

dell'eventuale danno derivante dalla vaccinazione, appare del tutto irrilevante che la vaccinazione sia stata solo raccomandata o sia obbligatoria per legge⁷⁶.

Coloro che si sottopongono alla vaccinazione, obbligatoria o raccomandata, realizzano un interesse collettivo «indipendentemente da una loro specifica volontà di collaborare»⁷⁷. Laddove un determinato comportamento venga incentivato dalle autorità pubbliche, l'adesione da parte di ciascun individuo realizza un effetto cooperativo di per sé giuridicamente rilevante perché teso alla realizzazione dell'interesse collettivo, sia che il comportamento venga imposto mediante l'obbligo, sotto la minaccia di una sanzione, sia che costituisca il risultato dell'adesione spontanea ad un invito⁷⁸.

Nel perseguire l'interesse sociale alla vaccinazione, la distinzione tra imposizione e persuasione tende a sbiadire; il comportamento cooperativo dei singoli ha rilievo giuridico e deve ricevere tutela giudiziale in quanto concretizzazione di quel patto di solidarietà, di quel «vincolo di appartenenza attiva», come lo definisce la Corte costituzionale, che collega il singolo alla comunità e regola il rapporto «biunivoco» esistente tra diritti e doveri⁷⁹.

La misura del *green pass* può dunque essere considerata una forma incisiva di promozione della campagna vaccinale che appare coerente con la giurisprudenza costituzionale anche sotto il profilo dell'adeguatezza del fondamento medico scientifico della disciplina adottata. L'ammissibilità dei trattamenti sanitari - come osservato (*supra* § 3) - non costituisce infatti una scelta politica meramente discrezionale, ma è subordinata alle acquisizioni medico scientifiche, fornite dalle autorità sanitarie a livello nazionale e sovranazionale. In tal senso come emerge nel considerato n. 7 del reg. UE n. 2021/953 in base alle evidenze mediche attuali, pur se in evoluzione, le persone vaccinate o che hanno avuto di recente un risultato negativo e le persone che sono guarite dal Covid-19 nei sei mesi precedenti hanno «un rischio ridotto di contagiare altre persone con il Sars- CoV-2».

Esistono solidi dati scientifici che consentono di affermare che tali persone «non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica» e, quindi, non devono essere soggette a restrizioni, poiché queste ultime non sarebbero necessarie a conseguire l'obiettivo di tutelare la salute pubblica. In questo senso anche il *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021, confermando la legittimità della disciplina che impone l'esibizione del passaporto vaccinale, ha ritenuto che la scelta del legislatore sia fondata su evidenze medico-scientifiche in base alle quali è confermata l'idoneità della misura a contenere i contagi. In base alle attuali conoscenze, alla diffusione del *virus* e delle varianti, il *Conseil Constitutionnel*

⁷⁶ Sul punto per una completa ricostruzione del tema, si veda F. PASSANANTI, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 2/2021.

⁷⁷ Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. Il punto è ricordato da A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, cit., 507-508.

⁷⁸ La promozione di un determinato comportamento ha rilievo giuridico in quanto la scelta individuale di aderire alla raccomandazione è votata comunque alla salvaguardia dell'interesse collettivo, a prescindere dalle particolari motivazioni che muovono i singoli, in tal senso: Corte cost. sent. n. 107 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto* e sent. n. 118 del 2020, punto 3.4. del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Corte cost. sent. n. 75 del 1992, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sulla solidarietà come principio che regola la convivenza tra diritti e doveri, in part., L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale*, cit., 33; sulla relazione biunivoca tra diritto e doveri, con importanti riferimenti ai lavori in Assemblea costituente, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forumcostituzionale.it*, 20 aprile 2015. 2

ritiene che la misura dell'esibizione del passaporto vaccinale per lo svolgimento di determinate attività sia giustificata dall'esigenza di limitare il rischio di diffusione del contagio⁸⁰.

Tenendo presenti i dati scientifici e ponendo come obiettivo prioritario quello di *minimizzare* le restrizioni nell'esercizio dei diritti e delle libertà e di evitare chiusure indiscriminate, si può fare anche un ragionamento inverso, ossia, che è irragionevole imporre restrizioni a chi è guarito, vaccinato o si è sottoposto ad un *test* perché il rischio che costoro possano contagiare altri individui appare estremamente contenuto.

Se, come ha chiarito la Corte costituzionale, l'obiettivo del bilanciamento tra diritti fondamentali consiste nell'evitare la compressione del nucleo fondamentale del diritto, appare ragionevole e proporzionato imporre il sacrificio del possesso del *green pass*, che lascia l'alternativa tra accertamento della guarigione, vaccinazione o sottoposizione al *test*, proprio per evitare che il diritto di rifiutare il trattamento sanitario possa "tiranneggiare"⁸¹ gli altri fondamentali, imponendo ulteriori restrizioni delle libertà di circolazione, riunione, istruzione, iniziativa economica nonché del diritto dovere al lavoro, diritti già pesantemente colpiti durante le ripetute chiusure.

L'introduzione del *green pass* come condizione per l'esercizio di alcune attività appare peraltro coerente con la già rammentata indicazione della Corte costituzionale secondo la quale è legittima la sottoposizione ad accertamenti sanitari per chi svolge "determinate" attività che rischiano di mettere in pericolo la salute di terzi (sent. n. 218 del 1994). Al contempo, i presupposti per il rilascio del *green pass* costituiscono trattamenti o accertamenti diversi tra loro, che ugualmente contribuiscono a limitare il contagio, proteggendo la salute come interesse della collettività e anche a tutelare la salute di chi vi si sottopone.

La ragionevolezza e la proporzionalità dell'incisiva condizione che viene imposta a gran parte dei cittadini con il *green pass* deriva inoltre dalla sua temporaneità. Con regole sempre più stringenti, il *green pass* ha l'obiettivo di aumentare il numero dei cittadini vaccinati per evitare l'imposizione dell'obbligo vaccinale generalizzato o, forse, per transitare gradualmente all'imposizione dell'obbligo, laddove lo richiedano la diffusione e i dati medico-sanitari.

Del resto, anche sotto il profilo delle conseguenze derivanti dalla mancata esibizione del *green pass* appare evidente che si tratta di una situazione sopportabile solo in via temporanea. Il lavoratore pubblico o privato che non sia in possesso del *green pass* non può accedere ai luoghi di lavoro, è considerato assente ingiustificato, senza conseguenze disciplinari e con il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per i giorni di assenza ingiustificata non sono dovuti retribuzione, né altro compenso o emolumento comunque denominato, ma il lavoratore non può essere licenziato (art. 1, co. 6 e art. 3, co. 6, d.l. n. 127 del 2021).

⁸⁰ Il punto è ricordato anche da A. MORELLI e S. PENASA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., rispettivamente a 318; e 320. Sulla pronuncia del *Conseil Constitutionnel*, dec. n. 2021-824 DC del 5 agosto 2021, consultabile in *Federalismi.it*, n.20/2021, si veda più ampiamente G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2021, 2819 ss.

⁸¹ Nella nota sent. n. 85 del 2013, al punto 9 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale afferma che i diritti fondamentali si limitano vicendevolmente; nella prospettiva già tracciata di una tutela sistemica e non frazionata di diritti (nella sent. n. 264 del 2012), la Corte costituzionale afferma che al diritto alla salute «non può essere riconosciuta preminenza o assolutezza». I diritti fondamentali non sono in un rapporto di gerarchia tra di loro, altrimenti si potrebbe giustificare «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette».

Solo nelle imprese con meno di quindici dipendenti, dopo cinque giorni di assenza ingiustificata, il datore di lavoro può sospendere il lavoratore per la durata corrispondente a quella del contratto di lavoro stipulato per la sostituzione e comunque per un periodo di tempo limitato di dieci giorni, rinnovabili per una volta, e non oltre la data del 31 dicembre 2021 (art. 3, co. 7, d.l. n. 127 del 2021). A parte quest'ultima indicazione, nell'eventualità della mancata presentazione del *green pass* il datore di lavoro sarà in ogni caso tenuto ad una riorganizzazione dell'attività lavorativa che può essere solo temporanea e finalizzata al superamento della situazione emergenziale o, laddove necessario, all'introduzione del più penetrante obbligo vaccinale (per categorie o generalizzato).

5.2. Green pass: una “spinta” sempre meno “gentile”.

Con la finalità di promuovere la campagna vaccinale, il *green pass* non impone alcun obbligo ma lascia un'alternativa: consente di svolgere attività che, altrimenti, sarebbero autorizzate solo a distanza o sarebbero vietate del tutto, permettendo la ripresa di molteplici attività sociali ed economiche⁸².

Sotto il profilo applicativo, nella prima fase (con il d.l.n. 105 del 2021) il *green pass* ha costituito una condizione per l'accesso ad una serie di attività che possono essere considerate voluttuarie, centrali per l'economia e la socialità, ma comunque rispondenti a bisogni secondari dell'individuo⁸³.

Successivamente, con l'estensione al comparto scuola ed università (con i d.l.n. 111 e 122 del 2021) e, poi, con il generalizzato obbligo per tutti i lavoratori (d.l.n. 127 del 2021), il possesso del *green pass* è diventato una condizione per l'esercizio del diritto/dovere al lavoro. Sollevando aspre contestazioni ed effetti divisivi, l'obbligo del *green pass* è stato esteso a tutti i lavoratori privati, pubblici, degli enti pubblici economici e degli organi di rilievo costituzionale⁸⁴.

L'estensione del *green pass* a tutti i lavoratori sembra utile a superare gli interrogativi e le incertezze applicative inerenti ai doveri posti in capo al datore di lavoro nel garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro che già hanno creato notevoli incertezze applicative (come osservato *supra* § 4.). Il datore di lavoro non può pretendere la vaccinazione contro il Covid-19, né può accedere alle informazioni relative allo stato vaccinale del lavoratore perché non esiste un obbligo vaccinale imposto dalla legge, ma il *green pass* salvaguarda la sicurezza dei luoghi di lavoro, contribuendo a limitare la circolazione del *virus*.

Certamente la “spinta” verso la vaccinazione si è inasprita, diventando sempre meno “gentile”. Mentre infatti le attività ricreative o culturali sono saltuarie, il lavoro è - di norma - un'attività svolta quotidianamente per cui il sottoporsi a *test* in modo continuativo rappresenta un

⁸² Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, cit., 217.

⁸³ L. DI MAIO, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 312; M. AINIS, *Green pass, la strategia dell'induzione di Draghi ha funzionato*, cit., sottolinea che possono essere considerati diritti secondari quelli relativi all'uso del tempo libero.

⁸⁴ Invece gli organi costituzionali, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, dettano regole assimilabili a quelle fissate per i lavoratori. Nel comparto giustizia, i magistrati sono sottoposti all'obbligo del *green pass*, mentre avvocati, periti, consulenti e testimoni non lo sono. Probabilmente la *ratio* di questa esclusione va rinvenuta nell'esigenza garantire il diritto alla difesa ed evitare rallentamenti ulteriori nello svolgimento dei processi.

oggettivo aggravio per il lavoratore. Tuttavia, per quanto appunto sia uno strumento sempre più incisivo, il *green pass* non sembra costituire una misura irragionevole che, come sostenuto, introdurrebbe in modo surrettizio l'obbligo vaccinale perché la misura lascia la possibilità di operare una scelta tra il sottoporsi al vaccino gratuito o al *test* molecolare, antigenico o rapido (ma non salivare)⁸⁵ che consente di accedere in (maggiore) sicurezza a servizi e luoghi di lavoro.

Sotto il profilo giuridico, il *green pass* non è di facile inquadramento in quanto, nel giro di pochi mesi, l'istituto ha subito una trasformazione significativa, diventando da requisito per accedere a determinati servizi a requisito per lavorare⁸⁶. Il possesso del *green pass* costituisce dunque una condizione e, di conseguenza, la sua mancata esibizione è sanzionata con il divieto di fruire di certi servizi, con la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, nonché - in caso di accesso in mancanza di certificazione - con la sanzione pecuniaria e le eventuali conseguenze disciplinari, secondo il rispettivo ordinamento di appartenenza (art. 1, co. 7 e 8 d.l. n. 127 del 2021).

Per quanto la misura sia stata estesa, anche con l'introduzione di effetti in concreto sanzionatori, la disciplina del *green pass* resta un onere perché prevede un'alternativa: la mancata vaccinazione può essere sostituita dalla sottoposizione a *test* anti Covid-19⁸⁷. In tal senso sovviene la già menzionata sent. n. 137 del 2019 in cui la Corte costituzionale ha confermato la legittimità della legge regionale che subordina l'accesso a determinati reparti da parte del personale medico-sanitario alla sottoposizione alle vaccinazioni raccomandate del Piano nazionale di prevenzione vaccinale, qualificando appunto la disposizione regionale come un onere. La disciplina regionale condiziona l'organizzazione sanitaria regionale e, soprattutto, condiziona l'esercizio del diritto al lavoro (anche con la comminazione della sanzione amministrativa pecuniaria per l'inadempiente), ma la Corte costituzionale ha escluso che tale disciplina introduca in via surrettizia un obbligo vaccinale in contrasto con la disciplina nazionale⁸⁸. In definitiva, il possesso del *green pass* costituisce un obbligo, sanzionato con il divieto di accesso a tutta una serie di luoghi (lavorativi e non), ma il *green pass* non introduce un obbligo vaccinale, lasciando l'alternativa tra vaccinazione e sottoposizione al *test*.

Peraltro, i provvedimenti che estendono prima al comparto scuola/università e poi a tutti i lavoratori il *green pass* sono stati accompagnati da misure tese ad evitare di creare discriminazioni. Innanzi tutto, le disposizioni sul *green pass* non possono essere applicate a coloro che in base ad idonea certificazione non possono sottoporsi al vaccino per motivi di salute (art. 1, co. 3 e art. 3, co. 3 del d.l. n.127 del 2021). Inoltre il Governo ha calmierato il costo dei *test* (art. 5, d.l. n. 105 del 2021) e, a seguito dell'imposizione del *green pass* a tutti i lavoratori, ha esteso tale contenimento

⁸⁵ Tali indicazioni sono recepite dal Parlamento in sede di conversione del d.l. n.105 del 2021 in l. 16 settembre 2021, n. 126 (art.9, co.1).

⁸⁶ Secondo L. D'ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 310, questa evoluzione ha determinato la trasformazione dell'istituto che da onere per l'accesso a determinati servizi è diventato un obbligo. Sul punto, C. CARUSO, *Nota del prof. Corrado Caruso per l'Audizione informale presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al Disegno di legge di conversione del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*, Seduta del 7 ottobre 2021 (si può leggere sul sito internet del Senato), invece ritiene che il *green pass* introduca una forma di «obbligo alternativo», perché resta ferma l'alternativa tra vaccinarsi o sottoporsi al *test*.

⁸⁷ I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., 2-3; A. MORELLI, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 318; R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questionegiustizia.it*, 6 settembre 2021, p. 9 ss.

⁸⁸ In tal senso, in part., I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, cit., 3.

dei costi al 31 dicembre 2021 (art. 4, d.l. n.127 del 2021). Un ulteriore elemento che infine facilita l'ottenimento del *green pass* è l'estensione di validità a tre giorni del *test* molecolare, disposta in sede di conversione del d.l. n. 111 del 2021 (art. 1, l. 24 settembre 2021, n. 133, che modifica l'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021).

Sulla contestata estensione dell'obbligo del *green pass* al mondo del lavoro e, in particolare, al personale docente è intervenuto il Tar Roma che, in via cautelare, ha ritenuto ragionevole la disciplina che nel riconoscere l'alternativa tra vaccinazione o sottoposizione al *test* antigenico o rapido fa gravare il costo del tampone sul docente che voglia beneficiare di tale alternativa⁸⁹. Successivamente, ribadendo la correlazione tra dovere di solidarietà sociale e tutela collettiva del diritto alla salute, anche il Consiglio di Stato, sez. III con ord. dell'11 novembre 2021, n. 6098 ha confermato la proporzionalità della disciplina che impone l'esibizione del *green pass*, in luogo dell'imposizione dell'obbligo vaccinale⁹⁰.

La decisione del Governo di calmierare il costo dei *test*, evitando di gravare sui datori di lavoro ed in modo eccessivo sulla collettività, sembra pertanto un contemperamento ragionevole di diversi interessi. La collettività sopporta il costo dei *test*, o meglio, lo condivide con ciascun cittadino che non intende vaccinarsi per evitare discriminazioni basate sul reddito, rendendo i *test* accessibili a prezzi contenuti⁹¹.

Complessivamente, le misure adottate superano - o, almeno, ridimensionano - le obiezioni sollevate dall'estensione del *green pass* che finirebbe per costituire un obbligo vaccinale mascherato, proprio per la difficoltà pratica di sottoporsi di frequente ai *test*⁹². Il *green pass* per quanto stringente continua ad essere una misura ragionevole perché transitoria e in linea con la politica vaccinale italiana che prevede obblighi vaccinali per categorie (vaccinazioni in età pediatrica e per determinate attività lavorative) e circoscrive l'imposizione, favorendo invece il più possibile l'adesione spontanea ai trattamenti raccomandati.

Il *green pass* come misura promozionale non impone l'obbligo, ma punta, invece, sull'induzione, e sotto questo profilo ciò che è mancato e manca alla misura in oggetto è proprio un'adeguata campagna informativa mirata a guidare verso scelte consapevoli⁹³. A parte alcune

⁸⁹ Il Tar Lazio, sezione III bis, decreti nn. 4531 e 4532 del 2 settembre 2021. Su tali pronunce, M. ASARO, *La certificazione verde per il personale scolastico e universitario: spigolature di diritto amministrativo e di diritto del lavoro*, in *Giustamm.it*, 3 settembre 2021.

⁹⁰ Si veda anche, in via cautelare, dec. del Consiglio di Stato sez. III, 30 ottobre 2021, n. 5950. Sempre in tema di *green pass*, invece, la Corte Edu, nel caso Zambrano c. Francia, dec. 41994/21 ha dichiarato irricevibile il ricorso per il mancato esaurimento dei rimedi processuali nazionali. Il Giudice Edu ha anche affermato che il ricorrente non ha fornito informazioni che dimostrino come la disciplina nazionale sul *green pass* violi i suoi diritti e non ha provato che le leggi contestate abbiano inciso sul diritto individuale del ricorrente al rispetto della sua vita privata, così come non è stata provata l'incidenza delle norme sul *green pass* sui diritti convenzionali nel caso di persone vaccinate. Anche il Tribunale UE, caso T- 527/21, con l'ord. del 29 ottobre 2021, ha respinto la domanda di sospensione cautelare della disciplina europea sul *green pass* perché manca la prova di un danno grave ed irreparabile dei diritti degli appellanti. Inoltre il Tribunale UE osserva che la disciplina europea non è tesa a limitare, ma a favorire la circolazione durante la pandemia.

⁹¹ In particolare sui rischi derivanti dall'obbligo del *green pass* e discriminazioni basate sul reddito, R. CALVANO, *Greenpass e vaccini, non sacrificiamo l'uguaglianza*, Il Manifesto, 6 agosto 2021.

⁹² L. D'ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19 - Forum*, cit., 310; C. BERTOLINO, "Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza, cit., p.4; Osservatorio per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, cit., 22 ss.; L. BRUNETTI, *La Costituzione può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti Covid-19 (cd. green pass)*, in *Forumcostituzionale.it*, n.3/2021, 491 ss.; A. MANGIA, *Obbligo vaccinale e green pass. "Moro contro Draghi, l'Europa sta con l'ex Dc"*, Intervista, *Costituzionalisti.it*, 8 agosto 2021.

⁹³ In tal senso Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comitato Nazionale per la bioetica (CNB), *I vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, 27 novembre 2020, sottolinea come l'accettazione della vaccinazione da parte dei cittadini,

iniziative realizzate nella fase iniziale, quando la campagna vaccinale era appena iniziata, è mancata un'attività pervasiva, realizzata a livello nazionale volta a favorire la comprensione delle finalità del *green pass* e l'adesione spontanea alla vaccinazione.

6. Considerazioni conclusive a partire dalle decisioni della Corte Edu e del Consiglio d'Europa sull'opportunità dell'obbligo vaccinale: convincere e non imporre.

Il *green pass* costituisce una soluzione tesa a raggiungere l'immunità di comunità (o comunque ad aumentare in modo consistente il numero dei vaccinati), oppure, potrebbe preludere all'estensione dell'obbligo vaccinale in considerazione dell'andamento dei contagi.

Dal punto di vista giuridico l'eventuale introduzione dell'obbligo generale non trova particolari ostacoli, tuttavia, una decisione del genere resta comunque una scelta residuale che, come osservato (*supra* §§ 2.-3.), richiede un attento bilanciamento tra costi/benefici e va valutata alla luce di acquisizioni medico scientifiche necessariamente provvisorie e in via di acquisizione.

Una decisione del genere, pur restando nell'esclusiva competenza di ciascuno Stato europeo, va anche ponderata alla luce delle indicazioni fornite dalle istituzioni europee. A tal proposito, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nella risoluzione dell'11 gennaio 2021 (*Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations*) afferma che, in circostanze normali, il vaccino non dovrebbe essere obbligatorio per nessuno. Incidendo sulla libera autodeterminazione, l'autonomia sul proprio corpo, sul consenso informato, nonché sul rispetto della vita privata (art. 8, conv Edu e art. 2 e 5 Conv. Oviedo), la vaccinazione obbligatoria generalizzata per tutti i cittadini andrebbe evitata. Devono essere invece sicuramente favoriti il rispetto all'autodeterminazione e la scelta autonoma, consapevole ed informata di sottoporsi alla prevenzione vaccinale.

D'altronde nella situazione di emergenza da Covid-19 ci sono tutti i presupposti per imporre la vaccinazione potendo essere compressi sia il diritto alla vita privata e familiare, sia la libertà di pensiero e di coscienza (art. 8-9 Cedu) per proteggere la salute pubblica e individuale. Anche l'art. 26 della Convenzione di Oviedo prevede che i diritti possono essere oggetto di restrizioni necessarie a protezione della sicurezza pubblica, della salute pubblica, dei diritti e della libertà altrui. Per essere ammissibili, osserva il Consiglio d'Europa, le limitazioni dei diritti devono essere fissate esclusivamente dalla legge e devono essere *necessarie* nella società democratica per la tutela di interessi della collettività.

Di recente, tali concetti sono stati ripresi anche in sede giurisprudenziale dalla Corte Edu nella sent. 116/2021 dell'8 aprile 2021 in materia di vaccinazioni pediatriche obbligatorie. La Corte Edu ha avuto modo di ribadire che la vaccinazione imposta dalla disciplina statale costituisce un'interferenza da parte dei poteri pubblici sull'integrità fisica e incide sul rispetto della vita

deve essere fondata su un'informazione e comunicazione trasparente, chiara, comprensibile, consistente e coerente, basata su dati scientifici sempre aggiornati. In particolare il CNB sottolinea come una specifica attenzione dovrebbe essere rivolta proprio all'identificazione delle fonti di disinformazione e falsa informazione. Sull'importanza di adeguate campagne informative, in part., R. CALVANO, *Greenpass e vaccini, non sacrifichiamo l'uguaglianza*, cit.

privata e familiare, ma tale compressione della libertà di autodeterminazione a norma dell'art. 8, co. 1 CEDU può essere necessaria in una società democratica⁹⁴ quando il legislatore nazionale persegue l'obiettivo di tutelare la salute e i diritti altrui, senza peraltro che motivi religiosi e di coscienza possano consentire di rifiutare il trattamento sanitario obbligatorio⁹⁵.

Riguardo all'obbligo vaccinale contro il Covid-19, la Corte Edu non si è ancora pronunciata nel merito, ma in via cautelare con decisione del 19 agosto 2021⁹⁶ ha respinto il ricorso di più di seicento appartenenti al corpo dei vigili del fuoco francese che chiedevano la sospensione dell'obbligo loro imposto dalla disciplina nazionale. Affermando che l'imposizione dell'obbligo non produce danni irreversibili, la Corte Edu ha respinto la richiesta di applicazione di misure *ad interim* perché ha ritenuto che non vi fosse alcun *fumus* di violazione delle norme convenzionali, ossia, degli artt. 2 e 8 della Cedu a tutela del diritto alla vita e del diritto alla vita privata e familiare.

Nel bilanciamento tra integrità fisica e tutela della salute in circostanze non emergenziali, la Corte Edu come, del resto, il Consiglio d'Europa e la stessa Corte costituzionale considerano quindi l'imposizione dell'obbligo vaccinale una soluzione estrema e, invece, guardano con favore a procedure flessibili che si adeguano alla concreta situazione di pericolo di diffusione della malattia e alle procedure tese ad evitare l'imposizione della sanzione.

Le Corti convergono nel considerare l'obbligatorietà come un'istanza residuale, anche perché l'imposizione dell'obbligo non sempre consente il raggiungimento dello scopo perseguito dal legislatore. L'obbligo importa una sanzione (prevista anche in caso di mancato adempimento all'obbligo vaccinale in età pediatrica) che, di norma, si concretizza nel pagamento di una sanzione amministrativa. Tuttavia non è affatto detto che la sanzione pecuniaria costituisca un deterrente e la sua concreta irrogazione non è certo funzionale a raggiungere lo scopo, ovvero, garantire la copertura vaccinale generalizzata. In tal senso nella citata risoluzione, il Consiglio d'Europa ritiene che - *in ogni caso* - rendere obbligatorie tali vaccinazioni non è raccomandabile per la semplice constatazione che l'imposizione obbligatoria può rivelarsi controproducente.

⁹⁴ Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 276. Nello stesso senso, Solomakhin c. Ucraina, dec. 24429/03; Hristozov e altri c. Bulgaria, dec. 47039/11 e 358/12. Sul punto, G. GOTTI, *La necessità in una società democratica degli obblighi vaccinali per i minori (nota a margine della sentenza della Corte EDU Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in Osservatorioaic.it, n. 4/2021; F. PASSANANTI, *Le vaccinazioni obbligatorie o raccomandate ed il diritto all'indennizzo*, cit., 12-14.

⁹⁵ Nessun Paese europeo ammette l'obiezione di coscienza nei confronti delle vaccinazioni obbligatorie, sul punto da ultimo Corte Edu, Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca, cit., par. 330 ss. Riprendendo il precedente della Commissione europea dei diritti dell'uomo, Boffa e altri c. San Marino, dec. 26536/95, la Corte ha affermato che l'art. 9 della CEDU che tutela la libertà di pensiero e di coscienza non implica il diritto di comportarsi nella sfera pubblica sempre secondo le proprie convinzioni personali, sul punto, M. L. LO GIACCO, *Vaccini obbligatori e obiezione di coscienza dei genitori. (La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Vavříčka ed altri c. Repubblica Ceca, 8 aprile 2021)*, in Osservatorioaic.it, n. 3/2021. Occorre considerare che nel dibattito pubblico le motivazioni religiose o etiche non costituiscono la principale ragione delle contestazioni dei movimenti contrari agli obblighi vaccinali. Piuttosto prevalgono valutazioni pseudo scientifiche, rispetto alle quali il richiamo all'obiezione di coscienza assume una funzione strumentale a mettere in discussione la validità della pratica vaccinale. Anche la Corte costituzionale nell'ord. 134 del 1988 spesso chi si oppone alle vaccinazioni lo fa sulla base di convincimenti di «carattere metagiuridico», «contrapponendo ad una legge palesemente intesa alla tutela della salute un generico e soggettivo convincimento della sua inopportunità» (corte cost. ord. 134/1988), su questi aspetti, M. TOMASI, *La proporzionalità degli obblighi vaccinali nella lettura della Corte Edu*, in *Quad. cost.*, 2021, p.445 ss.; M. L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in *StatoeChiese.it*, n.7/2020, 65; B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritticomparati.it*, 15 aprile 2021; M. VALSECCHI, *Le vaccinazioni come catalizzatore di tensioni ideologiche*, cit., 69-70.

⁹⁶ Corte Edu, Abgrall e 671 altri c. Francia, dec. 41950/21.

Valutando inoltre la questione sotto il profilo storico, il Consiglio d'Europa sottolinea come i vaccini obbligatori sono previsti da ordinamenti non democratici che attuano sistematicamente l'oppressione delle popolazioni. Gli Stati democratici devono invece sviluppare strategie per creare fiducia nella vaccinazione preventiva attraverso una comunicazione trasparente.

A tal proposito, proprio la disciplina italiana sulla vaccinoprofilassi obbligatoria in età pediatrica, aprendo spazi all'adeguamento delle misure non impone necessariamente un modello fondato in via esclusiva sull'obbligatorietà dei vaccini. In linea con la preferenza per soluzioni fondate sulla non-obbligatorietà dei vaccini, la disciplina sulle vaccinazioni in età pediatrica, apprezzata anche dalla Corte Edu nella pronuncia da ultimo citata, conferisce piuttosto spazio al rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione⁹⁷. L'informazione, la raccomandazione, unite a procedure flessibili di adeguamento alle mutate esigenze sanitarie costituiscono un'alternativa alla coercizione e - sottolinea da ultimo la Corte Edu - appaiono più rispettose del principio dell'autodeterminazione e del diritto al rispetto dell'integrità fisica individuale⁹⁸.

In tale prospettiva senza imporre l'obbligo vaccinale, l'introduzione del *green pass* il cui mancato possesso non consente di svolgere tutta una serie di attività quotidiane, lavorative, ma anche ludiche e di rilievo "secondario", potrebbe risultare più efficace della sanzione che accompagna l'obbligo⁹⁹, evitando al contempo lo svolgimento di determinate attività da parte di chi possa nuocere alla salute altrui.

Data la circolazione del *virus*, l'alternativa al *green pass* consiste nell'obbligo vaccinale che rischia però di incontrare resistenze ancor più forti. Sotto questo aspetto il *green pass* sembra un compromesso; una soluzione non ottimale e transitoria ma, probabilmente, meno dirompente e, forse, più inclusiva rispetto all'imposizione di un generalizzato obbligo vaccinale. In definitiva, lasciando un'alternativa per quanto gravosa a chi non intende sottoporsi al trattamento vaccinale, il *green pass* consente di continuare a svolgere determinate attività, altrimenti precluse.

In termini generali se l'andamento dell'epidemia lo renderà necessario, sembra opportuno continuare a ragionare di obblighi vaccinali per categorie, in linea con la politica vaccinale nazionale e come avviene attualmente per la profilassi in età pediatrica, individuando quei gruppi di individui che sono in condizione di particolare rischio, oltre ai medici e al personale socio-sanitario, a cominciare, ad esempio, da tutti coloro che svolgono lavori di comunità o a costante contatto con utenti/clienti.

⁹⁷ La l.n. 119 del 2017 all'art. 1, co. 4 prevede infatti un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. In caso di mancato adempimento dell'obbligo vaccinale, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, finalizzato alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione volontaria. Solo alla fine del procedimento e previa concessione di un adeguato termine, possono essere inflitte le sanzioni amministrative, peraltro molto miti. La legge del 2017 tuttavia non preclude l'accesso ai bambini non vaccinati alla scuola dell'obbligo, ma solo alla scuola dell'infanzia, temperando l'interesse alla tutela della salute pubblica, il diritto fondamentale all'istruzione e l'esigenza di evitare la creazione di sacche di esclusione ed emarginazione sociale e culturale.

⁹⁸ Corte Edu, Vavrička e altri c. Repubblica Ceca, dec. 47621/13, par. 239.

⁹⁹ In tal senso, L. D'ANDREA, *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, cit., 310, considera il *green pass* un surrettizio obbligo vaccinale del quale si configura come un efficace meccanismo sanzionatorio.

Nello stato di democrazia pluralista, dove l'unità politica dipende in larga parte dalla capacità di mantenere un certo grado di solidarietà¹⁰⁰, la politica deve tendere il più possibile a bilanciare integrità personale, libertà di autodeterminazione e rispetto dei convincimenti personali, evitando di creare effetti divisivi e frammentazione sociale. Sotto questo profilo, il Governo Draghi ha mostrato i suoi limiti tenendo in scarsa considerazione l'esigenza di persuadere con una strategia mirata, con una campagna informativa nazionale tesa a convincere e superare le resistenze di coloro che per disinformazione, cattiva informazione e "semplice" paura non si sottopongono a vaccinazione contro il Covid-19.

Proprio nel momento di massima tensione tra diritto all'autodeterminazione e tutela dell'interesse collettivo, l'ordinamento democratico dovrebbe creare *affidamento*, tentando di ridurre vulnerabilità e marginalità sociale. L'ordinamento fondato sui principi di solidarietà e tolleranza ha il dovere di puntare sul convincimento e la scelta consapevole che costituiscono quel *collante* indispensabile alla comunità democratica fondata sulla fiducia.

¹⁰⁰ Sulla solidarietà come elemento imprescindibile per il mantenimento dell'unità politica, almeno: A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, cit., 14 e ss; I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Napoli, Jovene, 2011, 6 ss.; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., 4; A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, 196 ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, cit., p. 92; A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in *Forumcostituzionale.it*, 2018.

ABSTRACT

Dopo decenni in cui la riflessione giuridica in materia di salute è stata in prevalenza attratta dall'esigenza di delimitare ed ampliare il profilo soggettivo del diritto alla salute, l'emergenza pandemica sposta l'attenzione sulla dimensione collettiva della salute, come condizione per l'esercizio di altri diritti e realizzazione dell'uguaglianza tra gli individui. Il presente lavoro inquadra le più recenti misure di contrasto alla pandemia di Covid-19 nell'ambito dei principi costituzionali ed individua le condizioni che rendono costituzionalmente legittimo l'obbligo vaccinale in particolare per le categorie di lavoratori particolarmente esposte al contagio e al rischio di diffusione del contagio. La disponibilità di diversi vaccini, la loro dimostrata efficacia e l'esistenza di sempre maggiori conoscenze scientifiche sull'evoluzione del Covid-19 consentono di mettere in atto strategie di ripresa della vita economica e sociale "vigilata", puntando sull'obbligo vaccinale per determinate categorie di lavoratori, sull'intensificazione della campagna vaccinale e l'estensione dell'uso del certificato verde vaccinale (c.d. *green pass*).

After decades of legal reflection focused on the delimitation and expansion of the subjective profile of the right to health, the pandemic emergency shifts attention to the collective dimension of health, as condition for the exercise of other rights and the realization of equality between individuals. This essay addresses the most recent measures to combat the Covid-19's pandemic in the context of constitutional principles, identifying the conditions that make the vaccination mandate constitutionally legitimate. The analysis reveals the problem of protecting the health of workers and the uncertainties that arise in the absence of a unitary discipline that imposes the vaccination obligation, in particular for those jobs exposed to a greater risk of contagion. The essay also addresses the critical issues arising from the progressive expansion of the use of the vaccination green pass and finally speculates on the political expediency to extend the vaccination obligation.

PAROLE CHIAVE

Obbligo vaccinale; solidarietà; protezione della salute; green pass; politiche promozionali.

KEY WORDS

Mandatory vaccination; solidarity; safety protection; vaccination certificate; promotional policies.



Jacopo Ferracuti*

L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'.

Profili di costituzionalità**

SOMMARIO: 1. Premessa sui principi di pubblicità e oralità. – 2. L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'. – 3. Gli interventi della giurisprudenza: la sentenza n. 96 del 2021 della Corte costituzionale e il Consiglio di Stato sul c.d. contraddittorio cartolare 'coatto' – 4. Profili di costituzionalità dell'udienza pubblica 'da remoto'. – 5. Considerazioni e proposte conclusive.

1. Premessa sui principi di pubblicità e oralità

Più di recente, in materia di processo penale, la Corte costituzionale (con la sentenza dell'11 maggio 2021, n. 96) è tornata a occuparsi della tematica inerente alle udienze pubbliche¹, con particolare riguardo a quelle per cui si prevede lo svolgimento 'da remoto', ossia in modalità telematica.

La pronuncia, pur recando un dispositivo di inammissibilità, deve comunque essere segnalata e considerata, se non altro, per lo spunto che offre in ordine alla trattazione di un tema – quello legato, per l'appunto, allo svolgimento 'a distanza' dell'udienza pubblica – che merita di essere ripreso e approfondito, in quanto recentemente tornato in auge a seguito dell'introduzione delle prescrizioni processuali di origine governativa legate al contenimento del c.d. Covid-19.

Per procedere in questo senso, e al precipuo fine di soffermarsi sui profili costituzionali di tale particolare modalità di svolgimento dell'udienza, è, tuttavia, necessario operare una rapida

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università degli Studi Roma Tre.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Già in passato, infatti, come meglio si avrà modo di mettere in evidenza (in particolare, *infra*, sub §3.), la Consulta è stata chiamata ad affrontare questioni di costituzionalità correlate alla pubblicità delle udienze processuali: in tal senso, tra le altre, possono richiamarsi le sentenze del 12 marzo 2010, n. 93 e 11 marzo 2011, n. 80, rispettivamente in *Giur. cost.*, II, 2010, 1053 ss. e *Giur. cost.*, II, 2011, 1224 ss.

premessa di carattere generale in ordine ai fondamentali principi di pubblicità e di oralità del processo, considerati dalla dottrina espressione dello stesso principio di trasparenza².

È proprio su di essi, infatti, che – come si cercherà di dimostrare – hanno finito alla lunga per incidere le modalità di svolgimento dei vari tipi di processo introdotte nell'ultimo anno da Governo e Parlamento nell'ambito dell'azione di contrasto alla diffusione del virus.

E così, prendendo le mosse dal primo tra quelli citati, occorre anzitutto evidenziare, in via preliminare, come, di per sé, il termine 'pubblicità' presenti una notevole gamma di significati³.

L'accezione di interesse, ovviamente, è quella relativa allo svolgimento dell'attività giurisdizionale.

Rispetto a essa, deve segnalarsi come il fondamento costituzionale del canone di pubblicità sembrerebbe potersi rinvenire nell'art. 1 della Carta fondamentale, nella misura in cui in esso viene enunciato il principio democratico che informa il nostro ordinamento⁴, di cui quello di pubblicità dei processi rappresenta un sicuro corollario. L'assunto in parola – va detto – non

² Cfr. V. DENTI, *Oralità. I) Principio dell'oralità*, in *Enc. giur.*, 1990, 9.

³ Con specifico riferimento alla materia del diritto pubblico, ne opera una rassegna A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1970, 1027 ss., il quale distingue tra le seguenti forme: la «pubblicità-evidenziazione atipica», coincidente con ogni comportamento diretto a realizzare l'evidenziazione delle ragioni che spingono l'autorità ad agire, ossia con ogni manifestazione giuridica che renda acquisibile una conoscenza; la «pubblicità-evidenziazione tipica», invece coincidente con tutti quegli istituti che sono specificamente diretti a consentire al cittadino di acquisire la conoscenza dell'attività svolta dai pubblici poteri; la «pubblicità-misura di conoscenza», integrata dalle sole misure di conoscenza, ossia da quei procedimenti dichiarativi che svolgono la funzione di rendere possibile la conoscenza di un fatto (pubblicità permanente, pubblicazione, comunicazione, notificazione); la «pubblicità-misura di conoscenza permanente», integrante il particolare modo di intendere la pubblicità che restringe la figura a quella sola misura di conoscenza che si presenta con il carattere della permanenza; la «pubblicità-propaganda», integrata da quel complesso di comportamenti che taluno adotta per orientare l'interesse del pubblico verso un prodotto, una persona, un'organizzazione; la «pubblicità-pubbliche relazioni», coincidente con l'attività che qualsiasi operatore svolge per fornire alla collettività la migliore immagine di sé stesso; infine, la «pubblicità-informazione», coincidente con l'attività di rilascio di informazioni ai governati.

Tra i vari significati, così individuati dall'Autore, di pubblicità, sembrerebbe potersi affermare che la pubblicità delle udienze processuali rientri nella categoria della «pubblicità-evidenziazione tipica», in quanto strumento atto a consentire ai consociati la conoscibilità del governo della giustizia da parte dei giudici, anche a salvaguardia della relativa indipendenza.

Lo stesso Autore, poi, sempre tratteggiando il concetto di pubblicità, ne classifica le varie figure sulla base di plurimi criteri.

In questo senso, in base al criterio del rapporto con l'oggetto di cui permettono la conoscenza, vi sarebbero le figure di pubblicità autonome (tra cui rientrano quelle che hanno come oggetto un comportamento rispetto al quale conservano netta la propria distinzione: pubblicità permanente, pubblicazione, comunicazione, ecc.) e le figure di pubblicità non autonome (tra cui rientrano quelle che costituiscono una modalità dell'oggetto, come la presenza, o che sono parti di complessi strutturali più vasti, come le forme di evidenziazione atipica: è, dunque, in tale categoria che dovrebbe rientrare la presenza del pubblico alle udienze processuali). In base alla struttura, si dovrebbe, invece, distinguere tra le figure di pubblicità a fattispecie semplice (ossia, le misure di conoscenza, tra cui sembra doversi far rientrare – per ciò che in questa sede interessa – la forma pubblica dell'udienza processuale) e quelle a fattispecie complessa (come l'informazione, complessa perché risultante dalla combinazione di una dichiarazione di conoscenza, storica o valutativa, e di una misura di conoscenza, mediante la quale la dichiarazione viene trasmessa ai destinatari). In relazione all'elemento dei destinatari, invece, l'Autore distingue tra le forme di pubblicità rivolte a destinatari determinati, o indeterminati (come è il caso della presenza del pubblico alle udienze processuali pubbliche, in quanto generalmente aperte a tutti coloro che vi abbiano interesse). Con riguardo all'iniziativa, si distinguono poi le forme di pubblicità dinamiche da quelle statiche (tra cui, sembra, deve rientrare anche la forma di pubblicità di cui si discorre, legata alla presenza del pubblico alle udienze processuali). Infine, a seconda della stabilità, l'Autore opera una distinzione tra, da un lato, la pubblicità-misura di conoscenza permanente e la pubblicazione sui giornali (*Gazzetta Ufficiale*, *Bollettini ufficiali*, *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*) e, dall'altro, la pubblicazione per deposito, per affissione e le diffusioni tramite *mass media*.

⁴ La pubblicità del giudizio – in particolar modo di quello penale – rappresenta, infatti, un principio connaturato a un ordinamento democratico, come chiarito anche dalla Corte costituzionale, tra le altre, con la sentenza del 27 luglio 1992, n. 373 e del 16 febbraio 1989, n. 50, rispettivamente in *Giur. cost.*, II, 1992, 2977 ss. e *Giur. cost.*, I, 1989, 252 ss.

trova, tuttavia, unanime condivisione: l'individuazione dell'appiglio costituzionale cui ancorare il principio in questione è, infatti, questione tutt'altro che pacifica⁵.

Poco male, in realtà, perché comunque l'aspetto fondamentale, sul quale (questa volta sì) si registra un consenso di tipo unanime, è che, con riferimento alla celebrazione dei vari tipi di processo dinanzi all'autorità giudiziaria, il principio di pubblicità delle udienze – come anticipato – rappresenti il precipitato logico del principio di democrazia dello Stato⁶.

Anzi, tale ontologica appartenenza del primo al secondo è stata reputata dai padri costituenti talmente tanto evidente da non renderne neppure necessaria un'esplicita affermazione nel nuovo testo costituzionale, con una scelta 'di rottura' rispetto a quanto era avvenuto sotto la vigenza dello Statuto Albertino, ove, per contro, il principio era stato espressamente enunciato⁷.

A onor del vero, l'opzione in questione è scaturita solamente all'esito di un dibattito particolarmente acceso e non privo di colpi di scena.

Nello specifico, infatti, due erano gli indirizzi che si contrapponevano in Assemblea: da un lato, v'era chi riteneva giusto e necessario procedere senza soluzione di continuità rispetto alla tradizione statutaria, mediante la previsione, quindi, anche nella nuova Costituzione, di una disposizione che sancisse espressamente la pubblicità delle udienze dei Tribunali, unitamente al principio dell'oralità e dell'obbligo di motivazione della sentenza⁸; dall'altro, invece, v'era chi,

⁵ La giurisprudenza costituzionale, infatti, ad esempio con le sentenze 14 aprile 1965, n. 25, in *Giur. cost.*, X, 1965, 241 ss., 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, I, 1971, 83 ss., 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giur. cost.*, I, 1981, 87 ss., ha sempre fondato il proprio ragionamento più che altro sull'art. 101, co. 1, Cost., nel senso di ricavare l'esigenza di garantire la pubblicità dei processi dall'assunto – sancito nella richiamata disposizione costituzionale – per cui «La giustizia è amministrata in nome del popolo» (in questo senso cfr. anche le sentenze 24 luglio 1986, n. 212, in *Giur. cost.*, II, 1986, 1637 ss., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Giur. cost.*, I, 1989, 252 ss., 27 luglio 1992, n. 373, in *Giur. cost.*, II, 1992, 2977 ss., e 13 maggio 1993, n. 235, in *Giur. cost.*, II, 1993, 1718 ss.). Di tale avviso si è mostrato anche N. NICOLINI, *Della discussione pubblica nei giudizi penali. Discussione (1833)*, in *Discorsi pronunziati in adunanza solenne*, Napoli, 1833, 4, nonché M. CIAPPI, *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 4a, 457, secondo cui il principio della pubblicità della motivazione e quello della pubblicità delle udienze, piuttosto che derivare l'uno dall'altro, rivendicano una matrice comune riconducibile proprio all'art. 101, co. 1, Cost. Altra parte della dottrina, invece, si è mostrata maggiormente propensa a fondare il principio *de quo* sull'art. 111, co. 6, Cost., secondo il quale «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati», e ciò in quanto l'obbligo di motivare il provvedimento giudiziario, che è finalizzato a rendere edotto chiunque della linea logica seguita dal giudice nell'assumere la propria decisione, perderebbe di effettività e annullerebbe i suoi intimi scopo e funzione se non accompagnato dalla possibilità di consentire, proprio mediante l'apertura delle udienze al pubblico, un controllo in relazione ai momenti di assunzione delle prove, ovvero di esposizione, da parte di accusa e difesa, delle rispettive tesi. In questo senso, si vedano, ad esempio, E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 186 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 40.

⁶ Da qui, come detto, la possibilità, forse, di rinvenirne il fondamento costituzionale già nell'art. 1 della Carta fondamentale. Al riguardo, secondo A. MELONCELLI, *Pubblicità ...*, cit., 1037, l'esplicita legittimazione democratica operata dalla Costituzione, e la posizione di indipendenza della magistratura rispetto a tutti gli altri poteri dello Stato, possono pienamente esplicitarsi e realizzarsi proprio mediante la pubblicità del processo, in quanto strumento atto a garantire la conoscibilità delle modalità di esercizio del potere giudiziario.

⁷ Lo Statuto Albertino, infatti, dettando disposizioni in materia di ordine giudiziario, prevedeva espressamente, all'art. 72 che «Le udienze dei Tribunali in materia civile, e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi». La Carta in tal modo introduceva nell'ordinamento (preunitario prima e del Regno d'Italia poi), un principio la cui prima proclamazione deve farsi risalire all'art. 208 della Costituzione francese del 1795, e che venne poi successivamente accolto anche in ordinamenti non ispirati ai principi di libertà e uguaglianza.

⁸ Emblematici di questo primo orientamento sono l'art. 6 del progetto proposto da Piero Calamandrei (per cui «Le udienze giudiziarie sono pubbliche e i dibattimenti si svolgono oralmente in quanto la legge non disponga altrimenti nell'interesse della giustizia e dell'ordine pubblico»), l'art. 19 del progetto presentato da Giovanni Leone (secondo cui «I dibattimenti in materia penale sono pubblici. La legge può consentire lo svolgimento non pubblico del dibattimento nei casi previsti dall'art. 423 del c.p.p.»), nonché, ancora, l'art. 11 del progetto avanzato da Gennaro Patricolo («Le udienze giudiziarie sono pubbliche, salvo le eccezioni previste dalle leggi») e, infine, l'art. 9 del progetto della Commissione ministeriale (secondo il quale «Le udienze sono pubbliche, salvo le esigenze di moralità e di ordine pubblico»).

muovendo dal presupposto che si trattasse di «una regola processuale ormai largamente acquisita»⁹, riteneva per contro superflua una sua formale enunciazione costituzionale, considerandone più opportuna una semplice previsione nell'ambito dei codici di rito¹⁰.

Lo scontro fu alquanto duro sul punto. Infatti, quando si pensava che l'accordo sarebbe stato trovato sulla formula «le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità non disponga altrimenti», una proposta di emendamento presentata dall'On. Francesco Colitto, e in fine approvata, finì per travolgere tale disposizione¹¹.

All'esito del dibattito, dunque, si decise per la non inclusione nel testo della Costituzione di una previsione che stabilisse formalmente la regola della pubblicità dei processi, ma la scelta, data l'importanza del principio in gioco, rese comunque necessaria la doverosa precisazione del Presidente dell'Assemblea, l'On. Umberto Terracini, il quale, al termine dei lavori, si prese la briga di chiarire che «con questa votazione non si è inteso deliberare che le udienze non devono essere pubbliche, ma che non si ritiene di inserire la norma nel testo costituzionale»¹².

In ogni caso – e il punto va per ovvie ragioni rimarcato – il fatto che non sia espressamente sancito in Costituzione (e che non sia stato poi introdotto neppure all'atto dell'inclusione nel testo costituzionale dei principi del giusto processo a opera della legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 21³), non implica affatto che la garanzia del principio non sia assistita da forme di riconoscimento e tutela¹⁴.

Esso, infatti, oltre a trovare (implicito, ma) sicuro fondamento costituzionale (che sia l'art. 1, piuttosto che gli artt. 101 o 111, e viceversa), è comunque espressamente enunciato, con le relative previsioni di salvaguardia, nell'ambito dei codici regolatori dei vari tipi di processo.

⁹ Così si esprimeva l'On. Aldo Bozzi, in *Lav. prep. Cost.*, vol. VIII, 1924.

¹⁰ Cfr., sul punto, G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984, 115 ss., ove si mette in evidenza che la possibilità di enunciare direttamente in Costituzione il principio di pubblicità delle udienze venne reputata superflua da tale corrente di pensiero, in quanto si ritenne che tale principio fosse implicitamente prescritto dal sistema costituzionale quale conseguenza diretta e necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato, per l'appunto, in nome del popolo.

¹¹ La proposta emendativa venne presentata con il supporto dell'On. Paolo Rossi, rappresentante della Commissione dei 'settantacinque', che su di essa aveva svolto un vaglio di carattere preventivo conclusosi positivamente, e che si era finanche dichiarato «pronto a rinunciare con tutta tranquillità a stabilire nella Costituzione il principio di pubblicità delle udienze» per due sostanziali ordini di ragioni: anzitutto, perché a venire in evidenza era un principio universalmente già accettato, tale da rendere superflua e ridondante una sua eventuale inclusione nel nuovo testo costituzionale, e, in secondo luogo, perché, comunque, l'inevitabile previsione costituzionale di eccezioni al principio, avrebbe sempre e comunque consentito la celebrazione di udienze non pubbliche.

¹² Cfr. l'intervento dell'On. Terracini, in *Lav. prep. Cost.*, vol. V, 4151.

Come mette in evidenza M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, in *Le garanzie fondamentali*, II, Milano, 1984, 278, simile precisazione del Presidente Terracini, di evidente inutilità, superficialità e superfluità, è rivelatrice di tutto l'imbarazzo della Costituente per l'esito del dibattito, sfociato nell'eliminazione *tranchant* della regola della pubblicità, senza nemmeno l'indicazione di una vera motivazione *ad excludendum*.

¹³ Ciò nonostante – e per riprendere il discorso sul fondamento costituzionale del principio, di cui già *supra*, *sub* nota n. 5 – occorre evidenziare come proprio la novella costituzionale introdotta con la citata l. cost. n. 2/1999 abbia indotto la giurisprudenza costituzionale, da quel momento, a individuare la base costituzionale del principio di pubblicità delle udienze nel nuovo co. 1 dell'art. 111 (cfr., in tal senso, le sentenze del 21 maggio 2014, n. 135, in *Giur. cost.*, III, 2014, 2256, con nota di R. ADORNO, *Pubblicità delle udienze penali e procedimento di sicurezza*, *ivi*, 2266 ss., 5 giugno 2015, n. 97, in *Giur. cost.*, III, 2015, 813 ss., e 15 giugno 2015, n. 109, in *Giur. cost.*, III, 2015, 867 ss.), sul presupposto che esso integri «una componente naturale e coesistente del processo "equo"» (così, la Corte costituzionale con la sentenza del 13 dicembre 2017, n. 263, in *Giur. cost.*, VI, 2017, 2856 ss. (con commento di P. SPAGNOLO, *L'esclusione della pubblicità nel procedimento di riesame: ribadite le peculiarità della procedura de libertate*, *ivi*, 2870 ss.)).

¹⁴ Cfr. S. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, 1762; G. SANTALUCIA, *Gli atti introduttivi al dibattito*, in G. SPANGHER (a cura di), *Trattato di procedura penale*, IV, Torino, 2009, 117 ss.

Così, con riferimento al processo civile, è l'art. 128, co. 1, c.p.c., a prevedere che «L'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, ma il giudice che la dirige può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume», mentre con riguardo a quello penale, la disposizione di riferimento è l'art. 471, co. 1, c.p.p., per cui «L'udienza è pubblica a pena di nullità»¹⁵.

Analogamente, per il processo amministrativo, l'art. 87, co. 1, cod. proc. amm. dispone che «Le udienze sono pubbliche a pena di nullità, salvo quanto previsto dal comma 2, ma il presidente del collegio può disporre che si svolgano a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume»: la norma stabilisce, dunque, la regola generale della pubblicità delle udienze, cui fanno eccezione le sole cause da trattarsi nei giudizi indicati al co. 2 (per cui vanno celebrati in camera di consiglio i giudizi cautelari e quelli relativi all'esecuzione delle misure cautelari collegiali, il giudizio in materia di silenzio, il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi e di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa, i giudizi di ottemperanza e i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio).

Per quanto riguarda, invece, la Corte costituzionale e i relativi procedimenti, è l'art. 15 della legge n. 87 dell'11 marzo 1953, a stabilire che «Le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche, ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza dello Stato o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità» (in questo caso, l'eccezione alla regola – come meglio si dirà – è contenuta all'art. 26, il quale, in relazione ai giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, prevede che «Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio», nonché all'art. 11 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, per cui «1. Se nessuna delle parti si è costituita in giudizio, il Presidente può convocare con decreto la Corte in camera di consiglio. 2. Il Presidente, sentito il giudice relatore, può convocare ugualmente la Corte in camera di consiglio, qualora ravvisi che la questione possa essere dichiarata manifestamente inammissibile o manifestamente infondata o che gli atti possano essere restituiti al giudice rimettente»).

¹⁵ La disposizione prosegue poi dettando una serie di regole relative alla presenza del pubblico in udienza. Questo, infatti, il testo dei commi successivi al primo:

«2. Non sono ammessi nell'aula di udienza coloro che non hanno compiuto gli anni diciotto, le persone che sono sottoposte a misure di prevenzione e quelle che appaiono in stato di ubriachezza, di intossicazione o di squilibrio mentale.

3. Se alcuna di queste persone deve intervenire all'udienza come testimone, è fatta allontanare non appena la sua presenza non è più necessaria.

4. Non è consentita la presenza in udienza di persone armate, fatta eccezione per gli appartenenti alla forza pubblica, né di persone che portino oggetti atti a molestare. Le persone che turbano il regolare svolgimento dell'udienza sono espulse per ordine del presidente o, in sua assenza, del pubblico ministero, con divieto di assistere alle ulteriori attività processuali.

5. Per ragioni di ordine, il presidente può disporre, in casi eccezionali, che l'ammissione nell'aula di udienza sia limitata a un determinato numero di persone.

6. I provvedimenti menzionati nel presente articolo sono dati oralmente e senza formalità».

Come è stato sottolineato in dottrina, dunque, quello di cui si discorre è un principio costituzionale inespresso o implicito¹⁶, che, tuttavia, riceve la propria consacrazione e tutela nell'ambito di disposizioni (codicistiche) scritte.

Spesso, è stata la Corte costituzionale a svolgere un ruolo attivo nella salvaguardia del principio in questione.

È, infatti, risalente, nella giurisprudenza della Consulta l'affermazione dell'assunto per cui il principio di pubblicità delle udienze «è garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità; ed anche le norme che disciplinano i casi nei quali, a tutela di svariati interessi, è necessario derogare al principio della pubblicità, debbono attenere al retto funzionamento della giustizia, bene supremo dello Stato, garantito anch'esso dalla Costituzione»¹⁷.

Il concetto è stato ripreso più volte dal giudice costituzionale, il quale, pur ribadendone la sostanziale indefettibilità «in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, come il nostro, al quale non può non conformarsi l'amministrazione della giustizia, che in quella sovranità trova la sua legittimazione», ne ha comunque messo pure in luce il carattere di regola relativa, non assoluta, così «riconoscendo peraltro il potere del legislatore ordinario di introdurre per singole categorie di procedimenti deroghe determinate da ragioni obbiettive e razionali»¹⁸.

¹⁶ Così lo definisce G.P. VOENA, *Mezzi audiovisivi ...*, cit., 137.

¹⁷ Cfr. la sentenza 14 aprile 1965, n. 25, in *Giur. cost.*, X, 1965, 241 ss., afferente a una questione di legittimità costituzionale relativa ai limiti alla cronaca giudiziaria nell'ambito dei processi celebrati a porte chiuse. In quel caso, infatti, la Corte era stata chiamata a scrutinare la legittimità dell'art. 164, n. 3, c.p.c., in quanto la norma sanciva il divieto di pubblicazione a mezzo della stampa del contenuto di documenti e di ogni atto orale o scritto relativi alla istruzione o al giudizio, se il dibattimento era tenuto, per l'appunto, a porte chiuse.

La pronuncia è stata poi ripresa dalla Corte anche nell'ambito della sentenza 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, I, 1971, 83 ss., concernente la legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 18 dicembre 1967, n. 1198, e 34, co. 2, e del regio decreto-legge 31 maggio 1946, n. 511, anche nella parte in cui prevedevano la celebrazione a porte chiuse del rito davanti alla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura. Come si legge nella pronuncia, infatti, «Sebbene da nessuna delle singole norme costituzionali di raffronto indicante nell'ordinanza sia posta la regola della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, la Corte - ribadendo quanto fu già affermato nella sentenza n. 25 del 1965 - ritiene che essa sia coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101, primo comma, Cost.)».

Entrambe le citate pronunce sono state, a loro volta, riprese anche nella successiva sentenza 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giur. cost.*, I, 1981, 87 ss. (avente a oggetto la questione di costituzionalità degli artt. 425, co. 1, c.p.c. e 16 del regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, recante «Istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni», nella parte in cui non prevedevano che il dibattimento contro i minori potesse svolgersi pubblicamente ove questi espressamente lo avessero richiesto). In tale pronuncia, la Corte pur riconoscendo l'«innegabile rilievo costituzionale (vedi sentenze n. 25 del 1965 e n. 12 del 1971)» del principio in discussione, afferma al contempo che la regola della pubblicità delle udienze «non può tuttavia essere intesa così rigidamente da farne scaturire, nei termini ed agli effetti indicati dall'ordinanza di rimessione, un diritto inviolabile dell'uomo».

¹⁸ Cfr. la sentenza 24 luglio 1986, n. 212, in *Giur. cost.*, II, 1986, 1637 ss., che merita di essere segnalata anche per la sintesi della storia del principio che in essa viene tratteggiata dalla Corte costituzionale, la quale, in poche righe, ripercorre l'evoluzione che ha interessato il dogma della pubblicità del processo, passando anche per l'epoca statutaria e i lavori preparatori della Costituzione, di cui più sopra già si è trattato.

Nella citata pronuncia si legge, infatti, quanto segue: «2. - Non è superfluo, per la migliore intelligenza della questione, qualche cenno storico. Il principio della pubblicità delle udienze giudiziarie si afferma nei tempi moderni con la caduta dell'assolutismo e viene proclamato, con una disposizione di portata generale, per la prima volta, nell'art. 208 della Costituzione francese del 1795, anno III (non mancarono, prima, disposizioni particolari: art. 163 Cost. del 1791, in materia di istruzione criminale: artt. 94 e 96 Cost. del 1793, rispettivamente in materia di deliberazione delle cause civili e di istruzione criminale), disposizione in cui viene anche costituzionalizzato, sempre con carattere di generalità, l'obbligo di motivazione, ritenuto parimenti necessario al controllo sugli atti giudiziari. Il principio è successivamente accolto altresì in carte costituzionali della Restaurazione e trova larga diffusione, assurgendo presto al ruolo di normale garanzia d'una retta amministrazione della giustizia, anche in ordinamenti non ispirati ai principi di libertà e di eguaglianza.

A tutela del principio, il giudice delle leggi è, altresì, intervenuto pure in epoca recente, e anche precedentemente alle novità relative alla celebrazione a distanza dei processi introdotte in epoca Covid-19.

Ad esempio, infatti, nella sentenza del 15 giugno 2015, n. 109¹⁹, la Consulta ha dato conto del fatto che, «Come già rilevato da questa Corte con le citate sentenze n. 93 del 2010, n. 135 del 2014 e n. 97 del 2015, la norma convenzionale [il riferimento è all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel cui ambito il principio di pubblicità delle udienze trova il proprio fondamento a livello sovranazionale], come interpretata dalla Corte europea, non contrasta con

In Italia la regola fu recepita nell'art. 72 dello Statuto albertino («Le udienze dei Tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi») e in attuazione di questa disposizione statutaria le varie leggi processuali regolarono la pubblicità delle udienze (art. 52 cod. proc. civ.; art. 268 cod. proc. pen.; art. 443 cod. pen. per l'esercito; art. 490 cod. pen. militare marittimo; art. 34 della legge sul Consiglio di Stato).

3. – Nell'iter formativo della Costituzione repubblicana, il principio venne esplicitamente enunciato nell'art. 101 del progetto presentato all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 (secondo comma: «le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità disponga altrimenti»); ma poi, come risulta dai lavori preparatori, una espressa enunciazione fu ritenuta superflua, in quanto si ritenne che la pubblicità delle udienze fosse implicitamente prescritta dal sistema costituzionale quale conseguenza necessaria del fondamento democratico del potere giurisdizionale, esercitato appunto, come recita l'art. 101, in nome del popolo.

Coerentemente, tutte le leggi processuali hanno mantenuto o introdotto la regola (art. 128 cod. proc. civ.; art. 423 cod. proc. pen.; art. 41 del testo unico sul Consiglio di Stato approvato con r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, ora applicabile anche ai Tribunali amministrativi regionali; art. 72 t.u. 12 luglio 1934 n. 1214, sull'ordinamento della Corte dei conti; art. 364 cod. pen. militare di pace; art. 15 l. 11 marzo 1953 n. 87 sul funzionamento della Corte costituzionale). Nelle varie norme ora indicate è possibile riscontrare qualche differenza, quanto alle eccezioni, peraltro molto limitate e largamente coincidenti; ma queste non scalfiscono affatto l'essenziale unità del principio, da considerare indefettibile - ripetesi - in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, come il nostro, al quale non può non conformarsi l'amministrazione della giustizia, che in quella sovranità trova la sua legittimazione».

La stessa sentenza anticipa, peraltro, quanto a breve si dirà circa il fondamento anche sovranazionale del principio di cui trattasi: come ricorda la Corte, infatti, «Vale aggiungere che detta pubblicità, in quanto espressione di civiltà giuridica, viene prescritta non soltanto nell'ordinamento italiano, ma è prevista anche in convenzioni internazionali, quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (art. 6) e ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848, (e così anche il Nuovo ordin. proc. della Corte europea dei diritti dell'uomo, art. 18), il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e ratificato con l. 25 ottobre 1977 n. 881 (art. 14), i Protocolli sullo Statuto della Corte di giustizia, annessi ai trattati CECA, CEE ed EURATOM (rispettivamente artt. 28 e 29)».

In ogni caso, anche successivamente la Corte si è occupata del principio di cui si discute: basti ricordare in tal senso la sentenza 16 febbraio 1989, n. 50, in *Giur. cost.*, I, 1989, 252 ss. («Alla detta regola si dà ampio spazio negli ordinamenti democratici fondati, come il nostro, sulla sovranità popolare»), la sentenza 8 febbraio 1991, n. 69, in *Giur. cost.*, I, 1991, 496 ss. («Per quanto riguarda specificamente la deroga alla pubblicità del giudizio, si osserva che più volte (sentt. Corte cost. nn. 65 del 1965, 12 del 1971, 16 e 17 del 1981, 212 del 1986, 50 del 1989) si è affermato che tale pubblicità è coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101 della Costituzione); che l'esigenza del rispetto di siffatta regola è maggiormente avvertita nei giudizi penali, attesi la qualità dei valori, degli interessi e dei beni da proteggere nonché i riflessi sociali della violazione delle norme penali, in una con l'interesse dello Stato a ripristinare l'ordine violato»), e la sentenza 27 luglio 1992, n. 373, in *Giur. cost.*, II, 1992, 2977 ss. («La pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce un principio essenziale dell'ordinamento democratico, fondato sulla sovranità popolare, sulla quale si basa l'amministrazione della giustizia, specie quella penale, che, secondo l'art. 101, primo comma, della Costituzione, è amministrata in nome del popolo. L'esigenza della garanzia della pubblicità del giudizio è maggiormente avvertita nei processi penali per la qualità dei valori, degli interessi e dei beni da proteggere, nonché per i riflessi sociali della violazione delle norme penali in una con l'interesse dello Stato a ripristinare l'ordine violato. Inoltre, la validità del principio in esame è consacrata in vari atti internazionali già più volte menzionati ed elencati nelle numerose altre sentenze (sentt. nn. 69 del 1991, 50 del 1989, 212 del 1986), che hanno deciso questioni nelle quali era invocata la sua applicazione. Il legislatore penale è vincolato al rispetto di dette convenzioni in base all'art. 2, primo comma, della legge di delega n. 81 del 1987. Tra i detti atti ha particolare rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 848 del 1955, che all'art. 6 consacra l'applicazione del principio della pubblicità nel processo penale, specie nell'interesse dell'imputato, anche se ad esso è possibile derogare per ragioni di sicurezza, ordine pubblico e moralità, nonché nell'interesse del minore e, comunque, per giuste esigenze da valutarsi dal giudice»).

¹⁹ In *Giur. cost.*, III, 2015, 867 ss.

le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione (ipotesi nella quale la norma stessa rimarrebbe inidonea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.), ma si pone, anzi, in sostanziale assonanza con esse.

L'assenza di un esplicito richiamo, non scalfisce, infatti, il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie, peraltro consacrato anche in altre carte internazionali dei diritti fondamentali. La pubblicità del giudizio – specie di quello penale – rappresenta, in effetti, un principio connaturato ad un ordinamento democratico (*ex plurimis*, sentenze n. 373 del 1992, n. 69 del 1991 e n. 50 del 1989). Il principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)».

Per comprendere la portata della disposizione citata e per ricordare gli interventi della giurisprudenza europea sul punto, è utile riportare il passaggio della citata sentenza del 2015, ove la Corte costituzionale, dopo aver riportato il contenuto del citato art. 6²⁰, ricorda come il giudice sovranazionale abbia già ritenuto in contrasto con tale parametro taluni procedimenti giurisdizionali per i quali la legge nazionale prevedeva la trattazione in forma camerale e come «La Corte europea è pervenuta a tale conclusione richiamando la propria costante giurisprudenza, secondo la quale la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico, e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici, contribuendo così a realizzare lo scopo dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU: ossia l'equo processo.

Come attestano le eccezioni previste dalla seconda parte della norma, questa non impedisce, in assoluto, alle autorità giudiziarie di derogare al principio di pubblicità dell'udienza. ... In ogni caso, tuttavia, l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere «strettamente imposta dalle circostanze della causa». ...».

In generale, soffermandosi sulla specifica tematica, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha mostrato di ritenere il principio di pubblicità dell'udienza come un elemento imprescindibile per l'attuazione di un processo equo, tale da assicurare trasparenza all'operato e alla decisione finale del giudice, ostando così a «una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico»²¹ e integrando, al contempo, uno degli strumenti mediante i quali si realizza e preserva «la fiducia

²⁰ Come rammenta la Corte, infatti, «L'art. 6, paragrafo 1, della CEDU stabilisce – per la parte conferente – che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...], pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale [...], soggiungendo, altresì, che «La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia»».

²¹ In questo senso cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 novembre 2007, causa 399/02, *Bocellari c. Italia*, secondo cui «la pubblicità della procedura degli organi giudiziari di cui all'art. 6 della Cedu, protegge le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico Attraverso la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia essa aiuta a realizzare lo scopo dell'art. 6: l'equo processo, la cui garanzia è annoverata tra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione».

nelle corti e nei tribunali da parte della collettività, rassicurata sul fatto che lo sforzo di stabilire la verità sarà massimo»²².

Ad ogni modo, agli specifici fini della presente analisi, oltre alla evidenziata portata pacificamente costituzionale del principio di pubblicità delle udienze e dei processi, il carattere che di esso interessa per lo più evidenziare è quello concernente la sua descritta relatività: infatti, per espressa affermazione sia del giudice costituzionale²³ che di quello sovranazionale²⁴, a venire in luce è una regola che – come pure sottolineato in dottrina – in taluni casi può trovare dei limiti, purché essi rivestano il carattere dell'eccezionalità²⁵.

Il relativo vaglio di legittimità, pertanto, deve essere condotto tenendo conto delle peculiarità del caso concreto che ne ha determinato l'introduzione.

Quanto appena evidenziato vale anche per il principio di oralità processuale²⁶, altrettanto rilevante nell'ottica della garanzia costituzionale del giusto processo.

In particolare, dai più qualificato come un vero e proprio dogma del processo (anche se non sono mancate voci che si sono levate in senso contrario²⁷), quello dell'oralità è stato definito in

²² Tanto più in ambito penale, rispetto al quale la Corte di Strasburgo ha avuto cura di precisare come il diritto a un'udienza pubblica abbia anche una valenza ulteriore, poiché tale da garantire all'imputato che il suo caso è stato deciso da un tribunale, di cui egli ha potuto controllare indipendenza e imparzialità.

In generale, in relazione ai principi così enunciati, oltre alla pronuncia richiamata *supra*, nella nota che precede, si vedano anche, *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 novembre 2000, causa 35115797, *Riepan c. Austria*, § 27; id., sentenza del 8 febbraio 2000, *Stefanelli c. San Marino*; id., sentenza del 25 luglio 2000, *Tierce e altri c. San Marino*, § 92; id., sentenza del 29 settembre 1999, *Serre c. Francia*; id., sentenza del 20 maggio 1998, *Gautrin e altri c. Francia*; id., sentenza del 24 novembre 1997, *Szucs c. Austria*; id., sentenza del 8 dicembre 1983, *Acsen c. Germania*.

In dottrina, per qualche approfondimento sul punto, cfr., tra gli altri, G. DI CHIARA, *Against the administration of justice in secret: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008, 293; S. CIAMPI, *Alla ricerca di un procedimento camerale "giusto": l'udienza pubblica tra esigenze di garanzia e obiettivi di funzionalità*, in *DPP Speciale Cedu e ordinamento interno 2014*, 13.

²³ Cfr., *supra*, quanto già riportato nell'ambito della nota n. 18.

²⁴ In questo senso, i giudici di Strasburgo si sono, infatti, espressi affermando che possono darsi deroghe al canone di pubblicità dei processi, purché esse siano ragionevoli e funzionalmente dirette alla salvaguardia di preminenti valori: cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 maggio 1988, *Ekebatani c. Svezia*; id., sentenza del 23 febbraio 2017, *De Tomaso c. Italia*.

²⁵ In questo senso, si veda A. MELONCELLI, *Pubblicità ...*, cit., 1039.

²⁶ Per una disamina dell'origine storica di tale principio, sia consentito rinviare a R. MARTINI, *Oralità nel processo (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1970, 586 ss.

²⁷ In tal senso, sono note le risalenti posizioni di L. MORTARA, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, IV, 1923, 136 ss.; ID., in *Atti parlamentari. Senato del Regno, Discussioni*, 1923, 5580 ss. (nonché, ancorché più moderatamente, di F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova, 1933, 170 ss.; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 152 ss.), secondo cui rendere l'udienza il centro delle principali attività delle parti confliggenti determinerebbe un significativo regresso dell'ordinamento dei processi. Sulla scorta dell'assunto per cui l'oratoria non è qualità che appartiene a tutti, l'Autore evidenzia la possibilità per i difensori delle parti di incorrere in errori, sviste, omissioni, quasi sempre irreparabili da parte del giudice, a discapito della sua cognizione, che, altrettanto, finirebbe per essere erronea e/o lacunosa, sottolineando, altresì, per contro, come lontani dall'udienza e dalle relative pressioni, i legali verrebbero, invece, posti nella condizione di meglio ponderare le proprie difese, studiando la questione, eseguendo ricerche di dottrina e giurisprudenza, ecc., con conseguente maggior rendimento del lavoro loro e di quello dell'organo giudicante. Sempre secondo tale impostazione, l'oralità del processo determinerebbe il sorgere di problemi anche direttamente con riguardo alla posizione del giudice. In questo caso, il rischio evidenziato è quello che al decidente si domandi troppo, pretendendo da lui sin dall'inizio, o anche volendo che si continui a perfezionare durante il dibattimento, una conoscenza abbastanza approfondita di ciascuna delle molteplici controversie di cui deve occuparsi, nonché una sufficiente padronanza dei relativi profili di fatto e di diritto, che gli consentano, nel corso dell'udienza, di tenere testa ai difensori delle parti e di mostrarsi a essi superiori, al fine di guidarli e discutere con loro i risvolti salienti di ogni giudizio.

Sempre nello stesso senso, v'è da segnalare anche l'orientamento di chi ha espresso le proprie perplessità in merito alla 'saggezza' di uno dei tratti caratteristici dell'oralità, rappresentato dalla immediatezza: è stato infatti sostenuto che non sarebbe consigliabile assegnare al medesimo ufficio deputato alla decisione della causa anche l'istruzione della stessa, affinché chi deve assumere la decisione finale non partecipi al processo dialettico legato all'assunzione delle prove, non vi rimanga minimamente

dottrina come una sorta di «contenitore in cui si trovano altre regole, pure vigenti nel sistema, che si intersecano a vicenda»²⁸, ossia come un «principio composito» che solo convenzionalmente prende il nome che gli è stato dato, dal momento che al suo interno devono ricomprendersi i seguenti tratti caratteristici: i) l'«oralità in senso stretto», ossia, il carattere di oralità che deve contraddistinguere il dibattimento che si svolge nel corso dell'udienza pubblica, che richiede che i difensori delle parti agiscano e compiano in presenza le proprie attività processuali; ii) l'«immediatezza», che esige invece la stretta vicinanza, un accostamento personale, quasi una relazione fisica tra il giudice e le parti e i rispettivi difensori, e che, inoltre, ogni attività venga svolta al cospetto e con la partecipazione dell'organo deputato a decidere; iii) l'«identità fisica del giudice», implicante la necessità che i titolari dell'ufficio presso il quale è in corso un determinato giudizio, una volta individualmente preposti alla sua celebrazione, non siano intercambiabili, ma continuino a seguirlo fino all'epilogo e siano essi stessi a definirlo; iv) il «rapporto con le prove», per cui non deve verificarsi alcuna coercizione nello svolgimento della cognizione giudiziale sul materiale probatorio, né è possibile tollerare direttive cogenti e imposizioni legali relative alla gestazione e allo svilupparsi delle prove; v) infine, la «concentrazione», ossia la necessità della convergenza temporale delle molteplici attività che si verificano nel corso del processo, in un unico e ristretto periodo, affinché risultino fortemente ravvicinate e quasi unificate²⁹.

Come anticipato, come per il principio di pubblicità delle udienze, anche per quello dell'oralità l'elemento di maggior interesse in questa sede, e dunque da rimarcare, è rappresentato dall'insussistenza di un unico archetipo procedimentale volto a garantirne l'osservanza³⁰, e, quindi, dalla correlata possibilità di introdurre eccezioni alla relativa regola³¹.

Eccezioni che, in effetti, il nostro ordinamento ben conosce: basti pensare, tanto per fare un esempio, al giudizio di legittimità, che prevede l'udienza pubblica solo quando le questioni di

coinvolto e giunga, quindi, a decidere la propria sentenza in maniera serena e assolutamente imparziale. Cfr., in questo senso, F. CARNELUTTI, *Storia e natura del giudice istruttore*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 161 ss.; ID., *Nuovo processo civile italiano*, in *Foro it.*, IV, 1941, 28 ss.; ID., *Diritto e ...*, cit., 202 ss.

Nella medesima prospettiva, ma sulla scorta di differenti argomentazioni, occorre brevemente ricordare anche il pensiero di E. REDENTI, *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, 742 ss., secondo cui, data la crescente valorizzazione della scrittura e degli altri mezzi meccanici di conservazione e riproduzione della parola nelle negoziazioni tra soggetti privati, e l'inevitabile scalfamento che la prova orale avrebbe determinato di quella scritta, la prima sarebbe scarsamente affidabile. Secondo l'Autore, in particolare, nelle materie in cui non può comunque scomparire, a renderla maggiormente credibile concorre la quiete del gabinetto di un giudice, e la sua assunzione, da parte di questi, con metodo tranquillo e paziente, lontano dal clamore, dalla fretta e della intimidazione, sono effetti che si ricollegano, più propriamente, alla udienza pubblica.

²⁸ Questa è la definizione che ne fornisce, ad esempio, L. GRILLI, *Oralità e immediatezza (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, 3953 ss.

²⁹ A parlare di principio composito e individuare i tratti caratteristici dell'oralità appena ricordati e descritti è, in particolare, C. VOCINO, *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1970, 597, secondo cui, data la sua natura poliforme, il principio dell'oralità «prende nome, per via d'una sineddoche, da una delle sue unità elementari, la cui designazione con quel termine, nemmeno a farlo apposta, è a sua volta abbastanza imprecisa, perché, ... esso non postula affatto il monopolio, e dopo tutto nemmeno la preponderanza, della forma verbale delle dichiarazioni processuali, aprendo invece liberamente il varco alla redazione per iscritto di queste e non rinnegando affatto il valore della scrittura come mezzo moderno di manifestazione del pensiero umano e di conservazione della medesima. Solo che, a parte le verbalizzazioni, la considera volontaria e non condizionante la validità di quelle dichiarazioni».

³⁰ È anche per tale ragione che, per quanto chi scrive sia persuaso del valore di valutazioni di stampo comparato, nell'ambito della presente analisi si prescinderà dal volgare lo sguardo all'esperienza di altri ordinamenti, in quanto ciascuno connotato dalle proprie caratteristiche peculiari, che risentono delle prerogative dello stesso, delle relative tradizioni, e di tutti gli altri fattori, anche sociali, che influenzano un dato modello in modo necessariamente differente da tutti gli altri.

³¹ Come riconosce anche L. GRILLI, *Oralità ...*, cit., 3954.

diritto sottoposte alla Cassazione richiedano l'esercizio della funzione nomofilattica della Corte nell'indirizzo della giurisprudenza, vale a dire quando bisogna pronunciare su questioni di diritto nuove o sulle quali non vi è giurisprudenza consolidata³², nonché al meccanismo procedurale contemplato all'art. 380 *bis* (che in relazione al procedimento per la decisione in camera di consiglio sull'inammissibilità o sulla manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso, prevede lo svolgimento della delibazione in camera di consiglio, con possibilità di rimessione della decisione alla sede della udienza pubblica solo laddove il Collegio ritenga che non ricorrano le ipotesi previste dall'art. 375, co. 1, numeri 1) e 5)³³), ma anche alla disciplina recata dagli artt. 380 *bis*.1. (inerente al procedimento per la decisione in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice) e 380 *ter* (concernente procedimento per la decisione sulle istanze di regolamento di giurisdizione e di competenza) c.p.c., ove è espressamente previsto, all'ultimo capoverso di entrambe le disposizioni, che la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti «In camera di consiglio».

Oppure si pensi al giudizio di costituzionalità in via incidentale, la cui disciplina – si è anticipato già – consente alla Consulta di pronunciarsi in camera di consiglio allorché nessuna delle parti del processo *a quo* si sia costituita, o nei casi di manifesta infondatezza della questione sollevata³⁴,

³² La norma di riferimento è rappresentata dall'art. 375 c.p.c., il quale, nella versione attualmente vigente, dispone che: «La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio quando riconosce di dovere:

- 1) dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360;
- 2) (numero abrogato dal decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197);
- 3) (numero abrogato dal decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni dalla legge 25 ottobre 2016, n. 197);
- 4) pronunciare sulle istanze di regolamento di competenza e di giurisdizione;
- 5) accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza.

La Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare, ovvero che il ricorso sia stato rimesso dall'apposita sezione di cui all'articolo 376 in esito alla camera di consiglio che non ha definito il giudizio».

Per i commenti della dottrina alla previsione in questione e al meccanismo dalla medesima delineato, si vedano, tra i tanti: P. BIAVATI, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IV/2017, 1209 ss.; G. COSTANTINO, *Note sulle « misure urgenti » per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 7; N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Padova, 2017, 9 ss.; R. VACCARELLA, *Le ombre del recente passato sulla riforma della Cassazione*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Padova, 2017, 33 ss., in part. 36. In particolare, per una posizione nettamente critica della impostazione risultante dal testo della disposizione richiamata, si veda B. SASSANI, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 35 ss., secondo cui il meccanismo risultante dal testo vigente dell'art. 375 c.p.c. finisce per creare un dualismo in virtù del quale, da un lato, vengono decisi in forma semplificata i ricorsi che non richiedono un intervento in chiave nomofilattica (ossia, quelli che, secondo la lettera della legge, non richiedono la soluzione di questioni di diritto di particolare rilevanza) e, dall'altro, solo quando vengono in rilievo queste ultime, la trattazione avrà luogo in pubblica udienza e la decisione assumerà la forma della sentenza.

³³ Ossia, solamente laddove non ritenga di dover dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'art. 360 (n. 1), ovvero di dover accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza (n. 5).

³⁴ In tal senso dispongono, infatti, l'art. 26, co. 2, della l. n. 87/1953, per cui «Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio» e l'art. 9 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, ai sensi del quale «1. Se nessuna delle parti si è costituita in giudizio, il Presidente può convocare con decreto la Corte in camera di consiglio. 2. Il Presidente, sentito il giudice per l'istruzione, può convocare ugualmente la Corte in camera di consiglio, qualora ravvisi che possa ricorrere il caso di manifesta infondatezza, di manifesta inammissibilità, di estinzione ovvero di restituzione degli atti al giudice rimettente. 3. A cura del cancelliere, il decreto del Presidente è comunicato alle parti costituite trenta giorni prima della data fissata per la riunione della Corte in camera di

nonché, ancora, rimanendo sempre alla Corte costituzionale, al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, nel cui ambito la prima fase, quella di ammissibilità, si svolge nella *turris eburnea* della camera di consiglio, senza la partecipazione di alcuna parte³⁵.

Anche il giudizio amministrativo – pure si è visto – conosce vari esempi di giudizio che sfugge alla regola della udienza pubblica: come si avrà ulteriore modo di approfondire, infatti, ai sensi del co. 2 dell'art. 87 cod. proc. amm., oltre agli altri casi espressamente previsti, «si trattano in camera di consiglio: a) i giudizi cautelari e quelli relativi all'esecuzione delle misure cautelari collegiali; b) il giudizio in materia di silenzio; c) il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi e di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa; d) i giudizi di ottemperanza; e) i giudizi in opposizione ai decreti che pronunciano l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio».

In definitiva, quindi, anche in questo caso a venire in evidenza è un principio dal carattere pacificamente relativo, le cui deroghe, per poter essere considerate legittime, come per quello di pubblicità delle udienze, devono potersi definire proporzionate e ragionevolmente giustificate.

2. *L'emergenza Covid-19 e l'udienza pubblica 'da remoto'.*

I due principi menzionati, dunque, per quanto fondamentali, sono tutt'altro che rigidi nella loro applicazione.

Per cui, per affrontare il periodo emergenziale legato al diffondersi del Covid-19, è stato proprio in forza di tale flessibilità che il legislatore vi ha potuto derogare, mediante l'introduzione di una serie di prescrizioni di carattere eccezionale, che hanno impattato sull'ordinario svolgimento dei processi³⁶. Si tratta di previsioni che hanno interessato tutti i plessi della giustizia,

consiglio. Ciascuna parte può illustrare, nella memoria di cui all'art. 10, le ragioni per le quali ritiene che la causa debba essere discussa nella pubblica udienza. 4. La Corte, se ritiene che la causa non debba essere decisa in camera di consiglio, dispone che sia discussa nella pubblica udienza».

³⁵ Come noto, infatti, questo tipo di giudizi presenta una peculiare connotazione bifasica, nel senso che al giudizio di merito, che si svolge a cognizione piena e nel contraddittorio delle parti, si giunge solamente allorché il collegio abbia ritenuto il conflitto ammissibile all'esito di una camera di consiglio non partecipata, ove la decisione viene, cioè, assunta dal Collegio *inaudita altera parte*. Si tratta di un sistema che ha sollevato qualche perplessità in dottrina, anche e soprattutto con riferimento alla assenza di contraddittorio che, conseguentemente, connota tale segmento processuale: sia consentito rinviare, per i relativi riferimenti bibliografici nonché per riflessioni sull'archetipo procedimentale in questione, a J. FERRACUTI, *Il filtro di ammissibilità dei conflitti interorganici e l'assenza di contraddittorio. Riflessioni "a tutto tondo"*, in *federalismi.it*, 13/2021, 162 ss.

³⁶ Gli effetti discendenti dalla deflagrazione della pandemia da c.d. coronavirus, infatti, hanno riguardato praticamente tutti i settori dell'attività umana, e, in questo senso, non hanno risparmiato neppure l'amministrazione della giustizia, la quale, infatti, al fine di garantire il distanziamento sociale, riducendo le possibilità di contatto tra le persone e, quindi, il diffondersi del virus, è stata interessata da una complessa produzione normativa che ha riguardato tutti i tipi di processo e relative modalità di svolgimento.

civile,³⁷ penale³⁸, amministrativo³⁹, costituzionale (anche se il caso della Corte è a parte)⁴⁰, ma non solo⁴¹ e che – per comprendere la portata della questione – non hanno risparmiato neppure le Corti sovranazionali⁴².

³⁷ Per quanto concerne il processo civile, le quattro fasi nelle quali si è articolato l'intervento del legislatore dell'emergenza sono ben compendiate da G. FICHERA - E. ESCRIVA, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in www.judicium.it, 4.02.2021.

Ivi, infatti, si ricorda come nel corso della 'prima fase', il legislatore sia intervenuto sulla disciplina dei processi civili in via di urgenza in tre diverse occasioni, ossia, dapprima, (i) con il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 (recante «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), con il quale, nell'ambito di un intervento più articolato, mirato a impedire la diffusione del contagio da Covid-19 nelle cd. 'zone rosse', sono state introdotte talune misure, quali il rinvio di ufficio delle udienze e la sospensione di tutti i termini per il compimento delle attività processuali dal 3 al 31 marzo 2020 – salvo talune espresse eccezioni – relativamente ai procedimenti, civili e penali, pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei Tribunali e dei distretti di Corte d'appello cui appartenevano i comuni elencati nell'allegato 1 del d.p.c.m. 1 marzo 2020, quindi, (ii) in considerazione dell'aggravamento del quadro epidemiologico, mediante il decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11 (recante «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»), che ha introdotto disposizioni generali, relative allo svolgimento dell'attività giudiziaria su tutto il territorio nazionale, pur facendo salve quelle di cui al citato decreto-legge n. 9/2020, e, infine (iii) con il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (recante «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), con cui è stato realizzato un intervento normativo più articolato con il chiaro intento di concentrare l'intera disciplina temporanea del processo civile nell'art. 83, il quale, al co. 6 – per ciò che in questa sede interessa sottolineare – tra le misure adottabili da parte dei capi di ciascun ufficio giudiziario per contrastare l'emergenza epidemiologica e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 30 giugno 2020, ha previsto (alla lett. f)), la possibilità di disporre lo «svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia».

Come ricordano poi i citati Autori, sopresse tutte le udienze civili nel periodo oggetto di sospensione *ex lege*, il legislatore ha, quindi, immaginato una 'seconda fase', nella quale era consentita una attività processuale, purché si fosse tenuto conto delle due principali finalità esplicitate nel co. 6 dell'art. 83, ossia quella di «contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria», nonché quella di «evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone». Ai sensi del combinato disposto dell'art. 83, co. 2, del citato decreto-legge n. 18/2021 e dell'art. 36, co. 1, del decreto-legge n. 8 aprile 2020, n. 23 (recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»), la c.d. 'seconda fase' ha preso avvio dal giorno 12 maggio e si è protratta fino al 30 giugno 2020, con possibilità, come visto, di svolgimento dell'udienza 'da remoto' per le udienze indicate al citato art. 83, co. 6, lett. f).

Con riferimento alla c.d. 'terza fase' viene, invece, sottolineato come, successivamente, nonostante il Governo non avesse ancora disposto la cessazione dello stato di emergenza, nella trattazione dei procedimenti civili davanti agli uffici giudiziari italiani abbiano ripreso efficacia le norme processuali ordinarie, come in precedenza derogate dalle disposizioni contenute nel citato art. 83 del decreto-legge n. 18/2020, ancorché poi, a partire dal 19 luglio 2020, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (avvenuta il giorno prima) dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione con modificazioni del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), sono entrate in vigore tutte le disposizioni contenute nell'art. 221 del detto decreto-legge, come introdotte appunto in sede di sua conversione, e, in particolare, quelle dettate dai nuovi co. 6 e 7, tra cui – sempre per quanto di interesse – la previsione della possibilità che «l'udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice», si svolga «mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia» (si tratta dell'udienza civile telematica già prevista dal citato art. 83, co. 6, lett. f), del decreto-legge n. 83/2020).

Quindi, evidenziano gli Autori, è stata da ultimo introdotta anche una 'quarta fase', in quanto con il protrarsi della pandemia, il Governo ha preso la decisione di intervenire nuovamente sui processi civili (e penali), dettando ulteriori disposizioni, tese a richiamare in vita taluni istituti già sperimentati nelle prime due fasi dell'emergenza epidemiologica. In quest'ottica, l'art. 23 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (recante «Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19»), convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, da un lato, ha introdotto nuovi 'istituti processuali' cercando di recuperare in buona misura l'esperienza positiva maturata con l'applicazione di quelli disciplinati dall'art. 83 del decreto-legge n. 18/2020 e, tuttavia, ormai privati di ogni efficacia giuridica e, dall'altro, ha mantenuto fermi quelli già operativi e contenuti nell'art. 221 del decreto-legge n. 34/2020. È stato, così, previsto, ad esempio, che le udienze civili «alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse», ai sensi dell'art. 128 c.p.c. (art. 23, co. 3, che replica la disposizione contenuta nell'art. 83, co. 7, lett. e), del decreto-legge n. 18/2020), e che nei procedimenti civili e penali le camere di consiglio possono

essere tenute mediante collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. (art. 23, co. 9, con disposizione sulla c.d. ‘camera di consiglio telematica’ già disciplinata dal precedente art. 83, co. 12-*quinquies*, del decreto-legge n. 18/2020). Tali ultime disposizioni, come indicato nell’art. 1, co. 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19») trovano applicazione fino al termine dello stato di emergenza, a oggi, fissato, in forza dell’ultima proroga annunciata dal Governo con il comunicato-stampa n. 51 del 14 dicembre 2021, al 31 marzo 2022 (le due precedenti proroghe erano state disposte, fino al 31 dicembre 2021, con decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, recante «Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l’esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche», e, fino al 31 luglio 2021, con delibera del Consiglio dei ministri del 21 aprile 2021, recante «Proroga dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»).

³⁸ In riferimento al processo penale, invece, per una più completa disamina delle misure legislative introdotte che hanno inciso sulle relative modalità di svolgimento, e con particolare riferimento al profilo della celebrazione ‘da remoto’ delle udienze, sia consentito rimandare alla disamina che ne fa G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, 711 ss., la quale, infatti, proprio con specifico riguardo al tema oggetto di analisi, ossia quello dell’udienza telematica, distingue quattro modelli di processo penale a distanza introdotti nel corso dell’emergenza Covid-19 dal legislatore:

(i) il modello «consensuale», che ha operato dal 9 marzo al 28 aprile 2020, così denominato in quanto, inizialmente, atteso il silenzio della legge sul punto, le regole per la celebrazione delle udienze penali da remoto sono state (per lo più) frutto di protocolli d’intesa siglati dai singoli uffici giudiziari con gli ordini degli avvocati e le camere penali locali (infatti, tanto il decreto-legge n. 11/2020, quanto il successivo decreto-legge n. 18/2020 – ossia, come visto anche in relazione al processo civile nella nota che precede, i primi provvedimenti dettati per contrastare l’emergenza sanitaria nel settore giudiziario – tacevano in ordine alla possibilità di celebrazione delle udienze penali mediante strumenti di collegamento da remoto, in quanto l’art. 83, co. 7, del decreto-legge n. 18/2020, alla lett. d), si limitava a riconoscere ai capi degli uffici giudiziari il potere di adottare linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze e, alla lett. e), di disporre la celebrazione a porte chiuse delle udienze penali ai sensi dell’art. 472, comma 3, c.p.p., per cui in questo contesto normativo la scelta se autorizzare o meno la trattazione da remoto delle udienze era affidata ai capi degli uffici giudiziari sentiti il consiglio dell’ordine degli avvocati e le camere penali locali);

(ii) il modello «a smaterializzazione diffusa», operativo dal 29 aprile al 30 giugno 2020, venutosi a determinare per effetto delle modifiche apportate al citato decreto-legge n. 18/2020 dal decreto-legge n. 28/2020 e relativa legge di conversione (legge 25 giugno 2020, n. 77), con cui il legislatore ha inciso sul testo dell’art. 83 più volte menzionato, inserendovi i commi 12-*bis*, 12-*quater*, 12-*quinquies*, 12-*quater* 1 e 12-*quater* 2, mediante i quali, per la prima volta dall’inizio dell’emergenza, ha espressamente riconosciuto la possibilità di procedere alla celebrazione ‘da remoto’ anche in ambito penale, regolando altresì gli aspetti essenziali del nuovo processo a distanza (come l’Autrice ricorda, infatti, più nel dettaglio, con l’art. 83, co. 12-*bis*, il legislatore ha ammesso la trattazione delle udienze penali, o meglio alcune udienze penali, mediante strumenti di collegamento da remoto, individuati e regolati con provvedimento del D.G.S.I.A., a condizione che «lo svolgimento dell’udienza [avvenga] con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti» e, allo stesso modo, con il co. 12-*quater* ha demandato al D.G.S.I.A. l’individuazione e la regolamentazione dei mezzi di collegamento da remoto da utilizzare in sede di indagini preliminari e, con i co. 12-*quater* 1 e 12-*quater* 2, quella delle modalità di trasmissione e deposito di alcuni atti e documenti);

(iii) il modello «della smaterializzazione generalizzata», che ha operato dal 18 luglio 2020 al 28 ottobre 2020, introdotto dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione del decreto-legge n. 34/2020 (rispetto a tale modello, l’Autrice evidenzia come, ancora una volta, sia stata riconosciuta dal legislatore l’ammissibilità della celebrazione ‘da remoto’ delle udienze penali, demandandosi a successivi provvedimenti del D.G.S.I.A. l’individuazione e la regolamentazione dei necessari canali di collegamento, e limitandosi a prescrivere, all’art. 221, co. 9, del citato decreto che l’udienza deve comunque svolgersi «con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti», mentre – viene pure evidenziato – rispetto alle disposizioni previgenti, la normativa risulta particolarmente scarna anche nel delineare l’ambito applicativo del modello in esame, determinando una situazione di incertezza in merito a quali udienze potessero essere celebrate a distanza e quali invece dovessero essere celebrate in presenza);

(iv) il modello «del distanziamento sociale 2.0», in vigore dal 20 ottobre 2020 e fino alla fine dello stato di emergenza (fissato, come detto nella nota che precede, al momento in cui si consegna il presente contributo, al 31 marzo 2022), la cui normativa di riferimento, che costituisce lo scheletro del nuovo processo, è data dagli art. 23 e 24 del decreto-legge n. 137/2020, oltre che dall’art. 23 del decreto-legge 9 novembre 2020, n. 149 (recante «Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19»), il quale prevede di procedere alla trattazione delle cause in presenza, seppur a porte chiuse ex art. 472, co. 3, c.p.p., ammettendo la celebrazione da remoto solo per le udienze che non richiedano la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai loro difensori, dagli ausiliari del giudice e – anche se la norma non lo specifica – dal giudice (co. 5), mentre ai sensi del co. 4, per quanto concerne le «persone detenute, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate», la partecipazione avviene sempre mediante strumenti di collegamento da remoto (per cui, a differenza di quanto previsto dall’art. 221, co. 9, del decreto-legge n. 34/2020, all’indagato/imputato ristretto in carcere è imposta la partecipazione mediante videoconferenza indipendentemente dal suo consenso).

³⁹ Un breve ma esaustivo riassunto alle misure emergenziali che hanno impattato sul processo amministrativo – con un occhio precipuamente rivolto al tema oggetto della presente indagine – lo offre S. TENCA, *Udienza da remoto e contraddittorio orale: una prassi (quasi) consolidata*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2 febbraio 2021, il quale ricorda come, inizialmente, si sia stabilito che fino al 3 maggio 2020 tutte le controversie fissate per la trattazione passassero in decisione sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti avesse chiesto la discussione, con conseguente potere del Presidente di ammettere il collegamento da remoto dei difensori (*ex art. 3, co. 4, decreto-legge n. 11/2020*). Tale previsione è stata abrogata dall'art. 84 del decreto-legge n. 18/2020, ai sensi del quale è stato previsto che, dal 6 aprile 2020 al 15 aprile 2020, tutte le controversie fissate per la trattazione passassero in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, laddove ne avessero fatto congiuntamente richiesta tutte le parti costituite (co. 2), mentre dal 15 aprile 2020 al 31 luglio 2020, il passaggio in decisione ha seguito lo stesso percorso (con l'esclusione della discussione orale) salva la facoltà per le parti di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione (co. 5). Una mitigazione decisiva, evidenzia l'Autore, è stata introdotta con il decreto-legge n. 28/2020, il quale ha stabilito, al co. 1, che dal 30 maggio 2020 e fino al 31 luglio 2020 poteva essere chiesta discussione orale mediante collegamento da remoto, con istanza depositata entro il termine indicato. Infine, a seguito del riacutizzarsi della pandemia nello scorso autunno, tale ultima previsione è stata recepita nel decreto-legge n. 137/2020 che l'ha estesa alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021 (termine finale poi differito al 31 luglio 2021 con il decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44).

⁴⁰ La disciplina dell'emergenza ha impattato anche sui giudizi di competenza della Corte costituzionale che, come sottolinea anche A. CHIAPPETTA, *Il processo costituzionale al tempo dell'emergenza: una cronaca*, in *Giur. cost.*, IV, 2020, 2292 ss., oltre a essere stata presa di sorpresa dalla pandemia nel pieno svolgimento del suo percorso di 'apertura' all'esterno (il riferimento dell'Autore è alla storica apertura che, all'inizio del 2020, la Consulta ha dato luogo rispetto all'ascolto dei c.d. *amici curiae* mediante l'adozione della delibera 8 gennaio 2020, con cui sono state apportate «Modificazioni alle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»), per stessa ammissione del Presidente all'epoca in carica, Prof.ssa Marta Cartabia, è stata colta impreparata al verificarsi dell'evento (cfr. R. DAGOSTINO, *“Il Processo nell'emergenza pandemica” – 28 settembre 2020*, *Università LUM Giuseppe Degennaro*, in *Il Processo*, 3, 987 ss., ove, con riferimento all'intervento della Presidente emerita della Consulta, si legge: «la localizzazione centrale, il lavoro su carta e la diversa provenienza dei giudici e degli avvocati avevano reso complessa la prosecuzione dell'attività. Di conseguenza, ha spiegato, è stato necessario predisporre gli strumenti più adeguati allo svolgimento delle attività giurisdizionali, che preserfassero tutto il personale della Corte dal rischio sanitario, ma che garantissero, al contempo, il pieno contraddittorio fra le parti e non pregiudicassero il principio della ragionevole durata dei processi»).

Per la Consulta va, comunque, necessariamente sottolineato come le previsioni in materia di processo a distanza non siano state adottate da Parlamento o Governo. La possibilità di svolgimento da remoto dei lavori è stata, infatti, prevista direttamente dalla (Presidente della) Corte.

Da qui, dunque, la singolarità di tale comparto della giustizia rispetto a quello civile, penale o amministrativo.

Ad ogni modo, nel dettaglio, e come riporta, in relazione ai primi atti posti in essere, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline*, 3/2020, 513 ss., in part. 529, sono stati molteplici i provvedimenti adottati (si fa riferimento, ad esempio, ai decreti del 12 marzo 2020, 24 marzo 2020, 20 aprile 2020, 8 giugno 2020, cui se ne sono aggiunti anche di successivi, come quelli del 23 giugno 2020, 6 ottobre 2020, 30 ottobre 2020, 16 marzo 2021 e 18 maggio 2021).

Per ciò che maggiormente interessa nella presente sede, con tali provvedimenti sono state adottate misure differenziate.

E così, è stata prevista la partecipazione dei giudici alle camere di consiglio e a ogni altra loro riunione anche da remoto, con la precisazione per cui il luogo dal quale essi si collegano deve considerarsi a tutti gli effetti camera di consiglio (cfr. decreto del 24 marzo 2020), lo svolgimento dell'udienza pubblica realizzata da remoto, da celebrarsi senza pubblico e con verbalizzazione a cura del cancelliere e registrazione finalizzata alla successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito informatico istituzionale della Corte (cfr. decreto del 20 aprile 2020), lo svolgimento dell'udienza pubblica da remoto ma con ammissione del pubblico presso la sede della Consulta nel rispetto delle misure di prevenzione sanitaria vigenti, entro il numero massimo di 24 persone, secondo un ordine di prenotazione da indirizzare alla cancelleria della Corte (cfr. decreto dell'8 giugno 2020), lo svolgimento delle udienze pubbliche con la presenza fisica dei giudici nel rispetto delle misure di prevenzione sanitarie vigenti e presenza del pubblico sempre entro il numero massimo di 24 persone (cfr. decreto del 23 giugno 2020), la partecipazione di giudici e avvocati alle udienze pubbliche anche mediante strumenti di collegamento da remoto e senza toga, per il caso di impossibilità di recarsi presso la Corte per ragioni legate all'emergenza epidemiologica e su autorizzazione del Presidente, con la presenza del pubblico presso la Corte nel rispetto del consueto limite di 24 persone (cfr. decreto del 6 ottobre 2020), la partecipazione di giudici e avvocati alle udienze pubbliche anche da remoto e senza toga su semplice richiesta (viene, dunque, meno il requisito, previsto dal precedente decreto del 6 ottobre 2020, legato all'impossibilità di recarsi presso la Corte per ragioni legate all'emergenza epidemiologica) e presenza del pubblico nel limite (più basso) di 20 persone (cfr. decreto del 30 ottobre 2020), ancora, la partecipazione di giudici e avvocati alle udienze pubbliche anche da remoto e senza toga su semplice richiesta, ma senza la partecipazione del pubblico, con verbalizzazione a cura del cancelliere e registrazione finalizzata alla successiva pubblicazione delle registrazioni nel sito informatico istituzionale della Corte (cfr. decreto del 16 marzo 2021), e, infine, la possibilità di partecipazione di giudici e avvocati alle udienze pubbliche anche da remoto e senza toga su semplice richiesta, con ritorno del pubblico in presenza, nel limite di 20 persone (cfr. decreto del 18 maggio 2021).

⁴¹ In breve, infatti, per quanto riguarda, ad esempio, il processo contabile, l'art. 26 del decreto-legge n. 137/2020 ha previsto che, fino al 31 luglio 2021, le adunanze ed udienze della Corte dei conti cui sia ammesso il pubblico debbano svolgersi

Pur evitando, per ovvi ed evidenti motivi, di far menzione qui di tutte le misure emergenziali introdotte, quel che va comunque sottolineato è che il ‘minimo comune denominatore’ della disciplina dell’emergenza introdotta in materia processuale è stato rappresentato dalla prevista possibilità, per i vari tipi di processo, di andare avanti mediante la celebrazione di udienze ‘a distanza’⁴³, ossia attraverso l’utilizzo di strumenti di collegamento ‘da remoto’⁴⁴.

Non che l’impiego di simile modalità rappresentasse una novità assoluta per l’ordinamento⁴⁵. Tuttavia, la circostanza è stata comunque salutata da molti come la «novità più dirompente e

obbligatoriamente a porte chiuse, facendosi, altresì, salva l’applicabilità dell’art. 85 del decreto-legge n. 18/2020 (ossia, della norma che contempla il novero di disposizioni in materia di giustizia contabile relative al rinvio delle udienze, alla sospensione dei termini, alla semplificazione del procedimento monocratico presso la giustizia contabile circa le controversie pensionistiche, alle misure organizzative, come collegamenti da remoto e videoconferenze, calibrate sull’emergenza, all’adozione delle regole tecniche e operative circa le tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle attività di controllo e nei giudizi della medesima Corte). Mentre per ciò che concerne il processo tributario, sempre fino al 31 luglio 2021, l’art. 27 del decreto-legge n. 137/2020 ha introdotto la possibilità di svolgere con collegamento da remoto le udienze, in alternativa prevedendosi che le controversie da trattare in udienza pubblica possano passare in decisione sulla base degli atti, salvo l’iniziativa di almeno una delle parti che insista per la discussione, e con l’ulteriore previsione per cui, ove sia chiesta la discussione e non sia possibile procedere da remoto, si procede mediante trattazione scritta, nel rispetto di specifici termini di legge, con rinvio della controversia a nuovo ruolo nel caso di impossibilità di rispettare i termini predetti.

⁴² Come sottolineano R. MARTINO - M. ABBAMONTE, *Il principio della ragionevole durata del processo, la pandemia da Covid-19 e l’«emergenza al quadrato» della giustizia civile*, in *Il Processo*, 3, 719 ss., richiamando, in particolare, le misure eccezionali che, sotto il profilo processuale, sono state adottate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (cfr. in particolare pag. 719, nota n. 14).

⁴³ Si veda quanto evidenziato *supra*, *sub* note da 37 a 41, sui vari tipi di processo.

⁴⁴ Sia consentito, per convenzione, riferirsi così, mediante l’impiego di tale espressione, all’udienza che si svolge ‘a distanza’, o ‘da lontano’ che dir si voglia, pur nella consapevolezza di quanto al riguardo evidenziato, da un punto di vista semantico, da E. AMODIO, *Smettiamo di storpiare l’italiano con il lugubre “da remoto”*, in *Sistema penale (web)*, 28 aprile 2020.

⁴⁵ Come ricorda, infatti, P.A.G. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell’emergenza. Oralità, pubblicità e processo telematico*, in www.giustizia-amministrativa.it, l’udienza ‘da remoto’ non rappresenta certo una novità per l’ordinamento italiano, in quanto, nel corso degli anni, il nostro Paese ha recepito una serie di norme internazionali e, in conseguenza, adattato a esse quelle domestiche contrastanti. In particolare, sottolinea l’Autrice, uno dei primi riferimenti ai ‘procedimenti audiovisivi’ (annoverati ‘tra i mezzi di protezione’ dei testimoni) è contenuto nella risoluzione del Consiglio dell’Unione europea del 23 novembre 1995, relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale. Successivamente – viene pure messo in evidenza – la Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea, resa conforme con atto del Consiglio dell’Unione europea datato 29 maggio 2000, ha sdoganato, agli artt. 10 e 11, rispettivamente, la possibilità di ‘audizione mediante videoconferenza’ e di ‘audizione dei testimoni e dei periti mediante conferenza telefonica’ (come pure si sottolinea, la Convenzione in questione è stata ratificata in Italia soltanto nel 2016 attraverso la legge 21 luglio 2016 n. 149 e poi il legislatore delegato vi ha dato attuazione dapprima con il decreto legislativo 5 aprile 2017 n. 52, che ha disciplinato agli artt. 13, 14 e 15, rispettivamente, l’‘audizione mediante videoconferenza richiesta da uno Stato Parte’, la ‘richiesta di audizione mediante videoconferenza in uno Stato Parte’ e l’‘audizione dei testimoni e dei periti mediante conferenza telefonica richiesta da uno Stato Parte’). Dopodiché – continua l’Autrice – il decreto legislativo 3 ottobre 2017 n. 149, recante le «disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera», ha inciso direttamente sul codice di procedura penale, inserendo gli artt. 726 *quinquies* (rubricato «audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva») e 729 *quater*, che consente l’audizione e la partecipazione all’udienza in videoconferenza della persona sottoposta ad indagini, dell’imputato, del testimone o del perito che si trovi all’estero e che non possa essere trasferito in Italia.

Come rammenta I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l’emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell’udienza*, in www.judicium.it, poi, altro esempio di partecipazione a distanza al processo già conosciuto dal nostro ordinamento, per cambiare settore rispetto al penale, è quello che si riferisce all’udienza di verifica dello stato passivo nel fallimento, che può svolgersi telematicamente con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione dei creditori, in considerazione del numero di questi ultimi e dell’entità del passivo. Un precedente, inoltre, è anche rappresentato dalla possibilità di udienze in videoconferenza prevista dal Regolamento (CE) n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile e commerciale, e, ancora, dalle ipotesi di trattazione cartolare previste per le *small claims* dal Regolamento (CE) n. 861/2007 (che contempla anche la possibilità della videoconferenza), dell’art. 33 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in tema di processo tributario, e, infine, da quella, assai nota, dell’art. 380-*bis* c.p.c. e 380-*bis* 1, c.p.c., che prevedono in Cassazione l’adunanza camerale non partecipata e la sostituzione dell’udienza con una attività difensiva consistente nella redazione di memorie scritte.

discussa tra quelle introdotte dalla legislazione emergenziale»⁴⁶, e ciò – viene da aggiungere – probabilmente (tra le altre cose) per la mancata previsione, quasi sistematica, della partecipazione del pubblico a udienze che pur, per definizione, avrebbero invece dovuto essere pubbliche.

Alla luce della disciplina emergenziale (ma non solo, visto che le relative considerazioni possono trascenderla e afferire a un ambito più generale), risulta allora doveroso interrogarsi sulla compatibilità con i precetti costituzionali della figura dell'udienza 'da remoto', che tante critiche ha sollevato da parte di taluno⁴⁷. E ciò perché, da un lato, è oramai più di un anno che le nuove modalità di celebrazione dei processi sono (con più o meno intervalli, a seconda del settore) in vigore, e dall'altro perché, data l'imprevedibilità dell'andamento nei prossimi mesi della curva epidemiologica, non essendovi un termine certo di scadenza, è ben possibile che le attuali misure emergenziali possano continuare a trovare applicazione ancora per tempo.

Tuttavia, prima di entrare a fondo nell'indagine, e trattare dell'udienza telematica in relazione ai principi di oralità e pubblicità del processo cui si è fatto cenno in apertura⁴⁸, occorre prioritariamente dar conto di come alla nuova disciplina emergenziale si siano dovuti adattare tutti gli operatori del diritto, primi tra tutti i giudici, i quali, anzi, sono stati investiti della risoluzione di questioni dai risvolti particolarmente interessanti.

3. Gli interventi della giurisprudenza: la sentenza n. 96 del 2021 della Corte costituzionale e il Consiglio di Stato sul c.d. contraddittorio cartolare 'coatto'

Tra gli interventi giudiziari in materia, nell'ottica del discorso da affrontare, sono due quelli che appaiono di maggior rilievo, se non in sé, per le implicazioni e le considerazioni che dai medesimi possono trarsi.

⁴⁶ Così, con specifico riferimento al processo penale, G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ...*, cit., 711 ss. Secondo l'Autrice, infatti, fino a pochi mesi fa, come per molte altre attività, era inimmaginabile che le udienze penali potessero essere celebrate con tutti gli attori processuali dislocati nello spazio e collegati solo virtualmente all'aula di udienza, mentre, invece – viene sottolineato – non era altrettanto impensabile il processo in cui a collegarsi da remoto fosse il solo imputato, ossia il soggetto sulla cui partecipazione viene costruito l'impianto accusatorio.

⁴⁷ Basti ricordare, ad esempio, la dichiarazione resa all'ANSA del 14 aprile 2020 dall'Unione Nazionale delle Camere Civili, secondo cui «l'udienza civile è un momento di discussione e confronto, smaterializzarla è un rischio serio e grave per i diritti dei cittadini». Per completezza, occorre ricordare come in senso differente P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: che cosa passa, che cosa rimane*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I/2021, 133 ss., abbia invece messo in evidenza come «non è raro, ad esempio, che siano i difensori a chiedere al giudice di optare per le nuove modalità per lo svolgimento di un'udienza già fissata, prima ancora che sia il giudice a stabilirlo ... Anzi, mi sembra (ancora una volta, su un dato esperienziale, non confortato da statistiche) che la trattazione orale in presenza venga richiesta molto di rado, a conferma del fatto che, da un lato, le corti prediligono le modalità scritte e, dall'altro, che da quelle modalità i difensori si sentono sufficientemente garantiti».

⁴⁸ Al riguardo, chi scrive, condivide il pensiero di chi, come I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: ...*, cit., ritiene che il problema della pubblica udienza sia distinto da quello della necessità di assicurare un contraddittorio orale, nel senso che la pubblicità rappresenta un complemento non necessario dell'oralità (pur essendo entrambe considerate espressione di un medesimo principio di trasparenza). Pur tuttavia, si è dell'avviso per cui i due elementi siano strettamente collegati, per non dire (talvolta) intrecciati, nel senso che l'udienza pubblica svolta 'da remoto' – come meglio si vedrà e si cercherà di dimostrare – in realtà incide sia sull'uno che sull'altro elemento, come tali, da considerarsi strettamente connessi allorché la problematica della costituzionalità di tale modo di svolgimento dell'udienza venga, eventualmente, sollevata (come in effetti è concretamente avvenuto, come si dirà a breve, nell'ambito del § 3.).

Il riferimento è, anzitutto, a Corte cost. sent. 96/2021, cui si è fatto cenno in apertura, e, in secondo luogo, alle pronunce rese dal Consiglio di Stato sul c.d. contraddittorio cartolare coatto, di cui a breve si dirà.

Quanto alla prima, va ricordato come, pur già sollecitata in passato su tematiche legate all'applicazione delle nuove tecnologie alle varie forme di processo⁴⁹, la Corte sia stata di recente chiamata di nuovo a esprimersi in materia, ma questa volta con specifico riferimento all'intervenuta introduzione, in via emergenziale, del processo penale 'da remoto'.

Nel dettaglio, la Consulta ha affrontato le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, lett. d), del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 25 giugno 2020, n. 70), nella parte in cui, introducendo l'ultimo periodo nel co. 12-*bis* dell'art. 83 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (a sua volta convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27⁵⁰), secondo il giudice *a quo*, si pone «in aperto contrasto» con quanto da quest'ultima previsto, ossia che, nel periodo compreso tra il 9 marzo e il 31 luglio 2020, «la modalità ordinaria di partecipazione all'udienza penale fosse quella “in presenza”»⁵¹.

⁴⁹ In generale, in materia di informatica e diritto, la bibliografia è oramai vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, sia, dunque, consentito, il rinvio, per tutti, alle seguenti opere: V. FROSINI, *La giuritecnica: problemi e proposte*, in *Informatica e dir.*, 1975, 26; ID., *Informatica diritto e società*, Milano, 1988; M.G. LOSANO, *Informatica Giuridica*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993; R. BIN - N. LUCCHI, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, 2002; R. BORRUSO - G. CIACCI, *Diritto civile e informatica*, Napoli, 2005; R. BORRUSO - S. RUSSO, *Approccio umanistico all'informatica: un mondo di bit*, Napoli, 2007; R. BORRUSO - S. RUSSO - C. TIBERI, *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, Milano, 2009; G. CASSANO - I.P. CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009; D. VALENTINO, *Manuale di Diritto dell'Informatica*, Napoli, 2011; E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova.

⁵⁰ Sul punto, è opportuno ricordare brevemente il quadro normativo di riferimento.

Come la Corte rammenta nella sentenza, infatti, nella fase iniziale dell'emergenza epidemiologica, il Governo, al fine di ridurre le occasioni di contagio nelle aule di giustizia penali, ha optato per lo strumento del differimento delle udienze, cui si collegava la sospensione dei termini di prescrizione per i relativi giudizi. In una fase di poco successiva, parallelamente all'aggravamento della diffusione del contagio, le udienze nei procedimenti civili e penali sono state ulteriormente differite a data successiva al 15 aprile 2020 dall'art. 83, co. 1, del decreto-legge n. 18/2020, con l'eccezione di quelle previste dal co. 3 del medesimo articolo. L'art. 83, co. 7, lett. g), del decreto da ultimo citato attribuiva poi ai capi degli uffici giudiziari la facoltà di prevedere un rinvio ulteriore (a data successiva al 30 giugno 2020) delle udienze (civili e) penali non rientranti nelle fattispecie di cui al già richiamato co. 3.

Inoltre, il medesimo art. 83, al co. 12, stabiliva che, fermo lo svolgimento delle udienze penali non soggette al regime di sospensione nelle forme dell'art. 472, co. 3, del c.p.p. (cioè 'a porte chiuse'), nel periodo ricompreso tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 «la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

In sede di conversione del decreto-legge n. 18/2020, per effetto di un emendamento governativo (n. 19.1000) presentato in Commissione al Senato della Repubblica e successivamente approvato in aula, in prima lettura, il 9 aprile 2020, è stato introdotto tra l'altro, nel corpo dell'art. 83, il comma 12-*bis*, che estendeva, per il medesimo periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, la modalità di trattazione «mediante collegamenti da remoto» alle udienze penali «che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti». L'estensione generalizzata della modalità telematica alle udienze penali era poi accompagnata dalla previsione per cui «[p]rima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione giorno, ora e modalità del collegamento».

Senonché, il giorno stesso dell'entrata in vigore (il 30 aprile 2020) della legge n. 27/2020, di conversione del decreto-legge n. 18/2020, il Governo è nuovamente intervenuto sulla materia, adottando il decreto-legge n. 28 del 2020, il cui art. 3, co. 1, lett. d), oggetto di censura da parte del giudice *a quo* nel giudizio di cui trattasi, ha aggiunto un periodo finale nel comma 12-*bis* dell'art. 83, prevedendo che «fermo quanto previsto dal comma 12, le disposizioni di cui al presente comma non si applicano, salvo che le parti vi acconsentano, alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti».

⁵¹ In fatto, ai fini di una miglior comprensione della vicenda, era accaduto che nel corso di un giudizio immediato pendente presso il Tribunale di Spoleto, a seguito della dichiarazione di apertura del dibattimento in data 8 marzo 2018, si erano svolte

Le questioni sono state agevolmente risolte dal giudice delle leggi nel senso dell'inammissibilità per irrilevanza⁵².

Di per sé, dunque, – come si metteva in evidenza in apertura – la citata sent. 96/2021, non risulta particolarmente significativa.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, lo diventa nel momento in cui, leggendola, ci si rende conto di come, con essa – anche se non a causa della Corte – sia stata persa un'occasione per poter sentire la voce del giudice costituzionale su questioni reali, di peso, che hanno fatto ampiamente discutere in dottrina con riferimento al processo penale (ma non solo), e alle misure emergenziali introdotte.

In altre parole, quel che vuole dirsi è che, in materia di processo emergenziale, la Corte è stata vanamente sollecitata rispetto a una questione che, oltre a essere del tutto inammissibile, perché irrilevante, neppure riguardava le grandi tematiche che hanno interessato il dibattito dottrinario in materia. Ci si riferisce, ad esempio, alle problematiche legate al rispetto del principio di legalità⁵³

successive udienze, rivolte all'assunzione delle prove, in data 28 febbraio 2019 e, di fronte a diversa composizione del collegio giudicante, in data 9 settembre 2019, 11 novembre 2019 e 27 gennaio 2020. Esauriti gli incumbenti istruttori, il processo era, quindi, stato aggiornato per la discussione finale all'udienza del 27 gennaio 2020, ove aveva subito un ulteriore rinvio, per ragioni organizzative del Tribunale, all'udienza del 21 maggio 2020, nel corso della quale – svoltasi, a quanto risulta dall'ordinanza, alla presenza fisica delle parti in aula «non avendo [esse] formulato istanza di celebrazione dell'udienza “da remoto”» in conformità all'art. 83, co. 12-*bis*, ultimo periodo, del decreto-legge n. 18/2020, come convertito, introdotto dalla disposizione censurata –, il Presidente del collegio giudicante ha chiesto alle parti se intendessero prestare il consenso alla trattazione 'da remoto'. Preso atto del mancato consenso espresso dalla difesa dell'imputato, il rimettente ha ritenuto di procedere alla sospensione del giudizio, ritenendo rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, lett. d), del decreto-legge n. 28/2020.

⁵² La Corte, infatti, ha ritenuto le questioni prive del necessario requisito della rilevanza, non potendo il giudice remittente dare in alcun modo applicazione, nel giudizio in corso, alla norma di legge censurata. Nel giudizio *a quo*, infatti, le parti sono state informate dal giudice remittente della possibilità di prestare il loro consenso all'udienza da remoto solo quando già vi si erano presentate fisicamente e, pertanto, in un momento in cui non era più possibile dare applicazione alla disposizione poi censurata dinanzi alla Consulta.

⁵³ In particolare, le critiche sono state al riguardo variamente appuntate. In tal senso, ad esempio, G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ...*, cit., 711 ss., è dell'avviso per cui il principio di legalità (desumibile dall'art. 111, co. 1, Cost., secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge») sia stato sicuramente violato nel primo periodo dell'emergenza, sotto la vigenza delle misure introdotte dai decreti-legge nn. 11/2020 e 18/2020 posto che in quel frangente «La legislazione emergenziale non solo non ha dettato norme specifiche in materia di processo penale a distanza, ma addirittura non ha affatto previsto la possibilità di una trattazione da remoto delle udienze penali. In questa primissima fase i processi a distanza sono stati celebrati sulla base di semplici accordi raggiunti tra tutte le parti interessate». Quanto, invece, ai successivi modelli emergenziali introdotti dal legislatore, e con specifico riferimento alle previsioni, contenute nei vari decreti che si sono avvicendati nel tempo, della rimessione a una fonte non legislativa (ossia, un atto del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della Giustizia – c.d. D.G.S.I.A.) dell'individuazione dei collegamenti da impiegare per la celebrazione delle udienze da remoto, l'impostazione è più accorta, e si intreccia a stretto filo con la questione afferente alla natura, dibattuta in dottrina, da doversi riconoscere alla riserva di legge di cui all'art. 111 Cost. Ben più netto sul punto è, invece, il pensiero, ad esempio, di G. BORGIA, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020, 181 ss., in part. 194, ove si segnala, riguardo a tale meccanismo di rinvio ai provvedimenti del D.G.S.I.A., la superfluità dell'attività di evidenziarne il contrasto con il canone di legalità.

e/o del contraddittorio⁵⁴, entrambi desumibili dall'art. 111 Cost., come anche di quelli della ragionevole durata del processo⁵⁵ e, per l'appunto, di pubblicità dell'udienza⁵⁶.

Una pronuncia su taluna delle sopra menzionate tematiche avrebbe avuto certamente maggior peso di quella di cui sopra, non solo per verificare la tenuta del sistema del c.d. processo dell'emergenza posto in essere dal legislatore, ma anche per indirizzarlo *pro futuro*, ossia per l'ipotesi (certamente non auspicabile, ma tuttavia possibile) in cui lo stato di emergenza abbia a perdurare e sia necessario proseguire in deroga, totale o parziale, alle ordinarie modalità di svolgimento dei processi.

Così, tuttavia, non è stato.

Diversa rilevanza deve, invece, essere attribuita alle pronunce rese dal Consiglio di Stato in relazione alla disciplina del processo amministrativo⁵⁷.

In ordine a esso, infatti, occorre ricordare come, per il periodo ricompreso tra il 15 aprile e il 31 luglio 2020, l'art. 84, co. 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, abbia previsto che le controversie fissate per la trattazione, sia in camera di consiglio che in udienza pubblica, potessero passare in decisione semplicemente sulla base degli scritti depositati, senza discussione orale, in quanto modalità sostituita dalla previsione della possibilità per le parti di presentare brevi note fino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione.

La norma prevedeva, inoltre, che su istanza proposta entro lo stesso momento dalla parte che non si fosse avvalsa della facoltà di presentare le note, il giudice potesse disporre la c.d. rimessione in termini in relazione a quelli che non fosse stato possibile osservare per effetto della sospensione dei termini processuali disposta dal co. 1 dello stesso art. 84, adottando ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo.

Ebbene, in relazione a tale meccanismo processuale, caratterizzato dalla prevista impossibilità per le parti di richiedere la discussione orale in udienza pubblica (o camera di consiglio), il giudice amministrativo ha espresso i propri dubbi di legittimità.

Il Consiglio di Stato, infatti, chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di parte ricorrente di disporre un rinvio dell'udienza al fine della discussione orale della controversia («tenuto conto dei suoi aspetti di particolare complessità e delicatezza»), con l'ordinanza della sez. VI del 21

⁵⁴ Anche in relazione alle criticità connesse al rispetto del principio del contraddittorio, con particolare riguardo al settore penale, si vedano gli spunti di G. BARONE, *Ibidem*, 711 ss.

⁵⁵ Sul punto, è possibile rimandare, ad esempio, alle riflessioni al riguardo spese da R. MARTINO - M. ABBAMONTE, *Il principio della ragionevole durata del processo, ... cit.*, 719 ss., ove, dopo essersi riportati i dati legati al rispetto del criterio in questione (ivi si dà, infatti, conto dello stallo che, nel corso della c.d. fase 2, hanno sofferto i procedimenti civili, posto che nel periodo che va dal 12 al 20 maggio 2020, risultano essere state tenute solamente il 15% delle udienze programmate), viene sottolineato l'inevitabile aggravamento della situazione cui darà luogo l'emergenza sanitaria in atto, la quale, si dice, non farà altro che aggravare la posizione dell'Italia di fronte agli obblighi in materia assunti a livello internazionale, sussistendo seri motivi per ipotizzare non solo un aumento dei ricorsi *ex lege* Pinto, ma anche una nuova stagione di condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del nostro Paese. Ivi, inoltre vengono considerati insufficienti a soddisfare le condizioni che la Corte di Strasburgo richiede per l'esclusione della responsabilità dello Stato, le misure adottate dal legislatore nell'ambito del decreto-legge n. 34/2020 (ossia, le assunzioni, nel biennio 2020-2021, cdi un contingente massimo di 1.000 unità di personale amministrativo non dirigenziale e la nomina di 500 giudici ausiliari).

⁵⁶ Su cui si dirà più diffusamente nel prosieguo, *sub* § 4.

⁵⁷ Per un quadro complessivo, cfr. R. DE NICTOLIS, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 15 aprile 2020.

aprile 2020, n. 2539⁵⁸, dopo aver rilevato che «il tenore letterale delle norme appena richiamate sembrerebbe autorizzare il giudice a disporre il rinvio della trattazione della causa solo per consentire il compiuto esercizio del contraddittorio scritto di cui all'art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di potere discutere oralmente la causa» e che il processo amministrativo, a differenza di quello penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso 'forte', ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di non comparire in udienza, ha tuttavia sottolineato che, «cionondimeno, il contraddittorio cartolare «coatto» – cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice – non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione».

Secondo il Collegio, in particolare, il c.d. contraddittorio cartolare coatto ha rappresentato una deviazione irragionevole rispetto allo 'statuto' di rango costituzionale che si esprime nei principi del giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 Cost., ponendosi in contrasto con il principio di pubblicità dell'udienza, e violando, a livello sovranazionale, l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ragion per cui, al fine di non dar luogo a contrasti con la Costituzione, è stato affermato che «l'art. 84, comma 5, del decreto legge n. 18 del 2020, va interpretato nel senso che: ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale».

Il Consiglio di Stato, dunque, benché fosse stato da taluno ritenuto necessario⁵⁹, ha ritenuto possibile non sollevare l'incidente di costituzionalità, perché la disposizione si prestava a essere interpretata in senso conforme a Costituzione.

⁵⁸ Il testo della pronuncia è liberamente consultabile accedendo al sito istituzionale della giustizia amministrativa (www.giustizia-amministrativa.it). Il medesimo testo caratterizza anche la differente ordinanza del 21 aprile 2020, n. 2538.

⁵⁹ Al riguardo, si vedano le considerazioni di I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità (a margine delle ordinanze del C.d.S. del 21 aprile 2020, Sez. VI, nn. 2538 e 2539/2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 13 maggio 2020, il quale, a commento delle due ordinanze del Consiglio di Stato di cui si è dato conto, pur evidenziando che le pronunce vadano lette con favore, risultando condivisibili quanto al risultato concretamente raggiunto in termini di tutela del diritto di difesa e del contraddittorio anche orale nel processo amministrativo, tuttavia ritiene che l'operazione di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata con esse posta in essere non convinca in pieno, scontrandosi chiaramente con il dato della lettera della disposizione dell'art. 84, co. 5, del decreto-legge n. 18/2020, che il Consiglio di Stato – nella lettura che delle pronunce offre l'Autore – finisce per manipolare, confidando in un'eccessiva elasticità della stessa. Secondo l'Autore, dunque, «dinanzi al dubbio di costituzionalità paventato si ritiene che il giudice avesse l'obbligo di sollevare la questione di legittimità dinanzi alla Corte in ragione dei limiti imposti dal testo di legge interpretata».

Non è certo questa la sede per discutere della legittimità dell'operazione ermeneutica prescelta dai giudici di Palazzo Spada. Qui, ci si può limitare solamente a evidenziare come, in ogni caso, anche la vicenda in questione risulti sicuramente sintomatica dell'esistenza di innegabili criticità connesse alla introduzione di modalità alternative di conduzione dei vari tipi di processo, dettate dalla pandemia in atto.

I due casi di cui si è dato conto offrono, infatti, la riprova di come, quantomeno nella percezione dei giudici, la normativa processuale dell'emergenza abbia ingenerato inevitabili problematiche con riferimento al rispetto di alcuni caposaldi del giusto processo costituzionalizzato.

In particolare, allo specifico riguardo, chi scrive è dell'avviso che i principali problemi abbiano riguardato il rispetto dei principi di cui si è dato evidenza in apertura, vale a dire quelli dell'oralità e della pubblicità dell'udienza, messi in crisi – ed è questo il punto – non solamente dalla configurazione di udienze a trattazione scritta (come quelle di cui si è occupato il giudice amministrativo), ma anche, come si cercherà di dimostrare, dalla previsione della relativa celebrazione 'da remoto'.

4. Profili di costituzionalità dell'udienza pubblica 'da remoto'

Come si è cercato di mettere in evidenza, quella dell'udienza 'da remoto' non è un'esperienza del tutto ignota al nostro ordinamento.

Perché, quindi, interrogarsi solo ora in ordine alla sua compatibilità costituzionale?

Oltre a quanto già riferito in merito alla possibilità che la disciplina emergenziale venga ulteriormente prorogata, si è dell'avviso per cui la risposta debba essere ricercata nelle modalità con le quali, nel periodo già trascorso, legato all'emergenza Covid-19, essa è stata gestita e attuata.

È, dunque, con peculiare riguardo a quest'ultime che dovrà essere specificamente riguardata, al fine di rinvenire una possibile risposta al quesito relativo alla sua conformità a Costituzione.

A tal proposito, e in aggiunta alle varie altre problematiche sorte in dottrina cui si è più sopra accennato⁶⁰, a chi scrive sembra che i dubbi più consistenti riguardino, come anticipato, proprio i principi suindicati, di pubblicità e di oralità del processo.

Prendendo, infatti, le mosse dalla considerazione di quest'ultimo, sembra potersi affermare che, nel corso del periodo emergenziale, la gestione telematica dell'udienza processuale abbia finito, nel tempo, per determinarne una sicura deroga con particolare riguardo a quel tratto caratteristico dell'oralità, che è l'immediatezza.

Posto infatti che esso postula una 'vicinanza', ossia un vero e proprio accostamento 'fisico', tra le parti, i relativi difensori e il giudice⁶¹, nel caso di partecipazione in via telematica all'udienza,

⁶⁰ Cfr., *supra*, note da 51 a 53.

⁶¹ Al riguardo, in ordine alla relazione fisica che deve intercorrere tra giudice e parti del processo, e alla sua rilevanza e coesistenzialità rispetto allo svolgimento del processo, sia consentito rinviare al pensiero di A.M. SANDULLI, *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 1028, secondo cui «Perché il dibattimento e l'istruttoria orale abbiano a conseguire tutti i loro effetti utili, occorre che all'oralità si accompagni l'applicazione dei seguenti altri principi. Anzitutto l'immediatezza del rapporto tra il giudice e la persona della quale egli deve valutare le dichiarazioni. In virtù di questo principio, il giudice che decide la causa deve essere assistito allo svolgimento dell'istruttoria ed alla discussione della causa, esser cioè entrato in immediato

è di tutta evidenza come tale canone venga nella sostanza obliterato, perché se è vero che alle parti è comunque fornita la possibilità di svolgere le proprie deduzioni orali, è, però, altrettanto vero che ciò non avviene fisicamente davanti all'organo giudicante, il quale, dunque, pur potendo ascoltare e dirigere l'udienza, come se questa si svolgesse in presenza, non è, però, in concreto, materialmente davanti a esse, e nei medesimi locali nelle quali queste e i relativi difensori si trovano.

A venire meno, dunque, è essenzialmente la relazione corporea tra gli attori protagonisti del processo.

Al riguardo, nonostante le voci contrarie di taluno⁶², è ampiamente maggioritaria in dottrina l'opinione secondo cui la pretermissione della fisicità dell'incontro tra parti (e relativi difensori) e giudice finisca, comunque, per incidere negativamente sullo svolgimento del processo.

E ciò con riguardo a tutti i settori della giustizia.

Con riferimento al processo civile, infatti, è stato, ad esempio, messo in evidenza che nel caso di udienza che si svolga 'da remoto', è il giudice a uscirne indebolito, posto che, non avendo (fisicamente) davanti a sé i difensori, e tanto meno le parti, dialoga con questi in maniera, quantomeno, imperfetta: ciò che manca, dunque, è quel contatto diretto che «consente al giudice un gioco di parole, di frasi, persino di sguardi e di gesti che non troveremo fissati né nel verbale di udienza, né in alcuna ordinanza, né tanto meno nei provvedimenti decisori, ma che nessun difensore avveduto si permetterebbe mai di trascurare al momento di valutare le prospettive di successo della propria posizione processuale. Un giudice che legge solo le note di udienza o che comunica a mezzo di video in piattaforma digitale si priva di queste possibilità»⁶³.

In questa prospettiva, quindi, la piena valorizzazione del principio dell'oralità, *sub specie* di immediatezza, da attuarsi mediante l'ordinario svolgimento dell'udienza in presenza, si pone nel superiore interesse della giustizia e della corretta decisione del caso, dal momento che quella svolta mediante videocollegamento non è in grado di fornire 'aria e luce' alla libertà di convincimento dell'organo giudicante⁶⁴, se non sempre, quantomeno, nei casi in cui la discussione orale delle parti serva ad arricchire il materiale cognitivo e probatorio che il giudice ha a disposizione ai fini della decisione da assumere.

contatto con le parti, i testimoni, i periti, ecc., ed aver modo di decidere la causa in base a questa diretta impressione». Sul punto, cfr. anche R. MARENGO, *Udienza (dir. proc. civ.)*, XLV, Milano, 1992, 483.

⁶² Cfr., ad esempio, G. ROJAS ELGUETA, *Sull'(in)esistenza di un diritto all'udienza fisica negli arbitrati rituali con sede in Italia*, in *Riv. dell'Arbitrato*, il quale, trattando del processo civile, dopo aver evidenziato, in riferimento al principio del contraddittorio, che un'udienza non debba necessariamente svolgersi con la contemporanea presenza fisica dei partecipanti affinché tale canone possa dirsi rispettato, e, soprattutto, dopo aver individuato nell'oralità e nella simultaneità dell'incontro i requisiti minimi che devono sussistere affinché un'udienza possa effettivamente considerarsi tale, afferma che anche nel caso dell'udienza che si svolga in videoconferenza simili elementi vengono assicurati. Secondo l'Autore, infatti, «Poiché per definizione i sistemi di videoconferenza consentono la simultanea interazione tra i partecipanti attraverso la trasmissione reciproca di audio e video, non vi è dubbio che la celebrazione delle udienze attraverso collegamenti da remoto consenta ai partecipanti di scambiare argomenti tanto oralmente, quanto simultaneamente, soddisfacendo in tal modo gli elementi costitutivi dell'udienza civile». Del medesimo avviso per cui anche l'udienza 'da remoto' consente, tanto di «ascoltare», quanto di «farsi ascoltare», senza alcun tipo di criticità al riguardo, sono A. PANZAROLA - M. FARINA, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione)*, in *www.judicium.it*, 29.05.2020.

⁶³ Così, P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: ...*, cit., 138.

⁶⁴ Il riferimento è al noto pensiero di G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 225, secondo cui la libertà di convincimento del giudice, per l'appunto, «vuole l'aria e la luce dell'udienza», da intendersi, evidentemente, e per ovvie ragioni, anche di carattere cronologico, all'udienza che si svolge in presenza dinanzi al giudice.

Analogamente, anche con riguardo al processo penale è stato evidenziato che il regime dell'udienza svolta 'da remoto' si pone in evidente contrasto sia con il principio del contraddittorio, che con quello dell'immediatezza di cui si sta trattando, e ciò a causa della sua strutturale inconciliabilità con il processo che si svolga a distanza, nella misura in cui si assicura il diritto di interrogare l'accusatore non davanti a un giudice in uno schermo, bensì fisicamente davanti a un giudice terzo e imparziale⁶⁵.

Ma non è tutto.

Infatti, l'incidenza che la virtualità nello svolgimento dell'udienza determina sul principio dell'immediatezza è stata messa in luce anche in relazione al processo amministrativo, con riferimento al quale quella 'da remoto' è stata definita come un'udienza a oralità «mediata»⁶⁶, qualificazione che, all'evidenza, reca con sé una nota di segno negativo in ordine al pieno rispetto del principio di cui si discorre.

Considerazioni di simile tenore sono state poi rese anche con riguardo al processo che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale, e nientemeno che dallo stesso Presidente che si è trovato, inizialmente, a gestire l'emergenza dovuta alla diffusione del Covid-19. Secondo Marta Cartabia, infatti, nonostante lo svolgimento 'da remoto' delle udienze sia stato lo strumento che ha consentito di far proseguire l'attività della Consulta anche nella fase più acuta della pandemia, deve, tuttavia, escludersi che l'utilizzo delle piattaforme informatiche possa divenire il metodo ordinario di svolgimento del processo costituzionale, «perché comporta un irrigidimento nella discussione che rende più difficoltoso lo scambio di informazioni. Tale modalità, secondo la Presidente, dovrebbe essere utilizzata solo in casi estremi». A venir meno, in questa prospettiva, è «quel qualcosa di così prezioso che deriva dal confronto in presenza, ragion per cui le udienze da remoto dovrebbero essere utilizzate solo nei periodi di vera emergenza»⁶⁷.

⁶⁵ Di questo avviso sono F. VERGINE - G. MICHELI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, efficienza e processo penale*, in *Il Processo*, 3, 843 ss. Secondo gli Autori, infatti, come suggerito dalla stessa Corte costituzionale (il riferimento è alla sentenza n. 342/1999) e dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (nella pronuncia del 2010 resa sul caso *Sakbunovskij c. Russia*), attraverso uno schermo digitale non è possibile assicurare alcuna immediatezza al processo, posto che il mezzo informatico esclude la contestualità; assenza che, a sua volta, azzerava l'elemento della dialettica.

In questo senso, cfr. anche V. MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diviene realtà*, in *Archivio penale*, 1, 2020, 1 ss., secondo il quale la costruzione di un processo nell'ambito del quale ciascuno dei protagonisti partecipa 'da remoto' conduce a una virtualità del contesto comunicativo che, invece, proprio alla simultanea presenza fisica degli attori del contraddittorio deve la sua specifica capacità epistemica di strumento privilegiato nell'ottica della affidabile ricostruzione dei fatti e di un proficuo confronto di tesi antagoniste.

⁶⁶ Lo ricorda, ad esempio, P.A.G. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell'emergenza. ...*, cit., richiamando la definizione, che l'Autrice espressamente definisce condivisibile, di G. GRASSO, *Sull'opposizione alla discussione e allegazione documentale alternativa nel regime della oralità mediata eventuale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁷ Cfr. R. DAGOSTINO, *"Il Processo nell'emergenza pandemica" ...*, cit., 3, 987 ss. Per completezza, va evidenziato come una prospettiva in parte differente sembra essere espressa da A. CERRI, *Il processo costituzionale nell'emergenza del coronavirus*, in *Giur. cost.*, IV, 2020, 2299 ss., il quale, nel trattare nello specifico proprio del processo costituzionale, sottolinea come esistano nel diritto tanto una componente analitico-deduttiva, quanto una dialettico-confutatoria, le quali trascendono il mezzo con il quale possono essere veicolate. Ancorché possa sembrare che, in tal modo, si voglia mitigare il ruolo e il rilievo dell'udienza fisica in presenza, tuttavia, anche l'Autore giunge infine a riconoscere come in fondo non vi sia una neutralità assoluta dei modi processuali rispetto, non solo ai tempi, ma anche ai contenuti stessi del processo, «perché servono a "rivelare" i fatti nella misura possibilmente più fedele (esistono sfumature, ad es., nelle relazioni interpersonali, che nessun documento scritto potrebbe rivelare al posto di un effettivo confronto), mentre la discussione processuale si svolge a rivelare "ragioni" nascoste nel sistema normativo, ad integrare questo sistema laddove presenta margini di indeterminazione, a "criticare" (nel senso etimologico del termine, per cui si congiunge con il "giudicare" e, dunque, "ricostruire") i fatti medesimi rivelati nelle forme processuali proprie».

Come si vede, dunque, la disciplina emergenziale del processo ha dato adito a serie perplessità in ordine alla tenuta del principio dell'oralità processuale, quantomeno nella sua peculiare dimensione dell'immediatezza: i dubbi hanno, per lo più, riguardato l'esito della complessa operazione di bilanciamento posta in essere dal legislatore tra i differenti valori in considerazione (quelli del giusto processo da un lato, e quello della salute pubblica, dall'altro).

Analoghi interrogativi sono stati espressi anche con riguardo all'altro principio di cui si discute, quello della pubblicità dell'udienza, e ciò fondamentale perché (e salva – come si vedrà – l'eccezione del processo costituzionale) nello svolgimento dell'udienza 'da remoto' non sono stati contemplati meccanismi tecnici idonei a consentirne la partecipazione, ancorché telematica, al pubblico, ossia a tutti coloro che fossero interessati ad assistere alla celebrazione del processo.

Di fatto, invero, le udienze pubbliche del periodo emergenziale si sono svolte solamente con la partecipazione, oltretutto del giudice, delle parti costituite, e dei relativi difensori, tutti collegati a mezzo dei propri supporti tecnologici, a distanza.

In tal modo, esse sono state di fatto degradate a mere udienze camerale, inaccessibili al pubblico, con conseguente incisione (alla fine) non solo di quel principio di democraticità che – si è visto – rappresenta il fondamento del canone di pubblicità delle udienze, ma anche del principio di indipendenza della magistratura consacrato all'art. 104 Cost.

Se, infatti, come si è condivisibilmente sostenuto, «Con la pubblicità non si attua certamente un controllo in senso tecnico, ma di sicuro, consentendo la conoscibilità delle modalità di esercizio del potere giudiziale, si impedisce l'influenza dei politici, si alimenta la fiducia dei cittadini nell'obiettività della magistratura e, in definitiva, si garantisce l'indipendenza dei giudici»⁶⁸, *a contrario*, deve allora ritenersi che in tutti i casi in cui la pubblicità del processo non sia garantita, ossia nei casi in cui l'udienza pubblica, pur prevista, venga trasformata in quella differente modalità di svolgimento del giudizio che è rappresentata dalla camera di consiglio, neppure si riesce ad assicurare l'indipendenza del giudice.

Se si tiene a mente che la presenza (in questo caso del pubblico) integra una tra le più efficaci (se non la più importante) forme di pubblicità, posto che, se attuata, consente di realizzare una situazione di piena conoscibilità dell'evento cui si riferisce, è consequenziale a quanto detto ritenere che, laddove non se ne permetta l'esplicazione, viene meno la stessa possibilità di realizzare la descritta situazione.

È precisamente ciò che alla lunga – come meglio si avrà modo di chiarire a breve – si è verificato nel corso del c.d. periodo dell'emergenza.

Si tratta di una situazione, questa, che ha un certo peso rispetto allo svolgimento dei processi, perché, nolente o volente, il legislatore, nel momento in cui non ha predisposto meccanismi idonei a consentire a chiunque vi avesse interesse di assistere alla celebrazione di un giudizio, ha sostanzialmente finito per delegittimare l'equo processo, di cui la pubblicità rappresenta uno dei perni fondamentali.

⁶⁸ Così, espressamente, A. MELONCELLI, *Pubblicità ...*, cit., 1037.

Il problema, dunque, è che i processi, pur andando faticosamente avanti, hanno perso quella componente fondamentale, relativa alla possibilità per tutti di assistervi, che serve (insieme ad altre, ovviamente) a qualificarli come ‘giusti’ nell’accezione accolta dall’art. 111 Cost.⁶⁹

Non è un caso, del resto, che, proprio con riferimento specifico all’emergenza legata alla diffusione del Covid-19, sia stato efficacemente evidenziato come il principio di pubblicità sia stato, di fatto, immolato a «vittima sacrificale» dell’emergenza sanitaria⁷⁰.

L’espressione è sicuramente forte, ma ben rende l’idea del cortocircuito venutosi a creare.

Per evitare l’insorgere delle descritte criticità sarebbe stato sufficiente – anche non subito (data l’imprevedibilità dell’evento pandemico che ha indotto a introdurre le misure emergenziali), ma quantomeno, trascorsa la prima fase di assestamento – predisporre, o un meccanismo di invio dei link per l’accesso all’area virtuale dell’udienza a tutti coloro che, non parti del giudizio, ne avessero fatto richiesta entro un certo termine mediante comunicazione spedita alla cancelleria/segreteria dell’autorità giudiziaria d’interesse⁷¹, ovvero (ma la soluzione è tecnicamente più complessa) un servizio di *streaming* attraverso il quale consentire a chiunque di seguire l’udienza telematica e lo svolgimento, quindi, del processo, sulla falsariga di quanto attuato in altri ordinamenti⁷².

A onor del vero, un meccanismo di quest’ultimo genere, già in uso presso la Consulta, è stato opportunamente mantenuto e applicato anche in relazione ai giudizi svolti nel corso del periodo emergenziale, i quali, quindi, per le fasi in cui il pubblico non è stato ammesso neppure nel numero massimo di 24 o 20 persone⁷³, oltre a essere verbalizzati a cura del cancelliere, sono stati anche registrati e i relativi video sono stati poi divulgati sul sito internet istituzionale della Corte⁷⁴.

Dunque, pur non essendo stato previsto un vero e proprio servizio di *streaming* che consentisse la diffusione immediata degli accadimenti processuali, la Corte costituzionale, facendo tesoro della propria pregressa esperienza, è comunque riuscita ad assicurare un meccanismo – quello, per l’appunto, di registrazione per la visione differita del processo – che, per quanto differente e

⁶⁹ Tanto per rendere l’idea, G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ...*, cit., 711 ss., con riferimento a ciascuno dei modelli di processo penale delineati dal legislatore dell’emergenza nel corso delle differenti fasi della stessa (e di cui si è già *supra* dato conto, *sub* nota n. 38), ossia il modello «consensuale», quello «a smaterializzazione diffusa», quello «della smaterializzazione generalizzata» e quello «del distanziamento sociale 2.0», mette in evidenza la difficile compatibilità dei modelli come introdotti dal Governo con il principio di pubblicità dell’udienza, data la non ammissione del pubblico nell’aula virtuale in cui l’udienza viene celebrata, una situazione aggravata dal fatto che, nel corso del tempo (dunque, nel passaggio da un modello all’altro), il legislatore non abbia previsto accorgimenti di alcun genere per garantire una qualche forma di pubblicità. Analogamente, con riguardo al processo amministrativo, P.A.G. DI CESARE, *Il processo amministrativo nell’emergenza*, ..., cit., afferma che l’udienza telematica introdotta dal legislatore nella fase di emergenza non è un’udienza pubblica, proprio per la ragione che non è prevista la possibilità di collegamento da remoto di chiunque abbia interesse ad assistervi.

⁷⁰ L’espressione è di C. INTRIERI, *La tecnologia nel processo penale e “l’abbaglio della normalità”*, in *Giust. Ins.*, 13 maggio 2020, 5.

⁷¹ Tale soluzione – laddove fosse stata attuata – avrebbe, peraltro, recato con sé maggiori garanzie in ordine al regolare svolgimento del processo anche sotto un ulteriore (e altrettanto rilevante) profilo, in quanto il contingentamento che il sistema avrebbe assicurato in ordine al numero di persone collegate avrebbe finanche consentito (o, quantomeno, reso certamente più agevole) il controllo in ordine al rispetto delle prescrizioni imposte dalla legislazione vigente a chi assiste allo svolgimento dei pubblici processi (si pensi, tanto per fare un esempio, al divieto di riprendere con supporti informatici la celebrazione delle udienze e al divieto di relativa diffusione).

⁷² Il riferimento è, in questo caso, al modello della Spagna e della Gran Bretagna che, rispettivamente, con l’art. 15 della *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, e con la *schedule 25 del Coronavirus Act*, hanno predisposto modelli di trasmissione in *streaming* dei processi.

⁷³ Sulle misure limitative introdotte per i processi di competenza della Corte costituzionale nel periodo emergenziale sia consentito rinviare a quanto al riguardo già evidenziato *supra*, *sub* nota n. 40.

⁷⁴ In questo senso hanno statuito, in particolare, i decreti presidenziali del 20 aprile 2020 e del 16 marzo 2021.

meno efficace rispetto al primo, ha comunque consentito un recupero *ex post* della garanzia della relativa pubblicità, inizialmente (ossia, nel corso di svolgimento) mancante.

Rispetto al processo costituzionale, dunque, le criticità connesse al rispetto del principio di pubblicità delle udienze possono dirsi temperate⁷⁵.

Temperate, ma pur sempre esistenti.

Al riguardo, va sottolineato come si sia perfettamente consapevoli che l'allestimento di un meccanismo analogo anche per i processi di spettanza dei giudici comuni avrebbe implicato un dispendio considerevole di risorse da parte delle amministrazioni giudiziarie, dal momento che il numero dei relativi giudizi non è minimamente paragonabile a quelli di spettanza della Consulta (i quali, peraltro, rispetto ai primi, hanno come caratteristica peculiare quella dell'interesse pubblico alla relativa conoscenza, in quanto aventi a oggetto questioni che trascendono le parti del giudizio).

Tuttavia, ciò non sembra poter giustificare la prolungata inerzia legislativa nella previsione di misure atte a garantire, seppur in maniera più temperata rispetto all'ordinario svolgimento dei processi, il controllo pubblico su questi ultimi.

È precisamente a tale inattività legislativa che pare, quindi, dover essere imputata quella violazione del principio di pubblicità (sia interna che esterna)⁷⁶, che, con specifico riferimento ai giudizi comuni, è stata denunciata in dottrina⁷⁷.

Pubblicità che, si aggiunga, sempre nel corso del periodo emergenziale e ancora in relazione alle modalità di svolgimento delle udienze, sembra essere stata messa in crisi anche 'al contrario', nel senso, cioè, della sua potenziale attuazione nei casi in cui non è, invece, contemplata e non dovrebbe, quindi, esplicarsi.

Si pensi, per fare un esempio, al giudizio amministrativo, nell'ambito del quale – si è detto – è legislativamente previsto (all'art. 87 c.p.a.) che taluni riti non debbano essere celebrati in udienza pubblica, bensì in camera di consiglio, con l'intervento solamente di giudice e difensori delle parti (e lo stesso dicasi a proposito dei giudizi cautelari *ex art.* 55 c.p.a.).

Ebbene, rispetto a tale tipo di processi (rito sull'accesso agli atti, di ottemperanza, ecc.), lo svolgimento (anche) dell'udienza camerale 'da remoto' reca con sé il serio rischio che alla medesima possano di fatto assistere anche soggetti che alla stessa non potrebbero prendere parte.

⁷⁵ Sul punto, deve darsi conto dell'indirizzo espresso da A. CHIAPPETTA, *Il processo costituzionale al tempo dell'emergenza ...*, cit., 2292 ss., il quale, dopo aver fatto rilevare che i testi adottati durante il deflagrare della pandemia per la regolamentazione dello svolgimento del processo costituzionale hanno giustificato la limitazione dell'accesso fisico nei luoghi di celebrazione dell'udienza sulla base della precipua finalità di evitare i contatti e ridurre così le *chances* di contagio, alla fine del proprio ragionamento, osserva che per i giudizi di competenza della Consulta, al fine di escludere la potenziale violazione del principio del giusto processo in tema di pubblicità delle udienze, potrebbe rilevare che le disposizioni derogatorie sono state pur sempre limitate a un breve periodo di tempo e che le ordinarie modalità di svolgimento delle udienze sono state prontamente ripristinate. Ciò che, se anche così fosse, non sembra potersi, invece, affermare con riferimento a tutti gli altri tipi di processo.

⁷⁶ Di pubblicità interna ed esterna parla A. MALINVERNI, *Il principio dell'oralità e pubblicità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXII, 1991, 1 ss., secondo cui la regola della pubblicità dell'udienza garantisce l'amministrazione della giustizia e i terzi, e non riguarda la posizione delle parti. Essa è, quindi, volta ad assicurare la pubblicità 'esterna', mentre quella 'interna' si risolve nel principio del contraddittorio.

⁷⁷ Cfr. G. GAETA, *Il consolidamento dell'emergenza. Aggiornamento sulla gestione della giustizia penale a fronte della crisi sanitaria*, in *Arch. pen.*, 2, 2020, 1 ss., ove viene segnalata la sottrazione del processo a qualsiasi controllo dell'opinione pubblica, capace di assicurare una delle condizioni minimali di esercizio democratico della giurisdizione, la cui attuazione transita anche mediante la garanzia e l'esistenza dell'udienza pubblica. Nello stesso, senso, cfr. anche F. VERGINE - G. MICHELI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, ...*, cit., 843 ss.

Si pensi, tanto per fare un esempio, ai collaboratori di studio del patrocinatore della causa, potenzialmente in grado di assistere alla camera di consiglio, in quanto fisicamente a fianco del difensore collegato da remoto con il proprio computer, ma non visibili al collegio giudicante.

In questi casi⁷⁸, il *vulnus* che viene a determinarsi rispetto allo svolgimento del processo è esattamente l'opposto a quello precedentemente descritto, ma ha comunque a che fare con il principio di pubblicità che, (si ribadisce, anche) mediante la gestione telematica delle udienze, rischia di essere violato quando dovrebbe essere rispettato, e per contro osservato quando, invece, non dovrebbe essere attuato.

Come si è cercato di sottolineare, il rischio da ultimo prefigurato sussiste 'anche' in caso di gestione telematica dell'udienza.

Per completezza, infatti, occorre evidenziare come esso, seppur in diversa forma, possa concretizzarsi pure in caso di celebrazione delle udienze pubbliche in modalità ordinaria, ossia 'in presenza': si pensi, ad esempio, al caso del legale che vi prenda parte con un microfono nascosto, consentendo, così, ad altri, di ascoltare la discussione con il giudice.

Il problema evidenziato, quindi, non riguarda le sole udienze 'da remoto'. Rimane, però, un dato di fatto che possa comunque palesarsi pure in relazione a esse, nel senso che la relativa celebrazione in via telematica non è in grado di neutralizzarlo. Semmai, al contrario, pare amplificarlo (atteso che è certamente più immediato assistere alla camera di consiglio posizionandosi in prossimità del legale collegato da remoto nel suo studio, piuttosto che introdurre un microfono nell'aula dell'udienza fisica)⁷⁹.

A chi scrive, dunque, paiono in generale difficilmente negabili le criticità connesse all'impiego, per come rigidamente prolungato nel tempo, del processo a distanza.

È vero che esse sono strettamente legate alla gestione di una situazione di carattere eccezionale.

Si è, tuttavia, dell'avviso per cui le descritte deroghe ai principi dell'oralità e della pubblicità che hanno caratterizzato (e in parte continuano a caratterizzare tutt'ora) lo svolgimento dei processi in Italia, per quanto comprensibili nell'ottica di limitare i contatti sociali e con essi le occasioni di contagio, e ancorché inizialmente giustificabili data l'imprevedibilità e la drammaticità dello scenario venutosi a determinare, non debbano, però, ora (in una fase non più di principio della pandemia), essere prese troppo alla leggera in nome di un bene superiore che, nel caso di specie, andrebbe individuato nel valore della salute pubblica.

Esse, infatti, finiscono pur sempre per frapporre un ostacolo alla celebrazione di un processo che possa definirsi equo nel senso pieno e più carico di significato del termine.

Infatti, come è stato messo in evidenza in dottrina (ancorché con peculiare riferimento al processo penale), «il contraddittorio (non la sua ombra), l'oralità (non via cavo), l'immediatezza

⁷⁸ Ovviamente non limitati al solo processo amministrativo, ma concernenti anche gli altri giudizi. In questo senso, infatti, a esempio, P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: ...*, cit., 133 ss., quanto al processo civile, sottolinea come in caso di udienza 'da remoto' i difensori possono collegarsi da un luogo in cui è possibile che siano vicini soggetti che non potrebbero trovarsi nell'aula di Tribunale, come consulenti o legali interni. Rispetto, invece, al processo penale, è G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ...*, cit., 711 ss., a evidenziare l'impossibilità del processo che si svolga mediante collegamento 'da remoto' a garantire la segretezza propria della camera di consiglio, ossia a impedire che alla stessa finiscano in qualche modo per assistere soggetti diversi da quelli ammessi ai sensi dell'art. 127 c.p.p.

⁷⁹ Dal momento che il problema si propone, potenzialmente, qualunque sia la tipologia di udienza prescelta dal giudice, sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse sul punto, al fine di introdurre rimedi appropriati, anche di ordine penale e/o solamente disciplinare, al fine di punire le descritte condotte.

(non filtrata), non rappresentano meri ornamenti volti a rendere più elegante il processo», ma costituiscono per contro elementi indispensabili affinché lo stesso possa esplicarsi a pieno, nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 111 Cost.⁸⁰

Così non avviene se i principi di cui esso si conforma vengono sistematicamente derogati, anche quando simili deroghe non appaiono più necessarie.

Nello specifico caso della disciplina emergenziale dei vari tipi di processo, infatti, è pur vero – come detto – che le misure derogatorie dei principi di cui si è trattato sono state previste in via eccezionale, data la contingenza del momento e l'imprevedibilità dell'evento che ne ha imposto l'introduzione, di modo che, sotto tale profilo, potrebbe anche astrattamente giustificarsi la celebrazione 'da remoto' delle udienze.

Tuttavia, quel che sembra è che di tale eccezionalità, alla lunga, si sia finito per abusare, nel momento in cui, a oggi, a distanza di oltre un anno dall'introduzione delle prime misure incidenti sullo svolgimento dei vari tipi di processo, ancora non è stato previsto, ad esempio, un meccanismo che consenta di realizzare il canone di pubblicità, tramite la possibilità offerta a chiunque vi nutra un interesse (di qualsiasi tipo) di potervi partecipare mediante collegamento da remoto.

Per la mancata previsione, cioè, di meccanismi che consentano di assistere virtualmente alla celebrazione di udienze che – come suggerisce il nome stesso – dovrebbero essere 'pubbliche'.

Non si discute, dunque, il dato in sé, legato all'adozione di misure eccezionali volte a fronteggiare situazioni della medesima natura (come pacificamente è quella legata all'emergenza Covid-19).

Quel che si intende evidenziare è che, in ogni caso, occorre pur sempre introdurre disposizioni che, ancorché emergenziali, siano ragionevoli e proporzionate, e che possano garantire la salvaguardia di valori costituzionalmente protetti (nel caso di specie, la salute collettiva *ex art. 32 Cost.*, che avrebbe potuto essere posta in pericolo dalla partecipazione fisica alle udienze), senza per questo determinare l'irragionevole compressione di altri principi del medesimo rango.

Situazione che, nel caso di specie, per quanto sopra evidenziato, sembra nelle more essersi inverata.

Come è stato rilevato, infatti, le scelte del legislatore in materia di svolgimento dei processi non sono state sempre in sintonia con la premessa iniziale sottesa alla loro assunzione, legata al contrasto al pericolo di contagio⁸¹: tanto per comprendere il punto, si è assistito, ad esempio, a un ricorso massiccio e indiscriminato alla trattazione da remoto dei processi proprio in una fase in cui era meno acuta l'emergenza sanitaria⁸².

Da qui, l'auspicio di un nuovo intervento in materia al fine di ripristinare una situazione di normalità nella celebrazione dei processi, laddove la situazione sanitaria nazionale dovesse consentirlo (ciò che riabiliterebbe sia il principio dell'oralità che quello della pubblicità del

⁸⁰ Cfr. F. VERGINE - G. MICHELI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, ... cit.*, 843 ss., secondo cui, con riferimento specifico al processo penale, i valori citati rappresentano gli specifici mezzi attraverso i quali si tenta di ottenere un risultato probatorio che avvicini la ricostruzione processuale al fatto veramente verificatosi.

⁸¹ Come ha osservato, ad esempio, G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ... cit.*, 711 ss.

⁸² Come evidenziato da F. VERGINE - G. MICHELI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, ... cit.*, 843 ss., è stata probabilmente l'imprevedibile violenza dell'evento pandemico ad aver indotto il legislatore a scelte che non sono state adeguatamente ponderate, soprattutto se comparate con gli effetti che le stesse hanno determinato.

giudizio), ovvero, in caso contrario, per correggere le storture dello svolgimento ‘da remoto’ dei processi, al fine, quantomeno, di consentirne la partecipazione, pur in aula virtuale, a tutti coloro i quali vi abbiano interesse⁸³.

5. Considerazioni e proposte conclusive

Le riflessioni sin qui esposte possono essere brevemente compendiate nel modo che segue.

Se – come pure è stato fatto – in relazione alle descritte deroghe ai principi dell’oralità e della pubblicità del processo, si vuol davvero parlare di incostituzionalità delle misure processuali introdotte dai vari provvedimenti governativi di gestione dell’emergenza Covid-19⁸⁴, in ogni caso, quantomeno con specifico riguardo a quelle inerenti alla configurazione delle udienze ‘da remoto’, si è dell’avviso per cui non possa certo farsi riferimento a una loro incostituzionalità originaria, quanto, semmai, e al più, a una incostituzionalità sopravvenuta⁸⁵.

⁸³ Magari con accorgimenti tecnici del tipo della partecipazione a una riunione, senza possibilità di intervenire (dunque, con video e audio spenti), ciò che consentirebbe di garantire il rispetto, quantomeno, del principio di pubblicità.

⁸⁴ Come espressamente fa, ad esempio, G. SCARSELLI, *Contro le udienze a remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *www.judicium.it*, il quale afferma rotondamente che «l’udienza cartolare e quella da remoto sono in violazione del principio costituzionale dell’udienza pubblica», in quanto si tratta di «udienze che con difficoltà riescono a coinvolgere le parti personalmente, figuriamoci i terzi».

⁸⁵ Non è un caso che ad analoga conclusione, proprio con riferimento alla disciplina emergenziale del processo, sia di recente pervenuta la Corte costituzionale.

Il riferimento è alla sentenza n. 128 del 22 giugno 2021, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall’Unione europea», convertito, con modificazioni, nella legge 26 febbraio 2021, n. 21.

In sostanza, in materia di esecuzione immobiliare, nell’ambito del processo civile, l’art. 54 *ter* del decreto-legge n. 18/2020 aveva previsto che «[a]l fine di contenere gli effetti negativi dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all’articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l’abitazione principale del debitore».

La durata della misura prevista in tale norma era stata originariamente fissata dalla stessa in sei mesi e quindi la relativa applicazione avrebbe dovuto cessare dopo il 30 ottobre 2020. L’efficacia della disposizione, però, – il cui contenuto è rimasto immutato – è stata prorogata, dapprima fino al 31 dicembre 2020, a opera dell’art. 4 del decreto-legge n. 137/2020, come convertito, e quindi fino al 30 giugno 2021, proprio dall’art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, oggetto della pronuncia resa dalla Corte con la menzionata sentenza n. 183/2020.

Con essa il giudice delle leggi ha sottoposto al vaglio di costituzionalità l’operazione di bilanciamento posta in essere dal legislatore: secondo la Consulta, infatti, «È ben vero che il legislatore ordinario – in presenza di altri diritti meritevoli di tutela, come quello fondamentale all’abitazione – può procrastinare la soddisfazione del diritto del creditore alla tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva. Deve però sussistere un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite».

Ebbene, la Corte, richiamato il quadro normativo venutosi a stratificare in materia nel corso del periodo emergenziale, sulla scorta della considerazione per cui la prevista sospensione delle procedure esecutive aventi a oggetto l’abitazione principale sia rimasta invariata nei suoi presupposti fino alla seconda proroga, disposta dalla disposizione di legge scrutinata, è giunta alla conclusione che «È mancato cioè un aggiustamento dell’iniziale bilanciamento sia quanto alla possibile selezione degli atti della procedura esecutiva da sospendere, sia soprattutto quanto alla perimetrazione dei beneficiari del blocco».

Su questa base, la Corte costituzionale – per ciò che maggiormente interessa nell’ottica del discorso posto in essere – ha affermato che «il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l’abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato, inficiando la tenuta costituzionale della seconda proroga (dal 1° gennaio al 30 giugno 2021), prevista dall’art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, come convertito; disposizione, questa, che va quindi dichiarata illegittima per violazione degli artt. 3, primo comma, e 24, primo e secondo comma, Cost., con assorbimento di tutti gli altri parametri».

A ben vedere, infatti, le previsioni legislative derogatorie all'ordinario svolgimento dei processi, se inizialmente giustificate dall'impellenza di adottare misure drastiche di contenimento del virus, *medio tempore*, ossia nel corso della lotta all'epidemia, sembrano essere divenute irragionevoli a causa della loro 'rigidità'; e ciò, nella misura in cui, cessata la fase più acuta dell'emergenza sanitaria, non sono state in alcun modo rimodulate nell'ottica di garantire il rispetto di valori costituzionali di pari rango rispetto a quello della salute, da individuarsi nei principi regolatori del giusto processo (tra cui pubblicità e oralità).

Eppure, se non proprio per garantirne la piena osservanza, ma almeno per attenuare i rilievi più critici, sarebbe stato sufficiente adottare taluno degli accorgimenti tecnici cui si è già fatto cenno (ovviamente, nel rispetto dei limiti di tenuta dello strumento tecnologico)⁸⁶.

Stando così le cose, occorre allora spendere una riflessione ulteriore sulla possibilità di un loro futuro mantenimento, per il caso, cioè, in cui, una volta cessata l'emergenza, le misure introdotte, da straordinarie quali sono, divengano ordinarie, in tal modo travalicando la logica emergenziale nell'ambito della quale sono state originariamente ammesse e introdotte nell'ordinamento⁸⁷.

Come è stato evidenziato, infatti, allo stato delle cose, si tratta di una ipotesi che ha una ragionevole possibilità, in tutto o in parte, di verificarsi⁸⁸. C'è già stato, anzi, anche chi, riprendendo il linguaggio proprio degli astronomi, si è interrogato sulla opportunità di configurare l'udienza 'da remoto' come una 'meteora' dell'ordinamento processuale, dunque transitoria e di passaggio, o, piuttosto, come una 'cometa' destinata a ritornare periodicamente, ove dovessero nuovamente ricorrere i presupposti emergenziali, ovvero, ancora, alla stregua di una 'stella fissa', nel senso di divenire parte integrante dell'ordinamento⁸⁹.

Posto che il verificarsi di taluno di questi tre eventi 'astronomici' può determinare un impatto di rilievo su tutti i plessi della giustizia⁹⁰, appare di sicuro interesse analizzare la specifica questione e, se del caso, avanzare proposte finalizzate a garantirne il miglior funzionamento.

Dunque, se il bilanciamento tra il diritto all'abitazione e gli altri interessi costituzionali in gioco, nella visione della Consulta, poteva dirsi inizialmente ragionevole nella prima fase del periodo pandemico, così non si è, tuttavia, rivelato nel corso del tempo, in quanto la progressiva proroga della disciplina emergenziale (quale disposta due volte dal legislatore) lo ha reso *medio tempore* incostituzionale, per non essersi adeguati i rimedi processuali all'evolversi della situazione.

Un analogo ragionamento, ad avviso di chi scrive, deve essere fatto anche per la disciplina dell'udienza 'a distanza'.

⁸⁶ Al riguardo, v'è stato chi, come I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: ...*, cit. (con specifico riferimento al processo civile), ha sottolineato che se è vero che, a oggi, l'udienza 'da remoto' non è la stessa cosa dell'udienza in presenza, è, però, altrettanto vero che ciò dipende molto più dai limiti attuali del mezzo tecnologico, che non da quanto discenda da quelli imposti dai principi costituzionali del giusto processo. È, però, di tutta evidenza – almeno ad avviso di chi scrive – che gli uni (i primi) si ripercuotano sugli altri (i secondi) nel momento in cui, non assicurando lo svolgimento di un'udienza che sia davvero 'pubblica' nel senso proprio del termine, finiscono per incidere sul giusto processo costituzionalizzato, non assicurato nella sua pienezza dallo svolgimento di un'udienza non soggetta al controllo generalizzato dei consociati. I due elementi, dunque, sono intimamente collegati, e solo il miglioramento e perfezionamento dell'uno può consentire di temperare i dubbi e le perplessità variamente espressi in merito all'altro.

⁸⁷ In questo senso, ad esempio, R. DAGOSTINO, *"Il Processo nell'emergenza pandemica"* ..., cit., 3, 987 ss., riporta il pensiero di Giorgio Spangher, il quale – pur con riferimento al processo penale – si mostra dell'idea per cui alcune delle novità introdotte dalla disciplina emergenziale siano destinate a permanere anche oltre.

⁸⁸ Cfr. P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: ...*, cit., 133.

⁸⁹ Così, F. GANDINI, *L'udienza tra assenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, IV/2020, 1443 ss.

⁹⁰ In questo senso, con riferimento al settore penale, v'è stato chi ha evidenziato come un processo che si svolga integralmente a distanza non sia nemmeno ipoteticamente proponibile, risultando, anzi, finanche necessario rifuggire dall'idea che la partecipazione processuale a distanza divenga la nuova modalità di celebrazione ordinaria di questo tipo di processi. Al riguardo, cfr. F. VERGINE - G. MICHELI, *Emergenza epidemiologica da Covid-19, ...*, cit., 843 ss. Lo stesso pensiero è stato espresso anche con riferimento al giudizio costituzionale: in questo senso, come riporta, R. DAGOSTINO, *"Il Processo nell'emergenza pandemica"* ..., cit., 3, 987 ss., è stata la stessa Presidente (ora emerita) della Corte costituzionale, Marta Cartabia, ad aver

Non prima, però, di aver brevemente ricordato gli orientamenti al riguardo espressi in dottrina.

Analizzando la produzione scientifica realizzata in materia, sembra possibile distinguere tre differenti indirizzi.

Il primo, che esprime un netto rifiuto per le novità introdotte nel corso del periodo emergenziale, è alquanto *tranchant* nell'auspicare un 'ritorno alle origini', ossia alle modalità ordinarie di svolgimento dei processi, e ritiene che nessuno strumento informatico sia in grado di assicurare il vero valore dell'udienza pubblica nel senso espresso da Gabriel Honoré Mirabeau⁹¹, quale recepito da tutti gli Stati democratici sino al giorno d'oggi. Secondo tale impostazione, non sarebbe, quindi, in gioco solo la tenuta del sistema processuale, ma lo stesso modello di società alla quale i consociati intendono aderire: l'auspicio, pertanto, è quello di «vedere ancora una giustizia in grado di mettere al centro l'uomo e la sua comunicazione con gli altri uomini, una giustizia che faccia dell'incontro il fulcro della sua funzione, che abbia bisogno dei suoi tempi e dei suoi dubbi, e abbia anche, e soprattutto, quelle imperfezioni che sono i tratti inevitabili dell'essere umano»⁹².

Un secondo indirizzo, all'estremo opposto, si erge invece a difesa dell'udienza 'da remoto', di cui auspica il mantenimento e addirittura il potenziamento anche nella fase post-emergenziale⁹³, in quanto rivista alla stregua di uno strumento tale da rendere maggiormente efficiente l'organizzazione della macchina giudiziaria, tanto per gli avvocati (ai quali risparmierebbe i tempi e le spese legati agli spostamenti e partecipazione alle udienze fuori del foro di propria competenza)⁹⁴, quanto per i giudici (che avrebbero la possibilità di attingere direttamente alla fonte, senza la mediazione dovuta alle verbalizzazioni, ai mezzi necessari a compiere le proprie valutazioni), oltreché mezzo idoneo a documentare (se non proprio a verbalizzare) lo svolgimento stesso dell'udienza.

Tra le due più estreme appena ricordate, pare, però, essere stata elaborata anche una tesi 'mediana', che auspica il mantenimento solo *pro parte* dell'udienza non in presenza. Secondo tale impostazione, la sostituzione dell'oralità del processo dovrebbe essere conservata per i soli casi in cui (volta per volta, giudizio per giudizio) la conduzione orale dello stesso non potrebbe in alcun modo determinare un reale arricchimento del materiale di causa, dovendosene, per contro, inibire il ricorso a tutti i differenti casi in cui il contatto tra parti e giudice potrebbe, invece, conferire un valore aggiunto alla migliore conoscenza del procedimento⁹⁵.

esternato il pensiero per cui l'utilizzo delle piattaforme informatiche non può diventare il metodo ordinario di lavoro dei giudici costituzionali, in quanto modalità che comporta un irrigidimento della discussione che rende più difficoltoso lo scambio di informazioni, ragion per cui dovrebbe essere relegata, quanto a utilizzo, solamente al ricorrere di casi estremi.

⁹¹ Cui risale la paternità dell'affermazione «Datemi il giudice che volete, parziale, corrotto, anche mio nemico, purché non possa procedere ad alcun atto fuori che dinanzi al pubblico».

⁹² Cfr. G. SCARSELLI, *Contro le udienze a remoto ...*, *cit.*

⁹³ Di questo avviso è, ad esempio, F. VALERINI, *In difesa dell'udienza da remoto*, in *www.judicium.it*, 29.04.2020. Cfr. anche D. CERRI, *Emergenza e provvedimenti dei capi degli uffici: il caso pisano*, in *www.judicium.it*, 8.04.2020.

⁹⁴ Questo aspetto è sottolineato anche da I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: ...*, *cit.*, secondo cui le due modalità dell'udienza caratterizzanti il periodo emergenziale (quella cartolare e quella a distanza) potrebbero, se mantenute anche successivamente, contribuire a un alleggerimento dei costi della giustizia, su cui incide anche il tempo speso dai difensori per gli spostamenti e l'impiego di domiciliatari per lo svolgimento di udienze fuori dal proprio foro.

⁹⁵ Di questo avviso si mostra P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: ...*, *cit.*, 133 ss. In senso analogo, sembra potersi ricordare anche il pensiero di G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ...*, *cit.*, 711 ss., la quale, in senso parzialmente differente, con riferimento al processo penale, e sulla base dell'assunto per cui il ricorso alla videoconferenza e la garanzia di un'oralità

Ognuna delle tesi esposte mostra, ad avviso di chi scrive, elementi apprezzabili.

Il ‘ritorno alle origini’, infatti, è certamente auspicabile se e nella misura in cui, anche successivamente alla esperienza dolorosa della pandemia, le misure processuali derogatorie, con particolare riguardo a quelle che introducono l’udienza ‘da remoto’, dovessero essere mantenute come attualmente risultano configurate: ossia, senza (nella maggior parte dei casi) alcun tipo di garanzia in ordine all’effettiva pubblicità degli incombenti processuali, ovvero, per contro, alla non violazione della relativa riservatezza in tutti i casi in cui la pubblicità non dovrebbe esplicarsi (camere di consiglio, ecc.).

Allo stesso modo, però, è anche vero che, in effetti, il mantenimento dell’archetipo dell’udienza che non si svolge in presenza potrebbe rendere più agevole l’esercizio delle funzioni di tutti coloro che operano nell’ambito del sistema giudiziario, come giudici e legali, i quali, partecipando mediante collegamento audiovisivo alle udienze che li riguardano, potrebbero ottenere un significativo risparmio in termini di tempo e spese.

Ecco allora che, tra quelli espressi, considerato che ne combina gli aspetti positivi appena enunciati (e, quindi, da attuare nei limiti del possibile), appare forse preferibile e auspicabilmente attuabile il riferito indirizzo intermedio, che prospetta un mantenimento del regime delle udienze ‘da remoto’ nei soli casi in cui la presenza di parti e giudici non potrebbe avere alcun rilievo nell’ottica dell’arricchimento del materiale cognitivo e probatorio a disposizione del giudizio.

Ma – ad avviso di chi scrive – non puramente e semplicemente, bensì solo laddove venga assicurata una duplice condizione ulteriore: ossia, per un verso, che vengano legislativamente configurate le ipotesi in cui è consentito il ricorso allo strumento tecnologico (in modo tale da non lasciare alla discrezionalità del giudice la decisione di ricorrere, o meno, alla udienza ‘da remoto’) e, per altro verso, che vengano ideati e attuati meccanismi in grado di ovviare agli inconvenienti attuali ampiamente descritti, e di superare, pertanto, le limitazioni che a oggi caratterizzano l’impiego della tecnologia in ambito processuale.

Come per tutte le nuove esperienze, anche da quella emergenziale di cui si discute pare possibile ritrarre qualcosa di buono per il futuro.

Perché, allora, in quest’ottica, effettivamente, non mantenere la previsione dell’udienza ‘da remoto’ per determinate e circoscritte occasioni, precisamente individuate, in cui il relativo impiego possa davvero apportare un *quid pluris* ai fini dell’efficiente funzionamento della macchina giudiziaria?

Tale effetto ‘benefico’ può, infatti, in qualche modo stemperare, in considerazione dell’incombente processuale da svolgere, le descritte perplessità legate al suo prolungato (e indiscriminato) impiego.

Si pensi, ad esempio, e per avanzare qualche proposta, in relazione al processo amministrativo, al caso in cui, prima della udienza pubblica, i difensori delle parti depositino, tutti, un’istanza di passaggio in decisione della causa. In questo caso, laddove il Collegio convenga con le parti sul

anche solo mediata siano comunque «meglio di niente», riferisce della opportunità di ricorrere agli strumenti di collegamento da remoto con riferimento, a titolo esemplificativo, alle ipotesi in cui il contraddittorio non è garantito affatto, ovvero è assicurato solamente in forma cartolare.

grado di maturità della controversia per la decisione, imporne la presenza fisica in udienza finirebbe per dar luogo a un inutile aggravio, che potrebbe essere evitato senza alcun problema.

In questo senso, la previsione legislativa della possibilità di consentire la celebrazione ‘da remoto’ dell’udienza di cui parti e giudice (condizione necessaria, data la possibilità per il Collegio di richiedere chiarimenti in fatto o in diritto) ritengano superfluo l’elemento della presenza, non produrrebbe altro effetto se non quello di agevolare il lavoro di chi nel processo stesso è impegnato.

Analogamente, per il processo civile, si pensi, invece, alle udienze per la concessione dei termini di cui all’art. 183, co. 6, c.p.c., ovvero, in maniera ancor più emblematica, all’udienza che viene normalmente fissata per la c.d. precisazione (da parte dei difensori delle parti) delle conclusioni, ancorché in alcun modo contemplata dal codice di rito⁹⁶.

Si tratta di udienze in cui l’attività di parti e giudici è quasi ‘meccanica’⁹⁷, in cui, cioè, non v’è alcuna discussione sui profili di merito, e che, pertanto, ben potrebbero essere efficacemente tenute tanto ‘da remoto’, quanto, ancor più all’estremo, in modo cartolare, senza che simili modalità, data la peculiarità dei due segmenti processuali, possano ingenerare alcun tipo di criticità in tema di giusto processo⁹⁸.

Anche in questo caso, quindi, se il codice di rito prevedesse la possibilità di disporre una trattazione alternativa a quella classica in presenza, ferma la garanzia della piena esplicazione del contraddittorio, si otterrebbe un effetto di snellimento della nota farraginosità processuale esistente in materia civile, evitando inutili dispendi di tempo e di risorse (anche economiche) di parti e giudici.

Il ragionamento può essere adattato anche al processo penale, ove anzi, ancor di più, l’impiego di strumenti tecnologici che consentano la partecipazione a distanza al giudizio potrebbe avere anche un effetto di incentivare il contraddittorio nei casi in cui esso, allo stato, non è garantito, oppure lo è solo in forma cartolare: in quest’ottica, come è stato evidenziato, rispetto alla mera lettura delle relative dichiarazioni rese prima dell’udienza dinanzi al magistrato di sorveglianza competente per territorio, sarebbe, ad esempio, preferibile la partecipazione ‘da remoto’ dell’indagato/imputato detenuto internato in un luogo al di fuori della circoscrizione del giudice precedente e che richieda di essere sentito in camera di consiglio⁹⁹.

Dunque, è certamente possibile individuare in astratto casi in cui l’impiego degli strumenti di collegamento a distanza per la celebrazione delle udienze risulterebbe auspicabile anche post-pandemia.

⁹⁶ Cfr., in tal senso, tra i tantissimi, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 119, ove si sottolinea che l’abrogazione dell’art. 110 disp. att. c.p.c. disposta dall’art. 89 della l. 26 novembre 1990, n. 353, fa sì che, esaurita l’istruzione della causa, il giudice non debba fissare alcuna nuova specifica udienza per la precisazione delle conclusioni, le quali, dovrebbero, per contro, seguire senza alcuna soluzione di continuità alla chiusura della fase di assunzione delle prove.

⁹⁷ All’udienza per la richiesta dei termini *ex* art. 183, co. 6, c.p.c., infatti, le parti devono limitarsi a fare istanza di concessione e/o opposizione a essa, spettando poi al giudice assumere la propria determinazione. Quanto all’udienza di precisazione delle conclusioni, invece, considerato il sistema a rigide preclusioni del giudizio civile, in essa i difensori delle parti (salvo casi eccezionali) non si limitano a fare altro che riportarsi alle conclusioni già rassegnate negli scritti di parte già depositati in giudizio. Niente di più e niente di meno.

⁹⁸ Discorso che, a maggior ragione, tra le due citate, vale per l’udienza di precisazione delle conclusioni. Non essendo neppure prevista dal codice di rito, una sua celebrazione telematica non determinerebbe alcun problema in relazione al rispetto dei principi costituzionali.

⁹⁹ Cfr. G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: ..., cit.*, 711 ss.

Affinché, però, si possa sostenere che la loro previsione sia neanche opportuna¹⁰⁰, ad avviso di chi scrive, sarebbe necessario non solo un intervento legislativo di ricognizione e capillare individuazione dei momenti processuali in cui facultizzarne l'impiego (su richiesta delle parti o su disposizione del giudice, a seconda dei casi, ma senza lasciare al giudicante l'assoluto arbitrio), nel rispetto del principio di legalità, ma anche (e soprattutto) apportare qualche correttivo all'attuale modello di processo a distanza, in relazione a tutti i settori della giustizia, che consenta l'esplicitarsi del controllo pubblico sulla decisione giudiziaria da assumersi.

In questo modo, invero, potrebbero essere neutralizzate eventuali problematiche inerenti al rispetto del più generale principio di trasparenza.

Da un lato, infatti, in relazione al principio dell'oralità, la predeterminazione legislativa a monte delle udienze in cui è possibile la partecipazione a distanza, che si fondi sulla valutazione dell'importanza della stessa in base agli incumbenti da compiersi, e della presenza delle parti nell'ottica dell'implementazione del materiale probatorio e cognitivo del giudice, garantirebbe la sua piena osservanza nell'ambito del processo, la quale, nel complesso, non può essere scalfita dalla sua parziale pretermissione per i casi di compimento di attività 'burocratica' (es. mera precisazione a verbale delle conclusioni già rassegnate negli scritti difensivi, nel processo civile).

Dall'altro, la condivisione degli accadimenti processuali con chi nutra a ciò un interesse permetterebbe di rispettare il principio della pubblica udienza, evitando attraverso la partecipazione, seppur mediata, del pubblico, che la giustizia 'da remoto' possa essere accusata di segretezza.

La pandemia, dunque, in ambito processuale, ci ha mostrato che la gestione a distanza dei processi è foriera di questioni ancora da risolvere e criticità da sollevare, ma pur sempre possibile.

Sta al legislatore, ora, decidere se e in che misura fare tesoro di questa esperienza.

ABSTRACT

Il contributo, prendendo spunto dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2021, e operata una premessa di carattere generale in ordine ai fondamentali principi di oralità del processo e di pubblicità delle udienze, si interroga sulla compatibilità costituzionale del meccanismo di celebrazione 'da remoto' delle udienze, con particolare riguardo alle modalità di svolgimento delle stesse che hanno caratterizzato la disciplina processuale dell'emergenza, introdotta per contenere la diffusione del c.d. Covid-19, soffermandosi anche ad analizzare, in prospettiva futura, le questioni legate a un suo possibile mantenimento nella fase successiva al periodo emergenziale.

¹⁰⁰ In questo senso, con riferimento al processo civile, F. GANDINI, *L'udienza ...*, cit., 1443 ss. esprime, tra le righe, un simile pensiero, nella misura in cui sottolinea che sfrondare le attività formali, o a più basso grado di contraddittorio, per mezzo della trattazione 'da remoto' (o cartolare), consentirebbe, come effetto diretto, di rendere più importanti e qualificate le attività processuali svolte dalle parti in presenza del giudice, ciò che, a sua volta, produrrebbe l'ulteriore effetto di «risacralizzare» l'udienza civile («si fanno davanti al giudice solo le cose importanti. Si va in tribunale solo quando è necessario»). Secondo l'Autore, ciò consentirebbe di dare una nuova linfa al principio dell'oralità e al ruolo proattivo del giudice nella trattazione della controversia che, allo stato delle cose, risultano mortificati da una prassi che tratta tutti i procedimenti allo stesso modo.

The essay, based on the recent sentence of the Constitutional Court n. 96 of 2021, and starting with a general premise regarding the fundamental principles of trial's orality and hearings' publicity, questions the constitutional compatibility of the mechanism for the 'remote' celebration of hearings, with particular regard to the procedures for carrying out this type of hearings which characterized the procedural discipline of the emergency, introduced to contain the diffusion of the cd Covid-19, also aiming to analyze, in a future perspective, the issues related to the possibility of maintaining them in the phase following the emergency period.

PAROLE CHIAVE: Covid-19. Principio di pubblicità delle udienze. Principio di oralità. Udienza pubblica da remoto. Profili di costituzionalità.

KEYWORDS: Covid-19. Principle of hearings' publicity. Principle of orality. Remote public hearing. Constitutionality profiles.



Franca Meola*

***Mai esimersi, quando si governa, dal fare i conti
con le conseguenze delle proprie scelte.***

**Note in tema di responsabilità e tutele per danni da vaccino anti-Covid
nel segno del valore costituzionale della solidarietà****

SOMMARIO: 1. Il ricorso alla profilassi vaccinale anti-Covid tra “obbligo” e “raccomandazione”: una scelta politica pregnante in ogni caso di conseguenze. – 2. Vaccinati per “obbligo” e vaccinati per “adesione *volontaria*” alla campagna di immunizzazione: un distinguo essenziale ai fini di una corretta impostazione dell’indagine. – 3. Obbligo vaccinale e responsabilità per danni: una declinazione al presente di una più risalente previsione, legislativa e giurisprudenziale, espressione di solidarietà sociale. – 4. L’adesione alla campagna vaccinale anti-Covid: un consenso davvero informato? – 5. Vaccinazioni “obbligatorie” ovvero “raccomandate”: la progressiva assimilazione dei diversi trattamenti vaccinali nella giurisprudenza costituzionale in tema di tutela indennitaria per danni. – 6. Obbligare o persuadere? Considerazioni sui limiti e le modalità di esercizio della discrezionalità legislativa in materia.

1. Il ricorso alla profilassi vaccinale anti-Covid tra “obbligo” e “raccomandazione”: una scelta politica pregnante in ogni caso di conseguenze

Ad infuocare il clima di questa già torrida estate, animando, non solo a livello scientifico ma anche sociale, non poche discussioni, i cui strascichi renderanno di certo altrettanto caldo quest’autunno, è stata, tra le altre, la scelta, squisitamente politica, di evitare, ad oggi¹, che la campagna vaccinale fosse oggetto di confronto parlamentare e si giungesse così a mettere ai voti una proposta ovvero un disegno di legge che, conformemente alle previsioni di cui all’art. 32 Cost., ne stabilisse la somministrazione in termini di obbligatorietà.

* Avvocata e Dottoressa di Ricerca – Università della Campania «Luigi Vanvitelli».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Mentre si licenziano le presenti note, il Presidente del Consiglio dei Ministri, in sede di conferenza stampa tenutasi, immediatamente dopo la pausa estiva, lo scorso 2 settembre, richiesto della possibilità, nei prossimi tempi, di introdurre l’obbligo vaccinale, ha perentoriamente risposto in senso affermativo. In particolare, nel corso della conferenza, Draghi ha spiegato che, se i dati epidemiologici dovessero peggiorare, non saranno i veti politici a bloccare il ricorso alla misura estrema, forse già a ottobre. Quindi, ricorrendo tale condizione, laddove le autorità preposte al rilascio delle relative autorizzazioni (EMA ed AIFA) lo consentiranno, in Italia si arriverà all’obbligo vaccinale. La notizia, riferita da tutti i media, può, tra l’altro, esser letta sul sito de Il Corriere della Sera, 03.09.2021 (*Corriere.it*).

A tale scelta si è piuttosto sostituita la decisione di provvedere in via d'urgenza alla specificazione delle sole categorie che, in ragione dell'attività svolta, necessitano dell'inoculazione del siero anti-Covid², nonché, da ultimo, all'introduzione di quella misura, di carattere prettamente politico, atta a consentire a quanti abbiano ricevuto anche solo la prima dose di vaccino di accedere ad una serie di locali (ristoranti, bar, pizzerie, ma anche mense aziendali, nella parte al chiuso³), svolgere certe attività (per lo più di carattere ludico/sportivo⁴), ed usufruire di taluni servizi (quale l'utilizzo dei mezzi di trasporto pubblico a lunga percorrenza⁵), che sono al contrario inibiti a quanti non vogliano vaccinarsi. Inutile quasi elencare le molte questioni poste dal quadro composito risultante da tali scelte. Sono ben noti infatti i molti dubbi che già solo il rilascio del *green pass* nei termini stabiliti ha suscitato non soltanto sotto il profilo scientifico⁶ e

² Il riferimento, qui, è al d.l. 1° aprile 2021, n. 44, contenente «*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*» (in G.U. n. 79 del 01.04.2021). Su tale decreto ed il suo contenuto, più ampiamente, vedi *infra*.

³ Cfr. art. 9-bis del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, contenente «*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*» (in G.U. n. 96 del 22.04.2021), inserito dal d.l. 23 luglio 2021, n. 105, avente ad oggetto «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*» (in G.U. n. 175 del 23.07.2021). Su tale articolo, ed i paradossi della sua applicazione letterale, vedi *infra*, nota n.

⁴ Si tratta di misure introdotte dall'art. 3 del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, cit.

⁵ D.l. 6 agosto 2021, n. 111, contenente «*Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti*» (in G.U. n. 187 del 06.08.2021).

⁶ Sotto il profilo scientifico, a dimostrazione della scarsa utilità del c.d. "passaporto verde", si possono anzitutto citare i casi, che hanno occupato molto spazio in questi tempi all'interno della stampa nazionale, di soggetti che, pur vaccinati, hanno successivamente contratto il virus, con ciò dimostrando, in maniera inequivoca, che il vaccino non esclude né il contagio, né, addirittura, il ri-contagio, semmai limita la sintomaticità, le complicanze più gravi e (forse) la mortalità da Covid.

Si pensi, tra gli altri, al contagio che ha interessato l'equipaggio della Nave "Amerigo Vespucci". Nonostante avesse aderito alla campagna vaccinale della Difesa e ben prima dell'inizio di quella di respiro nazionale avesse già completato il doppio ciclo di vaccinazione, giusta la nota ufficiale diramata poi dalla Marina Militare, tale equipaggio, in un numero significativo di suoi componenti (20 membri), è risultato infine affetto, sia pur in maniera asintomatica, dal virus, costringendo quindi la nave a sostare nel porto di La Spezia per consentire un isolamento di dieci giorni (la notizia è reperibile all'indirizzo: https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2021/07/25/covid-positivi-20-membri-dell'equipaggio-dell'amerigo-vespucci_9fac69b9-ea97-494d-b155-8b02cef7f67b.html).

Nella stessa prospettiva può altresì farsi menzione del grosso focolaio Covid scoppiato in Olanda agli inizi dello scorso mese di luglio. Quasi mille persone, infatti, sono risultate positive al virus dopo aver partecipato al *Verknij Festival di Utrecht*, che si è tenuto il 3 ed il 4 luglio, e che ha visto l'adesione all'evento di circa ventimila spettatori. Come riporta l'agenzia di stampa "Anp", il primo giorno della festa sarebbero state contagiate almeno 448 persone, mentre il secondo giorno i positivi sarebbero risultati 516. Gli organizzatori, accusati di aver favorito la diffusione del virus, si sono difesi sostenendo di aver seguito tutte le misure igienico-sanitarie previste, in particolare evidenziando che, ai fini della partecipazione al festival, è stato chiesto obbligatoriamente a tutti la prova di essere vaccinati o negativi ad un test, ed aggiungendo che, al fine di evitare qualsiasi possibilità di contagio ed ogni forma di assembramento, non soltanto gli ingressi erano stati controllati con attenzione, ma erano state altresì stabilite delle fasce orarie di ingresso nel luogo della manifestazione (la notizia è reperibile all'indirizzo: https://www.ilmessaggero.it/salute/storie/covid_olanda_festival_contagi_cosa_e_successo-6080633.html).

Tra l'altro, proprio scientificamente non c'è alcuna certezza che il vaccino escluda in modo categorico e totale la contagiosità, specialmente in relazione alla rampante variante Delta.

A rimarcare la cosa è la vicenda, a dir poco paradossale, di un'insegnante milanese che, dopo aver ricevuto la somministrazione di entrambe le dosi del vaccino, ha contratto la variante Delta con sintomi fastidiosi, ed è stata chiusa a casa insieme a marito e due figli, nonostante fosse in possesso del *green pass*, e fosse perciò libera di uscire (la notizia è reperibile all'indirizzo: https://milano.corriere.it/notizie/cronaca/21_luglio_21/covid-paradosso-una-prof-ia-vaccinata-astrazeneca-contagiata-variante-delta-ma-l-app-sarei-libera-uscire).

In questa stessa direzione, del resto, milita altresì la cronaca del 25 giugno scorso del *Wall Street Journal* (*Delta Variant Outbreak in Israel Infects Some Vaccinated Adults*) a proposito di quel che sta accadendo in Israele in cui il 60% dei nuovi ospedalizzati ha già effettuato la doppia dose vaccinale (la notizia è reperibile all'indirizzo: <https://www.wsj.com/articles/vaccinated-people-account-for-half-of-new-covid-19-delta-cases-in-israeli-outbreak-11624624326>).

quindi giuridico⁷, ma anzitutto sul piano logico, stante la difficoltà di spiegare la *ratio* di sue specifiche applicazioni⁸.

E sono altrettanto conosciute le questioni connesse alla sottoscrizione della modulistica del consenso da parte di quanti, sottoponendosi “volontariamente” al trattamento, non hanno comunque mancato di lamentare la mancanza di dati di conoscenza utili a poter definire quello prestato un consenso davvero informato. E ciò per tacere delle molte perplessità che, già sul piano definitorio, o meglio di qualificazione del trattamento in questione, pone la scelta di obbligare taluni e non tutti alla vaccinazione.

Tentare di superare tale ultima *querelle*, dimostrando la ricorrenza dei presupposti costituzionali all'introduzione di un obbligo vaccinale, ha anzi costituito un impegno per molti degli studiosi che si sono confrontati con tema. Sicché proprio i fiumi di parole spese in tema e la risposta quasi unanime che al dubbio sull'obbligatorietà del vaccino anti-Covid ha offerto la dottrina⁹ rende oltremodo sterile una riproposizione delle argomentazioni portate avanti al riguardo.

Infine, nella stessa prospettiva deve ricordarsi pure il punto numero 11 del documento dell'AIFA dal titolo “Vaccinazione anti COVID-19 con vaccino Pfizer mRNA BNT162b2 (Comirnaty) FAQ AIFA”, in cui si chiarisce che la questione è ancora in fase di studio e che si possa parlare soltanto di plausibilità e non di certezza in merito ai rapporti tra vaccino ed esclusione del contagio. Letteralmente, infatti, è detto che: «Gli studi clinici condotti finora hanno permesso di valutare l'efficacia del vaccino COVID-19 mRNA BNT162b2 (Comirnaty) sulle forme clinicamente manifeste di COVID-19 ed è necessario più tempo per ottenere dati significativi per dimostrare se i vaccinati si possono infettare in modo asintomatico e contagiare altre persone. Sebbene sia plausibile che la vaccinazione protegga dall'infezione, i vaccinati e le persone che sono in contatto con loro devono continuare ad adottare le misure di protezione anti COVID-19» (nel testo, corsivo nostro). (Il testo in questione è reperibile all'indirizzo: https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1279946/FAQ-Vaccinazione_anti_COVID-19_con_vaccino_Pfizer.pdf/ea9099cd-c71c-d443-e447-6da60137da37). Da un punto di vista scientifico, dunque, il *green pass* non fornisce alcuna garanzia di ritrovarsi tra persone non contagiose, poiché la cronaca, la scienza e, soprattutto, la realtà non hanno ancora fornito tali garanzie.

⁷ Su cui, per l'eshaustività delle argomentazioni svolte, si rimanda al contributo offerto dall'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, in *Questionegingustizia.it*, e dalle considerazioni in esso svolte, tra l'altro, dai costituzionalisti, Prof. A. Lucarelli, suo Direttore, Prof.ssa M. Calamo Specchia, Prof.ssa F. Salmoni e Prof. M. della Morte.

⁸ In questa prospettiva, si pensi alla situazione alquanto paradossale in cui sono venuti a trovarsi i lavoratori di aziende pubbliche e private, che, per scelta governativa, pur condividendo molti spazi in comune nell'esecuzione delle rispettive mansioni, si sono visti poi distinguere, in ragione del *green pass*, tra coloro che, in quanto possessori del certificato *de quo*, possono accedere ai servizi di mensa aziendale, e coloro i quali, invece, in quanto privi, sono costretti a consumare il proprio pasto all'esterno della struttura lavorativa. In effetti, a far data dal 6 agosto 2021, giorno dell'entrata in vigore dell'obbligo di esibire la propria certificazione verde COVID-19 per accedere, tra gli altri, ai «servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio per il consumo al tavolo al chiuso» (art. 9-bis del d.l. n. 52/2021, inserito dal d.l. 23 luglio 2021, n. 105), ci si è chiesti se la certificazione verde COVID-19 fosse necessaria anche per accedere alle mense aziendali con consumazione al tavolo al chiuso. I dubbi sorti in merito all'applicazione del predetto obbligo anche ai servizi di tali mense sono stati chiariti dallo stesso Governo, il quale, con una FAQ pubblicata il 16 Agosto 2021 sul sito istituzionale di Palazzo Chigi, ha confermato un'interpretazione letterale della norma, ricomprendendo così tra i servizi di ristorazione anche quelli resi dalle mense aziendali, con la conseguenza che, a far data dal 6 Agosto 2021, l'accesso a queste ultime per la consumazione al tavolo al chiuso è stato consentito solo a chi sia in possesso della certificazione verde COVID-19. Tra l'altro, oltre a confermare l'obbligo per i dipendenti pubblici e privati di esibire la propria certificazione verde COVID-19 per la consumazione al tavolo nelle mense aziendali ovvero in tutti i locali adibiti alla somministrazione di servizi di ristorazione, la FAQ del Governo ha anche precisato che alla verifica della certificazione verde sono tenuti i gestori dei servizi di ristorazione delle mense aziendali - e dunque non il datore di lavoro - secondo le modalità operative di cui al DPCM 17 Giugno 2021.

⁹ La bibliografia sul punto è oggi davvero vasta. Tra i tanti contributi offerti dalla dottrina al riguardo, senza alcuna pretesa di eshaustività, si rimanda a quelli di seguito indicati, tra i quali, in senso favorevole all'introduzione di un obbligo vaccinale, si segnalano quelli di A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2, 22.05.2021; C. D'ORAZI, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19 fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivistaaic.it*, 2021, n. 3, 23.06.2021. Non pochi dubbi sull'obbligatorietà della vaccinazione anti Covid 19 sono stati, invece, avanzati da G. SCARELLI, *Note sulla obbligatorietà o meno della vaccinazione anti Covid 19*, in *Ambienteditto.it*, 2020, n. 4; e da F. CERQUOZZI, *Obbligo vaccinale e tutela della salute pubblica nello Stato d'emergenza*, in *Iusinitinere*, 19.01.2021. In senso assolutamente critico nei riguardi

Piuttosto la distanza che, sul piano *de quo*, separa la scelta politica dal quadro costituzionale di riferimento, rende ad oggi particolarmente interessante una disamina attenta delle ragioni sottese a tale decisione. In particolare, sotto tale profilo, risulta certamente interessante verificare in che misura la possibilità di rintracciare la *ratio* della decisione delle forze politiche governanti nella volontà di affrancare lo Stato da ogni responsabilità per eventuali danni alla salute conseguenti alla vaccinazione anti-Covid trovi effettiva rispondenza all'interno della cornice valoriale e normativa in cui quella stessa scelta deve naturalmente calarsi¹⁰.

La sensazione è che la possibilità, di per sé indubbia, di individuare (anche) in tal genere di preoccupazione la motivazione ultima della scelta governativa sia stata accompagnata da un'altrettanta evidente disattenzione da parte della politica nei riguardi di una più esatta ponderazione delle conseguenze che si vorrebbe (e spererebbe) ricollegabili alla scelta fatta. E ciò perché la possibilità di scongiurare eventuali azioni giudiziarie da parte di quanti lamentino conseguenze pregiudizievoli ai danni della loro salute, chiedendo conseguentemente un "equo indennizzo", quando non addirittura un risarcimento danni, non pare affatto possa dirsi un automatismo insito nella scelta a favore della non obbligatorietà della somministrazione del vaccino anti-Covid. Al contrario, ferma l'inapplicabilità in ciascuna delle ipotesi su delineate delle disposizioni penalistiche in tema di omicidio, stante lo "scudo" al riguardo normativamente previsto¹¹, sul piano civilistico le concrete modalità di gestione della campagna vaccinale paiono offrire, sotto molti profili, motivi certamente utili a fondare possibili pretese indennitarie ovvero risarcitorie da responsabilità per danni provocati da vaccino.

Assunta questa quale prospettiva d'indagini paiono comunque necessarie, o quantomeno opportune, talune puntualizzazioni.

In questo senso, sembra corretto avvertire che, nel trattare il tema *de qua*, l'analisi si svolgerà anzitutto nella consapevolezza delle peculiarità dell'attuale contesto emergenziale in cui deve naturalmente calarsi ogni osservazione in argomento, e quindi dell'importanza sempre maggiore

dell'introduzione in via legislativa di un obbligo vaccinale si è espresso poi A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivistaaic.it*, 2021, n. 3, 09.09.2021, p. 443 ss. Sempre in senso contrario all'obbligo vaccinale sono pure le considerazioni svolte dai giuristi che fanno parte dell'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale, nel documento *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd. decreto green pass*, cit.

¹⁰ «Sostiene Giorgia Meloni che lo Stato non rende la vaccinazione anti-COVID 19 obbligatoria per non esporsi a richieste di risarcimento e indennizzi. Di conseguenza, chi – pur non essendovi obbligato (come invece lo sono gli esercenti professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario: art. 1 d.l. 44/2021) – si sottopone al vaccino e subisce "una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica" (art. 1 l. 210/1992) non potrebbe pretendere alcunché», così, S. CERRERI, *I danni causati dalla vaccinazione devono essere indennizzati dallo Stato? (a proposito delle recenti dichiarazioni di Giorgia Meloni)*, in *Il Riformista*, 13 agosto 2021, il quale continua ricordando che quella in questione è «un'affermazione destituita in massima parte di fondamento giuridico e che, a suo modo, costituisce la cifra di una certa comunicazione politica di tono propagandistico, volutamente imprecisa e giocata sull'equivoco [...]».

¹¹ Cfr. art. 3 d.l. 1° aprile 2021, n. 44 («*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*» - in G.U. n. 79 del 01.04.2021), concernente la «Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2»: «1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della l. 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

che l'attività interpretativa giudiziale verrà ad avere nei prossimi tempi, ai fini della definizione delle tante e diverse questioni che cercheranno una loro corretta definizione nelle aule di giustizia.

2. Vaccinati per “obbligo” e vaccinati per “adesione volontaria” alla campagna di immunizzazione: un distinguo essenziale ai fini di una corretta impostazione dell'indagine

Proiettata in tale direzione, l'indagine deve peraltro necessariamente sdoppiarsi.

Il rigore dell'analisi scientifica impone, infatti, che si consideri separatamente la situazione di chi, come pure già osservato, in ragione della peculiare natura dell'attività lavorativa svolta, è obbligato alla vaccinazione da quella di coloro che si determinano a favore della somministrazione del siero nella consapevolezza che trattasi di quell'unico strumento che la medicina, sia pur in assenza di dati certi in merito alle complicità future, mette oggi a disposizione per contrastare la diffusione del virus, ed in ogni caso, nella certezza che a ciò è subordinato il rilascio *del green pass* e con esso la possibilità di esercizio di una serie di libertà che, diversamente, sarebbero loro inibite.

A prescindere per il momento dalla possibilità, per il profilo in analisi, di assimilazione delle situazioni *de quibus*, è indubbia la correttezza del metodo d'indagine prescelto.

Le diverse situazioni indagate, infatti, sollecitano considerazioni in parte differenti, così come lo sono gli aspetti normativi e valoriali implicati dalla riflessione.

Quel che si impone, allora, in relazione a ciascuna delle situazioni di cui sopra, è un'attenta e puntuale ricostruzione di questi stessi aspetti, la sola che possa consentire poi di render ragione delle conclusioni spiegate in relazione alla questione oggetto d'analisi.

3. Obbligo vaccinale e responsabilità per danni: una declinazione al presente di una più risalente previsione, legislativa e giurisprudenziale, espressione di solidarietà sociale

Valutata allora con riguardo alle sole categorie (per il momento, esclusivamente quelle del comparto sanitario¹², e quelle che a contatto con scuole, istituto di formazione ed RSA¹³) la previsione di una responsabilità per danni alla salute conseguenti alla vaccinazione anti-Covid non pare possa essere seriamente messa in dubbio¹⁴.

L'affermazione impone una precisazione.

¹² V. Part. 4 «Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse Sanitario», d.l. 1° aprile 2021, n. 44, cit.

Per un primo commento al d.l. in questione, cfr. P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2021, n. 1, I, p. 152 ss.; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, 03.04.2021, in *Studioeccabella.it*; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, ivi, 05.04.2021; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, ivi, 07.04.2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 2, p. 2 ss.; V.A. POSO, *Dei vaccini e delle «pene» per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44 (G.U. n. 79 del 1 aprile 2021)*, in *Labor. Il lavoro nel diritto* (Rivistalabor.it), Aggiornamenti, 10 aprile 2021. In particolare, per quel che concerne l'obbligo vaccinale, P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 4 ss.; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, I, p. 81 ss.; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it*; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 2 ss.; M. VERZARO, *Abundans cautela non nocet. A (s) proposito del c.d. licenziamento per mancata vaccinazione anti-coronavirus*, in *federalismi.it*, 2021, n. 6, p. 267 ss.; P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, J.C. VILLALÓN, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, A.D. ZUMBO, V.A. POSO, R. ROMEI, L. ZOPPOLI, *Dibattito istantaneo sui vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro in Labor. Il lavoro nel diritto* (Rivistalabor.it), 22 gennaio – 10 febbraio 2021; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 2 ss.; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 2 ss.; G. CAZZOLA, *Un dibattito surreale*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 2 ss.; L. ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*, cit., 17.02.2020; L. MENGHINI, *Covid, sicurezza, vaccini: rappresentanze e partecipazione*, ivi, 01.02.2021; A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, ivi, 07.02.2021; ID., *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid*, ivi, 27.02.2021; ID., *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia*, ivi, 07.03.2021; P. IERVOLINO, *Vaccinazione e Pandemia tra diritto e etica*, ivi, 08.04.2021; R. RIVERSO, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, ivi, 15.03.2021; L. PAPA, N.A. MAGGIO, *COVID 19: il vaccino e le notti insonni del datore di lavoro. Quando finisce la libertà del lavoratore ed inizia quella del suo collega*, in *Lavoro Diritti Europa – Rivista nuova di Diritto del Lavoro* (Lavorodirittieuropa.it), 2021, n. 1, p. 2 ss.; S. PUTINATI, A. KELLER, *Covid-19: scudo per i datori, ma residua un rischio di responsabilità penale per colpa generica*, in *Guida al lavoro*, 2020, n. 29, p. 29 ss.; V. DE LUCA, A. IACOBELLIS, *Infortunio da Covid-19, profili critici*, in *Guida al lavoro*, 2020, n. 20, p. 46 ss.; P. ICHINO, *L'obbligo di vaccinazione anti-Covid di fonte contrattuale*, in *Guida al lavoro*, 2021, n. 3, p. 10 ss.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 1, p. 89 ss.

Infine, sui problemi interpretativi sollevati dalla normativa *de qua* per quel che riguarda l'individuazione dei soggetti obbligati alla vaccinazione, R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del d.l. n. 44/2021*, in *Questionegiustizia.it*, 20 aprile 2021.

¹³ Nell'ambito di una problematica ad oggi ancora in continua evoluzione, a fronte della quale, quindi, si assiste al continuo proliferare di interventi normativi, si registra la recentissima approvazione del d.l. 10 settembre 2021, n. 122, «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza da COVID-19 in ambito scolastico, della formazione superiore e socio-sanitario-assistenziale*» (in G.U. n. 217 del 10.09.2021), che estende l'obbligo vaccinale a tutti coloro che entrano in scuole, centri di formazione e RSA.

¹⁴ E ciò in quanto, come correttamente sottolinea, A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 442, «il rischio vaccinale è ineliminabile. Perché è acclarato, a livello di sapere di settore, che lo stesso vaccino può produrre effetti diversi in organismi diversi. Ed è ovvio che sia così: il vaccino è sempre lo stesso, ma non tutti i corpi sono uguali».

Come è noto, l'accertamento di una responsabilità determina l'obbligo alla corresponsione di un risarcimento a favore di chi abbia patito il danno per il quale si agisce giudizialmente. Tale accertamento, insomma, laddove si risolve in un riscontro positivo del nesso di causalità tra il trattamento sopportato e il danno subito, impone il riconoscimento, a favore del danneggiato, di una forma di tutela in grado di ristorarlo completamente del pregiudizio ricevuto, secondo le previsioni e nel rispetto dei presupposti all'uopo codicisticamente fissati¹⁵.

Diversamente, l'indennizzo rappresenta una misura a carattere assistenziale, e non risarcitoria. Esso, infatti, «non presuppone l'accertamento di un fatto illecito, né l'individuazione del responsabile, bensì sorge, a prescindere dalla colpa, in presenza del solo accertamento del nesso causale tra vaccino e menomazione permanente, costituendo perciò un'autonoma misura economica di sostegno, di natura indennitaria ed equitativa, in caso di danno alla salute, che consente agli interessati una protezione certa nell'*an* e nel *quantum*»¹⁶. Il tutto, «ferma restando per essi la possibilità di esperire anche l'azione di risarcimento del danno alle condizioni previste dall'art. 2043 c.c.»¹⁷.

Ebbene, riferita ai danni da trattamento vaccinale, quella del ristoro economico, nel nostro ordinamento, è stata, originariamente e per anni, soprattutto una storia di “indennizzo” limitato a favore dei soli destinatari di un obbligo vaccinale che avessero subito complicanze di tipo irreversibile.

Normativamente, essa affonda le sue radici nella legge n. 210 del 1992¹⁸.

È infatti tale legge che, nella sua disposizione di apertura, riconosce un indennizzo a chi «abbia riportato, a causa di vaccinazione obbligatoria per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica»¹⁹.

Benché, come si avrà modo di chiarire, di respiro limitato, in questa sua formulazione la disposizione *de qua* ha rappresentato, sulle prime, un importante sovvertimento dell'originario approccio al tema, ma soprattutto un primo significativo invero nelle ipotesi di danno permanente alla salute provocato da vaccinazione di quel principio solidarista che, anche da ultimo, la giurisprudenza costituzionale ha additato quale elemento cardine attorno al quale ruota

¹⁵ Il riferimento è all'art. 2043 c.c.

¹⁶ Così, M. FERRARI, *Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di Covid-19*, in *Ildiritto degli affari.it*, p. 11. Sul punto, ancor più precisamente, la Corte costituzionale, secondo cui trattasi di «un ristoro [...] dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell'aver subito un pregiudizio non evitabile, in un'occasione dalla quale la collettività nel suo complesso trae un beneficio: dovuto dunque indipendentemente dal risarcimento in senso proprio che potrà eventualmente essere richiesto dall'interessato, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 2043 del codice civile. E, mentre la tutela contro l'illecito predisposta dalla norma menzionata ha necessariamente effetti risarcitori pieni anche del danno alla salute in quanto tale - secondo la “fermissima” giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 455 del 1990, 1011 e 992 del 1988, 559 del 1987, 184 del 1986 e 88 del 1979) -, non altrettanto è per l'indennizzo in questione, il quale prescinde dalla colpa e deriva dall'inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull'intera collettività e, per essa, sullo Stato. Si tratta di una misura che, pur non potendo essere irrisoria e - come anche ha precisato la suddetta sentenza (n. 307 del 1990) - pur dovendo tenere conto di tutte le componenti del danno stesso, ha natura equitativa»; Corte Costituzionale, sentenza 18 aprile 1996, n. 118.

¹⁷ M. FERRARI, *Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di Covid-19*, cit., ivi.

¹⁸ L. 25 febbraio 1992, n. 210, in tema di «Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati» (in G.U. n. 55 del 06.03.1992).

¹⁹ Art. 1, comma 1, l. 25 febbraio 1992, n. 210, cit.

la definizione, nelle ipotesi *de quibus*, del delicato bilanciamento tra la dimensione individuale e quella collettiva della tutela della salute.

In realtà, a tracciare tale solco, poi seguito da legislatore del 1992, è stata un'ormai risalente pronuncia dei giudici della Consulta riguardante il tema della vaccinazione antipoliomelitica²⁰. È, infatti, in occasione del giudizio di legittimità concernente le disposizioni legislative che avevano decretato l'obbligatorietà di tale vaccinazione per i bambini entro il primo anno di vita²¹ che la Corte, dopo aver ricordato che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»²², per la prima volta precisa che «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»²³.

Al contrario, avvertono i giudici, nel caso «di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria»²⁴. E questo perché la valenza collettiva della salvaguardia del bene salute, se può giustificare l'imposizione di un trattamento sanitario carico del singolo, che vede in questo modo limitata la sua libertà di autodeterminazione in ambito terapeutico, non può invece, in alcun caso, postulare «il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»²⁵.

In quest'ipotesi, insomma, «un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento»²⁶. E tale protezione, secondo i giudici della legalità costituzionale, si sostanzia nel riconoscimento della garanzia a favore di questi di un equo ristoro del danno patito,

²⁰ Corte Costituzionale, sentenza 22 giugno 1990, n. 307. Con tale sentenza, pronunciata in relazione al «caso Oprandi», la Corte, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sulla legge 4 febbraio 1996, n. 51 («Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica»), ne dichiarò l'illegittimità nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo.

²¹ Si tratta degli artt. 1, 2 e 3 della legge 4 febbraio 1966, n. 51, sull'«Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica» (in G.U. n. 44 del 19.02.1966).

²² Corte Costituzionale, sentenza 22 giugno 1990, n. 307, cit., punto 2 del *Considerato in diritto*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

che, proprio in forza del principio solidaristico, grava sulla collettività tutta, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio.

La sentenza, che qui apre al riconoscimento dell'indennizzabilità del danno da vaccino per quanti abbiano a ricevere ripercussioni irreversibili a danno della propria salute, sia pur riferita alla sola ipotesi della vaccinazione antipoliomelittica, ha, per tale profilo, fin da subito acquisito un assoluto rilievo, soprattutto in quanto prodromica del successivo intervento legislativo di positivizzazione della misura assistenziale *de qua*. Al tempo stesso, però, tale pronuncia ha finito per assumere un rilievo ancora maggiore in considerazione della peculiare attenzione che in essa i giudici costituzionali hanno prestato al principio solidarista ed alla sua peculiare vocazione "bidirezionale". Sicché, di qui in poi tale principio si è sempre più decisamente palesato non soltanto quale *ratio* ultima del sacrificio chiesto al singolo nell'interesse della collettività, ma anche quale motivo fondante il "peso" che quest'ultima è chiamata a sopportare al fine di garantire il singolo per danni subiti nell'adempimento di un obbligo che, stabilito a suo carico, favorisce in realtà tutti.

Ed è proprio in ciò che, come verrà poi ben evidenziato dalla Corte Costituzionale, deve altresì rintracciarsi la matrice ultima del successivo dettato legislativo. Questo, infatti, pare chiaramente recepire e far suo l'insegnamento secondo cui: «se il diritto costituzionale della salute come interesse della collettività (art. 32) giustifica l'imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, esso non postula il sacrificio della salute individuale a quella collettiva. Cosicché, ove tali trattamenti obbligatori comportino il rischio di conseguenze negative sulla salute di chi a essi è sottoposto, il dovere di solidarietà, previsto dall'art. 2 Cost., impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre in suo favore i mezzi di una protezione specifica consistente in un'equa indennità, fermo restando, ove se ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno»²⁷.

Tra l'altro, è approcciando il tema nei termini appena indicati che il legislatore del '92 ha poi operato una generalizzazione del *decisum* della Corte, estendendo il riconoscimento della fruibilità dell'indennizzo a favore di tutti coloro che abbiano subito una menomazione permanente della propria integrità psico-fisica in conseguenza della sottoposizione ad una vaccinazione a carattere obbligatorio.

Il fondamento costituzionale della tutela indennitaria così individuato ha trovato quindi una sua migliore specificazione nella successiva elaborazione giurisprudenziale della Corte, che è tornata sulle ragioni fondanti il diritto all'equo indennizzo in caso di vaccinazioni obbligatorie anzitutto nella sentenza n. 118/1996²⁸. Nella consapevolezza che, specie in tali ipotesi, la

²⁷ Corte Costituzionale, sent. 26 febbraio 1998, n. 27. L'indirizzo giurisprudenziale appena riassunto, divenuto poi matrice del successivo intervento legislativo, è sempre stato sostenuto, tra l'altro con identiche argomentazioni, anche dalla dottrina, la quale si è sempre espressa a favore del ristoro, a carico della collettività, dei danni che il singolo viene a subire in conseguenza della sottoposizione della propria persona ad un trattamento vaccinale obbligatorio, e ciò perché, come marcato in ultimo da A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 442, «è giusto che i danni patiti da un individuo nell'interesse della collettività siano oggetto di indennizzo (se non di risarcimento) da parte della stessa collettività che trae vantaggio dal rischio (e dal potenziale sacrificio) di un suo membro».

²⁸ Corte Costituzionale, sent. 18 aprile 1996, n. 118. Per una lettura critica di tale decisione cfr. G. COMANDÉ, *Il commento a Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118*, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 576 ss.

dimensione collettiva del diritto alla salute può configgersi con quella individuale per l'insopprimibile rischio di conseguenze pregiudizievoli, «oltre il limite del normalmente tollerabile», ai danni del singolo sottoposti, nell'interesse di tutti, a profilassi, in tale occasione, i giudici costituzionali, rinsaldando il rapporto tra le diverse declinazioni del diritto alla salute, ribadiscono anzitutto che «la coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongono che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno»²⁹. E ciò perché, «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri»³⁰.

Quindi, trattando dell'indennizzo in questione, nello specificarne la natura, sempre la Corte chiarisce che trattasi di un ristoro «dovuto per il semplice fatto obiettivo e incolpevole dell'aver subito un pregiudizio non evitabile», e cioè «indipendentemente dal risarcimento in senso proprio» che pure potrà, nella ricorrenza dei presupposti di legge, «eventualmente essere richiesto dall'interessato». Esso, insomma, «prescinde dalla colpa», derivando, piuttosto, «dall'inderogabile dovere di solidarietà che, in questi casi, incombe sull'intera collettività e, per essa, sullo Stato»³¹.

Indiscutibilmente, il rilievo che il principio solidaristico riveste nell'ambito considerato risulta già qui ben marcato.

Tuttavia, al riguardo, la pronuncia *de qua* risulta ancor più interessante laddove la Corte, ribadito il necessario collegamento da essa sempre additato, quale condizione di legittimità costituzionale, tra la previsione legislativa dell'obbligo di sottoporsi a vaccinazione e l'indennizzabilità del pregiudizio da essa derivante, evidenzia come, a differenza di altre situazioni in cui, in nome della solidarietà, la collettività è chiamata ad assumere su di sé, «totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse», in casi come quello in esame (ossia, nelle ipotesi di vaccinazioni obbligatorie) «la solidarietà non implica soltanto [...] un dovere al quale il legislatore possa dare seguito secondo quei criteri di discrezionalità e quella necessaria ragionevole ponderazione con altri interessi e beni di pari rilievo costituzionale che valgono per i diritti previsti da norme costituzionali a efficacia condizionata all'intervento del legislatore [...], ma comporta un vero e proprio obbligo, cui corrisponde una pretesa protetta direttamente dalla Costituzione»³². E ciò mentre per la collettività, in queste stesse ipotesi, «è in questione non soltanto il dovere di aiutare chi si trova in difficoltà per una causa qualunque, ma l'obbligo di ripagare il sacrificio che taluno si trova a subire per un beneficio atteso dall'intera collettività»³³.

Riguardata in questa prospettiva, insomma, in casi come quello di cui si discute, l'applicazione del principio solidaristico comporta l'insorgere non già di un dovere ma di un vero e proprio

²⁹ Corte Costituzionale, sent. 18 aprile 1996, n. 118, cit., punto 5 *Considerato in diritto*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

obbligo cui la Corte, a ragione, attribuisce uno «speciale carattere»³⁴. Esso, infatti, declina la solidarietà non più solo in senso passivo, ossia quale pretesa da parte della collettività, e per essa dello Stato, ad un certo comportamento del singolo in funzione della salvaguardia dell'interesse di tutti, ma anche in senso attivo, ossia quale diritto di questi a non essere lasciato solo a seguito di un danno ricevuto nell'adempimento di un obbligo d'interesse comune, o meglio pubblico. Ciò che traduce il vincolo solidaristico fissato in Costituzione in un atteggiamento fattivo da parte della collettività tutta, *quid est* dello Stato, chiamato, per l'ipotesi di danno, ad indennizzare l'interessato, ovvero a risarcirgli il danno, ovvero ancora a predisporre a suo vantaggio misure di sostegno assistenziale. Anche perché «sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall'art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall'art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento impreveduto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza, ovvero ancora si subordinasse la soddisfazione delle pretese risarcitorie del danneggiato all'esistenza di un comportamento negligente altrui, comportamento che potrebbe mancare»³⁵. attualmente

Indiscutibilmente, riferita all'attuale situazione pandemica ed alle modalità di contrasto del contagio ad oggi messe in atto, l'elaborazione giurisprudenziale di cui, fin qui, si è dato conto riveste un indubbio rilievo. Essa, infatti, definisce in maniera chiara e netta le coordinate entro le quali deve risolversi la problematica inerente le tutele da apprestare a favore di coloro che vengano a subire danni irreversibili alla propria salute per effetto della somministrazione del vaccino anti-Covid.

Ed è proprio nel declinare al presente i principi giurisprudenziali *de quibus* e le norme legislative che nel tempo li hanno inverati³⁶ che la problematica in questione risulta di facile definizione.

In questo senso, infatti, non può dubitarsi che la condizione di coloro che, attualmente, in quanto particolarmente esposti a rischio di contagio in ragione dell'attività svolta, sono stati obbligati a sottoporsi a vaccinazione è anzitutto pienamente riconducibile alla previsione legislativa del '92. Al tempo stesso, inoltre, essa pare chiaramente inverare i principi giurisprudenziali elaborati in tema dalla Corte. L'obbligo vaccinale decretato dal governo a carico degli esercenti le più diverse professioni sanitarie è stato, infatti, specificamente radicato nella necessità «di tutelare la salute pubblica». Finalità, questa, chiaramente rispettosa di quel principio di solidarietà che, in tema di vaccinazioni, specie se obbligatorie, funge, come pure già osservato, da *ratio* ultima del riconoscimento di una tutela indennitaria a favore di quanti abbiano a lamentare

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Per un commento alla l. n. 210 del 1992 ed alle successive modifiche ed integrazioni di essa introdotte a mezzo delle sentenze della Corte costituzionale, nonché a seguito del varo della l. n. 238 del 1997 si rimanda a: G. PONZANELLI, "Pochi ma da sempre": la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità, *Il Foro italiano*, 1996, I, p. 2326 ss.; ID., *Vaccinazioni obbligatorie: un primo commento alla legge n. 238/1997*, in *Danno e responsabilità*, 1997, p. 649 ss.; G. PONZANELLI, A. BUSATO, *Un nuovo intervento di sicurezza sociale: la legge n. 210 del 1992*, in *Il Corriere giuridico*, 1992, p. 952 ss.; G. COMANDÉ, *Diritto alla salute tra sicurezza e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 573 ss.; M. LANA, *Stato di attuazione della legge 25.2.1992, n. 210 in materia di indennizzo di soggetti danneggiati da trasfusioni e somministrazione di emoderivati*, in *Diritti dell'Uomo*, 1993, n. 3, p. 81 ss.

danni permanenti alla propria salute. Del resto, e giusto quanto pure già precisato, tale indennizzo altro non è che una misura a carattere assistenziale, che, in quanto tale, non ristora pienamente il soggetto dei danni patiti, ma rappresenta, a suo favore, il “peso” che, in nome di quello stesso principio di solidarietà, la collettività tutta, ovvero lo Stato, è chiamato a sopportare. Ciò peraltro non esclude a priori la possibilità per l’interessato di chiedere ed ottenere il risarcimento danni. Tutela indennitaria e tutela risarcitoria non sono, infatti, alternative, e la proposizione della richiesta finalizzata all’ottenimento dell’indennizzo previsto dalla legge non preclude la proposizione di un giudizio per danni. Semmai, in tale ultima ipotesi, i problemi sorgono sul piano probatorio, essendo infatti necessario che si dimostri, senza dubbio alcuno, la riconducibilità del danno per il quale si avanza giudizialmente domanda di indennizzo alla somministrazione del vaccino. La prova del nesso causale, infatti, è da sempre, nell’ambito dei giudizi di questo tipo, la *conditio sine qua non* dell’accoglimento della domanda³⁷.

4. *L’adesione alla campagna vaccinale anti-Covid: un consenso davvero informato?*

Certamente diversa nei presupposti su cui regge ogni altra considerazione è la condizione di coloro che, non obbligati, si sono comunque vaccinati per ragioni attinenti all’assenza di ulteriori presidi medici utili al contrasto dell’epidemia, ovvero alla impossibilità, in mancanza, di continuare ad esercitare una serie di libertà di cui si sostanzia la quotidianità.

In questa ipotesi, il maggiore ostacolo che parrebbe frapporsi alla possibilità di instaurare un giudizio per danni alla salute conseguenti all’inoculazione è dato dalla sottoscrizione, da parte dell’interessato, della modulistica attestante la prestazione del proprio consenso al trattamento. Se infatti è indubbio che il “consenso informato” è condizione di legittimità di qualsiasi trattamento sanitario, è altrettanto inopinabile che il trattamento eseguito nel rispetto della volontà così espressa dall’interessato esenta chi lo ha effettuato da ogni responsabilità.

Si tratta di un assunto che, anche in quanto suffragato da un’ormai risalente e granitica giurisprudenza, è certo ineccepibile.

Sarebbe tuttavia quanto meno ingenuo dimenticare che la correttezza di simili affermazioni riposa su un preciso presupposto la cui ricorrenza, specie nel caso indagato, risulta di assoluta centralità. Sotto tale profilo, è opportuno tenere sempre a mente che il consenso che esonera da

³⁷ Sul punto, in giurisprudenza, ancora di recente la Corte di Cassazione (sent. 23 ottobre 2017, n. 24959), la quale ha precisato che: «In caso di azione risarcitoria per danni provocati da vaccini, la prova a carico dell’interessato ha ad oggetto l’effettuazione della somministrazione vaccinale e il verificarsi dei danni alla salute e il nesso causale tra la prima e i secondi, da valutarsi secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica». Nell’ambito, invece, della giurisprudenza di merito rileva la decisione del Tribunale di Perugia (sentenza 15 novembre 2019, n. 1766), secondo cui: «Posto che la l.n. 210/92 e precisamente l’art.1, garantisce, in favore di coloro che abbiano riportato menomazioni psico-fisiche irreversibili per effetto di vaccinazioni, ancorché solo consigliare o raccomandate, una prestazione indennitaria a carico dello Stato, va precisato che tale attribuzione indennitaria non pregiudica il diritto del danneggiato dalla somministrazione vaccinale di esercitare l’azione di risarcimento danni che trova però il suo fondamento in un fatto illecito, *contra ius*, imputabile a titolo di dolo o colpa secondo il modello generale di cui all’art. 2043 c.c.».

responsabilità è solo quello “informato”³⁸, ossia quello reso dall’interessato dopo l’acquisizione di tutti i dati di conoscenza inerenti al trattamento cui sarà sottoposto. In particolare, le informazioni offerte dovranno, tra l’altro, riguardare sia gli effetti immediati e diretti del trattamento, sia le conseguenze che da esso potranno derivare nel lungo periodo. Solo in questo modo, infatti, chi si sottopone ad un trattamento è messo nelle condizioni di esprimere un consenso davvero volontario e consapevole. In questo senso, del resto, è pure l’ormai risalente e consolidato orientamento dei supremi giudici di legittimità, secondo cui il “consenso informato”, in quanto espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest’ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l’intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, col solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l’*id quod plerumque accidit*³⁹.

Il rilievo in tal modo accordato al “consenso informato” ha peraltro una sua precisa matrice. Esso, infatti, affonda le proprie radici in un’ormai risalente pronuncia dei giudici costituzionali in cui, per la prima volta, il “consenso informato” viene qualificato quale «vero e proprio diritto della persona», con funzione di sintesi di due diritti fondamentali: «quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione»⁴⁰.

Il riconoscimento, qui operato dalla Corte, dell’esistenza di un autonomo diritto all’autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso, ha, come ovvio, delle significative ripercussioni anche sul piano delle responsabilità per danni conseguenti alla sua violazione. Il mancato rispetto di tale specifico diritto costituisce, infatti, fonte di autonoma pretesa risarcitoria⁴¹, che può essere avanzata indipendentemente dalla valutazione

³⁸ Sul punto, ancora di recente, Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 11 dicembre 2013, n. 27751, secondo cui: «senza il consenso informato, l’intervento del medico è – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge, obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando sia nell’interesse del paziente». Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito della rivista telematica *Biolaw Journal* (Biodiritto.org).

³⁹ Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 11 dicembre 2013, n. 27751, cit.

⁴⁰ Corte costituzionale, sentenza 23 dicembre 2008, n. 438. Si tratta di una decisione che, per il suo rilievo, è stata annotata da molti studiosi. Tra i tanti commenti offerti, senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda a R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 4960 ss.; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forumcostituzionale.it*; D. CEVOLI, *Diritto alla salute e consenso informato. Una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*; F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Forumcostituzionale.it*; D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 4972 ss.; F. FAENZA, *Sul ruolo del consenso informato nelle scelte sulle cure: la posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Salute e società* 2012, n. 3, p. 193 ss.; B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni*, nella Rubrica “Studi e commenti” di *Consulta OnLine*.

⁴¹ Tra le tante pronunce sul punto, cfr. Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 31 gennaio 2013, n. 2253.

della diligente esecuzione della prestazione medica, nonché indipendentemente dall'esito peggiorativo dell'intervento praticato. Sicché, laddove il medico sottoponga la persona ad un trattamento terapeutico e/o chirurgico in assenza di consenso informato, ovvero ad un trattamento diverso o ulteriore rispetto a quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, sarà comunque tenuto al risarcimento dei danni conseguenti⁴²; e ciò indipendentemente dal fatto che l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto⁴³. Quel che rileva, infatti, è l'autonoma violazione del diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione terapeutica⁴⁴.

Uguali conseguenze, del resto, derivano pure da un'informazione parziale e/o incompleta, che impedisce al singolo di maturare piena consapevolezza in ordine al trattamento che verrà

⁴² Si tratta di danni patrimoniali e non patrimoniali, anche da perdita di *chance*. In questo senso, Corte di Cassazione, sentenza 28 novembre 2007, n. 24742, la quale ha precisato che «la responsabilità del medico per violazione dell'obbligo contrattuale di porre il paziente nelle condizioni di esprimere un valido ed efficace consenso informato è ravvisabile sia quando le informazioni siano assenti od insufficienti, sia quando vengano fornite assicurazioni errate in ordine all'assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento chirurgico necessariamente da eseguire, estendendosi l'inadempimento contrattuale anche alle informazioni non veritiere». Analogamente Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Il Foro italiano*, 2002, I, p. 769 ss.; Corte di Cassazione, sentenza 23 maggio 2001, n. 7027, in *Il Foro italiano*, 2001, I, p. 2504 ss.

⁴³ Ai fini della configurazione della responsabilità del medico per omessa o inesatta informazione è, infatti, del tutto indifferente che il trattamento medico sia stato eseguito correttamente o meno, in quanto comunque eseguito in violazione tanto dell'art. 32, comma 2, Cost., quanto dell'art. 13 Cost., e dell'art. 33, legge 23 dicembre 1978, n. 833. Al riguardo, tra le tante, cfr. Corte di Cassazione, sentenza 14 marzo 2006, n. 6444, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 343 ss.

⁴⁴ In realtà, nel novembre del 2019, la Corte di Cassazione è intervenuta, con ben undici pronunce, a fissare una serie di regole in ordine all'individuazione dei danni risarcibili in caso di violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente. Nello specifico, il c.d. "Decalogo di San Martino" si compone, oltre che della sentenza emessa in sede penale di cui si tratterà appresso, di tutte le ulteriori decisioni, ugualmente pronunciate dalla Corte di Cassazione, Sez. III, l'11 novembre 2019, di seguito elencate: n. 28986, n. 28987, n. 28988, n. 28989, n. 28990, n. 28991, n. 28992, n. 28993, n. 28994.

In particolare, nella sentenza 11 novembre 2019 n. 28986, la Cassazione, Sez. Penale, ha prospettato quattro ipotesi risarcitorie. In caso di omessa o insufficiente informazione in relazione ad un intervento che per la condotta colposa del medico ha causato un danno alla salute, il risarcimento del danno sarà limitato al solo danno alla salute qualora il paziente avrebbe scelto di sottoporsi comunque all'intervento; viceversa, qualora avesse rifiutato sarà risarcibile anche il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione. Qualora, invece, in assenza di consenso informato, l'intervento ha determinato un danno alla salute, inteso come aggravamento delle condizioni di salute preesistenti, senza che ci sia condotta colposa del medico, sarà risarcibile sia il danno alla salute che il danno per lesione del diritto all'autodeterminazione. Ancora, in caso di omissione o inadeguatezza diagnostica che non ha causato danno alla salute del paziente ma comunque ha impedito allo stesso di accedere a più accurati accertamenti, sarà risarcibile il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione qualora dall'omessa o inadeguata informazione siano derivate conseguenze dannose in termini di sofferenza o limitazione della libertà di disporre di se stesso. Al contrario, non ci sarà alcun risarcimento se l'intervento realizzato senza consenso informato non ha prodotto danni alla salute e in ogni caso il paziente avrebbe dato il consenso.

Dopo i chiarimenti forniti con le sentenze San Martino del 2019, la Corte di Cassazione, Sez. III, è intervenuta, in tema di consenso informato, con ordinanza del 10 giugno 2020 n. 11112. Con tale pronuncia la Corte, riprendendo i suoi precedenti giurisprudenziali, ha precisato che la mancata acquisizione del consenso informato assume diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute. Infatti, nel primo caso l'omessa o insufficiente informazione preventiva è in relazione causale diretta con la compromissione del diritto all'autodeterminazione con conseguente risarcimento del danno. Nel secondo caso, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito, in caso di mancanza di un'adeguata informazione, il medico potrà essere chiamato a rispondere del risarcimento danni solo se il paziente, su cui incombe l'onere probatorio, dimostri che egli avrebbe rifiutato l'intervento o avrebbe ottenuto la necessaria preparazione per affrontare il periodo post-operatorio.

Quindi, con la recentissima ordinanza 23 marzo 2021 n. 8163 la Corte di Cassazione ha ribadito come in tema di attività medico chirurgica, la violazione del dovere di informare il paziente può causare due diversi danni: un danno alla lesione del diritto all'autodeterminazione e un danno alla salute. Ed ha altresì nuovamente precisato che il danno alla salute presuppone un giudizio contro-fattuale, in cui diventa onere del paziente provare, anche a mezzo presunzioni, che, correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti.

eseguito sulla sua persona, e di comprendere appieno le conseguenze, immediate ovvero di lungo periodo, che da esso deriveranno a carico della propria persona.

In realtà, il contenuto degli obblighi informativi *de quibus* è stato, più di recente, meglio specificato dal legislatore che, intervenendo propriamente in tema di consenso, ha affermato il diritto di ogni persona «di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi»⁴⁵.

In tal modo, il legislatore, che ha così concorso a dare contenuto agli obblighi informativi gravanti sul personale medico, ha altresì indiscutibilmente contribuito a specificare i dati di conoscenza la cui mancata omessa o parziale informazione al paziente legittimano questi ad avanzare richiesta di risarcimento danni. E sono proprio questi stessi dati a costituire, oggi, il parametro alla cui stregua valutare se il consenso prestato dal paziente, ai fini della sottoposizione della sua persona ad un dato trattamento, possa dirsi o meno legittimo, in quanto fondato su un'informazione piena ed esaustiva.

Ad essi, quindi, occorre attualmente riferirsi per poter valutare, nello specifico, se il consenso prestato da chi, in adesione alla campagna vaccinale per il contrasto del Covid-19 promossa dall'autorità sanitaria, si è sottoposto alla relativa profilassi, può dirsi davvero “informato” e perciò correttamente prestato.

Sotto tale profilo, l'attenzione si è fin da subito focalizzata sulla relativa modulistica⁴⁶, all'interno della quale, infatti, già sulle prime sono stati evidenziati taluni punti che non solo hanno immediatamente destato una serie importante di dubbi di certo rilievo giuridico, ma che hanno già pure alimentato esposti e rimostranze da parte di talune associazioni⁴⁷.

Tre, in particolare, i punti controversi.

Anzitutto, nella modulistica *de qua*, si legge che «il vaccino potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono. Infatti l'efficacia stimata dalle sperimentazioni

⁴⁵ Il riferimento, qui, è alla legge. 22 dicembre 2017, n. 219, contenente «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (in G.U. n. 12 del 16.01.2018). È bene peraltro ricordare che, a livello legislativo, il principio del consenso informato è stato anzitutto recepito, sia pur in un ambito terapeutico alquanto particolare, quale quello della procreazione medicalmente assistita, dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») che, infatti, pone in ambito precisi obblighi informativi a carico di chi effettui il trattamento *de quo*.

⁴⁶ La modulistica qui presa in considerazione è quella utilizzata ai fini della somministrazione del vaccino “Pfizer-BioNTech COVID-19”.

⁴⁷ È stato anzitutto il Codacons a presentare un'istanza al Ministro della Salute, Roberto Speranza, e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri perché si sforzino maggiormente per favorire la tutela della salute nel rispetto però dei diritti dei cittadini.

In particolare, ad alimentare l'iniziativa sono state alcune notizie circolate sulla stampa che dava conto del fatto che, in alcuni casi, in sede di somministrazione del vaccino anti COVID-19 mRNA BNT162b2 (Comirnaty) prodotto dalla società Pfizer, veniva richiesta la preventiva sottoscrizione di un modulo di esonero di responsabilità per danni, reazioni avverse ed inefficacia della vaccinazione in favore della società produttrice del vaccino e del personale medico impiegato nella sua concreta somministrazione. Ritenuta la clausola *de qua* illegittima per contrasto con la l. n. 210 del 1992, cit., il Codacons ha messo a disposizione degli interessati un modulo per far valere la nullità della suddetta clausola nei confronti della casa farmaceutica Pfizer, e per chiedere alle autorità di accertare la nullità del modulo sottoscritto in sede di somministrazione della vaccinazione anti COVID-19.

cliniche (dopo due dosi di vaccino) è del 95% e potrebbe essere inferiore in persone con problemi immunitari)»⁴⁸.

Quindi, indicati gli effetti collaterali conseguenti alla somministrazione del farmaco, sempre al suo interno si precisa che tale elenco «non è esaustivo di tutti i possibili effetti indesiderati che potrebbero manifestarsi durante l'assunzione del vaccino Pfizer-BioNTech COVID-19»⁴⁹.

Infine, si specifica che «non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza»⁵⁰.

In breve, dunque, a proposito del vaccino anti-Covid, la modulistica in questione attesta l'assenza di qualsiasi certezza, scientificamente fondata, in ordine non solo all'efficacia del farmaco, ma anche e soprattutto agli effetti collaterali conseguenti alla sua somministrazione. Meno che mai poi risultano attualmente disponibili dati scientifici certi sui possibili effetti dannosi che, per effetto di tale vaccinazione, potrebbero verificarsi, a danno di un soggetto, anche a distanza di anni.

La circostanza è certamente da mettere in relazione con il carattere ancora sperimentale delle vaccinazioni⁵¹.

Ma, proprio tale circostanza, anziché fungere da scriminante, solleva ulteriori dubbi riguardo alla completezza delle informazioni oggi offerte agli interessati, in sede di sottoscrizione del consenso alla vaccinazione.

In effetti, stante il Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione Europea del 29 marzo 2006, che disciplina l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano⁵², la modulistica attualmente in uso per le vaccinazioni anti-Covid-19 avrebbe dovuto

⁴⁸ È quanto si legge al punto 6 dell'Allegato 1 al modulo di consenso di cui alla nota n. 43.

⁴⁹ È quanto risulta al punto 8 dell'Allegato 1 cit.

⁵⁰ Punto 10 dell'Allegato 1 cit.

⁵¹ Diversamente si è espresso, assai di recente, il TAR - Friuli Venezia Giulia. Con sentenza del 10 settembre 2021, n. 261, prendendo posizione su una serie di questioni sollevate dai no-vax contro l'obbligo vaccinale, ed anzitutto sulla natura ancora "sperimentale" dei vaccini, la prima Sezione del Tribunale Amministrativo ha statuito che i quattro vaccini attualmente disponibili per l'infezione da Covid-19 non sono in fase di sperimentazione perché non può considerarsi tale la procedura di autorizzazione condizionata (c.d. *Conditional marketing authorisation*) da parte della Commissione, previa raccomandazione dell'EMA. Si tratta di uno strumento "collaudato", che arriva a valle di un "rigoroso processo di valutazione scientifica" che non consente alcuna equiparazione dei vaccini ai "farmaci sperimentali". Il testo di tale sentenza può esser letto sul sito: Dirittodeiserviziipubblici.it.

Sul punto in dottrina è intervenuto A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 441, che, sottolineando il carattere inutile ma pur comprensibile delle polemiche sul carattere sperimentale o meno di questi vaccini/terapie, ha tenuto a chiarire: «La verità è che questi vaccini non sono affatto sperimentali come erroneamente si dice nel linguaggio comune (perché comunque già sperimentati in fast-track/partial overlap). Ma nemmeno sono pienamente sperimentati, come è sempre avvenuto finora per le somministrazioni vaccinali obbligatorie. E ciò perché il procedimento che ha presieduto alla loro autorizzazione rappresenta una figura intermedia nella sistematica degli atti di autorizzazione desumibile dai Regolamenti di settore». Per un chiarimento su tale procedimento vedi *infra* nota n. 51.

⁵² Si tratta del Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (in G.U.U.E. del 30.03.2006).

In dottrina, sulla portata di tale regolamento cfr. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 438 ss., il quale ne chiarisce altresì il rapporto con il Reg. 726/2004 (che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'Agenzia Europea per i Medicinali), spiegando che «il rapporto tra questi due atti è semplice». Precisa, infatti, che: «Il Reg 726/2004 detta la disciplina generale del procedimento di autorizzazione al commercio di farmaci in Europa (Marketing Authorization), nella prospettiva del mercato unico, e tipizza un sistema imperniato su una 'autorizzazione standard' (Standard Marketing Authorization), che interviene alla fine del normale procedimento di sperimentazione, e una 'autorizzazione rilasciata in

contenere, tra le altre, una precisa indicazione, ovverossia quella inerente il carattere condizionato dell'autorizzazione rilasciata ai fini dell'immissione in commercio del farmaco. In buona sostanza, quindi, sarebbe stato opportuno «fornire ai pazienti e agli operatori sanitari informazioni chiare sul carattere condizionato delle autorizzazioni»⁵³. Sicché, per tale profilo, pare quasi superfluo che il regolamento *de quo* precisi ancora che «tali informazioni devono pertanto figurare chiaramente nel riassunto delle caratteristiche del prodotto e nel foglietto illustrativo del medicinale in questione»⁵⁴. Così come pare quasi inutile ribadire la strumentalità di tali informazioni ai fini della formazione di una più matura coscienza riguardo ai rischi ed ai benefici del trattamento vaccinale in questione da parte degli interessati.

Piuttosto ciò che meraviglia è che, proprio tale previsione sia completamente sparita nel Regolamento (UE) n. 2020/1043 del Parlamento e del Consiglio del 15 luglio 2020 relativa all'esecuzione di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi geneticamente modificati o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della malattia da coronavirus (COVID-19) e relativo alla fornitura di tali medicinali. E ciò sebbene, in entrambi i casi si tratti di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano, con l'unica differenza che nel caso del Covid-19 sono contenuti organismi geneticamente modificati.

Sic stantibus rebus, quale informazione è quella data a chi aderisce alla campagna vaccinale?⁵⁵

circostanze eccezionali' (Exceptional Circumstances Authorization) prevista dall'art. 14 par. (8) dello stesso Reg. 726/2004. E che può essere rilasciata quando

- the condition is too rare;
- the present state of scientific knowledge does not allow it to be collected
- it would be unethical to collect data».

Quindi, posto ciò, specifica: «Il Reg. 507/2006, prevede un'ipotesi ulteriore, intermedia tra la 'Standard' e la 'Exceptional authorization', e cioè la 'autorizzazione condizionata' (Conditional Marketing Authorization), i cui caratteri, finalità e condizioni di impiego sono precisati dallo stesso Regolamento. Il quale Regolamento prima ribadisce al punto (2) del Considerando il principio per cui "Prima di ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio in uno o più Stati membri, un medicinale per uso umano va in genere sottoposto a studi approfonditi volti a garantirne la sicurezza, l'elevata qualità e l'efficacia di impiego per la popolazione destinataria". E poi ammette al punto (3) che "nel caso di determinate categorie di medicinali, al fine di rispondere a necessità mediche insoddisfatte dei pazienti e nell'interesse della salute pubblica, può ... risultare necessario concedere autorizzazioni all'immissione in commercio basate su dati meno completi di quelli normalmente richiesti e subordinate ad obblighi specifici, di seguito autorizzazioni all'immissione in commercio condizionate"». In ragione di tanto, allora, lo studioso avverte che la «disciplina del Reg. 507/2006 ha carattere integrativo della tipologia di provvedimenti autorizzatori delineati nel 2004». Ed aggiunge: «E' la stessa EMA a chiarire i profili di questa autorizzazione 'del terzo tipo' laddove chiarisce che una 'Conditioned Marketing Authorization' può essere rilasciata quando

- the benefit-risk balance of the medicine is positive;
- it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation;
- the medicine fulfills an unmet medical need;
- the benefit of the medicine's immediate availability to patients is greater than the risk inherent in the fact that additional data are still required».

E conclude: «Dall'analisi delle quattro condizioni imposte dal Reg. 507/2006, come proposte dalla stessa EMA emerge con chiarezza (*it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation*) che gli accertamenti tecnici che stanno alla base di queste autorizzazioni sono sempre e comunque accertamenti di carattere parziale e provvisorio, perché costruiti su dati per definizione incompleti, ma "*it is likely that the applicant will be able to provide comprehensive data post-authorisation*". Si tratta dunque di dati provvisori, in continuo aggiornamento, e perciò instabili perché suscettibili di revisione sulla base delle evidenze empiriche via via raccolte».

⁵³ Punto 10 Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006, cit.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ La natura niente affatto teorica di tale interrogativo è dimostrata da taluni casi di cronaca che hanno visto il personale medico chiamato a procedere alla somministrazione del vaccino anti-Covid in non poche difficoltà a fronte dell'atteggiamento assunto da chi, prima di procedere alla sottoscrizione del modulo del consenso, non ritenendo esaustive le informazioni offerte

E quale consenso, conseguentemente, si vuole che questi presti al trattamento *de quo*?

Ritenere che le criticità qui evidenziate possano essere sanate per effetto della sola apposizione della firma sul modulo del consenso da parte dell'interessato pare conclusione quanto mai criticabile. Essa, infatti, non può in alcun caso dirsi attestazione di una scelta consapevole da parte dell'interessato. Al più, può essere considerata quale presa di coscienza ed accettazione di un rischio. Peraltro, in quest'ipotesi il rischio non riguarda la sola possibilità di esporre se stesso alle ulteriori complicanze, diverse dai meri effetti collaterali, che pur vengono specificate come potenzialmente conseguenti alla vaccinazione. Piuttosto, ciò che si chiede a chi si sottopone alla profilassi vaccinale *de qua* è l'aprioristica accettazione di esporre se stesso, per un futuro dalla durata in ogni caso incerta, a danni, ad oggi, assolutamente imprevedibili nella loro natura e comunque ignoti per quel che concerne la relativa portata.

In questa ipotesi, dunque, ed in applicazione dei principi elaborati dai supremi giudici di legittimità in tema⁵⁶, al fine di negare, a favore dell'avente diritto, il riconoscimento del diritto al risarcimento, bisognerebbe dimostrare che l'interessato avrebbe comunque sottoscritto il consenso e sottoposto se stesso a trattamento anche laddove gli fossero state ben note le complicanze tutte legate alla vaccinazione in questione. Ma si tratta di una *probatio* che, mai come nel caso di specie, risulta diabolica. Essa, infatti, dovrebbe avere ad oggetto dati di conoscenza che non sono semplicemente stati omessi in sede di informazione, ma che ad oggi sono addirittura sconosciuti.

In quest'ipotesi, insomma, l'autodeterminazione in ambito terapeutico risulta chiaramente frustrata. Con essa, quindi, risulta chiaramente violato il diritto del singolo ad esser l'unico protagonista delle scelte che coinvolgono il proprio corpo. Un diritto che, oggi inopinabilmente

dal documento, ha formulato una serie più specifica di domande, ovvero ha voluto precisare di sentirsi costretto alla vaccinazione.

Il primo caso ribalzato alla cronaca è quella di una dottoressa che, non vaccinata, dopo essere stata sospesa dal lavoro, si è presentata all'*bub* di Lodi con il proprio avvocato ed ha chiamato le forze dell'ordine, affinché fossero verbalizzate in modo oggettivo le risposte a due domande poste al medico allo scopo di esercitare, come da legge, il proprio consenso libero e informato. Il legale della donna ha giustificato tale atteggiamento spiegando che nelle missive ricevute dalla sua cliente (sia quella dell'ASL di competenza, che quella dell'Ordine di appartenenza), rifacendosi all'articolo 4 del d. lgs. n. 44 del 2021, si diceva al dipendente: «vai a vaccinati con un prodotto che è funzionale a evitare il contagio da infezione da virus Sars Covid 2». A fronte di ciò, quindi, al medico che stava per procedere all'inoculazione è stata posta la domanda: «Il prodotto che voi somministrate è funzionale a prevenire-evitare il contagio e l'infezione da virus Sars Cov 2?». E il medico, ricorda sempre il legale, ha verbalizzato «no». Quindi, allo stesso medico è stato chiesto: «Ritiene che il prodotto che state somministrando permetta di assolvere all'obbligo giuridico contenuto nell'articolo 4 del d. l. n. 44 del 2021?». E il medico ha detto di non essere in grado di rispondere a questo "quesito giuridico". In ragione di tali risposte, allora, l'avvocato della dottoressa ha avviato l'*iter* giudiziario necessario per ottenere la reintegra della stessa nel posto di lavoro. La notizia è riportata, tra gli altri, dal quotidiano *Il Giorno* del 16.08.2021 (Ilgiorno.it).

Più di recente, poi, ha suscitato interesse un ulteriore caso di cronaca che ha visto protagonista un'insegnante. «Mi sento costretta a sottopormi a questa vaccinazione perché rischio il posto di lavoro. Accetto di essere vaccinata dal momento che, sotto coercizione e non per mia volontà, devo sottopormi come cavia a un vaccino in cui non credo a causa della sospensione dello stipendio. Non mi ritengo responsabile di eventuali danni o effetti avversi alla mia persona e in tal caso pretendo di essere risarcita dallo Stato». Recita più o meno così, sulla scorta di quanto riportato da *Il Secolo XIX* (Ilsecoloxix.it), la dichiarazione che la donna, una maestra elementare, ha scritto a Genova sul modulo del consenso informato prima di sottoporsi alla vaccinazione per il virus Sars-CoV-2. Risultato? Il medico vaccinatore, di fronte al consenso modificato con un sostanziale dissenso di fronte all'immunizzazione, non ha ritenuto valido il consenso stesso ed ha, quindi, ritenuto di non poter vaccinare la donna.

⁵⁶ Su cui si rimanda alla nota n. 41.

annoverato tra quelli fondamentali della persona, per costante giurisprudenza costituzionale, è stato infine particolarmente valorizzato anche dal legislatore che, nel positivizzare il principio secondo cui «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata»⁵⁷, ne ha evidenziato la diretta rispondenza ai principi fondamentali fissati agli artt. 2, 3 e 13 del testo costituzionale, oltre che ai primi tre articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In breve, dunque, riguardata già solo per il profilo fin qui indagato, la questione concernente la configurabilità di una responsabilità per danni conseguenti a trattamento vaccinale di contrasto al contagio da Covid-19 pare possa trovare una positiva soluzione all'interno di una cornice valoriale che, anche grazie alla successiva elaborazione normativo-giurisprudenziale, è ormai parte irrinunciabile del nostro sistema ordinamentale.

5. Vaccinazioni “obbligatorie” ovvero “raccomandate”: la progressiva assimilazione dei diversi trattamenti vaccinali nella giurisprudenza costituzionale in tema di tutela indennitaria per danni

Se, in ragione di quanto fin qui osservato, la sola sottoscrizione del consenso non vale a negare aprioristicamente spazio a profili di responsabilità per danni conseguenti alla somministrazione del vaccino, e con ciò il diritto all'equo indennizzo (quando non addirittura al risarcimento danni) a favore di chi lamenti lesioni o infermità da esso conseguenti, il carattere non obbligatorio ma solo “raccomandato” di quest'ultimo non pare assumere su tale piano una qualche valenza scriminante.

A superare l'angustia di una prospettiva che, sul presupposto di una diversità tra obbligo e raccomandazione, ha finito per anni per svilire precisi e fondamentali diritti della persona ha certamente contribuito, in maniera a dir poco determinante, la giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸. È alla Corte, infatti, il merito di aver successivamente accolto i molti dubbi di costituzionalità sollevati con riguardo al dettato legislativo in tema di indennizzo da vaccinazione, ed ancor prima di aver ricostruito, con l'attenzione e la puntualità richiesta dalla delicatezza dell'ambito tematico toccato, il quadro valoriale di riferimento.

L'ormai risalente evoluzione giurisprudenziale in tema prende di fatto avvio con la sentenza n. 27 del 1998⁵⁹. È a far data da tale pronuncia, infatti, che i giudici costituzionali si incamminano verso la sostanziale equiparazione tra vaccinazioni obbligatorie e semplicemente raccomandate sul piano del riconoscimento del diritto ad un equo ristoro in caso di danno alla salute derivante dalla sottoposizione a tal genere di profilassi. In particolare, in tale occasione, nell'accogliere i

⁵⁷ Cfr. art. 1 legge 22 dicembre 2017, n. 219, contenente «*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*», cit.

⁵⁸ Per una ricostruzione, sia pur sintetica, della giurisprudenza in tema di indennizzo per danno da vaccinazioni, cfr. L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 375 ss.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenza 26 febbraio 1998, n. 27, punto 3 del *Considerato in diritto*.

dubbi di costituzionalità che, con riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 38 del testo fondamentale, erano stati sollevati a proposito dell'art. 1 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 nella parte in cui escludeva dall'indennizzo coloro che avessero riportato lesioni o infermità irreversibili a seguito di vaccinazione antipoliomielitica non obbligatoria⁶⁰, la Corte, per la prima volta, afferma che l'addizione richiesta dai giudici rimettenti si presenta come un'applicazione «naturale e necessaria» del principio secondo cui «non è lecito, alla stregua degli artt. 2 e 32 della Costituzione, richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso delle eventuali conseguenze negative»⁶¹. Quindi, in ragione del principio anzidetto, la stessa conclude nel senso che differenziare il caso in cui il trattamento sanitario è imposto per legge da quello in cui esso è, invece, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società è irragionevole. Addirittura, «una differenziazione che negasse il diritto all'indennizzo in questo secondo caso si risolverebbe in una patente irrazionalità della legge. Essa riserverebbe infatti a coloro che sono stati indotti a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale un trattamento deteriore rispetto a quello che vale a favore di quanti hanno agito in forza della minaccia di una sanzione»⁶².

Quasi inutile marcare la significatività di tali passaggi. È del tutto evidente, infatti, come essi attestino la chiara assimilazione che, per il profilo indennitario, il giudice delle leggi opera tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate, ovvero oggetto di sollecitazione o anche di incentivazione, quali forme di impulso meno invasive dell'imposizione.

Tale approccio viene del resto confermato dalle successive pronunce in tema di trattamenti sanitari non obbligatori⁶³.

Già con altra sentenza⁶⁴ di solo qualche anno più tardi, la Corte, infatti, intervenendo sulla mancata previsione di un indennizzo a favore di quanti, appartenendo ad una categoria di persone considerate “a rischio”, si fossero sottoposti a “vaccinazione antiepatite B” non obbligatoria ma legalmente promossa ed incentivata dall'autorità sanitaria, riportando infine danni irreversibili alla salute, dichiara fondata la relativa questione di legittimità e conseguentemente provvede, nelle forme dell'additiva, a riparare le mancanze della legge n. 210 del 1992. In particolare, per quel che

⁶⁰ In effetti, la vaccinazione antipoliomielitica è stata resa obbligatoria solo con la legge 4 febbraio 1966, n. 51, (*«Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica»* - in G.U. n. 44 del 19.02.1966), il cui art. 3 ha infatti stabilito che le persone esercenti la patria potestà o la tutela sul bambino, ovvero il direttore dell'istituto di pubblica assistenza o l'affidatario nominato dall'istituto medesimo sono tenuti responsabili dell'osservanza dell'obbligo della vaccinazione, pena l'applicazione di una sanzione penale. Anteriormente, invece, la legge 30 luglio 1959, n. 695, (*«Provvedimenti per rendere integrale la vaccinazione antipoliomielitica»* - in G.U. n. 214 del 07.09.1959), nel dettare norme per incentivare la pratica della vaccinazione, all'art. 3, primo comma, stabiliva che «per l'ammissione agli asili nido, alle sale di custodia, ai brefotrofi, agli asili infantili, alle scuole materne, alle scuole elementari, ai collegi, alle colonie climatiche ed a qualsiasi altra collettività di bambini, da quattro mesi a sei anni di età, è richiesta all'atto dell'iscrizione o della ammissione la presentazione dell'attestato» di «subita vaccinazione». Tale disposto veniva peraltro temperato dalle previsioni del terzo comma, secondo cui «l'ammissione è tuttavia consentita qualora sia presentato un certificato medico da cui risultino le ragioni di salute per le quali il bambino non è in grado di subire la vaccinazione, oppure una dichiarazione, sottoscritta dall'esercente la patria potestà o la tutela, di non voler sottoporre il bambino alla vaccinazione».

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza 26 febbraio 1998, n. 27, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Su cui, per una panoramica generale, cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 455 ss.

⁶⁴ Corte Costituzionale, sentenza 16 ottobre 2000, n. 423.

qui rileva, in essa, ancora una volta⁶⁵, il garante della legalità costituzionale, ispirando il proprio *decisum* al principio secondo cui non è lecito richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute ai fini del soddisfacimento di un interesse collettivo senza il contestuale impegno da parte della collettività di farsi carico di eventuali conseguenze negative, afferma nuovamente l'assenza di ogni ragionevole motivazione a base di una differenziazione delle ipotesi di profilassi vaccinali obbligatorie da quelle meramente raccomandate⁶⁶.

Uguualmente, pronunciandosi molto tempo dopo sulla “vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia” (cd. trivalente), la Corte, accogliendo la relativa questione di legittimità, ed estendendo perciò il diritto all'indennizzo anche a coloro che, in conseguenza di tale vaccinazione, non obbligatoria ma raccomandata, avessero subito lesioni e/o infermità, da cui fossero derivati danni irreversibili all'integrità psico-fisica, ribadisce con fermezza l'assenza di ogni *ratio* utile a fondare una differenziazione delle situazioni in ragione del carattere obbligatorio ovvero raccomandato della vaccinazione somministrata al singolo⁶⁷. La sentenza *de qua*, anzi, diventa, per i giudici, l'occasione per ripercorre il cammino giurisprudenziale fatto e rimarcare quindi le più significative affermazioni di principio, a cominciare dall'incidenza che il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività, e quindi la solidarietà verso gli altri, esercita sull'autodeterminazione del singolo, potendo comportare sì la legittima sottoposizione di questi a trattamento sanitario obbligatorio, anche se comportante un rischio specifico, ma mai «il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri»⁶⁸. Né manca, con riferimento all'ipotesi di vaccinazione obbligatoria qui considerata, il richiamo alla necessità di riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento; protezione che, individuata in un equo ristoro del danno patito, viene additata come strumentale a realizzare il più corretto bilanciamento fra le due dimensioni, individuale e collettiva, del valore della salute. Contestualmente, ed in relazione, questa volta, alla diversa ipotesi delle vaccinazioni solo promosse dall'autorità sanitaria, tra le maglie della pronuncia il commento torna il richiamo agli artt. 2 e 32 Cost. ed all'obbligo da essi derivante di rendere la collettività responsabile delle eventuali conseguenze negative che il singolo dovesse venire a patire in conseguenza del trattamento vaccinale. Sicché, di qui, viene ancora una volta ribadito che, sotto tale profilo, non vi è motivo di differenziare i casi di trattamento obbligatorio da quelli promossi dalla pubblica autorità. «La ragione determinante del diritto all'indennizzo» è, infatti, «l'interesse collettivo alla salute» e non «l'obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse». Lo stesso interesse del resto «è fondamento dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottoponendosi al trattamento, vengano a soffrire di un pregiudizio»⁶⁹.

⁶⁵ Il principio *de quo*, infatti, come ampiamente evidenziato, aveva trovato, a livello giurisprudenziale, già piena affermazione nelle sentenze nn. 307 del 1990 e 118 del 1996, cit.

⁶⁶ Corte Costituzionale, sentenza 16 ottobre 2000, n. 423, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁶⁷ Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107.

⁶⁸ Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ *Ibidem*.

Più di recente, poi, chiamata a giudicare la questione di legittimità costituzionale promossa con riguardo al disposto legislativo che, nella sua originaria formulazione, escludeva il diritto all'indennizzo a favore di quanti avessero subito danni in conseguenza della “vaccinazione antinfluenzale”, la Corte ribadisce che «non vi è differenza qualitativa fra obbligo e raccomandazione per essere l'obbligatorietà del trattamento vaccinale semplicemente uno degli strumenti, a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche, per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione sicché i diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia, indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare»⁷⁰.

A segnare la continuità tra le pronunce *de quibus*, offrendo non soltanto un più forte ancoraggio motivazionale a quanto da esse sentenziato, ma anche e soprattutto elementi utili a meglio circoscrivere le ipotesi di indennizzabilità dei danni da vaccinazione non obbligatoria in esse contemplate, è, tra l'altro, il ripetuto e costante riferimento che la Corte fa alle campagne per la realizzazione di programmi di diffusione di tal genere di vaccinazione, ed al particolare impegno profuso al riguardo dalle strutture sanitarie pubbliche, coinvolte in un'importante opera di responsabilizzazione e sensibilizzazione allo scopo di raggiungere e rendere partecipe la più ampia fascia di popolazione dei benefici della profilassi vaccinale a fronte dei rischi connessi invece alla diffusione delle specifiche malattie oggetto delle misure di prevenzione sanitaria di volta in volta considerata⁷¹.

A tale elemento, già di per sé assolutamente rilevante, la Corte affianca poi l'ulteriore fattore, consequenzialmente legato al primo, dato dall'affidamento che si ingenera nei singoli nei confronti di quanto “raccomandato” dalle autorità sanitarie pubbliche, e che ne favorisce l'adesione alla campagna vaccinale⁷². Ed è proprio tale affidamento che, secondo la Corte, finisce per rendere «la scelta adesiva dei singoli, al di là delle loro particolari e specifiche motivazioni, di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo»⁷³.

Il passaggio è assolutamente significativo.

Esso, infatti, segna il superamento di qualsiasi pretesa finalizzata a «delimitare con esattezza uno spazio “pubblico” di valutazioni e di deliberazioni (come imputabili a un soggetto collettivo) rispetto a uno “privato” di scelte (come invece imputabili a semplici individui)»⁷⁴. Piuttosto, nella valutazione dei giudici costituzionali, «i diversi attori finiscono per realizzare un interesse obiettivo – quello della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia – indipendentemente da una loro specifica volontà di collaborare»⁷⁵. Sicché, ed è questo il profilo che rileva ai fini della decisione, «resta del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo

⁷⁰ Corte Costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 268.

⁷¹ Si tratta di un profilo ben colto da D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), in *Rivistaaic.it*, 2021, n. 1, 02.02.2021, p. 240.

⁷² Anche tale profilo è ben marcato da D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., ivi.

⁷³ Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107, cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito»⁷⁶.

Diversamente detto, le campagne di sensibilizzazione, e comunque la comunicazione istituzionale da parte dell'autorità sanitaria pubblica altro non sono che una modalità, diversa ed alternativa rispetto alla scelta a favore dell'imposizione obbligatoria di un dato trattamento vaccinale, attraverso la quale è possibile perseguire l'uguale obiettivo "collettivo" della più ampia immunizzazione della popolazione dal rischio di un possibile contagio. Ed è proprio la natura dell'obiettivo perseguito, che è sempre e comunque "collettivo", al di là delle specifiche motivazioni che muovono i singoli, a rendere irrilevante, nella prospettiva del riconoscimento di un ristoro dei danni patiti in conseguenza della profilassi vaccinale, il carattere obbligatorio ovvero raccomandato di quest'ultima.

Si tratta di «un'acquisizione» che, in quanto «ribadita anche nella giurisprudenza successiva»⁷⁷, può oggi dirsi parte integrante dell'approccio giuridico al tema. Ed infatti, è ormai indubbio che «per quanto concerne più direttamente le vaccinazioni raccomandate, in presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali, è naturale che si sviluppi un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie: e ciò rende la scelta individuale di aderire alla raccomandazione di per sé obiettivamente votata alla salvaguardia anche dell'interesse collettivo, al di là delle particolari motivazioni che muovono i singoli»⁷⁸.

Da ultimo, però, a tali argomentazioni, che nel tempo sono andate sostanziando la giurisprudenza costituzionale in tema, atteggiandosi infine quali dati acquisiti, e perciò utili a specificarne la portata, se ne sono sommate altre, la cui "novità", come si vedrà, risulta non priva di taluni profili di criticità.

Ad adire la Corte costituzionale, in questa più recente occasione, sono stati i supremi giudici di Cassazione⁷⁹. Non convinti della rispondenza a Costituzione della normativa alla cui stregua avrebbero dovuto definire il giudizio dedotto alla propria cognizione, i giudici di legittimità, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 del Testo fondamentale, hanno sollevato dubbi di costituzionalità sull'art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992, «nella parte in cui non prevede che il diritto all'indennizzo, istituito e regolato dalla stessa legge, spetti anche, alle condizioni ivi previste, a soggetti che abbiano subito lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa di una vaccinazione non obbligatoria, ma raccomandata, contro il contagio da virus dell'epatite A»⁸⁰.

La questione così posta, che porta la Corte a confermare il proprio orientamento quanto alla stretta assimilazione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni raccomandate in ragione del comune fine cui esse tendono, ed a riaffermare perciò come necessaria «la traslazione in capo alla

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Così, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., p. 241.

⁷⁸ Corte Costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 268, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁷⁹ Cassazione Civile, Sez. Lavoro, sentenza 11 settembre - 11 ottobre 2019, n. 25697. Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito: Dirittifondamentali.it.

⁸⁰ Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118.

collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi che da queste eventualmente conseguano»⁸¹, consentendo, quindi, di accogliere l'addizione chiesta dal remittente, certamente permette di ascrivere la pronuncia *de qua* a quella più risalente elaborazione giurisprudenziale di cui si è detto, e che, anche in ragione di essa, può oggi effettivamente dirsi consolidata.

Dalle maglie della decisione, però, emergono pure ulteriori due profili mai discussi dalla Corte, che, proprio confrontandosi con essi, finisce per meglio puntualizzare i “confini” della “questione vaccinale”; e ciò sia con riferimento alla dimensione territoriale della campagna di vaccinazione rilevante in sede giudiziale, sia con riguardo ai poteri interpretativi della legge in tema da parte dei giudici comuni.

In effetti, l'articolato percorso argomentativo che si sviluppa nella parte motivazionale della sentenza si apre con un significativo richiamo al rilievo che, ai fini del riconoscimento della tutela indennitaria in caso di vaccinazioni solo raccomandate, riveste la messa in atto di adeguate strategie di comunicazione e persuasione da parte delle autorità sanitarie. La Corte, infatti, ricorda che, «in caso di complicanze conseguenti alla vaccinazione, il diritto all'indennizzo non deriva da qualunque generica indicazione di profilassi proveniente dalle autorità pubbliche, a quella vaccinazione relativa, ma solo da specifiche campagne informative svolte da autorità sanitarie e mirate alla tutela della salute, non solo individuale, ma anche collettiva»⁸².

Il positivo accertamento in fatto dell'esistenza di tali raccomandazioni, di spettanza dei giudici remittenti, seguito dalla verifica, da parte della Corte, della corrispondenza di tali raccomandazioni ai peculiari caratteri che, secondo la sua stessa giurisprudenza, «finalizzano il trattamento sanitario raccomandato al singolo alla più ampia tutela della salute come interesse della collettività, ed impongono, dunque, una estensione della portata normativa della disposizione censurata» apre qui, per la prima volta, all'accoglimento di una questione di legittimità promossa in relazione ad una campagna vaccinale di dimensioni non più nazionali ma squisitamente regionali. È la singola regione, infatti, (ossia, la Puglia) che, nel caso di specie, si era fatta promotrice e sostenitrice di una campagna di sensibilizzazione di talune categorie ritenute “a rischio” quanto all'efficacia del vaccino anti-epatite A, garantendo loro la somministrazione gratuita del farmaco, anche attraverso una specifica convocazione da parte dell'autorità sanitaria. Sotto tale profilo, in sentenza la Corte dà conto degli esiti degli accertamenti fattuali condotti dal giudice remittente, evidenziando come la campagna vaccinale in questione, originata da una precedente peculiare situazione epidemica regionale, e proseguita anche negli anni successivi, sia stata preceduta da approfondite indicazioni dell'Osservatorio epidemiologico regionale, nonché tradotta, nei periodi rilevanti per il giudizio *a quo*, in puntuali delibere del Consiglio e della Giunta regionale pugliese.

Tuttavia, la rilevanza che, in punto di fatto, tale accertamento riveste perde poi rilievo nell'economia della decisione dei giudici costituzionali. Questi, anzi, nel motivare l'accoglimento della questione di legittimità sollevata dinanzi ad essi, sottolineano che non avrebbero alcun rilievo, in senso contrario, considerazioni relative al carattere meramente regionale (e non

⁸¹ Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118, cit., punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

⁸² Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118, cit., punto 2 del *Considerato in diritto*.

nazionale) della campagna vaccinale esaminata. E ciò perché tale campagna «è stata bensì essenzialmente regionale, ma essa ha trovato anche vari riscontri e corrispondenze nei piani vaccinali nazionali [...], nonché in una specifica raccomandazione del Ministero della salute del 26 luglio 2017 [...], atti i quali prescindono e prescindono da riferimenti territoriali specifici»⁸³.

Ugualmente, secondo i garanti della legalità costituzionale, un diverso esito del giudizio non potrebbe mai trovare ancoraggio nella dimensione soggettiva della campagna vaccinale, che si è, di fatto, indirizzata prevalentemente nei confronti di una determinata platea di soggetti considerati “a rischio”, in quanto ciò che rileva «è comunque l’affidamento che il singolo, chiunque egli sia (soggetto a rischio o non), ripone nella raccomandazione delle autorità sanitarie»⁸⁴. D’altra parte, osserva sempre la Corte, «per quanto direttamente rivolte a determinate categorie di soggetti, le campagne di informazione e sensibilizzazione tese alla copertura vaccinale coinvolgono inevitabilmente la generalità della popolazione, a prescindere da una pregressa e specifica condizione individuale di salute, di età, di lavoro, di comportamenti». Conseguentemente, «l’applicazione del trattamento, anche se in origine pensato soprattutto per determinate classi di soggetti, consente sempre di tutelare sia la salute individuale, sia quella della più ampia collettività, ostacolando il contagio dei soggetti non compresi nelle categorie a rischio e contribuendo in tal modo alla protezione di tutti, anche di coloro che, pur essendo soggetti in modo specifico al rischio, non possono ricorrere alla vaccinazione a causa della propria specifica condizione di salute»⁸⁵.

Del resto, conclude la Corte, neanche il carattere gratuito della vaccinazione “raccomandata” a favore dei soli soggetti “a rischio” potrebbe fondare una qualche limitazione del novero dei destinatari dell’indennizzo. E ciò perché l’estensione soggettiva del diritto alla percezione di questo poggia su presupposti completamente diversi, e che in ogni caso prescindono dalla gratuità ovvero dall’onerosità del trattamento. La tutela indennitaria, infatti, si radica in null’altro che nel principio solidarista, e, di qui, nella logica «che ripaga a spese di “tutti” un danno subito nell’interesse di “tutti”»⁸⁶.

Ebbene, riguardata per i profili appena analizzati, la sentenza pronunciata in ultimo dalla Corte costituzionale risulta non poco rilevante ai fini di una migliore specificazione e delimitazione degli ambiti di applicazione della relativa giurisprudenza costituzionale in tema. Intervenendo su aspetti di certo rilievo, il giudice delle leggi chiarisce, infatti, che tanto la dimensione territoriale quanto quella soggettiva della campagna vaccinale sottoposta al proprio esame sono ininfluenti nella prospettiva dell’estensione della tutela indennitaria a favore di quanti abbiano a subire danni da vaccinazioni meramente raccomandate. Così come ininfluente è la circostanza la vaccinazione di cui trattasi, in quanto inserita nei livelli essenziali di assistenza, sia somministrabile gratuitamente,

⁸³ Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118, cit., punto 3.5 del *Considerato in diritto*. In particolare, in questo punto, i giudici costituzionali, quanto al fondamento della campagna vaccinale pugliese, si riferiscono al Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017-2019, nonché all’atto ministeriale recante «*Aggiornamento delle raccomandazioni di prevenzione e immunoprofilassi in relazione alla epidemia di Epatite A*».

⁸⁴ Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118, cit., punto 3.5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

in quanto, nella ricorrenza delle condizioni previste dalla legge, nessun vincolo finanziario può giustificare, a favore della collettività, un esonero dall'obbligo d'indennizzo.

C'è peraltro un ulteriore profilo che la sentenza in esame tocca e che, diversamente da quelli fin qui considerati, ha già sollevato qualche perplessità, in quanto in grado di incidere sulla piena equiparazione dei trattamenti vaccinali ai fini dell'indennizzabilità dei danni ad essi conseguenti. Il riferimento, qui, è alle perplessità già manifestate dal giudice *a quo* in ordine alla praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione censurata, atta a riconoscere, nella fattispecie, il diritto all'indennizzo sulla base dei medesimi principi che, nelle citate precedenti occasioni, hanno condotto questa Corte a dichiarare costituzionalmente illegittima la stessa disposizione, nella parte in cui non prevedeva l'indennizzo, a seguito di menomazioni permanenti derivanti da altre e specifiche pratiche vaccinali, non obbligatorie ma raccomandate. Ad ostare il ricorso ad una simile interpretazione è anzitutto il tenore testuale della disposizione, ma anche l'impossibilità di rintracciare un qualche obbligo all'interno delle raccomandazioni regionali a favore della vaccinazione anti-epatite A. Soprattutto, l'estensione al caso di specie dei principi già enucleati dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento ad altre fattispecie vaccinali si risolverebbe in una «sostanziale disapplicazione *ope iudicis* della disposizione censurata»⁸⁷. In definitiva, ad avviso del remittente, solo l'accoglimento delle relative questioni di legittimità da parte della Corte costituzionale potrebbe sanare l'incostituzionalità rilevata.

E tale conclusione viene in pieno sposata dalla Corte, che, forte anche di un suo ormai risalente orientamento giurisprudenziale su possibilità e limiti dell'interpretazione costituzionalmente conforme⁸⁸, addita nel solo esperimento di un giudizio di legittimità costituzionale lo strumento a mezzo del quale operare quell'estensione del diritto alla tutela indennitaria, legislativamente limitata a favore dei soli soggetti che avessero lamentato danni permanenti in conseguenza di trattamenti vaccinali obbligatori.

Si tratta di una presa di posizione che, con più diretto riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio, la Corte giustifica alla luce del diverso ambito cognitivo ad essa devoluto rispetto a quello affidato ai giudici comuni, e che se attribuisce a questi l'accertamento in fatto dell'esistenza di raccomandazioni circa il ricorso alla vaccinazione di cui trattasi, riserva, invece, esclusivamente ad essa il delicato compito di accertare la sussistenza dei presupposti da essa stessa additati come necessari ai fini dell'estensione del diritto alla corresponsione dell'indennità per danni da vaccini solo raccomandati⁸⁹.

⁸⁷ Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 118, cit., punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁸⁸ È la stessa Corte a ricordare di aver più volte affermato che l'univoco tenore della disposizione «segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (in questo senso, il richiamo è, in particolare, alla sentenza n. 232 del 2013, nonché, più di recente, alle sentenze n. 221 del 2019, n. 83 e n. 82 del 2017). Ed è sempre essa a precisare che «secondo una giurisprudenza costituzionale ormai costante, quando il giudice a quo abbia consapevolmente reputato che il tenore della disposizione censurata impone una determinata interpretazione e ne impedisce altre, eventualmente conformi a Costituzione, la verifica delle relative soluzioni ermeneutiche non attiene al piano dell'ammissibilità, ed è piuttosto una valutazione che riguarda il merito della questione (così, *ex multis*, sentenze n. 50 del 2020 e n. 133 del 2019)».

⁸⁹ Sul punto, come acutamente osservato da D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., p. 249, siamo in presenza «di una precisazione che nella giurisprudenza anteriore era stata oggetto solo di accenni fugaci, senza assumere la consistenza di un

L'individuazione della *ratio* di una simile scelta ha già costituito motivo di riflessione da parte della dottrina che ha giudicato la scelta della Corte, a favore di un proprio “monopolio” in ambito, strumentale ad «evitare una (evidentemente temuta) espansione per via giurisdizionale del riconoscimento del diritto all'indennizzo in ordine alle vaccinazioni raccomandate»⁹⁰.

Una simile chiave di lettura è certo condivisibile, anche perché si riallaccia a più recenti tendenze accentratrici della Corte, che mirano ad un recupero di una sua centralità sul piano del riconoscimento e dell'estensione dei diritti e delle libertà, per certo tempo rimessa in molta parte all'attività interpretativa dei giudici comuni, ed alla lettura costituzionalmente orientata da questi offerta di certi testi normativi, ai limiti della vera e propria “creazione”.

Ad essere ancor più condivisibile, però, è la preoccupazione che da ciò la dottrina fa scaturire riguardo ad un possibile depotenziamento del principio dell'indifferenza del carattere, obbligatorio ovvero meramente raccomandato, del trattamento vaccinale su cui da sempre poggia la giurisprudenza costituzionale ai fini dell'estensione della tutela indennitaria; ciò che sarebbe stato oggetto di maggiore e più estesa implementazione proprio grazie all'attività interpretativa dei giudici comuni, ed in particolare allo strumento dell'interpretazione conforme⁹¹.

Indiscutibilmente, quello così posto dai giudici costituzionali può dirsi «un ostacolo al processo di tendenziale assimilazione sotto molteplici profili, delle vaccinazioni raccomandate a quelle imposte»⁹².

Resta fermo però che l'ostacolo non si traduce nella messa in discussione di una simile assimilazione, e che, sia pur attraverso il più lungo *iter* del giudizio di costituzionalità, la possibilità che i danni da vaccinazione non obbligatoria siano indennizzati (quando non addirittura risarciti) resta comunque indubbia, sia pur subordinata all'accertamento della ricorrenza delle condizioni da *illo tempore* fissate dalla giurisprudenza costituzionale.

Ed è proprio su questo piano che, nel calare la giurisprudenza *de qua* nel contesto attuale, caratterizzato dall'emergenza sanitaria provocata dalla diffusione del Covid-19, e quindi dall'ampia e diffusa campagna vaccinale da mesi messa in atto con finalità di contrasto della diffusione del virus e del relativo contagio, è possibile formulare una serie significativa di considerazioni che attengono alla possibilità di assimilazione, sotto il profilo indennitario, del

dictum esteso e articolato, come invece avviene nella presente pronuncia». Più precisamente, alla nota n. 20, la studiosa ricorda che «nella sent. n. 268/2017 la questione viene evocata e risolta rapidamente, senza particolari approfondimenti e limitandosi alla seguente osservazione: “la Corte rimettente ravvisa nel tenore testuale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione compatibile con i parimenti costituzionali invocati, Tale modo di procedere è corretto, giacché questa Corte ha in più occasioni affermato che quando il rimettente si prospetta la via dell'interpretazione conforme ma esclude che essa sia percorribile, la questione di legittimità costituzionale che ne deriva non può ritenersi inammissibile. Al contrario, laddove l'univoco tenore letterale della disposizione precluda un'interpretazione conforme, s'impone il sindacato di legittimità costituzionale».

⁹⁰ In questo senso, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., p. 250.

⁹¹ Su tale profilo, diffusamente, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., ivi. Ugualmente critica nei riguardi della posizione assunta dalla Corte costituzionale riguardo alla non praticabilità, nel caso di specie, di un'interpretazione costituzionalmente conforme, e sulla conseguente necessità dell'esperimento, di volta in volta, di un giudizio di legittimità di costituzionalità è M. FERRARI, *Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di Covid-1*, cit., p. 7 ss.

⁹² *Ibidem*.

vaccino anti-Covid, ad oggi semplicemente “raccomandato” (sia pur con i distinguo di cui si è fatta menzione), alla profilassi vaccinale a carattere obbligatorio.

Quella cui, specie da ultimo, si è assistito è infatti un’importante ed assai diffusa campagna vaccinale, attuata in maniera capillare su tutto il territorio nazionale, e realizzata attraverso l’utilizzo di tutti i canali di comunicazione istituzionale, oltretutto a mezzo di nuove modalità di promozione ed incentivazione del programma di immunizzazione di massa che ha visto nei c.d. “open-day” lo strumento più efficace ai fini del coinvolgimento di sempre più ampie fasce della popolazione interessate dalla raccomandazione da parte delle autorità sanitarie. E ciò anche perché sganciato da rispetto di certi vincoli, quali quello della prenotazione. Sicché, già sotto tale profilo, è evidente la riferibilità della fattispecie in esame a quella giurisprudenza costituzionale che, in maniera insistente, ha da tempo individuato nella comunicazione istituzionale un fattore determinante ai fini dell’assimilazione delle vaccinazioni che, a mezzo di essa, sono oggetto di “raccomandazione” a quelle invece obbligatorie per legge.

Né può dubitarsi dell’affidamento ingenerato nei singoli quanto all’efficacia di tale vaccino da questa stessa campagna vaccinale. I ripetuti appelli alla collettività, al fine di sollecitarne la più ampia partecipazione al programma di immunizzazione, anche in quanto rivolti non soltanto da molti attori della scena politica, ma anche da tanti (e forse troppi) esperti (virologi, epidemiologi e tecnici in genere), compresi coloro che hanno fatto parte del Comitato Tecnico Scientifico a supporto del Governo, hanno indiscutibilmente generato grande fiducia in molta parte della popolazione quanto agli effetti benefici della profilassi vaccinale *de qua*, così come dimostra la percentuale dei vaccinati del nostro Paese, che è tra le più alte dell’Europa continentale. D’altro canto è parimenti indubbio che, a base della partecipazione a tale campagna vaccinale, vi sia stato il convincimento da parte dei singoli di concorrere, in questo modo, non soltanto alla salvaguardia della propria salute, ma anche di quella della collettività tutta. Basti in questo senso considerare la campagna di comunicazione lanciata dalla stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri per sensibilizzare tutti gli italiani sulla necessità e sull’importanza della vaccinazione contro il Covid-19, in cui l’adesione è stata stimolata alla luce dal motto: “facciamo il vaccino per noi e per coloro che amiamo”. Tra l’altro, come si legge sul sito ufficiale del Governo, lo spot in questione è stato altresì pensato quale messaggio rivolto a «tutti coloro, testimonial, influencer e cittadini che vorranno aderire, al fine di veicolare un messaggio di ritorno alla normalità e fiducia nel futuro attraverso un gesto simbolico: la “V” di Vaccino e di Vittoria».

Valutato in questa prospettiva, è allora indubbio che l’appello in tal modo rivolto al senso di responsabilità di ciascuno, chiamato a farsi partecipe di un progetto di immunizzazione ideato nell’interesse di tutti e di ognuno, scava in quel principio di solidarietà in cui, come pure già osservato, può rintracciarsi non soltanto il motivo fondante della normativa in tema di vaccinazioni, ma anche e soprattutto la *ratio* di quella progressiva e costante evoluzione della giurisprudenza costituzionale a favore di una sempre maggiore estensione del diritto a quella misura a carattere assistenziale, che è l’indennizzo.

Ed è proprio nel senso di solidarietà verso gli altri e la collettività tutta su cui fa leva la comunicazione istituzionale che, se da un lato può rintracciarsi la *ratio* ulteriore rispetto a quelle

meramente personale della scelta del singolo di vaccinarsi, deve altresì individuarsi il motivo fondante l'obbligo di tutti di assumere su di sé le conseguenze di eventuali danni che l'uno venga a subire per il bene di tutti.

Sic stantibus rebus, è allora evidente che, per i profili *de quibus*, nel caso di cui si sta trattando ricorrono tutti i presupposti utili a sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte e domandare che si giunga, questa volta, a dichiarare l'incostituzionalità della normativa in tema di vaccinazioni nella parte in cui (art. 1) espressamente riconosce il diritto all'indennizzo solo a coloro i quali abbiano subito danni per effetto della sottoposizione a vaccinazione obbligatoria. Ciò che conseguentemente consentirebbe, in caso di accoglimento a mezzo additiva, l'estensione del diritto *de quo* anche nei riguardi di quanti, essendosi sottoposti al trattamento di immunizzazione anti-Covid, abbiano subito lesioni e/o infermità, da cui siano derivati danni irreversibili all'integrità psico-fisica, da individuare in quegli stati patologici non sussumibili tra le complicanze naturali di una vaccinazione.

Né mancano, in tale contesto, spazi significativi ai fini della proposizione di azioni di danno, volte a consentire al singolo di ottenere l'integrale ristoro del pregiudizio ricevuto, previa prova del nesso di causalità tra il trattamento sopportato e il danno subito, secondo le previsioni e nel rispetto dei presupposti all'uopo codicisticamente fissati all'art. 2043 c.c.⁹³.

In ragione di tutto quanto fin qui osservato, allora, pare inopinabile che, laddove fondata sulla volontà di affrancare i promotori da ogni responsabilità, la scelta a favore di una campagna vaccinale condotta per mezzo del ricorso alla tecnica della raccomandazione e non già a quella dell'obbligo risulta frutto di una cattiva comprensione del quadro valoriale e normativo di riferimento, oltreché espressione di una scialba per non dire manchevole conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema.

Eppure dovrebbe esser compito proprio della politica, e per essa di quella maggioranza chiamata a governare il Paese, decidere nella consapevolezza non soltanto di quali saranno gli effetti dell'implementazione sociale delle proprie scelte, ovvero i "costi" economici delle stesse, ma anche e soprattutto le conseguenze che da queste potrebbero scaturire non solo sul piano squisitamente politico, ma anche e propriamente giuridico. Anche perché, alla luce di quanto fin qui dedotto, esimere se stessi dal fare tal genere di conti non "immunizza". Al contrario, comporta complicanze ancor più gravi!

6. Obbligare o persuadere? Considerazioni sui limiti e le modalità di esercizio della discrezionalità legislativa in materia

⁹³ Sulla positiva ricorrenza, nei casi qui considerati, dei presupposti di un'azione risarcitoria, cfr. A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, cit., p. 443.

Il dibattito degli ultimi giorni, che scalza il richiamo al dovere etico della vaccinazione⁹⁴, prospettando la possibile introduzione di un obbligo vaccinale⁹⁵, se non incide sulle conclusioni appena rassegnate in tema di responsabilità e tutele per danni da vaccino anti-Covid, offre, invece, lo spunto per riflettere sui limiti che la discrezionalità legislativa incontra in tema.

“Obbligare” ovvero “raccomandare” sono, infatti, modalità di esercizio di una stessa discrezionalità riconosciuta al legislatore anche⁹⁶ da un’ancora recente sentenza della Corte costituzionale⁹⁷, che, proprio intervenendo sul tema dei vaccini, ha avuto modo di sottolineare che è nelle possibilità del regolatore pubblico «selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell’obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l’effettività dell’obbligo»⁹⁸.

Si tratta, peraltro, di modalità d’intervento distinte, ma ugualmente “vincolate”, essendo il relativo esercizio comunque tenuto al rispetto «delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte», nonché «delle acquisizioni, sempre in

⁹⁴ Per una più attenta riflessione sui profili etici connessi alla profilassi vaccinale, il rimando è a due distinti pareri del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 28 maggio 2020; *Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l’informazione e l’editoria, 27 novembre 2020. In dottrina, per un commento di tali documenti, cfr. A. D’ALOIA, Il parere del CNB su CoViD-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale: osservazione a margine, Editoriale in *Biolaw Journal* (Rivistadibiodiritto.org), 2020, n. 2, p. 1 ss.; M. GENSABELLA FURNARI, Vaccini e Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione. Note a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, in *Giustiziainsieme.it*, 07.01.2021.

Da ultimo, un richiamo al dovere civico e morale di vaccinarsi è venuto dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella. Intervenedo all’inaugurazione dell’anno accademico dell’Università di Pavia lo scorso 5 settembre, il Presidente ha lanciato un monito: «Non si invochi la libertà per sottrarsi dalla vaccinazione perché quella invocazione equivale alla richiesta di licenza di mettere a rischio la salute altrui. Chi pretende di non vaccinarsi [...] e di svolgere una vita normale frequentando luoghi di lavoro e svago, costringe tutti gli altri a limitare la propria libertà, a rinunciare alla propria possibilità di recuperare in pieno luoghi e modi e tempi di vita». Il testo completo dell’intervento è reperibile all’indirizzo: *Ansa.it*

⁹⁵ Sul punto, ad oggi, non essendo stato ancora positivizzato alcun obbligo, si rimanda a quanto osservato alla nota n. 1 riguardo alle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi, cui se ne sono poi aggiunte più recenti da parte del Ministro della Salute, Roberto Speranza. Questi, infatti, intervenendo a *DiMartedì*, su La7, lo scorso 6 settembre, a proposito dell’obbligo generalizzato del vaccino anti-Covid ha precisato che «non c’è già stata una decisione» ma si tratta di «una possibilità che il governo valuterà, credo sulla base dei dati del prossimo mese e mezzo», aggiungendo: «non è una scelta già presa ma è un’opzione possibile che prevede la Costituzione all’articolo 32». Ha quindi concluso, sottolineando che: «è una scelta che il governo farà sulla base dei dati e dell’evidenza scientifica». Stralci dell’intervento in questione sono riportati sul sito: *Adnkron.it*.

⁹⁶ Quello in questione, infatti, è un ambito materiale oggetto di potestà esclusiva statale, essendo l’intervento regionale circoscritto alla sola organizzazione dei servizi sanitari. Al riguardo, più di recente, V. BALDINI, *La gestione dell’emergenza sanitaria: un’analisi in chiave giuridico-positiva dell’esperienza...*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 3, 12 novembre 2020, spec. p. 420.

⁹⁷ Corte costituzionale, sentenza 18 gennaio 2018, n. 5. Per un commento di tale pronuncia, si rinvia ai contributi di A. IANNUZZI, *L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta OnLine*, 2018, n.1, 5 marzo 2018, p. 87 ss.; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forumcostituzionale.it*, 12 aprile 2018; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forumcostituzionale.it*, 11 settembre 2018; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l’obbligatorietà dei vaccini*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, p. 465 ss.; C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell’opinione pubblica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, n. 1, p. 100 ss.; V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, *ivi*, p. 451 ss.; L. SCAFFARDI, L. FORMICI, *Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Biolaw Journal* (Rivistadibiodiritto.org), 2020, n. 1, p. 395 ss.

⁹⁸ Corte costituzionale, sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, cit., punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»⁹⁹.

In verità, sotto tale profilo, le specificazioni dei giudici costituzionali in ordine ai vincoli imposti al legislatore nella scelta delle modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive scavano in un ormai risalente indirizzo giurisprudenziale della Corte, che, oramai da anni, circoscrive la discrezionalità legislativa in materia nei limiti di quanto risulta dalle più recenti acquisizioni scientifiche e sperimentali. Ancora vivo, infatti, è l'ormai risalente insegnamento dei garanti della legalità costituzionale, secondo cui ogni scelta che tocchi il bene "salute" «non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, ma deve prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni ed organi, di norma nazionali o sopranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico-scientifici, e comunque deve costituire il risultato di una siffatta ricerca»¹⁰⁰.

Uguualmente, è ad una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata che occorre far capo per rintracciare la prima piena affermazione della chiara sindacabilità delle scelte *de quibus* da parte della Corte costituzionale, che, infatti, attribuisce a sé il compito di sindacare la legge qualora questa «si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici»¹⁰¹. Un giudizio, questo, «nel corso del quale potranno essere oggetto di valutazione sia la presenza, la completezza e la corretta interpretazione dei dati scientifici posti a fondamento della decisione normativa, sia il grado di ragionevolezza dell'uso che ne è stato fatto»¹⁰².

I limiti, di contenuto e di legittimità, così individuati, nulla però dicono in merito al "verso" di tale scelta, ovvero a ciò che, al bivio tra obbligo e raccomandazione, guida il legislatore nel rendere la vaccinazione oggetto di imposizione ovvero di mera promozione.

Tra l'altro, se quella a favore dell'obbligo può certo annoverarsi tra le «scelte tragiche» del diritto, specie quando, come nel caso di specie, «sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»¹⁰³, quella che fa leva sulla spontanea adesione dei singoli non è da meno, perché affida alla libera

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, sentenza 26 giugno 2002, n. 282. Un commento di tale sentenza è stato offerto da A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 2012 ss.; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 2019 ss.; E. CAVASINO, *I «vincoli» alla potestà legislativa regionale in materia di «tutela della salute» tra libertà di scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, *ivi*, p. 2028 ss. Ulteriori letture critiche della sentenza *de qua* sono offerte da Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2002, n. 5, p. 685 ss.; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*, in *Il Foro Italiano*, 2003, p. 406 ss. Le argomentazioni sviluppate nella sentenza *de qua* tornano in Corte Costituzionale, sentenza 10 novembre 2003, n. 338, essendo peraltro già state accennate, sia pur fuggacemente, nella sentenza del 14 novembre 1998, n. 185.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, sentenza 16 aprile 1998, n. 114.

¹⁰² Così, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, *cit.*, p. 243.

¹⁰³ Corte Costituzionale, sentenza 18 aprile 1996, n. 118, *cit.*, punto 4 del *Considerato in diritto*, che, sul punto, infine, così chiosa: «Finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche - e per la vaccinazione antipoliomielitica non è così -, la decisione in ordine alla sua imposizione obbligatoria apparterrà a questo genere di scelte pubbliche».

autodeterminazione del singolo una responsabilità che coinvolge l'intera collettività, con esiti aprioristicamente indefinibili.

A segnare la strada per uscire da tale *empasse* è stata ad oggi un'interessante riflessione dottrinale che, proprio prendendo le mosse dai più recenti interventi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema, ha offerto spunti utili a rendere la scelta a favore della raccomandazione una "legittima alternativa" alla decisione di procedere in senso impositivo.

Ferme, infatti, le condizioni in presenza delle quali la scelta a favore dell'obbligatorietà della profilassi vaccinale può indiscutibilmente dirsi rispettosa del dettato costituzionale, ed in particolare dell'art. 32 del testo fondamentale¹⁰⁴, la diversa scelta a favore della sola raccomandazione della profilassi vaccinale non è mai stata ancorata, almeno fino ad oggi, al rispetto di determinati presupposti, in grado di imprimere alla stessa il sugello della legittimità.

Ed invece, tanto nella giurisprudenza costituzionale *de qua* quanto nella lettura che di essa è stata offerta dalla dottrina in commento, tale modalità di esercizio della discrezionalità legislativa in tema è parsa trovare una sua precisa legittimazione nel ricorso da parte dell'autorità pubblica sanitaria «ad un'efficace, coerente e capillare attività di comunicazione istituzionale»¹⁰⁵.

In questa prospettiva, insomma, «lo svolgimento di "diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore della pratica di vaccinazioni" non si pone soltanto, come rilevato dalla giurisprudenza costituzionale in precedenza riferita, quale condizione per l'estensione alle vaccinazioni meramente raccomandate della disciplina in tema di indennizzo per i danni alla salute, ma assume il più pregnante significato di condizione [...] perché possa essere valutato

¹⁰⁴ Tali presupposti sono stati di recente ben riassunti in un articolo di stampo giornalistico, a firma di S. CURRERI, *Si ai vaccini obbligatori. Il Diritto stronca i non vax*, in *Il Riformista*, 28 agosto 2021.

Tra l'altro, molte delle argomentazioni proposte dallo studioso si ritrovano anche all'interno delle pronunce rese dai Tribunali in esito ai giudizi promossi da quanti (specie appartenenti al comparto sanitario) hanno impugnato la normativa sull'obbligo vaccinale, vedendo però, infine, rigettati i rispettivi ricorsi. Tra gli altri, in particolare, i Tribunali di Belluno – Sez. Lavoro (23 marzo) [decisione poi confermata in sede di reclamo con ordinanza collegiale del 6 maggio] e Modena – Sez. Lavoro (23 luglio), pronunciandosi sulle sospensioni dal servizio senza retribuzione adottate nei confronti di personale sanitario rifiutatosi di vaccinarsi contro il Covid-19, ancor prima che per costoro fosse introdotto il relativo obbligo (art. 4 d. l. n. 44 del 1° aprile 2021), avevano comunque ritenuti tali provvedimenti fin da allora legittimi in forza dell'obbligo del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza degli altri dipendenti e degli stessi pazienti. Ad analoga conclusione è pervenuto il Tar Puglia - Lecce (4 agosto), respingendo l'istanza cautelare di un dipendente dell'Asl di Brindisi sospeso dal servizio perché non vaccinato. Infine, il Tribunale di Roma – Sez. Lavoro (28 luglio) ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui un villaggio turistico (settore produttivo in cui non è previsto l'obbligo di vaccinazione) ha deciso di sospendere dall'attività e dalla retribuzione una dipendente dichiarata dal medico competente parzialmente inidonea a svolgere le sue mansioni perché non poteva "essere in contatto con i residenti del villaggio". I testi di tali decisioni sono reperibili ai seguenti indirizzi: Tribunale di Belluno – Sez. Lavoro (ordinanza cautelare: Altalex.it; ordinanza collegiale: Studioglealestefanelli.it); Tribunale di Modena – Sez. Lavoro (Olympus.uniurb.it); Tar Puglia – Lecce (Altalex.it); Tribunale di Roma – Sez. Lavoro (Quotidianogiuridico.it).

Dal canto suo, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, lo scorso 24 agosto, ha provvisoriamente respinto la richiesta di 672 vigili del fuoco francesi di misure cautelari contro la legge che impone loro di vaccinarsi contro il Covid-19 (Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito federalismi.it).

Tale decisione, tra l'altro, ha fatto seguito a quella – stavolta definitiva e per di più presa dalla Grande Camera della stessa Corte europea (CEDU, sez. Grande Camera, sent. 8 aprile 2021, ric. nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19306/15, 19298/15, 43883/15 – il testo di tale sentenza è reperibile sul sito Dirittifondamentali.it) – che, lo scorso 8 aprile, ha respinto il ricorso di alcuni genitori contro la legge della Repubblica ceca che vieta l'iscrizione alla scuola d'infanzia ai bambini non vaccinati.

¹⁰⁵ Al riguardo, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., p. 243, per la quale tale conclusione «va senz'altro riferita, sul piano della stretta attualità, anche alla campagna vaccinale contro il Covid-19», posto che «pur essendo al riguardo ancora acceso il dibattito sull'opportunità che il legislatore renda obbligatoria tale vaccinazione [...], essa per ora risulta impostata su una adesione spontanea che venga però congruamente sollecitata attraverso una intensa attività comunicativa pubblica».

come costituzionalmente legittimo lo stesso esercizio della discrezionalità legislativa che si indirizzi nel senso della raccomandazione in luogo dell'imposizione»¹⁰⁶.

Si tratta di una lettura interessante e certamente condivisibile, che rende la comunicazione istituzionale elemento in grado di legittimare la scelta a favore della mera promozione di una campagna vaccinale e, al contempo, di responsabilizzare i suoi autori.

Di qui potrebbe allora formularsi una proposta in grado di rendere la risposta sociale ancor più aderente alle intenzioni dei promotori della campagna vaccinale. Si tratta di una proposta che guarda ai contenuti della relativa scelta legislativa a favore di un'azione di mero stimolo al trattamento vaccinale, e, al fine di consentirne una più ampia implementazione sociale, ne amplia la portata fino a considerare parte necessaria di essa la previsione, in via normativa, della tutela indennitaria-assistenziale dei cittadini¹⁰⁷.

Indiscutibilmente in grado di stimolare una maggiore partecipazione al trattamento di profilassi vaccinale “raccomandato”, stante la certezza dell'indennizzo ed anche del risarcimento del danno, con cui la popolazione, o meglio la parte di essa preoccupata degli effetti conseguenti alla sottoposizione ad esso, vi si avvicinerrebbe, la previsione legislativa di una tale tutela, pur in assenza di un'imposizione, ed anzi proprio in ragione di ciò, finirebbe altresì per scongiurare quei moti di protesta¹⁰⁸ e quel contenzioso giudiziario che, come dimostra anche la recente cronaca, sono solitamente alimentati dalla previsione di un trattamento sanitario (e quindi anche vaccinale) obbligatorio¹⁰⁹.

Essa peraltro finirebbe pure per superare le perplessità che le più recenti posizioni della giurisprudenza costituzionale in merito al necessario previo esperimento di un giudizio di

¹⁰⁶ In questo senso, D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, cit., p. 245.

¹⁰⁷ Su tale profilo, cfr. M. FERRARI, *Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di Covid-19*, cit., p. 12.

¹⁰⁸ Il riferimento, qui, è in particolare alle proteste dei gruppi no-vax ed alle manifestazioni di piazza da loro organizzate 120 di città italiane, tra cui Milano e Roma, lo scorso 11 settembre. Si tratta di manifestazioni che hanno fin da subito allertato le autorità. Come, infatti, evidenziato, nell'occasione, dallo stesso ministro dell'Interno, Luciana Lamorgese: «la preoccupazione c'è, perché i toni salgono sempre di più e c'è il rischio che ci siano estremismi che vanno a incidere sulle manifestazioni».

¹⁰⁹ Senza dimenticare i casi giudiziari che hanno visto la messa in discussione del *green-pass* quale mezzo di esercizio di una serie di libertà, qui, in particolare, il riferimento è al contenzioso che ha riguardato la previsione dell'obbligo vaccinale. Si tratta di una previsione che, dopo le pronunce dei Tribunali di cui si è fatto menzione nella nota n. 101, è stata da ultimo al centro del contenzioso definito dal TAR - Friuli Venezia Giulia, sentenza del 10 settembre 2021, n. 261, cit. Proprio tale più recente sentenza, anzi, ha offerto al giudice amministrativo *de quo* l'occasione per ribadire principi ormai consolidati nella giurisprudenza dei giudici di merito, ma anche di costituzionalità. Anzitutto, infatti, a proposito all'obbligo della vaccinazione anti-Covid per il personale medico, il TAR ha ribadito la ricorrenza di tutti i presupposti pure di recente ribaditi dalla Corte costituzionale (sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, cit.) come necessari ai fini dell'obbligatorietà del trattamento. Quindi, riguardo alle garanzie offerte a quanti abbiano a subire danni per effetto della vaccinazione, ha rimarcato che il diritto alla corresponsione di un indennizzo da parte dello Stato a fronte di ogni menomazione permanente della integrità psico-fisica conseguente ad una vaccinazione obbligatoria, deve senz'altro ritenersi esteso agli operatori sanitari, essendo la vaccinazione prescritta da un atto normativo primario (art. 4, d.l. 1° aprile 2021, n. 44, cit.). Infine, facendo proprio l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte, di cui si è discusso in queste pagine, ha aggiunto che tale indennizzo spetta anche a quanti si siano sottoposti alla somministrazione di un vaccino solo “raccomandato”. Su tale ultimo profilo, in senso conforme, si rinvia altresì a Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, sentenza 16 marzo 2021, n. 7354, in Italggiure.giustizia.it.

legittimità ai fini dell'ampliamento della tutela indennitaria ha destato nella dottrina di cui si è fatto cenno¹¹⁰.

Soprattutto, però, per quel che qui rileva, una simile scelta consentirebbe di suggellare il principio solidarista¹¹¹ quale principio cardine cui è *in toto* improntato l'approccio giuridico al tema delle vaccinazioni.

In questo senso, allora, quella solidarietà che, dagli inizi della pandemia, ancor prima di essere costantemente invocata dai rappresentanti dei diversi livelli di governo al fine di giustificare la continua e successiva adozione di misure restrittive (e costringenti) di diritti e libertà fondamentali, ha spinto naturalmente i singoli ad un'auto-reclusione, correttamente intesa quale «atto di profonda solidarietà» nei confronti dell'altro e non già quale «semplice ritiro fobico-egoistico del mondo» di se stessi¹¹², manifesterebbe, qui, pienamente la portata del vincolo reciproco che esso

¹¹⁰ Al riguardo, come evidenziato già alla nota n. 88, si rimanda alle considerazioni già svolte da D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo* (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020), cit., p. 250, e da M. FERRARI, *Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di Covid-19*, cit., p. 7 ss.

¹¹¹ La bibliografia in tema è, oggi, davvero notevole. Un qualsiasi sforzo finalizzato ad offrire anche solo l'indicazione dei più rilevanti contributi dottrinali è, naturalmente, destinato a risultare insoddisfacente. Per cui, senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda ai contributi offerti in argomento da: F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007, p. 3 ss.; L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, ivi, cit., p. 517 ss.; A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e società*, 2008, n. 2, p. 169 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivistaaic.it*, 2010, 02.07.2010; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo"): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivistaaic.it*, 2011, n. 4, 06.12.2011; G. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà, principio d'uguaglianza. Un'introduzione*, Torino, 2015, p. 60 ss.; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in A. Morelli, L. Ventura (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, p. 305 ss.; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 1, 20.04.2016, p. 1 ss.; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*; 2016, n. 1, 19.05.2016, p. 45 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016; G.L. CONTI, *Il pendolo della solidarietà nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorosso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, p. 463 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017; A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consultaonline*, 2017, n. 3, 30.10.2017; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2018, n. 2, p. 245 ss.; A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consultaonline*, 2018, n. 3, 24.10.2018, p. 533 ss.; V. TAMBURRINI, *Doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Janus.it*, 2018, n. 18, p. 25 ss.; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, n. 3, 04.12.2019, p. 1 ss.; F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivistaaic.it*, 2019, n. 3, 04.09.2019; A. SAITTA, *Dal bilancio quale "bene pubblico" alla "responsabilità costituzionale democratica" e "intergenerazionale"*, in *Consultaonline*, 2019, n. 1, p. 216 ss.; M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019; M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2020, n. 8, 13.03.2020, p. 1 ss.; F. POLACCHINI, *Solidarietà e doveri per una cittadinanza europea in costruzione: dai diritti di cittadinanza ad una comunità sovranazionale di diritti e doveri*, in *Rivistaaic.it*, 2020, n. 4, 03.12.2020, p. 456 ss.; A. SCHILLACI, *Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea*, in *federalismi.it*, Focus *Los efectos de la crisis financiera sobre las instituciones nacionales*, 2020, n. 13, 04.05.2020, p. 15 ss.; M. TOMASI, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica* in *Biolaw Journal* (*Rivistadibiodiritto.org*), 2020, n. 1, p. 327 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale*, 2021, n. 4, 10.02.2021, p. 304 ss.

¹¹² L'interpretazione de qua è quella originariamente proposta da M. RECALCATI, *La nuova fratellanza riscoperta sotto la minaccia del virus covid-19*, in *www.francescomacri.wordpress.com*.

intesse tra i singoli e la collettività, e per essa lo Stato, ammonendo, definitivamente, che non c'è, né ci può essere solidarietà senza responsabilità!

ABSTRACT[It]: Il saggio riflette sulle misure adottate dal Governo ai fini del contrasto dell'epidemia da Covid-19 e sulle motivazioni ad esse sottostanti, in particolare chiedendosi se può davvero dirsi che la scelta a favore dell'introduzione del Super green pass (ovvero, obbligo vaccinale indiretto) in luogo dell'imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato esoneri davvero lo Stato da ogni responsabilità per danni da vaccino.

La ricostruzione dell'ormai corposa giurisprudenza costituzionale in tema, che mostra come, in questo senso, il Governo abbia "sbagliato a fare i conti", rende però pure evidente le strettoie dell'iter giudiziario attualmente finalizzato ad accordare effettiva tutela ai cittadini.

Ed allora, nel saggio, ci si chiede: perché non agire responsabilmente, anticipando, in via normativa, la tutela indennitaria/risarcitoria a favore di cittadini?

ABSTRACT[En]: The essay reflects on the measures adopted by the Government to combat the Covid-19 epidemic and on the underlying reasons, in particular by asking whether it can really be said that the choice in favor of the introduction of the Super green pass (i.e., vaccination obligation indirect) instead of imposing a generalized vaccination obligation, you really exempt the State from any liability for vaccine damage.

The reconstruction of the by now substantial constitutional jurisprudence on the subject, which shows how, in this sense, the Government was "wrong to reckon", however, also makes clear the bottlenecks of the judicial process currently aimed at granting effective protection to citizens.

And then, in the essay, we ask ourselves: why not act responsibly, anticipating, by law, the indemnity / compensation protection in favor of citizens?

PAROLE CHIAVE: Vaccini; Principio di solidarietà; Responsabilità dello Stato; Profilassi vaccinale anti-Covid 19; Vaccinazioni obbligatorie; Vaccinazioni raccomandate

KEYWORDS: Vaccines, Principle of solidarity, Responsibility of the state, Covid vaccine prophylaxis 19, Compulsory vaccinations, Recommended vaccinations.



Giuliaserena Stegher*

L'articolato percorso normativo della cittadinanza e dell'immigrazione: spunti ricostruttivi**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La cittadinanza: lo stato attuale della normativa, seppur risalente, ma tuttora vigente – 2.1 I tentativi di modifica dell'impianto normativo tra la XVII e XVIII legislatura – 3. Il tema dell'immigrazione – 3.1 Il complesso guazzabuglio normativo fino al 2016: breve ma doveroso excursus – 3.2 Dalla XVII legislatura... – 3.3 ...alla XVIII Legislatura – 4. Considerazioni di sintesi.

1. *Considerazioni introduttive*

Da tempo, il concetto classico di cittadinanza non può dirsi più lo stesso, perché nel corso del tempo si è arricchito di nuovi contenuti così come si sono moltiplicate le posizioni giuridiche che richiedono tutela. Gli Stati, le città, le comunità si sono arricchite di nuovi membri a causa dei massicci fenomeni migratori – volontari o causati da forza maggiore – e ciò porta nuova linfa a un dibattito che, a dire il vero, non si è mai sopito.¹ Cittadinanza da sempre si fonda sull'appartenenza e, al tempo stesso, costituisce un *discrimen* tra chi fa parte di un determinato gruppo o una determinata comunità (e perciò possiede un determinato *status*) e chi invece è esterno.

Oggi, in considerazione di molteplici ragioni sociali, giuridiche, economiche, il concetto di cittadinanza si è ampliato rispetto alla consolidata nozione, scomponendosi di fronte alle nuove modalità di appartenenza e assumendo tratti semantici diversi, man mano che l'idea tradizionale di appartenenza *in senso identitario* ha perso la propria importanza².

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Il presente contributo anticipa le considerazioni ampliate nel Volume – di prossima pubblicazione per Il Mulino – di M. CAVINO, L. CONTE, S. MALLARDO, M. MALVICINI (a cura di), *Dove va la Repubblica? Istituzioni e società ancora in transizione. 2017-2021*.

¹ Sono diversi anni che la dottrina, nel riprendere alcune categorie e alcune elaborazioni di Autorevoli autori (in primis Kelsen e Weber), ragiona sul concetto di cittadinanza. Si veda a tal proposito A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in Quaderni costituzionali, 2, 2015. Col passare del tempo, lo stesso è divenuto “un crocevia di suggestioni variegata e complesse che coinvolgono l'identità politico-giuridica del soggetto, le modalità della sua partecipazione politica, l'intero corredo dei suoi diritti e dei suoi doveri” E. GROSSO, *Cittadinanza e territorio: lo ius soli nel diritto comparato*, Editoriale Scientifica, 2015, cit., p. 8.

² A. MORRONE, cit., p. 320.

A tal proposito, si ritiene che possa essere utile tornare a riflettere sui temi della cittadinanza e dell'immigrazione, giacché il mese di agosto 2021 è stato caratterizzato da due eventi che, seppur diametralmente diversi tra loro, ne ripropongono l'estrema attualità. Il riferimento va naturalmente alle Olimpiadi di Tokyo 2020 e la crisi afghana. Nel primo caso, si è impropriamente parlato di *ius soli sportivo*, come una sorta di meccanismo premiale che consentirebbe l'accesso alla cittadinanza italiana a quegli sportivi che, gareggiando nel team degli azzurri, sono riusciti a conquistare il podio in alcune discipline olimpiche. Nel secondo caso, l'improvvisa presa di potere dei talebani in Afghanistan, oltre a riproporre l'attualità della tesi huntingtoniana³, sta comportando la creazione di corridoi umanitari per l'evacuazione del personale diplomatico e dei collaboratori, lasciando ipotizzare una imponente ondata migratoria.

In realtà, già a partire dal 2010/2011, l'esplosione delle primavere arabe aveva causato l'intensificazione del fenomeno migratorio e degli sbarchi. Ciò ha naturalmente infiammato il dibattito politico negli ultimi anni, evidenziando come la questione riguardi tanto il tema dell'immigrazione quanto quello della cittadinanza. Invero, entrambi i temi, essendo peraltro tra loro complementari, sembrano ancora piuttosto lontani dall'aver un largo consenso, necessario ad assicurare una maggiore inclusività degli stranieri nella comunità dei cittadini. Troppo spesso tale dibattito si riduce a posizioni diametralmente opposte, che si basano principalmente su un'apparente e irrisolvibile contrapposizione tra "noi" e "loro", e su inefficaci tentativi normativi di contingentamento dei flussi, stigmatizzati attraverso slogan twitteriani come "#portichiusi".

Come è oltremodo noto, l'Italia è stata terra d'emigrazione fino all'inizio degli anni '80 del Novecento (verso gli Stati Uniti, i paesi dell'America latina e l'Australia), per poi trasformarsi in un paese di immigrazione. Ciò ha indubbiamente influito non solo sulla conformazione della comunità di cittadini e di residenti sul suolo italiano, ma parimenti sulla configurazione dell'apparato normativo su cui poggia il nostro ordinamento giuridico.

È ovvio che ogni considerazione debba innanzitutto basarsi su una preventiva distinzione tra migranti e immigrati, vale a dire tra coloro che decidono di spostarsi dalla loro terra d'origine per stabilirsi in un altro paese e coloro che, invece, si spostano per esigenze lavorative e la cui permanenza è legata a fattori temporali. Ed è proprio il fattore tempo a incidere sulle comunità, sulle politiche e sulla legislazione.

Benché il fenomeno migratorio abbia da sempre caratterizzato l'umanità, negli ultimi anni è cresciuto in maniera repentina, sia a livello quantitativo sia a livello qualitativo. A livello quantitativo perché è aumentato il numero delle persone che decidono, per diverse ragioni, di lasciare il paese di origine. A livello qualitativo perché il processo ha coinvolto l'intero pianeta e perciò il fenomeno non interessa più aree geograficamente vicine, ma anche tra loro molto lontane. Le differenze linguistiche, culturali, religiose, sociali, giuridiche non svolgono più un'azione deterrente (qualora l'avessero mai fatto!). Ciò, dunque, impone una riflessione seria e critica della situazione e del connesso quadro normativo, che consenta l'individuazione di

³ S. HUNGTINTO, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York: Simon and Schuster, 1996.

strategie e soluzioni non esclusivamente orientate nel tamponare situazioni emergenziali di breve periodo, ma che consentano un approdo giuridico soddisfacente verso una piena integrazione.

Si analizzerà in questa sede, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni aspetti degli interventi legislativi in tema di cittadinanza e in tema di immigrazione che negli ultimi anni sono stati discussi e/o approvati, per comprendere meglio come si è evoluto il quadro normativo.

2. *La cittadinanza: lo stato attuale della normativa, seppur risalente, ma tuttora vigente*

La normativa sulla cittadinanza, attualmente disciplinata legge n. 91/1992, è oramai indubbiamente risalente, giacché sono passati trent'anni dalla sua approvazione. Nel giro di poco più di un quarto di secolo è cambiato il contesto, sono cambiate le esigenze, nonché la *ratio* originaria che ha ispirato l'intervento normativo. Come già anticipato, l'Italia è sempre stata terra d'emigrazione e tanto la legge n. 555 del 1912 quanto la n. 91 del 1992, entrambe disciplinanti le modalità di acquisto, perdita e riacquisto della cittadinanza, sono state fortemente ispirate dall'esigenza di mantenere saldo e intatto il legame tra italiani emigrati all'estero e la loro terra d'origine.⁴

Attualmente, nel caso italiano, lo *status civitatis* si declina in due modalità differenti: o si nasce cittadini o lo si diventa a determinate condizioni, ed è per questo gli archetipi sono diversi. Innanzitutto quello dello *ius sanguinis* che lega l'acquisto della cittadinanza alla filiazione, per cui ne ha diritto colui/colei che sia nato/a da madre o padre cittadini italiani e a cui è equiparato il minore adottato e il minore riconosciuto giudizialmente. In questo caso l'acquisizione di diritto opera in maniera del tutto automatica.

L'acquisto della cittadinanza italiana può anche essere diretta conseguenza della nascita sul suolo italiano e sulla base di situazioni specifiche. Perciò la seconda ipotesi è quella della cittadinanza per nascita e residenza, ma presenta una *conditio sine qua non*, vale a dire la residenza legale e ininterrotta fino al raggiungimento della maggiore età, la cui acquisizione avviene previa dichiarazione da effettuarsi entro un anno dal compimento dei 18 anni.

Una terza modalità di accesso alla cittadinanza, per coloro che sono di origine straniera, è quella del matrimonio. Se un cittadino di altra nazionalità sposa un italiano acquista la cittadinanza, così come previsto dalle modifiche apportate dalla legge n. 94 del 2009, ma a seguito di un periodo di residenza pari a due anni dal matrimonio (ridotto a un anno in caso di prole). Anche in questo caso l'acquisizione non è automatica, ma richiede una istanza dell'interessato e il rispetto di alcune condizioni.

I restanti casi sono quello della residuale ipotesi di *ius soli* e della naturalizzazione. Nel primo caso diviene cittadino italiano colui che nasce nel territorio italiano e i cui genitori siano da

⁴ C. PANZERA, *Cittadinanza*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Editoriale scientifica, 2020, pp. 95-152.

considerarsi ignoti o apolidi, ovvero colui che non può acquistare la cittadinanza dei genitori in quanto la legge del Paese di origine lo esclude. Nel secondo, il cittadino straniero, che di solito è colui che risiede ininterrottamente da dieci anni sul territorio nazionale (4 se cittadino dell'Unione e 5 se apolide), può fare richiesta di cittadinanza all'autorità che decide discrezionalmente. La naturalizzazione opera anche nei casi dello straniero: il cui padre o madre o ascendente in linea retta di secondo grado sono stati cittadini per nascita, purché risieda legalmente in Italia da almeno 3 anni; ovvero che ha prestato servizio alle dipendenze dello stato italiano per almeno 5 anni; o ancora che abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero ove ricorra un eccezionale interesse dello Stato.⁵

2.1 I tentativi di modifica dell'impianto normativo tra la XVII e XVIII legislatura

Il 23 marzo 2018, il primo giorno di avvio della XVIII legislatura, l'on. Boldrini ha presentato Proposta di legge recante: “Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza” (A.C.105), assegnata all'esame della I Commissione Affari costituzionali della Camera. Dopo una interruzione, dovuta non solo alla fine del Governo Conte, ma anche alle urgenze contingenti che hanno comportato uno slittamento nel calendario dei lavori, il Presidente della I Commissione ha deciso di assumere il ruolo di relatore e ha informato i membri della Commissione che, nel frattempo, sono state assegnate all'esame dell'organo la proposta di legge C. 717 Polverini e la proposta di legge C. 920 Orfini.

Per quanto riguarda la proposta A.C. 105, la stessa si pone come obiettivo quello di modificare, con un intervento organico, l'impianto generale della oramai risalente legge 91/1992, che ha come nucleo fondamentale il principio del c.d. *ius sanguinis*, mentre le altre ipotesi sono del tutto residuali.

A dire il vero, pur con alcune modifiche, il progetto riproduce il testo di una analoga proposta di legge di iniziativa popolare presentata alla Camera nel corso della XVI legislatura e mantenuta anche nella XVII legislatura (AC n. 9 del 2013, tramutata poi nella celebre proposta AC n. 2092 del 2015). La principale finalità è quella di estendere le fattispecie di *ius soli* che consentirebbe dunque un più facile accesso all'acquisto della cittadinanza, in particolar modo per i minori presenti sul territorio italiano.

La proposta si compone di 10 articoli, ma in questa sede si vuole sottoporre a disamina quelli che, a opinione di chi scrive, si ritengono maggiormente rilevanti. Innanzitutto il primo, recante disposizioni in tema di nascita, prevede che siano apportare modifiche al primo comma dell'articolo 1 della normativa vigente, in ragione del quale sarebbe attribuita la cittadinanza italiana a chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri di cui almeno uno è regolarmente soggiornante in Italia da almeno un anno, al momento della nascita del figlio,

⁵ Per una ricostruzione approfondita, *ex multis* D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, pp. 41-72.

nonché a chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori stranieri di cui almeno uno è nato in Italia. Ciò comporterebbe un'estensione delle ipotesi in cui la cittadinanza è attribuita in base al criterio dello *ius soli*. Questo perché a coloro che sono nati nel territorio italiano da genitori stranieri può essere conferita la cittadinanza, con la *conditio* per cui almeno uno dei genitori risiede in Italia da un anno, periodo che ricorre a partire dal rilascio del permesso di soggiorno. Oltre all'ipotesi per cui il requisito debba sussistere al momento della nascita del figlio, il Legislatore prevede altresì che possa essere conferita la cittadinanza in un ulteriore caso, ovvero a chi nasce nel territorio italiano pur da genitori stranieri, ma di cui a loro volta uno di essi sia nato in Italia.

Già da quanto detto sinora, appare evidente come l'approvazione in via definitiva di questo testo comporterebbe una revisione integrale delle modalità di acquisto della cittadinanza, nella misura in cui verrebbe esteso il principio dello *ius soli*, ancora oggi del tutto limitato, per quanto concerne la normativa in vigore da circa un trentennio. In questo modo, l'ordinamento italiano si assimilerebbe alle normative adottate in chiave comparata, benché in molti di questi casi sia più opportuno parlare di *ius soli* temperato.⁶

Inoltre, è prevista una seconda ipotesi, per cui è conferita la cittadinanza italiana a colui/colei che è nato nel territorio italiano da genitore straniero che, però, a sua volta deve essere nato in Italia. In questo caso non è contemplato il requisito del soggiorno o della residenza. La *ratio* sottesa a tale assenza non deriva da una mera dimenticanza, bensì dall'esistenza di un rapporto inscindibile con il territorio e che andrebbe a disciplinare il caso degli stranieri di seconda e/o terza generazione presenti sul suolo italiano.⁷

A livello procedurale, come disposto dal progetto, spetterebbe esclusivamente al genitore dichiarare in maniera esplicita il proprio *favor* affinché il figlio possa acquistare la cittadinanza italiana. Non si comprende la ragione di tale disposizione così circoscritta, che se approvata nella formulazione proposta, impedirebbe al diretto interessato, seppur minore, o agli orfani, di acquisire la cittadinanza. Sarebbe pertanto auspicabile che, nelle more della discussione, la disposizione possa essere modificata, integrando tra i soggetti che possono effettuare la dichiarazione anche i minori o coloro che hanno la responsabilità genitoriale. A maggior ragione se si considera che l'art. 1, comma 1, lett. b prevede che se il genitore non abbia manifestato la volontà attraverso la dichiarazione, il diretto interessato possa fare richiesta di acquisto della cittadinanza entro due anni dal raggiungimento della maggiore età.

È altresì prevista l'ipotesi della rinuncia, in base alla quale il soggetto interessato ha la facoltà di rinunciare a tale *status* entro però di anni due anni dal conseguimento della maggiore età.

L'articolo 2 della proposta disciplina invece le modalità di acquisto della cittadinanza per i minori stranieri, comportando il passaggio dal cd. *ius domicilii* allo *ius culturae*. Questo perché, nel

⁶ Per una ricognizione nel quadro comparato si v. I. REA, *La cittadinanza in Italia e in Europa: modelli di integrazione a confronto*, in *Federalismi.it.*, 2006; si v. più recentemente i contributi sul tema in E. CECCHERINI (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi. Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, si v. D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae: note a margine dell'ennesimo tentativo di revisione della legge sulla cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2020.

⁷ In realtà, tale previsione è stata criticata dalla dottrina anche in sede di audizione in Commissione, giacché sarebbe una trasposizione di un istituto normato nell'ordinamento francese, ovvero il *double droit du sol*. A tal proposito si v. le considerazioni di D. PORENA, op. ult. cit.

sistema vigente, lo straniero nato e residente in Italia senza interruzioni fino al raggiungimento dei 18 anni, può diventare cittadino italiano a seguito di dichiarazione resa entro un anno dalla maggiore età.⁸ Di contro, qualora venisse approvato il comma 2 dell'art. 4 della presente proposta di legge, si determinerebbe una modifica importante, giacché potrebbe acquisire la cittadinanza non solo colui che è nato in Italia, ma altresì il minore che è entrato nel territorio nazionale entro il decimo anno di età e che vi risiede in maniera regolare sino al compimento dei 18 anni.

Parimenti, è oggetto di disciplina il cd. *ius culturae*, dal momento che l'acquisizione della cittadinanza da parte di minori è connessa allo svolgimento di corsi di istruzione presso istituti del sistema nazionale scolastico o di percorsi di formazione professionale. Si tratta della questione che a livello politico e mediatico ha avuto una particolare eco negli ultimi anni e che introduce una ulteriore ipotesi di acquisto della cittadinanza per il soggetto direttamente coinvolto o di chi ne fa le veci. Da una lettura della formulazione *in vi* trattata sembra che la legislazione italiana stia compiendo un passo in avanti nel superamento del canonico concetto di cittadinanza, tenendo in considerazione ulteriori criteri come quelli dell'integrazione culturale, dell'istruzione e della formazione e, più in generale, della cultura.

Anche in questo specifico caso sono stati sollevati profili di rilievo circa la formulazione dell'articolo. Questo perché con il termine "frequenza" sembrerebbe che il Legislatore non abbia tenuto in considerazione il fatto che la durata dei cicli di studio può variare a seconda del percorso scelto (scuola dell'infanzia primaria, secondaria e superiore). Sarebbe perciò auspicabile che possa essere rivista la formulazione dell'articolo, di modo tale che sia previsto un periodo minimo obbligatorio di frequenza.

Vi è però chi ha sollevato dubbi di costituzionalità in proposito.⁹ Se non fosse introdotto un requisito minimo di frequenza, ciò potrebbe determinare concretamente una disparità di trattamento, giacché consentirebbe l'ottenimento della cittadinanza a chi ha frequentato un liceo, ma non a chi ha frequentato percorsi di formazione della durata inferiore a quella prevista per i percorsi scolastici. Verosimilmente, l'avvio di un processo di integrazione culturale può concretamente svolgere da collante sociale, pur in presenza di naturali barriere sociali e umane che impediscono una piena assimilazione, tanto da parte degli stranieri, quanto della comunità "originaria" di cittadini.¹⁰

Ad ogni modo, l'ipotesi dello *ius culturae* avrebbe due finalità meritorie: da un lato sarebbe finalizzato a consentire il conseguimento della cittadinanza a coloro che, pur non nati in Italia, vi abbiano trascorso un periodo decisivo di crescita e formazione a livello umano, dall'altro a ridurre il fenomeno dell'abbandono scolastico.

A differenza del precedente tentativo di modifica, ossia il disegno di legge 2092, sembra essere stato escluso l'esito del percorso scolastico o di formazione, ovvero sia il conseguimento del titolo.

⁸ A seguito di una serie di problematiche manifestatesi in via applicativa, il Governo è intervenuto con il decreto-legge n. 69/2013 al fine di semplificare il procedimento per l'acquisto della cittadinanza per lo straniero nato in Italia. Nello specifico, qualora sussistano difficoltà imputabili all'inadempienza dei genitori, all'interessato non sono imputabili eventuali inadempimenti riconducibili ai genitori o agli uffici della pubblica amministrazione.

⁹ A tal proposito si v. D. PORENA, op. ult. cit.

¹⁰ Sul punto si condivide appieno la posizione di D. PORENA, op.ult.cit.

Questo perché lo stesso potrebbe essere assimilato a un meccanismo di tipo premiale. In ogni caso, l'Istituto scolastico o professionale dovrebbe certificare la frequenza dell'intera durata del corso.

Il Legislatore mira a disciplinare altresì le modalità di acquisto della cittadinanza *iuris communicatio*, ovvero sia di acquisto per trasmissione in ragione dello *status* familiare. Questo perché la proposta prevede due ipotesi: la prima riguarda il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano che può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risiede legalmente da almeno sei mesi nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero. La seconda ipotesi riguarda invece lo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano, che acquisterebbe la cittadinanza italiana se, successivamente all'adozione, risiede legalmente nel territorio della Repubblica per almeno due anni, di modo tale da scongiurare i casi di “adozioni di comodo”.

Per quanto riguarda l'acquisto della cittadinanza per matrimonio, dalla lettura del testo del progetto sembrerebbe essere stato ridotto il periodo minimo di residenza in Italia dopo il matrimonio, da due anni a sei mesi, fermo restando il termine di tre anni nel caso in cui il coniuge straniero risiede all'estero, nonché il dimezzamento dei termini in caso di prole. In questo modo si determinerebbe una reviviscenza della legge n. 94 del 2009 (cd. “pacchetto sicurezza”), a sua volta finalizzata a ridurre i “matrimoni di comodo” appositamente contratti per ottenere impropriamente la cittadinanza. Qui sorge spontaneo un interrogativo di non poco conto: ma se si dovesse trattare di matrimonio di comodo, quale sarebbe l'opportunità di ridurre i termini? Naturalmente tale riflessione non deve estendersi anche al caso di dimezzamento dei termini in presenza di prole, dal momento che la presenza di figli (naturali o adottivi) si auspica possa essere considerata un fattore di attendibilità del matrimonio stesso.

Per quanto concerne invece la modalità di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, la proposta di legge in esame interviene sulla normativa vigente attraverso una revisione importante. La naturalizzazione, processo per cui lo straniero residente sul territorio italiano può presentare richiesta per l'ottenimento della cittadinanza una volta che siano trascorsi un certo numero di anni, non ha esiti scontati. Qualora la proposta venisse approvata, si determinerebbero sostanzialmente due casistiche. La prima è quella per cui acquista la cittadinanza italiana: *a)* lo straniero che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica, integrato a livello socio-economico ed economicamente autosufficiente¹¹; *b)* il cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea che risiede legalmente da almeno tre anni nel territorio della Repubblica; *c)* lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio della Repubblica da almeno tre anni a cui è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria o di apolide.

A integrazione dei casi appena citati, il Legislatore vorrebbe disciplinare ulteriori fattispecie che rientrerebbero perciò in una seconda casistica, giacché sarebbero introdotte le ipotesi di

¹¹ L'interessato deve essere infatti in possesso del requisito reddituale, determinato con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in misura non inferiore a quello prescritto per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

concessione della cittadinanza: *a)* allo straniero che risiede legalmente in Italia da almeno cinque anni, anziché 10 anni, e in possesso di un requisito reddituale non inferiore a quello prescritto per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo; *b)* al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea che risieda legalmente da almeno tre anni in Italia; *c)* allo straniero regolarmente soggiornante da almeno tre anni a cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria o di apolide.

La differenza sostanziale che si verrebbe a determinare tra le due casistiche è quella relativa a una decisione che fa perno sul carattere della discrezionalità, dal momento che non vi è un automatico riconoscimento del diritto alla cittadinanza. Questo perché, fino a oggi, è l'Autorità amministrativa, come confermato da costante giurisprudenza, a valutare in maniera discrezionale, l'idoneità o meno del soggetto richiedente, previo parere del Consiglio di Stato¹². La proposta è però finalizzata a sottrarre tale discrezionalità amministrativa, introducendo una sorta di obbligo alla concessione come atto dovuto una volta verificati i requisiti prescritti dalla legge, traducendo quindi la posizione dell'interessato in un vero e proprio diritto soggettivo. La cittadinanza non verrebbe più concessa, ma acquistata. Peraltro, il requisito maggiormente rilevante ai fini dell'ottenimento della cittadinanza è quello della residenza legale, pur graduato sulla base dello *status* dello straniero richiedente. La permanenza sul territorio italiano deve essere infatti ininterrotta e attuale al momento della presentazione dell'istanza.

Per quanto riguarda però la seconda casistica, nelle more del procedimento, la proposta prevede l'attribuzione della cittadinanza, su istanza dell'interessato, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del sindaco del comune di residenza. In questo caso, perciò, il margine di discrezionalità rimarrebbe, anche se in capo al Capo dello Stato.

Naturalmente, così come è normata la procedura di acquisto, sono disciplinati anche i motivi preclusivi in caso di condanna, che però non operano in modo perpetuo, giacché cessano di sussistere in caso di riabilitazione o estinzione del reato.

Ultimo aspetto su cui si vuole porre adeguata attenzione è l'ipotesi della integrazione linguistica e sociale dello straniero, da realizzarsi grazie all'intervento dello Stato, che deve garantire l'offerta formativa per la conoscenza della lingua e della Costituzione italiane, quanto delle autonomie che devono concorrere con iniziative e attività finalizzate a sostenere il processo di integrazione linguistica e sociale dello straniero.¹³

¹² Proprio il Consiglio di Stato ha evidenziato in molteplici occasioni come la naturalizzazione costituisca un atto concessorio di tipo discrezionale. A tal proposito, si v. le sentt. nn. 258/1993, 798/1999 e 2494/2009. Si può qui peraltro richiamare come tale carattere discrezionale sia stato altresì reso noto attraverso una Circolare del Ministero dell'Interno del 5 gennaio 2007, con la quale “tenuto conto che l'atto concessorio della cittadinanza italiana basato sulla residenza nel territorio della Repubblica è, per concorde opinione della giurisprudenza, di natura squisitamente discrezionale, in ordine alle fattispecie di naturalizzazione disciplinate dall'art. 9 della legge n. 91/1992, l'Amministrazione deve verificare, sia i requisiti prescritti dalla legge, sia l'insieme di ulteriori elementi che motivino l'opportunità della concessione”.

¹³ Il concetto dell'integrazione è stato introdotto a livello normativo con legge sulla sicurezza (L. 94/2009), al fine di promuovere la convivenza tra cittadini italiani e stranieri.

3. Il tema dell'immigrazione

3.1. Il complesso guazzabuglio normativo fino al 2016: breve ma doveroso excursus

Troppo spesso i temi della cittadinanza e dell'immigrazione subiscono gli effetti delle diverse volontà politiche e delle rispettive posizioni ideologiche. In particolare, questo è quanto accaduto al tema dell'immigrazione, che oramai si è trasformato in un fenomeno strutturale, ma che è altresì oggetto di rinnovato interesse nell'ultimo periodo, non solo perché particolarmente “redditizio” sul piano del consenso elettorale, ma anche per la situazione di perenne stato “emergenziale” nel mar Mediterraneo¹⁴.

Inizialmente, il Legislatore non è intervenuto direttamente nella disciplina della condizione giuridica dello straniero, bensì la stessa è stata oggetto di normative di rango secondario, prive di organicità, finalizzate a limitare il soggiorno per motivi di ordine pubblico e sicurezza. Il quadro è stato ancor di più reso disorganico sia perché la questione è stata affrontata tamponando le diverse emergenze contingenti, sia perché si è intervenuti per recepire le normative europee e per adeguarsi alle diverse sentenze della Corte costituzionale italiana.

L'aggravarsi del fenomeno dei flussi migratori degli ultimi anni, fonte di “gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza” (C. cost., sent. 236/2008), ha perciò portato il Legislatore nazionale¹⁵ a intervenire a più riprese solo a partire dagli anni '80, modificando in maniera repentina il guazzabuglio normativo. Solo alla fine degli anni '90 il Parlamento è intervenuto con un'opera di parziale sistematizzazione, attraverso il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (l. n. 40/1998 c.d. Turco-Napolitano¹⁶, poi confluita nel d. lgs. 286/1998). In questo modo, fino al penultimo decennio dello scorso secolo, l'art. 10, co. 2, Cost. – che introduce una riserva di legge rinforzata e sottrae la materia alla discrezionalità dell'azione amministrativa dal momento che la condizione dello straniero deve essere disciplinata da fonti di rango legislativo conformi alle norme del diritto internazionale generale, pattizio e al diritto dell'Unione europea – è stato del tutto ignorato¹⁷.

¹⁴ M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/2016, p. 739 e ss.

¹⁵ In realtà i primi due interventi normativi risalgono alla fine degli anni '80, giacché in quel periodo sono state approvate le leggi nn. 943/1986, recante norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine, e 39/1990, la c.d. legge Martelli. Quest'ultima normativa, la prima ad avere carattere organico, ha introdotto nell'ordinamento italiano norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Alla normativa hanno fatto seguito il decreto-legge 14 giugno 1993, n. 187, convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296 (cd. decreto Conso) e alcuni decreti-legge, decaduti perché non convertiti (cd. Decreti Dini) adottati dal governo tra il 1995 e il 1996.

¹⁶ La legge aveva diversi obiettivi: innanzitutto quello di attuare una programmazione degli ingressi regolari, di prevedere percorsi di integrazione degli stranieri regolari, nonché quello di contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare.

¹⁷ L'art. 10, co. 2 Cost. è l'unico articolo di carattere generale che fa espresso riferimento alla condizione giuridica dello straniero. La dottrina costituzionalistica si è particolarmente interrogata se estendere anche ai non cittadini le situazioni giuridiche soggettive che trovano dignità costituzionale in altri articoli del Testo, mentre la Corte costituzionale ha più volte chiarito come non vi sia differenza tra cittadini e stranieri quando si tratta di alcuni diritti fondamentali. In questo modo, la Corte ha ritenuto che i diritti inviolabili, in particolar modo quelli garantiti dall'art. 2 Cost., da consuetudini e da norme internazionali, esulano da tali categorizzazioni (cittadini – non cittadini) e sono riconosciuti in quanto riferiti alla persona umana. A tal proposito si v. C. cost., sentt. nn. 203/1997, 105 e 252/2001, 432/2005, 324/2006, 148/2008.

Diversamente da quanto previsto dalla Costituzione italiana, per cui il cittadino gode di una piena libertà di circolazione, lo straniero non beneficia dello stesso grado di libertà. A tal ragione, la Corte costituzionale italiana ha rimarcato come “il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio” questo perché “le regole stabilite in funzione d’un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza [...] sono poste a difesa della collettività nazionale” (C. cost., sent. n. 353/1997).

Per questo motivo, l’ordinamento italiano ha disciplinato le modalità di ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato, bilanciando in maniera discrezionale con «interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione» (C. cost., sentt. nn. 206/2006 e 148/2008).

A tal ragione, per entrare nel territorio italiano, i cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea e gli apolidi devono essere in possesso di un documento di riconoscimento e del visto d’ingresso, rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari nello Stato di origine o di stabile residenza dello stesso straniero. Oltre ai permessi e visti di soggiorno per brevi periodi, è stato oggetto di regolamentazione quello di lungo periodo per gli stranieri che devono però dimostrare di avere sia un reddito sufficiente sia un alloggio idoneo. Inoltre, ai fini del rilascio, è necessario che il soggetto si sottoponga, con esito positivo, a un test di conoscenza della lingua italiana.

Nel caso in cui lo straniero entri nel territorio italiano in assenza dei requisiti necessari per l’accesso viene respinto dalla polizia presente ai valichi di frontiera. Ciò anche nel caso in cui riesca ad accedere o sia “temporaneamente ammesso per necessità di pubblico soccorso” ovvero perché chiedi asilo o rifugio politico. È necessario precisare che il respingimento non è però sempre automatico¹⁸, giacché è necessario verificare preventivamente se lo straniero abbia diritto o meno alla protezione internazionale, qualora il diretto interessato faccia richiesta di asilo/rifugio politico. Perciò l’*iter* prevede che lo straniero riceva una prima assistenza medica, venga identificato nei Centri di accoglienza (CDA) o Centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA) e poi indirizzato a seconda dello status. Nel caso sia qualificato come richiedente protezione internazionale viene trasferito in uno dei Centri di accoglienza richiedenti asilo (CARA), e poi in uno dei centri del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), ovvero nei Centri di accoglienza straordinaria (CAS). Nel caso in cui non sia possibile un collocamento in una di queste strutture, lo straniero viene trasferito in uno dei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) (art. 6.1 d.lgs. 142/2015).

Qualora il soggetto identificato non abbia diritto all’asilo o al rifugio politico, ovvero non ne abbia presentato richiesta, viene respinto tramite provvedimento differito del Questore. Tale provvedimento, che costituisce un atto amministrativo, è stato ritenuto dalla Corte costituzionale

¹⁸ In realtà, l’Italia è stata più volte condannata Corte europea dei diritti dell’uomo per i respingimenti automatici e collettivi determinati a seguito di accordi con alcuni Stati, in *primis* con la Libria di Gheddafi. Si v. sentt. 19.1.2010 Hussun e altri c. Italia; Grande Camera, 23.2.2012 Hirsi Jamaa ed altri c. Italia, Grande Camera 15.12.2016 Khlaifia e altri c. Italia.

limitativo non tanto della libertà di circolazione, quanto piuttosto della libertà personale e, per questa ragione, l'autorità chiamata a esprimersi deve essere quella giudiziaria (C. cost., sent. 275/2017).

Negli anni successivi sono intervenute molteplici modifiche, che hanno complicato il quadro normativo rendendolo particolarmente disorganico tra cui quelle introdotte dalla celebre “legge Bossi-Fini”, ossia la legge 189/2002, e non da ultimo quelle contenute nei recenti decreti-legge adottati nel triennio 2018-2020. In linea generale, tali normative se da un lato hanno apportato modifiche al Testo unico sull’immigrazione, dall’altro però non hanno alterato l’impianto complessivo di fondo. Le disposizioni contenute nel T.U., che si applicano ai cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi, indicati come “stranieri”, disciplinano tanto le regole di ingresso, soggiorno, stabilizzazione sul territorio e i doveri, quanto l’estensione dei diritti civili, sociali, politici al fine di realizzare un processo di integrazione degli stranieri regolari.¹⁹ Perciò, dopo un intervento modificativo particolarmente restrittivo inaugurato con la legge Bossi-Fini²⁰, il quadro normativo è stato ulteriormente oggetto di interventi. Dapprima per il recepimento della normativa sovranazionale (a seguito delle direttive 2003/109/CE, 2003/86/CE e 2003/83/CE) e poi con le leggi nn. 125/2008, d.lgs. 5/2007 e 94/2009, ribattezzate “pacchetto sicurezza” giacché recanti misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e divenute “celebri” perché hanno introdotto il c.d. aggravante di clandestinità, nonché sanzionato il reato di ingresso e soggiorno illegale²¹. In questo modo, il legislatore ha scelto di penalizzare la fattispecie attraverso l’introduzione del reato d’immigrazione clandestina, che comporta l’immediata espulsione.

Come dimostrato dai dati, però, tale misura non ha attenuato i costanti flussi migratori nei confronti dell’Italia e, al tempo stesso, ha comportato un’ambivalenza contraddittoria: coloro che prestano soccorso ai migranti, nel momento in cui intervengono con i salvataggi possono incorrere nel reato di favoreggiamento, dall’altro nel caso di inerzia possono incorrere nell’omissione di soccorso.

3.2. Dalla XVII legislatura...

Sul tramonto della XVII legislatura, oltre all’approvazione della legge n. 47 del 2017 (*“Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”*), sono stati approvati i decreti nn. 13/2017, recante disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia

¹⁹ Il diritto di asilo ha ottenuto invece disciplina normativa dapprima con il decreto-legge 416/1989 e in seguito attraverso atti di recepimento della normativa europea.

²⁰ La legge 189/2002 è stata peraltro oggetto di intervento da parte della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato la parziale illegittimità in ragione del fatto che alcune misure, nello specifico l’accompagnamento coatto, violavano gli artt. 13 e 24 della Costituzione. Cfr. C. cost., sentt. nn. 222 e 223 del 2004.

²¹ Come evidenziato da alcuni Autori, in merito al pacchetto sicurezza adottato nel corso della XVI legislatura si può parlare di “stratificazione di interventi normativi”. Si v. M. RUBECHI, *La stratificazione degli interventi normativi in materia di sicurezza nella XVI Legislatura: una rassegna*, in *Democrazia&Sicurezza*, I, 2011.

di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, e 14/2017 che ha introdotto disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città.

Il primo decreto, poi ribattezzato “Minniti” dal nome dell'allora Ministro dell'interno, è stato convertito in legge, con modificazioni, nell'aprile 2017. Il provvedimento ha introdotto una serie di misure tra cui: l'identificazione nei “punti di crisi” all'interno delle strutture di prima accoglienza dei cittadini stranieri soccorsi in mare o rintracciati come irregolari, con contestuale informazione su protezione internazionale, ricollocazione in altri Stati Ue e possibilità di rimpatrio volontario assistito. Contestualmente, lo stesso ha trasformato i centri di identificazione ed espulsione in centri di permanenza per i rimpatri, introdotto un Sistema Informativo Automatizzato (Sia) per il monitoraggio e il contrasto dell'immigrazione illegale e previsto una velocizzazione delle procedure di espulsione e rimpatrio nei confronti dei cittadini stranieri per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato e per motivi di prevenzione del terrorismo.²²

Il secondo decreto (14/2017) ha invece introdotto diverse disposizioni in materia di sicurezza pubblica e di sicurezza urbana, rafforzando tanto i poteri del sindaco, quanto le forme di coordinamento tra Stato e autonomie regionali e locali nella gestione delle politiche sul territorio.²³

3.3 ...alla XVIII Legislatura

In considerazione della necessità e urgenza di adottare, tra le altre cose, norme in materia di revoca dello *status* di protezione internazionale [...] e di introdurre norme per rafforzare i dispositivi a garanzia della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alla minaccia del terrorismo e della criminalità, è stato approvato il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113. Il testo, entrato in vigore il giorno successivo²⁴, reca disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del

²² In realtà, molteplici critiche sono state sollevate, di ordine generale e di ordine specifico. Per quanto attiene le questioni di ordine generale, il decreto conterrebbe misure restrittive del diritto di difesa e dunque in contrasto con quanto costituzionalmente previsto dagli artt. 24 e 111 Cost. Per quanto riguarda invece le questioni di ordine specifico, si può ricordare la misura con cui è stata prevista l'abolizione doppio grado di giudizio nel merito per le cause in materia di protezione internazionale e la trasformazione del rito (da sommario a camerale), che ha comportato un passo indietro alla situazione antecedente l'approvazione del d.lgs. 150/2011. Si v. G. SAVIO, *Le nuove disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale: una (contro) riforma annunciata*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2017.

²³ Sui contenuti del dl 14/2017 T.F. GIUPPONI, *Sicurezza urbana 2.0: luci e ombre del decreto Minniti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2/2017. Peraltro, con tale atto normativo è stato introdotto il cd. “daspo urbano”, una misura sanzionatoria di tipo amministrativo volta a tutelare la “sicurezza delle città” e il “decoro urbano” che prevede l'allontanamento. A tal proposito si v. A. MORELLI, *Daspo urbano: tornano davvero i sindaci sceriffo?* In *Lacostituzione.info*, 20 marzo 2017.

²⁴ Lo stesso Capo dello Stato, se in un primo momento ha fatto ricorso a tutta la *moral suasion* per la modifica della bozza, stanti le perduranti criticità, in occasione dell'emanazione del decreto, ha scritto al Presidente del Consiglio per sottolineare che “restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia”. Cfr. Testo del Comunicato del 4 ottobre 2018. Per un commento si v. G. MAROLDA, *Se per “sicurezza” e per “semplificare” c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla “leale collaborazione” tra Presidenza della Repubblica e Governo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 luglio 2019.

Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Per l'ennesima volta si parla di decreto sicurezza, un provvedimento che può definirsi bandiera del Governo Lega-M5S e fortemente voluto dal Vicepresidente del Consiglio e Ministro dell'Interno. Difatti Matteo Salvini, sin da subito, si è mostrato intenzionato nel voler accontentare le richieste dell'elettorato leghista e, al tempo stesso, risoluto nel voler fronteggiare la delicata questione dei continui sbarchi di immigrati sul suolo italiano. Egli non ha mai nascosto i suoi malumori nei riguardi dell'Unione europea, genericamente accusata di non attuare il principio di solidarietà né quello di aiuto reciproco tra gli Stati membri nelle situazioni di emergenza sociale e, perciò, disinteressata della questione migratoria a esclusivo svantaggio dell'Italia.

Il decreto-legge ha sollevato molteplici critiche sia di metodo sia di merito. Per quanto riguarda il metodo, il provvedimento sarebbe deficitario dei requisiti dell'eccezionalità ed urgenza, nonché dell'omogeneità rispetto ai contenuti, fondamenti costituzionalmente giustificativi per il ricorso a una siffatta tipologia di fonte. Alcuni autori hanno evidenziato come sarebbe una *risposta di natura esclusivamente securitaria, ignara della matrice personalistica del nostro diritto costituzionale e, dunque, fatalmente in conflitto con i principi del nostro ordinamento*.²⁵

Tra le novità del decreto (convertito dal Parlamento²⁶ con modificazioni nella legge n. 132/2018) che hanno destato maggiore criticità²⁷, si rileva quanto modificato con l'articolo 1, che ha comportato: l'abrogazione tanto della protezione umanitaria, quanto del permesso di soggiorno per motivi umanitari, l'introduzione di permessi di soggiorno "speciali" (in tutto settel), concessi alle vittime di violenza o di grave sfruttamento, a coloro che vertono in condizioni di salute di eccezionale gravità e a coloro il cui paese di origine si trova in situazioni di calamità naturale. Inoltre, è stata introdotta una nuova categoria di permesso di soggiorno, di cui beneficiano coloro che si impegnano in atti di particolare valore civile. Più in generale, la volontà di abrogare l'istituto, come si legge nella relazione di accompagnamento, è quella per cui si vuole porre fine a una "anomala sproporzione verificatasi tra il numero di riconoscimenti delle forme di protezione internazionale espressamente disciplinate a livello europeo e nel nostro ordinamento [...] e il numero dei rilasci del permesso di soggiorno per motivi umanitari".²⁸ Volontà politica che, intervenendo su fonti di rango primario, sembrerebbe però non considerare quanto costituzionalmente previsto: pur avendo abrogato la disposizione di rango legislativo sulla protezione umanitaria, rimane la protezione sottesa all'art. 10, terzo comma, Cost., norma

²⁵ C. SBAILÒ, *Immigrazione: il fallimentare approccio europeo e i limiti della risposta neo-sovranaista. (Note sui profili di costituzionalità e sulle criticità applicative del decreto-legge 113/2018 /c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi*, 3/2019.

²⁶ Il decreto sicurezza è stato peraltro oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale in due sentenze, vale a dire le nn. 194 e 195 del 2019. In entrambe le occasioni, la Corte ha però ritenuto inammissibili i ricorsi in via principale promossi da alcune Regioni per carenza di motivazioni. Per un commento si v. C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 agosto 2019; A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza (e le incertezze) della sentenza n. 194 del 2019*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 febbraio 2019.

²⁷ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il Decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, Fasc. n. 1/2019, pp. 1-39; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi*, n. 22/2018.

²⁸ AS 840, Relazione, cit. nt. 72, p. 3.

direttamente applicabile che “sterilizza – almeno in parte – la modifica normativa, in quanto manterrebbe la possibilità di rilasciare il permesso umanitario là dove esso sia attuativo del diritto di asilo (cioè, nei casi di privazione dei diritti fondamentali nel Paese di provenienza)”²⁹.

Per gli stranieri che non hanno diritto alla protezione, invece, il decreto ha esteso (da 90 a 180 giorni)³⁰ il periodo massimo di trattenimento all'interno dei centri di permanenza per i rimpatri e presso le strutture carcerarie (art. 2). In questo modo, in attesa del procedimento di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, lo straniero è collocato in Centri di permanenza per il rimpatrio.³¹ Anche se tale misura può destare dubbi circa la legittimità costituzionale, la stessa non sembrerebbe però essere manifestamente contraria con quanto tutelato dall'art. 13 Cost.

Oltre ad aver previsto due nuove ipotesi di trattenimento, in luoghi determinati e per tempi definiti, al fine di consentire l'accertamento dell'identità o la cittadinanza dello straniero richiedente protezione internazionale, è stato introdotto anche il trattenimento temporaneo dello straniero in attesa di provvedimento di espulsione, qualora non vi sia spazio all'interno degli affollati CPR. Pertanto, il giudice di pace, su richiesta del questore, può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero in strutture diverse, sino al procedimento di convalida. Tale misura però non è stata accolta positivamente, giacché rappresenterebbe una violazione del principio dell'*habeas corpus*, dal momento che la stessa non solo deve essere autorizzata da un giudice, ma altresì deve trovare fondamento giuridico in una fonte normativa.³² In questo modo, potrebbe seriamente determinarsi un arretramento dei diritti costituzionalmente garantiti del tutto inconcepibile.

Una delle misure che ha destato maggiore scalpore mediatico è quella relativa alla restrizione del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo. In particolare, il decreto ha comportato l'eliminazione del meccanismo di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, dopo le modifiche che hanno interessato il Sistema di protezione per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR ex art. 14 d.lgs. 142/2015). Il modello si basava su un sistema di accoglienza condivisa con gli enti locali del territorio e vedeva il coinvolgimento diretto tanto delle prefetture quanto dei comuni e delle associazioni di volontariato. Il sistema, che aveva registrato risultati positivi in termini di integrazione sociale, è stato ridotto a soli specifici casi, come quelli dei rifugiati, dei minori non accompagnati e dei titolari di protezione sussidiaria ovvero di permessi di soggiorno speciali per motivi umanitari.

²⁹ C. PADULA, op. ult. cit. Dello stesso avviso M. BENVENUTI, op. ult. cit.

³⁰ A dire il vero, è doveroso ricordare come già l'originario Testo unico sull'immigrazione fissava a 180 giorni la permanenza degli stranieri presso tali centri. Il periodo è stato poi ridotto a 90 con il dl 89/2011.

³¹ Alcuni Autori hanno evidenziato come il Legislatore sembrerebbe non aver accolto il rinnovato monito della Corte costituzionale, già espressasi in tema di accompagnamento coattivo alla frontiera con le sentt. 222/2004 e 109/2006 e in tema di trattenimento nei centri di permanenza con la sent. 105/2001. S. CURRERI, op. ult. cit. Con la sent. n. 275/2017, la Corte ha perciò invitato il legislatore a intervenire sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, giacché “tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.”.

³² C. SBAILÒ che richiama Consiglio Superiore della Magistratura, Parere ai sensi dell'art. 10 l. 24.3.1958, n. 195, sul decreto-legge 113 del 4 ottobre 2018.

Un'altra disposizione che ha sollevato forti dubbi in merito alla sua compatibilità con il dettato costituzionale è quella che introduce la revoca dello *status civitatis* (acquisita dallo straniero per matrimonio ovvero per naturalizzazione, o ancora, concessa allo straniero nato e residente in Italia fino alla maggiore età) nel caso in cui il soggetto commetta reati riconducibili a delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale per i quali la legge prevede la pena della reclusione non inferiore, nel minimo, a 5 anni o nel massimo a 10 anni.

La revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno. In questo modo, però, non solo si determina una palese disparità di trattamento³³ tra il cittadino reo delle stesse fattispecie criminose e lo straniero che ha acquisito a cittadinanza, comportando perciò una lesione del principio di eguaglianza sotteso all'art. 2 Cost, ma parimenti si impedisce al soggetto di poter beneficiare dei diritti connessi alla cittadinanza, in particolar modo per quanto attiene alla libertà di circolazione. Senza contare che, in mancanza di una espressa smentita, con la revoca potrebbe ingenerarsi una situazione di apolidia, violando perciò l'art. 8.1 della Convenzione ONU.³⁴

Il tema della "sicurezza" ha trovato declinazione anche a livello geografico. Difatti, il decreto ha attribuito al Ministro degli affari esteri di adottare un elenco di Paesi di origine considerati "sicuri" da tenere in considerazione per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate dagli stranieri.

A rendere più ostico il sistema di accoglienza vi è una ulteriore misura: lo straniero richiedente protezione internazionale condannato in primo grado ovvero denunciato per alcune fattispecie di reato (come ad es. per terrorismo, omicidio, violenza sessuale, etc.), dopo essere stato audito, può vedere rigettata la domanda ed essere espulso per decisione della Commissione territoriale competente. Peraltro, il decreto 113/2018 ha previsto che, anche in caso di ricorso, l'esecuzione

³³ S. CURRERI, op. ult. cit, p. 13.

È doveroso ricordare come il dibattito dottrinario sull'art. 3 della Costituzione è molto risalente. La Dottrina degli anni '60 del Novecento era divisa sulla possibilità di estendere le disposizioni costituzionali anche agli stranieri, là dove non c'è un esplicito riferimento ai cittadini. La Corte costituzionale ha tentato di risolvere questa rigida polarizzazione, affermando che in tema di diritti degli stranieri è necessario partire dall'art. 3 della Cost., da leggersi in maniera sincronica con gli artt. 2 e 10 Cost. Cfr. C. Cost., sent. 120/1967. Si ricorda qui brevemente che per la Corte tra i diritti ritenuti estranei alla condizione di non cittadino vi sono il diritto di incolato (art. 16 circolazione e soggiorno), i diritti politici (anche se si sta registrando una certa apertura) e i diritti sociali. In quest'ultimo caso, non dovrebbe incidere il criterio della cittadinanza. Un caso particolare ha destato il divieto di segnalazione in merito al reato di clandestinità, fattispecie introdotta con la legge 94/2010. La Corte costituzionale è intervenuta con due sentenze, nn. 249 e 250 del 2010, con cui ha dichiarato incostituzionale l'aggravante della clandestinità per violazione dell'art. 3 (ma non solo) Cost, giacché "la condizione giuridica dello straniero non deve essere [...] considerata [...] come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona". Sui diritti sociali agli stranieri F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013.

³⁴ La misura della denazionalizzazione, ossia la privazione della cittadinanza nazionale da parte di uno Stato, non è nuova nel quadro comparato, giacché prevista in diversi paesi, tra cui Austria, Australia, Belgio, Danimarca, Francia, Paesi Bassi, Regno Unito, Norvegia. L'ipotesi, non così recente, di costituzionalizzare tale misura è stata tentata in Francia, su cui sia consentito il rinvio: G. STEGHER, *La revoca dello status civitatis in Costituzione: una riforma fallita*, in *Democrazia&Sicurezza*, n.3/2016. Più recentemente, F. RAIMONDO, *Il privilegio della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quad. Cost.*, 2/2019. Per una ricostruzione del tema in un'ottica comparata, si v. E. GROSSO, *Cittadinanza e territorio: lo ius soli nel diritto comparato*, Editoriale Scientifica, 2015.

del provvedimento di espulsione sia immediata. Ciò anche se il provvedimento di allontanamento deriva da una condanna di primo grado ovvero da una denuncia, sollevando perciò dubbi, perché rappresenterebbe una violazione della presunzione di non colpevolezza che fa capo all'art. 27 comma 2 Cost. e dunque derogatoria del sistema di garanzie costituzionalmente previsto.

Peraltro, tale misura di allontanamento così come delineata dal Legislatore, dunque con un allontanamento immediato prima di aver appurato la effettiva colpevolezza dello straniero, se da un lato può comportare che lo stesso possa essere esposto a gravi pericoli una volta rimpatriato nel paese di origine³⁵, dall'altro impedisce il diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 Cost.

Inoltre, il decreto ha non solo previsto l'esclusione dei richiedenti asilo dall'anagrafe dei residenti, ma altresì il divieto per gli stranieri inclusi nella rete SPRAR di eleggere domicilio nel Comune in cui sono stati inseriti. In questo modo, gli stranieri titolari di un temporaneo permesso di soggiorno, benché possano essere identificati e circolare nel territorio italiano, non possono però registrarsi all'anagrafe. Una disposizione così congeniata, anche se in perfetta sintonia con quanto disposto dall'art. 16 Cost. (libertà di circolazione e soggiorno), rappresenterebbe una violazione dell'art. 14. Cost (libertà di domicilio), determinando quindi una palese discriminazione, già sanzionata dalla Corte costituzionale in passato (sent. 306/2008). Come se ciò non fosse sufficiente, tale divieto costituisce un impedimento all'accesso e al godimento di alcuni diritti sociali.

In continuità con il decreto 113/2018, poco prima dell'esperienza del Governo di contratto a trazione leghista-pentastellata, l'Esecutivo ha adottato un altro decreto-legge, il n. 53/2019, ribattezzato "decreto sicurezza-bis". Il provvedimento reca, tra le altre cose, disposizioni urgenti in materia di contrasto all'immigrazione illegale e di ordine e sicurezza pubblica. Questo perché, come si legge nel decreto, era straordinariamente necessario e urgente: prevedere misure volte a contrastare prassi elusive della normativa internazionale e delle disposizioni in materia di ordine e sicurezza pubblica, rafforzare il coordinamento investigativo in materia di reati connessi all'immigrazione clandestina, implementando, altresì, gli strumenti di contrasto a tale fenomeno, e, infine, potenziare l'efficacia delle disposizioni in tema di rimpatri.

Tra le misure maggiormente di rilievo spiccano l'attribuzione al Ministro dell'interno, in quanto Autorità nazionale di pubblica sicurezza, di limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero per violazione delle leggi di immigrazione vigenti. In caso di inosservanza del divieto, il decreto ha introdotto la sanzione di tipo amministrativo-pecuniario che consiste nel pagamento di una somma da 150.000 mila a 1 milione di euro, cui si aggiunge la sanzione accessoria della confisca, preceduta da sequestro immediato dell'imbarcazione. È evidente come nella redazione del provvedimento abbiano inciso fortemente i fatti di estremo impatto mediatico del caso della nave Sea Watch 3 e della politica del "chiudiamo i porti".³⁶ Anche in occasione della promulgazione della legge di

³⁵ A tal proposito, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha posto l'attenzione sulla valutazione della "gravità dell'illecito considerato" (II sez., 13 settembre 2018, C-369/17).

³⁶ In occasione di alcuni fatti, in particolare a seguito dell'*affaire* Diciotti, l'allora Ministro Salvini è stato accusato dalle Procure della Repubblica di Agrigento, Catania e Palermo dei reati di sequestro di persona, abuso d'ufficio e arresto illegale, con la contestuale trasmissione degli atti del procedimento al Tribunale dei Ministri, sulla base di quanto sancito dalla legge

conversione, il Presidente della Repubblica non ha mancato di far pervenire le sue osservazioni.³⁷

Nonostante la fine dell'esperienza del governo giallo-verde e a dispetto di quanto dottrina e organi di controllo interno ed esterno della forma di governo parlamentare (Capo dello Stato e Corte costituzionale)³⁸ avessero lasciato presagire con i rispettivi interventi, il nuovo Esecutivo Conte-bis – basato sulla maggioranza Pd-M5S – è intervenuto nuovamente in materia di immigrazione con volontà di parziale correzione. Un *aggiustamento, ma non una rottura*.³⁹

All'esito dell'importante dibattito politico e dell'eco mediatica che ha accompagnato la discussione negli ultimi anni, il Legislatore, o meglio, di nuovo il Governo con decretazione di urgenza, è intervenuto nel complesso quadro normativo. Pertanto, l'ultimo intervento in ordine di tempo è il decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130 recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale. Appare dunque evidente che le tematiche principali su cui si fonda l'intervento normativo sono due: da un lato la materia dell'immigrazione in ordini a diversi aspetti; dall'altro il codice penale con specifico riguardo a taluni reati, modificando previsioni già presenti e innovando con nuove disposizioni. A queste due principali aree di intervento si aggiungono misure specifiche eterogenee: Daspo urbano, ulteriori modalità di contrasto al traffico di stupefacenti via internet e modifiche urgenti alla disciplina sul Garante dei detenuti.

Ad ogni modo, nonostante le perplessità iniziali, il provvedimento è stato poi convertito dal Parlamento con la legge 18 dicembre 2020, n. 173. Le considerazioni che seguono attengono ai principali profili di metodo e di merito.

Innanzitutto, con specifico riguardo ai profili di metodo, i primi due elementi di continuità rispetto al passato sono la palese disomogeneità contenutistica del provvedimento e il costante abbinamento concettuale tra immigrazione e sicurezza, giacché la prima è comunicata e percepita

costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. Il procedimento giurisdizionale si è concluso con l'archiviazione perché il fatto non costituisce reato. Si v. A. CIANCIO, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in *Federalismi*, 4 settembre 2019.

³⁷ Oltre a sottolineare la disomogeneità contenutistica tra il decreto originario e la legge di conversione, il Capo dello Stato ha posto attenzione su due profili che suscitano rilevanti perplessità. Il primo profilo è quello relativo ad alcune misure sanzionatorie, in ragione del fatto che le stesse risultano slegate da parametri oggettivi e che la loro applicazione dipende dalla discrezionalità di un atto amministrativo. Il secondo profilo riguarda la non applicabilità della causa di non punibilità della 'particolare tenuità del fatto' quando il reato è commesso da un pubblico ufficiale. Questo perché la nozione di pubblico ufficiale è eccessivamente generica e pertanto il giudice potrebbe trovarsi nella condizione di non valutare la concreta offensività delle condotte. Sul ruolo di garante del rispetto della legalità costituzionale del Presidente Mattarella si v. G. AZZARITI, *I problemi di costituzionalità dei decreti sicurezza e gli interventi del Presidente della Repubblica*, in *Diritto pubblico*, 3, 2020, p. 639 ss.

³⁸ In aggiunta al già citato richiamo del Presidente Mattarella, è possibile richiamare le sentenze della Corte costituzionale nn. 194/2019, in tema di riparto di competenze, e 186/2020 in tema di iscrizione anagrafica ai richiedenti asilo.

³⁹ C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

come *minaccia e quindi come problema di sicurezza pubblica*⁴⁰. Peraltro, il Governo persevera nell'intervenire costantemente con la fonte del decreto legge, in continuità rispetto al passato. Si potrebbe pensare che, stante la perdurante emergenza e pur volendo accogliere le motivazioni – come si legge nella relazione illustrativa dell'ultimo decreto-legge – di chiarimento e rimodulazione,⁴¹ vi sia o una pigrizia di intenti ovvero un conflitto eccessivo che impedisce un serio confronto sul tema. A dirla in altri termini, si deduce come si palesi una evidente “*incapacità da parte del potere pubblico di approntare misure idonee a regolare il fenomeno sul lungo periodo in maniera efficace*”⁴². Il decreto-legge è indubbiamente quella fonte che legittima l'adozione da parte del Governo di provvedimenti provvisori con forza di legge e che pone le Camere dinanzi a un *aut aut*: o si converte entro i 60 giorni oppure decade, con innumerevoli problemi di ordine giuridico per i rapporti sorti nel frattempo. Peraltro, a voler essere precisi, troppo spesso il decreto-legge è adottato non rispettando i presupposti di straordinaria necessità e urgenza, previsti dall'art. 77 Cost., costringendo a un'interpretazione eccessivamente elastica.

Per quanto riguarda invece i profili di merito, anche in questo caso vi sono tanto elementi di continuità quanto di rottura. La prima continuità si registra negli intenti, dal momento che perdura l'assenza della protezione umanitaria, abolita il decreto sicurezza 2018. Pur perseverando rispetto alle scelte passate, benché si sia scelto di non reintrodurre l'istituto, si è comunque voluta ampliare la protezione speciale, in attuazione dell'art. 10, terzo comma Cost. Tant'è che trattasi di un permesso di soggiorno speciale, senza una reviviscenza della precedente denominazione e la *ratio* è presumibilmente ascrivibile a opportunità politico-istituzionali. Tale permesso è tramutabile in altre tipologie, la cui motivazione può essere legata a esigenze di lavoro, di calamità, religiosa, ovvero per ragioni legate all'assistenza medica dei minori, etc.

Strettamente connessa al tema dei permessi è la questione del loro riconoscimento, rispetto al quale si è registrato un timido segnale di rottura rispetto al passato. Difatti, il divieto di espulsione e respingimento non si applica più solo nel caso in cui si palesino rischi concreti di tortura o di trattamenti inumani o degradanti, ma anche nel caso in cui ricorrano gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Formulazione del tutto assente nel precedente decreto, ma comunque richiamata dal Capo dello Stato in occasione della promulgazione e su cui è tornata più volte la giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) in tema di garanzia dei diritti costituzionali per gli stranieri.⁴³ Parimenti, non è possibile decretare il respingimento o l'espulsione “qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare”, diritto tutelato dall'art 8 della

⁴⁰ Si v. C. CORSI, op. ult. cit.; J. DE VIVO, *Il nuovo decreto legge n. 130/2020 in materia di immigrazione e sicurezza: continuità o rottura?*, in *Democrazia&Sicurezza*, 1/2021; N. Rossi, *Immigrazione e protezione internazionale e umanitaria nel tempo dell'epidemia. Scegliere la ragionevolezza o alimentare risentimenti?*, in *Questione Giustizia*, 3/2020.

⁴¹ Sul frequente ricorso alla decretazione d'urgenza in materia di immigrazione e asilo, cfr. C. CORSI, *L'incessante disciplina “emergenziale” dell'immigrazione e dell'asilo*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali. Commento al decreto legge n. 130/2020*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

⁴² P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti dei diritti non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto pubblico*, 3/2019.

⁴³ P. BONETTI, op ult cit.

Cedu. Questo però qualora non sussistano ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e di sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute che potrebbero arrecare pregiudizio e dunque comporterebbero il respingimento e impedirebbero il rilascio del permesso di soggiorno. È stata sollevata però una giusta osservazione in dottrina⁴⁴ in merito all'incerta interpretazione che deriva dalla disposizione così come formulata. La salute è quel diritto fondamentale della persona che prescinde dalla cittadinanza e perciò non dovrebbe “*essere negato se tale allontanamento sia reso necessario per tutelare la salute*”.⁴⁵ Il precipitato di tale interpretazione comporta che questo diritto sia riconosciuto anche agli stranieri (C. Cost. sent. N. 432/2005). Ed è facilmente ipotizzabile uno scontato un intervento della giurisprudenza che fornirà una chiara interpretazione.

L'aspetto dei permessi di soggiorno per i lavoratori è stato parzialmente toccato. Difatti, molte ipotesi di permessi sono stati trasformati in permessi di soggiorno di altra tipologia (calamità, salute, etc.)⁴⁶, anche se è doveroso osservare che l'ordinamento risulta essere tuttora deficitario di una disciplina organica e in ogni caso devono essere rispettate talune condizioni.

Il decreto mitiga, senza però eliminare, i divieti di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali per le imbarcazioni (che non siano militari o governative) introdotti con il decreto sicurezza del 2019, soprattutto con riguardo alle misure sanzionatorie pecuniarie. In questo modo, si accolgono parzialmente i richiami del Capo dello Stato. Tale misura si riconnette naturalmente alla questione delle operazioni di soccorso in mare effettuate da imbarcazioni delle ONG. Pur mantenendo la misura interdittiva di competenza del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro dei trasporti, e fermo restando quanto previsto dall'art. 83 del Codice della navigazione, sono state tipizzate le ragioni: “per motivi di ordine e sicurezza pubblica” o per “violazione delle leggi di immigrazione vigenti” ai sensi di quanto sancito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Così come formulata, la disposizione lascia intendere la possibilità di applicare una sorta di deroga per le operazioni soccorso comunicate al centro di coordinamento competente e allo Stato di bandiera, che dunque consentirebbe alle navi di poter soccorrere i migranti senza incorrere nel potere interdittivo del Ministro dell'Interno e alle misure di carattere sanzionatorio.⁴⁷ L'aspra sanzione amministrativa introdotta dal decreto Salvini, che prevedeva da parte del comandante il pagamento di una ingente somma e la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, non solo è stata mitigata a livello economico, ma si è altresì deciso di trasformare la violazione sanzionata da illecito amministrativo in reato penale, nonché di abrogare la parte in cui veniva decretata la confisca dell'imbarcazione.

Nonostante l'intento di voler prendere le distanze dalla politica “porti chiusi”, quel che emerge è che in realtà si vuole “*conservare la sovranità delle autorità statali sulla gestione dei flussi migratori e sul*

⁴⁴ E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021.

⁴⁵ E. ROSSI, cit. p. 80.

⁴⁶ Sulla differenza tipologica dei vari permessi di soggiorno per cure mediche, per calamità naturale e per i neo-maggiorenni si v. J. DE VIVO, op. ult. cit., E. ROSSI, op. ult. cit.

⁴⁷ J. DE VIVO, op. ult. cit., che definisce la deroga una *clausola di esclusione*.

*controllo dei confini nazionali*⁴⁸. Perciò, oltre a intervenire sul sistema di accoglienza, fortemente circoscritto dal “decreto Salvini” ai soli titolari della protezione internazionale ovvero dei nuovi permessi, il decreto è altresì intervenuto sull’iscrizione anagrafica. Tale modifica si è resa necessaria non solo per il dibattito e le numerose modifiche legislative intercorse a proposito, ma a maggior ragione a seguito della sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale, con cui il Giudice delle leggi ha dichiarato l’incostituzionalità della disposizione del primo decreto Salvini che non consentiva l’iscrizione dei richiedenti asilo, per violazione del principio di eguaglianza.⁴⁹

Il problema dell’iscrizione anagrafica è perciò stato risolto prevedendo la possibilità per il richiedente protezione internazionale di iscriversi all’anagrafe della popolazione residente, ai sensi del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223 (Regolamento anagrafico della popolazione residente).

Dal momento che è ben noto come i centri di permanenza e rimpatrio sono divenuti nel tempo luoghi di permanenza a lungo termine, spesso e volentieri ricettacolo di disagio sociale, il decreto è intervenuto attraverso una riduzione dei termini massimi per il trattenimento prima dell’espulsione. Non solo, è stato previsto anche un ordine di priorità rispetto al trattenimento per quei cittadini stranieri che siano considerati una minaccia per l’ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per alcune fattispecie di reato (stupefacenti, favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, reclutamento di persone da destinare alla prostituzione). In aggiunta a ciò, sebbene le tempistiche per il trattenimento dei richiedenti protezione non sia stato oggetto di modifiche, comunque sono stata introdotte ulteriori tipologie di detenzione amministrativa.

Per quanto attiene al profilo dell’accoglienza dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, il nuovo decreto sicurezza interviene ulteriormente, a parziale rettifica di quanto già modificato con il primo decreto Salvini. Il previgente Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati (cd. Siproimi, che a sua volta aveva sostituito il precedente Sistema di protezione per chiedenti asilo e rifugiati – cd. Sprar) viene ora a essere tramutato in Sistema di accoglienza e integrazione (Sai), che dovrebbe accogliere non solo i titolari di protezione internazionale, i minori non accompagnati e i titolari di taluni permessi di soggiorno, ma altresì i richiedenti asilo. Tale struttura eroga due livelli di prestazioni: da un lato una prestazione di base per i richiedenti protezione internazionale, che possono così beneficiare di servizi quali l’accoglienza materiale, l’assistenza sanitaria e quella socio-psicologica, corsi di lingua italiana, etc.; mentre il secondo è relativo a tutti gli altri soggetti e prevede servizi aggiuntivi,

⁴⁸ F. VENTURI, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell’art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021.

⁴⁹ L’originaria disciplina della iscrizione anagrafica trovava fondamento nel d.lgs. n. 142/2015 (“Attuazione della direttiva 2013/33/UE), nonché della direttiva 2013/32/UE). Dopodiché il legislatore è intervenuto dapprima con il d.l. n. 13/2017 (Decreto Minniti) e poi con il dl 113/2018 (Decreto Salvini). Per una ricostruzione della situazione prima e dopo la sentenza 186/2020, si v. N. Canzian, *L’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n.186/2020 della Corte costituzionale*. Si ricorda che la questione all’origine della vicenda, che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità, è divenuta celebre come la ribellione dei Sindaci al primo decreto-sicurezza di Salvini. Apripista della vicenda è stato il Sindaco di Palermo Leoluca Orlando, che aveva deciso di sospendere gli effetti del decreto, cui si sono adeguati, anche se con ragioni e modalità diverse, altri Sindaci e poi alcune Regioni italiane.

quali l'orientamento al lavoro e la formazione professionale.⁵⁰ Per evitare che i centri di prima accoglienza possano tramutarsi in centri di detenzione e di disagio che violano i diritti fondamentali e ledono la dignità umana, è stato introdotto il rispetto di standard igienico-sanitari ed abitativi, secondo i criteri e le modalità stabiliti con decreto adottato dal Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della salute, sentita la Conferenza unificata. Si prevede altresì che siano erogati, oltre alle prestazioni di accoglienza materiale, l'assistenza sanitaria, l'assistenza sociale e psicologica, la mediazione linguistico-culturale, la somministrazione di corsi di lingua italiana e i servizi di orientamento legale e al territorio; e che siano assicurati il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze.

Ultimo aspetto su cui si vuole in questa sede soffermarsi è la questione della revoca della cittadinanza. In occasione del cambio di passo auspicato, ci si aspettava che l'art. 14 del decreto del 2018 venisse abrogato in ragione della sua evidente incostituzionalità rispetto al principio di eguaglianza. Al contrario, l'unica modifica che ha interessato l'istituto è stata quella della riduzione del tempo di conclusione del procedimento, che nel decreto del 2018 era stato irragionevolmente innalzato a quattro anni, mentre con il decreto 2020 è stato ridotto a 2 anni, prorogabili fino al massimo di trentasei dalla data di presentazione della domanda.

4. Considerazioni di sintesi

Nel ripercorrere la legge che disciplina le modalità di acquisto della cittadinanza e i diversi interventi di rivisitazione legislativa in tema di immigrazione, emergono alcune considerazioni di metodo e di merito.

Innanzitutto, in tema di cittadinanza, la legge è oltremodo risalente e pertanto il dato normativo risulta essere slegato dalla realtà attuale, dal momento che si basa prevalentemente su un modello familistico-ereditario, mentre il procedimento di naturalizzazione è ancora piuttosto rigido. Questo comporta che se da un lato i figli di cittadini italiani emigrati all'estero beneficiano in maniera pressoché automatica della cittadinanza (benché non abbiano alcun legame con il nostro Paese), dall'altro invece gli immigrati di seconda e terza generazione, pur nati e/o cresciuti nel territorio italiano (e che non hanno familiarità con il paese di origine dei genitori) sono costretti a interfacciarsi con rilevanti impedimenti di tipo burocratico, oltre a subire attese estenuanti.

Il fenomeno migratorio e la mobilità transnazionale sono andati crescendo a livello esponenziale nel corso degli ultimi trent'anni, così come è aumentato il numero di migranti che decidono di stabilirsi nel nostro paese, rendendo l'Italia il luogo ove mettere radici. Di ciò andrebbe tenuto conto, ed è a tal ragione che sarebbe necessaria una modifica della legge sulle

⁵⁰ Sul punto si v. F. BIONDI DAL MONTE, *Il sistema di accoglienza e integrazione e i diritti dei minori stranieri. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. n. 130/2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021

modalità di acquisto della cittadinanza, che recepisca i cambiamenti avvenuti a livello demografico e sociale, nell'alveo di un processo di integrazione dei nuovi membri nella comunità.

Benché numerosi siano stati i tentativi di modifica, nessuno dei progetti di legge presentati alle camere è mai giunto all'approvazione in via definitiva. Questo dimostra come alla base non vi sia il necessario consenso politico che vada al di là della mera propaganda e del convincimento, veicolato da taluni esponenti, che l'estensione della cittadinanza costituisca un incentivo agli sbarchi. Tale consenso sarebbe invece necessario per affrontare il tema con la dovuta considerazione, al fine di aggiornare il quadro normativo. È naturale che le principali ostilità politiche, che impediscono il confronto, sono da riconnettersi a un piano più generale, dal momento che la questione della cittadinanza incide sulla sovranità e sulla forma di Stato. A ciò deve aggiungersi che Parlamento e Governo sono più esposti al consenso popolare, che invece non coinvolge gli organi di garanzia, più liberi di ragionare in termini di diritti costituzionali. Ed è per questo che emerge un difficile equilibrio tra Costituzione e consenso.

Di contro, in tema di immigrazione, i provvedimenti adottati nell'arco temporale degli ultimi anni sono stati particolarmente numerosi, spesso e volentieri adottati sull'onda emotiva delle "crisi" e dei costanti flussi migratori nel Mediterraneo, che vedono l'Italia tra i primi approdi. In questo caso le osservazioni sono due: la prima è connessa alla prevalenza del Legislatore (*rectius* del Governo) a intervenire con decreto-legge, fonte di rango primario che consente di adottare «provvedimenti provvisori con forza di legge» nei casi di straordinaria necessità e urgenza. La seconda attiene invece al problema della sicurezza, cui è stato strettamente connesso il tema dell'immigrazione, come se nel tempo fosse divenuto un binomio obbligato. Sebbene già dal 2008 si era tentato di dare una definizione e una delimitazione al concetto di sicurezza con l'allora decreto Maroni, lo stesso è stato poi ripreso e ampliato nella sua descrizione dal decreto Minniti. La giustificazione potrebbe verosimilmente essere rinvenuta non solo nella presenza di sacche di degrado urbano e disordine sociale nel tessuto delle città, ma parimenti nel fenomeno del terrorismo, che si è manifestato in tutta la sua tragicità a partire dal 2001. Appare dunque evidente come il Legislatore, intervenuto in tema di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero, abbia fatto ricorso alla "sicurezza" e alle problematiche che potrebbero metterla a repentaglio in misura vieppiù crescente, non solo nel contenuto nei decreti, ma addirittura, in tempi più recenti, nel titolo stesso dei provvedimenti. In questo senso ne sono testimonianza il "pacchetto sicurezza" del 2008-2009 e i "decreti sicurezza Salvini". Come se l'immigrazione, oltre a generare una situazione di straordinaria necessità e urgenza che merita più di un intervento normativo da adottare nell'immediatezza, sortisse anche effetti sulla sicurezza pubblica e quindi necessitasse di interventi di natura prevalentemente securitaria ed emergenziale. Peraltro, rispetto all'apatia normativa in tema di cittadinanza, si è registrata invece una netta asimmetria, che mette in luce una eccessiva ipertrofia legislativa per quanto riguarda l'immigrazione.

Quello che si auspica è la fine della stagione emergenziale, dal momento che l'immigrazione è oramai un fenomeno strutturale, per lasciare spazio alla realizzazione di un approdo legislativo di portata sistematica, che possa regolare in maniera adeguata il fenomeno nel lungo periodo.

ABSTRACT

Il contributo si propone di riprendere e analizzare il complesso percorso normativo degli ultimi anni in tema di cittadinanza e immigrazione. Entrambi necessitano di una complessa e sistematica riorganizzazione legislativa in ragione del mutato contesto non solo nazionale, ma anche internazionale. Questo perché non è più possibile ignorare gli effetti che la globalizzazione e le politiche migratorie hanno ingenerato nel quadro italiano.

The contribution aims to resume and analyse the complex legislative process of recent years on citizenship and immigration. Both need a complex and systematic legislative reorganisation due to the changed context, not only national but also international. It is no longer possible to ignore the effects that globalisation and migration policies have generated in the Italian framework.

PAROLE CHIAVE:

cittadinanza; immigrazione; ius culturae; sicurezza.

KEYWORDS:

citizenship; immigration; ius culturae; safety.



Alfonso Vuolo*

L'ambiente e il problematico assetto delle competenze tra Stato e Regioni**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. In principio fu l'urbanistica. – 3. La legge costituzionale n. 3 del 2001. – 4. L'evoluzione giurisprudenziale. – 4.1. Segue: a) l'espansione della materia. – 4.2. Segue: b) la trasversalità. – 4.3. Segue: c) la prevalenza. – 4.4. Segue: d) il punto di equilibrio. – 5. Alcune considerazioni d'insieme. – 6. Postilla.

1. Premessa

L'ambiente, lo si sa, è termine polisemico; è refrattario a catalogazioni definitive, tendendo a trasfigurare nel corso del tempo. Tra i molteplici significati ad esso ascritti nel dizionario Treccani, ai fini del nostro discorso può prediligersi il seguente: “[...] la natura, come luogo più o meno circoscritto in cui si svolge la vita dell'uomo, degli animali, delle piante, con i suoi aspetti di paesaggio, le sue risorse, i suoi equilibri, considerata sia in sé stessa sia nelle trasformazioni operate dall'uomo e nei nuovi equilibri che ne sono risultati, e come patrimonio da conservare proteggendolo dalla distruzione, dalla degradazione, dall'inquinamento”.

Da queste poche righe si trae conferma che siamo di fronte ad un concetto in continuo divenire.

Di ciò v'è traccia profonda anche nel mondo giuridico e, in specie, nell'ordinamento italiano laddove il tema, pure essendo affiorato di recente, ha poi assunto un rilievo preponderante, con particolare riguardo al sistema delle competenze – specie normative – tra i diversi enti in cui si articola la Repubblica (art. 114, Cost.).

In effetti, man mano che la compromissione degli equilibri naturali è andata incalzando si è diffusa nella coscienza civile un'esigenza di protezione dell'ambiente, che, inevitabilmente, si è poi riflessa nel campo della produzione normativa e giurisprudenziale.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

2. In principio fu l'urbanistica

Ai fini della nostra indagine, conviene prendere le mosse dal d.P.R. n. 616 del 1977¹: in occasione del secondo trasferimento di funzioni dallo Stato agli enti territoriali, la “protezione dell'ambiente” ebbe finalmente riconoscimento normativo, venendo ricondotta all'urbanistica², materia che, come noto, l'art. 117, nella sua versione originaria, annoverava tra quelle di competenza legislativa concorrente³. Fu un'opzione coerente con la vocazione espansiva – allora in atto – dell'urbanistica, che finì con il comprendere la disciplina di tutti gli aspetti concernenti l'uso del territorio⁴.

Il testo originario della Costituzione, infatti, non stabiliva alcuna disposizione specifica, diversamente da quanto compiuto con riferimento al paesaggio (art. 9)⁵ e alla tutela della salute (art. 32). D'altronde, nello stesso sistema disegnato dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, risalente al 1950, è la Corte di Strasburgo molti anni dopo a ricavare, in chiave soggettiva o individualistica, il diritto a un ambiente sano dall'art. 8, dedicato al diritto al rispetto della vita privata e del domicilio⁶.

Analoga interpretazione estensiva farà la Corte costituzionale che ascriverà alle previsioni degli articoli 32 e 9 il “valore” dell'ambiente, plasmato però in una duplice accezione: di diritto fondamentale della persona, prima, e di interesse della collettività, poi⁷.

Può notarsi che in giurisprudenza affiorava una linea di pensiero molto più avanzata, proprio perché fondante su elementi valoriali, che, di per sé, favoriva la naturale ascensione di tali interessi verso le vette del sistema giuridico. E in ciò aveva una determinante influenza il rapporto, che potremmo definire osmotico, tra paesaggio e ambiente⁸. Si è discusso di sovrapposizione, in

¹ In precedenza, l'aspetto problematico era venuto in evidenza ma l'orientamento era stato nel senso di ritenere che la singola attività, riconducibile in astratto al concetto di ambiente, avrebbe potuto essere intestata, di volta, in volta, ad un ambito materiale statale o regionale. Si veda la recente ricostruzione di P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *federalismi.it*, 20/2020, 123 ss.

² L'art. 80, d.P.R. n. 616 del 1977, stabilisce che: “Le funzioni amministrative relative alla materia "urbanistica" concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente”.

³ In effetti, l'ambiente e le bellezze naturali sono tutte ricondotte all'interno del settore organico “assetto e utilizzazione del territorio”. Sul conferimento di funzioni per settori organici si veda S. STAIANO, *Art. 5*, Roma, 2017, spec. 45 e ss.

⁴ N. PIGNATELLI, *Il “governo del territorio” nella giurisprudenza costituzionale: la recessività della materia*, Torino, 2012, spec. 21 e ss. Riguardo al concetto di panurbanistica si veda, tra gli altri, A. CROSETTI, *Territorio (pianificazione del)*, in *Noviss. Dig.*, X Appendice, VII, Torino, 1987, 750 e ss.

⁵ *Il testo costituzionale risente, per un verso, della coscienza collettiva dell'epoca in cui è stato elaborato e, per l'altro, della pregressa esperienza normativa. Il riferimento al paesaggio, ad esempio, non fu casuale, tenuto conto, in particolare, della legge 29 giugno 1939, n. 1497, recante “Protezione delle bellezze naturali”, che introduceva una serie di penetranti vincoli proprio in ragione del loro notevole interesse pubblico, come esplicitato dall'art. 1. Il punto è bene evidenziato da S. CASSESE, “Fare l'Italia per costituirla poi”. Le continuità dello Stato, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 2, 305 e ss.*

⁶ V. ZAGREBELSKY – R. CHENAL – L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2019, 291.

⁷ I passaggi di questa evoluzione giurisprudenziale possono essere letti in S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, spec. 1116 e ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; F. PASTORE, *La tutela costituzionale dell'ambiente*, in *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, a cura di F. Pastore, Bari, 2015, 13 ess.; L. CONTE, *Il paesaggio e la Costituzione*, Napoli 2018.

⁸ In argomento A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, spec. 507 e ss.

quanto il primo, connotato in origine dalla dimensione meramente estetica delle bellezze naturali, ha poi incluso una nozione sostanzialmente integrale del secondo⁹.

La catalogazione dello stesso ambiente all'interno della urbanistica, compiuta con norme di rango primario, avrebbe però potuto sortire un effetto riduttivo: la protezione della natura rischiava di essere uno tra gli svariati oggetti compresi nella materia in questione. Infatti, secondo un costante indirizzo, l'urbanistica racchiudeva interessi recessivi rispetto ad altri aventi fondamento costituzionale, come quelli proiettati proprio alla tutela del paesaggio¹⁰. Ne sarebbe potuto derivare un ruolo minore per la salvaguardia degli equilibri ambientali, specie nel bilanciamento che, frequentemente, il Parlamento deve effettuare tra i contrapposti interessi di livello costituzionale. In verità, così non sarà perché, al di là della contaminazione della nozione di ambiente con quella di paesaggio (questa forma e immagine di quella, secondo la lezione di Predieri¹¹), le esigenze sottese alla protezione della natura erano destinate fatalmente a prevalere in ragione della progressiva maturazione della coscienza collettiva in tale ambito. È stato plasticamente notato che la trasformazione del contesto paesaggistico-ambientale in quarant'anni è stata tale che si è passato dai campi di sterminio allo sterminio dei campi¹².

Tuttavia, come si è sottolineato, proprio l'ascensione della materia ambientale nella nozione di paesaggio avrebbe potuto comportare una centralizzazione delle competenze¹³. Non può, quindi, negarsi la rilevante implicazione dell'opzione compiuta con il d.P.R. n. 616 del 1977: la tipologia di potestà bipartita avrebbe comportato l'impegno, sul piano legislativo, anche delle Regioni in favore della tutela degli equilibri naturali, con la inevitabile conseguenza di attivare (anche al livello regolamentare e amministrativo) tutti i soggetti istituzionali su tale fronte, in cui, in definitiva, è interessato l'intero Stato-ordinamento¹⁴.

Da queste brevi considerazioni emerge un dato: almeno in una fase iniziale l'ambiente, proiettato al vertice dei valori del nostro sistema, sembrava contribuire alla valorizzazione del decentramento, saldandosi, sul versante delle competenze, al principio fondamentale dell'autonomia.

La legge n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, avrebbe favorito poi l'avvio del processo di affrancamento della materia proprio attraverso la identificazione di un centro di imputazione degli interessi, resosi indispensabile anche in ragione degli inarrestabili sviluppi normativi sovranazionali. È stato poi il d. lgs n. 112 del 1998 a sagomare nuovamente l'assetto delle competenze amministrative, il quale si è dimostrato non del tutto depurato da istanze centralistiche, pur a fronte del suggestivo proposito di "federalismo amministrativo" che permeava la legge delega n. 59 del 1997¹⁵.

⁹ P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, 381.

¹⁰ Il dato è largamente diffuso nella giurisprudenza, anche recente, della Corte costituzionale. Si veda, ad esempio, la sentenza n. 68 del 2018.

¹¹ A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, 503 ss.

¹² S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento*, Torino, 2012, 79, e riferimenti bibliografici ivi indicati. Solo in Italia il consumo di suolo è pari a 16 ettari al giorno come rilevato nel report *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici*, 2020, in *snpambiente.it*.

¹³ Lo evidenzia, tra gli altri, S. MABELLINI, *L'assetto delle competenze sul paesaggio alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 5, 3547 e ss.

¹⁴ Sentenza n. 94 del 1985.

¹⁵ B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 93; C. DESIDERI, *Artt. 68 -70*, in *Le Regioni*, 3 - 4, 1998, 694 e ss.

3. La legge costituzionale n. 3 del 2001

Questo quadro è stato sensibilmente rivisitato ad opera della l. cost. n. 3 del 2001, con la quale si è compiuta un'ampia revisione del titolo V della parte II.

Nonostante l'obiettivo proclamato di incrementare le competenze degli enti territoriali, nello specifico settore della tutela della natura la novella costituzionale ha innescato un processo centripeto.

È accaduto, innanzitutto, che, nello stesso tempo, l'ambiente è assunto al rango di materia autonoma, emancipandosi (definitivamente) dall'urbanistica, che, all'opposto, ha avuto in sorte di confluire nel nuovo (e, a prima vista, più ampio¹⁶) contenitore "governo del territorio", appartenente alla legislazione concorrente.

Sotto il profilo strettamente lessicale, l'ambiente, però, si è arricchito di contenuti, da un lato, e si è scisso nella sua originaria consistenza, dall'altro.

In effetti, al secondo comma del novellato art. 117 della Carta è annoverata, con più ampia locuzione rispetto alle precedenti affacciate sul livello legislativo, la materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", ascritta al novero delle competenze esclusive dello Stato, mentre la valorizzazione dei beni ambientali (unitamente a quelli culturali) è un titolo di potestà legislativa ripartita.

La novella ha ingenerato molte perplessità, a partire dalla difficoltà di discernere tra "ambiente" e "beni ambientali". Questi ultimi, invero, dovrebbero interessare le sole bellezze di pregio estetico, rientranti quindi tra i beni paesaggistici, che, secondo l'impostazione del d. lgs. n. 42 del 2004, a loro volta fanno parte, insieme a quelli culturali, del più esteso patrimonio culturale della Nazione: ciò spiegherebbe anche perché la loro disciplina non sia contenuta nel c.d. codice dell'ambiente, approvato con il d. lgs. n. 162 del 2006.

Al netto di perduranti vischiosità¹⁷, se così è, risulta meno disagevole anche raffigurare il confine tra il concetto di tutela e quello di valorizzazione, in quanto il codice dei beni culturali¹⁸ propone una demarcazione al riguardo¹⁹.

¹⁶ Sentenza n. 303 del 2003. In dottrina, tra i tanti, N. MACCABIANI, *La Corte "compone" e "riparte" la competenza relativa al "governo del territorio"*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, 5, 209 e ss.; S. AMOROSINO, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed Enti locali*, *ibidem*, 2003, 77 ss.

¹⁷ G. SEVERINI, *Paesaggio [dir. amm.]*, in *treccani.it/enciclopedia*, spec. par. 3, mette in evidenza come la locuzione "beni ambientali" sia stata superata dal codice dei beni culturali ancorché riproposta dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Secondo L. CASINI, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 2, par. 2, "è noto il percorso che ha condotto a distinguere tra paesaggio e beni paesaggistici, ad avere due categorie di beni — le bellezze e i beni «ambientali» — con tre tecniche di individuazione — la dichiarazione, il vincolo ex lege, il piano. Il risultato è che la valorizzazione del paesaggio presenta caratteristiche diverse a seconda dei casi: per le bellezze naturali, sarà più simile per certi versi a quanto si verifica per i beni culturali; per le aree tutelate ex lege, sarà per taluni aspetti simile a una disciplina urbanistica oppure del tutto assente, in modo analogo alla tutela integrale prevista nelle aree naturali protette; per tutto il resto del territorio, si avrà una valorizzazione di tipo sostanzialmente urbanistico lasciata all'iniziativa delle singole Regioni e dei comuni".

¹⁸ E non quello dell'ambiente.

¹⁹ Si allude, ovviamente, all'art. 6, d. lgs. n. 42 del 2004, il cui testo vigente è utile qui riportare: "1. La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli

La valorizzazione dei beni ambientali, in effetti, è costantemente associata alla nozione di patrimonio culturale. D'altronde, l'art. 117, c. 3, proprio nella prospettiva della valorizzazione, accosta i beni ambientali a quelli culturali: sembrerebbe essere questa una previsione parallela e conseguente a quanto stabilito alla lettera s) del secondo comma, relativamente alla "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali". È andata scorgendosi una sorta di endiadi tra patrimonio culturale e beni ambientali. Infatti, si sono distinti, da un lato, la "conservazione ambientale e paesaggistica", spettante in via esclusiva allo Stato, trattandosi di risorse limitate e in via di esaurimento; e, dall'altro, "il governo, l'utilizzo e la valorizzazione dei beni ambientali", intesi essenzialmente come fruizione e sfruttamento del territorio medesimo, che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni²⁰.

Tuttavia, non può essere trascurato lo scarto che si riscontra nella lettera delle due locuzioni. Non si tratta solo dei differenti lemmi ("tutela" e "valorizzazione") adoperati, rispettivamente, nel secondo e terzo comma dell'art. 117; viene soprattutto in evidenza il riferimento all'"ecosistema" che manca nel titolo di competenza concorrente. Il punto è stato evidenziato dalla Corte costituzionale, secondo la quale l'ambiente è "un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti", per cui "oggetto di tutela, come si evince anche dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come "sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto. La potestà di disciplinare la tutela dell'ambiente nella sua interezza è stata affidata in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma secondo, lettera s), della Costituzione, il quale, come è noto, parla di "ambiente" in termini generali ed onnicomprensivi. Non può sorvolarsi sul fatto che la norma costituzionale pone accanto alla parola "ambiente" le parole "ecosistema" e "beni culturali". Ne consegue che spetta allo Stato disciplinare l'ambiente come una entità organica, dettare cioè delle norme di tutela che hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto"²¹.

Può, quindi, fin da ora affermarsi che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, per la sua notevole forza espansiva, disegna dinamicamente, nel corso del tempo, i suoi confini: finisce così col plasmare anche gli ambiti degli altri settori materiali²², a partire, ovviamente, da quello più affine, costituito dalla valorizzazione (peraltro, non dell'ambiente ma "soltanto") dei beni naturali.

interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati.

2. La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze.

3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale".

²⁰ In questi termini T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 6.12.2010, n. 35381, in *Foro amministrativo TAR*, 2010, 12, 3867.

²¹ Sentenza n. 378 del 2007. In dottrina R. AGNOLETTI, *Natura e ambiente nella prospettiva della diversità*, in *Il Foro amministrativo II*, 2018, 7-8, spec. 1393.

²² Appare ormai superata la concezione dell'ambiente di M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pub.* 1973, 15 ess., risultante da tre significati, atteso che quello dell'urbanistica ha una sua autonomia concettuale e parimenti può dirsi per il paesaggio.

La “potenza” di questa materia, senza dubbio, deriva dagli interessi che la nutrono: ciò non vuol dire che essi siano tirannici rispetto alle altre situazioni giuridiche con fondamento costituzionale, essendo comunque onere del legislatore procedere ad un’adeguata attività di bilanciamento²³, specie in ragione dell’influenza derivante dall’approccio non integralista che l’Unione europea riserva all’argomento, prefiggendosi il perseguimento di un “elevato” livello di tutela e miglioramento della qualità dell’ambiente²⁴. Tuttavia, pare scorgersi una prospettiva di fondo: la protezione dell’ambiente, verosimilmente, diventerà egemone in corrispondenza della progressiva compromissione degli equilibri naturali, allorché – e fintantoché – sarà in discussione la stessa sopravvivenza del genere umano: si tratterebbe di una fatale convergenza tra antropocentrismo ed ecocentrismo²⁵. Con l’inevitabile effetto a cascata che l’emergenza determinerà l’ulteriore criticità della inadeguatezza dei tempi occorrenti per l’assunzione di decisioni con metodo democratico: di ciò, già oggi, si scorge un’anticipazione nei poteri in deroga alle procedure ordinarie, i quali, sovente, sono autorizzati per far fronte alle catastrofi ambientali che si susseguono²⁶.

4. L’evoluzione giurisprudenziale

È già emerso che la materia ambiente, per le sue connotazioni strutturali, interagisce inevitabilmente con le altre. La conformazione dei rapporti tra i diversi ambiti materiali è terreno privilegiato per l’intervento della Corte costituzionale. Ciò, d’altronde, è in linea con l’intera implementazione della riforma costituzionale nell’ordinamento giuridico²⁷.

Scorrendo le linee giurisprudenziali, viene, innanzitutto, in evidenza l’eco del rapporto genetico tra territorio e ambiente, sensibilmente mutato nei rapporti di forza²⁸: è stato

²³ B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente*, cit., 29. Gli svolgimenti della produzione normativa non sono sempre prevedibili. Ad esempio, a differenza di quanto accaduto in precedenza, di recente anche il tema delle semplificazioni amministrative tende a fare breccia nella tutela dell’ambiente, imponendo adeguate ponderazioni, come rileva F. LIGUORI, *Tutela dell’ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2020, 1, 3 e ss. Più in generale, da ultimo, S. PAJNO – V. PUCCI, *Il diritto “fondamentale” alla salute nei procedimenti di valutazione ambientale*, in *federalismi.it*, 2020, 27, spec. 142 e ss. e dottrina ivi citata. Sotto altro versante, non può sottacersi anche della tendenza di individuare nel procedimento amministrativo il luogo elettivo per la composizione dei vari interessi con fondamento costituzionale, sul punto si veda la sentenza n. 69 del 2018, annotata da F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento in deroga*, in *Le Regioni*, 2018, 5-6, 759 ss.

²⁴ Punto sottolineato, tra gli altri, da M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell’art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l’introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell’ambiente tra i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2020, spec. 27.

²⁵ In argomento, tra gli altri, P. MADDALENA, *L’ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 3-4, 2008, 523 ss.; J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 1989, 673 ss.

²⁶ In argomento, tra i tanti, C. E. RAFFIOTTA, *Le ordinanze “extra ordinem” in materia ambientale: “ex facto ius oritur”*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 3, 495 ss.

²⁷ Tra i tanti, A. D’ATENA, *Diritto regionale*, Torino, 2010, spec. 143 ss.

²⁸ Il governo del territorio ingloba anche la definizione offerta dall’art. 80, d.P.R. n. 616 del 1977, relativamente all’uso del territorio che ruota intorno al concetto di suolo. Il consumo di suolo rappresenta però una delle variabili più importanti della pressione antropica sulle risorse naturali, come evidenziato dalla Corte con la sentenza n. 179 del 2019. Sul punto si vedano le considerazioni di P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in *federalismi.it*, 2020, 1; M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 2, 201 e ss.; nonché M. MENGOZZI, *Il “Governo del territorio” e la sua intersezione con la “tutela dell’ambiente”: linee di continuità e di evoluzione*, in *federalismi.it*, 2017, 15.

significativamente affermato che è la tutela dell'ambiente a costituire il presidio della integrità del territorio²⁹. Non deve, però, trascurarsi che, al di là della dimensione degli interessi, la perdurante assenza di una legge-quadro (prima sull'urbanistica e ora) sul governo del territorio sbiadisce i confini di tale ambito materiale, favorendo così la dilatazione di altri settori³⁰.

La capacità pervasiva dell'ambiente è sperimentata anche lungo altro crinale. Ad esempio, è stato affermato che la normativa sulla protezione del paesaggio rispecchia la natura unitaria del valore primario e assoluto dell'ambiente: “il bene ambientale, infatti, ha una morfologia complessa capace di ricomprendere non solo la tutela di interessi fisico-naturalistici, ma anche i beni culturali e del paesaggio idonei a contraddistinguere in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale”³¹. Ne deriva che ora è la nozione di ambiente a racchiudere, in qualche misura, quella di paesaggio, senza però escludere – ora come prima – che, sul terreno concreto, gli interessi sottesi all'uno o all'altro possano anche collidere³².

È, quindi, fisiologico che molteplici settori risultino condizionati dalla protezione degli equilibri naturali: *a)* concorrenti, come a esempio, oltre al governo del territorio, la tutela della salute, la protezione civile, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, e così via; *b)* residuali della Regione, come, sempre a titolo meramente esemplificativo, la caccia, le foreste e l'agricoltura³³.

L'intersecarsi dei vari ambiti materiali determina conseguenze giuridiche di rilievo.

È ormai delineata in maniera limpida la *preminenza* della materia ambientale, variamente declinata: *a)* espansione della materia; *b)* trasversalità; *c)* prevalenza; *d)* punto di equilibrio.

4.1 Segue: *a) l'espansione della materia*

La dilatazione degli ambiti di competenza è determinata dalla accentuata propensione ad appropriarsi dei così detti “oggetti ad imputazione multipla”, a tutto discapito, evidentemente, delle altre materie individuate in Costituzione.

In questo è decisivo il ruolo del legislatore statale che, di volta in volta, annette alla competenza esclusiva dello Stato questo o quel segmento materiale.

Larga parte, sotto questo aspetto, è occupata dal codice dell'ambiente, ma non sono da sottovalutare gli interventi normativi aventi sovente carattere rapsodico, specie quelli compiuti con il ricorso alla decretazione d'urgenza³⁴.

²⁹ Sentenza n. 215 del 2018.

³⁰ Sul punto le opportune riflessioni di P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002.

³¹ Sentenza n. 66 del 2018.

³² Come nel caso dell'installazione di pale eoliche, sul quale si veda T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 22.7.2010, n. 16938, in *Dir. e giur. agr.*, 2011, 7-8, 496; Id., sez. VII, 29.1.2009, n. 530, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1, 197.

³³ Sulle relazioni tra agricoltura e ambiente G. A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 1, 839.

³⁴ Si consideri il caso del decreto-legge n. 76 del 2020 (c.d. “decreto semplificazioni”), sul quale F. DE LEONARDIS, *L'ambiente*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 6, 787 ss.

Deve poi essere evidenziata l'ascensione di molti settori alla competenza statale in virtù degli impegni assunti dall'Italia a livello sovranazionale³⁵: alcune pronunce del Giudice delle leggi, ad esempio, si segnalano per imputare l'oggetto esaminato simultaneamente alla profilassi internazionale e alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema³⁶.

In questo quadro assumono un'incidenza preponderante gli obblighi scaturenti dai Trattati europei³⁷: l'Unione, è bene ricordarlo, ha un considerevole ruolo in tale ambito³⁸.

Capita anche di assistere alla “erosione parziale” della competenza del livello inferiore per via prettamente giurisprudenziale.

Nel caso delle acque minerali e termali, ad esempio, il solo *uso* è dichiarato di spettanza residuale della Regione, mentre la salvaguardia ambientale delle stesse è ascritta alla potestà esclusiva dello Stato³⁹.

La materia "boschi e foreste", invece, è ritagliata sul versante regionale alla sola funzione produttiva e deve essere disciplinata nel rispetto della sostenibilità degli ecosistemi forestali, che, ovviamente, identifica un ambito esclusivo dello Stato⁴⁰.

La competenza regionale, in taluni casi, ha un andamento, per così dire, a fisarmonica, a seconda dello spazio occupato di volta in volta dal legislatore nazionale: ad esempio, è stato affermato che “la competenza residuale in materia di cave si allarga o restringe (...) a seconda dell'implicazione dei livelli di tutela ambientale, di norma cristallizzati in specifiche disciplina statali”⁴¹.

Si può notare, infine, che, in altre occasioni, la tendenza espansiva della materia favorisce la dilatazione di altri ambiti di normazione esclusiva statale: ad esempio, la tutela dei beni culturali e del paesaggio, secondo la Corte, mira a garantire l'effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente⁴².

4.2. Segue: b) la trasversalità

La preminenza della materia ambientale, di norma, si realizza con il richiamo alla categoria delle materie trasversali, tali da imporre una disciplina uniforme sull'intero territorio. La Corte,

³⁵ Sulla necessità di accordi internazionali per evitare catastrofi ambientali si sofferma anche la lettera enciclica di Santo Padre Francesco, *Laudato si'*, 2018, 156 – 157.

³⁶ Sentenza n. 12 del 2014. Rilevante, poi, è il contributo fornito in sede internazionale sulla stessa definizione del concetto di ambiente, come evidenziato da G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, 1996, 1121.

³⁷ Sentenze nn. 70 e 215 del 2018.

³⁸ In argomento, tra gli altri, O. PORCHIA, *Tutela dell'ambiente e competenze dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2006, 1, 17 e ss.

³⁹ Sentenza n. 1 del 2010. Analogamente è accaduto per la pesca (anch'essa residuale), la quale non può incidere sugli aspetti di tutela strettamente ambientale, cfr. sentenze nn. 81 e 98 del 2007. In dottrina si veda M. Troisi, *La gestione del servizio idrico nella regione Campania, tra politiche legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, a cura di S. Staiano, Napoli, 2017, spec. 739 e ss.

⁴⁰ Sentenza n. 105 del 2008. In argomento si veda A. CROSETTI, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo t.u.f.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, 2, 113 e ss..

⁴¹ Sentenza. 66 del 2018.

⁴² Sentenze nn. 86 del 2019 e 210 del 2016. Sulla prima si veda C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplenza ermeneutica*, in *Le Regioni*, 2019, 3, 843 ss.

con un più o meno inconsapevole gioco di parole, ha ripetutamente affermato che la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema rappresenta una materia "*naturalmente*" trasversale⁴³.

Per le Regioni vi sarebbe unicamente la possibilità di derogare in melius, ovvero con la fissazione di parametri più stringenti⁴⁴: senza alcuna pretesa di esaustività, il principio è stato affermato a proposito di caccia⁴⁵, animali esotici⁴⁶, energia⁴⁷, rifiuti⁴⁸.

In questi casi, quindi, l'assetto delle competenze è elastico: la tutela si muove tra un "massimo regionale" e un "minimo statale"⁴⁹.

Tale indirizzo, come noto, ha avuto inizio con la sentenza n. 407 del 2002, in cui si è discusso che la tutela dell'ambiente non sarebbe una materia in senso tecnico, intrecciandosi con altri interessi e competenze, anche regionali. Se n'è desunto che la trasversalità in materia avrebbe operato in favore delle Regioni, ammettendole in un ambito, a rigore, ad esse precluso per il tramite di misure più restrittive rispetto alla disciplina uniforme dettata dal legislatore statale. Si è parlato di trasversalità atipica di tipo biunivoco⁵⁰.

Tale propensione, invero, è andata affinandosi nel corso del tempo: se si esaminano con particolare attenzione le decisioni più rilevanti, ci si accorge che le Regioni possono recuperare qualche margine, aggiungendo appunto standard superiori, ma, si badi, non tanto perché abilitate a intervenire nella materia "tutela dell'ambiente", quanto in relazione ai propri specifici ambiti di competenza che inciderebbero indirettamente sul valore costituzionale ambiente⁵¹.

Si tratta di attribuzioni regionali, costituzionalmente fissate, che, invero, sono sottoposte ad un processo di dequotazione, in quanto assumono una connotazione ancillare nel momento in cui vengono a contatto con il superiore interesse (statale) alla protezione dell'ambiente. Di recente, relativamente ad una legge regionale istitutiva della rete sentieristica, la Corte,

⁴³ Sentenze nn. 86 del 2021, 227 del 2020, 289 del 2019, 215 e 151 del 2018.

⁴⁴ Sentenze nn. 147 del 2019 e 77 del 2017.

⁴⁵ Sentenza n. 7 del 2019.

⁴⁶ Sentenza n. 222 del 2003.

⁴⁷ Sentenza n. 246 del 2006.

⁴⁸ Sentenze nn. 61 del 2009, 104 e 105 del 2008, 75 del 2017.

⁴⁹ S. MANGIAMELLI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 1, 344.

⁵⁰ La sentenza n. 407 del 2002 è stata più volte richiamata dalla Corte. Ad esempio, nella sentenza n. 77 del 2017, commentata da F. SCALIA, *Il carattere di "materia trasversale" della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2017, 3, 5 e ss.

⁵¹ Sentenza n. 12 del 2009 in cui si legge che: "Accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi, giuridicamente tutelati. Si parla, in proposito, dell'ambiente come 'materia trasversale', nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni" (vedi, ancora, la sentenza n. 378 del 2007). In tali circostanze, "la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi. Ciò comporta che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente "viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza", salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevate nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente" (sentenza n. 104 del 2008)". Più di recente, si vedano le sentenze nn. 63 e 88 del 2020.

È interessante che queste pronunce del Giudice delle leggi siano riprese dal supremo organo della giustizia amministrativa per ritenere legittime le misure varate in sede di pianificazione comunale, volte alla ulteriore protezione di beni ambientali vincolati proprio ai sensi del d. lgs. n. 42 del 2004, cfr. C.d.S., sez. IV, 8.7.2019, n. 4777, in *giustizia-amministrativa.it*.

ricosciuto che l'oggetto sia ascrivibile alla materia residuale turismo, non ha esitato a ritenere questa, in ogni caso, “correlata e subordinata” alle esigenze di tutela ambientale⁵².

Peraltro, la sensazione è che la materia di cui si discorre sia qualcosa di molto diverso dalle altre *autenticamente* trasversali, come – una su tutte – la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, del tutto inedita nelle previsioni costituzionali fino al 2001.

E' stato da ultimo ribadito che la competenza attribuita dall'[art. 117, secondo comma, lettera m\), Cost.](#), per il suo carattere trasversale, comprime in misura apprezzabile l'autonomia legislativa delle Regioni, sicché “essa non può essere invocata «se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 383 e n. 285 del 2005), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa» (sentenza n. 232 del 2011, punto 5.2. del Considerato in diritto)”⁵³.

Si tratta di una competenza che incorpora oggetti impossibili a determinarsi a priori⁵⁴. Si pensi, solo per fare un esempio, alla legge generale sul procedimento amministrativo, in cui è invocata proprio la categoria dei livelli essenziali con riferimento ad alcuni (e non a tutti gli) istituti da essa regolati⁵⁵.

La tutela dell'ambiente, di contro, ha una sua indubbia autonomia concettuale, da un lato, e una sua consistenza materiale, dall'altro, per effetto di: *a)* un sedimentato corpo normativo, peraltro implementato in parte nel codice; *b)* orientamenti giurisprudenziali stratificati; *c)* procedimenti e provvedimenti amministrativi puntualmente identificati; *d)* apparati dedicati, per giunta di non recente formazione come, solo per fare un esempio, il Ministero dell'ambiente⁵⁶.

Sono questi elementi che identificano una materia a tutto tondo, ovvero un fascio di competenze con i loro molteplici oggetti.

La trasversalità della tutela ambientale, dunque, dovrebbe essere decrittata nella sola accezione della sua fisiologica contiguità con (se non di autentica capacità di incursione in) molteplici altri campi materiali, senza ciò escludere che essa sia dotata di contenuti propri predeterminati. Di questo si trova conferma testuale con l'opzione compiuta dal legislatore costituzionale nel 2001, il quale ha utilizzato la più ampia etichetta "*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*", che, per quanto già visto, non può essere svilita al rango di endiadi: secondo la Corte, infatti, “col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'*habitat* degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé”⁵⁷.

⁵² Sentenza n. 180 del 2019.

⁵³ Sentenza n. 126 del 2020.

⁵⁴ E analogamente, ancorché con accenti minori, può dirsi in relazione alla tutela della concorrenza.

⁵⁵ Precisamente si tratta: *a)* di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento; *b)* di individuare un responsabile; *c)* di concludere il procedimento entro il termine prefissato, *d)* di assicurare l'accesso agli atti; *e)* della presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, della dichiarazione di inizio attività, del silenzio assenso e della conferenza di servizi. In questi ambiti le Regioni possono prevedere livelli ulteriori di tutela. In tutti gli altri, invece, la legge 241 del 1990 pone principi che le Regioni debbono osservare nello sviluppo della normativa di dettaglio di propria spettanza.

⁵⁶ Oggi Ministero della transizione ecologica, istituito con d.l. n. 22 del 2021, convertito in l. n. 55 del 2021. Ancor prima il dicastero era denominato Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

⁵⁷ Sentenza n. 12 del 2009.

Ciò rafforza la visione di “materia forte”⁵⁸, che implica una disciplina statale dell'ambiente come “entità organica”⁵⁹.

È evidente che qualche congettura circa la “smaterializzazione” della protezione della natura, giustificata agli albori della novella costituzionale, non abbia più campo⁶⁰. Sul fronte della tutela ambientale, all'opposto, vi è stata una progressiva ed inesorabile “materializzazione della materia”. Non è un caso che si discorra in sede scientifica di diritto costituzionale dell'ambiente, denominazione propria di numerosi corsi all'interno dell'accademia.

In altri termini, vi sono oggetti propri e prestabiliti della materia ambiente, la quale, però, se interseca altri campi di competenza regionale, consente al legislatore statale l'assunzione di una disciplina, per così dire, “aggiuntiva”, valevole in modo uniforme sull'intero territorio nazionale⁶¹.

4.3. *Segue: c) la prevalenza*

In altre occasioni, invece, la Corte, piuttosto che rifarsi alla natura trasversale, ritiene la materia prevalente sulle altre interferenti⁶².

Si tratta di un autentico colpo di spada che recide, in maniera netta, il nodo gordiano delle materie, finendo per sottrarre quote di competenza alle Regioni con la loro completa annessione all'universo della legislazione statale esclusiva⁶³.

In tal modo non solo è escluso il ricorso a meccanismi di leale collaborazione⁶⁴, ma lo Stato può intervenire anche in via regolamentare ai sensi dell'art. 117, c. 6, Cost.

Anche in questo caso può ritenersi che siano gli interessi, che vengono di volta in volta in rilievo, a condizionare il riparto delle competenze⁶⁵.

Il criterio della prevalenza, a volte, si realizza in maniera non univoca attraverso, per così dire, una segmentazione dell'oggetto: emblematico il caso dell'energia nucleare che, in linea generale, la Corte ascrive, secondo appunto una logica di prevalenza, alla materia concorrente “produzione,

⁵⁸ “Più che una materia”, trattandosi di un valore costituzionale, secondo M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 1, 332. E non scalfisce questo assunto la circostanza che la protezione della natura possa essere identificata come un bene della vita materiale e complesso, sul quale si veda la sentenza n. 378 del 2007.

⁵⁹ Sentenza n. 378 del 2007.

⁶⁰ G. GRASSO, *La tutela dell'ambiente si “smaterializza” e le regioni recuperano una competenza (apparentemente) perduta. Osservazioni a prima lettura a Corte costituzionale 10-26 luglio 2002, n. 407*, in *amministrazioneincammino.it*, 2002; F. BENELLI, *L'ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, 181.

⁶¹ Tra le tante, sentenza n. 198 del 2018.

⁶² Sentenza n. 126 del 2018, che ha ad oggetto l'intervento del legislatore statale teso al risanamento e alla bonifica di un sito d'interesse nazionale.

⁶³ Si veda anche la sentenza n. 195 del 2017, avente ad oggetto la disciplina della valutazione di incidenza ambientale (VINCA) sulle aree protette ai sensi di “Natura 2000”. Così come la sentenza n. 170 del 2017, in materia di procedimenti di valutazione impatto ambientale afferenti ai progetti relativi ad attività di prospezione, ricerca e coltivazione degli idrocarburi sulla terraferma. O anche la sentenza n. 114 del 2017, in tema di proroga automatica dei titoli minerari già rilasciati.

⁶⁴ Sentenza n. 88 del 2009.

⁶⁵ Secondo F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, spec. 278, si tratterebbe di una prevalenza degli scopi piuttosto che della materia in quanto tale. In precedenza, era stato evidenziato che il carattere trasversale della materia si salderebbe in una ottica finalistica alla prevalenza della tutela ambientale in maniera da estromettere (anziché ammettere) l'intervento delle assemblee elettive regionali, cfr. F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”*: scacco matto alle Regioni, in *Le Regioni*, 2009, 6, 1209.

trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", mentre, per la disciplina della costruzione e dell'esercizio di impianti per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi e per lo smantellamento di impianti nucleari a fine vita, sarebbe preminente la tutela dell'ambiente, in quanto la cessazione degli interessi connessi propriamente alla produzione di energia profilerebbe la diversa necessità di assicurare un idoneo trattamento delle scorie radioattive⁶⁶.

4.4. *Segue: d) il punto di equilibrio*

In altre situazioni, ancora, tra le esigenze plurime che affiorano, il "punto di equilibrio" tracciato dal legislatore statale è reputato inderogabile, finanche in *melius*, perché l'ipotetica disciplina regionale, ancorché orientata nella direzione più stringente, potrebbe alterarlo.

Solo a titolo indicativo, l'intervento delle autonomie regionali è stato escluso in materia di inquinamento elettromagnetico⁶⁷, elettrosmog⁶⁸, fonti di energia rinnovabile⁶⁹, transito e presenza di materiali radioattivi⁷⁰, valutazione ambientale strategica⁷¹, utilizzo in agricoltura dei fanghi di depurazione delle acque reflue⁷².

Come è stato evidenziato, è sottesa a tale impianto concettuale la necessità di assicurare uniformi condizioni di concorrenza sul territorio nazionale, contrastando la proliferazione di misure regionali iperprotettive, sprovviste, a volte, di riscontro scientifico⁷³.

La teoria del punto di equilibrio, invero, mostra la propensione a dilatare i propri spazi di applicazione. Infatti, l'equilibrio dettato dallo Stato non interessa solo le discipline sostanziali: di recente, è stata dichiarata l'incostituzionalità della previsione regionale che derogava al riparto delle competenze amministrative definito dal Parlamento⁷⁴. Ne deriva un significativo punto d'arresto sulla trasversalità in favore dell'ente sub-statale.

Lungo questo solco si incanala un'ulteriore acquisizione giurisprudenziale, alla stregua della quale nella tutela dell'ambiente la mancata disciplina statale non autorizza iniziative regionali – in questo caso di livello regolamentare – quand'anche di carattere provvisorio⁷⁵.

5. *Alcune considerazioni d'insieme*

⁶⁶ Sentenza n. 278 del 2010. In argomento A. COLAVECCHIO, *Prevalenza vs. leale collaborazione nel settore dei rifiuti*, in *federalismi.it*, 10,2018, spec. 22 e ss.

⁶⁷ Sentenze nn. 307 e 331 del 2003.

⁶⁸ Sentenza n. 450 del 2006.

⁶⁹ Sentenza nn. 258 e 106 del 2020.

⁷⁰ Sentenza n. 62 del 2005.

⁷¹ Sentenza n. 178 del 2013.

⁷² Sentenza n. 88 del 2020, con nota critica di G. D'AMICO, *Livelli più elevati di tutela o punto di equilibrio? Il riparto di competenze in materia ambientale e i fanghi di depurazione delle acque reflue*, in *Le Regioni*, 2021, 1 – 2, 327 e ss.

⁷³ M. DE GIORGI, *Focus sulla giurisprudenza costituzionale in materia di "tutela dell'ambiente"*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2010, 3 – 4, spec. 410.

⁷⁴ Sentenza n. 129 del 2019, con commento di G. L. CONTI, *Per una significativa riforma di sistema della geografia istituzionale della Repubblica*, in *Le Regioni*, 2019, 3, 901 e ss.

⁷⁵ Sentenza n. 373 del 2019.

Il panorama sopra raffigurato permette alcune osservazioni di sintesi.

Innanzitutto, sembra che, quando venga invocata la tutela dell'ambiente, ci sia una sorta di presunzione in favore della competenza del legislatore statale, tale da affievolire sensibilmente l'orientamento elaborato dalla Corte all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale 3 del 2001, secondo il quale, in ragione del rovesciamento del riparto, sarebbe lo Stato a dover dimostrare il titolo di competenza per intervenire in un certo settore materiale⁷⁶. In altri termini, non affiora mai uno stringente scrutinio della Corte sull'intervento del legislatore statale ispirato ad esigenze di tutela.

In secondo luogo, sovente la giurisprudenza della Corte non presenta uno svolgimento lineare in materia. Per quanto attiene ai rifiuti e alla bonifica dei siti inquinati, ad esempio, il Giudice delle leggi a volte chiama in causa l'ambiente come materia trasversale, altre volte come materia prevalente, laddove si guarda alla finalità sottesa alla specifica disciplina elaborata⁷⁷.

Insomma, può mancare un paradigma rigidamente unitario nella perimetrazione dei poteri legislativi statali e regionali⁷⁸. Ciò comporta una valutazione caso per caso, nella quale, se non è scontato l'apparato argomentativo, è più facile intuire l'esito, che, appunto, vede abitualmente preminente la prospettiva del legislatore statale.

Può, anzi, dirsi che l'assetto delle competenze non è dato una volta per sempre ma è mutevole in ragione delle variabili di contesto in cui si colloca una singola disciplina: si pensi soltanto all'incidenza che possono assumere le acquisizioni in campo scientifico⁷⁹.

Molto probabilmente ciò è conseguenza della dimensione degli interessi che sono sottesi ma che allo stesso tempo sovrintendono al riparto delle competenze (non solo legislative ma anche amministrative).

Pur non essendo esplicitato, anzi essendo venuto meno con l'abrogazione delle disposizioni che lo contemplavano, l'interesse nazionale resta come principale limite alla potestà legislativa regionale⁸⁰. In effetti, non può essere sminuita la valenza deontica dell'articolo 5 della Carta sul quale già riposava il concetto di interesse nazionale e delle previsioni ora dell'articolo 118 in tema di funzioni amministrative, valorizzate dalla Corte con la nota sentenza n. 303 del 2003 anche sul piano della normazione di rango primario. A tal proposito occorre sottolineare che finora la tutela dell'ambiente è rimasta estranea al meccanismo del combinato disposto degli articoli 117 e 118, proprio perché, di norma, l'oggetto disciplinato è ascritto alla materia di competenza esclusiva dello Stato, sicché non è richiesto sul piano dell'esercizio delle funzioni amministrative il principio dell'intesa, derivante da quello di leale cooperazione.

In altri termini, soprattutto nel tempo presente contraddistinto da emergenze che mettono in discussione la stessa sopravvivenza del pianeta e del genere umano, è di intuitiva evidenza che la materia ambiente identifichi interessi (quantomeno) unitari, come tali infrazionabili.

⁷⁶ Si vedano le sentenze nn. 282 del 2002 e 1 del 2004.

⁷⁷ Sentenza n. 126 del 2018.

⁷⁸ Vedi M. DI FOLCO, *Dalla Corte costituzionale una significativa valorizzazione dell'autonomia politico-legislativa delle regioni in materia ambientale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 1, spec. 82.

⁷⁹ M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *rivistaiaac.it*, 2018, 2. Affine al tema considerato è quello delle questioni tecniche, sul quale, da ultimo, si veda M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 14, 2020, 46 e ss.

⁸⁰ In argomento, tra gli altri, S. BARTOLE, *Interesse nazionale, supremazia dello stato e dottrina giuridica*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, 565.

Questa riflessione mette al riparo la materia anche da temerari progetti in materia di regionalismo differenziato, normativamente possibili in astratto, tenuto conto che l'art. 116, u.c., consente il riconoscimento di ulteriori forme e condizioni di particolare autonomia sia in relazione alle materie concorrenti (tra le quali viene in evidenza, ai nostri fini, la tutela dei beni ambientali) ma anche a quelle esclusive statali tra cui proprio quelle della lettera s) del secondo comma dell'art. 117.

È ipotizzabile, al più, che possano essere traslate verso le regioni competenze limitate a singoli procedimenti, se non a porzioni di più ampie sequenze procedurali.

Diversa, invece, è la prospettiva quando le opzioni ambientali del legislatore statale, a monte, possano sensibilmente incidere, a valle, sul governo del territorio regionale, richiedendosi in tal caso, a volte, il parere delle autonomie regionali e, altre volte, l'intesa⁸¹.

Ciò prova, ancora una volta, la dimensione mutevole degli interessi con le inevitabili ricadute sul riparto dei compiti.

Se, dunque, la competenza in materia di tutela dell'ambiente è di tipo esclusivo statale, possono conclusivamente elencarsi i seguenti rilevanti effetti: *a)* innanzitutto, la legislazione statale può essere di principio e di dettaglio non residuando margini per il livello inferiore; *b)* in secondo luogo, lo Stato può intervenire con legge e con l'esercizio di potestà regolamentare senza l'obbligo di coinvolgimento delle Regioni⁸²; *c)* inoltre, lo Stato può delegare l'esercizio della potestà regolamentare ai sensi dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione, ma tale possibilità finora è stata poco praticata; *d)* possono anche essere emanati atti di indirizzo e coordinamento ai sensi di quanto previsto dalla legge n. 131 del 2003; *e)* infine, vi è la possibilità per il legislatore statale di intestare competenze di tipo amministrativo ad articolazioni ministeriali o ad autorità indipendenti senza la necessità di ricorrere al meccanismo della attrazione in via sussidiaria di funzioni amministrative che, nell'eventualità, pretenderebbe il ricorso all'intesa.

6. *Postilla*

Nel momento in cui si consegna il presente lavoro, le Camere sono impegnate nell'approvazione di una proposta di revisione costituzionale che interessa gli articoli 9 e 41⁸³.

All'articolo 9 viene aggiunto un comma, secondo il quale la Repubblica “tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni” e “la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”.

Invece, all'art. 41 il secondo comma, per effetto della riforma, annovererebbe tra i limiti alla iniziativa economica privata non potendosi svolgere in danno della “salute” e dell’“ambiente” (oltre che della sicurezza, della libertà e della dignità umana). Al terzo comma, poi, ai fini sociali

⁸¹ Sentenza n. 62 del 2005, con la quale per l'individuazione di un sito per lo smaltimento di rifiuti radioattivi è richiesta l'intesa in sede di Conferenza, mentre per la localizzazione e la realizzazione dell'impianto invece è preteso il coinvolgimento della Regione nella sede della conferenza di servizi.

⁸² Sentenza n. 225 del 2009.

⁸³ Si veda A.C. 3156.

si aggiungono quelli ambientali, in direzione dei quali la legge determina i programmi e i controlli nell'ambito dell'attività di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata.

Rinviano a un successivo scritto l'indagine su tali profili, può, però, fin da ora rilevarsi che la riforma ha una portata essenzialmente ricognitiva di principi largamente condivisi dal legislatore e dalla giurisprudenza. Anche l'ascensione della tutela dell'ambiente e degli ecosistemi tra i principi fondamentali è più formale che sostanziale, in ragione delle linee giurisprudenziali sopra tratteggiate.

Pure il riferimento alla tutela della biodiversità, lemma del tutto inedito nel testo costituzionale, ha una forza innovativa depotenziata: a bene vedere, essa è assorbita nella tutela dell'ecosistema⁸⁴.

Probabilmente, l'unico elemento originale risiede nell'assegnare alla legge dello Stato la disciplina delle forme e dei modi per la tutela degli animali. Non è questa la sede per approfondire il pur interessante profilo, può qui limitarsi a stigmatizzare il disegno riformatore per la impropria collocazione – a tacere della formulazione – della disposizione, che, tra l'altro, in maniera poco avvertita, sembrerebbe estromettere da questo settore l'intervento del legislatore regionale.

⁸⁴ Può notarsi che, mentre all'art. 117, c. 2, lett s), si discorre di ecosistema, la parola è declinata al plurale nell'art. 9 che si vuole modificare.



Giuliano Vosa*

Populismo e diritto costituzionale: una riflessione di metodo**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Populismo: ormai al ‘post’? – 2. Alle radici del populismo: libertà degli antichi e dei moderni. – 3. *Bad populism, good populism?* Il punto di vista esterno. – 4. Forma e sostanza del populismo: il ruolo del diritto costituzionale. – 5. Conclusioni: ‘che cos’è’ il populismo, e ‘cosa vuole’.

1. Introduzione. Populismo: ormai al ‘post’?

Se la pandemia da Covid-19 ha rappresentato un tornante decisivo, forse uno spartiacque dell’età contemporanea,¹ i più ottimisti fra i commentatori vi hanno riscontrato almeno un effetto positivo: l’arretramento delle tonitruanti campagne populistiche che hanno solcato il decennio appena trascorso.² Più in dettaglio, gli schieramenti populistici occidentali hanno subito una triplice sorte: ridimensionamento, in seguito a implosione o a sconfitta elettorale; conversione, a seguito di un repentino mutamento di rotta politica; isolamento per effetto delle loro posizioni, che li relegano in un cantuccio dell’arco politico nazionale ovvero in uno o più Stati isolati del panorama politico europeo.

Su un piano generale, il punto di svolta si fa coincidere con la sconfitta di Donald Trump alle elezioni politiche USA del 2020³. Da allora, le difficoltà che da tempo agitano il *Front National*⁴ in Francia sembrano fare il paio con le occasioni mancate dal partito spagnolo *Vox*, che ‘ha tenuto’ ma non è riuscito ad andare al governo della *Comunidad de Madrid*⁵, e di *Alternative Für Deutschland*

* Assistant Teacher – LUISS Guido Carli, Roma; *Investigador posdoctoral visitante* – Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia da Covid-19: tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2021, 1-81.

² C. CERASA, *Populismi al tramonto ma non basta godersi lo spettacolo*, in *Il Foglio*, 5 luglio 2021.

³ M. LANDLER, M. EDDY, *Does Trump's Defeat Signal the Start of Populism's Decline?*, in *The New York Times*, aggiornato al 20 gennaio 2021.

⁴ Dal 2018 *Rassemblement National*; cfr. G. IVALDI, *Forces et faiblesses du Front national*, in *Revue politique et parlementaire*, 20 novembre 2017 (*online*).

⁵ Nelle elezioni del maggio 2021; cfr. J. BOCANEGRA, *Vox aguanta ante el huracán Ayuso y mantiene su base, pero lejos de su techo*, in *El Confidencial*, 4 maggio 2021.

in Germania, che nelle elezioni d'inizio 2021 in *Baden-Württemberg* e Renania⁶, nonché in Sassonia,⁷ è andato al di sotto delle attese e ha mostrato un calo netto alle federali del 26 settembre 2021. Deludente il risultato dei partiti populistici anche nelle elezioni politiche olandesi di marzo 2021, che hanno confermato Mark Rutte quale Primo Ministro⁸. D'altro canto, la sopravvivenza al governo di partiti populistici in Ungheria e in Polonia radicalizza la contrapposizione con gli altri governi europei, marginalizzandone le istanze e favorendone l'isolamento⁹; tanto più alla luce dei guai giudiziari che hanno investito il primo ministro austriaco Sebastian Kurz¹⁰, spesso individuato come pontiere fra Bruxelles e il c.d. 'blocco Visegrad'¹¹. Se la passa ancora peggio il più radicale dei movimenti europei di estrema destra, il greco Alba Dorata, dichiarato 'organizzazione criminale' da una sentenza che ha inflitto pene fino a 13 anni ai suoi vertici – nonché l'ergastolo, per omicidio, a un suo attivista¹² – dopo che, peraltro, alle elezioni generali del 2019, da terza forza parlamentare non riuscì a eleggere alcun deputato¹³. Da ultimo, la celebrazione di *Brexit* ha scavato un solco, narrativo prim'ancora che politico, fra le vicende europee e quelle della Gran Bretagna, contribuendo all'isolamento di Boris Johnson rispetto ai *leaders* dell'Unione¹⁴.

L'Italia, laboratorio politico variegato e complesso, presenta tutte e tre le condizioni sopra citate. Dapprima, il ridimensionamento del Movimento 5 Stelle, forte di un'ampia maggioranza parlamentare relativa, ma in ambasce alla prima prova vera nel tormentato agone della politica di governo¹⁵; in secondo luogo, la conversione della Lega Nord, che sembra far prevalere l'anima sistemica su quella populistica¹⁶; infine, l'isolamento patito dallo stesso Movimento su certi temi, come il TAV, talmente legati alla struttura sociopolitica più intima del Paese da riscrivere i *cleavages* maggioranza-opposizione.¹⁷ Analogo *leit-motiv* ha animato la più recente 'riforma della giustizia', dalla quale sembrano innescarsi ulteriori rivolgimenti nel vasto ed eterogeneo novero delle forze politiche a sostegno del Governo Draghi¹⁸.

Le elezioni amministrative del 3 e 4 ottobre 2021 sembrano aver confermato la voglia di normalizzazione da parte degli elettori¹⁹ – o comunque l'indisponibilità a rischiare su candidati

⁶ A. DE PETRIS, *Le elezioni per il Landtag in Baden-Württemberg e Renania-Palatinato: tra kivi, semafori e prospettive nazionali*, in *Federalismi.it*, 8-2021, 66-81.

⁷ R. BRUNELLI, *La Cdu ha retto, l'ultradestra tedesca ha fallito la spallata*, in *Agi.it*, 6 giugno 2021.

⁸ N. MAGNANI, *Risultati Elezioni Olanda 2021/ Rutte ha vinto: Governo di coalizione con D66 e CDA*, in *IlSussidiario.net*, 18 marzo 2021.

⁹ B. HALL, M. KHAN, *Orbán left bruised and isolated after showdown over LGBT+ rights*, in *Financial Times*, 27 giugno 2021.

¹⁰ *Ex multis*, cfr. Austria, *Kurz indagato per favoreggiamento della corruzione*, in *IlSole24Ore* (Redazione Online), 6 ottobre 2021.

¹¹ G. GIGLIO, *Austria: Kurz vara il Governo e sorride a Visegrad*, in *Europae – Rivista di Affari Europei*, 4 gennaio 2018.

¹² H. SMITH, *Neo-Nazi leaders of Greece's Golden Dawn sentenced to 13 years*, in *The Guardian*, 14 ottobre 2020.

¹³ R. MALTEZOU, *Golden Dawn loses its lustre as Greeks reject militant far-right*, in *Reuters.com*, 8 luglio 2019.

¹⁴ B. DE MIGUEL, *La UE golpeará a Londres con duras represalias comerciales si incumple el acuerdo del Brexit sobre Irlanda del Norte*, in *El País*, 16 ottobre 2021.

¹⁵ P. POMBENI, *Per i Cinque Stelle ora la prova più difficile: governare*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 giugno 2016.

¹⁶ G. TIZIAN, *Il Nord commissaria la Lega di Salvini con Giorgetti*, in *Domani*, 7 febbraio 2021; sul *cleavage* 'populisti-sistemic', che precede il momento di rielaborazione delle istanze populiste da scontro a conflitto (N. URBINATI, *Pochi contro molti: il conflitto politico nel XXI secolo*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 8 ss., *passim*) il discorso di D. FRANCESCHINI alla Direzione Nazionale del Partito Democratico del luglio 2016: cfr. A. LA MATTINA, *Italicum, prime incrinature nel Pd e Franceschini apre alle modifiche*, in *La Stampa*, 12 luglio 2016, e la posizione, per certi versi opposta, sostenuta nello stesso frangente da G. CUPERLO, che invita il partito a muoversi sulla via di una tale rielaborazione: v. G. CUPERLO, *Niente muri, questo è il tempo dei ponti*, in *L'Unità*, 20 luglio 2016.

¹⁷ N. BARONE, *TAV, la maggioranza si spacca al Senato. La Lega vota la mozione del Pd*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 agosto 2019.

¹⁸ M. GUERZONI, *Conte e la riforma della giustizia: per l'ex premier è inaccettabile*, in *Il Corriere della Sera*, 12 luglio 2021.

¹⁹ M. SORGI, *L'antipolitica a fine corsa*, in *La Stampa*, 5 ottobre 2021.

‘di rottura’²⁰ – pur nel solco di un astensionismo dilagante,²¹ per cui le elezioni somigliano sempre più ‘a un circolo di golf, a un pranzo di gala: insomma, a un affare borghese’²².

Dinanzi a un tale scenario, si è portati a sostenere che la forza propulsiva del populismo vada affievolendosi e che la minaccia populista sia ormai alle spalle: addomesticata, ormai, e, anche se con difficoltà, re-incanalata verso una dimensione capace di riattivare i circuiti della ragione pubblica²³.

Da più pulpiti si ode riecheggiare il termine *post*-populismo, come a voler soffiare più forte nelle vele di una subitanea archiviazione degli scenari che ha squadernato²⁴. Se Eduardo De Filippo, in un’opera assai nota, dava anticipazione plastica a un termine oggi di gran moda – il celebre *Ha da passà ‘a nuttata* che mette in bocca al medico di *Napoli Milionaria* è il manifesto poetico della resilienza – oggi ci si chiede se ‘a nuttata non volga oramai al termine, e se i vari colpi di coda dei *leaders* populistici non debbano ritenersi alla stregua di fisiologici singulti sulla via di una nuova normalità politica²⁵.

Si può dire insomma che, dopo un decennio di malattia più o meno grave, l’Occidente (con esso, l’Europa e poi l’Italia) è entrato in una fase di lenta guarigione, certo ancora convalescente ma ormai fuori pericolo rispetto all’avanzare della minaccia populista²⁶.

A tale domanda, con onestà, bisogna rispondere con un’altra domanda. Se l’Europa, e in specie l’Italia, sia guarita dalla malattia del populismo, non può infatti dirsi senza avere a disposizione le informazioni seguenti: da cosa, esattamente, si sia guariti; quali siano state le cause della malattia, sì da poter escludere, in linea di massima, una ricaduta; quali risposte elabora o ha elaborato il sistema istituzionale per scongiurare una nuova ondata.

La prima linea di ricerca esige che si faccia piena luce sul populismo come oggetto d’indagine, affinché si individuino le caratteristiche salienti del fenomeno di cui ci si occupa. La seconda mira alla rilettura dei fatti, cioè ad esaminare, nel ripercorrere le vicende concrete, i segni delle citate caratteristiche, per valutarne la causa – donde, nel caso, la prognosi favorevole. La terza si dedica all’esame delle riforme elaborate da ciascun sistema politico-istituzionale in replica alla minaccia populista, con riguardo sia alla gestione dell’emergenza contingente, sia alle prospettive future²⁷.

Si tratta dunque, com’è evidente, di una domanda assai complessa, che richiede uno sforzo coordinato e collettivo da parte degli studiosi, trasversale alle discipline che ognuno di essi pratica.

²⁰ E. MAURO, *Amministrative, il Paese cambia e la destra non lo sa. Con il voto le città decretano l’inizio della fine della stagione populista*, in *La Repubblica*, 4 ottobre 2021.

²¹ P. PELLIZZOTTI, *Elezioni comunali 2021: hanno perso i cittadini*, in *Il Fatto Quotidiano*, 5 ottobre 2021.

²² S. TURCO, *Elezioni, il voto è un affare borghese: trionfano il Pd e i Cinque stelle di governo*, in *L’Espresso*, 4 ottobre 2021.

²³ N. URBINATI, *Pochi contro molti*, cit., 44s., *passim*; cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 20 ss.

²⁴ Già da qualche tempo: per il Sudamerica e in specie l’Argentina, si veda J. OSSONA, *¿Hacia el pos-populismo?*, in *El Clarín*, 28 maggio 2019; per restare al quadro italiano ed europeo, cfr. le diverse posizioni di F. GIORGINO, *Fattore post-populismo e resistenza tripolare*, in *La Gazzetta del Mezzogiorno*, 3 febbraio 2020; M. FOLLINI, *Il populismo non è morto: ha solo cambiato forma*, in *L’Espresso*, 15 febbraio 2021; L. SERAFINI, *Draghi è un’occasione per la politica italiana, ma il ‘populismo delle élite’ rischia di rovinarla*, in *TPI*, 3 aprile 2021.

²⁵ Si veda B. PENDÁS GARCÍA, *Pandemia e democrazia*, in *La Nuova Antologia*, 2020, 39-45.

²⁶ G. FERRAIUOLO, *Costituzionalismo e populismo al governo*, in F. MUSELLA (a cura di) *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, Il Mulino, 2019, 265.

²⁷ *Ex plurimis*, ai lavori citati adde M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Riv. AIC*, 2-2020, 109-141, e S. NICCOLAI, *Il Covid e le sue metafore*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2021, 238-287.

Infatti, le linee di ricerca sopra enucleate intersecano gli ambiti operativi di praticamente tutte le scienze sociali: la scienza politica, la filosofia politica, la sociologia, la storia, l'antropologia.

E il diritto? Qual è il posto che il diritto – in specie, il diritto costituzionale – può reclamare per sé nello studio del fenomeno populista, e quindi il ruolo che il costituzionalista è chiamato ad assumere?

È quest'ultimo il tema che il presente lavoro si propone di affrontare: una riflessione metodologica preliminare allo studio di un fenomeno – il populismo – che, attraversando l'intero spettro delle democrazie occidentali, ne ha segnato la traiettoria recente. A tal scopo, l'approccio prescelto segue quattro passaggi, così ricostruibili.

A tutta prima, si cercherà di dar conto del quadro generale, concettuale e storico, in cui si ubica il populismo. Si accerta che, dall'ottica del diritto costituzionale, populismo è concetto duttile, la cui declinazione dipende dal significato che, a monte, si attribuisce ad altri concetti come costituzionalismo e democrazia; si procede, dunque, a tracciarne i rapporti con tali concetti attraverso la costruzione di dicotomie successive, a mo' di coordinate generali, sì da individuarne le coordinate nel quadro delle costituzioni del secondo Novecento – vale a dire, con riferimento a documenti latori di un'elevata inclusività rispetto al pluralismo sociale e quindi capaci di assicurare rappresentatività a posizioni anche assai eterogenee.

Di qui, alla luce dei risultati acquisiti dalle scienze sociali non prescrittive, emerge la divisione tra forma populista, che presenta alcune regolarità, e contenuto degli argomenti sottesi, che appare mutevole, legato alle vicende del singolo ordinamento e talora del singolo caso, groviglio di istanze contrapposte. Interna al campo d'azione della rappresentanza, la forma populista ne rivela un malfunzionamento, infrangendo le regole dell'agire comunicativo e spingendole al di là delle coordinate di un "uso pubblico di ragione"²⁸. In tal modo, la forma populista è ostacolo alla reale rappresentazione del conflitto sul palcoscenico del pubblico dibattito e in seno ai consessi ove si prendono le decisioni politiche.

Emerge allora la possibilità che la forma populista mini la qualità rappresentativa delle costituzioni, trascinando il consesso sociale verso equilibri eccentrici rispetto a quelli, ampiamente inclusivi, che esse tracciano. In altri termini, una tale forma segnala un mutamento costituzionale potenzialmente capace di sopprimere diritti e interessi di talune delle parti in gioco, negando loro sia la vetrina del dibattito pubblico, sia l'arena del conflitto politico.

Perciò, per concludere, il ruolo del costituzionalista dinanzi al fenomeno populista si delinea come peculiare e specifico rispetto a quello di ogni altro scienziato sociale: valutare la costituzionalità degli argomenti che si celano dietro le forme del populismo, discernendone, alla luce dell'evoluzione storica del quadro costituzionale, le ragioni di fondo. Tale analisi ha come scopo la manutenzione dello spazio pubblico, affinché il conflitto possa liberamente svilupparsi e dunque ricomporsi – non, invece, silenziarsi – rifuggendo dalla trappola del tabù e dall'oblio delle istanze che, pur in principio legittime, dietro di esso rimangono frustrate.

²⁸ J. HABERMAS, *Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in *The Journal of Philosophy*, 92:3, 1995, 109-131.

2. Alle radici del 'populismo': libertà degli antichi e dei moderni

L'ormai amplissima letteratura sul populismo è alquanto recente: può infatti farsi risalire, nelle sue linee generali, agli ultimi decenni del secolo scorso²⁹. Già nel 1998, Nadia Urbinati ricorda come siano stati gli storici i primi ad accendere i riflettori su alcuni passaggi della storia nordamericana contemporanea in cui la *Great Revival* della seconda metà del Settecento³⁰ – che condusse alla nascita degli Stati Uniti – si distinse per l'insorgere di una *new form of mass communication* grazie alla quale *people were encouraged – even commanded – to speak out*.³¹ Si trattava della prima *prominent (anti-)elitist challenge* populista, che si rivelò capace, nel medio-lungo periodo, di ridistribuire il potere politico fra gruppi sociali *established* e *emerging* all'interno della nuova *polity* statunitense³².

Già da queste parole si prospetta la «grande dicotomia»³³ degli studi sul populismo, quella tra *bad* e *good populism*³⁴. Tale confine, a tutta prima, rivela un tratto tipico della discussione sul tema, e cioè la natura *morally-oriented* dell'analisi condotta. In altre parole, il dibattito sul populismo non solo mantiene un punto di vista interno al modello politico che chiama costituzionale democratico; ne presuppone altresì, il più delle volte, una conformazione specifica – sicché il *good populism* è quello che vi fa ritorno, mentre il *bad populism* è quello che se ne allontana. Quest'atteggiamento però, lungi dal poggiare su di un solido consenso relativamente a cosa possa qualificarsi come 'costituzionale democratico', per contrappasso illumina le non poche contraddizioni che cela la suggestione dei nomi; di tal ché, lo si anticipa, il concetto di populismo mantiene un legame forte con le relative concezioni di costituzionalismo e di democrazia, colorandosi di un'insopprimibile sfumatura etica.

Si torni con la memoria a quel passaggio ben noto, e ancor più citato, della *Repubblica* di Platone, il quale per primo mette in guardia la *polis* dalle conseguenze della 'sete di libertà' di un popolo ove sulla scena pubblica compaiano

«...dei coppieri che gliene servono quanta ne vuole, fino ad ubriacarlo... accade allora che, se i governanti resistono alle richieste dei sempre più esigenti sudditi, sono dichiarati tiranni... In questo clima di libertà, nel nome della medesima, non vi è più riguardo per nessuno. In mezzo a tale licenza nasce e si sviluppa una mala pianta: la tirannia»³⁵.

²⁹ L. INCISA, *Populismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di) *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2014, 832-838.

³⁰ N. URBINATI, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1-1998, 110-124.

³¹ R. HOFSTADTER, *North America*, in G. IONESCU, E. GELLNER (a cura di) *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1969, 16-18.

³² M. KAZIN, *The Populist Passion – An American History*, New York, Basic Books, 1995, 2.

³³ La citazione di Norberto Bobbio omaggia l'appassionata indagine sui fondamenti della democrazia dello studioso torinese: ai fini che qui rilevano, si rilegga N. BOBBIO, *Questioni di democrazia*, in *Sisyfo*, 17-1989, 1-8, spec. 3-4: «C'è sempre una democrazia che nasce prima con il processo di *liberalizzazione* a cui segue il processo di *inclusività*, ed è il procedimento più frequente e più normale. Ma c'è anche il procedimento inverso, che è quello della democrazia che comincia con il processo di *inclusione*, e poi poco a poco comprende anche e sviluppa il processo di *liberalizzazione*». Mentre i Paesi occidentali hanno seguito il primo, quel che è accaduto, ad esempio, in URSS ricalca il secondo modello, di modo che «il riconoscimento del diritto di votare è venuto prima della conquista della libertà» [corsivi aggiunti].

³⁴ N. URBINATI, *op. ult. cit.*, 113.

³⁵ PLATONE, *Repubblica*, Libro VIII. Si veda il commento di G. SCIBONA, *Il mondo delle idee. Dai Greci al nostro tempo*, Roma, Armando Editore, 2010, 135 ss.

Non v'è dubbio che da un'ampia parte degli studi sul populismo, a tacere di una certa retorica politica, si deriverebbero posizioni allineate con quest'assunto. Quanta acqua passi tra una simile impostazione e il contrattualismo alla base del costituzionalismo moderno, per cui il potere è degli *ex* sudditi, ora cittadini, e i governanti sono tali solo per delega, è infatti questione assai più controversa di quanto sembri a prim'acchito³⁶. Nell'evoluzione del pensiero politico, lo schema del contrattualismo ha mostrato una certa duttilità³⁷: si è adattato sia alle costruzioni *à la* Rousseau della volontà generale – là dove il potere emana dal popolo, che lo esercita mediante organi rappresentativi per il cui tramite è messo in condizione di influire sulla decisione finale – sia ad altre costruzioni, secondo le quali il patto tra Re e popolo non implica un contributo fattivo del cittadino alla determinazione delle regole comuni ma la sola garanzia che il potere non s'intrometterà nella sua libertà privata. Seguendo quest'ultima impostazione, il cittadino non può esigere dal potere che gli riconosca un diritto a partecipare attivamente alle vicende pubbliche del proprio consesso, ma solo che non violi la sua libertà passiva: quella di essere lasciato in pace nel godimento della propria privata indipendenza³⁸.

Le parole di Benjamin Constant sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni offrono a questa linea di pensiero un rinnovato sostrato argomentativo. Secondo Constant, partecipare alla decisione pubblica, nella *polis* greca, era esercizio supremo di libertà, poiché 'non era affatto, come lo è oggi, un'astratta supposizione. La volontà di ciascuno aveva un'influenza reale: l'esercizio di questa volontà era un piacere vivo e ripetuto'. Oggi invece, sostiene, non sussistono più le condizioni affinché una tale libertà partecipativa mantenga lo stesso peso:

«Perduto nella moltitudine, l'individuo non avverte quasi mai l'influenza che esercita. Mai la sua volontà si imprime sull'insieme, niente prova, ai suoi occhi, la sua cooperazione. L'esercizio dei diritti politici ci offre dunque ormai soltanto una parte dei godimenti che vi trovavano gli antichi e in pari tempo i progressi della civiltà, la tendenza commerciale dell'epoca, la comunicazione dei popoli fra loro hanno moltiplicato e variato all'infinito i mezzi della felicità privata. Ne segue che dobbiamo essere attaccati assai più degli antichi alla nostra indipendenza individuale; perché gli antichi, quando sacrificavano questa indipendenza ai diritti politici, sacrificavano il meno per ottenere il più; mentre facendo lo stesso sacrificio noi daremmo il più per ottenere il meno»³⁹.

In altre parole, 'noi' moderni «non possiamo più godere della libertà degli antichi, che si fondava sulla partecipazione attiva e costante al potere collettivo. La nostra libertà deve fondarsi sul pacifico godimento dell'indipendenza privata»⁴⁰.

³⁶ M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1969, spec. 38-39.

³⁷ Si leggano le varie ricostruzioni raccolte in C.W. MORRIS (ed.) *The Social Contract Theorists: Critical Essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*, London, Rowman & Littlefield, 1999, ad es. 97 ss., 143 ss., 167 ss.

³⁸ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di) *I diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2001, 3-67.

³⁹ B. CONSTANT, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1874) anche *online* a digilander.libero.it, p. 4-5.

⁴⁰ *Ibid.*

Non sfugge che quest'ultima concezione ospita i semi di un liberalismo assai marcato, in cui lo 'Stato minimo' non solo rifiuta di promuovere una sostanziale eguaglianza fra i cittadini ma, con tale rifiuto, pone le sue strutture a disposizione di chi traendo vantaggio dalla diseguaglianza lotta allo scopo di perpetuarla e consolidarla. Il nesso fra una simile impostazione e lo *starker Staat* di cui si tessé l'elogio in economia e in diritto negli ultimi anni della Germania di Weimar⁴¹ è stato approfondito da studi non banali⁴²; così come, in Italia, è stata argomentata la discontinuità fra quest'approccio e la Costituzione repubblicana, al pari di altre Carte del secondo dopoguerra⁴³.

D'altro canto, se Polibio – autorevole studioso delle libertà degli antichi – camuffava nella distanza fra *demos* e *ochlos* un approccio sostanzialmente elitario alla politica⁴⁴, per cui chi è spinto dai bisogni soggettivi dev'essere tenuto lontano dall'amministrazione della comunità, non può non notarsi una linea di continuità fra le due posizioni, almeno per quel che riguarda l'accesso alla *res publica*: restrittiva la moderna, all'apparenza più aperta l'antica ma nella sostanza fondata anch'essa su diseguaglianze sociali profonde, alle quali appresta una più tornita legittimazione.

Ad ogni modo, la differenza marcata da Constant tra libertà antica e moderna consente di tracciare una pur rozza bipartizione fra chi ritiene che le libertà garantite dal costituzionalismo riguardino la sola *sfera privata*, quella del pacifico godimento della propria indipendenza, e chi sostiene che tali libertà si estendano alla *sfera pubblica*, includendo la partecipazione attiva dei destinatari alle scelte che orientano il relativo consesso sociale.

Anche questa bipartizione si rivela manieristica a un'analisi storicamente più avveduta: si noti che, nell'esprimere la citata differenza, Constant attribuisce ai *cittadini della polis* quelle libertà che Platone invece ritiene *concesse* dai governanti, collegandone un'elargizione parsimoniosa al buon governo della stessa. Inoltre, tale bipartizione stenta a rendere nella sua complessità la posizione di chi annette la sfera pubblica all'opera del costituzionalismo, la quale poggia sulla sintesi di autodeterminazione individuale privata e collettiva pubblica⁴⁵: in Constant la sfera pubblica è *tout court* subordinata a quella privata – poiché esiste *in quanto* quest'ultima lo voglia, mai ravvisandosi gli estremi di una sintesi individuo-comunità – mentre, se si vuole, in Platone accade esattamente l'opposto, restando quindi specularmente assente una sintesi siffatta⁴⁶.

Tuttavia, proprio per la sua esemplare, manichea radicalità, tale bipartizione vale a riassumere in un'elementare dicotomia descrittiva la relazione dialettica fra costituzionalismo e democrazia,

⁴¹ C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* (1932) *Strong State in Sound Economy*, in R. CRISTI (a cura di) *Carl Schmitt and authoritarian liberalism: strong state, free economy*, Cardiff – University of Wales Press, 1998, 213-232.

⁴² W. BONEFELD, *Authoritarian Liberalism: From Schmitt via Ordoliberalism to the Euro*, in *Critical Sociology*, 43-2017, 747-761; cfr., da ultimo, l'ampio affresco di M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, 2021, spec. 26 ss., 58 ss., 249 ss.

⁴³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954) in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 114. Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 272, il quale interpreta la sovranità come 'la risultante dell'esercizio di tutti i diritti propri dei cittadini, sia come singoli sia nelle formazioni alle quali appartengono', e F. MODUGNO, *La dicotomia 'Stato ordinamento'-'Stato soggetto' nel pensiero dei tre maestri*, in L. CARLASSARE (a cura di) *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di Padova*, 19-20-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2004, 61 ss.

⁴⁴ POLIBIO, *Historiae*, 6.4.6.

⁴⁵ C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2013, 106 ss.

⁴⁶ Il tema del rapporto fra Platone e la democrazia è assai battuto: cfr. L. BERTELLI, *Platone contro la democrazia (e l'oligarchia)*, in PLATONE, *La Repubblica* (vol. VI) Napoli-Roma, Bibliopolis, 2005, 295-397.

che delimita il campo autorità-libertà⁴⁷. Chi ascrive al costituzionalismo la difesa della sola sfera privata tende a leggere la democrazia in contrapposizione ad esso; di quest'ultima svaluta, perciò, la parte partecipativa – lasciandola *fuori* dal diritto, di pertinenza della sola politica – e dell'altro privilegia la tutela giurisdizionale dei diritti quale congegno *counter-majoritarian*⁴⁸. Chi invece pensa che il costituzionalismo custodisca le formule d'integrazione dei cittadini nelle strutture del potere pubblico legge l'uno e l'altra in rapporto di virtuosa circolarità, e valorizza come pienamente precettivo⁴⁹ – a contraltare della tutela dei diritti – il crinale della separazione dei poteri, in guisa di mappatura per una siffatta integrazione⁵⁰.

Trasportata ai giorni d'oggi, questa bipartizione si colloca in un terreno che le costituzioni contemporanee, capaci di un'inclusività tale da abbracciare entrambe le opzioni citate, hanno desensibilizzato – reso, cioè, non (più) politicamente sensibile⁵¹ – di tal ché, nel quadro dei rapporti sociali, politici ed economici da esse individuato, ciascuna di tali posizioni risulta accettabile per i sostenitori dell'altra, malgrado le differenze di fondo⁵².

Queste costituzioni, infatti, valorizzano un minimo comun denominatore tra le due opzioni, in termini di diritti e doveri, che di fatto consente la convivenza di posizioni eterogenee. Da un lato, non è lecito per entrambe revocare in dubbio il suffragio universale, e con esso il ruolo cardinale del Parlamento, da cui si dispiegano le articolazioni istituzionali dello Stato. D'altro lato, non è lecito per entrambe negare che libertà e proprietà siano diritti fondamentali, pur limitabili: se la funzione sociale della proprietà privata consente di veicolare l'esercizio a fini non privati, l'esercizio della libertà individuale è circondato da leggi e presidiato dalle sanzioni, anche penali, all'uopo disposte. Alle limitazioni di tali diritti, nondimeno, corrispondono altrettante garanzie costituzionali, al cui impianto Luigi Ferrajoli ha apprestato una solida cornice teorica⁵³; si pensi, fra tutte, alla riserva di legge e alla sua traiettoria evolutiva⁵⁴.

Tale struttura si riverbera nell'ampia legittimazione che le Carte costituzionali offrono ai partiti politici⁵⁵ quali vettori di una larga inclusività sociale, e innerva lo Stato di democrazia pluralista, assicurando *ex iure* la sussistenza – da Peter Häberle riformulata quale riserva del contenuto

⁴⁷ G. AMATO, *Introduction*, in G. AMATO, B. BARBISAN, C. PINELLI (a cura di) *Rule of Law v Majoritarian Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2021, 1-8.

⁴⁸ J.A. GARCÍA AMADO, *¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, 65-85; cfr. O. BASSOK – Y. DOTAN, *Solving the countermajoritarian difficulty?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11:1, 2013, 13-33.

⁴⁹ C. MÖLLERS, *The Three Branches*, cit., 115s., 117-118.; cfr. C.S. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1991, spec. 201s., e R. GARGARELLA, *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?*, in *Perfiles Latino-americanos*, 28-2006, 9-32.

⁵⁰ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, Giappichelli, 1999, 16 ss., 71 ss.

⁵¹ P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 359 ss.

⁵² Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, § 2, 4-7, per cui la democrazia sancita dalle costituzioni contemporanee garantisce il rispetto dei diritti fondamentali in un quadro procedurale definito, poiché «incorpora in sé gli ideali di cui è figlia»: Primo fra tutti ci viene incontro da secoli di crudeli guerre di religione l'ideale della tolleranza. ... Poi viene l'ideale della nonviolenza... Terzo, l'ideale del rinnovamento graduale della società attraverso il libero dibattito delle idee e il cambiamento delle mentalità e del modo di vivere.... Infine l'ideale della fratellanza (la *fraternité* della Rivoluzione francese)».

⁵³ L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 121 ss.

⁵⁴ S. FOIS, *La 'riserva di legge'. Lineamenti teorici e problemi attuali* (ed. provv. 1963; anche in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2010, 3 ss., *passim*).

⁵⁵ *Ex plurimis*, P. RIDOLA, *Partiti politici* (voce), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 66 ss.

essenziale dei diritti fondamentali⁵⁶ – dei diritti e degli interessi irrinunciabili di tutti i consociati, a perpetuazione di quel ‘diritto di esistere’ della minoranza che Hans Kelsen poneva a ‘essenza’ della democrazia parlamentare⁵⁷.

Può dirsi, quindi, che le costituzioni del secondo Novecento sono capaci di rappresentare un pluralismo ad ampio spettro⁵⁸, che garantisce la tenuta dell’edificio sociale, politico, economico e giuridico dello Stato e consente, pur nella diversità delle opzioni teoriche abbracciate, di tenere assieme gruppi portatori di visioni anche assai eterogenee⁵⁹.

Tale qualità non sorprende gli studiosi della rappresentanza⁶⁰: si collega infatti al superamento del *disordine* indotto dalla competizione fra interessi particolari⁶¹ e alla sua sintesi in un concetto politico – *Repräsentation* – sulla cui origine Hasso Hofmann ha scritto pagine brillanti⁶². Lo stesso fenomeno si riflette nell’evoluzione da istituzionale a politica della rappresentanza medesima, che in Italia s’innesca con l’inizio del Novecento⁶³. Gli studi in tal senso di Giuseppe Capograssi, che si spinse a preconizzare gli approdi di una «nuova democrazia diretta»⁶⁴ individuano le linee di rottura dell’edificio statutario nella sua incapacità a contenere un esuberante pluralismo sociale con l’offerta di una rappresentanza nelle strutture dello Stato⁶⁵ – quella «crisi» che Santi Romano decifrava nella sua prolusione pisana del 1909⁶⁶, e che Hermann Heller identificava nella scarsa omogeneità sociale all’interno della Repubblica di Weimar⁶⁷.

Per riassumere: le costituzioni del secondo Novecento si reputano in grado di abbracciare per intero la dialettica fra due *idealtipi opposti* del rapporto autorità-libertà – di qua un costituzionalismo *antitetico* alla democrazia, di là un costituzionalismo che abbraccia la democrazia e vuole rafforzarla – poiché capaci, grazie allo speciale contributo dei partiti politici, di rappresentare un pluralismo

⁵⁶ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, in *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Müller, Heidelberg, 1962, di cui si legga l’edizione in spagnolo con nota preliminare di F. FERNÁNDEZ SEGADO, trad. J. Brage Camanzano, P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003, 7 ss., 51 ss.

⁵⁷ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (II ed., 1929) in ID., *La democrazia* (a cura di M. BARBERIS) Bologna, Il Mulino, 2008, 101; si veda S. LAGI, *Il pensiero politico di H. Kelsen (1911-1929: Le origini di* *Essenza e valore della democrazia*, Genova, Name, 2008, spec. 15 ss., 191 ss.

⁵⁸ E. FRAENKEL, *Die repräsentative und die plebiszitiäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat* (1958) ed. it. (L. Ciaurro, C. Forte) *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, Giappichelli, 1994, spec. 73 ss.

⁵⁹ E. SPAGNA MUSSO, *Osservazioni per uno studio del diritto costituzionale quale ‘struttura sociale’* (1972) in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 1143-1171.

⁶⁰ L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3-2015, 11-38.

⁶¹ G. COLAVITTI, *La rappresentanza di interessi tra Vertretung e Repräsentation*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, 135-178.

⁶² H. HOFMANN, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (1974) ed. it. (C. Tommasi) *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 501 ss.

⁶³ G. FILIPPETTA, *Legge, diritto, necessità: i diritti di libertà dall’autolimitazione dello Stato-persona allo Stato di diritto d’eccezione*, in *Riv. AIC*, 4-2011, 18 ottobre 2011, 1-19.

⁶⁴ G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta* (1922), in ID., *Opere*, I, Milano, Giuffrè, 1959, 475 ss.

⁶⁵ V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema* (1940) rist. 1954, Giuffrè, Milano, 1954, 417s.; cfr. V. GUELI, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la ‘rappresentatività’ degli organi di governo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XVII, 1942, s.2, ora in ID., *Scritti vari*, I, Milano, Giuffrè, 1976, 145-165. Da ultimo, cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, 131s., 147s., e A. MANGIA, *La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione di Santi Romano*, in *Diritto & Società*, 2012, 461-492.

⁶⁶ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909, 1-32.

⁶⁷ H. HELLER, *Politische Demokratie und Soziale Homogenität*, in ID., *Probleme der Demokratie*, I, Berlin, Walter Rothschild, 1928, 35-47, ed. inglese D. DYZENHAUS (a cura di) *Political Democracy and Social Homogeneity*, in A. JACOBSON, B. SCHLINK (a cura di) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, 2000, 256-265.

sociale pur esuberante, predisponendo nel proprio seno le articolazioni volte a contenere gli inevitabili conflitti tra posizioni eterogenee. Queste posizioni accedono, mercé tali articolazioni, al piano politico-istituzionale, ove si garantisce la trattazione di tali conflitti in vista di soluzioni, pur precarie, accettabili per tutti⁶⁸. Sicché, per effetto di tale pacificazione, la relazione fra costituzionalismo e democrazia si fa pura disputa teorica, ammettendo in linea di principio tutt'e due le opzioni sopra illustrate: e ciò perché, al netto dei rispettivi idealtipi, i diritti e gli interessi di ognuna delle parti trovano nello Stato costituzionale di democrazia pluralista un eguale diritto di cittadinanza⁶⁹.

Se si segue questo percorso, pur rozzamente tracciato, le posizioni sul rapporto fra populismo e democrazia si colgono in una visione d'insieme.

3. Bad populism, good populism? *Il punto di vista esterno*

Una considerazione preliminare svela, già a tutta prima, la natura ibrida dell'oggetto d'indagine cui ci si dirige: a chi va riferito il populismo? A un regime, a un singolo schieramento, a un *leader* politico determinato, a istanze o condotte? La domanda resta senza risposta. Per un verso, infatti, non mancano studi approfonditi sulle qualità populistiche di regimi⁷⁰, schieramenti⁷¹, *leaders*⁷² e singole proposte di riforma⁷³, indifferentemente; per altro verso, le caratteristiche ivi riscontrate s'incastano, quali tessere di più ampi mosaici, nei filoni d'un dibattito scientifico interdisciplinare, che include la scienza politica, la sociologia e la filosofia politica – per non citare che le più rilevanti⁷⁴.

Tale natura anfibia, camaleontica del populismo come oggetto di studio ha favorito approcci deduttivi che, alla luce di un'indagine comparatistica più o meno estesa, formulano premesse generali e se ne servono nell'esame di contesti concreti – scoraggiandosi, per contro, un'ipotesi di ricerca più ampia e sistematica, tanto giuridica quanto politologica.⁷⁵

Gli studi sul populismo degli ultimi due decenni hanno messo in risalto determinate caratteristiche tipiche del relativo concetto. Jan-Werner Müller, in un saggio del 2016, ne enumera analiticamente alcune⁷⁶; ulteriori definizioni, come quelle di Cas Mudde e Cristóbal Rovira

⁶⁸ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2018, 21 ss.

⁶⁹ E. CASTORINA, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, in *Federalismi.it*, 1-2017 (2 ottobre), 1-24, 5 ss.

⁷⁰ L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 12:1-2016, 6-26.

⁷¹ A. L. P. PIRRO, *The polyvalent populism of the 5 Star Movement*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 26:4, 2018, 443-458.

⁷² A. CASTALDO – L. VERZICHELLI, *Technocratic Populism in Italy after Berlusconi: The Trendsetter and his Disciples*, in *Politics and Governance*, 8:4, 2020, 485-495.

⁷³ G. MARTINICO, *Between Mimeticism and Parasitism: Italian Populism in a Comparative Perspective*, in *European Public Law*, 26:4-2020, 921-940.

⁷⁴ Si veda S.M. VAN HAUWAERT – S. VAN KESSEL, *Beyond Protest and Discontent: A Cross-National Analysis of the Effect of Populist Attitudes and Issue Positions on Populist Party Support*, in *European Journal of Political Research*, 57:1, 2018, 68-92.

⁷⁵ Y. MENY – Y. SUREL, *Par le peuple. Pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, Paris, Fayard, 2000, 296.

⁷⁶ J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, spec. 19-20.

Kaltwasser⁷⁷ di John Judis⁷⁸ e di Ernesto Laclau⁷⁹ contribuiscono a disegnare un orizzonte articolato e di complessa decifrazione, che si propone qui di semplificare – pur pagando inevitabile dazio all'accuratezza dell'esame.

In primo luogo, il populismo scopercchia una relazione conflittuale fra *élite* e popolo; mette in mostra quello che Margaret Canovan⁸⁰ chiama «il dilemma di Bagehot», là dove il celebre studioso della costituzione inglese annoverava fra le qualità della monarchia britannica quella di rendersi comprensibile alla massa dei suoi sudditi⁸¹. In seconda battuta, il populismo si fonda in senso teleologico sulla riscossa del 'popolo' contro l'*élite* corrotta⁸²; spezza, in questo senso, i *cleavages* associativi predisposti dal gioco ordinato dei partiti politici⁸³. Tale distinzione è polarizzata: ricalca la bipartizione manichea fra bene e male, sicché nessun confronto è possibile ma solo irriducibile contrapposizione fino alla dissoluzione di uno dei due soggetti – *élite*-popolo – che riscrivono le regole della competizione politica con alfabeti mutualmente incomunicabili⁸⁴. Infine, l'appello *ad populum* si rifà ai fondamenti della volontà generale, proponendosene come interprete sulla base di una legittimazione popolare che si vorrebbe più autentica rispetto a quella di cui godrebbero le *élites*⁸⁵.

È chiaro, allora, che dalla prospettiva sopra descritta come oppositiva fra costituzionalismo e democrazia il populismo richiama la degenerazione del governo della *polis*, e incarna con sinistra precisione il terrore della *mala pianta*⁸⁶. Vi è quindi, in principio, contrapposizione fra populismo e democrazia: il filo tessuto dal populismo spinge la *polis* tra le braccia di un novello Pisistrato, che affabulando il popolo con sottili lusinghe instaura la tirannide a detrimento delle libertà⁸⁷.

Tutt'al contrario, dalla prospettiva sopra definita circolare rispetto alle virtualità che sprigiona il rapporto fra costituzionalismo e democrazia, il populismo non è in quanto tale un pericolo per questa⁸⁸; va invece ritenuto ad essa interno e addirittura funzionale, poiché – stimolando la partecipazione di soggetti altrimenti esclusi dai circuiti decisionali⁸⁹ – rimette in circolo diritti e

⁷⁷ C. MUDDE – C. ROVIRA KALTWASSER, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017, 6.

⁷⁸ J. JUDIS, *The Populist Explosion: How the Great Recession Transformed American and European Politics*, New York, Columbia Global Reports, 2016, 15.

⁷⁹ E. LACLAU, *La razón populista* (2005) Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, 15.

⁸⁰ M. CANOVAN, *Populism for Political Theorists?*, in *Journal of Political Ideologies*, 9:3, 2004, 241-252, 243.

⁸¹ W. BAGEHOT, *The English Constitution* (2nd ed.: 1873) Cambridge University Press, 2002, 34 ss.

⁸² P. TAGGART, *Populism in Western Europe*, in C.R. KALTWASSER – P. TAGGART – P. OCHOA ESPEJO – P. OSTIGUY (eds.) *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, 2017, 248-265.

⁸³ F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, Relazione alla Tavola Rotonda AIC *Rappresentanza politica e mandato imperativo*, Napoli, 14 ottobre 2019, ora in *Oss. AIC*, 1-2020 (4 febbraio) 106-121.

⁸⁴ K.A. ROBERTS, *Populism and Political Parties*, in C.R. KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (a cura di), *The Oxford Handbook of Populism*, cit., 287-303.

⁸⁵ L. CANFORA, G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 73-74; cfr. P. OCHOA ESPEJO, *Populism and the Idea of the People*, in C.R. KALTWASSER, P. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, P. OSTIGUY (a cura di) *The Oxford Handbook of Populism*, cit., 607-628.

⁸⁶ V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, in *Teoria politica*, 7-2017, 111-125.

⁸⁷ ARISTOTELE, *La Costituzione degli Ateniesi*, III-IV.

⁸⁸ P. TAGGART, *Populism and the Pathology of Representative Politics*, in Y. MÉNY, Y. SUREL (a cura di), *Democracies and the Populist Challenge*, London, Palgrave Macmillan, 2002, 62-80.

⁸⁹ A. ZASLOVE – B. GEURKINK – K. JACOBS – A. AKKERMAN, *Power to the people? Populism, democracy, and political participation: a citizen's perspective*, in *West European Politics*, 44:4, 2021, 727-751.

interessi sino ad allora negletti dalle *élites* dominanti e apre la strada a una nuova pacificazione tra i vari gruppi che in uno Stato di democrazia pluralista formano la società politica⁹⁰.

Soccorre allora una riflessione ulteriore. Se il ‘populismo’ contemporaneamente può prestarsi alla rottura della democrazia e alla sua salvaguardia o riattivazione, ciò significa che trattasi d’un concetto sommamente duttile, al pari di costituzionalismo e democrazia⁹¹; ricco, insomma, di *ambigüedades y paradojas*⁹² poiché i suoi contorni concreti dipendono da preconcetti di ordine etico, sociale e politico⁹³. Pertanto, l’impatto che esercita sulla democrazia può semmai misurarsi con un esame comparatistico informato ai metodi della scienza politica, che si mettano d’accordo sugli indicatori e sui dati da adoperare⁹⁴; ben più difficilmente, di contro, può prestarsi a un’analisi giuridica, proprio per la soggettività del punto di partenza dell’indagine e delle modalità con cui essa si sviluppa⁹⁵.

Per convincersene, si provi a disegnarne un prospetto brutalmente semplificativo, aggiungendo agli idealtipi opposti sopra accennati un passaggio che descriva in una nuova approssimazione successiva la relazione tra populismo, costituzionalismo e democrazia.

Chi ritiene eticamente preferibile il dominio di un’*élite* predeterminata rispetto alla presunta degenerazione di una società sprovvista di autorità politica concepisce il costituzionalismo quale presidio del limite di fronte a coloro che, esterni a quella *élite*, vogliono farsi autorità politica ciò nondimeno, e la democrazia come una *factio* necessaria al mantenimento della *pax* sociale – tale da dare una (minima) parvenza di ricambio nella stanza dei bottoni “secondo la volontà della nazione”⁹⁶.

Chi, per contro, ritiene eticamente preferibile l’eguaglianza tra cittadini-persone nella loro consapevole autodeterminazione individuale e collettiva quali membri di un consesso sociale concepisce la democrazia come forma politica volta a realizzare questa costruzione, e il costituzionalismo quale insieme di congegni giuridici capace di metterla in pratica e difenderla dalle brame di restaurazione delle *élites* – spossessate, queste, di ciò che dalla prima prospettiva era il loro diritto a governare, e da quest’altra invece è un ingiustificato, e ingiustificabile, privilegio⁹⁷.

Ora, alla luce di tale dicotomia, il populismo assume forme cangianti. Dal primo dei due poli, *bad populism* è più facilmente associabile a fenomeni teleologicamente indirizzati a un modello sociale e politico vicino al secondo polo, tacciati di radicalità e massimalismo – ‘comunismo’,

⁹⁰ Y. MÉNY, Y. SUREL, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, in Y. MÉNY, Y. SUREL (a cura di), *Democracies and the Populist Challenge*, cit., 1-21.

⁹¹ M. SERIO, *Populismo e culture politiche*, in R. CHIARELLI (a cura di) *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2015, 25-54.

⁹² E. LACLAU, *La razón populista*, cit., 17.

⁹³ *Ibid.*, 21.

⁹⁴ D. VITTORI, *Threat or Corrective? Assessing the Impact of Populist Parties in Government on the Qualities of Democracy: A 19-Country Comparison*, in *Government & Opposition*, 2021 (First View), 1-21.

⁹⁵ Y. MÉNY, *La costitutiva ambigüità del populismo*, in *Filosofia politica*, 3-2004, 359-376.

⁹⁶ Cfr. A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835) I, Paris, Pagnerre, 1848, 86 : «La volonté nationale est un des mots dont les intriguants de tous les temps et les despotes de tous les âges ont le plus largement abusé». Per contro, sulle virtualità insite nel concetto di «Nazione» nel quadro della Costituzione repubblicana, C. DE FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2019, 54-82.

⁹⁷ C. LASCH, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, New York, Norton & Co., 1996, spec. 25 ss.

benché tuttora retoricamente efficace⁹⁸, suona anacronistico anche all'orecchio più nostalgico, a parte lo stigma del Parlamento europeo⁹⁹ e le notevoli difficoltà che l'Occidente incontra nella costruzione di una memoria condivisa¹⁰⁰. Dall'altro, specularmente, *bad populism* designerebbe fenomeni orientati verso uno *status quo* sociopolitico affine al primo polo, accompagnandosi ad aggettivi come reazionario, fascista – nient'affatto desueto – e simili¹⁰¹.

Con l'evoluzione del dibattito, tali connotazioni moralmente rilevanti sono venute a coesistere, in taluni casi, all'interno dello stesso ragionamento, e nel pensiero di uno stesso studioso.¹⁰²

In questi casi, il campo d'indagine è sovente individuato da un complesso di valori assunti in astratto come fondamentali e ineludibili, nella loro struttura, per la qualificazione democratica dei regimi costituzionali. È l'esempio di Giuseppe Martinico, che nel suo *Filtering Populist Claims to Fight Populism* individua la *openness* delle costituzioni del secondo dopoguerra¹⁰³ – in specie, della Costituzione italiana – a riferimento etico per muovere all'esame del populismo, di cui individua un triplice riferimento connotativo (*Sovereignism, Identity-policies, Politics of the Immediacy*)¹⁰⁴ tale da determinare in concreto un *assault* alla politica rappresentativa – quale si ritrova in non pochi casi tratti da recenti vicende costituzionali italiane.¹⁰⁵ Un tale approccio, nondimeno, implica il rischio di accomunare sotto l'etichetta 'populismo' fenomeni dalle matrici storiche, sociali e politiche assai diverse, nonché latori di istanze concrete talora radicalmente divergenti: nella fattispecie, se il 'populismo' sta nella mimesi parassitaria della democrazia da parte dei sovranismi identitari e dei campioni della politica dell'immediatezza, tracce di un fenomeno siffatto si rinvencono in un ventaglio amplissimo di condotte riconducibili, almeno in una delle parti, a ognuna delle forze politiche italiane in tempi più e meno recenti – e ciò, a prescindere dai contenuti concreti che volta per volta esse si incaricavano di veicolare.

Nel secondo caso, proprio al fine di evitare una tal sovrapposizione, si è indotti a tracciare una divisione di campo più nitida fra *populisti* e *no*. Questa linea divisoria, tuttavia, sembra atteggiarsi in maniera diversa secondo la prospettiva prescelta da chi la traccia: in un caso è tutta schiacciata sul presente, nell'altro è orientata in senso cronologico. In altre parole: se taluni manterranno un punto di vista esterno, *judgmental* rispetto al populismo¹⁰⁶, collocato però dentro il sistema che, esplicitamente o no, essi identificano come costituzionale democratico¹⁰⁷, altri tenderanno a

⁹⁸ Si veda l'intervista a Silvio Berlusconi di S. BADUCCO, *Berlusconi contro il M5S: 'Sono comunisti veri, da strada. Non come quelli del Pd, che sono comunisti da salotto'*, in *Il Fatto Quotidiano*, 23 maggio 2019.

⁹⁹ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 settembre 2019 sull'importanza della memoria europea per il futuro dell'Europa (2019/2819(RSP)).

¹⁰⁰ J. CASANOVA, *Guerras de memorias*, in *El País*, 16 ottobre 2021.

¹⁰¹ Cfr. R. EATWELL – M. GOODWIN, *National Populism: The Revolt against Liberal Democracy*, London, Penguin UK, 2018, spec. Cap. I.

¹⁰² Cfr. F. BIGNAMI, *Introduction*, in EAD. (ed.) *EU Law in Populist Times: Crises and Prospects*, Cambridge University Press, 2020, 3-30, 5 ss.

¹⁰³ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism – The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2021, 63 ss.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 99 ss., 124 ss.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 112 ss., 147 ss.

¹⁰⁶ Cfr. *ex multis* A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Annali dell'Università degli studi Mediterranea di Reggio Calabria* (a cura di V. MAZZITELLI), I, Napoli, ESI, 2011, 825-859, anche in *ForumCostituzionale.it*, 2009, 1-20.

¹⁰⁷ Cfr. sul punto N. URBINATI, *The Populist Phenomenon*, in *Raisons politiques* 51:3, 2013, 137-154, e, della stessa A., *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. 18 ss.

negare che dall'ottica del costituzionalismo democratico attuale possa mantenersi un punto di vista esterno rispetto al populismo, il cui modello di paragone diviene un sistema costituzionale democratico non presente ma passato (oppure in via di sparizione) da ricostruire in via retrospettiva¹⁰⁸.

Ora, se si tiene un punto di vista esterno schiacciato sul tempo presente, 'populismo' diviene un'etichetta fin troppo duttile. Trump è *an unlikely populist*¹⁰⁹, nelle parole di Michael Kazin, poiché ostenta la sua ricchezza eppure si fa latore del discorso elitista per cui «un piccolo gruppo di persone negli Stati Uniti d'America ha fatto incetta dei benefici del governo mentre il popolo ha pagato il prezzo»¹¹⁰; in qualche modo rivoltandosi contro il sistema in un pericoloso *déjà-vu*¹¹¹. Ma è populista, anzi dichiaratamente populista, anche Atatürk, *leader* del Partito Repubblicano del Popolo in Turchia negli anni '30, che nell'analisi di Ernesto Laclau si propone di riformulare i rapporti sociali interni al Paese secondo quelli che lo studioso argentino definisce *los seis pilares del kemalismo: republicanismo, nacionalismo, populismo, revolucionismo, secularismo y estatismo*¹¹². Scrive Paul Dumont, a proposito del regime di Atatürk, che il populismo da questi proposto mira a rafforzare il legame con la democrazia intesa come attività intellettuale militante volta a favorire il progresso dei cittadini, e che in tal senso si prefigge di abbattere le classi sociali per fondare una solidarietà di eguali¹¹³ – un populismo libertario ed egualitario, apertamente di sinistra, per dirla *à la* Chantal Mouffe¹¹⁴.

Per contro, Christopher Bickerton e Carlo Invernizzi Accetti¹¹⁵ mantengono un punto di vista esterno collocato nel passato. Il populismo che descrivono non è quello di *leaders* tendenzialmente autoritari da cui promana una *radical oppositional claim* contro un sistema di cui essi stessi fanno in realtà parte, o di cui ambiscono più o meno segretamente ad avvalersi; ma quello sottile che sta all'incrocio fra *democratic politics* e *technocracy*¹¹⁶ – sicché populismo e tecnocrazia sarebbero due facce della stessa medaglia¹¹⁷, due processi paralleli innescati dalla deriva *neoliberal* del capitalismo occidentale¹¹⁸. Di conseguenza, il populismo attinge alla separazione, o *disconnect*¹¹⁹, fra i conflitti sociali reali e quelli portati sulla scena politico-mediatica dai *leader*¹²⁰ e da altri esponenti dei partiti,

¹⁰⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 54 ss.

¹⁰⁹ M. KAZIN, *Trump and American Populism: Old Whine, New Bottles*, in *Foreign Affairs*, 95:6-2016, 17-24.

¹¹⁰ N. URBINATI, *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Harvard University Press, 2019, 40.

¹¹¹ F. FINCHLSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, University of California Press, 2017, 1 ss., 98s.

¹¹² E. LACLAU, *La razón populista*, cit., 258 ss.

¹¹³ P. DUMONT, *The Origins of Kemalist Ideology*, in J.M. LANDAU (ed.) *Atatürk and the Modernization of Turkey*, Boulder, Westview Press, 1984, 21-44.

¹¹⁴ C. MOUFFE, *Pour un Populisme de Gauche*, Paris, Albin Michel, 2018, 15 ss., *passim*.

¹¹⁵ C.J. BICKERTON – C. INVERNIZZI ACCETTI, *Technopopulism. The new logic of democratic politics*, Oxford University Press, 2021.

¹¹⁶ R. ESCOBAR, *Le illusioni dei maghi. Tecnocrazia e populismo*, in *Teoria politica*, 7-2017, 65-85.

¹¹⁷ C. DE FIORES, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2021, 36-87, 42 ss.

¹¹⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di) *Neoliberalismo e diritto pubblico*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1-2020, 170 ss.; dello stesso A., *Populismos y crisis de la representación*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 35-2021.

¹¹⁹ Da cui il rischio di disconnessione dei cittadini dalla sfera pubblica, che importa il rischio di un "de-consolidamento" dello Stato di democrazia pluralista: R.S. FOA, Y. MOUNK, *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, in *Journal of Democracy*, 27:3, 2017, 5-17.

¹²⁰ D. TARAS, *Political Leadership and Social Media: An Introduction*, in D. TARAS, R. DAVIS (a cura di) *Power Shift? Political Leadership and Social Media*, London-New York, Routledge, 2019, 5-18.

ormai stravolti rispetto al loro ruolo di collettori di un pluralismo sociale assai eterogeneo¹²¹. In questo senso, il populismo è frutto dell'abbandono generalizzato della dimensione politica del conflitto – la c.d. *de-democratization of the Political Constitution*¹²²; per cui

«[t]he political divisions that exist today, those between the electoral candidates' different ways of combining populist claims to represent the people as a whole and technocratic claims to possess the necessary competence for translating its willing to policy, are removed from the underlying social 'cleavages' that used to structure partisan competition during the year of ideologically motivated political parties»¹²³.

Da tale ottica, il populismo avrebbe fagocitato l'intero universo della politica contemporanea, ora rimpiazzandone le logiche, ora sovrapponendosi ad esse¹²⁴– qui riprendendosi studi sulla c.d. *militant democracy* dello stesso Jan-Werner Müller¹²⁵ e dubitando, per contro, dell'ostinata *Utopia of Human Rights* di Jürgen Habermas¹²⁶. Seguendo questo ragionamento, gli agitatori dell'*espejismo* populista che imputano a *leaders* 'populisti' la *manipulación del resentimiento* delle masse disorientate dalla globalizzazione¹²⁷– prendendo spunto da Zygmunt Bauman¹²⁸– si dedicherebbero a loro volta all'uso pretestuoso 'populista' di tematiche divisive, quali la lotta all'immigrazione, i diritti LGBT+ o delle donne. In altri termini: chi chiama l'altro populista cavalcherebbe *pro domo sua* elementi del pari populistici, con l'effetto di marcare un campo di dibattito che legittima populistici e 'anti' – questi, tuttavia, non meno populistici di quelli – atteso il loro reciproco riconoscimento, pur svincolato dall'attitudine a comporre diritti e interessi dei cittadini. Oggetto di manipolazione, in tale ottica, da parte di entrambi, è difatti la trasmissione delle istanze di costoro verso la sfera pubblica, le cui dinamiche seguirebbero *cleavages* slegati, per una parte via via crescente, dall'effettiva materia del conflitto sociale.

Percorrendo il filo di tale approccio, si configura una sorta di irregolare *pan-populismo* all'ombra del quale scompare il punto di vista esterno, giacché è il mondo delle *politics* nel suo complesso ad essere attraversato da istanze populiste¹²⁹. Tuttavia, al netto della condivisibilità in concreto dell'analisi condotta, sorge allora il dubbio sull'effettiva utilità del concetto di 'populismo' quale strumento di un'analisi scientifica: all'esito del suo utilizzo istanze diversissime per contenuto e forme si trovano accomunate dal *nomen* 'populismo' – ritornandosi, dunque, al punto di partenza, ossia alla compresenza, nello stesso ragionamento e finanche nello stesso autore, di molteplici, eterogenei 'populismi'. Del resto, se gli stessi Bickerton e Invernizzi Accetti scelgono un termine

¹²¹ G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta Online*, 2-2019 (20 maggio) 249-256.

¹²² M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit., 95 ss.

¹²³ C.J. BICKERTON – C. INVERNIZZI ACCETTI, *Technopopulism.*, cit., 36.

¹²⁴ *Ibid.*, 37.

¹²⁵ J.-W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, 1253-1269; cfr., dello stesso A., *Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy*, in *Annual Review of Political Science*, 19, 2016, 249-265.

¹²⁶ J. HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 41:4, 2010, 464-480.

¹²⁷ Cfr. ad es. G. LLAMAZARES, *La izquierda herida. Una reivindicación de la democracia frente al espejismo del populismo*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2020, spec. 218, 229 ss.

¹²⁸ Z. BAUMAN, *In Search of Politics* (1999) ed. it. (G. Bettini) *La solitudine del cittadino globale*, postfaz. A. DAL LAGO, Milano, Feltrinelli, 2004, ad ess. 57 ss.

¹²⁹ Cfr. I. DIAMANTI, M. LAZAAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari, Laterza, 2018, spec. 15 ss.

diverso, e più ricco, finanche a titolo del proprio libro, forse l'insufficienza, o almeno la scarsa precisione, dello strumento denominato 'populismo' è in qualche modo avvertita anche dai suoi stessi manovratori.

Alla luce di tali conclusioni, occorre formulare le due riflessioni che seguono.

Primo: la discussione sul populismo inclina fatalmente verso più ampi bacini di ricerca, influenzando la comprensione di altri concetti-chiave in seno a ciascuno di essi e venendone a sua volta influenzata: pertiene, dunque, a un ambito di ricerca assai più esteso di quello riconducibile al diritto costituzionale, che si colloca, rispetto ad esso, in una posizione marginale.

Secondo: l'uso del concetto di populismo, proprio perché in relazione reciproca con altri concetti eticamente connotati, s'accompagna a un robusto sostrato valoriale, che lo renderebbe poco spendibile in sé per l'analisi giuridica là dove, pur ammantandosi d'imparzialità, la trascinasse verso la sovrapposizione di *essere e dover essere*¹³⁰ – così lasciando che il momento etico-sostanziale abbia la meglio su quello volontaristico-procedurale nella legittimazione del diritto¹³¹.

Ci si chiede, allora, se esista e dove stia il valore aggiunto che tale concetto apporta al dibattito costituzionalistico. Domanda, questa, prodromica all'indagine sul ruolo del diritto costituzionale nell'analisi del populismo, alla quale può ora risponderci con maggior consapevolezza.

4. *Forma e sostanza del populismo: il ruolo del diritto costituzionale*

Si consideri in principio un dato evidente, e cioè l'alterità tra forma e contenuto nelle manifestazioni concrete riferite al populismo. Se la forma del populismo assume regolarità insistenti¹³² – il richiamo al popolo,¹³³ con l'uso spregiudicato dei mezzi di informazione e comunicazione di massa¹³⁴, nuovi o finanche nuovissimi come i *social networks*,¹³⁵ la tendenza a semplificare ciò ch'è complesso¹³⁶; il rifiuto del pluralismo ad elemento costitutivo di un *popolo* che si vuole delineato in chiave unitaria¹³⁷; la radicalità della contrapposizione 'noi-loro', che riecheggia quella fra 'amico-nemico' di schmittiana memoria¹³⁸ – eterogenei sono i *contenuti* che tali forme veicolano, sotto forma di argomenti tesi a difendere ragioni politiche in seno a un certo consenso.

¹³⁰ Su cui T. GAZZOLO, *Essere/dover essere. Saggio su Kelsen*, FrancoAngeli, Milano, 2016, 12 ss., *passim*.

¹³¹ G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, Giuffrè, Milano, 1964, 127-128.

¹³² F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4-2020, 517-557, spec. 526 ss.

¹³³ M. BENVENUTI, *Divagazioni su popolo e populismo a partire dall'attuale orizzonte costituzionale italiano*, in R. CHIARELLI (a cura di) *Il populismo tra storia, politica e diritto*, cit., 275-289.

¹³⁴ C. DE CESARE, *Media and Politics: il sistema politico-istituzionale e i mezzi di comunicazione di massa*, in ID. (a cura di) *Lezioni sul Parlamento nell'età del disincanto*, Roma, Aracne, 2011, 173-217; da ultimo, *ex plurimis*, A. CAMPATI, *La «democrazia immediata»: prospettive a confronto*, in *Teoria politica*, 10-2020, 297-315.

¹³⁵ Cfr. ad ess. T. FLEW, P. IOSIFIDIS, *Populism, globalisation and social media*, in *International Communication Gazette*, 82:1, 2020, 7-25; già anteriormente, P. GERBAUDO, *Populism 2.0: Social Media Activism, the Generic Internet User and Interactive Direct Democracy*, in D. TROTTIER, C. FUCHS (a cura di) *Social Media, Politics and the State: Protests, Revolutions, Riots, Crime and Policing in the Age of Facebook, Twitter and YouTube*, London, Taylor and Francis, 2014, 67-87.

¹³⁶ C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 7:1-2011, 5-16.

¹³⁷ N. URBINATI, *Me the People*, cit., 77 ss.

¹³⁸ K.M. ROBERTS, *Populism and Polarization in Comparative Perspective: Constitutive, Spatial and Institutional Dimensions*, in *Government & Opposition*, 2021 (First View), 1-23.

Tutti questi elementi influenzano la comunicazione fra istanze diverse nel quadro del macro-sistema ordinamento. Il flusso delle ragioni reciproche è interrotto, per non dire stravolto, dalle forme caratteristiche del populismo; partendo da Habermas, potrebbe dirsi che le vie dell'*agire comunicativo*¹³⁹, che permettono il dialogo paritario fra soggetti (e sistemi) diversi, vengono deviate dall'uso pubblico della ragione discorsiva verso percorsi di *sugestión, imitación e identificación*¹⁴⁰ tesi alla costruzione di nuovi punti nodali (*points de capiton*, nel linguaggio di Slavoj Žižek¹⁴¹) capaci di riformulare *unidades de formación discursiva*¹⁴² nel senso di ricombinare tra loro i presupposti di partenza del discorso, finanche le esigenze e i bisogni percepiti degli attori sociali. Sicché, tornando a Habermas, è preclusa o danneggiata

«... the possibility – mutually presupposed by participants engaged in the effort to reach an understanding – of responding to the utterances of one's counterpart and to the concomitantly raised validity claims, which aim at intersubjective recognition»¹⁴³.

La comunanza delle *forme* e insieme la loro valenza strumentale alla riformulazione del rapporto fra elettori ed eletti (o candidati tali) chiama in causa il tema della rappresentanza politica¹⁴⁴, nelle sue interazioni con la partecipazione democratica¹⁴⁵. Afferisce allora alla qualità rappresentativa della Costituzione, cioè alla sua attitudine a includere portatori di interessi eterogenei, fondati su visioni contrapposte del rapporto autorità-libertà¹⁴⁶.

Per cui, quando, in un dato contesto, i malfunzionamenti populistici della rappresentanza fanno presagire un pericolo per la qualità rappresentativa dell'intera architettura costituzionale, il populismo entra nei *radar* del costituzionalista. In altri termini, il populismo assume rilievo per il diritto costituzionale là dove lo scollamento tra rappresentanti e rappresentati che la forma populistica segnala si mostri in grado di sensibilizzare – far tornare politicamente conteso – il terreno identificato dal rapporto democrazia-costituzionalismo, rendendo non più solo teorica l'opzione fra i modelli del rapporto autorità-libertà sopra tracciati e quindi irriducibile l'opposizione tra i fautori dell'uno e dell'altro.

Difatti, là dove una situazione di *stress* della rappresentanza politica dovesse palesarsi in forme populiste, la libertà degli antichi e quella dei moderni – nella formula proposta da Constant – verrebbero a sovrapporsi, di tal ché non sarebbe più possibile godere della propria indipendenza

¹³⁹ Il riferimento è ovviamente J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981) English ed. (T. Mc Carthy) *The Theory of Communicative Action*, Vol. I – *Reason and Rationalization of the Society*, London, Beacon Press, 1984, 131s., nonché Vol. II, *Lifeworld and System: A Critique of the Functionalist Reason*, 43 ss., 204 ss.

¹⁴⁰ E. LACLAU, *La razón populista*, cit., 49 ss.

¹⁴¹ S. ŽIŽEK, *The Sublime Object of Ideology*, Verso, London, 1989, 95 ss.

¹⁴² E. LACLAU, *op.ult.cit.*, 134.

¹⁴³ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) English ed. (W. Rehg) *Between Facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge (Massachusetts), MIT-Press, 1996, 119 ss.

¹⁴⁴ A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., spec. 24 ss.; cfr. G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Riv. AIC*, 3-2017 (29 luglio) 1-16.

¹⁴⁵ M. MANETTI, *Costituzione, Partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3-2018, 375-401, spec. 383 ss.; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 87.

¹⁴⁶ A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto Costituzionale*, 1-2018 (Numero speciale: *Sovranità, Stato costituzionale e sovranità popolare*) 95-136.

privata senza tornare ad incidere nelle scelte comuni¹⁴⁷. In altre parole: se il populismo, com'è stato detto, spinge il dibattito politico *at the edge of democracy*¹⁴⁸ – sicché le istituzioni previste dalla Costituzione verrebbero meno al fine di perseguire *plural and partially incommensurable goals* a causa dello *style of politics* impiegato da chi le anima¹⁴⁹ – vuol dire che la forma populista sabota la capacità rappresentativa di tali istituzioni, singolarmente e nel loro complesso, riducendola drasticamente; e ciò mette in pericolo i fondamenti della convivenza sociale così come edificati dalla Costituzione medesima¹⁵⁰.

Ora, per capire se a malfunzionamenti populistici della rappresentanza corrispondano rischi per la tenuta rappresentativa della Costituzione, occorre aver riguardo al contenuto dei singoli argomenti.

Questa questione può così porsi in termini generali: se taluni membri di un dato consesso sociale pretendono una soddisfazione dei propri diritti e interessi tale da rendere inferiori, in misura inaccettabile, le risorse disponibili per soddisfare diritti e interessi altrui¹⁵¹, le articolazioni costituzionali non bastano più a offrire riparo al conflitto che ne scaturisce¹⁵². A quel punto, infatti, la convivenza fra portatori d'interessi opposti riemerge come dato problematico, segno di un conflitto irrisolto; e, di conseguenza, torna a galla l'antitesi nella visione dei rapporti autorità-libertà cui la Costituzione aveva posto rimedio – costringendo a ripensare, o almeno a revocare in dubbio, le coordinate fondamentali della convivenza sociale¹⁵³.

Se si segue questa traiettoria, si desume che la forma populistica è sintomo di un possibile mutamento costituzionale capace di trascinare gli equilibri del consesso di riferimento al di là del quadro costituzionale, di cui vanificherebbe la capacità di inclusione rappresentativa; sicché, comprimendo taluni diritti e interessi fino al nucleo del contenuto essenziale, esporrebbe i gruppi che se ne fanno portatori a un trattamento assimilabile alla violazione del diritto ad esistere¹⁵⁴.

Il costituzionalista, quindi, ove scorga in seno all'ordinamento tracce di populismo, si chiede se potrebbero nascondere i germi di un mutamento costituzionale eccentrico rispetto agli equilibri costituzionali – tali cioè da minare la qualità rappresentativa della Costituzione. In altre parole: si domanda, chi studia diritto costituzionale, se il contenuto delle pretese populisticamente agitate possa rivelarsi capace di cagionare la rottura, temporanea o permanente, di quegli equilibri che hanno reso agibile l'ordinamento per portatori di interessi e diritti anche eterogenei, nonché latori di contrapposte visioni del rapporto autorità-libertà¹⁵⁵.

¹⁴⁷ B. ARDITI, *Populism, or, politics at the edges of democracy*, in *Contemporary Politics*, 9:1, 2003, 17-31.

¹⁴⁸ M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, cit., spec. 118 ss.

¹⁴⁹ A.Z. HUQ, *The People Against the Constitution*, in *Michigan Law Review*, 116:6, 2018, 1123-1144, spec. 1137.

¹⁵⁰ A.Z. HUQ, T. GINSBORG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA – University of California Los Angeles Law Review*, 78:1, 2018, 78-169, spec. 117ss. sul pericolo di «*constitutional retrogression*».

¹⁵¹ Sulla *disponibilità* di risorse per la soddisfazione di diritti e interessi delle comunità in un universo finito com'è quello che crea la globalizzazione, G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 17 ss., *passim*.

¹⁵² Cfr. J. MC COY, M. SOMER, *Toward a Theory of Pernicious Polarization and How It Harms Democracies: Comparative Evidence and Possible Remedies*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1-2019, 234-271.

¹⁵³ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 47 ss.

¹⁵⁴ Sul concetto di mutamento costituzionale si veda S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, spec. 449s., ove si distinguono 'vicende di assetamento' e vicende di mutamento'; cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 1-2013 (1° marzo) 1-18.

¹⁵⁵ A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Relazione al Gruppo di Pisa*, 'Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale', Catanzaro, 8-9 giugno 2018, 1-25.

Resta da precisare in cosa si estrinsechi l'attività del costituzionalista, ossia come possa questi ottemperare al suo compito. In senso generale, sembrerebbe potersi dire che, se l'elaborazione di una teoria compiuta del populismo è compito, massimamente, di altre scienze sociali, al diritto costituzionale senz'alcun dubbio spetta l'onere di rileggere nel merito gli argomenti populistici concretamente sollevati, onde ne emerga la compatibilità col quadro costituzionale di riferimento. Se infatti un argomento populista può comportare la potenziale rottura dell'ordito costituzionale, occorre che se ne misuri la distanza rispetto alle posizioni che, nel merito, quell'ordito è capace di sostenere, garantendo ad esse un minimo assimilabile al diritto di esistenza: occorre cioè dire se tali argomenti tendono a un'evoluzione coerente, in ultima istanza accettabile, delle condizioni inizialmente sancite nel documento costituzionale, o se sottopongono al rischio d'estinzione taluni diritti e interessi pur costituzionalmente protetti.

Da tale verifica di costituzionalità deriva un prezioso aiuto alla qualità del pubblico dibattito; perché, a dir il vero, esso non può prescindere da una ricostruzione accurata dei fatti, che si serva alla bisogna di dati elaborati dalla storia, dalla scienza politica, dalla sociologia, dall'economia e dalla filosofia – manovrati, tutti questi dati, con cautela massima, ma pure con tutto il coraggio necessario.¹⁵⁶

L'opera di raccordo concreto fra il resoconto storico e l'interpretazione giuridica assoggetta a filtro l'argomento populista, attribuendogli una 'patente di accettabilità' nel quadro costituzionale di riferimento; a tal fine, quest'opera procede alla rilettura in chiave costituzionalistica degli eventi vicini e lontani, offrendo elementi per apprezzarne l'influenza sul tempo presente.

Tale duplice attività di rilettura storica e valutazione giuridica costituisce il *proprium* del compito affidato al diritto costituzionale. Quest'attività ha un obiettivo preciso: la manutenzione del pubblico dibattito, affinché l'ordinamento rimanga capace di accogliere il dissenso e di esprimere così, incanalandoli verso molteplici, plausibili, soluzioni, gli innumerevoli conflitti che vivificano lo Stato di democrazia pluralista.

In tal senso, il diritto costituzionale acquista un ruolo fondamentale, ulteriore e peculiare rispetto al contributo in fondo marginale che può offrire nella ricostruzione del populismo come fenomeno sociale: porsi a tutela della qualità rappresentativa che ha contraddistinto le costituzioni del secondo Novecento.

5. Conclusioni: 'che cos'è il populismo, e cosa vuole'

Non pare dubitabile, infine, che al costituzionalista debba interessare ciò che le scienze sociali definiscono 'populismo'. Ciò però non implica che dall'esame del concetto di populismo debbano scaturire conseguenze immediate quanto alla liceità o illiceità costituzionale di talune pretese, norme o condotte. Occorre invece tracciare una distinzione nitida: di qua l'esame delle forme in cui il populismo si manifesta, ove il diritto costituzionale occupa una posizione laterale rispetto ad altre discipline; di là l'analisi del contenuto degli argomenti sorretti da forme 'populiste', ossia della loro compatibilità con l'architettura costituzionale e coi principi che su di essa si reggono –

¹⁵⁶ Si rilegga a tal proposito la bella pagina di R. ORESTANO, *Lasciando la cattedra*, in *Il Foro Italiano*, 102-1979, 141-150.

tema, questo, nel rispondere al quale il diritto costituzionale recita da protagonista. Nel primo caso, infatti, la definizione ‘populismo’ attiene al mondo dell’*essere*, giungendo all’esito di una valutazione che difficilmente può sfuggire a preconcetti eticamente connotati. Nel secondo caso, invece, l’esame in concreto dell’argomento sollevato da chi si auto-proclama populista – ovvero è etichettato come tale – richiede una valutazione sul *dover essere*, il cui parametro è l’assetto dei principi che innervano la Carta fondamentale.

Di conseguenza, occorre necessariamente discernere, nel guardare al populismo con la lente del diritto costituzionale, due questioni. La prima, ‘che cos’è il populismo?’ esula, in quanto tale, dal campo del diritto costituzionale per sconfinare in quello di altre scienze sociali; l’altra, ‘che cosa vuole il populismo?’, sta tutta dentro al campo della scienza costituzionalistica, giacché implica l’analisi, sul metro della Costituzione, delle pretese regolative sollevate, implicitamente o esplicitamente, con forme ‘populiste’. Si tratta di due questioni separate, benché interdipendenti, che oltre alla diversità di oggetto presentano obiettivi diversi: la prima si orienta alla speculazione, al fine di *conoscere* il populismo, l’altra mantiene uno scopo precettivo, e con esso l’esigenza di cimentarsi coi temi coperti da forme populiste e con la narrazione che li circonda – *valutandone*, se del caso, l’incompatibilità con la Costituzione.

Delle due questioni, mette conto ribadirlo, l’una, ancorché rivolta a tutte le scienze sociali, non esclude né occulta l’altra, che appare invece propria del diritto costituzionale, e che aspira ad una risposta parimenti urgente. In effetti, rispondere agli interrogativi che tale ultima questione solleva è passo irrinunciabile per l’articolazione dei conflitti politici che percorrono le società pluraliste¹⁵⁷, al cui dispiegamento la forma populista oppone argini assai solidi¹⁵⁸; né può dubitarsi che, per «disinnescare il populismo»¹⁵⁹, riformulare gli estremi di tali conflitti in termini mutualmente comprensibili per le parti in campo costituisca uno strumento potente in vista della manutenzione di una sfera pubblica che voglia dirsi democratica¹⁶⁰. Uno strumento, si direbbe, che il diritto costituzionale – avvalendosi con coraggio del contributo di altre scienze sociali – ha il potere, e quindi la correlata responsabilità, di rendere il più affilato possibile.

Non può né vuol negarsi che si tratta di una fatica erculeo, tesa a far emergere un dissenso il più delle volte radicale per disinnescarne, con la sola forza degli argomenti, la carica distruttiva, sciogliendo i nodi che vi danno origine e restituendo alla collettività i fili del pubblico discorso. Una tale attività, lungi dal costituire un comodo, innocuo ricamo intellettuale, affonda il bisturi nella carne viva della comunità, sottoponendo ad esame cicatrici mai rimarginate. È, infatti, precisamente su temi massimamente divisivi che la rimozione collettiva si sedimenta in tabù, comprimendo il discorso pubblico anche a costo di sacrificare diritti e interessi in principio non sacrificabili¹⁶¹. Basti pensare al caso italiano, ove ‘populismo’ si accompagna precisamente ai temi più divisivi del pubblico dibattito: le riforme istituzionali¹⁶², ivi compresa quella del ‘taglio’ dei

¹⁵⁷ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., 216 ss.

¹⁵⁸ Cfr. M. TARCHI, *Lo studio del populismo fra complessi e rimozioni*, in *Quaderni di Sociologia*, 83-2020, 131-140.

¹⁵⁹ Y. MÉNY, *Disinnescare i populismi*, in I. DIAMANTI, *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 69-72.

¹⁶⁰ Su tale concetto, A.I. ARENA, *Sfera pubblica e democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2017, 88-131.

¹⁶¹ C.B. STONE – W. HIRST, *(Induced) Forgetting to form a collective memory*, in *Memory Studies*, 7:3-2014, 31-327.

¹⁶² P. BLOKKER, *Populism and Constitutional Reform. The Case of Italy*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (a cura di) *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, Palgrave MacMillan, 2020, 11-38.

parlamentari¹⁶³; il divario fra Nord e Sud del Paese¹⁶⁴; le sorti dell'integrazione europea¹⁶⁵; il nodo dell'immigrazione clandestina¹⁶⁶; l'incandescente materia giudiziaria, con special riguardo al processo penale¹⁶⁷.

Scavare a fondo su argomenti che ineriscono direttamente a temi tanto scorbutici è lavoro sporco; che tuttavia, come si dice, qualcuno deve pur fare. È, ciò nonostante, un'opera nobile: l'acme del *franc-parler*, della *parresia* di Michel Foucault – disseppellire quelle verità che, riscoperte e metabolizzate, rafforzano al massimo grado le fondamenta di una comunità¹⁶⁸.

Se il diritto costituzionale è ancora patrimonio d'intellettuali¹⁶⁹, sapienti e non solo tecnici¹⁷⁰, è bello che chi scelga di coltivarlo accetti di misurarsi su pendii siffatti, irti e accidentati senz'altro, eppure ineludibili per la società al cui servizio si pone.

¹⁶³ C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Oss. AIC*, 3-2020, 69-94.

¹⁶⁴ G. DE LUNA, *Perché il vento del Sud piace tanto ai grillini*, in *La Repubblica*, 27 settembre 2017; cfr. tuttavia A. GRAMSCI, *Note sul problema meridionale e sull'atteggiamento nei suoi confronti dei comunisti, dei socialisti e dei democratici* (1926) ripubblicato come *Alcuni temi della questione meridionale* in ID., *La costruzione del Partito comunista – 1923-1926*, Torino, Einaudi, 1978, spec. p. 140 ss.

¹⁶⁵ M.G. RODOMONTE, *Il 'populismo sovranista' e l'Europa. A proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 2-2019, 1-25.

¹⁶⁶ Cfr. M. ANSELMINI, I. CORVINO, *Populismo e immigrazione: un fatale incontro*, in *Cosmopolis*, XVII/1-2-2020, *online*.

¹⁶⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-121; cfr., tuttavia, N. GRATTERI *Fatti progressi. Ma la Cartabia taglia i processi, non li abbrevia*, intervista di M. TRAVAGLIO, *Il Fatto Quotidiano*, 3 agosto 2021.

¹⁶⁸ M. FOUCAULT, *Conférences sur la parrésia (1982-1983)*, in ID., *Discours et vérité* (éd. H.-P. Fruchaud et D. Lorenzini) Paris, Vrin, 2016, 21 ss., 77 ss.

¹⁶⁹ Riprendendo S. CASSESE, *Intellettuali*, Bologna, Il Mulino, 2021, spec. cap. IV.

¹⁷⁰ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, cit., 19 ss.

Abstract [It]: Il ‘populismo’ è diventato, specie negli ultimi anni, un tema assai dibattuto da scienziati sociali di varia formazione, inclusi i costituzionalisti. Questo scritto si domanda quale valore aggiunto possa apportare il diritto costituzionale a tale campo d’indagine. Evidenziate le ambiguità del concetto di populismo, il lavoro si cimenta nella distinzione tra ‘forma populista’, il cui studio riguarda le scienze sociali in genere, e ‘contenuto’ degli argomenti sottesi a tali forme, rispetto ai quali la verifica della compatibilità con la Costituzione – senz’altro informata ai risultati dell’indagine storica, sociologica e politica – è compito precipuo di chi si occupa di diritto costituzionale.

Abstract [En]: In recent times, ‘populism’ has turned a heated field in social sciences, including constitutional law debates. This work wonders whether and to which extent can this discipline offer added value to the study of this topic. Pursuant to an exam of the underlying conceptual ambiguities, a divide between ‘form’ and ‘content’ of what is labelled ‘populist’ will be highlighted to assert that a scrutiny on the latter’s constitutional compatibility is the task of constitutional lawyers when confronted with ‘populism’ – yet in light of the results coming from other social sciences, too.

Parole chiave: Populismo; Costituzionalismo; Democrazia; Metodo giuridico; Diritto costituzionale.

Keywords: Populism; Constitutionalism; Democracy; Juridical Method; Constitutional Law.



Adolfo Russo*

Dopo la riforma: i gruppi parlamentari al Senato nella XVIII legislatura**

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le ragioni di una riforma della disciplina dei gruppi parlamentari 3. Come si è arrivati alla riforma. 4. Le novità nella disciplina dei gruppi parlamentari e le altre modifiche connesse. 4.1. La costituzione dei gruppi parlamentari: l'introduzione del requisito politico. 4.2. Le sanzioni per il parlamentare che cambia gruppo. 4.3. Le altre modifiche connesse. 5. Il primo caso di (non) applicazione delle nuove norme sulla formazione dei gruppi: La nascita di «Italia Viva – P.S.I.». 5.1 Perché si tratta di una violazione del Regolamento. 5.2. E se il detentore del simbolo esce dal gruppo? Il (mancato) caso Nencini. 6. La formazione del gruppo «Europeisti – MAIE – Centro Democratico». 7. Alcune considerazioni. 8. Conclusioni.

1. Premessa.

L'«insperato miracolo»¹ dell'approvazione definitiva, il 20 Dicembre 2017², di una «Riforma organica del Regolamento del Senato»³ è stata accolta con interesse e (moderata) soddisfazione da parte di addetti ai lavori e di una parte, maggioritaria, della dottrina. In effetti, non mancano ragioni che giustifichino questo tipo di reazioni. Al contrario, nonostante si sia lavorato con molta fretta⁴ a causa della imminente scadenza della legislatura⁵ e si sia ritenuto di procedere solo sugli aspetti che raccoglievano il consenso unanime delle

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza Università di Roma.

**Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ La definizione si deve all'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano che l'ha utilizzata in una lettera inviata al Relatore del progetto di riforma del Regolamento, il Sen. Calderoli, il quale ne ha dato lettura in Assemblea. *XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Assemblea, Resoconto stenografico*, seduta n. 919, 20 dicembre 2017.

² La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è avvenuta il 19 gennaio successivo, mentre l'entrata in vigore, come previsto dalla riforma stessa, è coinciso con il primo giorno della XVIII legislatura.

³ Si tratta di una auto-definizione data dallo stesso testo della proposta di modifica del Regolamento (A.S. Doc. II, n. 38/XVII)

⁴ Sottolinea, criticamente, questo aspetto M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3-2017, 5-6.

⁵ Come già detto l'approvazione definitiva della riforma è avvenuta il 20 dicembre 2017, otto giorni prima che il Presidente della Repubblica firmasse il decreto di scioglimento delle camere, il 28 dicembre 2017.

principali forze politiche⁶ tralasciando quelli maggiormente problematici, la riforma contiene indubbi profili di novità, la cui applicazione potrebbe dispiegare rilevanti effetti sull'organizzazione dei lavori della nostra Camera alta e, a cascata, su tutto il sistema, financo sulla forma di governo. Nello specifico, rispetto alla forma di governo, particolare rilievo assumono le norme riguardanti la disciplina dei gruppi parlamentari⁷ che pur, com'è noto, non esaurendo l'ambito d'intervento della riforma, certamente ne costituiscono «la parte più significativa, tanto sul piano politico quanto su quello sistematico»⁸. A distanza di poco meno di quattro anni dall'entrata in vigore di queste norme, avvenuta contestualmente all'inizio della travagliata legislatura in corso, è possibile osservarne le prime applicazioni e tentare di renderne alcune (necessariamente parziali) valutazioni. Nel compiere quest'operazione non si può prescindere da una preventiva analisi del testo della riforma limitatamente alle novità riguardanti la disciplina dei gruppi parlamentari. Inoltre, si ritiene utile allargare la predetta analisi al contesto politico-costituzionale nel quale è avvenuta l'approvazione della riforma regolamentare oltretutto all'*iter* parlamentare che l'ha caratterizzata, al fine di comprendere meglio le ragioni che hanno spinto gli attori istituzionali e politici ad agire in tal senso e le complessità che inevitabilmente accompagnano un processo riformatore in tale ambito.

2. Le ragioni di una riforma della disciplina dei gruppi parlamentari.

Le ragioni per cui, nel tempo, in ambito dottrinario e politico si è discusso – e si continua a farlo - di una riforma della disciplina dei gruppi parlamentari sono molteplici. Com'è noto, nel nostro ordinamento tradizionalmente l'unico requisito richiesto per la formazione dei gruppi parlamentari è stato quello meramente numerico; complice il progressivo indebolimento del sistema partitico, ciò ha comportato conseguenze negative per quanto riguarda il buon andamento dei lavori parlamentari (in ragione di una eccessiva frammentazione politica) e la rappresentatività dell'attività politico-parlamentare svolta (a causa di un legame sempre meno diretto tra i gruppi presenti in Parlamento e i partiti esistenti nella società). Queste criticità hanno imposto una riflessione sull'effettivo funzionamento delle istituzioni parlamentari in particolare in relazione al rapporto tra il singolo parlamentare, il partito e il gruppo, nonché sulla ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra i principi di rappresentanza politica e di divieto di mandato imperativo.

Non solo, con particolare riferimento alla disciplina dei gruppi, una riforma dei regolamenti parlamentari è stata spesso - e a ragione - indicata come il terzo elemento, talvolta sottovalutato,

⁶ Qui inteso come quelle allora maggiormente rappresentate in Parlamento. Nello specifico PD, M5S, FI, LN.

⁷ «Astrattamente, i limiti alla mobilità parlamentare e alla costituzione dei gruppi costituiscono, senza dubbio, una forma di influenza del diritto parlamentare sul sistema dei partiti e sulla forma di Governo. [...] Tali misure, perciò, possono rientrare in quella che è stata definita la dimensione parlamentare della razionalizzazione della forma di Governo». A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari a seguito della riforma del regolamento del Senato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n.3, 2018, 13, il quale a sua volta cita R. IBRIDO, *La dimensione parlamentare della razionalizzazione*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2010, 533 ss.

⁸ N. LUPO, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato) / 1*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 178-179.

di un processo riformatore complessivo del nostro politico-istituzionale, laddove gli altri due elementi sono la riforma del sistema elettorale e una riforma costituzionale che incida sul funzionamento della forma di governo.

Come può già risultare evidente, dunque, le problematiche e i principi coinvolti sono di prim'ordine e talvolta in parziale contraddizione tra loro; progressivamente emergeranno anche nel testo che segue.

3. *Come si è arrivati alla riforma del dicembre 2017.*

Come anticipato nel paragrafo precedente, di riforma dei regolamenti parlamentari si discute ormai da molto tempo, almeno sin dalla XIII legislatura quando il tema si legava indissolubilmente al tentativo di completare la transizione ad un sistema compiutamente maggioritario⁹. In questo senso, un tentativo, non risolutivo¹⁰, fu effettuato dalla Camera dei deputati con la riforma regolamentare del 1997, mentre il Senato tentò di adattarsi alla nuova stagione maggioritaria senza intervenire direttamente sul testo del proprio regolamento¹¹. Successivamente, complice il fallimento dei progetti di riforma costituzionale nel frattempo intervenuti, si ritornò a prendere in considerazione l'ipotesi di una riforma dei regolamenti a 'Costituzione invariata'¹².

Nella XVI legislatura furono presentate diverse proposte di riforma regolamentare in entrambe le Camere e da entrambe le parti politiche, a testimonianza del fatto che il tema fosse all'ordine del giorno e che nella coscienza degli attori politici¹³ fosse ormai ritenuto maturo il tempo di portare a termine questo processo. Alla Camera dei deputati le proposte dotate di respiro complessivo furono quelle presentate a prima firma Versace (A.C. Doc II, n. 14/XVI) e soprattutto Cicchitto (A.C. Doc II, n. 3/XVI) e Bressa (A.C. Doc II, n. 9/XVI) mentre anche altre tre proposte, a prima firma Veltroni (A.C. Doc II, n. 1/XVI), Volontè (A.C. Doc II, n. 2/XVI) e Milo (A.C. Doc II, n. 6/XVI), avevano come oggetto modifiche in materia di

⁹ A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, 3.

¹⁰ Anche a causa del naufragio del parallelo tentativo di riforma costituzionale portato avanti dalla cd. «Bicamerale D'Alena». In F. LANCHESTER, *La riforma del Regolamento della Camera dei deputati*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998, 240, l'Autore evidenzia come la mancata approvazione della riforma costituzionale abbia determinato uno 'strabismo' della novella regolamentare.

¹¹ A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 3.

¹² Sulla (relativa) indipendenza dei regolamenti parlamentari al *fait majoritaire* si veda S. CURRERI, *Gruppi politici, libertà di mandato e norme antitransfughismo*, in *federalismi.it*, n. 6/2017, 10: «La convinzione secondo cui le riforme dei regolamenti parlamentari siano subordinate alla revisione della Costituzione non considera adeguatamente invece che esse possono in certa misura costituire una variabile indipendente, poiché i regolamenti parlamentari sono innanzitutto chiamati a rispondere ad un'esigenza di buon andamento dei lavori parlamentari che non necessariamente dipende dal tipo di curvatura della forma di governo».

¹³ Che si andava ad aggiungere a quella già matura da tempo della dottrina, che infatti riservò notevole attenzione a queste proposte. Tra gli altri si vedano i contributi contenuti in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Roma, Luiss University Press, 2009. In particolare, sui gruppi parlamentari, si veda il contributo di M. RUBECHI, *Dai partiti ai gruppi parlamentari: le proposte di modificazione dei regolamenti delle Camere nella XVI Legislatura*.

costituzione dei gruppi parlamentari¹⁴. Tuttavia, nessuna di queste proposte è stata approvata, né tantomeno discussa in sede di Giunta per il Regolamento anche a causa del complesso contesto politico-economico che ha caratterizzato l'ultima parte di quella legislatura, il quale comunque non ha impedito, anzi, in certa misura probabilmente ha favorito, l'approvazione di modifiche relative alla disciplina dei contributi ai gruppi parlamentari¹⁵. Al Senato furono numerosissime le proposte di riforma regolamentare presentate nel corso della legislatura, sia di respiro complessivo¹⁶ sia quelle aventi ad oggetto la sola disciplina dei gruppi parlamentari (in alcuni casi accompagnata da altre questioni)¹⁷. Pur se con lo stesso esito che nell'altro ramo del Parlamento, al Senato l'esame di queste proposte è andato molto più avanti; nella seduta della Giunta per il Regolamento del 13 gennaio 2009 il Presidente Renato Schifani nominò due relatori bipartisan, i senatori Quagliariello e Zanda, con il mandato di redigere una nuova proposta che riassume in sé gli orientamenti maggioritari emersi dalle varie proposte presentate e che potesse ottenere il maggior consenso possibile. Il risultato fu l'elaborazione di una nuova proposta di «Riforma organica del Regolamento del Senato» a firma dei relatori presentata il 2 febbraio 2012, che assumeva a riferimento i testi precedentemente presentati di cui questi ultimi erano co-firmatari. Nella seduta della Giunta del Regolamento del 16 febbraio 2012 la proposta dei relatori fu assunta come testo base per la discussione che proseguì in altre tre sedute della Giunta stessa (7 marzo, 15 marzo e 19 luglio 2012) per poi arrestarsi per le stesse ragioni precedentemente esposte a proposito dell'esame alla Camera dei deputati. Successivamente, come nell'altro ramo del Parlamento, la discussione riguardo le riforme regolamentari si concentrò solo sul tema dei contributi ai gruppi parlamentari culminando nell'approvazione di un testo di modifica degli artt. 15 e 16 del Regolamento del Senato¹⁸.

Nella XVII legislatura il tema di una riforma complessiva dei regolamenti parlamentari fu da subito affrontato in entrambe le Camere tanto da essere all'ordine del giorno sin dalla prima riunione delle rispettive Giunte per il Regolamento¹⁹. Alla Camera, il 30 maggio 2013, si procedette alla nomina di un gruppo di lavoro presso la Giunta per il Regolamento ampiamente

¹⁴ È interessante notare come in materia di gruppi parlamentari, a parte l'ultima avente ad oggetto i soli gruppi in deroga, tutte le proposte citate, pur con alcune non trascurabili differenze, sono accumulate dalla stessa *ratio*, quella di fare realmente di questi la proiezione dei partiti in Parlamento attraverso l'introduzione di un requisito politico, in aggiunta quello numerico, per la loro costituzione. Con qualche eccezione, lo stesso può dirsi per le numerose proposte presentate nella stessa legislatura (XVI) al Senato. Com'è noto, questa stessa *ratio* è quella che sarà poi accolta nella «Riforma organica del Regolamento del Senato» approvata nella legislatura successiva (XVII).

¹⁵ Il testo che poi è stato approvato è stato presentato su iniziativa della stessa Giunta per il Regolamento, tuttavia in precedenza erano state già presentate due proposte di riforma in materia a prima firma De Girolamo (A.C. Doc. II, n. 17/XVI) e Colucci (A.C. Doc. II, n.22/XVI).

¹⁶ Si fa riferimento alle proposte a prima firma Gasparri e Quagliariello (A.S. Doc. II, n. 6/XVI); Bellisari, Li Gotti, Pardi (A.S. Doc. II, n. 12/XVI); Zanda (A.S. Doc. II, n. 13/XVI); Lauro (A.S. Doc. II, N. 21/XVI), cui, come vedremo, si aggiungerà la proposta di mediazione Quagliariello-Zanda (A.S. Doc. II, n. 29/XVI).

¹⁷ Si fa riferimento alle proposte a prima firma Negri (A.S. Doc. II, n. 1/XVI); Finocchiaro (A.S. Doc. II, n. 3/XVI); Caruso (A.S. Doc. II, n.7/XVI); D'Alia (A.S. Doc. II, n. 14/XVI) e Astore (A.S. Doc. II, n. 31/XVI).

¹⁸ «Modifica agli articoli 15 e 16 del Regolamento del Senato e introduzione dell'articolo 16-bis, in materia di statuto e contributi ai Gruppi parlamentari». Sul tema erano state presentate quattro proposte di modifica (gli A.S. Doc. II, n. 34 – 35 – 36 – 37) poi accorpate in un unico testo a partire dal Doc. II, n. 35/XVI scelto come testo base. Tale testo è stato quello poi approvato – con modifiche - dall'Assemblea del Senato il 21 novembre 2012.

¹⁹ Si vedano i resoconti sommari delle sedute della Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati del 11 aprile 2013 (10-11) e della Giunta per il Regolamento del Senato del 9 aprile 2013 (4-5).

rappresentativo²⁰, il quale il 27 novembre successivo trasmise alla Presidenza un testo²¹ di ipotesi di riforma regolamentare²² che fu illustrato nella seduta del 12 Dicembre e poi adottato come testo base per il prosieguo della discussione nella seduta dell'8 gennaio. Seppur con ritmo meno sostenuto, anche al Senato si mossero alcuni passi concreti in direzione di una riforma del proprio Regolamento²³. Dapprima il Presidente incaricò²⁴ i senatori Minniti e Quagliariello di avviare un lavoro istruttorio sulle proposte di riforma che sarebbero state presentate (e che in effetti non mancarono²⁵), successivamente²⁶ nominò relatori i Senatori Bruno, Calderoli e Finocchiaro²⁷, i quali predisposero una proposta di riforma regolamentare congiunta²⁸ che nella seduta della Giunta per il Regolamento del 12 marzo 2014 fu adottata come testo base. A questo punto, in entrambe le Camere, sostanzialmente la discussione sulle proposte di modifica dei regolamenti parlamentari si arrestò, o meglio, fu sospesa, a causa della presentazione²⁹ del disegno di legge costituzionale d'iniziativa governativa recante «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione»³⁰ che avrebbe ridisegnato le funzioni delle due Camere e che assorbì completamente il dibattito politico e dottrinario sul tema delle riforme. Com'è noto, la proposta di riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi fu approvata dal Parlamento secondo la procedura prescritta dall'art. 138 della Costituzione ma decadde perché bocciata nel referendum popolare del 4 dicembre 2016. Tuttavia, ben presto, parte della dottrina evidenziò come l'esito del referendum non avesse fatto venire meno l'esigenza di razionalizzazione della nostra forma di Governo³¹, a questo punto da conseguirsi necessariamente attraverso riforme dei regolamenti delle due Camere³², sul quale, del resto – come visto in precedenza – si era già iniziato a lavorare

²⁰ Composto dagli On. Bressa, Giorgetti, Giorgis, Gitti, Leone, Melilla, Pisicchio e Toninelli. Successivamente gli On. Bressa e Leone cessarono di far parte del gruppo di lavoro (e della Giunta) a causa di altri incarichi.

²¹ Disponibile sul sito della Camera nella sezione «Documenti» della pagina dedicata alla Giunta per il Regolamento. [Www.camera.it/leg17/1](http://www.camera.it/leg17/1)

²² Firmato da tutti i membri tranne l'On Toninelli (M5S) che nella seduta della Giunta per il Regolamento del 17 dicembre 2013 presentò, a nome del proprio gruppo parlamentare di appartenenza, una proposta di riforma regolamentare alternativa a quella del gruppo di lavoro.

²³ Per un'accurata ricostruzione di questi si veda anche M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato*, *op. cit.*, 3-4.

²⁴ Nella già citata seduta della Giunta per il Regolamento del 9 aprile 2013 (v. *Supra*, nota 19)

²⁵ Nei primi mesi della legislatura furono presentate diverse proposte di riforma regolamentare tra cui, in questa sede, meritano menzione quelle dotate di respiro più ampio presentate dai Sen. Zanda (A.S. Doc. II, n. 3/XVII); Lanzillotta (A.S. Doc. II, n. 8/XVII); Buemi-Longo (A.S. Doc. II, n. 19/XVII) e Bruno (A.S. Doc. II, n. 20/XVII)

²⁶ Nella seduta della Giunta per il Regolamento del 19 giugno 2013.

²⁷ Nel frattempo i Senatori Minniti e Quagliariello avevano cessato di far parte della Giunta per il Regolamento del Senato perché entrati a far parte del Governo.

²⁸ Della quale si conoscono grossomodo i tratti (si veda A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 5) ma il cui testo non risulta disponibile sul sito del Senato.

²⁹ Avvenuta, in Senato, l'8 aprile 2014.

³⁰ A.S. 1429/XVII

³¹ F. BASSANINI, A. MANZELLA, (a cura di), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Firenze, Passigli editore, 2017.

³² Questa impostazione è rinvenibile in particolare in V. LIPPOLIS, N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale, Il Filangeri Quaderno 2015-2016*, Napoli, Jovene, 2017. Nello specifico, sui gruppi parlamentari, si vedano i contributi *ivi* contenuti di S. CECCANTI, *A costituzione invariata (ma non pecciamo di iper-realismo?). La priorità è la disciplina dei gruppi*; e S. CURRELLI, *Gruppi parlamentari e norme anti-transfugismo*.

fin dall'avvio della Legislatura allora in corso. Tali sollecitazioni, a differenza di quanto fatto dalla Camera dei deputati³³, furono raccolte dal Senato. In particolare, nella seduta della Giunta per il Regolamento dell'11 luglio 2017³⁴, il Presidente Grasso istituì³⁵ in seno alla stessa un comitato ristretto composto dai Senatori Bernini, Buccarella, Calderoli e Zanda³⁶ che elaborò una proposta unitaria di modifica del Regolamento, la quale fu discussa nella successiva seduta dell'11 ottobre. Nella stessa seduta fu definito, per il 20 ottobre, anche il termine per la presentazione degli emendamenti³⁷ in Giunta, poi brevemente discussi nella seduta del 14 novembre apertasi con il conferimento da parte del Presidente della nomina quale relatore della proposta di riforma al Sen. Calderoli, cui poi, all'unanimità, la Giunta ha dato mandato di riferire favorevolmente all'Assemblea sul testo da questa approvato³⁸. La discussione in Assemblea è cominciata il 19 Dicembre, non prima che la Giunta per il Regolamento esaminasse i settantotto emendamenti presentati (dei quali tredici saranno poi approvati³⁹), per poi concludersi il giorno seguente con l'approvazione distinta dei quattro articoli che componevano il testo di riforma, ognuno dei quali rappresentante un «complesso normativo organico»⁴⁰.

4. *Le novità nella disciplina dei gruppi parlamentari e le altre modifiche connesse.*

L'art. 1 della «Riforma organica del Regolamento del Senato» introduce rilevanti modifiche in tema di gruppi parlamentari. In particolare, al fine di arginare il transfughismo e l'eccessiva mobilità parlamentare, ormai caratteristiche endemiche del nostro sistema parlamentare, si è provveduto da un lato ad inasprire i requisiti necessari per la formazione di un gruppo parlamentare, dall'altro a inserire nel regolamento alcune limitate 'sanzioni' per il parlamentare che cambia gruppo.

³³ Nonostante i tentativi in senso contrario della Presidente Laura Boldrini che convocò appositamente la Giunta per il Regolamento nella seduta del 29 giugno 2017.

³⁴ In questa occasione la Giunta per il Regolamento del Senato si riunì nuovamente a tre anni di distanza dall'ultima volta (v. *infra*, par. 3.3).

³⁵ Come dettagliatamente riportato da A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari*, *op. cit.*, 4; e M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato*, *op. cit.*, 5, tale iniziativa avvenne all'indomani della celebrazione, il 22 giugno 2017, nella Sala Zuccari del Senato del Convegno «Quali, limitate, riforme del Regolamento sono ancora possibili in questa Legislatura?» organizzato dall'Associazione «ItaliaDecide» alla quale, insieme ad altri esponenti politici, partecipò anche il Presidente Grasso in un confronto serrato con la dottrina sulle possibilità di apportare modifiche al Regolamento del Senato prima della fine della XVII Legislatura. La registrazione di questo evento è disponibile sul canale YouTube del Senato.

³⁶ Dunque rappresentativo dei quattro gruppi parlamentari maggiormente numerosi.

³⁷ Furono presentati venti emendamenti di cui solo due, 14.1 e 16-bis.1 (testo 3), entrambi a firma Zeller, furono approvati. Gli emendamenti presentati, assieme al testo della originaria proposta di riforma redatta dal comitato ristretto, sono disponibili in allegato al resoconto sommario della seduta della Giunta per il Regolamento del 14 novembre 2017.

³⁸ Si tratta del già citato A.S. Doc. II, n. 38/XVI (v. *Supra*, nota 3)

³⁹ Come risulta dall'allegato B del resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea del 20 dicembre 2017 si tratta dei seguenti emendamenti: 1.1 (testo 2); 1.100 (testo 2); 1.23; 2.3; 2.100; 2.5; 2.6; 2.15; 3.100; 3.18 (testo 2); 3.21 (testo 2); 4.0.100 (testo 2); 4.0.101. Nel caso degli ultimi due tra quelli citati, trattandosi di emendamenti aggiuntivi sono stati votati alla fine, dopo l'approvazione dei singoli articoli del testo di riforma.

⁴⁰ Dunque, non si è resa necessaria una votazione finale complessiva su tutto il testo della riforma. Per una trattazione complessiva del procedimento di revisione regolamentare, in generale e nello specifico della riforma qui ad oggetto, si rimanda a A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 6-12.

4.1. *La costituzione dei gruppi parlamentari: l'introduzione del requisito politico.*

La riforma è arrivata al termine di una legislatura, la XVII, in cui si è battuto ogni record quanto alla mobilità parlamentare, vi sono stati 548 passaggi di gruppo che hanno interessato 207 deputati e 140 senatori. In particolare, al Senato, 'luogo' della riforma, in corso di legislatura si è passati da otto a dodici gruppi (misto incluso) con la nascita di sette nuovi gruppi e la scomparsa di tre⁴¹. Inoltre, a ben vedere, risulta evidente come una buona parte di questi costituissero una mera aggregazione parlamentare destinata ad esaurire la sua funzione in quella sede e dunque molto lontana dalla tradizionale idea dei gruppi quali proiezione dei partiti politici in Parlamento⁴². Al fine di limitare il verificarsi di questo tipo di fenomeni, la riforma ha aggiunto al già presente requisito numerico la necessità di un requisito politico per la formazione dei gruppi parlamentari. Infatti, per poter formare un gruppo parlamentare, non è più sufficiente che questo sia composto da almeno dieci membri ma deve anche «rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di senatori» (art. 14.4, primo periodo, R.S.). Inoltre, «ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici» (art. 14.4, secondo periodo, R.S.), ma «è ammessa la costituzione di gruppi autonomi, composti da almeno dieci senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati» (art. 14.4 terzo periodo, R.S.). Dunque, «salvo il caso previsto all'articolo 14, commi 4, penultimo periodo, e 5, nuovi gruppi parlamentari possono costituirsi nel corso della legislatura solo se risultanti dall'unione di gruppi già costituiti» (art. 15.3 R.S.). La *ratio* ispiratrice di queste norme - «arginare la mobilità e la frammentazione parlamentare»⁴³ - appare da subito molto chiara ed ampiamente condivisibile, come evidenziato anche da una parte della dottrina⁴⁴. Tuttavia, non sono mancate alcune voci critiche non solo tra coloro che hanno giudicato le suddette norme negativamente nel loro complesso⁴⁵, ma anche tra coloro che pur condividendo gli obiettivi che i riformatori

⁴¹ Questi dati sono disponibili sulla piattaforma online *Openpolis* e anche riportati in parte da N. LUPO, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato)* / 1 e in parte da S. CURRERI, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato)* / 2, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 178/183 (rispettivamente).

⁴² Nel fatto che i gruppi parlamentari siano la proiezione dei partiti in Parlamento vede la «premessa» degli artt. 72 e 82 Cost. F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2017, 847, («che il gruppo parlamentare costituisca in Parlamento la proiezione dei partiti o, comunque, delle forze politiche presenti nella società, costituisce, d'altro canto, anche la 'premessa' delle disposizioni costituzionali che contengono un riferimento ai gruppi (artt. 72 e 82 Cost.), laddove prevedono che le Commissioni debbano essere formate in modo proporzionale alla consistenza dei gruppi»).

⁴³ «Si è intervenuti sui gruppi parlamentari con una specifica finalità: arginare la mobilità e la frammentazione parlamentare, particolarmente evidente nel corso delle ultime legislature e al centro di aspre polemiche politiche». T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 7/2018, 3.

⁴⁴ «Una riforma necessaria, attesa da anni, frutto di un'ampia convergenza tra le quattro principali forze politiche (PD, M5S, FI e LN)». S. CURRERI, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato)* / 2, *op. cit.*, 182.

⁴⁵ I toni critici sono particolarmente accentuati in M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato*, *op. cit.*, 27, il quale oltre a nutrire «dubbi di legittimità e di merito» ritiene che il vero 'campo di battaglia' su questi temi sia il sistema

intendevano raggiungere, hanno criticato alcuni aspetti riguardanti gli strumenti attraverso il quale si è scelto di perseguirli. *In primis*, si vuole qui sottolineare la scarsa chiarezza⁴⁶ di alcune disposizioni che infatti non solo ha generato dubbi interpretativi ma, soprattutto, probabilmente ha permesso distorsioni applicative che hanno tradito la *ratio* ispiratrice della riforma. Ci si riferisce ai già richiamati artt. 14 e 15 R.S., in particolare con riferimento alla possibilità di costituire nuovi gruppi parlamentari in corso di legislatura. Su questo tema la dottrina si è interrogata sin da subito all'indomani della riforma ma, al netto delle diverse sfumature interpretative, vi era unanime concordia sul fatto che in corso di legislatura al Senato non sarebbe più stato possibile formare nuovi gruppi parlamentari non corrispondenti a forze politiche presentatesi alle elezioni⁴⁷. Questo sia nel caso che l'ipotetico nuovo gruppo parlamentare nascesse per 'registrare' una eventuale scissione partitica e dunque corrispondesse (almeno in potenza) a un nuovo partito politico⁴⁸, sia nel caso rappresentasse una mera aggregazione parlamentare senza ambizione di radicarsi nella società. Tuttavia, come vedremo (v. *Infra*, par. 5-6), nel corso della XVIII legislatura questi casi si sono già verificati entrambi. Un'altra critica mossa alla riforma rispetto agli strumenti utilizzati per perseguire i suoi fini dichiarati è legata proprio ad un aspetto poc'anzi richiamato, cioè l'impossibilità di dare seguito nelle aule parlamentari a uno scollamento del quadro parlamentare di inizio legislatura rispetto ai soggetti organizzati nel paese⁴⁹. Secondo queste critiche, l'eccessiva rigidità della novella regolamentare

elettorale e non le norme sui gruppi, «La vera battaglia per la costruzione di un Parlamento più stabile si combatte infatti sul versante della rappresentanza, a partire dalla selezione di meccanismi per l'elezione dei membri delle Camere in grado di creare naturalmente un legame forte tra eletto ed elettore, stabilendo un vincolo di responsività del primo nei confronti del secondo»; Probabilmente ancor più profonda, perché nutre dubbi sull'utilizzo dello strumento giuridico complessivamente inteso, è la critica di F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, *op. cit.*, 854, «Non si può non accogliere con un po' di scetticismo l'ennesimo tentativo di reagire con norme giuridiche a fenomeni di natura politica, di tentare di semplificare e stabilizzare il sistema politico con regole normative, forzandolo ad essere ciò che non è, di ricostruire attraverso il diritto un sistema dei partiti che non c'è più»; Ritiene (condivisibilmente) ineludibile il tema dei partiti e della loro democratizzazione interna A.I. ARENA, *Su alcuni aspetti della "riforma organica" del regolamento del Senato (primi interrogativi e impressioni)*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2018, 47/14 (rispettivamente), «non può sorprendere quindi che la riflessione si sposti dai gruppi ai partiti e da questi alla struttura della società italiana». Inoltre, lo stesso autore (in parte citando D. PICCIONE, *I gruppi parlamentari alla prova delle (auto)riforme regolamentari*, in *Rivista AIC*, n.2/2015, 5) opera una interessante riflessione critica rispetto alla chiarezza degli obiettivi che con la riforma si è inteso perseguire, «è possibile affermare che in questa revisione del modo di costituzione dei gruppi parlamentari si mescolino tre esigenze contigue ma distinte. Infatti, un conto è voler evitare la possibilità di frammentazioni dei gruppi, altro è voler tutelare il principio di corrispondenza tra liste elettorali e gruppi stessi; un terzo obiettivo, ancora diverso, è, infine, quello di coagulare il quadro politico generale favorendo un quadro parlamentare addensato intorno a due forze (oggi forse tre), se non dominanti ed esclusive, quantomeno a vocazione aggregativa e maggioritaria»; Per M. MALVICINI, *Riforme istituzionali e regolamenti parlamentari. Spunti ricostruttivi alla luce della XVII legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 13, invece «il principale limite degli interventi portati a compimento sembra essere, ancora una volta, l'assenza di un orientamento teso a soddisfare il principale interrogativo riguardante il nostro assetto parlamentare: quale ruolo per il nostro bicameralismo e, di conseguenza, quali funzioni per le due Camere?».

⁴⁶ Rinviene la medesima criticità M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, 147.

⁴⁷ E dunque, come conseguenza di ciò, le possibilità di mobilità parlamentare dei Senatori sarebbero dovute essere limitate o ad un altro gruppo formatosi a inizio legislatura o al gruppo misto. T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, *op. cit.*, 4.

⁴⁸ In questo senso, come vedremo a breve, la riforma si è attratta critiche di eccessiva rigidità.

⁴⁹ F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, *op. cit.*, 855.

non può che comportare un'ipertrofia del gruppo misto⁵⁰ per cui sarebbe stato meglio preferire altre soluzioni come l'innalzamento dei quorum numerici, quantomeno per formare nuovi gruppi parlamentari in corso di legislatura⁵¹. In effetti, a guardare i numeri attuali nella composizione dei gruppi parlamentari al Senato, parrebbe di dover rendere merito a questa critica. Infatti, composto da 45 membri, il gruppo misto risulta essere il quarto gruppo parlamentare più numeroso, sopravanzando anche formazioni politiche consolidate come il Partito Democratico (38 membri). Tuttavia, anche se percentualmente meno rilevante, lo stesso fenomeno è riscontrabile anche alla Camera dei deputati; in quella sede, il gruppo misto risulta essere il quinto gruppo parlamentare più numeroso e si compone di 66 membri e sette componenti politiche. Inoltre, è da rilevare che l'ipertrofia del gruppo misto costituisce un fenomeno tutt'altro che sconosciuto alla nostra vita parlamentare, al contrario, lo si può far risalire almeno fino alla XIII legislatura. Rispetto a questo tema dunque, in definitiva, si ritiene di poter affermare che la rigidità⁵² della norma regolamentare del Senato ha sì acuito in parte un fenomeno patologico già esistente, ma le ragioni profonde di questo, tuttavia, sembrano da ricercarsi altrove.

Al netto delle critiche cui si è fatto cenno, la nuova disciplina introduce anche altre novità rilevanti. In particolare, si fa riferimento all'impossibilità di formare gruppi parlamentari in deroga⁵³, con l'eccezione di quello rappresentante le minoranze linguistiche che, in ogni caso, come previsto dall'art. 14.5, deve comporsi di almeno cinque membri ma non necessita dell'autorizzazione del Consiglio di Presidenza. Allo stesso modo, non è da sottovalutare l'introduzione della possibilità, riservata ai senatori a vita, di non iscriversi a nessun gruppo parlamentare⁵⁴, perché introduce per la prima volta nel nostro ordinamento, seppur in forma molto limitata, la figura del parlamentare 'non iscritto'⁵⁵.

4.2. *Le sanzioni per il parlamentare che cambia gruppo.*

⁵⁰ G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione: spunti e prospettive tra non più e non ancora*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, 92; M. RUBECHI, *Gruppi parlamentari e circuito rappresentativo. Note a margine delle recenti modifiche regolamentari*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2017, 841; F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, *op. cit.*, 855.

⁵¹ N. LUPO, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato) / 1*, *op. cit.*, 179, il quale, tuttavia, evidenzia anche la scarsa coerenza che avrebbe avuto innalzare i quorum numerici in vigenza di una legge elettorale con una soglia di sbarramento contenuta pari al 3%; S. CURRERI, *Le nuove regole sui gruppi (ma solo al Senato) / 2*, *op. cit.*, 184, il quale (profeticamente) sottolinea il rischio che pressioni politiche derivanti dal verificarsi di una situazione del genere possano determinare deroghe che limitino la portata innovativa della riforma; *contra*, A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari*, *op. cit.*, 8.

⁵² Peraltro, come vedremo in seguito (v. *Infra*, par. 4-5), ampiamente attenuata da una interpretazione 'lasca' della suddetta norma.

⁵³ A farne le spese nella legislatura in corso è stata Liberi e Uguali che non raggiungendo il numero minimo di componenti necessario, pur avendo superato la soglia di sbarramento, al Senato non ha potuto formare il proprio gruppo parlamentare, a differenza di quanto è accaduto alla Camera dei deputati.

⁵⁴ Come riportato da A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 15, tale possibilità, inizialmente non prevista nel testo di riforma, è stata introdotta attraverso l'approvazione in Assemblea di un emendamento (1.100 – testo 2) del Relatore. Tale emendamento costituisce una riformulazione dell'emendamento 1.4 (testo 2) presentato dal senatore Zeller, il quale aveva già rappresentato questa esigenza in sede di Giunta per il Regolamento anticipando la volontà manifestatagli dall'ex Presidente Napolitano di presentare un emendamento che consentisse la formazione di un gruppo parlamentare dei senatori a vita.

⁵⁵ Attualmente risultano non iscritti a nessun gruppo parlamentare i soli senatori Piano e Rubbia.

Accanto alle norme relative alla costituzione dei gruppi parlamentari la riforma introduce alcune limitate ‘sanzioni’ per il singolo senatore che cambia gruppo. Tali ‘sanzioni’ sono previste sotto forma di decadenza da alcune cariche in caso di cambio di gruppo, dunque nel presupposto che i senatori titolari di queste cariche siano stati eletti quali rappresentanti del proprio gruppo, non *intuitu personae*⁵⁶. In particolare, qualora cambino gruppo, decadono dalla carica oltre a tutti i componenti dell’Ufficio di Presidenza delle Commissioni Permanenti, i Vice Presidenti e i senatori Segretari⁵⁷. Rimangono dunque esclusi i senatori Questori e il Presidente d’Assemblea. La dottrina ha discusso molto rispetto all’opportunità di queste esclusioni, le cui ragioni probabilmente sono da rinvenire nella delicatezza di questi ruoli istituzionali; com’è noto, il Presidente del Senato⁵⁸ in caso di necessità assume la funzione di supplente del Capo dello Stato mentre i Questori⁵⁹ svolgono un ruolo cruciale nell’amministrazione delle Camere e si è quindi voluta assicurarne la continuità⁶⁰. Ad ogni modo, si tratta di misure che, seppur limitate perché applicabili a un numero non troppo elevato di senatori⁶¹, al netto dei potenziali effetti pratici, assumono rilievo perché riaffermano all’interno dei regolamenti parlamentari il vincolo di appartenenza dei senatori ai rispettivi gruppi parlamentari. Peraltro, la portata potenziale di queste misure è stata attenuata attraverso l’approvazione di un emendamento⁶² del Relatore, il quale ha fatto sì che la decadenza non avvenga qualora la cessazione nell’appartenenza al gruppo sia determinata da scioglimento del gruppo stesso o da fusione con un altro gruppo parlamentare, oltre che in caso di espulsione deliberata dal gruppo di appartenenza⁶³. Ciò, evidentemente, in

⁵⁶ S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3/2017, 643.

⁵⁷ È critico rispetto alla previsione di queste decadenze dalla carica in caso di passaggio a un altro gruppo parlamentare M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all’esame del Senato*, *op. cit.*, 12, il quale ricorda «che le cariche per le quali si vuole imporre la decadenza in caso di cambiamento di “casacca” da parte del soggetto che le ricopre richiedono comunque che si mantenga un qualche grado di imparzialità nell’esercizio delle stesse».

⁵⁸ In, S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 643, l’Autore suggerisce la possibilità di estendere anche al Presidente d’Assemblea la facoltà prevista per i senatori a vita di non iscriversi a nessun gruppo parlamentare, nella convinzione che ciò sarebbe più consono rispetto al dovere di imparzialità che impone quella carica. Ritiene che si possa estendere la decadenza dalla carica anche al Presidente del Senato (e ai Questori) ricorrendo, se del caso, alla *promotio* dei loro poteri. E. LA FAUCI, *La riforma del regolamento del Senato sui gruppi parlamentari: innovazione formale o rivoluzione sostanziale?*, in *La rivista del gruppo di Pisa*, n. 2/2020, 54.

⁵⁹ Definisce «anomala» l’esclusione dei Questori G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato. Luci e ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017; Rilevano la stranezza dell’esclusione dei Questori rispetto all’inclusione dei Segretari anch’essi titolari di funzioni rilevanti nell’organizzazione parlamentare T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, *op. cit.*, 4 e G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione: spunti e prospettive tra non più e non ancora*, *op. cit.*, 93.

⁶⁰ A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 17.

⁶¹ Come riportato da A. CONTIERI, *La nuova disciplina dei Gruppi parlamentari*, *op. cit.*, 12, si tratta di circa ottantaquattro senatori, un quarto dei membri del Senato. In particolare i cinque componenti del Consiglio di Presidenza per ognuna delle quattordici Commissioni permanenti, gli otto (più eventuali due in sovrannumero) Segretari, i quattro Vice-Presidenti. Tuttavia, bisogna considerare che questo numero diverrà percentualmente molto più rilevante quando, dalla prossima legislatura, il numero dei componenti del Senato scenderà a 200. Ad ogni modo, risulta ancora difficile effettuare queste considerazioni anche perché si discute di un accorpamento di alcune Commissioni permanenti. Attualmente al Senato sono state presentate quattro (A.S. Doc. II, n. 6/XVIII; A.S. Doc. II, n. 7/XVIII; A.S. Doc. II, n. 9/XVIII; A.S. Doc. II, n. 10/XVIII) proposte di riforma regolamentare di adeguamento alla nuova composizione ridotta che assumerà dalla prossima legislatura, in tutte il numero di Commissioni permanenti scenderebbe da quattordici a dieci.

⁶² Emendamento 1.100 (testo 2) che ha assorbito l’emendamento 1.3 a prima firma Orellana

⁶³ Definisce «improvvida» la non decadenza in caso di espulsione dal gruppo S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, *op. cit.*, 643 – 164, nella convinzione che «i senatori titolari di tali cariche si guarderanno bene dal dimettersi spontaneamente, preferendo piuttosto farsi espellere così da continuare a ricoprirle». Più in generale, in

quanto si tratta di eventualità che prescindono dalla volontà del singolo parlamentare, il quale, in caso contrario, probabilmente si troverebbe in una posizione di eccessiva soggezione rispetto al proprio gruppo di appartenenza.

4.3. *Le altre modifiche connesse.*

Oltre alle norme riguardanti strettamente la disciplina dei gruppi e la mobilità dei singoli senatori, ai fini di questo contributo, assumono rilievo anche le misure riguardanti la composizione delle Commissioni permanenti e la Giunta per il Regolamento. Per quanto riguarda le prime, il novellato art. 21.3 del Regolamento del Senato prevede che nella loro composizione sia rispecchiata, per quanto possibile, non solo la proporzione tra i gruppi parlamentari ma ora anche «il rapporto tra maggioranza e opposizione». Si è trattato, evidentemente, di provare a dare risposta a un problema, sollevato da tempo dalla dottrina⁶⁴, che vede la concreta possibilità che una opposizione frammentata in un numero considerevole di gruppi possa, in forza della possibilità concessa ai gruppi minori dall'art. 21.2 di designare un unico senatore in tre Commissioni permanenti, trovarsi sovra-rappresentata all'interno di queste ultime rispetto alla maggioranza parlamentare. Per quanto riguarda la Giunta per il Regolamento, invece, le novità sono diverse. Innanzitutto, all'art. 18.1 R.S. viene esteso il principio della composizione dell'organo che rispecchi la proporzione esistente tra i diversi gruppi, già previsto relativamente alle Commissioni permanenti, anche alla Giunta per il Regolamento. Anche in questo caso si tratta del tentativo di porre rimedio a un fenomeno che si è verificato nella scorsa legislatura, nella quale, a seguito di alcune variazioni nella composizione dell'organo dovute alla necessità di rappresentare una serie di nuovi gruppi parlamentari nati in corso di legislatura, si è venuta a creare la paradossale situazione in cui la maggioranza parlamentare era in realtà minoranza all'interno della Giunta per il Regolamento. Ciò ha comportato un sostanziale stallo nell'azione della Giunta, la quale è rimasta inoperosa per oltre tre anni (tra il giugno 2014 e il luglio 2017, allorché si cominciò a discutere della riforma oggetto di questo contributo) perché non convocata dalla maggioranza parlamentare, timorosa che la Giunta potesse assumere decisioni ad essa contrarie⁶⁵. In ogni caso, si tenga conto che una perfetta riproduzione delle proporzioni esistenti tra i gruppi è impossibile in seno alla Giunta per il Regolamento, attestato che quest'ultima è composta da dieci unità e che, inoltre, la riforma ha abbassato da quattro a due il numero di

tema di espulsione di senatori dai gruppi di appartenenza occorre citare l'ordinanza (n. 6458 del 2020) della Corte di Cassazione sul cd. caso De Falco, che ha affermato il difetto di giurisdizione in materia da parte della giustizia ordinaria. Specificamente sulla questione si veda D. CODUTI, *L'espulsione dal gruppo parlamentare tra autodichia delle Camere e assenza di controlli* (Nota a Corte Cass., *SS.UU. civ., sent. 6 marzo 2020, n. 6458*), in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; R. DICKMAN, *La sindacabilità degli atti dei gruppi parlamentari in quanto comunità politiche*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021; F. F. PAGANO, *La tutela del parlamentare espulso dal gruppo di appartenenza e la "suggerimento" dell'autodichia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020.

⁶⁴ N. LUPO, *I gruppi parlamentari nel parlamentarismo maggioritario*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2009, 93-94.

⁶⁵ S. CECCANTI, *A costituzione invariata (ma non pecciamo di iper-realismo?)*. *La priorità è la disciplina dei gruppi*, in *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri Quaderno 2015-2016*, Napoli, Jovene, 2017, 23. Inoltre, come evidenziato dall'Autore, l'inoperosità della Giunta per il Regolamento ha comportato, in quella fase, un *enlargement* delle funzioni della Conferenza dei capigruppo.

membri aggiuntivi che possono integrarne la composizione al fine di renderla maggiormente rappresentativa. Pertanto, appare quanto mai opportuno l'aver previsto che la rappresentazione proporzionale tra i gruppi in seno alla Giunta avvenga «per quanto possibile» (art. 18.1 R.S.)⁶⁶. Non bisogna sottovalutare che con queste misure, se da un lato si è data una probabilmente inevitabile risposta ad una anomalia, dall'altro lato si è «in nome di una maggiore efficienza, ricondotto la Giunta ad una logica di contrapposizione tra maggioranza ed opposizione»⁶⁷. In altre parole, «il complesso di queste modifiche è come se formalizzasse la politicità del ruolo di quest'organo chiamato dal Regolamento a svolgere funzioni tecniche da esercitare teoricamente in modo imparziale»⁶⁸. Tuttavia, la riforma contiene un'altra novità riguardante la Giunta per il Regolamento che può essere considerata anche un temperamento delle misure suddette. Infatti, da questa legislatura «quando uno o più Presidenti di gruppo la cui consistenza numerica sia pari ad almeno un terzo dei componenti del Senato sollevino una questione di interpretazione del Regolamento, il Presidente sottopone la questione alla Giunta» (art. 18.3-bis R.S.). In questo modo, a garanzia delle opposizioni, attraverso la volontà di una minoranza qualificata, si è prevista una sorta di «etero-convocazione» dell'organo, la cui riunione finora era legata esclusivamente alla indiscutibile discrezionalità del Presidente del Senato per le questioni che ritenesse meritevoli di approfondimento collegiale⁶⁹. Così facendo, quantomeno, si può costringere la maggioranza ad assumersi pubblicamente la responsabilità istituzionale e politica delle proprie scelte su eventuali questioni relative all'interpretazione del Regolamento⁷⁰. A proposito di questa possibile etero-convocazione della Giunta su richiesta della minoranza si è parlato di pericolo di «agguati alla maggioranza» che potrebbero determinarsi in caso di sovra-rappresentazione dell'opposizione in seno alla Giunta, fino a paventare il rischio «persino di stratificare nel tempo, attraverso i pareri interpretativi, uno o più regolamenti delle minoranze»⁷¹. Tali considerazioni paiono dettate da una forse eccessiva cautela, posto che, come poc'anzi esposto, nella stessa riforma si sono previsti forti strumenti di funzionalità dell'organo e di adeguata rappresentanza della maggioranza in suo seno attraverso una composizione che rispecchi, per quanto possibile, la proporzione tra i gruppi. Dunque, nonostante come dimostra il caso delle Commissioni permanenti dove questa garanzia non ha impedito il verificarsi di casi di sovra-rappresentazione dell'opposizione, si ritiene non auspicabile temperare la possibilità di richiamo alla Giunta da parte di una minoranza qualificata attraverso una verifica, da parte della Presidenza, della effettiva sussistenza di una questione di interpretazione del Regolamento o, al contrario, della sua

⁶⁶ A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 18.

⁶⁷ A.I. ARENA, *Su alcuni aspetti della "riforma organica" del regolamento del Senato*, op. cit., 23-24. Si veda anche il molto interessante richiamo che l'Autore fa alle origini dell'organo e al suo, parziale ma non trascurabile, ruolo all'interno della cd. «crisi di fine secolo»; Sottolineando questo aspetto di trasformazione da organo tecnico-consultivo imparziale ad organo politico simile alle Commissioni, auspica che i pareri della Giunta assumano natura non vincolante per il Presidente, S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 653.

⁶⁸ M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato*, op. cit., 26. Tuttavia, nonostante non sottaccia questo aspetto critico, l'Autore ritiene condivisibile l'orizzonte da cui muovono queste misure.

⁶⁹ G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato*, op. cit.

⁷⁰ S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 653.

⁷¹ A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 19.

strumentalità, come invece questi Autori ritengono⁷². Ciò nella convinzione che tale eventuale sindacato, esponendo ancora di più il Presidente e dunque ulteriormente stressando la sua figura di imparzialità, potrebbe creare problematiche peggiori di quelle che risolve all'interno del complessivo equilibrio dei lavori parlamentari.

Un ultimo importante elemento da rilevare è l'approvazione in Aula, attraverso un emendamento (4.0.100 - testo 2) presentato dal Relatore, di quello che è poi divenuto l'art. 5 del testo definitivo della riforma, il quale dispone la cessazione degli effetti dei pareri interpretativi resi dalla Giunta per il Regolamento e delle circolari del Presidente del Senato riferiti agli articoli modificati dalla riforma. La effettiva portata di questa previsione appare difficilmente pronosticabile allo stato attuale; tuttavia, la sua immissione nel testo di riforma testimonia la volontà, già sottolineata in dottrina, di segnare una discontinuità, una «cesura tra un 'prima' e un 'dopo' l'intervento di riforma»⁷³. Tuttavia, come ora vedremo, a tale volontà 'palingenetica' non pare essersi dato adeguatamente seguito nel corso di questa prima parte di XVIII legislatura, almeno per quanto riguarda l'applicazione delle nuove norme relative ai gruppi parlamentari.

5. Il primo caso di (non) applicazione delle nuove norme sulla formazione dei gruppi: la nascita di «Italia Viva – P.S.I.».

Com'è noto, durante la legislatura in corso, nel settembre 2019, subito dopo la nascita del Governo Conte II, una parte del Partito Democratico guidata dal suo ex Segretario Matteo Renzi ha deciso di uscire dal partito e fondare un nuovo soggetto politico dal nome «Italia Viva»⁷⁴. Tale circostanza si è immediatamente riflessa anche sulla rappresentanza parlamentare attraverso la nascita dei rispettivi gruppi parlamentari sia alla Camera che al Senato. È una dinamica che si è verificata spesso nelle ultime legislature, cui siamo abituati, tuttavia, nel caso di specie, stante la riforma regolamentare di cui si è provato a dare conto nelle pagine precedenti, mentre alla Camera non vi erano problemi di sorta dato che il nuovo gruppo «Italia Viva» rispettava l'unico requisito richiesto dal regolamento, quello numerico, maggiormente controversa appare la nascita del gruppo parlamentare «Italia Viva- P.S.I.» al Senato. La ragione di tale controversia sta nel rispetto - che il novellato art. 14 del Regolamento del Senato ora prevede - del requisito politico per la composizione dei gruppi parlamentari (v. *Supra*, par. 3.1). Com'è ovvio essendo un soggetto politico nato in corso di legislatura, «Italia Viva» era sprovvista di tale requisito, pertanto si è aggirata la norma regolamentare attraverso l'associazione ad un altro soggetto politico, il Partito Socialista Italiano. Dunque, il 23 settembre 2019, attraverso una comunicazione alla Presidente

⁷² *Ibidem*, 19-20

⁷³ E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, in *Federalismi.it* – Focus Fonti, n. 1/2018, 4-5. L'Autore avanza anche l'ipotesi che un elemento che potrebbe contribuire a spiegare tale previsione potrebbe essere quello di porre un freno all'uso strumentale del precedente e alla «logica dell'inseguimento del peggior precedente».

⁷⁴ Peraltro, la nascita di questo nuovo soggetto politico in quel momento poteva ritenersi solo annunciata, non essendo ancora stata formalizzata.

del Senato⁷⁵ da parte dell'unico eletto riconducibile al P.S.I., il Sen. Nencini, è nato il gruppo parlamentare «Italia Viva – P.S.I.» inizialmente composto da quindici senatori.

Vale la pena rilevare subito due cose. La prima è che nonostante, per le ragioni che di seguito verranno esposte, appaia difficile sostenere che l'artificio che si è immaginato basti a soddisfare il requisito politico previsto dal regolamento, in maniera sorprendente e francamente sconcertante⁷⁶, non si sia sollevata nessuna voce che abbia manifestato dubbi sulla corretta applicazione della norma regolamentare. Infatti, a quanto risulta, la questione pare essere passata sottotraccia e pacificamente, non risultando nessuna discussione in merito né in seno all'Ufficio di Presidenza né in seno alla Giunta per il Regolamento. Tale circostanza appare ancora più sorprendente alla luce della già richiamata possibilità (v. *Supra*, par. 3.3), introdotta dalla stessa riforma del dicembre 2017, di sottoporre, su richiesta di un terzo dei Senatori, una questione di interpretazione del regolamento all'omonima Giunta. Tale prerogativa non è stata esercitata nel caso specifico nonostante parrebbe essere concepita proprio per casi di dubbi interpretativi del regolamento come questo, a testimoniare che nonostante l'approvazione largamente condivisa avvenuta nella scorsa legislatura, oltre che gli organi istituzionali della Camera di riferimento, nessun gruppo⁷⁷, per negligenza o (presunta) convenienza, si sia voluto intestare una battaglia mirante ad una applicazione rigorosa delle nuove norme sui gruppi parlamentari⁷⁸. La seconda questione da porre preliminarmente in rilievo riguarda la denominazione del gruppo; quand'anche si volesse accogliere un'interpretazione molto estensiva della disciplina regolamentare sui gruppi parlamentari e dunque ritenere legittima la nascita di un gruppo parlamentare legato all'identità politica del Partito Socialista, quantomeno si sarebbe dovuto pretendere che il suddetto gruppo avesse una denominazione, se non uguale, almeno simile al soggetto politico che ne ha permesso la nascita⁷⁹. A prima vista potrebbe apparire una questione di lana caprina, in realtà l'aver trascurato anche questo meno sostanziale aspetto problematico, 'risolto' attraverso una soluzione posticcia⁸⁰ quale l'affiancamento della sigla «P.S.I.» al nome del neonato – distinto - soggetto politico («Italia Viva»), testimonia ulteriormente la mancata volontà

⁷⁵ Di cui poi la stessa Presidente Casellati ha dato comunicazione all'Assemblea il giorno seguente, 24 settembre.

⁷⁶ M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 141

⁷⁷ Se da un lato appare comprensibile, per ovvie ragioni di convenienza politica, il mancato sollevamento della questione da parte di quelle forze politiche che seppur protagoniste nell'approvazione della riforma, col nuovo soggetto condividevano il vincolo di appartenenza alla maggioranza a sostegno dell'allora neonato Governo, ancor più irrazionale appare l'atteggiamento delle forze di opposizione che non solo hanno rinunciato alla pretesa di una rigorosa applicazione di norme che in larga parte avevano contribuito ad approvare, ma allo stesso tempo hanno rinunciato anche alla possibilità di mettere in difficoltà la maggioranza che, seppur avesse voluto avallare la nascita del nuovo gruppo parlamentare, quantomeno si sarebbe trovata nella scomoda posizione di dover giustificare tale scelta.

⁷⁸ Con considerazioni legate sempre alla vicenda di questo gruppo parlamentare (I.V-P.S.I.), ma non alla sua nascita, cui pure si ritiene di poter estendere, ha parlato di «incapacità degli organi istituzionalmente preposti e delle forze politiche di saper rispettare le regole che ci si è dati. Causa non ultima del declino del nostro Parlamento», S. CURRERI, *Si scioglierà il gruppo parlamentare Italia Viva – P.S.I. al Senato*, in *laCostituzione.info*, 20 gennaio 2021.

⁷⁹ Condividono E. LA FAUCI, *La riforma del regolamento del Senato sui gruppi parlamentari: innovazione formale o rivoluzione sostanziale?*, op. cit., 55; e M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 204, il quale sottolinea anche l'effetto deterrente che avrebbe avuto imporre una denominazione coerente.

⁸⁰ *Ibidem*

di applicare realmente la nuova disciplina⁸¹ e la superficialità con la quale è stata affrontata la questione.

5.1. *Perché si tratta di una violazione del Regolamento.*

Si è già precedentemente anticipato che, ad opinione di chi scrive, la nascita di «Italia Viva-P.S.I.» costituisca una «sostanziale violazione delle nuove regole che il Senato si era appena dato quanto alla formazione dei gruppi»⁸², non resta che argomentarne le ragioni. Innanzitutto, per una ragione che potremmo definire ‘logica’⁸³, al netto del dato formale del testo regolamentare scritto, la riforma aveva l’obiettivo dichiarato⁸⁴, condiviso da pressoché tutte le forze parlamentari, di arginare la frammentazione evitando la nascita in corso di legislatura di gruppi parlamentari corrispondenti a forze politiche non presentatesi alle elezioni⁸⁵. Ebbene, a ben vedere, questo risulta essere proprio il caso di «Italia Viva- P.S.I.», tant’è che, da questo punto di vista, ci si può spingere ad affermare che la nascita del suddetto gruppo parlamentare rappresenti esattamente ciò che con la riforma si voleva evitare⁸⁶. A questa constatazione di carattere generale si aggiungono alcune ragioni squisitamente tecniche. Com’è noto, l’*escamotage* che si è architettato ha come protagonista il Sen. Nencini, il quale, storico esponente del P.S.I. e suo ex segretario, tuttavia è stato eletto in quanto risultato vincitore del collegio uninominale Toscana-04 (Arezzo) sostenuto dalla coalizione di centrosinistra nel suo complesso, dunque, dal punto di vista del sistema elettorale, risulta possibile attribuire la sua elezione solo a tutta la coalizione, non ad una (qualsivoglia) delle sue parti. Inoltre, il P.S.I. non si è nemmeno presentato in quanto tale alle elezioni per il Senato del 2018, il suo simbolo era contenuto insieme ad altri due – «Federazione dei Verdi» e «Area Civica» - all’interno di quello della lista «Italia Europa Insieme», nelle cui file pure era candidato il Sen. Nencini (nel collegio plurinominale Lombardia-02), ma per il quale non risultò eletto dato lo scarso risultato raggiunto dalla lista in termini di consenso elettorale (0,54%) che non le ha permesso di superare la soglia di sbarramento. Peraltro, anche volendo valorizzare quest’ultimo aspetto della candidatura anche nel collegio plurinominale - comunque legato ad un fenomeno patologico quale quello delle cd. pluricandidature – ciò sarebbe bastato a configurare un legame tra il Sen. Nencini e la lista «Insieme», non il Partito Socialista. Da ciò comporta che l’applicazione del regolamento che si è data, non solo risulta deficitaria in quanto

⁸¹ Nemmeno nella sua interpretazione più *light*.

⁸² M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 198

⁸³ A proposito della nascita di Italia Viva-P.S.I., A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, ha parlato di «invalida» della «ratio più profonda della sopraggiunta modifica regolamentare: quella di evitare il proliferare, nel corso delle future legislature, di nuovi gruppi parlamentari non corrispondenti ad alcuna formazione politica esistente al di fuori delle Assemblee legislative».

⁸⁴ Basterebbe anche solo rileggere il dibattito parlamentare riportato nei resoconti stenografici delle sedute assembleari del 19 e 20 dicembre 2017 per confermarlo.

⁸⁵ O, peggio, che non corrispondessero a nessuna forza politica, nemmeno nata in corso di legislatura, rappresentando dunque solo una mera aggregazione parlamentare.

⁸⁶ «...Sarà solo possibile, per i gruppi già formati, unirsi tra loro, oppure dividersi se alle elezioni si erano presentati con il proprio simbolo, mentre un certo numero di parlamentari, proveniente dallo stesso gruppo o da gruppi diversi, non potrà costituire in corso di legislatura un nuovo gruppo parlamentare, preludio della formazione di un nuovo partito o proiezione di un partito appena nato» F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, op. cit., 851.

all'identificazione di quei partiti o movimenti politici presentatisi alle elezioni⁸⁷, ma anche rispetto all'individuazione del legame tra senatore e simbolo. Rispetto a quest'ultimo profilo, certo, a questa ricostruzione si potrebbe obiettare sottolineando l'esistenza di un inequivocabile dato politico, quello dell'appartenenza del senatore Nencini al P.S.I.⁸⁸, tuttavia, non è difficile immaginare quali conseguenze⁸⁹ si avrebbero in termini di proliferazione di identità e appartenenze politiche posticce qualora, come pare essere accaduto, venga ritenuto bastevole questo tipo di legame più sostanziale che formale⁹⁰. In questo modo, come già sottolineato in dottrina, si aprono alcuni dilemmi⁹¹ di tutt'altro che facile risoluzione rispetto alla questione della titolarità dei simboli⁹².

5.2. *E se il detentore del simbolo esce dal gruppo? Il (mancato) caso Nencini.*

Il fatto che - stante l'applicazione che si è data della nuova disciplina sui gruppi parlamentari che rende concreto il rischio di un vero e proprio «mercato dei simboli»⁹³ - la questione del simbolo e del suo detentore fosse di primaria importanza è risultato con plastica evidenza il 19 gennaio 2021. Quel giorno, al Senato, si è tenuto il voto di fiducia al Governo allora in carica seguito alle dimissioni in dissenso date dai rappresentanti di Italia Viva in suo seno; ebbene, a differenza dei suoi compagni di gruppo che si astennero, il Sen. Nencini confermò la fiducia al Governo. Subito ci si chiese, in dottrina ma anche sulla stampa, cosa ne sarebbe stato del gruppo «Italia Viva – P.S.I.» qualora il Sen. Nencini l'avesse abbandonato portando con sé il simbolo e l'identità politica che ne ha permesso la nascita. Non paiono esserci dubbi sul fatto che, venuto a mancare un requisito che il regolamento prescrive come necessario per la composizione di un gruppo, «Italia Viva – P.S.I.» si sarebbe dovuto sciogliere. Com'è noto,

⁸⁷ A questo proposito G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione: spunti e prospettive tra non più e non ancora*, op. cit., 91, sottolinea che «da disposizione del novellato art. 14, c. 4, R.S. avrebbe potuto trovare applicazione laddove avessero ottenuto un numero sufficiente di eletti le liste Liberi e Uguali, Noi con l'Italia-UDC, +Europa, Italia Europa Insieme e Civica Popolare Lorenzini». Dunque, solo le liste che si sono effettivamente presentate alle elezioni in quanto tali, non anche i diversi soggetti politici che le componevano (come il P.S.I.).

⁸⁸ Tuttavia, a parere di chi scrive, dal punto di vista puramente politico, lasciando momentaneamente da parte il formalismo giuridico e seguendo la *ratio* ispiratrice della riforma, che questo dato basti a fornire una coerente identità politica al gruppo «Italia Viva – P.S.I.» risulta fortemente attenuato dalla circostanza che all'atto di nascita del nuovo gruppo il Sen. Nencini e il segretario del Partito Socialista Maraio, definendola solo una «operazione parlamentare» hanno specificato in una nota che «non è mai stata all'ordine del giorno la confluenza del Psi nel movimento che fonderà l'ex premier Matteo Renzi. Il Psi manterrà la sua autonomia politica e la propria identità». La suddetta nota «*Ok del Psi alla formazione del gruppo al Senato. Nencini e Maraio, ma quale confluenza, operazione parlamentare*» è leggibile sul sito www.partitosocialista.it. Sembra condividere tale opinione M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 206-207.

⁸⁹ Già ampiamente sperimentate rispetto al fenomeno delle componenti politiche del gruppo misto.

⁹⁰ Non tragga in inganno il caso specifico del Sen. Nencini, dove questo legame è oggettivamente inequivocabile, si pensi ad altri possibili casi dove questo legame potrebbe essere più sfumato, magari addirittura rivendicato a legislatura in corso, oppure conteso tra più soggetti, oppure ancora contrastato dall'esterno del Parlamento dai soggetti rappresentanti il partito. Su quest'ultima ipotesi si veda S. CURRERI, *Il gruppo politico etero-costituito ed etero-sciolto (le oscure vicende di "Cambiamo! 10 Volte Meglio")*, in *laCostituzione.info*, 11 gennaio 2020.

⁹¹ Alcuni dei quali che ricalcano le questioni citate nella nota precedente.

⁹² M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 203-204.v

⁹³ *Ibidem*, 205-206

concretamente la questione non si è posta, il Sen. Nencini è rimasto nel gruppo dopo che, con la caduta del Governo Conte e la formazione del Governo Draghi, la frattura tra sé e il resto del gruppo si è ricomposta, tuttavia vale comunque la pena approfondire la questione ed analizzare la tesi che i dirigenti di Italia Viva erano intenzionati a sostenere per sfuggire allo scioglimento del gruppo. Si tratta di un rischio dal quale, con notevole lungimiranza, uno studioso attento quale Salvatore Curreri aveva messo in guardia da subito⁹⁴, ossia il fatto «che il secondo e il terzo periodo dell'art. 14, a differenza del primo, non specificano che debba trattarsi delle elezioni del Senato. Il che potrebbe, un domani, sollevare dubbi, qualora si volesse riferire tali disposizioni ad altre elezioni, quali quelle regionali o europee». Esattamente ciò che Italia Viva avrebbe provato a sostenere qualora fosse stata abbandonata dal Sen. Nencini, facendo leva sulla partecipazione alle elezioni regionali e amministrative del settembre 2020. Tuttavia, nonostante l'infelice formulazione dell'art. 14.4 R.S., questa tesi è comunque da ritenersi priva di fondamento in quanto alla lettura del testo appare evidente che le elezioni cui si riferisce il suddetto articolo siano solo quelle del Senato. Inoltre, come evidenziato dallo stesso Curreri, a sfavore di questa tesi interpretativa stanno, da un lato i lavori preparatori nel quale un emendamento⁹⁵ che voleva estendere il riferimento alle elezioni a quelle europee fu dichiarato inammissibile in quanto avrebbe subordinato la possibilità di formare un gruppo al Senato alla presentazione del partito alle elezioni europee, dall'altro il fatto che, se passasse questa linea interpretativa, si avrebbe l'effetto paradossale che basterebbe che una forza politica si presentasse alle elezioni anche in un piccolissimo comune d'Italia per avere la legittimazione a formare un gruppo parlamentare⁹⁶. Da un altro punto di vista, tuttavia, ritenere che non si potrebbe non procedere allo scioglimento del gruppo qualora smettesse di farne parte il titolare del simbolo che ne ha permesso la nascita, porta con sé una controindicazione; infatti, «bisogna prendere atto che questo significherebbe poter arrivare a identificare l'esistenza di un Gruppo con un suo solo componente, dando peraltro a quest'ultimo il potere di tenere da solo in scacco gli altri membri»⁹⁷. A ben vedere, tuttavia, questo «problematico effetto discende in realtà dalla distorta applicazione della nuova disciplina sui Gruppi sin dal momento della formazione del Gruppo «Italia Viva – P.S.I.», il quale, stando proprio alle nuove regole, non avrebbe dovuto poter essere costituito»⁹⁸. Il problema, dunque, è che è stato lo stesso Senato a non prendere sul serio le nuove regole che si era appena dato, fino a svuotarle totalmente del loro significato, come dimostra il caso che tratteremo di seguito.

6. La formazione del gruppo «Europeisti – MAIE – Centro Democratico».

Che il precedente di «Italia Viva – P.S.I.» potesse fare da apripista alla creazione di altri gruppi parlamentari dalla sbiadita identità politica è un rischio che è apparso subito concreto a

⁹⁴ S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 642 (nota 19).

⁹⁵ Si tratta dell'emendamento 1.11 a prima firma Orellana.

⁹⁶ S. CURRERI, *Si scioglierà il gruppo parlamentare Italia Viva – P.S.I. al Senato*, op. cit.

⁹⁷ M. PODETTA, *Contingenza politica e questioni istituzionali: ancora sul "simbolo" che ha "accolto" Renzi*, in *laCostituzione.info*, 22 gennaio 2021.

⁹⁸ *Ibidem*

chi ha l'ardire di studiare questi temi. Tuttavia, con la formazione del gruppo «Europeisti – MAIE – Centro Democratico» probabilmente si è andati oltre le più pessimistiche previsioni. Il suddetto gruppo si costituisce il 26 gennaio 2021 in piena crisi di Governo con l'auspicio, da parte dei promotori, di essere l'embrione di un più ampio gruppo-contenitore che avrebbe dovuto sostituire Italia Viva - nel frattempo passata all'opposizione - nella maggioranza parlamentare a sostegno del Governo Conte II. Se, dunque, risultano chiare le ragioni politico-parlamentari che hanno portato alla nascita del gruppo, meno facile appare individuarne l'identità politica. Il 'rispetto' del requisito politico previsto dall'art. 14 R.S. – dopo il precedente «Italia Viva – P.S.I.» - era assicurato dalla presenza del Sen. Merlo⁹⁹, eletto nella circoscrizione estero America meridionale con il simbolo MAIE¹⁰⁰. Tuttavia, al netto della dichiarata volontà di sostenere il Governo allora in carica e di una molto generica vocazione europeista, mancava in maniera evidente un collante politico al gruppo appena nato, come dimostra la provenienza estremamente eterogenea¹⁰¹ di quelli che sono stati i suoi dieci¹⁰² aderenti. Altro elemento che si può sottolineare a dimostrazione che il gruppo in questione fosse una mera aggregazione parlamentare costituitasi – grazie all'irrazionale applicazione del regolamento che ha dato vita al precedente «Italia Viva – P.S.I.» – in evidente violazione della *ratio* ispiratrice della riforma del 2017, è che, a differenza di quanto accaduto con «Italia Viva - P.S.I.» che almeno si è formato parallelamente al nascituro partito Italia Viva, «Europeisti – MAIE – Centro Democratico» non ha mai avuto quest'ambizione. Al contrario, da questo punto di vista, ha ricordato proprio quelle poco commendevoli esperienze passate¹⁰³ di mere aggregazioni parlamentari prive di ogni reale velleità rappresentativa cui con la riforma regolamentare si voleva rimediare. Tutto quanto appena detto risulta ancor più vero alla luce del fatto che - caduto il Governo Conte II e dunque venuta meno la motivazione politico-parlamentare che ne aveva portato alla nascita - il gruppo si è sciolto il 29 marzo 2021 dopo solo due mesi dalla sua costituzione, e i suoi aderenti sparsi in diversi gruppi parlamentari.

⁹⁹ Che, dunque, secondo quanto evidenziato in precedenza, analogamente al Sen. Nencini riguardo «Italia Viva – P.S.I.», aveva potere di vita o di morte sulle sorti del suo gruppo.

¹⁰⁰ In quei giorni concitati si era ipotizzato anche che questo gruppo potesse nascere sotto le insegne del solo «Centro Democratico» attraverso un'autorizzazione all'utilizzo del simbolo concessa dall'On. Tabacci – che ne è il titolare – al Sen. De Falco (originariamente eletto nel M5S). Sarebbe stato un ennesimo, sconcertante, allargamento delle maglie regolamentari.

¹⁰¹ Cinque senatori provenienti dalla componente del misto Maie, due dal gruppo Forza Italia, uno dal gruppo Per le Autonomie, uno dalla componente del misto Azione, una dal gruppo Partito democratico.

¹⁰² Inizialmente era prevista l'adesione della Sen. Lonardo, poi non concretizzatasi. A quel punto rimanendo in soli nove membri ci si è trovati a non rispettare il requisito numerico di dieci, tuttavia, per poter permettere la nascita del gruppo, aderì la Sen. Rojc, proveniente dal PD, nonostante continuasse a far parte del suo partito e d'accordo con esso. La possibilità che con l'attuale formulazione dell'art. 14 R.S. si potessero formare gruppi parlamentari grazie al «prestito compiacente di senatori da parte di forze politiche alleate per raggiungere il numero minimo di dieci iscritti» era stata prevista da S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 646. Il 'prestito' dei parlamentari per consentire la nascita di gruppi parlamentari è un fenomeno che si può osservare anche nelle Cortes spagnole in ragione del fatto che i quorum numerici di formazione dei gruppi sono più alti di quelli previsti per il loro scioglimento automatico. A tal proposito sia consentito rimandare ad A. RUSSO, *Il circuito della rappresentanza: il rapporto partito/gruppo/eletto nell'ordinamento spagnolo* in P. CARETTI, L. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di) *Il divieto di mandato imperativo: un principio in discussione*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n.2/2019, 39.

¹⁰³ Come esempio più recente si può citare il gruppo parlamentare «AL-A» (che ha cambiato più volte denominazione nel corso della sua esistenza) attivo nella scorsa legislatura (XVII).

7. Alcune considerazioni.

Il lettore che avrà avuto la bontà di arrivare fino a questo punto nella lettura di questo testo avrà notato un certo *sentiment* positivo dell'autore rispetto alla riforma regolamentare del Senato (per quanto concerne i gruppi parlamentari), o meglio, per la *ratio* ispiratrice di questa, ossia quella di contrastare la frammentazione facendo realmente dei gruppi parlamentari la proiezione dei partiti in Parlamento attraverso l'introduzione di un requisito politico per la loro composizione. Nelle brevi riflessioni di questo paragrafo si intende rendere maggiormente esplicite le ragioni di questa posizione, non sottacendo gli aspetti problematici, al contrario, provando a interloquire con quelle critiche, di principio e di merito, che si ritiene più argute. Si è già fatto cenno in precedenza (v. *Supra*, nota 45) alla critica «i problemi sono altrove», secondo la quale vi sarebbe un errore di fondo nell'impostazione assunta dal riformatore in quanto la riforma regolamentare rappresenterebbe uno strumento intrinsecamente inadeguato rispetto allo scopo prefissato¹⁰⁴. In particolare, pur non negando la possibilità di influire sulle dinamiche della forma di Governo attraverso i regolamenti parlamentari (specie attraverso la disciplina dei gruppi), si vuole mettere in evidenza quello che sarebbe un «problema di *consecutio*»¹⁰⁵, nel senso che «non ci possono essere risposte convincenti sul piano delle riforme dei regolamenti parlamentari sinché non vi sarà chiarezza sulla direzione che assume la riforma elettorale e del sistema politico»¹⁰⁶. Secondo questa impostazione, dunque, qualsiasi processo di rigenerazione del sistema (della cui necessità, in ragione dello 'scarso rendimento' attuale, non si dubita) non potrebbe che partire dal sistema elettorale e qualora si voglia «davvero assumere la prospettiva per cui l'arginamento della frammentazione parlamentare con il consolidamento dei Gruppi deve passare da una identificazione di questi ultimi con le formazioni politiche presentatesi alle elezioni, [...] bisognerebbe intervenire *in primis* ancora più a monte, con un propedeutico irrigidimento della disciplina giuridica dei partiti e degli schieramenti elettorali, oggi inesistente»¹⁰⁷. Risulta francamente difficile obiettare alcunché a queste considerazioni, il legame fortissimo tra disciplina dei gruppi parlamentari e sistema elettorale, e i rischi di una non coerenza tra questi due elementi, è stato sottolineato anche da quella parte della dottrina che ha espresso apprezzamento per il tentativo riformatore del Dicembre 2017¹⁰⁸; non solo, non si vuole affatto negare l'importanza del tema dei partiti e della loro democraticità interna, il quale, anzi, è ritenuto ineludibile anche

¹⁰⁴ M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 159 ss.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ R. BIN, *La disciplina dei gruppi parlamentari, Relazione al XV Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti "Il Parlamento"*, Firenze, 12-14 ottobre 2000, in AIC (a cura di), *Il Parlamento*, Cedam, Padova, 2001, 108

¹⁰⁷ M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 161

¹⁰⁸ S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, op. cit., 645-646. Dello stesso autore si veda anche *Liste-matrioska e gruppi parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 22 gennaio 2018. Dalla lettura di questi due contributi emerge chiaramente come la possibilità (acutamente prevista dall'Autore) di una applicazione distorta delle nuove norme, che si è poi effettivamente verificata, nasca proprio nell'intersezione tra disciplina regolamentare e sistema elettorale attualmente in vigore.

dal sottoscritto¹⁰⁹. Tuttavia, allo stesso tempo, si è alle prese con processi che hanno un carattere inevitabilmente politico, (nel senso che si inseriscono nelle dinamiche della *politics*), pertanto non è sempre possibile ‘mettersi a tavolino’ e operare le modifiche che si vuole, nell’ordine che si vuole. Si avrebbe bisogno certamente di tutti gli elementi succitati, una riforma del sistema elettorale che permetta di rappresentare adeguatamente il corpo elettorale ma che non favorisca la frammentazione, una regolazione in senso democratico della vita interna dei partiti, una più stringente disciplina dei gruppi parlamentari, ma nel momento in cui si è approvata la riforma – si è descritto in precedenza le tappe di avvicinamento e il contesto (v. *Supra*, par. 3) – l’alternativa era non fare nulla. Dunque, posto che ci fossero le condizioni politiche e che la riforma ipotizzata andava (la coniugazione al passato, ahinoi, è ormai d’obbligo) nella direzione giusta, sarebbe stato delittuoso non provarci, al netto dell’applicazione concreta che poi ne è stata data. Inoltre, questa impostazione sembra sottovalutare la presenza di – mai rimossi – incentivi alla frammentazione nei nostri regolamenti parlamentari¹¹⁰; una cosa è non comprimere la libertà del singolo parlamentare di esercitare la propria funzione rappresentativa, altra cosa è quella di assecondare – in alcuni casi addirittura incoraggiare¹¹¹ – quelli che sono dei veri e propri elementi patologici del nostro parlamentarismo come il transfughismo e la iper-frammentazione. Pertanto, specie nel caso italiano, non è affatto da escludere che «anche da sola, una più rigorosa disciplina dei regolamenti in materia [di gruppi parlamentari] costituirebbe un significativo argine a derive del sistema partitico verso la frammentazione»¹¹². Con questo non si vuole negare che nel caso della riforma oggetto di questo contributo questo effetto benefico non si sia verificato, ma ciò appare imputabile ad altri due elementi; da un lato l’essere stata, sin dal principio, una riforma ‘zoppa’, in quanto una analoga disciplina dei gruppi non è stata approvata alla Camera dei deputati¹¹³, dall’altro la scellerata interpretazione delle nuove norme che se n’è data in sede di applicazione.

Altra critica mossa alla riforma è quella riguardante la sua eccessiva rigidità che si manifesterebbe, in particolare, nella volontà di «fissare la fotografia politica dell’esito del voto per l’intero arco della legislatura»¹¹⁴, impedendo che le evoluzioni del quadro politico successive al voto trovino riflesso in Parlamento, se del caso, attraverso la formazione di nuovi gruppi parlamentari. E ciò sarebbe incompatibile con il carattere dinamico del principio di rappresentanza. Anche in questo caso, in termini di principio, non si ha nulla da obiettare a questa critica, del resto sarebbe impossibile negare la intrinseca dinamicità della rappresentanza accolta anche dal testo costituzionale che, attraverso l’art. 49, prescrive la partecipazione diuturna dei

¹⁰⁹ Oltreché, più autorevolmente, tra gli altri, da A.I. ARENA, *Su alcuni aspetti della “riforma organica” del regolamento del Senato*, op. cit., p. 47 e E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2 agosto 2019, 184 ss.

¹¹⁰ N. LUPO, *I gruppi parlamentari nel parlamentarismo maggioritario*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2009.

¹¹¹ Si pensi ai gruppi (solitamente di opposizione) nati con lo scopo di sovra-rappresentare la propria coalizione di appartenenza all’interno delle Commissioni.

¹¹² V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo*, in V. LIPPOLIS (a cura di), *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere, il Filangieri – Quaderno 2007*, Jovene, Napoli, 2008, 22.

¹¹³ E, anche nonostante l’applicazione *light* delle nuove regole che se n’è fatta al Senato, gli effetti si vedono, infatti alla Camera si sono formati due gruppi (“Liberi e Uguali” e “Coraggio Italia”) non presenti al Senato.

¹¹⁴ M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 168 ss.

cittadini alla vita politica. Allo stesso modo, non si può negare una probabilmente eccessiva rigidità¹¹⁵ del testo regolamentare novellato per quanto riguarda la possibilità di formare nuovi gruppi parlamentari in corso di legislatura ma, allo stesso tempo, le possibili soluzioni alternative¹¹⁶ non sono prive di controindicazioni e comunque potrebbero non rivelarsi sufficienti. Inoltre, al netto del fatto insindacabile che non necessariamente le scissioni e le nascite di nuovi gruppi corrispondono a «operazioni meramente strumentali»¹¹⁷, ahinoi, bisogna riconoscere che è prevalentemente a cose di questo genere che abbiamo assistito negli ultimi anni. Più che il recepimento di mutate «istanze politiche provenienti dal basso»¹¹⁸, la proliferazione di gruppi parlamentari che si è avuta durante il corso delle ultime legislature sembra rispondere a quella logica di sole «operazioni parlamentari»¹¹⁹ nella quale è davvero difficile scorgere la partecipazione attiva dei cittadini, che infatti mostrano di non apprezzare questo tipo di iniziative quando chiamati alle urne¹²⁰. Ma più di tutto, ciò che qui si intende sottolineare è quello che si ritiene un errore di fondo di questa impostazione che dall'innegabile carattere dinamico della rappresentanza fa discendere quella che, in maniera forse un po' impropria, potremmo definire «libertà di scissione»¹²¹. Al contrario, invece, la dinamicità della rappresentanza non può manifestarsi solo attraverso scissioni, ma anche e soprattutto attraverso la possibilità, per chi è momentaneamente minoranza, di condurre la propria battaglia all'interno del gruppo/partito di appartenenza. Infatti, da questo punto di vista, il limite maggiore dell'ultima riforma del Regolamento del Senato è stato proprio quello di non aver accompagnato l'irrigidimento della disciplina complessiva dei gruppi con la previsione di un nucleo di garanzie minime a tutela dei singoli parlamentari in dissenso dalla linea maggioritaria interna¹²². Ovviamente non sfugge la

¹¹⁵ Che, come abbiamo visto (v. *Supra*, par. 4-5), è rimasta solo sulla carta dato che l'applicazione concreta è stata molto diversa.

¹¹⁶ In E. GIANFRANCESCO, *La riforma del Regolamento del Senato: alcune osservazioni generali*, op. cit., 11-12, l'Autore ha proposto la previsione di una 'franchigia' temporale prima di consentire la nascita di nuovi gruppi parlamentari, alle stesse condizioni che ad inizio legislatura, oppure che si avanzi la pretesa che un nuovo gruppo parlamentare costituisca in ogni caso l'embrione di un nuovo partito, che dovrebbe essere costituito in un certo tempo definito.

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 174.

¹¹⁹ Uso, non a caso, un'espressione il cui *copyright* è da attribuire ai dirigenti del Partito Socialista che in questo modo hanno definito la nascita del gruppo "Italia Viva – P.S.I." nato grazie al loro assenso (v. *Supra*, nota 88).

¹²⁰ A partire dalla XIII legislatura, dei pochi gruppi nati da scissione in corso di legislatura che realmente sono stati embrione di un partito (tra i tanti che sono rimasti solo aggregazioni parlamentari), solo uno, «Fratelli d'Italia – Centrodestra nazionale», nato solo al Senato a pochi mesi dalla scadenza della XVI legislatura, lo è stato di un partito (Fratelli d'Italia) che è sopravvissuto in quanto tale alle successive elezioni e che, successivamente, si è radicato nella società. Peraltro, alle elezioni del 2013 che inaugurarono la XVII legislatura, il neonato partito raccolse un risultato tutt'altro che esaltante, non raggiungendo il 2% dei voti. Nonostante ciò, FdI, grazie alla controversa clausola del "miglior perdente" prevista dalla legge elettorale allora in vigore, riuscì comunque a eleggere nove deputati (e nessun senatore), pur essendo sotto la soglia di sbarramento. In seguito, nonostante il loro numero, inferiore anche a quello necessario per costituire 'di diritto' una componente politica del misto, l'Ufficio di Presidenza della Camera concesse a questi nove deputati di costituirsi in gruppo autonomo. Su quest'ultimo aspetto si veda A. CARMINATI, *La formazione dei gruppi parlamentari nella XVII legislatura: la deroga concessa al movimento politico Fratelli d'Italia e le sue ricadute in termini politico-organizzativi*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2013.

¹²¹ Intendendo con questa non solo la ovvia facoltà per i parlamentari di uscire dal proprio gruppo/partito e – eventualmente - di fondarne uno nuovo, ma anche il dovere, a certe condizioni (requisito numerico e/o politico) per l'Istituzione Parlamento di dare adeguata ed immediata rappresentanza a questi nuovi soggetti.

¹²² Sottolinea questo aspetto fondamentale ma forse un po' dimenticato dalla dottrina nell'analisi della riforma regolamentare del 2017, F. BIONDI, *Riforma del Regolamento del Senato e sistema politico*, op. cit., 858-859, la quale, condivisibilmente, evidenzia come «talvolta, infatti, è proprio il soffocamento del dissenso interno che determina la fuoriuscita dal proprio gruppo».

complessità di un intervento di questo tipo che si pone all'intersezione tra i regolamenti parlamentari e quelli interni ai gruppi, si tratta di un tema che necessiterebbe di approfondimenti dedicati che in questa sede non si possono sviluppare ma che è fondamentale affrontare se si vuole che riforme del genere di quella qui commentata possano rivelarsi realmente efficaci¹²³.

8. Conclusioni.

In conclusione di questo contributo si vuole brevemente tirare le fila dei ragionamenti sin qui svolti e tentare di tracciare un bilancio della situazione attuale, utile anche a immaginare quali potrebbero essere i prossimi passi da compiere per poter avanzare nel processo riformatore che, seppur in maniera un po' stentata, si è iniziato con la riforma del Regolamento del Senato del dicembre 2017.

Pur con alcuni limiti, l'impianto di questa riforma in materia di gruppi parlamentari andava nella direzione corretta, tuttavia bisogna constatare che non è riuscita a dispiegare gli effetti benefici (sul sistema complessivo) che ci si poteva augurare. La ragione di ciò è da rintracciarsi anche in quei limiti, cui si è già fatto cenno, che hanno caratterizzato l'intervento riformatore; da un lato la mancata approvazione di una analoga disciplina dei gruppi anche alla Camera dei deputati, dall'altro il non aver 'compensato' l'irrigidimento delle norme in materia di gruppi con una serie di misure volte a tutelare il singolo parlamentare all'interno del proprio gruppo di appartenenza. Tuttavia, i succitati limiti non bastano da soli a spiegare l'ininfluenza positiva delle nuove norme; l'elemento decisivo da questo punto di vista risiede nella discutibile applicazione concreta che se ne è data nel corso di questa legislatura, che addirittura ha fatto di queste nuove norme un'innovazione peggiorativa. Nello specifico, sarebbe probabilmente preferibile non avere alcun requisito politico per la composizione dei gruppi parlamentari piuttosto che quello attualmente applicato al Senato che crea irrazionalità e disparità di trattamento. Infatti, stante la situazione attuale, la possibilità di creare un gruppo parlamentare è legata più a dinamiche casuali o, peggio, alla capacità di destreggiarsi furbescamente all'interno del «mercato dei simboli» che sempre più si verrà a creare, che alla presenza di un effettivo requisito politico così come inteso dalla lettera del regolamento. Pertanto, la nuova normativa in materia di gruppi parlamentari al Senato è da considerarsi ormai inservibile allo scopo; da ciò deriva la constatazione di un suo «necessario ripensamento»¹²⁴. Com'è noto, nel corso di questa legislatura è stata approvata una riforma costituzionale che riduce il numero dei parlamentari a 400 Deputati e 200 Senatori (da, rispettivamente, 630 e 315). Senza entrare nel merito della discussione sulla sua opportunità o

¹²³ E, in maniera niente affatto meno rilevante, evitare che si determini un ritorno al dirigismo partitico, peraltro aggravato dal deficit di legittimazione di cui i partiti 'godono' attualmente. *Ibidem*, 859

¹²⁴ Alla stessa conclusione, seppur da una prospettiva sensibilmente diversa, arriva M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, op. cit., 206 ss.

meno, tale riduzione ‘obbliga’¹²⁵ le Camere a rivedere i propri regolamenti¹²⁶, potrebbe, anzi meglio, dovrebbe cogliersi l’occasione per affrontare nuovamente il tema dei gruppi in un più generale disegno di riforma complessivo che non si limiti semplicemente ad adeguare i regolamenti parlamentari ai nuovi numeri. Va da sé che andrebbe fatto tesoro delle esperienze precedenti per non ripetere gli stessi errori che anche qui sono stati messi in luce. Il dibattito è in corso¹²⁷, non resta che sperare per il meglio e, da studiosi del tema, ‘vigilare’.

ABSTRACT [IT]: Il contributo sviluppa una disamina delle problematiche giuridiche poste dalle prime applicazioni della riforma regolamentare del Senato del 2017. A tal fine vengono espone le ragioni che hanno spinto ad agire in senso riformatore sul regolamento del Senato, viene ricostruito l’iter parlamentare che ha portato all’approvazione della riforma e analizzato il testo di quest’ultima, limitatamente agli aspetti riguardanti i gruppi parlamentari. Successivamente, attraverso un’analitica ricostruzione diacronica degli avvenimenti caratterizzanti le dinamiche dei gruppi parlamentari in Senato nel corso della XVIII legislatura, si giunge alla conclusione che, nonostante la ratio ispiratrice della riforma sia da ritenersi condivisibile, quest’ultima sia stata tradita in sede di applicazione, con la conseguenza che la disciplina dei gruppi al Senato debba essere nuovamente oggetto di ripensamento, questa volta necessariamente in maniera omogenea con la Camera dei Deputati.

ABSTRACT [EN]: The article develops an examination of the legal problems posed by the first applications of the reform of the Senate rules of 2017. For this purpose, are exposed the reason that inspired the reform, is reconstructed the approval process and analyzed the text of reform, limited to the aspects concerning the parliamentary groups. The paper continues with an analytical diachronic reconstruction of the events characterizing the dynamics of the parliamentary groups in the Senate during the eighteenth legislature. We come to the conclusion that, although the rationale behind the reform is to be considered acceptable, the latter has been betrayed during its application, with the consequence that the discipline of the groups in the Senate must again be subject to rethinking, necessarily in a homogeneous manner with the Chamber of Deputies.

PAROLE CHIAVE: Gruppi parlamentari; Riforma Regolamento Senato; Parlamento; XVIII legislatura; Forma di governo

KEYWORDS: Parliamentary groups; Reform of Senate rules; Parliament; Eighteenth legislature; Form of government

¹²⁵ Specificamente sul tema si veda L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020.

¹²⁶ Oltreché a rendere ancor più auspicabile una riforma del sistema elettorale, la cui urgenza, tuttavia, allo stato, non pare essere avvertita dagli attori istituzionali e politici.

¹²⁷ Il tema delle modifiche regolamentari da adottare in conseguenza della riduzione del numero dei parlamentari è oggetto di attenzione di entrambe le Giunte per il Regolamento e in entrambe le Camere sono state presentate alcune proposte di riforma del rispettivo regolamento. In particolare, ad oggi, al Senato sono state presentate le proposte a prima firma Calderoli (A.S. Doc II, n. 6/XVIII); Zanda (A.S. Doc II, n. 7/XVIII); Parrini (A.S. Doc II, n. 9/XVIII); Santangelo (A.S. Doc II, n. 10/XVIII), mentre alla Camera quelle firmate Baldelli (A.C. Doc II, n. 19/XVIII) e Giorgis, Serracchiani, Fiano, Ceccanti (A.C. Doc II, n. 22/XVIII).



Fulco Lanchester*

Alle origini delle riflessioni di Predieri su Schmitt e Jünger**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il metodo biografico. – 3. Alle origini del percorso di Predieri. – 4. Il ritorno in Patria, la laurea e la Resistenza. – 5. Gli scritti del quinquennio 1945-1950. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

In Alberto Predieri didattica, ricerca scientifica e professione risultano unite strettamente dai volumi della sua Biblioteca fiorentina, ordinati negli scaffali come i soldatini di ferro che ha collezionato¹, ma tuttavia vissuti ed utilizzati in maniera intensa. Il mio intervento odierno parte dalle sue riflessioni su guerra e politica in Schmitt e Jünger, per evidenziare come il suo percorso generazionale e familiare lo abbia portato ad affermare che il conflitto non costituisce un elemento perpetuo nella dicotomia amico-nemico, ma sia invece una fonte di integrazione basata sul rispetto dell'avversario.

Si tratta di una impostazione che può essere compresa come frutto di un riferimento ai valori di onore e dignità prodotti non soltanto dalle radici familiari (il padre, la madre, gli zii), ma soprattutto dal gruppo di commilitoni del Corpo degli alpini e delle formazioni partigiane, in cui Predieri ha attivamente militato nel primo lustro degli anni Quaranta. In questa prospettiva per Predieri esiste una internazionale del coraggio e della partecipazione, che viene vista come base delle singole comunità e del riscatto delle stesse. In Predieri l'impegno e la partecipazione attiva

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza Università di Roma.

** Relazione tenuta al Convegno per il Centenario dalla nascita di Alberto Predieri, organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Firenze, venerdì 10 dicembre 1921.

¹ Per la collezione v. *Il piombo di Napoleone: la Grande Armée nei soldatini della collezione Predieri*, a cura di G. ADDUCI-U. BARLOZZETTI; con una testimonianza di Francesco Cossiga, Bagno a Ripoli, Passigli, 2007; *Immagini dal Risorgimento: soldatini della collezione Alberto Predieri e oltre, cimeli e quadri*, a cura di G. ADDUCI e F. PAOLETTI, Firenze, Polistampa, 2011; *Napoleon: dalla collezione di incisioni napoleoniche della Fondazione Livorno, dalla collezione di soldatini "Alberto Predieri" della Fondazione CR Firenze*, a cura di M. GUARRACCINO e G. ADDUCI OSPEDALETTO, Pisa, Pacini, 2018. Sui soldatini di ferro e un'ipotesi di connessione con la vicenda biografica di Predieri si v. il testo della canzone di Peppino Mendes del 1928 (https://www.youtube.com/watch?v=5n_egy8bKfo) ed in particolare la sua ultima strofa, eliminata nella successiva versione di Paolo Poli.

del singolo costituiscono, infatti, la precondizione per la piena inserzione nella comunità politica e per il perseguimento delle finalità di contesto.

La contrapposizione polemica tra il “pavido” giurista (Carl Schmitt che d’altro canto egli stima scientificamente) e il “coraggioso” anarca combattente (Ernst Jünger) gli serve per riaffermare i valori di coraggio e di lealtà che nascono all’interno di un gruppo ristretto e che egli estende anche all’avversario².

Com’è noto, Carl Schmitt durante il primo conflitto mondiale fece in modo di essere assegnato-grazie alle pressioni del suo Doktorvater il penalista Fritz van Calker (1864-1957) - all’Ufficio P(ropaganda) di Monaco per l’applicazione dello Stato di assedio, dove poté sviluppare le sue teorie sul Belagerungszustand e la dittatura. Sempre attraverso van Calker, negli anni Trenta Schmitt si convertì al nazismo, dopo l’appoggio all’impostazione di Kurt von Schleicher(1882-1934), per mezzo di un altro allievo del Maestro (ovvero Hans Michael Frank, 1900-1946,il Reichskommissar für die Gleichschaltung der Justiz und für die Erneuerung der Rechtsordnung), per poi evolvere nuovamente quando venne emarginato dal regime.

Ernst Jünger, già giovanissimo legionario in Francia, durante la prima guerra mondiale fece parte della Stoßtruppen al fronte e conquistò la massima decorazione del Pour le mérite dimostrando un coraggio eccezionale; fu letterato, filosofo in aree liminari, ma non aderì mai ufficialmente al nazismo, anzi cospirò contro di esso.

Carl Schmitt ha sempre giustificato il proprio comportamento con l’affermazione “Non possum scribere contra eum qui potest proscribere” oppure con il riferimento al Benito Cereno di Melville, scatenando la riprovazione prederiana. In questa prospettiva, che abbraccia esplicitamente anche la posizione dei due autori nei confronti del totalitarismo nazista, la riflessione di Predieri supera indubbiamente il diritto per assumere un carattere etico, ma vi fa sempre riferimento non solo nella prospettiva tradizionale dello jus ad bellum e dello jus in bellum, ma anche come indispensabile strumento di convivenza e di perseguimento di valori.

La riflessione generazionale di Predieri sulle Forze Armate, che per lui è stata esplicita (ma costituisce esperienza comune di altri esponenti dello stile fiorentino)³, all’interno dello Stato moderno e sulla funzione catartica della guerra partigiana fornisce, dunque, la possibilità di analizzare non soltanto i momenti tragici della seconda guerra mondiale e la cesura del settembre 1943, ma anche l’evoluzione dell’attività bellica e degli attori in relazione alle tecnologie cangianti.

Predieri affronta ex professo il tema della natura della guerra come conflitto armato tra gruppi politici la cui soluzione viene affidata a gruppi organizzati, che usano la violenza in campo politico e dove gli attori del conflitto in oggetto possono essere regolari o irregolari, quando una o entrambe le parti siano forze non istituzionali. In questo quadro le tecnologie possono essere le più varie, ma – nella guerra di massa del XX secolo cui si riferisce preferibilmente la riflessione

² V. A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, 2 vol., Firenze, La Nuova Italia, 1999; IDEM, *La guerra, il nemico, l’amico, il partigiano. Ernst Jünger e Carl Schmitt*, Firenze, La Nuova Italia, 1999; aggiungo i successivi volumi IBIDEM, *La curva e il diritto, la linearità del potere, l’eversione barocca*, Milano, Il Saggiatore, 2003; IBIDEM, *Alpinia barocca, paesaggio, arte, culture*, Milano, Il Saggiatore, 2004.

³ Penso a Paolo Barile, Alessandro Pizzorno, Mario Galizia e anche a Lelio Lagorio.

di Predieri – il variare della tecnologia finisce per coinvolgere i contendenti come operai nell'industria pesante.

Una simile prospettiva palesemente jüngeriana, che era già stata – come vedremo – messa in evidenza negli scritti del l'immediato dopoguerra sulla rivista il Ponte, pone allo stesso Predieri problemi con la trasformazione degli attori politici e delle tecnologie per il mantenimento delle caratteristiche 800/900tesche delle forze armate, cui era palesemente legato.

In questa dimensione esperienziale esistono anche analogie interessanti tra la riflessione di Predieri e quella di Mario Galizia, che nell'ultima opera da lui pubblicata prima della morte ha curato le riflessioni del fratello, caduto per la liberazione di Firenze⁴, mescolandole alle proprie sulla responsabilità dei Maestri.

2. Il metodo biografico

La mia analisi si concentrerà sui primi anni della formazione di Predieri: 1939-1951, ovvero il periodo che va dalla licenza liceale alla libera docenza, mettendo in risalto le invarianze successive evidenziate dagli scritti terminale della sua attività scientifica rispetto ai problemi cangianti.

Avverto che mi sono già occupato del tema in epigrafe nel 1999 sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico⁵. Lo scritto in questione fu originato dalla mia introduzione ad un incontro tenutosi presso la Facoltà romana di Scienze politiche con la partecipazione dei maggiori schmittologi italiani (tra cui Galli e Preterossi) in occasione della pubblicazione delle monografie di Predieri su Schmitt e su Jünger.

In quell'occasione, alla fine del mio intervento dissi esplicitamente che lo salutavo "al cappello" con il rispetto e l'ammirazione dovuti ad un vecio alpino, ufficiale della Divisione Julia, Battaglione Vicenza, mutilato e decorato al V.M. da parte di un bocia della Brigata alpina Taurinense. I relatori di quella presentazione, studiosi del pensiero di Schmitt, forse allora non compresero in maniera completa che Alberto Predieri stava ormai viaggiando con la sua generazione verso la vetta biografica e che stava riconsiderando non soltanto il suo percorso scientifico, ma soprattutto quello umano e civile. Jünger e Schmitt erano dunque un dotto pretesto per riconsiderare il senso del proprio percorso esistenziale e quello del contesto in cui si era mosso.

In questa prospettiva il caso di Predieri e del suo rapporto con Jünger e Schmitt evidenzia però in modo esponenziale l'importanza del metodo biografico e autobiografico per comprendere in modo opportuno l'impostazione spirituale di questo giurista e di parte della generazione cui ha appartenuto⁶.

⁴ *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia (1923-1944)*, a cura di M. GALIZIA, Milano, Giuffrè, 2013.

⁵ F. LANCHESTER, *Il coraggio del giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, n. 4, 1099 ss.

⁶ V. F. LANCHESTER, *Uno schizzo autobiografico esemplare*, in *Nomos-leattualitaneldiritto*, 2021, n. 1 in cui evidenzio l'importanza di un simile approccio. Spiace che proprio alcuni storici del pensiero, che dovrebbero essere più sensibili, non abbiano compreso la opportunità di una simile ricostruzione proprio nel caso dei volumi che nel 1999 Predieri pubblicò alla fine della Sua brillante carriera accademica. In questa prospettiva si pone ad esempio anche l'incapacità da parte dei medesimi studiosi

3. *Alle origini del percorso di Predieri*

Il viaggio di Predieri con Schmitt, Jünger e la guerra iniziò metaforicamente nella seconda metà dell'agosto 1942, quando egli partì per la Russia nelle file della 61° compagnia del Btg. Vicenza (9° reggimento alpini della Divisione Julia), ricordo che lo ha accompagnato nel tempo durante tutta la sua vita. Prima vi era stato è vero l'esperienza con le truppe di occupazione italiane in Grecia e –al di là dei ricordi sull'armata s'agapò- si segnala soprattutto l'episodio traumatizzante del affondamento della nave Galilea, su cui era salito il Battaglione Gemona al posto del battaglione Vicenza di Predieri.

Nato a Torino nel marzo del 1921 mentre il padre Alessandro⁷ frequentava la scuola di guerra nella città piemontese, Predieri, come tutti i figli di militari in servizio permanente effettivo seguì con la Famiglia le vicende paterne⁸. Nonostante il peregrinare, Egli è stato anche in gioventù più fiorentino di quanto si pensi per il fatto che almeno dal 1931 il Padre venne assegnato per incarichi di istituto a Firenze (1931-1934;1938-1939) e perché il cugino della Madre Arrigo Serpieri, sottosegretario di Stato per la bonifica integrale al Ministero dell'agricoltura e foreste (12 settembre 1929-24 gennaio 1935), fu professore ordinario presso l'Università di Firenze e rettore dal 1938 al 1943⁹. Predieri ottenne il Diploma di maturità classica al Regio liceo ginnasio Dante Alighieri di Fiume¹⁰, dove il Padre era capo di stato maggiore al comando divisione fanteria Carnaro ad Abbazia, nel luglio 1939 con una media superiore agli 8/10 ed un inusuale ma significativo 10 in Storia dell'arte da una commissione presieduta da Ezio Franceschini¹¹.

di comprendere la stessa evoluzione del pensiero di giuristi come Schmitt e Romano, ipostatizzati in una fase della loro produzione.

⁷ Alessandro Predieri, figlio di Giovanni, professore di lingua italiana (in ultimo ad Ancona) e di Adele Persi, nacque il 5 sett. 1891 a Roma, quando il padre era ancora studente dell'Università di Roma, venne ammesso alla Scuola militare di Modena, dall'8 novembre 1910, per poi essere assegnato come Sten dell'87° reggimento Fanteria il 19 maggio 1912 (presta giuramento il 24 settembre dello stesso anno). Chi si domandi perché Alberto Predieri abbia scritto un'opera su Shari'a e costituzione (Roma, Laterza, 2006) deve risalire non solo all'importanza del tema in relazione ai fenomeni di globalizzazione, ma all'esperienza coloniale del Padre, impegnato e decorato nel Fezzan. Si sposa con Anna Maria Serpieri il 31 gennaio del 1920 (aveva ricevuto l'autorizzazione regia il 24 novembre 1919), mentre al 15 novembre 1920 ammesso alla Scuola di guerra di Torino. Pluridecorato morì il 13 ottobre 1942 per lo scoppio di una mina esprimendo la volontà di dare tutto per la vittoria e inneggiando all'Italia (v. motivazione MAVM: "Soldato per eccellenza, sfidò ogni pericolo e con la morte gloriosa sul campo suggellò la nobile esistenza tutta dedicata all'idealità della Patria, per la cui vittoria nella brevissima agonia, fece consapevolmente offerta del proprio olocausto." Tutto per la vittoria! Viva l'Italia! furono le sue ultime parole, stringendo i pugni verso l'avversario" A.S. 30 settembre-13 ottobre 1942). Per le motivazioni delle altre due MBVM v. Cartella *Persomil*: decorazioni: MBVM "per bella prova di fermezza e di ardimento data durante il combattimento di Uadi Marsit 6 Aprile 1915" -DI 31 Agosto 1915; Giugno -Dicembre 1941: "comandante della fanteria divisionale, durante l'assedio di una piazzaforte, svolgeva fervida attività per intensificare l'efficienza delle opere di difesa e stroncare ripetuti attacchi avversari. dirigeva i preparativi per l'attacco ed occupava nuove posizioni avanzate. con la continua presenza sulle linee era di esempio ai dipendenti per ardimento e per sprezzo del pericolo".

⁸ Sulla biografia di Predieri v. G. MORBIDELLI, A.P., in DBI, Volume 85 (2016) e IDEM, *Alberto Predieri: una vita da combattente*, in *Lo Stato*, 2020, fascicolo 14, 497-520.

⁹ Vicino ai circoli progressisti di Salvemini e Trentino Serpieri divenne professore di Economia agraria e si iscrisse al PNF nel 1927; V. voce di S. MISIANI, A.S., in DBI, Volume 92 (2018)

¹⁰ Sul liceo ginnasio Dante Alighieri di Fiume, presieduto da Silvino Gigante e dove aveva insegnato lettere e latino Arturo Marpicati.

¹¹ Ezio Franceschini (1906– 1983) è stato un latinista e accademico italiano, specialista di letteratura latina medievale, oltre che Rettore dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Allievo di Concetto Marchesi nel 1938 vinse il primo concorso in Italia per una cattedra di Letteratura Latina Medievale, e a partire dall'anno successivo fu titolare di quell'insegnamento (che

Subito dopo la maturità, come soldato di leva classe 1921 era stato lasciato in congedo illimitato il 9 febbraio 1940, ma aveva rinunciato a qualsiasi dilazione il 20 giugno di quello stesso anno, dieci giorni dopo la dichiarazione di entrata in guerra. Il 2 settembre 1940 era stato ammesso quale aspirante ufficiale di complemento nei corsi della scuola di Bassano del Grappa (Caserma Monte Grappa). Nominato in dicembre allievo ufficiale di complemento scelto, dopo la nomina a S.Ten. raggiunse il 9° regt. Alpini il 20 marzo 1941 a Gorizia, dove prestò il prescritto giuramento¹².

Predieri partì per la Grecia il 24 novembre 1941 e sbarcò a Corinto il 30 novembre 1941. Il Btg. Vicenza, cui era stato destinato, era stato comandato sino all'aprile 1941 dal Ten.col. Giuseppe Bottai (allora Ministro dell'Educazione Nazionale)¹³, e, dopo la fine delle ostilità il 20 aprile 1941, si fermò a Giannina per circa un mese, per poi spostarsi dal 7 maggio a presidiare il passo di Metzovo. Dopo la sfilata vittoriosa ad Atene, il 12 agosto il Battaglione si trasferì nel Peloponneso a presidiare l'Argolide e la Corinzia, dove venne dislocato a Nauplia e ad Argosin in una caserma ridenominata Caserma Giorgio di Borbone - Parma¹⁴.

A marzo del 1942 il Btg. Vicenza di Predieri ricevette l'ordine di rimpatriare per l'Italia. Il 28 marzo il Gruppo Udine si imbarcò a Patrasso sulla nave Piemonte e il Btg. Vicenza stava per fare lo stesso sulla Galilea (nave passeggeri della Adriatica Società Anonima di Navigazione), ma - per ritardi sul cambio a Nauplia - al posto del Vicenza venne imbarcato il Btg. Gemona e un piccolo scaglione dello stesso Vicenza. La nave Galilea venne affondata lo stesso 28 marzo dal sommergibile britannico HMS Proteus¹⁵ e i pochi superstiti furono inglobati dal Vicenza. Il reparto, partito il 20 aprile per via ferroviaria con destinazione Gorizia, fece tappa a Fiume (27 aprile) per disinfestazione e poi a Predieri venne concessa una breve licenza. Il 20 giugno presso il Campo sportivo Moretti di Udine battaglioni e gruppi della Julia assistettero inquadrati alla consegna delle MOVM all'8°, 9° Rgt. Alpini e al 3° Rgt. Artiglieria alpina da parte di Vittorio Emanuele III.

Con la Divisione Julia, comandata dal gen. Umberto Ricagno (1890-1964), Predieri partì per la Russia a metà agosto 1942, mentre suo Padre Alessandro ritornò in Africa Settentrionale verso la Divisione Brescia, di cui dal settembre di quell'anno divenne comandante¹⁶. E' significativo che Carl Schmitt abbia accompagnato il giovane Sottotenente con la sua opera proprio durante questo trasferimento verso la steppa. Predieri si fece, infatti, spedire per posta militare il volume Schmitt Principi politici del nazionalsocialismo, curato da Delio Cantimori e prefato da Arnaldo Volpicelli¹⁷.

già deteneva per incarico dal 1936) all'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (v. C. LEONARDI - Dizionario Biografico degli Italiani - Volume 49 (1997)).

¹² Tutti i riferimenti sono ricavati dal fascicolo personale conservato in Persomil-Ministero della difesa

¹³ Su cui v. la voce di S. CASSESE, G.B., in DBI, vol.13(1971).

¹⁴ Giorgio Marco León di Borbone-Parma (1990-1941), capitano del 31° Rgt. Fanteria, MOVM.

¹⁵ V.M. GROTTI, *Alpini del Btg. Vicenza con la Julia in Grecia e in Russia*, Schio, Ana Vicenza, 2010, 179 ss. e Cristiano d'Adamo in http://www.regiamarina.net/detail_text.asp?nid=48&lid=2

¹⁶ V. Cartella personale di Alessandro Predieri, in *Persomil* citato.

¹⁷ V. C. SCHMITT, *Principi politici del nazionalsocialismo*, scritti scelti e tradotti da D. Cantimori; prefazione di A. Volpicelli, Firenze, Sansoni, 1935.

In Italia Schmitt aveva avuto nel secondo lustro degli anni Trenta una notorietà in ambito giuridico – politico non solo per la traduzione cantimoriana, ma soprattutto per le conferenze milanesi ed il dibattito sull'evoluzione giuridica tedesca¹⁸. Più problematico è indicare quando Predieri scoperse Jünger, perché l'opera di quest'ultimo incomincia ad essere tradotta in Italia proprio nel 1942: in particolare da Mondadori *Le scogliere di marmo* e altri scritti (traduzione di Alessandro Pellegrini, che nel volume su Novecento tedesco ne parlava ampiamente)¹⁹ e da Bompiani *Giardini e strade. Diario 1939-1940*²⁰. Dei due volumi è forse il secondo che potrebbe essere stato letto, per il collegamento che aveva con le vicende belliche e di occupazione.

L'esperienza della campagna di Russia è, invece, paradigmatica per la formazione di Predieri e per la comprensione dell'argomento che ci interessa. In effetti la dedica che egli pone al volume incentrato su Schmitt riproduce quella che aveva preposto ai suoi scritti agli artt. 48 e 52 della Cost. nel Commentario Calamandrei Levi²¹ per i caduti della 61^a comp. del Btg. Vicenza (9° Rgt Alpini), per i partigiani della Divisione GL della Toscana: "caduti per le leggi scritte e non scritte del nostro paese".

La dedica del volume è in particolare intestata "alla memoria "di:

Aldo Jorio (Rimini,1911-1943), Ten.compl. Btg. Vicenza MBVM per i fatti del 21/01/1943 e poi disperso in prigionia il 28 gennaio 1943;

Aldo De Barberis (Ferrara,1905-1943), Capitano comandante 61^acomp. Btg. Vicenza,MAVM per i fatti del 21 gennaio 1943,morto in prigionia il 31 marzo 1943.

Alberto Ficini (Empoli,1921-1942), S.Ten. (MAVM) caduto il 30 dicembre 1942 (su cui la lettera dello stesso Predieri);

Vittorio Heusch (Livorno,1919-1942 il 30 dicembre 1942), figlio di un caduto della I guerra mondiale, MOVVM che lascia come ultimo ricordo prima di andare all'assalto "Dirai alla Mamma che ho compiuto fino in fondo il mio dovere"(*Quadrivio di Selenj Jar*), 30 dicembre 1942;

Ciro Menotti, bisnipote dell'omonimo martire risorgimentale (1919-1942) caduto il 24 dicembre 1942 e MOVVM;

Dornwall Parlatti, (S.ten.) e non Perlatti (Trieste il 02/03/1916 della Divisione Alpina JULIA -9° Reggimento - Battaglione Alpini VICENZA - 61^a Compagnia , morto nel combattimento a SELENIJ YAR il 30 Dicembre 1942 ,MAVM.

¹⁸ V. su questo alcuni accenni in C. SCHMITT, *Scritti politico-giuridici: 1933-1942: antologia da Lo stato*, a cura di A. CAMPI, Perugia, Bacco& Arianna, 1983. Sulla fortuna del pensiero schmittiano in Italia v. anche riferimenti in A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino: economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, passim e F. LANCHESTER, *Le costanti culturali della presenza di Carl Schmitt in Italia. Note sulle ragioni di una intervista*, Carl Schmitt-Studien, 1, Jahrgang (2017), Heft.1, 224-233.

¹⁹ Alessandro **Pellegrini** (1897–1985), germanista, cultore anche di letteratura francese e di filosofia tedesca; prof. Universitario dal 1952, insegnò lingua e letteratura tedesca all'università di Catania e quindi (dal 1959) all'Università di Pavia. Fra le numerose pubblicazioni: *Gide* (1937); *Baudelaire* (1938); *Nietzsche* (1943); *Gottsched, Bodmer e Breitinger* (1951); *Hölderlin* (1956); *Wieland e la classicità tedesca* (1968). Segnalò in argomento che Guido Piovene, *La crisi dell'idealismo, Poeti e filosofi nei quali la ragione tende a cedere il campo a forze più oscure*, Corsera 5 febbraio 1943, recensisce l'opera di Alessandro Pellegrini *Novecento tedesco* e parla dell'opera di Jünger, *Scogliere di marmo*.

²⁰ V. E. JÜNGER, *Giardini e strade: diario*, tr. di Federico Federici, Milano, Bompiani, 1942.

²¹ *Commentario sistematico alla Costituzione*, a cura di P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, Barbera, 1950.

Aggiungo che il 9° Reggimento venne decorato della MOVVM per la sua azione sul Fronte russo tra il 15 settembre 1942 e il 1° febbraio 1943.

Nel secondo volume (quello su Jünger e Schmitt) Predieri proseguirà nel suo intento, dedicandolo ad una serie di personaggi che avevano combattuto sia in Russia sia durante la guerra partigiana²², come “testimonianza di memoria condivisa”, ma insieme per onorare il Padre Alessandro caduto a Bar El Qattara (El Alamein) e la Madre Anna Maria Serpieri, “che in guerra come in pace mi hanno insegnato come intangibile valore la dignità”.

Questo riferimento al valore della dignità richiama, implicitamente, il capitolo sull'onore di Inazo Nitobe (1862-1933), che in un'opera molto nota (soprattutto per i cultori di etica militare) sul Bushidō. L'anima del Giappone²³, evidenziava come “il senso dell'onore, che implica una piena consapevolezza della dignità e del valore personali, non poteva che caratterizzare il samurai, educato alla valutazione dei doveri e dei privilegi della sua professione e a rispettarne la coerenza”²⁴. Si tratta di una prospettiva coerente fondata su conoscenza ed esempio che ricorda, appunto, le lezioni di etica militare, ma che nel Predieri dopo il 1943 si allarga e si mescola a quella del cittadino, fornendo la possibilità di operare un viaggio che non offusca ma anzi contribuisce ad illuminare e corroborare le analisi scientifiche dell'autore.

Nel Btg. Vicenza Predieri è- come si è detto- componente della 61^a compagnia, quella denominata “dei Frati”, elemento evidentemente duplice per designare un legame di fratellanza e per individuare una qualità quasi monastica del gruppo. In ottobre Predieri venne richiamato in Italia il 16 ottobre a causa della morte del Padre il 13 a Bar El Qattara vicino ad El Alamein, dove- come dice la motivazione della MAVM alla memoria - sarebbe spirato stringendo i pugni ed esclamando Tutto per la vittoria: viva l'Italia. Dopo le esequie, Predieri ritornò subito in Russia per non abbandonare i suoi alpini, costante del suo comportamento, certificato dalla stessa motivazione della MBVM, che gli verrà concessa per gli avvenimenti della fine dell'anno.

Nel dicembre la Julia, che come il Corpo di spedizione alpino non aveva potuto raggiungere gli Urali ma era stata allocata nella steppa, venne coinvolta nel contrattacco sovietico che portò alla sconfitta di Stalingrado²⁵.

Il Btg. Vicenza dal 24 dicembre 1942 fu messo sotto pressione dai sovietici e la 61° comp. “dei Frati” si consumò in attacchi e contrattacchi. Originano qui gli episodi che caratterizzano e rafforzano la military camaraderie di Predieri, attestata nelle dediche che caratterizzano significativamente le sue prime e le sue ultime opere.

²² *Commentario sistematico alla Costituzione*, a cura di P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, Barbera, 1950.

²³ V. I. NITOBÉ, *Bushido. L'anima del Giappone*, Milano, Luni, 2017, ma prima edizione Napoli, Casa editrice italo-cinogiapponese, 1917. Il volume pubblicato nel 1899 e tradotto in inglese nel 1905, ebbe una significativa edizione in Spagna nel 1941 per la cura di Millan Astray, fondatore della Legione spagnola. Il Nitobe, non era solo un economista agrario come Arrigo Serpieri, ma anche un uomo politico.

²⁴ IDEM, 52

²⁵ Sulla vicenda del Corpo di spedizione alpino in Russia v. ora H. HAMILTON, *Sacrifice On The Steppe. The Italian Alpine Corps In The Stalingrad Campaign, 1942-1943*, Darby Road, Havertown, Casemate, 2011.

Per certificare momenti che richiamano le *Stahlgewittern* (Tempeste d'acciaio) di Jünger²⁶ riporto per esteso una lettera di Predieri, ritengo non conosciuta, che inviò al Padre del suo collega S.Ten Alberto Ficini caduto il 30 dicembre 1942, in cui i temi jüngeriani risaltano inevitabilmente:

La mattina del 30 – saranno state le 7 – il suo plotone fu il primo della 61^a ad essere attaccato: gli si scaraventò addosso una intera compagnia di siberiani, abbondantemente rinforzata di armi automatiche. Alberto resistette tenacemente coi suoi uomini, obbligando anzi il nemico a retrocedere: ma sempre nuovi uomini alimentavano l'attacco dell'avversario. Noi, il Ten. De Barberis, Heusch e io, che eravamo in posizione posta di fianco ed avanzata rispetto a quella tenuta da vostro figlio, tentammo di aiutarlo, battendo i fianchi dell'attaccante: ma eravamo troppo lontani per agire efficacemente, dato il larghissimo fronte assegnato alla compagnia, e dopo pochi minuti fummo violentemente attaccati a nostra volta. Il vostro Alberto intanto aveva esaurite le munizioni delle sue armi automatiche: per altre due volte respinse il nemico a bombe a mano, procurandogli perdite gravissime e riuscendo così a sganciarsi e a ripiegare nel massimo ordine. Mentre ripiegava io che ero stato mandato dal Ten. De Barberis a far da guida alla compagnia di rincalzo che doveva venire ad aiutarci (dato che ormai eravamo attaccati da ogni lato dalle fanterie e dai carri armati, battuti in pieno dalle artiglierie russe e quasi accerchiati) lo incontrai mentre discendeva un costone: lo salutai di lontano ed egli mi rispose con un largo gesto del braccio: lo vidi allora per l'ultima volta: dovevo affrettarmi per la mia missione e a mezzo del suo attendente gli comunicai la nostra posizione e le direzioni d'attacco dei russi. Egli andò a prendere posizione a difesa di una vallata e lì combattendo contro i carri armati russi che avevano fatto irruzione nel suo plotone, cadde da Eroe, mentre incitava con l'esempio i suoi alpini. La sera dello stesso giorno rioccupammo le vecchie

²⁶ V. E. JÜNGER, *Tempeste d'acciaio*, traduzione di G. Jaeger-Grassi, prefazione di Maurizio Serra, Collezione Biblioteca n.94, Pordenone, Edizioni Studio Tesi, 1990; il titolo originario *In Stahlgewittern. Aus den Tagebuch eines Stoßtruppführers* richiama il fatto che il suo amico C. SCHMITT nei *Tagebücher: Oktober 1912 bis Februar 1915*, herausgegeben von E. HÜSMERT, Belin, Akademie, 2005 e in quello relativo a *Die Militärzeit 1915 bis 1919: Tagebuch Februar bis Dezember 1915: Aufsätze und Materialien*, herausgegeben von E. HÜSMERT und G. GIESLER, Berlin, Akademie, Verlag, 2005 dimostri in modo concreto – come già notato – un ben altro comportamento.

posizioni in cui la 61a si era immolata, fedele alla consegna di tener duro sino alla fine. Ritrovammo il suo corpo che fu seppellito dal nostro cappellano nel cimitero di guerra del 9° Alpini, al Quadrivio a S.E. di Seleny Yar; là riposa Alberto fra i suoi alpini – con gli altri Ufficiali del Vicenza, dell’Aquila, del Val Cismon che suggellavano col loro sangue le tradizioni di onore e di gloria della Julia. Vicino a lui è sepolto il S. Ten. Sanguinetti di Carrara, che voi pur conoscete, caduto qualche giorno prima²⁷.

Dal volume di Manuel Grotto su Gli alpini del Btg.Vicenza²⁸ si evidenzia invece l’azione di Predieri tra il 30 e 31 dicembre. “All’alba del 31 i russi vennero avanti –ricorda l’alpino Giulio Zordan- sulla nostra destra allo scoperto, convinti che non ci fosse più nessuno di vivo nelle nostre postazioni. Un ufficiale (S.ten Predieri n.d.a.) ordinò di non sparare subito. Quando gridò: ‘Fuoco’ sparammo con le tre Breda pesanti e i fucili mitragliatori, facendo una strage...”²⁹

Fu una notte tempestosa, rievocata dalla motivazione della MBVM:

"Rifiutava il rimpatrio per non lasciare i suoi alpini impegnati in durissimi combattimenti. Gravemente congelato ad un piede tanto da dover poi subire la parziale amputazione, non acconsentiva di essere sostituito da altri ufficiali per non abbandonare i superstiti del suo plotone. Alla loro testa per quattro volte in una notte respingeva l'attacco di soverchianti forze nemiche. Ivanowa (Russia) 1-1-1943 (D.P. 27.3.1956,B.U. 1956, pag.2149)".

4.Il ritorno in Patria, la laurea e la Resistenza

Congelato, Predieri venne trasferito prima in Ospedali delle retrovie, poi in Italia a Rimini, dove risiedeva oramai la Madre a Viserba di Rimini (in via Predieri 6) e, in seguito, a Bologna, dove gli venne – appunto – amputata parte di un piede.

Predieri era ancora in licenza di convalescenza quando avvenne l’8 settembre. In questo breve periodo, operato il trasferimento già nel mese di gennaio dall’Università di Trieste a quella di Bologna³⁰, egli provvide a completare gli esami di profitto e a laurearsi in Giurisprudenza con una tesi orale su Il blocco pacifico con il prof. Gabriele Salvioli, internazionalista che si era già spostato nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze. Non abbiamo ovviamente traccia dell’elaborato, ma la materia e il tema sono significativi dell’interesse di Predieri per il diritto internazionale pubblico e la Storia delle relazioni internazionali. D’altro canto è significativo che Salvioli, che avrebbe dovuto essere chiamato al Cesare Alfieri di Firenze e che venne, invece,

²⁷ <https://www.dellastoriadempoli.it/claudio-biscarini-tenendo-fede-a-una-promessa/> Si tratta della lettera inviata al Padre di Ficini da Predieri ,cui segue quella del Cappellano del Btg.

²⁸ V. M. GROTTA, *Alpini del Btg. Vicenza: con la Julia in Grecia e Russia*, Vicenza, Ana sezione di Vicenza, 2010.

²⁹ M. GROTTA, *Gli alpini...*, cit, 282

³⁰ V. Alberto Predieri, Cartella BUB, Archivio studenti, 6169.

postposto rispetto alla domanda di Giuseppe Maranini (al tempo ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato a Perugia) nel dopoguerra occupò fino al 1958 per incarico l'insegnamento di Diritto costituzionale nella Facoltà giuridica fiorentina, succedendo in questo a Piero Calamandrei in attesa che la scuola costituzionalistica fiorentina si rafforzasse³¹.

Laureatosi con il 105/110³², Predieri si trasferì a Firenze, dove dal gennaio 1944 si iscrisse al Sindacato degli avvocati e dei procuratori, ed iniziò il suo impegno militante nelle file della Resistenza come Intendente della Div. GL Toscana. Di questa attività ci rimangono le tracce, oltre che nel libro di Carlo Francovich³³, attraverso i suoi scritti su il Ponte, che evidenziano uno spostamento progressivo da interessi tecnico militari prima a quelli di politica estera e poi temi più strettamente costituzionalistici, che si concreteranno con le voci per il Commentario sistematico della Costituzione Calamandrei-Levi e con la monografia su Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri, con cui ottenne la libera docenza nel 1951.

Le motivazioni di questo impegno sono, oltre alla fedeltà all'esempio familiare, anche storico-politiche, collegate all'ideologia liberal-socialista, che vede il movimento nazionale e sociale del 1848 non completato dal processo di unificazione. La cronaca di Predieri su La battaglia

³¹ V. F. LANCHESTER, *Paolo Barile, la tradizione costituzionalistica toscana e la scuola fiorentina*, in *Nomos* 1/2018.

³² Sui 22 esami quelli fatti a Trieste sono 12; la Commissione di laurea era composta da Umberto Borsi Presidente Diritto Amministrativo; Antonio Cicu Diritto Civile; Giuseppe Osti Diritto Privato; Gabriele Salvioli Diritto Intenazionale (Ma Non Piu' A Bologna); Giuseppe Forchielli Segretario Diritto Ecclesiastico; Paolo Fortunati Statistica; Giuseppe Branca Diritto Romano; Manlio Resta Economia Politica; Angelo Genovesi Procedura Civile E Ord Giudiziario; Ubaldo Robbe Storia Del Diritto Romano; Gian Marco Dallari.

I risultati degli esami di Alberto Predieri

A-A TRIESTE

Istituzioni di Dir Priv 25 Barbero

Diritto Costituzionale 30 Virgilio Andrioli

Istituzioni Di Diritto Romano 28 Giuseppe Branca

Storia Del Diritto Romano 28 Enrico Viora

Diritto Civile 22 Domenico Barbero

Diritto Internazionale 22 Manlio Udina

Scienza Delle Finanze 28 Ernesto D'Albergo

Diritto Eccl 23 Andrea Piola

Ec Pol Corp 26 Lionello Rossi

Cultura Militare 27 Pietro Pasquali

Statistica 30 Pier Paolo Luzzatto Fegiz

Dir Coloniale 25 Udina

B-A BOLOGNA 9

Storia Del Dir It 30 Pietro Torelli

Dir. Pen 27 Giulio Battaglini

Proc. Penale 24 Giulio Battaglini

Dir. Amm 28 Umberto Borsi

Dir. Comm 30 Vittorio Salandra

Dir. Proc Civile 30 Enrico Redenti

Dir. Romano 30 Edoardo Volterra

Fil Del Dir 30 Felice Battaglia

Dir Corp 28 Ferruccio Pergolesi

Esegesi delle fonti del Dir. Rom. 30 Pietro Torelli

³³ V. C. FRANCOVICH, *La Resistenza a Firenze*, con una nuova introduzione di S. Neri Serneri, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2014(I ed. La Nuova Italia 1961), che rivela il suo nome di battaglia *Vittorio*.

partigiana per la liberazione di Firenze (3 agosto-1° settembre 1944)³⁴ appare analitica e asettica come un ruolino di marcia militare, ma alla fine delle stessa trapelano i sentimenti dell'autore, che per il 7 settembre 1944 annota:

“Scioglimento delle formazioni partigiane fiorentine: giornata grigia. Inevitabile melanconia di queste cerimonie. Si consegnano i diplomi, si fanno bei discorsi.’ Intanto le bande sonavano e quella dei granatieri pareva che dicesse: Basta, ora basta, andate!’. Il ricordo delle noterelle di Abba viene spontaneo: oggi però non ci sono le bande e nemmeno i granatieri; solo i dischi del radiofurgone dei P.B.W”³⁵.

Il riferimento alle Noterelle di Giuseppe Cesare Abba³⁶ ritorna sostanzialmente nel saggio su Garibaldini e partigiani³⁷, in cui Predieri esamina la richiesta del Comando generale del Corpo dei Volontari della libertà che richiedeva il 17 agosto del 1944 che il C.V.L fosse “integrato come tale nel nuovo esercito italiano”, cosicché i reparti invece di essere sciolti al momento della liberazione si trasformassero in reparti dell'esercito, continuando a combattere sino alla fine del conflitto. Ciò osservava Predieri non era stato fatto e “tutto ciò ricorda quanto altra volta è accaduto, in casi simili, nella storia del nostro Paese; ed un confronto potrà non essere inutile. Intendo riferirmi alle questioni sorte a proposito dei garibaldini”³⁸.

Nonostante le cautele sulle analogie per Predieri “il raffronto fra quello che accadde, durante e dopo la guerra, all'esercito garibaldino e quello che è accaduto ai partigiani non può essere sottaciuto”³⁹. Tenendo conto degli aspetti costanti dei rapporti tra volontari e regolari Predieri evidenzia i pregi ed i difetti dei due attori e come dopo il collasso dei primi si sia avuto lo sviluppo dei secondi. Ma soprattutto Predieri evidenzia che i limiti del solo collegarsi alla rivoluzione nazionale e poco alla rivoluzione nazionale e sociale.

A questo giudizio tecnico- politico si affianca la rassegna su I Generali e la disfatta, in cui nonostante il giudizio sulla sconfitta militare e la responsabilità di Badoglio e Roatta egli evidenziava “il valore di molto reparti, la qualità e la resistenza dei soldati...il sacrificio della vita dei migliori combattenti ,da quello larghissimo dei generali - quei generali per cui il dovere non era una parola da tirar fuori solo per mascherare con la retorica la mancanza di carattere – a quello dei soldati”⁴⁰.

Si tratta di una valutazione che può essere ritrovata anche nell'analisi dei volumi di Messe e di Tolloy nel 1948, in cui Predieri contrappone i giudizi dell'antistoria di Tolly a quelli realistici di Nuto Revelli e formula apprezzamenti sull'azione Messe. In questa prospettiva è bene fare riferimento anche all'inciso redatto da Predieri relativo alla segnalazione del volume di M. Odasso, Col Corpo Alpino Italiano in Russia, Cuneo, Panfilo, 1949⁴¹.

³⁴ In *Il ponte*, 1945, n. 5, 52-60.

³⁵ IDEM, 60. P.W.B, ovvero la *Psychological Warfare Branch*, ufficio anglo-americano che aveva il compito di controllare il settore della stampa e propaganda anche nei paesi di occupazione militare alleata.

³⁶ V. G. C. ABBA, *Noterelle d'uno dei mille: edite dopo vent'anni*, Bologna, Zanichelli, 1880.

³⁷ V. A. PREDIERI, *Garibaldini e partigiani*, in *il Ponte*, 1947, secondo sem., 1015

³⁸ IDEM, 1016

³⁹ IBIDEM, 1027

⁴⁰ V. A. PREDIERI, *I generali e la disfatta*, in *Il ponte*, 1947, 436-437

⁴¹ V. *Il ponte*, 1949, 1445-6

5. *Gli scritti del quinquennio 1945-1950*

Il rapporto tra politica e guerra viene evidenziato da Predieri proprio in questo periodo sulla base dell'analisi delle opere di James Barnes, *Carte in tavola*, per cui nell'era atomica l'uomo "è antico, seppur non è un maldestro, apprendi sorcier"⁴², mentre egli rivela l'attenzione a temi jüngeriani riportando il giudizio di Roberto Ducci che "l'esercito è per il ceto medio, quello che è la fabbrica per l'operaio: un'esperienza di ordine collettivo"⁴³.

E' proprio in questo periodo che Predieri prende la decisione di intraprendere l'impegno del costituzionalista, ma lo fa sulla base di un orientamento ai valori e di una preparazione tecnica. In questa prospettiva penso che accanto al saggio *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri* e al commento sull'art.48 Cost. sia necessario rivalutare lo scritto sull'art. 52 Cost., meno compreso e citato. In primo luogo nello stesso Predieri conferma che –anche in un ordinamento democratico– le FFAA costituiscono un'istituzione tecnica statuale che non può essere pienamente democratica per la sua natura gerarchica dovuta alle funzioni da esse svolte⁴⁴. Anche sulla base della lezione di Pierandrei⁴⁵ le FFAA non "non sono né organi né istituzioni costituzionali, ma organi o istituzioni di Stato esecutivi e subordinati". L'impostazione già evidenziata in altri scritti su *Il ponte* viene in questo caso confermata: tutta la struttura delle FFAA è semplicemente servente, solo il Capo di S.M. possiede una responsabilità politica nei confronti del Capo dello Stato o del Governo, cui è attribuito l'indirizzo politico della difesa.

Una simile posizione gli permette, dunque, di neutralizzare le responsabilità della catena di comando rispetto alle scelte politiche, passate – presenti e future.

6. *Conclusioni*

È ora di finire. In queste pagine mi sono soffermato brevemente sul periodo formativo di Alberto Predieri, che spiega le origini del suo impegno civile ed accademico sotto un punto di vista peculiare. Chi mi ha preceduto ha analizzato in maniera analitica il suo percorso scientifico nell'ambito dei cinque decenni successivi. Rimasero, tuttavia, in lui indelebili le esperienze che lo avevano formato sia durante il conflitto 1940-43 e quelle della guerra di liberazione.

Riprendendo una frase di Jünger, da lui citato significativamente:

"Mai prima d'ora una generazione è sortita alla luce da una porta buia e profonda come questa guerra. E non possiamo negarlo, per quanto desideriamo farlo: la guerra, padre di tutte le

⁴² V. *Il ponte*, 490.

⁴³ V. p. 78 del volume e 1066 de *Il ponte*, 1948.

⁴⁴ V. A. PREDIERI, *Art. 52*, in *Commentario*, cit., 478-479.

⁴⁵ Cita F. PIERANDREI, *Le Forze Armate in Italia*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. XIX, 1944, 185 ss.

cose, è anche nostro padre. Essa ci ha battuto, forgiato e temprato in ciò che ora siamo. E sempre la guerra sarà l'asse attorno al quale girerà la ruota della vita che è in noi"⁴⁶.

Le pagine sulla rinascita nella guerra di Liberazione si sposano con il passato, per cui "C'è chi deve seguire una tradizione, che ubbidisce al potere dei comandanti non perché questi abbiano potere, ma perché deve rispondere non alle leggi del comando, ma a quelle per cui è caduto il padre e che debbono essere osservate"⁴⁷. Esse evidenziano l'importanza della partecipazione contro ogni tipo di attendismo, ma sottolineano anche il problema delle insufficienze delle trasformazioni operate e il mancato perseguimento delle finalità evidenziate dall'art.3, comma 2 della Costituzione.

A questo bilancio Predieri unisce e sottolinea i problemi che il processo di internazionalizzazione nell'epoca della globalizzazione tecnologica operano sul conflitto politico, personalizzandolo per quanto riguarda la dinamica a livello statale e spersonalizzandolo nel conflitto politico militare. Lo Stato contemporaneo di massa, derivante dalla cesura rivoluzionaria del 1789, si era basata su tre istituzioni: l'esercito di leva, le fabbriche e il suffragio universale. Esse si erano articolate nel tempo e prevedevano: forze armate non più mercenarie o volontarie; operai inquadrati per la produzione; cittadini elettori strutturati da partiti.

Le trasformazioni della seconda metà del secolo XX hanno profondamente mutato questo paesaggio. Tenendo in disparte il tema del mondo del lavoro, la personalizzazione del politico intrastatale vede oggi l'indebolimento delle ideologie e delle strutture politico-partitiche, cui Predieri aveva dimostrato attenzione agli inizi degli anni Cinquanta. Il tema dei partiti venne come si è osservato- trattato da lui tra i primi in maniera sistematica ed è noto l'interesse che lo stesso Vittorio Emanuele Orlando, presidente della sua Commissione di libera docenza, ebbe per l'argomento nel 1951, quando esibì durante l'esame il volume di Duverger su *Les partis politiques*, appena uscito in Francia⁴⁸. L'importanza del partito, riconosciuta in punto di morte dal più intelligente dei giuristi della scuola positiva e che Predieri tenne in debito conto nelle analisi sulla dinamica del Parlamento italiano sia negli anni Sessanta che Settanta, costituiva il necessario innesto di strutturazione tra società politica e istituzioni della rappresentanza in campo politico. Proprio Schmitt aveva messo in evidenza come il parlamentarismo classico fosse stato messo in crisi dallo Stato massa e aveva basato la democrazia sul principio dell'identità⁴⁹. Oggi l'idea dello Stato dei partiti è stata da tempo messa in discussione dalle trasformazioni della società e delle tecniche di comunicazione, ma non viene meno l'indispensabilità di queste cinghie di trasmissione della volontà popolare e della loro opportuna regolazione⁵⁰.

⁴⁶ V. PREDIERI, *Jünger e Schmitt*, cit., p. 9.

⁴⁷ IDEM, 175.

⁴⁸ V. V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici: saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna, Zanichelli, vol.2, 603 ss.

⁴⁹ V. C. SCHMITT, *Die gestesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin, Ducker & Humblot, 1926 (2^a edizione).

⁵⁰ V. su questo la discussione sul volume di P. MARTIN, "Crisi mondiale et systèmes partisans", Paris, Presses de Sciences Po, 2018, recuperabile in <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/02/file-unico-Martin-CC-docx-1.pdf>.

Sul piano del mondo del lavoro la delocalizzazione e la robotizzazione hanno svuotato le fabbriche ed hanno indebolito il sistema delle garanzie giuridiche che lo Stato sociale aveva costruito durante il secolo scorso.

Infine per quanto attiene al livello del conflitto politico militare, anche a causa della informatizzazione, si pone il problema della scomparsa della contesa violenta basata su dignità e onore, in cui agiscono l'attore individuale e quello collettivo. Di qui le ultime riflessioni problematiche sulla guerra e il ruolo del combattente di Predieri, che poteva però solo immaginare parzialmente gli effetti della rivoluzione dei droni e della guerra a distanza spersonalizzata. I droni e la guerra cibernetica sono, assieme al pericolo persistente della guerra nucleare, infatti le nuove frontiere del conflitto in cui agiscono gli attori regolari e irregolari, ponendo sempre nuovi problemi per la convivenza, il diritto e la stessa etica militare⁵¹.

Concludo veramente, chiedendomi cosa di tutto questo potrebbero dire, oggi, i Frati della 61^a Compagnia del Btg. Vicenza, riuniti in calotta con Predieri.

Li saluto, al cappello!

⁵¹ Faccio riferimento per questo a R. SPARROW, *Drones, Courage, and Military Culture*, in *Routledge Handbook of Military Ethics*, Abington, Routledge, 2015, 380 ss. Sul problema dei droni v. M.G. BOYLE, *The Drone Age?*, Oxford, U.P., 2020.

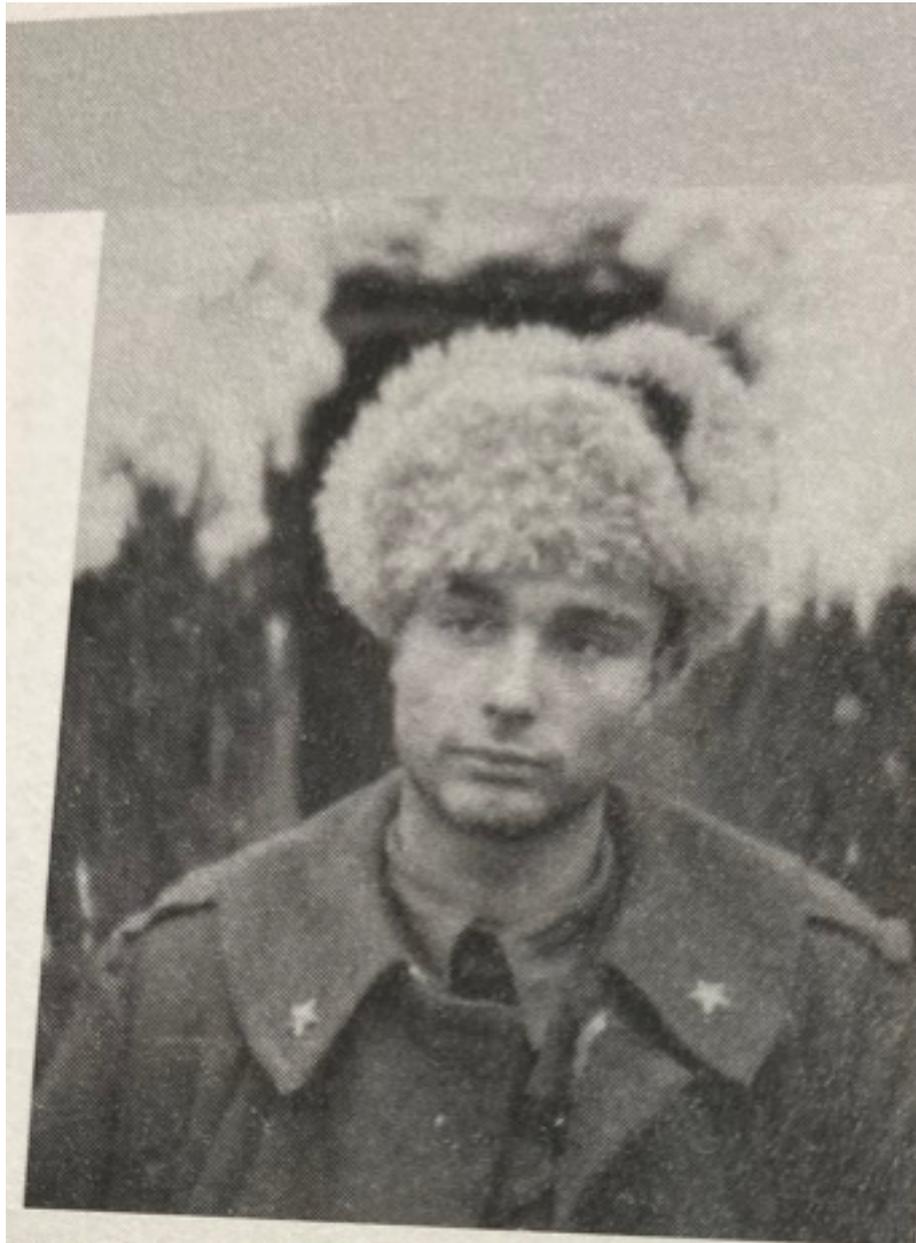
Abstract [IT]: L'Autore ripercorre il periodo formativo di Alberto Predieri (1939-1951) e sottolinea l'importanza dell'esperienza bellica (in Russia e nella Resistenza) per comprendere il suo interesse per Carl Schmitt e per Ernst Juenger.

Abstract [ENG]: The Author traces the formative period of Alberto Predieri (1939-1951) and underlines the importance of the war experience (both in Russia and in the Italian Resistance) in order to understand his interest in Carl Schmitt and Ernst Jünger.

Parole chiave: Alberto Predieri, Carl Schmitt, Ernst Jünger, Costituzione conflitto

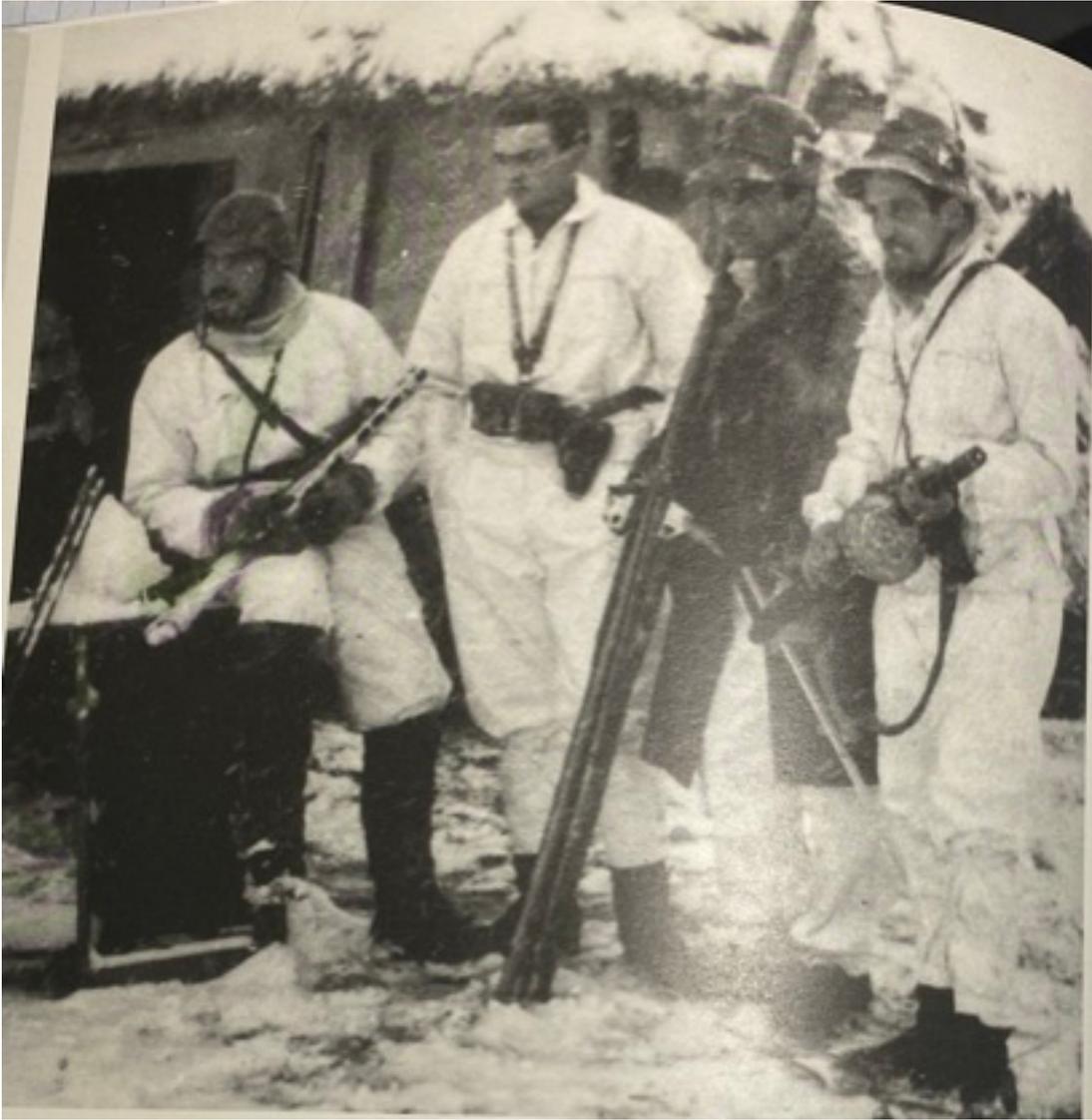
Keywords: Alberto Predieri, Carl Schmitt, Ernst Jünger, Constitution conflict

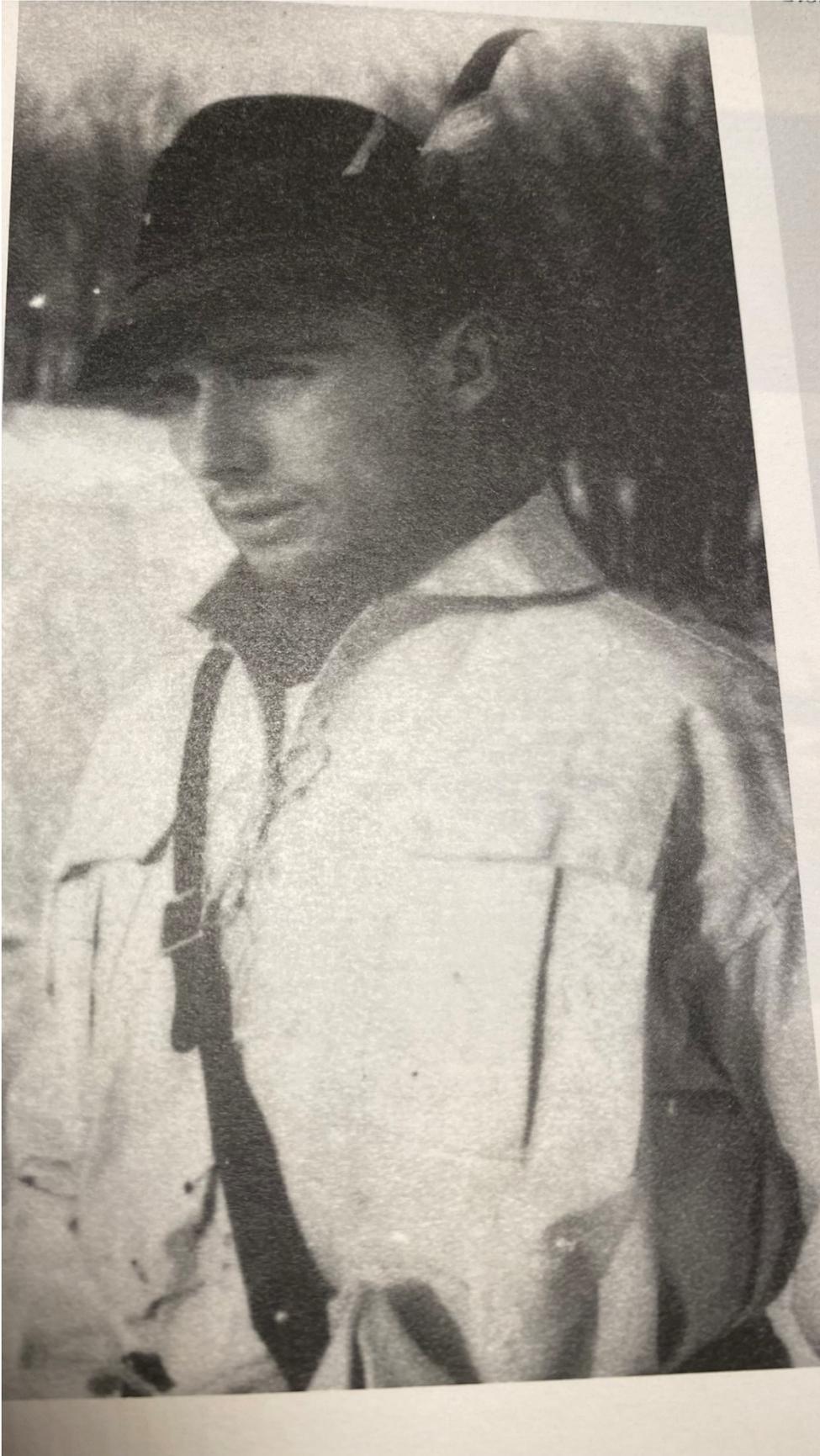
ALBERTO PREDIERI IN RUSSIA, novembre-dicembre 1942⁵²



Sten. Alberto Predieri

⁵² Le foto sono tratte da M. GROTTI, *Gli alpini del Btg. Vicenza...*, cit. (le foto sono state tratte dall'Archivio Predieri).







Fernando Venturini*

Ancora sul «normalista dai capelli rossi»: documenti su Silvio Furlani negli anni Quaranta**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. A Pisa, durante la guerra. – 3. Nei giorni più duri dell'occupazione tedesca. – 4. Dopo la guerra: il concorso all'Assemblea costituente. – 5. Conclusioni: il “collaborazionismo” dell'interprete Furlani e un faticoso percorso di “depurazione” e di riconversione democratica. – Appendice di documenti.

1. Premessa

In un recente libro, Gianni Sofri ha raccolto tutti gli elementi disponibili per la ricostruzione del misterioso periodo trascorso dallo storico Arsenio Frugoni a Gargnano, nel quartier generale della Repubblica di Salò, tra il 1944 e il 1945, ufficialmente come insegnante di italiano¹. Tra questi elementi, sulla base di una testimonianza orale di tale Otto Joos, un ex ufficiale tedesco che era a Gargnano, assume un ruolo decisivo l'arrivo, nei primi mesi del 1945, di un «normalista dai capelli rossi», che spinge Frugoni ad abbandonare precipitosamente il lago di Garda. Ciò, scrive Sofri, «implica la rivelazione di un'identità antifascista di Frugoni» perché era nota la fede fascista di quel normalista che conosceva Frugoni e avrebbe potuto rivelare che, probabilmente, stava passando informazioni ai partigiani. Sulla base di una pista suggerita negli anni Novanta da Renzo De Felice, Sofri identifica il “normalista” nella persona di Silvio Furlani (1921-2001), storico e poligrafo, noto per essere stato direttore della Biblioteca della Camera per molti anni, fino al 1981. A Furlani, alle sue vicende negli anni Quaranta, non è dedicata una pagina o una nota ma un'intera appendice, appunto intitolata *Il normalista dai capelli rossi*, che gli dà un particolare rilievo e ne fa un vero e proprio antagonista, come dimostrano le recensioni, una delle quali ne ha anche arbitrariamente ampliato la dimensione, attribuendogli un ruolo di attivo delatore del Frugoni².

* Consigliere parlamentare presso la Camera dei deputati.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ G. Sofri, *L'anno mancante. Arsenio Frugoni nel 1944-45*, Bologna, Il Mulino, 2021 [ed. Kindle]

² «Fu denunciato da un 'giovane normalista con i capelli rossi', dice infine una testimonianza, e fuggì in tempo», così G. Ferrara, *Salò, l'Italia del 1944-45 e uno studioso crociano da Mussolini*, in *Il Foglio*, 28 maggio 2021.

Nello scrivere la storia della Biblioteca della Camera, mi sono occupato di Silvio Furlani e ho anche preso visione di una serie di documenti sugli anni della sua permanenza a Pisa tra il 1940 e il 1944. Mi era apparso allora evidente che, dopo aver vinto il concorso per bibliotecario indetto dall'Assemblea costituente (Furlani prese servizio il 16 novembre 1947), vi era stato un non meglio precisabile ostacolo al suo ingresso in ruolo, da collegarsi all'accusa di aver svolto attività collaborazionista negli anni di Pisa. In assenza di altri riscontri documentali, ed essendo la questione irrilevante per la storia della Biblioteca della Camera, mi sono limitato a segnalare la presenza, nell'archivio di Furlani, di vari documenti, collegati a tali accuse, in particolare una sorta di "Memoriale", scritto per sostenere la propria difesa³.

Alcuni di questi materiali sono stati utilizzati e citati da Sofri nella sua ricostruzione. Proprio per questo, per il motivo, cioè, che la vicenda è ormai uscita dagli archivi, ma è uscita per una via traversa, a sostegno, cioè, di un'altra vicenda, con la quale non ha nulla da condividere, se non un possibile punto di contatto, credo sia opportuno rendere nota la documentazione tratta dall'archivio di Silvio Furlani. Si vuole cioè ricostruire, per quanto possibile, nella sua propria dimensione, peculiare e ambigua, lontana dalla luce della vicenda Frugoni, la prima gioventù (dai 18 ai 26 anni) di un noto studioso e operatore culturale del dopoguerra, amico di uomini politici e di intellettuali di ogni orientamento. Ricostruire, cioè, gli "anni mancanti" di Furlani, dei quali egli fu sempre restio a parlare, anche se occorre subito dire che alcuni interrogativi restano senza risposta.

A ciò si aggiunge la possibilità di offrire un piccolo contributo alla storia di Pisa durante l'occupazione tedesca.

Pubblico quindi la minuta di un "Memoriale" scritto da Furlani tra la fine del 1947 e l'inizio del 1948, ed una serie di lettere ricevute da Furlani tra il 1945 e il 1948, tutti documenti presenti nell'Archivio Furlani presso la Biblioteca della Camera dei deputati. Purtroppo, il fascicolo personale di Furlani, in qualità di dipendente della Camera dei deputati, non è consultabile, non essendo stato ancora versato presso l'Archivio storico della Camera. L'unica cosa che sappiamo è che il fascicolo contiene un "Memoriale", che quindi, in una versione più o meno aderente alla minuta, fu effettivamente spedito agli uffici della Camera nei primi mesi del 1948.

La ricostruzione che segue si basa sui documenti pubblicati in appendice e su altre carte tratte dall'archivio di Furlani, ma anche su alcune importanti testimonianze "esterne". Per queste ultime, mi è stato di grande utilità il volume di Giorgio Barsotti, *La linea dell'Arno: cronache dell'occupazione militare tedesca di Pisa*⁴.

³ F. Venturini, *Libri, lettori e bibliotecari a Montecitorio: storia della Biblioteca della Camera dei deputati*, 2019, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2019, pp. 286-287.

⁴ 2. ed., Pisa, Campano, 2018. Desidero qui ringraziare il suo autore per i documenti che mi ha fornito su Pisa negli anni della Seconda guerra mondiale ma, soprattutto, per la cortesia con la quale mi ha dato informazioni e mi ha espresso le sue opinioni. Naturalmente, la responsabilità per il contenuto delle pagine seguenti è solo mia.

2. Tra Italia e Austria

Nell'archivio Furlani vi sono vari *curricula vitae*, quasi tutti uguali. Se ne deducono le notizie che Furlani riteneva opportuno trasmettere, a cui aggiungiamo quanto è desumibile da altre fonti. Nacque a San Lorenzo di Mossa (prov. di Gorizia) il 5 settembre 1921; si trasferì a Graz pochi mesi dopo la nascita. A Graz frequentò le scuole elementari e nel 1931 fu iscritto alla prima *Realschulklasse*. Ottenne quindi, per concessione della Direzione generale degli italiani all'estero, la possibilità di continuare gli studi in Italia, prima al Collegio Cordellina di Vicenza, dove restò fino al 1938, compiendo il ginnasio, poi al Convitto nazionale Delfico di Teramo dove, saltando la terza, conseguì la maturità classica, nel giugno del 1940.

Sui genitori abbiamo notizie certe da uno scambio di lettere di Furlani con un cultore di storia goriziana che stava studiando la storia di San Lorenzo Isontino⁵. Il padre, Alberto Furlani, era nato a Pola il 30 gennaio 1890. Morì a Codigoro il 6 maggio 1970. La madre Johanna Berta Anna Schuster era nata l'11 maggio 1888 a Marburg sulla Drava, (allora Stiria meridionale, oggi Slovenia). Morì a Graz il 9 dicembre 1967. I due si sposarono a Graz, dove Alberto Furlani frequentava l'Università, il 16 ottobre 1912. Certamente il padre abbandonò la famiglia in un data non precisabile, forse poco dopo la nascita del figlio, il che spiegherebbe il trasferimento di Silvio Furlani nella città della madre⁶. Le veci del padre furono prese ben presto, per consentirne gli studi, dallo zio Giuseppe Furlani, accademico di fama internazionale, titolare della cattedra di assiriologia ed archeologia orientale alla Sapienza, che già dal 1931 era professore ordinario⁷. Silvio Furlani visse sempre nel culto dello zio e della madre, a cavallo tra due culture, in grado di usare correntemente l'italiano e il tedesco, e con una singolare propensione per lo studio e l'apprendimento delle lingue.

3. A Pisa, durante la guerra

A spese dello zio, nell'autunno del 1940, si trasferì a Pisa per frequentare la facoltà di lettere dell'Università. Non fu normalista, né alloggiò al Collegio Mussolini. Aveva una camera in affitto presso una famiglia, con la quale vi era (o si creò) un rapporto di amicizia, in Via San Lorenzo [Doc. n. 6]. A Pisa seguì, in particolare, le lezioni di Giovanni Battista Picotti (storia medievale e moderna), di Walter Maturi (storia del risorgimento), di Silvio Pellegrini (filologia romanza) e di Luigi Russo (letteratura italiana). È proprio durante le lezioni di Picotti che può esservi stato un

⁵ BCD, Archivio Furlani, Busta 1, fasc. A5. La corrispondenza risale al 1981.

⁶ È forse per nascondere queste vicende familiari, che Furlani disse all'amico Fulco Lanchester, negli anni Ottanta, di essere "orfano", cioè di aver perso «da giovane prima il padre, poi la madre». Si veda l'intervento di Lanchester in *Silvio Furlani e la Biblioteca della Camera*, atti del seminario, tenutosi a Palazzo Montecitorio il 12 aprile 2006, in S. Furlani, *Scritti storici*, Roma, Camera dei deputati, 2007, vol. 1, p. xxxv.

⁷ Su Giuseppe Furlani, si veda la voce di Paolo Taviani, in: *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 50 (1998).

qualche contatto con Frugoni che allora, fino al gennaio 1941, oltre che insegnante al liceo scientifico, era assistente volontario di storia medievale e moderna all'Università⁸.

Prima ancora di frequentare l'Università, in coincidenza non casuale con l'entrata in guerra dell'Italia, nell'estate del 1940 cominciò a scrivere articoli apparentemente poco adatti ad un ragazzo appena uscito dal liceo. Furono pubblicati dalla rivista di Bruno Spampanato *Politica Nuova*. Ne conosciamo cinque, presenti in fotocopia in un fascicolo dell'archivio di Furlani: *Imperialismo russo d'oggi*, 1940, n. 14 (31 luglio); *La nuova Turchia e il panturanesimo*, 1940, n. 16 (31 agosto); *Da James Monroe a Delano Roosevelt l'imperialismo americano s'è fatto adulto*, 1940, n. 18 (30 settembre); *La comunità nordica*, 1940, n. 19 (15 ottobre 1940); *Cinema: panorama tedesco*, 1941, n. 4 (28 febbraio)⁹. Qui si rivelano i primi frutti avvelenati dell'avvicinamento tra il totalitarismo fascista e quello nazista, in un giovane italiano intriso di cultura tedesca. Sono in parte ricostruzioni storiche (per esempio dell'imperialismo americano), in parte interpretazioni geopolitiche della guerra come lotta di imperialismi destinati a fondarsi sulla base della razza e della tradizione. Nell'articolo sulla comunità nordica, si prefigura, dopo la guerra lampo in Norvegia e in Danimarca dell'aprile 1940, una comunità germanica estesa alla Scandinavia, su basi non antropologiche e scientifiche ma culturali e storico-linguistiche che forse risentono del pensiero di Evola, e dove, citando Rosenberg, lo spazio germanico «si trova ora sotto un'unica volontà comune del destino, che consiste nella difesa di tutto questo paese d'origine degli indo-germanici».

Arrivato a Pisa, Furlani collaborò all'organo del GUF, la famosa rivista *Il Campano*, scrivendo due articoli dedicati sempre alla Germania, che testimoniano come Furlani fosse aggiornato sulla pubblicistica tedesca degli anni Trenta (*Il Terzo Reich*, n. 9-10, set.-ott. 1941; *La visione unitaria della storia tedesca*, n. 3-4, marzo-aprile 1943). In particolare, il primo, già segnalato nella storiografia sui GUF per sottolinearne l'impianto filonazista¹⁰, è una sintesi storica e giuridica della costruzione del Terzo Reich, inteso come processo di progressiva unificazione del popolo tedesco attraverso la distruzione degli ostacoli politici e amministrativi posti dalla Costituzione di Weimar e dall'impianto federale che vi era sotteso. Nel frattempo, come soldato di leva, fu giudicato rivedibile per «deficiente perimetro toracico» e assegnato ai servizi sedentari.

Dopo l'8 settembre 1943, Furlani divenne, insieme a Bartolomeo Garzia, uno dei redattori responsabili dell'ultima serie de *Il Campano*, quando la rivista si trasformò in una sorta di organo

⁸ Come scrive Sofri, *L'anno mancante...* op. cit., p. 17, nel gennaio 1941, Frugoni fu richiamato alle armi. Poi, ottenuto un congedo illimitato nel settembre dello stesso anno, perché figlio unico di madre vedova, si recò a Vienna a insegnare italiano presso l'Istituto italiano di cultura, dove restò fino al settembre del 1943. Nel frattempo, la casa di Pisa era stata lasciata e la famiglia visse tra Brescia e Solto Collina.

⁹Busta 1, fasc. A5.

¹⁰ Si veda S. Duranti, *Gli organi del GUF: Arezzo, Grosseto, Pisa e Siena*, in *Razza e fascismo*, a cura di E. Collotti, Roma, Carocci, 1999, pp. 367-414, che vede nei giovani dei GUF di provincia la «massa di manovra», più o meno consapevole, della propaganda di regime. Nel 1941-42 scrisse anche alcuni articoli per *L'idea fascista. Foglio d'ordini della Federazione dei fasci di combattimento di Pisa*. Sempre in Busta 1, fasc. A5, vi è la fotocopia di un articolo intitolato *Iran* (n. 42, 23 agosto 1941) dove si accenna ad una «rassegna settimanale» e dove si analizzano le mire inglesi sul medio-oriente per garantire rifornimenti alla Russia sovietica.

ufficiale del Movimento dei giovani italiani repubblicani di Pisa¹¹. Si tratta di sette fascicoli, stampati a Lucca, tra il 10 novembre 1943 e il 21 febbraio 1944. La firma di Furlani è presente in ogni numero, su tematiche diverse da quelle toccate fino a quel momento, lontane dal pangermanesimo e dall'analisi della realtà internazionale. Purtroppo, per il contenuto, dobbiamo affidarci a quanto scrive Paolo Nello nella sua antologia de *Il Campano*, dove è pubblicato solo un articolo firmato da Furlani¹². Comunque, di fronte al disastro militare, tornavano in primo piano la nazione e la patria: si trattava di porre le basi per una sorta di rifondazione generazionale del fascismo, trasformando la guerra in una rivoluzione nazionale da riallacciare al Risorgimento. La nuova repubblica sarebbe stata la realizzazione di un socialismo nazionale contro il liberalismo economico, perché, scriveva Furlani, «se la patria vuole vivere, questa sarà l'epoca dello Stato e dell'economia a tinte fortemente sociali e proletarie»¹³. Insieme alla polemica contro il regime, i corrotti e gli opportunisti, restavano la volontà di proseguire la guerra con la Germania e tutto l'armamentario della sinistra fascista repubblicana che giungeva ad appellarsi ai comunisti per il riscatto della nazione.

Come è noto, *Il Campano* fu chiuso, dopo un violento attacco a Farinacci. Successivamente, Furlani, in base a quanto scrive nel suo "Memoriale" [Doc. 2], cominciò, intorno al febbraio-marzo del 1944, a svolgere un lavoro di interprete traduttore presso la prefettura. In questo modo, guadagnava qualcosa, visto che i collegamenti con Roma dove risiedeva lo zio, erano molto difficili e poteva evitare di essere chiamato alle armi. Aveva, già in quel periodo, stabilito contatti sufficientemente cordiali con le autorità tedesche occupanti da consentirgli di utilizzare la *Feldpost* per tenersi in contatto con la madre che si trovava a Graz¹⁴.

4. Nei giorni più duri dell'occupazione tedesca

La situazione si modificò nell'estate del 1944, quando il fronte raggiunse Pisa e i due eserciti si fronteggiarono sulle sponde dell'Arno. Dopo i violentissimi bombardamenti dal 21 al 23 giugno, le autorità fasciste lasciarono Pisa per rifugiarsi al nord mentre la città si spopolava. La prefettura

¹¹ Sul Movimento giovani italiani repubblicani, si veda G. Salotti, *Movimenti di critica e di "opposizione" all'interno della RSI*, in: *Storia contemporanea*, 18 (1987), n. 6, pp. 1485-1488.

¹² P. Nello, *"Il Campano": autobiografia politica del fascismo universitario pisano (1926-1944)*, Pisa, Nistri-Lischi, 1983. Sulla base dell'indice pubblicato in appendice da Nello, gli articoli di Furlani furono: *Libertà e realtà*; *Testamento politico di Carlo Pisacane*, n. 1, 10 novembre 1943; *Fratelli d'Italia*, n. 2, 20 nov. 1943; *Risposta a Bruno Fattori*, n. 3, 30 nov. 1943; *Noi giovani e le masse*, n. 4, 25 dic. 1943; *Libertà di stampa*; *Grandi manovre*, n. 5, 17 gen. 1944; *Noi le allodole*; *Comunismo e comunismo*; *Tanino Tortorella*, n. 6, 14 feb. 1944; *Politica cattolica*; *Storiografia della Russia Bolscevica*; *E' troppo!*, n. 7, 21 feb. 1944. Può sembrare strano, visto che a suo tempo i fascicoli furono visti da Nello, ma attualmente risulta impossibile accedere ad una collezione che comprenda l'ultima serie, successiva all'8 settembre, che, nel catalogo dei periodici italiani ACNP <<https://acnpsearch.unibo.it/>> non risulta posseduta da nessuna biblioteca. La Normale di Pisa ha avviato un progetto di digitalizzazione della rivista che è tuttavia fermo e che, in ogni caso, non ha acquisito i fascicoli in questione. Sul progetto si veda il convegno del 2015 «Le arti nelle riviste dei Guf attorno a *Il Campano*» <https://www.youtube.com/embed/aacSFlyj_q4>. Lo stesso prof. Nello, da me interpellato, ha rinviato agli eredi di una collezione privata posseduta dal dott. Rodolfo Bernardini, collezione che, tuttavia, non risulta più disponibile. Si tratta quindi, al momento, di una grave lacuna.

¹³ *Libertà e realtà*, 10 novembre 1943, n. 1.

¹⁴ Si veda la lettera alla madre del 21 aprile 1944 in BCD, Archivio Furlani, B. 55, f. T28-1, nella quale le comunica l'indirizzo *Feldpost*.

restò affidata al viceprefetto Speroni, di orientamento liberale, e l'Arcivescovo Gabriele Vettori divenne il riferimento anche del potere civile. Su sua indicazione, Speroni affidò all'avv. cattolico Mario Gattai, personalità autorevole e non compromessa con il fascismo, le funzioni di Commissario al comune di Pisa. Gattai cercò di tenere i contatti con il CLN e organizzò subito un Comitato di alimentazione per far fronte alle gravissime difficoltà materiali della popolazione.

Furlani, pur essendo in qualche modo inserito nella struttura della prefettura, non seguì i fascisti a Salò e, ben presto, passò al servizio del Comitato come interprete. Sembra che questo nuovo ruolo sia nato da un contatto diretto tra Furlani e Gattai [Doc. 3.1] senza alcun coinvolgimento del CNL. Nel frattempo, intorno alla metà di luglio del 1944, arrivò nell'area di Pisa la 16. Divisione motorizzata "Reichsführer-SS" (SS-Panzer Grenadier-Division "Reichsführer-SS") a cui fu affidata la difesa dell'Arno, in attesa che fosse completata la linea gotica, mentre lo sforzo militare alleato si concentrava su Firenze.

Si trattava di un corpo militare di formazione relativamente recente (era stato costituito in Slovenia nell'autunno 1943), composto di molti elementi giovanissimi delle classi 1925 e 1926, spesso passati per un arruolamento forzoso nelle SS, non adeguatamente addestrati e di scarsa disciplina. Un buon 20% era rappresentato da tedeschi etnici nati in Ungheria, Romania e nel Banato (*Volksdeutsche*) a cui si aggiungevano molti alsaziani. La 16. Divisione, ha scritto Carlo Gentile, fu «di gran lunga [la] più violenta tra le unità di occupazione dislocate in Italia», toccando il suo picco tra l'agosto e l'ottobre del 1944 nella Toscana nordoccidentale e sull'Appennino tosco emiliano a sudovest di Bologna, quando i rastrellamenti e le rappresaglie condotte dalle sue truppe costarono la vita ad almeno 2200 civili¹⁵.

Furono i militari e gli ufficiali di alcuni battaglioni di questa divisione gli interlocutori di Gattai e dei cittadini rimasti a Pisa nei successivi 40 giorni che precedettero la liberazione della città.

In veste di interprete, Furlani partecipò ad alcuni incontri con le autorità militari tedesche. In una data che si può collocare all'inizio di agosto, Furlani fu "costretto" a passare al servizio del comando tedesco e, dopo un po', ad indossare panni militari – necessari, si può ritenere, anche per individuarlo in costanza di coprifuoco – in base ai quali nacque poi l'accusa di portare la divisa delle SS. La costrizione, elemento decisivo del suo "Memoriale", è presente anche nella relazione dell'avv. Gattai che però non conferma di esserne stato testimone [Doc. 3.1]. Si tratta comunque del passo finale di quella che possiamo definire una sorta di cooptazione che non sappiamo quanto sia stata assecondata dallo stesso Furlani. Infatti, quando poi i tedeschi abbandonarono

¹⁵ C. Gentile, *I crimini di guerra tedeschi in Italia, 1943-1945*, Torino, Einaudi, 2015, p. 225. Tutto il capitolo IV è incentrato sulle caratteristiche delle truppe e degli ufficiali della 16. Divisione. Dello stesso autore, si veda anche *Politische Soldaten. Die 16. SS-Panzer-Grenadier-Division „Reichsführer-SS“ in Italien 1944* (2001), in *Academia.edu* <<https://www.academia.edu/711149>> dove, nell'abstract, si legge che «Fu la presenza di soldati giovanissimi e facilmente influenzabili da un lato e di ufficiali e sottufficiali politicamente impegnati e con esperienze di grande brutalità nell'ambito delle politiche di sterminio naziste, uno dei fattori chiave per il verificarsi degli ampi crimini dei quali la divisione si è macchiata in Italia», p. 25. Su questo reparto, si vedano anche gli atti del processo per la strage di Sant'Anna di Stazzema pubblicati dal Ministero della difesa <https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Processi/Sommer_Schoneberg_Bruss/Pagine/default.aspx> e l'Atlante delle stragi naziste e fasciste in Italia: <http://www.straginazifasciste.it/?page_id=297&ricerca=710>.

È da notare, peraltro, che dopo Marzabotto, quando il comando passò da Max Simon a Otto Baum, cessarono gli eccidi ed i rastrellamenti. Si veda A. Rossi, *Le SS dopo Marzabotto: la storia della 16. Divisione SS Reichsführer dopo le stragi dell'autunno 1944*, in *Nuova storia contemporanea*, 2012, n. 5, pp. 65-73.

Pisa, alla fine di agosto, Furlani li seguì. In questo caso, le uniche fonti sono quanto scrive Furlani nel “Memoriale” (dove afferma di essere stato «sequestrato, costringendomi con la forza a seguirli») e quanto disse confidenzialmente al prof. Fulco Lanchester negli anni Ottanta, e cioè che «i tedeschi, sapendo che lui era di madre austriaca, l’avevano preso con loro» e che finì la guerra sul lago Balaton come «portamunizioni di una *Machinengewehr*»¹⁶. In base al “Memoriale”, finì la guerra a scavare trincee in Ungheria per poi essere liberato dagli americani in Austria.

La 16. Divisione SS si arrese alle truppe inglesi nei pressi di Klagenfurt, non lontano da Graz, nel maggio del 1945.

Il nome di Silvio Furlani ricorre anche in alcune fonti esterne, legate alla storia di Pisa durante il periodo più duro dell’occupazione tedesca. Sono fonti in parte citate anche da Sofri, tutte riassunte nelle pagine che a Furlani dedica il volume, già ricordato, di Giorgio Barsotti¹⁷. Le elenchiamo brevemente.

Prima di tutto, a Furlani fa cenno Gattai in un articolo pubblicato su *Il Tirreno*, nel 1954, dove ricorda che, nella trattativa con il comandante delle SS, «gli fu di grande aiuto lo studente Furlani, interprete perfetto». Precedentemente, nel diario pubblicato dal maggio 1945 sul giornale diocesano *Vita Nova* – e ripubblicato nel 2001¹⁸ – Gattai aveva solo accennato, in un paio di passaggi, alla presenza di un “interprete”. Evidentemente, 10 anni dopo, Gattai si sentì in dovere di citare esplicitamente Furlani.

A Furlani, senza nominarlo, accenna il diario di Marco Picotti, figlio del prof. Picotti, dove si legge che X «Coprendosi sotto la divisa delle SS ne combina di tutte» e aggiunge che fu uno dei «fautori» dell’uccisione dei Pardo-Roquez, 15 persone, in maggioranza ebrei, barbaramente uccisi nella loro casa con bombe a mano, il 1° agosto 1944¹⁹. A questa testimonianza fa anche riferimento Carla Forti nel suo volume sulla strage²⁰ dove, sulla base delle carte processuali, Furlani è identificato nella persona che, sei mesi prima, aveva spalleggiato due inquilini di una casa vicina all’abitazione di Pardo, di proprietà del medesimo, circa l’uso di un orto con il confinante Enrico Giordano, principale accusato nel processo che si tenne dopo la guerra, per aver segnalato casa Pardo ai tedeschi, e poi assolto per insufficienza di prove. L’accusa a Furlani di complicità nella strage Pardo Roques, generica ma gravissima, appare solo in questo diario di Picotti pubblicato nel 1982, a cura della sorella. Barsotti la giudica «del tutto inverosimile» per

¹⁶F. Lanchester, *Silvio Furlani e la Biblioteca della Camera*, in S. Furlani, *Scritti storici*, Roma, Camera dei deputati, 2007, vol. 1, p. xxxvi.

¹⁷ *La linea dell’Arno: cronache dell’occupazione militare tedesca di Pisa*, 2. ed., Pisa, Campano, 2018, pp. 259-264.

¹⁸ *Pisa nella bufera: note dell’Avvocato Mario Gattai, Commissario del Comune di Pisa, giugno-settembre 1944*, Pisa, Circostrazione 6, 2001.

¹⁹ M. Picotti, *Le giornate di Pisa dal 18 giugno al 2 settembre 1944*, a cura di M. Clotilde Picotti, Pisa, Vigo Corsi, 1982, p. 22: «Una persona che fa una bella figura è X. Coprendosi sotto la divisa delle SS ne combina di tutte. È stato uno dei fautori dell’uccisione dei Pardo-Roquez (15 ebrei uccisi a bombe a mano), con i quali, aveva stretto amicizia pochi giorni prima della loro uccisione. Adesso, fa commercio della carne, facendosi cedere dai contadini, a prezzi minimi, sotto la minaccia della requisizione, le bestie, rivendendo poi la carne macellata a prezzi ben più elevati».

²⁰ C. Forti, *Il caso Pardo Roques: un eccidio del 1944 tra memoria e storia*, 2. ed., Macerata, Quodlibet, 2021, p. 27

una serie di circostanze²¹. Del resto, un qualche riferimento ad accuse così gravi avrebbe dovuto essere presente nelle lettere che Furlani ricevette da Pisa nel 1946 e sarebbe certamente arrivata all'avv. Gattai, mettendolo in allarme.

Furlani è citato anche in un'altra fonte, riportata da Barsotti, quella di don Antonio Melis, parroco della Chiesa di San Frediano a Pisa, che, in una relazione al sindaco, accenna all'arresto di Esperio e Romano Campagni e all'«interprete Furlani studente universitario e completamente venduto allo straniero» che riferì al padre «che i figli non avevano subito nessun danno ma che il figlio Esperio però aveva parlato un po' troppo ma che stesse sicuro della loro incolumità»²². Si tratta certamente dei fratelli che in altre fonti hanno il cognome "Campani" che alcuni giorni dopo furono fucilati, delitto per il quale, dopo la guerra, Furlani fu denunciato dal padre per complicità e poi interrogato dalla Questura di Roma, come si vedrà meglio nel paragrafo seguente. Barsotti ha anche avuto modo di raccogliere la testimonianza orale di Corrado Ferretti che fu tra i maggiori collaboratori de *Il Campano* tra il 1943 e il 1944. Ferretti ricorda Furlani come «un biondo, un tipo "operoso" a differenza di altri giovani che facevano soltanto "casino". Noi lo si canzonava un po' perché io scrivevo dieci righe in grassetto e lui tre pagine, però leggevano i miei (articoli) invece dei suoi»²³.

5. Dopo la guerra: il concorso all'Assemblea costituente

Finita la guerra, probabilmente dopo essere passato da Graz, Furlani fece ritorno in Italia sotto l'ala protettrice dello zio, che lo ospitò nella sua casa di Roma. Si iscrisse alla Sapienza, dove si sarebbe laureato, nel dicembre 1946, in storia del Risorgimento con Alberto Maria Ghisalberti. Aveva comunque la necessità di riprendere i contatti con l'ambiente pisano, anche per la pratica di trasferimento ad altra università. Furlani voleva inoltre recuperare libri ed effetti personali e, soprattutto, avere informazioni. Le sue vicende negli ultimi mesi dell'occupazione, il suo strano abbigliamento paramilitare, la fuga con l'esercito tedesco, avevano suscitato a Pisa molte voci e alcune gravi accuse. Mentre lo zio scriveva a Luigi Russo, Furlani contattò, tra la fine del 1945 e l'inizio del 1946, alcuni professori universitari a lui più vicini (in particolare Silvio Pellegrini e Walter Maturi [Doc. 4.1-4.2]) e, soprattutto, un amico di nome Francesco Campanile che lo tenne al corrente della situazione (Doc. da 5.1 a 5.6). Le accuse che ricorrevano erano sostanzialmente due: l'aver denunciato i due figli di un certo Campani [sic], provocandone la morte, e l'aver

²¹ G. Barsotti, *La linea dell'Arno...*, op. cit., p. 263: «se veramente il gruppo che irruppe in casa di Pardo Roques fosse stato scortato dal Furlani, non avrebbe avuto senso la domanda che l'ufficiale rivolse ripetutamente ad alcuni abitanti della Via Sant'Andrea per sapere dove abitava il 'capitalista di Palestina' poiché Furlani ben conosceva l'indirizzo del Parnas ed era anche al corrente del fatto che costui fosse ebreo. Qualche tempo prima, come figura di spicco dei giovani fascisti pisani, aveva spalleggiato i coniugi Giovanni e Margherita Palagini (inquilini abitanti al 1° piano del palazzo di proprietà del Parnas) nell'occupazione di un orto [...]. Aggiungo che Picotti non è neanche attendibile dove è scritto che il Furlani aveva fatto amicizia con i Pardo Roques solo pochi giorni prima, visto che già nel febbraio del 1944 (sei mesi prima!) si era attivato – forse per ordine del Federale Ugo Catarsi – a consegnare l'orto conteso ai Palagini».

²² Ivi, p. 244-245.

²³ Ivi, p. 264.

indossato la divisa delle SS. Vi fu una denuncia alla Questura di Pisa e più di una perquisizione nella sua stanza di via San Lorenzo. La polizia sequestrò alcuni libri, mentre i suoi padroni di casa avevano già provveduto a bruciare i giornali e alcuni manoscritti [Doc. 6]. Il 18 agosto 1946, Furlani fu convocato dall'Ufficio politico della Questura di Roma per rendergli nota la denuncia e interrogarlo. La cosa non ebbe seguito e sembra si appurasse che i figli del Campagni erano stati fucilati dai tedeschi perché «ritenuti dei saccheggiatori sorpresi nella zona interdetta e come tali condannati»²⁴.

Furlani partecipò intanto al concorso indetto dall'Assemblea costituente per segretario (cioè funzionario, nella terminologia dell'epoca) di biblioteca, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 23 gennaio 1947. Gli orali si svolsero il 31 ottobre 1947 e Furlani, che portò ben 9 lingue, risultò primo davanti a Vincenzo Gueli²⁵. Furlani entrò nei ruoli, in prova, il 16 novembre 1947. In una data non precisabile, probabilmente tra dicembre 1947 e gennaio 1948, giunsero agli uffici amministrativi della Camera, non sappiamo in quale forma e attraverso quali canali, informazioni sull'attività antitaliana svolta da Furlani a Pisa nel 1944, che tornavano sulla questione della divisa da SS. È a questo periodo che risale la stesura del "Memoriale" e le lettere, molto preoccupate, di Furlani a Gattai e a mons. Estivi [Doc. da 1.1 a 1.4] che era stato segretario dell'Arcivescovo Vettori (nel frattempo deceduto), per ottenere dichiarazioni che potessero scagionarlo.

Certamente, oltre al "Memoriale", anche le dichiarazioni di Estivi e di Gattai furono consegnate alla Presidenza o agli uffici della Camera. Infatti, la prima non è presente nell'archivio di Furlani e la seconda è una copia. Dalla lettera di Gattai del 29 marzo [Doc. 3.3] si può dedurre che Furlani sia stato sentito dall'amministrazione nel corso del mese di marzo, in un colloquio nel quale sembra aver aggiunto anche altri dettagli.

Fulco Lanchester ha ipotizzato che vi sia stato un intervento esterno da parte di Walter Maturi e di Giacomo Perticone (quest'ultimo era allora funzionario onorario della Biblioteca della Camera e aveva insegnato a Pisa come professore di filosofia di diritto a Pisa) per «trarlo d'impaccio, dimostrando come la sua attività di *Dolmetscher* (interprete) in ambito pisano fosse stata richiesta proprio dal CLN locale»²⁶. È possibile, ma si tratta di un'ipotesi che non ha riscontro documentale. Per quanto riguarda il CLN, come si è detto, non sembra aver avuto alcun ruolo, a meno che non si faccia impropriamente riferimento a Gattai che, tuttavia, era un personaggio senza particolari connotazioni politiche, che tornò a vita privata dopo la liberazione.

In ogni caso, sembra evidente che l'amministrazione dell'Assemblea costituente ritenne chiuso il caso con la relazione di Gattai, sufficientemente dettagliata ed autorevole, provenendo da chi era allora sindaco di Pisa e aveva lavorato a stretto contatto con Furlani, confermata da quella di Mons. Estivi, di cui peraltro non possediamo il testo. Si può aggiungere che non è pensabile che

²⁴ G. Barsotti, *La linea dell'Arno...* op. cit., p. 245.

²⁵ In BCD, Archivio Furlani, busta 2, fasc. A8, vi sono le minute dei temi di storia e di diritto costituzionale svolti da Furlani. Le tracce erano: *Sviluppi ideologici e politici dei movimenti sociali in Italia dal 1848 al 1900* e *Sistema parlamentare e democrazia diretta: convergenze e divergenze*. In busta 1, fasc. A5, la relazione finale della Commissione di concorso datata 6 novembre 1947. La Commissione presieduta da Giovanni Conti, vicepresidente dell'Assemblea costituente, era composta da Bernardo Mattarella, Teresa Mattei, Ubaldo Cosentino, Enrico Damiani, Carlo De Franceschi.

²⁶ F. Lanchester, *Silvio Furlani: un bibliotecario per la Camera*, in Silvio Furlani, *Scritti storici...* op. cit., p. xvi.

la Segreteria generale della Camera non abbia investito del problema la Presidenza dell'Assemblea costituente, allora rappresentata da Umberto Terracini. Ad ogni modo, anche in questo caso, in attesa di poter consultare il fascicolo personale di Furlani, non vi è nessun riscontro documentale. L'ultima riunione dell'Ufficio di Presidenza della Costituente fu quella del 24 marzo 1948.

6. Conclusioni: il “collaborazionismo” dell'interprete Furlani e un faticoso percorso di “depurazione” e di riconversione democratica.

Furlani non era solo fascista a 18 anni, come la stragrande maggioranza degli italiani della sua generazione. Si era anche precocemente immerso nell'atmosfera plumbea ed esaltata della seconda metà degli anni Trenta con un bagaglio di letture sorprendente per vastità – molte buone, altrettante pessime – che, attraverso la cultura tedesca che gli veniva dalla madre, gli avevano consentito di approfondire i fondamenti storici e giuridici del nazismo. Interpretò così l'alleanza con la Germania e l'avventura della guerra mondiale all'interno di uno scontro tra imperialismi su base razziale.

Evitato il servizio militare, gli anni dell'Università ed alcuni buoni insegnanti di orientamento liberale gli diedero una prospettiva diversa e fecero, alla lunga, da parziale antidoto su un ingegno vivacissimo, a cui si accompagnava una natura esuberante ed una scarsa esperienza di vita. Quando il fascismo cadde e le circostanze lo misero alla prova, Furlani, senza mettere in discussione l'alleanza con la Germania di Hitler, si allontanò dall'ortodossia del fascismo di Salò, per sposare la causa del Movimento dei giovani italiani repubblicani, immaginando una rigenerazione dell'Italia che si richiamava al Risorgimento e al primo fascismo, in chiave antiborghese. Anche per questo, probabilmente, decise di non seguire le autorità fasciste che fuggivano da Pisa. Continuò così a svolgere la funzione di interprete - assai delicata e potenzialmente pericolosa - che aveva già iniziato in prefettura, funzione che gli garantiva un rapporto privilegiato con i militari tedeschi ma che lo espose enormemente, nei mesi più difficili dell'occupazione, tra giugno e settembre del 1944.

Su questo periodo abbiamo la minuta del “Memoriale” scritto tra la fine del 1947 e l'inizio del 1948, documento ambiguo, di difficile interpretazione, dove certamente sono presenti verità, verità distorte, ed omissioni. Furlani, prima di tutto si difende dall'accusa di aver indossato la divisa delle SS²⁷, poi richiama alcuni episodi presenti anche nella memorialistica dell'epoca con differenze che mirano ad amplificare il suo ruolo di sostegno al Comitato di alimentazione e alla popolazione pisana e ne aggiunge altri, come quando riferisce di aver contribuito a salvare 42

²⁷ Afferma che si trattava di «un paio di pantaloni militari ed una camicia, senza alcun distintivo che potesse far arguire una mia appartenenza ad un corpo militare». È probabile che si trattasse di panni militari di risulta. Secondo Barsotti, una divisa estiva delle SS color kaki – come del resto conferma anche la relazione di Gattai [Doc. 3.1] – a cui erano state tolte mostrine e bandelle.

persone rifugiate in un giardino, fino all'intervento per individuare un SS colpevole di aver rapinato un commerciante²⁸.

Al di là delle responsabilità su fatti specifici, la dipendenza dal comando tedesco lo poneva in una situazione assai scomoda e potenzialmente compromettente agli occhi della popolazione italiana, tanto più che è presumibile partecipasse anche a interrogatori e perquisizioni. Il suo ruolo era diventato oggettivamente collaborazionista e Furlani poteva interpretarlo in due modi, che non necessariamente si escludevano l'un l'altro. A vantaggio della popolazione, quando le circostanze lo consentivano, oppure come una posizione di potere, subalterna ai tedeschi per ideologia filonazista e per sudditanza intellettuale. Se il primo è l'atteggiamento che Furlani volle trasmettere nel suo "Memoriale", il secondo è quello che sembra affiorare dalle fonti sulla storia di Pisa durante la guerra che abbiamo citato, sintetizzabili nell'espressione, utilizzata da don Antonio Melis, di «venduto allo straniero» di cui la divisa paramilitare era il simbolo. Tutto ciò spiega perché, a Pisa, dopo la liberazione, circolasse un sentimento di rancore verso Furlani e qualcuno ne cercasse minacciosamente l'indirizzo di Roma²⁹. E spiega perché, nelle lettere dell'amico Campanile e del suo locatore, Giovanni Bellotto, emerge un certo imbarazzo, riconducibile alla dimestichezza di Furlani con le truppe tedesche che la sua fuga da Pisa, nei giorni della liberazione, rendeva ancora più sospetta, ma di cui non ci si meravigliava più di tanto. Come disse il prof. Pellegrini allo stesso Campanile [Doc. 5.1]: «avrebbe potuto rimanersene tranquillo e fare a meno della propaganda ed atteggiamenti tedescofilii. D'altra parte, non si poteva impedire che seguisse gli impulsi sinceri del [sic] sue convinzioni politiche».

Venendo alle accuse più gravi, in realtà, come si è visto, le uniche che hanno riscontri sono quelle relative al ruolo avuto nella fucilazione dei fratelli Campagni per la quale Furlani, a seguito di una denuncia del padre, fu convocato dalla Questura di Roma nell'agosto del 1946. Da una lettera dell'amico Campanile [Doc. 5.5] e da quanto scrive Giorgio Barsotti, si trattò di una fucilazione per un furto o presunto tale, ma non sapremo mai come si svolse la mediazione tra i familiari ed i tedeschi che spinse il padre a denunciare Furlani.

Naturalmente, su quel periodo, è molto importante la testimonianza dell'avv. Mario Gattai, confermata da mons. Estivi e da Campagnola, che fu decisiva per scagionare Furlani di fronte all'amministrazione della Camera dei deputati, perché circostanziata e scritta da persona notoriamente indipendente che non poteva avere nessun interesse a difendere senza ragione Furlani, ma anche perché Gattai era a capo del comune e, in quei mesi, gli arrivavano notizie e lamentele di ogni genere: gravi accuse non gli sarebbero sfuggite e l'avrebbero reso più guardingo nella sua testimonianza. La relazione, che copre anche il periodo in cui Furlani fu "costretto" ad indossare vestiti paramilitari ed entrò, di fatto, alle dipendenze del comando tedesco, si limita a sottolineare l'operosità del giovane interprete a favore della popolazione pisana. Si tenga presente,

²⁸ «Venuto a conoscenza di tale fatto, io personalmente mi interessai delle indagini, individuando il malfattore, il quale fu giudicato poi per direttissima e fucilato». In questo episodio, indirettamente Furlani conferma di essere pienamente inserito tra i ranghi delle truppe tedesche, al punto da svolgere indagini e contribuire all'individuazione del malfattore.

²⁹ In Busta 2, fasc. A9, è presente una cartolina anonima con timbro postale Pisa, 7 luglio 1946 che lo avvertiva che il suo indirizzo di Roma (Via Pompeo Ugonio) era caduto in mano a «qualcuno sulla cui onestà non potrei mettere la mano sul fuoco».

comunque, che questi documenti risalgono al periodo della campagna elettorale delle elezioni del 1948, caratterizzata dal più violento scontro ideologico del dopoguerra. Direttamente o indirettamente il pericolo comunista si percepisce nelle lettere che Furlani scambia con i suoi interlocutori pisani e può aver in parte condizionato le risposte di Gattai e degli ambienti dell'arcivescovado, portandoli ad enfatizzare o minimizzare, a seconda dei casi, i comportamenti di Furlani.

In questa complessità e parziale contraddittorietà delle fonti, ciò che avvenne in seguito è altrettanto importante. Furlani seguì l'esercito tedesco che abbandonava Pisa. Che sia stato costretto, nella situazione in cui si trovava, è, in astratto, plausibile. Barsotti documenta un altro tentativo di portar via un "interprete per forza" (una giovane ospite delle suore salesiane che conosceva il tedesco)³⁰ ma si tratta di una situazione diversa perché Furlani era già, di fatto, in forza al comando tedesco. Certamente Furlani era preoccupato per la madre in Austria e partì da Pisa in fretta, visto che lasciò nella sua stanza dell'appartamento di via San Lorenzo, carte che dimostravano le sue simpatie e avrebbero potuto comprometterlo [Doc. 6]. Restano, comunque, troppi margini di ambiguità per aderire alla tesi del suo "Memoriale". Da quanto si è detto, si comprende che la sua posizione di fronte agli alleati e ai partigiani, di fronte alla popolazione, poteva essere assai imbarazzante se fosse rimasto a Pisa. È inoltre evidente la natura reticente del "Memoriale" sugli otto mesi che trascorse al seguito dell'esercito tedesco su cui Furlani non aveva interesse a soffermarsi, di fronte ad interlocutori che, ricordiamolo, dovevano giudicare la fondatezza delle accuse che gli erano rivolte sul periodo pisano. Certo, quegli otto mesi sono un periodo troppo lungo per poter essere liquidato con la frase dattiloscritta che conclude il memoriale:

Se i tedeschi non mi avessero sequestrato, costringendomi con la forza a seguirli finché non fui liberato dalle forze armate inglesi nel 1945 in Austria, dopo essere stato in Ungheria a scavare postazioni e trinceramenti, essendo ormai io inutile nelle funzioni di interprete, sono certo che nel novembre 1944 sarei finito in carcere dietro mandato di cattura spiccato dal Buffarini Guidi contro gli appartenenti al Movimento dei Giovani Italiani Repubblicani, accusati di tentativo di colpo di stato.

Qui Furlani, invece di raccontare cosa successe in quei mesi, quando di fatto fu inquadrato, nella 16. Divisione "Reichsführer", torna sull'ipotesi persecutoria dei Giovani italiani repubblicani. Forse voleva dire che, se avesse seguito i fascisti che lasciavano Pisa nel giugno del 1944, sarebbe incorso nei provvedimenti di Buffarini Guidi? O forse che con i tedeschi si sentiva protetto anche dai fascisti? In realtà, se fosse rimasto a Pisa, avrebbe incontrato gli americani, non le autorità di Salò.

Torna quindi utile la citata testimonianza di Lanchester a cui Furlani disse che «i tedeschi, sapendo che lui era di madre austriaca, l'avevano preso con loro». Furlani si sentiva per metà tedesco. La sua condizione di soggezione e di collaborazionismo, ma anche l'idea che si dovesse continuare la guerra fino in fondo, lo portarono ad accettare la prospettiva di seguire l'esercito

³⁰ G. Barsotti, *La linea dell'Arno...* op. cit., p. 264-266.

del Terzo Reich in ritirata. La composizione stessa della 16. Divisione delle SS, dove erano presenti molti *Volksdeutsche* favorì l'inquadramento di Furlani.

Nulla sappiamo, poi, di un eventuale passaggio di Furlani a Gargnano o in altre sedi della Repubblica di Salò, che Gianni Sofri, in base alla testimonianza di Joos sul «normalista dai capelli rossi», colloca in un momento imprecisato «in un giorno dei primi mesi del '45»³¹. Quello che sappiamo è che la 16. divisione SS (RFSS) si ritirò sulla linea gotica. A dicembre era in Romagna e, all'inizio del febbraio 1945, fu trasferita in Ungheria.³² Sappiamo anche che un'unità contraerea era dislocata sul Garda già dalla primavera del 1944. A questa unità, nel gennaio 1945, fu aggregato l'ufficiale Fritz Birzer noto per aver comandato la scorta di SS che seguì Benito Mussolini, tra il 18 e il 27 aprile 1945, dalla residenza di Gargnano fino a Milano e alla cattura a Dongo³³.

La presenza di Furlani al seguito delle unità rimaste in Italia è, in astratto, possibile, ma sembra in contraddizione con il percorso della 16. Divisione SS, nonché con i suoi timori di essere perseguitato dalle autorità di Salò. Se, effettivamente, Furlani seguì i tedeschi fino all'ultima battaglia di Ungheria, l'ipotesi che, all'inizio del 1945, fosse a Gargnano dovrebbe trovare basi più solide, per essere sostenuta.

Resta, infine, da chiedersi – e questa è forse la domanda più importante – fino a che punto Furlani fece i conti con il fascismo e il filonazismo della sua giovinezza, dopo aver trovato un lavoro ben remunerato e di un certo prestigio nel cuore istituzionale dell'Italia repubblicana. Non sappiamo se, e in che modo, rielaborò le esperienze drammatiche che aveva attraversato e il sistema di valori che le sosteneva. Furono certamente molto importanti, ma non ne parlò mai con nessuno; ben presto divennero un passaggio della propria vita sempre più lontano, isolato e impenetrabile, e perciò oggetto di una sorta di rimozione, funzionale alla nuova vita che stava costruendosi.

Sotto la spinta e con la protezione dello zio, che lo ospitò a Roma, facendo tesoro delle esortazioni e dei moniti di Walter Maturi [Doc. 4.2], ricominciò a studiare, che poi era quello che sapeva fare meglio. Si laureò brillantemente in Storia del Risorgimento con Alberto Maria Ghisalberti nel dicembre 1946. Frequentò nell'anno 1946-47 il corso di paleografia presso la Scuola dell'Archivio vaticano. Sempre nel 1946 cominciò a frequentare la Biblioteca della Camera, come dimostra la presenza, nell'Archivio Furlani, di una tessera datata 19 aprile 1946 e firmata da Giuseppe Micheli, l'ex deputato popolare che faceva parte di quell'Ufficio di Presidenza provvisorio che fu creato da Vittorio Emanuele Orlando nel luglio 1944, dopo la liberazione di Roma. La malleveria firmata da Micheli, la frequentazione del corso vaticano di archivistica e la sua successiva collaborazione alla *Enciclopedia cattolica*, attestano, in questa fase, la vicinanza di Furlani agli ambienti cattolici.

³¹ G. Sofri, *L'anno mancante...* op. cit., p. 101.

³² Sugli spostamenti della 16. Divisione delle SS si veda anche A. Rossi, *Le SS dopo Marzabotto...* op. cit. Vi si legge che, dal dicembre 1944, la Divisione è in Romagna. Il 6 febbraio 1945, si ritira dal fronte ed è collocata a riposo nei pressi di Ferrara dove resta fino a metà febbraio: «di seguito, tramite difficoltosi movimenti ferroviari, la divisione viene trasportata in Ungheria, come riserva della 2. armata corazzata, nella località di Nagykanizsa», p. 71.

³³ Si veda Jean Pierre Jouvét, *Da Como a Dongo verità sull'arresto di Mussolini: intervista con Fritz Birzer, il comandante della scorta tedesca*, <<https://www.larchivio.com/xoom/birzer.htm>>. L'intervista fu pubblicata in due puntate sul giornale *L'Arena di Verona*, 1° e 3 marzo 1981.

Studiò poi intensamente per preparare il concorso di segretario di biblioteca presso l'Assemblea costituente, con il risultato di essere classificato primo, a 26 anni, sopra concorrenti più anziani e più introdotti di lui, come Vincenzo Gueli, Mario Gabriele e Franco Molfese, dopo una prova orale nella quale aveva portato 9 lingue. Iniziò quindi la carriera nella Biblioteca della Camera, ancora diretta dal grande slavista Enrico Damiani, di cui divenne ben presto amico e a cui lo accomunava il poliglottismo e la vocazione per le relazioni internazionali. Sposato felicemente, ma senza figli, quella di Furlani fu una vita di studi fin troppo eterogenei, di molteplici curiosità erudite e intellettuali, spesso di tesi controcorrente, alimentate dalla grande biblioteca nella quale lavorava. All'inizio, pur sposando con entusiasmo la professione, è probabile che la considerasse una parentesi in vista di una carriera universitaria.

A livello politico, i riferimenti che emergono dai suoi scritti sono quelli dei valori liberali, di impronta laica e cattolica, che gli venivano dai maestri che aveva avuto all'università, in particolare Maturi e Ghisalberti e dallo zio. In seguito, fu importante il contatto con Enrico Damiani, con Meuccio Ruini (che lo incaricò, negli anni Cinquanta, di avviare la Biblioteca del CNEL), con Leopoldo Elia³⁴, a cui si può aggiungere Gaetano Natale, il vecchio giornalista giolittiano, presidente della stampa parlamentare. Natale gli affidò anche il suo archivio, ora conservato dalla Biblioteca della Camera, in considerazione del fatto che Furlani era stato incaricato di predisporre la pubblicazione dei quattro volumi dei discorsi di parlamentari di Giovanni Giolitti tra il 1953 e il 1956³⁵.

Il suo fu un processo di "depurazione" dalle tossine ideologiche che aveva assimilato in gioventù nel quale fu molto importante anche l'immersione nell'ambiente di Montecitorio e il contatto con la dialettica parlamentare. Nel primo decennio dopo l'assunzione, su suggerimento di Leopoldo Elia, fu spinto ad occuparsi di tematiche e tecnicismi elettorali, il che gli diede una certa notorietà. Studiò, contemporaneamente, la storia del Parlamento, soprattutto in età liberale, e, dopo la pubblicazione dei discorsi parlamentari, approfondì la figura di Giovanni Giolitti. Per il resto, se si escludono le tematiche bibliotecarie, tutta la produzione storica di Furlani è stata sempre incentrata sulle relazioni tra Stati e tra popoli, nella forma della storia diplomatica, della storia militare, dei rapporti tra culture lontane, della stessa storia postale, di cui fu cultore appassionato.

Accanto a ciò, Furlani ebbe amici ed estimatori in tutti i partiti politici rappresentati in Parlamento e mantenne una costante curiosità per personaggi irregolari come Bakunin e per il mondo comunista. Lo dimostrano gli scambi bibliografici che cercò sempre di coltivare tra la Biblioteca della Camera e le grandi istituzioni bibliotecarie della Russia sovietica, della Germania

³⁴ Si veda la testimonianza di Leopoldo Elia, in *Atti del seminario Silvio Furlani e la Biblioteca della Camera*, tenutosi a Palazzo Montecitorio il 12 aprile 2006, in: Silvio Furlani, *Scritti storici...*, op. cit., p. xxi-xli.

³⁵ Si veda la breve introduzione di Furlani a G. Giolitti, *Lettere a Tommaso Senise*, Roma, Herder, 1984 (estratto da *Nuovi annali della Facoltà di magistero dell'Università di Messina*, 2 (1984), da cui si desume che la donazione risale al 1961. Recentemente, il Fondo Natale è stato riordinato ed inventariato ed è consultabile presso la Biblioteca della Camera dei deputati.

orientale e delle altre democrazie popolari e la considerazione che gli capitò di esprimere nei confronti di Togliatti, di Concetto Marchesi, di Enzo Capalozza³⁶.

Come si è detto, degli anni della guerra non parlò mai, anche se si lasciò andare a qualche confidenza nel periodo successivo al pensionamento, ad esempio, come si è visto, con Fulco Lanchester. Era una personalità molto riservata, e c'è da pensare che collocasse le proprie scelte di gioventù in una dimensione autoassolutoria di ideali nazionali e di collaborazionismo “patriottico”, volto alla salvaguardia della popolazione.

Lo snodo fu sempre la sua adesione al Movimento dei giovani italiani repubblicani che, dopo l'armistizio, aveva rappresentato probabilmente la sua via d'uscita dal dilemma morale tra la continuità della guerra e la difesa della patria. Interessanti, nel fascicolo del suo archivio intitolato “Ricordi” (Busta 1, fasc. A5), le fotocopie di alcune pagine di un libro del generale Giovanni Esposito, *Trieste e la sua odissea* (Roma, Superstampa, 1952), fotocopie che provenivano da un esemplare posseduto – come dimostra una calorosa dedica dell'autore – dall'amico di Furlani Duilio Pinelli, citato nella corrispondenza con Gattai e con Mons. Estivi. Le poche pagine inviate a Furlani riguardano il Movimento dei giovani italiani repubblicani della Venezia Giulia, guidato appunto dal Pinelli, allora sottotenente degli alpini. In questo libro, il generale Giovanni Esposito, rievoca le vicende successive all'8 settembre e difende le sue scelte, quando, alla testa del Comando territoriale di Trieste, decise di aderire alla Repubblica sociale italiana per salvaguardare la popolazione e l'italianità di Trieste. Condannato dopo la guerra per collaborazionismo, poté usufruire dell'amnistia del 7 febbraio 1948, con cui si estinguevano i giudizi ancora pendenti dopo l'amnistia del 1946.

Concludendo, forse non è un caso che, nella sua vastissima bibliografia, Furlani non si sia mai occupato direttamente del fascismo. Fa eccezione un testo che non è presente nella raccolta dei suoi scritti storici: le due pagine della voce *Mussolini* nell'ottavo volume dell'*Enciclopedia cattolica*, stampato nel febbraio 1952. Si tratta di un testo breve ma denso, che rappresenta una prima, ancora incerta tappa, del suo silenzioso processo di conversione democratica. Oltre al giudizio circa l'atteggiamento «perspicace e rettilineo» di Mussolini dopo l'assassinio di Dolfuss, a difesa dell'Austria, vi si notano due mancanze. Non si fa cenno allo squadristo, cosicché dalla fondazione del fascismo si arriva alla marcia su Roma in un sussulto di crisi ministeriali. Poi, per il periodo tra il 25 luglio e piazzale Loreto, si afferma solo che Mussolini fu liberato dai tedeschi che «lo misero a capo della fascista Repubblica sociale italiana, costituitasi nell'Italia settentrionale e centrale ancora sotto il loro diretto controllo militare». La voce si conclude con un giudizio finale nel quale non si può fare a meno di percepire l'eco lontana dei giovani repubblicani de *Il Campano*: «La popolarità che s'era acquistata nei primi anni del suo governo, grazie anche ad una suggestiva eloquenza, sostenuta dai provvedimenti, molte volte ottimi e tempestivi, era ormai caduta oltre che per i malanni della guerra, per l'inconsulto servilismo di collaboratori che,

³⁶ S. Furlani, *Ricordo di Capalozza*, in *Nuovi studi politici*, 24 (1994), n. 2, pp. 109-112 e *Concetto Marchesi e la Biblioteca della Camera dei Deputati*, in *Helikon*, 18 (1978), p. 430-437.

speculando sulle pretese dittatoriali di M., seppero man mano staccarlo dalla parte migliore e più capace della nazione che rimase inascoltata»³⁷.

³⁷ Su questa voce, ritenuta, senza ragione, di autore pseudonimo, si è soffermato P. Giorgio Zunino, nel volume *La Repubblica e il suo passato*, Bologna, Il Mulino, 2003, dove vi rinvia «evidenti riflessi di una adesione nel passato ancora perdurante nel presente». Nella già citata testimonianza negli *Atti del seminario Silvio Furlani e la Biblioteca della Camera...* op. cit., la replica a Zunino di Leopoldo Elia non appare convincente.

APPENDICE DI DOCUMENTI

I seguenti documenti, conservati (ad eccezione della lettera di W. Maturi) nella Busta 2, fasc. A9 dell'Archivio Furlani presso la Biblioteca della Camera dei deputati, si possono così riassumere:

Doc. da 1.1. a 1.4: minute, in due versioni, di una lettera di F. per l'avv. Mario Gattai, e di una lettera per Mons. Mario Estivi, nelle quali chiede di redigere una dichiarazione a suo favore.

Doc. 2: la minuta di pugno di F. di un documento che chiameremo "Memoriale"

Doc. da 3.1 a 3.3: una dichiarazione dell'avv. Mario Gattai datata 1° marzo 1948 e due lettere dello stesso del 17 e 29 marzo 1948.

Doc. da 4.1 a 4.2: due lettere del 1946 dei prof. Walter Maturi e Silvio Pellegrini (la lettera di Maturi in Busta 48, fasc. T3).

Doc. da 5.1 a 5.6: sei lettere del 1946 di tale Francesco Campanile, amico di F.

Doc. 6: una lettera del 1946 di tale Giovanni Bellotto, locatario della camera di F. a Pisa, in via San Lorenzo.

I documenti sono trascritti aggiungendo solo qualche virgola ed omettendo le parti irrilevanti. Le parole non comprensibili, in ogni caso di nessun rilievo, sono segnalate dai puntini tra parentesi quadre.

Doc. 1.1

Minuta, Furlani all' avv. Mario Gattai

[Gennaio 1948?]

Caro Gattai,

tramite l'amico dott. Pinelli, sono infinitam. lieto di poterti inviare la presente, la quale per prima cosa ti porta il mio più cordiale saluto. Infatti insieme abbiamo vissuto in Pisa durante il periodo bellico dei momenti così drammatici che io non ho mai potuto dimenticare Tu ben sai quale sia stato lo scopo ed il fine della mia attività in quel tempo: aiutare e [...] i cittadini pisani, vittime innocenti di una tragica situazione bellica. Tu che mi fosti vicino e che francamente debbo dirti avesti tutta la mia ammirazione per l'attività rischiosa che volesti di tua spontanea volontà svolgere, puoi – poiché ben ricordi – aiutarmi. Ti spiego ora di che cosa ora io ho bisogno da te e chiedo il tuo aiuto poiché so quanto tu sia galantuomo e amante della sincerità e della verità. Alcune persone in Pisa subito dopo la liberazione misero in circolazione, forse senza secondi fini, ma per la solita e proverbiale stupidità umana, delle voci poco simpatiche sul mio conto e che si riferivano particolarmente all'attività che io svolsi insieme a te e a Campagnola e ad altri amici. Queste voci furono raccolte anche a Roma. Infatti, il 18 agosto 1946 venni chiamato dall'Ufficio politico della Questura ed interrogato. Naturalmente le voci suddette che parlavano di un'effettiva appartenenza alla SS, e che dichiaravano anche come io avessi vestito la divisa di tale reparto con fregi, con distintivi nonché il grado di sottufficiale (!!!), essendo destituite di per sé cadde, ed infatti da tale data io giustamente non ebbi più nulla a che fare con la Questura. Tu bene sai come io fossi costretto a rimanere al Comando tedesco poiché, per fortuna mia, ti trovasti presente

quando mi venne brutalmente imposto. Tu sai anche che io fui costretto a vestire un paio di pantaloni ed una camicia militare, senza naturalmente fregi e distintivi, e ben ricordi quella sera all'Ospedale, quando di fronte alla tua sorpresa nel vedermi così camuffato io ti dichiarai la mia demoralizzazione profonda e sincera. Questi sono i fatti che io ho citato all'Ufficio politico della Questura e credo che forse tu stesso sarai stato interrogato e naturalmente li avrai confermati. Caro Gattai, dopo oltre un anno di studio intenso e profondo, il 15 novembre vinsi il concorso, essendo riuscito primo assoluto su 37 concorrenti, per segretario alla Bibl. della C.d.D. C'è tutta una carriera bella e simpatica davanti a me e questa rappresenta evidentemente il premio delle mie fatiche e non di alcun favoritismo. Ma quelle sciagurate voci, messe ingiustamente in giro a Pisa, alcun tempo fa, chissà per quale via sono arrivate anche agli uffici amministrativi della Camera. Naturalmente lasciano il tempo che trovano, però debbo confessarti che sono profondamente seccato che ancora una volta si debba ridire che io facevo parte delle SS e che vestivo addirittura la divisa col grado di sottufficiale (!!!). Ho preparato pertanto un memoriale nel quale è chiaramente specificata la mia attività in Pisa nell'agosto 1944 e cito a conferma di quanto dichiaro il tuo nome, quello di Campagnola e di mons. Estivi. Mi dispiace profondamente che l'Arcivescovo sia morto, altrimenti avrei citato anche lui. È vero che io ero interprete al comando tedesco, ma fui costretto a farlo! Evidentemente tra essere interprete per forza ed essere milite (come avrei poi potuto esserlo, quando occorreva avere la cittad. tedesca?) c'è una grandissima differenza, non ti pare? [...] Caro Gattai, fammi il piacere di rilasciarmi una dichiarazione la quale coscientemente, come è tuo costume, esponga i fatti anzidetti e che sono di tua conoscenza.[...]

Doc. 1.2

Minuta, Furlani all'avv. Mario Gattai

[Gennaio 1948?]

Sarà forse a tua conoscenza che circa due anni fa, il 18 agosto 1946, la questura di Pisa trasmise al locale Ufficio politico una denuncia, a firma di un certo Campani, in cui mi si accusava di aver fatto uccidere dai tedeschi due suoi figli. Nella mia deposizione io respinsi quest'infame calunnia con particolari dati sulla mia attività pisana del luglio-agosto 1946 [recte: 1944]. Da allora in poi nulla più fu intrapreso nei miei riguardi, essendo venuto evidentemente a cadere ogni base seria onde intraprendere verso di me un'azione penale.

Ebbene: oggi che mi sono conquistato col mio studio e con le mie fatiche una posizione, queste voci sono risaltate fuori, manovrate da certi malintenzionati ed invidiosi che cercano di togliermi il pane che mi guadagno e che serve a sostenere anche mia madre lontana che vive nella più assoluta indigenza [...]

DOC. 1.3

Minuta, Furlani a Mons. Estivi

[Gennaio 1948?]

Caro Mons.

Il mio amico D. Pinelli del Consiglio Dirett. Centr. Dell'Assoc. Naz. Comb. e Reduci Le porta con la presente lettera il mio devoto e mai dimentico ricordo. Ho avuto modo di conoscerla in momenti tragici per Pisa e di Lei, come di S. E. il povero Arcivescovo, mi feci un concetto di profonda stima ed ammirazione. Ho bisogno del suo aiuto, poiché certi signori che perseguono idealità politiche ben definite...stanno cercando di farmi del male. Hanno infatti sparso delle voci che io sia stato milite delle SS e che di tale reparto io abbia indossato la divisa col grado di sottufficiale. Lei ben sa che io fui interprete al comando tedesco, poiché brutalmente questo mi fu imposto, come mi fu imposto di indossare un paio di pantaloni ed una camicia militare. Col sudore della mia fronte e lo studio tenace di quasi due anni sono riuscito a vincere il concorso per bibliotecario alla C.d.D. Queste voci fanno molto comodo a quei tali signori, poiché vorrebbero attaccarmi per sostituirmi con uno dei loro...I sistemi lei li conosce bene: non importa se uno è onesto, sincero e leale ed innocente. Pertanto ho scritto un memoriale sulla mia attività in Pisa nell'agosto 1944 e cito anche il suo nome poiché Ella ebbe modo di seguire la mia attività che fu volta a lenire le sofferenze dei pisani. Abbia pertanto la gentilezza di rilasciarmi una dichiaraz. nella quale sia specificato che io al comando tedesco non avevo che mansioni d'interprete e che ero stato costretto a tali mansioni; e che la mia presunta divisa militare, anch'essa imposta, non era che un paio di pantaloni ed una camicia, come Lei ben si ricorda. Lei può consegnare tale dichiaraz. al mio amico dott. Pinelli [...]

DOC. 1.4

Minuta, Furlani a Mons. Estivi

[Gennaio 1948?]

Molto Rev. Mons. Estivi,

non m'ero più fatto vivo, avendo buon fondamento di ritenere che le famose voci sul mio presunto atteggiamento antitaliano in Pisa in quei terribili giorni del luglio-agosto 1944, fossero definitivamente tramontate, dimostrandosi all'obiettivo esame dei fatti, per quel che erano, cioè delle assurdità. Tanto maggiore sicurezza ricavai per questa mia opinione, dal fatto che l'infame accusa, lanciata contro di me da un tal Campani, di avergli fatto uccidere dai tedeschi due creature, accusa che si concretò in una citazione della Questura di Pisa nei miei riguardi, fu lasciata cadere dalle autorità di polizia, dopo un interrogatorio cui fui sottoposto in data 18 agosto 1946, qui a Roma presso l'Ufficio politico.

Ora dopo aver lottato ed essermi assicurato una posizione che mi assicura il pane quotidiano, queste voci hanno fatto la loro riapparizione. La malignità di certa gente io proprio non la capisco. Mi trovo perciò in uno stato d'animo moralmente assai depresso che mi eccita e mi esaurisce.

Chiedo a Lei pertanto che sa come si svolsero le cose, e che ricorda che la causa di tutte le mie disavventure è dovuta al fatto di aver voluto aiutare la cittadinanza pisana nei limiti del possibile, di volermi far avere con cortese [...] consegnandola al latore della presente, una dichiarazione, in forma di lettera a me indirizzata, in cui si dica che mi ero messo a disposizione del comitato d'alimentazione cittadino, costituitosi sotto la presidenza di S.E. l'Arcivescovo, per essere utile nei rapporti coi tedeschi, data la mia conoscenza della lingua; che i tedeschi mi costrinsero (e credo che Campagnola e Gattai, oltre a me stesso, gliene abbiano parlato, dopo quella tempestosa seduta al comando di Porta a Lucca) a trasferirmi al comando, adducendo a motivo il fatto di poter ivi meglio tutelare gl'interessi della popolazione e minacciando in caso contrario provvedimenti contro noi tutti; che infine non le consta che io abbia mai indossato la divisa di milite delle SS, con distintivi di grado, ma semplicemente un paio di pantaloni ed una camicia che potevano [...] determinare l'equivoco di farmi passare per uno di loro. Io non mi ricordo a questo punto se parlai allora anche a Lei di quest'ultima imposizione di indossare questi indumenti che dovevano causarmi per forza di cose le attuali noie, ma so in sicura coscienza che ne feci parola a Campagnola ed a Gattai.

Mi spiace solo di non aver tenuto presente la invidia e la malignità di certuni che in tal caso avrei pensato a farmi rilasciare una dichiarazione dalla bell'anima di S.E. Vettori. Mi ricordo come se fosse oggi, il giorno in cui gli mi disse: "Iddio la benedirà per quanto ha fatto e sta facendo per la città". In Dio pertanto pongo ormai ogni mia fiducia, rimettendomi alla sua infinità bontà.

La prego di volermi scusare del disturbo che Le reco ma sono sicuro che chiedo solo quanto basta per far trionfare la giustizia.

Ringraziandola di cuore, mi creda, suo aff. ssimo Silvio Furlani

[P.S.] Se Lei potesse indicarmi l'esatto indirizzo del dott. Campagnola, Le sarò molto grato

Doc. 2

Minuta "Memoriale":

[Gennaio 1948?]

La minuta di questo "memoriale" è costituita da 10 pagine manoscritte a cui si aggiunge una pagina dattiloscritta di 11 righe che costituisce copia della pagina finale di una versione più avanzata, definitiva o vicina alla definitiva. Le cancellazioni più importanti, perché aggiungono informazioni o giudizi, sono state conservate barrando il testo. La parte finale in corsivo corrisponde al testo dattiloscritto.

Il sunto centrale delle calunnie sparse ad arte sul mio conto è costituito dall'asserzione di una mia presunta appartenenza alla SS. Sebbene questa accusa sia già stata rettamente ridotta nei suoi reali termini fin dall'agosto 1946, allorché l'Ufficio politico della Questura di Roma mi fece chiamare per inquisirmi in merito, col risultato che da quel tempo in poi nulla più mi è stato contestato (ed è interessante notare che si trattava di accusa ben più grave, quella cioè di essere responsabile

della scomparsa di due persone) è purtuttavia necessario riesporre qui apertamente e in tutta lealtà e coscienza gli accadimenti di quei mesi.

Come è noto, la città di Pisa costituiva nei mesi di luglio e di agosto zona di combattimento tra le forze alleate e germaniche e le sponde opposte dell'Arno delimitavano la linea di battaglia dei due eserciti. Io che allora mi trovavo a Pisa per ragioni di studio (vi frequentavo infatti l'Università fin dal 1940, mantenutovi dallo zio, prof. Giuseppe Furlani, ordinario di archeologia nell'ateneo di Roma, trovandosi i miei genitori, legalmente separati, nell'assoluta impossibilità di mantenermi), avevo superato il 25 luglio l'8 settembre senza eccessive difficoltà, non trovandomi sotto le armi. Dopo l'8 settembre le possibilità di comunicare con Roma divennero progressivamente sempre più difficili, cosicché non fui alieno dall'accettare, credo verso il febbraio od il marzo 1944, l'offerta fattami di prestare servizio in qualità di interprete presso la prefettura. Evitavo con questa mossa anche la chiamata alle armi nelle file della Repubblica di Salò e non v'era lì, in prefettura, alcun pericolo di dover svolgere pratiche antipartigianesche ecc. (voglio anzi chiarire che in Pisa, per quanto mi consta, non [...] sotto i fascisti alcuna azione contro i partigiani, merito questo indubbiamente delle persone che allora reggevano la Prefettura e la Federazione), poiché tutto il mio lavoro si riduceva ad una traduzione delle lettere tedesche che pervenivano dai vari comandi. In piena coscienza posso affermare che in queste lettere si trattava sempre solo ed unicamente di questioni di benzina, di macchine, di viveri. Solo una volta rammento che giungesse la minaccia di una rappresaglia nella zona, mi pare, di Calci e di Vicopisano perché erano stati tagliati dei fili telefonici e ricordo anche il senso di disperazione che s'impadronì di tutti noi a leggere tali righe, poiché sapevamo che purtroppo coi tedeschi non si scherzava, e che d'altra parte finché si fosse trattato solo di noi Italiani, facilmente ci saremmo intesi. Credo non sia qui necessario approfondire (è infatti una questione marginale) qui [sic] la mia attività nel Movimento dei Giovani Repubblicani Italiani col suo battagliero giornale «Il Campano», soppresso, dopo un violento attacco a Farinacci, mediante telegramma urgente di Mezzasoma, comunicatomi dal vice-questore Massa (credo che così si chiamasse) che mi fece anche firmare una dichiarazione in carta bollata che l'ordine di soppressione era stato portato a mia conoscenza. Così finì un sogno politico dovuto all'inesperienza giovanile - illusione che tendeva ad un'Italia più bella, più pura, più onesta e più unita nel suo tessuto sociale e materiale. Ma tornando all'argomento principe, dichiaro pertanto che io non mi recai al Nord coi fascisti in fuga dinanzi all'avanzata alleata. Non mi recai non per paura di cadere dalla padella nella brace, ma per il semplice fatto che ero un giovane onesto che non avevo mai torto un capello a nessuno né svolto funzioni tali da determinare qualche azione, sia di intimidazione sia di forza contro gli avversari della repub i partigiani ed i loro sostenitori. D'altra parte, io avevo una sola preoccupazione, quella di terminare i miei studi, trovare un impiego e poter così finalmente provvedere al sostentamento di mia madre.

Fuggite le autorità fasciste, la città di Pisa rimase in balia del caos. Non ci fu alcuna iniziativa di provvedere ad un certo ordine pubblico, magari anche da parte di volenterosi (l'unica iniziativa fu il saccheggio dei magazzini dei Monopoli dello Stato effettuato da certi italiani che erano andati a chiamare dei tedeschi per servirsene come massa d'urto e pretesto); l'unica inizia [...] anche

perché la massima parte della popolazione (il buon 80%) era sfollata. Nei tre giorni di consecutivi bombardamenti in picchiata da parte dei cacciabombardieri inglesi ed americani sui ponti di Pisa (fino ad undici ondate di nove sei apparecchi alla volta al giorno, dalle undici di mattina alle sette di sera) la gente era rimasta senza pane. Insieme ad alcuni amici, tra cui c'era mi ricordo un certo Gimigliano, decidemmo di sfondare un forno, e distribuire alla popolazione delle sue vicinanze la farina ivi reperita. La distribuzione fu effettuata sulla base delle tessere [...] facendo sapere il prezzo di calmiera, ed i denari ricavati furono da me consegnati (svanita la speranza di poterli dare io personalmente al proprietario del forno, essendo nel frattempo caduto io sotto le grinfie nelle mani dei tedeschi) all'avv. Mario Gattai il quale mi rilasciò regolare ricevuta (che ancora credo di possedere possesso) e che provvide a versare i denari, dopo la liberazione, al legittimo proprietario. Essendo diventato io nel frattempo incredibilmente fanatico del benessere materiale della popolazione cercando in tutti i modi di aiutarla ed essendo venuti da me alcuni macellai i quali, adocchiata la situazione volevano andare a comprare delle bestie in campagna (con lo spauracchio dei tedeschi che portavano via tutto, facevano infatti coi fattori affari d'oro) per venderle in Pisa; essendo dunque questi macellai venuti da me, sapendo la mia conoscenza del tedesco, mi chiesero di accompagnarli per evitare brutte sorprese da parte delle SS. (nella zona di Pisa si trovava infatti in quest'epoca la 16.SS - Panzer Grenadier Division "Reichsführer SS"). Pur non essendo in possesso di alcun documento ufficiale, credetti di poter contribuire in qualche modo ad alleviare le sofferenze della popolazione, accogliendo le preghiere di questi macellai: tutta la mia conoscenza della lingua tedesca non valse però ad impedire un giorno la sottrazione da parte di un soldato di un vitello e di una bicicletta.

Così passarono alcuni giorni. Infine, un dì (potevano essere gli ultimi di giugno o i primi di luglio) mentre mi trovavo vicino alla chiesa di S. Caterina, ecco che mi venne presentato l'avv. Mario Gattai, il quale mi comunicò che sotto la presidenza di S. E. l'Arcivescovo monsignor Vettori era stato costituito un comitato di alimentazione cittadina, di cui facevano parte tra gli altri Monsignor Estivi, il dott. Campagnola e il dott. Menichetti. Data la mia conoscenza del tedesco, nuovamente mi si rivolgeva la preghiera di voler accompagnare dei membri di codesto comitato presso un comando tedesco onde ottenere certi permessi per mietere il grano, allora maturo, della tenuta reale di San Rossore e farlo venire a Pisa per provvedere alla distribuzione del pane per la popolazione. Queste trattative ebbero esito favorevole: il grano mietuto veniva portato su carri tirati da buoi ad un mulino ad acqua (data la mancanza di energia elettrica non si potevano utilizzarne altri modernamente attrezzati) vicino ad Orzignano nei pressi di San Giuliano Terme. La farina poi giungeva a Pisa, pronta per la panificazione. Con queste accorte misure fu possibile dare ai pisani rimasti nella città contesa da due eserciti, ogni giorno un po' di pane, fin quasi all'arrivo degli Alleati.

Ma l'Arcivescovo non si preoccupava solo della alimentazione cittadina. Ciò a cui Egli tendeva con tutte le sue forze era il riconoscimento da parte dei belligeranti di Pisa città aperta. Con questo incarico ci recammo l'avv. Gattai, il dott. Campagnola altri ed io al comando di divisione. Dopo lunghi e snervanti giri in un camioncino dell'ospedale trovammo finalmente nei pressi di Nozzano (Lucca) il comando di divisione. Non fummo ammessi alla presenza del generale ma parlammo

con l'aiutante in prima. Rivoltomi a lui e spiegatogli la ragione della nostra venuta, mi fu risposto che quanto l'Arcivescovo chiedeva era impossibile. Consegnammo in ogni modo la lettera affidataci dal prelado per il comandante la divisione, raccomandando perlomeno la concessione di una zona bianca, abbracciante piazza del Duomo, l'Arcivescovado e l'Ospedale.

Ritornati a Pisa, trovammo all'improvviso tappezzati i muri della città di bandi scritti in italiano che richiedevano l'immediata presentazione di tutti i civili dai diciotto ai sessant'anni e lo sgombero della città. Ci precipitammo (Gattai, Campagnola ed io) immediatamente al Comando Tedesco di Porta a Lucca. Ammessi alla presenza del comandante, un Hauptsturmführer delle SS, junker al 100%, nativo della Pomerania, alto un metro e novanta almeno, cercammo di convincerlo a rinunciare allo sgombero della città. Un argomento di cui soprattutto ci si valse fu l'impossibilità di procedere al trasporto dei malati che stavano nell'ospedale. Dopo lunghe trattative [...] si giungeva alla seguente conclusione: che gli uomini dovevano presentarsi per essere mandati a lavorare vicino a Pisa Riglione per eseguire opere di fortificazione; che si permetteva la permanenza degli ammalati e delle donne nell'ospedale e nell'Arcivescovado, ma che d'altra parte le autorità cittadine dovevano impegnarsi a che tutti gli uomini dovevano presentarsi alle otto di sera in piazza del Duomo. Qualora quest'ultimo punto però non fosse rispettato, il Comando Tedesco si sarebbe ritenuto sciolto da ogni responsabilità. Alla fine del colloquio, il comandante si rivolse direttamente a me, richiedendo che tanto io quanto Gattai e gli altri dovevamo essere presenti la sera in Piazza del Duomo. E così fu.

Non si può descrivere il senso di angoscia che tutti provammo quella sera in piazza del Duomo. Gli uomini furono tutti mandati via dalla città. Per evitare lo sgombero delle donne e dei malati codesto ci parve un sacrificio doloroso ma necessario. Degli uomini poterono rimanere in città soltanto i medici, gli infermieri ed altri muniti di permesso (p. es. fornai, macellai, ecc.). So che anche molte altre persone si nascondevano nelle case, a loro rischio e pericolo. Per fortuna non vi furono rastrellamenti.

Intrecciatisi così dei rapporti regolari tra la commissione di alimentazione ed il comando tedesco, rimaneva il problema di assicurare i viveri alle persone rimaste. Nel corso delle conversazioni tenute al comando tedesco su questo punto, il capitano delle SS, mi pose un giorno alla presenza di Campagnola e di Gattai, l'*aut-aut*: era necessario che io mi stabilissi definitivamente al comando tedesco per fungere da interprete nelle questioni che di tanto in tanto venivano presentate dagli abitanti rimasti (chi voleva un permesso per andare a prendere della roba nella propria casa, chi voleva andare in campagna ecc.). Risposi di non poter accettare, dovendo essere a disposizione del comitato per l'alimentazione. Al che il comandante replicò che chi comandava era lui, e che non mi azzardassi ad opporre un rifiuto o a fuggire, perché in tal caso ne avrebbero risentito gli affetti [?] i Pisani ed anche mia madre, soggiungeva, che sta in Austria. Campagnoli e Gattai erano presenti a questa scena. Fatta una rapida riflessione, credetti opportuno di non indisporre il comandante e accettai pensando - e non mi ero sbagliato - di poter essere in tal modo forse anche più utile alla popolazione pisana. Si poterono così ottenere varie facilitazioni per la popolazione come per es. 1) libertà di andare in qualunque parte dalle nove alle tredici (per comprare il mangiare, per andare nella propria casa ecc.), mentre prima il comandante si impuntava per un

coprifuoco per tutto il giorno; 2) riconoscimento di una zona bianca, comprendente Piazza del Duomo, l'Arcivescovado e l'Ospedale, ove i Tedeschi non dovevano disporre alcun apprestamento bellico sia difensivo sia offensivo; 3) concessione di permessi ai macellai per prendere bestie in campagna ed ai fruttivendoli. Personalmente ho sempre cercato in tutti i modi di favorire a chi mi si rivolgeva per permessi o per aiuto: naturalmente non sempre ottenevo quanto volevo, perché c'era sempre da carpire la firma del comandante che era piuttosto avaro a concederla.

Veniamo ora al punto centrale delle fantasticherie che girano sul mio conto: intendo parlare della presunta appartenenza alle SS. È una voce abbastanza diffusa a Pisa questa, ma su che cosa si basa? Su una assoluta ignoranza di che cosa fossero le SS da una parte, e su una volontaria deformazione di certi fatti che di per sé non costituiscono alcuna prova dall'altra. V'è anzitutto una petizione di principio che esclude *a priori* una mia appartenenza alle SS: io sono Italiano di nazionalità e di cittadinanza. Inoltre, è noto (gli Inglesi e gli Americani, dopo la disfatta tedesca, si servivano appunto di questo indizio per definire o meno l'appartenenza di un individuo alle SS) che gli appartenenti alle SS posseggono nella parte superiore del braccio sinistro un tatuaggio. In linea di fatto si asserisce che io mi sarei vestito da SS, anzi c'è chi dice che [...] sottufficiale. In realtà, ben altrimenti vanno le cose. Io non ho mai vestito l'uniforme da SS (e l'impossibilità di far parte di quella organizzazione, basterebbe a spiegarlo), ma bensì un paio di pantaloni militari ed una camicia, senza alcun distintivo che potesse far arguire una mia appartenenza ad un corpo militare. La vestizione di tali capi di vestiario mi fu imposta dal comandante alcuni giorni dopo la mia permanenza al comando. Io dapprima cercai di eluderla, ma non mi fu possibile proseguire in codesto atteggiamento: infatti il comandante un bel giorno mi disse che se non avessi indossato entro mezz'ora i suddetti capi di vestiario egli avrebbe cominciato ad agire diversamente nei riguardi miei e della cittadinanza. Così stanno veramente le cose; e io già resi conto della mia presunta vestizione di milite delle SS nella deposizione verbalizzata in data 18 agosto 1946, da parte dell'Ufficio politico della Questura di Roma (Commissariato di P.S di Porta Pia), dietro richiesta della Questura.

Per quanto concerne le voci di delazioni di partigiani, esse sono semplicemente assurde. A parte il fatto che non conoscevo alcun ho mai saputo chi furono partigiano [sic], sarebbe interessante avere delle notizie più specifiche al riguardo. E' ovvio che in tal caso non solo mancherebbe ogni accusa specifica, ma è possibile anche che si verrebbe a scoprire che chi lancia le accuse...non si trovava neppure a Pisa in quel periodo.

Mi secca terribilmente dover andare alla ricerca di "benemerienze" per il periodo luglio-agosto 1944: è una cosa contraria al mio carattere leale e disinteressato. Visto e considerato però che codeste benemerienze costituiscono dei fatti e non delle chiacchiere come è invece il caso delle accuse infami lanciate contro di me, ne voglio rammentare qualcheduna. Trattando delle voci che circolavano sul mio conto, un mio amico di Pisa nel dicembre 1946 mi scrisse "di quando salvasti 42 persone rifugiate nel giardino, facendo credere ai tedeschi che in quella casa gravemente danneggiata non c'era più anima viva".

E per rendere infine pubblico quel profondo sentimento di giustizia donde sono sempre stato animato credo che ancora a Pisa qualcheduno si ricorderà della rapina a mano armata perpetrata ai danni di un povero fruttivendolo [...] (credo si chiamasse Bertini, ma non ricordo) da parte di un milite delle SS. Venuto a conoscenza di tale fatto, io personalmente mi interessai delle indagini, individuando il malfattore, il quale fu giudicato poi per direttissima e fucilato. Su questo fatto può dare i più ampi ragguagli il signor Umberto Marranini.

Non voglio aggiungere altro. Affermo solo che non mi vergogno di questo periodo della mia vita, in cui ho cercato nei limiti del possibile di aiutare gli abitanti di Pisa, anche se, come quasi sempre succede, questi fatti e queste intenzioni sono state del tutto travisate. Sono sempre pronto a sostenere un confronto con chiunque, riservandomi però di agire anche in seguito per tutelare la mia rispettabilità.

infatti fu processato per direttissima e fucilato.

Non voglio aggiungere altro. Affermo solo che non mi vergogno di questo periodo della mia vita, in cui ho cercato nei limiti del possibile di alleviare le sofferenze del mio popolo, anche se, come quasi sempre succede, questi fatti e queste intenzioni sono stati ingiustamente travisati. Se i tedeschi non mi avessero sequestrato, costringendomi con la forza a seguirli finché non fui liberato dalle forze armate inglesi nel 1945 in Austria, dopo essere stato in Ungheria a scavare postazioni e trinceramenti, essendo ormai io ormai inutile nelle funzioni di interprete, sono certo che nel novembre 1944 sarei finito in carcere dietro mandato di cattura spiccato dal Buffarini Guidi contro gli appartenenti al Movimento dei Giovani Italiani Repubblicani, accusati di tentativo di colpo di stato.

Doc. 3.1

Dichiarazione di Mario Gattai, 1° marzo 1948

Avv. Mario Gattai

Pisa

Via San Zeno, 17 - Tel. 25-22

Io sottoscritto Gattai Mario fu Leopoldo, dichiaro per la verità:

1. Alla fine del giugno 1944, avendo *tutte* le autorità fasciste repubblicane abbandonato la città di Pisa e la zona circostante (Prefetto, Federale, Podestà, ecc.) a causa dei tre giorni consecutivi di bombardamento aereo e dell'avvicinarsi del fronte, il Vice-prefetto Dr. Speroni, d'accordo con l'Arcivescovo di Pisa, nominò il sottoscritto Commissario prefettizio del Comune di Pisa.
2. La popolazione cittadina, in preda al terrore, aveva abbandonato l'abitato quasi totalmente, riversandosi alla periferia e nelle campagne; cosicché la città era in mano della soldataglia tedesca e dei delinquenti (di cui circa 200 usciti dalle locali carceri) che la saccheggiarono. Nessun impiegato comunale prestava più servizio. I generi alimentari non venivano distribuiti. L'ordine pubblico più non esisteva.

3. In pochi giorni riorganizzai il Comune e feci funzionare gli uffici, per quanto era possibile. Chiamai segretamente a collaborare con me rappresentanti del partito comunista, della D.C. e del Partito d'Azione. Organizzai vari comitati di alimentazione: quelli periferici in gran parte sotto il controllo del C.L.N. clandestino, quello cittadino sotto il mio diretto controllo. A seguito di ciò la vita cominciò a rifluire e la città tornò in parte a popolarsi, specie nella zona a nord dell'Arno.
4. Verso i primi di luglio 1944, dopo una decina di giorni dalla mia nomina a Commissario Prefettizio, si presentò a me il sign. Furlani Silvio, di cui accettai la collaborazione come interprete, indispensabile per trattare con i vari comandi tedeschi. Il Furlani mi accompagnò e aiutò nel tentativo fatto presso il comando di reggimento e il Comando di divisione per far dichiarare una zona bianca in Pisa, tentativo fatto su proposta dell'Arcivescovo. Successivamente portai il Furlani come interprete al locale comando di Battaglione, per pratiche riguardanti i permessi al personale ospedaliero, ed altro.
5. Il Comandante di Battaglione, vedendo la bravura del Furlani come interprete, se lo prese di forza. Dopo alcuni giorni, vidi il Furlani vestito con camicia e pantaloni kaki dell'esercito tedesco, ma senza alcun distintivo. Il Furlani mi esternò la sua demoralizzazione per essere stato costretto a rivestire quegli indumenti.
6. Durante tutto il periodo in cui il Furlani fu interprete a quel comando tedesco (e cioè fino alla liberazione, 2 settembre 1944) egli si adoperò sempre a favorire la popolazione, cioè quanti avevano necessità di permessi od altro. Favorì il più possibile il Comitato di alimentazione e l'Ospedale. Mi aiutò ad ottenere oltre 40 permessi, per i rifornitori di generi alimentari, nel persuadere il nuovo comandante di reggimento, a non evacuare la città e a largheggiare nei rifornimenti per la popolazione, nell'aver il permesso di introitare in Ospedale mucche per dare latte agli ammalati e ai bambini (vi era tifo e dissenteria infantile), nell'ottenere permesso per la macellazione di bovini talché la popolazione di Pisa - che ne frattempo era molto aumentata - , per essere le condizioni di vita migliori a Pisa che nelle località vicine, appunto per le provvidenze ottenute - ebbe, durante i 40 giorni della battaglia dell'Arno, viveri in abbondanza.
7. Mai il Furlani ebbe sugli indumenti kaki alcun distintivo di reparto, o gradi. Escludo nel modo più assoluto che avesse il distintivo delle SS, come pure qualsiasi altro distintivo. Egli ebbe soltanto ed esclusivamente mansioni di interprete, mansioni cui dovette sottostare per imposizione. Non vidi più il Furlani negli ultimi tre giorni antecedenti alla liberazione, perché avvertito dal dott. Menichetti che il Comandante tedesco aveva intenzione di prelevarmi (e ciò mi pare a seguito di avviso fatto al suddetto dottore dal Furlani) fui costretto a tenermi nascosto.
8. È opportuno ricordare che il mio operato come commissario prefettizio durante l'ultimo periodo della dominazione tedesca fu approvato dal Governatore americano, il quale mi nominò Sindaco unitamente al Bargagna, carica che io tenni fino alle mie dimissioni e cioè sin verso la fine del settembre 1944.

In fede di quanto sopra.

Pisa I marzo 1948
 Avv. Mario Gattai
 Copia conforme all'originale

Doc. 3.2

Mario Gattai a Furlani, 17 marzo 1948

Caro Furlani,

Ho ricevuto la tua lettera, ed in ottemperanza quanto mi hai richiesto ho scritto a Campagnola (che ti invierà direttamente quanto chiedi) e ho parlato con Mons. Estivi. Questo mi rilascia la dichiarazione che ti allego [allegato non presente] e che credo ti sarà utile.

Per il momento non ho bisogno di raccomandarti nulla, ma spero di poter in seguito bussare alla tua porta chiedendo il tuo...alto intervento. Dei nemici dovrai prevalere tu; non so se il Pinelli ti ha detto che erano già stati da me e che io avevo disilluso ogni loro aspettativa, dando le migliori informazioni sul tuo conto, cioè le vere.

Ti ricorda spesso lo Sbrana Giulio, di San Zeno, e ti ricorda con affettuosità.

Io, come ti ha detto Pinelli, sono nell'ombra perché non sono ambizioso. Sto scordandomi quello che fu e quello che feci, come se ne stanno scordando tutti. Qualcuno mi ha detto che sono stato uno sciocco, ma credo che se ritornassero le medesime condizioni probabilmente farei il medesimo sciocco perché temo che la malattia sia costituzionale.

Dammi risposta, sia per la ricezione della presente, sia per confermarmi che Campagnola abbia fatto quanto gli ho scritto. Cordialmente

Mario Gattai

Doc. 3.3

Mario Gattai a Furlani, 29 marzo 1948

Caro Furlani,

la mia dichiarazione pare abbia sollevato un mucchio di proteste. Sono venuti perfino a chiedermi se corrisponde a verità! Siccome ho tolto loro qualunque illusione si [sic] questo punto, hanno detto che tu a voce hai aggiunto cose che modificano la mia dichiarazione, completamente. E allora a che servirebbe quello che ho io dichiarato? o è quello che ti serve, e su quello puoi far leva - o quello non ti serve e allora era inutile presentarla. Mi pare logico.

Quanto a Carmagnola egli mi ha scritto e la sua lettera mi è pervenuta l'antivigilia di Pasqua. Scrive che la mia lettera gli è arrivata a causa di disguido troppo tardi, e, ritenendo di non essere più in tempo ha mandato a me la dichiarazione che ti accludo. Dichiaro che è esatto quello che ho dichiarato io! Mi sembra un po' troppo generica, ma credo che ti possa egualmente servire. Io gli avevo scritto mettendolo al corrente di quanto contenuto nella mia dichiarazione.

Ti ringrazio degli auguri che ricambio sebbene un po' in ritardo.

Cordialmente
 Mario Gattai
 [Allegato]

Dott. Natale Campagnola

Per quanto personalmente mi consta, nella mia qualità di costituente e capo del Comitato di alimentazione, e di direttore straordinario dell'Ente Comn. Asstza. pisano, al quale, unitamente a S.E. Mons. Gabriele Vettori, defunto Arcivescovo, e all'avvocato Mario Gattai, allora sindaco, erano affidati tutti i poteri civici della città di Pisa durante il periodo della lunga emergenza, non ho nulla da obiettare alla dichiarazione rilasciata dallo stesso avv. Gattai al dr. Silvio Furlani. Intendo per altro confermarla come dovere di onestà e di lealtà.

In fede
 Natale Campagnola

Piombino, 23 marzo 1948

Doc. 4.1
Silvio Pellegrini (1900-1972) a Furlani, 20 aprile 1946

Caro Furlani,

Ho ricevuto con piacere la Tua lettera, mentre l'altra di parecchio tempo fa, cui Tu alludi, non mi pervenne. Già al mio ritorno a Pisa, nel giugno scorso, raccolsi notizie sul Tuo conto. Erano piuttosto catastrofiche, perché ti facevano cittadino, coi debiti scongiuri, di un mondo migliore. Io e Maturi discutemmo anzi l'opportunità di metterci in proposito in rapporto con Tuo zio; cosa che ritenemmo poi meglio rimandare. In ottobre seppi invece che eri ancora intero; ma correvano contro di te delle accuse, che altri invece smentivano. Confido che siano dalla parte del vero i secondi, e che a suo tempo potrai mettere in chiaro ogni cosa. Intanto, se vuoi seguire una volta un mio consiglio, stattene tranquillo e argina la tua eterna voglia di strafare.

Come vedi, scrivo da Caviola, che sta risorgendo ex imis fundamentis, non certo per gli aiuti del governo italiano, degli inglesi o dei russi, ma per l'intraprendenza dei suoi abitanti, dal falò che ne fecero le SS nell'agosto 1944, con bestialità pari a quella opposta: cinque villaggi distrutti, una quarantina di cadaveri, tranne pochi tutti di vecchi, donne e bambini e persone che c'entravano come me. La guerre c'est la guerre, mais bêtise c'est bêtise. Il periodo successivo è stato al livello dell'agosto. Io comunque non ho mai cessato di lavorare e ho raccolto una bella quantità di materiale toponomastico e d'archivio, che ora aspetta di essere studiato. Purtroppo debbo fare infinite altre cose, fare esami in permanenza, stamparmi anche i testi per i corsi: tutto fuorché proficuo lavoro scientifico.

A proposito. Vedi se in Vaticana c'è quest'opera che sto cercando invano: Wilhelm Storck, Luis Camões sämtliche Idyllen (o Werke?), Paderborn, 1880 e sgg. Se sì, ti pregherò poi di prendermi alcuni appunti.

Fino a pochi mesi fa De Bartholomaeis era vivo e mandava estratti anche a me. Non ho sentito nulla in contrario.

Ringrazia tanto Tuo zio che noi ricambiamo nel modo più vivo, e salutalo tanto da parte nostra. Speriamo di poterci ritrovare in sua compagnia.

Anche a Te grazie del buon ricordo, auguri e saluti cordiali.

S. Pellegrini

Doc. 4.2

Walter Maturi a Silvio Furlani, 22 dicembre 1946

Caro Furlani,

ho appreso con molto piacere dalla tua del 14 scorso che ti sei laureato con il massimo dei punti e la lode. Sono lieto che hai seguito i miei consigli, laureandoti con Ghisalberti: la via regia è sempre la migliore: se insistevi a volerti laureare con Moscati, avresti fatto il primo passo falso! Ora ti raccomando, calma e ponderazione: non lasciarti inebriare dalla lode e dal successo e controlla più che mai la tua natura esuberante. L'importante è lavorar sodo e bene, non produrre molto, agitarsi, mostrar di voler bruciare le tappe e di avere la mania di arrivare. Tu hai una dote, che manca a molti tuoi coetanei: conosci bene il tedesco: cerca di sfruttare questa dote, ma non in lavori di carattere divulgativo, bensì in lavori seriamente pensati e condotti. Ora che viene Chabod, frequentane il corso e vedrai quali suggestioni si possono ricavare dal suo insegnamento. Spero che non ti avrai a male di queste mie ...prediche, che sento il dovere di continuarti a fare. [...]

Sei lettere del 1946 di tale Francesco [Campanile], studente universitario amico di F.

Doc. 5.1

31 gennaio 1946 [su carta intestata R. Università degli studi di Pisa]

Carissimo Silvio, mi ha fatto molto piacere rivedere la tua scrittura e ora voglio che tu anzitutto mi chiarisca due punti: tu dici d'indirizzare al nome di tuo zio, ma immagino che anche lui si chiami Furlani: solo non conosco il suo nome di battesimo e quindi ho indirizzato senza specificare. Tu desideri che io approfondisca e hai ragione ma devo prima sapere se con questa persona di fiducia posso un po' sbottonarmi, perché altrimenti, dietro le mie insistenze non specificate, potrebbe sospettare del losco più di quanto ci possa essere... [foglio mutilato].

Mi ripromettevo di darti altre notizie dopo la tua risposta ma ora, mi sembra, è meglio che te le dia subito. Dunque sul tuo conto circolano quelle voci che tu puoi immaginare: avresti

collaborato sporgendo denunce (anche a carico di tuoi compagni) e facendo il ruffiano coi tedeschi. Avresti imposto agli Italiani di consegnare ai Tedeschi il materiale di Facoltà di Chimica o Ingegneria (non so bene). Ti saresti vestito da S.S. Anzi ieri sera parlando col prof. Pellegrini (non ho fatto cenno alcuno di te; ma se credi opportuno ne parlerò) ho avuto conferma di queste dicerie: il prof. mi ha detto che pur non avendo sentore di atti piuttosto gravi, tuttavia il solo fatto di essere interprete dei Tedeschi ti ha alienato la popolazione, facilissima come tu sai a seguire gli umori del momento, anche se non giustificati e retti. Il prof. Pellegrini mi ha detto testualmente: “si è messo in mostra stupidamente, pur essendo io convinto che non l’abbia fatto per cattivo cuore; ma avrebbe potuto rimanersene tranquillo e fare a meno della propaganda ed atteggiamenti tedescofili. D’altra parte non si poteva impedire che seguisse gli impulsi sinceri del [sic] sue convinzioni politiche”. Ora, tu, pur non avendo commesso alcunché di male, naturalmente sarai stato più coi tedeschi che coi partigiani e ti sarai aggirato più in compagnia alemanna che non partigiana: questo fatto avrà suscitato nei tuoi riguardi pessime impressioni facendo sospettare chi sa quali delittuose complicità, anche se parlo di fanatici antifascisti. Questo il mio pensiero e dovrai darmi ragione: Pellegrini mi diceva che Brunetti (quello di Lischi) è malamente disposto verso di te (per non so quali motivi; sembra che il suddetto facesse parte di qualche organizzazione clandestina). Mi raccomando di quanto ti ho confidato da parte del prof. Pellegrini, se caso mai vuoi scrivergli, non farne cenno: tu mi capisci: è questione di delicatezza e sensibilità di tatto.

Giorni fa lessi sul giornale che Conforti Ignazio era stato arrestato (vorrei andare a trovarlo) perché accusato di collaborazionismo essendo interprete a Bientina o Cascina (non ricordo). Tu che l’avrai praticato, regolati se la sua posizione di colpa è quanto la tua. Non voglio però *assolutamente* che questa mia ti sembri un atto di accusa: io riferisco soltanto essendo conscio al cento per cento che quelli che ti accusano ora per chi sa quali occulti interessi non sono diversi per mentalità dai facinorosi del passato regime.

Parlami di più dei tuoi mesi pisani durante la repubblica.

Affettuosamente, Francesco

Doc. 5.2

8 febbraio 1946 [ma il riferimento al comizio di Togliatti sembra datare a marzo questa lettera]

Caro Silvio, torno a ringraziarti per le ulteriori informazioni, così precise e preziose.

In quanto ai tuoi libri, tengo a chiarirti che non mi sarei peritato a chiederti quello della mia precedente, se non avessi saputo da Moccia, qui laureatosi da poco tempo, che Bellotto è informato che tu sei costà, conoscerebbe anche il tuo indirizzo e tu saresti in corrispondenza con lui: ora non so cosa ci sia di vero in tutto ciò e per quali vie Bellotto sappia il tuo recapito (forse è trapelato qualcosa quando tuo zio scrisse a Russo?) Ad ogni modo aspetterò tuo zio.

In quanto ai figli di Campani, ho saputo, non ricordo più da chi, che furono fucilati dai tedeschi perché sorpresi a rubare ed anche Montella ne è stato vittima. E con ciò tu a ragione non c’entri

e la loro fucilazione è stato un esempio, forse un po' troppo duro [!], per gli altri ed in certo senso una garanzia per gli stessi cittadini pisani, fascisti o antifascisti che fossero.

Giorni fa incontrai Massinetti e gli parlai di te e si dimostrò contentissimo che non fossero vere le voci al tuo riguardo, per quanto aveva inteso anche che eri riuscito a scappare. Lui è sempre impiegato al solito posto e vorrebbe scriverti. Mi disse che più di una volta lo aiutasti da amico leale. [...] Oggi è a Pisa Togliatti il rosso castigamatti il quale ha passato in rassegna i battaglioni "T" (da una felicissima ironia dell'Uomo Qualunque): grandi scritte per la città inneggiano al suo arrivo; questa sera alle 4 all'Arena Garibaldi (ex stadio littorio) ha tenuto un comizio con folla strabocchevole: ondate di camion con bandiere rosse e grida di "morte al Re": usi e costumi di pretta marca fascista: ondate oceaniche, battimani, fazzoletti rossi al posto delle camicie nere. Una vera baraonda orgiastica basata sul colore "rosso" di fronte agli occhi degli americani.

Staremo a vedere.

Ad un certo punto Togliatti ha detto testualmente: "noi non abbiamo bisogno della violenza per vincere perché siamo sicuri di vincere".

Per ora non ti so dir altro: il tempo stringe e il latore aspetta.

Guarda un po' se si trovano in biblioteca le poesie di Karl Busse e i romanzi di Hans Fallada. Ti saluto caramente,
tuo Francesco

Doc. 5.3

5 maggio 1946

[...] Perché mi domandi se a Pisa sono già apparsi i manifesti con il tuo nome? Veramente stavo per scriverti in tutta fretta anche senza ricevere la tua per sopravvenute complicazioni, forse solo apparenti, nei tuoi riguardi. Dunque giorni or sono ho saputo che vogliono conoscere il tuo indirizzo per prenderti e, a conoscenza che io ti scrivo, si rivolgerebbero a me per informazioni. Finora non ho avuto nessuna richiesta e non so se queste voci sono quelle di un privato che vuol denunciarti, o addirittura quelle dell'autorità. Ad ogni modo, non credo che la mia fonte sia esclusiva, dal momento che oramai o per un motivo o per un altro, parecchia gente sa dove ti trovi: anzi quella pratica del trasferimento è un appiglio facile per chi vuol condurre a fondo l'indagine.

Dimmi subito come devo comportarmi e se anche ai tuoi orecchi è giunta qualcosa al riguardo. Le voci di accusa sono le stesse: ti hanno visto in divisa (è questo un chiodo fisso e sarebbe secondo quei tali un argomento decisivo per stabilire la tua colpevolezza) e hai denunciato e fatto fucilare tre persone.

Rispondimi subito. Un saluto affettuoso.

Tuo Francesco.

Doc 5.4

10 giugno 1946

Caro Silvio,

soltanto oggi m'è riuscito di andare in via San Lorenzo dove ho trovato i tuoi libri ammassati su un armadio coperti con una tovaglia, ma ugualmente polverosi. La signora Bellotto e suo marito si sono mostrati quanto mai gentili e mi hanno chiesto di te: io naturalmente ho risposto picche.

Lui subdora [sic] che tu stai a Roma tanto più che Moccia gli ha detto che tu sei costà, ma Bellotto non crede assolutamente “a quel fanfarone di Moccia” (sono sue parole). Ha soggiunto che un certo Gemigliano (non ho inteso bene il cognome, abitante mi pare al piano di sotto) ti avrebbe visto non so in quale stazione e tu lo avresti salutato raccomandandogli di salutare tutti gli amici. Io mi sono affrettato ad insinuare che, ammesso che tu sia ancora in vita, può darsi che ti trovi presso i tuoi in Austria e di questa notizia è sembrato quasi pago ma nella breve conversazione non si è mai mostrato curioso, sibbene piuttosto interessato in un senso tutto personale al di fuori di ogni questione politica; si è meravigliato come lo zio nella lettera non abbia fatto un ben che minimo cenno a tuo riguardo; “e dire che noi lo abbiamo avuto come uno di casa e più che fratello” (sono sue parole). Ti hanno elogiato come ragazzo per bene e quanto mai alieno dalla violenza; ha ricordato Bellotto i primi tempi quando era lui a pregarti di uscire a prendere un boccone d'aria e non rimanere sempre nella stanza a studiare.

La moglie ha detto che se qualcosa hai commesso ciò è dovuto al fatto che tu sei stato trascinato, non per tuo impulso. Avresti indossato la divisa da SS perché hai voluto metterti al sicuro: hai avuto una disputa con una famiglia (una volta al Duomo ti avrebbero preso per il collo) e avresti giurato di vendicarti. Devi scusare se nell'elenco di queste notizie sarò impreciso e alcune ti parranno esagerate ma non ero presente e il racconto subisce fatalmente deformazioni a volte mostruose.

Gli ha fatto molto dispiacere il sapere che tutte le opere tedesche (riviste e giornali compresi) non ci sono più perché prelevate dalla Questura e in parte bruciate: dimostrazione questa proprio di quella mentalità fascista (ma i fascisti sono stati più tolleranti almeno fino alla Repubblica) che certi zelantissimi si sono premurati di bollare nella maniera più turpe e sboccata. [...]

Doc 5.5

6 ottobre 1946

Caro Silvio, ti unisco la dichiarazione del Comune di Pisa, redatta non precisamente secondo il tuo desiderio, ma valida ad ogni buon conto per gli scopi che ti prefiggi; le tessere non me le hanno volute rilasciare perché, così mi pare ti aver capito, tu partendo da Pisa, non le hai riconsegnate. [...] Ti voglio raccontare il colloquio da me avuto con la direttrice e l'economista. Dunque mi sono recato giorni or sono in biblioteca per dire alla direttrice di quanto mi avevi pregato e nella stanza ho trovato anche l'economista (alias il Cavaliere); appena quest'ultimo ha inteso profferire il tuo nome, ha iniziato una requisitoria contro di te, che cioè tu non meriteresti

nulla, perché per quanti favori hai ricevuto dalla biblioteca non ti saresti mai degnato di scrivere dicendo che i libri che ti hanno prestati non li puoi restituire come tali per le note vicende belliche, ma che, da galantuomo ti saresti dichiarato pronto a restituirli in danaro. E così parlando si è intrufolata la politica: si è lamentato che tu, che pur avevi parlato spesso con lui amichevolmente, ad un certo punto non lo abbia più guardato in faccia, quando a Calci ti sollazzavi con sontuosi banchetti col Federale.

Senti, Silvio, io riporto parole testuali e non intendo dividerle, anche perché io non c'ero e non posso quindi erigermi a giudice sereno delle tue azioni. Comunque tengo a dirti che ti ho difeso a "viso aperto" dicendo che il solo tuo torto è forse stato quello di essere biondo, occhialuto e che sapevi parlare il tedesco; mi sono affrettato a dire che c'è della gente alla quale invece hai fatto del bene e che le voci messe in giro per diffamarti si sono dimostrate inconsistenti: anche l'economista ha convenuto nel dire che i due figli del Campani sono stati uccisi perché sorpresi a rubare, ma parte questo, il Cavaliere si è dimostrato quasi ostile nei tuoi confronti, specie per quanto riguarda la mancata comunicazione circa la sorte dei tuoi libri (e loro) e la tua intenzione di pagarli.

Io non so precisamente come stanno le cose, ma mi sembra che questa volta la mancanza l'abbia fatta tu; ben lieto di ricredermi se tu me ne darai la possibilità. E così mi hanno pregato di farmi rilasciare un elenco dei libri che tu prendesti a prestito con l'indicazione della sorte di ognuno (presumibile sorte: o in Questura o da Bellotto: per Bellotto ci penserò io: a proposito, non ci sono ancora andato temendo che tu all'ultimo momento non gli abbia scritto). Io ti ho ancora difeso dicendo che il nostro passato è così burrascoso che non possiamo facilmente giudicarci ed è arduo condannare coloro che hanno continuato la loro attività nel fascio repubblicano solo per amor di patria e non per calcolo egoistico. Io ti ho decisamente messo nel numero di questi ultimi ma il cavaliere non è di questo avviso. Sono ansioso di sapere particolari su quanto ti ho raccontato. [...]

Doc. 5.6

11 dicembre 1946

[...] Ed ora vengo alle tue valigie. L'altro ieri mattina ricevetti la tua e appena uscito dalla Prefettura mi recai da Bonini (Luigi e non Giulio: te ne sei forse dimenticato) ma non avendolo trovato in casa ritornai alla sera: mi disse che lui personalmente le aveva viste al Seminario ma poi più nulla, e mi accompagnò da Pompeo, che nelle immediate vicinanze possiede un negozio di alimentari: trovammo la moglie la quale diventò subito rossa rossa [...] e mi indicarono come probabile persona che sarebbe stata meglio al corrente della faccenda, un certo Umbertino Maranini che sta in pensione dalla S.ra Dal Bono sotto Bellotto: mi sono subito recato da lui [...] e mi ha testualmente assicurato che le valigie, fatte portare da lui nella sua casa, furono poi dalla stessa o da un'altra (Maranini non ricorda bene) trasportare [sic] su da Bellotto: naturalmente senza troppe speranze di trovare tutto quello che hai lasciato essendo passate per tante mani [...]: Bellotto mi ha detto che mancherà parecchio e lui stesso del resto ti informa contemporaneamente al riguardo

con una sua più dettagliata. La Signora un po' sofferente di reumatismi mi ha parlato di te come di un secondo figlio quando i primi 3 anni eri sempre a tavolino e loro, mortificati, ti spingevano a prendere un po' d'aria. E prima che tu partisti, Bellotto mi ha parlato di quando salvasti 42 persone rifugiate nel giardino, facendo credere ai tedeschi che in quella casa gravemente danneggiata non c'era più anima viva. Come vedi c'è della gente che ti ricorda con affetto anche se [lettera mutila].

Doc. 6

Lettera di Giovanni [Bellotto], locatore della stanza in via San Lorenzo, 10 dicembre 1946

Pisa, 10 dicembre 1946

Mio carissimo Silvio,

è tanto tempo che dovevo risponderti alla tua carissima, ma tante cose fino ad oggi non mi hanno permesso di adempiere al mio dovere. Sono molto contento che tu stia bene e che tutta la tragedia sia finalmente passata, specialmente per te che ne hai subite delle orribili. Ma ora non bisogna più pensare a niente e pensare solo a rifarci una vita, che credi fra tutti siamo colpiti in modo e maniera che per ora non ci riesce rialzarci[sic]. [...].

Ed ora veniamo ad altro. Molte volte è venuto Campanile (mandato da te) a rivedere i libri che sono rimasti in mia custodia. Non puoi immaginare caro Silvio quante e quante noie abbiamo avute con la questura per tutto ciò che era nella tua camera. Meno male che, insieme alla signora Del Bono, potemmo bruciare tutti i giornali ed [sic] tanti e tanti manoscritti che certamente avrebbero più compromessa la tua posizione. Ma i libri non potei salvarli, perché per diverse volte furono portati alla Questura e da noi sono tornati solo che una parte. Ti racconto un particolare:

La Signora Gina un giorno veniva dal Mercato e vide di fronte alla Questura un carretto pieno di libri, molti dei quali erano in terra mezzo sfasciati e fra la mota, perché poco prima aveva piovuto. Alle ruote del carretto vi era una fotografia che attirò l'attenzione di Gina: la fotografia era la tua, tutta infangata. Non puoi immaginare il dolore che provò la Gina, specialmente in quel momento le voci erano che tu non eri più di questo mondo. La raccolse ed un questurino di sulla porta della questura con modi molto triviali gliela fece riposare, ed ella tornò a casa a raccontarci l'accaduto con le lacrime agli occhi. Immagina le condizioni che erano i tuoi libri [sic]. Gemma ne tolse qualcuno di quelli che meglio credeva, dei più buoni, non però guardando alle opere perché non ne aveva il tempo. Questi libri li conserva lei, saranno una diecina, che già ne ha parlato a Campanile e glieli consegnerà.

In quanto ad altre cose che erano in camera tua, non posso dirti niente perché una mattina (tu sai che io stavo giù in rifugio) trovai la porta di casa aperta e molta roba anche mia sparì. Di questo non sò [sic] proprio chi ringraziare.

In quei tristi giorni furono portate da Gina due tue valigie contenenti indumenti ed altre cose che ora precisamente non ricordo. Gina me le dette in consegna a me e dentro vi era: un abito da sera

completo composto: un paio di pantaloni neri, un panciotto, uno stifelius, una camicia nuova con petto inamidato, alcune cravatte molto vecchie, dei polsini di camicia da ricambiare; alcuni colletti del genere e qualche altra piccola cosa di poca entità.

Tutto questo io l'ho conservato pronto a restituirtelo quando credi. Mia moglie rispose una volta ad una lettera di tuo zio che richiedeva se noi avevamo due abiti da sera. Gemma scrisse che avevamo noi in consegna questi abiti senza approfondire molto la cosa perché lei neppure li aveva veduti, dato che io quell'abito da società lo avevo incarbolinato [sic] e messo in fondo ad una cassa nella stanza buia. Dunque gli abiti non sono due ma uno solo. Del resto io proprio non so dirti niente. Ho saputo ieri da Gina che Campanile andò a ricercare Umberto per sapere di queste valigie ed ecco perché tengo a decifrare il preciso contenuto di quelle. Ma Umberto credo non c'entri in tutto questo perché le valigie furono riportate non da Umberto ma da un altro uomo che io non ricordo chi fosse. Credi Caro Silvio, è inutile fare ricerche di roba scomparsa in quei brutti momenti. Anche noi a Cucigliana ci hanno rubato due casse complete di biancheria e indumenti personali nostri che rimanemmo tutti scalzi e nudi. Non vedo il momento che tu ritiri tutto perché credimi, te lo confesso con tanta franchezza sono tante e tante le noie che abbiamo avuto per te.

Apprendo da Campanile della tua laurea. Sono molto contento e ti faccio tutti i miei rallegramenti. Scrivimi spesso che tengo molto a sapere che cosa farai ora in seguito dopo la tua laurea.

Ti bacio con tanto affetto, tuo aff.mi [sic] amico

Giovanni

Con affettuosi saluti, Gemma

[P.S.] Se ci vedremo, a voce potrò dirti tante e tante cose di più che per scritto non si possono scrivere [sic]

ABSTRACT [It]: Prendendo spunto da un recente volume di Gianni Sofri (L'anno mancante. Arsenio Frugoni nel 1944-45, Bologna, Il Mulino, 2021), il saggio pubblica una serie di documenti su Silvio Furlani (1921-2001), storico e poligrafo, noto per essere stato direttore della Biblioteca della Camera dal 1963 al 1981, in particolare sugli anni trascorsi a Pisa, durante la guerra, e poi relativi al concorso per segretario di biblioteca presso l'Assemblea costituente. I documenti, tratti dall'Archivio Furlani, sono l'occasione per una riflessione sul suo percorso intellettuale e sulle vicende controverse del periodo dell'occupazione tedesca di Pisa.

ABSTRACT [En]: Taking its cue from a recent volume by Gianni Sofri (L'anno mancante. Arsenio Frugoni nel 1944-45, Bologna, Il Mulino, 2021), the essay publishes a series of documents on Silvio Furlani (1921-2001), historian and polygraph, known for being director of the Library of the Chamber from 1963 to 1981, in particular on the years spent in Pisa, during the war, and then on the competition for library secretary at the Constituent Assembly. The documents, taken from the Furlani Archives, are an opportunity to reflect on his intellectual journey and the controversial events of the period of the German occupation of Pisa.

PAROLE CHIAVE: Storia delle istituzioni parlamentari; Silvio Furlani; Occupazione di Pisa (1943-1944); Biblioteca della Camera dei deputati

KEYWORDS: History of parliamentary institutions; Silvio Furlani; Occupation of Pisa (1943-1944); Library of the Chamber of Deputies



Rino Casella*

Gli sviluppi del presidenzialismo francese: il nuovo ruolo del *Conseil de défense* tra sicurezza nazionale ed emergenza sanitaria**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le origini storiche: l'esigenza di coordinamento politico-militare nell'organizzazione della difesa della Terza e della Quarta repubblica – 3. L'ambiguità della Costituzione del 1958: il possibile esercizio dei poteri militari da parte del Capo dello Stato attraverso la presidenza dei comitati e dei consigli della difesa – 4. La pratica istituzionale gollista e l'espansione del ruolo presidenziale nel settore militare. I decreti del 1962 e la centralità riconosciuta ai consigli e ai comitati presieduti dal Capo dello Stato – 5. (*segue*) La presidenza del *Conseil de défense* nel decreto del 1964 sull'attribuzione del comando delle armi nucleari al Capo dello Stato – 6. La preminenza presidenziale nel settore della difesa: il *Conseil de défense* nella prassi politico-istituzionale della Quinta repubblica – 7. La riorganizzazione del 2009 delle strutture superiori della difesa: il «*Conseil de défense et de sécurité nationale*» – 8. Dalla sicurezza nazionale alla crisi pandemica: l'ampliamento delle competenze del *Conseil* e la concentrazione del potere presidenziale – 9. Alcune riflessioni conclusive.

1. Premessa

In Francia, la gestione della crisi pandemica da parte del Presidente Emmanuel Macron ha portato al centro del dibattito politico il *Conseil de défense et de la sécurité nationale* da lui presieduto.

Questo organo collegiale specializzato nella questioni relative alla difesa e alla sicurezza nazionale (come già in precedenza, in una diversa forma, negli affari militari) è stato infatti trasformato dal Capo dello Stato nel luogo chiave in cui adottare le principali decisioni sull'emergenza sanitaria con modalità totalmente diverse da quelle previste per il Consiglio dei ministri: riunioni ristrette, soggette a vincoli di segretezza, svolte (almeno nella prima fase della crisi) in un rifugio militare antiatomico presso l'Eliseo e sulla base di una composizione rimessa alla discrezionalità dello stesso Presidente della repubblica¹.

¹* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a *perr review*.

Questa analisi intende proprio indagare l'evoluzione del *Conseil de défense* all'interno del sistema istituzionale francese soprattutto alla luce dei cambiamenti conosciuti dall'organizzazione della difesa nazionale. Al riguardo, la ricognizione risentirà necessariamente dello scarso interesse che la dottrina giuspubblicistica d'oltralpe, almeno fino alla crisi del 2020, ha manifestato verso l'organo², nonché della limitatezza delle informazioni disponibili sulla sua attività. Queste ultime, infatti, a causa del segreto apposto e della mancanza di archivi ufficiali, possono essere ricavate solamente dai testi normativi, dai dibattiti parlamentari, dalle testimonianze personali e dagli interventi della stampa nazionale³.

Lo studio prende avvio dalle origini storiche del *Conseil*, rintracciabili in quei «comités» e «conseils» che lo hanno preceduto, creati per assicurare il coordinamento del potere politico e di quello militare all'interno dell'organizzazione della difesa della Terza e della Quarta repubblica, talvolta sotto la presidenza del Capo dello Stato, riconosciuto *Chef des armées* in senso solo onorifico⁴.

La Costituzione del 1958, pur mantenendo il carattere collegiale delle decisioni adottate in materia di difesa, legittimava ambigualmente il Capo dello Stato, ancora riconosciuto presidente dei consigli e dei comitati superiori della difesa nazionale sulla base di competenze militari solo simboliche, all'esercizio, in qualità di supremo garante dell'indipendenza nazionale, di poteri straordinari in caso di grave emergenza nazionale. Se l'ordinanza del 1959, attuativa della Carta, riaffermava il carattere controverso di tale soluzione, la pratica di potere di de Gaulle riusciva tuttavia ad affermare la preminenza dell'Eliseo nel settore militare, tanto che già nel 1962 le strutture superiori della difesa venivano riorganizzate in funzione del nuovo ruolo riconosciuto al Capo dello Stato.

Con il decreto del 1964 sull'attribuzione al Capo dello Stato, in qualità di presidente del *Conseil de défense*, del comando dell'arsenale strategico francese, l'organo, nella sua formazione ristretta, si poneva al centro del processo decisionale relativo alla difesa nazionale e alla politica estera, settori su cui tutti i presidenti della Quinta repubblica hanno in seguito esercitato un effettivo primato politico e istituzionale.

Cfr., O. FAYE e A. LEMARIÉ, *Covid-19: le Conseil de défense, ou se décide la gestion de crise, est prisé par Emmanuel Macron et décrié par l'opposition*, in *Le Monde*, 11 novembre 2020.

² In merito, si vedano infatti T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, in *Blogdroitadministratif.net*, 09 giugno 2020; N. ROUSSELLIER, *Le Conseil de Défense: dérive autoritaire ou régime de nécessité?* in *Analyse, Opinion, Critique*, 15 gennaio 2021; T. DESMOULINS, *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, in *Blog.juspoliticum.com*, 13 novembre 2020; ID., *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale, 25-01-2021* in *Jus politicum-Revue de droit politique*, 219 ss.; ID., *L'«hyperactivité du conseil de défense (1/2): une conséquence du présidentialisme français*, in *Blog.juspoliticum.com*, 12 ottobre 2021; ID., *L'«hyperactivité du conseil de défense (2/2): une conséquence du présidentialisme français*, in *Blog.juspoliticum.com*, 14 ottobre 2021.

³ Cfr., ID., *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 222.

⁴ In merito, B. CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967; N. ROUSSELLIER, *Le Conseil de Défense: dérive autoritaire ou régime de nécessité*, cit.

Sulla base di ciò, l'indagine intende sottolineare l'importanza della riforma del 2009 con cui l'organo ha assunto la sua attuale forma di *Conseil de défense et de sécurité nationale* e la sua specializzazione si è estesa alla «sicurezza nazionale», strategia finalizzata all'individuazione di minacce e di rischi non limitati alle aggressioni di tipo militare. In ragione delle sue nuove competenze, infatti, il Consiglio nella sua formazione ristretta è stato chiamato dal Presidente della repubblica ad affrontare nel 2015 l'offensiva terroristica contro la Francia e dal 2020, in ragione della sua utilità ed efficacia, a gestire l'emergenza sanitaria legata alla pandemia da *Covid-19*.

Questa trasformazione del *Conseil* in un'istituzione permanente, posta al centro del processo decisionale dell'esecutivo e resa potenzialmente competente a gestire ogni tipo di crisi e di minaccia, ha favorito la concentrazione del potere nel Capo dello Stato, rafforzando la *présidentialisation* della Quinta repubblica.

2. Le origini storiche: l'esigenza di coordinamento politico-militare nell'organizzazione della difesa della Terza e della Quarta repubblica

Durante la Terza repubblica, la legge costituzionale del 25 febbraio 1875 relativa all'organizzazione dei lavori pubblici fissava all'art. 3 le competenze del Capo dello Stato in ambito militare: «Il Presidente della repubblica dispone della forza armata». La disposizione venne utilizzata in modo sostanziale dal Maresciallo Mac-Mahon fino alla crisi del 16 maggio 1877, quando l'avvento della c.d. *Constitution Grévy*, non riconobbe alla figura presidenziale alcun potere decisionale in materia, attribuendo invece la responsabilità della difesa nazionale al governo, all'interno del quale era rilevante il ruolo svolto dai ministri della guerra, della marina e delle colonie⁵. Al fine di assicurare la sintesi e il coordinamento delle scelte di politica militare in un contesto istituzionale in cui il concetto di difesa nazionale manteneva un'accezione strettamente militare e l'organizzazione della difesa del Paese risultava essere frammentata tra più strutture ministeriali, il 4 aprile 1906 fu istituito, sul modello inglese del *Committee of Imperial Defense* del

⁵ Sul punto, R. DRAGO, *Le Chef des Armées de la II^{ème} à la V^{ème} République*, in *Revue administrative*, 292/1996, 377.

1902⁶, il «Consiglio superiore della difesa nazionale» (*Conseil supérieur de la défense nationale*), primo organismo interministeriale «a vocazione politico-strategica»⁷.

La riforma prevedeva che il *Conseil*, presieduto dal Capo dello Stato, fosse composto dal Presidente del consiglio, dai ministri degli esteri, della guerra, della marina, delle colonie e, con compiti consultivi, anche dai vertici delle forze armate.

Convocato in più occasioni e in particolare all'avvio del primo conflitto mondiale, il Consiglio sospese la propria attività nel 1916 per riprenderla poi nel 1920 quando fu di nuovo riunito con la missione di coordinare, alla luce dell'esperienza bellica, i diversi progetti ministeriali rivolti al miglioramento dell'organizzazione militare e a tale scopo dotato, con il decreto del 17 novembre 1921, di un «Segretariato generale permanente», poi diventato nel 1929 il *Secrétariat général de la défense nationale*.

Negli anni seguenti, a causa del costante aumento del numero dei propri componenti, il *Conseil supérieur de la défense nationale* divenne un organismo pletorico e privo di effettivo rilievo, tanto che, per assicurare un effettivo dialogo politico-militare, nel 1932 fu creato l'«*Haut comité militaire*», presieduto dal «ministro della difesa nazionale», istituito per la prima volta dal Presidente del consiglio André Tardieu, composto dai vertici di ciascuna arma e destinato nel 1936 a trasformarsi nel «*Comité militaire permanent de la défense nationale*», organismo chiamato ad appoggiarsi sul *Secrétariat général de la défense nationale*⁸.

Nel 1943, anche alla luce dell'esperienza direttamente maturata tra il 1931 e il 1936 proprio nel *Secrétariat*, il generale de Gaulle costituì il «*Comité de défense nationale*» sul modello di quello del 1936 e ne assunse la presidenza, ma nel 1944, al fine di assicurare la preparazione e la direzione delle operazioni comuni alle tre armi, relegò il *Comité* a svolgere un ruolo solo consultivo, trasformando invece il *Secrétariat général* in uno «Stato Maggiore generale della difesa nazionale» presso la presidenza del consiglio e nel novembre 1945, come capo del governo provvisorio, assunse l'*interim* della difesa⁹.

⁶ Il comitato assicurò dal 1902 al 1939, ovvero dalla fine della seconda guerra boera all'inizio del secondo conflitto mondiale, l'attività di ricerca e il coordinamento delle autorità civili e militari in materia di strategia militare, operando come una struttura consultiva del Primo ministro (che lo presiedeva) composta abitualmente dai ministri del gabinetto, dai capi dei servizi militari e dai principali funzionari pubblici, nonché dai Primi ministri dei *Dominions* (di fatto riconosciuti membri del Comitato anche in tempo di pace). Sul *committee*, F. A. JOHNSON, *Defense by Committee: The British Committee of Imperial Defence 1885-1959*, London, New York -Oxford University Press, 1960; J.P. MACKINTOSH, *The Role of the Committee of Imperial Defence before 1914*, in *The English Historical Review*, Volume LXXVII, Issue CCCIV, July 1962, 490 ss..

⁷ Sull'evoluzione del concetto di *défense nationale*, si veda B. WARUSFEL, *Les notions de défense et de sécurité en droit français*, in *Revue droit et défense*, 4-1994, 11. Sulla storia del *Secrétariat général de la défense nationale*, si rinvia alla scheda *Le Secrétariat général de la défense nationale (SGDN), 110 ans d'histoire*, 2016, disponibile sul sito internet del Segretariato.

⁸ In merito, S. CATROS, *Du Haut Comité Militaire au Comité Permanent de la Défense Nationale: les apories du dialogue politico-militaire en France (1935-1937)*, in *Matériaux pour l'histoire du notre temps*, 2013, n. 109-110, 1, 2013, 47.

⁹ P. VIAL, *Unifier la défense*, in *Inflections*, 3-2012, 18 ss..

L'art. 33 della Costituzione del 1946 conservò un *Comité de défense nationale*, affidandone la presidenza al Capo dello Stato con il titolo di *Chef des armées*, ma all'art. 47, terzo comma stabilì che spettasse al Presidente del consiglio assicurare «la direzione delle forze armate» e coordinare «la messa in opera della difesa nazionale». Riguardo l'organizzazione della difesa, i costituenti della Quarta repubblica non vollero mantenere il sistema centralizzato progressivamente instaurato da de Gaulle e il *Comité* cessò di essere un organismo consultivo dominato dal capo del governo.

Così, una volta ricostituiti accanto a quello della difesa i dicasteri per ciascuna forza armata, il decreto n. 47-256 del 7 febbraio 1947 sulla «ripartizione delle attribuzioni in materia di difesa nazionale» trasformò il Comitato di difesa nazionale in una sorta di «Consiglio dei ministri in miniatura»¹⁰ destinato a riunirsi irregolarmente fino al 1958 per affrontare le principali questioni internazionali di natura militare, operando in un contesto politico-istituzionale in cui l'organizzazione della difesa era costantemente priva di una «logica funzionale» e la conseguente «dispersione delle responsabilità» trovava «un eco naturale nel “regime dei partiti”»¹¹.

3. L'ambiguità della Costituzione del 1958: il possibile esercizio dei poteri militari da parte del Capo dello Stato attraverso la presidenza dei comitati e dei consigli della difesa

Nella Costituzione del 1958, il Comitato di difesa nazionale figura nell'art. 15 che riconosce il Capo dello Stato sia come «Capo delle forze armate» che «Presidente dei Consigli e dei Comitati superiori della difesa nazionale». Durante i lavori preparatori, i costituenti, pur non evidenziando quelle forti divisioni manifestatesi in occasione della formulazione dell'art. 5 relativo alla definizione della funzione presidenziale¹², manifestarono comunque delle divergenze in merito

¹⁰ *Ibidem*, 20.

¹¹ *Ibidem*, 23-24. Durante la Quarta repubblica, i poteri in materia di difesa finirono frammentati in ben cinque ministeri: quello della difesa (a cui il Presidente del consiglio delegava in modo permanente le proprie funzioni militari), tre ministeri o segretariati di Stato per ciascuna forza armata (esercito, marina e aviazione) e un ministro incaricato del teatro delle operazioni (prima l'Indocina e in seguito l'Algeria). Dal momento che ogni ministro spesso era espressione di un diverso partito della coalizione parlamentare che sosteneva il governo in parlamento, le linee strategiche della difesa da adottare dipendevano da un accordo generale che il Presidente del consiglio, anche nel corso delle riunioni del Comitato della difesa nazionale, spesso non era politicamente in grado di ottenere. In merito, cfr., B. CHANTEBOUT, *Constitution et défense nationale*, in *Droit et défense*, 2-1999, 5 per il quale il capo del governo, durante la Quarta repubblica, fu di fatto «spossessato delle responsabilità militari da parte dei partiti della maggioranza parlamentare».

¹² Nel corso dell'elaborazione della disposizione, risultò decisivo il confronto tra i diversi modelli istituzionali proposti da de Gaulle, dal Guardasigilli Debré e dai ministri di Stato (già Presidenti del consiglio della Quarta repubblica), ognuno dei quali segnato da una diversa articolazione del rapporto tra il Capo dello Stato, il Primo ministro e il parlamento. Così, secondo de Gaulle, il Presidente della repubblica, in quanto *mandataire de la Nation* contrapposto alle divisioni partitiche, era chiamato a operare come un arbitro istituzionale in grado di garantire attivamente l'indipendenza del Paese, il regolare funzionamento dei pubblici poteri e la tutela degli interessi supremi della Nazione, per Debré doveva porsi come un garante, in un'ottica dualista, del corretto funzionamento del sistema parlamentare, mentre per i ministri di Stato non doveva porsi al vertice dell'esecutivo, né influire sulla determinazione dell'indirizzo politico generale. L'art. 5 risultò quindi un ambiguo testo di compromesso

alla natura delle due missioni che il Capo dello Stato era chiamato a svolgere nell'ambito della difesa¹³. In effetti, come risulta evidente nelle note preparate nel giugno 1958 per il comitato interministeriale presieduto dal generale de Gaulle, il titolo di *Chef des armées* non era inteso in senso meramente onorifico, ma al contrario veniva ricondotto all'esercizio di una «reale» funzione decisionale che, attraverso la presidenza dei consigli e dei comitati superiori della difesa, rendeva il Presidente della repubblica l'effettivo «capo della difesa nazionale»¹⁴.

Del resto, fin dalla sua nomina a Presidente del consiglio da parte del Presidente Coty, alla luce soprattutto del compito che era chiamato a svolgere riguardo la crisi algerina, il generale de Gaulle aveva manifestato una forte attenzione alle questioni militari e in tale ottica, oltre ad assumere l'*interim* della difesa nel nuovo governo, aveva avviato da subito, sul modello del 1944-46, una riorganizzazione dell'intera struttura amministrativa della *défense nationale* allo scopo di riaffermare il pieno controllo delle forze armate da parte del potere politico¹⁵. Così, secondo de Gaulle, la presidenza dei Consigli e dei comitati superiori della difesa doveva assicurare una delle fondamentali funzioni che la figura presidenziale da lui prefigurata era chiamata a svolgere: garantire in caso di grave crisi la continuità dello Stato e l'indipendenza nazionale attraverso l'esercizio di poteri eccezionali, compresi quelli di natura militare¹⁶.

Nelle successive fasi dei lavori preparatori, il testo dell'articolo relativo alle competenze del Capo dello Stato in materia di difesa contenuto nel progetto preparatorio della nuova Costituzione («il Presidente della Repubblica, capo supremo delle forze armate, presiede a questo titolo i consigli organici riguardanti la difesa nazionale») fu modificato dal Comitato consultivo costituzionale in modo che venisse assicurata la separazione tra il comando delle forze armate e la responsabilità della difesa e quindi fosse eliminato «ogni rapporto di causa ed effetto»¹⁷ tra il

caratterizzato da «formule vaghe e polisemiche» che si prestavano a interpretazioni contraddittorie: da un lato la nuova Carta legittimava il ricorso del Presidente della repubblica ai propri poteri costituzionali, dall'altro la nozione di *arbitrage* limitava la sua sfera di intervento alla «vigilanza generale del buon funzionamento delle istituzioni» ovvero alla tutela della stabilità del governo attraverso il ricorso al corpo elettorale in caso di un insanabile conflitto sorto con il parlamento (cfr., D. ROUSSEAU, *L'invenzione continua della Quinta Repubblica*, in ID. (a cura di), *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, 56 e 55); sulla concezione della funzione presidenziale nel dibattito costituente del 1958, sia consentito il rinvio a R. CASELLA, *Il monarca repubblicano. La figura del Capo dello Stato nell'evoluzione costituzionale francese dalla grande révolution alla Quinta repubblica*, Napoli, Jovene, 2009, 323 ss.

¹³ Cfr., T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 223.

¹⁴ Cfr. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. I, *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Notes préparées pour le Conseil interministériel (10 juin 1958), Paris, La Documentation française, 1987, 315.

¹⁵ P. VIAL, *La genèse du poste de chef d'état-major des armées*, in *Revue historique des armées*, 248-2007, 7.

¹⁶ In merito, sia consentito il rinvio a R. CASELLA, *Il Capo dello Stato Chef des armées. La Quinta Repubblica francese e la preminenza presidenziale nel settore della difesa*, in *Federalismi.it*, 7 novembre 2018, 5 ss..

¹⁷ Così il senatore François Valentin, cfr., *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II, *Le Comité consultatif constitutionnel. De l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris, La Documentation française, 1988, 325. Per T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République*, cit., 223-224 «le due concezioni

ruolo di capo delle forze armate e quello di presidente, a tale titolo, dei consigli di difesa nazionale. La nuova versione dell'articolo, una volta approvata dal Commissario del governo François Luchaire, non fu in seguito modificata fino all'approvazione finale della Costituzione.

Tuttavia, i costituenti scelsero di mantenere il Presidente della repubblica titolare di poteri eccezionali finalizzati, nell'ipotesi di una grave crisi, a renderlo il supremo garante della «continuità nazionale»¹⁸ e ciò nonostante gli altri articoli relativi all'organizzazione costituzionale della difesa nazionale affermassero invece la preminenza *primoministérielle*¹⁹. Secondo gli artt. 20 e 21 della Carta, infatti, le forze armate sono a disposizione del governo e il Primo ministro, chiamato a dirigere l'azione del governo, è il responsabile della difesa nazionale, attribuisce le cariche militari e controfirma gli atti presidenziali adottati ai sensi dell'art. 15 in quanto esclusi da quei “poteri propri” del Presidente della repubblica dispensati, *ex art.* 19 della Costituzione, proprio dal *contreseing ministeriel*²⁰.

A causa di ciò, il testo della Costituzione presenta una divisione delle competenze in materia di difesa nazionale tra i due vertici dell'esecutivo destinata ad essere oggetto di due opposte interpretazioni, una *gouvernementale* e l'altra invece in senso *présidentialiste*²¹.

Secondo la prima, basata su una lettura del testo di tipo sistemico, l'art. 5 della Costituzione non opera come «una fonte autonoma di competenza» in grado di ampliare il contenuto dell'art. 15, ma si limita invece ad assicurare solo «senso e unità»²² a tutte le disposizioni costituzionali relative al Presidente della repubblica. Il conferimento a quest'ultimo della qualifica di *Chef des armées* ha, come in molti altri testi costituzionali, una valenza prettamente simbolica in quanto espressione della preminenza del potere civile su quello militare²³, mentre l'attribuzione della presidenza dei consigli e dei comitati di difesa non si traduce nell'attribuzione di un potere

dell'alto collegio di difesa, una presidenziale e l'altra primoministeriale» finirono così per essere entrambe ricomprese in un testo di compromesso in grado di «neutralizzare la loro opposizione» (trad. mia).

¹⁸ Così il Commissario del governo Raymond Janot di fronte alla Commissione Costituzionale del Consiglio di Stato il 25 e 26 agosto 1958, cfr. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. III, *Du Conseil d'État au référendum: 20 août-28 septembre 1958*, Paris, La Documentation française, 1991, 54.

¹⁹ In tal senso, L. SPONCHIADO, *Le chef des armées et le responsable de la défense nationale*, in B. MATHIEU-M. VERPEAUX (a cura di), *Les compétences en matière de défense sous la V^e République*, Dixième Printemps du droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 2016, 27-50;

²⁰ In merito, J.-C. VIDELIN, *Droit public de la défense nationale*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 95 ss..

²¹ Sulle diverse posizioni in dottrina, M.T. VIEL, *La répartition des compétences en matière militaire entre le Parlement, le Président de la République et le Premier ministre*, in *Revue du droit public*, 1-1993, 163.

²² *Ibidem*, 167. Sulla rilevanza dell'art. 5 della Costituzione, CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense*, cit., p. 194; ID., *Constitution et défense nationale*, cit., 46 ss.

²³ Per FRISON-ROCHE, *Article 15*, in F. LUCHAIRE, G. CONAC-X. PRÉTOT (a cura di), *La Constitution de la République française*, 3e éd., Paris, Economica, 2008, cit., 504, l'art. 15 esprime «la tradizione democratico-occidentale del principio romano *cedant arma toga*». Per MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., I, A, la formula dimostra anche «l'attaccamento delle forze armate alle istituzioni piuttosto che agli individui destinati a cambiare in base alle alternanze politiche» (trad. mia). Sul punto anche P. VIAL, *Une lente maturation: la dimension politico-militaire de la tradition républicaine*, in *Casoar*, 213, avril 2004, 13 ss.; T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 229.

decisionale, spettante in realtà al Primo ministro, dotato dalla Carta, conformemente alla logica parlamentare, di ampie attribuzioni in materia di difesa nazionale²⁴.

In base invece a un criterio interpretativo delle disposizioni costituzionali di tipo funzionale²⁵, i costituenti scelsero di garantire, soprattutto nel peculiare contesto del 1958 segnato dalla crisi militare algerina, una direzione unitaria della difesa nazionale incentrata sull'attribuzione al Capo dello Stato di un ruolo tutt'altro che simbolico alla luce dei poteri straordinari riconosciutigli dall'art. 16 della Costituzione in qualità di garante della continuità dello Stato e dell'indipendenza della Nazione. In altri termini, il Presidente della repubblica, attraverso la presidenza dei comitati e dei consigli della difesa prevista dall'art. 15, dispone di effettive competenze in ambito militare che, in quanto giustificate dalla missione istituzionale affidatagli dall'art. 5, lo rendono il primo responsabile della difesa nazionale²⁶.

L'applicazione della nuova disciplina costituzionale, come previsto dall'art. 92 della Carta, fu assicurata da un'ordinanza relativa all'organizzazione generale della difesa che, elaborata dallo Stato maggiore con il sostegno della Presidenza del consiglio (allora affidata a de Gaulle), fu adottata il 7 gennaio 1959.

L'*ordonnance* nn. 59-147, riconosciute come spettanti al «*pouvoir exécutif*» la direzione e l'organizzazione della difesa (art. 2), affidò al Consiglio dei ministri il compito di definire, secondo un metodo decisionale di tipo collegiale, la «politica di difesa» del governo (art. 7) e al *Comité de défense*, nella sua composizione plenaria e ristretta (art. 7, commi 2 e 3), quello di adottare le decisioni in materia, rispettivamente, di «direzione generale della difesa» e di «direzione militare della difesa» (art. 10)²⁷.

Il Comitato si riuniva sotto la presidenza del Capo dello Stato e la sua composizione veniva fissata direttamente dall'ordinanza (art. 10)²⁸, mentre le sue riunioni in forma ristretta erano invece affidate alla «*diligence*» del Primo ministro che doveva ogni volta scegliere i membri da convocare. Questa scelta del legislatore organico di affidare «*a priori*» al Primo ministro l'iniziativa

²⁴ T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit..

²⁵ J. THOMAS, *Controverse sur la répartition constitutionnelle des compétences en matière de Défense, contribution pour le VI^{ème} Congrès de droit constitutionnel*, Montpellier, 9-11 juin 2005, 6.

²⁶ J. CASTILLO MAROIS, *Controverse sur la suprématie du président de la République en matière de défense nationale*, in *Revue du droit constitutionnel*, 110/2017, 347; R. HABAS-LEBEL, *La V^e République et la guerre*, in *Pouvoirs*, 58/1991, 9; sulla possibilità di interpretare l'art. 15 anche «sostanzialmente», P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009, 207.

²⁷ Per T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., I, A, il Consiglio di difesa era inteso dall'ordinanza come «un spazio di decisione collegiale, specializzato negli affari militari». Su tale «concezione *gouvernementaliste*» della difesa sostenuta dall'ambizione di un processo decisionale di tipo collegiale, si veda L. SPONCHIADO, *Le chef des armées et le responsable de la défense nationale*, cit., 36.

²⁸ Così, oltre ai membri di diritto del governo (il Primo ministro, i ministri della difesa, degli esteri, dell'interno e delle finanze, nonché, eventualmente, i titolari di altri dicasteri), poteva far parte del *Conseil* anche ogni altra personalità convocata dal Capo dello Stato in ragione della propria competenza in materia.

di riunire il *Comité* e di configurarlo come un organo governativo²⁹, posto «invariabilmente»³⁰ sotto la presidenza del Capo dello Stato, riproponeva l'ambiguità delle soluzioni adottate in sede costituente, riaffermando nell'ambito della difesa quella originaria «diarchia *à la française*»³¹ destinata a essere poi sostituita, nella pratica istituzionale gollista, dalla preminenza del Presidente della repubblica.

4. La pratica istituzionale gollista e l'espansione del ruolo presidenziale nel settore militare. I decreti del 1962 e la centralità riconosciuta ai consigli e ai comitati presieduti dal Capo dello Stato

Com'è noto, una volta eletto Presidente nel 1959, de Gaulle modificò progressivamente a proprio vantaggio i rapporti all'interno dell'esecutivo e dopo aver assunto nel 1961, di fronte all'acutizzazione della crisi algerina, i poteri straordinari previsti dall'art. 16 della Costituzione, l'anno successivo giunse addirittura a revocare il Primo ministro Michel Debré, rivendicando così la guida del governo.

Il rafforzamento del ruolo presidenziale fu segnato, già prima dell'aggravarsi della guerra in Algeria, da un costante e incisivo intervento dell'Eliseo nelle questioni della difesa che di fatto stravolse il modello organizzativo definito dall'*ordonnance* del 1959³², dando corpo a quella divisione dei compiti in seno all'esecutivo che fu esplicitamente richiamata dall'allora presidente dell'Assemblea nazionale Jacques Chaban-Delmas. Secondo quest'ultimo, infatti, esisteva una sfera di competenza esclusiva del Capo dello Stato (il c.d. «*domaine réservé*»), riguardante la politica estera e quella di difesa, distinta da quell'ambito invece dedicato alla mera attuazione di queste ultime spettante invece al Primo Ministro e agli altri componenti del governo³³.

Così, de Gaulle non solo al momento della formazione del primo governo della Quinta repubblica indicò direttamente a Debré il nome del nuovo ministro della difesa, ma in seguito

²⁹ Per B. CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 342, il Primo ministro è infatti riconosciuto dall'ordinanza come il «*maître* della difesa» e la «chiave di volta» della sua organizzazione (rispettivamente 198 e 223).

³⁰ T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 224.

³¹ Così, J. MASSOT, *Le chef de l'État, chef des armées*, Paris, L.G.D.J., Librairie générale du droit et de jurisprudence, 2011, cit., 44. Per HABAS-LEBEL, *La V^e République et la guerre*, cit., 9, l'ordinanza del 1959 «non rimuove l'ambiguità istituzionale iscritta nel testo della Costituzione». Secondo L. SPONCHIADO, *Le chef des armées et le responsable de la défense nationale*, cit., 33, i redattori dell'ordinanza mutuarono «la concezione *primoministériale* in materia di difesa» dai costituenti con cui avevano mantenuto dei «legami privilegiati».

³² In tale periodo, secondo ID., *Le chef des armées et le responsable de la défense nationale*, cit., 36, de Gaulle fu nei fatti «più generale che Presidente».

³³ Sul punto si veda A. GIOVANNELLI, *Aspetti della V^a Repubblica da de Gaulle a Mitterrand*, Milano, Giuffrè, 1984, 263.

inviò regolarmente a quest'ultimo le proprie direttive attraverso il Capo di Stato Maggiore particolare (*Chef de l'État-major particulier*) costituito all'Eliseo³⁴ e poi promosso a Capo di Stato Maggiore generale della difesa nazionale, la più alta carica militare del Paese entrata a far parte di diritto del Comitato di difesa.

Inoltre, dopo l'insurrezione scoppiata nel 1960 a Algeri, il Presidente della repubblica costituì il «Comitato degli affari algerini» (*Comité des Affaires Algériennes*), da lui presieduto e composto dal Primo ministro, dai ministri della difesa, degli esteri, dell'Algeria e dai vertici militari responsabili delle operazioni militari, organismo che ridimensionò sensibilmente le competenze del capo del governo³⁵.

Così, nel 1962, una volta conclusa la guerra, l'intera organizzazione della difesa fu oggetto di una profonda riforma che, tra l'altro, coinvolse anche il Comitato di difesa. Il decreto n. 62-808 del 18 luglio 1962, infatti, affidò ai consigli e ai comitati «riuniti e presieduti dal Presidente della repubblica» la «direzione d'insieme della difesa nazionale» e la «condotta della guerra» (art. 1), mentre riconobbe al Primo ministro solo il compito di «mettere in opera» le decisioni adottate da tali organismi per mezzo del Segretariato generale della difesa nazionale» (*Secrétariat général de la défense nationale*) (art. 2), istituito dal decreto n. 62-809, per lo svolgimento delle funzioni di coordinamento delle attività ministeriali nel campo della difesa³⁶.

5. (segue) La presidenza del Conseil de défense nel decreto del 1964 sull'attribuzione del comando delle armi nucleari al Capo dello Stato

Il decreto n. 64-46 del 14 gennaio 1964 relativo alla definizione delle condizioni di impiego delle forze aeree strategiche, primo nucleo del sistema di dissuasione nucleare francese (la c.d. *force de frappe*), consacrò il Presidente della repubblica quale responsabile della difesa nazionale.

Il testo, infatti, oltre ad affidare al Consiglio di difesa³⁷ il compito di decidere «la missione, l'organizzazione e le condizioni di impiego» delle forze nucleari (art. 1), stabiliva che il

³⁴ Tale figura era già operativa presso la Presidenza del consiglio nella fase transitoria 1958-59 (cfr., J. MASSOT, *Le chef de l'État, chef des armées*, cit., 67).

³⁵ Per L. SPONCHIADO, *Le chef des armées et le responsable de la défense nationale*, cit., 36, di fatto, con l'istituzione del Comitato ad opera del decreto n. 60-120 del 13 febbraio 1960, l'ordinanza n. 59-147 «cessò di essere applicata».

³⁶ Per T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 224, il decreto operava «una duplice restrizione della competenza primomonisteriale» rivolta a «favorire una nuova influenza presidenziale sul Comitato di difesa, conforme alla pratica gollista» (trad. mia).

³⁷ Il decreto si riferiva al «Consiglio di difesa» per effetto della tendenza ormai in atto a chiamare «Consigli» le riunioni interministeriali presiedute dal Capo dello Stato e a lasciare le denominazioni di «Comitati» a quelle invece presiedute dal Primo ministro. Il decreto non era stato sottoposto al Consiglio dei ministri, ma preparato e adottato senza alcuna modifica dal Consiglio di difesa del 5 dicembre 1963, tanto che, secondo T. VIEL, *La répartition des compétences en matière militaire entre le*

comandante di queste ultime fosse tenuto a utilizzarle su ordine diretto dato dal Capo dello Stato in qualità di «presidente del consiglio di difesa e capo delle forze armate» (art. 5). In tale schema, al Primo ministro e al ministro della difesa spettava solo, rispettivamente, garantire l'implementazione delle misure generali adottate e soprintendere alle misure e alle infrastrutture necessarie a garantire l'impiego delle forze aeree strategiche (art. 2).

In altri termini, attribuendo al Presidente della repubblica sia la decisione ultima sul ricorso al dispositivo di dissuasione nucleare che la responsabilità delle operazioni attraverso le direttive impartite direttamente ai comandanti militari incaricati di impiegare la *force de frappe*, il decreto riuniva nel *Conseil de défense* sia la direzione politica che la direzione militare della guerra nucleare, così da farlo il «“luogo” obbligato»³⁸ di tutto il processo decisionale. Nel contempo, il riconoscimento del Capo dello Stato come l'ultimo responsabile del “*feu nucléaire*” in quanto vertice del Consiglio di difesa e capo delle forze armate sanciva una «presidenzializzazione dell'ambito nucleare»³⁹ destinata a incidere in modo permanente non solo sugli equilibri interni all'esecutivo, ma anche sull'intera dinamica politico-istituzionale della Quinta repubblica.

Il decreto del 1964, infatti, al di là delle forti contestazioni di cui fu fin da subito oggetto⁴⁰ e del fatto di riferirsi solo alle forze aeree strategiche ovvero all'unica tipologia di armi nucleari di cui allora disponeva la Francia, rimase in vigore più di trent'anni, venendo poi sostituito dal decreto n. 96-250 del 12 giugno 1996 che ampliò il suo schema alle nuove componenti della *force de frappe*, come i missili e i sottomarini, mantenendo inalterata la *primauté présidentielle* nell'ambito dell'intera dissuasione nucleare⁴¹.

Come ebbe a sostenere il generale De Gaulle nella sua celebre conferenza stampa del 31 gennaio 1964, l'attribuzione del comando esclusivo delle armi atomiche al Capo dello Stato trovava la propria giustificazione nella sua capacità di adottare le decisioni supreme per la vita

Parlement, le Président de la République et le Premier ministre, cit., 178, era addirittura da considerarsi «illegale» in base alle disposizioni dell'ordinanza del 1959 sui comitati di difesa.

³⁸ Così, DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 224.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Pompidou rispondendo il 24 aprile 1964 all'Assemblea Nazionale ad alcune interpellanze presentate da esponenti dell'opposizione, tra cui François Mitterrand, rivolte a contestare l'incostituzionalità del decreto, richiamò la necessità di affidare, in situazioni spesso di estrema urgenza, ad una sola persona e non all'intero parlamento la decisione sul ricorso alle armi nucleari. Il Primo ministro, inoltre, da un lato sottolineò come il ricorso al decreto, in realtà, rispettasse la tradizione repubblicana che consentiva il ricorso al potere regolamentare per l'organizzazione dei comandi militari, dall'altro invocò il sostegno popolare per giustificare il rafforzamento del ruolo presidenziale (in merito, B. CHANTEBOUT, *L'organisation générale de la défense nationale*, cit., 222).

⁴¹ Al riguardo, per J. P. CAMBY, *Un nouveau décret sur l'engagement des forces nucléaires*, in *Revue du droit public*, 5/1996, 1239, il decreto del 1996, come già quello del 1964, rimetteva di fatto la decisione “deliberata” dal Consiglio alla sola autorità che lo presiede, opponendo così «la personalizzazione reale delle decisioni essenziali» alla «collegialità affermata» del governo e dei consigli di difesa (trad. mia).

della Nazione e soprattutto quelle relative a garantirne l'indipendenza⁴². Un simile potere «*suprême et sans partage*» poteva essere esercitato unicamente dal Presidente della repubblica non solo in ragione della propria capacità di garantire quella continuità e quella concentrazione del comando delle armi strategiche indispensabili a rendere credibile la forza di dissuasione nucleare, ma anche in forza dell'autorità, della legittimazione democratica e della «forza morale»⁴³ che gli derivavano dall'essere eletto direttamente dal popolo⁴⁴.

In effetti, grazie al ruolo riconosciuto di *maître absolu* dell'arsenale atomico, il Presidente della repubblica ha potuto assumere non solo la direzione della difesa, ma anche quella della politica estera che, in quanto *mission régalienn*e a lui riservata, è stata trasformata in una sorta di proiezione diplomatica del sistema di dissuasione nucleare⁴⁵. Quest'ultimo, in altri termini, fin dalla sua costituzione è stata considerata da de Gaulle e da tutti i suoi successori, come «un insieme politico, strategico, tecnologico e diplomatico»⁴⁶ destinato a non essere separato dalle altre questioni politiche riguardanti le condizioni di impiego, il rapporto quantitativo con le armi convenzionali e la programmazione delle risorse a medio e a lungo termine per la sua modernizzazione.

Inoltre, è risultato indispensabile porre a disposizione del Capo dello Stato tutti gli strumenti in grado di assicurargli, in caso di grave crisi, la gestione delle operazioni militari e, se del caso, il tempestivo ricorso alle armi strategiche. Proprio per rispondere a tali esigenze, dal 1978 è operativo presso l'Eliseo un centro di comando sotterraneo e protetto (il *Poste de commandement Jupiter* o *PC Jupiter*) in grado di comunicare con le diverse unità delle forze armate francesi e di assistere in modo permanente il Presidente, attraverso un apposito *staff* composto dal Capo di Stato Maggiore particolare e da altri alti ufficiali, nell'eventualità debba ricorrere alle armi nucleari.

⁴² De Gaulle si riferì infatti a un «*domaine suprême*» a lui riservato in via esclusiva (cfr., Conférence de presse du 31 janvier 1964, in *Documents d'études: Le Président de la Cinquième République*, La Documentation française, n. 1.06, 2004, 43). Per B. CHANTEBOUT, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, in *Pouvoirs*, 38/1986, 25, il potere del Capo dello Stato di ingaggiare la forza di dissuasione nucleare gli consente di trasformare la formula di «garante dell'indipendenza nazionale» ex art. 5 della Costituzione in una «una realtà tangibile» (trad. mia). In merito si veda anche B. GRÉMARE, *De l'arme nucléaire française. Essai sur la constitutionnalisation de la force de frappe*, Paris, L'Harmattan, 2021, 243 ss.,

⁴³ Così, CAMBY, *Un nouveau décret sur l'engagement des forces nucléaires*, cit., 1237.

⁴⁴ Al riguardo, per J. GUISNEL, B. TERTRAIS, *Le Président et la bombe. Jupiter à l'Élysée*, Paris, Odile Jacob, 2016, 57, la legge costituzionale n. 62-1292 relativa all'elezione diretta del Capo dello Stato è da considerarsi come «l'atto fondativo di una "Costituzione atomica"» (trad. mia). Secondo O. GOHIN, *Les fondements juridiques de la défense nationale*, in *Droit et Défense*, 1/1993, 9, «(...) dal momento che tale decisione suprema appartiene ad un solo uomo, quest'ultimo non può che essere «colui che è diventato, grazie alla sua elezione, "l'uomo della Nazione", garantito dalla durata e dalla permanenza [in carica] e responsabile politicamente dei suoi atti davanti alla Storia e, per effetto della propria volontà, di fronte all'intero popolo francese» (trad. mia).

⁴⁵ Per B. CHANTEBOUT, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, cit., 24, il controllo delle armi nucleari consente nei fatti al Capo dello Stato non soltanto di diventare il «*généralissime*» delle forze armate, ma anche di operare come «*le diplomate en chef*». Sullo stretto legame tra la deterrenza nucleare e la politica estera della Francia, cfr., S. COHEN, *La monarchie nucléaire*, Paris, Hachette, 1986.

⁴⁶ ID., *Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle*, in *Pouvoirs*, 38/1986, 14.

Questo forte accentramento dei processi decisionali e il particolare assetto delle strutture chiamate a gestirlo, direttamente dipendenti dal Capo dello Stato, hanno finito nel tempo per porsi come un vero e proprio «fattore di continuità» che tende ad opporsi a «ogni mutamento e vuoto di potere»⁴⁷. In ragione infatti, dello stretto legame venutosi a instaurare tra la «logica strategica» e la «logica politica»⁴⁸, tutti i presidenti della Quinta repubblica hanno riaffermato, in continuità con la dottrina gollista, la loro diretta autorità sulla *force de frappe*⁴⁹, nonché giustificato, a partire da quest'ultima, l'esercizio di un effettivo potere decisionale anche nell'utilizzo delle forze convenzionali.

6. La preminenza presidenziale nel settore della difesa: il Conseil de défense nella prassi politico-istituzionale della Quinta repubblica

A partire dal 1964, il Capo dello Stato ha esercitato il primato in materia di difesa nazionale soprattutto attraverso il Consiglio di difesa, convocato spesso *ad nutum* indipendentemente dalle circostanze e operante come il centro di tutte le sue decisioni più rilevanti. Originariamente dotato dall'ordinanza del 1959 di una precisa specializzazione in quanto riconosciuto competente innanzitutto nella «difesa nazionale»⁵⁰, nella pratica il *Conseil* ha dedicato le proprie riunioni alle principali questioni internazionali (fino al 1990 connesse soprattutto agli sviluppi della “guerra fredda”), allo sviluppo e al mantenimento dell'arsenale strategico e alla gestione degli interventi delle forze armate francesi all'estero⁵¹.

Significativamente, infatti, il Presidente della repubblica ha approvato nel corso dei Consigli di difesa ristretti lo svolgimento degli esperimenti atomici in Oceania (decisi da Valéry Giscard d'Estaing, confermati da François Mitterrand e successivamente ripresi da Jacques Chirac), nonché il ricorso alle forze convenzionali in vari scenari di crisi (tra cui quelle in Libano, Iraq,

⁴⁷ A. GIOVANNELLI, *Aspetti della V^a Repubblica da de Gaulle a Mitterrand*, cit., 265.

⁴⁸ P. JAN, *Le Président de la République au centre du pouvoir*, Paris, La Documentation française, 2011, 126.

⁴⁹ Significativamente, Mitterrand, nonostante avesse contrastato dall'opposizione il tradizionale monopolio del Capo dello Stato nell'impiego delle armi nucleari, giudicandolo incostituzionale, una volta eletto all'Eliseo, manifestò il proprio «attaccamento indefettibile» a tale suprema responsabilità presidenziale e giunse addirittura a dichiarare: «La pietra angolare della strategia di dissuasione in Francia è il Capo dello Stato, sono io; tutto dipende dalla sua determinazione. Il resto non sono che dei materiali inerti...» (Cfr., B. CHANTEBOUT, *La dissuasion nucléaire et le pouvoir présidentiel*, cit., 29; J. MASSOT, *Le chef de l'État, chef des armées*, cit., 185).

⁵⁰ Secondo l'art. 1, comma 1, dell'*ordonnance* «la difesa ha per oggetto assicurare in ogni momento, in ogni circostanza e contro ogni forma di aggressione, la sicurezza e l'integrità del territorio, così come la vita della popolazione» (trad. mia).

⁵¹ Cfr. T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 237 che al riguardo sottolinea come nel decennio 1990-2000 il Consiglio si sia occupato anche della programmazione militare pluriennale e dei suoi profili finanziari.

Kosovo, Afghanistan, Ciad e Siria), spesso anche con la definizione delle modalità di impiego operativo delle unità militari coinvolte⁵².

Il Capo dello Stato ha mantenuto il proprio ruolo anche quando è stato costretto a “coabitare” per ben tre volte (1986-88, 1993-95 e 1997-2002) con un Primo ministro dotato di una diversa legittimazione politica. In effetti, tali esperienze, potenzialmente in grado di rimodellare, sulla base dell’ambivalenza della Costituzione, gli equilibri interni all’esecutivo, hanno visto in realtà il capo del governo costantemente ricercare un *modus vivendi* con l’Eliseo riguardo la gestione delle principali questioni relative alla difesa nazionale.

Così, l’obiettivo di tutti Primi ministri *cobabitacionnistes* (Jacques Chirac, Édouard Balladur e Lionel Jospin) non è stato porre concretamente in discussione la *primauté* in ambito militare esercitata dal Capo dello Stato⁵³, ma al contrario ricercare una condivisione di responsabilità con il Capo dello Stato in grado di garantire loro di essere informati e coinvolti durante il processo decisionale sull’impiego delle forze armate e a tale scopo i tre *premier* hanno cercato di concertare l’azione del proprio governo con le iniziative assunte dall’Eliseo soprattutto riguardo la definizione degli indirizzi generali e delle opzioni strategiche della difesa⁵⁴.

Indicativa, al riguardo, è risultata la prassi adottata da Balladur nel 1993 di far svolgere i Consigli di difesa ristretti subito dopo il Consiglio dei Ministri, e di prevedere la convocazione di riunioni preparatorie a Matignon in presenza del Segretario generale della Presidenza della repubblica o del Capo di Stato Maggiore particolare del Presidente⁵⁵. Altrettanto significativa è stata la stretta collaborazione con il Presidente Chirac avviata da Jospin in occasione sia del conflitto in Kosovo del 1999 che di quello in Afghanistan del 2001 e sfociata nell’adozione di decisioni comuni nei Consigli di difesa convocati nel corso delle due crisi⁵⁶.

Tuttavia, durante la coabitazione, il Primo ministro ha anche rivendicato un proprio ruolo decisionale nel settore della sicurezza interna come dimostra la decisione adottata da Chirac dopo

⁵² In merito, si vedano J.C. VIDELIN, *Droit public de la défense nationale*, cit., 103 ss.; S. COHEN, *Le Président chef des armées*, in *Pouvoirs*, 58/1991, 33 ss.; J. MASSOT, *Le chef de l’État, chef des armées*, cit., 79. Sulla centralità della figura del Capo dello Stato in alcun rilevanti crisi militari, cfr. H. PORTELLI, *Union sacrée?*, in *Pouvoirs*, 58/1991, 28; R. DRAGO, *Le Chef des Armées de la IIème à la Vème République*, cit., 379; R. HABAS-LEBEL, *La Vème République et la guerre*, cit., 18.

⁵³ Così, già all’avvio della prima coabitazione, Mitterrand non solo manifestò la propria opposizione alla nomina di François Léotard a ministro della difesa (opposizione poi rinnovata nel 1993 nei confronti di Charles Pasqua), ma in un Consiglio di difesa impose al Primo ministro di dare priorità in sede di bilancio alla messa in opera di due nuovi e onerosi sistemi di armi nucleari.

⁵⁴ Così, come sottolinea B. DAUGERON, *La cohabitation et ses faux-semblants: réflexions sur le présidentielisme minoritaire*, in *Revue du droit public*, 1/2004, 81, il Primo ministro non era infatti intenzionato a screditare l’autorità, nel settore della difesa, della Presidenza della repubblica visto che la conquista di quest’ultima costituiva la propria principale ambizione politica. Sul mancato avvento con la *cobabitacion* di un *domaine partagé* della difesa basato su una doppia autorità, «monarchica» riguardo l’arsenale nucleare e «diarchica» per le forze convenzionali, S. COHEN, *Monarchie nucléaire, dyarchie conventionnelle*, cit., 14 ss. e O. GOHIN, *Les fondements juridiques de la défense nationale*, cit., 10 che, al riguardo sottolinea le difficoltà di separare in modo «ermetico» i due livelli decisionali della difesa nazionale.

⁵⁵ In merito, L. GAUTIER, *Mitterrand et son armée*, Paris, Grasset, 1999, 220.

⁵⁶ Cfr., J.C. VIDELIN, *Droit public de la défense nationale*, cit., 104.

gli attentati compiuti in Francia nell'autunno del 1986 di istituire e dirigere il *Conseil de sécurité intérieure*, composto dai ministri dell'interno, della difesa, degli esteri, della giustizia e delle finanze.

Tale organismo, chiamato a contrastare il terrorismo, un settore di fatto riservato al Capo dello stato fin dalla lotta intrapresa nei primi anni Sessanta da de Gaulle contro l'OAS, *l'Organisation de l'armée secrète*, si è poi riunito in modo sporadico per affrontare crisi improvvise (la presa in ostaggio di francesi in Libano e la tensione in Nuova Caldonia). Dopo la rielezione di Mitterrand nel 1988, il *Conseil* è stato convocato dal Primo ministro Michel Rocard unicamente in occasione degli attentati in Corsica e delle minacce terroristiche legate alla guerra nel Golfo, tanto che solo nel 1997 Jospin ha posto fine alla sua inattività istituendo formalmente, con il decreto n. 97-1052 del 18 novembre 1997, il *Conseil de sécurité intérieure*, da lui presieduto e composto dai ministri dell'interno, della difesa, della giustizia e da quello delegato alle dogane.

Il Consiglio, affidato al Segretario generale del governo (e non al Segretario generale della difesa nazionale) e riconosciuto competente sia a definire gli indirizzi generali della politica di sicurezza interna che a coordinare l'azione dei Ministeri su di essa competenti, si è regolarmente riunito fino alla rielezione nel 2002 del Presidente Chirac. Quest'ultimo, infatti, una volta promesso in campagna elettorale di ricomprendere anche la sicurezza interna nel proprio *domain réservé*, ha abrogato il decreto del 1997 e con il decreto n. 2002-890 del 15 maggio 2002 ha assunto direttamente la presidenza del *Conseil de sécurité intérieure*, nominando anche il suo Segretario generale (*Secrétaire général du conseil de sécurité intérieure*), figura tenuta a raccordarsi con il Segretariato generale della difesa nazionale (servizio formalmente posto sotto l'autorità del Primo ministro, ma in realtà operante in una posizione di equidistanza da entrambi i poli dell'esecutivo⁵⁷).

7. La riorganizzazione del 2009 delle strutture superiori della difesa: il «*Conseil de défense et de sécurité nationale*»

È tuttavia con la riforma adottata nel 2009 che il Consiglio di difesa ha assunto la forma attuale divenendo il «Consiglio di difesa e di sicurezza nazionale» (*Conseil de défense et de sécurité nationale*).

⁵⁷ Cfr., *Le Secrétariat général de la défense nationale (SGDN), 110 ans d'histoire*, cit..

La nuova disciplina, destinata a modificare la prima parte del *Code de la défense* del 2004⁵⁸, è stata inserita nella legge di programmazione militare 2009-2014 adottata il 29 luglio 2009⁵⁹ in base alle indicazioni contenute nel *Livre blanc sur la défense et la sécurité nationale 2008*. Quest'ultimo documento era stato pubblicato il 17 giugno 2008 al termine dei lavori della commissione presieduta da Jean-Claude Mallet, già Segretario generale della difesa nazionale, incaricata nel luglio 2007 dal neo eletto presidente Nicolas Sarkozy di definire, attraverso la partecipazione di esperti, parlamentari e militari, un «concetto globale di difesa» in grado di comprendere anche la sicurezza nazionale.

La legge ha così modificato la definizione dell'oggetto della difesa⁶⁰ attraverso un testo assai più articolato che introduce la nuova strategia della «sicurezza nazionale» (*sécurité nationale*) rivolta a estendere l'azione della politica di difesa anche contro quelle minacce non connesse alle tradizionali aggressioni armate⁶¹. Questa sostituzione, non meramente terminologica, ha evidenziato una vera e propria «mutazione concettuale» segnata dal passaggio da una difesa meramente «reattiva» ovvero rivolta solo contro le aggressioni a una invece «anticipatrice»⁶² delle stesse attraverso un'azione di raccolta delle informazioni e di prevenzione. In tale nuova prospettiva, la difesa militare, invece di porsi, come previsto, in un «continuum» con la sicurezza nazionale, in realtà è stata «assorbita» da quest'ultima, finendo, all'interno di una più ampia

⁵⁸ Il *Code*, nell'integrare e riordinare le disposizioni dell'ordinanza del 1959, dei decreti del 1962 e del 1964, aveva mantenuto il cambiamento del «Comitato» in «Consiglio» e aveva inserito quest'ultimo in un nuovo titolo denominato «Il Presidente della repubblica, Capo delle forze armate». Sul valore «simbolico, anche se non normativo» di tale scelta, destinata a «chiarire e consolidare l'ascendente presidenziale sul Consiglio di difesa», T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 226. Per J. MASSOT, *Le chef de l'État, chef des armées*, cit., 46, la codificazione ha operato una «traduzione giuridica» della preminenza presidenziale nel settore della difesa francese.

⁵⁹ Sebbene con tale legge il parlamento fosse stato per la prima volta in grado di intervenire sull'organizzazione della difesa, la scelta formale di inserire delle disposizioni riguardanti la riorganizzazione del Consiglio di difesa direttamente in un testo con un oggetto del tutto estraneo (utilizzando così una sorta di «cavalier législatif») e il richiamo durante la discussione della legge sulla programmazione militare al contenuto di un *Livre blanc* ovvero di un semplice documento di lavoro, portarono i relatori della legge a dimettersi per protesta contro l'ingerenza presidenziale nei lavori delle loro commissioni.

⁶⁰ Il riferimento è all'art. L. 1111-1 del *Code* nella versione in cui ha integralmente ripreso il citato art. 1, comma 1 dell'ordinanza n. 59-147.

⁶¹ Il nuovo articolo è parso peraltro riflettere le attribuzioni presidenziali previste dall'art. 5 della Costituzione: individuare «l'insieme delle minacce e dei rischi in grado di minare la vita della Nazione (...), l'integrità del territorio e la permanenza delle istituzioni della repubblica» e «determinare le relative risposte dei poteri pubblici» (trad. mia). Al riguardo, già il *Livre blanc sur la défense* del 1994 parlava di «globalizzazione della sicurezza» (cfr., *Livre blanc sur la défense 1994*, 27 ss.), concetto destinato poi a trovare una prima concreta applicazione nella decisione di utilizzare le forze armate per proteggere la popolazione dopo gli attentati terroristici del 1995 e i limiti evidenziati dai piani «*Pirate*» del 1981 e «*Vigipirate*» del 1991 (cfr., T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 235).

⁶² Così B. WARUSFEL, *La sécurité nationale, nouveau concept du droit français*, in V. CATTOIR-JONVILLE-J. SAISON (a cura di), *Les différentes facettes du concept juridique de sécurité, Mélanges en l'honneur de Pierre-André Lecoq*, Lille, Université de Lille 2, 2011, rispettivamente 462 e 464.

strategia rivolta a individuare le minacce che in tutti gli ambiti civili e militari sono in grado di compromettere la vita della Nazione, per operare come una mera «dispensatrice di mezzi»⁶³.

La riforma, secondo una logica in parte riconducibile a quella con cui nel 2007 il Presidente Sarkozy aveva proposto la creazione di un «Consiglio di sicurezza nazionale» sul modello dell'omologo statunitense⁶⁴, invece di dotare ciascuno dei due campi di azione di un proprio organo, ha affidato al Consiglio di difesa e di sicurezza nazionale il compito di operare come un «centro nevralgico e decisionale unitario»⁶⁵. Quest'ultimo, infatti, secondo all'art. R*.1122-1 del *Code de la défense*, (modificato dal decreto n. 2009-1657 del 24 dicembre 2009) è chiamato, sostituendosi al Consiglio di difesa e al *Conseil de sécurité intérieure*, a definire gli orientamenti e a fissare le priorità in più materie comprendenti la programmazione militare, la dissuasione, la condotta delle operazioni esterne, la pianificazione della risposta alle crisi più gravi, l'*intelligence*, la sicurezza economica, energetica, interna e la lotta al terrorismo⁶⁶.

Inoltre, in base al decreto il *Conseil*, presieduto dal Capo dello Stato, può riunirsi in modalità plenaria e ristretta (R.* 1122-3), nonché nelle previste formazioni specializzate, il «*Conseil national de renseignements*» (art. R.* 1122-9) e il «*Conseil des armements nucléaires*» (art. R.* 1122-10). Mentre al consiglio plenario partecipano i ministri della difesa, degli interni, degli esteri, dell'economia, del bilancio e ogni altro ministro interessato alle questioni trattate, invece tra i componenti delle altre formazioni possono rientrare anche personalità esterne convocate dal Presidente in ragione della loro competenza (art. R.* 1122-4)⁶⁷. In particolare, la composizione del Consiglio di difesa

⁶³ Così, T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 237, nonché M. WATIN-AUGOUARD, *Le continuum défense sécurité intérieure*, in F. DEBOVE-O. RENAUDIE (a cura di), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Paris, Vuibert, 2013, p. 303-318; F. COSTE, *L'adoption du concept de sécurité nationale: une révolution conceptuelle qui peine à s'ex primer*, Fondation pour la recherche stratégique, Recherches et documents, 2011-3 (*ivi citati*).

⁶⁴ La proposta, poi non accolta, si inquadrava in un più generale riassetto organizzativo della difesa proposto da Sarkozy durante la campagna elettorale per le presidenziali del 2007 all'interno del quale il *Conseil* sarebbe divenuto l'unico centro di analisi, di dibattito e di riflessione in grado di offrire al Presidente della Repubblica una visione globale della difesa basata sull'integrazione delle sue tre principali dimensioni: la sicurezza del territorio, la difesa militare e l'azione esterna. Sul progetto, J.-P. MAULNY, *Nicolas Sarkozy et la politique de défense de la France*, in *Revue internationale et stratégique*, 1-2010, 109; M. ROCARD - A. BAUER, *Pour un Conseil de Sécurité nationale*, in *Revue Défense nationale et sécurité collective*, 10-2007, 23; É. DÉNÉCÉ, *Pour un conseil national de sécurité*, in *Défense Nationale*, 569-1995, 29; J. TOURREILLE, *L'impossible création d'un conseil de sécurité nationale à la française*, in M. CHEVRIER-I. GUSSE (a cura di), *La France depuis De Gaulle: la V^e République en perspective*, Montreal, Presses de l'Université de Montréal, 2010, 263 ss.

⁶⁵ T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 238.

⁶⁶ Secondo i relatori della legge di riforma del 2009, i compiti del Consiglio sarebbero stati «terrorismo, missili, cyber-attacchi, spionaggio e strategie di influenza, traffici criminali, rischi naturali, sanitari e tecnologici» (cfr., *Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de la loi (n. 1216) relatif à la programmation militaire pour les années 2009 e 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense* (ASSEMBLÉE NATIONALE, Séance du 8 avril 2009, rapport n. 1615, dir. P. BEAUDOUIN et Y. FROMION, 12 (trad. mia). Sul *Conseil* come «organo di crisi a competenza generale» ovvero simultaneamente «ordinario» e «operativo», T. DESMOULINS, *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, cit. I.

⁶⁷ I compiti di segretariato del *Conseil* vengono affidati dall'art. R*. 1122-2 al Segretariato generale della difesa e della sicurezza nazionale (*Secrétariat générale de la défense et de la sécurité nationale*) destinato a sostituire il Segretariato generale della difesa

ristretto è affidata, in funzione delle questioni in discussione, direttamente al Capo dello Stato e non più, come previsto dall'ordinanza del 1959, al Primo ministro (R*. 1122-3)⁶⁸.

8. Dalla sicurezza nazionale alla crisi pandemica: l'ampliamento delle competenze del Conseil e la concentrazione del potere presidenziale

Dopo che la riforma del 2009 ne aveva ampliato i compiti ben oltre l'originaria sfera militare e diplomatica, a partire dal 2015 il Consiglio di difesa, posta la possibilità di essere convocato discrezionalmente dal Capo dello Stato, ha visto, in una prospettiva di progressiva istituzionalizzazione, fortemente aumentare il numero delle proprie riunioni⁶⁹. Questa evoluzione è iniziata nel corso del quinquennato di François Hollande quando, in ragione della necessità di fronteggiare la persistente minaccia terroristica contro la Francia, il Presidente della repubblica ha preso la decisione di convocare il *Conseil* secondo una cadenza settimanale.

Da allora, le riunioni si tengono generalmente nello stesso giorno (il mercoledì) e vedono succedersi un iniziale incontro di 30 minuti del Capo dello Stato con il Primo ministro, a seguire un Consiglio di difesa della durata di un'ora e poi un Consiglio dei ministri sempre di un'ora circa. Questa precisa sequenza temporale riflette «una particolare concezione del processo decisionale»

nazionale. Al riguardo si veda L. GAUTIER, *Le SGDSN au cœur du continuum de Défense e de Sécurité de la France*, in *Revue défense Nationale*, n. 800, 2017, 24 ss..

⁶⁸ La riforma, tuttavia, affida sempre al Primo ministro, ancora riconosciuto «responsabile della difesa nazionale», sia la direzione generale che la direzione militare della difesa (art. L.1131 del *Code*), ma le decisioni relative ai due settori continuano a essere adottate, ai sensi dell'art. L.1111-3 (che mantiene il testo dell'art. 7 dell'ordinanza del 1959), rispettivamente dal Consiglio di difesa e da quello ristretto. Sulla persistenza dell'«ambiguità originaria» anche nel nuovo impianto normativo, posta l'attribuzione al Primo Ministro del coordinamento dell'azione dei pubblici poteri in caso di crisi maggiore (art. L. 1131-1) e della responsabilità dell'*intelligence* economico al governo, si rinvia a J. MASSOT, *Le chef de l'État, chef des armées*, cit., 49. Da sottolineare come, in realtà, il disegno di legge costituzionale adottato dal governo il 23 aprile 2008 sulla base delle risultanze del Comitato Balladur, istituito da Sarkozy per formulare delle proposte di riforma della Quinta repubblica, avesse eliminato dal testo dell'art. 21 il riferimento alla responsabilità della difesa nazionale riconosciuta al Primo Ministro, stabilendo che a quest'ultimo spettasse il compito di mettere in opera «le decisioni adottate nelle condizioni previste all'art. 15 in materia di difesa nazionale». Tuttavia, la proposta incontrò nel corso del dibattito parlamentare un'opposizione pressoché unanime perché ritenuta capace di compromettere il legame fiduciario tra il governo e l'Assemblea nazionale e non fu adottata (in merito, G. BERGOUGNOUS, *Les compétences du Parlement en matière de défense*, in B. MATHIEU-M. VERPEAUX (a cura di), *Les compétences en matière de défense sous la V^e République*, *Dixième Printemps du droit constitutionnel*, cit., 54).

⁶⁹ Sulla base dei dati pubblicati nel rapporto di attività del Segretariato generale della difesa e della sicurezza nazionale e da quelli ricavabili dalle agende dei Presidenti della repubblica, le riunioni del Consiglio sono state 10 nel 2015, 32 nel 2016, 42 nel 2017. In precedenza, nel periodo tra il 1958 e il 2000, il numero delle riunioni, peraltro distribuite irregolarmente nel corso dell'anno, era oscillato tra 10 e 15, dato rimasto poi costante tra il 2000 e il 2015.

all'interno del quale le scelte presidenziali, una volta riconosciute come politicamente vincolanti, vengono poi formalizzate in «cerchi»⁷⁰ istituzionali sempre più ampi.

Del resto, l'organo si è fin da subito caratterizzato per una marcata flessibilità organizzativa, potendo da un lato adottare una composizione regolabile secondo le diverse necessità e dall'altro consentire la partecipazione di personalità esterne al governo, tanto che nella pratica si è imposta una vera e propria «utilizzazione asimmetrica»⁷¹ delle diverse formazioni, caratterizzata dalla preferenza accordata da parte del Capo dello Stato al Consiglio ristretto. Mentre infatti la riunione plenaria, come già sottolineato, comprende i ministri più importanti, quella ristretta si caratterizza per la presenza non solo dei ministri interessati agli argomenti all'ordine del giorno, dei vertici degli Stati Maggiori delle forze armate, dei responsabili dell'*intelligence*, della *Gendarmerie nationale* e della polizia, ma anche di altri membri scelti direttamente dal Presidente.

In particolare, nel corso dell'attuale mandato presidenziale, il Consiglio di difesa è stato concepito come l'unico organo in grado di assicurare quella rapidità decisionale e quella efficienza operativa indispensabili al Capo dello Stato per affrontare le crisi più urgenti e complesse nell'esercizio della sua funzione di supremo garante della continuità dello Stato⁷². In tale quadro sono state create due formazioni specializzate del Consiglio (il «*conseil de défense écologique*» e il «*conseil de défense sanitaire*»)⁷³ chiamate rispettivamente a fronteggiare nel 2019 la crisi climatica (la cui gravità aveva spinto alle dimissioni, l'anno precedente, il ministro per la transizione ecologica Nicolas Hulot) e nel 2020 l'emergenza legata alla pandemia da *Covid-19*. Al riguardo, in entrambi i casi, è stata evocata una delle principali funzioni riconosciute al Consiglio di difesa dalla riforma del 2009 (la pianificazione delle risposte alle «*crises majeure*» e ai nuovi rischi) nonostante la possibilità di un ricorso ad altri organi in grado di fronteggiare queste tipologie di emergenza⁷⁴ e la diversa soluzione operativa adottata durante la precedente pandemia influenzale del 2009-2010.

Così, dall'inizio della crisi sanitaria da *Covid-19* nel febbraio 2020, il *Conseil de défense sanitaire* ha conosciuto un forte incremento della propria attività (oltre 50 riunioni convocate solo nel 2020),

⁷⁰ Così T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 230 (trad. mia). In merito, si vedano anche, A. BERDAH, F.-X. BOURMAUD-M. WESFREID, *Le Conseil de défense, lieu favori d'Emmanuel Macron pour des arbitrages en série*, in *Le Figaro*, 19 maggio 2020.

⁷¹ T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 229 (trad. mia).

⁷² In merito, ID., *L'«hyperactivité» du conseil de défense (1/2): une conséquence du présidentielisme français*, cit., I.

⁷³ Il primo, ai sensi del *Décret* n. 2019-449 del 15 maggio 2019, è chiamato a definire gli orientamenti «in materia di transizione ecologica, lotta al cambiamento climatico, tutela della biodiversità e preservazione degli ambienti e delle risorse naturali», il secondo è inteso dall'Eliseo come un «Consiglio di difesa e di sicurezza nazionale incaricato di prendere delle decisioni sulla crisi in ambito sanitario» e di «coordinare la politica nazionale di gestione della crisi» (trad. mia).

⁷⁴ Il riferimento è al già citato Segretariato generale della difesa e della sicurezza nazionale, alla «Cellula interministeriale di crisi» («*Cellule interministérielle de crise*») e ai «Centri operativi ministeriali» («*Centres opérationnels ministériels*»). Sull'«indeterminatezza» del concetto di minaccia e sul rischio che una sua interpretazione estensiva dopo la riforma del 2009 possa rendere il Consiglio «teoricamente onnicompente», T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 242 (trad. mia).

intervenendo su tutti quegli aspetti dell'emergenza che il Presidente della repubblica ha giudicato meritevoli di essere gestiti al più alto livello dello Stato (compresa, paradossalmente, anche la riapertura, dopo il confinamento, del famoso parco di divertimenti *Puy du Fou* in Vandea)⁷⁵.

Tali riunioni, inizialmente svolte all'interno del *PC Jupiter* (e in seguito trasferite, per ragioni logistiche e sanitarie, nel *Salon Murat* dell'Eliseo ovvero nel luogo abituale del Consiglio dei ministri) sono state caratterizzate dalla partecipazione non solo del Primo ministro e degli altri membri del governo più coinvolti nella crisi, ma anche di alti funzionari, ufficiali superiori delle forze armate, responsabili politici, consiglieri ed esperti scelti sempre dall'Eliseo. Oltre alla particolare natura dell'attività svolta, non destinata all'adozione di «un atto giuridico *stricto sensu*», ma alla definizione di «orientamenti», «priorità» e «risposte»⁷⁶, il Consiglio si è caratterizzato anche per un originale *modus operandi* incentrato su un meccanismo decisionale informale e privo di trasparenza vista la mancanza di un resoconto delle riunioni e l'apposizione su queste ultime del c.d. «*secret défense*», uno strumento rivolto a impedire la diffusione di informazioni di natura governativa e militare⁷⁷.

In sostanza, com'è stato sottolineato, le decisioni del Consiglio hanno assunto una tipica forma politico-militare basata sull'«agilità nell'urgenza, la riservatezza e l'efficacia» e sono state adottate secondo una precisa sequenza dei ruoli da svolgere: il *Conseil* come un organo dello Stato Maggiore, il Presidente come un comandante di un'unità di combattimento e il messaggio televisivo di quest'ultimo alla Nazione come il momento operativo finale⁷⁸.

Così, nella pratica politico-istituzionale *macronienne* affermatasi con la crisi pandemica, il Consiglio di difesa ristretto, attraverso un'espansione continua e generalizzata della propria sfera di azione, ha conosciuto una sorta di «iperattività»⁷⁹ che lo ha trasformato nello strumento con

⁷⁵ Su cui A. BERDAH-F.X. BOURMAUD- M. WESFREID, *Le Conseil de défense, lieu favori d'Emmanuel Macron pour des arbitrages en série*, cit..

⁷⁶ Così T. DESMOULINS, *L'hyperactivité du conseil de défense (1/2): une conséquence du présidentielisme français*, cit., III, per il quale il Consiglio ha soprattutto adottato degli «ordini, politici o militari» la cui esecuzione è rimasta «a carico dei partecipanti» (trad. mia). Sull'attività del Consiglio, anche O. FAYE e A. LEMARIÉ, *Covid-19: le Conseil de défense, ou se décide la gestion de crise, est prisé par Emmanuel Macron et décrié par l'opposition*, cit..

⁷⁷ Per T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 251, «il discorso guerresco di cui il Consiglio di difesa è stato l'epicentro e la traduzione giuridica favorisce l'utilizzazione di organi e di mezzi militari, e accresce la tentazione di dispositivi giuridici di eccezione (...)» (trad. mia). Al riguardo, solo alcune decisioni adottate nel corso del Consiglio di difesa «*écologique*» sono state pubblicate sul sito internet dell'Eliseo, mentre quelle scaturite dalle riunioni della formazione «sanitaria» non hanno conosciuto alcuna diffusione pubblica, ad eccezione dei casi in cui hanno riguardato le libertà pubbliche (confinamento e coprifuoco), posta la loro necessaria formalizzazione da parte di un successivo Consiglio dei ministri (cfr., ID. *L'hyperactivité du conseil de défense (2/2): une conséquence du présidentielisme français*, cit., I). Sul *secret-défense*, tra gli altri, si vedano P. SARTRE-F. FERLET, *Le secret de défense en France*, in *Études*, 2, 2010, 165 ss..

⁷⁸ Cfr., N. ROUSSELLIER, *Le Conseil de Défense: dérive autoritaire ou régime de nécessité?*, cit., che al riguardo richiama il carattere emblematico della formula «siamo in guerra» pronunciata dal Presidente Macron nella sua allocuzione televisiva del 16 marzo 2020 sul diffondersi dell'epidemia (trad. mia). Per D. FAYE-B. GAÏTI, *Avec le Covid-19, la présidentielisation de la V^e République a pris une forme radicale*, in *Le Monde*, 30 gennaio 2021, la crisi pandemica «realizza finalmente il sogno tecnocratico di una restaurazione della forza del comando attraverso la riduzione delle catene decisionali (...)» (trad. mia).

⁷⁹ ID. *L'hyperactivité du conseil de défense (1/2): une conséquence du présidentielisme français*, cit., III.

cui il Capo dello Stato, anche dopo la fine dell'urgenza imposta dalla pandemia, continua a gestire ogni tipo di "crisi"⁸⁰, assicurandosi la validazione delle proprie decisioni⁸¹.

In tale quadro, appare evidente come la simultanea presidenza da parte del Capo dello Stato del Consiglio di difesa e del Consiglio dei ministri non solo rafforzi il suo ruolo decisionale, ma crei di fatto, a suo esclusivo vantaggio, anche una «concorrenza funzionale»⁸² tra i due organi, sebbene siano entrambi, nella dinamica della *Cinquième*, i luoghi in cui viene esercitata l'autorità presidenziale⁸³. Infatti, a differenza del Consiglio dei ministri, vero e proprio «crocevia tra diritto e politica»⁸⁴ caratterizzato da una composizione rigida, da un alto numero di componenti (ben 42, tra ministri e segretari di Stato, nell'attuale governo di Jean Castex) e dal carattere codificato e protocollare delle proprie riunioni, il Consiglio di difesa, chiamato ad adottare più rapidamente le decisioni e ad assicurare poi loro un'efficace attuazione, presenta una composizione ristretta e totalmente affidata alla discrezionalità del suo presidente⁸⁵.

In sostanza, il trasferimento di competenze a favore del Consiglio di difesa ristretto grazie alla capacità di quest'ultimo di attrarre a sé i temi più rilevanti (terrorismo, ecologia, salute...) crea una gerarchia tra i diversi livelli decisionali destinata a trasformare il Consiglio dei ministri in una sorta di *chambre d'enregistrement* e le sue riunioni in uno mero passaggio formale al pari, ormai, della controfirma del Primo Ministro degli atti presidenziali⁸⁶.

⁸⁰ Così, tra l'altro, il 17 aprile 2020, il 18 ottobre e il 21 settembre 2021 dei consigli ristretti sono stati dedicati rispettivamente alla ricostruzione della cattedrale di Notre-Dame di Parigi, all'attentato islamista contro Samuel Paty e alla rottura dei negoziati franco-australiani relativi a un contratto di esportazione di sottomarini militari. Sulla «banalizzazione» del Consiglio, T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., II, A. (trad. mia).

⁸¹ «Sull'individualismo presidenziale» regnante all'interno del *Conseils*, *ibidem* (trad. mia).

⁸² Così, T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 243 (trad. mia). Sul punto anche ID., *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, cit., II.

⁸³ In tal senso, riguardo il Consiglio dei ministri, si veda J.-P. DEROSIER, *Le Conseil des ministres. Institution multi-séculaire dans Constitution sexagénaire*, in P. BLACHER (a cura di), *La Constitution de la V^e République. 60 ans d'application (1958-2018)*, Paris, Librairie générale de loi et de jurisprudence (LGDJ), 2018, 220 ss.

⁸⁴ *Ibidem*, 231.

⁸⁵ Al riguardo, per il ministro dell'economia e delle finanze Bruno Le Maire, il Consiglio di difesa è «molto adatto ed efficace nella gestione della crisi», mentre per il Guardasigilli Nicole Belloubet «è un luogo di decisione. Molto operativo» in cui «il Presidente orienta e decide» (cfr., A. BERDAH, F.-X. BOURMAUD E M. WESFREID, *Terrorisme, Covid... plongée dans le secret du Conseil de défense*, *Le Figaro*, 19 maggio 2020, trad. mia). Per GULOG e GAÏTI, *Avec le Covid-19, la présidentialisation de la V^e République a pris une forme radical*, cit., dal momento che l'Eliseo, al pari di una «Rolls Royce con un motore di una 2CV», «non è attrezzato sul piano costituzionale e amministrativo per governare giorno per giorno», dal 1959 tutti i Presidenti hanno cercato di «prendere il controllo della decisione» e, al fine di emanciparsi «dai circuiti costituzionali e politici» che la limitano, si sono affidati ai «decreti non deliberati in Consiglio dei ministri, ai consigli ristretti e agli uomini fidati» (trad. mia). Tuttavia, secondo DESMOULINS, *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, cit., II, la scelta di adottare le decisioni nell'ambito di formazioni ristrette e specializzate come il *Conseil de défense* finisce per «isolare» la Presidenza, sottraendola all'influenza delle opinioni e dei pareri imposti dalle istituzioni.

⁸⁶ Emblematicamente, per l'ex ministro delle Solidarietà e della Salute Xavier Bertrand, chiamato a rispondere alla Commissione senatoriale di inchiesta sulla gestione dell'epidemia, l'attuale situazione dimostra che « (...) l'alto consiglio di difesa è quello che sta sostituendo il Consiglio dei ministri, in questo momento (...)» ovvero «dà l'idea che il Consiglio dei

9. Alcune riflessioni conclusive

Nel dibattito politico francese, il ricorso da parte del Presidente Macron al *Conseil de défense* per affrontare l'emergenza pandemica e poi, al di là di essa, anche le altre crisi che si sono poste all'attenzione dell'esecutivo, ha sollevato il timore di un'involuzione istituzionale che, in quanto segnata da un'eccessiva concentrazione del potere decisionale nella figura del Capo dello Stato, ha portato a evocare addirittura una deriva della Quinta repubblica in senso «monarchico»⁸⁷ o addirittura «autoritario»⁸⁸. Per altro verso, il Consiglio, convocato dal Presidente all'interno del *PC Jupiter* e operante come una sorta di «comitato segreto»⁸⁹, di «*cabinet noir*»⁹⁰ e di «*war room*»⁹¹, è parso riflettere una pratica istituzionale che vuole porsi in «antitesi»⁹² a quei principi della trasparenza delle deliberazioni, della collegialità delle decisioni e della responsabilità del potere che sono stati sanciti dalla Costituzione del 1958.

In realtà, com'è stato sottolineato, sebbene l'attuale Consiglio di difesa operi in un ambito molto più ampio di quello strettamente militare, la sua dipendenza dal Presidente della repubblica deriva dal titolo di *Chef des armées* riconosciuto dall'art. 15 della Costituzione ed esercitato da de Gaulle e da tutti i suoi successori in modo sostanziale e non simbolico. Affermatosi negli anni Sessanta all'interno dei settori della difesa e della politica estera, il *Conseil* ha da tempo perso la propria natura specialistica, trasformandosi nel 2015 in uno strumento permanente e poi anche ordinario di gestione delle crisi a disposizione del Presidente della repubblica.

In altri termini, la trasformazione subita dall'organo riflette quella conosciuta dalla funzione presidenziale dopo l'introduzione nel 2000-2001 del *quinquennat* e della nuova sequenza elettorale, riforme che, com'è noto, nell'assicurare la quasi coincidenza delle elezioni presidenziali e parlamentari, hanno obbligato il Presidente della repubblica a intervenire in modo diretto e costante nell'attività di governo, a sottoporsi maggiormente alle contingenze e alle oscillazioni dell'opinione pubblica e a rispondere in modo diretto della tempestività e dell'efficacia delle

ministri non c'è più e che è l'alto consiglio di difesa che decide su tutto» (cfr., X. BERTRAND, *Audition devant la commission d'enquête sur la gestion de l'épidémie*, 22 settembre 2020, trad. mia).

⁸⁷ C. MORIN, *Le conseil de défense traduit une conception monarchique du pouvoir*, in *Le Figaro*, 28 ottobre 2020, trad. mia.

⁸⁸ Cfr., ROUSSELLIER, *Le Conseil de Défense: dérive autoritaire ou régime de nécessité?*, cit.

⁸⁹ J.-L. MÉLENCHON, *Journal du dimanche*, 31-10-2020, trad. mia.

⁹⁰ F. X. BOURMAUD, *Macron et le Conseil de défense sanitaire dans le collimateur de l'opposition*, in *Le Figaro*, 7 novembre 2020.

⁹¹ J.-D. MERCHET et I. TRIPPENBACH, *Conseil de défense: la war room de Macron*, in *L'Opinion*, 28 ottobre 2020.

⁹² T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit..

decisioni da lui adottate⁹³. Emblematica al riguardo è stata la decisione del Capo dello Stato, di fronte all'improvvisa emergenza sanitaria del 2020, di indicare direttamente ai francesi, nell'inedito ruolo di «médecin général en chef de la France»⁹⁴, la strategia nazionale adottata per contrastare il Covid-19, nonché i relativi provvedimenti assunti per la sua attuazione⁹⁵.

In questa sorta di «sfida personale ad agire»⁹⁶, il Presidente della repubblica è ricorso allo spazio «privilegiato» e «solitario» offerto dal Consiglio di difesa per affermare la propria indiscussa autorità e «mettere in scena»⁹⁷ la concentrazione del potere di cui è titolare. Così, in altri termini, il profilo operativo e decisionale attribuito all'organo, inserendosi in una dinamica politico-istituzionale segnata dal crescente ruolo di governo del Capo dello Stato, accresce ulteriormente il grado di presidenzializzazione della *Cinquième*⁹⁸ e ne modifica i complessi equilibri costituzionali.

Infatti, la preminenza del Capo dello Stato, politicamente irresponsabile, riguardo la direzione e l'organizzazione della difesa e della sicurezza nazionale, nel modificare la distribuzione funzionale dei poteri, indebolisce la funzione di controllo del parlamento. Quest'ultimo, peraltro già marginalizzato durante i periodi di crisi (come evidenziato con l'emergenza da Covid-19) appare impossibilitato, alla luce dei peculiari equilibri del regime, ad esprimersi sulla riorganizzazione interna dell'esecutivo⁹⁹.

Inoltre, la nuova posizione riconosciuta al Consiglio di difesa, destinata a sfuggire anche all'esame del Consiglio costituzionale, da tempo *en retrait* sui temi della sicurezza¹⁰⁰, appare in grado di incidere sui rapporti tra l'esecutivo e il potere giudiziario, visto che l'utilizzo del *sécret*

⁹³ Così, per M.-C. PONTHEAUX, *L'enigma del buon governo sotto la Quinta Repubblica*, in A. DI GIOVINE-A. MASTROMARINO, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007, 83, con il passaggio dal settennato al quinquennato «[i]l tempo presidenziale si cancella a vantaggio di una visione politica più immediata (...)».

⁹⁴ D. MAUS, *La V^{ème} République à l'épreuve du coronavirus: qui fait quoi?*, in *Opinion-internationale.com*, 17-03-2020

⁹⁵ In merito, si vedano T. MULIER, *La crise du Covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la V^e République*, in *Blog.juspoliticum.com*, 11-06-2020, nonché A. DEFFENU e F. LAFFAILLE, *Stato di emergenza sanitaria e Covid-19: (breve) lettura francese di un fenomeno giuridico anormale*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2020, 188 ss.

⁹⁶ Così M. FOUCAULT, *La Constitution de la V^e République va dans le sens du Président*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1, septembre 2018, trad. mia.

⁹⁷ MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., B. per BERDAH, BOURMAUD e WESFREID, *Terrorisme, Covid... plongée dans le secret du Conseil de défense*, cit., il Consiglio di difesa sotto l'egida presidenziale «è l'unico spazio dove si esercita realmente il potere». Sull'utilizzo «opportunistico» del Consiglio da parte del Capo dello Stato, DESMOULINS, *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, cit., I.

⁹⁸ Al riguardo, per T. MULIER, *La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., B, «l'involuzione» del Consiglio di difesa non è che «l'illustrazione (...) delle derive della presidenzializzazione» (trad. mia). Secondo T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 250, l'organo si caratterizza per il «funzionamento presidenzialista» e la sua istituzionalizzazione esprime una tendenza in cui è possibile riconoscere «una formalizzazione progressiva del potere presidenziale» (ID., *L'hyperactivité du conseil de défense (1/2): une conséquence du présidentialisme français*, cit., III), trad. mia.

⁹⁹ Sul punto, ID., *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 247 ss.; ID., *Le Conseil de défense: notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire*, cit., II.

¹⁰⁰ Cfr., K. ROUDIER, *Le conseil constitutionnel face à l'avènement d'une politique sécuritaire*, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2, 2016, 7 ss..

défense, una volta esteso dai documenti ai luoghi, può costituire un ostacolo al controllo giurisdizionale¹⁰¹.

In tale quadro, pertanto, alcuni interventi di riforma del Consiglio finalizzati a definirne più chiaramente le competenze e la collocazione all'interno del processo decisionale dell'esecutivo, a limitare il numero delle sue formazioni e a eliminare, in nome della trasparenza, il segreto imposto sulle sue riunioni, appaiono ormai delle indispensabili garanzie da esigere da un organo sempre più rilevante nell'assetto della Quinta repubblica¹⁰².

ABSTRACT [It]

Durante la crisi pandemica, il Presidente Emmanuel Macron ha portato al centro del dibattito politico francese il *Conseil de défense et de la sécurité nationale* da lui presieduto. Questo organo collegiale è specializzato nella questioni relative alla difesa e alla sicurezza nazionale mentre in passato, in una diversa forma, è stato competente nelle questioni di difesa e di strategia militare. Nel corso dell'emergenza, infatti, il Consiglio è stato trasformato dal Capo dello Stato nel luogo chiave in cui adottare le principali decisioni operative con modalità simili a quelle adottate in ambito militare che, in quanto prive di trasparenza e di pubblicità, sono risultate totalmente diverse da quelle normalmente previste per il Consiglio dei ministri. Il saggio, una volta indagata l'evoluzione conosciuta dal *Conseil de défense* all'interno del sistema istituzionale francese, si concentra sul suo nuovo ruolo, rivolto a favorire la concentrazione del potere nel Capo dello Stato nel quadro dell'evoluzione in senso presidenziale della Quinta repubblica.

ABSTRACT [En]

During the pandemic crisis, the President Emmanuel Macron has brought the *Conseil de défense et de la sécurité nationale* (National defense and security council), which he chaired, to the center of the French political debate. This collegiate body specializes in matters relating to defence and national security while in the past, in a different form, it has been competent in matters of defence and military strategy. In fact, during the emergency, the *Conseil* was transformed by the President into the place in which to adopt the main operational decisions with methods similar to those adopted in the military field which, as lacking in transparency and publicity, turned out to be totally other than those normally envisaged for the Council of Ministers. This paper, once investigating the evolution known by the *Conseil de défense* within the French institutional system, focuses on its new role, aimed at favoring the concentration of power in the Head of State, in the context of the evolution in the presidential sense of the Fifth Republic.

¹⁰¹ Al riguardo, il timore di una limitazione del «potere di inchiesta dei giudici» era già stato sollevato durante la discussione della legge di riforma del 2009 (cfr., *Rapport fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de la loi adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à la programmation militaire pour les années 2009 e 2014 et portant diverses dispositions concernant la défense* (SÉNAT, séance du 1er juillet 2009, rapport n. 513, dir. J. de Rohan, 210). Al contrario, per J.-P. DEROSIER, *Gestion de la crise sanitaire en conseil de défense*, in *La Constitution décodée*, 24 novembre 2020, posta l'immunità del Capo dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni, il ricorso al *secret défense* non ostacola eventuali cause legali, «potendo la sua rimozione essere richiesta da un giudice», né impedisce ai ministri di «essere giudicati dalla *Cour de justice de la République*».

¹⁰² In tal senso, T. DESMOULINS, *La formalisation du présidentialisme sous la Cinquième République: le Conseil de défense et de sécurité nationale*, cit., 251.

PAROLE CHIAVE: consiglio, difesa, Francia, pandemia, Macron

KEYWORDS: Council, defence, France, pandemic, Macron



Giacomo Menegatto*

**Cittadinanza e identità culturale.
Rileggendo Habermas alla luce delle recenti prospettive
de iure condendo****

SOMMARIO: 1. Cittadinanza e identità nel pensiero di Jürgen Habermas, anche alla luce di alcuni spunti provenienti dall'esperienza di Roma antica. – 2. Echi di un possibile retroterra storico-filosofico nell'ambito delle prospettive di revisione della legislazione italiana in materia di cittadinanza: il c.d. *ius culturae*. – 3. Brevi riflessioni di sintesi.

1. Cittadinanza e identità nel pensiero di Jürgen Habermas, anche alla luce di alcuni spunti provenienti dall'esperienza di Roma antica

Jürgen Habermas ha dedicato, in più di un'occasione, straordinarie pagine al rapporto tra cittadinanza politica e identità nazionale¹.

* Cultore della materia in *ELP - Global English for Legal Studies* – Università degli Studi di Padova.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il presente contributo costituisce la rielaborazione del saggio destinato al Volume – edito da Jovene e a cura di U. Vincenti – *Cittadinanza, Identità, Confini. Visioni di contemporaneità attraversando il diritto romano*, che segue il Convegno *Cittadinanza universale. Un percorso possibile? (A proposito di un recente libro di Antonio Palma)*, tenutosi lo scorso 8 aprile 2021, nell'ambito del ciclo di seminari dal titolo *Diritti e doveri al microscopio. Itinerari di etica pubblica*, coordinati da Umberto Vincenti e Giorgia Zanon, presso l'Università di Padova. Di qui, i frequenti riferimenti che, in questa sede, verranno operati all'ultimo saggio di Antonio Palma.

¹ Il riferimento è, in particolare, a J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 1992, 105 ss., nonché a ID., *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS - C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, spec. 95 ss.

Più in generale, intorno al concetto di cittadinanza e alla sua evoluzione, v., tra i molti, G. BISCOTTINI, voce *Cittadinanza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 140 ss.; R. CLERICI, voce *Cittadinanza*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 112 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997; D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1998; M. LA BELLA - P. SANTORO (a cura di), *Questioni e forme della Cittadinanza*, Milano, FrancoAngeli, 2012; P. GARGIULO, *Le forme della cittadinanza. Tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale*, Roma, Ediesse, 2013; P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014; P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, Laterza, 2017. Quest'ultimo, specificamente, segnala come, in tempi recenti, il termine 'cittadinanza' sia passato a designare – dalla tradizionale «appartenenza di un individuo a uno Stato», con particolare riguardo ai «problemi relativi alla perdita e all'acquisto dello status di cittadino» – «il rapporto politico fondamentale, il rapporto fra un individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale egli si inserisce» (*ivi*, 3).

Di peculiare rilievo – in ispecie, sotto il profilo della riflessione giuspubblicistica –, i quattro saggi apparsi, nel 1997, tra le pagine della *Rivista di Diritto Costituzionale*: G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, 3 ss.; P. HÄBERLE, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della costituzione*, *ivi*, 19 ss.; G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, *ivi*, 37 ss.; C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, *ivi*, 43 ss.

Il filosofo tedesco – traendo il proprio spunto di riflessione da tre precisi «movimenti storici», a lui contemporanei (l'unificazione tedesca e il dissolvimento del blocco sovietico; lo sviluppo dell'allora Comunità europea all'indomani della firma del Trattato di Maastricht; i flussi migratori, già allora particolarmente consistenti e fonte di preoccupazioni non certo trascurabili) – prende le mosse da una constatazione di carattere fattuale, frutto di una pura e semplice osservazione della realtà, valida ora, come allora: al giorno d'oggi, risulta indiscutibilmente acuito «il contrasto tra i principi *universalistici* dello stato di diritto democratico, da un lato, e le *particolaristiche* pretese miranti a salvaguardare l'integrità delle proprie 'forme di vita' consolidate, dall'altro lato»².

L'essenza di un tale contrasto consente di riavvolgere la memoria indietro nel tempo, all'epoca dell'emanazione, da parte dell'imperatore Caracalla, della celeberrima *constitutio Antoniniana*, la quale – nell'opinione recentemente espressa, in un magistrale saggio dedicato proprio a queste tematiche, da Antonio Palma³ – «paradossalmente favorisce l'embrionale sviluppo di una cittadinanza universale, delimitando lo spazio ormai avvertito come unico dell'Impero rispetto ai diversi, i non romani», permettendo al «contenuto prevalentemente giuridico», originariamente tipico della cittadinanza romana⁴, di divenire «recessivo rispetto ai valori identitari»⁵: valori, figli di una «*identità immaginaria*», non legata ad un'unica – e, allo stesso tempo, opprimente ed

² J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 105-106. A tal riguardo, v., ad esempio, A. LAZZARINI, *Cittadinanza in movimento. La costruzione della cittadinanza nell'epoca globale*, in *Ricerche di storia politica*, n. 1/2017, 57 ss., ma anche, meno recentemente, S. STAIANO, *Migrazione e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi.it*, n. 21/2008, spec. nelle conclusioni, 30 ss.

Inoltre, quanto alla «rilettura di Habermas» del ben noto progetto kantiano di cui al celebre saggio *Per la pace perpetua*, nella prospettiva di una riflessione riguardante il rapporto tra le istanze particolaristiche e quelle universalistiche, v., di recente, U. VINCENTI, *Senza Stato ovvero dell'inclusione globale*, in M. FRARE - U. VINCENTI - G. ZANON, *Inclusione*, cit., 111 ss.

³ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, Giappichelli, 2020. Si tratta di pagine magistrali, nelle quali Antonio Palma affronta il tema della cittadinanza romana in una prospettiva non certo meramente esegetico-ricostruttiva, bensì in una chiave particolarmente foriera di delicate implicazioni e di stimolanti spunti di riflessione con riguardo al tempo attuale.

V., infatti, quanto rileva il neo-eletto Giudice della Corte costituzionale, F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione* ad A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., XIV, secondo il quale «con il suo studio l'Autore ci ricorda che la funzione dello studioso del passato si sostanzia nell'offrire gli strumenti per far fronte alla complessità del presente, mantenendo vivo un dialogo tra ciò che è stato e ciò che sarà fiero di speranza nell'affrontare il futuro, di per sé ignoto».

Al riguardo, è doveroso il richiamo a grandi Maestri, che hanno saputo sapientemente interpretare il valore imprescindibile dell'approfondimento storico nella comprensione del fenomeno giuridico: a partire da F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, 169, stando al quale «l'utilità del conoscere il passato sta tutta in quel processo interiore attraverso il quale il nostro spirito acquista la consapevolezza dell'accaduto, e in questo atto di consapevolezza i suoi insegnamenti si compendiano ed esauriscono», e P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 73, secondo cui «Lo storico del diritto, che deve rifuggire da visioni unilaterali e, ancor più, da visioni apologetiche, ha il dovere culturalmente salvante di esaminare la legolatria moderna anche alla luce delle assai negative risultanze che cagionò nel divenire dell'esperienza giuridica italiana», facendo «della visione dialettica tra passato, presente e futuro il fulcro del suo sapere» (*ivi*, 20). Ma v., nello stesso senso, anche U. VINCENTI, *Categorie del diritto romano. L'ordine quadrato*, Napoli, Jovene, 2014, 465-466, il quale accortamente rileva come solo attraverso un accurato approfondimento della «storia dei modelli» e della «storia dei valori» sia possibile cogliere «il perenne divenire dell'esperienza giuridica», rendendone «pienamente consapevole il giurista positivo che, teso, qualche volta affannato, a risolvere le questioni dell'attualità, può commettere il peccato di assolutizzare l'armamentario di cui si serve».

⁴ V. *infra*, tra qualche riga.

⁵ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 123: «Si innesca un processo di lunga durata, che trasforma la *civitas Romana* in una cittadinanza paradigmatica, in un modello di *civilitas*, che, proiettandosi nel tempo e divenendo senza tempo, si mostra in grado di esercitare un'influenza duratura». Ma v., anche, 31, ove si afferma che «Non pare (...) essere in dubbio che la *constitutio Antoniniana*, soprattutto nella considerazione dei postumi, sia stata alla base dello sviluppo di una ideologia identitaria», oltre che 63, 67 e 78-79.

escludente – provenienza geografica, ma vocata all’universalità e alla globalizzazione⁶. È a seguito di una tale ‘rivoluzione copernicana’, infatti, che si viene a creare, per la prima volta, «un costruito culturale» che, quale frutto dell’appena menzionata identità immaginaria, fa germogliare una «comunità politica immaginata»⁷, progressivamente edificata non nel segno di una mera comunanza d’origine territoriale, bensì quale conseguenza della condivisione di una inedita fisionomia romano-cristiana⁸, di un unico, grande spazio politico-istituzionale, di valori via via assorbiti ed avvertiti come propri: in una parola, di un’identità non forzatamente acquisita, ma costruita, ricercata ed infine assimilata, a partire – nonostante possa sembrare un ossimoro – da una naturale condizione di *diversità*.

A fronte di una tale ricostruzione, l’identità – da intendersi non necessariamente come omogeneità nazionale (e, dunque, etnica, geografica, linguistica, culturale), quanto piuttosto come uniformità valoriale – non incarna, come si potrebbe essere tradizionalmente portati a pensare, il *presupposto* dell’idea di cittadinanza, ma ne costituisce, in tutta evidenza, la *conseguenza*⁹, all’esito di una sorta di procedimento induttivo che – unificando, armonizzando e, in una certa misura, plasmando le singole specificità particolari – perviene alla realizzazione dell’universale¹⁰.

Ebbene, Jürgen Habermas rileva che questa forma di convivenza – giuridicamente consacrata sotto l’egida di un’unica, comune cittadinanza – di popoli *ab origine* anche profondamente diversi, che si era progressivamente realizzata nell’Impero romano a seguito dell’emanazione dell’editto di Caracalla (e che era continuata, a detta del filosofo medesimo, nell’esperienza del Sacro Romano Impero, dell’Impero russo e di quello ottomano), non fu più in grado di stabilizzarsi nell’ambito dell’Europa moderna, in ispecie di quella post-Vestfaliana, contrassegnata dal sorgere, e dal repentino prevalere, degli Stati nazionali¹¹. Di lì, il concetto di ‘nazione’ – che,

⁶ *Ivi*, 6, ove tale «identità immaginaria» viene definita come «un costruito concettuale prodotto da narrazioni che davano ben poco valore all’autoctonia che costituisce un modello sociale e culturale, che, all’opposto di quello latino, evoca chiusura e non apertura; esclusione e non inclusione».

In ordine al controverso concetto di ‘inclusione’ nel mondo romano – anche nella prospettiva di un realistico ed argomentato ridimensionamento di miti e luoghi comuni – v., per tutti, M. FRARE - U. VINCENTI - G. ZANON, *Inclusione. La contemporaneità dentro il diritto romano*, Napoli, Jovene, 2019, ove, tra l’altro, si avverte che, «anche se in Roma si dimostra probabilmente meno accentuata la componente etnocentrica propria di altre popolazioni antiche, è tuttavia l’ancestrale valore del confine, sacro e inviolabile, e quindi della chiusura, tanto fisica quanto psicologica, a dominare sino ed epoca assai avanzata» (così, G. ZANON, *Il dono dell’accoglienza. La ricomposizione dell’‘estraneo’ in ‘simile’*, *ivi*, 47-48).

⁷ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 32, nel riprendere B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origine e fortuna dei nazionalismi*, con prefazione di M. d’Eramo, Roma-Bari, Laterza, 2018.

⁸ *Ivi*, 31.

⁹ Cfr. quel che rileva A. CORASANTI, *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 948 ss., ripreso da A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 34, secondo il quale la nozione comunitaria di *status* si tradurrebbe proprio in una «posizione (...) tendenzialmente stabile o addirittura permanente, dell’essere umano rispetto alla collettività, onde esso trae la sua forza e quasi la sua identità (...)».

¹⁰ Antonio Palma paragona la cittadinanza romana alla suggestiva immagine di «un aeroporto internazionale che raccoglie individui di ogni provenienza, riuniti dall’unica volontà di ripartire per ogni dove e che comunque si ritrovano in un luogo riconoscibile per modalità di uso comune nella multiculturalità reciprocamente rispettosa», e la accosta all’idea di «un *nonluogo*, cioè uno spazio senza tempo» (*ivi*, 10).

¹¹ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 109: «(...) solo lo *stato territoriale* centralmente amministrato diventò forza stabile e strutturante per il sistema statale europeo. In Portogallo, Spagna, Francia, Inghilterra e Svezia esso è, in un primo momento, il frutto delle monarchie regnanti, configurandosi successivamente come *stato nazionale* nel corso di una democratizzazione di stampo francese. (...) lo stato nazionale costituì l’infrastruttura per un’amministrazione statale giuridicamente disciplinata, garantendo nello stesso tempo lo spazio negativo di libertà per l’agire individuale e collettivo. Esso pose le basi (...) per quella

etimologicamente, richiama l'idea di una comunità caratterizzata da un'omogeneità etnico-geografica e da una comunanza di costumi – costituì il presupposto sul quale fu in grado di innestarsi la «democratizzazione della struttura statale»¹².

Ma, in concomitanza con l'avvento delle democrazie¹³, l'idea di 'nazione' finì per confondersi con quella di 'popolazione di uno Stato', rinvenendo la sua essenza non più in mere «somiglianze etnico-culturali, bensì nella prassi di cittadini che esercitano attivamente i loro diritti democratici di partecipazione e comunicazione»¹⁴: vennero così poste – sovviene Habermas¹⁵ – le basi di una nuova identità collettiva, la quale tende, in tal modo, ad avvicinarsi alla nozione di 'cittadinanza politica', la cui essenza dovrebbe ricollegarsi ai concetti di «auto-determinazione», «auto-legislazione» e «libera volontà»¹⁶.

Se è vero che lo *status civitatis* vigente in Roma antica sarebbe stata, per lungo tempo, prima dell'editto di Caracalla, «un fenomeno di natura giuridica e non identificativa»¹⁷, connotato, da un lato, da una componente di disponibilità¹⁸ e volontarietà¹⁹, dall'altro, da una non marginale vocazione all'utilitarismo²⁰; anche per l'esponente della Scuola di Francoforte deve sempre essere

omogeneizzazione culturale ed etnica su cui poté affermarsi, fin dal tardo Settecento, la democratizzazione della struttura statale (...). Stato nazionale e democrazia nacquero così come fratelli gemelli della Rivoluzione francese».

¹² *Ivi*, 108: «seppure al prezzo dell'emarginazione e repressione di minoranze nazionali».

¹³ Non si dimentichi, a tal proposito, l'insegnamento di É. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012, 12, secondo il quale «è la democrazia che rende l'istituzione della cittadinanza problematica».

¹⁴ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 109, che così prosegue: «Qui la componente repubblicana della cittadinanza si svincola completamente dall'appartenenza a una comunità prepolitica, integrata in base a discendenza genetica, tradizioni condivise e linguaggio comune». A questo riguardo, Habermas riprende il celebre motto di Ernest Renan: «L'esistenza di una nazione è un plebiscito quotidiano» (*ibid.*).

¹⁵ *Ivi*, 110.

¹⁶ Così Habermas, nel riprendere il pensiero di Rousseau e Kant in tema di sovranità popolare: «Il concetto di cittadinanza politica deriva dal concetto rousseauiano di auto-determinazione. In un primo momento, la sovranità popolare venne intesa come quella limitazione, o rovesciamento, della sovranità regale, che faceva riferimento a un contratto tra popolo e governo. Al contrario, Rousseau e Kant non intendono la sovranità popolare né nei termini di trasferimento di potere dall'alto in basso né in quelli di una spartizione del dominio tra partiti contraenti. Ai loro occhi, sovranità popolare significa piuttosto trasformazione del potere in *auto-legislazione*» (*ivi*, 110-111).

Per una recente disamina del concetto di sovranità, declinata nella prospettiva dell'attuale integrazione europea (e con particolare riferimento al pensiero di Thomas Hobbes e Carl Schmitt), v., da ultimo, l'argomentato saggio di G. COMAZZETTO, *Pensare l'Europa federale: contributo alla discussione*, in *Nomos*, n. 1/2020.

¹⁷ Lo si è accennato poco fa: A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 57. Ma v., anche, 42 («il processo di elaborazione del concetto di cittadinanza ha assunto andamenti in larga misura indipendenti da una sua connotazione identitaria, pur subendo profonde trasformazioni nei diversi contesti storici»), 43 («appare evidente che la relazione di appartenenza identitaria prescinda, in larga parte, da una relazione di cittadinanza»), 68 («La cittadinanza romana non era più nell'Impero dei primi tre secoli prevalentemente un luogo identitario») e 69 («La cittadinanza romana si rivela come un luogo connotato da una dimensione *giuridica e non identitaria*»). Si tratta di una qualità individuata come prettamente consustanziale all'esperienza romana dei primi tre secoli dell'Impero, la quale, tuttavia, pare subire una sorta di attenuamento – dal carattere, si potrebbe dire, quasi 'eterogenetico' – proprio a seguito dell'emanazione dell'editto di Caracalla.

¹⁸ *Ivi*, spec. 26 e 84, ove si ricorda come la cittadinanza potesse essere concessa anche tramite una mera attività privata, in assenza di qualsivoglia intermediazione da parte dei pubblici poteri: è il caso delle manumissioni degli schiavi, i quali, contestualmente allo *status libertatis*, acquisivano anche lo *status civitatis* (cfr., sul punto, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV edizione, Torino, Utet, 2012, 151, sulla scorta di Ulp., D. 1.1.4 *pr.*).

¹⁹ *Ivi*, 25-26, sulla base di una testimonianza ciceroniana (Cic., *Caec.*, 100), ove l'Autore riferisce della possibilità di «una rinuncia volontaria della cittadinanza romana», a seguito della scelta dell'esilio.

²⁰ *Ivi*, spec. 97 ss., nelle quali Palma indaga «il reale interesse delle popolazioni italiche ed extraitaliche all'acquisto dello *status civitatis* dell'Urbe» (*ivi*, 98), giungendo alla conclusione secondo cui «alla élite che abitava le province non interessava invero

riconosciuto – al di là degli automatici meccanismi di attribuzione della cittadinanza, legati alla discendenza (c.d. *ius sanguinis*) ovvero al luogo di nascita (c.d. *ius soli*) – «il diritto di emigrare o di rinunciare alla nazionalità»²¹. Inoltre, Habermas denuncia il rischio, ricorrente nelle società contemporanee, dell'imperversare della «sindrome privatistica del cittadino», consistente nella «subordinazione del ruolo politico» del moderno *civis* «alla situazione d'interesse in quanto cliente»: vale a dire, nella condizione di quel cittadino che, abdicando al proprio ruolo di partecipe della vita pubblica, si limita a coltivare relazioni esclusivamente 'clientelari' «nei confronti di un'amministrazione capace di prevedere e provvedere»²².

Ora, sul solco delle premesse appena illustrate, dopo aver ricostruito le due principali interpretazioni – rispettivamente, riconducibili a Locke e ad Aristotele – della nozione di cittadinanza politica²³, Habermas ne individua il fondamento nella costruzione di «una rete di egualitari rapporti di riconoscimento reciproco», nella quale ciascuno è chiamato ad assumere «le prospettive dei partecipanti in prima persona plurale, e non solo la prospettiva oggettivante di un attore o di un osservatore orientato al conseguimento del proprio successo»²⁴. Se è dunque vero – come accadde, *mutatis mutandis*, nell'Impero romano all'indomani dell'emanazione della *constitutio Antoniniana*, e come si è visto valere anche per gli Stati nazionali moderni, a seguito della democratizzazione dei medesimi – che, «per avere una cultura politica tale che consenta ai principi costituzionali di metter radici, non c'è bisogno di ricorrere ad una origine etnica, linguistica e culturale che sia comune a tutti i cittadini dello stato»²⁵, ne deriva che «una democratica cittadinanza politica non ha nessun bisogno di radicarsi dentro l'identità nazionale di un popolo», richiedendo soltanto, «a prescindere dalla molteplicità di differenti 'forme di vita' culturali», che «tutti i cittadini vengano socializzati in una comune cultura politica»²⁶. Per Habermas, dunque,

ottenere lo *status* di cittadino ma altro»: in particolare, «vedersi riconoscere privilegi da esercitare nelle singole comunità di provenienza, e così divenire notabili in patria, protetti dalla potenza di Roma» (*ivi*, 102-103).

²¹ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 112.

²² *Ivi*, 123: secondo il filosofo tedesco, tale rischio «diventa tanto più verosimile quanto più economia e stato, che vengono istituzionalizzati attraverso gli stessi diritti, sviluppano un'irriducibile logica sistemica, ricacciando i cittadini nel ruolo marginale di semplici membri di un'organizzazione».

Inoltre, Habermas stigmatizza il ricorso a spietate logiche utilitaristiche, anche con riguardo alle politiche di inclusione degli stranieri: logiche che, ove concretamente perseguite, condurrebbero – a detta del filosofo – ad un «etnocentrismo strumentale», il quale, «fondato sull'aspettativa di vantaggi reciproci», «suggerirebbe di concedere agli stranieri il visto d'ingresso, solo quando esista una fondata speranza che essi non sovraccarichino la bilancia corrente delle prestazioni e delle rivendicazioni» (*ivi*, 130-131).

²³ *Ivi*, 113, ove la concezione individualistica, facente capo a Locke (in forza della quale, «la cittadinanza politica viene concepita sul modello di un'adesione associativa che fonda la posizione giuridica», e «gli individui rimangono esterni allo stato», contribuendo «alla sua riproduzione offrendo determinate prestazioni»), viene contrapposta a quella comunitaristica, facente capo ad Aristotele (secondo il quale, la cittadinanza è «concepita sul modello dell'appartenenza a una comunità etico-culturale che si autodetermina», e i cittadini «sono integrati alla collettività politica così come le parti sono integrate a un tutto, al punto che essi possono sviluppare la loro identità personale e sociale solo entro l'orizzonte di tradizioni comuni e di istituzioni politiche riconosciute»).

²⁴ *Ivi*, 115.

²⁵ *Ivi*, 116, ove Habermas porta l'esempio delle società multiculturali di Svizzera e Stati Uniti d'America.

²⁶ *Ivi*, 117.

merita di essere perseguita – e valorizzata – la «ricchezza multiculturale della società»²⁷, «a partire dalle diverse culture nazionali», nel segno di una «non imperiale intesa reciproca *con*, nonché da un processo di apprendimento *da*, le altre culture»²⁸.

Così, concentrando l'attenzione sulla correlazione tra i rilievi or ora illustrati e i profili più strettamente aderenti alla riflessione riguardante la cittadinanza, Habermas – nel discostarsi dalle tesi di coloro i quali, ai fini del riconoscimento dello *status* di cittadino allo straniero, richiedono una sorta di 'adeguamento' della natura di quest'ultimo ai costumi, al linguaggio, alle tradizioni storiche locali²⁹ – ritiene che l'immigrato sia chiamato ad intraprendere un percorso di «assimilazione», che non può avere ad oggetto una totale «disponibilità all'acculturazione», intesa quale disponibilità «ad adottare dall'interno mentalità, pratiche e abitudini della cultura indigena in tutto il loro ventaglio»³⁰, dovendo mirare, invece, alla «approvazione dei principi costituzionali, all'interno dell'orizzonte interpretativo definito volta per volta dall'autocomprensione etico-politica dei cittadini e dalla cultura politica del paese»³¹.

Giunti a questo punto, sembra opportuno tentare di tirare le fila all'interno del discorso habermasiano che si è andati illustrando, per poi procedere oltre, passando a verificare la coerenza di alcune proposte legislative, attualmente in discussione in Italia, con le premesse teoriche che si sono, sin qui, poste.

Secondo Habermas, gli imperi antichi e medievali furono in grado di realizzare, a partire da un'originaria condizione di profonda diversità etnico-culturale, un'unificazione che, in un primo momento, dovette cedere il passo dinanzi all'affermazione degli Stati nazionali, disposti anche alla repressione delle minoranze, pur di far vigorosamente prevalere un'inflessibile omogeneità culturale all'interno delle rispettive popolazioni. All'indomani delle Rivoluzioni francese e americana, riuscì, tuttavia, a farsi strada l'idea di un'identità nazionale non più necessariamente basata su una comunanza di origini, costumi e tradizioni, bensì fondata sull'esercizio dei diritti politici e sul godimento delle libertà da parte dei *citizens*: nacque, così, il concetto di cittadinanza politica. Quest'ultima si fonda su di un atteggiamento di riconoscimento reciproco da parte dei cittadini e sull'inclusione del diverso, oltre che su di un'identità comunitaria che si lega, *in primis*, ai principi politici e ai valori costituzionali, anziché a specifici orientamenti culturali e morali, forieri di emarginazione ed esclusione sociale: la conseguenza più immediata di una tale

²⁷ La quale potrebbe, verosimilmente, rivelarsi fonte di tensioni e contrasti, che pure, tuttavia, potranno, a loro volta, «promuovere una mobilitazione politica capace di dare slancio ai movimenti sociali endogeni di tipo nuovo, originariamente sorti nel quadro dello stato nazionale» (ivi, 125).

²⁸ *Ivi*, 126.

²⁹ Così, H.R. VAN GUNSTEREN, *Admission to Citizenship*, in *Ethics*, n. 98/1998, p. 648, ripreso da J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 134: «L'aspirante cittadino deve avere la capacità e la volontà di farsi membro di questa particolare comunità storica, del suo passato e del suo futuro, delle sue forme di vita nonché delle istituzioni entro i quali i suoi membri pensano e agiscono». Il richiedente la cittadinanza, a detta dell'autore, è chiamato ad «apprendere un certo linguaggio e una certa cultura, nonché (...) ad accettare proprio quelle istituzioni che favoriscono la riproduzione di cittadini che siano capaci di autonomia e di giudizio responsabile».

³⁰ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, cit., 99, il quale rifugge l'idea di una «integrazione etico-culturale (...) che incide sull'identità originaria degli immigrati in maniera assai più profonda di quanto non richieda la socializzazione politica (...)».

³¹ *Ivi*, 98.

impostazione consiste nella circostanza, secondo la quale agli immigrati, richiedenti la cittadinanza di un determinato Paese, potrà essere richiesta l'accettazione dei generali principi di etica pubblica, fondanti lo Stato di diritto, e delle vigenti pratiche di convivenza sociale, ma non una sorta di interiorizzazione dei modelli culturali tipici della società ospitante, con contestuale rinuncia alle proprie tradizioni d'origine³².

2. Echi di un possibile retroterra storico-filosofico nell'ambito delle prospettive di revisione della legislazione italiana in materia di cittadinanza: il c.d. *ius culturae*.

Trasferendo, ora, la riflessione dal campo storico-filosofico a quello puramente giuridico, vale la pena di soffermare, brevemente, l'attenzione su alcuni aspetti, rilevanti ai nostri fini, del disegno di legge A.C. 105 – rubricato «Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza» –, presentato il 23 marzo 2018 e tuttora all'esame della prima Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati³³.

La proposta legislativa, nel prevedere un sostanziale ripensamento della legge n. 91/1992³⁴, nel segno di un allargamento delle rigide maglie caratterizzanti i meccanismi ivi contemplati, si propone – *expressis verbis* – di «facilitare e incrementare l'acquisizione della cittadinanza, quale strumento essenziale di un'effettiva integrazione nella società», anche attraverso una novellata concezione del «percorso giuridico verso la cittadinanza», che andrebbe inteso, nelle intenzioni dei proponenti, non più in termini di mero interesse legittimo, bensì di vero e proprio diritto soggettivo³⁵.

Tra le diverse disposizioni che popolano il progetto³⁶, ve ne sono almeno un paio che, più di altre, si pongono nel solco delle argomentazioni che si sono sinora prospettate, con riguardo al

³² A tal riguardo, Habermas propone, quale modello negativo da stigmatizzare, l'esempio della politica bismarckiana di «germanizzazione» della Polonia (ivi, 99).

³³ Per due recenti ed esaustive disamine della proposta di legge in parola (l'una, tendenzialmente favorevole all'introduzione della novella; l'altra, invece, maggiormente critica, specie sotto alcuni profili, sui quali v. *infra*) si rinvia, sin d'ora, ai contributi di D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae: note a margine dell'ennesimo tentativo di revisione della legge sulla cittadinanza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020 (il quale, pure, accenna ad alcuni passi contenuti nelle pagine habermasiane riprese in questa sede), e di E. CODINI, *Ius culturae. Brevi note a proposito dei progetti di riforma dei modi d'acquisto della cittadinanza concernenti i figli degli immigrati*, Fondazione ISMU - Iniziative e studi sulla multietnicità, luglio 2021, reperibile *online*.

Per completezza, si segnala che il progetto di legge appena menzionato (sulla quale si soffermerà maggiormente l'attenzione in questo paragrafo) risulta abbinato ai disegni di legge A.C. 717 e A.C. 920, al contenuto dei quali pure si accennerà, *infra*, spec. *sub* note 40, 41, 52 e 53.

³⁴ In ordine alla quale, v., ad esempio, R. CLERICI, *La cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano*, Padova, Cedam, 1993, e S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1996.

³⁵ A.C. 105, relazione introduttiva, 2.

³⁶ Limitandosi ad una sintetica indicazione delle principali previsioni ivi contenute, si segnala che l'art. 1 introduce una sorta di *ius soli* 'attenuato', disponendo l'acquisto della cittadinanza da parte di chi nasca nel territorio della Repubblica da genitori stranieri di cui almeno uno sia regolarmente soggiornante in Italia da almeno un anno, ovvero da genitori stranieri di cui almeno uno sia nato in Italia (senza che, in quest'ultimo caso, rilevi il requisito della durata del pregresso soggiorno nel territorio nazionale); l'art. 3 riduce a sei mesi (a fronte degli attuali due anni) il periodo minimo di residenza in Italia previsto, al fine del conseguimento della cittadinanza, per il coniuge straniero di un cittadino italiano; ancora, l'art. 4, relativo all'istituto della c.d. naturalizzazione, abbassa, tra le altre cose, a cinque anni il periodo minimo di residenza richiesto per l'attribuzione della cittadinanza allo straniero, purché quest'ultimo risulti in possesso dei requisiti reddituali minimi, fissati con decreto del Ministro

rapporto sussistente tra cittadinanza e identità nazionale-culturale. Si allude, in modo particolare, agli articoli 2 e 5, rispettivamente dedicati alla disciplina dell'acquisizione della condizione di cittadino italiano da parte dei minori e all'«integrazione linguistica e sociale dello straniero».

Più nello specifico, l'articolo 2 introduce l'inedito meccanismo di acquisto della cittadinanza fondato sul c.d. *ius culturae*: in base al testo di tale disposizione, può divenire cittadino italiano – previa espressa dichiarazione di volontà da parte di un genitore o di chi esercita la responsabilità genitoriale – il figlio minore di genitori stranieri, allorquando quest'ultimo abbia frequentato un corso di istruzione primaria o secondaria di primo grado, o secondaria di secondo grado, «presso istituti scolastici appartenenti al sistema nazionale di istruzione», ovvero abbia seguito «un percorso di istruzione e formazione professionale idoneo al conseguimento di una qualifica professionale»³⁷. Resta salva la facoltà, per il soggetto che, in tal modo, è divenuto cittadino, di rinunciare alla cittadinanza italiana, entro due anni dal compimento della maggiore età, qualora ne possieda un'altra.

Dal canto suo, l'articolo 5 – corroborando, in qualche modo, l'accento già posto dall'articolo 2 sulla menzionata prospettiva culturale, ed estendendone la portata in via generale – prevede che lo Stato debba garantire, «agli stranieri richiedenti la cittadinanza, l'offerta formativa per la conoscenza della lingua e della Costituzione italiane»: a questo scopo, il Governo è chiamato ad individuare e a riconoscere – anche in collaborazione con le Regioni e gli altri enti locali substatuali – «le iniziative e le attività finalizzate a sostenere il processo di integrazione linguistica e sociale dello straniero»³⁸.

dell'interno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, «in misura non inferiore a quello prescritto per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo»; l'art. 9, infine, è dedicato ai motivi che precludono l'acquisto della cittadinanza.

³⁷ A.C. 105, art. 2, 6. D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae*, cit., 9-10, mette in luce i possibili effetti distorsivi che la disposizione appena menzionata, nella sua attuale formulazione, potrebbe comportare, dal momento che essa sembrerebbe equiparare la frequenza di (soli) tre anni di scuola secondaria di primo grado a quella di un ciclo quinquennale di scuola primaria o secondaria di secondo grado: in effetti – nota questo studioso –, la norma apparirebbe più lineare ove, più semplicemente, si facesse «carico di determinare un periodo minimo di frequentazione del percorso di istruzione o formazione: indipendentemente, cioè, da come lo stesso sia distribuito tra i diversi cicli di istruzione o ambiti di formazione».

Così, il disegno di legge A.C. 920 prevede – tra le diverse ipotesi ivi contemplate – il (più preciso) requisito della frequenza di uno o più cicli d'istruzione per un «periodo minimo di cinque anni»: «Il minore straniero nato in Italia o che vi ha fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età che, ai sensi della normativa vigente, ha frequentato regolarmente, nel territorio nazionale, per almeno cinque anni, uno o più cicli scolastici presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione (...) acquista la cittadinanza italiana». Inoltre, esso aggiunge che, «Nel caso in cui la frequenza riguardi il corso di istruzione primaria, è altresì necessaria la conclusione positiva del corso medesimo» (ivi, art. 1, 6).

Dal canto suo, E. CODINI, *Ius culturae*, cit., 9, si esprime criticamente in ordine all'acquisto della cittadinanza al termine della scuola primaria (come, tra l'altro, prevede anche il disegno di legge A.C. 717: «Lo straniero nato in Italia, che abbia completato il corso di istruzione primaria secondo la disciplina vigente, risiedendovi legalmente fino a tale data, diviene cittadino [...]»: ivi, art. 1, 5), dal momento che «tale possibilità» mal si concilierebbe «con la programmazione scolastica, dove è previsto che l'educazione civica si sviluppi a partire dalla scuola dell'infanzia giungendo però al suo compimento nella secondaria». Di conseguenza, egli propone «una disciplina fondata sull'acquisto della cittadinanza all'adempimento dell'obbligo scolastico»: vale a dire, non prima del compimento del sedicesimo anno d'età, di modo che il minore sia messo nella condizione di concludere – o, perlomeno, di compiere in larga parte – il percorso di educazione civica. Francamente, una proposta di tale tenore – pur astrattamente apprezzabile negli intenti – finirebbe per vanificare, in tutta evidenza, la *ratio* sottesa all'innovazione legislativa, escludendo la possibilità di acquisto dello *status* di cittadino per gran parte della minore età.

³⁸ A.C. 105, art. 5, 8.

Ora, come si collocano tali innovazioni legislative rispetto agli auspici formulati da Jürgen Habermas, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente?

Come si è accennato poco fa, l'esponente della Scuola di Francoforte ritiene, da un lato, che riconoscimento reciproco e inclusione siano elementi fondanti la cittadinanza politica; dall'altro, che al neo-cittadino possa (*rectius*: debba) essere richiesto un adeguamento ai – e, dunque, un congruo apprendimento dei – fondamentali principi costituzionali regolanti la convivenza civile nel Paese ospitante, senza che una tale istanza possa tradursi in una sorta di imposizione culturale sul piano dei rispettivi costumi d'origine.

Se, dunque, si ripercorre il contenuto delle disposizioni testé menzionate alla luce dell'insegnamento habermasiano, dovrebbe apparire piuttosto agevole l'individuazione di una certa continuità tra l'impostazione teorica seguita dal filosofo tedesco e le direttrici concretamente indicate – nella forma del diritto positivo – dal legislatore italiano.

Così, pochi dubbi possono sorgere intorno alla circostanza che l'intento perseguito dal disegno di legge n. 105 – improntato, in tutta evidenza, all'ammorbidimento degli stringenti limiti di cui alla legislazione attualmente vigente – si allinei con la «necessità», espressamente indicata da Habermas, «che gli stati europei» perseguano una «politica migratoria di tipo liberale»³⁹. Ma una politica «di tipo liberale» – la quale, certamente, risponde ai canoni dell'inclusività e del riconoscimento reciproco – non può, tuttavia, tradursi in una politica di accoglienza indiscriminata, stante l'esigenza di contemperare «il desiderio d'insediamento da parte dei nuovi immigrati» con il «diritto di una collettività politica a conservare integra la propria forma di vita politico-culturale»⁴⁰, secondo l'accezione che si è già contingentata *supra*.

L'acquisto della cittadinanza per *ius culturae* – previsto all'articolo 2 della proposta legislativa in parola – appare senz'altro coerente rispetto a tali premesse, dal momento che esso rappresenta, innanzi tutto, un auspicabile strumento di *inclusione e coesione sociale* per il minore, il quale – una volta concluso un ciclo scolastico presso un istituto di istruzione italiano – diviene, *de facto*, parte integrante della società ove è inserito, avendone appreso la lingua e i valori fondanti; avendovi sviluppato relazioni umane ed istituzionali; avendo, dunque, consolidato un legame con la comunità ospitante che, da meramente sostanziale, merita di essere riconosciuto anche dal punto di vista formale, attraverso la concessione della cittadinanza⁴¹.

Il disegno di legge A.C. 717, per parte sua, prevede che «lo straniero nato in Italia acquista la cittadinanza italiana a condizione che, alla data di presentazione dell'istanza, risieda legalmente da almeno tre anni nel territorio della Repubblica e abbia superato un esame che accerti la sua *conoscenza della cultura e della lingua italiana* nonché dei *principi e delle norme fondamentali dell'ordinamento italiano*» (ivi, art. 1, 5 – il corsivo è mio).

³⁹ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 135: secondo il filosofo, «Contro la pressione di quelli che vogliono immigrare e cercare asilo», i Paesi europei «non possono trincerarsi dietro la barricata dello sciovinismo del benessere» (ivi, 135-136).

⁴⁰ ID., *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, cit., p. 98.

⁴¹ Nota, infatti, D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae*, cit., 19, che «i tradizionali criteri di acquisto della cittadinanza, sia *iure soli* sia *iure sanguinis*, finiscono per riflettere approcci di tipo solo formalistico: il fatto della nascita (...), in sé considerato, oltre ad essere quanto mai "arbitrario", non offre particolare testimonianza circa il legame che l'individuo sviluppa, in concreto, con la Comunità». Con l'occasione, è possibile rinviare – in relazione allo specifico criterio dello *ius soli* – all'approfondito studio condotto da A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

L'obiettivo perseguito dallo *ius culturae* – coerentemente rispetto agli indirizzi indicati nelle pagine di Habermas – non è certo (e sarebbe assurdo pretendere il contrario) quello di obliterare le tradizioni d'origine dello straniero, né, tanto meno, quello di incidere sui valori morali o sul credo religioso di quest'ultimo. Tali costumi, infatti, non possono che costituire un fattore di arricchimento⁴² reciproco – e per questo debbono essere accuratamente preservati – anche e soprattutto per i giovani in età scolare, le cui coscienze e le cui sensibilità vengono, in tal modo, messe nella condizione di superare gli angusti limiti dei confini cittadini e nazionali, aprendosi al mondo: perché la globalizzazione non deve certo coincidere con l'azzeramento delle singole specificità etnico-culturali, nel segno di una parificazione monopolizzante ed annichilente, essendo, al contrario, chiamata a promuovere un'autentica e rispettosa convivenza tra identità plurime.

In tal modo, l'articolo 2 del disegno di legge permetterebbe di mettere fine a situazioni che, spesso, finiscono per rivelarsi puramente discriminatorie, relegando allo stato di 'non cittadino' un minore che – per livello di formazione e grado di inserimento – risulta, magari, di gran lunga più integrato di chi, pur avendo acquisito la cittadinanza sulla base degli altri criteri attualmente previsti dalla normativa vigente, non ne coglie appieno portata e valore o, addirittura, non se ne dimostra meritevole⁴³.

È chiaro, dunque, che la formazione richiesta ai fini dell'ottenimento dello *status* di cittadino *iure culturae* – essenzialmente coincidente con quella erogata nel corso della frequenza di un ciclo d'istruzione primaria o secondaria – risulta essere improntata all'acquisizione della lingua, delle principali regole di convivenza civile, dei fondamenti propri dell'ordinamento costituzionale, nonché di quelle nozioni – storiche, letterarie, filosofiche, artistiche – indispensabili al conseguimento di un sufficiente grado di *conoscenza* della società di cui si desidera entrare a far parte: non nella prospettiva di un appiattimento culturale (nel segno, dunque, di un rinnegamento della propria *origo*), bensì in un'indispensabile ottica di *assimilazione*: da intendersi, con Jürgen Habermas, come «approvazione dei principi costituzionali» e della «cultura politica del paese»⁴⁴.

Del resto, è proprio in questa direzione che, più in generale (*id est*, non limitatamente all'acquisizione della cittadinanza per *ius culturae*), si muove l'articolo 5 del progetto di legge, nella misura in cui – come si è visto – prevede che lo Stato debba assicurare agli aspiranti cittadini un'offerta formativa incentrata proprio sulla conoscenza «della lingua e della Costituzione

⁴² Habermas, come si ricorderà (cfr. *sub* 2), parla di un auspicabile accrescimento della «ricchezza multiculturale della società»: J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 125.

⁴³ Cfr., a tal riguardo, M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, in *Salute Persona Cittadinanza*, n. 1/2013, 169 ss., ora in ID., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015, 561 ss.: è il caso, ad esempio, di colui che «si sottrae al dovere fiscale» e che, in quanto tale, «è da considerare alla stregua di un elemento estraneo alla società e, quindi, alle istituzioni» (*ivi*, 567).

⁴⁴ *Ivi*, 98.

Da non sottovalutare, in ogni caso, quanto viene rilevato da E. CODINI, *Ius culturae*, cit., 11, il quale mette in guardia il lettore circa il rischio – certamente, non trascurabile, e di cui il legislatore non può non occuparsi – che, specie in alcuni contesti, «i percorsi effettivi» di insegnamento dell'educazione civica si rivelino, concretamente, «poca cosa rispetto alla “costruzione” del cittadino», con la conseguenza che «quel che si è detto a proposito del legame fra frequenza scolastica e *ius culturae* sarebbe fondato più su un dover essere che su dati reali».

italiane»⁴⁵. Soltanto in questo modo, si potrà evitare «l'emarginazione delle subculture estranee»⁴⁶, favorendo, al contrario, un *riconoscimento* reciproco: da un lato, gli aspiranti cittadini e i neo-cittadini riconosceranno, e rispetteranno, i valori fondamentali dell'ordinamento e della comunità ospitanti; d'altro lato, i cittadini 'di lungo corso' riconosceranno, e rispetteranno, cultura e tradizioni di questi ultimi⁴⁷, i quali potranno affiancare alla propria, senza sostituzioni di sorta, una nuova – più ampia e multiforme – identità.

Infine, merita di non essere sottovalutato un ulteriore elemento, che pare collocarsi in perfetta continuità rispetto all'impostazione accolta da Habermas: quest'ultimo – come si ricorderà – individua una stretta, intima e necessaria correlazione tra i concetti di 'cittadinanza' e di 'libera volontà', in forza della quale, tra l'altro, dovrebbe sempre essere riconosciuta al cittadino la facoltà di rinunciare allo *status civitatis*⁴⁸.

Un tale elemento volontaristico è rinvenibile, con tratti pressoché analoghi, anche all'interno del più volte menzionato articolo 2 della proposta di legge n. 105: in primo luogo, poiché, ai fini dell'acquisizione della cittadinanza da parte del minore, è, naturalmente, richiesta una formale dichiarazione di volontà da parte dei genitori o di chi esercita la responsabilità genitoriale⁴⁹; in secondo luogo – e soprattutto –, perché è espressamente contemplata la possibilità, per il neo-cittadino, entro due anni dal compimento della maggiore età, di rinunciare alla cittadinanza italiana⁵⁰. Ne deriva, in definitiva, un'idea di cittadinanza che – al di là della necessità di criteri di base, certamente indispensabili dal punto di vista amministrativo, finalizzati all'attribuzione automatica dello *status* di cittadino – si caratterizzi in termini di volontaria *adesione* – non forzata, ma libera e consapevole, con contestuale accettazione del complesso di diritti e di doveri che ne deriva – ad una nuova comunità.

⁴⁵ A.C. 105, art. 5, 8.

⁴⁶ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, cit., 100.

⁴⁷ In questo senso, v. le accorte conclusioni cui giunge anche D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae*, cit., 21-22, secondo il quale «Il c.d. *ius culturae* richiede (...) uno “sforzo comune”: da un lato, la disponibilità a lasciarsi “assimilare” nell'ambito della cultura ospitante e, dall'altro, la capacità di quest'ultima di recepire come un arricchimento i processi di inevitabile ibridizzazione che l'accoglienza e, in generale, lo spostamento delle persone sui territori producono. Lo sforzo, tuttavia, apparirebbe ben ripagato. Ad una cultura più dinamica e disponibile al cambiamento corrisponderebbero classi di individui già largamente integrati, conoscitori e protagonisti dei processi di formazione socio-culturale. Prodotti culturali ma, nel contempo, anche produttori di cultura».

⁴⁸ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 110-112.

⁴⁹ Analoghe, espresse manifestazioni di volontà sono contemplate anche dai disegni di legge A.C. 117 e A.C. 920, ai rispettivi artt. 1.

A tal proposito, E. CODINI, *Ius culturae*, cit., 11, propone – sulla scorta dell'opportunità, da lui sostenuta, dell'acquisto della cittadinanza *iure culturae* non prima del compimento del sedicesimo anno d'età – che la relativa dichiarazione di volontà provenga direttamente dal soggetto interessato, «valorizzando così massimamente il passaggio come scelta di vita».

⁵⁰ Cfr., a questo riguardo, anche quanto dispongono l'art. 1 della proposta di legge A.C. 117 («Nei casi di cui al comma 1, secondo periodo, l'interessato, se in possesso di altra cittadinanza o se la riacquisti, può rinunciare alla cittadinanza italiana entro un anno dal compimento della maggiore età») e l'art. 1 della proposta di legge A.C. 920 («Entro due anni dal raggiungimento della maggiore età, l'interessato può rinunciare alla cittadinanza italiana se in possesso di altra cittadinanza»).

3. *Brevi riflessioni di sintesi*

Storia, filosofia, diritto: sono le direttrici che, in questa sede, si è cercato di seguire, allo scopo di tracciare un ideale collegamento attorno alla concezione della cittadinanza quale «luogo popolato da *homines* senza etichette»⁵¹: vale a dire, una cittadinanza che, prescindendo dalla sterile autoctonia, dalla comunanza di origini, dall'arida e utopistica uniformità morale e culturale, sia veicolo (e non presupposto) per la costruzione di un'autentica «*identità immaginaria*»⁵². Un'identità, nella quale i *cives* possano riconoscersi, grazie all'accettazione di comuni regole di convivenza, fondate sulla sussistenza di determinati spazi di libertà, cui debbono necessariamente corrispondere precisi doveri di solidarietà⁵³; grazie alla condivisione di valori che, lungi dall'essere il derivato di un'imposizione, vengano progressivamente assimilati, a seguito dell'inserimento attivo nella vita sociale della comunità di riferimento; grazie, ancora, all'approvazione dei principi cardine dell'ordinamento giuridico statale, nonché del relativo sistema politico-istituzionale.

In questo modo, come si è già accennato, la cittadinanza non si fonda su di un'identità, ma contribuisce a costruire, essa stessa, un'identità: non insensibilmente gelosa della propria essenza e delle proprie prerogative – la qual cosa, in un'epoca nella quale le culture si fanno sempre più eterogenee, risulterebbe senz'altro irragionevole –, ma aperta all'inclusione dell'altro, nel segno del reciproco rispetto delle corrispondenti origini e tradizioni.

Elementi, questi ultimi, in qualche modo rinvenibili – con le dovute differenziazioni – in quella sorta di 'cittadinanza universale' inaugurata, in Roma antica, a seguito dell'emanazione dell'editto di Caracalla: cittadinanza, che «era lungi dall'appiattare le singole vocazioni delle diverse *gentes*, ma anzi le accoglieva in un contenitore (...) che quelle differenze esaltava e non comprimeva, piuttosto tutelava»⁵⁴. Ma anche nelle pagine di uno dei maggiori esponenti della riflessione filosofica del XX secolo come Jürgen Habermas, secondo il quale non si avverte la necessità di un'omogeneità etnica, linguistica e culturale per permettere ai principi costituzionali di «metter radici»⁵⁵; nonché nell'articolato del disegno di legge A.C. n. 105, che si propone di giungere, finalmente, alla positivizzazione di una correlazione tra integrazione sociale e acquisto della cittadinanza.

Non va dimenticato che, oggi, nell'ambito delle contemporanee società multiculturali, «Tutti noi, abitanti del nostro pianeta, siamo altri rispetto ad altri: io per loro, loro per me»⁵⁶; con la conseguenza che «la benevolenza nei loro confronti è l'unico atteggiamento capace di far vibrare

⁵¹ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 10.

⁵² *Ivi*, 6.

⁵³ È quel che dispone l'art. 2 Cost. A tal proposito, v., ancora una volta, M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, cit., 568-569, il quale rileva quanto segue: «Poco importa e, soprattutto, poco importerà il luogo in cui si è nati, quale è il colore della pelle e via dicendo: perché cittadino dovrà essere – a mio parere – chi paga il tributo da qualunque parte del mondo provenga, non certo il parassita che vive alle spalle degli altri (...). Pagare il tributo non è una formalità. La cittadinanza non è una formalità. Non è un dono, ma un valore conquistato».

⁵⁴ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi*, cit., 20.

⁵⁵ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, cit., 116.

⁵⁶ R. KAPUŚCINSKI, *L'altro*, Milano, Feltrinelli, 2009, 71.

la corda dell'umanità»⁵⁷: benevolenza che è accettazione, inclusione, riconoscimento, assimilazione, secondo le sfumature semantiche evidenziate dallo stesso Habermas.

Del resto, è proprio in questi termini che, di recente, si è espresso anche Papa Francesco, le cui parole paiono in grado di compendiare, alquanto efficacemente, il percorso che si è tentato di tracciare sin qui: «la categoria di “popolo” è aperta. Un popolo vivo, dinamico e con un futuro è quello che rimane costantemente aperto a nuove sintesi, assumendo in sé ciò che è diverso. Non lo fa negando sé stesso, ma piuttosto con la disposizione ad essere messo in movimento e in discussione, ad essere allargato, arricchito da altri, e in tal modo può evolversi»⁵⁸. In tal senso, la cittadinanza – specie se concepita, anche grazie al c.d. *ius culturae*, quale strumento di formalizzazione di un'integrazione spesso già sussistente sul piano sostanziale – può davvero costituire un autentico veicolo di evoluzione per un popolo.

ABSTRACT [It]

Il presente contributo si propone di indagare il rapporto tra cittadinanza e identità culturale. Prendendo le mosse da una prospettiva di carattere storico-filosofico, si illustreranno le considerazioni svolte da Jürgen Habermas in tema di cittadinanza, approfondendo, tra l'altro, che cosa l'esponente della Scuola di Francoforte intende per “assimilazione”, vale a dire, il grado di inclusione e acculturazione richieste al migrante che aspira ad ottenere la cittadinanza. Nel farlo, si metteranno in luce anche alcuni, peculiari caratteri della cittadinanza romana, con particolare riguardo alla conformazione di quest'ultima prima e dopo l'editto di Caracalla del 212. Si tenterà, poi, di mettere in relazione gli spunti tratti dall'esperienza storica e dalla riflessione filosofica con le recenti proposte legislative in tema di acquisto della cittadinanza per c.d. *ius culturae*.

ABSTRACT [En]

This paper aims to investigate the relationship between citizenship and cultural identity. Starting from a philosophical and historical perspective, the paper will describe the observations conducted by Jürgen Habermas on the matter of citizenship, analyzing, among the other things, what the exponent of the Frankfurt School means for “assimilation”, that is the level of inclusion and cultural adaptation requested to the migrant who applies for citizenship. Along this path, it will also underline some peculiar features of the Roman citizenship, with special regard to the conformation of the citizenship itself before and after the Edict of Caracalla, enacted in 212. Secondly, the essay will try to draw a relationship between the sparks extracted from the historical experience and the philosophical reflection with the recent Italian legislative bills on the matter of acquisition of citizenship on the basis of the so called *ius culturae*.

PAROLE CHIAVE: cittadinanza – identità culturale – inclusione – Habermas – *ius culturae*

KEYWORDS: citizenship – cultural identity – inclusion – Habermas – *ius culturae*

⁵⁷ *Ivi*, 76.

⁵⁸ FRANCESCO, *Fratelli tutti. Enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale*, con guida alla lettura di A. Smerilli, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2020, 150-151. In ordine alle esortazioni contenute in quest'ultima lettera enciclica – con particolare riguardo all'auspicata apertura delle realtà cittadine al mondo, nel segno della valorizzazione della fratellanza umana –, mi sia consentito il rinvio a G. MENEGATTO, *Gemellaggi ed orizzonti relazionali delle città: qualche spunto a partire dalla “Fratelli tutti”*, in F. PIZZOLATO - G. RIVOSECCHI - A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2021.



Giovanna Tieghi*

Cittadinanza e *Australian Allegiance*: nuove sfide di identità relazionale**

SOMMARIO: 1. Ripensare la cittadinanza in termini di *connectiveness* nella dimensione *glocal*. – 2. Questioni di metodo: comparazione e interdisciplinarietà. – 3. Dalle *virtutes* romane alla contemporaneità: spunti *local* – con aperture *global* – dall’ordinamento australiano. – 3.1. Le ultime parole del Giudice Nettle e della *High Court of Australia: Constitutional Membership e Allegiance*. – 4. Le implicazioni *glocal*: tra tendenze anticospopolite e etica pubblica. – 5. Nuove sfide di identità relazionale?

1. Ripensare la cittadinanza in termini di *connectiveness* nella dimensione *glocal*

Il tema della cittadinanza è uno di quelli che può essere definito un ‘banco di prova’ di quella visione del mondo – dunque, *in primis*, del diritto – che dovrebbe distinguersi per essere «ritagliata sui tempi che viviamo»¹ e, con ciò, includere quella molteplicità delle prospettive che permettono, come ci insegna la comparazione, di «acuire la criticità dello sguardo»².

Ciò che può essere percepito come uno sforzo immane – si tratta del tentativo di dare forma a «temi e problemi storici» che sono «di perdurante attualità, probabilmente perché espressione di interrogativi immanenti alla società; anzi, a ogni comunità»³ – risulta essere oggi uno stimolo inequivocabile ad una ‘lettura’ attenta dell’esperienza contemporanea, forti dell’esperienza di un grande passato⁴: un legame indissolubile tra presente e passato, ove il futuro si inserisce, sempre

* Prof. a c. di *ELP - Global english for legal studies* – Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*. Il presente contributo è destinato al Volume intitolato *Cittadinanza, identità, confini. Visioni di contemporaneità attraversando il diritto romano* – di prossima pubblicazione per i tipi di Jovene e a cura di U. Vincenti –, che segue il convegno “Cittadinanza universale. Un percorso possibile? (A proposito di un recente libro di Antonio Palma)”, tenutosi lo scorso 8 aprile 2021, nell’ambito del ciclo di seminari dal titolo “Diritti e doveri al microscopio. Itinerari di etica pubblica”, coordinati dai proff. Umberto Vincenti e Giorgia Zanon.

¹ AA.VV., *Premessa alla Prima Edizione*, in *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Sec. Ed., Torino, Giappichelli, 2018, XIV.

² P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, 9.

³ F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione*, in A. Palma, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, Torino, Giappichelli, 2020, IX.

⁴ Il tentativo è onnipresente in diverse opere, in svariati ambiti disciplinari. In particolare, tra le più recenti: U. VINCENTI, *Res Publica. 2008-2020*, Padova, Cleup, 2020; ID., *Inclusione. La contemporaneità dentro il diritto romano*, Napoli, Jovene, 2019; ID., *Etica per una repubblica*, Milano, Mimesis, 2015.

più spesso, attraverso l'opera giurisprudenziale di giudici sempre più ricettivi alle pulsioni della postmodernità cosmopolita.

La motivazione di questa più immediata ricettività è, paradossalmente, presto detta: sempre più spesso, quelle pulsioni affondano le loro radici nella storia locale e nelle sue specifiche istanze culturali e identitarie. Ma è l'esperienza, soprattutto quella giuridica – e la sua più intima dimensione relazionale⁵ –, a renderle globali.

Ne deriva un operato che richiama l'attenzione «sul cosiddetto mondo dell'azione, innanzitutto quella della prassi, dove il diritto si attua e, dunque, vive»⁶. La finalità: capire ciò che avviene oltre i propri confini per rispondere ad esigenze locali; esplorare sentieri⁷ oltre le categorie tradizionali; in definitiva, indagare, oltre quei tentativi di incasellare il concetto di identità in formule astratte che ne svuotano il contenuto costituzionale stesso.

Siamo ora di fronte ad un vero e proprio processo di “costruzione dell'identità”⁸ che si colloca, sempre più, secondo delle precise direttrici:

- a) quella che riconosce la “*uneasy relationship*” tra due «*of the most powerful organizing processes*»⁹: da una parte, il concetto contemporaneo di *cittadinanza*, che deriva dall'esistenza di una comunità di persone; dall'altra, quello di *globalizzazione*¹⁰, quale fenomeno che si riferisce all’*“integration and inter-connectedness across national boundaries along these dimensions”*¹¹;
- b) quest'ultimo fenomeno di “*increased interconnectedness*”, identificando la seconda direttrice, ha reso la concezione tradizionale di cittadinanza – da intendersi quale relazione tra lo Stato e i suoi cittadini – più complessa: di qui, l'insorgere di nuovi interrogativi sulla valenza – e persistenza – dei concetti di cittadinanza, di identità e di appartenenza¹²; sul significato della qualifica transnazionale¹³ assegnata alla dimensione giuridica; non ultimo, sulla

⁵ Non ho ancora trovato espressioni che meglio descrivano questa specifica, preziosa dimensione: «Il diritto – il mio diritto – nasce da qui e si fa tutt'uno con la vita. Con l'amore, il dono, la sofferenza e un senso inestinguibile di pietà. Per sé e per gli altri, che sono vissuti, vivono e vivranno. *Il diritto* è relazione con gli altri, condivisione di parte di quel che si ha, impegno e *dovere*. Poi è *diritto*: diritto di avere e di ottenere qualcosa; libertà di fare o non fare. La *globalizzazione* ha eliminato i confini. Forse! Non ha eliminato lo stare insieme e, con ciò, la necessità di disporre di qualcosa in termini di *risorse*, senza delle quali lo *Stato costituzionale*, conquistato, si ridurrà a ben poca cosa. Alla fine, a un fantasma di sé», in M. BERTOLISSI, *risvolto interno di copertina di Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, Jovene, 2015.

⁶ U. VINCENTI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, Cedam, 2000, 8.

⁷ F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, Carocci, 2019.

⁸ A. PALMA, *Note in tema di costruzione dell'identità nell'esperienza giuridica romana*, in *Kainonia*, 39, 2015, 549-556.

⁹ J. URRY, *Globalization and Citizenship*, in *Journal of World-Systems Research*, Summer 1999, 311.

¹⁰ Qui da intendersi quale «*cluster of related changes that are increasing the interconnectedness of the world. These changes are occurring in, but not limited to, economic, technological, cultural, and political realms. Furthermore, globalization is not restricted to merely enhancing the interdependence of already existing entities or the intensification of established networks or flows, but is also creating or facilitating the creation of new ones*»: S.L. CROUCHER, *Globalization and Belonging. The Politics of Identity in a Changing World*, Maryland, Rowman & Littlefield, 2004, 10.

¹¹ J. GANS, *Citizenship in the Context of Globalization*, Udall Center for Studies in Public Policy, The University of Arizona, June 2005, 1, in <https://udallcenter.arizona.edu/immigration/publications/Citizenship%20and%20Globalization.pdf>.

¹² D. SCHNAPPER, *Community of Citizens. On the Modern Idea of Nationality*, New Jersey, Transaction Pub., 1998; H. V. GUNSTEREN, *A Theory of Citizenship: Organizing Plurality in Contemporary Democracies*, Colorado, Westview Press, 1998.

¹³ Sul tema e, in particolare, sulla sua qualificazione di “categoria debole”, sul suo rapporto con i diritti di libertà e, da ultimo, per una lettura “destrutturante” si rinvia, rispettivamente, a: R. TARCHI, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*; G.F. FERRARI, *Diritto transnazionale, diritti di libertà e forme di tutela*; P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XIV-Fascicolo 1-2021, 5-17, 367-374 e 227-240.

comparazione, quale misura dell'effettiva applicazione dell'approccio diacronico¹⁴, in uno con l'«ambizione all'universalità»¹⁵ e, soprattutto, quale espressione – sempre più ontologica – del paradigma relazionale¹⁶;

- c) infine, rileva quella direttrice che impone di vagliare la cittadinanza alla luce di approcci metodologici che non si delincono come esplicitazione di una logica *top down* ma, piuttosto, si riconoscono nel processo di *invenzione*¹⁷, il quale include, nella dimensione *globale*, quella *locale*: la prospettiva è quella c.d. *glocal*, che coniuga strategie globali con esperienze locali¹⁸.

2. Questioni di metodo: comparazione e interdisciplinarietà

Conciliare, nel senso di realizzare operativamente, queste tre direttrici risulta essere operazione ardua, finanche impossibile. Lo può diventare, se ci si ostina a operare disattendendo l'auspicio che il giurista «deponga la veste dell'ancillare esegeta di un testo legislativo scambiato per un testo sacro e si senta realizzatore di quella storia vivente che è il diritto»¹⁹.

Anche da parte del comparatista è impellente un vero e proprio aggiornamento sul pluralismo contemporaneo²⁰: ciò implica una diversa prospettiva di analisi delle recenti spinte tra cosmopolitismo e provincialismo. «*In other words*», ci si è chiesti, «*how can the comparatist reconcile the strongly national attitude of constitutional law with the end of boundaries fostered by globalization?*»²¹.

La strada meritevole di approfondimento è quella che valorizza “l'innata vocazione” del diritto comparato all'interdisciplinarietà. Ma ciò, in una specifica prospettiva: quella di una scienza giuridica che «si deve aprire alle acquisizioni delle altre discipline, laddove utili alla decodificazione dei fenomeni sociali sottesi ai problemi da affrontare»²².

Riflettere sulla cittadinanza necessita chiaramente un ripensamento della categoria²³. Un ripensamento, in termini istituzionali, di cui la scienza giuridica non può fare a meno²⁴. È così, se

¹⁴ M. GOBBO, *Periodi, contesti e tradizioni giuridiche nell'evoluzione del diritto costituzionale europeo. Spunti per un percorso storico-diacronico*, in DPCE, Fasc. speciale, maggio 2019.

¹⁵ Per un approfondimento sulla transizione tra *world* e *global history* quale esito della globalizzazione, si rinvia a G.F. FERRARI, *Comparazione e storia*, in DPCE, 2-2021, spec. 287 e ss.

¹⁶ Per una riflessione sulla circolazione di modelli cittadini nella versione ‘reticolare’ e sulle premesse circa la c.d. *vertical comparison*: G. TIEGHI, *Info/ City States: la città 'oltre lo Stato'. Dalla Connectivity alla City Diplomacy*, in DPCE Online, 2-2020.

¹⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

¹⁸ M. DAVIS, *Thinking Globally, Acting Locally: States, Municipalities, and International Human Rights*, in *Bringing Human Rights Home: a History of Human Rights in the United States*, Pennsylvania, 2007, 258-286; Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, Armando ed., 2005. Sul tema nella prospettiva di analisi del soggetto città: G. TIEGHI, *Città, diritti umani e tutela glocal*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 2-2019, spec. 8 e ss.

¹⁹ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 112.

²⁰ ID., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 29-2000.

²¹ A. BARAGGIA, *Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition*, Special Issue - Comparative Law, in *Law and Method*, Oct. 2017, 8.

²² A. VEDASCHI, *Diritto comparato e interdisciplinarietà: tra innata vocazione e incompiuta realizzazione?*, in DPCE, 2-2021, 324-325.

²³ M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, in ID., *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, cit., 561 ss.

²⁴ «Il problema della cittadinanza – oggi – a me pare sia destinato a spezzare, se saremo capaci di comprenderlo perché pensiamo in grande, questo cortocircuito che paralizzava una società colma di cose e solitudini, priva di persone che danno sostanza alla loro libertà attraverso l'uso dell'intelletto. Il quale ci dimostra, ove si guardi con un minimo di attenzione alla

si vuole veramente decodificare quella nuova “socialità” che irrompe, nel panorama sia locale che globale, come una sfida – i.e. il “vivere insieme” – che «va affrontata a partire dai principi di giustizia sociale, di eguaglianza e di solidarietà»²⁵.

Ma per operare un realistico ripensamento – quello che, per capirci, indaga sul piano istituzionale la socialità dell’uomo –, attingere alla storia, all’etica, alla geografia e alla linguistica²⁶ diviene atto prodromico imprescindibile: il fine è proprio quello di riuscire a decodificare quei fenomeni *sociali* che sono, evidentemente, sottesi alle problematiche – giuridiche – che la riflessione sulla cittadinanza suggerisce di affrontare.

Tra queste ultime, innanzitutto, il problema del mutamento della stessa concezione di società²⁷, e il conseguente nuovo modo di relazionarsi con quello di cittadinanza²⁸. In secondo luogo, il rapporto tra globalizzazione e identità²⁹.

Entrambe le problematiche ruotano attorno ad interrogativi cruciali: quale il significato della sempre più crescente “*demand for the rights of a citizenship*”? Quale il ruolo del c.d. “*Global Citizen*”³⁰? Quale l’impatto del passaggio da una “*national citizenship*” alla c.d. “*post-national citizenship*”³¹?

Tentare di rispondere a questi interrogativi impone una scelta precisa: decidere di quali cittadini ci si vuole occupare. Ciò, alla luce di un sempre più evidente «*differential multi-tiered citizenship*’ orders»³².

Cittadini: da intendersi, innanzitutto, quali *persone umane*³³ cui affiancare – nella prospettiva qui

realtà, senza farsi prendere da miti inesistenti (Ferrarese, 2006), che la globalizzazione ha prodotto mutazioni impensabili, innanzi tutto di carattere psicologico; ma ha lasciato intatto il significato, ultimo e radicale, di un antico brocardo: quello per cui *homo sine pecunia imago mortis*. È così per chiunque, persona fisica o persona giuridica. Per lo Stato nazionale, per le organizzazioni sovranazionali. Dunque, servono risorse, che qualcuno deve produrre. È il suo apporto – l’apporto di questo qualcuno – che entra in scena e definisce il campo di azione dell’idea contemporanea di cittadinanza. Giuridicamente parlando»: M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, cit., 565.

²⁵ L. BIAGI, *Welfare: nuova risorsa*, in *Etica per le professioni*, 1-2013, 5 e 6.

²⁶ G. TIEGHI, *Cities, Law and Language. Going beyond Through Educational Networks*, in *DPCE Online*, 3-2021.

²⁷ «(...) the hybridization of cultures, the global refugee problem, the importance of travelling cultures, some growth of a global dwellingness, diasporas and other notions of the ‘unhomely’, all problematise the notion of a society which is somehow in and itself able to mobilize for action. These configurations”, si precisa, “weaken the power of the society to draw together its citizens as one, to govern in its unique name, to endow all with national identity and to speak with a single voice. (...) the term is under question»: J. URRY, *Globalization and Citizenship*, cit., 314.

²⁸ La più interessante formulazione del rapporto tra le due è stata quella di T.H. Marshall nel corso delle famose *Lectures on citizenship and social class* del 1949: «The claim of all to enjoy these conditions (of civilized life) is a claim to be admitted to a share in the social heritage, which in turn means a claim to be accepted as full members of the society, that is, as citizens», in T. MARSHALL-T. BOTTOMORE, *Citizenship and Social Class*, London, Pluto, 1992, 6.

²⁹ «Globalisation and the strengthening of various cultural identities (religious, national, ethnic, geographic, and gender, among others) have occurred over the last fifteen years. (...), this is no coincidence but rather the product of a systemic relationship between the two phenomena»: M. CASTELLS, *Globalisation and Identity. A Comparative Perspective*, in *Transfer- Journal of contemporary culture*, 2006.

³⁰ «What is globalization and what might be the mechanisms by which it generates new forms of citizenship? Does globalization mean that that nationally-based forms of citizenship are, or will become, redundant? What are the risks, rights and duties of a global citizen? Does globalization imply a notion of universal human rights and duties as opposed to those attributed to a national citizen?»: J. URRY, *Globalization and Citizenship*, cit., 312.

³¹ N. ROSE, *Refiguring the Territory of Government*, in *Economy and Society*, 25:327-56, 1996.

³² N. YUVAL DAVIS, *National Spaces and Collective Identities: Borders, Boundaries, Citizenship and Gender Relations*, Inaugural Lecture, University of Greenwich, 1997, 12.

³³ M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, cit., 562.

proposta – gli aggettivi “*cultural*”³⁴, “*cosmopolitan*”³⁵, “*mobility*”³⁶: è la prospettiva di una cittadinanza post-nazionale “attiva”³⁷, cui si collegano «*more globally reinforced notions of human rights*», fino a creare quelli che sono stati definiti «*new processes and institutional arrangements stretching within and across different societies*»³⁸.

La riflessione, allora, si arricchisce di un profilo interessante: di quali nuovi processi e “*different societies*” si tratta?

Non è solo un problema di comparazione diacronica. Qui viene in gioco una prospettiva di *vertical comparison* che si interseca con quella orizzontale. Tra ordinamenti diversi ma, anche, tra diversi livelli ordinamentali di *governance*. Da non mantenere isolati. Piuttosto, da mettere in connessione³⁹.

3. Dalle virtutes romane alla contemporaneità: spunti local – con aperture global – dall’ordinamento australiano

Analizzare la cittadinanza in questa prospettiva, prima ancora che strutturare la riflessione sulla dicotomia cittadini-stranieri/immigranti⁴⁰, permette di inquadrare le problematiche secondo una logica che può essere definita *duties-oriented*: quella dei doveri, quella che mira a sviluppare uno specifico atteggiamento culturale e, dunque, anche giuridico-istituzionale: «*a sense of planetary*

³⁴ Si parla di “*Cultural citizenship*” per descrivere quel concetto di cittadinanza che riguarda «*the right of all social groups (ethnic, gender, sexual, age) to full cultural participation within their society*»: D. RICHARDSON, *Sexuality and citizenship*, in *Sociology*, 32:83-100, 1998.

³⁵ “*Cosmopolitan citizenship*” è considerata quel tipo di cittadinanza «*concerned with how people may develop an orientation to other citizens, societies and cultures across the globe*»: D. HELD, *Democracy and the Global Order*, Cambridge, Polity, 1995.

³⁶ “*Mobility citizenship*” riguarda «*the rights and responsibilities of visitors to other places and other cultures*»: J. URRY, *The Tourist Gaze*, London, Sage, 1990.

³⁷ «Il nostro compito», da intendersi, in un mondo globale, «consiste allora nel perseguire una *evoluzione attiva* verso un tale ordine più interconnesso – dove ‘essere attivi’ non significa attendere che l’America o la Cina raggiungano finalmente la propria capacità di leadership globale o che conferenze di prestigio arrivino a riformare le Nazioni Unite. (...) ancora più importante sarebbe che tutti questi attori», si intende gli Stati, le ONG, i gruppi di cittadini, «favorissero il comporsi di reciproche alleanze organiche per la risoluzione dei problemi più urgenti»: P. KHANNA, *Come si governa il mondo*, Roma, Fazi ed., 2011, 310.

³⁸ J. URRY, *Globalization and Citizenship*, cit., 315.

³⁹ «Il prossimo Rinascimento sarà quindi una questione che riguarderà l’espansione esponenziale e consapevole delle interconnessioni. Stiamo vivendo la fase aurorale di una nuova età nella quale ogni individuo e ogni comunità possiedono la capacità di perseguire autonomamente i loro fini»: P. KHANNA, *Come si governa il mondo*, cit., 309-310.

⁴⁰ Sul tema, la letteratura è molto vasta. Per un significativo approfondimento sotto il profilo delle c.d. migrazioni globali, con una riflessione che ben si coniuga con la necessità di operare in prospettiva *glocal*, si rinvia a G. F. FERRARI, *Conclusioni*, in http://www.antonioacasella.eu/nume/FERRARI_2009.pdf, ove si suggerisce un sapiente equilibrio per evitare approcci riduzionistici: «(...) l’idea di annullamento della cittadinanza e della sommersione dei diritti civili nei diritti umani in nome di una non meglio definita identità globale presenta i caratteri di un riduzionismo affascinante ai limiti dell’utopia, ma pericolosamente ingenuo, almeno fin che non si intraveda all’orizzonte la seria realizzabilità di uno Stato democratico mondiale. Per converso», sottolinea l’autore, «la celebrazione della microappartenenza, etnica e religiosa, sia che esalti la naturalità dell’affiliazione unica o che inviti alla riscoperta dell’identità comunitarie esistenti, è la figlia di un altro tipo di riduzionismo, quello, come si esprime ancora Amartya Sen, del monoculturalismo plurale: invece di promuovere l’integrazione, prevede la convivenza fianco a fianco di culture isolate, non destinate a comunicare», *Ivi*, 33 (ora: G.F. FERRARI, *Immigrazione, multiculturalismo, integrazione. Alcune riflessioni di sintesi*, in G. CERRINA FERONI-V. FEDERICO (a cura di), *Percorsi di integrazione nelle società multiculturali. Uno sguardo comparato*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2018. Per l’integrazione e modelli del passato e, in specie, sull’esperienza di Roma antica, si rinvia a A. PALMA, *Riflessioni sulla concessione della civitas romana*, in G. CERRINA FERONI-V. FEDERICO (a cura di), *Percorsi di integrazione nelle società multiculturali. Uno sguardo comparato*, cit., 179 e ss.).

*responsibility rather than responsibility for particular locales»*⁴¹.

In questo concetto di *planetary responsibility* si annida il contenuto autentico del concetto moderno di cittadinanza. Quello per il quale si richiede uno spazio specifico⁴² per favorire un'autentica adesione ai principi fondamentali con un forte contenuto valoriale e per sviluppare un'etica della responsabilità⁴³. La stessa che, per Haberle, era una comunanza culturale garantita dall'uso di una lingua comune e da tutto ciò che favorisce un'integrazione sociale⁴⁴.

È in questo contesto, in questa nuova spazialità – che, già lo si intuisce, non può che essere reticolare⁴⁵ – che si sviluppa e cresce, anche nella contemporaneità, il *buon cittadino*⁴⁶: colui che segue specifici modelli di condotta individuale coerenti con lo spirito pubblico – e, in specie, con la *Res publica* romana –, e che sperimenta l'altruismo⁴⁷ per la Repubblica stessa. È qui che viene in gioco quel «*modern conundrum at the heart of schemes for citizenship*»⁴⁸ che è il concetto di *allegiance* nella sua operatività, a partire dall'esperienza australiana e, al contempo, dalla sua matrice britannica⁴⁹.

Un caso giurisprudenziale recente, affrontando il tema della cittadinanza correlato a quello più specifico di *allegiance*, contribuisce – agevolando e, allo stesso tempo arricchendo di nuove

⁴¹ J. URRY, *Globalization and Citizenship*, cit., 323.

⁴² Si parla di «*New levels, sites, and structures of governance*» che sono «*created in response to processes of globalization, with implications for the assumptions that locate citizenship within non-state*»: L.A. STAEHEL, *Globalization and the Scales of Citizenship*, in *Geography Research Forum*, 19, 1999, 60.

⁴³ Sulla dicotomia «etica della responsabilità *versus* etica dei diritti» si rinvia alle profonde riflessioni in U. VINCENZI, *Etica per una Repubblica*, cit., 79 e ss.

⁴⁴ P. HABERLE, *Costituzione e identità culturale*, Milano, Giuffrè, 2006. Sul tema della cittadinanza culturale si veda, in particolare, R. TONIATTI, *Pluralismo e autodeterminazione delle identità negli ordinamenti culturalmente composti: osservazioni in tema di cittadinanza culturale*, in E. CECCHERINI-M. COSULICH (a cura di), *Tutela delle identità culturali, diritti linguistici e istruzione: dal Trentino Alto Adige/Sudtirolo alla prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2012.

⁴⁵ Sul concetto si tornerà ancora. Per ora, si rinvia a L.A. STAEHEL, *Globalization and the Scales of Citizenship*, cit., 60.

⁴⁶ Sulla correlazione tra buon cittadino e le «persone rette»: U. VINCENZI, *Etica per una Repubblica*, cit., 59.

⁴⁷ «In una repubblica, ci ricorda Cicerone, la virtù massima (ed essenziale) è l'altruismo. È (quasi) naturale che i cittadini pensino a loro stessi e curino i propri affari. (...) se la repubblica è dei cittadini, conclude Cicerone, essi devono amarla, profondervi energie e attività e, se necessario, sostenerla economicamente»: U. VINCENZI, *Etica per una Repubblica*, cit., 61. Sull'imprescindibilità della contribuzione economica del cittadino come «azionista della Repubblica»: M. BERTOLISSI, *Ripensare la cittadinanza come dovere e come diritto*, cit., 565-569. In particolare, si evidenzia: «La cittadinanza dà atto della dignità della persona; è degna la persona che non si sottrae al dovere costituzionale di concorrere alle spese pubbliche e, in tal modo, adempie al dovere di solidarietà politica, economica e sociale. Infatti, il pagamento del tributo, prima di essere erogazione di denaro a favore della collettività, è atto politico per eccellenza. Suo tramite, si diviene *azionisti della Repubblica* e si acquisiscono i diritti civili e politici cui dà titolo la cittadinanza», *ivi*, 569.

⁴⁸ H. IRVING, *The Concept of Allegiance in Citizenship Law and Revocation: An Australian Study*, in *Citizenship Studies*, 23:4, 2019, 375.

⁴⁹ Il termine ha origine nel diritto inglese dell'epoca feudale («*ligeance*») per descrivere giuridicamente la fedeltà, la lealtà al sovrano, da cui la nazionalità. Il concetto fu poi reso noto dal *reasoning* del famoso *Calvin's Case* del 1608, in cui il *Chief Justice* Coke affermò il principio di *common law* della «*perpetual, indelible and indivisible allegiance*» precisando che «*ligeance or obedience of the subject to the sovereign is due by law of nature*». La derivazione da questi principi e l'associazione con l'inglese concetto (monarchico) di *subject*, in opposizione a quello del repubblicano *citizen*, si è poi diffuso in tutta la famiglia di *common law* (*ex multis*: L. ORGAD, *Liberalism, Allegiance, and Obedience: The Inappropriateness of Loyalty Oaths in a Liberal Democracy*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 27:99, 2014; S. PILLAI-G. WILLIAMS, *The Utility of Citizenship Stripping Laws in the UK, Canada and Australia*, in *Melbourne University Law Review*, 41(2), 2017), oltre che nella scienza giuridica e politica contemporanea. Abbandonata nella metà del novecento per evitare suggestioni estremiste di tipo nazionalistico (essendo incompatibile anche con l'idea di doppia cittadinanza), ma sempre 'latente' nell'ordinamento australiano per la specifica storia legata al temperamento della nazionalità britannica con quella australiana, più recentemente è tornata ad essere protagonista del dibattito contemporaneo sulla cittadinanza, anche a causa del fenomeno terroristico: «*Allegiance has made a comeback (...) Loyalty occupies an important discursive space in political imaginaries about what it means to be a citizen (...) Holding dual nationality is suspect and invites questions as to one's loyalty*», in S. MANTU, *Citizenship in times of terror: citizenship deprivation in the UK*, ECP Standing Groups, Warsaw, March 29 - April 2, 2015, 10.

suggerzioni – alla comprensione del tema complesso sulla cittadinanza contemporanea e delle sue criticità. Allo stesso tempo, spinge la riflessione sul percorso alla cittadinanza quale percorso di educazione alle virtù civiche, delineando le potenzialità di una cittadinanza universale/globale partendo dalla specifica identità locale⁵⁰.

In particolare, per ciò che qui più interessa, vale la pena prendere spunto da questo recente *case-study* per i seguenti motivi:

- a) perché la riflessione che ci sta dietro lo specifico *case-law* intercetta, oltre la dimensione costituzionale del tradizionale rapporto tra Stato e cittadino, quella più ampia dell'appartenenza, ossia di *membership*, che ha una valenza valoriale universale;
- b) perché, partendo dalla realtà locale australiana - nella sua declinazione domestica (i.e. anglo-australiana) che, a fronte della configurazione dello status di *Aboriginal Australians*⁵¹, si presenta sul piano comparatistico come indiscusso «*case study of a wider phenomenon (at least in the 'Western' world)*»⁵² -, permette di ragionare in termini globali, così declinando operativamente la direttrice *glocal*;
- c) per la dimostrazione del carattere atemporale⁵³ del tema stesso: dall'antichità⁵⁴, ci proietta nel tentativo attuale di non perdere il parametro dell'*humanitas* – e la conseguente “tavola valoriale”⁵⁵ – quale principio fondante il diritto universale post-moderno.

3.1. *Le ultime parole di Giudice Nettle e della High Court of Australia: Constitutional Membership e Allegiance*

Il Giudice J. Nettle della *High Court of Australia (HCA)*, in procinto di pensionamento, nella sua ultima occasione di decidere in qualità di giudice monocratico, ha acceso i riflettori su una delle questioni più cruciali e più dibattute del diritto costituzionale contemporaneo australiano: il dilemma *citizenship and exclusion*⁵⁶.

⁵⁰ Sul «valore dei buoni esempi»: U. VINCENTI, *Etica per una Repubblica*, cit., 117-121.

⁵¹ *Love v The Commonwealth* (2020), HCA 3.

⁵² H. IRVING, *The Concept of Allegiance in Citizenship Law and Revocation: An Australian Study*, cit., 373.

⁵³ «Il tema della cittadinanza antica si presenta (...) intessuto di molteplici e dense implicazioni, costituendo uno di quegli snodi tematici che in quanto universali assumono carattere atemporale, creando una fitta rete connettiva tra modernità e antichità, dimensioni entrambe intese quali giacimenti sapienziali (...): A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., 3.

⁵⁴ «(...) non sfugge, soprattutto parlando di cittadinanza, il carattere per molti aspetti ermeneuticamente fecondo dell'esperienza storica che si accinge ad esaminare rispetto alla modernità, a volte connotata da rigurgiti intessuti di nazionalismo difensivo, che si palesano come insufficienti ai fini della definizione del delicato e mai pienamente equilibrabile rapporto *globalismo/localismo, identità di origine/identità di destino*. L'impero romano, per questo aspetto», prosegue emblematicamente l'autore, «ha rappresentato un modello storicamente invero e dunque non prospetticamente ideologico, che ha realizzato di massima e per alcune epoche questo equilibrio, sprigionando dal suo interno forze positive che ne hanno garantito la lunga durata, pur in presenza di condizioni di tempo e di luogo non sempre favorevoli»: *Ivi*, 9.

⁵⁵ *Ivi*, 4.

⁵⁶ Precedenti controversie sul tema che hanno raggiunto la *High Court* si rinvencono in *Re Canavan* (2017) HCA 45; *Re Gallagher* (2018) HCA 17; *Love v Commonwealth* (2020) HCA 3.

La decisione sul caso *Chetcuti v Commonwealth*⁵⁷, molto recentemente confermata dalla High Court in composizione collegiale a seguito di impugnativa della precedente decisione⁵⁸, è, in definitiva, l'ultimo caso dell'Alta Corte australiana che affronta questioni di appartenenza ed esclusione ai sensi della Costituzione. Si trattava di determinare se il ricorrente (Chetcuti) potesse essere ricompreso, come ulteriore eccezione – in aggiunta a quanto avvenuto per il popolo aborigeno nella decisione *Love v The Commonwealth* (2020) –, all'interno della clausola S51 (*c.d. Aliens Power*) della Costituzione australiana a fronte del fatto che Chetcuti non riteneva di essere uno straniero dal momento in cui, da bambino, si era stabilito in Australia.

Nato a Malta quando l'isola era territorio britannico⁵⁹ e giunto in Australia con lo status di cittadino britannico, era stato da allora residente in quell'ordinamento senza, però, mai acquisire la cittadinanza australiana. Era in possesso di una semplice *Absorbed Person Visa*⁶⁰, revocata a seguito di condanne penali. Nel caso in esame i due status in contestazione sono stati la cittadinanza australiana e lo status di soggetto britannico: *status*, quest'ultimo, che nel tempo è venuto a non essere più riconosciuto a seguito di revisioni legislative⁶¹. Venuto a mancare quello, rimaneva da definire la posizione di Frederik Chetcuti quale «*Australian resident non-citizen facing deportation*» e, soprattutto, quale possibile «*constitutional alien*».

Il giudice Nettle, per ciò che qui rileva, ha consolidato il suo contributo rispetto a queste tematiche, operando nei seguenti termini: da un lato, partendo dal caso del popolo aborigeno, ha espresso una concezione di positiva appartenenza costituzionale⁶² inserendo il concetto di «*permanent allegiance*», così da rendere quelle persone immuni dall'*aliens power*; dall'altro, confermando il significato del concetto di *allegiance* nella sua mera accezione formale, ha persistito nella linea della lunga tradizione costituzionale domestica⁶³.

Alla luce di ciò, quali sono i passaggi decisivi per un ripensamento aggiornato sul concetto di cittadinanza?

Incontestabile è l'aggiornamento sui concetti costituzionali di *membership* e, soprattutto, per ciò che qui interessa, un invariato orientamento restrittivo su quello di lealtà e fedeltà alle istituzioni di riferimento che impongono una rivisitazione del rapporto *membership/allegiance*.

Al di là di ogni altra più specifica questione sulle fonti⁶⁴, è, infatti, sicuramente sul concetto di

⁵⁷ *Chetcuti v Commonwealth* (2020) HCA 42, decisa il 26 novembre 2020 presso la High Court. Per un approfondimento, v. E. ARCIONI, *Chetcuti v Commonwealth: Justice Nettle's Last Words*, in *Public Law Review*, (2021) 32- 3.

⁵⁸ «*The High Court, by majority, dismissed the appeal. By majority, the High Court held that it was open to the Parliament in the exercise of the aliens power, through prescription of the criteria for the conferral of Australian citizenship set out in the Australian Citizenship Act, to deny the appellant the status of an Australian citizen and thereby to treat him as an alien in the transition that occurred on the commencement of the Act on 26 January 1949. The appellant's problem was that he did not take the available course of action under the Australian Citizenship Act to become an Australian citizen after that day*»: *Chetcuti v Commonwealth of Australia* (2021) HCA 25, decisa il 12 agosto 2021, in <https://cdn.hcourt.gov.au/assets/publications/judgment-summaries/2021/hca-25-2021-08-12.pdf>. Per un'analisi recente, si rinvia a M. SHARPE, *Constitutional Law. Aliens*, in <https://www.qsiproctor.com.au/2021/10/constitutional-law-aliens/>.

⁵⁹ *British Nationality and Status of Aliens Act 1914* (UK), sub-s 1 (1)(a).

⁶⁰ In ottemperanza al *Migration Act 1958* (Cth).

⁶¹ R. THWAITES, *Report on Citizenship Law: Australia*, Country Report 11-2017.

⁶² Si parla di «*positive indicator of membership*», in E. ARCIONI, *Chetcuti v Commonwealth: Justice Nettle's Last Words*, cit., 2.

⁶³ D.A. WISHART, *Allegiance and Citizenship as Concepts in Constitutional Law*, in *Melbourne University Law Review*, 15, 662, dec. 1986.

⁶⁴ Non ci si sofferma, in specie, sulla problematica della non coerenza tra previsioni legislative e costituzionali, di cui in *Chetcuti v Commonwealth* (2020) HCA 42, 53, con riferimento a *Shaw v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2003) 218

allegiance “as a formal connection” che si gioca il nucleo concettuale del termine cittadinanza. Si statuisce, infatti, sul punto, nei termini seguenti: «*Questions of allegiance and alienage require identification of a relationship between the individual and the sovereign power in question*»⁶⁵. Dunque, solo ciò che è prescritto dalla legge e rappresentato dallo status formale della persona è rilevante. Infatti, le argomentazioni che prediligevano un approccio sostanziale da parte di Chetcuti, il quale aveva provato ad evidenziare una «*substantive connection to the Australian community*» – profilo di rilievo aveva invece acquisito lo status di immigrante –, non sono state accolte⁶⁶.

In ogni caso, si badi bene, se ci fermassimo a questo approccio formalistico, che appare direttamente correlato al concetto tradizionale di cittadinanza, il concetto di *allegiance* non potrebbe essere pienamente compreso: la riflessione su quanto statuito in termini di “*permanent allegiance*” quale requisito della *constitutional membership* apre, invece, delle prospettive su cui vale la pena soffermarsi.

Non è un caso, infatti, che proprio quella tipologia di *allegiance* sia decisiva per l’acquisizione dello status di “*belongers*”, ossia non “*aliens*”. In questa prospettiva è stata riconosciuta – prima nella decisione *Love* e, ora, in *Chetcuti* – una posizione distinta agli aborigeni, per la loro «*connection to land recognized through the common law*»⁶⁷. La motivazione tecnica è la seguente: «*absence of permanent allegiance to Australia is the essence of alienage*»⁶⁸.

In definitiva, è la logica del *reasoning* di un giudice di *common law* che val la pena di tenere in considerazione. Il giudice, infatti, rispondendo alle istanze di Frederick Chetcuti opera in due direzioni: innanzitutto, coglie l’occasione per enfatizzare un indicatore positivo della sussistenza di *membership*; in secondo luogo, si sofferma sul legame con la comunità australiana.

La High Court, il 12 agosto 2021, ha confermato la decisione del Giudice Nettle, con un’unica *dissenting opinion* (del Giudice Steward⁶⁹). Rileva, in ogni caso, una specifica *separate opinion* di un giudice della maggioranza. Il Giudice Edelman, infatti, esamina il significato costituzionale del termine *alien* (straniero) discostandosi dalla definizione data dalla legislazione ordinaria e sostenendo la necessità di indagare «*the essential character of the constitutional idea of alienage*». Rinviene questo carattere essenziale nell’«*absence of membership of the Australian political community*»: applicato al

CLR 28, a 40. Per una sintetica descrizione dello stato dell’arte, si è ricordato che, per diversi anni «(...) *the High Court relied upon legislated citizenship – or lack thereof – as the default for determining constitutional status. That is, the constitutional status of alien was treated as synonymous with non-citizen. In Love that position was rejected by the majority, at least with respect to Aboriginal people, such that they could be statutory non-citizens but also constitutional non-aliens. In Chetcuti, Nettle J. demonstrated that statutory definitions of membership or exclusion may not be conclusive per se of constitutional status. The reasoning*» sul punto «*confirms that constitutional concepts will trump statutory definitions – that there is no necessary synchronicity between legislative and constitutional indications of membership*»: E. ARCIONI, *Chetcuti v Commonwealth: Justice Nettle’s Last Words*, cit., 4.

⁶⁵ *Chetcuti v Commonwealth* (2020) HCA 42, 34.

⁶⁶ Il Giudice ha, infatti, precisato che «*established jurisprudence that, generally speaking, alienage has nothing to do with a person’s experience or perception of being connected to the Australian territory, community or polity, or with an actual or perceived absence of connection to another country*»: *Chetcuti v Commonwealth* (2020) HCA 42, 39.

⁶⁷ M. FOSTER-K. GOVER, *Determining Membership: Aboriginality and Alienage in the Australian High Court*, in *Public Law Review*, 31(2), 2020, 105-116; E. ARCIONI-R. THWAITES, *Indigeneity as a basis for constitutional membership. Recent developments in Australia*, in *Juridikum*, 4, 2020, 425-432.

⁶⁸ *Chetcuti v Commonwealth* (2020) HCA 42, 34.

⁶⁹ *Chetcuti v Commonwealth* (2021) HCA 25, 134.

caso in questione, non rinviene alcuna traccia di tutto ciò nella vicenda di Chetcuti⁷⁰.

4. Le implicazioni global: tra tendenze anticosmopolite e etica pubblica

Se è vero, come è stato notato più volte nella letteratura australiana, che il concetto di *allegiance* non è mai stato ben definito - nemmeno nel panorama comparatistico⁷¹ -, nel senso che è risultato spesso elusivo e, di fatto, non ha mai acquisito un chiaro significato moderno, un *leading constitutional case* australiano del 2004 può aiutare a intravedere ciò che l'uso moderno del termine appare suggerire: ossia, «*something more substantive*»⁷².

Ed è in questa accezione che si possono ricavare:

- a) il dato che questo concetto sia considerato il «*core attribute or character of citizenship*»⁷³ fino a rendere il concetto di cittadinanza come inclusivo di «*a duty of allegiances*»⁷⁴ e l'*allegiance* stessa come parametro normativo che, insieme a quelli di solidarietà sociale e appartenenza, «*have a place in conceptions of citizenship*»⁷⁵;
- b) la consapevolezza, *in primis* locale, che, sia le origini feudali, sia la sua evoluzione legislativa moderna, abbiano enfatizzato il profilo in base al quale si può dire che tale termine «*connotes duty or obligations*»⁷⁶.

In definitiva, una condotta, un modo di essere, un modo di vivere il rapporto istituzionale autorità-libertà nel senso più ampio del termine. Finanche globale?

Se si ripercorre l'orientamento interpretativo restrittivo confermato recentemente in merito al concetto di *allegiance*, ciò che emerge è un'applicazione del termine che concettualizza la cittadinanza riducendola ad una relazione sterile, formale, tra il cittadino e il suo Paese: «*an attachment that is necessarily single and undivided*». Dunque, di per sé stessa, anticosmopolita⁷⁷, per alcuni addirittura illiberale⁷⁸. In ogni caso, evidentemente, negazionista della realtà globale delle c.d. *multiple citizenship*.

Ma se si rievoca il *legal reasoning* sulla *permanent allegiance* – e il rapporto tra questa e il concetto di *membership* recentemente ribadito – si aprono nuovi e diversi scenari.

⁷⁰ In particolare, precisa che Chetcuti non era un membro della comunità australiana e, in quanto tale, uno straniero poiché alcuna colleganza familiare e alcuna cittadinanza australiana (né registrata né naturalizzata); dunque, da considerarsi «*a citizen of a foreign country*»: *Chetcuti v Commonwealth* (2021) HCA 25, 94.

⁷¹ Per uno sguardo di insieme, di particolare impatto scientifico è il contributo di W.W. WILLOUGHBY, *Citizenship and Allegiance in Constitutional and International Law*, in *The Political Science Seminary 1907-08*, The J. Hopkins University Circular, New Series, 1908, 3, Maryland, March 1908, 7 ss.

⁷² H. IRVING, *The Concept of Allegiance in Citizenship Law and Revocation: An Australian Study*, cit., 374.

⁷³ A. MACKLIN-R. BAUBOCK (ed.), *The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*, Florence, 2015; S. PILLAI-G. WILLIAMS, *The Utility of Citizenship Stripping Laws in UK, Canada and Australia*, in *Melbourne University Law Review*, 41(2).

⁷⁴ R. EKINS et al., *Aiding the Enemy: How and Why to restore the Law of Treason*, London, Policy Exchange, 2018, 11.

⁷⁵ A. MACKLIN-R. BAUBOCK (ed.), *The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*, cit., 6.

⁷⁶ *Singh v Commonwealth of Australia*, 2004.

⁷⁷ Sulla *Cosmopolitan Citizenship*, in particolare: H. STARKEY, *Globalization and Education for Cosmopolitan Citizenship*, in J. BANKS (ed.), *Citizenship Education and Global Migration: Implications for Theory, Research and Teaching*, Washington DC, American Educational Research Association, 2017.

⁷⁸ M. GIBNEY, *Should Citizenship be Conditioned? The Ethics of Denationalization*, in *The Journal of Politics*, 75(3), 2013; L. ORGAD, *Liberalism, Allegiance, and Obedience: The Inappropriateness of Loyalty Oaths in a Liberal Democracy*, cit.

Non serve arrivare alla «patria intesa come *identità immaginaria*»⁷⁹, tanto evocativa quanto ardua da configurare nella complessità dell'esperienza globalizzata. Basterebbe riconoscere che la storia e la comparazione – anche attraverso l'utilizzo dell'articolato concetto di *allegiance* – ci offrono un'idea di cittadinanza – appunto, di appartenenza – che dovrebbe rappresentare «*qualities in the individual of civic virtue, commitment to polity and 'republican value'*»⁸⁰. Un impegno autenticamente umano che si appropria di uno spazio specifico: quello che, nella prospettiva *global*, viene definito «*space of engagements*»⁸¹.

Si tratta, in altre parole, del recupero della dimensione umana dell'esperienza giuridica⁸² la quale, di fatto, si poggia già da sé su una tavola valoriale comune. Per tutti gli uomini. I quali, per il loro essere finiti⁸³, sono naturalmente spinti alla ricerca di sempre nuove identità, il più delle volte difficilmente collocabili in qualche categoria già preconfezionata, anche dal punto di vista terminologico.

La sostanza, dunque, è la stessa di ogni secolo: quella *human-oriented*⁸⁴. Cambia, invece, la strategia, la costruzione di processi strutturati e, non ultima, la geografia⁸⁵. Anche giuridica⁸⁶.

5. Nuove sfide di identità relazionale?

Una riflessione sui cambiamenti in atto risulta, in definitiva, decisiva. In particolare, alla luce di quanto finora esposto, appare imprescindibile valorizzare alcuni fenomeni in corso. Da un lato, il processo di costruzione culturale di nuove identità⁸⁷, processo in cui il nuovo cittadino può assumere un ruolo attivo per sperimentare tutte le sue responsabilità, oltre che per esprimere le sue

⁷⁹ A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., 6.

⁸⁰ R. DAGGER, *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford University Press, Oxford, 1997. Diversamente si esprime H. IRVING, *Citizenship, Alienage and the Modern Constitutional State: A Gendered History*, MA, Cambridge University Press, 2016.

⁸¹ L'espressione è stata inizialmente utilizzata in K. COX, *Spaces of dependence, spaces of engagement and the politics of scale*, in *Political Geography*, 17:1-24, 1998.

⁸² G. ZANON, *Cuiacio e la "Prima lezione di diritto"*, in M. BERTOLISSI (a cura di), *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, Torino, Giappichelli, 2019, 485-493.

⁸³ «(...) nel fondo del cuore umano c'è questa segreta aspirazione anarchica a vivere insieme in maniera spontaneamente pacifica, senza il peso di alcuna costrizione. Questa segreta aspirazione è la scaturigine profonda della poesia e della religiosità umana, perché apre uno spiraglio nella spessa solida e massiccia muraglia del finito. Per arrivare alla poesia e alla religione bisogna toccare quella sublime solitudine che consente di guardare alle passioni e alle tragedie umane con sofferente serenità»: M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di Diritto pubblico generale*, Torino, Giappichelli, 1993, 14, nota 15.

⁸⁴ Anche in ambiti apparentemente da essa lontani: G. TIEGHI, *Fiscalità e dignità umana nell'ottica della comparazione tra ordinamenti anglo-americano e messicano*, in *Dir. pubb. comp.eur.*, 3-2018; A. BARACCO-G. TIEGHI, *Early Warning Systems (EWSs) and Business Crisis: Building and Updated Co-operative Multidisciplinary Institutional Approach for Tax Agencies*, in *DPTI*, 1-2020; ID., *A Human Rights-based Model Enhancing Comparative Law Methodology in the Tax Field*, in *DPTI*, 2-2018, XV. Inoltre, nella prospettiva *glocal*: ID., *Human Rights Cities: lo Human Rights-Based Approach per la Governance locale*, in *DPCE Online*, 3-2019.

⁸⁵ K. COX (a cura di), *Spaces of Globalization: Reasserting the Power of the Local*, NY, The Guilford Press, 1997.

⁸⁶ T. O'DONNELL-D.F. ROBINSON-J. GILLESPIE (ed.), *Legal Geography: Perspectives and Methods*, London, Routledge, 2020.

⁸⁷ «(...) identity is built upon personal experience, which in turn draws an history, a culture, and has linguistic and geographic components. Even so, one can ask how an identity is constructed, who constructs it, and how it can be pinned down. The process of constructing identity is where the problems begin and thus where one needs to hone one's analysis»: M. CASTELLS, *Globalisation and Identity. A Comparative Perspective*, cit., 62.

potenzialità⁸⁸; dall'altro una nuova geografia che, se presa seriamente in considerazione, può aprire proprio quegli spazi necessari a sviluppare una cittadinanza cosmopolita *global*⁸⁹.

Entrambi paiono contribuire a realizzare un concetto di cittadinanza quale autentico «snodo nevralgico del nostro vivere comunitario»⁹⁰. In ogni caso, ciò può avvenire a specifiche condizioni:

a) che la globalizzazione sia intesa quale “*structural process*”⁹¹ di emergenti identità: ciò significa, specificatamente, intendere la globalizzazione quale spazio di emersione di “*collective identities*”⁹². «*Culturally constructed identities are fundamental*», si è infatti sottolineato, «*to the way people think about things*»⁹³: il che comporta la loro rilevanza per la costruzione del nuovo ruolo del cittadino, dei suoi diritti e, soprattutto, delle sue *planetary responsibilities*;

b) che si adotti un diverso modo di concepire, anche geograficamente, la cittadinanza: si tratta dell'approccio delle cosiddette “*scales of citizenship*”, ossia della riconfigurazione e riallocazione della cittadinanza “*multi-layered and scaled*”⁹⁴.

Per generare, dunque, una nuova identità, la comparazione, non solo con il passato, ma anche con altri ordinamenti – ossia anche nel mostrare laboratori esperienziali⁹⁵ quali quello australiano – si “spinge (...) come scienza nella modernità verso mete diverse”; come ci è stato ricordato, inoltre, il suo fine “è quello di tessere la storia della civilizzazione umana, non di eseguitizzare regole e istituzioni con il razionalismo astratto”⁹⁶.

In questa prospettiva anche il giurista – in specie comparatista⁹⁷ – è stimolato, dal passato e dal presente, a rinvenire, per la cittadinanza del futuro, uno spazio di civilizzazione umana – dunque, di appartenenza/*membership* e *permanent allegiance* - totalmente alternativo. Non tanto perché

⁸⁸ Tra queste, la partecipazione nel processo decisionale è sicuramente una delle più importanti responsabilità del cittadino attivo. Sul tema, in una prospettiva globale di cittadinanza: M. SANDEL, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, MA, Belknap Press, 1996; C. GOULD, *Rethinking Democracy: Freedom and Social Cooperation in Politics, Economy, and Society*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 1988. Per alcune vicende più recenti, in prospettiva comparata: G. TIEGHI, *Rethinking the City starting from the Canadian 'Taxpayer Town Halls': Towards the Involvement of a New Constitutional Space Even Beyond Digital Dialogue?*, in *Ius Publicum Network Review, Special issue on Smart Cities*, 2-2020.

⁸⁹ Ossia, con la finalità «di non omogeneizzare le comunità territoriali bensì di *cosmopolitizzarle* dal loro interno. In tal modo», si insiste, «il cosmopolitismo non si sovrappone in modo egemonico alle singole identità territoriali, ma, sulla scorta di una logica includente, si apre alle interdipendenze dei differenziati poteri che esso viene così a coordinare»: F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione*, in A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., IX.

⁹⁰ *Ivi*, 45.

⁹¹ «(...) *globalization is not an ideology but rather an objective process of structuring economy, society, institutions, cultures, etc.*»: M. CASTELLS, *Globalisation and Identity. A Comparative Perspective*, cit., 56.

⁹² *Ivi*, 61.

⁹³ *Ivi*, 56.

⁹⁴ «*The reconfiguration is not linear, in that the ability to guarantee rights and meet responsibilities does not uniformly increase or decrease as one moves across scales. The new spatiality of citizenship that is emerging in one in which the political opportunity structure of scale interacts with structures and practices embedded in the nation-state. The geography of citizenship, then is organized around both scales and territory*»: L.A. STAEHEL, *Globalization and the Scales of Citizenship*, cit., 61.

⁹⁵ «In un mondo in cui non esiste un giocatore che non possa avere un ruolo nella *policy* globale, il solo principio su cui ci possiamo affidare è quello del *pragmatismo*: imparare dall'esperienza e metterne a frutto le lezioni»: P. KHANNA, *Come si governa il mondo*, cit., 311.

⁹⁶ Sono le parole del Presidente emerito della Corte costituzionale che, nel riferirsi al contributo decisivo della riflessione del prof. Palma, ne valorizza l'insegnamento e, contemporaneamente, declina la direttiva prescelta in questo contributo: F. P. CASAVOLA, *Postfazione*, in A. PALMA, *Civitas Romana, civitas mundi. Saggio sulla cittadinanza romana*, cit., 128.

⁹⁷ «*It is along the thin line, between the global dimension of law and its particular roots linked to a given community, that today, more than ever, comparative constitutionalists must carefully walk*»: A. BARAGGIA, *Challenges in Comparative Constitutional Law Studies: Between Globalization and Constitutional Tradition*, cit., 3.

alternativo a quello globale o a quello locale; quanto, piuttosto, perché si pone, di fatto, come un terzo tipo. Ossia, uno spazio generato – sulla spinta dell'incontro tra pulsioni *local* e *global* - dalle interconnessioni, umane, tra i diversi livelli istituzionali (*global, national, local*)⁹⁸.

È, in definitiva, nella *multi-layered and scaled citizenship* che vale la pena di continuare ad indirizzare l'indagine⁹⁹: se non altro, perché, per la sua genesi relazionale e per l'adesione ad uno *spatial engagement*, si pone come autentica dimensione identitaria di una più umana, più attiva e più virtuosa contemporaneità che definisce il perimetro di un nuovo *network*.

Dunque, *work in progress*. La sfida è all'ordine del giorno¹⁰⁰. Ed è, ancora una volta, una sfida sul piano delle libertà¹⁰¹.

ABSTRACT

Il tema della cittadinanza, nella sua accezione interdisciplinare, impone al giurista – e, in specie, al comparatista – un serio ripensamento delle categorie tradizionali che fanno capo al concetto di identità: partendo dalle esperienze passate, la contemporaneità conferma l'attualità dei nodi problematici connessi, favorendo nuovi percorsi di indagine del processo – in atto – di costruzione dell'identità nel contesto della globalizzazione. Recenti spunti della giurisprudenza della *High Court of Australia*, correlati ai concetti di *allegiance* e *membership*, oltre a confermare l'attualità della tematica, suggeriscono la valorizzazione delle potenzialità *glocal* che la cittadinanza – dunque, il cittadino contemporaneo – esprime nella sua dimensione 'relazionale' – ossia, oltre quella tradizionale del rapporto Stato-cittadino.

ABSTRACT

The issue of citizenship, in its interdisciplinary meaning, requires the jurist – and, in particular, the comparative law scholar – to seriously rethink the traditional categories that relate to the concept of identity: starting from past experiences, contemporaneity confirms the relevance of the crucial issues there connected, favoring new paths of investigation of the ongoing process of identity construction in the context of globalization. Recent ideas from the jurisprudence of the High Court of Australia, linked with the concepts of allegiance and membership, in addition to confirming the topicality of the issue, suggest the enhancement of the *glocal* potential that today's citizenship – therefore, the contemporary citizen – expresses in its networking dimension – beyond the traditional relationship State-citizen.

PAROLE CHIAVE: cittadinanza – identità relazionale – *allegiance* – *membership* – *glocal*

KEYWORDS: citizenship – networking identity - *allegiance* – *membership* – *glocal*

⁹⁸ «Le comunità mondiali – siano esse nazioni, imprese o religioni – cooperando si scambiano conoscenze, imparando a rispettare ciascuna il potere e i valori dell'altra»: P. KHANNA, *Come si governa il mondo*, cit., 311.

⁹⁹ «La complessità è la nostra realtà permanente. Il futuro sarà fatto di sovranità multiple, e non esclusive»: *Ivi*, cit., 310.

¹⁰⁰ «(...) perché non è la società ad essere fatta per il diritto, ma è il diritto ad essere fatto per la società»: M. BERTOLISSI-R. MENEGHELLI, *Lezioni di Diritto pubblico generale*, cit., 329.

¹⁰¹ F. ZAKARIA, *The future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, NY, Norton & Company, 2004.



Emma Capulli*

Gestazione per altri in Messico: ricostruzione, *ratio* e problematiche degli attuali scenari normativi

SOMMARIO: I. Introduzione – II. Impianto normativo rilevante – III. Querétaro: il divieto della pratica IV- Città del Messico: assenza di scopo di lucro e legame di parentela – V. Tabasco: problemi emergenti dal *cross border reproductive care* – 1. L'iniziale previsione del Codice Civile – 2. *Cross border reproductive care* – 3. La riforma legislativa – VI. Conclusioni.

I. Introduzione

La gestazione per altri (GPA) è una tecnica di fecondazione assistita che prevede la partecipazione oltre alla coppia di genitori intenzionali – che avranno la responsabilità genitoriale del nascituro – anche di una donna terza, che mette a disposizione il proprio utero e in alcuni casi anche il proprio ovulo per portare avanti la gravidanza, gratuitamente o a titolo oneroso, con il fine di consegnare al termine il bambino alla coppia.

La possibilità di avvalersi di tale ipotesi riproduttiva ha sollevato numerose problematiche, la maggior parte delle quali non possono essere ancora considerate risolte o superate. Una di queste è relativa alla difficile individuazione di riferimenti teorici o normativi che permettano di raggiungere un punto di equilibrio tra mercificazione del corpo e autodeterminazione della donna. Questa difficoltà teorica si relaziona e viene acuita dai risvolti pratici che la realizzazione della tecnica produce, laddove mette in relazione gruppi sociali provenienti da contesti culturali e socio-economici diversi. Sorgono poi difficoltà legate ai meccanismi di riconoscimento della filiazione e alle ripercussioni sul nato, difficoltà che mettono in crisi il modello di famiglia eterosessuale e nucleare.

A fronte di tali problematiche la regolamentazione della GPA a livello globale presenta numerose disomogeneità. Lo scenario internazionale è in continuo mutamento e le modifiche legislative ridisegnano i flussi di denaro e persone mobilitati in misura sempre crescente. Negli ultimi decenni, l'industria della gestazione per altri si è espansa fino a diventare un mercato

* Dottoranda in medicina clinica e sperimentale e *Medical Humanities*, Università degli studi dell'Insubria.

transnazionale multimilionario (Hovav, 2019). Dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 hanno iniziato un processo di regolamentazione restrittiva – permettendo l'accesso ai soli residenti nel territorio nazionale in India e sanzionando la GPA commerciale in Thailandia –, la mobilitazione per ragioni riproduttive ha iniziato ad affluire verso il Messico. Il mercato della GPA in Messico è quindi emerso come risultato di alcuni cambiamenti nel mercato globale e della crescente domanda di servizi di gestazione per altri a “basso costo”, soprattutto per coppie dello stesso sesso e persone singole, il cui accesso alla GPA è precluso in molti Paesi (Hovav, 2019).

Si è scelto di prendere in considerazione il Messico poiché dimostra come tali disomogeneità non siano rilevabili solo a livello transnazionale, ma possano coesistere anche all'interno dello stesso Paese. In particolar modo, l'analisi delle regolamentazioni messicane permette di riflettere su come alcune delle problematiche sopra esposte siano state fronteggiate dallo strumento legislativo. A questo proposito si prenderà in considerazione il progetto di legge di Città del Messico (CDMX) rispetto all'esigenza di garantire l'autodeterminazione delle gestanti senza avvallare derive mercificatorie e l'evoluzione legislativa dello Stato di Tabasco, volta a fronteggiare il massiccio afflusso nel territorio nazionale da parte di committenti stranieri.

L'obiettivo della ricerca è quello di ricostruire tre diversi modelli regolamentari della pratica della GPA e cercare di rilevare la *ratio* di alcune specifiche formulazioni normative e l'adeguatezza di tali previsioni rispetto alle finalità con esse perseguite. Nonostante circoscritta al Messico l'analisi può quindi risultare utile, oltre che per una migliore comprensione del fenomeno, anche come riferimento per qualunque futura ipotesi regolamentare della pratica.

II. *Impianto normativo rilevante*

A livello federale è possibile individuare alcuni riferimenti normativi rilevanti in tema di salute e riproduzione. L'art. 4 della Costituzione degli Stati Uniti messicani afferma: “ogni persona ha diritto a decidere in maniera libera, responsabile e informata il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite” (traduzione dell'autore TdA). Questo precetto è stato interpretato in termini ampi ed utilizzato come fondamento per legittimare il ricorso a tecniche di riproduzione assistita tra cui anche la GPA (Lamm, 2015; Martínez-Martínez, 2015).

Il Messico è inoltre firmatario del *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)* nel quale si stabilisce che i diritti riproduttivi si basano sul riconoscimento del diritto di tutte le coppie e individui di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei figli, l'intervallo tra le nascite e a disporre responsabilmente delle informazioni e dei mezzi per la realizzazione di tali decisioni, così come il diritto ad accedere al livello più elevato di salute sessuale e riproduttiva.

L'art. 3 della *Ley general de salud* del 1984 specifica come, ai fini della stessa, rientri nel concetto di salute anche la pianificazione familiare, perciò è possibile estendere a quest'ultima molte delle disposizioni previste in termini generali dalla legge. Ad esempio il diritto a “godere dei servizi di salute e assistenza sociale che soddisfino efficacemente e opportunamente i bisogni della

popolazione” o il diritto allo “sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica per la salute” (TdA) previsti dall’art. 2.

Tuttavia, né la *Ley general de Salud*, né il *Reglamento en Materia de Investigación para la Salud* fanno riferimento alla gestazione per altri, menzionando in modo generale l’inseminazione artificiale e la fecondazione in vitro. Dal momento che gli Stati della Repubblica messicana sono legislativamente competenti in materia di diritto di famiglia, ogni Stato ha previsto una regolamentazione autonoma della tecnica (Martínez-Martínez, 2015).

La conseguenza è una significativa eterogeneità rispetto alle posizioni adottate. Coahuila e Querétaro hanno vietato espressamente la pratica, Città del Messico (CDMX) esiste una proposta di legge che è stata approvata ma non pubblicata, mentre Tabasco e Sinaloa l’hanno regolamentata.

III. *Querétaro: il divieto della pratica*

Il Codice Civile dello Stato di Querétaro contiene riferimenti espliciti sia alle tecniche di riproduzione assistita che alla gestazione per altri. L’art. 22 attribuisce la capacità giuridica alle persone fisiche a seguito della nascita e la fa venire meno con la morte: “dal momento che un individuo è concepito, in modo naturale o per mezzo delle tecniche di riproduzione assistita, resta soggetto alla protezione della legge e si ritiene nato ai fini degli effetti dichiarati nel presente Codice” (TdA). Non solo il Codice effettua una totale equiparazione tra le due nascite, ma nel secondo comma dell’art. 22 specifica che “la persona che sia nata da una inseminazione artificiale o procreazione assistita, con contributo di donante o donanti, avrà diritto, quando raggiunga la maggiore età, a conoscere l’identità dei genitori biologici”, anche se “la rivelazione dell’identità del donante, nei casi previsti dalla legge, non implicherà la determinazione legale della filiazione” (TdA).

Un altro riferimento alle tecniche di riproduzione assistita viene fatto nel Capitolo primo del Libro ottavo rubricato *I figli del matrimonio*, dove l’art. 312 include tra i figli che si presume siano dei coniugi anche quelli “nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di riproduzione assistita, sempre che il consenso non sia stato revocato”, inoltre “né il marito né la moglie, quando abbiano prestato espressamente il consenso ad una fecondazione con il contributo di uno o più donanti, potrà impugnare la filiazione del figlio nato a seguito di tale fecondazione” (TdA).

Il capitolo sesto disciplina inoltre l’adozione di embrioni. L’art. 399 del Codice Civile spiega che con l’espressione *adozione di embrioni* adottata si intende “il procedimento mediante il quale, un embrione, frutto dell’ovulo di una donna e dello spermatozoo di un uomo, è trasferito nell’utero di un’altra donna per completare il ciclo necessario alla sua gestazione e alla successiva nascita, con il fine di essere considerato figlio di questa e del suo coniuge o di questa e del suo convivente” (TdA). Stando a quanto affermato dall’art. 401, l’adozione di embrioni può avvenire solo per gli embrioni sovrannumerari crioconservati, risultanti da una fecondazione omologa in vitro, quando: i genitori biologici hanno manifestato la loro volontà di dare in adozione gli

embrioni sovranumerari; i genitori biologici sono deceduti; i genitori biologici non abbiano reclamato gli embrioni entro il termine stabilito dalla legge. Il diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici è riconosciuto dall'art. 404 anche alle persone nate a seguito di adozione di un embrione: “Una volta raggiunta la maggiore età la persona che sia stata prodotta di un'inseminazione artificiale o di procreazione assistita e successivamente adottata, avrà il diritto imprescrittibile di conoscere l'identità dei genitori biologici” (TdA).

Questa ricostruzione ci permette di capire come la nascita attraverso le tecniche di riproduzione assistita sia stata ormai assimilata dal contesto sociale e dall'apparato giuridico. Tuttavia, l'art. 400 dello stesso Codice prevede il divieto di gestazione per altri, affermando che “le coppie che adottano embrioni non potranno ricorrere alla maternità assistita o surrogata, né contrattare il ventre di una terza donna per la gestazione dell'embrione” (TdA). A questo punto, attraverso una ricostruzione delle norme codicistiche in relazione alle tecniche di riproduzione assistita ci si vuole interrogare su quale sia la *ratio* del divieto e quale sia il bene che tale divieto mira a tutelare.

Il primo dato rilevante è che sia l'art. 22 che l'art. 312 prevedono la possibilità di ricorrere a donazioni — anche di entrambi i gameti — facendo venire meno il legame genetico con i genitori intenzionali. Dagli articoli menzionati è possibile rilevare come l'ordinamento preveda la scissione delle figure genitoriali in genitori biologici e genitori legali. I genitori biologici possono contribuire con i loro gameti, o possono dare in adozione embrioni, senza che questo faccia sorgere in loro nessun tipo di filiazione legale, salvo il diritto del nato a conoscere la loro identità. Mentre la genitorialità legale viene fondata giuridicamente sull'elemento del consenso. È infatti il consenso che, stando all'art. 312, fa sorgere in capo ai genitori intenzionali il rapporto di filiazione ed è il consenso che lo fa venire meno nel caso dell'autorizzazione all'adozione degli embrioni sovranumerari, stando all'art. 405.

Dal momento che le norme prevedono che sia l'elemento consensuale e non il legame genetico tra nati da fecondazione assistita e genitori intenzionali a essere rilevante ai fini della filiazione, dobbiamo ritenere che non sia questo il bene tutelato dall'art. 400. Neppure si può ritenere che venga attribuito valore alla formazione dell'embrione nell'utero materno, dal momento che viene disciplinata l'adozione di embrioni.

Si può quindi ipotizzare che obiettivo del divieto di GPA sia quello di evitare una scissione tra la gestante e la futura madre legale del bambino. Per ora ci limitiamo a registrare questo dato senza approfondire se, in questo caso, il divieto sia avvenuto per proteggere gli interessi del nascituro, un valore generalmente riconosciuto di maternità o la gestante da un possibile uso lesivo del proprio corpo. Ad ogni modo l'ordinamento sembra escludere la possibilità di configurare un rapporto di gestazione finalizzato a cedere la genitorialità del nascituro ad altri, esclusione che ha come conseguenza il divieto della pratica *tout court*.

IV. Città del Messico: assenza di scopo di lucro e legame di parentela

A Città del Messico (CDMX) non esiste ancora una legge sulla gestazione per altri. Le tecniche di riproduzione assistita sono in generale regolate dal Codice Civile Federale, in particolare l'art. 162 viene considerato uno dei fondamenti giuridici su cui la legittimazione di queste tecniche si fonda. L'articolo sancisce che “i coniugi hanno diritto a decidere in modo libero, informato e responsabile il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite, così come ad impiegare, nei termini previsti dalla legge, qualunque metodo di riproduzione assistita, per conseguire una propria discendenza” (TdA).

Tuttavia l'art. 340 nel dichiarare che “la filiazione si prova con l'atto di nascita” (TdA), dimostra come il Codice sia legato ad un concetto di maternità connesso con il fatto biologico della gestazione e del parto, cui fa riferimento il contenuto dell'atto di nascita. Inoltre, l'art. 338 sembra porsi in collisione con l'ipotesi di GPA, considerando la sua formulazione: “la filiazione è la relazione che esiste tra il padre e la madre e loro figlio, formando il nucleo sociale primario della famiglia; pertanto non può essere materia di accordo tra le parti, né di transazione, o rimessa ad arbitri” (TdA). In realtà queste previsioni nella realtà dei fatti sono state a lungo bypassate avvalendosi delle disposizioni in materia di adozione e dell'assenza di un'espressa disciplina di GPA (Lamm, 2013).

L'esigenza di una formulazione più esplicita e dettagliata ha portato nel 2010 all'approvazione della prima proposta di legge in materia. La legge, nonostante sia stata approvata il 30 Novembre del 2010, non è mai stata promulgata e pubblicata. La successiva proposta è stata approvata in commissione l'8 dicembre 2011 ed è giunta alla sessione plenaria ma non è stata pubblicata ufficialmente. (Baffone).

Nonostante il testo non sia tuttora vigente a CDMX riportiamo gli elementi significativi. La tecnica, qui definita *maternità surrogata*, viene descritta come “la pratica medica consistente nel trasferimento di un embrione umano, prodotto dall'unione di un ovulo e uno spermatozoo, in una donna che porta a termine la gravidanza. Questo processo potrà essere fatto in favore di uno o due richiedenti (genitori intenzionali), i quali istituiranno con il nato un legame di filiazione” (TdA).

Uno dei temi più dibattuti della formulazione del 2010 — avendo suscitato la disapprovazione da parte di vari gruppi sociali e politici e avendo reso urgente la revisione — riguarda i criteri da soddisfare per gli aspiranti genitori. Il primo progetto infatti escludeva:

- uomini soli;
- coppie eterosessuali (che non potevano contribuire con il proprio materiale genetico o che non avevano problemi d'infertilità);
- coppie omosessuali.

Questa limitazione è stata considerata contrastante con gli articoli 1 e 4 della Costituzione messicana e con il Codice Civile di CDMX, soprattutto alla luce della riforma avvenuta nel 2009 che aveva permesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Mentre la successiva revisione permette l'accesso a persone singole, uomini o donne, coppie omosessuali ed eterosessuali sposate o no.

Dopo aver ristretto le ipotesi attuabili alla sola GPA puramente gestazionale – dal momento che è un embrione a dover essere impiantato nella gestante e non un singolo gamete – e aver aperto l'accesso anche a persone singole, lo stesso articolo fissa un altro punto essenziale dichiarando che “la maternità surrogata si realizzerà senza fine di lucro”¹ (TdA). L'esigenza di garantire la connotazione altruistica e non lucrativa dell'atto dispositivo della gestante viene rafforzata dalla previsione dell'art. 16 del progetto, in base al quale, almeno preferibilmente, “la donna gestante deve avere un legame di parentela per consanguineità o per affinità con la madre biologica o con il padre” (TdA), e solo se non sia possibile reperire una candidata con questi requisiti allora si potrà chiedere la partecipazione di qualsiasi altra donna. Per quanto concerne gli altri requisiti riguardanti la gestante, è necessario che questa non abbia portato a termine gravidanze nell'anno precedente l'impianto e che non si sia già sottoposta alla pratica due volte, inoltre – sempre per tutelarne la salute e l'assenza di finalità lucrative – verrà sottoposta a test psicologici e medici.

L'approccio normativo rilevabile dal progetto di legge di CDMX si distingue da quello adottato nello stato di Querétaro, dal momento che in questo caso si prevede la possibilità di configurare un rapporto di gestazione finalizzato a cedere la genitorialità del nascituro ad altri. Tuttavia, rispetto a tale ipotesi emergono delle problematiche che l'elaborazione normativa tenta di neutralizzare con delle specifiche previsioni. Tra queste vi è sicuramente l'esigenza di tutelare la salute della gestante, attraverso l'individuazione di criteri che restringono la possibilità di sottoporsi alla procedura. Il requisito su cui qui ci si intende soffermare è quello relativo all'esigenza di evadere finalità lucrative, in particolar modo sulla scelta di veicolare tale requisito attraverso la preferenza di un rapporto di parentela tra la donna gestante e uno dei genitori intenzionali.

La stessa previsione è stata attuata anche dall'ordinamento brasiliano. Il Brasile è stato il primo Paese nel panorama internazionale a prevedere tale requisito nella Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) N° 2.168/2017. L'art. 1 del paragrafo VII della Risoluzione prevede che “la donatrice temporanea di utero deve appartenere alla famiglia di uno dei partner in rapporto di parentela consanguinea fino al quarto grado (primo grado — madre/figlia; secondo grado — sorella/nonna; terzo grado — zia/nipote; quarto grado — cugina). Gli altri casi sono soggetti all'autorizzazione del Consiglio Regionale di Medicina” (TdA).

La logica sembra mutuata dalla normativa brasiliana in tema di trapianti che nel capitolo III della legge 9.434/1997² disciplina la *disposizione di tessuti, organi e parti del corpo umano vivo per fine di trapianto*, permettendo “a persona giuridicamente capace di disporre gratuitamente di tessuti, organi e parti del proprio corpo vivo, per fini terapeutici o per trapianti tra coniugi o consanguinei fino al quarto grado e, nella forma prevista dal § 4° di questo articolo, tra qualsiasi altra persona, mediante autorizzazione giudiziale”³(TdA).

¹ Progetto di Decreto, approvato il 9 Dicembre 2011, (*Legge di maternità surrogata per il Distretto Federale*), art. 2 (TdA).

² Legge 4 febbraio 1997, n. 9.434 (Disposizioni sulla rimozione di organi, tessuti e parti del corpo umano per fini di trapianto, trattamento e altri provvedimenti) modificata dalla Legge 23 marzo 2001, n. 10.211.

³ Legge 9.434/1997 art. 9 (TdA).

Rispetto all' idoneità del requisito di un rapporto di parentela ad escludere possibili finalità lucrative sorgono alcune perplessità. La prima è relativa al carattere discriminatorio della formulazione. Nell'ordinamento Brasiliano la Risoluzione 1.957/2010 prevedeva all'art. 1 del paragrafo VII che la gestante dovesse appartenere alla famiglia della donatrice genetica – che per legge doveva corrispondere con la madre intenzionale – in una parentela fino al secondo grado. Tuttavia, la disposizione era stata considerata alquanto restrittiva e potenzialmente fonte di discriminazioni dal momento che non tutti beneficiano della presenza di determinati vincoli familiari. Per questo la maggior parte dei Consigli Regionali dei singoli Stati avevano ampliato la norma prevista dal CFM, introducendo un'apertura verso altri membri della famiglia o amici che prevede però la necessaria autorizzazione caso per caso del Consiglio Regionale di Medicina.

Nella Risoluzione successiva, la 2.121/2015, il CFM ha esteso la propria previsione stabilendo che: “la donatrice temporanea di utero deve appartenere alla famiglia di uno dei partner in rapporto di parentela consanguinea fino al quarto grado (primo grado — madre; secondo grado — sorella/nonna; terzo grado — zia; quarto grado — cugina). Gli altri casi sono soggetti all'autorizzazione del Consiglio Regionale di Medicina” (TdA).

L'ultima Risoluzione, quella del 2017 non smentisce la ratio basata sul vincolo familiare, introducendo nella formulazione dell'articolo 1 anche le figure di figlia e nipote. Per quanto le previsioni normative cerchino di estendere il più possibile l'inclusione di legami familiari, per non essere discriminatoria la normativa deve prevedere anche ipotesi che fuoriescono da questi. La formulazione normativa non risulta escludente rispetto a ipotesi di gestazione per altri praticata con finalità di profitto, ma le sottopone all'autorizzazione del CFM. Si ritiene quindi che siano le modalità in cui l'autorizzazione viene concessa a rilevare rispetto alla garanzia dell'assenza dello scopo di lucro. Il requisito della necessità di un legame di parentela ha come conseguenza di rendere l'accesso alla pratica più immediato in alcuni casi, che, si presume, otterrebbero in ogni caso l'autorizzazione se a questa venissero sottoposte. Risulta quindi poco chiaro quali siano gli effetti concreti che la previsione normativa sia volta a produrre.

I. *Tabasco: problemi emergenti dal cross border reproductive care*

1. *L'iniziale previsione del Codice Civile*

Lo Stato di Tabasco introduce la GPA nel proprio ordinamento nel 1997. Oltre ad essere uno dei primi a farlo a livello internazionale, inizialmente prevede una disciplina caratterizzata da un approccio liberale. La grande affluenza di aspiranti genitori — provenienti non solo dagli altri

Stati messicani, ma da tutto il mondo — incentiva tuttavia la riforma della materia intervenuta nel 2016.

Prima dell'introduzione del Capitolo VI *Bis*, inserito nel Titolo VIII del Libro Primo, la partecipazione di una gestante diversa dalla madre intenzionale era disciplinata prevalentemente dall'articolo 92 del Codice Civile, rubricato *dovere di riconoscere il figlio*, nel terzo, quarto e quinto comma.

In particolare il terzo comma dell'art. 92 afferma che: “nel caso di figli nati come risultato della partecipazione di una madre gestante sostituta, si presumerà la maternità della madre contraente che la presenta, dato che questo fatto implica la sua accettazione. Nei casi in cui partecipi una madre surrogata, bisognerà attenersi a quanto previsto dall'ordinamento per l'adozione piena” (TdA). Il quarto comma dello stesso articolo permette invece di rilevare due distinte tipologie di gestazione per altri. La prima prevede la partecipazione di una *madre gestante sostituta*, che il quarto comma dell'art. 92 definisce come “la donna che porta a termine la gravidanza e provvede alla gestazione, ma non a fornire il materiale genetico” (TdA), in questo alla madre intenzionale sarà sufficiente un contratto con la gestante e la presentazione della richiesta di riconoscimento di maternità per essere ritenuta madre legale del bambino. Mentre nel secondo caso la *madre surrogata* “fornisce entrambi: il materiale genetico e la gestazione” (TdA), perciò venendo meno il legame genetico è necessario instaurare un vero procedimento di adozione (Martínez-Martínez, 2015).

In continuità con l'art. 92 si collocano gli articoli 347 secondo comma e 360⁴ del Codice Civile in tema di riconoscimento legale della genitorialità dei figli nati da genitori non sposati. In particolare, l'art. 347 stabilisce che quando nel processo produttivo partecipa una seconda donna, verrà considerata madre legale quella stabilita dall'accordo contrattuale, al di là che quest'ultima abbia o meno apportato il proprio ovulo. L'articolo prosegue stabilendo che “quando la madre sostituta non è la madre biologica del bambino nato come risultato di un trasferimento di embrioni, la madre che ha stipulato il contratto dovrà essere considerata la madre legale del bambino e questo sarà considerato figlio legittimo della donna” (TdA).

È evidente, leggendo la dicitura codicistica dello Stato di Tabasco, come l'ipotesi di scissione tra la gestazione e la maternità legale sia organicamente inserita nell'ordinamento, che prevede degli specifici meccanismi di riconoscimento legale. Rispetto allo Stato di Querétaro, quindi, che vieta la pratica *tout court*, l'elaborazione civilistica dello stato di Tabasco sembra invece assumere la generale ammissibilità di una gestazione finalizzata a cedere la genitorialità ad altri. Mentre nella disciplina di Querétaro è possibile rintracciare la scissione delle figure genitoriali in genitori biologici e genitori legali, nella disciplina dello stato di Tabasco viene introdotta anche un'altra donna che partecipa al processo riproduttivo.

Tuttavia, la struttura codicistica non viene integrata da una successiva legge che regoli il contratto di sostituzione gestazionale; non vengono perciò imposti requisiti o caratteristiche per poter accedere alla pratica e non viene fatta una scelta relativa al carattere altruistico o

⁴ «Salvo il caso che si tratti di un figlio nato come risultato di un contratto di maternità sostituta, il figlio di una donna sposata non potrà essere riconosciuto come figlio da parte di un uomo distinto dal marito, se non quando questi lo abbia disconosciuto o con una sentenza esecutiva sia stato dichiarato che non è suo figlio» (TdA).

commerciale che deve avere l'accordo (Lamm, 2013). Qui emerge la differenza con il progetto di legge di CDMX, che invece prevedeva disposizioni regolamentari volte a neutralizzare potenziali compromissioni di diritti.

2. Cross border reproductive care

La lacuna legislativa ha reso quindi lo Stato di Tabasco una delle mete più significative di quella mobilitazione che viene definita *cross border reproductive care*. Il *cross border reproductive care (CBRC)* si riferisce a qualunque spostamento da una giurisdizione a un'altra per accedere alle tecnologie riproduttive (Ikemoto, 2009). Affinché si possa parlare di CBRC è necessario che il motivo principale dello spostamento sia relativo all'accesso ai servizi riproduttivi e che lo spostamento implichi di sottoporsi a una giurisdizione diversa da quella di origine (Peña López, 2015).

L'affluenza verso lo Stato messicano incrementa dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 — Paesi in cui fino a quel momento si era concentrato il mercato gestazionale — iniziano un processo di regolamentazione restrittiva della GPA.

Nell'articolo *As Mexican State Limits Surrogacy, Global System Is Further Strained*, pubblicato sul New York Times il 27 Marzo 2017, Victoria Burnett nel tentativo di definire numericamente il fenomeno incontra delle difficoltà dal momento che i bambini nati annualmente da GPA tra il 2013 ed il 2016, sono circa 100 secondo il governo, mentre arriverebbero a 500 secondo l'opinione di accademici e attivisti.

Secondo Caroline Schurr, professoressa di Studi transculturali nell'Università svizzera di San Gallo, circa il 70% dei clienti delle cliniche che includono tra i loro servizi la gestazione per altri sono omosessuali che non risiedono nel territorio nazionale (Burnett, 2017).

Lo sviluppo massiccio di questo fenomeno fa allarmare alcuni esponenti del governo tra cui la senatrice Mely Romero Celis, la quale denuncia pubblicamente lo sfruttamento che a suo avviso sta avvenendo nei confronti delle donne messicane, le cui condizioni di salute non vengono tutelate e la cui necessità economica viene strumentalizzata da “stranieri” — l'80% dei procedimenti è praticata a loro favore — che soddisfano le proprie aspirazioni familiari⁵.

Stando a quanto riportato dal Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani, la pratica della gestazione per altri in Messico è del 70% più economica che negli Stati Uniti. Le donne vengono pagate da diecimila a centocinquantamila pesos e quelle che si trovano in condizioni di estrema povertà sono le più vulnerabili a questa industria; inoltre le gestanti spesso vanno incontro a rischi di salute, isolamento dalle loro famiglie e talvolta sfruttamento crudele e spietato.

⁵ Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani. Reperibile online al seguente link: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/22949-2015-09-17-18-17-02.html>.

La comunicazione fa riferimento al volume *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos* (Bartolini Esparza, Pérez Hernández, Rodríguez Alcocer, 2014) che viene considerato un'importante fonte di informazioni sull'argomento. Il volume mette in luce la diffusione dello sfruttamento delle donne per fini riproduttivi, che deve essere conosciuto, diffuso e fermato sia dai decisori politici che dalla popolazione in generale, al fine di evitare che il Messico diventi un Paese come la Thailandia o la Nigeria, dove la gestazione per altri si è legata al crimine organizzato. Il bollettino menziona anche l'intervento di Luis Pavón Vázquez, giornalista che ha reso noto il modo in cui agenzie di surrogazione agiscono a Villahermosa e Tabasco, ingannando e violando i diritti delle gestanti.

Secondo Guerra Palmero quando si affronta questo tema non è possibile eludere le considerazioni legate al genere, alla classe sociale, alla razza e alla situazione geopolitica del Paese in cui la gestazione viene realizzata (Guerra Palmero, 2018). Le problematiche che emergono sono quindi legate a due questioni principali, quella dello sfruttamento⁶ e della vulnerabilità⁷. In questa sede non ci si vuole soffermare sull'analisi approfondita di tali concetti, ma solo fornirne delle elaborazioni indicative, che permettano di delineare le problematiche insorte nel caso analizzato. In particolare con sfruttamento intendiamo l'approfittamento di una situazione esistenziale di vulnerabilità o bisogno (Di Martino, 2019). La direttiva europea 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime all'art. 2 afferma che lo sfruttamento può realizzarsi attraverso l'uso della forza o altre forme di coercizione o abuso di potere o dello stato di vulnerabilità. Il secondo comma dell'art. 2 definisce la posizione di vulnerabilità come: "situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima" (TdA).

Nel definire se vi è configurazione o meno della condizione di vulnerabilità il contesto gioca un ruolo fondamentale. Questo nella misura in cui per mettere a tema la vulnerabilità è necessario adottare una riflessione "*situata*, inserita in quadro specifico di determinate condizioni" (TdA) (Pozzolo, 2019). In un contesto dato, la vulnerabilità di una persona riguarda una mancanza di potere e controllo, che causano una riduzione nell'ambito decisionale. Se una persona è considerata vulnerabile, ciò probabilmente indica che c'è un difetto o nella protezione dei suoi diritti o nel bilanciamento tra poteri che è in grado di agire e limiti a cui è sottoposta. Nel momento in cui un difetto nella protezione dei diritti viene rilevato è compito degli operatori politici agire per correggerlo. (Pozzolo, 2019). Come sostenuto da Guerra Palmero (2018), il ricorso all'autonomia come legittimazione politica di alcune pratiche non è sufficiente, ma è necessario interrogarsi se questa sia concretamente agibile per garantire il rispetto dei principi di giustizia e uguaglianza.

⁶ Quella di sfruttamento è una nozione generica, a cui vengono attribuiti significati diversi a seconda dell'impostazione teorica adottata. Secondo alcuni lo sfruttamento è realizzato quando manca un consenso pienamente informato della gestante, secondo altri quando la retribuzione è inadeguata o insufficiente. Cfr: Olavarría M.E., *La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder. Capítulo 9. Altruismo y trabajo reproductivo*. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos. 2018.

⁷ Il tema della vulnerabilità posto in relazione all'idea di autonomia è stato recentemente affrontato nel testo: Pozzolo, S. (2019). *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género*. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (51).

In letteratura c'è unanimità rispetto al rischio di avvallare pratiche di sfruttamento nel momento in cui genitori intenzionali e gestanti provengono da Paesi con forti divergenze culturali ed economiche (Olavarría, 2018b). Rischio che a Tabasco, rispetto a quanto attesta il Bollettino numero 089 sopra citato, si è manifestato.

Alla luce di quanto esposto la proposta della senatrice Romero Celis era quella di vietare la GPA. Tuttavia, la proposta viene mitigata da altre posizioni, tra cui troviamo quelle di avvocati, accademici e dell'organizzazione femminista GIRE. Il *Grupo de Información en Reproducción Elegida* (GIRE) è l'organizzazione femminista attualmente più presente in Messico e promuove la regolamentazione della gestazione per altri dal punto di vista dei diritti umani e riproduttivi, attraverso la discussione pubblica sul tema che porta avanti con la realizzazione di video, conferenze e la pubblicazione di relazioni. Il posizionamento dei membri di GIRE rispetto alla pratica è volto a una sua regolamentazione nel rispetto dei diritti umani, tra i quali si inserisce anche il diritto delle donne di decidere in merito al proprio corpo (GIRE, 2013, 2015, 2017). Ritengono, inoltre, che prevedere solo la modalità altruista sia frutto di stereotipi di genere che disconoscono l'autonomia riproduttiva delle donne gestanti. Sulla base di questi presupposti l'associazione ha elaborato delle relazioni sul tema che analizzano le legislazioni locali, federali e internazionali, individuano gli aspetti più controversi e problematici e propongono raccomandazioni puntuali (Olavarría, 2018a).

Nel 2015 l'associazione GIRE si era espressa sulla gestazione per altri ritenendo che in Messico, l'assenza di una regolamentazione in materia di riproduzione assistita provoca un campo di incertezza giuridica che permette il manifestarsi di abusi e discriminazioni contro le persone che partecipano alla tecnica, incluso il personale sanitario e i nati dai procedimenti di fecondazione assistita. Per evitare questi abusi il Messico dovrebbe assicurare che gli organi legislativi regolino i servizi di riproduzione assistita in modo integrale e compatibile con i diritti umani, assumendo che il principale interesse della regolamentazione deve essere la protezione dei diritti delle persone coinvolte nei procedimenti (GIRE 2015 p. 241)

La posizione dell'associazione femminista GIRE, si basa sulla necessità di riconoscere l'autodeterminazione della donna e di elaborare un sistema normativo adeguato alla realizzazione della pratica.

Due posizionamenti sono quindi rilevabili. Quello di GIRE, che rifiuta l'imposizione di una misura statale proibitiva e rivendica un intervento normativo per ribilanciare la relazione tra poteri che le gestanti sono in grado di agire e limiti a cui sono sottoposte. Quello degli esponenti del governo, che manifestano l'esigenza di adottare misure statali restrittive, in virtù dell'obbligazione che sorge in capo ai pubblici poteri di arginare potenziali violazioni di diritti.

La ricostruzione fino qui effettuata richiama quanto elaborato da Pozzolo (2019). L'autrice nel trattare il rapporto vulnerabilità-autonomia riconosce come il diritto positivo sia in alcuni casi chiamato a trovare un bilanciamento tra la sua obbligazione di rafforzare l'autonomia e quella di proteggere la vulnerabilità.

3. La riforma legislativa

Il risultato dell'emergere di posizioni e istanze differenti è la formulazione del Decreto 265 del 13 Gennaio 2016. Il decreto inserisce nel Titolo VII rubricato *Della filiazione*, appartenente al Libro Primo, il Capitolo VI *Bis* denominato *Della gestazione assistita e surrogata*. La prima scelta contenuta nel decreto che è necessario menzionare è quella che richiede necessariamente la gratuità dell'atto della gestante.

Il primo articolo del decreto, il 380 *bis* fornisce la definizione di *riproduzione umana assistita*, e cioè "l'insieme delle pratiche cliniche e biologiche per la creazione di un nuovo essere umano, ottenuto grazie a tecniche scientificamente accreditate e autorizzate dalla legislazione in materia di salute, realizzate con l'intervento del personale medico, con metodi di fecondazione di cellule germinali, gameti di uno o di entrambi i sessi, oltre alla produzione di zigoti ed embrioni, che permettano la procreazione fuori del processo biologico naturale della coppia infertile o sterile" (TdA).

Dopo aver inquadrato in modo generale la riproduzione assistita, il secondo comma dell'articolo introduce una prima limitazione, si dichiara esplicitamente infatti la possibilità solo per coniugi e conviventi di accedere all'inseminazione o fecondazione artificiale, prevedendo sia quella omologa – entrambi i gameti sono apportati dai coniugi/conviventi — sia quella eterologa — un gamete viene apportato da uno dei due coniugi/conviventi e l'altro viene donato da un terzo —.

Il successivo requisito per poter accedere alla tecnica oggetto del decreto è esposto dall'art. 380 *bis* 1, in base al quale deve essere impossibile fisicamente o controindicato per la madre contraente portare avanti la gravidanza nel suo utero⁸.

L'art. 380 *bis* 2 conferma l'esistenza, già delineata nell'art. 92 del Codice, di due tipologie di *gestazione per contratto*: "I. Surrogata: implica che la gestante sia inseminata apportando i suoi propri ovuli e che, dopo il parto, consegni il nato alla madre contraente mediante adozione piena; e II. Sostituta: implica che la gestante si vincoli con il contratto esclusivamente per portare nel suo ventre un embrione ottenuto con la fecondazione dei gameti della coppia o di una terza persona" (TdA).

Vengono inoltre previsti dei requisiti che deve soddisfare la gestante per poter stipulare il contratto, tra questi troviamo:

- sottoporsi alla determinazione del profilo clinico, psicologico e sociale da parte della Segreteria di Salute del Governo dello Stato.
- non soffrire di alcolismo, dipendenza da droghe, tabagismo e nessun'altra tossicodipendenza;

⁸ La sovrapposizione dei requisiti di cui agli articoli 380 *bis* e 380 *bis* 1 rende impossibile per coppie omosessuali o per eterosessuali single accedere alla GPA. Questa previsione è oggetto di critiche e dibattiti e secondo molto dovrebbe essere causa di una riforma della normativa.

Lo stesso approccio normativo, quindi quello di preferire una regolamentazione il più possibile puntuale e limitata della pratica è stato adottato anche dagli altri Paesi che erano stati destinatari del *cross border reproductive care*, come dimostrano il caso di Thailandia, India e Cambogia. Negli ultimi anni, infatti, il mercato si è nuovamente spostato verso i paesi dell'Europa dell'Est: Russia, Kazajistán, Georgia, Albania, Armenia, Bielorussia e soprattutto Ucraina (Trejo Pulido, 2021). Gli studi di Emma Lamberton (2020) dimostrano che le imprese ucraine possiedono più di un quarto del mercato mondiale di servizi gestazionali; negli ultimi anni sono nate un centinaio di agenzie di cui almeno due terzi illegali.

La *ratio* che anima il divieto di accesso alla gestazione per altri agli stranieri è quella di ridurre l'afflusso nel territorio nazionale provocato dal *cross border reproductive care*, che a sua volta facilita il verificarsi di abusi o la diffusione di attività criminose. Inoltre, la scelta di elaborare una regolamentazione puntuale e restrittiva deve essere letta come il risultato dell'esigenza di mediazione e bilanciamento tra diverse istanze, tra le quali troviamo quelle di ordine pubblico e di tutela della vulnerabilità, rappresentate dalla senatrice Romero Celis e dal Partido Revolucionario Institucional (PRI) e quelle relative alla rivendicazione di autodeterminazione elaborate dall'associazione femminista GIRE.

Rispetto all'idoneità concreta del divieto rispetto al raggiungimento degli scopi per i quali è formulato possiamo fare riferimento ad alcuni dati.

L'associazione GIRE ha presentato una sollecitudine di accesso alle informazioni alla Segreteria dello stato di Tabasco per conoscere il numero di contratti di gestazione per altri che sono stati perfezionati dall'entrata in vigore della riforma a al 1° marzo 2017. Stando a quanto comunicato dalla Segreteria di salute statale dal 13 gennaio 2016 al 1° marzo 2017 nello stato di Tabasco sono stati registrati quattro casi, in cui le madri gestanti e le madri contraenti erano messicane (GIRE, 2017). Inoltre, le documentazioni che mappano l'articolarsi del *cross border reproductive care* mostrano come l'afflusso massiccio in uno stato venga frenato dai divieti legali.

Secondo GIRE l'esclusione dell'accesso da parte di stranieri è una forma di discriminazione, poiché discrimina in particolare le persone straniere residenti in modo permanente o temporaneo nel paese, incluse quelle che hanno un rapporto di concubinato o matrimonio con persone messicane (GIRE, 2017). Il *cross border reproductive care* è chiaramente un fenomeno complesso, che secondo Pennings rappresenta una forma di tolleranza che promuove il pluralismo morale poiché previene lo scontro tra maggioranza e minoranza. Va quindi interpretato come una soluzione alle legislazioni restrittive piuttosto che come un problema che emerge da queste, dal momento che dispiega un sano grado di relativismo. Tuttavia, l'affermazione del pluralismo diventa problematica nel momento in cui produce fenomeni oppressivi.

Il divieto di accesso agli stranieri non può essere considerato sufficiente per scongiurare ipotesi di sfruttamento, criminalità o per assicurare che l'autodeterminazione delle gestanti venga potenziata. Come sostenuto da GIRE, è necessario intervenire anche sulle scarse tutele garantite dalle formulazioni contrattuali. Tuttavia, permette un maggiore controllo del fenomeno e mitiga gli squilibri di potere che le relazioni asimmetriche possono produrre.

VI. Conclusioni

Il testo mira ad analizzare l'evoluzione del processo normativo che ha caratterizzato la pratica della gestazione per altri in Messico e a riflettere sulla *ratio* e sulla concreta effettività di alcune previsioni normative. In particolar modo sono stati presi in considerazione gli stati di Querétaro, Tabasco e CDMX.

Lo Stato di Querétaro ha previsto un divieto esplicito della pratica, escludendo la configurabilità di una scissione tra la gestante e la futura madre legale del bambino.

Dal progetto di legge di CDMX e dalla legge approvata a Tabasco emerge un approccio diverso. Questi stati prevedono la possibilità astratta di una gestazione per altri, e problematizzano le modalità di realizzazione. Le norme prese in considerazione sono due. La prima riguarda l'assenza di scopo di lucro, la cui garanzia nel progetto di legge di CDMX viene perseguita attraverso la richiesta di un rapporto di parentela tra gestante e genitori intenzionali. La seconda riguarda invece la restrizione rispetto all'accesso, che viene garantito ai soli cittadini messicani.

Rispetto al requisito di un legame di parentela è stato effettuato un raffronto con la normativa brasiliana, la prima nel mondo a introdurre tale disposizione. Questa è stata ritenuta una norma il cui valore deve essere considerato più simbolico che volto a produrre determinati effetti giuridici, dal momento che la portata prescrittiva risulta essere ridotta. Mentre il divieto di accesso agli stranieri previsto dallo stato di Tabasco è stato ritenuto idoneo a ridurre il verificarsi di alcuni dei fattori produttivi del fenomeno dello sfruttamento. Nessuna delle due previsioni normative può tuttavia considerarsi pienamente risolutiva rispetto alla problematicità che era volta a depotenziare. L'analisi oltre a fornire una maggiore chiarezza circa l'evoluzione normativa della pratica in Messico, permette di confrontare chiaramente i tre modelli regolamentari, di apprezzarne le finalità e di valutare l'adeguatezza delle scelte legislative costituendo un utile riferimento per qualunque ipotesi di regolamentazione della pratica.

BIBLIOGRAFIA

Bartolini Esparza M., Pérez Hernández C., Rodríguez Alcocer. A., *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos*, Mexico, 2014.

Baffone C., *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, Boletín Mexicano de Comparado, año XLVII, n.137, 2013.

Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani.

Burnett V., *As Mexican State Limits Surrogacy, Global System Is Further Strained*, New York Times, 27 Marzo 2017.

Di Martino A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*. Archivio Penale, Fascicolo n. 1, 2019.

Direttiva europea 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*. México, 2013.

GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, 2015.

GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, 2017.

Guerra Palmero MJ., *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional*, in Delgado R., Janet: *Vulnerabilidad, justicia y salud global*, Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas. 2018, n. 26, 39-51.

Hovav A., *Producing moral palatability in the mexican surrogacy market*. GENDER & SOCIETY, 2019, vol 33 n. 2, April, 273–295.

Ikemoto, LC., *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the global market for fertility services*. Law Inequality, 2009, 27, 277–309.

Lamm E., *Mexico*, in Trimming K., Beaumont P. (a cura di), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Hart Publishing, Oxford, 2013.

Legge generale di salute (*Ley general de salud*) del 1984 degli Stati Uniti Messicani

Legge 4 febbraio 1997, n. 9.434 (*Disposizioni sulla rimozione di organi, tessuti e parti del corpo umano per fini di trapianto, trattamento e altri provvedimenti*) modificata dalla Legge 23 marzo 2001, n. 10.211. (Brasile)

Martínez ML., *Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*. Dikaion, 2015, vol. 24, N. 2.

Olavarría, ME. (a), *La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder*. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, 2018.

Olavarría, ME. (b), *La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo*. Revista interdisciplinaria de estudios de género de El Colegio de México, 2018, vol. 4.

Peña López F., *Protecting the European Medical Tourist: A New Challenge for the E.U. Law?* in Müller AP. And Sonnenburg S., *Touring Consumption*. 2015, 185-201.

Pozzolo, S., *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género*. Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 2019 (51).

Progetto di Decreto, approvato il 9 Dicembre 2011, *Legge di maternità surrogata per il Distretto Federale Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)*

Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 1.957/2010

Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 2.121/2015

Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 2.168/2017

Trejo Pulido A., *En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Diez puntos básicos para conocer toda la verdad sobre el alquiler de vientres*.

Van Beers BC., *Is Europe 'giving in to baby markets?' Reproductive tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets*. *Medical law review*, 2014, vol. 23, N. 1, 103–134.

ABSTRACT

La GPA (gestazione per altri) è una pratica riproduttiva la cui regolamentazione a livello globale presenta numerose disomogeneità. Lo scenario internazionale è in continuo mutamento e le modifiche legislative ridisegnano i flussi di denaro e persone mobilitati in misura sempre crescente. Dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 hanno iniziato un processo di regolamentazione restrittiva, il turismo riproduttivo ha iniziato ad affluire verso il Messico, in particolare verso lo Stato di Tabasco. Obiettivo del contributo è quello di riflettere sulla questione della GPA – rispetto alla quale il carattere transnazionale assume un ruolo decisivo – a partire dalle scelte legislative degli stati messicani. In particolar modo, verranno prese in considerazione la legislazione dello stato di Querétaro, che ha vietato la pratica, quello dello stato di Tabasco che l'ha legalizzata e infine il progetto di legge di Città del Messico.

Surrogacy is a reproductive practice whose regulation presents numerous inhomogeneities on a global level. The international scenario is constantly changing and the legal reforms are reshaping the flows of money and people mobilized in an ever increasing measure. After India in 2012 and Thailand in 2014 - countries where the gestational market had been concentrated until then - began a process of restrictive regulation, reproductive tourism began to flow towards Mexico. The aim of the paper is to reflect on the issue of surrogacy - in relation to which the transnational dimension has an important role - starting from the legislative choices of the Mexican states. In particular: the legislation of Querétaro, which banned the practice, of Tabasco which legalized it and finally the draft law of Mexico City.

PAROLE CHIAVE

Maternità surrogata; Messico – legislazione; procreazione medicalmente assistita.

KEYWORDS

Surrogate motherhood; Mexico – legislation; Medically Assisted Procreation.



Claudia Marchese*

“La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato”. Riflessioni al termine di un convegno sulle ragioni della longevità della Costituzione austriaca**

SOMMARIO: 1. Il convegno – 2. I caratteri della Costituzione austriaca – 3. La giustizia costituzionale – 4. Le fonti – 5. La forma di Stato e i caratteri del federalismo austriaco – 6. La forma di governo e il ruolo del Presidente federale – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il convegno

Venerdì 19 novembre 2021 si è svolto a Roma presso l'Istituto Storico Austriaco il convegno intitolato “La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato” organizzato dall'Istituto Austriaco di Studi Storici, dal Forum Austriaco di Cultura, nonché dal Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche e dal Dottorato di ricerca in Scienze giuridiche e politiche dell'Università Guglielmo Marconi.

Il convegno, organizzato per la ricorrenza dei cento anni della Costituzione austriaca¹, ha rappresentato un importante momento di riflessione sul contributo offerto dal modello costituzionale austriaco alla scienza giuridica ed al diritto comparato. In occasione del convegno sono stati presentati cinque autorevoli studi monografici inerenti al sistema costituzionale austriaco, tra cui la monografia relativa a “La forma di governo della grande coalizione” di cui è

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Sassari.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Il convegno in origine si sarebbe dovuto svolgere nel 2020 in piena corrispondenza con il centenario della Costituzione austriaca del 1920, tuttavia l'emergenza pandemica ha determinato la necessità di rinviare il suo svolgimento al mese di novembre 2021 affinché potesse avere luogo in forma presenziale.

autrice la Prof.ssa Haider Quercia ed il volume monografico della rivista Percorsi costituzionali dedicato a “I cento anni della Costituzione austriaca”².

La giornata di studi, strutturata in sessioni mattutine e pomeridiane, ha visto la partecipazione di autorevoli studiosi italiani ed austriaci, oltre che del Presidente della Corte costituzionale austriaca Prof. Christoph Grabenwarter, del giudice della Corte costituzionale italiana Prof.ssa Daria de Pretis e del Direttore generale per gli Affari giuridici presso il Ministero austriaco degli Affari europei e internazionali Prof. Helmut Tichy.

Una simile partecipazione, unitamente ad un’accurata organizzazione dei panel, ha consentito di esaminare in maniera approfondita non solo gli elementi che contraddistinguono la Costituzione austriaca rispetto ad altri testi costituzionali europei, ma anche di scandagliare gli elementi strutturali dell’ordinamento austriaco previsti in Costituzione. Le riflessioni che sono emerse nel corso del convegno consentono di accendere i riflettori su un modello costituzionale che, pur essendo ricco di interessanti spunti per la comparazione, spesso è oggetto di minore attenzione da parte della dottrina rispetto ai modelli offerti da altri ordinamenti.

Per tale ragione vale la pena riprendere i rilievi emersi in occasione del convegno cercando di costruire un *fil rouge* tra le relazioni susseguitesi al fine di individuare gli elementi che hanno garantito la longevità della Costituzione austriaca, nonché gli spunti di maggior interesse per la comparazione giuridica.

Il profilo dal quale occorre muovere in tale indagine volta a ricercare l’elisir di lunga vita della Costituzione austriaca è l’individuazione dei caratteri che la contraddistinguono, anche sotto il profilo stilistico. Delineati tali caratteri, sarà necessario esaminare i profili strutturali che connotano l’ordinamento austriaco. Nel far ciò sembra possibile ricondurre le riflessioni maturate in occasione del convegno a quattro macroaree quali: la giustizia costituzionale; il rapporto tra Costituzione, fonti interne e fonti internazionali; la forma di Stato, con particolare riguardo ai caratteri del federalismo austriaco; la forma di governo. Solo da un esame complessivo di questi ambiti sarà possibile cogliere gli aspetti che hanno garantito la durevolezza della Costituzione austriaca e dell’organizzazione statale da essa tracciata.

2. I caratteri della Costituzione austriaca

Cominciando dal primo aspetto richiamato, per quanto concerne i profili formali e stilistici che connotano la Costituzione austriaca, essa si compone di centocinquanta articoli caratterizzati da una formulazione sobria, concisa, priva di riferimenti assiologici. Ulteriori

² Segnatamente, U. HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Milano, Giuffrè, 2019; AA.VV., *I cento anni della Costituzione austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 2019, 3; M. MATZKA - P. HILPOLD - W. HÄMMERLE (a cura di), *100 Jahre Verfassung. 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen BundesVerfassungsgesetzes (B-VG). Ein Lesebuch*, Vienna, Wiener Zeitung, 2020; A. VON BOGDANDY - P. HUBER - C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, vol. III: Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2020; A. BALTHASAR - A. VINCZE, *Hundert Jahre Österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz. Die Perspektive von aussen*, Vienna, Jan Sramek Verlag KG, 2021.

caratteri che valgono a connotare la Costituzione austriaca sono la mancanza di unitarietà e la sua frammentarietà. Questi ultimi due caratteri sono riconducibili, secondo la ricostruzione prospettata dalla Prof.ssa Haider Quercia nella relazione dedicata ai modelli di codificazione della Costituzione austriaca, alla mancanza di accordo tra le forze politiche in merito a specifici profili al momento di pervenire alla stesura della Costituzione del 1920 ed alla particolare tecnica di produzione di diritto costituzionale anche al di fuori dalla Carta costituzionale prevista dall'art. 44, c. 1, della stessa Costituzione.

Queste chiavi di lettura possono essere impiegate, per esempio, al fine di fornire una spiegazione alla mancata previsione in Costituzione della disciplina dei diritti fondamentali la cui regolamentazione è restata affidata ad una legge antecedente all'entrata in vigore della Costituzione, quale la Legge fondamentale n. 142 del 1867 sui diritti generali dei cittadini dei regni e *Länder* rappresentati nella dieta dell'Impero. Oltre alle ragioni già richiamate, la mancanza di unitarietà e la frammentarietà del testo costituzionale possono essere spiegate in virtù della circostanza che la Costituzione austriaca non era stata elaborata al fine di durare nel tempo, aspettativa questa che evidentemente è stata smentita dagli eventi.

Quanto, invece, all'adozione di uno stile sobrio, conciso, privo di riferimenti assiologici, essa appare come il frutto di una scelta precisa. Tale scelta, ispirata dalla visione kelseniana del diritto, potrebbe forse essere spiegata anche alla luce di quel rapporto tra legalità legale e legalità costituzionale approfondito dalla relazione del Prof. Saitto, il quale ha ricordato come Kelsen non ritenesse opportuno prevedere in Costituzione norme eccessivamente generiche giacché queste avrebbero potuto determinare il rischio di una sostituzione della Corte costituzionale al decisore parlamentare³. Tale rilievo consente di porre in evidenza una saldatura tra profili formali e profili sostanziali inerenti all'organizzazione dello Stato ed ai rapporti tra organi.

L'opzione per uno stile normativo sobrio e conciso ha, inoltre, determinato ulteriori conseguenze sotto il profilo organizzativo e delle politiche normative. Infatti, la disciplina di numerosi aspetti di rilevanza costituzionale non risulta riscontrabile direttamente in Costituzione, bensì in leggi costituzionali che integrano il dettato costituzionale. Il ricorso a questa tipologia di fonti, previsto dall'art. 44, c. 1, della Costituzione austriaca, costituisce un'ipotesi tutt'altro che remota, così che - come anticipato - il panorama della disciplina costituzionale austriaca appare estendersi ben oltre il testo della Costituzione.

Su questo profilo si tornerà di qui a breve là dove si affronterà il tema del rapporto tra Costituzione, fonti interne e fonti internazionali, tuttavia tale aspetto merita di essere segnalato sin da ora in quanto è strettamente connesso allo stile scelto per la redazione della Costituzione ed alla problematica evidenziata dalla Prof.ssa Zei inerente all'assenza di un limite positivizzato alla revisione costituzionale⁴.

³ In argomento, v. F. SAITTO, *La giurisdizione costituzionale nella tensione tra "legalità legale" e "legalità costituzionale". Spunti di comparazione*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 947.

⁴ Per approfondire tali riflessioni sui limiti alla revisione costituzionale v. A. ZEI, *La trasformazione dei limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento austriaco: una riflessione corroborante contro l'erosione democratica del costituzionalismo liberale*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 863.

Inoltre, come vedremo, la decisione di rimettere la disciplina di profili organizzativi dello Stato a norme esterne alla Costituzione, pur essendo oggetto di critiche in dottrina, si è rivelata nella prassi una scelta vincente in termini di capacità dell'ordinamento di fornire risposte tempestive a nuove problematiche, così favorendo la longevità e la stabilità dell'impianto costituzionale austriaco.

3. La giustizia costituzionale

Svolti questi primi rilievi in merito agli aspetti formali e stilistici che contraddistinguono la Costituzione austriaca, occorre entrare *in medias res* ed affrontare, seppure con la brevità che questa sede impone, i profili organizzativi delineati in Costituzione che valgono a caratterizzare l'ordinamento austriaco e che offrono gli spunti maggiormente rilevanti per la comparazione giuridica.

Il primo profilo in relazione al quale l'ordinamento austriaco costituisce un modello nel panorama comparato è, come noto, la previsione di un modello di giustizia costituzionale accentrato⁵. Proprio a tale modello si sono ispirati i costituenti italiani, così che appare un'operazione di evidente interesse l'individuazione dei profili che accomunano il sistema di giustizia costituzionale italiano a quello austriaco, nonché degli elementi di differenziazione.

Una simile ricostruzione è stata magistralmente svolta in occasione del convegno dalla Prof.ssa de Petris, la quale ha individuato, *in primis*, tra i profili comuni alle due giurisdizioni costituzionali l'esistenza di un sindacato accentrato ed il privilegio che si è così inteso attribuire al legislatore non rimettendo la valutazione della legittimità costituzionale delle norme in capo ai singoli giudici, bensì individuando un organo *ad hoc*.

Il secondo profilo comune individuato tra l'ordinamento austriaco e quello italiano concerne la previsione di un meccanismo di instaurazione in via incidentale dei giudizi di legittimità costituzionale. Il terzo e fondamentale profilo comune all'ordinamento interno ed all'ordinamento austriaco attiene al rapporto tra sistema di giustizia costituzionale e forma di Stato in quanto in entrambi gli ordinamenti sussiste l'esigenza di risolvere, rispettivamente, i conflitti tra Stato federale e *Länder* e tra Stato e Regioni. Oltre a questi tre profili richiamati che legano il sistema di giustizia costituzionale austriaco e quello italiano, similitudini sono rinvenibili anche in relazione alle nuove prospettive della giustizia costituzionale: invero, in entrambi gli ordinamenti è aperto il dibattito in merito all'introduzione della *dissenting opinion*.

⁵ Sul modello austriaco di giustizia costituzionale v. recentemente M. CARTABIA - E. LAMARQUE, *Il retaggio del modello austriaco nella giustizia costituzionale italiana cent'anni dopo*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 731. Si veda, altresì, G. JELLINEK, *Una Corte costituzionale per l'Austria (Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, 1885)*, Torino, Giappichelli, 2013; S. LAGI, *Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)*, in *Giorn. di st. cost.*, 2006, 170; B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca*, Padova, CEDAM, 1985; M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 25.

Al di là dei profili che accomunano i due modelli di giustizia costituzionali e che tracciano un solido percorso per la comparazione giuridica, numerose sono le differenze che è possibile cogliere. La prima differenza concerne le modalità di instaurazione dei giudizi di legittimità costituzionale: nell'ordinamento austriaco, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, è consentito il ricorso diretto alla Corte costituzionale. Una seconda differenza concerne gli atti che possono costituire oggetto del giudizio di legittimità costituzionale: l'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale innanzi alla Corte costituzionale austriaca è dato non solo dalle leggi, ma anche dalle norme di rango secondario e dagli atti amministrativi. I giudizi innanzi alla Corte costituzionale austriaca presentano, dunque, un oggetto più ampio rispetto a quanto previsto dall'ordinamento interno. Ulteriore e importante differenza concerne la disciplina del processo costituzionale: mentre la regolamentazione austriaca appare dettagliata ed è frequentemente interessata da riforme, la disciplina italiana è frammentaria ed è stata oggetto di sporadiche riforme. Infine, occorre rilevare come la disciplina austriaca si presenti dettagliata anche nel disciplinare le tecniche decisorie di cui la Corte costituzionale può avvalersi, senza considerare che la stessa Costituzione prevede la possibilità di differire l'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale. Al contrario, nell'ordinamento interno lo strumentario processuale della Corte costituzionale appare in gran parte come il frutto dell'attività della Corte stessa, così come costituiscono il prodotto della giurisprudenza costituzionale anche la possibilità di modulare nel tempo l'efficacia delle sentenze e l'adozione di pronunce monitorie volte a sollecitare l'intervento del legislatore.

Gli aspetti richiamati consentono di evidenziare come indubbiamente la giustizia costituzionale austriaca e quella italiana presentino una matrice comune, tuttavia le differenze concernenti le modalità di accesso, l'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale, il livello di dettaglio della normativa che disciplina il processo costituzionale valgono a tracciare un progressivo allontanamento dei due modelli, soprattutto in considerazione del fatto che una regolamentazione processuale meno stringente sembra consentire un maggiore spazio per l'elaborazione e la definizione di nuove tecniche processuali da parte della stessa Corte costituzionale.

Evidenziato il ruolo della Corte costituzionale austriaca come modello per la diffusione di sistemi di giustizia costituzionale accentrati, sembra opportuno porre in risalto un ulteriore profilo segnalato dalla Prof.ssa D'Orlando nella propria relazione: la Corte costituzionale austriaca costituisce nel panorama della giustizia costituzionale non solo un modello, ma anche un osservatorio in relazione a nuove tendenze. Tale carattere appare evidente là dove si rifletta, per esempio, sull'introduzione nel 2014 di un sistema di controllo giurisdizionale sull'attività della Pubblica Amministrazione⁶. Un ulteriore versante in relazione al quale appare interessante svolgere una riflessione è l'apporto fornito dalla giurisprudenza costituzionale austriaca alla tutela dei diritti fondamentali. In relazione a quest'ultimo ambito può risultare interessante lo studio in

⁶ V. E. D'ORLANDO, *Il sistema austriaco di giustizia amministrativa: genesi ed evoluzione*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 843.

chiave comparata delle pronunce che hanno riguardato i diritti delle minoranze, il matrimonio di coppie dello stesso sesso, l'ammissibilità del suicidio assistito in determinate circostanze.

Dagli elementi sin qui delineati e dalle riflessioni emerse in occasione del convegno, sembra possibile affermare che il sistema di giustizia costituzionale austriaco si connota al tempo stesso come pietra angolare dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale e come modello aperto alle innovazioni.

4. *Le fonti*

Quanto al tema delle fonti, appare opportuno soffermarsi su taluni profili già accennati in considerazione della loro rilevanza ai fini della longevità della Costituzione austriaca.

Il profilo dal quale partire concerne il carattere frammentario della disciplina di rango costituzionale nell'ordinamento austriaco. Come già detto, le previsioni del testo costituzionale sono integrate da innumerevoli leggi costituzionali chiamate a disciplinare materie di rilevanza costituzionale. La presenza di tali leggi costituzionali ed il loro elevato numero determina un panorama costituzionale estremamente frastagliato. A tal punto che – come ricordato nella propria relazione dalla Prof.ssa D'Orlando – la dottrina si interroga in merito all'esistenza di limiti alla loro adozione. Al fine di porre un argine alla frammentarietà della disciplina costituzionale nell'ordinamento austriaco, il legislatore nel 2008 ha adottato una legge di sistematizzazione della disciplina costituzionale. Tuttavia, ad oggi, sembra possibile affermare che questo tentativo di riordino è stato vano, essendo state adottate dal 2008 ad oggi oltre trenta nuove leggi costituzionali.

La presenza di leggi costituzionali chiamate ad integrare il dettato della Costituzione non ha, tuttavia, determinato solo problematiche in termini di frammentarietà, essa ha invece svolto un ruolo importante al fine di garantire una certa duttilità dell'ordinamento austriaco a fronte delle diverse esigenze emerse nel corso del tempo. Pertanto, l'adozione di una simile politica normativa sembra costituire un importante fattore ai fini della longevità della Costituzione austriaca.

Un ulteriore elemento appare importante ai fini della longevità del testo costituzionale austriaco: l'adozione di riforme della Costituzione attraverso interventi di tipo puntuale. Riprendendo le parole impiegate dalla Prof.ssa D'Orlando nel suo intervento, gli interventi puntuali di riforma non sono espressione di obsolescenza, ma di resilienza quale capacità di adattamento alle mutate condizioni. Proprio questa capacità di adattamento, questo ricorso a interventi di “manutenzione costituzionale” consente, per dirlo con le parole della Prof.ssa Haider Quercia, una “stabile flessibilità”⁷.

Nell'esaminare la disciplina costituzionale austriaca, tuttavia, il tema delle fonti non può essere declinato solo avendo riguardo ai rapporti tra Costituzione e leggi costituzionali, bisogna altresì

⁷ Si veda U. HAIDER QUERCIA, *100 anni di stabile flessibilità: il modello di codificazione della Costituzione austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 713.

considerare il piano dei rapporti tra disciplina costituzionale e fonti internazionali⁸. In relazione a tale profilo, la prima norma che viene in rilievo è l'art. 9 della Costituzione austriaca. Questa previsione, oggetto di un significativo approfondimento nel corso del convegno, riconosce ai principi generali del diritto internazionale il rango di norme costituzionali. Un simile inquadramento dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale costituisce espressione della concezione monista di cui è intrisa la Costituzione austriaca, concezione secondo cui il diritto internazionale ed il diritto interno sarebbero riconducibili ad un'unica matrice giuridica. A questa matrice monista risulta riconducibile anche la previsione dell'art. 144 della Costituzione austriaca là dove prevede che i trattati internazionali siano oggetto di verifica solo *ex post* da parte della Corte costituzionale. Tuttavia, la concezione monista, seppure profondamente radicata nell'ordinamento austriaco, ha incontrato un nuovo argine nel 2008 quando a seguito di una riforma costituzionale è stata esclusa la possibilità che le leggi austriache siano integrate ovvero modificate da un trattato internazionale, a meno che il Consiglio nazionale non intervenga con una propria legge che ne autorizzi la stipula. Nel caso in cui i trattati internazionali incidano su materie rientranti nella sfera di competenze dei *Länder*, essi, oltre all'approvazione del Consiglio nazionale, richiedono l'approvazione del Consiglio federale. Le modalità attraverso le quali il Parlamento è chiamato ad intervenire sono disciplinate dall'art. 50 della Costituzione austriaca. Ciò che rileva segnalare è come i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale siano stati in anni recenti oggetto di riforma.

5. *La forma di Stato e i caratteri del federalismo austriaco*

I caratteri del federalismo austriaco costituiscono un ulteriore profilo che è stato oggetto di approfondimento nel corso del convegno, specialmente nella relazione svolta dal Prof. Palermo dedicata al modello federale del B-VG ed alle sue concrete applicazioni⁹.

La scelta di soffermarsi in questa sede sul modello federale austriaco rinviene, analogamente a quanto osservato in relazione ai profili precedentemente considerati, una duplice chiave di lettura: per un verso il federalismo austriaco rappresenta un profilo di indubbio interesse per il comparatista, per altro verso esso costituisce una delle principali espressioni della longevità della Costituzione austriaca. Se, infatti, la Costituzione austriaca è stata oggetto di molteplici interventi di riforma, è necessario osservare come nel corso dei cento anni della sua vigenza la disciplina del federalismo non è stata oggetto di riforme. Pertanto, condividendo l'inquadramento offerto dalla relazione del Prof. Palermo, è possibile affermare che il federalismo austriaco, pur presentandosi strutturalmente come un federalismo debole, ha radici forti¹⁰.

⁸ Sui rapporti tra diritto interno e diritto internazionale nell'ordinamento austriaco v. per tutti H. TICHY, *The Austrian Constitution and Foreign Policy*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 913.

⁹ Sul punto v. F. PALERMO, *Cent'anni di solitudine? O della resilienza del federalismo austriaco*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 777.

¹⁰ Sul federalismo austriaco P. BUBJÄGER - M. JOHLER - C. SCHRAMEK, *Federalism and Recent Political Dynamics in Austria*, in *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 28/2018, 74; P. PERNTHALER, *Österreichische Föderalismusbegriffe*, in T. VEITER (a cura di)

I caratteri che valgono a qualificare il federalismo austriaco alla stregua di un federalismo debole sono i seguenti: la previsione di un riparto di competenze molto articolato e sbilanciato in favore della federazione; la previsione di un'autonomia costituzionale limitata dei *Länder*; l'attribuzione alla federazione della decisione in merito al riparto del gettito fiscale; il ruolo scarsamente significativo del *Bundesrat*.

Tuttavia, nonostante (o forse grazie a) tali elementi, il federalismo austriaco ha dimostrato di essere flessibile rispetto alle molteplici riforme costituzionali intervenute ed anzi, come sottolineato nella relazione tenuta dalla Prof.ssa D'Orlando, i *Länder* hanno dimostrato di rilevare effettivamente proprio nei momenti di transizione costituzionale.

I caratteri del federalismo austriaco richiamati evidenziano come sia una conclusione semplicistica quella di qualificare tale esperienza federale alla stregua di un federalismo debole. Al contrario, il federalismo austriaco si caratterizza per la straordinaria sintesi che esso realizza tra gli elementi di debolezza e la forza che è sottesa alla resilienza dallo stesso dimostrata.

6. La forma di governo e il ruolo del Presidente federale

La forma di governo austriaca - formalmente semipresidenziale ma nella sostanza parlamentare - si caratterizza per la presenza di un Presidente federale che, pur essendo eletto direttamente dal corpo elettorale ed essendo titolare di rilevanti poteri, tende ad adottare un approccio di *self-restraint*. Sembra dunque, emergere ad un primo esame una figura presidenziale non forte. Tuttavia, quest'ultimo rilievo necessita di essere approfondito¹¹.

Caratteristica del Presidente federale austriaco è la “depoliticizzazione” della carica. Tale aspetto, secondo quanto posto in rilievo dalla relazione della Prof.ssa Cerrina Feroni sul ruolo politico del Presidente federale nei tempi di crisi¹², è desumibile dalla continuità istituzionale che ha contraddistinto quasi tutti i mandati presidenziali portando alla rielezione - senza passare per il ballottaggio - dei Presidenti federali che non fossero cessati dalla carica per cause naturali nel corso del primo mandato. Inoltre, la disconnessione dal sistema partitico è desumibile dalla circostanza che i partiti di solito non presentano propri candidati alle elezioni presidenziali ed egualmente i candidati alla carica presidenziale non presentano un programma di governo. Ciò non vuol dire, però, che le elezioni presidenziali non abbiano una certa importanza per la vita

Fédéralisme, Régionalisme et Droit des Groupes Ethniques en Europe, Vienna, Braumuller, 1989, 315; P. Bußjäger, *Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich*, in A. GAMPER et. al (a cura di), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa*, Baden Baden, Nomos, 2016, 523.

¹¹ Sulla forma di governo austriaca e sulla figura del Presidente federale v. H. SCHÄFFER, *Il modello di governo austriaco. Fondamenti costituzionali ed esperienze politiche*, in S. GAMBINO (a cura di), *Democrazia e forma di governo: modelli stranieri e riforma costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1997, 167; F. LIBERATI, *Le tendenze attuali del modello di Governo austriaco*, in F. LANCHESTER (a cura di), *La Costituzione degli altri: dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, Giuffrè, 2012, 1. Recentemente, v. U. HAIDER QUERCIA, *La forma di Governo della grande coalizione. Il modello austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova, CEDAM, 2019.

¹² Sul punto v. G. CERRINA FERONI, *Il Presidente austriaco e il suo ruolo “politico” in tempo di crisi*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2019, 749.

politica del Paese; al contrario, esse, oltre a portare all'elezione della più alta carica dello Stato, costituiscono un test per le alleanze politiche.

Il Presidente federale, pur non avendo competenza in merito alla gestione degli affari correnti, gode di rilevanti poteri tra cui il potere di rappresentare l'Austria a livello internazionale, il potere di concludere trattati internazionali, la nomina e la revoca del Cancelliere e dei singoli Ministri, il potere di sciogliere il *Nationalrat*, il potere di adottare decreti in deroga alla legge, il diritto ad essere preventivamente informato in relazione agli atti del Governo. Oltre a tali poteri, la figura del Presidente federale diventa dirimente nei momenti di crisi politica. Si pensi, per esempio, alla crisi partitica del 2019. In tale circostanza il Presidente federale è stato chiamato a gestire la crisi, così intervenendo pienamente sull'esercizio dell'indirizzo politico. Un simile intervento sembra avallare la ricostruzione offerta dalla Prof.ssa Cerrina Feroni che guarda al Presidente federale come autorità di riserva legittimata ad attivarsi nei momenti di crisi¹³.

Tale tipologia di intervento da parte del Presidente federale appare, peraltro, rilevante non solo allo scopo di delineare i caratteri di questo organo, bensì anche al fine di riflettere sulla forma di governo. In ragione dell'accentuarsi del ruolo del Presidente federale nei momenti di crisi sembrerebbe, infatti, da condividere l'inquadramento del semipresidenzialismo austriaco alla stregua di un semipresidenzialismo "dormiente"¹⁴.

Altra caratteristica della forma di governo austriaca è la presenza di un Parlamento bicamerale che si connota come un Parlamento debole, anche in ragione della frammentazione determinata dal sistema elettorale proporzionale previsto dall'art. 26 della Costituzione. Ulteriore elemento di debolezza del sistema parlamentare austriaco si rinviene nel ruolo tradizionalmente poco incisivo del *Bundesrat*, quale Camera Alta i cui membri sono eletti su proposta dei partiti dai Parlamenti dei *Länder*¹⁵. La debolezza del *Bundesrat*, in un sistema caratterizzato da un bicameralismo asimmetrico, è comprovata tra l'altro dal potere di cui gode il Governo di intervenire e di influire sui lavori parlamentari di tale Camera.

Occorre tuttavia segnalare come siano intervenute diverse riforme nel corso del tempo al fine di rafforzare la posizione istituzionale del *Bundesrat*, si pensi alla riforma del 1984 che ha previsto il consenso del *Bundesrat* nel caso di trasferimento di competenze dei *Länder* in capo alla Federazione; al riconoscimento al *Bundesrat* nel 1988 dell'iniziativa legislativa a prescindere dall'intervento del Governo e, da ultimo, alla riforma del 2008 relativa alla ratifica dei trattati internazionali in relazione ai quali si richiede l'intervento del *Bundesrat* a maggioranza qualificata qualora il trattato incida sulle materie rientranti nella sfera di competenza dei *Länder*.

Nonostante tali tentativi di rafforzare il ruolo istituzionale del *Bundesrat* quest'ultimo resta una Camera debole. Occorre però riflettere sul monito lanciato dal Prof. Lupo il quale, nella propria relazione dedicata al raffronto tra Parlamento austriaco e Parlamento italiano, ha sottolineato

¹³ L'inquadramento del Presidente federale austriaco alla stregua di un'autorità di riserva capace di attivarsi nei momenti di crisi si deve a G. PALLAVER, *Austria: (semi)presidenzialismo di facciata e gigante incatenato*, in G. PASSARELLI (a cura di), *I Presidenti della Repubblica. Forme di governo a confronto*, Torino, Giappichelli, 2010, 20.

¹⁴ Così, G. CERRINA FERONI, *Il Presidente*, cit., 764.

¹⁵ Sul *Bundesrat* austriaco v. per tutti P. BUBJÄGER, *The Austrian Bundesrat - Imperfect and Unreformed*, in *Perspectives on Federalism*, 10/2018, 182.

come anche le Camere deboli presentino dei vantaggi, soprattutto in termini di realizzazione dell'efficienza normativa e di più agevole cooperazione tra i due rami del Parlamento.

7. Considerazioni conclusive

Svolto tale *excursus* in relazione ai caratteri che connotano la Costituzione austriaca ed ai profili organizzativi da essa previsti, sembra possibile evidenziare come il convegno inerente a “La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato” sia riuscito a svelare nel susseguirsi delle relazioni le ragioni alla base della longevità della Costituzione austriaca.

Tali ragioni possono essere individuate nella possibilità di integrare il dettato costituzionale con leggi costituzionali che consentano di far fronte volta per volta alle diverse esigenze politico-istituzionali che vengono a delinarsi senza intaccare l'impianto della Costituzione, nella presenza di un federalismo che seppure debole in ragione delle limitate competenze riconosciute ai Länder presenta radici forti, nella presenza di un Presidente federale che - nonostante la tradizionale tendenza ad agire secondo una logica improntata al *self-restraint* - nei momenti di crisi opera quale autorità di riserva garantendo l'equilibrio istituzionale ed intervenendo in relazione all'attività di indirizzo politico.

Il convegno è riuscito, dunque, a tracciare un percorso ai fini della comprensione della Costituzione e dell'impianto istituzionale dell'ordinamento austriaco. Innumerevoli sono stati gli spunti offerti per la comparazione, spetta ora al giurista comparatista percorrere la strada che è stata tracciata e delineare ulteriori traiettorie.

ABSTRACT [IT]:

Il presente contributo, muovendo dalle riflessioni scaturite in occasione del convegno su “La Costituzione austriaca nella scienza giuridica italiana e nel diritto comparato” svoltosi presso l'Istituto Storico Austriaco il 19 novembre 2021, si propone di indagare sulle caratteristiche che hanno garantito una peculiare longevità alla Costituzione austriaca. Nel perseguire tale obiettivo le riflessioni maturate in occasione del convegno saranno ricondotte a quattro macroaree quali: la giustizia costituzionale; il rapporto tra Costituzione, fonti interne e fonti internazionali; la forma di Stato, con particolare riguardo ai caratteri del federalismo austriaco; la forma di governo. Solo a seguito di una disamina complessiva di questi ambiti sarà possibile cogliere gli aspetti che hanno garantito la durevolezza della Costituzione austriaca e dell'organizzazione statale da essa tracciata.

ABSTRACT [EN]:

This contribution, starting from the considerations that arose at the conference on “The Austrian Constitution in Italian legal science and comparative law” held at the Austrian Historical Institute on 19 November 2021, aims to investigate the characteristics that have guaranteed a particular longevity to the Austrian Constitution. In order to pursue this objective, the reflections developed on the occasion of the conference will be organized around four macro-areas such as: constitutional justice; the relationship between the Constitution, internal sources and international sources; the form of state, with particular regard to the characteristics of Austrian federalism; the form of government. Only after an overall examination of these areas it will be possible to grasp the aspects that have ensured the durability of the Austrian Constitution and the state organization outlined by the Constitution itself.

PAROLE CHIAVE:

Costituzione austriaca; modello di giustizia costituzionale accentrato; federalismo debole; equilibrio istituzionale.

KEYWORDS:

Austrian constitution; centralized model of constitutional justice; weak federalism; institutional balance.



Giacinto Parisi*

**La sospensione dei processi esecutivi nel periodo di emergenza sanitaria:
un difficile (e non sempre riuscito) bilanciamento dei doveri di solidarietà
sociale con la tutela del diritto di agire *in executivis*****

SOMMARIO: 1. L'impatto dell'emergenza sanitaria sulle procedure esecutive in generale. – 2. La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di cui all'art. 103, comma 6°, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020. – 3. La sospensione delle espropriazioni sulla «prima casa» di cui all'art. 54-ter d.l. n. 18/2020. – 4. I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina sulla sospensione dei processi esecutivi. – 5. L'intervento delle sentenze della Corte costituzionale nn. 128 e 213 del 2021. – 6. I riflessi della sentenza n. 128/2021 sui processi esecutivi sospesi. – 7. Rilievi conclusivi.

1. *L'impatto dell'emergenza sanitaria sulle procedure esecutive in generale.*

È a tutti noto come l'emergenza sanitaria da Covid-19 che ha colpito l'Italia a partire dal mese di febbraio 2020 abbia inciso in maniera significativa sul funzionamento del sistema giudiziario nel suo complesso.

In ragione della pandemia sono state infatti emanate numerose disposizioni che, in un primo momento, hanno avuto semplicemente l'obiettivo di posticipare lo svolgimento di quasi tutte le attività processuali e poi, successivamente, si sono prefissate lo scopo, certamente più complesso, di consentire la ripresa dell'esercizio della funzione giurisdizionale, salvaguardando, al contempo, i diritti fondamentali – tra cui, principalmente, il diritto alla salute – dei soggetti a vario titolo coinvolti nell'ambito del processo.

Più in particolare, la principale misura adottata, sia per il processo civile che per quello penale, durante la prima fase dell'emergenza pandemica al fine di evitare la presenza di una pluralità di soggetti nel medesimo luogo fisico, è stato il rinvio generalizzato delle udienze – salvo talune specifiche eccezioni predeterminate dalla legge – dapprima dal 9 marzo al 15 aprile 2020¹ e, quindi, fino all'11 maggio 2020². In parallelo, è stato stabilito che il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto nell'ambito dei procedimenti civili e penali fosse sospeso fino all'11 maggio 2020³.

* Dottore di ricerca in Diritto processuale civile, Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Cfr. art. 83, comma 1°, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, conv., con mod., dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020.

² Cfr. art. 36, comma 1°, del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020, conv., con mod., dalla legge n. 40 del 5 giugno 2020.

³ Cfr. art. 83, comma 2°, d.l. n. 18/2020.

Nel periodo successivo, ricompreso tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020, è stato invece affidato ai capi degli uffici giudiziari il compito di adottare le misure organizzative, anche relative alla trattazione delle udienze, ritenute più idonee a presidiare i rischi di infezione e al contempo contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria⁴.

Per il periodo ancora successivo – e spesso mediante misure temporanee, la cui efficacia è stata correlata al perdurare dello stato di emergenza – sono state introdotte ulteriori disposizioni finalizzate alla piena ripresa delle attività processuali, pur con modalità compatibili con il permanere dell'emergenza epidemiologica, prevedendo, ad esempio, nel settore civile, la possibilità di svolgere l'udienza in modalità c.d. cartolare o telematica⁵.

Nel sopra descritto contesto normativo, non è stata invece introdotta una disciplina specifica per le procedure esecutive, che sono state quindi ritenute regolate dalle norme poc'anzi richiamate, pur con i dovuti adattamenti adottati mediante l'esercizio da parte dei giudici dell'esecuzione dei propri poteri direttivi e attraverso l'assunzione di iniziative talvolta successivamente compendiate in linee-guida emanate da parte dei singoli uffici giudiziari⁶. Sotto l'egida delle disposizioni dettate dall'art. 83 d.l. n. 18/2020 nella prima fase dell'emergenza pandemica, nelle procedure esecutive vi è dunque stato un sostanziale arresto delle attività non urgenti.

Anche nella seconda fase, l'esame delle circolari degli uffici giudiziari mostra che nelle procedure esecutive sono state svolte le sole attività urgenti e di norma sono state differite le vendite forzate; ciò anche in ragione della sospensione generalizzata delle attività nel periodo precedente che non aveva consentito di porre in essere, entro i termini previsti dall'art. 490 c.p.c., i necessari adempimenti pubblicitari⁷.

Nello stesso periodo, in considerazione di alcune divergenze interpretative nelle indicazioni fornite da vari uffici giudiziari, il Consiglio superiore della magistratura, con la delibera plenaria adottata in data 4 giugno 2020⁸, nel rimarcare la peculiarità del settore delle esecuzioni civili, nevralgico per la funzionalità del sistema sotto il profilo della circolazione delle risorse economiche, ha sottolineato l'opportunità di adottare le misure organizzative necessarie a far sì che fossero immesse nel circuito economico le somme liquide già realizzate e venisse, al contempo, garantita un'efficace ripresa dell'attività liquidatoria, ove consentito dalla normativa, con modalità che tutelassero in ogni caso gli interessi convergenti del debitore e dei creditori al corretto realizzo dei valori dei beni, ad esempio mediante l'adozione di modalità di vendite telematiche pure, sincrone o asincrone, anche per le procedure in ordine alle quali era stato disposto originariamente in maniera diversa.

Dopo il 30 giugno 2020 vi è stata quindi una generalizzata ripresa delle attività giudiziarie anche nelle procedure esecutive, sia pure nel rispetto delle generali prescrizioni normative sul distanziamento sociale e sulla mobilità delle persone⁹.

⁴ Cfr. art. 83, comma 6°, d.l. n. 18/2020.

⁵ Cfr. art. 221 del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020, conv., con mod., dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020.

⁶ Per una panoramica generale sulla disciplina emergenziale che ha interessato in particolare il processo esecutivo si vedano i contributi di C. D'ARRIGO - G. COSTANTINO - G. FANTICINI - S. SAIJA, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, in *Inexecutivis*, 29 marzo 2020; A. CRIVELLI, *Legislazione emergenziale e processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2020, 530 ss.; nonché, più di recente, A. SALETTI, *L'emergenza pandemica ed i processi esecutivi*, in *Riv. es. forz.*, 2021, 281 s.

⁷ Per alcuni riferimenti alle linee-guida emanate dagli uffici giudiziari presenti sul territorio nazionale si veda *infra* nel testo e in nota, là dove le stesse saranno richiamate con specifico riguardo agli istituti oggetto del presente scritto.

⁸ La circolare del Consiglio superiore della magistratura, denominata «[l']organizzazione del settore delle procedure esecutive e concorsuali nella “fase 2” dell'emergenza COVID-19», è consultabile al seguente link: urly.it/3g_bb.

⁹ Tale risultato è stato raggiunto anche in considerazione dell'utilizzo delle nuove tecnologie (si pensi, ad esempio, alla c.d. formula esecutiva telematica: su cui, *si vis*, G. PARISI, *Il rilascio della formula esecutiva con modalità telematiche tra esigenze di razionalizzazione del processo civile e nodi da sciogliere*, in *Riv. es. forz.*, 2021, 352 ss.), nonché mediante l'introduzione di modalità alternative di celebrazione delle udienze, anche in ambito esecutivo (su cui v. A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 281 s.).

In tale contesto sono tuttavia continuate a permanere alcune eccezioni, inerenti a situazioni che il legislatore ha ritenuto di tutelare in via rafforzata involgendo diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nell'ambito del processo esecutivo e su cui ci soffermerà subito nel prosieguo.

2. La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di cui all'art. 103, comma 6°, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020.

Sin dall'inizio del periodo emergenziale era stata introdotta dal legislatore una disposizione dal carattere peculiare, non collocata tra le norme relative allo svolgimento dei processi civili, ma riportata nel comma 6° dell'art. 103 d.l. n. 18/2020, la quale prevedeva che «[l]'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 1° settembre 2020»¹⁰.

Nella vigenza di tale formulazione della norma, il suo ambito di applicazione era stato ampiamente dibattuto, specie con riguardo alla possibilità di ricomprendervi anche i provvedimenti di rilascio contenuti nei decreti di trasferimento e gli ordini di liberazione emanati nelle procedure esecutive immobiliari¹¹.

Successivamente, l'art. 17-*bis* del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020, conv., con mod., dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020, rubricato «[p]roroga della sospensione dell'esecuzione degli sfratti di immobili ad uso abitativo e non abitativo», ha previsto che, «[a]l comma 6 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, le parole: "1° settembre 2020" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2020"».

In tal modo è stata estesa, fino a tutto l'anno 2020, la durata della sospensione delle esecuzioni in forma specifica per rilascio dei beni immobili. Inoltre – stante il testuale riferimento, contenuto nella rubrica della disposizione, alla proroga della sospensione dell'esecuzione degli sfratti – è stata indirettamente circoscritta la stessa portata della sospensione, nel senso di includervi esclusivamente i provvedimenti di rilascio pronunciati nell'ambito dei procedimenti di sfratto per morosità e per finita locazione, relativi alle locazioni ad uso abitativo e non¹².

Tuttavia la norma sulla sospensione di cui all'art. 103, comma 6°, d.l. n. 18/2020, è stata nuovamente modificata dall'art. 13, comma 13°, del decreto-legge n. 183 del 31 dicembre 2020, conv., con mod., dalla legge n. 21 del 26 febbraio 2021, secondo cui la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, prevista dall'art. 103, comma 6°, d.l. n. 18/2020 veniva prorogata sino al 30 giugno 2021, limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze nonché a quelli conseguenti all'adozione, ai sensi dell'art. 586, comma 2°, c.p.c., del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed occupati dal debitore e dai suoi familiari¹³.

Prima ancora che venisse in scadenza il termine finale della proroga prevista dal d.l. n. 183/2020, il legislatore, in sede di conversione del decreto-legge n. 41 del 22 marzo 2021 ad opera della legge n. 69 del 21 maggio 2021, ha poi introdotto l'art. 40-*quater*, che, rubricato «[d]isposizioni in materia di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili», ha stabilito che «[l]a sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli

¹⁰ Su cui si rinvia all'inquadramento generale svolto da A. CRIVELLI, *Legislazione emergenziale*, cit., 541 s.

¹¹ Per indicazioni in ordine alle diverse posizioni in argomento, nonché per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia a G. MASTROGIOVANNI, *La sospensione delle esecuzioni per rilascio di beni immobili*, in *Riv. es. forz.*, 2021, 783 ss.

¹² In tal senso A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 285.

¹³ Per una ricostruzione dei progressivi mutamenti dell'ambito applicativo della disposizione in esame si vedano G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAJJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione delle esecuzioni sulle prime case*, in *Riv. es. forz.*, 2021, 640.

immobili, anche ad uso non abitativo, prevista dall'articolo 103, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, limitatamente ai provvedimenti di rilascio adottati per mancato pagamento del canone alle scadenze e ai provvedimenti di rilascio conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, secondo comma, del codice di procedura civile, del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari, è prorogata: a) fino al 30 settembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 28 febbraio 2020 al 30 settembre 2020; b) fino al 31 dicembre 2021 per i provvedimenti di rilascio adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021».

Il miglioramento della situazione sanitaria ha indotto il legislatore, dunque, con tale previsione a diversificare le situazioni astrattamente configurabili, non senza aver implicitamente confermato la cessazione, al 31 dicembre 2020, della sospensione delle procedure esecutive fondate su ragioni diverse dalla morosità, quali i provvedimenti di rilascio per finita locazione¹⁴.

3. La sospensione delle espropriazioni sulla «prima casa» di cui all'art. 54-ter d.l. n. 18/2020.

Altra misura specifica relativa al processo esecutivo è stata introdotta nell'ambito della prima fase della legislazione emergenziale in sede di conversione del d.l. n. 18/2020 con l'inserimento dell'art. 54-ter, il quale, rubricato «[s]ospensione delle procedure esecutive sulla prima casa», nella sua formulazione originaria, stabiliva che «[a]l fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore»¹⁵.

L'art. 54-ter si è caratterizzato, sin dall'inizio, rispetto alle disposizioni dettate dall'art. 83 d.l. n. 18/2020 per aver contemplato una sospensione generalizzata delle attività di alcune procedure esecutive immobiliari (quelle aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore) e non solo dei termini per il compimento degli atti processuali.

La durata della misura prevista era stata originariamente fissata dalla norma appena citata in sei mesi e, quindi, l'applicazione della stessa sarebbe dovuta cessare dopo il 30 ottobre 2020. L'efficacia della disposizione – il cui contenuto è rimasto immutato – è stata tuttavia prorogata, dapprima, fino al 31 dicembre 2020¹⁶ e, poi, fino al 30 giugno 2021¹⁷.

¹⁴ Si sono venuti in tal modo a privilegiare, dunque, i debitori che non fanno fronte alle proprie obbligazioni, indipendentemente da quale ne sia la causa: per tale osservazione, tra molti, A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 285.

¹⁵ Sulla disciplina della sospensione delle procedure esecutive sull'abitazione principale del debitore esecutato di cui all'art. 54-ter d.l. n. 18/2020, conv., con mod., dalla l. n. 27/2020, e sulle successive disposizioni di proroga del termine di efficacia si vedano A.M. SOLDI, *La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus*, in *Judicium*, 19 maggio 2020; B. SASSANI - B. CAPPONI - A. PANZAROLA - M. FARINA, *Sulla sospensione delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore*, *ivi*, 20 maggio 2020; G. FANTICINI - S. SAIJA, *La sospensione dell'espropriazione forzata della prima casa*, in A. Carratta (a cura di), *Giustizia civile ed emergenza coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, 2069 ss.; A. CRIVELLI, *Legislazione emergenziale*, cit., 542 ss.; G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *L'art. 54-ter d.l. n. 18 del 2020 nel sistema dell'esecuzione forzata*, *ivi*, 794 ss.; ID., *Una postilla all'art. 4, d.l. 28-10-2020, n. 137 (decreto "ristori")*, *ivi*, 1086 ss.; A. AULETTA, *Proroga della sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa e inefficacia dei pignoramenti: qualche riflessione a prima lettura*, in *ilProcessocivile.it*, 5 novembre 2020; ID., *È costituzionalmente legittima la sospensione delle procedure esecutive riguardanti l'abitazione principale del debitore durante l'emergenza Covid-19?*, *ivi*, 1° marzo 2021; A. CERRATO, *Considerazioni sulla costituzionalità della legislazione emergenziale in tema di sospensione delle procedure esecutive immobiliari intraprese sull'abitazione principale del debitore*, in *La nuova procedura civile*, 9 marzo 2021.

¹⁶ Tale proroga è stata disposta dell'art. 4 del decreto-legge n. 137 del 28 ottobre 2020, conv., con mod., dalla legge n. 176 del 18 dicembre 2020.

¹⁷ L'ulteriore proroga è stata invece prevista dall'art. 13, comma 14°, del decreto-legge n. 183 del 31 dicembre 2020, conv., con mod., dalla legge n. 21 del 26 febbraio 2021.

Il presupposto della sospensione della procedura esecutiva di cui all'art. 54-*ter* d.l. n. 18/2020, costituito dalla circostanza per cui il bene pignorato costituisca l'abitazione principale del debitore – ossia il luogo dove dimora abitualmente, coincidente in genere con la residenza anagrafica, e non necessariamente, a dispetto della rubrica della norma, con la «prima casa»¹⁸ – è indicato espressamente dalla legge, e, quindi, il giudice dell'esecuzione per adottare il provvedimento in questione doveva limitarsi a verificarne la ricorrenza, senza avere la possibilità di esercitare alcun potere discrezionale¹⁹.

4. I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina sulla sospensione dei processi esecutivi.

Le due disposizioni normative sopra richiamate, i cui contenuti principali sono stati sin qui sinteticamente tratteggiati, hanno dato adito sin da subito a taluni sospetti di illegittimità costituzionale.

La critica principale mossa alle ipotesi di sospensione di cui si tratta atteneva alla circostanza per cui, nel determinare un arresto indiscriminato e relativo, da un lato, al rilascio di immobili anche ad uso non abitativo (art. 103, comma 6°) e, dall'altro, alle esecuzioni *tout court* aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore (art. 54-*ter*), le predette disposizioni avrebbero posto un ostacolo eccessivo all'esercizio del diritto di azione di cui all'art. 24, comma 1°, Cost., e, quindi, all'accesso alla tutela esecutiva da parte dei creditori²⁰, peraltro in un momento di difficile crisi economica, e in assenza di un apprezzabile vantaggio in favore di altri beni di rango costituzionale²¹.

A questa prima e fondamentale obiezione si aggiungevano anche ulteriori considerazioni.

In primo luogo, si sosteneva che, determinando una protrazione dei tempi di definizione del processo di esecuzione, la prolungata sospensione non sarebbe stata compatibile con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2°, Cost. e con la tutela del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., nel cui ambito rientrano anche i diritti di credito derivanti da una decisione giudiziaria²².

Inoltre, si era ipotizzato il contrasto delle disposizioni in questione con il diritto costituzionalmente tutelato dall'art. 41 Cost. all'esercizio dell'iniziativa economica privata, derivando dalla sospensione un pregiudizio rispetto all'affidamento dell'imprenditore sulla certezza e speditezza delle procedure di recupero dei crediti, quali mezzi di finanziamento dell'impresa: ed infatti, la *ratio* delle norme censurate sarebbe stata legata non tanto

¹⁸ La disciplina in esame non fornisce una definizione di «abitazione principale», la quale però può rinvenirsi nella normativa tributaria e segnatamente nell'art. 10, comma 3° *bis*, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, in tema di oneri deducibili dal reddito complessivo: disposizione, questa, che prevede che, «[p]er abitazione principale si intende quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente».

¹⁹ Ciò non ha ovviamente significato che non si siano registrati nella giurisprudenza contrasti interpretativi in ordine all'ambito di applicazione della sospensione di cui all'art. 54-*ter* d.l. n. 18/2020. A titolo esemplificativo, ci si è chiesti se il giudice dell'esecuzione fosse tenuto a verificare il momento a partire dal quale si era venuta a determinare la situazione abitativa del debitore nell'ambito dell'immobile pignorato: per una panoramica degli orientamenti sul punto, v., *si vis*, G. PARISI, *COVID-19 e sospensione delle espropriazioni sulla «prima casa»*, in *Ilprocessocivile.it*, 22 giugno 2020.

²⁰ Tali principi sono riflessi anche negli artt. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, atteso che la tutela esecutiva è componente fondamentale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, quanto all'art. 1, comma 1°, del Protocollo addizionale della CEDU, che tutela anche i diritti di credito. Nella giurisprudenza sovranazionale si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 marzo 1997, *Horsby c. Grecia*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, II, 511, secondo cui una decisione giudiziaria definitiva e vincolante posta per un tempo incerto nel limbo dell'inefficacia, in danno di una sola parte, compromette endemicamente la tutela dei diritti (cfr., in particolare, § 40).

²¹ Per tale rilievo, si veda A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 284.

²² Cfr. G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione*, cit., 644.

all'emergenza sanitaria, quanto alla tutela del bisogno abitativo dei soggetti ritenuti economicamente più deboli, con ingiustificata limitazione del diritto di azione, in quanto non motivata né dalla crisi economica né dall'esigenza di tutela della salute, bensì finalizzata a una «indiscriminata politica di favore» del diritto di determinati soggetti all'abitazione, in spregio del principio di ragionevolezza e di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2°, Cost.²³.

In terzo luogo, veniva ipotizzato un possibile contrasto della disciplina in esame con l'art. 42, comma 3°, Cost., poiché la sospensione dell'esecuzione, impedendo al creditore di diventare proprietario del bene oggetto della procedura esecutiva mediante la proposizione dell'istanza di assegnazione, avrebbe concretizzato di fatto un'espropriazione non fondata su un interesse pubblico preminente, essendo comunque priva di ogni forma di indennizzo²⁴.

Da ultimo, era stato postulato anche il contrasto della disciplina in esame con l'art. 47, comma 2°, Cost., atteso che le difficoltà nel recupero dei crediti determinate dalla sospensione in questione avrebbero finito con il riverberarsi sulle condizioni di accesso della generalità dei cittadini al credito bancario, rendendole più rigorose²⁵.

I dubbi di legittimità costituzionale sopra accennati si sono peraltro acuiti con il passare dei mesi a seguito della successiva approvazione della proroga del termine finale del periodo di sospensione – portato, da ultimo, al 30 giugno 2021 per la fattispecie di cui all'art. 54-ter e al 31 dicembre 2021 (quantomeno per i provvedimenti di rilascio adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021) in relazione all'ipotesi di cui all'art. 103, comma 6° – fino a quando diversi giudici dell'esecuzione hanno rimesso gli atti alla Corte costituzionale per valutare la compatibilità con i principi costituzionali delle disposizioni in esame²⁶.

5. *L'intervento delle sentenze della Corte costituzionale nn. 128 e 213 del 2021.*

Le pronunce della Consulta esitate dagli incidenti di costituzionalità sollevati in relazione alle norme sopra esaminate, sia pure di segno opposto, sono sostanzialmente sovrapponibili nell'impianto motivazionale e nei principi generali ivi affermati.

In entrambi i casi la Corte costituzionale ha infatti osservato che dal tenore delle censure formulate alle norme sospettate di illegittimità costituzionale si evince come l'oggetto della questione di legittimità costituzionale vada identificato non già nelle disposizioni che prevedevano la sospensione delle procedure esecutive in sé, ma nelle norme con cui era stata disposta la proroga delle predette misure.

Così circoscritto l'oggetto del giudizio, con la sentenza n. 128 del 22 giugno 2021²⁷ la Consulta ha dichiarato fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 54-ter in riferimento agli artt. 3, comma 1°, e 24, commi 1° e 2°, Cost., con assorbimento delle censure

²³ Così A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 285 s.

²⁴ In questo senso, G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione*, cit., 655.

²⁵ Tra gli altri, G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione*, cit., 641.

²⁶ Le ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 14°, d.l. n. 183/2020, conv., con mod., dalla l. n. 21/2021, di proroga del termine di sospensione delle espropriazioni immobiliari sull'abitazione principale del debitore esecutato di cui all'art. 54-ter d.l. n. 18/2020 sono state pronunciate da Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 13 gennaio 2021, in *Giur. it.*, 2021, 871, con nota di V. Amendolagine, e Trib. Rovigo, 18 gennaio 2021, in *Inexecutivis*, 28 gennaio 2021. Invece, la questione di illegittimità costituzionale della sospensione dei provvedimenti di rilascio di immobili di cui all'art. 103, comma 6°, d.l. n. 18/2020, la cui durata è stata da ultimo proroga dall'art. 40-quater, comma 1°, d.l. n. 41/2021 è stata sollevata da Trib. Trieste, 24 aprile 2021, in *www.ilcaso.it*, 27 maggio 2021, e da Trib. Savona, 3 giugno 2021, in *Inexecutivis*, 23 settembre 2021.

²⁷ La pronuncia in questione è stata già pubblicata in *Riv. es. forz.*, 2021, 626, con nota di G. Fanticini - S. Leuzzi - R. Rossi - S. Saija; in *Ilprocessocivile.it*, 28 giugno 2021, con nota di R. Metafora; in *Inexecutivis*, 1° luglio 2021, con nota di P. Voltaggio; e in *Giustiziacivile.com*, 2021, 8, 3, con nota di chi scrive.

svolte rispetto agli ulteriori parametri costituzionali, osservando che, se è vero che il legislatore ordinario – in presenza di altri diritti meritevoli di tutela, come quello fondamentale all’abitazione²⁸ – può procrastinare la soddisfazione del diritto del creditore alla tutela giurisdizionale anche in sede esecutiva, è del pari indubitabile che la compressione di tale diritto fondamentale, cagionata dalla sospensione delle procedure esecutive, può essere contemplata dal legislatore soltanto a fronte di circostanze eccezionali e per un periodo di tempo limitato²⁹.

Secondo il Giudice delle leggi l’esigenza di bilanciamento sopra segnalata non sarebbe stata tuttavia tenuta in debita considerazione nel caso di specie, avendo il legislatore per ben due volte prorogato fino al complessivo periodo di quattordici mesi la sospensione inizialmente introdotta, senza tuttavia preoccuparsi di specificare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura adottata, anche eventualmente demandando al vaglio dello stesso giudice dell’esecuzione il contemperamento in concreto degli interessi in gioco.

La Consulta ha aggiunto poi che la sproporzione conseguente al mancato bilanciamento è resa ancor più evidente dalla considerazione per cui il diritto del debitore a conservare la disponibilità dell’abitazione³⁰ è stato ulteriormente tutelato dalla proroga della sospensione dei provvedimenti di rilascio di immobili di cui all’art. 103, comma 6°, del medesimo d.l. 18/2020, essendo tale norma applicabile – in forza dell’ultima proroga della sua efficacia di cui all’art. 40-*quater*, comma 1°, d.l. 41/2021, conv., con mod., dalla l. 69/2021 – anche al decreto di trasferimento del bene espropriato.

In altre parole, il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l’abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato, al punto da inficiare la tenuta costituzionale della seconda proroga (dal 31 dicembre 2020 al 30 giugno 2021), prevista dell’art. 13, comma 14°, d.l. n. 183/2020 e dichiarata, quindi, incostituzionale dalla sent. n. 128/2021.

Invece, con la sentenza n. 213 dell’11 novembre 2021, pur muovendo dai medesimi principi sopra enucleati, la Consulta ha ritenuto che la disposizione di cui all’art. 103, comma 6°, d.l. n. 18/2020, non potesse essere ritenuta costituzionalmente illegittima.

²⁸ Secondo la giurisprudenza costituzionale il diritto all’abitazione costituisce infatti un «diritto sociale» (Corte cost., 24 maggio 2018, n. 106, in *Foro it.*, 2018, I, 2252; Corte cost., 20 dicembre 1989, n. 559, *ivi*, 1990, I, 1465) e «rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione» (Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44, in questa *Rivista*, 2020, 1). Esso, benché non espressamente menzionato, deve ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili (Corte cost., 27 giugno 2013, n. 161, in *Foro it.*, 2013, I, 2361; Corte cost., 25 febbraio 2011, n. 61, in *Giur. cost.*, 2011, 783; Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515) e il suo oggetto – l’abitazione – deve considerarsi «bene di primaria importanza» (Corte cost., 24 aprile 2020, n. 79, in *Giur. cost.*, 2020, 901; Corte cost., 20 luglio 2018, n. 166, in *Foro it.*, 2018, I, 3833).

²⁹ La fase di esecuzione coattiva dei provvedimenti giudiziari, proprio in quanto componente intrinseca ed essenziale della funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria (Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Foro it.*, 1995, I, 2641), stante che «il principio di effettività della tutela giurisdizionale [...] rappresenta un connotato rilevante di ogni modello processuale» (Corte cost., sent. n. 225/2018, cit.). È certo riservata alla discrezionalità del legislatore la conformazione degli istituti processuali, con il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della disciplina (*ex plurimis*, Corte cost., 3 marzo 2016, n. 44, in *Foro it.*, 2016, I, 1529; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 10, in *Giur. cost.*, 2013, 239, con nota di R. Caponi; Corte cost., 20 giugno 2008, n. 221, in *Foro it.*, 2009, I, 1336); ma tale limite è valicato «ogniquale volta emerga un’ingiustificabile compressione del diritto di agire» (Corte cost., sent. n. 225/2018, cit.; in termini, tra le tante, Corte cost., 5 maggio 2021, n. 87, in *Giurcost.org*, 2021; Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 271, in *Giur. cost.*, 2019, 3258, con nota di F.G. Scoca; Corte cost., sent. n. 44/2016, cit.; Corte cost., ord. n. 335/2004, cit.). La sospensione delle procedure esecutive deve costituire, pertanto, un evento eccezionale, mentre «un intervento legislativo che di fatto svuoti di contenuto i titoli esecutivi giudiziari conseguiti nei confronti di un soggetto debitore può ritenersi giustificato da particolari esigenze transitorie qualora [...] siffatto svuotamento sia limitato ad un ristretto periodo temporale» (Corte cost., 12 luglio 2013, n. 186, in *Giust. civ.*, 2013, I, 2284).

³⁰ Anche nell’ipotesi in cui sia in discussione il diritto all’abitazione del debitore esecutato, la sospensione delle procedure esecutive può essere disposta dal legislatore solo a fronte di circostanze eccezionali e per un periodo di tempo limitato, e non già con una serie di proroghe, che superino un ragionevole limite di tollerabilità (*ex multis*, Corte cost., 28 maggio 2004, n. 155, in *Foro it.*, 2004, I, 1969; Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 310, *ivi*, 2003, I, 2873).

Ciò in quanto in tale fattispecie, al contrario di quanto ritenuto con riferimento all'art. 54-ter cit., il bilanciamento tra i doveri di solidarietà sociale e la tutela del diritto di agire *in executivis* è stato operato con ragionevolezza, avendo peraltro il legislatore previsto che, a fronte del progressivo miglioramento della situazione sanitaria, la sospensione dei provvedimenti di rilascio fosse circoscritta ad alcune ipotesi specifiche e per un lasso di tempo particolarmente limitato, non ulteriormente prorogabile³¹ e, comunque, che è stato fissato rispetto al momento dell'emanazione del provvedimento su cui si fonda la richiesta di rilascio.

In ogni caso, in entrambe le decisioni la Corte ha precisato che «resta ferma in capo al legislatore, ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richieda, la possibilità di adottare le misure più idonee per realizzare un diverso bilanciamento, ragionevole e proporzionato».

6. I riflessi della sentenza n. 128/2021 sui processi esecutivi sospesi.

L'epilogo dei giudizi di costituzionalità che hanno investito l'art. 54-ter d.l. n. 18/2020 ha tra l'altro sollevato alcuni dubbi in ordine alle conseguenze derivanti dalla declaratoria di illegittimità della (seconda) proroga della sospensione delle esecuzioni sulla «prima casa» del debitore: su questi appare quindi opportuno soffermarsi prima di svolgere alcuni brevi rilievi conclusivi sulle due recenti pronunce della Consulta.

Da più parti ci si è chiesto, infatti, se, terminato il blocco delle esecuzioni, possa prospettarsi o meno per le procedure sospese l'applicazione, con i dovuti adattamenti, della previsione di portata generale dell'art. 627 c.p.c. e della necessità di un atto di impulso della parte nel termine perentorio fissato dal giudice ovvero, in mancanza, nel termine di sei mesi decorrente dallo spirare della stasi predeterminata dalla legge, pena l'estinzione del processo esecutivo³².

La questione è complicata dalla circostanza per cui le circolari emanate dai diversi uffici giudiziari al fine di dettare le modalità applicative della sospensione in esame hanno assunto talora posizioni divergenti.

Più in particolare – e a mero titolo meramente esemplificativo – si consideri che: (i) i Tribunali di Bari, Foggia, Cagliari, Macerata e Catanzaro non hanno posto alcun onere espresso a carico delle parti ai fini della riattivazione della procedura esecutiva sospesa; (ii) nulla dicono sul punto, invece, in ordine alla riassunzione le circolari emesse dai Tribunali di Bologna, Napoli e Milano³³; (iii) il Tribunale di Roma prevede invece l'onere per il creditore titolato più diligente di depositare ricorso in riassunzione³⁴.

Ciò posto, ad avviso di chi scrive non dovrebbero esservi dubbi in ordine alla necessità che le attività esecutive sospese in forza dell'art. 54-ter cit. possano riprendere il loro corso soltanto a fronte di un atto di impulso del creditore titolato interessato a riattivare la procedura³⁵.

³¹ Ha chiarito, infatti, la Corte costituzionale che la misura disposta dall'art. 103, comma 6°, d.l. n. 18/2020 «è prevista fino al 31 dicembre 2021 e deve ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.) (enfasi aggiunta)».

³² A riprova della rilevanza che ha assunto la questione già all'indomani della pubblicazione della sent. n. 128/2021, si veda ad esempio il quesito posto dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma alla redazione della rivista telematica *Inexecutivis* e la relativa risposta ivi riportata del 23 giugno 2021.

³³ Anche se il presidente della sezione esecuzioni immobiliari presso il Tribunale di Milano ha recentemente trasmesso una nota al Consiglio dell'ordine degli avvocati del medesimo foro, secondo cui «non occorre che i creditori depositino ricorso in riassunzione per chiedere la prosecuzione della procedura». La nota è consultabile al seguente link: urby.it/3f04f.

³⁴ Una rassegna delle varie circolari si trova in P. VOLTAGGIO, *Declaratoria di incostituzionalità della proroga della sospensione ex art 54-ter. Circolari e riassunzione dei processi sospesi*, in *Inexecutivis*, 1° luglio 2021.

³⁵ In questo senso, tra gli altri, G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione*, cit., 646.

Trattandosi, infatti, di un'ipotesi di sospensione legale, al pari di quella disciplinata dall'art. 601 c.p.c. per il caso dell'apertura di un giudizio di divisione nella pendenza di un'espropriazione di beni indivisi, appare infatti evidente che non possa essere il giudice dell'esecuzione a riattivare d'ufficio il processo già arrestatosi, ma sia necessario il deposito di un ricorso in riassunzione, in ossequio alle regole generali del processo esecutivo.

Stante quanto precede, si pone tuttavia il tema di quale debba essere il *dies a quo* per il computo dei sei mesi di cui all'art. 627 c.p.c., norma applicabile in via analogica nel caso di specie, atteso che la stessa disciplina specificamente le ipotesi di riassunzione del processo esecutivo sospeso³⁶.

A tale riguardo non sembra che si possa razionalmente sostenere che il predetto termine possa decorrere dal 31 dicembre 2020, termine ultimo di durata della sospensione di cui all'art. 54-ter cit. a seguito della pronuncia della Consulta n. 128/2021.

Tale conclusione poggia innanzitutto sulla considerazione per cui le sentenze della Corte costituzionale producono i loro effetti dal giorno successivo alla loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale³⁷, che nel caso di specie è il 23 giugno 2021: è dunque da quest'ultima data che non può trovare più applicazione la medesima sospensione e che può essere dunque riassunto il processo.

In secondo luogo, a voler sostenere che il termine finale per la riassunzione fosse scaduto il 30 giugno 2021, alla parte creditrice sarebbe residuata appena una settimana per il compimento dell'atto di impulso, costituendo, tuttavia, un termine così breve ed incerto senz'altro un ostacolo all'esercizio del diritto di difesa e ledendo l'affidamento della parte processuale sulla vigenza di una disposizione di legge, venuta meno soltanto con la decisione pubblicata il 22 giugno 2021.

Inoltre, la decisione della Consulta sarebbe potuta essere depositata anche dopo il termine del 30 giugno 2021 e, in tal caso, ove si ritenesse che il *dies a quo* per la riattivazione dell'esecuzione riprenda a decorrere dal 31 dicembre 2020, il creditore precedente non sarebbe stato mai nelle condizioni di depositare un atto di riassunzione tempestivo³⁸.

In considerazione di quanto precede si deve dunque ancora una volta confermare che il *dies a quo* del termine semestrale per la riassunzione del singolo processo esecutivo rimasto sospeso in forza della previsione caducata dalla sent. n. 128/2021 decorre senz'altro dal 23 giugno 2021³⁹.

7. Rilevi conclusivi.

Le sentenze nn. 128 e 213 del 2021 della Corte costituzionale costituiscono un importante tassello nel mosaico della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela del diritto di agire in via esecutiva, declinazione del diritto di azione di cui all'art. 24, comma 1°, Cost.

La rilevanza delle pronunce sopra richiamate è infatti certamente legata, in primo luogo, al perdurare dell'emergenza sanitaria, sia pure con significative differenze rispetto a quanto avvenuto nella primissima fase della pandemia, e quindi all'utilità dei principi espressi come

³⁶ V. tuttavia Cass., sez. III, 12 maggio 2021, n. 12685, secondo cui alla sospensione di cui all'art. 601 c.p.c., costituendo una ipotesi speciale di sospensione per pregiudizialità necessaria, prevista in via generale dall'art. 295 c.p.c., si applicherebbe per la riassunzione il termine trimestrale dell'art. 297 c.p.c.

³⁷ Cfr. art. 30, comma 3°, della legge n. 87 dell'11 marzo 1953.

³⁸ Salvo voler immaginare la possibilità di una generalizzata – e sostanzialmente automatica – rimessione in termini dei creditori interessati alla prosecuzione della procedura esecutiva originariamente sospesa in forza della proroga dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 128/2021.

³⁹ Conf. G. FANTICINI - S. LEUZZI - R. ROSSI - S. SAIJA, *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione*, cit., 649.

ausilio per il legislatore affinché questi, là dove decidesse di intervenire nuovamente sul processo esecutivo, possa avere un parametro di riferimento su cui basare le proprie valutazioni in modo da contemperare in maniera più attenta le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona (*in primis*, il diritto alla salute) con il diritto di agire in via esecutiva dei soggetti il cui diritto di credito sia rimasto insoddisfatto⁴⁰.

D'altra parte, si consideri che la Corte ha già fatto ulteriormente applicazione dei principi sopra richiamati, dichiarando l'illegittimità costituzionale di un'altra disposizione emergenziale relativa alla disciplina del processo esecutivo.

In particolare, con la sentenza n. 236 del 7 dicembre 2021 la Consulta ha esaminato nello specifico la disciplina della sospensione delle procedure esecutive promosse nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale, disposta dall'art. 117, comma 4°, d.l. n. 34/2020 e prorogata fino al 31 dicembre 2021 dall'art. 3, comma 8°, d.l. n. 183/2020⁴¹.

Anche in questo caso la Corte costituzionale ha bocciato il blocco indiscriminato dell'esecuzione per come prorogato per un periodo di tempo ritenuto irragionevole sia in ragione dei miglioramenti della situazione sanitaria riscontratisi con il passare del tempo sia, comunque, in ragione dell'eccessivo sacrificio imposto ai creditori degli enti del Servizio sanitario nazionale, «tra i quali» – si legge nella sentenza in questione – «pure possono trovarsi anche soggetti cui è stato riconosciuto un risarcimento in quanto gravemente danneggiati nella salute o operatori economici a rischio di espulsione dal mercato»⁴².

Fermo quanto precede, si deve rilevare che risulta evidente come i principi ribaditi anche in questa occasione dalla Corte hanno una portata che supera l'emergenza sanitaria in corso e costituiscono un riferimento imprescindibile per il legislatore ordinario nella materia in esame, e ciò anche al di là della situazione specifica e dalle ragioni per cui il legislatore ritiene di volta in volta di intervenire sul processo esecutivo, arrestandone o rallentandone il naturale svolgimento.

Si deve infatti ormai ritenere un dato acquisito quello per cui se è certamente possibile, in circostanze specifiche e ben determinate, impedire ai creditori di accedere alla tutela esecutiva, questa costituisce a sua volta un diritto fondamentale dei singoli, che deve essere dunque salvaguardato e garantito dal legislatore, non potendo essere sacrificato oltre una certa misura nonché per un periodo di tempo eccessivamente prolungato⁴³.

⁴⁰ Ciò in quanto, anche in periodo di emergenza sanitaria, si deve confermare che la tutela in sede esecutiva è componente essenziale del diritto di accesso al giudice e rappresenta uno strumento indispensabile per l'effettività della tutela giurisdizionale perché consente al creditore di soddisfare la propria pretesa in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore (*ex plurimis*, Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 225, in *Foro amm.*, 2019, 1986; Corte cost., 10 giugno 2010, n. 198, in *Foro it.*, 2010, I, 2302; Corte cost., 10 novembre 2004, n. 335, *ivi*, 2006, I, 1320, Corte cost., 6 dicembre 2002, n. 522, *ivi*, 2003, I, 1650; Corte cost., 27 settembre 2001, n. 331, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 1043; Corte cost., 24 luglio 1998, n. 321, in *Foro it.*, 1998, I, 3048).

⁴¹ Su tale fattispecie di sospensione dell'esecuzione si veda, anche per un'anticipazione del prevedibile esito caducatorio cui è pervenuta la sent. n. 236/2021, A. SALETTI, *L'emergenza pandemica*, cit., 287 s.

⁴² La Corte ha peraltro ritenuto che non fosse sufficiente a compensare il *vulnus* inferto al diritto di agire *in executivis* dei creditori l'istituto dell'anticipazione di liquidità prevista dall'art. 117, comma 5°, d.l. n. 34/2020, considerato che l'accesso alla predetta misura era rimesso ad un'opzione volontaria della singola Regione e che il termine per la richiesta di provvista da rivolgere a Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. era venuto a scadere il 7 luglio 2020, senza essere più riaperto, cosicché, seppure un meccanismo compensativo sussisteva, esso è venuto meno in regime di proroga del blocco delle procedure esecutive di cui si tratta.

⁴³ Non può infine mancare di rilevare che anche la Corte di cassazione, già da tempo (Cass., sez. III, 26 luglio 2005, n. 15615, in *Foro it.*, 2006, I, 3190 ss.), ha riconosciuto che il principio di effettività della tutela giurisdizionale attiene anche al processo esecutivo. Tale approdo può dirsi ormai "diritto vivente", tanto che, da ultimo, Cass., sez. un., 14 dicembre 2020, n. 28387, in *Giur. it.*, 2021, 1365, con nota di P. Farina, ha significativamente affermato (in motivazione) che «primario interesse dell'ordinamento, consustanziale alla sua stessa esistenza, è l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto e quindi del creditore, tale riconosciuto in un titolo esecutivo, al cui soddisfacimento tutto l'ordinamento è chiamato a destinare le proprie risorse; se non sono espressamente presi in considerazione dalla norma, non rilevano altri specifici

contrastanti interessi, quali quello del debitore a contenere i disagi [...] o di altri soggetti coinvolti dal processo a mantenere i propri privilegi».



Lorenzo Madau*

Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dagli atti di promovimento dei giudici *a quibus* all'ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale. – 3. L'argomentazione della Corte nella sentenza n. 150 del 2021: l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948. – 3.1. *Segue*. L'esame delle questioni attinenti all'art. 595, comma 3, c.p. – 4. Alcune considerazioni di sintesi sulla sent. n. 150 del 2021. – 5. Il disallineamento tra il rinvio operato con l'ord. n. 132 del 2020 e le conclusioni della sent. n. 150 del 2021.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 150 del 2021¹, la Corte costituzionale risolve le delicate questioni, sollevate dal Tribunale ordinario di Salerno e dal Tribunale ordinario di Bari, relative alla legittimità costituzionale delle previsioni di pene detentive per il delitto di diffamazione commesso a mezzo della stampa, recate dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (*“Disposizioni sulla stampa”*) e dall'art. 595, comma 3, del codice penale, dichiarando l'illegittimità costituzionale della prima disposizione e fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della seconda.

La pronuncia presenta molteplici profili di interesse, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

Sotto il primo punto di vista, si pensi alla delicatezza dei beni costituzionali che si trovavano contrapposti l'uno all'altro nel bilanciamento operato dal legislatore e su cui ha dovuto pronunciarsi la Corte², costituiti, da un lato, dalla libertà di manifestazione del pensiero, nella

* Dottore di ricerca in *“Giustizia costituzionale e diritti fondamentali”*, Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Per i primi commenti a tale pronuncia, v.: E. CALVO, *Diffamazione e proporzione del trattamento sanzionatorio: il dialogo tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2/2021; F. LAZZERI, *La sentenza della Corte costituzionale sulla comminatoria della pena detentiva per i fatti di diffamazione a mezzo stampa*, in *Sist. Pen.*, 2021; C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021 della Corte Costituzionale in tema di diffamazione: i “pericoli per la democrazia” e il rischio che l’informazione, da “cane da guardia”, si trasformi in “cucciolo da salotto”*, in *Giur. pen. web*, 7-8, 2021, 2 ss.; C. MAGNANI, *La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021*, in *Oss. AIC*, 5/2021.

² Sul vastissimo tema del bilanciamento tra interessi costituzionali contrapposti, v. per tutti: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002; A. RAUTI, *Bilanciamento e gerarchia dei valori tra tecniche giuridiche e fondamento costituzionale*, in G. Verde (a cura di), *Alla ricerca del “diritto ragionevole” tra ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, 197 ss.; A. SPADARO, *Bilanciamento*, in *Enc. filos.*, III, Milano, 2006; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 33 ss., *ID.*, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli,

sua specifica declinazione della libertà di stampa, dall'altro, dal diritto alla reputazione personale.

Per quanto riguarda i dati di interesse processualistico, basti dire che la vicenda in esame verrà ricordata come il secondo caso, nella storia della nostra giurisprudenza costituzionale, in cui la Corte ha fatto uso della nuova tecnica decisoria in due tempi, “inaugurata” nel caso riguardante la disciplina penale in tema di aiuto al suicidio³, e caratterizzata da una prima ordinanza di rinvio della trattazione a data fissa - con contestuale invito al legislatore a intervenire entro la data della nuova udienza per dettare una nuova disciplina in grado di sanare l'incostituzionalità rilevata dalla Corte - e da una seconda pronuncia che finalmente definisce la questione, eventualmente prendendo atto dell'inerzia del decisore politico nel lasso di tempo concesso⁴.

Prima di esaminare nel dettaglio la pronuncia in commento, tuttavia, occorre necessariamente ripercorrere brevemente le tappe che l'hanno preceduta, tenendo in particolare considerazione il contenuto dell'ordinanza di rinvio n. 132 del 2020 e il peculiare rapporto di concatenazione logico-argomentativa che la lega alla pronuncia in commento.

Una volta compiuta tale ricostruzione e messi in luce i tratti principali della sentenza n. 150, si proporranno alcune riflessioni conclusive di carattere più generale. Esse si soffermeranno, principalmente, sul “disallineamento” che sembra emergere tra ordinanza n. 132 del 2020 e sentenza n. 150, tentando di mettere in luce come la soluzione accolta da quest'ultima pronuncia potesse essere adottata immediatamente dalla Corte, non sembrando particolarmente convincenti le ragioni addotte dalla stessa al fine di ricorrere al rinvio della trattazione.

2. Dagli atti di promovimento dei giudici a quibus all'ordinanza n. 132 del 2020 della Corte costituzionale.

Come anticipato, sono due le ordinanze di rimessione su cui la Corte, previa riunione delle stesse, si è pronunciata con la sentenza in commento.

In ordine temporale, il primo atto di promovimento a venire in rilievo è quello operato dal Tribunale ordinario di Salerno, II sez. pen., che, con ordinanza del 9 aprile 2019⁵, aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 595, terzo comma, del codice penale e dell'art. 13 della l. n. 47/1948, in riferimento agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117, primo comma, della

Editoriale scientifica, 2009, 90 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014.

³ Si tratta del c.d. caso Cappato, che ha visto la Corte adottare inizialmente l'ordinanza n. 207 del 2018 e, a seguito della mancata attivazione del legislatore entro il termine da essa fissato per la nuova udienza, la sentenza n. 242 del 2019. La mole dei commenti a tali decisioni (in particolare alla prima), tale da generare «un senso di disorientamento e smarrimento» nell'osservatore (così P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2019, 370), rende impossibile darne qui conto in modo esauriente. A tal fine, pertanto, si rinvia alle raccolte di commenti predisposte dal sito istituzionale della Corte costituzionale, www.cortecostituzionale.it, e dalla rivista *Consulta online*, nelle pagine rispettivamente dedicate alle due decisioni.

⁴ Di recente, la Corte ha fatto ricorso, per la terza volta, alla decisione di rinvio della trattazione a data fissa con l'ordinanza n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo e accesso alla liberazione condizionale. Su tale pronuncia, v. i primi commenti di: M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021; A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta online*, 2/2021, 388 ss.; F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 22/2021; A. DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del “Feindstrafrecht”*, *ivi*, 28/2021.

⁵ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale, n. 38 del 18 settembre 2019.

Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

A distanza di pochissimi giorni, anche il Tribunale ordinario di Bari, I sez. pen., con ordinanza del 16 aprile 2019⁶, sollevava questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto, stavolta, il solo art. 13 della l. n. 47/1948, «nella parte in cui sanziona il delitto di diffamazione aggravata, commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, con la pena cumulativa della reclusione da uno a sei anni e della multa non inferiore a 256 euro, invece che in via alternativa». In questo caso, il parametro invocato era costituito dal solo art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU.

In entrambi i giudizi *a quibus*, i rimettenti si trovavano a dover giudicare della responsabilità penale di un giornalista⁷ per aver attribuito alle persone offese, all'interno di un articolo giornalistico, un fatto determinato che era stato smentito dalle risultanze investigative o processuali e che, di conseguenza, risultava lesivo della loro reputazione individuale.

All'udienza pubblica del 9 giugno 2020⁸, la Corte ha riunito i due giudizi e, all'esito della discussione delle questioni in essi sollevate, ha deciso, per la seconda volta nella sua storia, di ricorrere all'ordinanza di rinvio della trattazione a data fissa – il cui primo esempio risale alla già ricordata ord. n. 207/2018 – adottando l'ordinanza n. 132 del 2020⁹.

⁶ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale, n. 40 del 2 ottobre 2019.

⁷ Più esattamente, nel processo instaurato presso il Tribunale di Salerno era imputato del delitto di diffamazione a mezzo stampa un giornalista, P. N., nonché un direttore del giornale per omesso controllo, mentre il Tribunale di Bari si trovava a dover decidere della responsabilità penale di un direttore di un quotidiano, per la pubblicazione sul giornale da questo diretto di un articolo privo di firma, ritenuto diffamatorio.

⁸ Nel giudizio instaurato dinnanzi alla Corte costituzionale a seguito dell'ordinanza del Tribunale di Salerno, dopo l'intervento del Presidente del Consiglio e della parte del giudizio *a quo*, ha chiesto di intervenire anche il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei giornalisti (CNOG). Tale richiesta ha portato alla prima delle tre pronunce emesse dalla Corte costituzionale in questo giudizio, ovvero Pord. n. 37/2020. Si tratta di un provvedimento rilevante, perché costituisce il primo caso in cui la Corte ha dichiarato ammissibile l'intervento di terzi in applicazione dei nuovi artt. 4, comma 7, e 4-*bis* delle norme integrative, introdotti dalla riforma di cui alla delibera presidenziale dell'8 gennaio 2020 (e rinumerati, rispettivamente, come art. 4, comma 3, e art. 5, a seguito della recentissima riforma operata dalla Corte, con deliberazione del 22 luglio 2021, al fine di introdurre il "processo costituzionale telematico"). La Corte, sottolineando come la nuova disposizione di cui all'art. 4, comma 7, n.i. abbia semplicemente recepito il suo costante orientamento giurisprudenziale in tema di intervento di terzi, ha dichiarato l'intervento ammissibile richiamandosi proprio ad esso. I giudici di Palazzo della Consulta, così, hanno rinvenuto il necessario «nesso con lo specifico rapporto giuridico dedotto in giudizio» nella «competenza disciplinare attribuita al CNOG dalla l. 3 febbraio 1963 n. 69», in quanto «dall'eventuale condanna penale e dalla sua gravità, a carico del giornalista e del direttore responsabile imputati nel procedimento *a quo*, deriverebbero specifiche conseguenze in ordine all'avvio dell'azione disciplinare» nei loro confronti.

⁹ Si tratta di una pronuncia che, ovviamente, ha destato particolare interesse in dottrina, la quale vi ha riservato numerosi commenti. Limitandosi alla dottrina costituzionalistica, si segnalano, senza pretesa di completezza: M. BETZU – A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata ma rinviiata*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1471 ss.; N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, *ivi*, 1480 ss.; D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2020; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, *ivi*; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, *ivi*; N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidando "modello Cappato" tra "preoccupazioni" della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, 1559 ss.; M. GIANNELLI, *Oltre l'incostituzionalità prospettata nella vicenda relativa alle pene per la diffamazione a mezzo stampa*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 836 ss.; C. MAGNANI, *Diffamazione e pena detentiva: la libertà di informazione tra ordinamento interno e CEDU nella ordinanza 132 del 2020 della Consulta*, in *Forum Quad. cost.*, 2/2021; G. NAGLIERI, *Un nuovo modello decisionario per un nuovo equilibrio tra poteri? "Unvereinbarerklärung" e "Anwendungssperre" nel diritto processuale costituzionale italiano (Brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in *Consulta online*, 1/2021; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 27/2020; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, 3/2020; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 3/2020; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, 9/2020, 2565 ss.; S. SARTARELLI, *Osservazioni sulla diffamazione a mezzo stampa "congelata" e le istanze di proporzionalità multilivello*, in *Federalismi.it*, 35/2020; P. VERONESI, *Un'altra*

La premessa da cui muove tale ordinanza è che il bilanciamento tra la libertà di informazione e la tutela della reputazione individuale, operato dal legislatore attraverso la risalente disciplina penalistica in tema di diffamazione a mezzo stampa, sia «divenuto ormai inadeguato»¹⁰.

Siffatta inadeguatezza, secondo la Corte, risulta evidente soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla libertà di espressione, tutelata all'art. 10 CEDU¹¹, su cui non a caso si imperniavano le censure dei giudici remittenti. Secondo l'orientamento consolidato della Corte EDU, infatti, la previsione di pene detentive nei confronti dei giornalisti per offesa alla reputazione individuale altrui costituisce, al di fuori di casi eccezionali, una sanzione sproporzionata, che rischia di produrre l'effetto di dissuadere i giornalisti dall'esercizio del loro essenziale ruolo di informare imparzialmente la pubblica opinione e di controllare l'operato dei pubblici poteri¹².

La Corte, quindi, ha ravvisato l'esigenza «necessaria e urgente» di una «rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica [...] con le altrettanto pressanti ragioni di tutela effettiva della reputazione individuale delle vittime di eventuali abusi di quella libertà da parte dei giornalisti»¹³.

Tuttavia, di fronte a tale esigenza, la Corte ha scelto di non intervenire direttamente, ritenendo che, considerata la complessità e delicatezza del bilanciamento tra i vari diritti e interessi in gioco, la sua realizzazione spettasse in primo luogo al legislatore, il quale solo è dotato degli strumenti d'intervento più idonei a siffatto scopo¹⁴. Non è questo, invece, il ruolo della Corte, la quale riconosce «la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua

incostituzionalità "prospettata" ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell'ord. n. 132 del 2020, in *Studium iuris*, 11/2020, 1355 ss.

¹⁰ Corte cost., ord. n. 132/2020, punto 7.3 Cons. in dir.

¹¹ Secondo cui: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario».

¹² Per tale orientamento, cfr., *ex multis*, Corte EDU, sentt. 17 dicembre 2004, Cumpănă e Mazăre c. Romania; 6 dicembre 2007, Katrami c. Grecia; 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia; 7 marzo 2019, Sallusti c. Italia. Secondo la Corte di Strasburgo, inoltre, i casi eccezionali, in presenza dei quali la sanzione detentiva cessa di risultare sproporzionata, sono rappresentati esemplificativamente dai discorsi d'odio (c.d. *hate speech*) o di istigazione alla violenza, in considerazione della gravità dell'offesa ai diritti fondamentali delle vittime in tali ipotesi. La medesima posizione della Corte EDU circa la necessità di evitare, salvo casi eccezionali di particolare gravità, le pene detentive per la diffamazione a mezzo stampa, è stata espressa anche dagli organi politici del Consiglio d'Europa: cfr. la "Dichiarazione sulla libertà dei dibattiti politici nei media", adottata dal Comitato dei ministri il 12 febbraio 2004; le risoluzioni nn. 1577 del 4 ottobre 2007 e 1920 del 24 gennaio 2013 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; il parere n. 715 del 6-7 dicembre 2013 della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia).

¹³ Corte cost., ord. n. 132/2020, punto 7.3 Cons. in dir.

¹⁴ Nel richiedere tale intervento, la Corte ha accennato anche agli eventuali contenuti di questo, suggerendo, ma non certo imponendo, a grandi linee i possibili tratti essenziali di un «equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco» in grado di superare il *vulnus* costituzionale da essa rilevato: questo dovrebbe contemplare «non solo il ricorso – nei limiti della proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito – a sanzioni penali non detentive nonché a rimedi civilistici e in generale riparatori adeguati (come, *in primis*, l'obbligo di rettifica), ma anche a efficaci misure di carattere disciplinare [...]. In questo quadro, il legislatore potrà eventualmente sanzionare con la pena detentiva le condotte che, tenuto conto del contesto nazionale, assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio».

disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorio¹⁵ e ricorda come il suo «compito naturale», da cui essa non intende comunque sottrarsi, sia quello di «verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione»¹⁶.

Pertanto, anche in considerazione dei vari progetti di legge, in materia di revisione della disciplina oggetto del proprio scrutinio, che risultavano allo stato in corso di esame avanti alle Camere, la Corte ha ritenuto «opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottoposte a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati»¹⁷. Più precisamente, il dispositivo dell'ord. n. 132/2020 ha rinviato la trattazione delle questioni di costituzionalità all'udienza pubblica del 22 giugno 2021, lasciando così al legislatore un lasso di tempo di poco superiore a un anno per intervenire. La presenza di diversi progetti di legge *in itinere*, unitamente alla natura politicamente meno divisiva della materia, ha probabilmente fatto sperare la Corte che, in questo caso, il rinvio con monito al legislatore potesse avere un esito diverso e più felice rispetto a quello sortito in tema di aiuto al suicidio con l'ord. n. 207/2018.

3. L'argomentazione della Corte nella sentenza n. 150 del 2021: l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 della legge n. 47 del 1948.

Nonostante gli auspici della Corte, a distanza di un anno i vari progetti di legge all'esame delle Camere non hanno portato a nessun risultato. Così, all'udienza del 22 giugno 2021, la Corte ha dovuto prendere nuovamente atto dell'inerzia del legislatore, come già avvenuto nell'udienza a seguito della quale pronunciò la sentenza n. 242 del 2019.

Come nel precedente appena ricordato, a fronte di tale inerzia la Corte ha voluto dare seguito a quanto «prospettato» nell'ordinanza di rinvio¹⁸, superando gli ostacoli al suo intervento rilevati «in prima battuta» e procedendo senza indugi, con la sentenza in commento, a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina censurata.

Nell'esaminare le argomentazioni contenute in questa pronuncia, si deve tenere conto di come esse, per usare le parole della Corte, si saldino, in consecuzione logica, a quelle già formulate nell'ord. n. 132, «le quali debbono in questa sede essere integralmente confermate»¹⁹.

Dunque, come già accaduto nel caso del binomio ord. n. 207/2018-sent. n. 242/2019, il percorso argomentativo seguito dalla Corte è formalmente suddiviso in due fasi, ma sostanzialmente unitario, procedendo con asserita coerenza (o questa, perlomeno, è l'intenzione della Corte) dall'ordinanza, che ne segna la premessa, alla sentenza che ne costituisce l'esito concatenato.

¹⁵ *Ivi*, punto 8 Cons. in dir. Limiti di intervento cui si riconnette il «rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale».

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Proprio di «incostituzionalità prospettata», non a caso, aveva parlato l'ex Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi, nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, per definire la nuova tecnica decisoria inaugurata con l'ord. n. 207/2018 (cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente sull'attività svolta nell'anno 2018*, disponibile in www.cortecostituzionale.it, 12). La stessa definizione è stata successivamente ripresa, in analogia occasione, anche dal Presidente Giancarlo Coraggio: v. G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, 13.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 150/2021, punto 2 Cons. in dir.

Si tratta di una peculiarità di questo nuovo tipo di tecnica decisoria “bifasica” che impone di leggere necessariamente insieme le due decisioni che la compongono, ben oltre quanto i commentatori sono già abituati a fare con la tecnica della c.d. doppia pronuncia²⁰.

Innanzitutto, la Corte respinge agevolmente le diverse eccezioni di inammissibilità delle questioni avanzate dall’Avvocatura dello Stato²¹. Sotto tale aspetto, si segnala uno scostamento rispetto al precedente del “caso Cappato”: in quel caso, infatti, l’ammissibilità era stata vagliata dalla Corte già nell’ord. n. 207, prima di passare all’esame dei profili di merito che l’avrebbero portata a rilevare l’incostituzionalità, ma a rinviare contestualmente l’udienza. Nel caso in esame, invece, l’ord. n. 132 non si era occupata dei profili processuali, concentrandosi direttamente sul merito delle questioni sollevate, all’esito delle quali ha deciso nuovamente di “prospettare” l’incostituzionalità al legislatore.

Da un punto di vista logico, sembrerebbe più corretto lo schema seguito nel primo caso, dal momento che le questioni pregiudiziali di ammissibilità, per definizione, precedono l’esame del merito. Si tratta di una considerazione talmente evidente da far lecitamente supporre che l’ammissibilità fosse stata valutata dalla Corte già al momento di pronunciare l’ord. n. 132, ma che essa abbia scelto di rinviarne la dettagliata esposizione scritta al momento della redazione della successiva sentenza.

Tale scelta, presumibilmente, potrebbe essere riconducibile alla volontà di non appesantire ulteriormente un’ordinanza che, già a causa dell’estensione delle argomentazioni sviluppate dalla Corte, risulta tutt’altro che «succintamente motivata», come invece prevede l’art. 18, comma 4, della legge n. 87 del 1953 per codesta tipologia di provvedimenti²².

Tra le eccezioni di inammissibilità respinte dalla Corte, merita un rapido cenno, per il suo intreccio con le successive argomentazioni della pronuncia, quella relativa all’omessa sperimentazione di un’interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni impugnate.

Entrambi i giudici *a quibus*, in realtà, hanno preso in considerazione l’ipotesi di interpretare l’art. 13 della l. n. 47/1948 in modo da renderlo conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, attraverso la limitazione dell’applicazione della pena detentiva alle sole condotte diffamatorie a

²⁰ Ci si riferisce, innanzitutto, alla versione tradizionale di “doppia pronuncia”, caratterizzata da una prima sentenza interpretativa di rigetto seguita, in caso di mancata fortuna dell’interpretazione così veicolata dalla Corte presso i giudici comuni, da una sentenza interpretativa di accoglimento. Già V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell’art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 896 ss., aveva messo in luce il particolare nesso tra le due decisioni che si susseguono in tali fattispecie, tale da far sì che le stesse si presentino «come due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale». Nello stesso senso, v. anche A. PIZZORUSSO, *Dalle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»*, in *Giur. cost.*, 1971, 38 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1689 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. Visentini (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, Cedam, 1988, 95 ss. Un discorso analogo può valere anche per l’altra tipologia di “doppia pronuncia” diffusa nella giurisprudenza costituzionale, formata in questo caso da una prima decisione di rigetto o di inammissibilità con monito al legislatore e una seconda che, prendendo atto del mancato seguito ricevuto dal monito, procede all’accoglimento della medesima questione.

²¹ Più precisamente, le eccezioni sollevate dall’Avvocatura nei confronti delle due ordinanze si incentravano su quattro profili, tutti ritenuti dalla Corte privi di pregio: il difetto di motivazione in punto di rilevanza; l’oscurità del *petitum*; l’inidoneità dell’eventuale accoglimento delle questioni a eliminare i profili di denunciata illegittimità costituzionale della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa; l’omessa sperimentazione di un’interpretazione costituzionalmente orientata.

²² D’altronde, con riguardo alla nuova tecnica decisoria dell’ordinanza di rinvio dell’udienza, gran parte della dottrina ha sottolineato come essa, dal punto di vista strutturale, sia assimilabile più al *genus* delle sentenze che a quello delle ordinanze, proprio per la notevole estensione delle motivazioni, peraltro articolate, com’è tipico delle seconde, in un “Ritenuto in fatto” e in un “Considerato in diritto”. In tal senso, v: per tutti: U. ADAMO, *La Corte è “attendista” ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum Quad. cost.*, 2018, 1; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato*, cit., 371 ss.; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum Quad. cost.*, 2019, 2; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 3/2018, 571; R. PINARDI, *La Corte*, cit., 105.

mezzo stampa che rivestano i caratteri dell'eccezionalità²³. Tuttavia, in ambo i casi la possibilità di ricorrere a un'interpretazione di tal fatta è stata motivatamente esclusa, in quanto essa avrebbe portato a un'integrazione della norma incriminatrice ritenuta in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, nonché di soggezione del giudice alla legge.

Coerentemente con il proprio orientamento ormai consolidato²⁴, la Corte afferma che la valutazione relativa alla condivisibilità delle motivazioni con cui i giudici *a quibus* hanno escluso la praticabilità di un'interpretazione conforme è un profilo che attiene al merito delle questioni, e non alla loro ammissibilità: a quest'ultimo fine, invece, è sufficiente che i giudici abbiano «esplorato, e consapevolmente scartato, la possibilità di una interpretazione conforme a Costituzione»²⁵.

Dopo aver «recuperato» le questioni di rito pretermesse nell'ord. n. 132, la Corte torna all'esame del merito, riprendendo il filo del discorso iniziato nell'ordinanza richiamata e interrotto con il rinvio della trattazione.

Se l'esito di tale esame, come già si è detto, va a legarsi direttamente all'argomentazione svolta nell'ordinanza, questa, tuttavia, non lo rendeva affatto scontato o, parafrasando la celebre formula crisafulliana, «a rime obbligate».

L'ord. n. 132, infatti, come si è sopra ricordato, si era limitata a constatare l'inadeguatezza del complessivo bilanciamento tra libertà di informazione e tutela della reputazione individuale cristallizzato nell'attuale disciplina della diffamazione a mezzo stampa. Dalle affermazioni della Corte, ad emergere chiaramente era solo la necessità di correggere l'ampio ricorso alla pena detentiva, divenuto ormai intollerabile nella sua indefettibilità, ma il «verso» di un intervento di tal fatta era volutamente lasciato in sospeso, con il fine di non ingabbiare né il legislatore, qualora questo avesse voluto farsi carico di una modifica normativa, né tantomeno sé stessa.

²³ Tale strada era stata prospettata anche dalla Corte di cassazione, all'indomani della sentenza della Corte EDU Belpietro c. Italia del 2013, indicando ai giudici la via di un'interpretazione convenzionalmente orientata. V. Cass., V sez. pen., sent. 11 dicembre 2013 (dep. 13 marzo 2014), n. 12203.

²⁴ Come noto, l'attuale orientamento della Corte in tema di interpretazione conforme si è affacciato nella giurisprudenza costituzionale a partire dal biennio 2014-2015, in particolare con le sentenze nn. 235 del 2014 e 221 del 2015, fino a raggiungere il proprio più consapevole e limpido apporto nella sentenza n. 42 del 2017. Con tali pronunce, la Corte ha consapevolmente ammorbidito la portata eccessivamente rigorosa dell'obbligo di interpretazione conforme come fino ad allora configurato, addivenendo ad una pronuncia di inammissibilità solo nel caso in cui il tentativo di interpretazione conforme sia stato omesso o si mostri del tutto inadeguato e implausibile. Ai fini dell'ammissibilità della questione e del passaggio al successivo vaglio di merito, infatti, non è più richiesta la dimostrazione dell'impossibilità di interpretare la disposizione in modo conforme a Costituzione, ma solo la dimostrazione, adeguatamente motivata, che il rimettente abbia percorso la «possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggetto del giudizio», pur avendola infine «consapevolmente scartata», in quanto ritenuta improbabile o non praticabile. Per un'analisi di tale nuovo orientamento e delle sue implicazioni sul rapporto tra Corte e giudici nel controllo di costituzionalità in via incidentale, v. in dottrina: C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.; G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2016, 293 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 131 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 7-8/2018, 226 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Quest. Giust.*, 2018; ID., *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. GruppodìPisa*, 3/2019; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. e soc.*, 4/2018, 633 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 4/2018, 515 ss. e ID., *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, spec. 102 ss.; S. STALANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 3/2021; T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, *ivi*; B. RANDAZZO, *Il "riaccentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, *ivi*; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, *ivi*.

²⁵ Corte cost., sent. n. 150 del 2021, punto 3.1.4 Cons. in dir., richiamando, *ex multis*, le sentenze nn. 189 del 2019, 32 del 2020, 32 del 2021.

Particolarmente interessante, dunque, risulta l'osservazione delle scelte di merito compiute dalla Corte con la sentenza in commento.

La Corte, in primo luogo, dichiara fondate le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Salerno sull'art. 13 della l. n. 47/1948, in riferimento agli artt. 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU. La disposizione censurata prevede(va) una circostanza aggravante per il delitto di diffamazione, integrata nel caso in cui essa sia commessa «col mezzo della stampa» e, al tempo stesso, consista «nell'attribuzione di un fatto determinato». Si tratta di una circostanza aggravante che si pone in rapporto di specialità rispetto alle due circostanze aggravanti di cui all'art. 595, secondo e terzo comma, c.p., le quali si configurano, rispettivamente, quando la diffamazione è commessa tramite l'attribuzione di un fatto determinato e quando essa è commessa «col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico».

L'art. 13 ricollega alla circostanza aggravante ricordata «la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000». È proprio la previsione in via cumulativa delle due pene, che rende in ogni caso indefettibile l'irrogazione della sanzione detentiva da parte del giudice – a meno che non sussistano, nel caso concreto, circostanze attenuanti giudicate prevalenti o equivalenti ad essa – a risultare incostituzionale. La necessaria applicazione della sanzione detentiva, a prescindere dalla gravità della diffamazione compiuta, infatti, si pone in contrasto con l'esigenza di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»²⁶ e, pertanto, con la libertà di manifestare il proprio pensiero «e in particolare con quella sua specifica declinazione costituita dalla libertà di stampa»²⁷, tutelata dall'art. 21 Cost. e dall'art. 10 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale investe la disposizione nella sua interezza, assorbendo le ulteriori censure e rendendo superfluo l'esame della questione sollevata dal Tribunale di Bari, che mirava a una pronuncia manipolativa che sostituisse il regime di cumulatività della pena detentiva e di quella pecuniaria con un regime di alternatività tra le due. L'annullamento *tout court* della disposizione, tiene tuttavia a sottolineare la Corte, non determina alcun vuoto di tutela del diritto alla reputazione individuale contro le offese recate a mezzo della stampa. Esso, infatti, continua a essere protetto dalle due circostanze aggravanti di cui all'art. 595, commi 2 e 3, c.p., il cui ambito applicativo si riepande, a seguito di tale pronuncia, anche alle fattispecie che fino a questo momento ricadevano sotto l'applicazione della *lex specialis* annullata²⁸.

3.1. Segue. *L'esame delle questioni attinenti all'art. 595, comma 3, c.p.*

Coerentemente con quest'ultima affermazione, infatti, nei punti successivi della pronuncia la Corte respinge le diverse censure che il Tribunale di Salerno aveva rivolto proprio alla

²⁶ Così Corte cost., sent. n. 150/2021, punto 4.2 Cons. in dir., riprendendo quanto già affermato al punto 7.3 Cons. in dir. dell'ord. n. 132/2020.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ La Corte, inoltre, fa applicazione dell'art. 27 della l. n. 87 del 1953 e dichiara l'illegittimità costituzionale in via consequenziale dell'art. 30, comma 4, della legge n. 223 del 1990. Tale disposizione, infatti, prevede che «Nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al comma 1 [ossia, il concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione] le sanzioni previste dall'articolo 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47», il quale, come si è visto, è stato dichiarato incostituzionale nella pronuncia in commento.

disposizione di cui all'art. 595, comma 3, c.p., la quale prevede che, per la diffamazione recata col mezzo della stampa o con altri mezzi di pubblicità, «la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a cinquecentosedici euro».

La questione incentrata sulla violazione del principio di offensività di cui all'art. 25 Cost. è dichiarata manifestamente infondata, dal momento che la condotta punita dalla disposizione in esame è tutt'altro che inoffensiva, ledendo un bene giuridico di primario rilievo nell'ordinamento costituzionale, quale il diritto fondamentale alla reputazione individuale²⁹. Anche la questione basata sulla violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. viene agevolmente rigettata dalla Corte³⁰.

Ben più consistenti, invece, sono le censure rivolte all'art. 595, comma 3, c.p. sulla base degli stessi parametri (artt. 3, 21 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 CEDU) e delle stesse argomentazioni utilizzati nei confronti dell'art. 13 della l. n. 47/1948, al fine di mettere in luce il contrasto della previsione della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa con la libertà di manifestazione del pensiero.

La Corte, tuttavia, dichiara tali questioni infondate «nei sensi di cui in motivazione», ricorrendo dunque a una “classica” pronuncia interpretativa di rigetto, con la quale propone una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione esaminata.

La diversa conclusione, rispetto a quella cui è pervenuta con riguardo all'art. 13 della l. n. 47, si basa su un aspetto differenziale tra le due disposizioni, che assume un peso decisivo: mentre l'art. 13 prevede l'applicazione necessaria della pena detentiva in via cumulativa con quella pecuniaria, l'art. 595, comma 3, c.p. sancisce un regime di alternatività tra le due, lasciando così all'apprezzamento del giudice, in base alle circostanze concrete del caso e ai criteri di cui all'art. 133 c.p., la scelta tra le due sanzioni.

La disposizione impugnata, secondo la Corte, non può ritenersi di per sé in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, essendo possibile fornirne un'interpretazione costituzionalmente orientata. La Corte, infatti, ricorda anzitutto che, nell'ambito del bilanciamento effettuato dalla disposizione in oggetto, se da un lato vi è la libertà di espressione, sull'altro piatto della bilancia giace pur sempre la tutela di un altro diritto fondamentale, «strettamente legato alla stessa dignità della persona»³¹, quale quello alla reputazione personale.

Le aggressioni illegittime a tale diritto, prosegue la Corte, «possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime» provocando loro dei danni che sono «susceptibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione»³².

²⁹ Cfr. *ivi*, punto 7 Cons. in dir. Il principio di offensività, ricavato dalla Corte in via interpretativa a partire dall'art. 25, comma 2, Cost., anche in relazione agli artt. 13 e 27 Cost., è inteso dalla stessa «come precetto che impone al legislatore di limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi meritevoli di protezione» (così Corte cost., sent. n. 278 del 2019, punto 3.1 Cons. in dir.). V. anche Corte cost., sentt. nn. 360 del 1995; 225 del 2008; 249 del 2010; 251 del 2012; 109 del 2016; 141 del 2019. Per la dottrina che si è occupata di tale giurisprudenza costituzionale, v. per tutti: M. CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, Giappichelli, 2011, 73 ss.; V. MANES (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in www.cortecostituzionale.it, 2011; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. contemp.*, 1/2012, 99 ss.; A. DE LIA, “Ossi di seppia”? *Appunti sul principio di offensività*, in *Arch. pen.*, 2/2019.

³⁰ Si tratta, in effetti, di una censura decisamente eccentrica, secondo cui l'inapplicabilità in concreto della pena detentiva prevista dalla disposizione, per contrarietà all'art. 10 CEDU, determinerebbe l'ineffettività della sua comminatoria editale rispetto alla funzione generalpreventiva e specialpreventiva della pena stessa. Da questa premessa, tuttavia, non può ricavarsi, come fa il rimettente, la violazione della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost.

³¹ Corte cost., sent. n. 150/2021, punto 6.2 Cons. in dir.

³² *Ibidem*. Si tratta di un passaggio su cui si era soffermata anche l'ord. n. 132 del 2020, la quale aveva sottolineato che le vittime di diffamazione «sono oggi esposte a rischi ancora maggiori che nel passato. Basti pensare, in proposito, agli effetti di rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai *social networks* e dai motori di ricerca in internet, il cui carattere lesivo per la vittima – in termini di sofferenza psicologica e di concreti pregiudizi alla propria vita

Perciò, è necessario che questi pregiudizi siano prevenuti dall'ordinamento con «strumenti idonei, necessari e proporzionati», tra i quali «non può in assoluto escludersi la sanzione detentiva, sempre che la sua applicazione sia circondata da cautele idonee a schermare il rischio di indebita intimidazione esercitato su chi svolge la professione giornalistica»³³. Tali cautele sono individuate dalla Corte nella stretta delimitazione dell'applicazione della pena della detenzione ai soli casi di eccezionale gravità, sulla falsariga di quanto affermato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha sempre individuato tali casi nelle fattispecie in cui la diffamazione assuma i connotati dei discorsi d'odio o di istigazione alla violenza. I giudici di Palazzo della Consulta, tuttavia, non si appiattiscono su queste due sole ipotesi e precisano che la diffamazione può assumere connotati di gravità tale da richiedere la comminazione della pena detentiva anche in altri casi, portando ad esempio le «campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi»³⁴. Al di fuori di tali casi estremi, invece, la pena detentiva deve rimanere esclusa dalle opzioni del giudice, al quale rimarrà soltanto l'applicazione della pena pecuniaria, ovviamente commisurata tenendo conto della gravità del fatto, desunta dai criteri di cui all'art. 133 c.p.

Pertanto, l'art. 595, terzo comma, c.p., per risultare conforme alla Costituzione e alla CEDU, deve essere interpretato in modo che, nell'alternativa da esso prospettata tra multa e reclusione, la prima sia configurata come la regola da seguire nella quasi totalità dei casi, mentre la seconda rimanga rigidamente confinata ai casi di eccezionale gravità sopra esemplificati³⁵.

privata, familiare, sociale, professionale, politica – e per tutte le persone a essa affettivamente legate risulta grandemente potenziato rispetto a quanto accadeva anche solo in un recente passato». Per quanto si trattasse di un passaggio di carattere incidentale all'interno dell'argomentazione dell'ordinanza, curiosamente la Corte, o il suo Ufficio Stampa, ha scelto di valorizzarlo al punto da incentrarvi il titolo del comunicato stampa che ha accompagnato la pubblicazione di tale pronuncia sul sito internet della Corte, il quale così recitava: «Cruciale la libertà della stampa ma tecnologie e social aumentano i rischi per la reputazione delle vittime» (cfr. Comunicato stampa del 26 giugno 2020, in www.cortecostituzionale.it). Si è trattato senz'altro di una scelta eccentrica se confrontata con il contenuto principale dell'ordinanza n. 132, che rappresenta solo un piccolo, innocuo esempio delle problematiche che l'uso sempre più frequente dello strumento dei comunicati stampa da parte della Corte può sollevare. Il tema è stato abbondantemente indagato dalla dottrina negli anni più recenti. A tal riguardo, si rinvia a: P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G. Conti, P. Milazzo (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa, Pisa University Press, 2017, 109; D. STASIO, *Il ruolo sociale del giurista impone una comunicazione più inclusiva*, in *Quest. Giust.*, 2018; D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, Pisa University Press, 2018, 281 ss.; ID., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. e soc.*, 2/2018, 255 ss.; P. CARNEVALE – D. CHINNI, *To be or not to be (online)? Qualche considerazione sul rapporto fra web e organi costituzionali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 2019; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e "le voci di dentro" tra tradizione e innovazione*, *ivi*, 237 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 4/2019, 735 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, 77 ss.; AA.VV., *Il Forum. I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppodipisa*, 1/2020.

³³ Corte cost., sent. n. 150 del 2021, punto 6.2 Cons. in dir.

³⁴ *Ibidem*. Prosegue la Corte, con parole particolarmente incisive: «Chi ponga in essere simili condotte – eserciti o meno la professione giornalistica – certo non svolge la funzione di “cane da guardia” della democrazia, che si attua paradigmaticamente tramite la ricerca e la pubblicazione di verità “scomode”; ma, all'opposto, crea un pericolo per la democrazia, combattendo l'avversario mediante la menzogna, utilizzata come strumento per screditare la sua persona agli occhi della pubblica opinione. Con prevedibili conseguenze distorsive anche rispetto agli esiti delle stesse libere competizioni elettorali».

³⁵ D'altronde, la Corte sottolinea come l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme da lei indicata sia stata già fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, citando le pronunce della Corte di cassazione, sez. V penale, 9 luglio 2020, n. 26509 e 15 gennaio 2021, n. 13060 (cfr. Corte cost., *ivi*, punto 6.3 Cons. in dir.). Una puntuale analisi delle prime pronunce con cui la Corte di cassazione ha tentato di dare seguito alle indicazioni emergenti dall'ordinanza n. 132 del 2020, oltre che dalla giurisprudenza EDU, è sviluppata da E. CALVO, *Diffamazione e proporzionalità del trattamento*, cit., il quale,

In chiusura, la Corte ribadisce il proprio pressante invito al legislatore affinché intervenga per dettare una complessiva riforma della disciplina in tema di diffamazione a mezzo stampa, la cui esigenza era stata da essa già segnalata con l'ord. n. 132 e che non può dirsi appagata con la pronuncia in esame, la quale sconta la limitatezza dei propri rimedi decisori rispetto agli spazi di intervento di cui gode il potere legislativo, per riprendere le parole usate dalla stessa ordinanza citata³⁶.

4. *Alcune considerazioni di sintesi sulla sent. n. 150 del 2021.*

La sentenza in commento stimola una serie di riflessioni, che si tenterà qui di sviluppare in modo prudente, consapevoli dell'angustia del punto di vista che guardi alla singola pronuncia commentata senza tener conto del più complessivo quadro giurisprudenziale e storico-istituzionale in cui essa si inserisce.

Senza dubbio, la pronuncia appare ampiamente condivisibile, sia dal punto di vista tecnico-argomentativo, sia con riguardo alle conclusioni di merito cui essa perviene.

Il punto di caduta da essa individuato nel bilanciamento tra la tutela della libertà di stampa e la protezione della reputazione individuale nella disciplina in tema di diffamazione risulta particolarmente convincente ed equilibrato. La privazione della libertà personale determinata dalla sanzione detentiva, in materia, è inquadrata dalla Corte come *extrema ratio*, cui il legislatore può ricorrere in via residuale solo nei casi di diffamazione più gravi, in cui l'offesa recata alla reputazione altrui sia particolarmente incisiva e odiosa. Di conseguenza, una disposizione che ne preveda l'irrogazione in via eventuale, alternativamente alla pena pecuniaria, non risulta di per sé incostituzionale. Essa, infatti, è suscettibile di essere interpretata in modo conforme a tale premessa, nel senso che il giudice potrà applicare la pena della reclusione solo nelle ipotesi più gravi, ricorrendo in tutti gli altri casi alla sanzione pecuniaria.

Non può salvarsi dalla declaratoria di incostituzionalità per contrasto con l'art. 21 Cost., invece, una disposizione che preveda indefettibilmente l'applicazione della pena detentiva.

Nel giungere a tali conclusioni, innegabile è stata l'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte EDU, che già da lungo tempo segnalava la contrarietà all'art. 10 CEDU di normative nazionali che puniscano la diffamazione a mezzo stampa con la pena della reclusione, salvo i casi di eccezionale gravità.

L'argomentazione della Corte costituzionale, tuttavia, ha il merito di non schiacciarsi acriticamente sulle posizioni della giurisprudenza EDU, riducendosi a "mera esecutrice"³⁷ delle decisioni di quest'ultima.

in realtà, rileva anche come tali arresti del giudice di legittimità non siano stati del tutto privi di oscillazioni, specie sotto il profilo dell'individuazione concreta dei casi cui delimitare l'applicazione della pena detentiva.

³⁶ Tale riforma legislativa sarebbe chiamata al compito di «individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività» (così Corte cost., *ivi*, punto 10 Cons. in dir., citando quanto già affermato nell'ordinanza n. 132). Peraltro, la Corte ha cura di precisare che la previsione di una pena detentiva, per quanto non sia costituzionalmente illegittima se limitata ai casi eccezionali sopra indicati, non può neppure considerarsi, al contrario, costituzionalmente imposta al legislatore, con la conseguenza che questo ben potrebbe decidere di eliminarla del tutto dallo spettro degli strumenti sanzionatori volti a contrastare il delitto di diffamazione a mezzo stampa. Proprio quest'ultima, d'altronde, è l'opzione abbracciata dal ddl. S. n. 812, del 20 settembre 2018, al momento ancora all'esame del Senato, in cui l'unico strumento sanzionatorio previsto per il delitto in questione è quello della multa.

³⁷ Per riprendere la formula usata da B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4/2011, 37.

La Corte, al contrario, valorizza l'apporto giurisprudenziale "esterno" al fine di arricchire il proprio autonomo percorso argomentativo che, pur arrivando a conclusioni pressoché coincidenti con quelle della Corte di Strasburgo, si basa principalmente sull'interpretazione dei conferenti parametri costituzionali "interni" coinvolti dalle questioni e contrapposti nel bilanciamento operato dal legislatore³⁸. Si tratta, infatti, da un lato, della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., che, ricorda significativamente la Corte richiamando la propria consolidata giurisprudenza in materia, «costituisce – prima ancora che un diritto proclamato dalla CEDU – un diritto fondamentale riconosciuto come “coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione” (sentenza n. 11 del 1968), “pietra angolare dell'ordine democratico” (sentenza n. 84 del 1969), “cardine di democrazia nell'ordinamento generale” (sentenza n. 126 del 1985 e, di recente, sentenza n. 206 del 2019)»³⁹, nell'ambito della quale la libertà di stampa «assume un'importanza peculiare, in ragione del suo ruolo essenziale nel funzionamento del sistema democratico (sentenza n. 1 del 1981)»⁴⁰; dall'altro, della reputazione individuale, che, da decenni, la Corte ha ricavato in via interpretativa dall'art. 2 Cost., riconoscendogli rango di diritto inviolabile, «connesso a doppio filo con la stessa dignità della persona»⁴¹.

Inoltre, come si è visto, nell'individuazione dei casi eccezionali in grado di legittimare il ricorso alla pena detentiva, la Corte va oltre rispetto a quelli tradizionalmente indicati dalla Corte EDU, ovvero i discorsi d'odio e l'istigazione alla violenza, allargando il perimetro anche a ipotesi ulteriori e indicando in via esemplificativa la fattispecie, inquadrata in modo piuttosto generico, delle “campagne di disinformazione” a contenuto diffamatorio⁴².

5. Il disallineamento tra il rinvio operato con l'ord. n. 132 del 2020 e le conclusioni della sent. n. 150 del 2021.

Al fine di svolgere qualche riflessione ulteriore, appare ora opportuno ripartire dallo stretto rapporto che lega la pronuncia in commento all'ord. n. 132/2020, alle cui argomentazioni la prima, come afferma la stessa Corte, dovrebbe saldarsi “in consecuzione logica”; il che, peraltro, sembrerebbe essere tratto caratteristico della nuova tecnica decisoria bifasica.

A ben guardare, tale concatenazione argomentativa, nel caso di specie, non risulta così solida; anzi, le conclusioni della sentenza n. 150 sembrano proiettare, in modo retrospettivo,

³⁸ L'importanza di valorizzare le potenzialità degli apporti sovranazionali, più che per mezzo del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost., «per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime», è stata efficacemente sottolineata e argomentata da M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il caso dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, 2/2013. La stessa posizione è stata espressa, in margine a singole vicende giurisprudenziali, oltre che dal medesimo Autore in *ID.*, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Consulta online*, 2013, anche da V. MANES, V. NAPOLEONI, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Oss. AIC*, 1/2013. Sia consentito, poi, rinviare anche a L. MADAU, *Il parametro “esterno” offusca il parametro “interno”*. Note a margine della sent. n. 120 del 2018 della Corte costituzionale, in *Dir. e soc.*, 2/2018, 325 ss.

³⁹ Corte cost., ord. n. 132/2020, punto 7.1 Cons. in dir.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ivi*, punto 7.1 Cons. in dir., richiamando in particolare le sentenze nn. 38 del 1973, 86 del 1974, 379 del 1996, 265 del 2014, 37 del 2019.

⁴² In dottrina è stata sottolineata la difficile afferrabilità di tale fattispecie, che dovrà essere riempita di contenuto dai giudici nell'applicazione concreta, laddove essi vorranno dare seguito all'indicazione della Corte (contenuta in una interpretativa di rigetto e, pertanto, non vincolante). Cfr. C. MALAVENDA, *La sentenza n. 150/2021*, cit., 2 ss.; C. MAGNANI, *La Corte costituzionale rivede*, cit., 191 ss.

qualche perplessità sulla stessa adozione, a monte, dell'ord. n. 132 o, meglio, sull'effettiva esigenza di ricorrere, in questa ipotesi, alla tecnica decisoria del rinvio della trattazione a data fissa.

Per chiarire meglio il senso di quanto si vuole dire, si prenda innanzitutto a raffronto il “prototipo” di questa nuova tipologia decisoria, l'ord. n. 207/2018 e la vicenda dell'aiuto al suicidio che ha portato per la prima volta la Corte a farvi ricorso. A prescindere dai rilievi critici formulati da una parte della dottrina verso tale pronuncia, in quel caso era innegabile che la Corte si trovasse di fronte a una situazione di incostituzionalità che richiedeva – affinché essa venisse sanata senza contestualmente creare gravi vuoti di tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti – un intervento fortemente manipolativo e in grado di interferire notevolmente con la discrezionalità legislativa, come confermato *a posteriori* dall'elaborato dispositivo di accoglimento della sent. n. 242 del 2019⁴³.

Il “caso Cappato”, insomma, presentava effettivamente le caratteristiche a fronte delle quali la Corte afferma essere necessario ricorrere alla nuova tecnica decisoria: ovvero, la duplice esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa, da un lato, e di evitare l'indefinito protrarsi di una situazione di incostituzionalità già chiaramente accertata, dall'altro⁴⁴.

Ebbene, nel caso di specie questa esigenza non sembrava essere allo stesso modo presente, perlomeno se esso viene riguardato alla luce delle conclusioni della sentenza qui commentata.

Infatti, è bensì vero che la Corte aveva segnalato l'esigenza di una complessiva rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina della diffamazione a mezzo stampa, che essa certamente non può operare direttamente. Tuttavia, la sent. n. 150 sembra dimostrare abbastanza chiaramente come ci fosse modo di rispondere immediatamente alla domanda di giustizia costituzionale di cui si erano fatti portatori i giudici remittenti, senza che ciò richiedesse di affrontare necessariamente l'impresa di una complessiva rimediazione dell'intera normativa di riferimento; l'esigenza di un intervento del genere, semmai, poteva essere segnalata da un contestuale monito al legislatore, come d'altronde la Corte ha poi effettivamente fatto nella pronuncia in commento.

Il dispositivo della sent. n. 150, infatti, non presenta carattere manipolativo e non reca alcuna invasione di spazi riservati alla discrezionalità legislativa. La pronuncia adottata dalla Corte si limita a rispondere in modo puntuale alle questioni poste dai giudici *a quibus*, dichiarando

⁴³ Nel dispositivo di tale pronuncia, infatti, si legge che la Corte «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». Merita, tuttavia, di essere ricordata la posizione dottrina di chi aveva rilevato la possibilità di raggiungere lo stesso risultato sostanziale della sent. n. 242/2019 attraverso una interpretativa di accoglimento, proprio in quanto «meno invasiva della discrezionalità legislativa» (così GIU. SERGES, *Le due notevoli “prime volte” della sentenza Cappato (con qualche riflessione critica sulla tecnica decisoria adottata)*, in *Giur. cost.*, 6/2019, 3025 ss.). Nondimeno, lo stesso Autore aveva significativamente suggerito il contemporaneo ricorso a una «modulazione spazio-temporale degli effetti della decisione», al fine di evitare che la sentenza di accoglimento producesse una situazione di maggiore incostituzionalità (*Ibidem*). In tal senso, v. già ID., *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, 26 ss.

⁴⁴ Cfr. le limpide parole della Presidente della Corte Marta Cartabia, nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 11: «La nuova tecnica processuale scaturiva dalla necessità di contemperare una duplice esigenza: da un lato, rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell'art. 580 cod. pen. e, dall'altro, e questo è il punto che mi preme sottolineare, lasciare in prima battuta al legislatore lo spazio per intervenire in una materia altamente sensibile, oggetto di profondi dibattiti nell'opinione pubblica, che esige che le dinamiche politiche e culturali trovino modo di ricomporsi anzitutto nelle sedi politiche».

l'incostituzionalità *tout court* dell'art. 13 della l. n. 47/1948 e l'infondatezza, tramite la tecnica dell'interpretativa di rigetto, delle questioni aventi ad oggetto l'art. 595, comma 3, c.p., sulla base dell'applicazione coerente della medesima *ratio decidendi*, secondo cui la pena della reclusione per il delitto di diffamazione a mezzo stampa non è illegittima solo se circoscritta a casi di eccezionale gravità.

Inoltre, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13 non crea alcun vuoto di tutela nei confronti del bene giuridico tutelato dalla disposizione, dal momento che questa rivestiva carattere speciale, con un regime sanzionatorio più severo rispetto alle disposizioni codicistiche, il cui ambito applicativo, a seguito della pronuncia della Corte, si riepande anche ai casi che fino ad ora ricadevano sotto la disciplina dell'art. 13.

Si tratta, dunque, di conclusioni cui la Corte ben poteva giungere già un anno prima⁴⁵.

Ovviamente, si deve tenere in considerazione che la coerente concatenazione logica tra le argomentazioni di ordinanza e sentenza – qui asserita dalla Corte – pur rappresentando un obiettivo tendenziale e altamente auspicabile, non sempre può essere pienamente garantita. In un anno di tempo, le posizioni all'interno del collegio giudicante possono fisiologicamente mutare, soprattutto nel caso in cui esso veda nel frattempo l'avvicendamento di parte dei suoi componenti, come avvenuto tra l'ord. n. 132/2020 e la sent. n. 150/2021⁴⁶.

Si può immaginare, allora, che la scelta presa dalla Corte, con l'ord. n. 132, di ricorrere al rinvio della trattazione a data fissa possa essere stata dettata da una non completa convinzione del collegio – come composto all'epoca – circa la percorribilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 595, comma 3, c.p. quale quella poi fatta propria nella sentenza in commento⁴⁷; o che, più in generale, vi fossero altre possibili soluzioni emerse nel confronto tra i giudici, senza che nessuna di queste fosse riuscita a prevalere⁴⁸.

A prescindere dalla ricerca delle motivazioni che possono aver spinto la Corte ad adottare l'ord. n. 132, però, quel che rimane è il dato di fatto di un disallineamento tra questa e la

⁴⁵ Autorevole dottrina, nel criticare la nuova tecnica decisoria in due tempi, ha sottolineato come dal punto di vista giuridico il semplice decorso del tempo concesso dall'ordinanza di rinvio non può rendere possibile un intervento che non lo era un anno prima (cfr. R. ROMBOLI, *Caso Cappato*, cit., 5). Casi come quello in esame, invece, rischiano di esporre la Corte a rilievi diametralmente opposti rispetto a questo, dal momento che, in assenza di limiti (assoluti o relativi che siano) all'intervento della Corte derivanti dalla discrezionalità legislativa, non risulta agevole comprendere perché una pronuncia immediatamente possibile sia adottata con un anno di ritardo.

⁴⁶ Nel lasso di tempo che ha separato le due udienze, in effetti, sono cambiati ben tre giudici costituzionali: è scaduto il mandato dei giudici Marta Cartabia, Aldo Carosi e Mario Rosario Morelli e hanno fatto il proprio ingresso a Palazzo della Consulta Angelo Buscema, Emanuela Navarretta e Maria Rosaria San Giorgio. Proprio i dati di fatto appena riferiti nel testo, però, dovrebbero semmai indurre la Corte a fare un uso molto accorto della tecnica in parola.

⁴⁷ Si ricordi che gli stessi giudici *a quibus* avevano escluso la possibilità di ricorrere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 13 della legge n. 47, nel senso di limitare l'applicazione della pena detentiva ivi prevista ai soli casi di eccezionale gravità, ritenendola esorbitante dagli ordinari poteri interpretativi del giudice, in quanto «creativa e arbitraria, slegata dal dato letterale» (cfr. Trib. Bari, ord. 16 aprile 2019) e, pertanto, in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza nonché di soggezione del giudice alla legge. Nondimeno, la medesima soluzione interpretativa non crea gli stessi problemi se operata con riguardo all'art. 595, comma 3, c.p., il cui testo già rimette al giudice la possibilità di scegliere, in base alla gravità del fatto concreto, tra pena detentiva e pena pecuniaria.

⁴⁸ Le alternative all'accoglimento secco della questione inerente all'art. 13 della l. n. 47/1948, in effetti, avrebbero richiesto un intervento dal carattere fortemente manipolativo, volto a limitare l'applicazione della pena detentiva, prevista indefettibilmente dalla disposizione, ai soli casi di eccezionale gravità, oppure a sostituire, al medesimo fine, il regime di cumulatività tra pena detentiva e sanzione pecuniaria con un regime di alternatività tra le stesse. Tuttavia, non si vede per quale ragione i giudici di Palazzo della Consulta avrebbero dovuto scegliere di perseguire strade tanto contorte per raggiungere il medesimo risultato sostanziale ottenibile linearmente con la soluzione poi adottata dalla sent. n. 150.

L'ulteriore opzione che può essere stata presa in considerazione dai giudici costituzionali, infine, è quella dell'accoglimento sia delle questioni relative all'art. 13 che di quelle inerenti all'art. 595, comma 3, c.p., in modo da espungere del tutto la pena detentiva dal quadro degli strumenti sanzionatori per il delitto di diffamazione a mezzo stampa. Una scelta che, tuttavia, non risultava costituzionalmente imposta agli occhi della Corte, come dimostrano le stesse argomentazioni dell'ord. n. 132, che ammettevano la possibilità di ricorrere alla sanzione detentiva per le condotte diffamatorie più gravi.

successiva sent. n. 150 del 2021, le cui conclusioni, come si è tentato di mostrare, sembrano smentire *ex post* la stessa necessità di ricorrere all'ordinanza di rinvio nel caso di specie.

Se in questa sede si è ritenuto opportuno sottolineare tale disallineamento, è perché sembra che esso possa utilmente fungere da piccolo monito, in questo caso per la Corte, circa le possibili discrasie che potrebbero sorgere qualora si faccia un ricorso poco sorvegliato alla nuova tecnica decisoria bifasica, magari sulla spinta di considerazioni contingenti o non strettamente connesse alla risoluzione delle questioni di costituzionalità sottoposte alla Corte, quali quelle relative all'opportunità di una complessiva rimediazione della disciplina normativa in cui le disposizioni censurate si inseriscono, o all'esistenza di proposte di riforme legislative *in itinere* presso le Camere.

In chiusura, la nuova tecnica decisoria in due tempi – che ovviamente si trova ancora in una fase di “sperimentazione” giurisprudenziale e avrà bisogno di tempo per assumere caratteri stabili e definiti – costituisce senz'altro un utile strumento, in mano alla Corte, al fine di contemperare il rispetto della discrezionalità legislativa con l'esigenza di assicurare comunque la necessaria prevalenza del principio di legittimità costituzionale⁴⁹, rendendo la prima un limite “relativo” e “a tempo” al suo intervento⁵⁰.

Tuttavia, qualora non vi siano reali ostacoli a una decisione immediata del giudice delle leggi, sarebbe opportuno che questa venga prontamente adottata e non sia, invece, rinviata nel tempo, seguendo il noto aforisma, tradizionalmente attribuito a Benjamin Franklin, che invita a “non rimandare a domani quello che potresti fare oggi”⁵¹. A richiederlo, è proprio quell'esigenza di “rendere giustizia costituzionale” che, giustamente, è stata individuata quale fondamento di legittimazione della stessa introduzione, da parte della Corte, della tecnica decisoria in parola⁵².

⁴⁹ Sul principio di legittimità costituzionale, «inteso come esigenza di sempre maggiore conformità del sistema normativo (e anzi di tutte le manifestazioni di potere) ai valori costituzionali [...] che è alla base della c.d. giurisdizione costituzionale», v. F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1252; nonché ID, *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss.; L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 530, 535.

⁵⁰ Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2/2019, 650 ss.; ID., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e soc.*, 1/2020, 68 ss.

⁵¹ Il fortunato aforisma, richiamato (in forma paradossalmente rovesciata) anche nel titolo del presente contributo, in lingua inglese è comunemente tramandato nella forma: “*Don't put off until tomorrow what you can do today*”. Tuttavia, la versione che si può con certezza attribuire direttamente al celebre politico statunitense è la seguente: “*Have you somewhat to do tomorrow, do it today*”, contenuta in B. FRANKLIN, *Poor Richard's Almanack*, Philadelphia, 1742.

⁵² Questa è la lettura che ne ha offerto, in particolare, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4/2020, 9 ss., riprendendo la nota formula a lui cara, che il Presidente Emerito della Corte definisce come l'esigenza di «contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme “super-primarie”, per farla diventare materia viva della convivenza sociale, presente negli accordi e nei conflitti, garanzia molecolare di libertà e di eguaglianza nella società civile e nei rapporti tra questa e l'autorità dello Stato». L'esigenza di rendere giustizia costituzionale è indicata quale stella polare che ha guidato la Corte nell'evoluzione più recente delle proprie tecniche decisorie, compresa l'introduzione della nuova tecnica decisoria in due tempi, anche da M. RUOTOLO, *L'evoluzione*, cit., 664 ss.; ID., *Corte costituzionale*, cit., 68 ss.

La stessa Corte, d'altronde, nella sent. n. 242 del 2019 (punto 4 Cons. in dir.), ha chiaramente affermato, nel giustificare il proprio intervento, che «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità».



Roberto Pinardi*

L'*horror vacui* nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'*iter* logico-argomentativo che ha condotto all'accoglimento dei dubbi prospettati dal giudice *a quo*. – 3. Sull'ammissibilità di una pronuncia (meramente) demolitoria. – 4. Misure sanzionatorie illegittime e possibili risposte della Corte costituzionale. – 5. Un inedito ruolo per l'*horror vacui*? – 6. Per concludere. La sent. n. 185 del 2021 nel quadro dell'attuale stagione della giustizia costituzionale in Italia.

1. Premessa.

La sent. n. 185 del 2021 si segnala all'attenzione del lettore, più che per il merito della decisione adottata dalla Corte costituzionale¹, per alcune riflessioni, di più ampio respiro, che si leggono nel punto 3 della motivazione in diritto. Per cogliere appieno portata e novità delle argomentazioni sviluppate, al riguardo, dal giudice delle leggi, occorre procedere da una (sia pur) rapida ricostruzione dei confini della quaestio sub iudice e delle ragioni che hanno indotto la Consulta al suo accoglimento.

2. L'*iter* logico-argomentativo che ha condotto all'accoglimento dei dubbi prospettati dal giudice *a quo*.

Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale era l'art. 7, comma 6, del decreto-legge n. 158 del 13 settembre 2012, convertito, con modifiche, nella legge n. 189 dell'8 novembre dello stesso anno, nella parte in cui, al secondo periodo, puniva con la sanzione amministrativa pari a cinquantamila euro il mancato rispetto dei precetti contenuti nel comma precedente dello stesso articolo. I quali, a loro volta, sanciscono, in capo ai titolari di sale o esercizi in cui si

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Su cui mi limito, pertanto, a rinviare – a prescindere da qualche sintetica considerazione che verrà svolta nel prosieguo dello scritto – a L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale.it*, 4 ottobre 2021, spec. paragrafi 5.1 e 5.3.

offrano giochi o scommesse con vincita in denaro, tutta una serie di obblighi di natura informativa sui rischi che corrono i fruitori di tali servizi di cadere nella dipendenza da gioco d'azzardo (cosiddetta ludopatia).

La Corte, dopo aver dichiarato inammissibile una doglianza sollevata in rapporto agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali parametri interposti rispetto all'art. 117, comma 1, Cost.², ha accolto i dubbi prospettati dal giudice rimettente con riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, comma 1, della Carta costituzionale, quest'ultimo in relazione a quanto previsto dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

La Consulta osserva, infatti³, che la norma impugnata puniva con una sanzione pecuniaria fissa e di notevole severità condotte che dovevano viceversa ritenersi di diverso disvalore, impedendo, in tal modo, all'autorità amministrativa, prima, ed al giudice, poi, di modulare la risposta punitiva in rapporto alle specifiche circostanze del caso concreto (in applicazione dei criteri contenuti nell'art. 11 della legge n. 689 del 24 novembre 1981). La giurisprudenza costituzionale, al contrario – ricorda il giudice delle leggi – è ferma nel ritenere che «la “mobilità” (sentenza n. 67 del 1963) o “individualizzazione” (sentenza n. 104 del 1968) della pena» rappresenta una «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale». Con la conseguenza che, in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide (anche in campo amministrativo)⁴ devono ritenersi contrarie alla Costituzione, a meno «”che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente ‘proporzionata’ rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato” (sentenze n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980)». Siffatta condizione, tuttavia – osserva la Corte – non si verifica nel caso di specie, in cui la «gravità concreta dei singoli illeciti [...] varia in modo rilevante secondo la dimensione e l'ubicazione della sala o dell'esercizio, il grado di frequentazione, il numero di apparecchiature da gioco presenti e la circostanza che si sia di fronte a una violazione totale, ovvero solo parziale, degli obblighi previsti». Né ha pregio, in senso contrario, rilevare che l'autore della condotta illecita può ridurre l'importo dovuto avvalendosi del pagamento in misura ridotta, di cui all'art. 16 della l. n. 689 del 1981, se è vero che, per un verso, il ricorso a tale istituto è meramente eventuale e comporta «la rinuncia a difendersi in giudizio»; e per l'altro, il suo utilizzo «non esclude che la sanzione, di importo significativo anche dopo la riduzione, resti di per sé fissa e tale da accomunare violazioni di disvalore sensibilmente differenziato». Ne consegue l'annullamento della sanzione prevista dall'art. 7, comma 6, cit.

² E questo in ragione del fatto che il giudice rimettente non aveva fornito alcuna motivazione circa la «riconducibilità della fattispecie regolata dalla legislazione interna all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE», mentre ciò, per costante giurisprudenza costituzionale, «condiziona la stessa applicabilità delle norme della Carta» (punto 5 del *Considerato in diritto*).

³ Nel punto 6 della motivazione in diritto, da cui sono tratte tutte le frasi che vengono richiamate, nel testo, all'interno del presente paragrafo.

⁴ Qui la Corte supporta la sua affermazione richiamando tre precedenti: le sentt. nn. 88, 112 e 212 del 2019.

3. *Sull'ammissibilità di una pronuncia (meramente) demolitoria.*

Sino a qui, il normale fluire di argomenti, tra l'altro convincenti, che preludono all'adozione di un dispositivo di accoglimento.

Senonché, ancor prima del loro svolgimento⁵, la Corte si preoccupa, rispondendo ad un'eccezione sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, di motivare la stessa teorica possibilità di addivenire, nel caso di specie, all'adozione di una pronuncia di accoglimento tout court. Tratteggiando, in tal modo, una sorta di schema generale degli strumenti decisionali a sua disposizione a fronte dell'acclarata incostituzionalità di una misura di carattere sanzionatorio.

La Corte comincia col ricordare che: «In linea di principio, per risalente rilievo di questa Corte, non può essere ritenuta “preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina [...] che da essa può derivarne in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958)”». Tale principio, inoltre – sottolinea la Consulta – vale anche nelle ipotesi in cui il controllo di costituzionalità «verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo». In questo caso, tuttavia, occorre operare un'importante distinzione.

Qualora, infatti, «la lacuna di punibilità che conseguirebbe ad una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di “insostenibili vuoti di tutela” per gli interessi protetti dalla norma incisa», l'esigenza di ricorrere «a una pronuncia di tipo manipolativo che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione si pone imprescindibilmente»⁶. E questo «tanto più alla luce» del fatto «che un intervento legislativo teso a colmare la lacuna, per quanto immediato, opererebbe, di necessità, solo per il futuro», ex art. 25, comma 2, Cost., lasciando in tal modo irrimediabilmente prive di copertura sanzionatoria tutte le condotte illecite pregresse e sia pure in presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato, se è vero che gli effetti prodotti da una pronuncia del genere verrebbero comunque a cessare in applicazione di quanto stabilito dall'art. 30, comma 4, della l. n. 87 dell'11 marzo del 1953: «disciplina, questa» – precisa la Consulta – che è «da ritenere riferibile anche ai fatti colpiti con sanzioni amministrative a carattere punitivo (sentenza n. 68 del 2021)». Ecco, quindi, che, in simili frangenti, «la rimozione del vulnus costituzionale resta necessariamente condizionata all'individuazione», ope sententiae, «di soluzioni sanzionatorie che – nel rispetto dei limiti ai poteri di questa Corte, che escludono interventi di tipo “creativo” – possano sostituirsi a quella censurata». Soluzioni che, sottolinea la Corte, secondo i più recenti sviluppi della sua giurisprudenza, comprendono anche il possibile ricorso a pronunce autoapplicative adottate al di «fuori dal tradizionale schema delle “rime obbligate”, facendo

⁵ E cioè, più precisamente, con le riflessioni sviluppate nel punto 3 del *Considerato in diritto*, che contiene tutti i passi della sent. n. 185 del 2021 che vengono citati, tra virgolette, all'interno di questo paragrafo.

⁶ E con essa, si potrebbe aggiungere, la necessità di un'indicazione della misura sanzionatoria, che andrà a sostituire quella annullata, da parte del giudice rimettente (cfr. ad esempio, sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2019, punto 2 della motivazione in diritto).

leva su “precisi punti di riferimento” offerti dal sistema normativo vigente» e sia pure «alternativi tra loro»⁷.

Sta di fatto, tuttavia, che, nel caso in esame, il deficit di tutela conseguente all’eliminazione della norma *sub iudice*, riguardando «condotte sensibilmente antecedenti la concreta offesa all’interesse protetto» (id est: il diritto alla salute), non attingeva, nel pensiero del giudice delle leggi, al livello di particolare gravità di cui si discute⁸. Con la conseguenza che, sotto questo profilo, nulla si opponeva all’adozione di una pronuncia meramente caducatoria.

4. *Misure sanzionatorie illegittime e possibili risposte della Corte costituzionale.*

Le argomentazioni sintetizzate nel paragrafo che precede rivestono, con ogni evidenza, un rilievo che trascende i confini del singolo caso deciso. Esse ci restituiscono, infatti, un quadro articolato e sufficientemente preciso delle molteplici opzioni decisorie che la Corte ritiene praticabili ogniqualevolta si trovi a giudicare su una misura sanzionatoria (di carattere penale od amministrativo) che risulti in contrasto con la Costituzione.

Innanzitutto, secondo la Consulta, occorre distinguere, tramite valutazioni che (soprattutto nei casi di confine) non possono che dipendere – in ultima analisi – da apprezzamenti fortemente discrezionali da parte dello stesso giudice delle leggi⁹, tra le ipotesi in cui l’annullamento della norma impugnata comporti l’insorgere di un vuoto di tutela “insostenibile” a danno degli interessi alla cui protezione era preordinata la sanzione censurata; ed i casi in cui, viceversa, l’adozione di una pronuncia di mero accoglimento non darebbe vita ad una lacuna del genere e non risulta, pertanto, indispensabile individuare, tramite sentenza, la previsione sanzionatoria che andrà a prendere il posto di quella caducata.

In questo secondo frangente, come dimostra anche la lettura dell’odierna pronuncia¹⁰, la prima strada che la Corte cerca comunque di percorrere è quella di pervenire all’adozione di

⁷ Il riferimento è ad un orientamento giurisprudenziale che ha interessato (quasi) esclusivamente la materia penale (per due eccezioni si vedano le sentt. nn. 20 del 1999 e 152 del 2020) con il quale la Corte costituzionale ha iniziato ad individuare, in prima persona, la specifica disciplina che meglio si adatta alla soluzione del caso concreto pur in presenza di molteplici opzioni tutte compatibili con la Costituzione: in tema cfr., per tutti, le ricostruzioni operate da M. RUOTOLO *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 26 giugno, 648 ss.; e D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 141 ss.

⁸ Da cui, tra l’altro, il tenore non ultimativo dell’invito rivolto al decisore politico, se è vero che la Corte, in chiusura dell’odierna pronuncia, si limita a ricordare che: «Spetterà al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo».

⁹ Su questo aspetto della pronuncia in commento cfr. le riflessioni svolte da C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un’insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021)*, in *Consulta OnLine*, 10 dicembre 2021, 1019-1020.

¹⁰ Ed in particolare le riflessioni sviluppate nel punto 7 del *Considerato in diritto*, laddove il giudice delle leggi si sofferma a dimostrare che, nel «sistema vigente», non sono rinvenibili «soluzioni sanzionatorie che possano essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, in ragione dell’assimilabilità delle condotte sanzionate». A tal proposito, tuttavia, merita conto evidenziare che, dato che il *vulnus* accertato dipendeva dal carattere di *fissità* della sanzione *sub iudice*, la Consulta avrebbe forse potuto ricorrere ad una soluzione analoga a quella già praticata con la sent. n. 222 del 2018, con la quale aveva reso flessibile la pena accessoria fissa che era stabilita per i delitti di bancarotta fraudolenta disponendo che la stessa non avesse più una durata «di dieci anni», come originariamente previsto, ma «*fino a dieci anni*» (corsivo non testuale). Anche se poi non va sottaciuto che la Corte, in quel frangente, aveva potuto far riferimento ad altre norme dettate in materia che prevedevano un trattamento sanzionatorio analogamente congegnato (cfr. infatti, al riguardo, quanto argomentato, nella sent. n. 222 cit., al punto 8.4 della motivazione in diritto).

una sentenza di carattere manipolativo con la quale rimuovere il vulnus riscontrato senza per questo provocare, con la propria pronuncia, un deficit (sia pur tollerabile) di tutela. Quando, tuttavia, siffatta opzione non risulti praticabile, per la mancanza di soluzioni a rime “obbligate” o anche solo “possibili”¹¹, la Corte può (rectius: deve) accogliere semplicemente la quaestio sindacata. In presenza di un problema di costituzionalità connotato nei termini descritti, infatti, pare esclusa la stessa teorica possibilità di addivenire all’adozione di pronunce di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»¹². E questo per il semplice motivo che in assenza del pericolo dell’insorgere di una lacuna di tutela “insostenibile” per l’ordinamento, è compito del giudice delle leggi ripristinare, nell’immediato, l’ordine costituzionale violato, così da evitare che rimanga in vigore una disciplina il cui contrasto con la Costituzione è già stato acclarato come certo ed attuale. È questo, del resto, il caso che si è verificato nella fattispecie decisa con l’odierna pronuncia.

Nella prima ipotesi, invece, e cioè quando «il vuoto normativo conseguente alla rimozione pura e semplice della disposizione scrutinata non sarebbe tollerabile, neppure temporaneamente»¹³, la carenza di possibili soluzioni autoapplicative, che siano costituzionalmente “obbligate” o anche a «versi sciolti»¹⁴, non autorizza la Corte costituzionale ad accogliere, sic et simpliciter, i dubbi avanzati dal giudice rimettente. Ne consegue che, in casi del genere, ed in accordo con la ricostruzione oggi prospettata dai giudici della Consulta, alla Corte non rimane altro da fare che (cercare di) “mettere in mora” il decisore politico mediante il ricorso ad una pronuncia di carattere interlocutorio ma a (forte) valenza monitoria. Di modo che, in quest’ordine di idee, due appaiono le soluzioni in astratto praticabili:

primo: l’utilizzo di uno schema decisionale assai risalente¹⁵ mediante il quale il giudice delle leggi, pur dopo aver accertato l’esistenza di un vulnus costituzionale, si pronuncia per l’inammissibilità della quaestio scrutinata, evidenziando, quale unica argomentazione esplicita della propria scelta dispositiva, la molteplicità delle soluzioni normative atte a riempire la lacuna che si sarebbe prodotta a seguito dell’adozione di una sentenza ablativa e dunque l’esigenza di non invadere il campo riservato agli organi legislativi (i quali vengono contestualmente invitati ad intervenire rapidamente)¹⁶;

secondo: il ricorso alla tecnica decisionale che ha maggiormente affaticato, in tempi recenti, la dottrina costituzionalistica e che la Corte ha utilizzato, per la prima volta¹⁷, in occasione del caso Cappato. Con l’ord. n. 207 del 2018, infatti, la Consulta, giudicando tra l’altro proprio in

¹¹ La definizione si deve a S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 183.

¹² Nella duplice versione di decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore oppure di utilizzo della tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato (ordinanza n. 207 del 2018) (cfr., a tal proposito, la rapida descrizione di entrambe le tipologie decisionali in parola che verrà svolta in conclusione di questa stesso paragrafo). Su questa classificazione dell’ord. n. 207 cit., tra le molte prospettate in dottrina, mi sia concesso rinviare a R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consulta OnLine*, 24 aprile, 4-7.

¹³ Le parole riportate nel testo si leggono nel punto 3 della motivazione in diritto dell’odierna pronuncia.

¹⁴ Secondo la diversa definizione dell’orientamento giurisprudenziale, cui accennavo a nota 7, che è stata avanzata da D. TEGA, *La Corte*, cit., 38 (corsivo testuale).

¹⁵ Dato che il primo precedente in proposito è rappresentato dalla sent. n. 137 del 1981.

¹⁶ Per esempi recenti, in tal senso, cfr. le sentt. nn. 206 del 2019, 47, 80 e 152 del 2020, 32, 33, 120, 146 (in materia di confisca urbanistica), 200 e 240 del 2021.

¹⁷ V. infatti, in seguito, anche le ordinanze nn. 132 del 2020 e 97 del 2021.

materia penale¹⁸, aveva sì accertato l'incostituzionalità della norma impugnata, ma aveva poi escluso la possibilità sia di ricorrere ad una sentenza di mero accoglimento, perché ciò avrebbe, per l'appunto, comportato il rischio di «possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»¹⁹; sia di adottare una pronuncia di natura manipolativa, vista la complessità dell'intervento ricostruttivo richiesto nonché l'assenza di “rime obbligate”. Ebbene, in quel frangente la Corte ha ritenuto «doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale →» far «leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», e dunque rinviare di quasi un anno «la trattazione delle questioni» scrutinate, così da «consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa»²⁰. Non senza aver prima esplicitato le linee direttive cui il legislatore doveva attenersi nell'approntare, entro il termine fissato, la nuova disciplina.

5. *Un inedito ruolo per l'horror vacui?*

Ora, a prescindere dalla questione della stessa (giuridica) ammissibilità di alcune delle tecniche decisionali evocate dalla Corte²¹, quello che colpisce, della pronuncia in commento – e che quindi merita qualche ulteriore riflessione – è il ruolo che la Consulta assegna all'horror vacui. Ossia al timore, da sempre nutrito dal giudice delle leggi, per le gravi conseguenze che potrebbero determinarsi a causa dei “vuoti” normativi provocati dall'adozione di una pronuncia meramente caducatoria.

Alla Corte, infatti, basta ripescare dal fondo della sua formidabile cassetta degli attrezzi un'affermazione contenuta, addirittura, in una pronuncia del 1958²² e richiamare, altresì, in senso conforme, due decisioni di accoglimento – riguardanti misure sanzionatorie – quanto meno risalenti²³, per asserire, come ho già ricordato, che «non può essere ritenuta “preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina [...] che da essa può derivarne in ordine a determinati rapporti”». E questo perché, in ipotesi siffatte, spetta «ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, comunque sia, al legislatore provvedere a

¹⁸ Ossia sulla legittimità costituzionale del reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e sulla ragionevolezza del relativo trattamento sanzionatorio.

¹⁹ Cfr., sul punto, quanto rapidamente evidenziato nel paragrafo successivo, in corrispondenza di nota 30.

²⁰ In termini Corte costituzionale, ord. n. 207 del 2018, punto 11 in diritto.

²¹ L'allusione è alle pronunce di natura manipolativa a “rime (solo) possibili”, su cui cfr., volendo, i dubbi e i rilievi espressi in R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 31-32; ID., *Il governo degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali* 2022, n. 1, paragrafo 3.

²² Ossia, come s'è detto, la sent. n. 59 di quell'anno. La medesima affermazione, in realtà, è stata richiamata, successivamente, in qualche altra sporadica occasione, che non può, tuttavia, considerarsi un effettivo precedente per la semplice ragione che non si tratta, come invece l'odierna, di decisioni di mero accoglimento. Il riferimento è alla sent. n. 113 del 2011, con la quale la Corte ha introdotto un nuovo caso di revisione delle sentenze penali di condanna mediante il ricorso ad un dispositivo di natura additiva; e alla sent. n. 242 del 2019, che ha chiuso il cosiddetto caso Cappato – e che condivide, con la pronuncia in commento, il medesimo redattore – con la quale la Consulta ha adottato una pronuncia manipolativa a “versi sciolti”.

²³ Si tratta, infatti, delle sentt. nn. 218 del 1974 e 176 del 1976.

disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che – in conseguenza della decisione stessa – apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione»²⁴.

Un'aperta negazione, quindi, della stessa esistenza dell'horror vacui, che viene fatta per di più risalire ad una convinzione già maturata agli albori della giurisprudenza costituzionale. Peccato, però, che la storia dimostri l'esatto contrario, ossia che tale fenomeno ha influito, ed in maniera decisiva, sulla nascita di numerose prassi seguite dalla Corte costituzionale, ad iniziare da un utilizzo dilatorio dei tempi del suo processo quale espediente per prevenire pericolose "lacune", come anche, e soprattutto, sull'elaborazione dei più importanti modelli decisionali che sono stati "creati", dal nostro organo di giustizia costituzionale, al di là della rigida dicotomia accoglimento-rigetto²⁵. Tanto che, al riguardo, è risalente l'affermazione secondo cui la «storia degli strumenti decisori forgiati dalla Corte per via pretoria è [...] leggibile come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità»²⁶. Né è del resto possibile, negare che la Corte continui ad occuparsi, e con particolare attenzione, dell'impatto delle proprie pronunce anche con riferimento agli sviluppi più recenti della sua giurisprudenza. Basti qui ricordare, in estrema sintesi, la sent. n. 1 del 2014, con la quale la Consulta ha limitato gli effetti temporali dell'annullamento parziale della legge elettorale n. 270 del 21 dicembre del 2005 – azzerandoli, infatti, in praeteritum e rinviandone la decorrenza, pro futuro, al giorno in cui si sarebbero svolte nuove elezioni – in nome del «principio fondamentale della continuità dello Stato»²⁷; la sent. n. 10 del 2015, che è provvista di una clausola di totale irretroattività, al fine di evitare che l'«impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari» che sarebbe conseguito all'adozione di una pronuncia meramente caducatoria causasse «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva», finendo così «per richiedere [...] una irragionevole redistribuzione della ricchezza» proprio «a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una

²⁴ Ancora punto 3 del *Considerato in diritto*. Qui la Corte riprende, anche se non alla lettera, un'argomentazione che si legge nella sent. n. 113 del 2011, punto 8 in diritto, e che è stata successivamente riproposta anche nella sent. n. 88 del 2018. È rilevante, tuttavia, osservare come, in entrambi i casi da ultimo menzionati, la Consulta è alla fine pervenuta all'adozione di una pronuncia di natura additiva. Con tutto quanto ciò comporta circa il diverso atteggiarsi, rispetto all'ipotesi di sentenze puramente ablativo, del problema del "seguito" da dare al *dictum* del giudice delle leggi e la conseguente e minore incidenza del timore nutrito, dalla stessa, di produrre, con la propria decisione, una lacuna "insostenibile".

²⁵ Su tutto ciò mi sia permesso rinviare a R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007, spec. 69 ss.

²⁶ Così, ad esempio, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994, 563; ma v. già, nel medesimo senso, N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, spec. 32-34; nonché l'allora giudice costituzionale A. DE STEFANO, *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1976), ora in AA.VV., *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, vol. II, Roma, Corte costituzionale, 2006, 937-938, il quale individuava nella «preoccupazione [...] di evitare "vuoti" normativi non sempre prontamente colmabili dagli organi legislativi» uno dei motivi fondamentali che «hanno determinato quella varietà di decisioni che è, forse, tra le caratteristiche peculiari del sistema italiano di giustizia costituzionale». È interessante, inoltre, notare come lo stesso redattore dell'odierna pronuncia avesse affermato, in sede scientifica, che: «Tutta la storia delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento» e «delle manipolative, aggiuntive o sostitutive» aveva preso le mosse dall'«horror vacui», ossia dal «timore della lacuna» conseguente all'adozione di una pronuncia di accoglimento *tout court*, che «spesso è giustificato dall'avvertenza che il *posterius* può risultare più incostituzionale del *prius*» (così F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario svoltosi in Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, Giuffrè, 15; ID., *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali* 1989, 39).

²⁷ In termini Corte costituzionale, sent. n. 1 del 2014, punto 7 della motivazione in diritto.

congiuntura favorevole»²⁸; l'ord. n. 207 del 2018, con la quale la Corte ha “creato” un nuovo schema di decisione «in due tempi»²⁹ allo scopo di scongiurare il pericolo che dal semplice annullamento del reato di aiuto al suicidio potessero scaturire «abusi», a danno di soggetti particolarmente fragili, «in quanto malati irreversibili esposti a gravi sofferenze»³⁰; e la sent. n. 41 del 2021, con cui è stata differita la caducazione delle norme scrutinate di oltre quattro anni, a causa dell'esigenza, ritenuta prevalente, di non arrecare «un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia»³¹.

Non è un caso, pertanto, se la Corte, nel passaggio successivo del suo iter logico-argomentativo, e pur affermando che il «principio» generale enunciato in precedenza è riferibile anche alle ipotesi in cui il suo sindacato si svolga in tema di dosimetria sanzionatoria, è costretta ad ammettere l'esistenza di una “deroga” in materia a tale principio, con riferimento a quei casi in cui l'adozione di una sentenza ablativa provocherebbe un deficit di tutela “insostenibile”. Laddove, si noti, la più precisa definizione del significato di tale aggettivo – vero punctum crucis del ragionamento articolato dal giudice delle leggi – viene operata, dalla Corte, facendo unicamente riferimento al verificarsi di talune ipotesi, come quando, «ad esempio», a seguito dell'adozione di una sentenza di mero accoglimento si potrebbe determinare «una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»³².

Senonché, se si esaminano con la dovuta attenzione le argomentazioni sviluppate, dalla Corte, in proposito, ritengo sia possibile affermare che la “deroga” testé menzionata non riveste, in realtà – come invece sembrano opinare i giudici della Consulta³³ – un carattere (del tutto) eccezionale.

In primo luogo, infatti, non vedo ragioni per escludere che il ragionamento che si è appena sintetizzato valga anche nelle ipotesi in cui oggetto del controllo di costituzionalità non siano specificamente misure di carattere sanzionatorio. A meno di voler sostenere (e quindi, ancor prima, spiegare i motivi per cui) il custode della Costituzione, in altri ambiti, dovrebbe ritenersi legittimato ad adottare, senza remora alcuna, pronunce puramente demolitorie pur sapendo che a causa della sua decisione si potrebbero verificare le gravi conseguenze che si sono poc'anzi descritte³⁴. Né risulterebbe decisivo, a mio avviso, far leva, in senso contrario – sulla

²⁸ Cfr., in tal senso, la sent. n. 10 del 2015, punto 8 in diritto.

²⁹ Secondo la definizione coniata da R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro italiano* 2020, I, cc. 2565 ss.

³⁰ Così Corte costituzionale, ord. n. 207 del 2018, punti 9 e 10 del *Considerato in diritto*.

³¹ Dato che, nel pensiero della Corte costituzionale, una sentenza di accoglimento “secco”, facendo venir meno, nell'immediato, il «significativo e apprezzato» apporto dei giudici ausiliari impiegati presso le Corti d'appello, avrebbe determinato conseguenze negative sul funzionamento delle stesse (cfr., in tal senso, le riflessioni sviluppate nel punto 21 della motivazione in diritto).

³² In termini Corte costituzionale, sent. n. 185 del 2021, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³³ Che presentano l'eventualità del manifestarsi dell'*horror vacui* come fenomeno relativo ai soli giudizi su misure sanzionatorie e che anche in quest'ambito relegano tale evenienza tra le ipotesi tutt'altro che frequenti (affermando, infatti – sempre nel punto 3 della motivazione in diritto (corsivo non testuale) – che: «L'esigenza di far ricorso ad una pronuncia di tipo manipolativo [...] si pone imprescindibilmente *solo* allorché» ecc.).

³⁴ E questo in contrasto con il ruolo che è proprio dell'organo di giustizia costituzionale, se è vero che è «suo compito istituzionale *eliminare bensì le leggi incostituzionali dall'ordinamento, ma senza produrre situazioni di maggiore incostituzionalità*» (cfr., in tal senso, F. MODUGNO, *Considerazioni*, cit., 15; ID., *I criteri*, cit., 39, corsivi testuali).

scia di quanto affermato, oggi, dallo stesso giudice delle leggi – sul carattere peculiare della materia sub iudice, rimarcando il fatto che esclusivamente in ambito sanzionatorio la disciplina che andrà a sostituire quella annullata avrà necessariamente efficacia irretroattiva (ex art. 25, comma 2, Cost.), giacché dalla lettura della sentenza in commento appare evidente che l'argomento in parola viene utilizzato, dalla Corte, semplicemente ad adiuvandum («ciò tanto più alla luce della considerazione...»). Mentre l'asse portante della sua motivazione consiste, come già rilevato, nella sottolineatura dell'esigenza imprescindibile di ricorrere a pronunce di natura manipolativa ogniqualvolta la lacuna conseguente all'adozione di una sentenza di accoglimento tout court «si riveli foriera di “insostenibili vuoti di tutela” per gli interessi protetti dalla norma incisa»³⁵.

In secondo luogo, inoltre, e sempre sulla base di quanto argomentato dall'organo di giustizia costituzionale, non sarebbe corretto affermare la sostanziale ininfluenza, sul suo giudizio, dei timori ricollegabili all'horror vacui anche volendo focalizzare la nostra attenzione esclusivamente sui casi in cui il controllo di costituzionalità «verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo»³⁶. La tesi opposta potrebbe (forse) essere sostenuta con successo con riferimento alle sole ipotesi in cui la Corte si trovi a giudicare su sanzioni amministrative. Anche se poi non va sottaciuto che, nel caso deciso con l'odierna pronuncia – che riguardava, per l'appunto, una misura del genere – la Corte è giunta ad annullare la previsione sottoposta al suo sindacato non tanto in considerazione del fatto che la stessa non perseguiva un «obiettivo di sicuro rilievo costituzionale» o non svolgeva, a tale scopo, «un ruolo indubbiamente apprezzabile», quanto piuttosto in ragione della circostanza per cui, nella specifica ipotesi presa in considerazione, era riscontrabile una significativa distanza diacronica tra le condotte sanzionate (ossia il mancato rispetto di una serie di obblighi di carattere informativo) e la «concreta offesa dell'interesse protetto» (e cioè la lesione del diritto alla salute causata dal manifestarsi della ludopatia). Alla medesima conclusione, tuttavia, non è possibile pervenire, se ben si considera, con riguardo all'ambito più propriamente penalistico. Laddove, per definizione, le sanzioni stabilite dal legislatore tendono a prevenire trasgressioni a precetti ritenuti essenziali per la convivenza civile³⁷. In questo campo, pertanto, le misure previste a carico dell'autore della condotta incriminata sono poste, di norma, proprio a tutela di quei «diritti fondamentali dell'individuo» oppure di quei «beni di particolare rilievo per l'intera collettività», di cui parla, oggi, il giudice delle leggi. Con la conseguenza che la loro eliminazione provocherebbe quell'intollerabile lacuna di tutela che rende impraticabile, secondo quanto affermato dallo stesso giudice delle leggi, il ricorso a una pronuncia di mero accoglimento.

³⁵ V. ancora, per entrambe le frasi riportate tra virgolette – nonché per le altre citate nel testo sino alla fine del presente paragrafo – il punto 3 della motivazione in diritto della sent. n. 185 del 2021.

³⁶ Non concordo, pertanto, con chi afferma, in senso contrario, che la sentenza in esame «sembra inaugurare», in materia, «un “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale, nel segno della residualità del ricorso alle sentenze manipolative» (così L. TOMASI, *Nuove*, cit., paragrafo 5.2).

³⁷ Cfr. *ex multis*, in tema, la sent. n. 364 del 1988, punto 17 del *Considerato in diritto*, laddove la Corte evidenzia a chiare lettere che «le norme penali» sono «dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale”» e sono «tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

6. Per concludere. La sent. n. 185 del 2021 nel quadro dell'attuale stagione attraversata dalla giustizia costituzionale in Italia.

In conclusione, pertanto, a seguito di un'analisi un po' più approfondita delle riflessioni contenute nella sentenza in esame, mi pare possibile affermare che quelle argomentazioni che, prima facie, sembravano rappresentare una sorta di epitaffio per un fenomeno che ha fortemente influenzato il modo di agire e di decidere della Corte sin dai suoi esordi, rivestono, in realtà, un rilievo assai meno dirompente.

Resta il fatto, tuttavia, che la Corte, operando il distinguo che si è appena descritto tra lacune di tutela "tollerabili" o meno quali conseguenza dell'adozione di una sentenza puramente caducatoria, ha affermato (in astratto) ed utilizzato (in concreto) la propria capacità di risolvere questioni relative a misure sanzionatorie illegittime anche mediante il ricorso a sentenze di accoglimento tout court. Chiarendo, infatti, che, tale soluzione è praticabile, in taluni frangenti, nonostante il vuoto sanzionatorio che ne consegue, senza dover, pertanto, ricorrere, in casi del genere, a pronunce interlocutorie di inammissibilità, nella speranza, che si è (quasi) sempre rivelata vana, di un pronto intervento del decisore politico³⁸.

Ne discende che, sotto questo il profilo, la pronuncia cui sono dedicate le presenti annotazioni sembra inserirsi a pieno titolo in una stagione, quale quella attualmente attraversata dalla giustizia costituzionale in Italia, che si caratterizza, come è a tutti noto, per una «rinnovata ricerca di centralità»³⁹, da parte del giudice delle leggi, la quale si traduce, inevitabilmente, in un suo accentuato attivismo⁴⁰. Senza dimenticare, tuttavia, che la Corte, con l'odierna sentenza, non dà vita a quei dubbi, circa il mancato rispetto di principi o regole di natura processuale, che hanno viceversa accompagnato l'utilizzo di altri modelli di decisione recentemente elaborati⁴¹, ma anzi rivendica e dunque si riappropria, per lo meno in parte qua, del suo tradizionale ruolo di giurisdizione di mero annullamento.

³⁸ Un'analogia *ratio*, del resto, è alla base, se ben si considera, della "creazione", sempre in ambito penale, delle sentenze a "rime possibili": cfr. ad esempio, al riguardo, quanto osservato dalla Presidente Cartabia nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2019: «Mentre in passato la Corte, trovandosi davanti a una pluralità di alternative possibili per rimediare al vizio di incostituzionalità tendeva ad arrestarsi sulla soglia della inammissibilità, oggi, al contrario, «sempre più frequentemente», e «pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, [...] decide nel merito» (in termini M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, 8). Sotto questo profilo, pertanto, l'odierna pronuncia sembra rappresentare un ulteriore tassello di «un fenomeno» più generale, che è «in atto da alcuni anni» e che vede una «progressiva dilatazione del controllo» di costituzionalità in materia di dosimetria sanzionatoria, «il cui regista consapevole è la stessa Corte costituzionale» (per riprendere parole di G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2017, 2).

³⁹ Così D. TEGA, *La Corte*, cit., 11 e 24.

⁴⁰ E nella conseguente maggiore imprevedibilità – dovuta a progressivi aggiustamenti o a rapidi *revirement* – che caratterizza diversi orientamenti della giurisprudenza costituzionale e che va ben oltre le normali oscillazioni connaturate all'esercizio della funzione giurisdizionale: su questa problematica, con specifico riferimento alla pronuncia in commento, cfr. C. DE LUCA, *La Corte*, cit., 1020; nonché, più in generale, R. PINARDI, *Il governo*, cit., paragrafo 3.1.

⁴¹ Basti pensare alle pronunce temporalmente manipolative (*pro futuro* e *pro praeterito*), su cui mi sia concesso rinviare a R. PINARDI, *Il governo*, cit., *passim*, ma anche ad altre tipologie decisionali, che esulano dalla tematica della modulazione degli effetti nel tempo delle declaratorie di incostituzionalità, su cui cfr., volendo, ID., *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, spec. 1899-1907; 1915-1917; 1929 nota 45.



Alessandro Morelli*

Le “convergenze parallele” dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: «stato di emergenza» e «stato di necessità» alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. I diversi modelli normativi ai quali si è fatto ricorso nella gestione dell'emergenza sanitaria. – 2. La deliberazione dello stato di emergenza come «punto di intersezione» tra i d.p.c.m. e le ordinanze di protezione civile, secondo la sent. n. 198/2021. – 3. «Stato di emergenza», «stato di necessità» e «stato di eccezione»: l'*horror vacui* della democrazia costituzionale.

1. I diversi modelli normativi ai quali si è fatto ricorso nella gestione dell'emergenza sanitaria

La disciplina con la quale, a partire dalla deliberazione dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020, è stata gestita finora la pandemia da Sars-CoV-2 è apparsa, da subito, riconducibile a diversi – e non facilmente conciliabili – modelli normativi: quello offerto dal Codice di protezione civile, quello delle ordinanze contingibili e urgenti previste dall'art. 32 della legge sul Servizio sanitario nazionale e, infine, un terzo modello consistente nell'uso di decreti-legge e d.p.c.m.

Una prima modalità di intervento è quella consentita proprio dalla deliberazione dello stato di emergenza «di rilievo nazionale», prevista dall'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018 (*Codice della protezione civile*), il quale stabilisce, al primo comma, che il compito di adottarla è del Consiglio dei ministri, il quale, nella medesima delibera, fissa la durata dello stato di emergenza e ne determina l'estensione territoriale «con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi». Il Consiglio autorizza, inoltre, l'emanazione delle ordinanze di protezione civile, individua le prime risorse finanziarie da destinare all'avvio delle attività di soccorso e assistenza alla popolazione nonché gli interventi più urgenti, nelle more della ricognizione in ordine agli effettivi fabbisogni, e, infine, autorizza la spesa nell'ambito del Fondo per le emergenze nazionali¹. L'art. 5 del Codice

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Lo «stato di emergenza di rilievo nazionale», a norma dell'art. 7, lett. d), del d.lgs. n. 1/2018 comprende i casi di «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo». Sulla riconducibilità dell'emergenza sanitaria a tale fattispecie sia consentito rinviare al mio *Editoriale. Illegittimità dei Dpcm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dirittobancario.it*, settembre 2020.

attribuisce il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio, il quale, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione dello stato di emergenza nazionale, può esercitarlo per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile; l'art. 25 prevede, poi, al primo comma, che tali ordinanze possano essere adottate «in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»².

Per quanto concerne il secondo dei modelli normativi ai quali si è fatto ricorso, l'art. 32 della legge n. 833/1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*) prevede, al primo comma, che il Ministro della salute possa emettere «ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni». Nelle stesse materie, aggiunge il secondo comma del medesimo articolo, ordinanze analoghe possono essere emesse dal Presidente della Giunta regionale o dal sindaco, «con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale».

In base a terzo modello, inaugurato con il d.l. n. 6/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 13/2020 (provvedimento, poi, quasi integralmente abrogato dal d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 35/2020), le fattispecie delle misure atte a fronteggiare l'emergenza sono previste in decreti-legge e poi concretamente adottate tramite d.p.c.m.

Sulla compatibilità di tale ultimo modello con il dettato costituzionale (o meglio: con alcune norme della legge fondamentale) si è pronunciata la Corte costituzionale con la sent. n. 198/2021, facendo salva la legittimità del d.l. n. 19/2020, almeno in relazione ai termini e ai profili evocati in giudizio, e dichiarando l'inammissibilità delle questioni sollevate riguardo al d.l. n. 6/2020.

Quel che, in premessa di queste sintetiche notazioni, occorre rilevare è che, sin dal principio dell'emergenza, i suddetti modelli normativi hanno costituito *contemporaneamente* (e continuano a rappresentare) le matrici di tutti i provvedimenti adottati per fronteggiare e contenere la pandemia. In base a tali matrici, si è così dato vita a una quantità esorbitante di ordinanze di protezione civile, ordinanze del Ministro della salute, ordinanze regionali e sindacali, decreti-legge e d.p.c.m., una proliferazione di atti regolativi dovuta probabilmente anche all'ansia, avvertita dai tanti attori istituzionali dei vari livelli territoriali di governo, di dimostrare il proprio impegno sul campo, adottando in modo compulsivo provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte più restrittivi di questi ultimi³.

Anche dopo che, a partire dal d.l. n. 30/2021 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 61/2021), il ricorso ai d.p.c.m. è diminuito, il terzo modello normativo non è stato abbandonato del tutto: basti pensare alle previsioni dell'ultimo d.l. n. 1/2022, che ha esteso l'obbligo del c.d. "green pass base" per l'accesso ai servizi alla persona, ai pubblici uffici, ai servizi

² Il medesimo comma precisa, inoltre, che «le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate e, ove rechino deroghe alle leggi vigenti, devono contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare e devono essere specificamente motivate».

³ Sul punto sia consentito rinviare al mio *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Dir. reg.*, 1/2020, 518 ss.

postali, bancari e finanziari e per i colloqui visivi in presenza con detenuti e internati, facendo salvi i servizi necessari «per assicurare il soddisfacimento di esigenze essenziali e primarie della persona», che devono essere individuati proprio con d.p.c.m. (art. 1, co. 1, lett. b))⁴.

L'adozione di un metodo di regolazione fortemente accentrato, basato sul largo impiego dei d.p.c.m., ha comunque inteso rispondere, com'è stato sottolineato⁵, a una profonda esigenza costituzionale: quella di una sicura attribuzione di responsabilità politica per agli atti emergenziali che importavano limitazioni drastiche ai diritti fondamentali. In tal senso, lo schema previsto dal Codice di protezione civile e, a maggior ragione, quello delle ordinanze contingibili e urgenti disciplinate dall'art. 32 della legge n. 833/1978 sono apparsi del tutto insufficienti.

Senza entrare qui nel merito dell'adeguatezza della soluzione adottata, deve, tuttavia, notarsi⁶ l'insufficienza della *normativa sulle fonti emergenziali*, carenza a fronte della quale appare necessaria l'adozione di più solidi e stabili strumenti di regolazione.

La sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale offre, al riguardo, un interessante spunto di riflessione laddove fa riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza come «punto di intersezione» tra modelli di regolazione volti a fronteggiare l'emergenza. Un punto di intersezione che rischia, come si tenterà di dimostrare, di fornire un'autonoma base di legittimazione a processi normativi incompatibili con il dettato costituzionale. In altri termini, lo stato di emergenza, che, in base al diritto vigente, corrisponde a una condizione fattuale alla quale la disciplina sulla protezione civile subordina l'attivazione di precisi strumenti di regolazione, potrebbe finire con l'essere identificato con lo «stato di necessità», inteso come fonte del diritto, dietro cui, a sua volta, aleggia lo spettro dello schmittiano «stato di eccezione». Emergenza, necessità ed eccezione sono concetti diversi, che hanno costituito oggetto di varie elaborazioni teoriche⁷. E, tuttavia, l'ormai generico riferimento allo stato di emergenza riscontrabile nella più recente normazione emergenziale (che non richiama più nemmeno le relative norme del Codice di protezione civile) sembra voler attribuire a tale condizione una sorta di *plusvalore costituzionale*, diretto a legittimare l'adozione di soluzioni istituzionali e normative derogatorie di principi fondamentali.

2. La deliberazione dello stato di emergenza come «punto di intersezione» tra i d.P.C.m. e le ordinanze di protezione civile, secondo la sent. n. 198/2021

⁴ Il d.p.c.m. in questione è stato adottato il 21 gennaio 2022.

⁵ Cfr., in tal senso, A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta OnLine*, III/2021, 841 ss.

⁶ ... con autorevole dottrina: cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta OnLine*, III/2020, 684 ss.

⁷ Cfr., oltre alla voce di C.F. GROSSO, *Necessità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXVII (1977), 866 ss., cui si rinvia per un quadro delle prime teorie in materia, tra gli scritti più recenti: G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Bari, Cacucci, 2010; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; P. CARNEVALE, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016; E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

Nel giudizio deciso con la sent. n. 198/2021, la Corte costituzionale si è trovata a pronunciarsi su alcune questioni sollevate dal Giudice di pace di Frosinone riguardo agli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6/2020 e agli artt. 1, 2 e 4 del d.l. n. 19/2020. Secondo l'argomentazione del giudice remittente, le norme impugnate avevano sostanzialmente delegato al Governo la funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia, per il suo esercizio tramite meri atti amministrativi (i d.p.c.m.), in violazione degli artt. 76, 77 e 78 Cost.

Il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate in merito al d.l. n. 6 per difetto di rilevanza, in quanto la fattispecie oggetto del giudizio principale (che riguardava un'opposizione proposta contro una sanzione amministrativa inflitta per la violazione del divieto di uscire dalla propria abitazione e spostarsi nel territorio comunale, previsto da alcuni d.p.c.m.) ricadeva temporalmente sotto la vigenza del d.p.c.m. del 10 aprile 2020, attuativo del d.l. n. 19. Le questioni inerenti a quest'ultimo provvedimento, invece, sono state dichiarate infondate, in ragione del fatto che il d.l. n. 19, «lungi dal dare luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.», si sarebbe limitato «ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste»⁸. La tipizzazione delle misure, contenuta nel decreto in questione, risulterebbe, dunque, sufficiente a farne salva la compatibilità con la Costituzione; a differenza del precedente d.l. n. 6/2020 (del quale, pertanto, la Corte sembrerebbe implicitamente ammettere l'illegittimità), il d.l. n. 19 conterrebbe previsioni atte a tipizzare sufficientemente le misure emergenziali, tanto da consentirne l'assimilazione ai cc.dd. «atti necessitati», emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto⁹. Una qualificazione, quest'ultima, non certo pacifica in dottrina, con la quale, si è obiettato, striderebbe la discrezionalità che avrebbe esercitato il Presidente del Consiglio nell'adozione dei provvedimenti in esame, testimoniata, tra l'altro, dalla «parlamentarizzazione» prevista dal d.l. n. 19/2020, consistente nella previsione di un obbligo di riferire ogni quindici giorni alle Camere, da parte dello stesso Presidente del Consiglio o di un suo delegato, sul contenuto dei d.p.c.m., e dalla possibilità, riconosciuta ancora al Presidente del Consiglio, di non chiedere il parere del Comitato tecnico-scientifico ai fini dell'adozione delle misure, considerato che «la scelta degli strumenti utili a valutare la sussistenza di elementi di fatto rappresenta essa stessa una forma di valutazione che trascende la mera discrezionalità amministrativa»¹⁰. Sembra, tuttavia, che, come pure è stato notato¹¹, la Corte non si sia pronunciata espressamente sulla natura giuridica dei provvedimenti in questione, limitandosi ad accostare «per certi versi» i d.p.c.m. agli «atti necessitati»¹² e concludendo nel senso di ritenere sufficienti la tipizzazione delle fattispecie effettuata dal d.l. n. 19 e la natura esecutiva degli stessi d.p.c.m.

⁸ Corte cost., sent. n. 198/2021, punto 6.3 del cons. in dir.

⁹ Corte cost., sent. n. 198/2021, punto 8 del cons. in dir.

¹⁰ M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n. 198/2021*, in *Federalismi.it*, 15/2021, 85. Sostiene, invece, la tesi dei d.p.c.m. come «atti necessitati» L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, spec. 122 ss., al quale si rinvia anche per un'attenta disamina delle varie teorie relative alla natura giuridica di tali provvedimenti (119 ss.).

¹¹ Cfr. M. FRANCAVIGLIA, *Il sistema dei d.P.C.m. al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. comp.*, 10 gennaio 2022, 5.

¹² Su tale categoria, con riguardo all'argomentazione sviluppata dalla Corte nella sent. n. 198/2021 cfr. ora A. ARCURI, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in *Giust. ins.*, 19 gennaio 2022, spec. par. 2.2.

Riguardo alla differenza tra le misure previste nei d.p.c.m. e quelle delle ordinanze contingibili e urgenti, la Corte precisa, pertanto, che si tratterebbe di modelli diversi, essendo le seconde riconducibili alla categoria delle “ordinanze necessitate”, a contenuto libero (alle quali appartenerebbero anche le ordinanze di protezione civile). I due modelli sarebbero, dunque, nettamente distinti e distinguibili, «malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza»¹³. Non si chiarisce in cosa consisterebbe esattamente tale *intersezione* e, in particolare, se essa si sostanzia nella mera condivisione, da parte di tutti i tipi di provvedimenti emergenziali dello stesso contesto fattuale che ne giustificerebbe l'adozione o se, invece, voglia dirsi che la dichiarazione dello stato di emergenza fornirebbe ai provvedimenti un valore aggiunto, spendibile, per così dire, nel sindacato di costituzionalità. Quest'ultima lettura non sembra ammissibile alla luce del vigente quadro normativo: la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, come si è detto, consente soltanto l'adozione delle misure previste dal Codice di protezione civile, non altre, né può conferire alle ordinanze contingibili e urgenti *ex art.* 32 della legge n. 833/1978 o ai d.p.c.m. previsti dai decreti-legge adottati per fronteggiare la pandemia una sorta di patente di legittimità.

Deve aggiungersi, peraltro, che l'incerto passaggio sopra richiamato fa da contraltare alle incertezze che hanno caratterizzato finora le proroghe dello stato di emergenza, dapprima disposte con delibere del Consiglio dei ministri, poi con decreti-legge (a partire dal n. 105/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 126/2021 e, da ultimo, con il n. 221/2021, che ha prorogato lo stato di emergenza fino al 31 marzo 2022); scelta che presumibilmente ha inteso rispondere alle critiche di chi aveva notato che, dinanzi alla portata dell'attuale pandemia, non potesse non prevedersi il coinvolgimento del Parlamento, anche solo in sede di conversione di un eventuale d.l. che appunto disponesse o prorogasse lo stato di emergenza¹⁴.

Nelle ultime previsioni di proroga, peraltro, non si fa nemmeno riferimento alle disposizioni del Codice di protezione civile che disciplinano i presupposti e il regime giuridico dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

Sembra, in sostanza, che le “convergenze parallele” che parrebbero condurre i diversi modelli normativi verso il «punto di transizione» della dichiarazione di emergenza siano orientate, più che verso un crocevia normativo, in direzione del vecchio paradigma dello «stato di necessità», il cui diritto di cittadinanza nello Stato costituzionale è, però, quantomeno discutibile e che, soprattutto, rischia sempre di aprire la strada a narrazioni ispirate dalla mitologia dello «stato di eccezione».

3. «Stato di emergenza», «stato di necessità» e «stato di eccezione»: l'horror vacui della democrazia costituzionale

¹³ Corte cost., sent. n. 198/2021, punto 8.1 del cons. in dir.

¹⁴ Cfr. in tal senso, tra gli altri, G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Oss. sulle fonti*, fasc. psec., 2020, 552 ss.; L. CASTELLI, *Una fonte anomala*, cit., spec. 98 ss.

Il riferimento allo «stato di necessità» a proposito delle misure adottate per contrastare la pandemia è insidioso, data l'ampio spettro semantico della formula e la varietà di ricostruzioni dottrinali offerte riguardo al contenuto di tale categoria¹⁵. Sembra, tuttavia, che sia proprio questo il significato sostanziale che ha finito con l'assumere oggi lo «stato di emergenza di rilievo nazionale», la cui proroga non sembra più funzionale tanto, o soltanto, a consentire l'impiego degli strumenti offerti dal Codice di protezione civile, quanto a certificare la permanenza di una condizione di fatto richiedente l'adozione di provvedimenti *extra ordinem* a difesa della sopravvivenza dell'ordinamento in una situazione di grave emergenza. Se si guarda, però, a quali provvedimenti avrebbero trovato legittimazione nello «stato di necessità», può notarsi come, in effetti, non si tratti di mezzi nuovi: da un lato, il decreto-legge, «strumento, non surrogabile, da utilizzare per interventi immediati»¹⁶ nelle ipotesi di emergenza; dall'altro lato, il d.p.c.m., provvedimento in passato già utilizzato anche per l'adozione di misure restrittive di diritti costituzionali e per l'affidamento al Presidente del Consiglio di un potere decisorio in situazioni emergenziali diverse da quelle previste dalla disciplina sulla protezione civile¹⁷. Non sono, dunque, inediti gli strumenti normativi impiegati, ma i profili *quantitativi* del loro uso.

Occorre chiedersi, però, se a giustificare l'uso massivo di tali strumenti sia la condizione fattuale rappresentata dalla pandemia, che esige urgenti ed efficaci risposte normative, o un'autonoma fonte di produzione del diritto chiamata «stato di necessità». Nella ricostruzione di Santi Romano, com'è noto, la «necessità» assume addirittura il ruolo di «fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che, rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate»¹⁸. La connotazione metaforica della parola «fonte» – contro cui già metteva in guardia Enrico Paresce¹⁹ – consente e suggerisce, tuttavia, pericolose traslazioni²⁰. Radicale, quanto condivisibile, appare, al riguardo, la critica di Tomaso Perassi, secondo cui considerare la «necessità» una fonte significa adottare un concetto di fonte del diritto per il quale non costituisce premessa essenziale la norma, postulandosi, in tal modo, un paradigma che si colloca al di fuori della dogmatica giuridica (al pari della «natura delle cose» o della «volontà divina») ²¹. L'obiezione appare fondata anche nel peculiare contesto della democrazia costituzionale, benché in quest'ultima debba riconoscersi ai *fatti* un ruolo primario all'interno di tutti i processi decisionali pubblici²²: risulta inconcepibile, in sostanza, l'idea di una fonte

¹⁵ V. gli scritti richiamati *supra*, nota 7.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 ottobre 2020.

¹⁷ Si pensi, da una parte, al d.p.c.m. con cui, in base all'art. 3 della legge n. 17/1982, è ordinato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, lo scioglimento delle associazioni segrete la cui esistenza sia stata accertata con sentenza irrevocabile e la confisca dei beni delle stesse; dall'altra parte, al d.p.c.m. n. 108 del 6 giugno 2014, che ha dato attuazione al d.l. n. 21/2012 (c.d. *Golden Power*), indicando le attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale. Per questi esempi, cfr. L. CASTELLI, *Una fonte anomala*, cit., 148 ss., al quale si rinvia anche per un'approfondita disamina della fenomenologia dei d.p.c.m. e delle varie tesi sulla natura di tale provvedimento.

¹⁸ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, 297 s.

¹⁹ Cfr. E. PARESCHE, *Fonti del diritto (fil.)*, in *Enc. dir.*, XVII (1968), spec. 893 ss.

²⁰ Sulla «caratura autoritaria» della tesi romaniana cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2/2020, 113 s., nota 28.

²¹ Cfr. T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dogmatica della produzione giuridica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 200.

²² Si rinvia, per tutti, alla densa riflessione di L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005.

fattuale autonoma che di per sé possa produrre norme al di fuori della legalità costituzionale e, dunque, anche dei principi fondamentali dell'ordinamento. Al contrario, la legalità costituzionale, quantomeno nei suoi principi, deve essere fatta rispettare anche nella dimensione dell'emergenza; del resto, in questa prospettiva, possono apprezzarsi le istanze (poi parzialmente recepite negli stessi processi normativi) di una maggiore tipizzazione delle fattispecie da parte dei decreti-legge che autorizzavano l'adozione di misure restrittive di diritti fondamentali, nel rispetto del principio di legalità, e di un maggiore coinvolgimento del Parlamento nell'attività di produzione normativa, cui si è provato a far fronte con la c.d. "parlamentarizzazione" dei d.p.c.m.

La straordinaria capacità espansiva dei principi fondamentali della Costituzione, che ne consentono l'adattamento anche a contesti emergenziali imprevedibili (ma non inimmaginabili), giustifica, del resto, quella sorta di *horror vacui* della democrazia costituzionale²³, che la rende refrattaria a interventi salvifici idonei a sacrificarne irrimediabilmente gli stessi principi di fondo²⁴. In altri termini, eventi concretamente imprevedibili ma astrattamente configurabili (come appunto una pandemia) non risultano ingestibili con le forme giuridiche vigenti ed entro le coordinate assiologiche dell'ordinamento costituzionale; in tal senso, come ha rilevato Paolo Carnevale, quello di cui si sta parlando è un «evento-situazione che, piuttosto che presentarsi in sé come sovversivo dell'ordinamento in quanto tale, mette direttamente a repentaglio un bene di assoluto pregio costituzionale, qual è la salute, individuale e collettiva, oggetto della specifica tutela *ex art. 32*. Ed è – si badi bene – proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l'adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali, del meccanismo di produzione normativa, delle dinamiche proprie della forma di governo, cioè in buona misura del sistema ordinamentale nel suo complesso»²⁵. Non, dunque, di deroghe o sospensioni della Costituzione potrebbe parlarsi, a proposito dell'emergenza sanitaria, ma di una «*smisurata, diffusa, inusitata*, quanto a latitudine, operazione di macrobilanciamento fra diritti costituzionalmente garantiti»²⁶. Si tratta di una ricostruzione pienamente condivisibile, che mostra l'estraneità dei problemi suscitati dall'emergenza sanitaria rispetto alle questioni affrontate dalla dottrina dello «stato di necessità». Sarebbe meglio, dunque, una volta per tutte, sgombrare il campo della riflessione da tale paradigma, il quale rischia di alimentare una narrazione mitologica²⁷ e di aprire le porte al ben più pericoloso feticcio dello «stato di eccezione», mistica rappresentazione di una «terra di nessuno fra il diritto

²³ In tal senso, nota G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, il Mulino, 2004, 210, che negli ordinamenti dello Stato costituzionale si riscontra una «tendenziale ostilità» a formalizzare i regimi di emergenza.

²⁴ Fa eccezione, nell'ordinamento italiano, la previsione della deliberazione dello stato di guerra *ex art. 78 Cost.*, guerra – occorre sottolinearlo – comunque ripudiata, in base a quanto previsto dall'art. 11, come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali».

²⁵ P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 44.

²⁶ *Ivi*, 45.

²⁷ ... su cui sia consentito rinviare a V. AZZOLLINI, A. MORELLI, *Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid*, in *Conculta OnLine*, III/2021, 749 ss.

pubblico e il fatto politico»²⁸, condizione di vuoto assoluto nella quale, secondo Carl Schmitt, troverebbe espressione la decisione del vero sovrano²⁹.

Sul versante del diritto positivo, occorrerebbe piuttosto eliminare – per usare ancora le parole della Corte – i «punti di intersezione» tra modelli normativi emergenziali, che creano confusione e supportano le pericolose narrazioni di cui si è detto. In tal senso, non possono che suscitare perplessità le continue proroghe (l'ultima delle quali ha superato i due anni massimi previsti dall'art. 24, co. 2, del Codice di protezione civile) della deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, sia per l'incertezza permanente che tale condizione comporta sia perché, soprattutto, la quasi totalità delle misure di gestione della pandemia sono state adottate con decreti-legge e d.p.c.m., strumenti normativi che, come si è detto, sono del tutto indipendenti dalla delibera dello stato di emergenza.

A due anni di distanza dall'inizio della pandemia, i tempi appaiono maturi quantomeno per una riorganizzazione della disciplina emergenziale in un testo unico, contenente prescrizioni chiare e stabili sulle competenze e sui modi di esercizio dei poteri normativi anche in condizioni esorbitanti i limiti dell'emergenza di rilievo nazionale prevista dalla disciplina sulla protezione civile.

²⁸ G. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, 10.

²⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1934, II ed.), in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, trad. di P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, 33 ss.



Simone Barbareschi*

Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021**

SOMMARIO: 1. Qualche premessa e il quadro normativo di riferimento. – 2. La questione di legittimità sollevata dalla Corte di Appello di Milano. – 3. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea sulle cause di rifiuto del mandato di arresto europeo. – 4. Il cambio di prospettiva rispetto all'ordinanza di rimessione e il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale. – 5. Conclusioni. I controlimiti nell'ord. n. 216 del 2021: tra scudo (dal) e fendente (al) diritto europeo.

1. Qualche premessa e il quadro normativo di riferimento

L'ordinanza del 23 settembre 2021, n. 216, con la quale la nostra Corte costituzionale rivolge un nuovo quesito interpretativo alla Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 267 TFUE, rappresenta – seppur con le peculiarità che saranno qui illustrate – un ulteriore sintomo dell'attuale fase di normalizzazione¹ del ricorso al rinvio pregiudiziale nella giurisprudenza del giudice delle leggi. Sin d'ora, può rilevarsi che l'ordinanza in commento mostra plurimi profili di interesse, in ragione sia del rilievo attribuito al diritto inviolabile alla salute, nella sua declinazione di diritto sociale alle cure, sia delle argomentazioni addotte dalla Consulta nell'interlocuzione con la Corte di giustizia.

La decisione trae origine da una questione di legittimità sollevata dalla Corte di Appello di Milano e avente ad oggetto gli artt. 18 e 18-*bis* della legge 22 aprile 2005, n. 69 (*Disposizioni per*

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Sul punto si veda A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *federalismi.it*, n. 1/2021, 117 ss. Si noti che il 18 novembre 2021, contestualmente all'ord. n. 216/2021, è stata depositata dalla Corte costituzionale un'altra ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla disciplina del mandato di arresto europeo: l'ord. 21 ottobre 2021, n. 217, con la quale il giudice delle leggi presenta un quesito interpretativo sull'art. 4, par. 6, della decisione quadro, chiedendo se – anche alla luce di una lettura in combinato con l'art. 1, par. 3, della medesima decisione quadro – precluda «in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo». Su di questa v., in questo stesso numero della *Rivista*, A. MASSARO, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale*.

conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri). Come si dirà meglio a breve, tali articoli disciplinano nell'ordinamento nazionale i motivi di rifiuto obbligatorio e quelli di rifiuto facoltativo di consegna delle persone condannate o indagate nell'ambito delle procedure di esecuzione del mandato di arresto europeo (d'ora in avanti anche m.a.e).

Al fine di comprendere la portata dei dubbi di legittimità costituzionale avanzati dalla Corte di Appello meneghina, nonché il contenuto dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, si rende necessario ricostruire brevemente il quadro normativo in cui si inseriscono le disposizioni censurate.

Con l'adozione della decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 luglio 2002, l'Unione europea si è dotata dell'istituto del mandato di arresto europeo, diretto – come si evince dai numerosi *Considerando* in apertura della normativa sovranazionale – a superare il farraginoso sistema intergovernativo dell'extradizione², attraverso l'introduzione di un modello «semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate»³ e il coinvolgimento delle sole autorità giudiziarie nazionali.

Per tali motivi, il riconoscimento reciproco delle decisioni straniere⁴ e la fiducia reciproca (*mutual trust*) costituiscono i principi conformativi dell'intera normativa, nonché gli indispensabili presupposti per la creazione di un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel territorio dell'Unione europea⁵.

All'interno della disciplina sovranazionale assume particolare rilievo l'art. 1, ove all'ultimo paragrafo (par. 3) si statuisce che la decisione quadro non fa venire meno il dovere di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del TUE.

Inoltre, dopo aver definito il m.a.e. come «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro» (par. 1),

² Com'è fin troppo noto, difatti, il meccanismo dell'extradizione si fonda su due decisioni: una prima, rimessa all'autorità giudiziaria, è diretta a verificare che nulla osti all'esecuzione della richiesta di estradizione; la seconda, invece, spetta al potere esecutivo (nella persona del Ministro della giustizia) e presenta dei profili di natura politica e discrezionale (c.d. *exequatur*). In materia di estradizione operano due principi: il principio della doppia incriminabilità, per cui il fatto per cui si procede deve essere punito tanto dalla normativa estera, quanto da quella statale, e il principio di specialità, per lo Stato richiedente non può comunque procedere per fatti diversi e antecedenti a quelli per cui è stata presentata richiesta di estradizione. Per una ricostruzione si veda M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015, 1149 ss.

³ Decisione quadro 2002/584/GAI, *Considerando* n. 5.

⁴ Sul tema si rinvia a J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, 341 ss. e K. LENAERTS, *The principle of mutual recognition in the area of freedom, security and justice*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 3/2015. A tal proposito si veda l'art. 1, par. 2, 2002/584/GAI, ove si afferma che «gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro», nonché il *Considerando* n. 6, secondo cui «Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria». Sul punto si rinvia a M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Europa e sistema penale*, n. 2/2017, 178 ss. e in *Diritto penale contemporaneo*, 1 ss., la quale evidenzia che «il principio del mutuo riconoscimento presuppone la reciproca fiducia tra Stati membri sul rispetto dei diritti fondamentali» (corsivo aggiunto).

⁵ Si veda quanto affermato al *Considerando* n. 5.

l'articolo prevede un obbligo di esecuzione dello stesso da parte di ciascun paese dell'Unione (par. 2)⁶.

Tuttavia, questo vincolo trova un limite nelle ipotesi di rifiuto obbligatorio e in quelle di rifiuto facoltativo⁷, analiticamente previste dagli artt. 3 e 4 della decisione quadro. A tal proposito, si deve notare che, attraverso una tassativa elencazione dei casi di diniego, il legislatore europeo mira a circoscrivere il controllo dell'autorità giudiziaria dello stato di esecuzione alla sola sussistenza dei requisiti formali e all'assenza dei motivi ostativi espressamente indicati⁸, in ossequio al già citato principio del mutuo riconoscimento.

Tutto ciò premesso, la legge n. 69/2005 presenta alcune "deviazioni" dalla normativa europea⁹.

Per ciò che interessa in questa sede, l'originaria versione dell'art. 18 si caratterizzava per delle evidenti dissonanze rispetto alla decisione quadro: da una parte, eliminava ogni margine discrezionale dell'autorità giudiziaria, rendendo obbligatori tutti i motivi di rifiuto contemplati; dall'altra, introduceva ulteriori ipotesi di diniego, alcune delle quali fondate sull'art. 1, par. 3, e

⁶ Sul punto si veda I. GUERINI, *Mandato di arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute: una "nuova" questione di legittimità costituzionale*, in *Sistema penale*, n. 1/2021, 75, secondo cui il richiamo ai diritti previsti dall'art 6 TUE avrebbe carattere meramente programmatico, come emergerebbe nitidamente dalle recenti interlocuzioni tra le istituzioni europee in tema di m.a.e. Difatti, la Commissione non ha dato seguito all'invito rivolto nel 2014 dal Parlamento europeo di inserire una specifica ipotesi di rifiuto di consegna per violazione dei diritti fondamentali non strettamente connessi al processo penale, preferendo porre l'accento sulla «maggiore implementazione e progressiva armonizzazione dei diritti processuali in favore dell'imputato».

⁷ I motivi di rifiuto facoltativo attribuiscono un margine di discrezionalità all'autorità giudiziaria del paese di esecuzione, «pur ricordando che, alla luce del principio di mutuo riconoscimento, la consegna del ricercato allo Stato emittente deve essere la regola ex art. 1.2, ed il rifiuto l'eccezione» (G.A. LOMBARDI, *Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative*, in *Archivio penale*, n. 1/2021, 6).

⁸ Cfr. M. LIPANI – S. MONTALDO, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Legislazione penale*, 5 luglio 2017, 4, al quale si rinvia anche per un'approfondita ricostruzione dei motivi di rifiuto obbligatorio, previsti dall'art. 3, e dei motivi di rifiuto facoltativo, contemplati dall'art. 4. Le ipotesi rientranti nel primo gruppo rispondono all'esigenza di evitare di procedere alla consegna di una persona già giudicata per i medesimi fatti con una sentenza irrevocabile, ossia all'interesse al rispetto del *ne bis in idem* (art. 3, punto 2); alla necessità di non eseguire il mandato se nello Stato di esecuzione il reato per cui si procede è coperto da amnistia (art. 3, punto 1); infine, ad una garanzia di tutela di colui nei cui confronti è stato emesso il mandato di arresto, se in base alla legge dello Stato di esecuzione, a causa dell'età, non può essere considerato penalmente responsabile (art. 3, punto 3). I motivi di rifiuto facoltativi, invece, sono individuati dalla decisione quadro in sette ipotesi: la mancanza della doppia incriminazione (art. 4, punto 1); una situazione di c.d. litispendenza (art. 4, punto 2); l'impossibilità di procedere per l'illecito penale alla base del mandato (art. 4, punto 3); la prescrizione dell'azione penale e della pena, secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione (art. 4, punto 4); nel caso di sentenza definitiva per gli stessi fatti da parte di un paese terzo (art. 4, punto 5); nel caso di dimora, cittadinanza e residenza della persona ricercata nello Stato di esecuzione, laddove questo si impegni ad eseguire la pena o la misura di sicurezza (art. 4, punto 6); nel caso in cui secondo la legge dello Stato di esecuzione i reati si considerano commessi «in tutto o in parte nel suo territorio, o in un luogo assimilato al suo territorio» (art. 4, punto 6, lett. a); oppure laddove i reati siano stati commessi «al di fuori del territorio dello Stato membro emittente, se la legge dello Stato membro di esecuzione non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio» (art. 4, punto 6, lett. b). Infine, si deve rilevare che l'art. 4-bis, introdotto con la decisione quadro 2009/299/GAI, prevede un ulteriore motivo di rifiuto facoltativo, per l'ipotesi in cui la persona da consegnare sia stata condannata ovvero risulta destinataria di una misura di sicurezza privativa della libertà a seguito di un procedimento al quale non ha partecipato (c.d. pronuncia adottata *in absentia*).

⁹ Cfr. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., 408; G.A. LOMBARDI, *Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative*, cit., 8.

sui *Considerando* nn. 12 e 13 in apertura del testo europeo, ossia sulla violazione di specifici diritti fondamentali¹⁰.

A seguito di numerose richieste di intervento da parte delle istituzioni dell'Unione, volte a sollecitare una modifica della normativa nazionale in senso maggiormente conforme alle disposizioni europee, il legislatore italiano è intervenuto con la Legge di delegazione europea del 2018 (art. 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117), prevedendo, tra le altre cose, una scissione dell'originaria monolitica elencazione¹¹ dei casi di rifiuto in «Motivi di rifiuto obbligatorio della

¹⁰ *Amplius*: M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., 413 s., la quale evidenzia che l'art. 18 elencava venti casi di rifiuto di consegna, di cui nove completamente nuovi e i restanti tre collegati ai considerando nn. 12 e 13. In particolare, all'interno del primo gruppo ai nostri fini rileva l'art. 18, lett. g), ossia l'ipotesi per cui «dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato d'arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (...), statuente il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale»; sono invece sostanzialmente riproductivi del contenuto dei considerando nn. 12 e 13 le disposizioni dell'art. 19, lett. a), che prevede come motivo di rifiuto l'esistenza di «motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della sua lingua, delle sue opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi»; lett. f), che vieta di dare esecuzione al m.a.e. nel caso in cui si persegua un reato politico; lett. d), sulla necessità di tutelare il diritto di associazione, la libertà di stampa o di altri mezzi di comunicazione; lett. h), che esclude si possa dare esecuzione al m.a.e. se sussiste «un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti» (così riproducendo il contenuto del considerando n. 13). Più in generale sull'estensione dei motivi di rifiuto per ragioni connesse alla tutela dei diritti fondamentali si veda: M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., 3.

¹¹ Si veda M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sistema penale*, n. 3/2021, 63-67, la quale, oltre a richiamare nel primo paragrafo i diversi interventi delle istituzioni europee, si sofferma sul rapporto tra la *Legge di delegazione europea* 2018 e il decreto legislativo n. 10/2021, adottato in attuazione della prima.

consegna», contemplati in numero inferiore rispetto alla previgente versione dall'art. 18¹², e in «Motivi di rifiuto facoltativo della consegna», individuati invece dal nuovo art. 18-*bis*¹³.

Oltre a ciò, si deve evidenziare che, ricalcando la struttura della normativa europea, la legge di attuazione si apriva con una petizione di principio, secondo cui le disposizioni della decisione quadro venivano attuate nei limiti in cui «non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo» (art. 1, comma 1); inoltre, tra le «Garanzie costituzionali» previste

¹² L'art. 18 lg. n. 69/2005, come modificato dall'art. 6, comma 5, lett. a) della legge n. 117/2019, recitava che «La corte di appello rifiuta la consegna nei seguenti casi: a) se vi sono motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della sua lingua delle sue opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi; b) se il diritto è stato leso con il consenso di chi, secondo la legge italiana, può validamente disporne; c) se per la legge italiana il fatto costituisce esercizio di un diritto, adempimento di un dovere ovvero è stato determinato da caso fortuito o forza maggiore; d) se il fatto è manifestazione della libertà di associazione, della libertà di stampa o di altri mezzi di comunicazione; e) se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva; f) se il mandato d'arresto europeo ha per oggetto un reato politico, fatte salve le esclusioni previste dall'articolo 11 della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15 dicembre 1997, resa esecutiva dalla legge 14 febbraio 2003, n. 34; dall'articolo 1 della Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1977, resa esecutiva dalla legge 26 novembre 1985, n. 719; dall'articolo unico della legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1; g) se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato d'arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, e dall'articolo 2 del protocollo n. 7 a detta Convenzione, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo dalla legge 9 aprile 1990, n. 98, statuente il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale; h) se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti; i) se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 14 al momento della commissione del reato, ovvero se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 18 quando il reato per cui si procede è punito con una pena inferiore nel massimo a nove anni, o quando la restrizione della libertà personale risulta incompatibile con i processi educativi in atto, o quando l'ordinamento dello Stato membro di emissione non prevede differenze di trattamento carcerario tra il minore di anni 18 e il soggetto maggiorenne o quando, effettuati i necessari accertamenti, il soggetto risulti comunque non imputabile o, infine, quando nell'ordinamento dello Stato membro di emissione non è previsto l'accertamento della effettiva capacità di intendere e di volere; l) se il reato contestato nel mandato d'arresto europeo è estinto per amnistia ai sensi della legge italiana, ove vi sia la giurisdizione dello Stato italiano sul fatto; m) se risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza irrevocabile per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro che ha emesso la condanna; n) se i fatti per i quali il mandato d'arresto europeo è stato emesso potevano essere giudicati in Italia e si sia già verificata la prescrizione del reato o della pena; o) se è stata pronunciata, in Italia, sentenza di non luogo a procedere, salvo che sussistano i presupposti di cui all'articolo 434 del codice di procedura penale per la revoca della sentenza; p) se la persona richiesta in consegna è una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, salvo che, trattandosi di mandato d'arresto europeo emesso nel corso di un procedimento, le esigenze cautelari poste a base del provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria emittente risultino di eccezionale gravità; q) se il provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso risulta mancante di motivazione; r) se la persona richiesta in consegna beneficia per la legge italiana di immunità che limitano l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale; s) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata la consegna contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano».

¹³ L'art. 18-*bis* lg. n. 69/2005 introdotto dall'art. 6, comma 5, lett. a) della legge n. 117/2019 prevedeva che «La corte di appello può rifiutare la consegna nei seguenti casi: a) se, per lo stesso fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo, nei confronti della persona ricercata, è in corso un procedimento penale in Italia, esclusa l'ipotesi in cui il mandato d'arresto europeo concerne l'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna emessa in uno Stato membro dell'Unione europea; b) se il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla legge italiana sono considerati reati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in luogo assimilato al suo territorio; ovvero reati che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro di emissione, se la legge italiana non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio; c) se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno».

dall'art. 2 si indicavano il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla CEDU (lett. a), nonché dei principi e delle regole contenuti nella Costituzione attinenti al giusto processo (lett. b)¹⁴.

Non è irrilevante, poi, tenere ben distinti i motivi di rifiuto (artt. 18 e 18-*bis*), concernenti il momento giurisdizionale della procedura, dalle cause di sospensione del procedimento di consegna, previste dall'art. 23, commi 2 e 3¹⁵, che possono invece assumere rilievo nella successiva fase meramente esecutiva. Le disposizioni da ultimo citate consentono al presidente della Corte di Appello (o ad un suo delegato) di sospendere la consegna – con decreto non impugnabile¹⁶ – quando ricorrono «cause di forza maggiore» ovvero «motivi umanitari o gravi ragioni per ritenere che la consegna metterebbe in pericolo la vita o la salute della persona».

Infine, si deve sottolineare che, nelle more del giudizio di costituzionalità al centro del presente commento, il legislatore delegato ha adottato – nel tentativo di limare sempre più le differenze con il testo europeo – il decreto legislativo 2 febbraio 2021, n. 10 (*Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione delle deleghe di cui all'articolo 6 della legge 4 ottobre 2019, n. 117*), riducendo nettamente le ipotesi obbligatorie e facoltative di diniego¹⁷. Allo stesso tempo, la novella interviene sulle clausole generali in tema di rispetto dei diritti fondamentali (artt. 1 e 2 della lg. n. 69/2005) e su alcuni profili della sospensione. È opportuno rilevare sin d'ora, peraltro, che nell'ord. n. 216/2021 la Corte costituzionale esclude che lo *ius superveniens* incida sul *thema decidendum* individuato dalla Corte di Appello di Milano, tanto perché non modifica i motivi di rifiuto nel senso prospettato dal giudice *a quo*, quanto (e soprattutto) in ragione della clausola prevista dall'art. 28 del d.lgs. n. 10/2021, per cui le nuove norme non trovano applicazione nei procedimenti di esecuzione già iniziati¹⁸.

2. La questione di legittimità sollevata dalla Corte di Appello di Milano.

Proprio sulla tassativa elencazione dei motivi di rifiuto, contenuta negli artt. 18 e 18-*bis*, si incentrano le censure contenute nell'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Milano¹⁹,

¹⁴ Cfr. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., 409.

¹⁵ Analoga disciplina è contenuta nell'art. 23 della decisione quadro 2002/584/GAI.

¹⁶ Sul punto si veda Cass. pen., sez. VI, sentenza 26 aprile 2018, n. 20849.

¹⁷ Sul punto si veda la puntuale ricostruzione di F. URBINATI, *La riforma del mandato di arresto europeo*, in *Archivio penale*, n. 1/2021, 15 ss., che analizza analiticamente la normativa attualmente vigente, tenendo conto delle differenze con la precedente disciplina. Cfr. L. SCOLLO, *La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti*, in *Giurisprudenza penale*, n. 2/2021.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerati in diritto*, nn. 2, 3, 4, 7.1 e 7.2. In particolare, la Corte costituzionale si sofferma a lungo sull'ambito di applicazione della novella del 2021, tanto con riferimento alla nuova dizione degli artt. 18 e 18-*bis* della lg. n. 69/2005, quanto rispetto all'attuale formulazione dell'art. 2 della medesima legge, che nella prospettazione dei difensori di parte consentirebbe di procedere al rifiuto anche in ipotesi diverse da quelle previste dagli articoli ora citati e segnatamente laddove vi sia una lesione dei diritti inviolabili della persona. Tuttavia, sostiene giustamente la Corte costituzionale, le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 10/2021 non si applicano alle procedure di consegna pendenti all'entrata in vigore della nuova normativa, sulla base di quanto previsto dall'art. 28, comma 1, dello stesso decreto legislativo.

¹⁹ Per una ricostruzione dell'ordinanza di rimessione e del giudizio principale si veda anche N. CANESTRINI, *Il diritto alla salute quale diritto fondamentale può impedire la consegna di un ricercato nel procedimento per mandato di arresto europeo*, in *Diritto di difesa*, 18 settembre 2020; ID., *Questione di legittimità costituzionale della legge di recepimento del MAE in relazione alla tutela della salute del consegnando: una vittoria per la human rights defense (anche) nella cooperazione penale europea*, in *Giurisprudenza penale*, 18 settembre 2020.

che muove da un «inedito angolo prospettico» nel presentare una nuova questione di legittimità in ordine alla tutela dei diritti fondamentali, e segnatamente del diritto alla salute, della persona richiesta in consegna²⁰.

Giova tener presente che il quesito di costituzionalità sorge nell'ambito di una procedura passiva di mandato di arresto europeo, attivata da un tribunale croato, nei confronti di un cittadino italiano imputato del reato di detenzione ai fini di spaccio e cessione di sostanze stupefacenti. Nel corso del procedimento, dopo aver analizzato la documentazione prodotta dalla difesa, la Corte di Appello di Milano disponeva una perizia psichiatrica, i cui esiti attestavano un disturbo mentale – potenzialmente cronico e caratterizzato da un elevato rischio suicidario – nel consegnando, tale da rendere impossibile la sua carcerazione e l'interruzione delle cure, farmacologiche e psicoterapeutiche, intraprese in Italia.

Alla luce delle risultanze mediche, quindi, il giudice *a quo* afferma che l'esecuzione del mandato potrebbe costituire «un concreto rischio per la salute del soggetto [con] effetti di eccezionale gravità».

Ciononostante, «né la legge quadro né la legge n. 69/2005 [contemplano] tra i casi tassativi di rifiuto, neppure facoltativo, in generale la *non-compliance with fundamental rights*, ed in particolare la lesione di un diritto fondamentale quale quello del diritto alla salute, con il necessario corollario del diritto ad avere cure adeguate alla “persona”», imponendo quindi una pronuncia favorevole all'esecuzione del mandato europeo.

Allo stesso tempo, il rimettente esclude che nel caso di specie un'adeguata tutela dei diritti fondamentali dell'interessato possa derivare dall'art. 23, comma 3, della lg. n. 69/2005, tanto perché sottrarrebbe al controllo giurisdizionale (rimettendola invece ad una fase esecutiva destinata a concludersi con un decreto non impugnabile) ogni valutazione circa il suo stato di salute, quanto in ragione del fatto che, in situazioni come quelle del giudizio *a quo*, la sospensione del procedimento avrebbe una durata non determinabile *a priori*, a causa del carattere cronico della malattia e della lunga durata del piano terapeutico, ponendosi quindi in contrasto con la *ratio* della disposizione²¹.

Pertanto, la Corte di Appello di Milano chiede alla Corte costituzionale un intervento additivo, attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 18 e 18-*bis* della lg. n. 69/2005, nella parte in cui non contemplano come motivo di rifiuto della consegna

²⁰ Cfr. I. GUERINI, *Mandato d'arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute. Una “nuova” questione di legittimità costituzionale*, cit., 71 ss., la quale in nota evidenzia che recentemente la Cassazione (con ord. 4 febbraio 2020, n. 10371) aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-bis, lett. c), legge n. 69/2005 (introdotta dalla legge n. 117/2019), nella parte in cui non prevede tra i motivi di rifiuto facoltativo il caso in cui la persona richiesta di consegna sia cittadino extracomunitario che dimora o risiede stabilmente in Italia ovvero abbia stabili legami con lo Stato italiano. Tale questione è stata definita dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 60 del 2021, che ha ordinato la restituzione degli atti al giudice *a quo* al fine di un nuovo esame del requisito della non manifesta infondatezza, alla luce delle modifiche apportate alla disciplina del rifiuto dal d.lgs. n. 10/2021. Si rinvia al testo dell'A. anche per la ricostruzione del giudizio *a quo* alla base dell'ord. n. 216/2021 della Corte costituzionale. Come spiega l'A., il carattere inedito della questione sollevata dalla Corte di Appello di Milano risiede nel fatto che, nel caso di specie, non assumono rilievo i diritti fondamentali nel corso del processo, delle indagini o in fase di esecuzione, bensì esclusivamente le condizioni personali del singolo.

²¹ Nell'ordinanza di rimessione, la Corte di appello di Milano richiama la decisione della Corte costituzionale sui c.d. eterni giudicabili (Corte cost., sent. n. 45/2015), sottolineando che sulla base di questa giurisprudenza la «sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi». Inoltre, la Corte meneghina rileva che la *ratio* dell'istituto ex art. 23, comma 3, lg. n. 69/2005 deve essere individuata nella sospensione dell'arresto a fronte di una malattia che abbia una diagnosi e una durata prevedibile.

«ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta».

A questo scopo, il giudice *a quo* indica il contrasto con una pluralità di disposizioni sovraordinate: innanzitutto, invoca la lesione del diritto alla salute – sia nell’accezione di diritto all’integrità psico-fisica, sia in quella di diritto alle cure – tutelato a livello costituzionale dagli artt. 2 e 32 Cost. e nel diritto primario dell’Unione dall’art. 35 della Carta di Nizza. Inoltre, vi sarebbe un’irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.), in quanto verrebbero trattati in modo deteriore i destinatari di un mandato di arresto europeo rispetto alle persone di cui si chiede l’extradizione, poiché per quest’ultime il Codice di procedura penale²² consente di pronunciare una sentenza contraria al trasferimento all’estero del soggetto condannato o imputato «se ragioni di salute o di età comportino conseguenze di eccezionale gravità per la persona». Da ultimo, la lacuna di un apposito motivo di rifiuto connesso allo *status* di salute dell’interessato si porrebbe in frizione con il principio della ragionevole durata del processo, previsto dall’art. 111 Cost.: l’applicazione dell’art. 23, comma 3, della lg. n. 69/2005, in situazioni come quelle del giudizio *a quo*, produrrebbe una paralisi del procedimento penale all’estero per un tempo indefinito.

A tal proposito, un dato che emerge in modo lampante dalla lettura dell’ordinanza di rimessione e del suo dispositivo risiede nella singolarità che «al di là dei richiami (...) alle disposizioni della decisione quadro istitutiva del mandato d’arresto europeo [e all’art. 35 CDFUE], la questione pare risolversi in un rapporto dialogico che si esaurisce integralmente nei confini dell’ordinamento italiano, tra legge interna di attuazione e diritti fondamentali previsti nella Costituzione»²³. In sostanza, nonostante il dubbio di legittimità comporti necessariamente anche una riflessione sul contenuto della normativa dell’Unione, viene omesso qualsiasi riferimento ai parametri europei, usualmente invocati nel sindacato sulle leggi interne di attuazione della normativa sovranazionale²⁴ e, più in generale, nelle questioni che – seppur prive di evidenti connessioni con il diritto europeo – chiamano in causa i diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza²⁵.

²² L’art. 705 c.p.p. disciplina la decisione sulla richiesta di estradizione, prevedendo al secondo comma le ipotesi in cui la Corte di Appello può pronunciare sentenza contraria alla consegna della persona. In particolare, la Corte di Appello può rifiutare il trasferimento se: a) «la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali»; b) «se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l’extradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dello Stato»; c) se vi è il rischio che la persona venga sottoposta ad atti persecutori o discriminatori ovvero alla pena di morte o a trattamenti inumani o crudeli; c-bis) «se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta».

²³ I. GUERINI, *Mandato d’arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute. Una “nuova” questione di legittimità costituzionale*, cit., 72.

²⁴ Sul punto, *ex multis*, si veda A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell’Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *federalismi.it-Focus* Fonti, n. 1/2017, spec. 10 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione nell’ordinamento giuridico integrato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 235 ss.

²⁵ Sul punto si veda l’analisi puntuale, antecedente al *revirement* introdotto dalla sent. n. 269/2017, di L. TRUCCO, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2016, 51 ss. (spec. 67 ss.), nonché le riflessioni che hanno anticipato quella svolta di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 149 ss e M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017, 7 ss. Sull’uso delle disposizioni della Carta di Nizza da parte degli attori del giudizio costituzionale si veda V. SCIARABBA, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell’avvocato*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2019, 211 ss.

Le motivazioni alla base di tale scelta della Corte di Appello potrebbero rinvenirsi, a parere di chi scrive, da un lato, nell'assenza di una divergenza tra la normativa di livello europeo e quella nazionale (poiché entrambe non contemplano tra i motivi di rifiuto di consegna lo stato di salute del singolo individuo); dall'altro, nel fatto che non viene in rilievo – come si legge nell'ordinanza di rimessione – un *vulnus* al principio di presunzione del rispetto dei diritti fondamentali da parte dello stato di emissione del mandato di arresto, sul quale la Corte di giustizia ha fatto leva per “flessibilizzare” la disciplina delle ipotesi di diniego²⁶, bensì esclusivamente la lesione del diritto alla salute del consegnando.

A ogni buon conto, anche alla luce della soluzione individuata dall'ord. n. 216/2021 della Corte costituzionale – che ha fatto proprie le proposte contenute nelle memorie di parte²⁷ – non si può non evidenziare quantomeno una mancanza di avvedutezza del giudice *a quo* nel non richiamare i parametri europei all'interno di una questione di legittimità che vede la disciplina nazionale e quella sovranazionale in un rapporto di correlazione strettissima.

3. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea sulle cause di rifiuto del mandato di arresto europeo

Nell'ambito di un'analisi della soluzione e delle argomentazioni contenute nell'ord. n. 216/2021 della Corte costituzionale, è certamente di interesse ricordare che l'Avvocatura generale dello Stato – nel sostenere l'infondatezza della questione proposta dalla Corte di Appello di Milano – asserisce che il giudice *a quo* avrebbe potuto applicare in via analogica, all'evenienza di un soggetto affetto da patologie potenzialmente croniche e dalla durata indeterminabile, la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia diretta a salvaguardare i diritti dell'interessato nel caso di sovraffollamento carcerario o di carenze endemiche del sistema giudiziario nello Stato di emissione del m.a.e. (c.d. *Aranyosi test*)²⁸.

Il giudice delle leggi, come a breve si vedrà, ha intrapreso una via intermedia tra detta estensione analogica e l'immediata declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione del diritto alla salute, prospettata invece nell'ordinanza di rimessione. A parere di chi scrive, si tratta di una soluzione volta a preservare contestualmente l'uniforme applicazione della normativa europea e il ruolo della stessa Corte costituzionale, quale garante dei diritti inviolabili della persona anche al cospetto del diritto dell'Unione.

D'altra parte, oltre ad essere discusso in dottrina²⁹, il tema del rapporto tra *mutual trust* e rispetto dei diritti fondamentali da parte dello stato richiedente è stato oggetto di numerose decisioni della Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità che i secondi

²⁶ Si veda *infra*, par. 3.

²⁷ Si veda Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 3 e a N. CANESTRINI, *Il diritto alla salute quale diritto fondamentale può impedire la consegna di un ricercato nel procedimento per mandato di arresto europeo*, cit., ove si dice che il rinvio pregiudiziale era stato prospettato sin dalla prima memoria difensiva nel giudizio *a quo* alternativamente alla rimessione della questione al giudice delle leggi.

²⁸ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in fatto*, n. 2.

²⁹ Si veda la ricostruzione di L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e “incoraggianti” sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2017, 18 s.

costituiscano un limite alla prima e, più in generale, agli obiettivi perseguiti dalla decisione quadro 2002/584/GAI.

A tal proposito, è possibile distinguere diverse stagioni della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

In una prima fase, difatti, è stata condotta «una difesa ad oltranza» del principio del mutuo riconoscimento, «sebbene le situazioni concrete dimostrassero che la fiducia reciproca non era in grado di raggiungere quell'elevato livello che si presumeva sussistente»³⁰ nello spazio giuridico europeo.

In particolare, nelle sentenze *Radu* e *Melloni*³¹ la Corte di giustizia ha sostenuto che l'efficacia del diritto europeo e l'esecuzione di un mandato di arresto non possano essere compromessi dall'applicazione di disposizioni nazionali, pur di rango costituzionale, quandanche fissino un livello di tutela più elevato per l'interessato rispetto allo *standard* garantito nell'ordinamento dell'Unione.

Indubbiamente, la decisione sul caso *Melloni* ha rappresentato «per molti una delle pagine meno felici della giurisprudenza europea»³² e ha messo in crisi le teorie sulla massimizzazione dei diritti fondamentali³³. In quell'occasione, la Corte di Lussemburgo era stata chiamata a pronunciarsi, con tre diversi quesiti³⁴, dal *Tribunal Constitucional* spagnolo sull'obbligo di eseguire un mandato di arresto europeo a carico di un condannato in contumacia nell'ordinamento italiano per il reato di bancarotta fraudolenta.

La Costituzione spagnola all'art. 24, comma 2, prevede un divieto assoluto di celebrazione dei processi *in absentia*, così che il Tribunale costituzionale si era trovato di fronte al dilemma se dare prevalenza ai diritti garantiti dalle disposizioni costituzionali ovvero all'art. 4-*bis* della

³⁰ Cfr. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., 9.

³¹ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 29 gennaio 2013, *Radu*, C-396/11 e CGUE, Grande Sezione, sentenza del 23 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11. Su queste si vedano le ricostruzioni di I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 85 ss.; M. BARGIS, *op. cit.*, 9 ss.; L. PANELLA, *op. cit.*, 19 ss., nonché la relativa dottrina richiamata.

³² G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, su *Diritti comparati*, 19 maggio 2016.

³³ Cfr. I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, cit., 98.

³⁴ Con il rinvio pregiudiziale ex 267 TFUE il Tribunale costituzionale spagnolo chiedeva: «1) Se l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua versione oggi vigente derivante dalla decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere interpretato nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato. 2) In caso di soluzione affermativa della prima questione, se l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta (...), nonché con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della medesima Carta. 3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione, se l'articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli articoli 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro»

decisione quadro, ove si esclude che uno stato possa rifiutare l'esecuzione del m.a.e. se vi è stato il formale rispetto delle condizioni previste dalla normativa³⁵.

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 4-*bis*, par. 1, della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione del mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza pronunciata *in absentia* sia oggetto di revisione nello Stato membro emittente, proprio perché il legislatore europeo ha già individuato le ipotesi in cui l'adozione di una sentenza in contumacia deve essere ritenuta non lesiva dei diritti dell'interessato³⁶.

Per giunta, nel rispondere all'ultima delle questioni pregiudiziali, la Corte di giustizia ha sostenuto – apparentemente in contrasto con il tenore letterale della stessa disposizione – che l'art. 53 CDFUE consentirebbe agli Stati di applicare i diritti fondamentali di matrice nazionale, a condizione però che ciò non comprometta «il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»³⁷.

In questo modo si viene affermando l'inderogabilità, anche al cospetto dei diritti fondamentali, della disciplina sovranazionale; il che non può che creare, riprendendo le parole di chi oggi siede nel collegio della Corte costituzionale italiana, «un po' di disagio» perché «non va mai dimenticato (...) che le convenzioni e le carte dei diritti operano sempre su tutele mediane, per cui non dovrebbe mai essere vietato, e neppure sconsigliato, per uno Stato contraente dotare determinati diritti di una garanzia nazionale più intensa di quella convenzionale»³⁸.

La seconda fase della giurisprudenza di Lussemburgo sul mandato d'arresto europeo si caratterizza, se così si può dire, per una “flessibilizzazione” della disciplina contenuta nella decisione quadro 2002/584/GAI.

In particolare, un itinerario virtuoso³⁹ è stato intrapreso a partire dalla sentenza sulle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*⁴⁰ del 2016. Difatti, pur ponendo ancora una volta l'accento sul mutuo riconoscimento e la reciproca fiducia, che «consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne»⁴¹, la Corte di giustizia viene affermando espressamente che in casi eccezionali – rappresentati dalla violazione del divieto di pene e trattamenti inumani

³⁵ Tra si devono ricordare la regolare citazione a processo e «il conferimento di un mandato ad un difensore»; atto, quest'ultimo, che tra l'altro Melloni aveva effettuato. Sul punto si veda CGUE, Grande Sezione, sentenza del 23 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, §§ 16 e 17.

³⁶ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 23 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, §§ 44-46.

³⁷ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 23 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, § 60, ma si vedano anche i § da 56 a 59 sull'art. 53 CDFUE.

³⁸ G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, Il Mulino, 2015, 102, il quale – oltre a ricostruire minuziosamente i passaggi di rilievo costituzionale del dialogo tra il *Tribunal Constitucional* e la Corte di giustizia – poche pagine prima sottolinea che «il mandato di arresto europeo nasce non da una direttiva, ma da una decisione-quadro degli Stati europei. Nasce, perciò, da una decisione comune frutto del metodo intergovernativo».

Più in generale, sul tema della tutela multilivello dei diritti, chi scrive aderisce alle posizioni da tempo espresse da M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, 17 luglio 2006; ID., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *federalismi.it*, 8 agosto 2007; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

³⁹ Per una ricostruzione delle vicende processuali si rinvia sempre a M. BARGIS, *op. cit.*, 23 ss. e L. PANELLA, *op. cit.*, 23 ss.

⁴⁰ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15.

⁴¹ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15, § 78. Si veda in particolare il § 80 sul *numerus clausus* delle cause di rinvio.

o degradanti di cui all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – tali principi possono incontrare delle limitazioni⁴².

La pronuncia trae origine da due rinvii pregiudiziali proposti dalla Corte di Appello di Brema, nell'ambito di altrettante procedure passive di mandato di arresto, aventi come destinatari un cittadino ungherese (Aranyosi) e uno rumeno (Căldăraru). In entrambi i casi, la Corte tedesca teme che, una volta consegnati, i condannati sarebbero sottoposti negli Stati emittenti il m.a.e. a trattamenti inumani o degradanti; tali preoccupazioni nascono sia dal fatto che le autorità richiedenti non sono state in grado di indicare in quali istituti avrebbero scontato la pena, sia dalla sistemica violazione dei diritti dei detenuti in Ungheria e Romania, accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura⁴³.

Alla luce di tali circostanze, la Corte di Appello di Brema chiede se l'art. 1, par. 3, della decisione quadro – ove sancisce il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE nelle procedure di m.a.e. – sia da interpretare nel senso che una domanda di consegna deve considerarsi illegittima, laddove ricorrano gravi indizi circa la violazione dei diritti fondamentali da parte dello stato emittente, ovvero se l'art. 1, par. 3, sia da intendere nel senso che, in questi casi, lo Stato di esecuzione può subordinare la sua decisione sulla ricevibilità della domanda di consegna ad adeguate garanzie sulle condizioni di detenzione⁴⁴.

La rilevanza dei diritti previsti dall'art. 4 CDFUE all'interno del quesito pregiudiziale e la loro intima connessione con la dignità umana⁴⁵, il cui rispetto è solennemente proclamato dall'art. 1 CDFUE, fanno sì che quanto «si riteneva impossibile in *Melloni* viene invece ritenuto possibile ed anzi necessario in questo caso»⁴⁶: la Corte, difatti, delinea un'articolata soluzione che prevede una duplice valutazione da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione (*two-step test*) al fine di escludere che il consegnando corra il rischio concreto di subire trattamenti inumani o degradanti⁴⁷. In primo luogo, l'autorità giudiziaria dovrà indagare la «presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione» (enfasi aggiunta), fondando le proprie valutazioni su «elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione»⁴⁸. In secondo luogo, accertata la sussistenza di violazioni sistemiche, il giudice

⁴² CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15, §§ 78 e 82 ss.

⁴³ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15, §§ 39-45 e 59-62.

⁴⁴ *Ivi*, §§ 46 e 63. Si deve comunque aggiungere che il quesito interpretativo chiede anche se gli articoli 5 e 6, paragrafo 1, della decisione quadro siano da interpretare nel senso che l'autorità giudiziaria emittente può fornire delle garanzie sul rispetto delle condizioni di detenzione.

⁴⁵ *Ivi*, § 85.

⁴⁶ G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, cit. Emblematico è quanto previsto dal § 88 della decisione: «quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione dispone di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro emittente, tenuto conto del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto dell'Unione e, in particolare, dall'articolo 4 della Carta, essa è tenuta a valutare la sussistenza di tale rischio quando decide in ordine alla consegna alle autorità dello Stato membro emittente della persona colpita da un mandato d'arresto europeo. Invero, l'esecuzione di un siffatto mandato non può condurre a un trattamento inumano o degradante di tale persona».

⁴⁷ Cfr. M. BARGIS, *op. cit.*, 34

⁴⁸ Si veda CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15, § 89, ove si precisa che «Tali elementi possono risultare in particolare da decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze

dell'esecuzione verificherà se in concreto la persona in consegna corra il rischio di un trattamento inumano o degradante⁴⁹. A tal fine, l'autorità giudiziaria di esecuzione dovrà richiedere allo Stato emittente il m.a.e. di fornire ogni informazione complementare sulle condizioni detentive, potendo anche stabilire un termine ultimo per la ricezione⁵⁰.

Con riferimento a questi chiarimenti interpretativi della Corte di giustizia sulla portata dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI, ai nostri fini è importante evidenziare due profili: innanzitutto, anche sulla base della più recente giurisprudenza⁵¹, il c.d. *Aranyosi test* trova applicazione esclusivamente nel caso di carenze sistemiche, gravi e comprovate, dei diritti fondamentali nello Stato di emissione del m.a.e, non assumendo importanza invece la condizione individuale, psico-fisica o di altro genere, del consegnando. Inoltre, la regola individuata dal giudice di Lussemburgo non costituisce *tout court* una nuova causa di rifiuto della consegna, ma un motivo di differimento, «che solo in casi eccezionali e come *extrema ratio* può sfociare nella rinuncia a dare seguito alla richiesta di cooperazione»⁵², ossia quando all'esito della procedura in due fasi risulti un rischio elevato di trattamenti inumani o degradanti.

4. Il cambio di prospettiva rispetto all'ordinanza di rimessione e il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale.

Tenendo in considerazione quanto esposto nei paragrafi che precedono, è possibile ora soffermarsi sugli argomenti addotti dalla Corte costituzionale per giungere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Preliminarmente, si deve rilevare che il giudice delle leggi rigetta tutte le eccezioni di inammissibilità avanzate dall'Avvocatura generale dello Stato, nonché, come anticipato, la richiesta dei difensori dell'interessato di restituire gli atti al giudice rimettente per una nuova valutazione dei requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 10/2021⁵³.

Nel merito, con le argomentazioni adoperate il giudice delle leggi mostra particolare perspicacia nel provare a conciliare le esigenze di tutela dei diritti fondamentali, cristallizzati nella Costituzione del 1948, con il rispetto delle competenze dell'Unione e, segnatamente, della Corte di giustizia.

Tenendo conto del rilievo che il nostro ordinamento attribuisce al diritto alle cure⁵⁴, di certo si sarebbe potuto addivenire da subito all'accoglimento del quesito di legittimità nel senso

della Corte EDU, da decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, nonché da decisioni, relazioni e altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite».

⁴⁹ *Ivi*, §§ 93 e 94.

⁵⁰ *Ivi*, §§ 94-97.

⁵¹ Si vedano in particolare Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C-128/19; Corte di giustizia, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, *L. e P.*, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU.

⁵² M. LIPANI – S. MONTALDO, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., 16. In senso contrario M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., 46.

⁵³ Si veda quanto già detto nel par. 1, spec. nota 18.

⁵⁴ In particolare, si veda Corte cost., sent. n. 184/1986, nonché la ricostruzione in A. MORRONE – F. MINNI, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013, spec. 10. In dottrina il carattere inviolabile del diritto alla

indicato dal giudice *a quo*, ossia mediante una sentenza additiva diretta a colmare la lacuna presente negli artt. 18 e 18-*bis* della lg. n. 69/2005. Si è già mostrato, poc'anzi, che «non sarebbe il primo caso di scollamento tra fonte euro-unitaria e legge interna, posto che la l. 69/2005 annovera, all'art. 18, una serie di casi del tutto privi di corrispondenza con gli artt. 3, 4 e 4 bis della decisione-quadro»⁵⁵. Tuttavia, ciò avrebbe significato sostanzialmente attivare i controlimiti al diritto dell'Unione e porsi in frontale contrasto con la giurisprudenza di Lussemburgo sull'impossibilità di applicare *standard* di tutela puramente nazionali nei settori di integrale armonizzazione⁵⁶. In ragione di ciò, la Corte costituzionale – pur potendo procedere all'annullamento *in parte qua* della normativa interna – individua, per il momento, una soluzione interlocutoria che non entra in collisione con i principi enucleati dalla giurisprudenza europea.

Tali considerazioni trovano fondamento nel par. 5 del *Considerato in diritto*, che costituisce, a parere di chi scrive, il passaggio nodale dell'ord. n. 216/2021. Il giudice delle leggi in queste righe – così rimediando anche alle carenze dell'ordinanza di rimessione – *riscrive* il dubbio di legittimità avanzato dal giudice milanese come, innanzitutto, un'antinomia interna all'ordinamento dell'Unione europea.

In particolare, la Corte costituzionale sostiene che le questioni sulle quali «è chiamata a decidere non concernono *soltanto* la compatibilità delle disposizioni censurate con la Costituzione italiana, ma coinvolgono *preliminarmente* l'interpretazione del diritto dell'Unione europea, del quale la legge nazionale censurata costituisce *specifica attuazione*. Infatti, gli artt. 3, 4 e 4-*bis* della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, che disciplinano i motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi della consegna, non includono espressamente tra i medesimi la situazione di grave pericolo per la salute dell'interessato derivante dalla consegna stessa, connesso a una patologia cronica e di durata potenzialmente indeterminabile. Pertanto, i dubbi – sollevati dal giudice rimettente – di compatibilità degli artt. 18 e 18-bis della lg. n. 69 del 2005 con la Costituzione italiana non possono non investire anche la disciplina degli artt. 3, 4 e 4-bis della decisione quadro, in relazione ai corrispondenti diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta e dall'art. 6 TUE»⁵⁷.

Tanto sarebbe bastato, secondo chi scrive, per proporre un rinvio pregiudiziale avente ad oggetto i motivi di rifiuto, obbligatori e facoltativi, nella disciplina europea: la Corte costituzionale avrebbe potuto facilmente replicare “il modello” dell'ord. n. 117/2019⁵⁸, con cui

salute e la sua stretta connessione con la tutela della dignità umana costituiscono terreni ampiamente dissodati. A tal proposito, si vedano i lavori di carattere generale di R. BALDUZZI, *Salute* (diritto alla), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006; M. LUCIANI, *Salute* (diritto alla), in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1991; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983; A. PACE, *La problematica delle libertà costituzionali*, p.te generale, III ed. agg. modif., Padova, Cedam; B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. Crisafulli-L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990. Sulla possibilità che il diritto alla salute costituisca un limite all'efficacia del diritto dell'Unione si veda A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2015, 95-97.

⁵⁵ I. GUERINI, *Mandato d'arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute. Una “nuova” questione di legittimità costituzionale*, cit., 84.

⁵⁶ Si veda quanto esposto nel paragrafo precedente e segnatamente il richiamo a CGUE, Grande Sezione, sentenza del 23 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, § 60.

⁵⁷ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 5, corsivi aggiunti.

⁵⁸ Sulla quale si vedano i commenti di A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *ConsultaOnline*, n. 2/2019; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte*

era stato effettuato un rinvio di validità sul rispetto degli artt. 47 e 48 CDFUE da parte della normativa europea sui procedimenti amministrativi punitivi per *insider trading*. Anche in quel caso, infatti, il giudice delle leggi aveva evidenziato che l'oggetto del suo giudizio costituiva «puntuale attuazione» di una disposizione europea e, più precisamente, di un regolamento UE⁵⁹.

Nell'ordinanza n. 216/2021, invece, si intraprende una strada più impervia, sotto il profilo argomentativo, espressiva però della volontà tanto di imprimere un cambiamento nelle decisioni della Corte di giustizia, quanto di mostrare un atteggiamento di «collaborazione e deferenza»⁶⁰ rispetto a quel filone giurisprudenziale.

A dir il vero, si deve notare che la Corte costituzionale non aveva grandi margini per proporre un quesito al giudice di Lussemburgo che non si traducesse in una minaccia per i principi del diritto europeo: da una parte, con la decisione sul caso *Melloni* si era esclusa la possibilità per gli Stati membri di introdurre ulteriori condizioni per l'esecuzione del mandato di arresto, anche in virtù di disposizioni costituzionali nazionali; dall'altra, al fine di tutelare la dignità della persona umana, la Corte di giustizia si è resa protagonista di un'opera di bilanciamento *casistico* tra le ragioni del mutuo riconoscimento e quelle dei diritti fondamentali, a partire dalla decisione sui casi *Aranyosi e Căldăraru*⁶¹.

Per tal motivo – dopo aver convenuto con il giudice *a quo* che il diritto alla salute del consegnando non può trovare un'adeguata garanzia nell'art. 23, comma 3, della lg. n. 69/2005 (e nel corrispondente art. 23, par. 4, della decisione quadro 2002/584/GAI)⁶² – la Corte costituzionale si profonde in un'analisi delle clausole generali a tutela dei diritti fondamentali poste in apertura della normativa nazionale ed europea (artt. 1 e 2 della normativa interna e di quella sovranazionale).

costituzionale, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2019, 8 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2019, 166 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, n. 14/2019, 1 ss.; A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, cit., 118. Sull'esito del rinvio pregiudiziale e la sent. n. 84/2021, con cui la Corte costituzionale giunge a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58/1998, si vedano T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2/2021, spec. 9 ss.; B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti comparati*, 5 luglio 2021; P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *federalismi.it*, n. 23/2021, 85 ss.

⁵⁹ Cfr. Corte cost. ord. n. 117/2019, *Considerati in diritto* nn. 8 e 9. In particolare, è icastico l'inciso per cui «una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 187-*quinquiesdecies* del d. lgs. n. 58 del 1998 rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, e in particolare con l'obbligo che discende oggi dall'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014, obbligo di cui il menzionato art. 187-*quinquiesdecies* costituisce attuazione» (*Considerato in diritto* n. 9).

⁶⁰ Riprendendo il binomio indicato da S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 37.

⁶¹ Si veda la ricostruzione della giurisprudenza europea contenuta nel par. 3.

⁶² Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerati in diritto* nn. 6 ss.

Si tratta certamente di uno scollamento rispetto al contenuto dell'ordinanza di rimessione⁶³, il cui oggetto sono ipotesi tassative di rifiuto; discrepanza che però permette al giudice delle leggi di agganciarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In particolare, la Corte costituzionale si interroga se gli artt. 1, comma 1, e 2 della legge di attuazione della decisione quadro consentano – nella versione precedente alla modifica del 2021 – al giudice comune di individuare delle ipotesi di rifiuto di esecuzione del mandato di arresto europeo ulteriori rispetto a quelle tassativamente elencate negli artt. 18 e 18-*bis* della lg. n. 69/2005, nel caso in cui venga in concreto rilievo la violazione dei diritti o dei principi a cui la normativa si dice vincolata⁶⁴, tra cui ovviamente il diritto alla salute.

Non trovando una risposta nel tenore letterale delle disposizioni nazionali, il giudice delle leggi sostiene di dover procedere ad una loro lettura «alla luce della complessiva disciplina della decisione quadro 2002/584/GAI»⁶⁵ e, nello specifico, del *Considerando* n. 12 e dell'art. 1, par. 3, secondo l'interpretazione di essi fornita dalla Corte di Lussemburgo.

Sulla base dell'impostazione affermata nella sentenza *Melloni*, si ribadisce che la tassativa previsione dei motivi di rifiuto del m.a.e. costituisce uno strumento volto ad assicurare l'uniforme attuazione della disciplina europea e un livello omogeneo di tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti degli Stati; conseguentemente, si sostiene che un'attuazione omogenea della normativa sovranazionale preclude alle autorità giudiziarie di non eseguire i m.a.e. «sulla base di *standard* di tutela puramente nazionali, non condivisi a livello europeo», anche nell'ipotesi in cui la consegna dell'interessato possa dar luogo ad una lesione dei diritti inviolabili della persona⁶⁶.

La Corte costituzionale evidenzia altresì che, con l'indirizzo giurisprudenziale avviato nel caso *Aranyosi*, il giudice di Lussemburgo individua una procedura diretta a salvaguardare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dall'art. 6, comma 3, TUE, di cui l'ordinamento euro-unitario «non potrebbe tollerare (...) una violazione».

Tutto ciò posto, attraverso un'abile trama argomentativa, il giudice delle leggi esclude che l'autorità giudiziaria possa applicare in via analogica il *test Aranyosi* per tutelare le condizioni di salute dell'interessato: non solo ciò si porrebbe in contrasto con la *ratio decidendi* dei precedenti della Corte di Lussemburgo, che guardano ad ipotesi di carenze sistemiche e generalizzate del paese di emissione del mandato, ma anche con le «esigenze di uniformità ed effettività» sottese all'intera disciplina sul mandato di arresto europeo⁶⁷.

Stando così le cose, nella prospettiva del giudice delle leggi la decisione sull'estensione delle procedure di interlocuzione tra autorità giudiziarie statali, anche alle situazioni di lesione del diritto all'integrità psico-fisica del consegnando, non può che spettare «alla Corte di giustizia, nella sua funzione di interprete eminente del diritto dell'Unione»⁶⁸.

⁶³ Giustificato a livello argomentativo dal fatto che nell'udienza i difensori della parte avevano sostenuto che la nuova formulazione dell'art. 2 lg. n. 69/2005, introdotta dal d.lgs. n. 10/2021, avrebbe consentito all'autorità giudiziaria di individuare ulteriori casi di rifiuto rispetto a quelli previsti dagli artt. 18 e 18-*bis* (cfr. *Considerato in diritto* n. 7).

⁶⁴ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* nn. 7 ss.

⁶⁵ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 7.2

⁶⁶ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 7.4, ove si richiama CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15, § 80, e *Considerato in diritto* n. 7.5.

⁶⁷ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 8.

⁶⁸ *Ibidem*.

La Corte costituzionale evidenzia che una pronuncia favorevole del giudice europeo consentirebbe di individuare un'adeguata soluzione per soppesare la tutela della salute, il diritto di difesa (se consentito procedere *in absentia* nello stato di emissione) e l'interesse ad evitare forme di impunità per i reati gravi⁶⁹.

Sulla base di tali premesse, la Corte costituzionale, *ex art. 276 TFUE*, chiede alla Corte di Giustizia «se l'art. 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, letto alla luce degli artt. 3, 4 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (CDFUE), debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole»⁷⁰.

Come già accennato, è evidente che la soluzione elaborata dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 216/2021 tenta di conciliare la garanzia dei diritti fondamentali con gli interessi perseguiti nell'ordinamento europeo, tra i quali certamente rientrano la repressione dei reati, la collaborazione giudiziaria tra gli Stati e il rispetto della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

5. Conclusioni. I controlimiti nell'ord. n. 216/2021: tra scudo (dal) e fendente (al) diritto europeo.

Appare ora opportuno svolgere alcune considerazioni di sistema sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale in commento, che insieme alla “gemella eterozigote” n. 217/2021⁷¹ costituisce una conferma dell'ormai consolidata tendenza della nostra Corte costituzionale al “dialogo” con la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sono ormai lontani i tempi in cui, a fronte di una questione doppiamente pregiudiziale, il giudice delle leggi si ritraeva da un'interlocuzione diretta con il giudice europeo, adducendo motivazioni di ordine processuale, che in realtà celavano la preoccupazione di essere privato dell'ultima parola sui diritti fondamentali⁷². Allora la migliore dottrina ammoniva che, così facendo, la Corte costituzionale si emarginava «dal processo di concretizzazione del diritto, soprattutto allorché, come oggi sempre più frequentemente accade, vengano in rilievo, dinanzi alla Corte di giustizia, principi e valori sostanzialmente costituzionali»⁷³.

⁶⁹ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* nn. 9.4 e 9.5.

⁷⁰ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 10.

⁷¹ Sul punto si veda nota n. 1.

⁷² Sul punto, *ex multis*, si vedano M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2006, 100 ss. (spec. 108 ss.); M. LUCIANI – F. SALMONI, *Corte costituzionale, giudici comuni e ordinamento comunitario*, in AA.VV., *50 años de Corte constitucional italiana, 25 años de Tribunal constitucional español*, Madrid, 2007, 20 ss.; T. GUARNIER, *Rinvio pregiudiziale e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive del crocevia sopranazionale*, in *Diritto e società*, n. 2/2013, 238 ss.

⁷³ F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in www.cortecostituzionale.it, 2006, 9.

Oggi invece, dopo le prime, timide, aperture all'esercizio del rinvio pregiudiziale di una decina d'anni fa⁷⁴, si assiste ad una vera e propria esplosione del ricorso a tale strumento da parte del giudice delle leggi: se fino al 2017 si contavano solo due casi di rinvio, da allora la Corte costituzionale si è rivolta ben cinque volte a Lussemburgo⁷⁵, divenendo una delle giurisdizioni costituzionali più attive nel panorama europeo.

Se è certo che tale maggiore propensione al dialogo è frutto anche della svolta sulle questioni doppiamente pregiudiziali, inaugurata con l'*obiter* della sentenza n. 269/2017⁷⁶, è altrettanto indubitabile che, a sua volta, questo *revirement* giurisprudenziale è stato un'immediata conseguenza degli sviluppi della c.d. *saga Taricco*⁷⁷, in cui la possibile attivazione dei controlimiti ha giocato un ruolo non indifferente.

Si tratta allora innanzitutto di verificare se (ed eventualmente come) il rinvio pregiudiziale esercitato con l'ord. n. 216/2021 si ponga in continuità con i recenti precedenti della Corte costituzionale.

In linea con le altre ordinanze di rinvio, la Corte richiama il meta-principio⁷⁸ della leale collaborazione, citando l'inciso della sent. n. 269/2017 secondo cui si agirebbe «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi livelli di garanzia».

Tuttavia, l'ordinanza in commento sembrerebbe porre l'accento sugli argomenti di diritto nazionale «che depongono a favore dell'estensione al caso oggi in esame dei principi sanciti dalla Corte di giustizia»⁷⁹ nell'*Aranyosi test*.

In particolare, prima di menzionare le garanzie contemplate a livello europeo, il giudice delle leggi si sofferma sulla centralità del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost. nell'ordinamento italiano, evidenziandone il carattere dell'inviolabilità (art. 2 Cost.) e il volto sociale (che pone a carico dei pubblici poteri «l'obbligo positivo di assicurare i trattamenti sanitari indispensabili

⁷⁴ Il riferimento è ovviamente all'ord. n. 103/2008, per quanto attiene al giudizio in via principale, e all'ord. 207/2013, con cui è stato per la prima volta proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel corso di un giudizio in via incidentale.

⁷⁵ Si vedano Corte cost., ordd. nn. 24/2017, 117/2019, 182/2020, 216/2021 e 217/2021.

⁷⁶ Le decisioni che rientrano nel filone giurisprudenziale di cui si discorre sono la sent. n. 20/2019, la sent. n. 112/2019, l'ord. n. 117/2019, la sent. n. 44/2020 e l'ord. n. 182/2020, sulle quali si rinvia alla dottrina ampiamente citata nel presente paragrafo. A tal proposito, si deve sottolineare che, sebbene le pronunce successive alla sent. n. 269/2017 abbiano ridimensionato la portata dell'*obiter*, tanto nella parte in cui sembrava imporre al giudice comune un obbligo di sollevare il quesito di costituzionalità a fronte di questioni doppiamente pregiudiziali, quanto nella parte in cui appariva limitare fortemente il potere di disapplicazione in queste ipotesi, certamente però hanno reso palese una maggiore inclinazione della Corte costituzionale ad interloquire con il giudice europeo, come dimostrano le numerose ordinanze di rinvio pregiudiziale pronunciate in questi anni.

⁷⁷ Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 8; G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 263 ss., il quale, giustamente, rileva però che il mutamento di giurisprudenza in tema di questioni doppiamente pregiudiziali ha innanzitutto come destinatari i giudici comuni e l'obiettivo di ridimensionarne la discrezionalità. Cfr. A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2020, 684, la quale correttamente evidenzia che mentre l'ord. n. 117/2019 (che secondo chi scrive presenta numerosi punti di contatto con l'ord. n. 216/2021, oggetto del presente contributo) si pone sulla scia della vicenda Taricco, l'ord. n. 182/2020 assomiglia alla prima ordinanza di rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale, ossia l'ord. n. 207/2013, sulla quale si rinvia alle acute considerazioni di A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013.

⁷⁸ Cfr. N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 21.

⁷⁹ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 9, per quanto riguarda il principio di leale collaborazione si richiamano, per l'appunto, la sent. n. 269/2017, l'ord. n. 117/2019 e la recente ord. n. 282/2020.

per la tutela della salute della persona»). Un diritto che, sottolinea la Consulta, viene riconosciuto nella «sua pienezza» anche alle persone ristrette, tanto dalla giurisprudenza costituzionale, quanto da alcune disposizioni di legge⁸⁰.

Solo in seguito si invocano gli artt. 3, 4 e 35 CDFUE e l'art. 3 della CEDU, nonché la giurisprudenza dei rispettivi interpreti, da cui emerge che «la salute costituisc[e] un diritto fondamentale della persona anche dal punto di vista del diritto dell'Unione»⁸¹.

Dal complesso delle argomentazioni sembrerebbe allora che, come già in passato, la Corte costituzionale eserciti il rinvio pregiudiziale portando l'attenzione della Corte di giustizia innanzitutto sulla fundamentalità del diritto (alla salute) nella prospettiva costituzionale, enfatizzandone quindi – seppur senza mai nominarla – la natura costitutiva dell'identità nazionale (art. 4, par. 2, TUE)⁸². Inoltre, la spia di un atteggiamento tacitamente risoluto nel proporre il rinvio pregiudiziale da un angolo di prospettiva interno potrebbe essere costituita dall'assenza del riferimento alla massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 CDFUE), che rappresenta invece una costante nelle passate ordinanze di rinvio pregiudiziale.

Più in generale, se si tenta una lettura in filigrana è possibile cogliere ulteriori elementi che consentono di contestualizzare l'ord. n. 216/2021 nell'attuale stagione della giurisprudenza costituzionale. Nello specifico, è necessario tenere in considerazione due elementi della decisione. Da una parte, nel sostenere che il giudice comune non può procedere ad un'applicazione analogica del test *Aranyosi* – anche laddove l'esecuzione del m.a.e. si ponga in contrasto con i diritti inviolabili – la Corte costituzionale sostanzialmente reclama, ancora una volta, la funzione di «verifica della compatibilità del diritto dell'Unione, o del diritto nazionale attuativo del diritto dell'Unione, con i principi supremi e i diritti inviolabili dell'uomo», ossia dei controlimiti, come già avvenuto nelle decisioni sul caso *Taricco*⁸³. Dall'altra, nell'esercitare

⁸⁰ Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 9.1, ove si fa riferimento alla recente Corte cost., sent. n. 245/2020 (su cui F. DELLA CASA, *Decreto "antiscarcerazioni". Corte cost. n. 245 del 2020: una declaratoria di infondatezza non sempre attenta alle argomentazioni dei giudici a quibus*, in *Giustizia insieme*, 14 gennaio 2021), nonché alle disposizioni del Codice di procedura penale (art. 275, comma 4-bis, c.p.p.) e del D.P.R. n. 9 ottobre 1990, n. 309 (art. 89), da cui si può desumere un *favor* per il diritto alla salute degli indagati che siano affetti da malattie particolarmente gravi o che abbiano intrapreso un programma di riabilitazione, rispetto alle esigenze di prevenzione a cui fa fronte l'applicazione della custodia cautelare in carcere. In generale sulle questioni legate alla tutela del diritto alla salute delle persone detenute, si può vedere M. CAREDDA, *La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015; ID., *Il diritto alla salute nelle carceri italiane. Questioni ancora aperte*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2017, 165 ss.

⁸¹ Si vedano Corte cost., ord. n. 216/2021, *Considerati in diritto* nn. 9.2 e 9.3, in cui si richiamano le disposizioni della Carta di Nizza e della Convenzione, nonché alcune decisioni dei relativi interpreti (Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo) sulla tutela del diritto alla salute e il divieto di trattamenti inumani o degradanti. In particolare, si fa riferimento alle decisioni della Corte Edu nelle sentenze 16 aprile 2013, *Aswat c. Regno Unito* e 1° ottobre 2019, *Savran c. Danimarca*, nonché alla decisione della Corte di giustizia del 16 febbraio 2017, in causa C-578/16 PPU, *C. K. e a. c. Republika Slovenija*, riguardanti l'extradizione e l'espulsione delle persone delle persone affette da malattie psichiatriche.

⁸² In sostanza, si intravede nelle righe dell'ord. n. 216/2021 quel metodo argomentativo che la Corte costituzionale – seppur in modo decisamente più marcato – aveva già esibito nella ord. n. 24/2017 (*Ritenuto in fatto e considerato in diritto* nn. 6 e 9), sul c.d. caso *Taricco*. Sul punto si veda anche la sent. n. 115/2018 (*Considerato in diritto* n. 11). Per un approfondimento si rinvia, *ex multis*, a: M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *www.diritticomparati.it*, 5 giugno 2018; G. RUGGE, *The Italian Constitutional Court on Taricco: Unleashing the normative potential of "national identity"*, in *QIL*, 2017, 24 ss.; G. RICCIARDI, «Patti chiari, amicizia lunga». *La Corte costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'evoluzione dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra Corti, dopo la sentenza cost. n. 115/2018*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2018, 19 ss. Si veda anche quanto detto nella nota n. 78 sulle argomentazioni che hanno invece caratterizzato l'ord. n. 182/2020.

⁸³ Cfr. Corte cost. n. 216/2021, *Considerato in diritto* n. 7.5, ove tra parentesi si richiama l'ord. n. 24/2017.

il rinvio pregiudiziale, dopo aver esposto tutti gli argomenti a favore di una nuova interpretazione dell'art. 1, par. 3, decisione quadro, il giudice delle leggi sfrutta l'opportunità – messa a disposizione quasi inconsapevolmente dalla Corte di Appello di Milano⁸⁴ – di dire «la prima parola»⁸⁵ nel confronto con la Corte di giustizia.

In sostanza, pur con le peculiarità del caso, la decisione in commento si inserisce nell'ampia manovra di “riaccentramento” del giudizio costituzionale, in corso ormai da qualche anno⁸⁶: un cambio di giurisprudenza rispetto al passato che non solo ridimensiona il ruolo dei giudici comuni nell'utilizzo delle disposizioni dal carattere costituzionale ovvero, come è stato autorevolmente detto, nella risoluzione delle questioni assiologicamente pregnanti⁸⁷, ma altresì diretto a ridefinire il rapporto della Corte costituzionale con la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Difatti, nel brandire la *spada* dei controlimiti⁸⁸, con l'ord. n. 216/2021 la Corte intende apprestare tutela al diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo, in un settore oggetto, peraltro, di integrale armonizzazione. In questo modo, l'affermazione dell'invulnerabilità del diritto, contenuta nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, può attivare un moto ascendente in cui la normativa europea – di matrice legislativa e giurisprudenziale – non si impone su quella nazionale (venendo bloccata nei casi «sommamente improbabili»⁸⁹ dagli stessi controlimiti, che si fanno *scudo*), ma costituisce il risultato dell'interlocuzione⁹⁰.

⁸⁴ Si è più volte ricordato nel corso di questo lavoro che il giudice *a quo* non ha lamentato – nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione – la violazione di alcuna disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né prospettato un rinvio pregiudiziale nel corso della motivazione.

⁸⁵ Riprendendo l'espressione utilizzata dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 20/2019, *Considerato in diritto* n. 2.3, secondo cui «La “prima parola” che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco». Sull'importanza di questo passaggio, specie nel rapporto tra Corti, si vedano A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le corti nel contesto europeo*, cit., 114; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit., 24, per il quale «nel dialogo tra giudici conta spesso assai più disporre della “prima parola” che non la famosa ultima (...) l'idea che, in un sistema “a rete”, la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò»; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2019, spec. 26 ss.; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 20/2019, 14 ss.

⁸⁶ Sul punto si veda, *ex multis*, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bonomia University Press, 2020, spec. 184 ss.; G. CAMPANELLI – G. FAMIGLIETTI – R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Napoli, Ed. Scientifica, 2020; B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale. I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino, Giappichelli, 2021; ID., *Roma locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 15/2018; nonché, la lucida analisi di A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *ConsultaOnline – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 18 marzo 2020, spec. 30 ss.

⁸⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Diritti comparati*, n. 3/2017, 240. Pur non convenendo con l'autorevole A. sul rapporto tra le Carte dei diritti e le decisioni dei rispettivi Custodi, si concorda sul fatto che negli ultimi anni è possibile rinvenire una tendenza del giudice delle leggi a (ri)costituire un proprio monopolio decisionale e interpretativo quando vengono in rilievo questioni dalla portata assiologica o che richiedono un bilanciamento tra diritti/interessi.

⁸⁸ Riprendo l'immagine della spada, e più avanti dello scudo, da P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, Vol. 18 No. 07.

⁸⁹ Corte cost., ord. n. 24/2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*, n. 2.

⁹⁰ Cfr. G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 8 s. Cfr., *ex multis*, V. MANES, *L'evoluzione dei rapporti tra*

Tutto ciò si lega ai possibili esiti del giudizio attivato dall'ordinanza n. 216. Laddove, infatti, la Corte di giustizia dovesse aderire all'impostazione avanzata nel rinvio pregiudiziale, ritenendo che l'*Aranyosi test* sia applicabile anche nei casi di gravi e potenzialmente irreversibili patologie del consegnando, sembrerebbero aprirsi plurime strade per la Corte costituzionale: la partita potrebbe chiudersi tanto con una sentenza di rigetto *nei sensi di cui in motivazione* (sugli artt. 1 e 2 della lg. n. 69/2005, nella versione antecedente alla modifica del 2021), quanto con una sentenza additiva in linea con le richieste del giudice *a quo* (diretta quindi ad integrare gli artt. 18 e 18-*bis*). Quest'ultima ipotesi sembra, a parere di chi scrive, maggiormente rispondente al principio di omogeneità sotteso all'intera disciplina del m.a.e., oltre che ovviamente a quello di certezza del diritto.

Qualora invece la Corte di giustizia dovesse ritenere prevalenti le esigenze di *mutual trust* e *law enforcement* sui diritti fondamentali o, più semplicemente, non applicabile la procedura dell'*Aranyosi test* nel caso di specie, la Corte costituzionale sarà costretta ad usare lo *scudo* dei controlimiti.

In conclusione, nell'ord. n. 216/2021 sulla garanzia del diritto alle cure nelle procedure di esecuzione del mandato di arresto europeo, «il controlimite vero, difensivo, quello che “fa paura”, resta lì sullo sfondo»⁹¹; staremo a vedere se la Corte di giustizia riuscirà a disinnescare il conflitto.

Corte e giudici comuni nell'attuazione del “volto costituzionale” dell'illecito penale, in Id – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino, Giappichelli, 2019, 24 s.

⁹¹ A. LO CALZO, *op. ult. cit.*, 121.



Antonella Massaro*

Mandato d'arresto europeo e rifiuto facoltativo di consegna del cittadino di un Paese terzo: l'ordinanza n. 217 del 2021 della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. La complessa evoluzione normativa dell'attuale art. 18, comma 2, l. n. 69/2005 e la perdurante distinzione tra cittadini europei e cittadini stranieri. – 2. L'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bologna: le ragioni dell'incidente di legittimità costituzionale. – 3. L'impianto motivazionale dell'ordinanza n. 217 del 2021. – 4. Le questioni "interne" al mandato d'arresto europeo: mutuo riconoscimento, tutela dei diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore. – 5. Le questioni "esterne" al mandato d'arresto europeo: il rapporto tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia nella tutela dei principi e dei diritti fondamentali.

1. La complessa evoluzione normativa dell'attuale art. 18, comma 2, l. n. 69/2005 e la perdurante distinzione tra cittadini europei e cittadini stranieri

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 217 del 2021, ha disposto la rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di una questione relativa all'art. 18-bis, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69, come introdotto dall'art. 6, comma 5, lettera b), della legge 4 ottobre 2019, n. 117, che, in materia di mandato d'arresto europeo, prevede i motivi di rifiuto facoltativo della consegna del soggetto richiesto. A venire in considerazione, più esattamente, è la (mancata) possibilità di rifiutare la consegna, in caso di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale (c.d. mandato d'arresto europeo di esecuzione), qualora la persona ricercata non sia cittadino italiano o cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea, ma abbia legittimamente ed effettivamente residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la stessa Corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza siano eseguite in Italia conformemente al suo diritto interno.

A seguito dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, l'art. 18-bis l. n. 69/2005 è stato modificato dal decreto legislativo n. 10 del 2 febbraio 2021. Il decreto in questione, ponendo rimedio a quello che non si è esitato a definire un imbarazzante ritardo¹, ha

* Professoressa associata di Diritto penale, Università degli Studi "Roma Tre".

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al M.A.E. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 3, 2021, 64, alla quale si rinvia anche per un'esaustiva disamina delle modifiche più significative apportate dal d.lgs. n. 10/2021. V. anche F. URBINATI, *La riforma del mandato d'arresto europeo*, in *Arch. pen.*, 1,

completato l'adeguamento della normativa nazionale relativa al mandato d'arresto europeo alla decisione quadro 2002/584/GAI, precisando però, all'art. 28, comma 1, che le modifiche apportate alla l. n. 69/2005 non si applicano ai procedimenti di esecuzione dei mandati di arresto già in corso: al giudizio a quo, quindi, continua ad applicarsi la normativa introdotta dalla l. n. 117/2019, rendendo senza dubbio rilevante la questione sollevata. Il dubbio di legittimità portato all'attenzione della Corte costituzionale, del resto, mantiene una sua perdurante attualità anche a seguito della recente modifica legislativa, con la conseguenza per cui la decisione della Corte di Giustizia sarebbe destinata a incidere, eventualmente, anche sulla nuova formulazione dell'art. 18-bis l. n. 69/2005.

Il rifiuto di consegna di un soggetto che, pur non essendo cittadino italiano, risulti sufficientemente "radicato" in Italia è stato protagonista di una vera e propria odissea legislativa e giurisprudenziale, che ha dato luogo a un intricato dedalo normativo e che ancora non è approdata alla sua tappa definitiva. A fronte dell'ampia formulazione della decisione quadro 2002/584/GAI si pone l'estrema cautela mostrata dal legislatore nazionale fin dalla prima versione della l. n. 69/2005²; tra questi due estremi hanno trovato collocazione tanto la Corte di cassazione, che ha mantenuto un atteggiamento a volte ondivago, quanto la Corte costituzionale, dalla quale, fino a questo momento, sono derivate le spinte più significative a favore di un "riallineamento" tra la disciplina interna e quella europea.

L'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, elencando i motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo, consente allo Stato membro di rifiutare la consegna della persona che sia cittadino o, anche senza esserlo, dimori o risieda nello Stato richiesto, senza distinzione alcuna tra i cittadini di altro Stato membro e quelli di un Paese terzo. La finalità di questa previsione sarebbe quella di assicurare il mantenimento dei legami familiari e sociali del condannato, per favorirne un efficace reinserimento al termine dell'esecuzione e, quindi, per garantire la funzione risocializzante della pena: proprio il reinserimento sociale del soggetto richiesto è stato al centro della decisione quadro 2008/909/GAI, intervenuta a colmare alcune lacune ravvisabili nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo³.

Nella prima versione della legge n. 69/2005, l'art. 18, lettera r) prevedeva, tra le ipotesi di rifiuto (non facoltativo, ma) obbligatorio, unicamente quella del cittadino italiano⁴. Solo nel 2009 la Corte di cassazione, con quattro ordinanze di rimessione⁵, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), nella parte in cui escludeva la possibilità di rifiutare la consegna della persona ricercata qualora si trattasse di cittadino di un altro Stato

2021, 1, che rileva la chiara tendenza euro-orientata della riforma, la quale supera le cautele della l. n. 69/2005 a favore di una più evidente valorizzazione del principio del mutuo riconoscimento.

² Per tutti, E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di Giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18, lett. r), della L. n. 69/2005?*, in *Cass. pen.*, 3, 2010, 1201.

³ M. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2015, 63.

⁴ Per considerazioni critiche, già a prima lettura, sulla scelta restrittiva operata dal legislatore italiano valga per tutti il rinvio a M. DEL TUFO, *La disciplina del mandato d'arresto europeo (II). Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2005, 943.

⁵ Cass., sez. VI, 15 luglio 2009, n. 33511; Cass., sez. fer., ord. 10 settembre 2009, n. 34213; Cass., sez. VI, 24 settembre 2009, n. 41401; Cass., sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 42868.

membro con residenza o dimora in Italia⁶. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 227 del 2010, ha accolto la questione, parificando la posizione dei cittadini italiani a quella dei cittadini di altri Stati membri, residenti o dimoranti in Italia⁷. La pronuncia in questione, in particolare, censurava l'esercizio di discrezionalità da parte del legislatore nazionale rispetto a quella pure "concessa" dalla decisione quadro. Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità consente di differenziare il trattamento riservato al cittadino di uno Stato membro rispetto a quello di altro Stato membro solo in presenza di una giustificazione legittima e ragionevole: nel caso del motivo di rifiuto in esame, che si propone di favorire la risocializzazione del condannato, il criterio per individuare il contesto sociale, familiare, lavorativo più idoneo al raggiungimento di questo obiettivo «non è tanto e solo la cittadinanza, ma la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli» e gli altri elementi idonei a rivelare un collegamento "non estemporaneo" con l'Italia⁸.

Fin dai primi commenti alla pronuncia, si osservava come il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale in riferimento ai cittadini di altri Stati membri ben potesse riferirsi anche agli stranieri, inclusi nella previsione della decisione quadro, ma non in quella della legge italiana⁹. Risultava evidente, quindi, che l'ulteriore nodo da sciogliere fosse rappresentato dalla mancata previsione della possibilità di rifiutare la consegna di un cittadino di Paese terzo, stabilmente radicato in Italia.

Il legislatore, tuttavia, intervenendo per ben due volte sulla disciplina in questione, ha scelto di confermare l'esclusione del cittadino "non europeo", ribadendo, essenzialmente, l'assetto precedente.

L'art. 6, comma 5, lettera b) della l. n. 117 del 2019 ha introdotto l'art. 18-bis, comma 1, lettera c), l. n. 69/2005, norma rispetto alla quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale: la disposizione prevedeva, come precisato, la possibilità di rifiutare la consegna per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza del cittadino italiano o del cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio italiano. Ferma restando la "stabilizzazione" legislativa della soluzione già indicata dalla Corte costituzionale, l'aspetto più innovativo attiene al passaggio dai motivi di rifiuto obbligatori a quelli facoltativi, mentre resta inalterata la mancata considerazione dei soggetti extracomunitari come possibili beneficiari del rifiuto di consegna¹⁰.

⁶ Un'efficace ricostruzione degli (ondivaghi) orientamenti registratisi nella giurisprudenza di legittimità, che, sostanzialmente, dopo aver rimesso la questione alla Corte costituzionale, aveva anche provveduto a ridimensionarne la portata, è offerta da A. CHELO, *È illegittima la mancata previsione del rifiuto della consegna del residente non cittadino?*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2010, 625 ss.

⁷ Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 3, 2010, 2623 ss., con note di R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione* e di B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r, L. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro paese UE residente nello Stato*; S. MELONI, *L'insostenibile disparità di trattamento tra cittadini e stranieri residenti*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2011, 96 ss.

⁸ Corte cost. sent. 227/2010, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁹ C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Forum costituzionale*, 23 dicembre 2010, 5-6; G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 12, 2010, 4164.

¹⁰ *Amplius*, M. LANOTTE, *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 4, 2019, 104.

Nella nuova (e vigente) formulazione, così come riformata dall'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 10/2021, il motivo di rifiuto facoltativo portato all'attenzione del Giudice delle Leggi è stato inserito nel secondo comma dell'art. 18-bis l. n. 69/2005, il quale stabilisce che, qualora si tratti di un mandato d'arresto europeo di esecuzione, la Corte di appello può rifiutare la consegna della persona ricercata che sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente o dimorante nel territorio italiano almeno cinque anni, sempre che la pena o la misura di sicurezza siano eseguite in Italia conformemente al diritto interno. Rispetto alla versione precedente, quindi, si circoscrive il rifiuto nei confronti del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, prevedendo che lo stesso debba risiedere o dimorare legittimamente ed effettivamente nel territorio italiano da almeno cinque anni, mentre continua ad escludersi, in ogni caso, la possibilità di opporre il rifiuto quando il soggetto richiesto sia cittadino di un Paese terzo.

Quanto alla “soglia” dei cinque anni, la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 10/2021 si sofferma ampiamente sulla modifica in questione, valorizzando, in particolare, la “patente di legittimità europea” conferita dalla Corte di Giustizia, con la sentenza *Wolzenburg*, all'analogo requisito previsto dalla legislazione dei Paesi Bassi¹¹. Con quest'ultima pronuncia, come noto, la Corte europea ha ritenuto conforme al diritto europeo la scelta limitativa effettuata dall'ordinamento olandese, la quale non farebbe che rafforzare il sistema di consegna introdotto con il mandato d'arresto europeo, collocandosi nel solco tracciato dal principio del mutuo riconoscimento¹². La Relazione illustrativa sottolinea altresì come la soluzione olandese fosse motivata dall'esigenza di arginare la pretestuosa ricerca di elementi, da parte dei soggetti interessati, volti a dimostrarne lo stabile collegamento con il territorio dello Stato di esecuzione: il requisito temporale, come precisato anche dalla Corte europea, rappresenterebbe un indice ragionevole sul quale fondare il radicamento del soggetto, posto che, in assenza di un periodo di residenza ininterrotto, in genere, è dato ravvisare più collegamenti con lo Stato di origine che con lo Stato di esecuzione¹³.

A fronte della legittimazione esplicita del limite dei cinque anni da parte dei giudici di Lussemburgo, si pone quella “implicita” della Corte costituzionale, avvenuta con l'ordinanza n. 60 del 2021. Prima di quello oggetto dell'ordinanza n. 217/2021, infatti, si è registrato un ulteriore incidente di costituzionalità relativo all'art. 18-bis, comma 1, lettera c), l. n. 69/2005, sollevato dalla Corte di cassazione¹⁴. La Corte costituzionale aveva però optato per la

¹¹ *Relazione illustrativa, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare N. 201, Schema di decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, reperibile sul sito ufficiale del Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 32 ss.

¹² CGCE, Grande sezione, 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, §§ 58 ss., in *Cass. pen.*, 3, 2010, 1185 ss., con nota di E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna*, cit., 1191 ss. V. anche C. JANNSENS, *Case C-123-08, Dominic Wolzenburg, Judgement of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 October 2009*, in *Common Market Law Review*, 2010, 831 ss.

¹³ *Relazione illustrativa*, cit., 33-34, con ampie citazioni della sentenza *Wolzenburg*.

¹⁴ Cass., sez. 6, 4 febbraio 2020, n. 10371, su cui M. DANIELE, *Mandato d'arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 6 maggio 2020; C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo*, in *Giust. insieme*, 5 maggio 2020. In precedenza, in senso contrario, Cass., sez. VI pen., 26 giugno 2018, n. 29290, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2018, 1589 ss., con nota di F. BONCOMPAGNI, *Mandato d'arresto europeo: il rifiuto della consegna del cittadino extracomunitario residente e i criteri per il rinvio della consegna*, C.E. GATTO, *Figlio di un Dio minore?*

restituzione degli atti al giudice a quo, soprattutto in considerazione delle modifiche nel frattempo apportate dal d.lgs. n. 10/2021 e, in particolare, dell'introduzione del termine dei cinque anni introdotto per la rilevanza dello "stabile radicamento" dei cittadini di altri Stati membri: posto che nel caso di specie si trattava del cittadino di uno Stato terzo presente nel territorio italiano da meno di cinque anni, la Corte chiedeva al giudice rimettente di valutare una possibile riformulazione della questione, che tenesse conto delle modifiche legislative e che, in particolare, evitasse il rischio di prospettare per il cittadino straniero un trattamento più favorevole di quello attualmente riservato al cittadino di uno Stato membro¹⁵. Come a dire: introdotta la soglia dei cinque anni, quest'ultima dovrebbe valere, eventualmente, anche per il cittadino extracomunitario.

La Corte di cassazione, del resto, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-bis, comma 2, l. n. 69/2005, nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro dell'Unione Europea che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni, proprio perché una scelta di questo tipo non sarebbe irragionevole né lesiva del principio di eguaglianza o contraria alle finalità di reinserimento sociale del condannato, secondo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia con la già citata sentenza Wolzenburg¹⁶.

La questione, altrimenti detto, non riguarda tanto il limite dei cinque anni, ma il fatto che lo stesso sia stato previsto solo in riferimento ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea, continuando a collocare l'ordinamento italiano in una direzione per certi aspetti opposta rispetto a quella ricavabile dalla decisione quadro 2002/584/GAI e dalla stessa giurisprudenza europea¹⁷.

L'ostinazione del legislatore italiano pare ancor più significativa proprio perché del tutto incapace di rilevare quelle "scosse di avvertimento" segnate dal sismografo delle questioni di legittimità costituzionale sollevate già in data antecedente all'approvazione del d.lgs. n. 10/2021. Si tratta, a questo punto, di verificare se l'ordinanza n. 217 del 2021 sia davvero in grado di funzionare da epicentro di quel benevolo terremoto che si attende da tempo.

Per la Cassazione, anche nel mandato d'arresto esecutivo, i residenti in Italia non aventi cittadinanza europea devono essere equiparati ai cittadini europei, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 678 ss.

¹⁵ Corte cost., 1° aprile 2021, n. 60. C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia: ancora nessuna tutela da parte della Corte costituzionale (né del legislatore)*, in *Sist. pen.*, 10, 2021, 6, mostrava una certa insoddisfazione per una pronuncia che, lungi dal completare l'opera intrapresa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 227/2010, lasciava aperta una lacuna evidente nella disciplina italiana in materia di mandato d'arresto europeo, rendendo ampiamente prevedibili nuove questioni di legittimità costituzionale in riferimento alla esclusione del soggetto extracomunitario. L'Autrice, in particolare, riteneva praticabile la via dell'accoglimento della questione, per violazione (anzitutto) dell'art. 27, terzo comma Cost. e dell'art. 3 Cost., precisando altresì che in questo modo si sarebbero offerte indicazioni preziose anche in riferimento al novellato art. 19 l. n. 69/2005 (*infra*, § successivo).

¹⁶ Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124, su cui V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato d'arresto europeo: manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sul rifiuto di consegna del cittadino UE residente in Italia (art. 18-bis, co. 2, legge n. 69/2005)*, in *Sist. pen.*, 4 giugno 2021.

¹⁷ C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia*, cit., 26. Per considerazioni critiche sulla perdurante considerazione, da parte del legislatore italiano, del solo cittadino europeo stabilmente radicato in Italia, v. anche G. COLAIACOVO, *La nuova disciplina del mandato d'arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2021, 873; M. BARGIS, *Meglio tardi che mai*, cit., 88; V. PICCIOTTI, *La riforma del mandato d'arresto europeo. Nota di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in *Leg. pen.*, 12 aprile 2021, 25.

2. L'ordinanza di rimessione della Corte d'appello di Bologna: le ragioni dell'incidente di legittimità costituzionale

È stata la Corte d'appello di Bologna a tentare di assestare il colpo definitivo all'irragionevole lacuna mostrata dal diritto interno in riferimento ai cittadini extracomunitari stabilmente radicati (residenti o dimoranti) sul territorio italiano¹⁸.

Secondo il giudice a quo il primo dato normativo da prendere in considerazione sarebbe quello ricavabile dall'art. 4, punto 6, decisione quadro 2002/584/GAI, che, come precisato, equipara il cittadino dello Stato di esecuzione agli altri soggetti residenti o dimoranti nel suo territorio, senza alcuna distinzione tra cittadini di Stati membri e cittadini di Paesi terzi.

Il giudice rimettente individua tre profili di illegittimità costituzionale della norma censurata.

In primo luogo, il legislatore italiano avrebbe indebitamente ristretto, con l'art. 18-bis l. n. 69/2005, l'ambito applicativo della decisione quadro, limitando la possibilità del rifiuto ai soli cittadini comunitari ed escludendo i cittadini di Stati terzi. L'ordinanza della Corte d'appello di Bologna sottolinea che il legislatore nazionale avrebbe la discrezionalità di decidere se attuare o meno i motivi di rifiuto facoltativo previsti dalla decisione quadro, ma che, nel momento in cui scelga di trasporli nell'ordinamento interno, sarebbe tenuto a farlo in maniera perfettamente conforme alle indicazioni fornite dal diritto europeo e, quindi, nel caso di specie, senza alcuna distinzione tra cittadini comunitari ed extracomunitari¹⁹.

In secondo luogo, la disciplina che impone la consegna di cittadini di Paesi terzi, ma radicati in Italia, ai fini dell'esecuzione della pena, si porrebbe in evidente contrasto tanto con la finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.) quanto con il diritto alla vita familiare dell'interessato, tutelato dagli artt. 2 Cost., 8 CEDU, 17, paragrafo 1, PIDCP e 7 CDFUE (norme, queste ultime, vincolanti nel diritto interno per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.).

L'assetto ricavabile dall'attuale normativa in tema di mandato d'arresto europeo, infine, sarebbe irragionevole e, quindi, violerebbe l'art. 3 Cost., poiché i cittadini di uno Stato terzo stabilmente radicati in Italia sarebbero destinatari di un trattamento differente a seconda che a venire in considerazione sia un mandato d'arresto d'esecuzione o, per contro, un mandato d'arresto procedurale. Se, infatti, nel primo caso la pena non può in alcun modo essere eseguita in Italia, nel secondo caso ben potrebbe accadere che la persona oggetto di mandato d'arresto europeo, anche se cittadino di un Paese terzo, possa scontare in Italia la pena comminata

¹⁸ App. Bologna, sez. I, ord. 27 ottobre 2020.

¹⁹ In senso conforme v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai*, cit., 88, ad avviso della quale «quando uno Stato membro decide di implementare un motivo di rifiuto facoltativo, è tenuto ad attuarlo in conformità alla decisione quadro – fatte salve le interpretazioni della Corte di giustizia – perché la possibilità di scelta si colloca a monte, cioè nell'opzione, del tutto legittima, di non implementarlo». E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo*, cit., 1204, criticando la scelta di trincerarsi dietro lo scudo della discrezionalità del legislatore nazionale nella trasposizione dei motivi di rifiuto, osservavano come, scelta la via del recepimento del motivo di rifiuto, la discrezionalità non investa più l'*an* della tutela, già concessa a determinate categorie soggettive dalla decisione quadro, ma, al più, il *quomodo* della stessa, introducendo limiti o condizioni per specifiche situazioni, quali, appunto, quella del dimorante di un Paese terzo. Cfr. Corte cost. sent. 227/2010, punto 8 del *Considerato in diritto*, dove, richiamando il «potere discrezionale certo» riconosciuto agli Stati membri in riferimento all'art. 4, punto 6 della decisione dalla sentenza *Wolzenburg*, si precisava che il singolo Stato possa certamente decidere se introdurre o meno nell'ordinamento nazionale il motivo di rifiuto facoltativo previsto dal diritto eurounitario, ma che, nel momento in cui scelga di farlo, deve necessariamente rispettare il divieto di discriminazione in base alla nazionalità.

all'esito del processo svoltosi presso lo Stato richiedente, secondo quanto previsto dall'art. 19 l. n. 69/2005.

Pare opportuno precisare, come del resto sottolineato dalla stessa ord. n. 217/2021, che anche la formulazione dell'art. 19 l. n. 69/2005 è stata modificata dal d.lgs. n. 10/2021. Nella versione presa in considerazione dal giudice a quo l'art. 19 prevedeva che, in caso di mandato d'arresto processuale emesso nei confronti di un cittadino italiano o, in ogni caso, di un soggetto residente nello Stato italiano, la consegna fosse subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, fosse rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti dallo Stato di emissione. La nuova formulazione, introdotta dal d.lgs. n. 10/2021, restringe in maniera evidente l'ambito applicativo dell'art. 19 l. n. 69/2005. Il legislatore, in particolare, prevede che il mandato d'arresto europeo sia sottoposto alla condizione che la pena eventualmente applicata dallo Stato richiedente sia eseguita in Italia solo qualora si tratti di un cittadino italiano o di un cittadino di altro Stato membro dell'Unione europea legittimamente ed effettivamente residente nel territorio italiano da almeno cinque anni. Viene meno, quindi, il generico riferimento al «residente dello Stato italiano», attraverso la precisazione che deve trattarsi di un cittadino europeo (escludendo i cittadini di Paesi terzi) e specificando il requisito della «residenza» con una formulazione analoga a quella del nuovo art. 18-bis, l. n. 69/2005²⁰: il soggetto deve risiedere «legittimamente ed effettivamente» in Italia «da almeno cinque anni».

3. L'impianto motivazionale dell'ordinanza n. 217 del 2021

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 217/2021, ritiene che sussistano i presupposti per un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, posto che la questione di legittimità sollevata in riferimento all'art. 18-bis l. n. 69/2005 richiederebbe, anzitutto, una risposta sul piano del diritto dell'Unione europea²¹.

Rispetto ai tre punti attorno ai quali il giudice a quo ha strutturato la sua ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale opera una duplice limitazione, relativa tanto all'oggetto della questione quanto al parametro alla stregua del quale valutare la legittimità della normativa nazionale. I giudici della Consulta, infatti, valorizzano solo (e in maniera decisiva) la tutela del diritto fondamentale del cittadino di un Paese terzo a conservare i propri legami personali e familiari stabiliti sul territorio italiano, precisando altresì che la questione passi anzitutto per la lettura dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, come interpretato sulla base dell'art. 1, paragrafo 3, della stessa decisione quadro e dell'art. 7 CDFUE. L'attenzione, detto altrimenti, viene integralmente spostata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona,

²⁰ M. BARGIS, *Meglio tardi che mai*, cit., 82, parla di «una sorta di *reductio ad unum*» operata dal legislatore del 2021, che sarebbe andato nel senso di un riallineamento tra la disciplina del rifiuto in caso di MAE esecutivo e quella della richiesta di garanzie quando a venire in considerazione sia un MAE processuale.

²¹ Corte cost. ord. 217/2021, punto 7 del *Considerato in diritto*.

lasciando in secondo piano i profili relativi alla discrezionalità del legislatore (penale) nazionale e valorizzando a tal fine le indicazioni ricavabili dal diritto eurounitario²².

Con particolare riguardo alla discrezionalità del legislatore rispetto alle indicazioni offerte dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, la Corte costituzionale richiama la sentenza Wolzenburg, precisando però che l'esecuzione del mandato d'arresto europeo non possa, in ogni caso, comportare una violazione dei diritti fondamentali della persona²³.

Sulla base di queste premesse, il Giudice delle Leggi opta per il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e motiva la sua scelta con un duplice ordine di ragioni²⁴.

Anzitutto, valorizzando il riferimento al diritto eurounitario, si ritiene che la questione sollevata dal giudice a quo abbia ad oggetto l'interpretazione dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, relativamente a un profilo sul quale la Corte europea non ha ancora avuto modo di pronunciarsi. Con la sentenza Kozłowski, infatti, la Corte europea, chiarendo le nozioni di "residenza" e "dimora" ai fini del rifiuto di consegna, aveva altresì precisato che le stesse fossero suscettibili di applicazione anche ai cittadini di Stati terzi²⁵: in quel caso, tuttavia, i giudici di Lussemburgo erano chiamati a valutare la possibilità di rifiutare la consegna di uno straniero che ancora non avesse istituito legami significativi sul territorio dello Stato di esecuzione o che in quello Stato risiedesse illegalmente, fosse dedito alla commissione di reati o fosse detenuto a seguito di condanna penale. Si trattava, altrimenti detto, di una situazione per certi aspetti opposta rispetto a quella postasi nell'ordinamento italiano, nella quale a venire in considerazione è la posizione dello straniero "radicato" nel territorio dello Stato. Le sentenze Wolzenburg e Lopes da Silva Jorge, al contrario, si focalizzavano sulla condizione del cittadino di un altro Stato membro. Con la sentenza Lopes da Silva Jorge, la Corte di Giustizia, sulla base del principio di non discriminazione, ha concluso che l'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI non consente allo Stato dell'esecuzione di escludere il cittadino europeo in modo assoluto e automatico dall'ambito di applicazione della disposizione nazionale che traspone i motivi di rifiuto, indipendentemente dai suoi legami con il territorio dello Stato: a venire in considerazione era la legislazione francese che, appunto, aveva trasposto l'art. 4, punto 6, della decisione quadro limitandolo ai soli cittadini francesi²⁶. Resterebbe quindi da esaminare, ad avviso della Corte costituzionale, la compatibilità con la decisione quadro di una disciplina che, come quella interna, escluda in maniera assoluta e automatica la possibilità di rifiutare la consegna di cittadini di Stati terzi dimoranti o residenti sul territorio italiano, senza consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di opporre il

²² S. BARBIERI, *La "restaurazione" del giudice penale e la "garanzia" della Consulta: in margine alle ordinanze n. 216 e 217 del 2021*, in *SIDIBlog*, 7 dicembre 2021, § 4, osserva come l'art. 7 CDFUE venga rivitalizzato dalla Corte costituzionale e posto al cuore della questione pregiudiziale.

²³ Corte cost. ord. 217/2021, punto 8.1. del *Considerato in diritto*.

²⁴ Corte cost. ord. 217/2021, punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁵ CGCE, Grande sezione, 17 luglio 2008, causa C-66/08, Kozłowski, § 46, in *Cass. pen.*, 11, 2008, 4399 ss., con nota di E. SELVAGGI, chiariva che i termini «risieda» e «dimori» si riferiscono, rispettivamente, alla «situazione in cui la persona oggetto di un mandato di arresto europeo abbia stabilito la propria residenza effettiva nello Stato membro di esecuzione e quella in cui tale persona abbia acquisito, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata in questo medesimo Stato, legami di collegamento con quest'ultimo di intensità simile a quella dei legami di collegamento che si instaurano in caso di residenza».

²⁶ CGUE, Grande sezione, 5 settembre 2012, causa C-42/11, Lopes Da Silva Jorge, su cui P. MENGOZZI, *La cooperazione giudiziaria europea e il principio fondamentale di tutela della dignità umana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 225 ss.

rifiuto qualora i soggetti in questione abbiano stabili e radicati legami sociali e familiari con lo Stato di esecuzione; in caso di risposta positiva, si tratterebbe altresì di precisare sulla base di quali criteri e presupposti i legami in questione debbano essere considerati tanto significativi da imporre il rifiuto della consegna.

La seconda ragione che renderebbe necessario un intervento della Corte europea risiede nella integrale armonizzazione del mandato d'arresto europeo ad opera della decisione quadro 2002/584/GAI, con la conseguenza per cui il livello di diritti fondamentali da porre come limite al principio del mutuo riconoscimento è quello ricavabile dall'art. 6 del Trattato dell'Unione europea: in settori oggetto di integrale armonizzazione, infatti, sarebbe precluso agli Stati membri condizionare l'attuazione della normativa eurounitaria al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione, così come affermato nelle sentenze *Fransson* e *Melloni*²⁷.

La disciplina del mandato d'arresto europeo, sempre sul versante dei motivi di rifiuto alla consegna, è stata oggetto anche di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte d'appello di Milano²⁸ e alla quale la Corte costituzionale ha risposto con una pronuncia "gemella" rispetto a quella in commento: si tratta dell'ordinanza n. 216 del 2021, con cui il Giudice delle Leggi, scegliendo la medesima via del rinvio pregiudiziale, ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di chiarire se l'art. 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, qualora ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, dovendo rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole²⁹. Si tratta, quindi, di una questione che riguarda il mandato d'arresto europeo c.d. processuale e rispetto alla quale, di nuovo, assume rilevanza centrale la tutela dei diritti fondamentali, perennemente in bilico tra una prospettiva (direttamente e unicamente) costituzionale e una prospettiva di dialogo con la Corte di Giustizia. La Corte costituzionale, più esattamente, ribadisce che «sarebbe manifestamente in contrasto con tale principio un'interpretazione del diritto nazionale che riconoscesse all'autorità giudiziaria di esecuzione il potere di rifiutare la consegna dell'interessato al di fuori dei casi tassativi previsti dalla legge in conformità alle previsioni della decisione quadro»³⁰, precisando che, in ogni caso, «lo stesso diritto dell'Unione non potrebbe tollerare che l'esecuzione del mandato di arresto europeo determini una

²⁷ CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Fransson*, § 29 e CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2012, causa C-399/11, *Melloni*, § 60.

²⁸ App. Milano, sez. V, 17 settembre 2020, su cui I. GUERINI, *Mandato d'arresto europeo, divieto di consegna e tutela del diritto alla salute: una "nuova" questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 1, 2021, 71 ss.

²⁹ Corte cost., 18 novembre 2021, n. 216, su cui G. COLAIACOVO, *Esecuzione del mandato d'arresto europeo e tutela del diritto fondamentale alla salute del ricercato*, in *Il penalista*, 10 gennaio 2022; S. BARBIERI, *La "restaurazione" del giudice penale*, cit., § 3. V. poi, in questo stesso numero della *Rivista*, S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*.

³⁰ Corte cost. sent. 216/2021, punto 7.5. del *Considerato in diritto*.

violazione dei diritti fondamentali dell'interessato riconosciuti dalla Carta e dall'art. 6, paragrafo 3, TUE», a partire dal diritto alla salute della persona richiesta.

4. Le questioni “interne” al mandato d’arresto europeo: mutuo riconoscimento, tutela dei diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore

L’ordinanza n. 217 del 2021 pone una serie di questioni indubbiamente problematiche, tra le quali possono distinguersi quelle più direttamente attinenti alla trasposizione della disciplina del mandato d’arresto europeo nell’ordinamento nazionale e quelle che assumono una portata più generale, riguardando tanto i rapporti tra i giudici comuni, la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, quanto il dialogo tra Roma e Lussemburgo per assicurare la “prevalenza” dei diritti fondamentali della persona umana.

Sul piano delle questioni “interne” al mandato d’arresto europeo, sembrerebbe che a venire in considerazione sia l’eterna dialettica tra il principio del mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali³¹, che nella ratio e nella disciplina del MAE assumono indubbiamente una fisionomia peculiare. Il “fondamento giustificativo” del mandato d’arresto europeo, in effetti, risiede proprio nella fiducia reciproca tra gli Stati membri, a sua volta derivante dalla pretesa condivisione di valori comuni, a partire dalla tutela dei diritti fondamentali dell’individuo³², che, del resto, sarebbe altresì cementata dalla appartenenza dei singoli Stati membri al sistema CEDU³³. La mutua fiducia, anzi, andrebbe oltre il mutuo riconoscimento: richiede un “sacrificio di sovranità” maggiore e implica un apparente “salto nel buio”, temperato, però, dalla fiducia di trovare, alla fine del salto, una rete di protezione, rappresentata proprio dalla tutela dei diritti fondamentali³⁴.

È la stessa decisione quadro 2002/584/GAI che predispose la “rete di protezione” tessuta con il filo dei diritti fondamentali, non solo nell’ambito dei Considerando (quali, in particolare il n. 10 e il n. 12), ma anche e soprattutto nell’art. 1, paragrafo 3, dove si precisa che «[l]’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall’articolo 6 del trattato sull’Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro». Nella decisione quadro, tuttavia, manca un autonomo e generale motivo di rifiuto dell’esecuzione del MAE fondato sull’esigenza di assicurare i diritti fondamentali della persona

³¹ Con particolare riguardo alle ordinanze n. 216 e 271 della Corte costituzionale, S. BARBIERI, *La “restaurazione” del giudice penale*, cit., § 2. Sui rapporti tra mutuo riconoscimento e diritti fondamentali, in generale, V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 1, C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, 1 ss.; E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, Oxford, Hart, 2020; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *European Papers*, 2016, 1, 965 ss.

³² D. FLORE, *La notion de confiance mutuelle: l’“alpha” ou l’“omega” d’une justice pénale européenne*, in G. De Kerchove – A. Weyembergh (a cura di), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2005, 17 ss.; V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 31, 1, 2012, 325.

³³ M. GIALUZ – E. GRISONICH, *Crisi dell’Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l’efficacia del mandato d’arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2020, 2651-2652.

³⁴ L.S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d’arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2021, 2.

umana³⁵. Nel momento in cui la fiducia riposta nella “delega a Strasburgo” e nel collante rappresentato dal sistema CEDU ha iniziato a mostrare quei segnali di cedimento che hanno reso ancor più visibili le crepe apertesesi nell’Unione europea, la Corte di Giustizia, in tema di mandato d’arresto europeo, sembra aver abbandonato la logica di una difesa a tutti i costi del mutuo riconoscimento, a favore di una tutela dei diritti fondamentali, tanto del ricercato quanto della vittima³⁶. Se, in particolare, le sentenze Radu³⁷ e Melloni³⁸ sono l’emblema della valorizzazione del riconoscimento/fiducia tra gli Stati³⁹, altre pronunce successive hanno chiaramente avviato un percorso differente, mostrando un più evidente “sbilanciamento” della Corte europea a favore della tutela dei diritti fondamentali⁴⁰ e consolidando una tendenza che, come precisato, la Corte costituzionale italiana sembrerebbe voler assecondare (anche) con l’ordinanza n. 217/2021.

È innegabile, in proposito, che la disciplina ricavabile negli artt. 18, 18-bis e 19 possa essere letta, se non come indice di una cautela eccessiva mostrata dal legislatore italiano nei confronti del mutuo riconoscimento, come una “concretizzazione” della generale prevalenza accordata dall’art. 1, paragrafo 3, ai diritti fondamentali, prevedendo, tassativamente e in via eccezionale, motivi specifici di “soccombenza” del mutuo riconoscimento o, se si vuole, rendendo più evidente la rete di protezione offerta a fronte della fiducia reciproca sulla quale si fonda il mandato d’arresto europeo.

La necessità di un “bilanciamento” tra le esigenze della fiducia reciproca e la tutela dei diritti fondamentali, a ben vedere, non riesce da sola a centrare in pieno il bersaglio della questione portata all’attenzione della Consulta. I dubbi di legittimità dell’art. 18-bis, comma 1., lettera c), l. n. 69/2005, ma anche le ragioni per le quali la Corte costituzionale ha scelto la via del rinvio pregiudiziale, non attengono a caratteristiche dell’ordinamento dello Stato richiedente che, almeno potenzialmente, offrirebbero al soggetto una garanzia inferiore, sul piano dei diritti fondamentali, rispetto a quella ricavabile dall’ordinamento interno. A venire in considerazione, all’opposto, è “solo” una lacuna della legislazione italiana, che, trasponendo solo parzialmente l’art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI, determinerebbe una disparità di trattamento tra, da una parte, il cittadino italiano e quello appartenente ad altro Stato membro e, dall’altra parte, il cittadino di un Paese terzo. Non si tratta, detto altrimenti, di un rapporto

³⁵ Per tutti, C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo*, cit., 3, la quale sottolinea altresì la differenza rispetto alla cooperazione giudiziaria civile, dove è previsto come motivo generale di rifiuto del riconoscimento/ esecuzione della decisione straniera, l’«ordine pubblico», invocato di regola proprio a garanzia del rispetto dei diritti fondamentali dell’individuo.

³⁶ M. GIALUZ – E. GRISONICH, *Crisi dell’Unione europea*, cit., 2652.

³⁷ CGUE, Grande sezione, 29 gennaio 2013, causa C-396-1, Radu, secondo la quale l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso ai fini dell’esercizio di un’azione penale non può essere rifiutata per il fatto che la persona ricercata non è stata sentita nello Stato emittente prima dell’emissione del mandato stesso: i motivi di rifiuto sono solo quelli previsti dagli articoli 3, 4 e 4-bis della decisione quadro 2002/584/GAI e la mancata audizione del soggetto non costituisce una violazione degli articoli 47 e 48 CDFUE.

³⁸ CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2021, C.399-11, Melloni, la quale ha escluso che uno Stato membro, al fine di evitare una tutela meno incisiva del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa rispetto a quella assicurata dalla sua Costituzione, possa invocare l’art. 53 CDFUE per condizionare la consegna di una persona condannata *in absentia* al fatto che, nello Stato di emissione, sia garantita la possibilità di un riesame della sentenza.

³⁹ M. GIALUZ – E. GRISONICH, *Crisi dell’Unione europea*, cit., 2654, alle quali si rinvia tanto per un’efficace sintesi ricostruttiva delle due pronunce quanto per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴⁰ Sul punto, v. ancora M. GIALUZ – E. GRISONICH, *Crisi dell’Unione europea*, cit., 2663 ss.

“trilaterale” (Stato richiesto-Stato richiedente-diritto eurounitario), ma di un rapporto “bilaterale”, che attiene unicamente ai rapporti tra le scelte effettuate dal legislatore italiano e le indicazioni ricavabili dal diritto dell’Unione europea: l’esecuzione della pena nel territorio di un Paese diverso dall’Italia comporterebbe una violazione del diritto a conservare i propri legami familiari e sociali, in ragione non del quadro penitenziario offerto dallo Stato richiedente, ma dell’allontanamento del soggetto da un territorio nel quale è sufficientemente e stabilmente radicato.

Potrebbe ritenersi, allora, che la questione si sposti sui margini di discrezionalità lasciati al legislatore penale nazionale nella trasposizione di una disciplina che risulta certamente eccezionale rispetto alla logica del mandato d’arresto europeo, ma che, anziché esaurire la sua portata in una deroga alla fiducia reciproca tra gli Stati membri, pare piuttosto focalizzata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Non è un caso che proprio in riferimento all’ampiezza della discrezionalità del legislatore nazionale rispetto alla trasposizione dell’art. 4, punto 6, decisione quadro 2002/584/GAI si registri la distanza più significativa tra le argomentazioni del giudice a quo e quelle della Corte costituzionale. Come precisato, la Corte d’appello di Bologna riteneva che gli Stati membri possano scegliere se attuare o meno i motivi di non esecuzione facoltativa del mandato d’arresto europeo, ma che, qualora decidano di trasportarli nell’ordinamento interno, sarebbero tenuti ad attenersi a quanto previsto dalla decisione quadro, senza alcuna distinzione, nel caso di specie, tra cittadini italiani, cittadini europei e cittadini stranieri. La Corte costituzionale osserva che la premessa in questione sia stata smentita dalla Corte di Giustizia, che ha già ritenuto legittime alcune limitazioni apposte al motivo di rifiuto oggetto previsto dall’art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, quali, in riferimento al cittadino di un Paese terzo, la condizione di soggiorno legale e continuativo per almeno cinque anni sul territorio dello Stato di esecuzione⁴¹. Poiché, tuttavia, l’art. 4, punto 6, deve essere interpretato in maniera conforme ai diritti fondamentali e, quindi, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 1, paragrafo 3, della stessa decisione quadro, qualora i motivi di rifiuto introdotti dall’ordinamento nazionale risultino in contrasto con i diritti in questione, la normativa interna si porrebbe in contrasto con lo stesso art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, letto in conformità all’art. 1, paragrafo 3⁴².

Anche la questione della discrezionalità del legislatore penale, tuttavia, non sembra possa o debba essere eccessivamente enfatizzata, se non, come si cercherà di chiarire, ai fini della scelta che il giudice comune potrebbe trovarsi a compiere tra il ricorso alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Se in materia di rifiuto facoltativo della consegna resta intatto un margine di scelta del legislatore nazionale, la questione non è tanto l’opzione “limitativa” che caratterizza la norma interna e la sua difformità rispetto all’art. 4, punto 6, della decisione quadro, quanto piuttosto la compatibilità del risultato di quella scelta rispetto a norme “sovraordinate” rispetto tanto alla decisione 2002/584/GAI quanto alla legge n. 69/2005.

⁴¹ CGUE, sent. 6.10.2009, causa C-123/08, §§ 54 e ss.

⁴² Corte cost. ord. 217/2021, punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

5. Le questioni “esterne” al mandato d’arresto europeo: il rapporto tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia nella tutela dei principi e dei diritti fondamentali

Il nodo problematico, allora, diviene anzitutto la scelta del “percorso” più adeguato a evidenziare e, eventualmente, rimuovere l’antinomia in questione.

Qualora si ritenga che l’elemento dirimente sia rappresentato da una violazione dei principi ricavabili dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in questo caso l’art. 7 CDFUE), si tratta anzitutto di chiarire le possibili mosse del giudice comune sulla scacchiera della tutela multilivello: se, in particolare, il giudice debba rivolgersi direttamente, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia o se possa mettere sotto scacco la normativa nazionale attraverso l’incidente di costituzionalità.

Nel caso in cui il giudice opti per la (sola) via che conduce al Palazzo della Consulta⁴³, sarà la Corte costituzionale a dover decidere se chiudere il gioco dichiarando incostituzionale la norma di diritto interno o se prolungare la partita rimettendo la questione alla Corte europea.

Le cadenze, detto altrimenti, sono quelle che rinviano ai tormenti della “doppia pregiudizialità”, intesa, in via di prima approssimazione, come i casi che possono dar luogo tanto a una questione di legittimità costituzionale quanto a una questione di compatibilità con il diritto dell’Unione europea⁴⁴. Lo spartiacque, come ampiamente noto, è segnato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017⁴⁵, la quale sembrava aver messo in discussione l’assetto, a fatica consolidatosi, dei rapporti tra i giudici nazionali e la Corte di Lussemburgo. La pronuncia, secondo alcuni rivoluzionaria⁴⁶ (o reazionaria⁴⁷), che, ad ogni modo, si poneva a valle di un percorso complesso e risalente⁴⁸, è rimasta celebre per l’obiter

⁴³ Sui presupposti e sui limiti di una contestuale rimessione della questione alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia, in particolare, C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale*, cit., 307 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., 515 ss.

⁴⁴ Per i necessari chiarimenti terminologici relativi a una categoria indubbiamente controversa v. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 1, 2020, 494, nota 4. Nella letteratura penalistica si segnalano, in particolare, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 481 ss.; S. MANACORDA, *“Doppia pregiudizialità” e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell’Unione europea nell’era del disincanto*, in C. Grandi (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, p. 137.

⁴⁵ Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269.

⁴⁶ Per tutti, G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 1 e R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 22. 1. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2017, 238-239, parlando di «vero e proprio sostanziale aggiustamento» degli orientamenti precedenti, rileva come la svolta della pronuncia risieda nella rilevanza attribuita non tanto a un criterio strutturale, relativo al carattere autoapplicativo o meno della norma parametro, ma, piuttosto, a un criterio assiologico-sostanziale, «che attiene alla capacità delle norme d’incarnare i valori fondamentali dell’ordinamento».

⁴⁷ Cfr. L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi*, 3, 2018, 8, la quale osserva che la Corte, più che allontanarsi dalla strada maestra tracciata dalla sentenza Granital, intendeva precisarla, al fine di arginare il rischio dell’inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità al quale si perverrebbe attribuendo “priorità” al percorso europeo rispetto a quello interno.

⁴⁸ G. PISTORIO, *L’operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all’ordinanza n. 182 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 10 ss.

dictum⁴⁹ con cui il Giudice delle leggi, muovendo dalla premessa per cui i principi e i diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea coincidano in larga parte con quelli garantiti dalla Costituzione italiana, precisava che una violazione dei diritti fondamentali della persona umana richiede un intervento erga omnes della Corte costituzionale, la quale giudicherà sulla base dei parametri interni e, eventualmente, di quelli europei. Qualora una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, dovrebbe essere sollevata, secondo la sentenza n. 269/2017, questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE: i giudici comuni, quindi, dovrebbero “preferire” il ricorso alla Corte costituzionale o, almeno, ricorrere non solo al rinvio pregiudiziale alla Corte europea, ma anche all'incidente di costituzionalità.

Non importa in questa sede chiarire se le pronunce successive alla sentenza n. 269/2017⁵⁰, descrivendo un percorso nel quale si inserisce anche l'ordinanza n. 217/2021, si pongano con la stessa in una linea di sostanziale continuità o se rappresentino “solo” il temperamento di una presa di posizione troppo perentoria. Quel che pare opportuno sottolineare è che l'opzione per un percorso eurounitario, costituzionale, in parte costituzionale e in parte eurounitario (rimessione alla Corte costituzionale che, a sua volta, rinvia alla Corte di Giustizia, oppure rimessione contestuale alle due Corti) dipende dalle peculiarità della singola antinomia o della singola lacuna che di volta in volta vengano in considerazione, con particolare riguardo alle “cautele” da utilizzare nei confronti delle scelte legislative in materia penale.

Le peculiarità della questione oggetto dell'ordinanza n. 217/2021 della Corte costituzionale, per le ragioni che si cercherà di chiarire, fanno propendere per la praticabilità di un percorso interamente “interno”. Risulta condivisibile, dunque, la scelta del giudice comune di rivolgersi alla Corte costituzionale anziché alla Corte di Giustizia, mentre, probabilmente, sussistevano i presupposti affinché i giudici costituzionali si pronunciassero “direttamente”, dichiarando fondata la questione e superando quell'esclusione dei cittadini stranieri che, ormai da molto tempo, si trova additata come una lacuna irragionevole e costituzionalmente insostenibile.

Quanto alla scelta, da parte del giudice a quo, di seguire la via per Roma anziché quella per Lussemburgo, sebbene la materia del mandato d'arresto europeo sia oggetto di integrale armonizzazione, è innegabile che in riferimento ai motivi di rifiuto il legislatore nazionale mantenga un margine di discrezionalità. Se la disposizione interna avesse riprodotto perfettamente quella eurounitaria, della sua legittimità sarebbe stato preferibile investire la Corte di giustizia, cui spetterebbe la competenza esclusiva a sindacare la validità dell'atto di

⁴⁹ Si tratta, verosimilmente, dell'*obiter dictum* più commentato in settant'anni di giurisprudenza costituzionale: così, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, 3.

⁵⁰ Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 20; Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63; Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 11; Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 44; Corte cost., ord. 8 luglio 2020, n. 182; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 254. Per un esame della giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269 del 2017, v., in particolare, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., 2 ss.; ID., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 296 ss.; G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione*, cit., 9 ss.; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2020, 1260 ss.

diritto dell'Unione europea che viene in considerazione⁵¹. Nel caso cui, invece, residuino margini di discrezionalità, l'opzione preferibile resta quella del ricorso alla Corte costituzionale⁵².

Quanto alle possibili soluzioni a disposizione della Corte costituzionale, sono certamente comprensibili le ragioni a favore della via europea (esplicitate, come precisato, dall'ordinanza n. 217/2021), sebbene fossero rinvenibili altrettante ragioni in base alle quali la Corte avrebbe potuto optare per una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 18-bis, comma 1, lettera c), l. n. 69/2005⁵³.

In primo luogo, contrariamente ad altri casi che hanno agitato il “caos calmo” delle garanzie in materia penale, la possibile estensione del rifiuto di consegna dello straniero radicato in Italia, lungi dal porsi in contrasto con i principi generali dell'ordinamento e i diritti fondamentali della persona umana, rafforzerebbe, in senso costituzionalmente conforme, le garanzie offerte dal legislatore nazionale. Sembrano distanti, altrimenti detto, i tormenti derivanti dalla saga Taricco, con il rinvio pregiudiziale alla Corte europea che suonava come l'intermezzo volto a scongiurare il finale tragico dei controlimiti⁵⁴. Se nella vicenda Taricco la posta in gioco era sembrata, fin da subito, di particolare valore, se non altro perché a venire in considerazione era la struttura portante della legalità penale⁵⁵, in questo caso la prevalenza della norma eurounitaria non solo innalzerebbe il livello di tutela ricavabile dal diritto interno, ma si porrebbe in linea con i principi e i diritti affermati dalla Costituzione italiana.

Proprio a quest'ultimo proposito può individuarsi una seconda peculiarità della questione oggetto dell'ordinanza n. 217/2021, che, di nuovo, si colloca nello scenario di una possibile soluzione diretta da parte della Corte costituzionale. Il grado di rilevanza del parametro di

⁵¹ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., 19, richiamando sul punto Corte giust., 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*.

⁵² *Ibidem*. Cfr. M. DANIELE, *Mandato d'arresto europeo*, cit., § 6, il quale, in sede di commento della già citata Cass., n. 10371/2020, ritiene condivisibile l'opzione della Corte di cassazione per la questione di legittimità costituzionale (anziché per il rinvio pregiudiziale), per almeno tre ragioni: l'art. 4, punto 6 della decisione quadro valorizza una condizione “fattuale” del soggetto richiesto, attribuendo rilevanza non solo alla residenza, ma anche alla dimora; non sussistono particolari dubbi sul fatto che il diritto eurounitario faccia riferimento a qualsiasi persona e non ai soli cittadini europei; la Corte di Giustizia ha più volte ribadito una concezione antiformalistica del diritto al reinserimento sociale. La Corte di Giustizia, precisa l'Autore, avrebbe quindi certamente concluso per una contrarietà della disposizione interna rispetto al diritto europeo.

⁵³ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., 22 ss., individua quattro situazioni nelle quali il ricorso della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia risulterebbe opportuno o doveroso: a) la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna potrebbe privare la Corte di Giustizia della possibilità di valutare la compatibilità della norma con l'ordinamento eurounitario e, eventualmente, di “salvarla” sulla base di una diversa ponderazione degli interessi in gioco; b) la Corte costituzionale intende dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale anche per i profili eurounitari, ma vuole evitare che un successivo (o contestuale) rinvio alla Corte di Giustizia, ad opera di un giudice comune, si concluda con un esito differente; c) si pone un problema di validità di una norma dell'Unione europea; d) la Corte costituzionale ipotizza un'attivazione dei controlimiti.

⁵⁴ Sull'attivazione “indiretta” dei controlimiti nella vicenda Taricco, per tutti e “a mente fredda”, C. CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione “indiretta” dei controlimiti e i possibili scenari “costituzionali” del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 1821 ss. In riferimento al “pluricommentato” caso *Taricco*, sufficiente, in questa sede, il rinvio di due fondamentali volumi, che raccolgono buona parte dei più autorevoli interventi registratisi in materia: A. Bernardi – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017; Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017.

⁵⁵ «Difendere l'assetto delle fonti del nostro ordinamento e la soggezione del giudice alla legge – segnatamente in ambito penalistico – non riguarda un piccolo rimasuglio di sovranità statale, ma l'idea stessa di legalità e il rapporto fra legge e giurisdizione. È in gioco la struttura stessa del nostro sistema costituzionale»: D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2016, 236.

costituzionalità “interno”, almeno prima facie, sembrerebbe più evidente del parametro di legittimità ricavabile dal diritto eurounitario. È la stessa ordinanza n. 217/2021 ad ammettere che i profili di illegittimità non derivano (né potrebbe derivare, visti i margini di discrezionalità del legislatore nazionale), in via esclusiva e decisiva, dalla incompatibilità diretta tra l’art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI e l’art. 18-bis, comma 1, lettera c), l. n. 69/2005, visto che, come già precisato, il problema è quello del rispetto di “superiori” diritti fondamentali della persona.

Il parametro individuato nell’ambito del diritto eurounitario è essenzialmente quello offerto dall’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, secondo il quale ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni. Si tratta indubbiamente di una disposizione che, vista la sua ampiezza semantico-concettuale, ben si presta a comprendere anche la tutela della rete socio-familiare capace di favorire il reinserimento del soggetto. La portata dell’art. 7 CDFUE è sostanzialmente analoga a quella dell’art. 8 della CEDU, i cui ambiti di tutela spaziano dalla protezione della sfera sessuale alle decisioni di fine vita, dall’interruzione volontaria di gravidanza alle intercettazioni⁵⁶. Con specifico riferimento ai diritti dei detenuti, l’art. 8 CEDU ha trovato applicazione nei settori del controllo della corrispondenza e della tutela dell’“affettività” in carcere, ma anche per garantire modalità esecutive della pena compatibili con il superiore principio della dignità umana (uso delle manette, abbigliamento irriparabile)⁵⁷. La Corte di Strasburgo, poi, ha offerto indicazioni che potrebbero risultare significative anche sul versante del mandato d’arresto europeo in riferimento all’espulsione dello straniero che ha commesso un reato: tra gli indici da considerare per valutare se l’espulsione possa dirsi o meno proporzionata rispetto alle esigenze di tutela poste dall’art. 8 della Convenzione si rinvergono anche la durata del soggiorno nello Stato di accoglienza, la nazionalità dei suoi familiari o, comunque, la sussistenza di un radicamento familiare, la difficoltà dei familiari nel seguire il soggetto nello Stato di destinazione, la solidità dei legami sociali e culturali con lo Stato di accoglienza⁵⁸. Il radicamento familiare, sociale e culturale nel Paese richiesto, quindi, ben potrebbe venire in considerazione ex artt. 8 CEDU e 7 CDFUE per “giustificare” l’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza detentive nello Stato richiesto.

È innegabile, tuttavia, come i possibili parametri “diretti” di costituzionalità siano altrettanto (e forse più evidentemente) riconoscibili. A venire in considerazione è anzitutto l’art. 27, terzo comma Cost., che, attraverso la “consacrazione” del finalismo rieducativo della pena,

⁵⁶ Per tutti i necessari riferimenti, M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull’art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Uberti – F. Viganò (a cura di), Corte di Strasburgo e giustizia penale, Torino, Giappichelli, 2016, 262 ss.

⁵⁷ M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull’art. 8*, cit., 266 ss.

⁵⁸ Gli indici in questione hanno trovato una prima collocazione, poi divenuta sufficientemente consolidata, da Corte EDU, 2 agosto 2001, n. 54273/00, *Boultif*, § 48, che prende in considerazione: la natura e la gravità dell’infrazione commessa dal ricorrente; la durata del suo soggiorno nel Paese dal quale dovrà essere espulso; la condotta del ricorrente nel periodo che decorre dalla commissione del reato; la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare del ricorrente (durata del matrimonio, e altri elementi che attestino il carattere effettivo della vita di coppia e che consentano di sapere se il coniuge era o no al corrente del reato all’inizio della relazione; la nascita di figli legittimi ed eventualmente la loro età); la gravità delle difficoltà che rischia di incontrare il coniuge nel paese d’origine del suo sposo, benché questo semplice fatto non sia sufficiente ad escludere l’espulsione. Per più ampie indicazioni, v., ancora, M. BONETTI – A. GALLUCCIO, *Profili specifici sull’art. 8*, cit., 277 ss.

rappresenta la cornice più chiara ed evidente entro la quale collocare il reinserimento sociale del condannato⁵⁹, anche per ciò che attiene al luogo di esecuzione della pena. Se per molto tempo l'art. 27, terzo comma Cost. è stato al centro di riflessioni pressoché integralmente focalizzate sul solo ordinamento nazionale, più di recente il reinserimento sociale del condannato si è trovato inserito anche nella prospettiva dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, funzionando ora come criterio-limite della cooperazione ora, all'opposto, come scopo della cooperazione stessa⁶⁰. Il reinserimento sociale del condannato, del resto, può venire in considerazione tanto come principio generale che regola la materia penale quanto come diritto fondamentale della persona umana⁶¹, se non altro perché rappresenta il necessario completamento di quel divieto di pene contrarie al senso di umanità cui fa riferimento la prima parte dello stesso terzo comma dell'art. 27 Cost.: risulterebbe, allora, chiaramente illegittima la pretesa di circoscrivere l'ambito applicativo di questo principio-diritto sulla base dello status formale di cittadino⁶².

L'attuale disciplina italiana, quindi, appare viziata da un'irragionevole disparità di trattamento tra il cittadino di uno Stato membro e quello di un Paese terzo, che potrebbe rilevare per il solo tramite dell'art. 27, terzo comma Cost. e/o assumendo a parametro l'art. 3 Cost.⁶³. La formulazione letterale dell'art. 18, comma 1, lettera c) l. n. 69/2005, poi, avrebbe reso agevole un intervento additivo della Corte, come del resto già avvenuto in riferimento ai cittadini dell'Unione europea.

Sebbene non si rinvercano specifiche pronunce sul tema, del resto, è “ragionevolmente prevedibile” che la Corte di Giustizia confermi la contrarietà della normativa nazionale rispetto alle indicazioni ricavabili dal diritto eurounitario⁶⁴; sarebbe stato, allora, forse più efficiente “anticipare i tempi” con una ormai proverbiale pronuncia erga omnes, a fronte di diritti fondamentali della persona e di scelte limitative della legge interna rispetto alle quali, come confermato dal d.lgs. n. 10/2021, il legislatore italiano non sembra disposto ad arretrare.

L'ordinanza n. 217/2021, ad ogni modo, rappresenta una conferma delle criticità ancora insite tanto sul piano strettamente “interno” alla disciplina del mandato d'arresto europeo quanto sul versante “esterno” della triangolazione tra giudici comuni, giudici costituzionali e giudici europei nella tutela dei diritti fondamentali. Indipendentemente da quale sia la via procedimentale scelta in questa occasione, ciò che importa è che la Corte costituzionale abbia

⁵⁹ Un'efficace ricostruzione delle accezioni attraverso le quali cui la Corte costituzionale ha meglio specificato il concetto di rieducazione del condannato è offerta da G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *DeS*, 2012, I, 189 ss. Per un inquadramento di carattere generale dell'art. 27, terzo comma Cost., G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca e A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1991, 222 ss.; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 38 ss.

⁶⁰ M. PISANI, “Reinserimento” del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2008, 513-514.

⁶¹ Per tutti, V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Art. 1*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, 5 ss. Cfr., per un primo riconoscimento di un “diritto alla rieducazione”, Corte cost., 27 giugno 1974, n. 204.

⁶² Sebbene non direttamente relativo all'art. 27 Cost., v. A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, 1 ss.

⁶³ Sulla individuazione dei parametri interni di costituzionalità negli artt. 27, terzo comma, 3 e 2 Cost., in riferimento all'analogia questione (non) risolta dall'ord. n. 60/2021, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia*, cit., 28.

⁶⁴ M. DANIELE, *Mandato d'arresto europeo*, cit., § 6.

allentato la morsa di quel freno a mano che per troppo tempo ha tenuto ferma ai nastri di partenza l'esclusione del cittadino di un Paese terzo dai motivi di rifiuto facoltativo di consegna, malgrado si trattasse di un'incongruenza percepibile ictu oculi fin dall'entrata in vigore della l. n. 69/2005.

Quel che è ovvio, a volte, ha bisogno di tempo per veder affermate le proprie ragioni: la speranza è che per l'art. 18-bis, l. n. 69/2005 la lunga attesa sia prossima alla sua (ovvia) conclusione.



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 185 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Franco Modugno

decisione del 10 giugno 2021, deposito del 23 settembre 2021

[comunicato stampa del 23 settembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 69 del 2019](#)

parole chiave:

LUDOPATIA – OBBLIGHI INFORMATIVI – SANZIONI AMMINISTRATIVE – PRINCIPI
DI PROPORZIONALITÀ E RAGIONEVOLEZZA – ZONE FRANCHE - SENTENZE
ABLATIVE

disposizione impugnata:

- art. 7, comma 6, del [decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 2012, n. 189](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, [anche](#) in combinato disposto con gli artt. 41 e 42, e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in relazione all'art. 1 del [Protocollo addizionale alla CEDU](#) e agli artt. 16 e 17 della [CDFUE](#)

dispositivo:

accoglimento

La Corte era stata chiamata a decidere, da una ordinanza di rimessione del Tribunale di Trapani, sulla legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6, del d.l. n. 158 del 2012 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 189 del 2012), **in materia di sanzioni amministrative a carico dei concessionari del gioco e dei titolari di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo**. In particolare, veniva impugnata la norma che prevede una sanzione fissa di 50.000 euro per la violazione di obblighi informativi di diversa natura: dall'omissione delle formule di avvertimento in schedine o tagliandi, alle inadempienze relative alle sale quanto all'apposizione delle medesime formule su apposite targhe e sugli apparecchi da gioco, o alla esposizione all'ingresso e all'interno dei locali di materiale informativo predisposto dalle aziende sanitarie locali. **Dal tenore letterale della disposizione si evince inesorabilmente che la sanzione è la stessa**, a prescindere dalla specifica fattispecie oggetto di trasgressione, dal numero delle prescrizioni violate, dal numero di macchine da gioco presenti nel locale, dalla collocazione dell'esercizio commerciale o dai suoi orari di apertura al pubblico.

Il rimettente lamentava la violazione del principio di eguaglianza sotto due distinti profili: il contrasto con il principio di proporzionalità della sanzione, dato che la norma censurata prevede una sanzione non graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito; il contrasto con il principio di

ragionevolezza, attesa l'eccezionale severità della sanzione, sproporzionata rispetto a quella prevista per fattispecie di non minore gravità (come la sanzione da cinquemila a ventimila euro irrogata a chi consente di giocare d'azzardo ai minorenni). Infine, si denunciava la lesione dell'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost., nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE, dal momento che la sanzione prevista potrebbe incidere – irragionevolmente – sia sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito, sia sul diritto di esercitare liberamente un'attività d'impresa, essendo in grado di determinare, per il suo importo, «un'irreversibile crisi aziendale», almeno nei casi in cui l'esercizio commerciale sia di modeste dimensioni, come nel caso oggetto del giudizio a *quo*.

La Corte, innanzitutto, **rigetta l'eccezione di inammissibilità rispetto al carattere meramente ablativo della pronuncia richiesta dal rimettente, che ad avviso dell'Avvocatura dello Stato avrebbe determinato un vuoto normativo, non colmabile** – in attesa di una nuova previsione legislativa – da altra disposizione vigente, né da un intervento additivo del giudice delle leggi, ritenuto nella fattispecie non consentito. Al riguardo, il giudice delle leggi osserva che **in linea di principio non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale la carenza di disciplina che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti, spettando poi ai giudici comuni e al legislatore il compito di trarne le dovute conseguenze** (sentt. n. 59 del 1958, n. 242 del 2019, n. 113 del 2011). **Ciò vale anche nei casi in cui il giudizio di legittimità costituzionale verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo, nei quali si può rimuovere semplicemente la norma sottoposta a scrutinio**, lasciando al legislatore il compito di rimodulare la sanzione in accordo con i principi costituzionali (sent. n. 218 del 1974 e n. 176 del 1976).

L'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa comportasse una menomazione nella protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività (sent. n. 222 del 2018) **rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali**. La Corte osserva, inoltre, come un intervento legislativo inteso a colmare la lacuna, per quanto immediato, opererebbe solo per il futuro, stante l'inderogabile principio di irretroattività della norma sfavorevole in materia punitiva. **In tali casi, spetta al giudice delle leggi rimuovere il *vulnus* costituzionale individuando soluzioni sanzionatorie che (pur non potendo consistere in interventi "creativi") siano in grado di sostituirsi a quella censurata: soluzioni rinvenibili – secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, ispirata dall'esigenza di evitare la creazione di "zone franche" intangibili dal controllo di legittimità costituzionale – anche fuori dal tradizionale schema delle "rime obbligate", facendo leva su «precisi punti di riferimento» offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché rispettoso della Costituzione** (sent. n. 40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 236 del 2016, n. 99 del 2019).

La Corte conclude sul punto osservando come una simile ipotesi non sia peraltro ravvisabile nella fattispecie oggetto dell'odierno giudizio: **sebbene la tutela della salute, nella cui cornice si inscrivono le misure intese a contrastare il gioco d'azzardo patologico** (sentt. n. 27 del 2019, n. 108 del 2017 e n. 300 del 2011), **sia obiettivo di sicuro rilievo costituzionale, le condotte sanzionate dalla norma censurata** – pur riconducibili a precetti in grado di svolgere un ruolo positivo in vista di quel fine – **si pongono in una fase sensibilmente antecedente alla concreta offesa all'interesse protetto**, costituendo inosservanze a obblighi informativi finalizzati ad avvertire dei rischi di ludopatia chi già pratica, o sarebbe intenzionato a praticare, forme di gioco consentite dalla legge.

Viene **respinta anche l'eccezione di inammissibilità** sulla presunta carenza della motivazione delle qq.ll.cc. sollevate in riferimento all'art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 41 e 42, e all'art. 117, primo comma, Cost. relativamente all'art. 1 Prot. addiz. CEDU e agli artt. 16 e 17 CDFUE. La Corte ricorda, infatti, come, diversamente che per le pene, rispetto alle sanzioni amministrative il principio di

proporzionalità – principio la cui denunciata violazione è ampiamente argomentata dal rimettente – trovi la sua base normativa non già nell’art. 3 Cost. in combinato disposto con l’art. 27 Cost., nella parte in cui enuncia i principi di personalità della responsabilità e della funzione rieducativa della pena (riferibili alla sola materia penale in senso stretto), ma nell’art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione (sent. n. 112 del 2019); diritti che, nel caso in esame, il giudice *a quo* identifica, per l’appunto, nel diritto di proprietà e nella libertà di iniziativa economica.

Per una ragione ben diversa, invece, la Corte **dichiara l’inammissibilità di una tra le predette qq.ll.cc.:** quella relativa agli artt. 16 e 17 CDFUE, quali parametri interposti rispetto all’art. 117, primo comma, Cost. **Il giudice delle leggi, infatti, ribadisce la propria giurisprudenza in forza della quale, affinché la CDFUE possa essere invocata quale parametro interposto in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre che il giudice *a quo* dia conto della riconducibilità della fattispecie regolata dalla legislazione interna all’ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea** ai sensi dell’art. 51 CDFUE, ciò che condiziona la stessa applicabilità delle norme della Carta (*ex plurimis*, sentt. n. 33 e n. 30 del 2021). Nel caso in esame, il rimettente non fornisce però alcuna motivazione in proposito.

Nel merito la Corte, rilevata la violazione del principio di proporzionalità e del principio di ragionevolezza, adotta una pronuncia di accoglimento puramente ablativa, in ordine alle qq.ll.cc. sollevate in riferimento agli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU, con assorbimento della questione relativa all’art. 41 Cost.

Il giudice delle leggi ribadisce la giurisprudenza sulla «mobilità» (sent. n. 67 del 1963), o «individualizzazione» della pena, per cui una **riparatrice giustizia distributiva esige differenziazione più che uniformità** (sent. n. 104 del 1968). Ciò – continua la Corte – in attuazione del principio d’uguaglianza oltretutto dei principi costituzionali direttamente attinenti alla materia penale (sent. n. 50 del 1980). Per questo motivo, **in via di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale, a meno che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest’ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato**» (sentt. n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980).

La Corte ricorda come **più di recente tale orientamento sia stato esteso anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo in virtù del principio di ragionevolezza** (sent. n. 212 del 2019). In altre occasioni sono state dichiarate illegittime sanzioni amministrative rigide e di rilevante incidenza sui diritti dell’interessato per ipotesi di gravità marcatamente diversa o comunque palesemente eccedenti il limite della proporzionalità rispetto all’illecito commesso (sent. n. 88 del 2019 e 112 del 2019). **Né** – aggiunge la Corte – **il difetto di proporzionalità della sanzione può essere contestata facendo leva sull’istituto del pagamento in misura ridotta:** sia perché trattasi di una mera eventualità, che implica tra l’altro la rinuncia al diritto di difendersi in giudizio; sia perché il possibile ricorso all’istituto in questione non esclude che la sanzione, di importo significativo anche dopo la riduzione, resti di per sé fissa e tale da accomunare violazioni di disvalore sensibilmente differenziato. Considerando che **le sanzioni amministrative in materia** – pur severe – **sono in genere graduabili**, la Corte rileva, anche da questo profilo, **l’irragionevolezza della norma censurata. Non potendo sostituire alla sanzione dichiarata illegittima quella prevista nei confronti di chi consente di giocare d’azzardo ai minorenni** – data l’oggettiva diversità della condotta ed il particolare rigore delle sanzioni accessorie previste per quest’ultima fattispecie, **la cui estensione agli illeciti in esame sarebbe contraria allo stesso “verso” delle questioni e certamente estranea alle competenze della Corte** – viene demandato al legislatore, nel rispetto dei principi costituzionali, il compito di fissare una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo.

Eva Lechner

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Ordinanza n. 186 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Silvana Sciarra
decisione dell'8 luglio 2021, deposito del 23 settembre 2021

Giudizio sull'ammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

atto di promovimento: ricorso n. 2 del 2021

parole chiave:

CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE TRA POTERI DELLO STATO – LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DEL SINGOLO PARLAMENTARE – PROCEDIMENTO LEGISLATIVO – PROPOSTA DI EMENDAMENTI

oggetto del conflitto:

- Declaratorie di inammissibilità e/o improponibilità, da parte della V Commissione permanente (Bilancio) del Senato e del Presidente del Senato, degli emendamenti identificati al n. 5.1 (Testo 3)/200, relativamente all'A.S. n. 1786, al n. 4.0.4., relativamente all'A.S. n. 1883, al n. 22.0.29, relativamente all'A.S. n. 1994, e al n. 4.0.1, relativamente all'A.S. n. 2133.

parametri del conflitto:

- artt. 67, 71 e 72 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte costituzionale è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'ammissibilità di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso da un singolo parlamentare.

Nel caso di specie, il ricorrente, nella qualità di membro del Senato della Repubblica, ha lamentato la menomazione del suo **diritto-potere di emendamento** per effetto delle «immotivate e ingiustificate» declaratorie di inammissibilità e/o improponibilità, da parte della V Commissione permanente (Bilancio) e del Presidente del Senato, di alcuni emendamenti da lui proposti. Ad avviso del ricorrente, tali declaratorie si porrebbero in contrasto con gli artt. 97 e 100 del Regolamento del Senato, secondo cui l'inammissibilità degli emendamenti può essere dichiarata solo qualora il loro contenuto sia in contrasto con deliberazioni già adottate dal Senato sull'argomento nel corso della discussione o siano privi di reale portata modificativa.

Di conseguenza, il senatore ricorrente lamenta una menomazione della propria sfera di attribuzioni costituzionali, **di cui egli sarebbe titolare in qualità di parlamentare rappresentante della Nazione (art. 67 Cost.)**, e che consisterebbero – nel caso di specie – nel potere di emendamento, da intendersi **incluso nel potere di iniziativa (art. 71 Cost.)**, esercitabile sia in Aula sia in Commissione (art. 72 Cost.). Pertanto, sulla base di tale premesse, egli chiede di riconoscere tale

menomazione e, conseguentemente, che vengano annullate le declaratorie di inammissibilità e improponibilità impugnate.

In primo luogo, la Corte evidenzia di essere chiamata a pronunciarsi sulla preliminare **ammissibilità del ricorso**, dovendo riscontrare anzitutto la sussistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. Rispetto al primo, la Corte richiama il proprio orientamento avviato con l'ord. n. 17 del 2019, ove effettivamente è stata riconosciuta l'esistenza di un complesso di prerogative in capo al singolo parlamentare di cui egli sarebbe titolare in quanto rappresentante della Nazione individualmente considerato e, quindi, diverse da quelle di cui dispone come componente dell'Assemblea.

Tuttavia, rispetto al requisito oggettivo, la Corte ribadisce come nel giudizio per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato **non possano trovare ingresso violazioni o scorrette applicazioni dei regolamenti parlamentari e delle prassi di ciascuna Camera, ma solo quelle inerenti a vizi che determinano violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari**. Per tale ragione, sarebbe onere del parlamentare che intende ricorrere dinnanzi alla Corte allegare e dedurre la violazione di una propria attribuzione che trovi fondamento nelle norme della Costituzione, oltre agli atti e ai comportamenti che si ritengono lesi.

Nel caso di specie, invece, il ricorrente avrebbe sviluppato le proprie censure concentrandosi essenzialmente sulla violazione di quanto prevedono gli artt. 97 e 100 del Regolamento del Senato in merito ai criteri per le declaratorie di inammissibilità e improponibilità degli emendamenti. La Corte, quindi, ritiene che la menomazione lamentata rientri nell'ambito **dell'interpretazione e delle modalità di applicazione di disposizioni e prassi regolamentari**, in quanto tali da ritenersi al di fuori del giudizio per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. Il relativo ricorso, pertanto, viene dichiarato inammissibile.

Andrea Giubilei



Ordinanza n. 188 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Franco Modugno
decisione dell'8 luglio 2021, deposito del 24 settembre 2021

Giudizio sull'ammissibilità di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

atto di promovimento: ricorso n. 1 del 2021

parole chiave:

CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE TRA POTERI DELLO STATO – LEGITTIMAZIONE A RICORRERE DEL SINGOLO PARLAMENTARE – PROCEDIMENTO LEGISLATIVO – INIZIATIVA LEGISLATIVA

oggetto del conflitto:

- Lettera del Presidente della Camera dei deputati del 10 gennaio 2020, con cui non è stata ammessa la presentazione in aula della proposta di legge presentata dal ricorrente in data 17 aprile 2019, recante «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30/03/1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20/12/1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché norme concernenti la determinazione e la revisione dei collegi uninominali» (A.C. n. 1781).

parametri del conflitto:

- violazione degli artt. 67, 71 e 72 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

A seguito dell'orientamento avviato con l'ord. n. 17 del 2019, alla Corte costituzionale è stato presentato nuovamente un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato da parte di un singolo parlamentare.

In questa occasione, il conflitto è stato sollevato da parte di un deputato che lamenta la menomazione delle proprie prerogative, relative, in particolare, al **potere di iniziativa legislativa** riconosciutogli dall'art. 71 Cost. e, più in generale, al libero esercizio del mandato parlamentare (art. 67 Cost.) e alla possibilità di concorrere alla discussione, definizione e deliberazione dei disegni di legge presentati (art. 72 Cost).

Nel caso di specie, tale menomazione deriverebbe dalla decisione del Presidente della Camera dei deputati di **non ammettere la presentazione in aula di un progetto di legge** presentato dal ricorrente e recante alcune modifiche ai testi unici sull'elezione della Camera dei deputati (d.P.R. n. 361 del 1957) e sull'elezione del Senato della Repubblica (d.P.R. n. 533 del 1993). Il progetto – tra le altre cose – prevedeva l'introduzione del c.d. “*referendum* di richiamo”, volto a riconoscere agli elettori di un

determinato collegio il potere di revocare dalla carica un deputato o senatore eletto in quel collegio, al ricorrere di determinate condizioni.

Tale elemento ha rappresentato il punto controverso del progetto di legge presentato. In un primo momento, il deputato ricorrente è stato contattato dal Servizio per i Testi normativi della Camera dei deputati proprio con il fine di eliminare il riferimento al “*referendum* di richiamo”. Successivamente, dopo aver scritto al Presidente della Camera per sollecitare la pubblicazione del testo, il Presidente ha risposto precisando che la stampa della proposta era stata sospesa per valutazioni sull’ammissibilità delle disposizioni del progetto relative a detto *referendum*. In particolare – secondo il ricorrente – il Presidente della Camera avrebbe sostenuto di dover svolgere un **sindacato di ammissibilità con riferimento ad ogni atto parlamentare**, per verificare la regolarità del procedimento legislativo per come disciplinato dalle norme costituzionali e parlamentari vigenti e potendo, di conseguenza, anche non ammettere al voto proposte in evidente contrasto con i principi costituzionali. Nel caso di specie, il Presidente avrebbe escluso l’ammissibilità del progetto di legge in quanto recante norme – come quelle sul “*referendum* di richiamo” – che dovevano essere contenute in un disegno di legge costituzionale.

Tuttavia, in tale scelta del Presidente della Camera il deputato ricorrente vede una sostanziale negazione o evidente menomazione della funzione a quest’ultimo costituzionalmente attribuita, consistente nell’**impedimento in radice** ad avviare un procedimento legislativo.

A tal riguardo, la Corte evidenzia di doversi pronunciare anzitutto sulla preliminare **ammissibilità del ricorso**, verificando la sussistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (secondo quanto disposto dall’art. 37, primo e terzo comma, della legge n. 87 del 1953). Mentre per quanto riguarda il profilo soggettivo la Corte ribadisce l’esistenza di una sfera di prerogative che spettano al singolo parlamentare, distinte da quelle di cui dispone come componente dell’Assemblea, che possono essere difese con lo strumento del ricorso per conflitto di attribuzione, nel caso di specie ritiene non sussistente il requisito oggettivo. Richiamando l’ord. n. 17 del 2019, infatti, viene precisato come la legittimazione attiva del singolo parlamentare debba essere **rigorosamente circoscritta** rispetto alle menomazioni censurabili in sede di conflitto; ciò implica il dovere per il ricorrente di allegare i vizi che determinano violazioni manifeste delle proprie prerogative costituzionali. Così, sebbene il potere di iniziativa legislativa sia previsto espressamente dall’art. 71 Cost., **le modalità mediante le quali deve estrinsecarsi tale potere e gli effetti prodotti dal suo esercizio sono disciplinati solo in parte dalla Costituzione** (art. 72 Cost.). Difatti, gli effetti della presentazione di un progetto di legge alle Camere sono disciplinati dai regolamenti parlamentari e dalle relative prassi applicative. Secondo la Corte, in tale ambito rientrerebbero anche i poteri di controllo del Presidente della Camera dei deputati sull’ammissibilità dei progetti di legge.

Pertanto, in virtù dell’autonomia costituzionale di cui godono gli atti e i procedimenti relativi all’esercizio delle funzioni delle Camere, **il sindacato della Corte costituzionale sull’esercizio dei poteri presidenziali potrebbe esercitarsi solo in presenza di manifesta menomazione delle attribuzioni costituzionali del parlamentare**. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte non riscontra l’esistenza di un simile *vulnus*, concludendo per l’inammissibilità del ricorso.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 189 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Maria Rosaria San
Giorgio

decisione del 24 giugno 2021, deposito del 7 ottobre 2021

comunicato stampa del 7 ottobre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze n. 181 e n. 185 del 2020

parole chiave:

CODICE DELL'AMBIENTE – GESTIONE DEI RIFIUTI – ALLOCAZIONE DELLE
FUNZIONI AMMINISTRATIVE – POTESTÀ ESCLUSIVA STATALE – PRINCIPI DI
SUSSIDIARIETÀ, ADEGUATEZZA E DIFFERENZIAZIONE – PRINCIPIO DI
CONTINUITÀ – EFFETTI TEMPORALI DELLA DECISIONE

disposizioni impugnate:

- art. 6, comma 2, lett. b) e c), della legge della Regione Lazio 9 luglio 1998, n. 27

disposizioni parametro:

- art. 117, secondo comma, lett. s), della Costituzione, in relazione agli artt. 196 e 208 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152

dispositivo:

accoglimento

La Corte era stata chiamata a decidere, da due ordinanze del TAR Lazio, sulla legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, lett. b) e c), della legge della Regione Lazio n. 27 del 1998 (Disciplina regionale della gestione dei rifiuti), nella parte in cui delega ai Comuni le seguenti funzioni: l'approvazione dei progetti degli impianti di smaltimento e recupero di rifiuti derivanti dall'autodemolizione e rottamazione di macchinari e apparecchiature deteriorati e obsoleti, e la relativa autorizzazione alla realizzazione degli impianti, nonché l'approvazione dei progetti di varianti sostanziali in corso di esercizio e la relativa autorizzazione alla realizzazione (lett. b); l'autorizzazione per l'attività di smaltimento e recupero di questi rifiuti (lett. c). Il giudice *a quo* denunciava la violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ex art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., rilevando un contrasto tra le disposizioni censurate e gli artt. 196 e 208 del d.lgs. n. 152 del 2006 (d'ora in poi, cod. dell'ambiente), che assegnano le funzioni amministrative in questione alla Regione senza, tuttavia, legittimarla all'ulteriore allocazione delle stesse presso un diverso ambito di autonomia.

Nel merito, la Corte dichiara **l'illegittimità costituzionale sopravvenuta delle norme censurate, a decorrere dal 29 aprile 2006, data di entrata in vigore degli artt. 196 e 208 cod. ambiente.**

In via preliminare, il giudice delle leggi ricorda la costante giurisprudenza costituzionale sul carattere trasversale della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», sulla *ratio* della potestà esclusiva statale in questa materia e sulla ammissibilità – ferma restando la riserva allo Stato del potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale – di interventi legislativi delle Regioni negli ambiti di loro competenza per la cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, purché l'incidenza nella materia di competenza esclusiva statale sia solo in termini di maggiore e più rigorosa tutela dell'ambiente.

La Corte sottolinea, poi, come **la potestà legislativa esclusiva** nelle materie indicate nell'art. 117, secondo comma, Cost. comporti la **legittimazione del solo legislatore nazionale a definire l'organizzazione delle corrispondenti funzioni amministrative** anche attraverso l'allocazione di competenze presso enti diversi dai Comuni. **Il principio di legalità**, quale canone fondante dello Stato di diritto, **impone che le funzioni amministrative siano organizzate e regolate mediante un atto legislativo, la cui adozione non può che spettare all'ente – Stato o Regione, «secondo le rispettive competenze» (art. 118, secondo comma, Cost.) – che ha inteso dislocare la funzione amministrativa in deroga al criterio generale che ne predilige l'assegnazione al livello comunale.** Dunque – aggiunge la Corte – **le funzioni amministrative riconducibili alle materie di cui all'art. 117, secondo comma, Cost. che siano state conferite dallo Stato alla Regione non possono essere da quest'ultima riallocate presso altro ente infraregionale:** ciò comporterebbe infatti una modifica, mediante un atto legislativo regionale, dell'assetto di competenze inderogabilmente stabilito dalla legge nazionale.

Sul **carattere inderogabile degli artt. 196, comma 1, lettere d) ed e), e 208 del cod. ambiente in ordine all'allocazione delle funzioni amministrative** relative alle approvazioni e autorizzazioni in materia di gestione dei rifiuti, il giudice delle leggi non ha dubbi. All'uopo menziona due suoi precedenti relativi all'incostituzionalità di una legge della Regione Marche e di una legge della Regione Toscana, in materia di rifiuti portuali (sentt. n. 187 del 2011 e n. 159 del 2012): **dal riconoscimento ad opera del legislatore statale della legittimazione della legge regionale ad intervenire sulla disciplina nazionale dell'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti, col potere di arrecarvi modifiche, non deriva una facoltà della Regione di riallocare presso il Comune, con un proprio atto legislativo, la relativa funzione amministrativa.** Infatti, come ribadito anche di recente – continua la Corte – la potestà legislativa esclusiva statale *ex* art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. risponde a **ineludibili esigenze di protezione di un bene, quale l'ambiente, unitario e di valore primario,** che risulterebbero vanificate ove si riconoscesse alla Regione la facoltà di rimetterne indiscriminatamente la cura a un ente territoriale di dimensioni minori, in deroga alla valutazione di adeguatezza compiuta dal legislatore statale con l'individuazione del livello regionale.

Nel testo vigente dell'art. 118 Cost., infatti, non è stato riprodotto il riferimento, presente nella formulazione originaria dello stesso art. 118, alla delega come strumento di “normale” esercizio delle funzioni amministrative regionali: ciò induce a ritenere che **tale istituto non sia più configurabile come ordinario strumento di allocazione di competenze da parte del legislatore regionale, in assenza di una specifica abilitazione da parte della fonte a ciò competente.** Secondo il giudice delle leggi, alla stessa conclusione si giunge facendo uso del criterio sistematico: **nel previgente assetto ordinamentale il riparto delle competenze tra Stato e Regioni era improntato al principio del parallelismo ed era assistito da una presunzione di adeguatezza:** la delega, comportando la scissione tra titolarità ed esercizio della funzione, rispondeva ad una esigenza di flessibilità e, per questo motivo, si prevedeva che, ove l'ente individuato dalla Costituzione si fosse rivelato inadeguato rispetto alle concrete esigenze della collettività di riferimento, lo svolgimento delle funzioni amministrative sarebbe stato demandato all'ente ritenuto più idoneo a garantirne il soddisfacimento. Al contrario – continua la Corte – **nel modello delineato dalla legge cost. n. 3 del 2001,** muovendo dalla preferenza accordata ai Comuni, **la Costituzione demanda al legislatore statale e regionale, nell'ambito delle rispettive competenze, la facoltà di diversa allocazione di dette funzioni, per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.**

La Corte, infine, evidenzia come le norme censurate si pongano in contrasto **con parametri costituzionali e interposti sopravvenuti alla loro entrata in vigore**. Dunque, la **declaratoria di illegittimità costituzionale non può investire l'intero arco di vigenza**: infatti, **la legge cost. 3 del 2001 non ha determinato l'automatica illegittimità costituzionale delle norme emanate nel vigore dei vecchi parametri costituzionali, cosicché tali norme, in applicazione del principio di continuità, restano valide fino al momento in cui non vengano sostituite dall'autorità dotata di competenza nel nuovo sistema**. In conclusione, osservando come soltanto con il cod. dell'ambiente i nuovi principi risultanti dalla riforma costituzionale del 2001 si siano tradotti in una specifica disciplina del riparto delle funzioni amministrative in materia, la Corte individua nella data della sua entrata in vigore (il 29 aprile 2006) il momento di discrasia tra quest'ultimo e la anteriore normativa regionale oggetto di censura.

Eva Lebner



Ordinanza n. 193 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio – Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis
decisione del 23 settembre 2021, deposito dell'11 ottobre 2021

Giudizio sull'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

atto di promovimento: ricorso n. 3 del 2021

parole chiave:

PROPONIBILITÀ DELLE INTERROGAZIONI PARLAMENTARI – DIRETTIVE
PRESIDENZIALI – POTERI INTERPRETATIVI DEL PRESIDENTE – PREROGATIVE
COSTITUZIONALI DEI SINGOLI PARLAMENTARI –AUTONOMIA PARLAMENTARE

oggetto del conflitto:

- «Nuove direttive disposte dalla Presidenza circa i criteri di redazione degli atti di sindacato ispettivo», di cui al [Resoconto stenografico della seduta dell'Assemblea del Senato n. 34 dell'11 settembre 2018](#)
- Omessa pubblicazione di alcune interrogazioni presentate dal Sen. Elio Lannutti
- Infedele pubblicazione di altre interrogazioni del ricorrente

disposizioni parametro:

- artt. 1, 67 e 94 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte era stata chiamata a decidere sull'ammissibilità soggettiva e oggettiva del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, **promosso da un senatore della Repubblica contro la camera di appartenenza – in persona del Presidente in carica – per la lesione del proprio potere di controllo** quale attribuzione costituzionale del singolo parlamentare *ex* artt. 1, 67 e 94 Cost.

La suddetta lesione sarebbe derivata, innanzitutto, dalle «nuove direttive disposte dalla Presidenza circa i criteri di redazione degli atti di sindacato ispettivo», approvate nel 2018 (c.d. “circolare bavaglio”), ai fini della «rigorosa applicazione» degli artt. 145 e 154 del Regolamento del Senato. In particolare si denunciavano tali direttive nella parte in cui esse stabiliscono quanto segue: a) che saranno dichiarate «improponibili le interrogazioni contenenti elementi estranei rispetto alla “semplice domanda rivolta al Ministro competente per avere informazioni o spiegazioni su un oggetto determinato o per sapere se e quali provvedimenti siano stati adottati o si intendano adottare in relazione all'oggetto medesimo» e, di conseguenza, b) che «l'eventuale parte premissiva dovrà essere strettamente collegata alla formulazione del quesito»; c) che saranno considerate «improponibili interrogazioni e interpellanze volte a chiedere l'intervento del Governo in ambiti ad esso preclusi, come le competenze garantite di organi costituzionali, le attribuzioni di altri poteri dello Stato, autorità

indipendenti, ovvero organi territoriali o sovranazionali, e le attività di partiti politici. **La lamentata lesione sarebbe derivata anche dall'omessa pubblicazione**, da parte del Presidente del Senato, **di alcune interrogazioni presentate** dal ricorrente nel 2021, nonché **dalla pubblicazione di altre interrogazioni** – proposte dal ricorrente sempre nel 2021 – **in un testo diverso da quello presentato**.

Il giudice dei conflitti **dichiara l'inammissibilità del conflitto per la carenza del requisito oggettivo**.

La Corte ricorda, preliminarmente, di aver riconosciuto la legittimazione del singolo parlamentare a proporre conflitto tra poteri dello Stato qualora sue prerogative vengano lese da altri organi parlamentari (ord. n. 17 del 2019) e non c'è dubbio che **il potere di presentare interrogazioni rivolte al Governo, ancorché non previsto espressamente dalla Costituzione, faccia parte tradizionalmente delle attribuzioni del singolo membro delle Camere, nell'ambito dell'attività e della funzione ispettivo-politica ad esse spettante** (sent. n. 379 del 2003).

Quanto al requisito oggettivo, tuttavia, il giudice costituzionale rammenta di aver rigorosamente circoscritto le menomazioni censurabili in sede di conflitto promosso dal singolo parlamentare: **non sono ammesse le censure che riguardano esclusivamente violazioni o scorrette applicazioni dei regolamenti parlamentari e delle prassi di ciascuna Camera** (ord. n. 17 del 2019; ord. n. 186 del 2021). Infatti – continua la Corte – **l'autonomia degli organi costituzionali non si esaurisce nella normazione, bensì comprende il momento applicativo delle norme stesse**, incluse le scelte riguardanti la concreta adozione delle misure atte ad assicurarne l'osservanza momento applicativo che a sua volta **«comprende i rimedi contro gli atti ed i comportamenti che incidano negativamente sulle funzioni dei singoli parlamentari e che pregiudichino il corretto svolgimento dei lavori»** (sent. n. 379 del 1996 e ord. n. 17 del 2019). Pur precisando nuovamente che **«l'autonomia normativa e funzionale delle Camere non può essere interpretata quale affrancamento da qualsiasi forma di controllo esterno»** (ord. n. 188 del 2021), la motivazione della decisione in esame ribadisce come il sindacato della Corte debba essere rigorosamente circoscritto ai **vizi che determinano violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari ed è necessario che tali violazioni siano rilevabili nella loro evidenza già in sede di sommaria delibazione** (ord. n. 17 del 2019).

Ebbene, il giudice dei conflitti reputa che il ricorso, nella parte avente ad oggetto le nuove direttive del Presidente del Senato, riveli la **manifesta assenza di una lesione delle prerogative parlamentari**, invece che una evidente violazione delle stesse. Tali direttive, là dove affermano che le disposizioni regolamentari **«appaiono inequivoche nel collegare la funzione degli atti di sindacato ispettivo alla concreta sfera di competenza dell'Esecutivo»** e considerano improponibili interrogazioni **«volte a chiedere l'intervento del Governo in ambiti ad esso preclusi»**, **costituiscono interpretazione degli artt. 145 e 146 del Regolamento** e devono, dunque, considerarsi sottratte al sindacato della Corte in virtù dell'autonomia spettante alle Camere sull'applicazione e sull'interpretazione dei propri regolamenti.

Anche per quanto attiene all'omessa pubblicazione di alcune interrogazioni, il conflitto viene dichiarato inammissibile facendo leva sull'autonomia delle Camere e sull'orientamento in forza del quale **«l'estensione del potere presidenziale e le concrete modalità del suo esercizio possono essere oggetto di valutazione ad opera della Corte solo in presenza di manifesta menomazione delle attribuzioni costituzionali del parlamentare»** (ord. n. 188 del 2021). Nel caso in esame – osserva la Corte – il ricorrente, lungi dal contestare il fatto che alcune sue interrogazioni, da considerarsi proponibili, non siano state pubblicate, lamenta invece l'omessa pubblicazione in sé, affermando in sostanza il dovere del Presidente del Senato di pubblicare e trasmettere tutte le interrogazioni ricevute. Il ricorrente, aggiunge ancora la Corte, non contesta nemmeno l'art. 146 del regolamento del Senato che prevede esplicitamente il controllo di proponibilità delle interrogazioni: **senonché, la pretesa che ogni interrogazione debba avere un seguito è palesemente infondata, ciò che manifesta l'evidente assenza di una lesione della prerogativa del singolo parlamentare** suppostamente determinata dalla condotta omissiva del Presidente del Senato.

Il conflitto viene dichiarato inammissibile anche con riferimento alla pubblicazione di alcune interrogazioni in un testo non coincidente con quello presentato. Viene ribadito l'orientamento per cui

ai fini dell'ammissibilità del conflitto è necessario che **il singolo parlamentare individui «puntualmente» i comportamenti asseritamente lesivi, in maniera evidente, delle proprie attribuzioni** (ord. n. 186 del 2021). Sul punto, il ricorso è del tutto carente: la Corte osserva come il parlamentare – dopo aver proposto nelle premesse una sintesi del contenuto delle interrogazioni presentate – si limiti ad affermare che alcune di esse sarebbero state «modificate al punto di snaturarle», senza però spiegarne le ragioni: egli, infatti, non illustra in alcun modo il testo o anche solo il senso delle modifiche, né opera un confronto tra i testi presentati e quelli pubblicati, né dà anche solo minimamente conto della portata delle modifiche stesse in funzione della lamentata manifesta lesione del potere di controllo che tramite esse intendeva esercitare.

Eva Lebner



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 194 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 22 settembre 2021, deposito del 14 ottobre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [186 del 2020](#)

parole chiave:

LAVORO E OCCUPAZIONE – AMMORTIZZATORI SOCIALI – NUOVA PRESTAZIONE
DI ASSICURAZIONE SOCIALE PER L'IMPIEGO (NASPI) – DISOCCUPAZIONE
INVOLONTARIA – AUTOIMPRENDITORIALITÀ – LAVORO SUBORDINATO

disposizione impugnata:

- art. 8, comma 4, del [decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22](#)

disposizione parametro:

- art. 3, primo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

non fondatezza

Il Tribunale ordinario di Trento, sez. lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 22 del 2015, che detta disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati. In particolare, l'art. 8 del d.lgs. n. 22 del 2015 stabilisce il regime dell'**incentivo all'autoimprenditorialità nell'ambito della disciplina sulla Nuova assicurazione sociale per l'impiego (NASpI)**, in base al quale il lavoratore che ha diritto alla corresponsione della NASpI può chiedere la liquidazione anticipata, in un'unica soluzione, dell'importo complessivo che gli spetta, quale incentivo per l'avvio di un'attività lavorativa autonoma o di un'impresa individuale. Tuttavia, la disposizione impugnata dispone che «il lavoratore che instaura un rapporto di lavoro subordinato prima della scadenza del periodo per cui è riconosciuta la liquidazione anticipata della NASpI è tenuto a restituire per intero l'anticipazione ottenuta [...]» (art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 22 del 2015).

Secondo il giudice rimettente, tale previsione sarebbe contrastante con l'art. 3, primo comma, Cost. e con il principio di "razionalità", laddove **impone la restituzione integrale dell'importo ricevuto** in via anticipata anche nel caso in cui – come accaduto nel giudizio *a quo* – **la durata del rapporto di lavoro subordinato instaurato sia talmente breve da non compromettere la ratio dell'incentivo** e la possibilità di proseguire l'attività autonoma o di impresa avviata. In tal senso, il Tribunale rimettente ritiene l'obbligo di restituzione integrale sproporzionato rispetto all'obiettivo che con esso persegue il legislatore, vale a dire evitare che l'incentivo all'autoimprenditorialità venga utilizzato per finalità diverse rispetto a quella di favorire l'avvio di attività autonome. L'obbligo in questione, infatti,

assumerebbe più che altro **i connotati di una sanzione**, eccessiva e per di più irrogata senza contraddittorio e non sindacabile in sede giurisdizionale sul piano della proporzionalità.

Nel giudizio di legittimità costituzionale si è costituito l'INPS, deducendo – oltre che l'inammissibilità per erronea e incompleta ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento – la non fondatezza della questione, evidenziando come sarebbe improprio attribuire alla disposizione censurata carattere sanzionatorio; secondo l'Istituto, infatti, la restituzione integrale della somma percepita in caso di svolgimento di attività lavorativa subordinata rappresenterebbe un effetto naturale e corrispondente allo scopo della norma, collegato ad un comportamento lecito, senza che possa avere alcuna incidenza la durata effettiva del lavoro subordinato svolto. In giudizio è intervenuto, altresì, il Presidente del Consiglio dei ministri, assumendo l'inammissibilità e la non fondatezza della questione, in quanto la norma censurata sarebbe funzionale ad assicurare l'obiettivo dell'incentivo all'autoimprenditorialità.

La Corte costituzionale, dopo aver dichiarato la non fondatezza delle eccezioni di inammissibilità e dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, evidenzia come, nell'ambito della disciplina sulla NASpI, l'incentivo all'autoimprenditorialità rappresenti una forma tipica di **legislazione “promozionale”**, volta a favorire il reimpiego del lavoratore disoccupato in un'attività diversa da quella di lavoro subordinato, allo scopo ridurre la pressione su tale mercato del lavoro. Essa, infatti, tenta di **“convertire” i lavoratori in cerca di occupazione in lavoratori autonomi o imprenditori**. In tale contesto, l'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 22 del 2015 tenta di contrastare i possibili abusi da parte di chi ottiene il beneficio senza poi avviare o proseguire un'attività di lavoro autonomo o di impresa, imponendo la restituzione integrale delle somme ricevute in forma anticipata. Secondo la Corte, infatti, l'eventuale instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato rappresenterebbe **«un indice rivelatore della mancanza di effettività e di autenticità dell'attività di lavoro autonomo e di impresa, che giustifica la liquidazione anticipata della prestazione, altrimenti spettante con cadenza periodica»** (par. 4.2 del *Cons. dir.*).

L'obbligo restitutorio, dunque, non può considerarsi una “sanzione”, ma un elemento fattuale indicativo della mancanza o insufficienza del presupposto del beneficio stesso, vale a dire l'instaurazione e/o prosecuzione di un'impresa individuale o di un'attività di lavoro autonomo, che il legislatore individua a monte secondo un criterio semplificato, tale da non imporre all'Istituto previdenziale un'indagine sulla maggiore o minore incidenza della contestuale prestazione di lavoro subordinato. La disposizione censurata, quindi, avrebbe una specifica **finalità antielusiva**, perseguita – con una formulazione chiara ed inequivoca – imponendo la restituzione dell'intera somma ricevuta. Sul punto, la Corte osserva come **l'obbligo di restituzione “per intero” a prescindere dalla durata, anche limitata, del rapporto di lavoro subordinato instaurato non sia sproporzionato**, come invece sostenuto dal giudice *a quo*. Esso, infatti, risulta limitato all'ipotesi in cui il lavoratore si sia rioccupato alle dipendenze altrui prima della scadenza del periodo durante il quale avrebbe diritto alla percezione della NASpI in forma periodica. Si tratterebbe, dunque, di una condizionalità che sussiste per un limitato periodo di tempo, con una portata applicativa circoscritta solamente alla specifica ipotesi della costituzione di un rapporto di lavoro di tipo subordinato.

La Corte conclude evidenziando che la disciplina *de qua*, pur non manifestamente irragionevole per come delineata dal legislatore, potrebbe comunque prestarsi a soluzioni più flessibili, la cui individuazione, tuttavia, rientra nel campo della discrezionalità del legislatore.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 197 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Nicolò Zanon
decisione del 21 settembre 2021, deposito del 21 ottobre 2021
comunicato stampa del 21 ottobre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [12 del 2021](#)

parole chiave:

MISURE DI SICUREZZA DETENTIVE – CASA DI LAVORO – REGIME DIFFERENZIALE
– PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA – PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA
PENA – PRINCIPIO DI LEGALITÀ – FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA –
INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE

disposizioni impugnate:

- art. 41-*bis*, commi 2 e 2-*quater*, della [legge 26 luglio 1975, n. 354](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 25, 27, 111 e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in relazione all'art. 7 della [CEDU](#) e all'art. 4., par. 1, del [Protocollo n. 7 CEDU](#)

dispositivo:

inammissibilità; interpretativa di rigetto

Il giudice delle leggi era stato chiamato a decidere, da un'ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. I penale, sulla **legittimità costituzionale del regime differenziale di trattamento penitenziario, ex art. 41-*bis* della legge n. 354 del 1975 (d'ora in poi, ordin. penit.), nella parte in cui esso si applica anche agli internati**. In particolare, erano stati impugnati **i commi 2 e 2-*quater* del richiamato art. 41-*bis***, come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f*), della legge n. 94 del 2009. Nella prospettazione del rimettente, le disposizioni censurate prescrivono che la sospensione delle regole trattamentali ordinarie – disposta dal Ministro di Giustizia – determini la sottoposizione dei condannati ad una pena detentiva e degli internati alle stesse restrizioni (assai rigorose) nei colloqui, nella corrispondenza e nella stessa vita intramuraria. Ciò, secondo il giudice *a quo*, comporterebbe la violazione, sotto diversi profili, degli artt. 3, 25, 27, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU e all'art. 4. par. 1, del Protocollo n. 7 CEDU.

Un primo gruppo di questioni di legittimità è sollevato in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.: la parificazione tra detenuti ed internati in regime differenziale, oltre alla **lesione del principio di ragionevolezza** – data la diversità funzionale di pene e misure di sicurezza – comporterebbe la **vanificazione della specifica vocazione risocializzante della misura di sicurezza** e, quindi, della possibilità di rieducazione.

La Corte **rigetta** tali questioni, operando una **interpretazione parzialmente diversa (e conforme a Costituzione) delle norme censurate**.

Senza negare che il regime differenziale si renda applicabile a detenuti e internati, il giudice delle leggi ritiene, però, che **le modalità restrittive di esecuzione della misura di sicurezza, affinché siano congrue e proporzionate alla natura di questa, debbono differenziarsi rispetto al trattamento dei condannati nel medesimo regime, quanto serve a garantire la specifica condizione degli internati in casa di lavoro (o in colonia agricola), pur restando necessario che la garanzia di svolgimento di un'attività lavorativa non vanifichi le speciali cautele imposte, nei casi in esame, dall'elevata pericolosità degli interessati**. A sostegno di questa lettura, la Corte rivendica, innanzitutto, la **perdurante attualità dei principi desumibili dalla sua tradizionale giurisprudenza in materia di trattamento differenziale**, che è **dimostrata anche da recenti decisioni**: nonostante la legge n. 94 del 2009 abbia generalizzato e reso obbligatoria l'applicazione delle rigorose limitazioni alle relazioni interne ed esterne al carcere, sottraendo tali misure alla discrezionalità dell'amministrazione, la Corte ha più volte dichiarato l'illegittimità del nuovo comma 2-*quater* dell'art. 41-bis ordin. penit., nella parte in cui prevedeva restrizioni palesemente incongrue o inidonee rispetto alle finalità del provvedimento di assegnazione al regime differenziato (sent. n. 97 del 2020 sulla latitudine del divieto di scambiare oggetti; sent. n. 186 del 2018, sul divieto di cuocere cibi). Inoltre, è **la stessa interpretazione letterale e logico-sistematica dell'intero art. 41-bis ordin. penit.** a far ritenere che **le misure indicate al comma 2-*quater* non debbano applicarsi necessariamente agli internati**: tale ultimo comma – che, a differenza dei commi successivi e del precedente comma 2, si apre menzionando esclusivamente i «detenuti» – negli unici due riferimenti agli internati non indica questi ultimi quali destinatari necessari delle varie misure elencate nelle lettere dalla a) alla f).

Ma soprattutto, in chiave sistematica, secondo la Corte è decisivo il fatto che la legge n. 94 del 2009, pur essendo intervenuta anche sul comma 2 dell'art. 41-bis non abbia eliminato il riferimento – ivi contenuto – al principio della “necessità” della restrizione imposta all'interessato. In conformità agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., deve essere perciò prescelta un'interpretazione della disciplina censurata che consenta **l'applicazione delle sole restrizioni proporzionate e congrue alla condizione del soggetto cui il regime differenziale di volta in volta si riferisce**. Nel caso dell'internamento in casa di lavoro, **le restrizioni devono adattarsi, nei limiti del possibile, alla necessità di organizzare un programma di lavoro, e, a sua volta, l'organizzazione del lavoro deve adattarsi alle restrizioni (quelle necessarie) della socialità e della possibilità di movimento nella struttura**. In definitiva, secondo l'interpretazione della Corte, **gli internati in regime differenziale restano esclusi dall'accesso alla semilibertà ed alle licenze sperimentali, non potendo uscire dalla struttura in cui sono collocati, ma, quanto alla socialità ed ai movimenti *intra moenia*, deve essere loro garantita la possibilità di lavorare**.

Un secondo gruppo di questioni di legittimità costituzionale lamenta che la parificazione tra detenuti ed internati in regime differenziale determini la violazione concorrente degli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost., dell'art. 27 Cost., e dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sent. 17 dicembre 2009, M. c. Germania: ciò a causa della **mancata predeterminazione della durata della misura di sicurezza in regime differenziale, e alla possibilità di prorogarla *sine die***, data l'assenza di offerta risocializzante.

La Corte, ribadendo l'interpretazione conforme delle disposizioni censurate, **dichiara non fondate anche tali questioni**. Nella sent. M. c. Germania (evocata dal rimettente) il giudice di Strasburgo – pur avendo assoggettato le misure di sicurezza detentive al principio di legalità ed evidenziato la necessità di un diverso regime rispetto alle pene – si è limitato a stabilire la necessaria applicazione del principio di non retroattività della *lex superveniens* a carattere peggiorativo anche con riguardo alla «custodia di sicurezza» (v. anche sentt. 13 gennaio 2011, Kallweit c. Germania e Mauter c. Germania, e la sent. 14 aprile 2011, Jendrowiak c. Germania). **L'attribuzione alla «custodia di sicurezza» della sostanza di “pena” – continua la Corte – non ha mai indotto il giudice di Strasburgo a dubitare della compatibilità della relativa disciplina con le proiezioni ulteriori del principio (convenzionale) di legalità**: nella sent. 9 giugno 2011, Schmitz c. Germania, infatti, **senza stabilire un principio di necessaria predeterminazione della durata delle misure di sicurezza, la Corte EDU ha**

affermato, in punto di loro prevedibilità, che la stessa non resta esclusa per il sol fatto che non è stabilita preventivamente la durata del trattamento, entro un termine legalmente dato. Quanto all'asserita incongruenza della complessiva risposta «sanzionatoria» rispetto al fatto di reato, la Corte richiama la sua giurisprudenza sulla **diversa declinazione del principio di proporzionalità, che in riferimento alla pena implica una stretta correlazione tra il fatto e la conseguente punizione, mentre per le misure di sicurezza la proporzionalità dipende da un complessivo giudizio di congruità e non eccessività rispetto allo scopo di prevenire ulteriori attività criminali dell'interessato:** pur dovendo essere occasionata dalla commissione di un reato, la misura di sicurezza non ha alcuna funzione retributiva. Quanto all'asserita “spirale” tra diniego dell'offerta risocializzante e proroga *ad libitum* della misura di sicurezza, essa è preclusa in radice visto che **l'applicazione del regime differenziale non annulla il dovere e il potere dell'amministrazione di dare concreta attuazione all'attività che caratterizza la misura di sicurezza della casa di lavoro.**

La Corte dichiara invece l'**inammissibilità** per difetto di motivazione sia della **q.l.c. riferita all'art. 111 Cost.** (visto che il giudice *a quo* non spiega adeguatamente come per l'internato in regime differenziale mancherebbero elementi utili alla revisione del giudizio di pericolosità), sia delle **qq.ll.cc. riferite all'art. 25, terzo comma, Cost. e all'art. 117 primo comma Cost, in relazione all'art. 4, par. 1, Prot. n. 7 CEDU per la presunta violazione del principio *ne bis in idem*** a livello costituzionale e convenzionale. Ribadendo un principio già affermato nella decisione in esame, il giudice delle leggi sottolinea come sia la stessa esistenza del preteso *idem factum* a non essere sufficientemente argomentata: infatti, la pena detentiva è correlata direttamente al reato connesso, mentre **la misura di sicurezza è solo occasionata dal medesimo reato, e richiede una giustificazione non direttamente rilevante per l'esecuzione della pena** (l'attuale e persistente pericolosità del soggetto interessato).

Eva Lehner



Sentenza n. 198 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petitti
decisione del 23 settembre 2021, deposito del 22 ottobre 2021
comunicati stampa del [23 settembre 2021](#) e del [22 ottobre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 27 del 2020](#)

parole chiave:

FONTI DEL DIRITTO – FUNZIONE LEGISLATIVA – DECRETO-LEGGE – D.P.C.M. –
URGENZA – CODICE DI PROTEZIONE CIVILE – EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA –
COVID-19 – SANZIONI AMMINISTRATIVE

disposizioni impugnate:

- artt. 1, 2 e 3 del [decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 5 marzo 2020, n. 13](#);
- artt. 1, 2 e 4 del [decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 22 maggio 2020, n. 35](#).

disposizioni parametro:

- artt. 76, 77 e 78 della [Costituzione](#).

dispositivo:

inammissibilità; non fondatezza

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulle **ripercussioni dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 sul sistema delle fonti del diritto**.

Le questioni sono state sollevate dal Giudice di pace di Frosinone, nell'ambito di un giudizio di opposizione di un cittadino contro la sanzione amministrativa inflittagli per aver violato le misure di contenimento del virus, in particolare il divieto di uscire dalla propria abitazione e spostarsi nel territorio comunale senza giustificato motivo, sancito dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.m.) 22 marzo 2020. Secondo il giudice *a quo*, la sanzione inflitta si fonderebbe su un'**illegittima delega della funzione legislativa in materia di contenimento della pandemia da Covid-19 all'autorità di Governo**, realizzata con l'adozione di meri atti amministrativi – i d.P.C.m. – in contrasto con il principio di tipicità delle fonti-atto di produzione normativa e al di fuori dell'unica ipotesi di emergenza costituzionalmente rilevante, quella dello stato di guerra di cui all'art. 78 Cost. Per tali ragioni, viene contestata la legittimità costituzionale degli artt. 1, 2 e 3 del d.l. n. 6 del 2020 e degli artt. 2, 3 e 4 del d.l. n. 19 del 2020 (entrambi convertiti in legge con modificazioni), da cui deriverebbe la suddetta **alterazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa**, in contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost.

La Corte costituzionale, in primo luogo, ricostruisce la sequenza normativa con cui è stata affrontata l'emergenza sanitaria da Coronavirus da parte del Governo e del Parlamento. Sul punto, si evidenzia come, dopo la dichiarazione dello stato d'emergenza di rilievo nazionale ai sensi degli artt. 7, comma 1, lettera c), e 24, comma 1, del d.lgs. n. 1 del 2018 (c.d. Codice della protezione civile), il Governo abbia adottato il d.l. n. 6 del 2020, il quale stabiliva che, per evitare il diffondersi del Covid-19, nelle aree interessate le autorità competenti erano tenute «ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», la cui attuazione veniva essenzialmente affidata allo strumento del d.P.C.m. (artt. 1, 2 e 3). Successivamente, con l'adozione del d.l. n. 19 del 2020, veniva abrogato il precedente d.l. n. 6 del 2020, ma venivano comunque fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del d.l. abrogato, il che consentiva anche di continuare ad applicare le misure di contenimento già previste (tra cui vi erano, quindi, quelle disciplinate dal d.P.C.m. 22 marzo 2020).

Ricostruita tale catena normativa, la Corte costituzionale si sofferma anzitutto sulla prima eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, che lamentava un difetto di rilevanza delle questioni concernenti il d.l. n. 6 del 2020. A tal riguardo, la Corte evidenzia come, effettivamente, sebbene il giudizio principale avesse ad oggetto l'inosservanza del d.P.C.m. 22 marzo 2020, la violazione contestata fosse stata commessa il 20 aprile 2020, in un momento in cui il d.P.C.m. da ultimo citato non aveva più efficacia, avendola perduta in data 14 aprile 2020, a seguito dell'adozione del successivo d.P.C.m. 10 aprile 2020, attuativo del d.l. n. 19 del 2020. Di conseguenza, si osserva come un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale del d.l. n. 6 del 2020 non avrebbe alcuna incidenza sul giudizio *a quo*, comportando l'inammissibilità di tali questioni per difetto di rilevanza.

Si ritengono rilevanti, invece, le questioni aventi ad oggetto il d.l. n. 19 del 2020 che, tuttavia, vengono dichiarate **non fondate** nel merito. Tale decreto stabilisce, all'art. 1, comma 1, che, per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus, possono essere adottate una serie di misure elencate dal successivo comma 2 del medesimo articolo, le quali misure, in ogni caso, dovranno rispettare **i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente**. L'elencazione delle misure adottabili, realizzata nell'ambito delle disposizioni citate, implicherebbe la **dovuta tipizzazione delle misure di contenimento**, che – tra l'altro – viene accompagnata da ulteriori garanzie, specie per quanto riguarda la responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento (assicurata tramite il dovere per il Presidente del Consiglio dei ministri o per un Ministro da lui delegato di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate) e la certezza dei diritti dei cittadini (derivante dalla pubblicazione dei d.P.C.m. nella Gazzetta Ufficiale e la loro comunicazione alle Camere entro il giorno successivo alla pubblicazione).

Secondo la Corte, quindi, il d.l. n. 19 del 2020 **non ha dato luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri** in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., limitandosi ad autorizzarlo a dare **esecuzione alle misure tipiche previste**, come si evince anche rispetto a quella che ha dato origine alla sanzione amministrativa oggetto del giudizio *a quo*. Anche in quel caso, infatti, il divieto di allontanamento dall'abitazione senza giustificato motivo era espressamente previsto dal d.l. n. 19 del 2020 (art. 1, comma 2, lett. a) e il d.P.C.m. 10 aprile 2020 si è limitato ad adattare all'andamento della pandemia quanto stabilito in via generale dalla fonte primaria.

Data la **funzione meramente attuativa** di tali misure, il cui contenuto è stato preventivamente tipizzato dal d.l. n. 19 del 2020, esse possono accostarsi ad “atti necessitati” e si differenziano, dunque, dalle cc.dd. “ordinanze necessitate” disciplinate dal Codice di protezione civile, il cui contenuto, invece, risulta libero. La Corte, quindi, conclude evidenziando come le misure in questione, proprio perché emesse in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, non comportino quella delega impropria di funzione legislativa al Governo che era stata erroneamente ipotizzata dal giudice *a quo*.

Andrea Giubilei



Sentenza n. 201 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Augusto Antonio Barbera
decisione del 23 settembre 2021, deposito del 28 ottobre 2021
comunicato stampa del 28 ottobre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso n. [73 del 2020](#)

parole chiave:

DIGHE – TUTELA AMBIENTALE E PAESAGGISTICA – GOVERNO DEL TERRITORIO

disposizioni impugnate:

- artt. 1, commi 1, 2 e 3, lettera a), 2, 3, 4, 5, 9, 11 e 12 della [legge della Regione Veneto 23 giugno 2020, n. 23](#)

disposizioni parametro:

- artt. 97, 117, secondo comma, lettere l), m) ed s), e terzo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento sostitutivo – accoglimento – rigetto – interpretativa di rigetto – inammissibilità

Il Presidente del Consiglio dei ministri aveva impugnato, in riferimento a plurimi parametri costituzionali, numerose disposizioni della legge della Regione Veneto n. 23 del 2020. Si trattava, in particolare, di previsioni inerenti alla autorizzazione, progettazione, costruzione, esercizio, vigilanza, sanzioni e sanatoria di dighe ed altri sbarramenti idrici (come gli impianti a fini antincendio e per l'innervamento artificiale delle piste da sci), nonché all'ambito di applicazione di tale disciplina.

La Corte **dichiara fondata per violazione dell'art. 117, terzo comma Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge veneta, nella parte in cui esso prevede che l'ambito applicativo della disciplina regionale sia limitato** «agli sbarramenti ed ai manufatti di qualsiasi tipo e forma in alveo e fuori alveo, anche temporanei, che non superino i 15 metri di altezza *o* che determinino un volume di invaso non superiore a 1.000.000 di metri cubi», **invece che** «agli sbarramenti ed ai manufatti di qualsiasi tipo e forma in alveo e fuori alveo, anche temporanei, che non superino i 15 metri di altezza *e* che determinino un volume di invaso non superiore a 1.000.000 di metri cubi». Infatti, l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 507 del 1994, n. 507 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 584 del 1994), poi trasfuso nell'art. 61, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006 (cod. ambiente), ha trasferito alle Regioni le attribuzioni in materia di dighe limitatamente agli sbarramenti idrici che presentino il doppio e concorrente requisito di un'altezza non superiore a 15 metri e di una capacità di invaso non superiore a 1.000.000 di metri cubi. **Tale previsione deve considerarsi un principio fondamentale** della legislazione statale in materia di **governo del territorio**.

Per gli stessi motivi, la Corte **accoglie, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge veneta** – che suddivide le opere in due

categorie, indicando per ciascuna di esse i requisiti dimensionali come alternativi tra loro – **nella parte in cui prevede, alle lettere a) e b), la congiunzione «e/o», anziché la congiunzione «e».**

Un'altra **decisione di accoglimento** riguarda la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge veneta, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. La disposizione censurata contempla la possibilità di sanare le opere irregolari, con l'approvazione della Giunta regionale, senza distinguere tra quelle dotate e quelle sfornite di previa autorizzazione paesaggistica.** Il giudice delle leggi confronta tali previsioni con l'art. 146, comma 4, cod. beni culturali, ai sensi del quale l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al titolo che legittima l'intervento edilizio, e non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, dell'intervento stesso, all'infuori dei casi tassativamente elencati dal successivo art. 167, commi 4 e 5. Inoltre, anche per le eccezioni al divieto di sanare opere prive di autorizzazione paesaggistica – osserva la Corte – la normativa statale consente la sanatoria solo all'esito del preventivo parere vincolante della soprintendenza. Diversamente, **la norma impugnata, nel riferire la sanatoria, senza distinzione alcuna, a tutte le opere che «non siano state denunciate ovvero siano state realizzate in difformità dai progetti approvati», delinea un novero amplissimo di ipotesi, sostanzialmente illimitato e comunque idoneo a ricomprendere anche tutti gli sbarramenti idrici realizzati in assenza di autorizzazione paesaggistica, ovvero in difformità dalla stessa.** Si tratta di un **contrasto** che – a differenza di quanto ritenuto in ordine ad altre qq.ll.cc. della decisione odierna – la Corte reputa **non sanabile in via interpretativa, tramite una lettura della disposizione impugnata che ne postuli un'implicita conformità alla normativa statale in materia di autorizzazione paesaggistica**, che va annoverata tra gli "istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale".

Il giudice delle leggi **dichiara, invece, non fondata la questione di legittimità costituzionale, promossa in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost. sull'art. 1, comma 3, lettera a), della legge veneta, che esclude dall'ambito applicativo di quest'ultima «le opere poste al servizio di grandi derivazioni di acqua».** A differenza di quanto ritenuto dal ricorrente – osserva la Corte – **il legislatore statale, nel dettare un principio fondamentale in materia di governo del territorio, non ripartisce la competenza a disciplinare le opere di sbarramento con esclusivo riferimento alle dimensioni delle stesse:** l'art. 61, comma 3, cod. ambiente, infatti, dopo aver individuato i limiti di altezza e capacità degli sbarramenti di competenza regionale, prosegue precisando che «[p]er tali sbarramenti, ove posti al servizio di grandi derivazioni di acqua di competenza statale, restano ferme le attribuzioni del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti».

La Corte **dichiara non fondata anche la questione di legittimità costituzionale promossa – in ordine all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. – sull'art. 12 della legge veneta, che disciplina il regime sanzionatorio.** Il giudice delle leggi rileva come **il legislatore veneto, istituendo e regolando le sanzioni amministrative per la violazione delle prescrizioni sulla costruzione e l'esercizio delle opere di sbarramento idrico regionali, abbia legittimamente esercitato una prerogativa sua propria.** La norma censurata non esclude affatto la possibilità di applicazione della normativa statale in materia: **nel caso di contestuale rilevanza penale delle condotte amministrativamente sanzionate dalla legge regionale opererebbe il criterio di prevalenza di cui all'art. 9, comma 2, della legge n. 689 del 1981.** Anzi, il legislatore veneto ha previsto – al comma 9 dello stesso art. 12 – che l'accertamento di ogni violazione venga notificato all'autorità giudiziaria, all'evidente fine di consentire alla stessa, ove ne ricorrano i presupposti, l'esercizio dell'azione penale.

Un'altra **decisione di rigetto** riguarda la **questione di legittimità costituzionale promossa in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), e terzo comma, Cost., sull'art. 5, comma 3, della legge veneta, impugnata nella parte in cui essa prevede che l'approvazione delle opere in questione «tiene integralmente luogo degli adempimenti tecnici ed amministrativi di cui alla legge n. 1806 del 1971».** Il giudice delle leggi – a differenza di quanto ipotizzato dal Governo – reputa che con l'espressione «tiene integralmente luogo» **la disposizione censurata rinvii alle previsioni della legge n. 1806 del 1971, ivi compresa la prescrizione del collaudo statico per le opere di sbarramento idrico che la stessa elenca all'art. 1. Neppure costituzionalmente illegittimo può ritenersi il mancato espresso richiamo al d.m. 26 giugno 2014, il quale è applicabile «a tutti gli**

sbarramenti di ritenuta del territorio nazionale» e reca norme tecniche per le costruzioni che costituiscono principi fondamentali nelle materie «protezione civile» e «governo del territorio»: è la stessa disposizione impugnata, infatti, ad operare un richiamo alla normativa statale di principio applicabile, laddove dispone che il soggetto che richiede il rilascio del titolo autorizzativo non è in ogni caso esentato «dall'acquisizione di altre autorizzazioni o nullaaosta, comunque denominati, previsti da ulteriori disposizioni di legge».

La Corte adotta, poi, una serie di decisioni interpretative di rigetto.

In primis, il giudice delle leggi **offre una interpretazione conforme dell'art. 1, comma 2**, della legge veneta che consente che le opere in questione siano «adibite a qualsiasi uso compatibile con la disciplina urbanistica dell'area in cui vengono realizzate, ivi compresi i diversi usi turistici e la balneazione», **escludendo una invasione della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia «tutela dell'ambiente»**: il mancato richiamo alle previsioni del d.lgs. n. 42 del 2004 (cod. beni culturali e paesaggio) da parte della disposizione censurata non impedisce affatto che la destinazione urbanistica delle opere sia valutata nel necessario quadro di disciplina costituito dal piano paesaggistico, da elaborare previa intesa con lo Stato, ai sensi degli artt. 135, 143 e 145 cod. beni culturali e paesaggio. Pur ricordando che la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario di valore primario ed assoluto, costituisce un limite alle competenze delle Regioni, la Corte ribadisce che **affinché si possa ritenere illegittima una disposizione regionale occorre che essa rechi espressamente specifiche ed esplicite deroghe, condizioni o limitazioni ai principi della pianificazione paesaggistica, non essendo sufficiente, come nel caso in esame, il mancato richiamo della relativa disciplina statale.**

Adottando lo stesso canone interpretativo, la Corte **dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale sull'art. 4** della legge veneta, promosse **in riferimento agli artt. 97 e 117, secondo comma, lettera s), Cost.** Il solo fatto che la disposizione in esame non faccia menzione della normativa statale attinente alle verifiche di valutazione di impatto ambientale (VIA) non è significativo della volontà di quello regionale di derogarvi o limitarla. In particolare, la Corte reputa che la disciplina regionale del procedimento autorizzatorio abbia natura cedevole rispetto a quella statale, ove quest'ultima, per la realizzazione dello sbarramento idrico, richieda una VIA. Tale lettura sarebbe ulteriormente comprovata dal fatto che la stessa disposizione censurata prevede che la VIA (*ex art. 3* cod. ambiente) sia richiesta in sede di presentazione dei progetti alla Giunta Regionale. Il che esclude anche il contrasto con l'art. 97 Cost.

Una terza applicazione del citato criterio interpretativo viene operata a proposito delle **questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, 5 e 9** della legge veneta, **promosse in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere l) ed s), e terzo comma, Cost.**, che riguardano la complessiva disciplina del procedimento autorizzatorio. Anche in questo caso, osserva la Corte, **non l'assenza di un espresso riferimento alla normativa statale che impone la preventiva acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica** (artt. 146, comma 4, cod. beni culturali e 22, comma 6, del d.P.R. n. 380 del 2001) **ma solo una espressa deroga o limitazione a questa disciplina potrebbe determinare l'illegittimità della legge regionale.** Pertanto, **le disposizioni impugnate vanno interpretate nel senso che tutti gli interventi che esse consentono – siano essi edificatori o demolitori – si intendono subordinati al rispetto della normativa statale.**

Infine, il giudice delle leggi **dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale promossa in ordine all'art. 117, terzo comma Cost., sull'art. 3** della legge veneta, che attribuisce alla Giunta regionale la definizione dei criteri e del procedimento di rilascio dell'autorizzazione per la costruzione delle opere di sbarramento idrico. Secondo la Corte, **il ricorrente ha fornito una erronea ricostruzione del complesso quadro normativo** in cui si colloca la disposizione impugnata, tanto da non poter adeguatamente motivare la violazione di un principio fondamentale dettato dalla legge statale in materia di governo del territorio.

Eva Lechner

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 208 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 7 ottobre 2021, deposito del 29 ottobre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 41 del 2021

parole chiave:

PROCESSO PENALE – GIUDIZIO ABBREVIATO – ERGASTOLO – IMPUTATO
INFERMO DI MENTE – INCIDENTE PROBATORIO

disposizione impugnata:

- art. 438, comma 1-*bis*, del [Codice di procedura penale](#), come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a), della [legge 12 aprile 2019, n. 33](#).

disposizioni parametro:

- art. 111, secondo comma, della [Costituzione](#).

dispositivo:

non fondatezza

Dopo la sentenza n. 260 del 2020, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sulla legittimità della **disciplina del giudizio abbreviato** per come modificata ad opera della legge n. 33 del 2019, che ha introdotto il comma 1-*bis* all'art. 438 c.p.p., secondo cui «non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

La questione è stata sollevata dal G.u.p. del Tribunale ordinario di Rimini a seguito della richiesta di rito abbreviato da parte del difensore di un imputato per omicidio aggravato, riconosciuto incapace di intendere e di volere con perizia accertata in sede di incidente probatorio. Secondo il giudice *a quo*, **sarebbe del tutto superflua la celebrazione di un processo dibattimentale e collegiale qualora sia stata “incontrovertibilmente accertata” – con le garanzie del contraddittorio – l'incapacità dell'imputato**. In tali circostanze, infatti, nulla potrebbe aggiungersi al materiale probatorio già esistente e in alcun modo i diritti di difesa potrebbero risultare rafforzati; inoltre, il dibattimento non porterebbe ad un diverso esito sul piano sanzionatorio rispetto al giudizio abbreviato, poiché, in entrambi i casi, stante l'infermità di mente, dovrà essere applicata solo una misura di sicurezza. Per tali ragioni, il rimettente ritiene che la preclusione di cui all'art. 438, comma 1-*bis*, c.p.p. sia illegittima – per contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost. – nella parte in cui non consente l'accesso al rito abbreviato all'imputato infermo di mente, qualora la sua incapacità sia stata già accertata con perizia in sede di incidente probatorio.

La Corte costituzionale evidenzia, in primo luogo, come, contrariamente a quanto affermato dal giudice *a quo*, il difetto di imputabilità ritenuto da una perizia assunta in incidente probatorio non possa ritenersi un dato processualmente accertato, poiché esso attende ancora di essere valutato dal giudice che, ai

fini della decisione, potrà sempre motivatamente discostarsi da quelle valutazioni. La questione sottoposta alla Corte, allora, riguarderebbe più che altro **la ragionevolezza della scelta legislativa di imporre la celebrazione del rito ordinario anche quando le circostanze che escludono la responsabilità dell'imputato sia particolarmente agevole (anche se non incontrovertibile)**, come nel caso del vizio totale di mente appurato nell'ambito di una perizia assunta mediante incidente probatorio. In tali casi, infatti, si potrebbe essere costretti a celebrare un dibattimento pubblico senza alcuna ragione giustificativa, determinando un inutile dispendio di risorse organizzative e in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, secondo comma, Cost.

Tuttavia, riprendendo le argomentazioni della sentenza n. 260 del 2020, la Corte osserva come la *ratio* della riforma operata dalla legge n. 33 del 2019 consista proprio nella **necessità che per i reati più gravi previsti dall'ordinamento vi sia la celebrazione di un pubblico dibattimento innanzi ad una Corte d'assise e non a un giudice monocratico**. Tale esigenza – sostiene la Corte – non viene meno neppure rispetto ai casi in cui l'imputato non possa essere ritenuto personalmente responsabile. In ogni caso, il perseguimento di una simile finalità, anche se foriera di aggravii processuali, rientra comunque nel novero delle scelte discrezionali del legislatore, rispetto alle quali la Corte non può sovrapporre la propria autonoma valutazione, salvo il caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, non riscontrata nel caso di specie.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 212 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giulio Prosperetti
decisione del 20 luglio 2021, deposito del 11 novembre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso n. [88 del 2020](#)

parole chiave:

IMPIEGO PUBBLICO – INQUADRAMENTO PERSONALE GIORNALISTA
ISTITUZIONALE – CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE DEL LAVORO (CCNL) –
TRATTAMENTI ACCESSORI DEL PERSONALE PUBBLICO – RIPARTO COMPETENZE
LEGISLATIVE

disposizioni impugnate:

- artt. 1, commi 1, 2, 3 e 5; 3 e 8 della legge della Regione Toscana [24 luglio 2020, n. 69](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 81, 97, primo comma, e 117, secondo comma, lett. *l*), e terzo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento; non fondatezza

La Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi sull'**inquadramento del personale giornalista istituzionale**, in servizio a tempo indeterminato presso l'Agenzia di informazione degli organi di Governo delle Regioni e presso l'Ufficio stampa dei Consigli regionali.

In quest'occasione, il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1, 2, 3 e 5 e dell'art. 8 della legge della Regione Toscana n. 69 del 2020 («Inquadramento del personale giornalista assunto a tempo indeterminato. [...]»), In riferimento agli artt. 3, 81, 97, primo comma, e 117, secondo comma, lett. *l*), Cost. Inoltre, con lo stesso ricorso, ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della medesima legge regionale, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. *l*), e terzo comma, Cost.

In particolare, per quanto riguarda la prima questione, il Governo ha impugnato la legge della Regione Toscana nella parte in cui disciplina autonomamente il trattamento economico e giuridico dei dipendenti pubblici in luogo della contrattazione collettiva, invadendo la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale e determinando un illegittimo aumento della spesa pubblica. Difatti, gli artt. 1, commi 1 e 2, e 8 della legge reg. Toscana n. 69 del 2020 prevedono l'inquadramento del personale in questione nella categoria D del CCNL del comparto Funzioni locali, **disponendo l'attribuzione di un assegno *ad personam* riassorbibile, per la remunerazione delle differenze retributive con il trattamento economico più favorevole già attualmente in godimento.** Inoltre, l'invasione della sfera di competenza esclusiva statale viene lamentata anche rispetto ai commi 3 e 5 del medesimo art. 1: il primo nella parte in cui demanda ad una deliberazione della Giunta regionale l'attuazione delle

disposizioni in questione (compresa la definizione delle tabelle di equiparazione); il secondo laddove limita nel tempo l'efficacia di tali disposizioni fino alla sottoscrizione del contratto integrativo successivo al CCNL del comparto Funzioni locali per il triennio 2016-2018.

Come anticipato, secondo il Presidente del Consiglio di ministri tali disposizioni sarebbero in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lett. l), Cost., che prevede la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, in relazione al d.lgs. n. 165 del 2001, che riserva alla contrattazione collettiva la disciplina del trattamento economico e giuridico del personale pubblico e la definizione delle tabelle di equiparazione, e alla legge n. 150 del 2000, che affida a una speciale area di contrattazione l'individuazione e la regolamentazione dei profili professionali del personale pubblico addetto agli uffici stampa istituzionali. Le disposizioni impugnate, inoltre, contrasterebbero con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che imporrebbe l'uniformità del trattamento dei dipendenti pubblici su tutto il territorio nazionale, e determinerebbero un illegittimo aumento della spesa pubblica, in violazione degli artt. 81 e 97, primo comma, Cost.

Tale questione viene dichiarata **non fondata**. Secondo la Corte costituzionale, infatti, **la normativa impugnata non contraddice e non innova la legislazione nazionale sotto il profilo della riserva di contrattazione collettiva, ma si limita a disporre l'attuazione delle previsioni della contrattazione collettiva nell'ambito della competenza regionale in materia di organizzazione degli uffici**. A tal riguardo, riprendendo le argomentazioni della difesa regionale, la Corte evidenzia come l'intervento normativo regionale sia stato determinato dalla necessità di dare seguito alle osservazioni della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, che aveva evidenziato l'illegittimità dell'aumento di spesa per il personale derivante dall'applicazione del contratto giornalistico agli addetti agli uffici stampa istituzionali. Tale soluzione, infatti, risultava contrastante con la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale (formatasi a partire dalla sentenza n. 10 del 2019), che aveva escluso l'applicabilità al personale pubblico di contratti collettivi non negoziati dall'ARAN. Poiché, tuttavia, tale particolare contrattazione collettiva non è ancora stata attuata, gli addetti agli uffici stampa regionali sono stati collocati nella categoria D del Comparto Funzioni locali 2016-2018. Per tale ragione, **«il legislatore statale è intervenuto per consentire il mantenimento dello stesso trattamento economico in godimento in favore di coloro che, retribuiti in base alle previsioni del CCNL dei giornalisti più favorevole, si erano trovati decurtati di una quota di retribuzione per effetto dell'applicazione del citato CCNL comparto Funzioni locali 2016-2018»** (par. 5 del *Cons. dir.*). In particolare, è stata la legge n. 160 del 2019 a prevedere la possibilità di attribuire al personale in discussione un assegno *ad personam* riassorbibile per colmare la differenza retributiva.

A ben vedere, quindi, la normativa regionale impugnata è intervenuta nel rispetto delle disposizioni statali e delle statuizioni della contrattazione collettiva già assunte. L'attribuzione dell'assegno *ad personam*, infatti, «rappresenta soltanto un diverso titolo di erogazione del trattamento già in godimento (riferito al contratto collettivo giornalistico), **conformemente a quanto previsto dalla legge statale, con l'esclusione anche del paventato illegittimo aumento della spesa pubblica in violazione degli artt. 81 e 97, primo comma, Cost.**» (par. 5 del *Cons. dir.*).

Come anticipato, con il medesimo ricorso, il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato anche l'art. 3 della medesima legge regionale, che **destina al fondo per il trattamento accessorio dei dipendenti pubblici (disciplinato dal d.lgs. n. 75 del 2017) i risparmi derivanti dal progressivo riassorbimento dell'assegno attribuito al personale giornalista**. Anche tale disposizione viene censurata in quanto ritenuta invasiva della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile e in contrasto con i principi di coordinamento della finanza pubblica.

La Corte costituzionale ritiene tale questione **fondata**. Difatti, la norma regionale impugnata risulta in evidente contrasto con l'art. 23, comma 2, del citato d.lgs. n. 75 del 2017, che prevede un limite alle risorse destinate ai trattamenti accessori del personale pubblico. Quest'ultima previsione statale deve essere riconosciuta **«come principio di coordinamento della finanza pubblica, non derogabile dal legislatore regionale, poiché incide su un rilevante aggregato della spesa corrente, costituito da una delle due componenti della retribuzione dei pubblici dipendenti, con l'obiettivo di contenerla entro limiti prefissati, essendo tale spesa una delle più frequenti e rilevanti cause del disavanzo pubblico»** (par. n. 7.3 del *Cons. dir.*). Dunque, i risparmi che derivano dal riassorbimento degli assegni erogati agli

addetti agli uffici stampa istituzionali, pur potendo legittimamente incrementare il fondo del trattamento accessorio, non potrebbero però superare il limite disposto dal legislatore statale all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

Andrea Giubilei



Sentenza n. 213 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giovanni Amoroso
decisione del 19 ottobre 2021, deposito dell'11 novembre 2021
comunicati stampa [del 20 ottobre 2021](#) e [dell'11 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze n. [107](#) e n. [125 del 2021](#)

parole chiave:

EMERGENZA DA COVID-19 – SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE DI SFRAATTO –
PROPRIETÀ RAGIONEVOLEZZA – EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

disposizioni impugnate:

- art. 13, comma 13, del [decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, convertito, con modificazioni, nella legge 26 febbraio 2021, n. 21](#)
- art. 40-*quater* del [decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito, con modificazioni, nella legge 21 maggio 2021, n. 69](#)
- art. 103, comma 6, del [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27](#)
- art. 17-*bis* del [decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24, 42, 47, 77 e 117, primo comma, della [Costituzione](#), quest'ultimo in relazione all'art. 6 della [CEDU](#) e all'art. 1 del [Protocollo addizionale alla CEDU](#)

dispositivo:

rigetto

La Corte costituzionale era stata chiamata a decidere, da due ordinanze adottate in sede di giudizio di esecuzione dal Tribunale di Trieste e dal Tribunale di Savona, **sulla legittimità costituzionale di alcune previsioni che tra il 2020 ed il 2021 hanno disposto e via via prorogato il blocco degli sfratti per morosità in ragione dell'emergenza pandemica.**

Una volta riuniti i giudizi, e ricostruito doviziosamente il quadro normativo, la Corte esclude la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate sull'art. 103, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020 (come convertito in legge n. 27 del 2020) e sull'art. 17-*bis* del d.l. n. 34 del 2020 (come convertito in legge n. 77 del 2020) in quanto non applicabili nei processi *a quibus*. La Corte, pertanto, si è pronunciata solo sulle questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le seguenti disposizioni:

l'art. 13, comma 13, del d.l. n. 183 del 2020 (convertito con modificazioni nella legge n. 21 del 2021), che ha prorogato il blocco degli sfratti sino al 30 giugno 2021, limitatamente agli sfratti adottati per mancato pagamento del canone e a quelli conseguenti all'adozione, ai sensi dell'articolo 586, comma 2, c.p.c., del decreto di trasferimento di immobili pignorati ed abitati dal debitore e dai suoi familiari; l'art. 40-*quater* del d.l. n. 41 del 2021 (convertito con modificazioni nella legge n. 69 del 2021), che ha ulteriormente prorogato, fino al 31 dicembre 2021, la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili adottati dal 1° ottobre 2020 al 30 giugno 2021 per mancato pagamento del canone.

Nel merito, quanto alla presunta violazione dell'art. 77 Cost. da parte dell'art. 13, comma 13, del d.l. n. 183 del 2020, la Corte adotta una decisione di **rigetto** ribadendo la sua giurisprudenza sul carattere dirimente del profilo teleologico ai fini della legittimità dei dd.ll. a contenuto plurimo: nella fattispecie, la disposizione censurata è coerente con la *ratio* comune delle altre previsioni di proroga recate dal decreto, che – in diversi ambiti materiali – sono state adottate al solo scopo di far fronte al persistere dell'emergenza pandemica.

Parimenti **non fondate** sono ritenute anche tutte le altre questioni di legittimità costituzionale.

In primis, la Corte dichiara **non fondata** la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 3 Cost., che i giudici *a quibus* avevano sollevato sotto un duplice profilo: l'assenza di qualsivoglia forma di bilanciamento tra il diritto del conduttore di disporre dell'immobile e il diritto di proprietà del locatore; l'irragionevolezza del criterio con cui è stata regolata l'ulteriore proroga del blocco dei provvedimenti di sfratto, che ne ha graduato l'efficacia temporale in base alla data di emanazione del provvedimento, piuttosto che al momento dell'insorgere della morosità. Il giudice delle leggi, dopo aver ricostruito il quadro normativo a partire dal marzo 2020, osserva che, mentre all'inizio dell'emergenza la sospensione degli sfratti era generalizzata, con le successive proroghe il legislatore ne ha via via ridotto l'ambito di applicazione, gradualmente ritoccando il bilanciamento dei diritti in gioco. Richiamando la sua giurisprudenza, la Corte ricorda, infatti, che **l'emergenza può giustificare la prevalenza delle esigenze del conduttore di continuare a disporre dell'immobile, a fini abitativi o per l'esercizio di un'impresa, su quelle del locatore: ma solo in presenza di circostanze eccezionali e per periodi di tempo limitati**. Data l'evoluzione e la persistenza della pandemia – osserva il giudice delle leggi – rientrava nella discrezionalità legislativa la scelta di escludere l'ipotesi di un sistematico coinvolgimento del giudice dell'esecuzione per valutare le singole situazioni concrete di conduttori e locatori, da apprezzarsi caso per caso. In alternativa, **occorreva un progressivo e differenziato adattamento della misura emergenziale, gravante sulla categoria dei locatori, per i quali la solidarietà economica e sociale di ciascuno non poteva spingersi oltre un certo limite, al di là del quale c'è solo la solidarietà collettiva per il tramite innanzi tutto dello Stato e della fiscalità generale**: fu proprio la mancanza di questo tipo di adattamento a determinare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 14, del d.l. n. 183 del 2020, il quale, per la seconda volta, si limitava a prorogare il blocco degli sfratti dell'abitazione principale senza variare i presupposti della misura (sent. n. 128 del 2021). Diversamente, sottolinea la Corte, **nel caso di specie il legislatore ha operato un primo aggiustamento limitando, dopo il 31 dicembre 2020, la proroga della sospensione dell'esecuzione ai soli provvedimenti di rilascio per morosità con conseguente cessazione di tale sospensione per tutti i provvedimenti di rilascio, in particolare, per finita locazione; morosità alla quale sono normalmente sottese difficoltà di carattere economico-sociale che, anche se antecedenti alla pandemia, si sono verosimilmente aggravate con essa**. Poco dopo, l'art. 40-*quater* del d.l. n. 41 del 2021 ha ulteriormente diversificato, in base alla data della loro adozione, il termine finale della sospensione degli sfratti per mancato pagamento del canone e per trasferimento di immobili pignorati, senza più prevedere – e quindi escludendo – la sospensione per quelli destinati ad essere emessi dopo il 30 giugno 2021. Secondo la Corte, inoltre, **tale graduazione è stata compiuta con criteri non manifestamente irragionevoli: la data di adozione del provvedimento di rilascio, che vale a cadenzare la cessazione di efficacia della sospensione, è indirettamente indicativa dell'epoca della morosità, potendo ragionevolmente ritenersi che di norma i provvedimenti più risalenti si riferiscono a morosità meno recenti**.

Allo stesso modo, il giudice delle leggi dichiara **non fondate** le questioni di legittimità costituzionale riferite agli artt. 42, 47 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, che i rimettenti avevano sollevato imputando alle norme censurate una sorta di espropriazione in senso sostanziale priva di indennizzo, con conseguente violazione, ai danni del locatore, del diritto di proprietà, costituzionalmente e convenzionalmente garantito, e della tutela del risparmio. La Corte rileva come, in base alla giurisprudenza costituzionale e a quella della Corte EDU sull'art. 1 del Prot. addiz. CEDU, **un'ingerenza nel diritto al pacifico godimento dei beni è ammissibile ove sussista un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e la salvaguardia dei diritti dell'individuo**. L'emergenza pandemica, con la conseguente crisi economico-sociale, costituisce senz'altro – sottolinea il giudice delle leggi – un imperativo di interesse generale idoneo a giustificare l'operatività della misura di sospensione: del resto, anche secondo la giurisprudenza della Corte EDU (Grande Camera, sent. 6 ottobre 2005, *Maurice c. Francia*; Sez. II, sent. 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia* e sent. 15 aprile 2014, *Stefanetti c. Italia*), **spetta proprio al legislatore nazionale l'individuazione di quei motivi di interesse generale che consentono una limitazione del diritto di proprietà**. Inoltre, la Corte osserva come **la misura in esame non sia equiparabile ad un'espropriazione**: non solo per la temporaneità della stessa, ma anche perché, sino al momento dell'effettivo rilascio, permane in ogni caso in capo al conduttore, anche se il contratto si è già risolto, l'obbligo di provvedere al pagamento dei canoni.

Infine, vengono **rigettate** anche le questioni di legittimità costituzionale riferite agli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, che erano state sollevate sul presupposto che le norme censurate violassero, a livello costituzionale e convenzionale, diritti essenziali per l'effettività della tutela giurisdizionale: il diritto alla soddisfazione del creditore nella fase esecutiva e il diritto alla ragionevole durata delle procedure esecutive. In ordine al primo punto, la Corte ricorda la sua giurisprudenza: nonostante l'esecuzione coattiva delle decisioni giudiziarie rientri nell'alveo dell'art. 24 Cost., **il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, limite che, con riferimento all'art. 24 Cost., viene superato solo qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di azione**; ciò che è escluso nel caso in esame poiché **le norme impugnate si limitano**, in presenza di una situazione di carattere eccezionale e imprevedibile come l'emergenza pandemica, **a differire temporaneamente la possibilità di agire in sede di esecuzione**. Quanto alla ragionevole durata delle procedure esecutive, il giudice delle leggi è consapevole del fatto che **secondo la Corte EDU la sospensione dei provvedimenti di sfratto incide sull'effettività della tutela del diritto dell'esecutante, la quale deve svolgersi entro un termine ragionevole** (Grande camera, sent. 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*). **Tuttavia, in base alla giurisprudenza costituzionale, è necessario che tale diritto, nell'ordinamento interno, venga bilanciato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, attesa la valutazione sistematica e non frazionata sulla violazione dei diritti demandata al giudice delle leggi**.

La Corte, infine, rivolge un monito al legislatore: **se l'eccezionalità della pandemia da COVID-19 giustifica, nell'immediato e per un limitato periodo di tempo, la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili** (anche in ragione del progressivo aggiustamento del bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco operato sin qui), **tuttavia questa misura emergenziale è prevista fino al 31 dicembre 2021 e deve ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale**. Il giudice delle leggi conclude osservando come resti ferma per il legislatore la possibilità, ove l'evolversi dell'emergenza epidemiologica lo richieda, di adottare altre misure più idonee per realizzare un diverso bilanciamento, ragionevole e proporzionato.

Eva Lechner



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Ordinanza n. 216 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 23 settembre 2021, deposito del 18 novembre 2021
comunicato stampa del [18 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 194 del 2020](#)

parole chiave:

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO (MAE) – DIRITTO ALLA SALUTE – DIRITTI
FONDAMENTALI – DETENZIONE IN CARCERE – RINVIO PREGIUDIZIALE – CORTE
DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

disposizioni impugnate:

- artt. 18 e 18-*bis* della [legge 22 aprile 2005, n. 69](#).

disposizioni parametro:

- artt. 2, 3, 32 e 111, secondo comma, della [Costituzione](#).

dispositivo:

rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 18 e 18-*bis* della legge 22 aprile 2005, n. 69, con cui l'Italia ha dato attuazione alla disciplina sul **mandato d'arresto europeo (MAE)**. In particolare, tali articoli disciplinano, rispettivamente, **i motivi di rifiuto obbligatorio e facoltativo della consegna di una persona**, richiesta da un altro Stato membro dell'Unione europea, per esercitare un'azione giudiziaria in materia penale o eseguire una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà personale. Secondo il giudice rimettente (la sez. quinta penale della Corte d'appello di Milano), tali disposizioni risulterebbero in contrasto con la Costituzione, **nella parte in cui non prevedono, quale motivo di rifiuto della consegna, «ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta»**.

La mancanza di simili ipotesi, infatti, lederebbe anzitutto il diritto alla salute dell'interessato, tutelato dagli artt. 2 e 32 Cost. Inoltre, in violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., vi sarebbe una disparità di trattamento rispetto a quanto previsto in tema di estradizione, che può essere negata «se ragioni di salute o di età comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta» (art. 705, secondo comma, lett. *c-bis*). Infine, la disciplina censurata violerebbe anche il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, secondo comma, Cost., poiché l'impossibilità di rifiutare la consegna nell'ipotesi sopra indicata determinerebbe una stasi processuale per un tempo indefinito, che potrebbe evitarsi qualora al giudice italiano fosse consentito concludere il procedimento con il rifiuto.

Preliminarmente la Corte osserva come **le questioni non riguardino soltanto la compatibilità delle disposizioni impugnate con la Costituzione italiana, ma coinvolgano altresì l'interpretazione del diritto dell'UE**, in particolare della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, di cui la l. n. 69 del 2005 costituisce attuazione. Ciò, specie ove si consideri che anche la disciplina europea sui motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi della consegna non include espressamente l'ipotesi della situazione di grave pericolo per la salute dell'interessato derivante dalla consegna stessa.

Proprio l'interpretazione della decisione quadro 2002/584/GAI consente, anzitutto, di escludere che il grave danno alla salute dell'interessato possa essere scongiurato tramite la **procedura di sospensione della consegna** (prevista dall'art. 23, terzo comma, della l. n. 69 del 2005), come invece sostenuto dall'Avvocatura generale dello Stato. La disciplina europea, infatti, considera tale ipotesi come una forma di differimento a titolo eccezionale, **relativo a situazioni di carattere meramente "temporaneo"** che renderebbero contraria al senso di umanità la consegna immediata dell'interessato. Tale soluzione, dunque, risulterebbe **incongrua in relazione a patologie croniche e di durata indeterminabile** come quelle che vengono in rilievo nel giudizio *a quo*, rispetto alle quali un provvedimento di consegna preannunciato ma differito per una durata indefinita sarebbe privo di ogni effetto utile.

La Corte, inoltre, evidenzia come possibili limitazioni alla consegna possano derivare, non solo dalle ipotesi di cui agli artt. 18 e 18-*bis*, ma anche dagli artt. 1 e 2 della stessa l. n. 69 del 2005, che autorizzano l'autorità giudiziaria italiana a non disporre la consegna anche quando essa può comunque esporre l'interessato al rischio di violazioni di un suo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione italiana o dal diritto dell'Unione europea. Il campo d'applicazione di tali disposizioni è stato recentemente ristretto dal legislatore italiano che, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 10 del 2021, ha stabilito che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo non può comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato e dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione; mentre in precedenza, con una formulazione più ampia, si faceva riferimento all'intera gamma dei principi e delle regole costituzionali. Tuttavia, a prescindere da tale modifica legislativa, la Corte costituzionale osserva come – secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – sia **«precluso agli Stati membri condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione, nei settori oggetto di integrale armonizzazione, al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»** (par. 7.3. del *Cons. dir.*). Di conseguenza, **sarebbe manifestamente in contrasto con tale principio un'interpretazione del diritto nazionale che consentisse all'autorità giudiziaria di rifiutare la consegna al di fuori dei casi tassativi previsti dalla legge adottata per dare attuazione alle previsioni della decisione quadro 2002/584/GAI**, soprattutto ove si consideri che solo alla Corte costituzionale è riservata la verifica della compatibilità del diritto dell'Unione, o del diritto nazionale attuativo, con i principi supremi e i diritti inviolabili.

Allo stesso tempo, però, si osserva come **lo stesso diritto dell'Unione non potrebbe consentire che l'esecuzione di un MAE determini una violazione dei diritti fondamentali dell'interessato**, specie qualora, come nel caso di specie, essi siano espressamente riconosciuti anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dal TUE. A ciò si aggiunge che, sebbene la Corte di giustizia sia più volte intervenuta per definire, in via interpretativa, procedure per conciliare l'attività delle autorità giudiziarie dello Stato di emissione del MAE con il rispetto dei diritti fondamentali dell'interessato, lo ha fatto generalmente per far fronte a carenze sistemiche e generalizzate dello Stato membro, o comunque relative a determinati gruppi di persone o interi centri di detenzione. Diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui la singola persona richiesta rischierebbe di subire un aggravamento del proprio stato di salute laddove lo Stato di emissione dovesse disporre la custodia in carcere.

Per tali ragioni, secondo i giudici costituzionali, le esigenze di uniformità ed effettività nell'applicazione del MAE nello spazio giuridico dell'UE **impongono «che la risposta a tale quesito sia riservata alla Corte di giustizia, nella sua funzione di interprete eminente del diritto dell'Unione»** (par. 8.2 del *Cons. dir.*).

La Corte costituzionale tenta comunque di individuare alcune argomentazioni a sostegno di una possibile soluzione che sia in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, con spirito di costruttiva e leale collaborazione tra le diverse giurisdizioni. A tal riguardo, i giudici costituzionali osservano come sia opportuno **effettuare un bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il diritto alla salute e l'interesse a perseguire i sospetti autori di reato e – se giudicati colpevoli – ad assicurare nei loro confronti l'esecuzione della pena**. Secondo la Corte, dunque, sarebbe opportuno garantire una diretta interlocuzione tra le autorità giudiziarie dello Stato di emissione e quello dell'esecuzione, in modo da consentire di individuare soluzioni che, nel caso concreto, consentano di sottoporre a processo l'interessato nello Stato di emissione (garantendogli la pienezza dei propri diritti di difesa) e, al contempo, evitino di esporlo al pericolo di grave danno alla salute. **Solo qualora, all'esito di tale interlocuzione, non dovessero rinvenirsi soluzioni idonee, dovrebbe essere consentito all'autorità giudiziaria di esecuzione di rifiutare la consegna**.

Ciò premesso, dunque, la Corte costituzionale decide di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il quesito «se l'art. 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo, letto alla luce degli artt. 3, 4 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (CDFUE), debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria di esecuzione, ove ritenga che la consegna di una persona afflitta da gravi patologie di carattere cronico e potenzialmente irreversibili possa esporla al pericolo di subire un grave pregiudizio alla sua salute, debba richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di questo rischio, e sia tenuta a rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole».

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Ordinanza n. 217 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Francesco Viganò
decisione del 21 ottobre 2021, deposito del 18 novembre 2021
[comunicato stampa del 18 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: [ordinanza n. 42 del 2021](#)

parole chiave:

MANDATO DI ARRESTO EUROPEO (MAE) – CITTADINO DI STATO TERZO –
DIRITTO ALLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – RINVIO PREGIUDIZIALE – CORTE DI
GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

disposizioni impugnate:

- art. 18-*bis*, comma 1, lett. c), della [legge 22 aprile 2005, n. 69](#), come introdotto dall'art. 6, comma 5, lett. b), della [legge 4 ottobre 2019, n. 117](#)

disposizioni parametro:

- artt. 2, 3 e 27 della [Costituzione](#);
- artt. 11 e 117, primo comma, della [Costituzione](#), in relazione all'art. 8 della [CEDU](#) e all'art. 17, par. 1, del [PIDCP](#), nonché in relazione all'art. 7 [CDFUE](#) e all'art. 4, punto 6, della [decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002](#)

dispositivo:

rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

La Corte costituzionale era stata chiamata a decidere, da un'ordinanza della Corte d'Appello di Bologna, Sez. I, penale, **sulla legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, comma 1, lett. c), della legge n. 69 del 2005**, come introdotto dall'art. 6, comma 5, lett. b), della legge n. 117 del 2019, **di attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo (m.a.e.)**. La disposizione era stata impugnata **nella parte in cui non prevede, per i cittadini di uno Stato terzo legittimamente ed effettivamente residenti o dimoranti nel territorio italiano, che il giudice abbia la facoltà di rifiutarne la consegna ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale**, disponendo contestualmente che essa sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, invece che nello Stato membro di emissione del m.a.e. Il rimettente riteneva che tale omissione contrastasse con: l'art. 27, terzo comma, Cost., poiché l'impossibilità di scontare la pena nel paese di stabile radicamento frustrerebbe la funzione rieducativa della pena; gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 CEDU e 17, par. 1, del Patto Internazionale per i Diritti Civili e Politici (PIDCP), nonché, assieme all'art. 11 Cost., in relazione all'art. 7 CDFUE, poiché in tal guisa verrebbe leso anche il diritto alla vita familiare per chi si è costruito stabili legami nel nostro paese; ancora, con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in

relazione all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, poiché il legislatore italiano avrebbe indebitamente limitato la possibilità – prevista in via generale da tale disposizione della decisione quadro – di rifiutare la consegna della persona che dimori o risieda in Italia alle sole ipotesi in cui tale persona sia cittadina italiana o di altro Stato membro; infine, con l'art. 3 Cost., dal momento che il cittadino di uno Stato terzo, parimenti radicato in Italia ma destinatario di un mandato d'arresto rilasciato al diverso fine dell'esercizio dell'azione penale, avrebbe invece il diritto di scontare in Italia la pena irrogata dallo Stato emittente all'esito del processo, ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. c), della legge n. 69 del 2005.

La Corte costituzionale sospende il giudizio e **dispone di sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, i seguenti quesiti: a) se l'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, interpretato alla luce dell'art. 1, par. 3, della medesima decisione quadro e dell'art. 7 CDFUE, osti a una normativa, come quella italiana, che – nel quadro di una procedura di mandato di arresto europeo finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza – precluda in maniera assoluta e automatica alle autorità giudiziarie di esecuzione di rifiutare la consegna di cittadini di paesi terzi che dimorino o risiedano sul suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo; b) in caso di risposta affermativa alla prima questione, sulla base di quali criteri e presupposti tali legami debbano essere considerati tanto significativi da imporre all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna.**

Inoltre, visto che – pur essendo originate da un processo concernente una persona attualmente non sottoposta a misura detentiva – le questioni interpretative sono di centrale importanza per il funzionamento del mandato d'arresto europeo, il giudice delle leggi chiede che il rinvio pregiudiziale sia deciso con procedimento accelerato, ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Nel proprio percorso argomentativo che lo porta ad adottare il rinvio pregiudiziale, il giudice delle leggi tiene conto, in via preliminare, dello *ius superveniens*. **Successivamente all'ordinanza di rimessione, infatti, è intervenuto il d.lgs. n. 10 del 2021 che, pur non essendo applicabile al processo *a quo* – o ad ogni altro procedimento pendente, come disposto dall'art. 28 dello stesso d.lgs – ha modificato l'art. 18-*bis* e l'art. 19 della legge n. 69 del 2005, mutando significativamente il quadro sistematico di riferimento.** Da un lato, con la modifica del citato art. 18-*bis*, **in ordine al mandato d'arresto finalizzato all'esecuzione della pena o della misura di sicurezza è stata ristretta la facoltà di rifiutare la consegna del cittadino di altro Stato membro:** non basta che costui risieda legittimamente ed effettivamente in Italia, perché occorre che tale condizione duri da almeno cinque anni. Dall'altro, con la modifica del citato art. 19, **quanto al mandato di arresto finalizzato all'azione penale, la possibilità di subordinare la consegna alla condizione che la persona – se condannata – venga ricondotta in Italia per l'esecuzione della pena è stata limitata:** per il cittadino di altro Stato membro tale condizione vale solo se costui è legittimamente ed effettivamente residente nel territorio italiano da almeno cinque anni (mentre prima non era previsto un lasso temporale minimo); quanto al cittadino di uno Stato terzo radicato stabilmente in Italia, la possibilità di subordinare la consegna alla suddetta condizione (richiesta nella versione previgente della disposizione) è stata eliminata. **Quest'ultima modifica, in particolare, rende assai più restrittiva la norma che il giudice rimettente invoca quale *tertium comparationis* in ordine alla violazione dell'art. 3 Cost.** Ciò nonostante, la Corte non ritiene di dover restituire gli atti al rimettente, come era invece avvenuto durante lo scrutinio di analoghe questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 10 del 2021 nell'ambito di un procedimento al quale quelle modifiche parimenti non erano applicabili: infatti, mentre in quella occasione (**ord. n. 60 del 2021**), **l'interessato nel giudizio principale, cittadino di Stato terzo, risultava essere presente in Italia da meno di cinque anni e sussisteva il rischio, paventato dal giudice a quo, di prospettare un trattamento più favorevole per i cittadini di paesi terzi rispetto a quello oggi riservato ai cittadini di altro Stato membro, l'odierno processo principale concerne un cittadino di paese terzo che ha uno stabile radicamento familiare e lavorativo sul territorio nazionale, risalente ad epoca ben precedente l'ultimo quinquennio. Inoltre, è rimasta invariata la disposizione impugnata.** Per questi motivi, la Corte **non dubita della rilevanza delle questioni, riservando però alla pronuncia**

definitiva la decisione tanto sulle eccezioni preliminari, quanto sulla censura relativa all'art. 3 Cost.

Due le ragioni che, secondo il giudice delle leggi, rendono **necessario il rinvio pregiudiziale** prima di risolvere le questioni sollevate dal giudice rimettente. Innanzitutto, tali questioni investono il rapporto tra il rifiuto della consegna ai sensi dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro e la tutela dei diritti fondamentali dell'interessato: dunque, visto che **la materia del mandato d'arresto europeo è interamente armonizzata dalla stessa decisione quadro, il livello di tutela dei diritti fondamentali** suscettibile di porre limiti al dovere di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie di altri Stati membri **non può che essere quello risultante dalla CFDUE e dall'art. 6 del TUE**. In secondo luogo, **le suddette questioni concernono l'interpretazione dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro sotto un profilo che non è ancora stato oggetto di chiarimenti da parte della Corte di giustizia.**

È vero, osserva il giudice delle leggi, che secondo la Corte di Giustizia – a differenza di quanto ritenuto dal rimettente – **l'art. 4 punto 6 della decisione quadro di per sé non osta alla limitazione dei motivi di rifiuto facoltativi, poiché ciò è anzi conforme al principio fondamentale della stessa decisione, relativo al reciproco riconoscimento (art. 1, n. 2), tanto da consentire, con riferimento al cittadino di altro Stato membro, di apporre la condizione del soggiorno legale e continuativo per almeno cinque anni** (CGUE, sent. 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, par. 54-74). **Tuttavia, continua la Corte, è indubbio che, in base alla stessa decisione quadro, l'esecuzione di un mandato di arresto europeo non può mai comportare la violazione dei diritti fondamentali dell'interessato, (art. 1, par. 3, e considerando n. 12), né dei principi fondamentali del diritto dell'Unione riconosciuti dall'art. 6 TUE.** Il punto, nota la Corte, è che **la giurisprudenza eurounitaria (e quella costituzionale) si è limitata ad equiparare il trattamento giuridico del cittadino italiano e quello del cittadino di altro Stato membro legittimamente ed effettivamente dimorante nel territorio italiano.** Invece, stante la non invocabilità da parte del cittadino di Stato terzo del principio di non discriminazione in base alla nazionalità (CGUE Grande Sez., sent. 2 aprile 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*, par. 40), **occorre ancora stabilire se, ed eventualmente a quali condizioni, il cittadino di un paese terzo che sia «residente o dimorante» nello Stato dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 4 punto 6 della decisione quadro, sia titolare di un diritto fondamentale a non essere allontanato dal territorio di quest'ultimo Stato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza nello Stato di emissione.**

Si tratta di un quesito che non è stato chiarito né dalla sent. 5 settembre 2012, C-42/11, *Lopes da Silva Jorge* (che osta all'esclusione assoluta ed automatica del cittadino di altro Stato membro dalle fattispecie di rifiuto di consegna previsti da uno Stato membro, indipendentemente dalla valutazione dei suoi legami con il territorio di quest'ultimo), né dalla citata sent. *Wolzenburg* (anch'essa focalizzata sulla sola posizione del cittadino di altro Stato membro), né dalla sent. 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski* (che esclude la facoltà di rifiutare la consegna di un cittadino straniero privo di legami significativi nello Stato di esecuzione, o comunque ivi illegalmente residente o dedito alla commissione di reati). **Con le suddette decisioni, continua la Corte, il giudice di Lussemburgo ha tuttavia stabilito che il motivo di rifiuto facoltativo di consegna di cui al citato art. 4, punto 6, è finalizzato ad accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona** ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata. **Al perseguimento di tale scopo è funzionale anche la successiva decisione quadro 2008/909/GAI sul principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali irroganti misure detentive** (CGUE sent. 11 marzo 2020, C-314/18, *SF*, par. 51) **la quale, secondo il giudice delle leggi, si applica non solo ai cittadini degli Stati membri dell'Unione, ma anche ai cittadini di paesi terzi.** Inoltre, aggiunge la Corte, **il rifiuto di consegna di cui al citato art. 4, punto 6, così come la condizione apposta alla consegna ai sensi del successivo art. 5, punto 3, non sono in contrasto con il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie né con la ratio, sottesa all'intero sistema del mandato d'arresto europeo** (CGUE UE sent. 17 dicembre 2020, C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*, par. 62).

Del resto, **l'interesse del cittadino di un paese terzo legittimamente dimorante o residente in uno Stato membro a non essere sradicato dallo Stato medesimo riceve tutela, da parte del**

diritto dell'Unione, ben al di là della materia dell'esecuzione delle pene o delle misure di sicurezza, come dimostrano – osserva la Corte – la direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo e la direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei titolari di permesso di soggiorno. Indicazioni analoghe – sottolinea la Corte - provengono dalla **giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 8 CEDU, la quale segna il livello minimo di tutela che deve essere assicurato al corrispondente diritto di cui all'art. 7 della CDFUE**, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 3, CDFUE. La Corte EDU, infatti, **valorizza sempre più il reinserimento sociale del condannato tra le funzioni della pena** (sent. 7 marzo 2017, *Polyakova e altri c. Russia*, par. 88) e in materia di espulsione dello straniero afferma la necessità di **bilanciare le ragioni poste alla base dell'allontanamento e le confliggenti ragioni di tutela del diritto dell'interessato** – fondato sull'art. 8 CEDU – **a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi** (da ultimo, III Sez, sent. 24 novembre 2020, *Unuane c. Regno Unito*, par. 72).

Eva Lechner



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 218 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis

decisione del 5 ottobre 2021, deposito del 23 novembre 2021

comunicato stampa del [23 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [166 del 2020](#)

parole chiave:

APPALTI PUBBLICI – CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – AFFIDAMENTI DEI
CONCESSIONARI – LIBERA CONCORRENZA – LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA

disposizioni impugnate:

- art. 1, comma 1, lett. *iii*), della [legge 28 gennaio 2016, n. 11](#);
- art. 177, comma 1, del [decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, primo comma, 41, primo comma, e 97, secondo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'**obbligo, per i titolari di concessioni affidate direttamente, di esternalizzare integralmente l'attività oggetto di concessione**. La questione è stata sollevata dal Consiglio di Stato tenuto, nel giudizio *a quo*, a fare applicazione dell'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), con cui è stato dato seguito a quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. *iii*), della legge di delega n. 11 del 2016. Quest'ultima previsione stabilisce un «obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura di evidenza pubblica». Il restante 20 per cento – prosegue la disposizione – può essere realizzato da società *in house* per i soggetti pubblici o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure ad evidenza pubblica (anche di tipo semplificato). In seguito, il legislatore delegato ha trasposto, pressoché integralmente, tale principio e criterio direttivo all'interno del citato art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedendo il suddetto obbligo di esternalizzazione per i titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già esistenti, qualora esse non siano state affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica.

Tale obbligo è stato previsto **in attuazione dei principi comunitari in materia di libera concorrenza** sviluppatasi a partire dalla direttiva 89/440/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Il legislatore nazionale, infatti, è intervenuto **per sanare il contrasto con tali**

principi determinatosi in occasione dell'affidamento senza gara delle concessioni, per cui è stato previsto – già con la legge n. 109 del 1994 – l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi i lavori pubblici non realizzati direttamente o tramite imprese controllate. Tuttavia, come emerge anche dalla ricostruzione normativa effettuata dalla Corte costituzionale, il diritto dell'Unione europea non ha mai qualificato l'esternalizzazione con affidamento a terzi dell'attività oggetto di concessione come un *obbligo*, bensì come una mera *facoltà*. Tale approccio è stato confermato, da ultimo, anche dalla direttiva 2014/23/UE, attuata proprio dalla legge di delega n. 11 del 2016.

Ebbene, secondo il giudice rimettente, l'obbligo di dismissione totalitaria previsto dall'art. 1, comma 1, lett. *iii*), della legge di delega n. 11 del 2016 e dall'art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016, traducendosi in un **impedimento assoluto e definitivo a proseguire l'attività economica privata, risulterebbe lesivo dell'art. 41 Cost.** Ciò anche in considerazione del fatto che il ruolo del privato concessionario ne risulterebbe del tutto snaturato, essendo ridotto – ad avviso del Consiglio di Stato – a quello di mera stazione appaltante. Inoltre, viene contestato il mancato equilibrio delle norme censurate, che **trascurerebbero le legittime aspettative dei concessionari di proseguire l'attività economica in corso di svolgimento, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.** Il contrasto con tale disposizione costituzionale viene lamentato anche in termini di ragionevolezza, per la previsione di un obbligo di dismissione **indistinto e generalizzato**, in quanto indipendente dalla effettiva dimensione della struttura imprenditoriale che gestisce la concessione, dall'oggetto e dall'importanza del settore di riferimento, dal valore economico, dalla durata, ecc.

Nell'esaminare le questioni di legittimità costituzionale, la Corte, in primo luogo, osserva come le misure previste dalle norme censurate siano dirette a favorire l'apertura alla concorrenza, restituendo al mercato segmenti di attività ad esso originariamente sottratti con concessioni senza gara. Sarebbe questo, infatti, il senso di prevedere l'obbligo per i concessionari di esternalizzare la propria attività, affidando a terzi, con procedura di evidenza pubblica, l'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relative alle concessioni e di realizzare la restante parte tramite società *in house*, per i soggetti pubblici, o società controllate o collegate, per i soggetti privati, o, ancora, tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica. Tuttavia, secondo il rimettente, si tratterebbe di un obbligo che, **pur perseguendo l'apprezzabile finalità di assicurare la massima apertura possibile al mercato delle commesse pubbliche, deve considerarsi irragionevole in quanto eccessivamente gravoso.**

Il giudice delle leggi rileva, dunque, di essere chiamato «a verificare in che misura la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. [...] possa essere limitata in nome della tutela della concorrenza, la quale, in quanto funzionale al libero esplicarsi dell'attività di impresa, trova nella medesima previsione il suo fondamento costituzionale» (par. 8.4 *Cons. dir.*). Sul punto la Corte evidenzia come uno degli aspetti caratterizzanti la libertà di iniziativa economica sia costituito dalle possibilità di scelta, spettanti all'imprenditore, circa aspetti quali l'attività da svolgere, le modalità di reperimento dei capitali, le forme di organizzazione, i sistemi di gestione o le tipologie di corrispettivo. Se, dunque, il legislatore può legittimamente limitare la libertà di iniziativa economica per conformarla ai principi della concorrenza, deve pur sempre trattarsi di limiti ragionevoli e **che tengano in considerazione la totalità degli interessi coinvolti**, non potendosi arrivare al punto di adottare misure che svuotino radicalmente tale libertà, come avverrebbe con il completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere scelte organizzative, che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa.

Per tali ragioni, l'obbligo previsto dalle disposizioni censurate viene considerato come «**una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito, in quanto tale lesiva della libertà di iniziativa economica**, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 1, comma 1, lettera *iii*), della legge n. 11 del 2016, per violazione degli artt. 3, primo comma, e 41, primo comma, Cost.» (par. 8.5 *Cons. dir.*).

Secondo la Corte, tale irragionevolezza deriva, in primo luogo, dalle dimensioni del suo oggetto, poiché, sulla base della normativa censurata, la parte più grande delle attività concesse deve essere appaltata a terzi e la restante parte comunque non può essere compiuta direttamente. Il fatto che il concessionario non conservi neanche un minimo di attività operativa lo tramuterebbe in un soggetto esclusivamente preposto alla funzione burocratica di affidamento di commesse, come se fosse una

mera stazione appaltante; sebbene – osserva la Corte – la garanzia della libertà d’impresa non riguardi solo la prospettiva del profitto, ma attenga soprattutto alla libertà di scegliere le attività da intraprendere e le modalità del loro svolgimento (cfr. par. 8.5.1 *Cons. dir.*).

L’irragionevolezza del vincolo in esame, inoltre, risulta determinata anche dalla **mancanza di una possibile differenziazione o graduazione** sulla base di elementi rilevanti che, al contrario, dovrebbero incidere sul bilanciamento con l’interesse della concorrenza, quali, ad esempio, le dimensioni della concessione, i caratteri del soggetto concessionario, l’epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico. Non risulta preso nella dovuta considerazione neanche l’interesse del concessionario che, pur godendo del favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercita un’attività di impresa per il cui svolgimento ha fatto affidamento su investimenti e programmi effettuati sulla base dell’originario rapporto instaurato con il concedente. Tra l’altro, nel bilanciamento non dovrebbero rientrare solo gli interessi dell’imprenditore, ma anche quelli che si collegano alle prestazioni oggetto della concessione, come gli interessi dello stesso concedente, degli eventuali utenti del servizio e del personale occupato nell’impresa.

Tali elementi impediscono alle disposizioni censurate di superare anche la doverosa verifica di proporzionalità. L’obbligo in esame, infatti, non risulta di certo lo strumento che determina il sacrificio minore fra quelli idonei a raggiungere lo scopo. Al contrario, il legislatore avrebbe dovuto perseguire l’obiettivo di tutela della concorrenza, non con una misura radicale e indistinta, ma – per l’appunto – calibrando l’obbligo di affidamento all’esterno sulla base delle varie e differenziate situazioni concrete e del quadro completo degli interessi rilevanti, ad esempio con una modulazione dei tempi o escludendo l’obbligo in caso di situazioni meritevoli di particolare protezione (cfr. par. 8.5.2 *Cons. dir.*).

La Corte conclude evidenziando come dall’illegittimità delle disposizioni censurate, in particolare dell’art. 177, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, derivi conseguenzialmente anche l’illegittimità dei successivi commi 2 e 3 del medesimo articolo: del comma 2 perché esso fissa il termine per consentire l’adeguamento delle concessioni a quanto previsto dal comma 1; del comma 3 perché si occupa di disciplinare la verifica del rispetto dei limiti previsti dalla normativa in esame da parte dei soggetti preposti e dall’ANAC.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 220 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Angelo Buscema
decisione del 6 ottobre 2021, deposito del 26 novembre 2021
comunicato stampa del [26 novembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso [n. 24 del 2020](#)

parole chiave:

BILANCIO E CONTABILITÀ PUBBLICA – LEGGE DI BILANCIO 2020 – ENTI LOCALI –
FONDO DI SOLIDARIETÀ COMUNALE – LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI
(LEP)

disposizioni impugnate:

- art. 1, commi 554 e 849, della [legge 27 dicembre 2019, n. 160](#);
- art. 57, primo comma, del [decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 19 dicembre 2019, n. 157](#)

disposizioni parametro:

- artt. 5 e 119, primo, terzo e quarto comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità; non fondatezza

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità degli interventi legislativi con cui lo Stato ha determinato alcuni **tagli al Fondo di solidarietà comunale** (d'ora in avanti FSC). In particolare, è stata la Regione Liguria – su istanza del proprio Consiglio delle autonomie locali – ad aver promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 554 e 849, della legge n. 160 del 2019 («Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022») e dell'art. 57, primo comma, del decreto-legge n. 124 del 2019 («Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili»). Ad avviso della ricorrente, tali interventi avrebbero determinato l'impossibilità di svolgere adeguatamente le funzioni attribuite ai comuni, con conseguente violazione degli artt. 5 e 119, primo, terzo e quarto comma, Cost.

L'art. 1, comma 554, della legge n. 160 del 2019 è impugnato nella parte in cui consolida, per gli anni dal 2020 al 2022, il contributo riconosciuto ai Comuni nella misura complessiva di 300 milioni di euro, anziché nella misura di 625 milioni di euro, originariamente prevista per coprire i minori introiti derivanti dalle riforme della Tariffa per i servizi indivisibili (TASI) e dell'Imposta municipale unica (IMU) sulla prima casa. In questo modo, il legislatore avrebbe determinato **un'illegittima riduzione dei trasferimenti statali, imponendo ai Comuni una riduzione della spesa necessaria per l'espletamento delle funzioni assegnate dalla legge**, con violazione dei principi di autonomia

finanziaria (art. 119, primo comma, Cost.), dell'integrale correlazione fra risorse e funzioni (art. 119, quarto comma, Cost.) e del principio che riconosce e promuove le autonomie locali (art. 5 Cost.).

L'art. 57, comma 1, del decreto-legge n. 124 del 2019, invece, viene impugnato nella parte in cui prevede l'incremento della percentuale di perequazione – calibrata sulla differenza tra le capacità fiscali e i fabbisogni standard – nella misura del 5% annuo a partire dal 2020, sino al raggiungimento del 100% a decorrere dall'anno 2030. Secondo la Regione ricorrente, tale meccanismo determinerebbe una sperequazione tra Comuni per tre ordini di ragioni: 1. per la natura sostanzialmente “orizzontale” del FSC, dal momento che la componente “verticale” – cioè quella finanziata dallo Stato – risulterebbe di fatto annullata a causa dei numerosi tagli intercorsi negli ultimi anni, tali da determinare una violazione dell'art. 119, terzo comma, Cost.; 2. per le modalità con cui sono calcolate le capacità fiscali, poiché i Comuni con maggiori capacità fiscali – a prescindere dalla ricchezza della popolazione del Comune interessato – contribuirebbero maggiormente al FSC, ricevendo, tuttavia, meno di altri; 3. per come sono strutturati i fabbisogni standard. La disposizione impugnata, dunque, **contrasterebbe con i principi della certezza delle risorse e del finanziamento integrale delle funzioni con i fondi attribuiti**, di cui all'art. 119, primo e quarto comma, Cost. e – **più in generale** – **con le prerogative delle autonomie locali tutelate dall'art. 5 Cost.**

Infine, viene impugnato l'art. 1, comma 849, della legge n. 160 del 2019, che dispone una graduale progressione di incremento del FSC, che, tuttavia, viene protratta per un periodo più che doppio rispetto a quanto originariamente previsto. In questo modo, **la progressione prevista si porrebbe in contrasto con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di “tagli lineari”**, considerati legittimi a condizione che prevedano un contenimento complessivo e che siano temporanei. Inoltre – sostiene la Regione ricorrente – **i tagli avrebbero azzerato i trasferimenti statali**, ossia la componente verticale, e il fondo risulterebbe unicamente alimentato dalla quota IMU dei Comuni, in contrasto con quanto previsto dall'art. 119, terzo comma, Cost.

Dopo aver dichiarato la non fondatezza delle eccezioni sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri – concernenti principalmente una non adeguata motivazione delle questioni promosse dalla Regione Liguria – la Corte costituzionale, anzitutto, rileva d'ufficio come la ricorrente abbia impugnato l'art. 1, comma 554, della legge n. 160 del 2019 «in combinato disposto» con l'art. 1, comma 892, della legge n. 145 del 2018, non considerando, tuttavia, che per quest'ultima disposizione erano già decorsi i termini perentori per l'impugnazione davanti alla Corte. Pertanto, la questione concernente il comma 892 viene dichiarata inammissibile.

Nel ricostruire la normativa impugnata, la Corte osserva come originariamente il FSC presentasse una natura mista, orizzontale e verticale, in quanto veniva alimentato prevalentemente dai Comuni – con una trattenuta di una parte del gettito derivante dall'IMU – e da una quota minoritaria di risorse trasferite dallo Stato. Tuttavia, i tagli susseguitisi nel tempo hanno **eroso completamente la componente verticale del FSC**, a cui si è aggiunta una graduale riduzione del gettito dei tributi locali (specie con le riforme dell'IMU e della TASI sull'abitazione principale). A causa di queste misure, l'attuale struttura del FSC «è divenuta interamente orizzontale, tanto da determinare, dal 2015 al 2020, un “trasferimento negativo”, nel senso che è il comparto dei Comuni a trasferire risorse allo Stato» (par. 4 del *Cons. dir.*).

Rispetto alla prima questione sulle risorse a titolo ristorativo di IMU e TASI previste dall'art. 1, comma 554, della legge n. 160 del 2019, considerate insufficienti rispetto agli originari 625 milioni di euro individuati come ammontare da ristorare, la Corte osserva come esse rappresentino il frutto di una ridefinizione calcolata sulla base delle effettive perdite di gettito subite e non siano tali da incidere significativamente sul livello dei servizi fondamentali, pur in assenza della definizione dei Livelli essenziali delle prestazioni (LEP). In ogni caso, **la ricorrente non avrebbe fornito una prova adeguata sull'effettivo impatto di tale riduzione sulle finanze locali**. Pertanto, viene dichiarata la non fondatezza di tale questione.

Con l'occasione, tuttavia, la Corte costituzionale ribadisce la propria **valutazione negativa sul perdurante ritardo dello Stato nella definizione dei LEP**, che «rappresentano un elemento imprescindibile per uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali» (par. 5.1 del *Cons. dir.*). Tale ritardo, infatti, determinerebbe un ostacolo alla

piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali e al superamento dei divari esistenti nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali.

Per quanto attiene la seconda censura della ricorrente, sulla progressione di criteri perequativi che concorrono alla ripartizione del FSC, calibrata sulla differenza fra capacità fiscali e fabbisogni standard (art. 57, comma 1, del decreto-legge n. 124 del 2019), la Corte ritiene che la disposizione impugnata non risulti affetta da irrazionalità. Infatti, **le criticità nella distribuzione delle risorse fra i Comuni, pur effettivamente esistenti, sarebbero determinate non tanto dalla norma impugnata, quanto dal mancato adeguamento dei valori catastali degli immobili da parte di numerose realtà comunali** – tale da determinare irrazionali differenziazioni – e dal carattere meramente orizzontale assunto dal FSC.

Infine, la Corte affronta la questione concernente l'art. 1, comma 849, della legge n. 160 del 2019, che, ad avviso della ricorrente, avrebbe comportato un'illegittima riduzione dei trasferimenti statali al FSC, facendogli assumere natura meramente orizzontale, compromettendo anche la clausola di salvaguardia sul parallelismo fra funzioni e risorse. Anche in questo caso, la questione viene dichiarata non fondata. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Regione, infatti, tale misura rappresenterebbe l'inizio di **una graduale ricostituzione della componente verticale di risorse del FSC a disposizione degli enti locali**, segnando «una netta soluzione di continuità rispetto alla fase dei tagli lineari e [inaugurando] il progressivo ripristino dell'ammontare originario del FSC» (par. 5.3.2 del *Cons. dir.*).

Andrea Giubilei



Sentenza n. 230 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Daria de Pretis
decisione del 20 ottobre 2021, deposito del 2 dicembre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. [205](#) e [207](#) del 2020 e n. [10](#) del 2021

parole chiave:

ELEZIONI – ENTI LOCALI – INCANDIDABILITÀ – SOSPENSIONE DALLA CARICA

disposizioni impugnate:

- art. 11, commi 1, lett. *a*), e 4, del decreto legislativo [31 dicembre 2012, n. 235](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, primo comma, 24, 27, secondo comma, 48, primo e secondo comma, 51, primo comma, 97, secondo comma, e 113 della [Costituzione](#)

dispositivo:

non fondatezza

I Tribunali ordinari di Genova e Catania hanno dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 11, commi 1, lett. *a*), e 4, del d.lgs. n. 235 del 2012 (c.d. "legge Severino"), che disciplina la materia dell'incandidabilità e il divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo per chi è condannato in via definitiva per reati non colposi. In particolare, l'art. 11, comma 1, lett. *a*) prevede **la sospensione di diritto da tali cariche nel caso in cui un soggetto abbia riportata una condanna non definitiva per una serie di delitti**, tra cui, anzitutto, quello di associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p. e altre numerose fattispecie rientranti nell'ambito dei reati contro la Pubblica amministrazione; il comma 4 del medesimo articolo dispone che tale sospensione cessa di diritto di produrre effetti decorsi diciotto mesi.

Con due ordinanze di tenore analogo, il primo rimettente – chiamato a pronunciarsi sulla sospensione dalla carica di due sindaci condannati con sentenza non definitiva per fatti di peculato, commessi precedentemente in qualità di consiglieri della Regione Liguria – sostiene che tale disciplina contrasti con il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della PA (art. 113 Cost.), poiché **sarebbe impedito all'autorità giudiziaria di sindacare la proporzionalità tra la condanna non definitiva e la sospensione della carica**. Quest'ultima, infatti, consegue automaticamente come effetto della condanna, sulla base di un'astratta valutazione di pericolosità che, tuttavia, sarebbe idonea a racchiudere anche fatti di reato meno gravi, pregiudicando la volontà dell'elettorato.

Anche il Tribunale di Catania, nell'ambito di un giudizio relativo ad una fattispecie analoga a quella del Tribunale di Genova, ha censurato le medesime disposizioni ritenendo che l'esigenza cautelare sottesa alla sospensione **richiederebbe una verifica in concreto dell'entità del pregiudizio causato**

all'amministrazione, che potrebbe variare in ragione della tipologia di reato e della sua effettiva gravità. Si contesta, in particolare, la misura fissa della sospensione cautelare della durata di 18 mesi, ritenendo che essa debba essere di natura graduale (e, dunque, "sino a 18 mesi"). Nella sua attuale formulazione, infatti, le disposizioni censurate stabilirebbero un regime ingiustificatamente uguale per comportamenti ontologicamente diversi o comunque di diversa gravità, delineando un bilanciamento non corretto tra l'interesse al buon andamento dell'amministrazione e i contrapposti interessi dell'eletto al mantenimento della carica e degli elettori a che esso continui a svolgere la sua funzione. Per tali ragioni, il Tribunale di Catania ritiene violati gli artt. 3, primo comma, 27, secondo comma, 48, primo e secondo comma, e 51, primo comma, Cost.

Dopo aver riunito i giudizi, data la coincidenza di oggetto e le analogie in merito ai motivi di censura, la Corte dichiara anzitutto la non fondatezza delle questioni sollevate dal Tribunale di Genova. Il presupposto interpretativo da cui muove il rimettente viene ritenuto corretto: il decreto prefettizio che dispone la sospensione ha carattere vincolato e assolve una funzione di mero accertamento dell'effetto sospensivo derivante direttamente dalla condanna, rispetto al quale il giudice non ha margini di apprezzamento. Tuttavia, non può ritenersi che tale soluzione individuata dal legislatore integri una violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Il riferimento a tali parametri, infatti, è inconferente: **«una disciplina sostanziale che collega automaticamente la sospensione alla condanna penale non definitiva per determinati reati non è idonea a violare, di per sé, a cagione del previsto automatismo, il diritto di difesa,** in quanto non preclude all'interessato la possibilità di far valere in giudizio il suo diritto nei limiti in cui esso è protetto dal diritto sostanziale» (par. 6.1 del *Cons. dir.*). Non può ritenersi, dunque, che la natura vincolata anziché discrezionale del potere del prefetto di disporre la sospensione si traduca in una lesione del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale.

Anche le questioni sollevate dal Tribunale di Catania vengono dichiarate non fondate. Al centro delle censure di tale giudice *a quo* vi è la necessità di calibrare la durata della sospensione sulla maggiore o minore gravità dell'esigenza cautelare di tutela del buon andamento e della legalità dell'azione amministrativa. Tuttavia, la Corte osserva come **la sospensione in esame non abbia natura sanzionatoria e, dunque, debba essere considerata in una logica che prescinde dalla concreta gravità del reato contestato e dalla pena irrogata.** Ciò che rileva è esclusivamente la finalità cautelare perseguita, cioè quella di assicurare il buon andamento e l'onorabilità della pubblica amministrazione.

Sul punto, il giudice costituzionale ritiene che **non si possa negare al legislatore, «nell'esercizio di una non irragionevole discrezionalità, la facoltà di effettuare il necessario bilanciamento degli interessi coinvolti,** identificando ipotesi circoscritte nelle quali l'esigenza cautelare su cui si basa la sospensione è apprezzata in via generale ed astratta, anziché essere rimessa alla valutazione in concreto dell'amministrazione interessata» (par. 7.1 del *Cons. dir.*; viene richiamata, in tal senso, la sent. n. 25 del 2002). E questa valutazione coinvolge anche le censure relative alla durata della sospensione, soprattutto ove si considerino la sua natura temporanea e la gradualità dei suoi effetti; si tratta, infatti, di una misura rigorosamente circoscritta nel tempo e destinata a cessare immediatamente in caso di sopravvenute decisioni di non luogo a procedere, proscioglimento e assoluzione dell'eletto.

Il giudizio di non irragionevolezza consente di superare anche le censure mosse in relazione agli artt. 48 e 51 Cost., che si fondano sull'interesse degli elettori a che l'eletto continui a svolgere la propria funzione. Come anticipato, infatti, **la ratio prevalente della misura in esame viene individuata nella necessità di assicurare il buon andamento e la legalità nella PA e solo limitatamente in quella di proteggere il rapporto di fiducia tra eletti ed elettori.** Motivo per cui, qualora venisse eletto un candidato già condannato (in via non definitiva), palesandosi così una certa fiducia nei suoi confronti da parte dell'elettorato, comunque deve ritenersi prevalente la tutela oggettiva dell'ente territoriale. A maggior ragione la soluzione legislativa dovrebbe ritenersi ragionevole rispetto all'ipotesi in cui la condanna non definitiva sopravvenga all'elezione, poiché in tal caso l'elettore potrebbe essere stato consapevole, tutt'al più, della pendenza di un procedimento penale a carico del candidato e non della sua effettiva (futura) condanna.

Ribadendo la natura non sanzionatoria della sospensione, vengono infine agevolmente superate le censure relative al principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 231 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato
decisione del 20 ottobre 2021, deposito del 2 dicembre 2021
[comunicato stampa del 2 dicembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [206 del 2020](#)

parole chiave:

MINORI – MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE – LIMITI DI PENA – DELEGA
LEGISLATIVA – DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE DELEGATO

disposizioni impugnate:

- artt. 4, comma 1, e 6, comma 1, del [decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3, 27, terzo comma, e 31, terzo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

rigetto

La Corte costituzionale era stata chiamata a decidere, da un'ordinanza del Tribunale per i minorenni di Brescia, in funzione di tribunale di sorveglianza, **sulla legittimità costituzionale della disciplina concernente l'accesso alle misure alternative da parte dei condannati minorenni**. In particolare, erano stati impugnati gli artt. 4, comma 1, e 6, comma 1, del d.lgs. n. 121 del 2018: il primo circoscrive l'esperibilità dell'affidamento in prova ai servizi sociali ai casi in cui la pena detentiva da eseguire non superi i quattro anni; il secondo limita la possibilità di disporre la detenzione domiciliare o l'affidamento in comunità ai casi in cui detta pena non sia superiore ai tre anni. Il rimettente ipotizzava la lesione: dell'art. 3 Cost., reputando che le norme censurate stabiliscano un trattamento penitenziario dei minori sostanzialmente analogo a quello degli adulti, a dispetto del fatto che, a parità di sanzione detentiva da espiare, ben diversi sono gli effetti della stessa pena sull'adulto e sul minore in crescita; degli artt. 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost., poiché la previsione di un rigido limite di pena anche per il minore può in concreto rivelarsi una dannosa interruzione dei processi evolutivi in atto, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento; dell'art. 76 Cost., poiché le norme impugnate contrasterebbero con i principi recati dall'art. 1, comma 85, lett. p), numeri 5) e 6), della legge delega n. 103 del 2017, i quali prevedono l'ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo nella concessione dei benefici penitenziari.

La Corte dichiara **non fondata** la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 76 Cost., osservando *in primis* come **la disciplina censurata non abbia trascurato il principio della legge delega, relativo all'ampliamento dei criteri di accesso alle misure penali di comunità: ai fini**

della messa in prova ai servizi sociali, la differenza rispetto al regime riservato agli adulti – che pure contempla la possibilità in alcuni casi di disporre tale misura ove la pena detentiva non superi i quattro anni – consiste nella valutazione giudiziale delle condizioni soggettive di adozione della misura di comunità, che nel caso dei minori non può prescindere dalla considerazione del programma di intervento educativo, teso a qualificare in termini personali e individualizzati il trattamento penitenziario; ai fini della detenzione domiciliare minorile, oltre alle prescrizioni relative alle attività di istruzione, di formazione e di lavoro, volte a promuovere l'educazione e l'inclusione sociale, il censurato art. 6, comma 1, innalza a tre anni il limite di pena residua, a fronte di quello di due anni previsto dall'art. 47-ter, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975 (ordin. penit). La Corte ammette, peraltro, che nel raffronto con i corrispondenti istituti dell'ordin. penit. i riflessi applicativi di questa estensione possano in concreto rivelarsi piuttosto esigui. Tuttavia, data la coerenza rispetto alla *ratio* della delega, **l'estensione del prescritto "ampliamento"** – da valutarsi con riferimento alla precedente disciplina applicabile ai condannati minorenni – **è stata affidata alla discrezionalità del legislatore delegato chiamato a darvi attuazione, non avendone la legge di delegazione predeterminato la misura.** Ciò vale ad escludere la violazione dei criteri posti dalla legge delega, ma è **innegabile** – sottolinea la Corte – **che al fine di regolare l'accesso alle misure penali di comunità sono configurabili assetti diversi, più flessibili e attributivi di maggiori spazi per una valutazione giudiziale,** come era stato previsto dall'originario schema governativo di decreto legislativo. Quanto all'ulteriore criterio direttivo di cui si ipotizza la violazione, la Corte fa notare come nella legge delega «l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la concessione e la revoca dei benefici penitenziari» sia riferita a quelli «in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento»: pertanto, tale criterio non esclude ogni e qualsiasi preclusione alle misure penali di comunità, ma solo quella che – indefettibilmente – comporti un effetto contrastante con la finalità educativa del condannato minorenne e con l'individualità del suo trattamento penitenziario. Non è il caso – continua il giudice delle leggi – della **disciplina censurata, che reca limiti correlati non al titolo astratto di reato, né all'entità della pena edittale, né a quella della pena irrogata o applicata, ma alla durata di quella residua ancora da espiare, conferendo specifico rilievo allo stato di avanzamento del percorso rieducativo.** Inoltre, i suddetti limiti relativi all'applicazione delle misure alternative non sono disgiunti da una valutazione giudiziale del caso concreto e dall'elaborazione di una prognosi individuale, i cui presupposti si pongono all'interno delle coordinate stabilite dal legislatore delegato.

La Corte **rigetta** anche le questioni di legittimità costituzionale riferite agli artt. 3, 27, terzo comma, e 31, secondo comma, Cost. Nel caso di pene superiori ai limiti stabiliti dalle disposizioni censurate non può ritenersi né irragionevole, né sproporzionato, esigere che al condannato sia (temporaneamente) inibito l'accesso all'affidamento in prova o alla detenzione domiciliare: ciò discende dal rispetto di altrettanto fondamentali esigenze di tutela connesse a condotte criminose che siano state ritenute, in concreto e attraverso un rigoroso accertamento giudiziale, meritevoli di sanzioni penali elevate. Né è possibile – aggiunge la Corte – rinvenire un contrasto con la funzione rieducativa della pena: la disciplina impugnata non preclude la possibilità di fruire di altri benefici penitenziari previsti dal d.lgs. n. 121 del 2018. All'uopo, il giudice delle leggi, da un lato apprezza sul piano sistematico il complessivo disegno riformatore insito nel suddetto decreto legislativo e, in particolare, le rilevanti innovazioni nell'organizzazione degli istituti penali per i minori; dall'altro, tiene a ribadire che **assetto più flessibili e attributivi di maggiori spazi per una valutazione giudiziale** – come era stato previsto dall'originario schema governativo di decreto legislativo – **risulterebbero particolarmente appropriati.**

Eva Lehner



Sentenza n. 236 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petiti
decisione del 24 novembre 2021, deposito del 7 dicembre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atti di promovimento: ordinanze nn. [82](#), [89](#), [98](#), [99](#) e [153 del 2021](#)

parole chiave:

EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19 – ESECUZIONE FORZATA –
PIGNORAMENTO – SANITÀ PUBBLICA – SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE (SSN) –
DIRITTO D’AZIONE – PRINCIPIO DI PARITÀ DELLE PARTI

disposizioni impugnate:

- art. 117, comma 4, del [decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34](#), convertito con modificazioni nella [legge 17 luglio 2020, n. 77](#), come modificato dall’art. 3, comma 8, del [decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183](#), convertito ??

disposizioni parametro:

- artt. 3, 24, 111 e 136 della [Costituzione](#)

dispositivo:

accoglimento; non fondatezza

Con cinque distinte ordinanze, il Tribunale ordinario di Napoli, il TAR Calabria e il Tribunale ordinario di Benevento hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020 («*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*»). Tale disposizione ha previsto **la sospensione delle esecuzioni e l’inefficacia dei pignoramenti nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale.**

I Tribunali rimettenti, in qualità di giudici dell’esecuzione o dell’ottemperanza, evidenziano come detta disposizione non consenta di portare a termine le procedure instaurate da pignoramenti a carico di enti sanitari o di dare esecuzione al giudicato formatosi su decreti ingiuntivi per il corrispettivo di prestazioni d’opera verso enti sanitari. Secondo il Tribunale di Napoli, ciò determinerebbe una violazione degli artt. 24 e 111 Cost.: del primo, in quanto la norma censurata imporrebbe ai creditori degli enti sanitari un sacrificio sotto forma di improcedibilità delle azioni esecutive **non bilanciato con altri mezzi di tutela sostitutiva**; del secondo, in quanto risulterebbe **alterata la “parità delle armi”** in danno dell’esecutante privato e a favore dell’esecutato pubblico. Viene lamentata, altresì, **l’eccessiva durata di tale “blocco”**, poiché, se pur originariamente prevista fino al 31 dicembre 2020, **la misura è stata prorogata al 31 dicembre 2021 ad opera del d.l. n. 183 del 2020.** Riprendendo le medesime

argomentazioni e censure, il TAR Calabria ritiene altresì violato l'art. 3 Cost., poiché la citata proroga della misura avrebbe irragionevolmente superato il termine finale dello stato di emergenza. Infine, oltre ai citati parametri, il Tribunale di Benevento lamenta anche la violazione dell'art. 136 Cost., denunciando che la norma censurata avrebbe sostanzialmente riprodotto quella dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 186 del 2013.

Dopo aver riunito i giudizi, perché in larga parte coincidenti, la Corte costituzionale supera anzitutto le eccezioni di inammissibilità prospettate dal Presidente del Consiglio dei ministri e fondate sull'esistenza di una misura – asseritamente non considerata dai rimettenti – con cui i creditori avrebbero potuto ottenere il soddisfacimento dei loro diritti per via alternativa, vale a dire l'anticipazione di liquidità a cui le Regioni possono accedere presso la Cassa depositi e prestiti (disciplinata dallo stesso d.l. n. 34 del 2020). Al contrario, secondo la Corte, i giudici *a quibus* avrebbero tenuto in opportuna considerazione tale possibilità, considerata, tuttavia, inidonea in quanto rimessa alla facoltà delle singole Regioni e funzionale al pagamento dei soli debiti commerciali.

Nel passare al merito, la Corte analizza anzitutto la denunciata violazione dell'art. 136 Cost., ritenuta prioritaria in senso logico-giuridico. Nella sentenza n. 186 del 2013 (che aveva dichiarato costituzionalmente illegittima una norma che si ritiene oggi indebitamente riprodotta), oggetto della pronuncia era una previsione normativa di sospensione delle azioni esecutive e di inefficacia dei pignoramenti volta ad assicurare il regolare pagamento dei debiti oggetto di ricognizione per le Regioni sottoposte ai piani di rientro dai disavanzi sanitari. Tuttavia, solo “esteriormente” tale misura può ritenersi coincidente con quella di cui all'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, mentre sostanzialmente diversi sono i presupposti applicativi (nel caso in esame determinati dall'emergenza pandemica da COVID-19) e la dimensione temporale. Ciò consente alla Corte di escludere la violazione del giudicato ai sensi dell'art. 136 Cost.

Al contrario, viene dichiarata **la fondatezza delle questioni sollevate da tutti i rimettenti in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., anche se limitatamente alla proroga dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021**, introdotta con il d.l. n. 183 del 2020. La Corte osserva, anzitutto, come essa si sia già pronunciata sulla sospensione di (altre) procedure esecutive disposte nell'ambito della legislazione emergenziale seguita al diffondersi del COVID-19. Il riferimento va, in particolare, alla sentenza n. 128 del 2021, in cui si è ribadito che «la tutela *in executivis* è componente essenziale del diritto di accesso al giudice, sicché la sospensione delle procedure esecutive deve costituire un evento eccezionale, sorretto da un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto» (par. 9.3.1 del *Cons. dir.*). Se, allora, l'irrompere dell'emergenza può giustificare inizialmente la misura e il sacrificio imposti ai creditori, **altrettanto non potrebbe dirsi in merito alla proroga nelle fasi successive, che richiederebbe una riedizione e un affinamento del bilanciamento ad essa sotteso da parte del legislatore**. Dunque, lo svuotamento legislativo degli effetti di un titolo esecutivo giudiziale, non limitato ad un ristretto arco temporale e non controbilanciato con altre misure che garantiscano per altra via la realizzazione del credito, risulterebbe incompatibile con il diritto d'azione (art. 24 Cost.) e il principio della parità delle parti (art. 111 Cost.).

Tali circostanze si rinvengono anche nell'ambito delle disposizioni censurate. Originariamente, il blocco delle esecuzioni e l'inefficacia dei pignoramenti potevano considerarsi misure legittime, perché contenute in poco più di sette mesi e adottate nella fase più acuta e destabilizzante dell'emergenza e, dunque, ragionevoli e proporzionate. Di conseguenza, le questioni sollevate vengono dichiarate non fondate in relazione alla formulazione originaria dell'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020.

Al contrario, nonostante la possibilità di ricalibrare la programmazione di cassa alla luce dell'evoluzione dell'emergenza sanitaria, il d.l. n. 183 del 2020 ha prorogato la misura in danno dei creditori per un intero anno, senza alcuna rimodulazione, determinando un *vulnus* di costituzionalità. In questo modo, infatti, «**costituzionalmente tollerabile *ab origine*, la misura è divenuta sproporzionata e irragionevole per effetto di una proroga di lungo corso e non bilanciata da una specifica ponderazione degli interessi in gioco**, che ha leso il diritto di tutela giurisdizionale *ex* art. 24 Cost., nonché, al contempo, la parità delle parti e la ragionevole durata del processo esecutivo» (par. 11 del *Cons. dir.*).

Andrea Giubilei

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Sentenza n. 240 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Stefano Petitti
decisione dell'11 novembre 2021, deposito del 7 dicembre 2021
comunicato stampa del [7 dicembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [30 del 2021](#)

parole chiave:

CITTÀ METROPOLITANE – SINDACO METROPOLITANO – ELEZIONI – DIRITTO DI VOTO – DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA

disposizioni impugnate:

- artt. 13, comma 1, e 14 della legge della Regione Sicilia [4 agosto 2015, n. 15](#), come rispettivamente sostituiti dall'art. 4, commi 1 e 2, della legge della Regione Sicilia [29 novembre 2018, n. 23](#);
- art. 1, comma 19, della [legge 7 aprile 2014, n. 56](#)

disposizioni parametro:

- artt. 1, 2, 3, 5, 48, 97 e 114 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte d'appello di Catania ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 13, comma 1, e 14 della legge della Regione Sicilia n. 15 del 2015, come rispettivamente sostituiti dall'art. 4, commi 1 e 2, della legge della Regione Sicilia [29 novembre 2018, n. 23](#), e dell'art. 1, comma 19, della legge n. 56 del 2014. Tali disposizioni disciplinano – rispettivamente a livello regionale e nazionale – il **meccanismo di individuazione degli organi rappresentativi della Città metropolitana, stabilendo un'identificazione *ratione officii* tra il sindaco del Comune capoluogo e il sindaco della Città metropolitana.**

Il giudice *a quo* è chiamato ad accertare il diritto di un cittadino, elettore di un Comune ricompreso nel territorio della Città metropolitana di Catania, a poter contribuire alla scelta elettorale del sindaco della Città metropolitana. Secondo il rimettente, il meccanismo di identificazione automatica tra il sindaco del Comune capoluogo e quello della Città metropolitana, disciplinato dalle disposizioni impugnate, contrasterebbe con il principio democratico, che informa anche le autonomie locali, trattando in maniera irragionevolmente differenziata, da una parte, i cittadini del Comune capoluogo della Città metropolitana, che con il proprio voto contribuiscono all'individuazione del sindaco di tale ente intermedio, e, dall'altra, quelli dei Comuni diversi dal capoluogo, a cui ciò risulterebbe precluso. La disparità di trattamento, poi, si determinerebbe anche rispetto ai cittadini dei Comuni non capoluogo compresi in un ente di area vasta provinciale, che comunque partecipano – anche se indirettamente

tramite i propri sindaci e consiglieri municipali eletti – all’elezione del presidente della Provincia. Tutto ciò determinerebbe una lesione complessiva degli artt. 1, 2, 3, 5, 48, 97 e 114 Cost.

L’Avvocatura generale dello Stato – in rappresentanza e difesa congiunta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Presidente della Regione Sicilia – ha eccepito l’inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza, in quanto non sussisterebbe il requisito dell’incidentalità. Tale eccezione ha dato occasione alla Corte costituzionale di ripercorrere la propria giurisprudenza sulle **questioni proposte nell’ambito di azioni di accertamento aventi ad oggetto le condizioni di esercizio del diritto di voto**.

La Corte evidenzia come vi siano quattro presupposti in grado di giustificare l’ammissibilità di simili questioni (individuati, anzitutto, a partire dalla sentenza n. 1 del 2014): 1. l’ordinanza di rimessione deve motivare sufficientemente e in maniera non implausibile sulla sussistenza dell’interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio principale; 2. le questioni devono avere ad oggetto il diritto di voto, la cui necessaria protezione impone di ammettere quelle questioni che si caratterizzano per una situazione di incertezza sulla sua effettiva portata; 3. si deve evitare che siano sottratte al sindacato di costituzionalità leggi che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo; 4. vi devono essere indici rivelatori di un effettivo rapporto di pregiudizialità tra il giudizio *a quo* e quello dinnanzi alla Corte, con particolare riguardo alla non sovrapposibilità tra gli oggetti dei due giudizi (per cui, dopo l’accoglimento della questione, al rimettente deve residuare un margine di discrezionalità per l’adozione della propria decisione su un *petitum* differente da quello sulla risoluzione del dubbio di costituzionalità).

Sulla base di tali premesse, la Corte costituzionale respinge l’eccezione di inammissibilità avanzata dall’Avvocatura generale dello Stato, ritenendo sussistenti tutte le illustrate condizioni. Anche nel caso di specie, infatti, viene in rilievo l’esercizio di voto. Non rileva – osserva la Corte – il fatto che ad essere censurata non sia una procedura strettamente elettorale, ma il meccanismo per cui “di diritto” il sindaco del Capoluogo è anche sindaco della Città metropolitana. Questo proprio perché **si lamenta la mancata previsione della natura elettiva di una carica i cui poteri investono l’intera collettività residente nel territorio** e non solo quella insediata nel Comune capoluogo, che elegge il suo sindaco. Anche il fatto che, a differenza delle altre ipotesi in cui è venuto in rilievo il diritto di voto, non si tratti di una specifica vicenda elettorale passata o futura non rappresenta un impedimento all’ammissibilità: anzi, riferendosi ad una fattispecie di carattere permanente, **le disposizioni censurate priverebbero continuativamente i cittadini del potere di proporre alla carica una figura legittimata dal voto popolare**. Così inquadrata la questione, la Corte osserva come il giudice *a quo* abbia offerto una motivazione ampia e articolata sulla sussistenza dell’interesse ad agire del ricorrente e sulla mancanza, per il ricorrente, di diverse *chances* per ottenere tutela al di fuori dell’azione di accertamento intentata, rendendo così evidente il rischio, in caso di inammissibilità delle questioni, di negare al ricorrente un sindacato su atti immediatamente lesivi del diritto a partecipare alle elezioni. Infine, i due giudizi risultano senz’altro distinti, poiché nel giudizio principale il *petitum* consiste nella richiesta di accertare la menomazione dei diritti di voto subita dal ricorrente, in quello costituzionale si chiede di dichiarare il diritto di voto pregiudicato dalla disciplina legislativa vigente.

La Corte, tuttavia, evidenzia come **le questioni vadano comunque dichiarate inammissibili**, per un differente ordine di ragioni. Preliminarmente, viene ricostruito il quadro normativo di riferimento, evidenziando che con la legge n. 56 del 2014 sono state individuate le Città metropolitane e le Province quali enti territoriali di livello intermedio – definito “di area vasta” – tra Comuni e Regioni. Sul punto, la disciplina regionale delineata dalle disposizioni impugnate non si discosta da quella nazionale (quantomeno per gli aspetti che vengono in rilievo nel caso di specie); per quanto riguarda la designazione del sindaco metropolitano, infatti, la legge della Regione Sicilia n. 15 del 2015 prevede una disciplina analoga a quella prevista della legge n. 56 del 2014: il sindaco metropolitano è di diritto il sindaco del Comune capoluogo e, qualora il sindaco metropolitano cessi dalla carica per cessazione della titolarità dell’incarico di sindaco del proprio comune, il vicesindaco rimane in carica fino all’insediamento del nuovo sindaco metropolitano.

Rispetto alle questioni sollevate, il giudice costituzionale osserva come il rimettente fondi la propria ricostruzione su un **presupposto interpretativo non condivisibile**, cioè quello secondo cui i cittadini

del Comune capoluogo, nel momento in cui eleggono il loro sindaco, *eleggano anche* il sindaco della Città metropolitana, possibilità che sarebbe preclusa ai residenti di un diverso Comune. In realtà, la designazione del sindaco metropolitano è un effetto disposto direttamente e automaticamente dalla legge: **«anche i cittadini residenti nel Comune capoluogo, infatti, non esprimono altra volontà che quella preordinata all'elezione degli organi del Comune**, con la conseguenza che solo in ragione dell'esteriore consequenzialità tra i due atti si può impropriamente ritenere che il sindaco metropolitano sia eletto solo da una parte dei cittadini residenti nella Città metropolitana» (par.7.1 del *Cons. dir.*).

Tale presupposto interpretativo errato inficia in maniera determinante l'ammissibilità delle questioni, perché con esse **si chiede impropriamente alla Corte di estendere ai cittadini residenti in Comuni non capoluogo una disciplina idonea a consentire l'elezione diretta del sindaco metropolitano, a differenza del modello di individuazione *ope legis* stabilito dal legislatore nel 2014**. Si richiede, dunque, l'introduzione *ex novo* di una normativa elettorale che coinvolga tutti i cittadini residenti nel territorio della Città metropolitana, che rappresenta un intervento manipolativo precluso al Giudice delle leggi e rimesso esclusivamente alla discrezionalità del legislatore.

La stessa sorte spetta all'ulteriore questione sollevata dalla Corte d'appello di Catania, che ha dedotto l'illegittimità costituzionale delle medesime disposizioni statali e regionali per la disparità di trattamento rispetto ai cittadini residenti nel territorio di un altro ente di area vasta, quello della Provincia, che indirettamente partecipano all'elezione del presidente della Provincia. Anche in tal caso, infatti, il rimettente mira ad ottenere un intervento manipolativo della Corte, consistente nell'estensione alle Città metropolitane e al suo vertice esecutivo del meccanismo di elezione che la legge n. 56 del 2014 prevede per le Province.

Nonostante la conclusione nel senso dell'inammissibilità, la Corte osserva come **«il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale»**, riguardo sia al contenuto essenziale del diritto di voto, sia all'assenza di strumenti idonei a garantire meccanismi di responsabilità politica e il relativo potere di controllo degli elettori locali (par. 8 del *Cons. dir.*). Se inizialmente, in fase di prima attuazione, tale disciplina poteva considerarsi non irragionevole (come affermato dalla stessa Corte costituzionale nella precedente sentenza n. 50 del 2015), per consentire l'immediata operatività di tali enti, **«essa potrebbe non esserlo in futuro, in considerazione del tempo trascorso e di una pluralità di ragioni legate agli sviluppi intervenuti a seguito dell'adozione della disciplina in questione»** (par. 8 del *Cons. dir.*).

Tuttavia, il Giudice delle leggi chiarisce come **il compito di predisporre le soluzioni normative per porre rimedio al *vulnus* evidenziato rientri evidentemente nella discrezionalità del legislatore**, in ragione della pluralità di soluzioni astrattamente disponibili per assicurare l'eguale godimento del diritto di voto dei cittadini destinatari dell'esercizio del potere di indirizzo politico-amministrativo della Città metropolitana e la necessaria responsabilità politica dei suoi organi.

Andrea Giubilei



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

Sentenza n. 245 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Silvana Sciarra

decisione del 30 novembre 2021, deposito del 21 dicembre 2021

[comunicato stampa del 21 dicembre 2021](#)

Giudizio di legittimità costituzionale in via principale

atto di promovimento: ricorso n. [95 del 2020](#)

parole chiave:

COVID-19 – TITOLI ABILITATIVI EDILIZI – GOVERNO DEL TERRITORIO – PRINCIPI
FONDAMENTALI

disposizioni impugnate:

- art. 28 della [legge della Regione Lombardia 7 agosto 2020, n. 18](#)

disposizioni parametro:

- artt. 117, terzo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

estinzione del processo – cessazione materia del contendere – accoglimento

Il Presidente del Consiglio dei ministri aveva impugnato l'**art. 28 della legge della Regione Lombardia n. 18 del 2020 in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost.** In realtà, le censure riguardavano solo il comma 1 del citato art. 28, circostanza così evidente nel ricorso da far escludere il correlato profilo di inammissibilità. Il citato art. 28, comma 1, nel testo vigente al momento della notifica del ricorso prevedeva, «anche in considerazione del permanere di gravi difficoltà per il settore delle costruzioni, derivanti dall'emergenza epidemiologica da COVID-19», **alla lett. a) la proroga dei titoli abilitativi edilizi e paesaggistici e alla lett. b) la proroga delle convenzioni di lottizzazione.** Il ricorrente riteneva tali previsioni in contrasto con quanto previsto, in guisa di norme interposte, dall'art. 103, commi 2 e 2-*bis*, del d.l. n. 18 del 2020 (convertito, con modificazioni, in legge n. 27 del 2020) e dall'art. 10, commi 4 e 4-*bis*, del d.l. n. 76 del 2020 (convertito, con modificazioni, in legge n. 120 del 2020).

In via preliminare, in ragione di *ius superveniens regionale*, la Corte dichiara **estinto il processo** – a seguito di rituale rinuncia governativa e accettazione della Regione – **in ordine alla impugnazione della lett. b), e la cessazione della materia del contendere in ordine alla impugnazione della lett. a), nella sola parte concernente la proroga delle autorizzazioni paesaggistiche.**

Nel merito, la Corte dichiara **fondata la questione di legittimità costituzionale** proposta sulla lett. a) del comma 1 dell'art. 28 della legge regionale, **relativa alla proroga dei titoli abilitativi edilizi.** Una volta chiarito che la norma censurata è riconducibile alla materia «**governo del territorio**», di competenza legislativa concorrente, il giudice delle leggi deve verificare, da un lato, se tale previsione regionale confligga con le disposizioni statali invocate dal ricorrente in guisa di parametro interposto

e, dall'altro, se queste ultime costituiscano principi fondamentali della materia in esame. All'uopo, dopo aver ricostruito diacronicamente gli interventi statali succedutisi fino ad oggi, la Corte rileva che **la disciplina regionale è del tutto differente rispetto a quella statale**. Infatti, **la norma impugnata proroga automaticamente i titoli abilitativi con riferimento sia all'oggetto** – individuato come quelli in scadenza dal 31 gennaio 2020 fino al 31 dicembre 2021, laddove l'art. 103, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020, prevedeva la proroga automatica dei titoli in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020 –, **sia alla durata della proroga**, che ai sensi della previsione censurata è di tre anni dalla scadenza del titolo, mentre per la norma statale corrisponde al novantesimo giorno successivo alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza. Inoltre – continua la Corte – diversamente dalla citata disposizione regionale, l'art. 10, comma 4, del d.l. n. 76 del 2020 ha previsto una disciplina specifica della proroga dei termini di inizio e di ultimazione dei lavori indicati nei permessi edilizi, eliminando l'automatismo e subordinando la concessione della proroga alla richiesta dell'interessato, nonché alla perdurante compatibilità del titolo con gli strumenti urbanistici approvati o adottati: nel testo che risulta a seguito della legge di conversione, poi, è anche previsto un termine differenziato di proroga dei suddetti termini, rispettivamente di un anno e di tre anni.

Quanto alla qualificazione delle suddette norme statali, la Corte esordisce ricordando che il limite dei principi fondamentali è un limite mobile e variabile in quanto incessantemente modulabile dal legislatore statale sulla base di scelte discrezionali, ove espressive di esigenze unitarie sottese alle varie materie: rileva a questi fini l'indirizzo in forza del quale le norme che disciplinano i titoli abilitativi costituiscono principi fondamentali della materia «governo del territorio» e quello secondo cui anche «la definizione delle categorie di interventi edilizi a cui si collega il regime dei titoli abilitativi costituisce principio fondamentale della materia». In particolare, osserva la Corte, **il principio fondamentale che viene in rilievo nel caso odierno riguarda la durata dei titoli abilitativi, nella cui determinazione si ravvisa un punto di equilibrio fra i contrapposti interessi oggetto di tutela, per ciò stesso assegnato a titolo esclusivo al legislatore statale**, secondo il sistema delineato dal d.P.R. n. 380 del 2001. Secondo la Corte, si trattava di bilanciare, da un lato, grazie alla proroga, l'interesse dei beneficiari dei titoli abilitativi a esercitare i diritti connessi – per evitare il pregiudizio derivante dal blocco delle attività – e, dall'altro, l'interesse pubblico a non vincolare l'uso del territorio per un tempo eccessivo, mediante la fissazione di un limite uniforme di durata. A differenza di altre disposizioni nazionali di proroga, che, perseguendo la diversa *ratio* di rilanciare l'intero settore delle costruzioni, consentivano alle Regioni di dettare termini diversi in funzione delle differenti esigenze territoriali, in questo caso – sottolinea la Corte – **il legislatore statale aveva l'obiettivo di prorogare i titoli abilitativi in termini omogenei su tutto il territorio nazionale, per far fronte alle esigenze economico-sociali che, a causa della inusitata emergenza epidemiologica, riguardano quest'ultimo nella sua interezza**. Dunque, conclude la Corte, le norme statali interposte, incidendo sulla durata della proroga senza consentire deroghe regionali, sono vincolanti: **le pur gravi difficoltà che investono il settore delle costruzioni in Lombardia, peraltro riscontrabili anche in altre realtà regionali, non giustificano l'introduzione di un regime regionale difforme**.

Eva Lechner



Sentenza n. 252 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Giuliano Amato
decisione del 23 novembre 2021, deposito del 23 dicembre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. 1 del 2021

parole chiave:

ADOZIONE E AFFIDAMENTO – ADOZIONE INTERNAZIONALE – MINORI
STRANIERI – ADOZIONE DA PARTE DI UN SOLO ADOTTANTE – FAMIGLIA

disposizioni impugnate:

- art. 29-*bis*, comma 1, della [legge 4 maggio 1983, n. 184](#)

disposizioni parametro:

- art. 117, primo comma, della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

Il Tribunale per i minorenni di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 29-*bis*, comma 1, della legge n. 184 del 1983 («Diritto del minore ad una famiglia»), che disciplina l'adozione dei minori stranieri residenti all'estero. Secondo il rimettente, tale disposizione sarebbe illegittima **nella parte in cui impedisce alle persone non coniugate di essere valutate ai fini dell'idoneità all'adozione piena di minori stranieri**, al di fuori dei casi particolari di cui all'art. 44 della stessa legge n. 184 del 1983.

A tal riguardo, viene prospettato un contrasto con l'art. 117, primo comma Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, che, nel sancire il «Diritto al rispetto della vita privata e familiare», tutela anche – come chiarito dalla Corte di Strasburgo – il diritto all'autonomia personale e allo sviluppo individuale. Anche la domanda di idoneità all'adozione, dunque, in quanto ancorata al diritto di autodeterminazione, dovrebbe rientrare nell'alveo protettivo dell'art. 8 CEDU. Tuttavia, il quadro normativo interno in tema di adozione monoparentali risulta troppo **incerto e frammentato, incidendo negativamente sulla capacità dei singoli di operare scelte legate alla propria vita e di prevedere i loro effetti giuridici**. In questo modo, la normativa censurata renderebbe estremamente gravosa la posizione delle persone non coniugate, determinando un'indebita interferenza nella loro vita privata.

Tale conclusione viene contestata dal Presidente del Consiglio dei ministri che, intervenuto in giudizio, ha chiesto, in primo luogo, che la questione venga dichiarata inammissibile proprio perché la normativa in esame, per quanto complessa, sarebbe comunque chiara nel consentire l'accesso all'adozione piena alle sole coppie unite in matrimonio. Le uniche eccezioni in favore di persone non coniugate riguarderebbero casi particolari, puntualmente individuati, che presuppongono sempre **la dimostrazione di un precedente legame – di fatto o di diritto – con l'adottando**. Nel merito, il

Presidente del Consiglio ritiene che, comunque, la questione non sarebbe fondata, in quanto indirizzerebbe indebitamente il sindacato della Corte sul merito della scelta legislativa.

Si è costituita anche la parte ricorrente nel giudizio *a quo*, chiedendo anch'essa la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 29-*bis*, comma 1, della legge n. 184 del 1983, ritenendo il requisito del coniugio ai fini dell'idoneità all'adozione internazionale un'ingerenza nella vita privata del tutto sproporzionata rispetto a quanto previsto dalla Convenzione de L'Aja, che, a tal riguardo, richiederebbe solo un'accurata valutazione dell'idoneità della persona che aspira a svolgere la funzione genitoriale, ma non anche che detta persona sia necessariamente coniugata.

Nell'affrontare le questioni, la Corte costituzionale, per un verso, reputa non fondate le diverse eccezioni sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e inammissibili le ulteriori censure formulate dalla parte costituita; per un altro, dichiara comunque **inammissibile** la questione di legittimità sollevata dal Tribunale per i minorenni di Firenze **per la carente illustrazione delle ragioni di contrasto tra la disposizione censurata e il parametro interposto sovranazionale**. In particolare, il giudice *a quo* non avrebbe adeguatamente illustrato le ragioni che porterebbero ad un contrasto tra il requisito del coniugio ai fini dell'idoneità all'adozione internazionale e i principi tutelati dall'art. 8 CEDU, senza articolare critiche mirate che avvalorino la prospettata violazione. Mancherebbe, dunque, una spiegazione sulle modalità con cui l'incertezza o la disomogeneità della normativa censurata si riscontrerebbero nello specifico contenuto precettivo dell'art. 29-*bis*, comma 1, della legge n. 184 del 1983.

Più in generale, la Corte osserva che **«l'ordinanza non fornisce neppure un'idonea spiegazione circa le modalità in cui l'asserito difetto di chiarezza e la frammentarietà della disciplina delle adozioni si risolverebbero nella violazione del principio del rispetto della vita privata, presidiato dalle garanzie dell'art. 8 CEDU»** (par. n. 4 del *Cons. dir.*). Così come risulta assente qualsiasi motivazione sui presupposti individuati dalla Corte di Strasburgo affinché una situazione di incertezza normativa contrasti con il principio di non ingerenza di cui alla disposizione convenzionale citata.

Andrea Giubilei



Ordinanza n. 255 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio – Giudice relatore e redattore: Augusto Antonio
Barbera

decisione del 15 dicembre 2021, deposito del 23 dicembre 2021

[comunicato stampa del 15 dicembre 2021](#)

Giudizio sull'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato

atto di promovimento: ricorso n. 7 del 2021

parole chiave:

CERTIFICAZIONE VERDE COVID-19 (C.D. GREEN PASS) – SENATO DELLA
REPUBBLICA – PREROGATIVE COSTITUZIONALI DEI SINGOLI PARLAMENTARI –
AUTONOMIA PARLAMENTARE

oggetto del conflitto:

- Delibera n. 406/XVIII del 13 ottobre 2021 del Collegio dei Questori del Senato e di ogni altro atto presupposto, omesso o collegato.

disposizioni parametro:

- artt. 1, 3, 54, 64 e 67 della [Costituzione](#)

dispositivo:

inammissibilità

La Corte costituzionale era stata chiamata a decidere sull'ammissibilità del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato **promosso da un senatore della Repubblica nei confronti della camera di appartenenza e del Governo della Repubblica, in relazione alla adozione, da parte del Collegio dei Questori del Senato, della delibera n. 406/XVIII del 13 ottobre 2021** e di ogni altro atto presupposto, omesso o collegato, **per la lesione delle prerogative derivanti dagli artt. 1, 3, 54, 64 e 67 Cost.** La citata delibera prevede che **i senatori, per poter accedere alle sedi del Senato, posseggano ed esibiscano la certificazione verde Covid-19 (c.d. green pass)** di cui all'art. 9 del d.l. n. 52 del 2021 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 87 del 2021), modificato dal successivo d.l. n. 127 del 2021 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 165 del 2021). Inoltre, il ricorrente rileva che la delibera oggetto del conflitto rinvia alla decisione assunta dal Consiglio di Presidenza, in data 5 ottobre 2021: quest'ultima prevede che l'accesso da parte dei senatori alle sedi parlamentari senza l'esibizione del green pass integri la condotta di cui all'art. 67, comma 4, del Regolamento del Senato, in riferimento alla quale è possibile irrogare l'interdizione dai lavori parlamentari. Per questi motivi, chiedendo altresì la sospensione in via cautelare della citata delibera, il ricorrente ipotizzava la lesione: della riserva di regolamento parlamentare e del principio di autodichia poiché sarebbe spettato a ciascuna Camera, quindi con una votazione a maggioranza assoluta dei componenti e non a singole

articolazioni interne, adeguarsi eventualmente alle previsioni dettate dai citati dd.ll.; del potere di svolgere liberamente l'attività di senatore, perché la delibera impedisce la partecipazione ai lavori parlamentari a chi è sprovvisto del c.d. green pass; dell'autonomia dei singoli parlamentari e del Parlamento, a causa dell'indebita equiparazione tra un mandato costituzionale ed il lavoro pubblico.

Una volta ricordata la giurisprudenza relativa alla legittimazione dei singoli parlamentari a proporre conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, e ribadito che la manifesta violazione delle prerogative di senatori e deputati non può riguardare esclusivamente la scorretta applicazione dei regolamenti parlamentari e delle prassi di ciascuna Camera, la Corte costituzionale dichiara l'inammissibilità del conflitto sotto diversi profili.

In virtù dell'autonomia di ciascuna Camera e della capacità qualificatoria esclusiva che il regolamento parlamentare possiede anche quanto allo svolgimento dei lavori, osserva la Corte, **l'art. 9-quinquies, comma 12, del d.l. n. 52 del 2021** – secondo cui gli organi costituzionali adeguano il proprio ordinamento alle disposizioni concernenti la certificazione verde – **può e deve essere interpretato nel senso che esso preserva integralmente la libera valutazione di opportunità dell'organo, e delle Camere nel caso di specie, in ordine all'an, al quando e al quomodo del processo di adeguamento.** Di conseguenza, dalla disciplina prescritta per i lavoratori pubblici non può discendere alcuna menomazione delle prerogative dei senatori, né il divieto per il Senato di richiedere l'esibizione del c.d. green pass ai suoi componenti.

Quanto alla **pretesa violazione della riserva di regolamento** ex art. 64 Cost., il giudice delle leggi osserva che la delibera del Collegio dei Questori rinvia, recependola, alla citata **decisione del Consiglio di Presidenza**: essa, come detto, **prevede che la mancata esibizione del c.d. green pass sia riconducibile ad uno dei «fatti di particolare gravità che si svolgano nel recinto del palazzo del Senato, ma fuori dell'Aula»** di cui all'art. 67, comma 4, Reg. Sen., in ordine ai quali può essere irrogata la sanzione della interdizione dai lavori parlamentari per un periodo non superiore a dieci giorni di seduta. Secondo la Corte, **l'atto oggetto del conflitto si limita ad adottare una specifica interpretazione dell'art. 67 Reg. Sen., sicché è del tutto improprio sostenere la necessità che il regolamento stesso sia modificato**: la fattispecie in esame è già disciplinata grazie a questa lettura, sulla quale il ricorrente, peraltro, non prende alcuna posizione.

Un ulteriore profilo di inammissibilità riguarda **la prospettata violazione del principio di autodichia**, garantito dalla riserva di regolamento ex art. 64 Cost.: il ricorrente – osserva la Corte – non rivendica la lesione di una sua propria prerogativa, ma di una competenza che la Costituzione attribuisce semmai all'intero Senato; né, con riguardo all'impedimento ad esercitare le proprie prerogative costituzionali, il ricorso motiva in ordine ad ulteriori profili che renderebbero l'introduzione della certificazione verde lesiva di tali attribuzioni.

In ordine **alla lamentata lesione del potere di partecipare ai lavori parlamentari, il ricorso, secondo il giudice delle leggi, ha omesso di dimostrare adeguatamente se il c.d. green pass e i presupposti che lo consentono siano tali da costituire un effettivo impedimento all'esercizio delle attribuzioni proprie del senatore.**

L'inammissibilità del ricorso preclude l'esame dell'istanza cautelare.

Eva Lebner



Sentenza n. 260 del 2021

Presidente: Giancarlo Coraggio - Giudice relatore e redattore: Emanuela Navarretta
decisione del 23 novembre 2021, deposito del 28 dicembre 2021

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale

atto di promovimento: ordinanza n. [28 del 2021](#)

parole chiave:

PRESCRIZIONE – SANZIONI AMMINISTRATIVE – PROTEZIONE DEI DATI
PERSONALI – GDPR

disposizione impugnata:

- art. 18, comma 5, del decreto legislativo [10 agosto 2018, n. 101](#)

disposizioni parametro:

- artt. 3 e 76 della [Costituzione](#).

dispositivo:

illegittimità costituzionale; non fondatezza

Il Giudice delle leggi si è pronunciato sulla legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 101 del 2018, con cui il legislatore italiano ha dato attuazione al Regolamento (UE) 2016/679 in materia di protezione di dati personali (c.d. GDPR). In particolare, la disposizione censurata ha introdotto **un'ipotesi di interruzione *ex lege* del termine di prescrizione, con decorrenza dall'entrata in vigore del decreto stesso**, per quei procedimenti sanzionatori che, alla data di applicazione del GDPR, risultino avviati ma non ancora definiti con l'adozione di un'ordinanza-ingiunzione.

Secondo il rimettente Tribunale ordinario di Verona, tale disposizione si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale sotto un duplice profilo. Anzitutto, si lamenta un **eccesso di delega**, con conseguente violazione dell'art. 76 Cost., dal momento che la legge n. 163 del 2017 – la Legge di delegazione europea 2016-2017, avente ad oggetto anche l'attuazione del GDPR – non avrebbe contemplato alcuna previsione sull'introduzione di disposizioni volte a procrastinare i tempi della prescrizione di sanzioni contestate dall'amministrazione prima dell'applicazione del GDPR.

In secondo luogo, viene prospettata una violazione dell'art. 3 Cost., per plurime ragioni. Innanzitutto, per l'**irragionevole disparità di trattamento** rispetto agli illeciti il cui termine di prescrizione sia maturato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 101 del 2018, rispetto a quelli commessi prima dell'applicazione del GDPR e non ancora contestati dal Garante Privacy e, infine, rispetto a quelli commessi sotto la vigenza del medesimo Regolamento eurounitario. Per tutti gli illeciti citati vale il termine di prescrizione quinquennale, ma solo nell'ipotesi censurata la decorrenza partirebbe con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 101 del 2018. Il contrasto con l'art. 3 Cost. si realizzerebbe, inoltre, anche per la **lesione dell'affidamento sull'estinzione del diritto** determinata da una misura avente una portata essenzialmente retroattiva. Infine, il giudice *a quo* evidenzia come la prescrizione sia uno

strumento per **assicurare il diritto di difendersi in giudizio** da parte dell'obbligato, dal momento che, decorso un lasso di tempo eccessivo dal fatto da cui deriva il diritto, può risultare difficile individuare i mezzi di prova a sostegno delle proprie tesi difensive; una considerazione che determinerebbe, ad avviso del rimettente, un'ulteriore violazione dell'art. 3 Cost. per contrasto con i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Rispetto al merito delle questioni, la Corte costituzionale dichiara anzitutto la non fondatezza della questione sollevata in relazione all'art. 76 Cost. Difatti, **la citata legge n. 163 del 2017 ha conferito al Governo un ampio mandato per coordinare le disposizioni nazionali vigenti in materia di protezione dei dati personali con il GDPR**. Inoltre, secondo costante giurisprudenza costituzionale, al legislatore delegato possono essere riconosciuti ampi margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, purché ne sia rispettata la *ratio* e le misure introdotte siano coerenti con il quadro complessivo di riferimento. Questo specie nelle ipotesi in cui si tratti di adeguare la normativa nazionale a fonti sovranazionali nell'ambito di una materia complessa, quale può ritenersi quella della protezione dei dati personali.

Nel passare alle questioni concernenti l'art. 3 Cost., la Corte effettua preliminarmente una ricostruzione del quadro normativo di riferimento, evidenziando che i procedimenti sanzionatori in esame, in virtù di quanto disposto dal Codice privacy, sono regolati dalla legge n. 689 del 1981 e si articolano in due fasi: la prima è quella dell'acquisizione degli elementi istruttori (che si può chiudere con la contestazione immediata o con la notifica degli estremi della violazione); la seconda è la fase decisoria, preordinata all'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione o del provvedimento di archiviazione. Rispetto a quest'ultima fase, l'Amministrazione non deve rispettare alcun termine particolare, se non quello quinquennale di prescrizione (come previsto dall'art. 28 della legge n. 689 del 1981). Nell'ambito di tale disciplina, si è inserita la previsione transitoria dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 101 del 2018, che, **prevedendo un'interruzione automatica del termine di prescrizione, ha reso, per legge, essenzialmente irrilevante il tempo trascorso fra la notifica della contestazione dell'illecito e l'entrata in vigore dello stesso decreto**.

A tal riguardo, richiamando la propria recente sentenza n. 151 del 2021, la Corte evidenzia come l'ampiezza del termine di prescrizione «di durata quinquennale e suscettibile di interruzione, lo rend[er]e idoneo a garantire, di per sé solo, la certezza giuridica della posizione dell'incolpato e l'effettività del suo diritto di difesa, che richiedono contiguità temporale tra l'accertamento dell'illecito e l'applicazione della sanzione» (par. 10 del *Cons. dir.*).

Alla luce di tali considerazioni, il Giudice delle leggi ritiene che la disciplina censurata **violò il principio di ragionevolezza e il canone di proporzionalità**, non ravvisandosi, «a sostegno della disposizione censurata, alcun motivo idoneo a giustificare un livello tanto intenso di compressione della posizione del privato» (par. 11 del *Cons. dir.*). Questo perché, se – come si sostiene – la *ratio* della procedura semplificata prevista dalla disciplina in esame risiede nell'esigenza di far fronte al sovraccarico di oneri amministrativi derivanti dall'entrata in vigore del GDPR, **l'interruzione della prescrizione si configura come un'ulteriore non giustificata prerogativa dell'amministrazione**. Per perseguire il fine citato, il legislatore avrebbe potuto individuare uno strumento più idoneo, che comportasse un sacrificio minore per i privati, senza violare, così, il principio di proporzionalità.

A fondamento di tale ricostruzione, la Corte evidenzia come le ipotesi che nella disciplina civilistica – richiamata dalla legge n. 689 del 1981 – determinano l'interruzione della prescrizione esprimano una *ratio* essenzialmente antitetica rispetto a quella di cui all'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 101 del 2018. Anzitutto, come ipotesi generale di interruzione, vi è la realizzazione di atti di esercizio del diritto da parte del suo titolare; al contrario, il presupposto dell'interruzione della prescrizione prevista dalla disposizione censurata consiste proprio nell'inerzia da parte del Garante privacy, che non si è attivato per portare a compimento il procedimento amministrativo. In secondo luogo, la disciplina civilistica prevede, quale ulteriore ipotesi di interruzione, quegli atti e quei comportamenti univoci di riconoscimento del diritto, provenienti dalla parte contro cui il diritto può essere fatto valere; nell'ipotesi in esame, invece, non c'è alcun segno di riconoscimento del diritto dell'amministrazione da parte del privato, il cui obbligo al pagamento della sanzione non è stato ancora accertato.

Andrea Giubilei



L'ultimo valzer? L'inattesa fine della carriera politica di Sebastian Kurz*

di Andrea De Petris**

Negli ultimi mesi del 2021, il panorama politico austriaco è stato scosso da una serie di eventi tanto inattesi quanto fautori di mutamenti repentini dell'assetto partitico ed istituzionale. Tutto ruota intorno alla figura di Sebastian Kurz, il quale, da Capo del Governo e leader del Partito Popolare Austriaco ÖVP, ha dapprima rassegnato le dimissioni dalla Cancelleria il **9 ottobre**, per poi annunciare il **2 dicembre** il suo ritiro da tutte le attività politiche. La ragione della improvvisa e fino a pochi mesi prima inimmaginabile uscita di scena dell'esponente conservatore è da ricercarsi nei diversi filoni di indagine che lo hanno coinvolto nei mesi scorsi e che sono tuttora in corso. Scopo del presente contributo è quello di rendere conto delle vicende giudiziarie che stanno coinvolgendo Sebastian Kurz, e delle loro conseguenze sull'assetto politico-istituzionale austriaco a breve e medio termine.

Le vicende che coinvolgono Kurz sono collegate ad un'ampia indagine da parte della Procura per gli Affari Economici e la Corruzione (*Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft - WKStA*), che sta indagando sulle accuse contro l'ex Cancelliere austriaco nell'ambito del procedimento avviato nel 2019 relativo ad una nomina molto controversa nel consiglio di amministrazione di *Casinos Austria AG* (nota anche come CASAG), società fondata nel 1967 che raccoglie case da gioco attive in territorio austriaco, la cui portata si è successivamente andata molto ampliando con il prosieguo delle investigazioni. In particolare, Kurz è al momento indagato in relazione a due filoni d'inchiesta: da un lato in quanto sospettato di aver reso falsa testimonianza davanti alla "Commissione d'inchiesta sulla presunta venalità del Governo federale turco-blu" (*Untersuchungsausschusses betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkisch-blauen Bundesregierung*), conosciuta anche come "Commissione d'inchiesta Ibiza", dall'altro perché accusato di malversazione di fondi pubblici del Ministero delle finanze, utilizzati per acquistare sondaggi manipolati al fine di risultare favorevoli al Cancelliere ed al suo partito, e

* Contributo sottoposto a peer review

** Direttore Scientifico Centro politiche europee Italia

per finanziarne la pubblicazione nel tabloid “Österreich”. In ciascuna delle indagini Kurz aveva in ogni caso sempre negato qualsiasi atto illecito.

Il primo filone d’inchiesta che ha interessato l’ex Cancelliere è stato reso noto il 12 maggio 2021, quando era stato comunicato che la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione (WKStA) aveva iniziato le indagini contro Kurz e il suo Capo di gabinetto Bernhard Bonelli in seguito a una denuncia del partito liberale NEOS. Entrambi erano sospettati di aver reso false dichiarazioni davanti alla Commissione Ibiza, e risultavano per questo ufficialmente indagati. L’oggetto dell’indagine riguardava delle dichiarazioni sugli eventi legati alla nomina del Consiglio di sorveglianza di *Österreichische Beteiligungs AG* (ÖBAG), una holding pubblica che può essere considerata un fondo sovrano, istituita con il compito di amministrare gli investimenti della Repubblica austriaca in società parzialmente o interamente nazionalizzate. Kurz e Bonelli erano accusati di aver reso false deposizioni alla Commissione Ibiza, nonostante in un’audizione di una Commissione d’Inchiesta per i testimoni interrogati sussista l’obbligo di dire la verità: secondo l’art. 288 III del Codice penale austriaco (StGB), infatti, un testimone che fornisca falsa testimonianza in una sede giudiziaria - a cui una commissione d’inchiesta è equiparata - è punibile con la reclusione fino a tre anni.

Nella stessa sera in cui era stata data la notizia delle indagini a suo carico, in un’intervista rilasciata al giornalista Armin Wolf nel programma televisivo *Zeit im Bild II* della Rete pubblica ORF, Sebastian Kurz aveva negato di aver reso falsa testimonianza davanti alla Commissione Ibiza, sostenendo la correttezza delle proprie dichiarazioni, di essere vittima di strumentalizzazioni rispetto ai contenuti della propria deposizione e che l’unico obiettivo dell’opposizione nell’occasione fosse quello di costringerlo con accuse pretestuose a lasciare il suo incarico di Cancelliere. Il 13 maggio 2021, sei Presidenti dei Governi dei Länder appartenenti all’ÖVP - Wilfried Haslauer, Johanna Mikl-Leitner, Günther Platter, Hermann Schützenhöfer, Thomas Stelzer e Markus Wallner - avevano espresso il loro sostegno a Kurz, mentre l’ex Presidente dell’ÖVP Reinhold Mitterlehner aveva invece criticato il Cancelliere e stigmatizzato il suo comportamento, ravvisandovi una sua mancanza di rispetto per le istituzioni democratiche e giudiziarie austriache. Il 18 maggio 2021 il Presidente del Land Vorarlberg Markus Wallner aveva ribadito la sua solidarietà a Cancelliere, dichiarando come egli non potesse assolutamente immaginare che Kurz avesse deliberatamente reso false dichiarazioni in un’audizione di una commissione parlamentare d’inchiesta. Negli stessi giorni Sabine Matejka, Presidente dell’associazione dei giudici austriaci, aveva criticato Sebastian Kurz e il partito conservatore ÖVP per aver nella vicenda costantemente espresso attacchi nei confronti del sistema giudiziario, ammonendo che questo tipo di comportamento da parte di soggetti istituzionali e politici così rilevanti rischiava di danneggiare il rispetto dello Stato di diritto in Austria.

Il **22 settembre** si era appreso che il **3 settembre** Sebastian Kurz era stato interrogato da un giudice in presenza di un procuratore della Procura per gli Affari Economici e la Corruzione e del suo avvocato Werner Suppan nelle indagini sulle sue presunte false dichiarazioni rese alla Commissione Ibiza.

Il fatto che fosse stato un giudice e non un componente della speciale commissione titolare delle indagini ad aver condotto l'interrogatorio risultava una pratica alquanto insolita, accolta su richiesta del legale di Kurz per ordine del Ministero della Giustizia, dando applicazione ad una disposizione speciale prevista in materia dal codice di procedura penale. Nei mesi precedenti la Procura aveva rifiutato di assegnare l'interrogatorio dell'allora Cancelliere ad un giudice, provocando forti tensioni con l'ÖVP.

Oltre a Kurz, la procura stava conducendo indagini anche su Gernot Blümel (ÖVP), Ministro delle Finanze nel II Governo Kurz dal 7 gennaio 2020 al 6 dicembre 2021, e sui suoi predecessori Josef Pröll e Hartwig Löger, rispettivamente a capo del Ministero delle Finanze dal 2 Dicembre 2008 al 21 Aprile 2011 e dal 18 dicembre 2017 al 3 giugno 2019, anch'essi iscritti al Partito Popolare Austriaco. La ÖVP aveva lamentato l'esistenza di motivazioni politiche alla base delle indagini, ritenendo di essere vittima di trattamenti ingiusti ed inopportuni da parte delle istituzioni interessate, ed attaccando pubblicamente le autorità e i singoli procuratori in diverse occasioni. A causa di questi sospetti di mancanza di imparzialità da parte della Procura titolare delle indagini, i vertici della ÖVP avevano richiesto che l'interrogatorio di Kurz fosse condotto da qualcuno in grado di assicurare una maggiore obiettività, dal punto di vista del partito: tale figura avrebbe dovuto essere un giudice esterno alla Procura, designato allo scopo per sorteggio.

Era stato così individuato il giovane magistrato Stephan Faulhammer, entrato in carica come giudice soltanto nella primavera del 2021. A seguito della pubblicazione del verbale dell'interrogatorio, i partiti di opposizione si erano detti convinti che il Cancelliere nell'occasione si fosse dimostrato "estremamente nervoso" ed "irrispettoso" nei confronti della magistratura, in un confronto - durato oltre sei ore - risultato molto conflittuale tra Kurz ed il Procuratore capo della WKStA Gregor Adamovic. Il Cancelliere si era mostrato infastidito perché nei documenti utilizzati nell'interrogatorio risultavano segnati solo passaggi per lui incriminanti, e nessuno che ne supportasse lo scagionamento, ed aveva per questo criticato l'ufficio del Procuratore Adamovic. Il giudice Stephan Faulhammer aveva dal canto suo spiegato di aver sottolineato alcuni passaggi dei documenti utilizzati per poter più rapidamente rintracciare gli argomenti a sostegno delle accuse a Kurz.

Nello specifico, alcuni dei passaggi evidenziati dal giudice Faulhammer riguardavano delle deposizioni di Kurz alla Commissione Ibiza del giugno 2020, in cui si intendeva verificare un suo eventuale coinvolgimento nella riforma della holding pubblica ÖBAG, nelle quali il Cancelliere aveva fornito risposte evasive come: "Ero coinvolto [nella vicenda] nel senso di informato, sì", e che fosse informato solo "a volte di più, a volte di meno" sulle nomine dei componenti del consiglio di sorveglianza della ÖBAG. Le indagini avevano rilevato delle discrepanze tra le dichiarazioni di Kurz ed alcuni messaggi inviati tramite chat da cellulari di proprietà di soggetti coinvolti nella vicenda, da cui risultava un ruolo attivo di Kurz nella nomina dell'esponente della ÖVP Thomas Schmid al vertice della ÖBAG nel marzo 2019. Erano state queste discrepanze che in ultimo erano valse al Cancelliere l'accusa di falsa testimonianza, e che avevano condotto al suo interrogatorio il **3 settembre**.

Kurz si era comunque dichiarato sollevato dall'esito della sua audizione in cui, a suo dire, egli sarebbe stato in grado di fornire ai magistrati e alla procura spiegazioni capaci di chiarire la sua estraneità alle accuse mosse contro di lui. Il Cancelliere aveva in realtà ammesso che alcuni passaggi di suoi messaggi inviati su chat via cellulare sulle vicende contestate potessero prestarsi a fraintendimenti, la cui correttezza sarebbe stata tuttavia dimostrata proprio grazie alla sua testimonianza.

All'inizio di ottobre 2021 è seguita la seconda grande inchiesta a carico di Kurz, con l'esecuzione di alcune perquisizioni domiciliari presso alcuni confidenti dell'ex Cancelliere, compresi gli uffici della sede dell'ÖVP e della Cancelleria federale a Vienna. Vari organi di informazione austriaci sospettano che il punto di partenza delle indagini siano state le dichiarazioni rese dall'ex Ministro degli Esteri del partito di estrema destra FPÖ Karin Kneissl di fronte alla Commissione Ibiza, la quale nel maggio 2021, in un'audizione, aveva dichiarato di aver tagliato il budget pubblicitario del suo dipartimento dell'80%, "con orrore di molti". Secondo la Kneissl, lo scopo dei sondaggi finanziati dal Governo guidato da Kurz sarebbe stato quello di "guadagnare una predisposizione positiva da parte dell'informazione".

Secondo le accuse, il Ministero delle Finanze sarebbe stato utilizzato impropriamente per promuovere la figura di Sebastian Kurz prima al vertice del suo partito, poi al comando del Governo federale, il tutto finanziato con i soldi dei contribuenti austriaci. Secondo i responsabili della procura, Thomas Schmid - all'epoca dei fatti contestati ancora Segretario Generale del Ministero delle Finanze - dal 2016 in poi avrebbe finanziato con risorse del ministero la sondaggista Sabine Beinschab affinché essa producesse sondaggi favorevoli a Kurz, poi pubblicati nei canali del gruppo editoriale "Österreich" dei fratelli Helmuth e Wolfgang Fellner, a cui appartengono un quotidiano, un network di reti radiofoniche ed un canale televisivo. Secondo la procura, il pagamento sarebbe stato effettuato attraverso transazioni fittizie, conosciute ed autorizzate da Sebastian Kurz.

In questa vicenda, i reati prospettati sono quelli di appropriazione indebita e corruzione. A partire dal 2016, Kurz - a quel tempo Ministro degli Esteri, con Reinhold Mitterlehner ancora alla guida della ÖVP - avrebbe pianificato la propria ascesa alla leadership del partito. La Procura per gli Affari Economici e la Corruzione presume che fosse quindi necessario per Kurz e i suoi affiliati ottenere regolarmente dei risultati a lui favorevoli nei sondaggi politici, e che questi andassero pubblicati in modo mirato per influenzare sia l'opinione pubblica che gli orientamenti interni al partito. La "presa del potere" da parte di Kurz sarebbe stata inizialmente piuttosto controversa all'interno dell'ÖVP. Per questo, secondo il WKStA, lui e i suoi consiglieri dovevano procedere segretamente: "per non causare ulteriori disordini interni al partito, il commissionamento dei sondaggi ritenuti necessari non poteva quindi essere riconoscibile". Neanche l'allora Ministro degli Esteri poteva accedere alle casse del partito: secondo la procura, "il condizionamento dell'opinione pubblica e le opinioni degli iscritti al partito, indispensabile per il suo progetto - anche attraverso la pubblicazione mirata di sondaggi - avrebbe causato costi considerevoli, proprio come i sondaggi stessi, così che si rendeva inevitabile un ulteriore finanziamento occulto del progetto."

La procura sospetta per questo l'esistenza di un accordo che avrebbe coinvolto la sondaggista Sabine Beinschab e il gruppo mediatico dei Fellner. "Le pubblicazioni previste nei media dovevano essere «finanziate» e quindi garantite, in particolare tramite il gruppo Fellner, con il collocamento contestuale di pubblicità", si legge nell'ordinanza della procura. Il Ministero delle Finanze, a sua volta, avrebbe pagato gli spot e le inserzioni pubblicitarie. All'inizio, la sondaggista avrebbe regolato i costi dei suoi sondaggi con il gruppo Fellner, ma in seguito questi costi sarebbero stati pagati attraverso il Ministero delle Finanze, per mezzo di fatture fittizie attraverso "fondi ufficiali del Ministero", sotto copertura. Gli inquirenti sospettano che Thomas Schmid decidesse - in parte dopo aver consultato il consigliere di Kurz, Stefan Steiner - se i risultati dei sondaggi dovessero essere pubblicati o meno. Solo dopo la sua autorizzazione la sondaggista inviava i risultati dei sondaggi al gruppo Fellner. In almeno un caso - secondo il WKStA - i risultati dei sondaggi sarebbero stati influenzati ("falsificati") nell'ambito dei margini di approssimazione a favore dell'ÖVP, su richiesta degli accusati.

Secondo l'ordinanza di avvio dell'inchiesta, in una prima fase i sondaggi sarebbero stati commissionati per evidenziare l'andamento negativo della ÖVP sotto la guida dell'allora leader del partito Mitterlehner, mostrando per contrasto quanto sarebbero stati migliori i risultati sotto la leadership di Sebastian Kurz. In una chat al cellulare con Thomas Schmid, Kurz aveva commentato il risultato di un sondaggio - decisamente negativo - in cui l'ÖVP di Mitterlehner risultava solo al 18% dei consensi da parte dell'opinione pubblica (contro il 35% per la FPÖ ed il 26% per i socialdemocratici della SPÖ) con la frase "Buon sondaggio, buon sondaggio :)".

Il sondaggio era stato poi pubblicato dal quotidiano "Österreich", e secondo la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione al sondaggista che aveva condotto l'analisi demoscopica sarebbe stato in parte indicato cosa chiedere nelle interviste. Negli atti della Procura si legge che "Schmid ha riferito regolarmente a Sebastian Kurz su tutti gli sviluppi e i progressi ... e gli ha anche inviato i risultati attuali dei sondaggi", con apparente soddisfazione per l'esito dell'accordo. Nel gennaio 2018 Schmid scriveva a Frischmann "Non sono mai andato così lontano. Investimento geniale. E Fellner è un capitalista. Chi paga, comanda. Lo adoro".

Secondo le accuse, come detto, a pagare non sarebbero stati né Schmid né l'ÖVP, ma le finanze pubbliche. Parallelamente ai sondaggi, alcuni contratti per degli studi finanziati dal Ministero delle Finanze sarebbero stati assegnati alla società di appartenenza della sondaggista. I costi per i sondaggi sarebbero stati presumibilmente "nascosti" nelle fatture emanate per il pagamento di questi studi. In particolare, la sondaggista avrebbe ricevuto tre contratti per delle ricerche sui temi "politica di bilancio", "lotta alle frodi" e "deficit zero", per un ammontare complessivo di oltre € 230.000.

Soltanto tra il 16 dicembre 2016 e il 21 luglio 2017 la sondaggista avrebbe addebitato più di € 136.000 al Ministero delle Finanze. Secondo la WKStA, gli annunci pubblicitari del Ministero delle Finanze commissionati al gruppo Fellner ammontano a € 1,116 milioni, più € 223.200 di IVA. Gli inquirenti sospettano che i fratelli Fellner avrebbero accettato di pubblicare contenuti editoriali (in particolare i risultati dei sondaggi, ma anche altri rapporti rilevanti) indicati da Schmid su "Österreich" e sul sito di informazioni oe24.at in cambio di ordini pubblicitari

ricorrenti da parte del Dicastero delle Finanze, in alcuni casi con commenti favorevoli a Sebastian Kurz. Sarebbero state così realizzate e diffuse 26 “ondate” di sondaggi. Gli inquirenti valutano che il danno all'erario nella vicenda superi i € 300.000 - una soglia oltre la quale l'appropriazione indebita è punibile con la detenzione fino a dieci anni.

Secondo il WKStA, con l'inizio della campagna elettorale del 2017 - quando Kurz si era ormai insediato come leader della ÖVP - sarebbe iniziata una seconda fase dell'accordo elettorale. Questa volta i sondaggi avrebbero dovuto sostenere gli strateghi di Kurz nel fissare i temi del dibattito politico, ma anche interessare i suoi possibili concorrenti, e, in alcune occasioni, condurre a pubblicazioni corrispondenti. Una terza ondata di sondaggi sarebbe stata specificamente indirizzata a mobilitare gli elettori indecisi. Secondo le indagini, la quarta fase del progetto sarebbe iniziata dopo le elezioni del Consiglio Nazionale, la Camera bassa austriaca, del 15 ottobre 2017. In quel momento, l'attenzione si concentrava sulle possibili combinazioni per la realizzazione di una coalizione, sulla composizione di un possibile Gabinetto di tecnici e sull'accettazione della legge di bilancio. Le accuse riguardano un periodo in cui Sebastian Kurz era già Cancelliere.

Per la Procura, dunque, Kurz sarebbe il personaggio centrale in questa inchiesta, dal momento che tutti i reati ipotizzati sarebbero stati commessi principalmente nel suo interesse. Da un gran numero di messaggi di chat analizzati, risulterebbe evidente come fosse Kurz a prendere le decisioni fondamentali in tutte le questioni importanti e che a queste decisioni fosse stata data attuazione dalla cerchia più stretta dei suoi collaboratori. L'8 gennaio 2017, Kurz aveva scritto a Schmid: “Grazie per l'Austria oggi!”, e Schmid aveva risposto: “Sempre al tuo servizio :-))”.

Gabriela Schwarz, vice segretario generale della ÖVP, nel rendere nota in un comunicato stampa l'esecuzione di diverse perquisizioni domiciliari in corso in edifici appartenenti al partito nell'ambito delle indagini, si era detta sbalordita del fatto che tali perquisizioni fossero state già annunciate ai giornalisti da settimane. Secondo la Schwarz, si sarebbe trattato di spettacolarizzazioni infondate, con lo stesso obiettivo di “danneggiare massicciamente il Partito Popolare Austriaco e Sebastian Kurz”.

A sua volta, in un comunicato stampa il gruppo “Österreich” ha denunciato come nella vicenda si siano verificati “evidentemente gravi malintesi”, in quanto i media del gruppo, al pari degli altri quotidiani, avrebbero condotto regolarmente sondaggi su argomenti politici, e ciascun sondaggio sarebbe stato commissionato dall'editore e pagato ai normali prezzi di mercato. Non sussisterebbe dunque “nessuna connessione” tra i sondaggi del gruppo e quelli commissionati dal Ministero delle Finanze allo stesso istituto demoscopico. Il gruppo “Österreich” ha quindi respinto le accuse di collusione, negando che sussistesse un qualche tipo di accordo sul pagamento dei sondaggi attraverso il commissionamento di inserzioni pubblicitarie, affermando che “tutti i pagamenti per la pubblicità da parte del Ministero delle Finanze sono registrati nel rispetto della legge sulla trasparenza”.

Come anticipato, a causa delle accuse a suo carico Sebastian Kurz ha annunciato le sue dimissioni dalla carica di Cancelliere federale il **9 ottobre**, dopo che il partito dei Verdi, partner della coalizione di Governo con i popolari, aveva messo in dubbio la sua capacità di azione

politica nelle difficili condizioni in cui si trovava, ciò che pregiudicava la possibilità di continuare la collaborazione alla guida dell'Esecutivo. Kurz, tuttavia, aveva annunciato l'intenzione di tornare ad essere Capogruppo della ÖVP nel Consiglio Nazionale, e di conservare la leadership del partito. Dopo il giuramento di Alexander Schallenberg come Cancelliere alla guida di un nuovo del Governo l'**11 ottobre**, Sebastian Kurz era stato quindi eletto Presidente del gruppo parlamentare della ÖVP. Il **14 ottobre**, Kurz aveva nuovamente prestato giuramento come membro del Consiglio Nazionale, acquisendo il mandato della Deputata Irene Neumann-Hartberger.

Lo stesso giorno, la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione aveva chiesto al Consiglio Nazionale di revocare l'immunità di Kurz, per poter continuare le indagini contro di lui. Dopo che la Commissione per le immunità del Consiglio Nazionale aveva avviato un procedimento in tal senso, l'immunità di Kurz è stata revocata il **18 novembre**. L'**8 dicembre** l'ex Cancelliere si è quindi dimesso dal suo incarico di Parlamentare, trasferendo di nuovo il proprio mandato ad Irene Neumann-Hartberger. Il **2 dicembre** Kurz ha infine preannunciato il ritiro da tutti gli incarichi politici, motivando la decisione con l'intenzione di dedicarsi con maggiore impegno alle accuse che lo coinvolgono ed alla propria famiglia.

Il **1 gennaio 2022** è stato reso noto che da febbraio 2022 Kurz lavorerà come "global strategist" presso Thiel Capital - il fondo di investimento dell'investitore del settore tecnologico tedesco-americano Peter Thiel. Thiel è noto per essere un convinto repubblicano, ed uno dei più grandi sostenitori di Donald Trump. Durante la sua presidenza, Thiel ha donato 1,25 milioni di dollari all'ex Presidente degli Stati Uniti, operando anche come suo consigliere.

ELEZIONI

SUCCESSO DELLA ÖVP E DI UN NUOVO MOVIMENTO NO VAX NELLE ELEZIONI IN ALTA AUSTRIA

Le elezioni per il rinnovo del Landtag dell'Alta Austria si sono svolte il **26 settembre**, in contemporanea con le elezioni comunali e per il sindaco in 442 comuni del Land. Il Partito Popolare (ÖVP) dell'Alta Austria del Presidente del Governo regionale uscente Thomas Stelzer resta il primo partito nella regione, con 22 seggi conquistati su 56, mentre il partito di destra radicale FPÖ ed i socialdemocratici della SPÖ ottengono 11 seggi ciascuno, i Verdi 7, e 2 seggi a testa vanno al neonato movimento MFG *Österreich – Menschen Freiheit Grundrechte* così come ai liberali di Neos. L'appuntamento elettorale fa registrare significative perdite da parte della SPÖ e soprattutto della FPÖ, comunque attese dopo la crisi di consensi legata all'inchiesta per corruzione nel cd. Affare Ibiza che ha coinvolto i vertici nazionali del partito. Da sottolineare l'ingresso nel Landtag del nuovo partito MFG, movimento che raccoglie gli oppositori alla vaccinazione contro il Coronavirus, il quale chiede la cancellazione immediata di tutte le misure di protezione contro il Covid, come l'obbligo di indossare mascherine di protezione naso-bocca e le limitazioni alla circolazione e all'accesso a spazi pubblici e commerciali per difesa contro la pandemia. Oltre alle restrizioni anti pandemiche, il programma del MFG chiede l'abolizione dell'iscrizione obbligatoria alle camere di commercio, la rigida separazione tra Stato e Chiesa, l'inserimento dell'insegnamento dell'etica tra le materie scolastiche obbligatorie, che

le multinazionali siano tassate equamente e che le indennità di disoccupazione siano portate al 70% dell'ultimo stipendio. Il MFG sostiene inoltre l'istruzione domiciliare, ritenuta una forma di insegnamento equivalente a quella erogata nella scuola pubblica o privata.

PARLAMENTO

LA COMMISSIONE D'INCHIESTA IBIZA TERMINA LE SUE ATTIVITÀ

Il **22 settembre** il Consiglio Nazionale ha recepito all'unanimità il rapporto finale della Commissione d'inchiesta Ibiza sulle accuse di presunta corruzione del Governo federale ÖVP-FPÖ. Il lavoro della Commissione d'inchiesta è così formalmente concluso. Secondo Andreas Hanger, membro del Partito Popolare Austriaco (ÖVP), una delle lezioni che il caso ha evidenziato è che il lavoro delle commissioni d'inchiesta va disciplinato più dettagliatamente, chiarendo l'oggetto dell'indagine. Diversamente, c'è il rischio che sorgano solamente accuse infondate che violano la privacy degli individui. SPÖ, FPÖ e NEOS, invece, accusano l'ÖVP di voler coprire le indagini sui legami del partito popolare con le istituzioni statali, e quindi si oppongono a un ulteriore prolungamento delle attività della Commissione. Secondo Kai Jan Krainer (SPÖ), il partito popolare starebbe abusando del suo potere, attraverso nomine controllate in importanti organi istituzionali. La Commissione d'inchiesta Ibiza era stata istituita nel gennaio 2020, con il compito di indagare in particolare sull'ipotesi che fossero stati compiuti reati di corruzione, malversazione ed abuso d'ufficio mentre era al Governo la coalizione ÖVP-FPÖ. Durante l'interrogatorio di 105 testimoni, tra l'altro, sono state esaminate le nomine a vari incarichi pubblici, e gli eventuali possibili favori concessi in cambio di donazioni ai partiti. La durata dell'attività della Commissione è stata prolungata di tre mesi su richiesta di SPÖ e NEOS. Il Consiglio Nazionale non aveva la maggioranza necessaria per una seconda proroga; tutte e tre le mozioni a questo proposito sono state respinte da ÖVP e Verdi.

APPROVATA UNA SERIE DI PROVVEDIMENTI PER LA LOTTA ALLA PANDEMIA

Il **13 ottobre** il Consiglio Nazionale ha esaminato diverse proposte legislative riguardanti la pandemia da Coronavirus, approvando gli emendamenti alla legge sulle misure epidemiche e sul Covid che, tra le altre cose, autorizzano i sindaci a determinare gli orari di apertura e chiusura dei locali commerciali con il consenso dell'autorità amministrativa distrettuale, in vista della prossima stagione invernale. Inoltre, i sussidi speciali per le province e i comuni per i test Covid gratuiti, le attrezzature di protezione e la consulenza sanitaria telefonica (Hotline 1450) sono stati prorogati fino alla fine di marzo 2022. La compensazione per i test effettuati nelle aziende è stata estesa fino alla fine di ottobre 2021.

La prescrizione di medicinali senza contatto personale con il medico, così come l'esenzione per le donne incinte non vaccinate, sono state estese fino alla fine di marzo 2022. Nella legge per l'accantonamento di scorte per Covid è stato consentito il trasferimento di attrezzature e materiali protettivi. Sono state prolungate le scadenze anche rispetto alla legge sugli ospedali e le strutture termali, e per quella la legge sui dispositivi medici.

Il Consiglio Nazionale ha approvato ampi emendamenti anche alla Legge sulle telecomunicazioni, con un emendamento destinato a creare le condizioni giuridiche per la telefonia mobile ad alte prestazioni e a promuovere gli investimenti per un Internet più veloce. I Deputati hanno anche esaminato i conti federali del 2020, che hanno mostrato che il debito nazionale è salito dal 70,5% all'83,9% del prodotto interno lordo (PIL) nell'anno precedente a

causa della lotta contro la pandemia. Il deficit pubblico è stato di 22,48 miliardi di euro, pari all'8,9% del PIL.

In un'interrogazione urgente dell'SPÖ al Cancelliere federale Schallenberg dal titolo "Stop al tritacarne - chiarimento e non distruzione di documenti, signor Cancelliere federale", i richiedenti hanno espresso il sospetto che da parte di "scagnozzi dell'ÖVP" nei ministeri federali fosse in corso un "ostruzionismo sistematico del lavoro di indagine" del pubblico ministero e del Parlamento. I socialdemocratici avevano appreso da informatori che tutti i dati dei dipendenti della Cancelleria sul server Outlook e nell'archivio elettronico più vecchi di un anno avrebbero dovuto essere cancellati a partire dal 10 novembre.

Il Vice-Cancelliere Werner Kogler, che ha risposto all'interrogazione urgente a nome del Cancelliere Schallenberg, ha parlato di un progetto di consolidamento informatico della Cancelleria e dei Ministeri che non causerebbe alcuna perdita di dati, né sarebbero previste cancellazioni intenzionali di documenti. In una risoluzione congiunta, ÖVP e Verdi hanno chiesto al Governo di assicurare che i file e i dati necessari siano conservati, per es. in copie di backup, e che la prevista cancellazione automatica sia sospesa.

Il Consiglio Nazionale ha anche chiesto un miglioramento della protezione e dello status giuridico dei rifugiati minori non accompagnati, unitamente ad un aumento degli aiuti in Afghanistan e all'evacuazione dei restanti cittadini austriaci o afgani rimasti in territorio afgano con un titolo di residenza valido in Austria.

In tema di politiche scolastiche, è stata decisa una riforma della formazione degli insegnanti elementari che dovrebbe facilitare l'ingresso all'insegnamento. Il Consiglio Nazionale ha inoltre richiesto uno studio sull'aumento del numero di abbandoni scolastici criticato la presenza di stereotipi di genere nei materiali didattici.

ULTERIORI MISURE ANTI COVID DELIBERATE DAL CONSIGLIO NAZIONALE

In una lunga seduta, il **15 dicembre** il Consiglio Nazionale ha approvato una serie di misure legate alle problematiche causate dall'emergenza pandemica, che investono vari aspetti della vita pubblica ed economica del Paese. In primo luogo, per il futuro saranno previste pene minime per le violazioni delle misure di protezione da Covid, come i divieti di ingresso, le restrizioni legate al coprifuoco e i divieti di assembramento. Inoltre, il Ministro della Salute sarà autorizzato a ordinare farmaci anti Covid anche al di fuori del programma di approvvigionamento dell'UE. E' stato deciso poi un adeguamento al costo della vita di € 150 per famiglia per i percettori del reddito minimo, dell'assistenza sociale, delle borse di studio o del supplemento di perequazione (cd. "pensione minima"), l'attribuzione di un budget aggiuntivo di € 10 milioni al Ministero degli Affari Sociali per la lotta contro la povertà causata dalla crisi economica legata al Covid, e la proroga del finanziamento dei test aziendali fino alla fine di marzo 2022. Semaforo verde anche per una proposta della SPÖ di avviare una campagna d'informazione sulla vaccinazione dei bambini, e per una richiesta di NEOS in favore di una campagna contro le *Fake News*.

Confermata l'erogazione della cd. scuola estiva, lanciata nel 2020 sulla scia della pandemia, da tenersi ogni anno nelle ultime due settimane di vacanza. La modifica della regolamentazione scolastica adottata a questo scopo prevede anche la materia obbligatoria "educazione digitale di base", e colloqui di verifica obbligatori nell'insegnamento a domicilio. Discussa la misura della vaccinazione obbligatoria, nel contesto del dibattito sulla petizione per l'indizione del referendum "*Für Impffreiheit*" (Per la libertà dalle vaccinazioni), intesa a blindare la natura volontaria delle vaccinazioni sulla base delle disposizioni costituzionali in materia. Con la

modifica della legge sul servizio civile è stato adottato un nuovo schema salariale vigente dal 1° gennaio 2022, con il quale gli stipendi dei dipendenti pubblici aumenteranno in media del 3%, mentre l'esenzione per le persone a rischio Covid nel servizio pubblico sarà estesa fino alla fine di giugno 2022. Nel campo della politica estera, in una proposta di risoluzione i Deputati hanno anche dato mandato al Ministro degli Esteri di lavorare per la *de-escalation* delle tensioni sul confine russo-ucraino. Infine, nel *question-time* di inizio seduta, tutte le forze politiche hanno concordato nel dichiarare che il nucleare non è una soluzione per la protezione del clima.

ISTITUITA LA COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SULLA CORRUZIONE DELL'ÖVP

Con deliberazione del **9 dicembre** da parte dell'Assemblea, il Consiglio Nazionale ha approvato l'istituzione della Commissione d'inchiesta sulla corruzione dell'ÖVP. In precedenza, la Commissione per il regolamento delle commissioni d'inchiesta aveva approvato la risoluzione sulle prove da produrre nella neo-istituita commissione, con cui un totale di 25 tra uffici e organismi pubblici saranno tenuti a fornire dossier al Parlamento. L'ex magistrato Wolfgang Pöschl è stato eletto *Verfahrensrichter*, con il compito di assicurare la correttezza procedurale dell'attività di indagine della Commissione. Scopo delle investigazioni della Commissione sarà quello di stabilire in che misura sarebbero stati concessi favori a personalità legate all'ÖVP da organi esecutivi federali per scopi politici, violando così la legge. SPÖ, FPÖ e NEOS vogliono fare luce sul periodo tra il 18 dicembre 2017 e l'11 ottobre 2021, nel quale in cui Sebastian Kurz è stato (con delle interruzioni) Cancelliere federale. Quella sulla corruzione dell'ÖVP è la 27a commissione d'inchiesta della Seconda Repubblica austriaca, e segue quella sull'affare Ibiza.

GOVERNO

IL CROLLO DI KURZ TRAVOLGE ANCHE IL GOVERNO

L'abbandono della scena politica da parte di Sebastian Kurz coinvolge pesantemente anche le sorti dell'Esecutivo. Dopo l'uscita di scena del Leader conservatore il **9 ottobre** a seguito delle polemiche seguite ai vari filoni di inchiesta che lo vedono indagato per favoreggiamento della corruzione, l'**11 ottobre** si insedia alla Cancelleria il suo sostituto Alexander Schallenberg, anch'egli membro della ÖVP. Era stato lo stesso Cancelliere dimissionario a proporre al Presidente della Repubblica Alexander da Van der Bellen di nominare al suo posto Schallenberg, dal 2019 Ministro degli Esteri nel II Gabinetto Kurz. Schallenberg sarà a sua volta sostituito nel suo incarico agli Esteri dal diplomatico Michael Linhart, 63 anni, che ha già rivestito l'incarico di ambasciatore a Parigi e di Segretario Generale del Ministero degli Esteri di Vienna. L'obiettivo del cambio della guardia al vertice della Cancelleria era inizialmente di consentire a Schallenberg di guidare la stessa coalizione di che aveva supportato l'ultimo Governo Kurz, che vede i Verdi affiancare i popolari austriaci. Le dimissioni di Kurz si devono con tutta probabilità all'annuncio di una mozione di sfiducia in Parlamento contro di lui da parte dei partiti di opposizione in una sessione straordinaria del Consiglio Nazionale, prevista per il 12 ottobre. I Verdi avevano nell'occasione lasciato intendere che avrebbero potuto votare insieme all'opposizione la mozione contro Kurz: indicativo il commento della Capogruppo del partito ambientalista Sigrid Maurer, la quale aveva osservato che la ÖVP "deve trovare una persona impeccabile per la Cancelleria".

A meno di due mesi dal suo insediamento, tuttavia, il **2 dicembre** Schallenberg annuncia le sue dimissioni dalla Cancelleria, in concomitanza con il definitivo abbandono della politica da parte di Sebastian Kurz. In una dichiarazione il Cancelliere uscente annuncia che resterà in carica fino a quando l'ÖVP non avrà raggiunto un accordo sulla nomina del suo prossimo leader. Schallenberg ritiene inoltre che le due posizioni di Capo del Governo e leader del partito austriaco dovrebbero presto essere nuovamente ricoperte dalla stessa persona.

Il **3 dicembre** Schallenberg viene quindi a sua volta sostituito al vertice del Governo dal collega di partito Karl Nehammer, già Ministro degli Interni, noto per le sue rigide posizioni contro l'immigrazione, ma lontano dalla cerchia dei più stretti collaboratori di Kurz. Il giorno precedente l'ÖVP lo aveva eletto all'unanimità nuovo capo del partito, viatico per la sua designazione a Cancelliere ed a futuro candidato conservatore nelle prossime elezioni politiche, quando si terranno. Schallenberg torna invece a guidare il Dicastero degli Esteri, a fronte di un radicale rimpasto di Governo, con la sostituzione di quattro ministri della precedente compagine afferenti alla ÖVP: si tratta di nomi che compaiono nelle chat telefoniche su cui indaga la Procura per gli Affari Economici e la Corruzione di Vienna. Lascia ogni incarico politico anche Gernot Blumel, ex braccio destro di Kurz, Ministro delle Finanze e capo dei popolari a Vienna: al suo posto subentra Magnus Brunner, esperto di materie economiche. Avvicendamento anche per il nuovo Ministro degli interni Gerhard Karner, espressione dei conservatori della Bassa Austria, il Land divenuto nell'ultimo periodo il maggiore centro di potere della ÖVP. E' invece un apartitico il nuovo Ministro per Istruzione e Scienza Martin Polaschek, Rettore dell'Università di Graz, noto per i suoi studi sulla denazificazione postbellica. Infine, nuovo ingresso per la Sottosegretaria presso la Cancelleria di Claudia Plakolm, Parlamentare di 26 anni.

I Verdi, rimasti in coalizione con i popolari, hanno accettato il rimpasto, vantando ottimi rapporti con Nehammer nonostante le divergenze pregresse sulle politiche migratorie. Proteste vibranti delle opposizioni, con SPÖ ed FPÖ che criticano la composizione del nuovo Esecutivo e l'affidamento della Cancelleria a Nehammer, auspicando nuove elezioni non appena le condizioni generali nel Paese lo consentiranno. Secondo sondaggi di dicembre 2021, in caso di elezioni a breve SPÖ, Verdi e Neos insieme raccoglierebbero la maggioranza dei consensi degli elettori austriaci.

CAPO DELLO STATO

IL PRESIDENTE VAN DER BELLEN CHIEDE ALLA POLITICA UN IMPEGNO CONCRETO CONTRO L'EMERGENZA CLIMATICA

Nel suo tradizionale discorso televisivo in occasione della festività nazionale del **26 ottobre**, che celebra l'emanazione della "Dichiarazione di neutralità" della Repubblica austriaca nel 1955 e del contestuale ritiro delle forze di occupazione straniera, il Presidente Federale Alexander Van der Bellen ha assicurato il suo massimo impegno a sostegno della lotta contro il cambiamento climatico, proclamando di voler fare la sua parte per "garantire un buon futuro ai nostri figli e nipoti". Il Capo dello Stato ha toccato solo di sfuggita la crisi di Governo in corso e le vicende politiche che l'hanno scatenata, preferendo "guardare consapevolmente alle cose che riguardano il nostro paese nel lungo periodo". Tra questi, Van der Bellen ha indicato le divisioni sorte nel Paese durante la pandemia, descritte come "una spaccatura" che ha attraversato la Nazione e che deve essere sanata. Van der Bellen ha quindi descritto la crisi climatica come la sfida più importante nota a tutti, osservando che l'umanità ha raggiunto

“l’apice dell’evoluzione”, che “non siamo arrivati così lontano per buttare via tutto ora in poche generazioni”, e che è compito di tutti impegnarsi affinché “il pianeta che stiamo lasciando [alle giovani generazioni] sia consegnato in ordine”. Rispetto alla crisi pandemica, il Presidente si è detto certo che questa verrà superata grazie all’uso sistematico dei vaccini.

PREOCCUPAZIONE DEL PRESIDENTE VAN DER BELLEN PER LA GRAVITÀ DELLA SITUAZIONE PANDEMICA

In un messaggio del **13 novembre** indirizzato al Governo federale e agli Esecutivi dei Länder in vista dell’adozione di misure di lockdown per non vaccinati contro il Covid-19, il Presidente Van der Bellen, ha espresso un appello a prestare ascolto alle indicazioni degli esperti scientifici, invitando tutti i soggetti interessati ad agire in modo rapido per arginare la diffusione del virus, informando l’opinione pubblica della gravità della situazione pandemica. Il Capo dello Stato ha richiamato la pesante situazione negli ospedali e nelle unità di terapia intensiva, “in alcuni casi già insopportabile”, evidenziando come gli operatori sanitari sarebbero già al limite delle loro capacità. Van der Bellen ha anche riferito di aver già parlato il giorno precedente con il Cancelliere federale Alexander Schallenberg (ÖVP) e con diversi Presidenti di governi regionali, avendo espresso chiaramente la sua preoccupazione per la pericolosità della situazione. Secondo il Presidente federale, l’Austria ha bisogno sia di chiarezza che di un approccio comune, “senza litigi e senza nuove spaccature”, e la politica deve mettere in campo “un’azione rapida e coerente in conformità con la Costituzione e [assumendo delle] decisioni chiare - anche se scomode”.

CORTI

SCUOLE: OBBLIGO DI MASCHERINA A SCUOLA GIUSTIFICATO ANCHE CON CONTESTUALE TAMPONE DI CONTROLLO ([V 155/2021](#))

Il **23 settembre** la Corte Costituzionale ha sancito che l’obbligo di indossare protezioni bocca-naso aderenti nelle scuole secondarie inferiori, superiori e negli istituti tecnici, in vigore dal 26 aprile al 14 maggio 2021, era obiettivamente giustificato e proporzionato. I giudici costituzionali hanno così respinto il ricorso di un’alunna che all’epoca frequentava il 2° grado di una scuola secondaria inferiore, la quale aveva sostenuto che questo obbligo non era obiettivamente giustificabile, perché nello stesso tempo in cui veniva imposto loro l’obbligo di mascherina negli edifici scolastici, agli alunni veniva fatto effettuare anche un test rapido per poter partecipare alle lezioni frontali. Il Ministro dell’Educazione avrebbe documentato efficacemente le ragioni dell’inclusione di questo obbligo nell’ordinanza scolastica sul Covid-19. La “Commissione Corona” aveva esplicitamente raccomandato questa combinazione di misure protettive e, poiché l’insegnamento frontale rappresenta un interesse pubblico di particolare rilevanza rispetto alla funzione educativa della scuola sancito dalla Costituzione, la Corte Costituzionale non considera l’obbligo della mascherina nemmeno sproporzionato rispetto all’importanza dell’obiettivo di garantire con questa misura l’erogazione dell’insegnamento frontale. L’allieva ricorrente aveva anche sollevato preoccupazioni sul fatto che durante la validità di tale obbligo, l’insegnamento frontale dovesse essere effettuato sotto forma di attività didattica per turni: su questo punto, tuttavia, il ricorso è stato dichiarato inammissibile, poiché la ricorrente non aveva impugnato il decreto del Ministro dell’Educazione che imponeva specificamente questa modalità di insegnamento.

INAMMISSIBILE IL RICORSO DI PILNACEK SUI TABULATI DI ALCUNE CHAT ([UA 6/2021](#))

Il **25 settembre** la Corte Costituzionale ha respinto, ritenendolo irricevibile, un ricorso di Christian Pilnacek, giurista e funzionario del Ministero della Giustizia, relativo alle attività della Commissione d'inchiesta Ibiza, poiché le motivazioni addotte non possono essere oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 138b I 7 della Costituzione Federale austriaca. Pilnacek aveva ravvisato una violazione dei suoi diritti personali nel fatto che i membri della Commissione Ibiza avevano trasmesso ai media i dati o ed i tabulati delle chat del suo cellulare. Secondo il ricorrente, la Commissione non aveva assunto misure appropriate contro la divulgazione a terzi dei dati o dei tabulati delle chat del suo cellulare. Invece, secondo il VfGH dalla disciplina delle commissioni di inchiesta non è possibile evincere a carico del presidente o del giudice del processo alcun obbligo di istituire un "sistema di controllo" per proteggere dalla diffusione dei dati. Il trattamento delle informazioni classificate è regolato dalla legge sulla disciplina delle informazioni ([Informationsordnungsgesetz - InfOG](#)), per la quale le competenze per il trattamento delle informazioni classificate ivi previsti sono riconosciuti al presidente del Consiglio Nazionale (la Camera bassa del Parlamento austriaco), ma non al presidente di una commissione d'inchiesta. Oggetto del procedimento ai sensi dell'art. 138b I 7 B-VG possono essere le azioni di un membro di una commissione d'inchiesta "nell'esercizio della sua funzione", e quindi durante le riunioni della commissione, ma non, ad esempio, il comportamento tenuto al di fuori di tali riunioni: disposizione che si applica anche per la presunta divulgazione di informazioni ai media al di fuori delle riunioni della commissione. Secondo i giudici costituzionali non sussisterebbe nemmeno un "vuoto di tutela giuridica", come sostenuto da Pilnacek, perché egli è in ogni caso libero di intraprendere un'azione legale ordinaria sulla vicenda oggetto del ricorso.

CHIUDERE LE ISTITUZIONI CULTURALI E' COERENTE CON L'OBIETTIVO DI RIDURRE I CONTAGI ([V 86/2021](#))

Il **6 ottobre** la Corte costituzionale ha respinto un ricorso congiunto da parte di diversi operatori culturali. La quarta ordinanza sulle misure di protezione anti Covid-19 aveva previsto, tra l'altro, il divieto di ingresso nelle istituzioni culturali e la celebrazione di manifestazioni culturali. I ricorrenti avevano sostenuto, tra l'altro, che questa interferenza con la libertà delle attività artistiche e culturali mancasse di proporzionalità, e che lo scopo di proteggere la salute e la vita di gruppi di soggetti particolarmente vulnerabili non dovrebbe essere permanentemente accompagnato da misure che gravano in misura eccessiva su un gran numero di altre persone, quando per lo stesso scopo sono disponibili altri rimedi appropriati, come ad es. le misure di prevenzione dei contagi. Nella sua sentenza la Corte costituzionale ha riconosciuto come i divieti di ingresso a luoghi artistici e di svolgimento di eventi d'arte abbiano prodotto un grave effetto sulla libertà dell'arte, soprattutto per gli artisti che si esibiscono dal vivo. Tuttavia, non era l'attività artistica in quanto ad essere oggetto dei divieti: questi erano soltanto una delle tante misure per prevenire gli assembramenti tra persone. Secondo i supremi Giudici, il Ministro federale della Sanità ha effettuato un bilanciamento costituzionalmente ineccepibile tra il diritto alla protezione della vita e della salute e la libertà dell'arte, per cui i divieti contestati non hanno in realtà superato lo spazio di manovra decisionale a sua disposizione. Nei dossier di accompagnamento dell'ordinanza, il Ministro avrebbe anche spiegato con sufficiente chiarezza quali valutazioni in merito alla situazione epidemiologica vigente avessero indotto all'assunzione delle misure restrittive contestate: il divieto di entrare nei locali artistici e il divieto di eventi culturale rappresenta dunque un mezzo adeguato per

raggiungere l'obiettivo di ridurre i contatti personali. La Corte Costituzionale richiama anche il fatto che nell'ordinanza non fosse invece previsto un divieto di ingresso nei musei, a riprova che quando la disposizione è stata emessa, si è valutato nei singoli casi quali divieti connessi alle attività artistiche e culturali fossero davvero necessari.

AMMISSIBILI LE DICHIARAZIONI SU KATHRIN GLOCK ([UA 2/2021](#))

Il **6 ottobre** la Corte costituzionale ha respinto un ricorso con cui l'imprenditrice Kathrin Glock sosteneva di aver subito violazioni dei propri diritti personali da parte della Commissione d'Inchiesta Ibiza. Kathrin Glock era stata interrogata dalla Commissione Ibiza nel gennaio 2021 come testimone in relazione alla sua funzione di membro del consiglio di sorveglianza di Austro Control GmbH, la società che fornisce di servizi di navigazione aerea e che controlla lo spazio aereo austriaco. Nel suo ricorso, la Glock sosteneva di essere stata lesa nella protezione del suo onore e della sua reputazione economica da dichiarazioni espresse da un membro della Commissione - il Deputato del Consiglio Nazionale Stephanie Krisper - in particolare con la diffusione di fatti non veritieri e dannosi per l'affidabilità economica dell'interessata.

Secondo il VfGH, invece, le affermazioni di Krisper, secondo cui Kathrin Glock non sarebbe stata sufficientemente competente per operare come membro del consiglio di sorveglianza della Austro Control GmbH, rientrano nell'ambito delle critiche ammissibili ai sensi dell'art. 10 CEDU e non devono essere considerate diffamatorie. Ciò è vero in particolare se si tiene conto della funzione e dell'oggetto per il quale viene istituita una commissione d'inchiesta, nonché per il fatto che Kathrin Glock, come membro del consiglio di sorveglianza di una società affiliata allo Stato, deve accettare più critiche di un qualsiasi soggetto privato. Inoltre, secondo i giudici costituzionali il ricorso non ha dimostrato perché le dichiarazioni avrebbero messo in pericolo l'affidabilità economica, il reddito o la carriera di Kathrin Glock, o ne avrebbero danneggiato l'onore, in particolare ai sensi dell'art. 16 in combinato disposto con l'art. 1330 del Codice Civile austriaco.

ILLEGALE IL DIVIETO DEL SERVIZIO DI ASPORTO NEI RIFUGI MONTANI ([V 5/2021](#) et al.)

I decreti emessi dai Länder Alta Austria, Tirolo e Vorarlberg con cui nei mesi invernali del 2020/21 si è vietato l'accesso ai servizi di *take away* alimentari dai rifugi sciistici non accessibili al pubblico con veicoli a motore attraverso una strada pubblica sono illegali, secondo la Corte Costituzionale. Scopo dei provvedimenti era quello di prevenire l'affollamento nelle vicinanze delle strutture di ristorazione nelle aree sciistiche, e quindi di ridurre il rischio di infezione da Covid-19. Allo stesso tempo, i servizi di ristorazione nelle aree sciistiche erano autorizzati a offrire cibo e bevande per il ritiro in strade accessibili al pubblico, ad esempio nelle stazioni a valle di un impianto di risalita. Secondo i decreti, lì si trovavano aree di parcheggio più grandi e ben collegate, motivo per cui le persone che mangiavano e bevevano in quegli spazi potevano più facilmente evitare assembramenti. Il **23 settembre**, tuttavia, la Corte Costituzionale non ha ravvisato ragioni oggettive che giustifichino la fondatezza del criterio della (non) accessibilità di un rifugio sciistico attraverso una strada pubblica come criterio per consentire il ricorso ai servizi di *take away* alimentare. Secondo i Giudici costituzionali, il fatto che un rifugio sia accessibile attraverso una strada pubblica non garantisce di per sé che vi sia spazio sufficiente nelle vicinanze per mangiare o bere mantenendo le distanze minime richieste. Pertanto, i decreti impugnati violano il principio di obiettività derivante dal principio di uguaglianza, e vengono per questo dichiarati illegali.

L'AGENZIA DI FINANZIAMENTO PER IL COVID-19 È CONFORME ALLA COSTITUZIONE(G 233/2021 et al.)

Il **15 dicembre** la Corte Costituzionale ha respinto un ricorso in cui i partiti di opposizione sostenevano che la procedura di concessione e verifica degli aiuti per Covid da parte dell'Agenzia di Finanziamento per Covid-19 (*COVID-19 Finanzierungsagentur* - COFAG) istituita dal Governo federale fosse incostituzionale. Secondo i Giudici austriaci, invece, le disposizioni contestate non violano né il principio di legalità né i principi di organizzazione dello Stato. Gli 85 Deputati del Consiglio Nazionale appartenenti ai partiti SPÖ, FPÖ e Neos avevano affermato l'incostituzionalità dei fondamenti normativi con cui si era regolata la concessione di aiuti per Covid alle imprese. Da marzo 2020, la COFAG concede aiuti finanziari alle imprese austriache che hanno avuto difficoltà di liquidità a causa della pandemia. L'agenzia fornisce servizi come garanzie, sussidi a costi fissi, una copertura delle perdite, un bonus di default e dei sussidi per il fatturato perduto a causa del lockdown per le aziende colpite; a questo scopo, l'agenzia dispone di un budget di € 15 miliardi. La COFAG concede queste prestazioni in base a linee guida emesse sotto forma di ordinanza dal Ministro Federale delle Finanze in accordo con il Vice Cancelliere. Al momento del ricorso, risultavano emesse circa 15 ordinanze in materia.

I Deputati dell'opposizione erano del parere che le disposizioni sulla concessione e l'eventuale recupero degli aiuti per Covid violavano il principio di legalità. Secondo l'art. 18 I della Costituzione austriaca, l'intera attività amministrativa statale può essere svolta solo sulla base di leggi. Ne consegue che le leggi debbano avere un contenuto per cui l'amministrazione ne risulterebbe sufficientemente predeterminata. Tuttavia, secondo i Deputati, la legge alla base dell'agenzia COFAG non presenterebbe alcuna specifica indicazione relativa ai contenuti della regolamentazione delle prestazioni erogate dall'agenzia stessa: gli aiuti sarebbero stati invece emessi sulla base di sole ordinanze emanate dal Ministero delle Finanze in accordo con il Vice-Cancelliere. La Corte Costituzionale ha stabilito invece che la legge impugnata contiene sufficienti elementi determinanti per il contenuto delle successive ordinanze attuative. Inoltre, il Ministro delle Finanze è soggetto al principio di uguaglianza quando agisce sulla base di atti legislativi: le sovvenzioni devono quindi essere concesse in conformità con il principio di parità di trattamento e secondo criteri oggettivi.

I ricorrenti avevano anche obiettato che l'erogazione delle prestazioni da parte della COFAG è regolata da un lato da norme di diritto privato, ma che le prestazioni concesse sono sottoposte ai controlli delle autorità fiscali, e quindi rientrano nell'ambito della pubblica amministrazione. A loro parere, questo avrebbe ingenerato una commistione inammissibile di azioni di diritto pubblico e privato, ed una violazione del sistema di tutela giuridica previsto dalla Costituzione federale.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che anche questa contestazione sia infondata: in linea di principio, sostengono i supremi Giudici, lo Stato è libero di utilizzare atti di diritto pubblico o privato per adempiere ai propri compiti. Tuttavia, nel caso di misure che comportano significative violazioni dei diritti fondamentali, deve essere garantita una tutela giuridica che salvaguardi adeguatamente i diritti delle persone interessate.

Rispetto alle richieste di pagamento di aiuti economici e al recupero di sussidi concessi dalla COFAG, le imprese colpite ricevono tutela legale davanti ai tribunali civili ordinari. Qualora nel verificare la legittimità dei benefici concessi, l'agenzia delle imposte ricorra ad atti coercitivi ufficiali (ad es. facendo ingresso nelle proprietà private dei richiedenti i sussidi), i soggetti

interessati da tali provvedimenti hanno la possibilità di ricorrere al tribunale amministrativo competente per far accertare la legittimità di tali misure.



Il terremoto etnico con epicentro bosniaco fa tremare tutti i Balcani*

di Francesca Rossi**

Non c'è crisi che i Paesi della Jugosfera abbiano mai affrontato senza l'amaro contorno del conflitto etnico. Che sia militare o politico lo scontro tra nazionalità, etnie e popoli continua a determinare le sorti dell'area minandone la vita sociale, economica e la stessa struttura istituzionale.

Questa premessa è particolarmente valida per la Bosnia dove, come si avrà modo di vedere più avanti, la retorica secessionista e ultranazionalista del Presidente rappresentante il popolo serbo, Milorad Dodik, è tornata carica come non mai. Il modello di separazione graduale e pacifica, come lui stesso l'ha definita, ricorda però con amarezza la secessione aventiniana dell'SNS del 1991.

Anche la dialettica e i contenuti dei discorsi di Dodik sono un recupero, anzi quasi una traslazione, dei temi degli anni Novanta. I serbi si sono sempre sentiti un popolo minacciato e ghettizzato in qualsiasi realtà statale che non fosse la madre patria. Ma allo stesso tempo hanno sempre portato avanti l'idea che i confini della Serbia sarebbero dovuti essere disegnati sulla base della loro distribuzione demografica nell'area balcanica.

Ma tra i serbi di Bosnia la teoria della secessione apre la porta ad innumerevoli interpretazioni. Non tutti concordano, infatti, con la possibile annessione alla Serbia esistendo da sempre un'ala radicale secondo cui gli autentici serbi sarebbero proprio quelli residenti in Bosnia e un'aggregazione con qualsiasi altro Stato rappresenterebbe una contaminazione di tale purezza. Vi sono poi delle strade intermedie per le quali, concretamente, l'annessione non è politicamente e organizzativamente praticabile almeno in una fase iniziale.

Indubbiamente gli aiuti economici, e non solo, della Serbia alla Republika Srpska sono numerosi e sostanziali soprattutto da quanto alla Presidenza di Belgrado c'è Aleksandar Vučić, un *ex* ministro e uomo di Slobodan Milosevic tanto per dare una misura della continuità storica ma anche e soprattutto ideologica.

Ad ogni modo lo stesso Vučić non sembra particolarmente entusiasta del progetto di annessione anche perché la RS non si presenta come la miglior regione in termini di sviluppo economico. Non solo, infatti, anni e anni di politica separatista hanno portato la RS ad essere

*Contributo sottoposto a *peer review*.

**Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale – Sapienza Università di Roma.

economicamente arretrata ma hanno anche visto crescere in maniera esponenziale il tasso di corruzione e di criminalità. L'amministrazione e la giustizia funzionano poco e male, gli standard pensionistici sono tra i più bassi di tutta l'area e il tenore di vita di un cittadino della Republika Srpska è nettamente inferiore a quello degli abitanti della Federazione o, ancor di più, del distretto di Brcko.

L'annessione per la Serbia vorrebbe dire farsi carico di una zavorra che complicherebbe anche i suoi rapporti con l'Unione Europea che già non sono ai massimi livelli. Effettivamente le relazioni con il Kosovo continuano ad impegnare Belgrado sempre tesa nell'ipergarantismo per il popolo serbo a discapito degli altri. La questione è sempre, apparentemente e inquietantemente, quella della sopravvivenza del popolo. La coesistenza non è contemplata nella tradizione serba perché vissuta come una costante minaccia e soprattutto come un'usurpazione.

Sulla stessa linea, infatti, si muovono anche i continui scontri politici e di piazza in Montenegro. La questione sulla legge sulla libertà di religione e la sua applicazione hanno aperto un vaso di pandora per quanto riguarda le rivendicazioni etno-religiose. In questo caso sembra di essere ritornati all'inizio del Novecento quando i verdi e bianchi si scontravano sul fronte della possibile annessione ad un regno panslavo a guida serba.

Antichi rancori hanno poi riguardato anche la Macedonia del Nord in conflitto aperto con la Bulgaria artefice del veto sull'avvio dei negoziati con l'Unione Europea.

Anche qui le ragioni dello scontro sono prettamente politiche in quanto rappresentano il tentativo del precedente Governo bulgaro di deviare l'attenzione degli elettori dalla pesante aria di crisi che non era stato capace di alleggerire. Il capro espiatorio è stata proprio la Macedonia del Nord, in particolare la sua lingua e le sue tradizioni accusate di essere al massimo una variante di quelle bulgare (v. [Cronache dei Balcani, settembre-dicembre 2020](#)). Da Sofia, quindi, rimane la ferma opposizione all'entrata della Macedonia del Nord in UE fin quando da Skopje non arriverà la conferma sul riconoscimento dell'identità macedone come una variante di quella bulgara.

Ideologicamente la questione è molto simile a quella tra Serbia e Montenegro e Serbia e altre regioni degli Stati confinanti come la Krajina in Croazia e la RS in Bosnia. In sostanza ci sono un ordinamento e una comunità che ritengono un altro Stato come parte integrante del proprio territorio e i suoi cittadini una frazione del proprio popolo.

Le conseguenze interne, in Macedonia del Nord, vanno ovviamente a ripercuotersi sul piano politico dove la competizione se non è etnica è comunque colorata da elementi ultranazionalisti. Questi sono rappresentati dallo storico partito VMRO-DPMNE pronto ad utilizzare il conflitto con Sofia e l'arretramento europeo per screditare l'avversario politico ovvero il leader dell'Unione dei Socialdemocratici Zoran Zaev ormai *ex* Primo Ministro. Le sue dimissioni, oggetto di approfondimento nella sezione dedicata, al di là delle motivazioni ufficialmente date, hanno origini indubbiamente nel fallimento di un pronto accordo con la Bulgaria e per i tentennamenti in Europa.

La Macedonia del Nord, dunque, non è stata solo vittima di eventi che ne hanno determinato il rallentamento del processo di integrazione europea e occidentale ma adesso sarà costretta ad

affrontare una crisi della democratizzazione conseguenza del prevedibile successo delle forze nazionaliste.

Questo quadro sembra a grandi linee confermare quanto descritto nel *non-paper* giunto ad aprile 2021 a Bruxelles e il cui autore rimane ignoto anche se i maggiori sospetti sono rivolti verso il Primo Ministro sloveno Janez Janša nonostante la sua smentita. Il documento non ufficiale predisporrebbe la dissoluzione pacifica della Bosnia smembrandola in tre parti e riducendola ad un terzo del suo attuale territorio. Ne gioverebbero Serbia, Croazia ma anche Albania e Macedonia del Nord.

L'idea che il documento provenga dalla Slovenia si deve anche al fatto che, prima ancora di Dodik, era stato il Presidente sloveno Borut Pahor a chiedere alle autorità bosniache, durante un suo viaggio a Sarajevo i primi di marzo, se fosse possibile una secessione pacifica.

Inoltre, il documento è comparso pochi mesi prima dell'inizio della Presidenza europea in Slovenia e questo ha lasciato presagire che fosse un modo implicito per introdurre la questione ai tavoli dei vertici.

Più lontane dalle dinamiche balcaniche sono Croazia e Slovenia. Non per questo però sono esenti da problemi relativi al benessere della loro democrazia.

Da una non troppo ampia panoramica quel che si coglie a prima vista all'interno dei due ordinamenti è la pericolosa regressione democratica che sta passando, soprattutto e in modo più rapido e manifesto in Slovenia, per la strada delle riforme illiberali. In Croazia, invece, il regolare sviluppo della democrazia è minato dai conflitti e dalla crisi istituzionale generata soprattutto dal conflitto tra il Capo di Stato e il partito maggioritario.

Dal profilo delle interrelazioni, poi, ci sono ancora degli sviluppi negli accordi della cosiddetta Piccola-Schengen.

I Capi di Stato e di Governo dei tre Paesi aderenti ovvero Aleksandar Vučić per la Serbia, Zoran Zaev per la Macedonia ed Edi Rama per l'Albania si sono incontrati nuovamente il **29 luglio** a Skopje dove hanno firmato tre *Memorandum* di intesa che faciliteranno rispettivamente gli scambi nella regione e consentiranno un mercato del lavoro unico, nonché l'assistenza reciproca in situazioni di emergenza. In questa occasione è anche stato deciso il nome ufficiale dell'iniziativa che sarà *Open Balkans*.

Il **21 dicembre** sono stati firmati altri 6 accordi di cui il più importante, già noto come l'Accordo di Tirana con riferimento alla città in cui è stato stipulato, ha introdotto un permesso di lavoro unico per tutti e tre i paesi per facilitare il libero accesso al mercato del lavoro. Gli altri accordi riguardano il riconoscimento dell'identità digitale, la cooperazione nel settore veterinario e fitosanitario e della sicurezza alimentare. Infine, tra Vučić e il Consiglio dei Ministri albanese e tra quest'ultimo e il Ministro delle finanze macedone sono stati firmati due accordi per il riconoscimento dei sistemi di sicurezza economica.

In **Bosnia ed Erzegovina** la situazione istituzionale è sempre più grave. La secessione pacifica di cui parlava Dodik e di cui si accenna del *non-paper* non si può più sottovalutare.

La presenza della comunità internazionale, il controllo e i poteri di cui gode non solo non sembrano essere sufficienti a contenere le spinte centrifughe dei serbi, ma hanno anzi alimentato le tensioni e fornito a più riprese i pretesti per aizzare il conflitto.

Le minacce di Dodik stanno iniziando a formalizzarsi e, per quanto sul piano legale gli strumenti utilizzati e quelli annunciati lasciano grandi perplessità, non si può non valutare che nella sostanza ampi cambiamenti siano già avvenuti.

A partire dalla decisione dell'Alto Rappresentante Valentin Inzko (*v. Bosnia ed Erzegovina-Alto Rappresentante*) di imporre le modifiche al Codice penale con le quali si introduceva il reato di negazione del genocidio l'Assemblea della Republika Srpska ha preso una serie di decisioni che se davvero andranno avanti saranno destinate a smantellare l'impianto di Dayton. Ad aggravare la situazione anche la sentenza della Corte Costituzionale sulla proprietà delle aeree forestali (*v. Bosnia-Corte Costituzionale*). Anche in questo caso la decisione non viene accettata perché emanata da un organo composto parzialmente anche da elementi stranieri e quindi privo di legittimità.

Per tale ragione nell'Entità serba alcune disposizioni, sentenze e leggi emanate dalle autorità centrali cessano di produrre effetti e sempre più rapidamente i rappresentanti serbi stanno abbandonando le istituzioni e gli apparati statali. In ultimo, con le conclusioni dell'Assemblea del **10 dicembre** anche i membri dell'esercito e i magistrati si sono distaccati dal controllo di Sarajevo (*v. Bosnia-Autonomie*).

Ma a tal proposito, ci sarebbe un elemento giuridico che ostacolerebbe l'idea di Dodik di creare delle istituzioni parastatali con il personale ritiratosi da quelle centrali. Infatti, la [Costituzione della Republika Srpska](#) non consentirebbe l'elezione di giudici o pubblici ministeri da parte delle autorità locali. Secondo il consulente legale di Dodik Milan Tegeltija la nomina di giudici e pubblici ministeri potrebbe avvenire tramite Parlamento, ma su suggerimento del Consiglio Superiore della Magistratura. Si tratterebbe di una soluzione che consentirebbe la piena legittimità democratica dei giudici e dei pubblici ministeri. Il passaggio successivo sarebbe quello di regolare le nomine attraverso un processo concorsuale che comprenda in parte il Consiglio Superiore della Magistratura in modo da svincolare il ramo della giustizia dalla politica. Si tratta di un vecchio problema che, in realtà, attanaglia la Bosnia da sempre e che è stato particolarmente evidenziato dal [Report del 2019](#) della Commissione Europea (*v. [Cronache dei Balcani, maggio-settembre 2019](#)*).

Inoltre, il **16 dicembre** si è svolto un acceso dibattito in una sessione della Commissione elettorale centrale (CEC) sulla sua competenza di revocare i mandati dei membri dell'Assemblea nazionale della Republika Srpska che hanno votato conclusioni incostituzionali se per il mancato rispetto degli Accordi di Dayton.

Si è anche discusso se la CEC possa reagire in generale in caso di violazione di quest'ultimo non certificando la partecipazione dei partiti coinvolti alle elezioni.

La base giuridica di queste presunzioni sono gli articoli della [legge elettorale](#) 1.13, a norma del quale il partito o la coalizione o il candidato indipendente sono vincolati ad aderire agli Accordi di Dayton e l'articolo 4.6.2 che attribuisce alla CEC il compito di verificare i requisiti dei partiti, coalizioni o singoli candidati.

Altre questioni da risolvere, prima che il progetto di Dodik possa trovare la strada spianata, è quello del parere della Serbia. Infatti, Vučić, il **26 dicembre**, ha rilasciato una dichiarazione con la quale non intendeva approfondire il suo parere sull'operato di Dodik, accennando solo di non dividerlo in pieno. Il Presidente della Serbia ha deciso di astenersi da qualsiasi commento per non creare lacerazioni all'interno del popolo serbo, secondo quanto da lui ammesso.

Ma ad agitare le acque è intervenuto anche il Primo Ministro ungherese Viktor Orban attraverso una dichiarazione riportata il **20 dicembre** dal suo segretario di Stato alla comunicazione e le relazioni internazionali, Zoltan Kovacs. Secondo Orban non sarebbe possibile integrare la Bosnia in Europa perché implicherebbe accettare più di due milioni di musulmani. Secondo il Primo Ministro magiaro stabilizzare la Bosnia e i Balcani non sarebbe possibile senza la Serbia che rappresenterebbe la chiave di tutta l'area.

Ma cosa ancor più grave, dopo la richiesta da parte del Parlamento Europeo di sanzionare Dodik espressa a **fine novembre**, Orban avrebbe assicurato un aiuto economico pari a 100 milioni di euro per far superare tale ostacolo e proseguire sulla strada della secessione. La speranza è però vana dal momento in cui è sì vero che, ai sensi dell'articolo 3.2 della [Costituzione](#), le due Entità possono stipulare accordi con Stati e organizzazioni internazionali, ma con l'approvazione dell'Assemblea Nazionale. Inoltre, resta il dubbio di chi sarà il responsabile qualora la RS non sia capace di saldare il debito. In questo caso, secondo l'articolo 32 della [legge sui prestiti, il debito e le garanzie](#), se un'Entità non adempie ai propri obblighi, il Ministero delle finanze fornirà una quantità sufficiente di fondi dei debitori in conformità con la [legge sul Sistema fiscale indiretto](#) pagamento degli arretrati.

Dato che questo tipo di operazione richiede una decisione del Consiglio dei ministri, è quasi certo che i ministri provenienti dai partiti filo-bosniaci non voteranno a favore.

Le spinte secessioniste della RS sono, dunque, sotto osservazione. I possibili ostacoli interni al quadro legale bosniaco e gli eventuali supporti esterni non del tutto chiari ed efficaci potrebbero temporaneamente mettere in salvo dai rischi separatisti. Ma le tensioni interne al meccanismo di Dayton che già da tempo ne fanno temere l'implosione così come il precedente del 1991 non permettono di abbassare la guardia.

Ma in Bosnia le agitazioni non si limitano soltanto al contrasto tra i serbi e lo Stato centrale. Analogamente, infatti, all'interno dell'Entità della Federazione di Bosnia ed Erzegovina il Parlamento e il Governo sono bloccati dal boicottaggio dell'HDZ. Ciò si è verificato poiché il partito maggioritario dei croati aveva chiesto al Comitato che sta discutendo a porte chiuse della riforma elettorale, di inserire una clausola con cui si individuino la "rappresentanza legittima" di ciascun popolo costitutivo. In altre parole, i croati chiedono un meccanismo per impedire che i bosgnacchi utilizzino i loro voto non per scegliere rappresentanti delle istituzioni della loro etnia, ma piuttosto per sabotare le scelte croate.

Inoltre, l'HDZ è contrario a qualsiasi novità nel sistema elettorale che impedisca alla Camera dei Popoli dell'Entità di partecipare al processo di selezione dei membri dell'omonima istituzione a livello statale.

Questa ulteriore frattura della società fornisce con ancora più inquietudine un'immagine che tanto ricorda qualcosa di già visto negli anni Novanta.

Per quanto riguarda la **Croazia** una spia di allarme di malessere della democrazia è stata individuata nell'assenza di *report* sulle votazioni del Sabor registrata ormai da marzo del 2020.

Il Parlamento croato è l'unico caso in Europa ad aver interrotto completamente tutte le sue attività di rendicontazione con il pretesto della pandemia e delle attività contingentate.

Alcune ONG hanno messo in evidenza che conoscere i dettagli di una votazione fa parte dei diritti dei cittadini in un ordinamento democratico. Inoltre, considerando che la maggioranza è composta da 76 parlamentari su 151 la posizione dei diversi deputati, soprattutto dei partiti di opposizione su alcune delibere, è un dato tutt'altro che marginale.

Non è salutare per la democrazia neppure lo scontro istituzionale tra il Primo Ministro Andrej Plenković e il Presidente Zoran Milanović intorno alla nomina del Presidente della Corte Suprema. Si tratta di una vicenda sviluppatasi su più atti (v. [Cronache dei Balcani, gennaio-maggio 2021](#)) e che dopo mesi ha avuto conclusione solo ad ottobre (v. *Croazia-Giustizia*) con una soluzione sostanzialmente compromissoria per quanto il Presidente la interpreti come una vittoria personale. Milanović ha, infatti, dovuto rinunciare al suo primo nome più volte cassato dal Sabor per poi veder accettata la seconda opzione ovvero il giudice Radovan Dobronić.

Il conflitto tra le due cariche si è sempre mantenuto su toni molto aspri. Un esempio è il *post* del **3 giugno** di Milanović su Facebook dove definisce Plenković come il “promotore del diritto alla menzogna”. In questo caso, alla base dell'accusa c'era la reazione negativa del Primo Ministro alla sua proposta di celebrare l'anniversario dell'Operazione Tempesta in altre città oltre a Knin.

Le interpretazioni sulla storia più recente difese dalle diverse forze politiche sta alla base di quelle profonde fratture della società che rendono anche ordinamenti etnicamente omogenei, al netto delle minoranze geograficamente delimitate, fortemente divisi sul piano della comunità e dell'identificazione dell'interesse generale dello Stato.

In una panoramica internazionale, o meglio europea, la Croazia comunque sta continuando il suo percorso senza eccessivi ostacoli. Il **4 luglio**, infatti, il Parlamento Europeo ha approvato una [risoluzione](#), con 505 voti a favore, 134 contrari e 54 astenuti, con cui si dichiaravano soddisfatte le condizioni per l'entrata nell'area Schengen della Croazia.

Il Parlamento ha inoltre invitato la Croazia ad affrontare le carenze individuate, in particolare, nella necessità di formare il personale, di aumentarne il numero e di condurre una valutazione approfondita del rispetto dei diritti fondamentali a seguito delle ripetute segnalazioni di ONG e dei media su abusi, violenze e respingimenti da parte degli agenti di polizia di frontiera.

Il Primo Ministro Plenković ha dichiarato il **12 luglio** dinnanzi al Sabor, presentando un rapporto sulle riunioni del Consiglio europeo degli ultimi sei mesi, di aspettarsi che la Croazia entri nell'area Schengen nel 2022. Tale prospettiva è stata confermata l'**11 dicembre** con la ratifica dei Capi di Stato e di Governo dei 27 membri dell'UE nel contesto della presidenza slovena.

Il **20 luglio** è, invece, stato pubblicato il secondo [Report](#) della Commissione europea sulle condizioni dello Stato di diritto. Si tratta di un'iniziativa volta ad individuare a fini preventivi le criticità a riguardo senza però l'inserimento di raccomandazioni o altre indicazioni.

L'analisi riguarda quattro aree tematiche ovvero il sistema giudiziario, il quadro anticorruzione, la libertà e il pluralismo dei media e le questioni istituzionali. Il bilancio generale risulta

essenzialmente buono. Alcune perplessità riguardo alla conduzione della nomina del Presidente della Corte Suprema sono state evidenziate soprattutto per quel che concerne i toni del dibattito da parte delle diverse istituzioni. Per quanto riguarda il quadro anticorruzione, il *Report* registra dei miglioramenti nella legislazione e nella prassi croata. Per i media, invece, si manifestano ancora dubbi sulla piena libertà ed autonomia delle agenzie elettroniche. Sulle questioni istituzionali si rileva che le consultazioni pubbliche dovrebbero avere un carattere più sostanziale e non meramente formale.

Gli ultimi mesi del 2021 sono stati poi animati dalla questione relativa all'obbligatorietà dei *Green Pass* imposta dal Governo a partire dal **4 ottobre** per il personale medico e sanitario (*v. Croazia-Governo*). Ciò che però ha incitato le proteste è stata la decisione di ampliare l'obbligo anche a tutti gli impiegati statali a partire dal **15 novembre**.

Il giorno dopo Zagabria e Spalato sono stati teatro di manifestazioni da parte, rispettivamente, del personale di un carcere e di un tribunale che accusavano il Governo di aver adottato una misura discriminatoria.

Il partito Most si è fatto portavoce di questa istanza e ha annunciato la raccolta firme per un referendum che si è conclusa il **23 dicembre** con il raggiungimento di più di 400.000 firme raccolte a fronte delle quasi 370.000 necessarie.

La sentenza della Corte Costituzionale sulla legalità del *Green Pass*, come espressamente detto, non avrà alcuna interferenza sulla validità del *referendum* (*v. Croazia-Corte Costituzionale*).

Dunque, da gennaio le misure anti-Covid 19 maggiormente diffuse in Europa potrebbero essere soggette del parere popolare.

La **Macedonia del Nord** ha compiuto degli enormi e innegabili passi in avanti in termini di democratizzazione negli ultimi anni. La corsa per l'ingresso nell'emisfero occidentale ha contribuito in qualche modo a rendere più celere, ma forse sbrigativo è il termine più appropriato, questo processo non tenendo conto di tutte le istanze della società.

I termini del patto sociale sul quale si basano tutte le Costituzioni contemporanee sono cambiati sia formalmente che sostanzialmente senza tener conto dell'aderenza con l'intera comunità.

La Costituzione macedone è stata considerevolmente emendata nel novembre del 2001 come riflesso dell'Accordo di Pace di Ohrid del 13 agosto dello stesso anno firmato tra le forze politiche macedoni con l'intermediazione internazionale. Le nuove modifiche dovevano garantire la coesistenza etnica e tutelare le minoranze cosa che poi, sul piano politico, si è tramutata in alleanze interetniche.

Questa impostazione potrebbe sembrare la meta di un percorso turbolento ma in realtà una parte della popolazione la considera una costrizione, una scelta obbligata per la sopravvivenza dello Stato. Non c'è dunque una condivisione universale, non c'è un interesse generale che coinvolge l'intera comunità. I partiti politici non sono schierati in difesa dei diversi interessi e posizioni sociali ma sono i rappresentanti di due interpretazioni completamente contrapposte della Costituzione. Ciò che per una forza politica rappresenta la difesa dello Stato per un'altra costituisce un attentato all'ordine costituzionale.

L'idea delle coalizioni multiethniche è abbracciata esclusivamente da una parte creando quasi due sistemi politici interni e concorrenti. Il patto costituzionale è apparentemente servito solo a dare le strutture di facciata inidonee a sorreggere una stabilità a lungo termine. E su questa base per dieci mesi si sono interrotti i rapporti tra il Presidente Stevo Pendarovski e il leader del partito nazionali e d'opposizione, VMRO-DPMNE, Hristijan Mickoski (v. *Macedonia-Presidente*). La ripresa del dialogo, però, non ha fatto altro che portare in luce proprio queste diversità in relazione alla discussione degli scontri avvenuti in Assemblea il 27 aprile del 2017.

Questa differente visione di intendere la Macedonia del Nord rende difficile avere anche una visione univoca da proiettare verso l'esterno. L'azione del Governo nei confronti della Bulgaria, dei cui aggiornamenti si parlerà a breve, non è ritenuta solo politicamente sbagliata ma non è neppure considerata legittima dal momento in cui agirebbe in difesa di alcuni interessi che non sono generalmente condivisi.

L'integrazione in Europa non è infatti un obiettivo di tutta la comunità, vi è una parte che vorrebbe puntare al rafforzamento e affermazione dello Stato all'interno dell'area passando attraverso una politica di segregazione e non di integrazione nei confronti delle minoranze.

Questa idea radicale ma non minoritaria di Macedonia si scontra inevitabilmente con quella ultranazionalista della Bulgaria.

I problemi identitari, l'integrazione delle minoranze etniche e la coesistenza tra diversi popoli rappresentano nei Balcani fattori di crisi interne e di tensioni esterne. Nessuna questione legata alla multiethnicità può essere contenuta entro i confini nazionali.

Sono queste le ragioni per cui il conflitto diplomatico e ideologico sta ancora continuando. Lo scontro è tra due idee di popolo, identità, tradizione e territorio inconciliabili.

Ancora una volta solo l'intervento della comunità internazionale, ora soprattutto condotta dall'UE, può in qualche modo raffreddare le tensioni.

Anche il Ministro per gli affari europei austriaco Caroline Edstadler, dopo l'incontro del **4 maggio** con il vicepremier Nikola Dimitrov a Skopje ha proposto l'Austria come mediatore tra Macedonia del Nord e Bulgaria. Il Ministro ha ribadito l'importanza strategica di provvedere al più presto ad una integrazione di tutti i Balcani, obiettivo effettivamente mai smentito anche dalle istituzioni europee.

Il punto, sostenuto, anche dal Primo Ministro fino al **23 dicembre** (v. *Macedonia del Nord-Governo*) Zoran Zaev è che comunque l'adesione all'UE e la risoluzione del contrasto con la Bulgaria non possono passare attraverso una capitolazione della Macedonia del Nord e una rinuncia alla propria identità e tradizione.

Inoltre, accettare anche un qualsiasi compromesso varrebbe come sanzione del rapporto di dipendenza della Macedonia nei confronti della comunità internazionale, un prezzo che il caso bosniaco insegna essere molto caro.

L'Unione Europea d'altra parte rischia, però, in questo modo di perdere credibilità rimandando a data da destinarsi l'avvio dei colloqui con Skopje nonostante la presenza di tutti i parametri oggettivi. Per tale ragione non sono mancate le pressioni sul Governo *ad interim* bulgaro affinché provvedesse a delle spiegazioni ragionevoli per giustificare il mantenimento del veto.

Inoltre, il nuovo Esecutivo di transizione, insediatosi il **12 maggio** e in carica fino alle prossime elezioni, ha dichiarato di non avere l'autorità per modificare la posizione della Bulgaria in questi termini ma ha comunque garantito il suo impegno per il proseguimento del dialogo.

Su altri toni invece si è tenuto l'incontro tra il Capo di Stato macedone Stevo Pendarovski e il suo omologo bulgaro Rumen Radev il **26 maggio**. In questa occasione, i due Presidenti hanno concordato sulla necessità di trovare una soluzione e si sono sostanzialmente allontanati dalle posizioni dei rispettivi governi. L'assenza di tensioni politiche e ideologiche rende possibile, dunque, un dialogo per quanto in questo caso privo di sbocchi concreti.

Ad ogni modo, a **metà novembre** si sono tenute le nuove elezioni in Bulgaria, il Primo Ministro *in pectore* è Kiril Petkov, leader del progetto centrista "Continuiamo il cambiamento" e la speranza è quella che, una volta insediatosi il nuovo Esecutivo, si possa persino giungere all'eliminazione del veto. Si tratta, comunque, di incertezze che non avranno risposta fino a primi mesi del 2022.

Sul piano delle relazioni internazionali, la Macedonia del Nord, raccoglie però anche il primo risultato di una lunga battaglia. Infatti, il **14 giugno** Zaev siede per la prima volta al tavolo NATO di Bruxelles rappresentando la Macedonia del Nord come membro effettivo.

Anche il **Montenegro** è stato scosso da avvenimenti legati allo scontro tra due visioni culturali e tradizionali per interpretare lo Stato.

Da una parte, dopo trent'anni di potere, si posiziona lo schieramento nazionalista del DPS il cui leader è il Capo dello Stato Milo Đukanović. Dall'altra invece ci sono le cosiddette forze moderate, guidate dall'SDP, che sono riuscite a scardinare quel sistema politico a partito egemonico vincendo le ultime elezioni (v. [Cronache dei Balcani, maggio-agosto 2020](#)) e garantendo finalmente l'alternanza.

Ciò è avvenuto dopo che per anni il DPS e i suoi satelliti avevano continuato a costruire e mantenere il potere approfondendo le divisioni sociali facendo leva sulle questioni di identità, una materia, tra l'altro, che si presta facilmente alle manipolazioni e all'abuso politico.

Anche adesso la retorica è sempre la stessa e, infatti, il DPS continua a diffondere l'interpretazione per cui la coalizione attualmente di maggioranza avrebbe vinto con il sostegno della Serbia e rappresenterebbe un tentativo di quest'ultima di penetrare nella politica montenegrina. Le basi di questa teoria sono la presenza del DF alla coalizione di Governo. Effettivamente si tratta di un partito serbo i cui leader, Andrija Mandić e Milan Knežević, non hanno mai tenuto nascosto il loro legame con il Presidente serbo Aleksandar Vučić. La campagna elettorale per le politiche del 2020 grazie al DF ha indubbiamente giovato dell'appoggio della Chiesa ortodossa serba che sembrerebbe aver chiesto in cambio un concordato il prima possibile. Il DF starebbe tenendo sotto scacco la maggioranza (v. *Montenegro-Parlamento*) proprio in attesa che il Governo si decida a procedere ma le date fino ad ora promesse, l'ultima il **30 ottobre**, non sono state rispettate.

Inoltre, si deve tenere conto, che i contrasti tra partiti e i rapporti tra religione e politica si sono addensati intorno alla questione sull'approvazione e poi sulle modifiche della ormai celebre legge sulla libertà di religione di cui si è già ampiamente discusso.

Le numerose manifestazioni contro l'emanazione della prima forma della legge sono state guidate dal DF sempre in un'ottica di scambio con la Chiesa ortodossa.

Đukanović non ha perso occasione per sottolineare la sfumatura filoserba delle manifestazioni e dell'orientamento della coalizione per costruire un nemico interno al fine di recuperare credibilità e non rischiare di perdere lo strapotere di cui già, comunque, non è più unico titolare ovvero quello di determinare il percorso dello Stato.

Gli *slogan* sulla lotta per preservare l'identità montenegrina e difendere il Montenegro dai nemici esterni hanno, però, solo la funzione di preservare il potere di Đukanović come mezzo per acquisire e preservare la ricchezza personale ed una serie di privilegi classificabili soprattutto come la totale immunità dalle indagini giudiziarie per via dei suoi legami con la criminalità organizzata.

Quindi per Đukanović la battaglia non è solo politica ma anche identitaria e personale.

Per quanto i suoi toni non siano mai stati particolarmente pacati dal momento della sua sconfitta si sono persino inaspriti sfiorando spesso il violento.

L'episodio chiave per una comprensione limpida di quanto detto fino ad ora è l'intronizzazione del metropolita di Cetinje Joanikije successore di Amfilohije, emblema della battaglia contro la legge sulla libertà di religione e morto a causa del Covid-19.

La delicatezza dell'evento può essere colta solo dopo qualche riferimento storico. È necessario dire, infatti, che la questione nasce da quando nel 1918 la Metropolia del Montenegro e del Litorale insieme ad altre ha istituito la Chiesa serba ortodossa per riunire tutti gli ortodossi serbi del neonato Regno dei Serbi, Croati e Sloveni. Questa chiesa è riconosciuta dal Santo Sinodo a differenza di quella montenegrina fondata nel 1993 e che ha lo *status* di organizzazione non governativa dal 1999.

Ma la Chiesa montenegrina non è mai riuscita ad aumentare le file dei fedeli e soprattutto a ridurre quelli della Chiesa serba sentita sempre, da Đukanović e i suoi seguaci, come un'emanazione della sovranità serba sul territorio montenegrino.

Da questo punto di vista la dirigenza del DPS ha cercato di convogliare l'opinione pubblica verso la considerazione che una celebrazione come quella dell'intronizzazione era un atto lesivo nei confronti della sovranità montenegrina.

A tal riguardo l'evento è stato anticipato da un articolo pubblicato dal consigliere del Presidente Veljović il **28 agosto** con cui si esortavano i militanti del partito e chiunque fosse contrario all'egemonizzazione da parte serba a manifestare a Cetinje a partire dal **4 settembre**.

Nelle stesse righe Veljovic incitava le forze dell'ordine a non rispondere ai comandi delle autorità centrali e a prendere le parti dei manifestanti.

Proprio per evitare questo tipo di insinuazione il metropolita Joanikije aveva preferito una cerimonia privata e senza la presenza dei leader serbi. A causa delle minacce era stato dato anche l'annuncio di un ritardo della celebrazione che si è, invece, regolarmente tenuta all'orario stabilito dopo l'arrivo del metropolita in elicottero.

La protesta si è effettivamente concretizzata con violenti scontri tra i simpatizzanti del DPS e la polizia, comprese le formazioni speciali antiterrorismo, nelle giornate **del 4 e del 5 ottobre**. Lo stesso Presidente ha preso parte alla manifestazione e il suo consigliere è stato arrestato.

La partecipazione attiva di Đukanović e le dichiarazioni sue e dei suoi dirigenti in prossimità della celebrazione hanno convinto la maggioranza a proporre la messa in stato d'accusa al momento al vaglio della Corte Costituzionale (*v. Montenegro-Parlamento*)

Nonostante la sconfitta oggettiva di Đukanović le sorti della maggioranza non sono ugualmente definibili come positive.

Su 81 deputati a sostegno del Governo ci sono solo 41 deputati facenti parte di una coalizione eccessivamente eterogenea e guidate da un Primo Ministro Zdravko Krivokapić con un'inadeguata esperienza e capacità.

La maggioranza parlamentare è dunque continuamente minacciata dalle volontà dei singoli partiti che la compongono. È questo il caso del DF che sin da quando è svanita la speranza di ottenere il concordato ha iniziato a raccogliere anche tra le file dell'opposizione le firme necessarie per presentare una mozione affinché l'Assemblea venga sciolta in anticipo (*v. Montenegro-Parlamento*).

Figlio di questa situazione è anche il *Memorandum* del **15 dicembre** tra i partiti della maggioranza e quelli rappresentanti le minoranze etniche (*v. Montenegro-Partiti*).

Al di là dei contenuti, dal punto di vista sostanzialmente l'accordo potrebbe rappresentare la base di un nuovo patto politico che lederebbe la maggioranza e preparerebbe nuovi orizzonti per le prossime elezioni che, come anticipato e come si dirà meglio, potrebbero essere anticipate.

Per ora i firmati smentiscono questa possibilità.

In **Serbia**, il **9 maggio**, si è conclusa la prima fase del dialogo interpartitico organizzato al fine di organizzare le prossime elezioni. Con l'avvio della seconda fase non hanno più partecipato a tutti gli incontri i mediatori del Parlamento Europeo. Il dibattito, dunque, è stato condotto solo tra le forze politiche serbe. Di questa novità non sono particolarmente entusiasti i partiti di opposizione in particolare il DS poiché vedevano nei rappresentanti di Bruxelles dei canali per dare spazio anche alle loro posizioni scongiurando il rischio di essere travolti da quelle della maggioranza.

È stato, poi, proprio nel contesto del dialogo interpartitico che lo SPAS di Aleksandar Šapić ha deciso di confluire direttamente nell'SNS.

Il **9 luglio** si è tenuto di nuovo un incontro con i mediatori del Parlamento Europeo e per la prima volta al tavolo si sono seduti i rappresentanti dei gruppi parlamentari di tutte le forze politiche comprese quelle dell'opposizione.

Il **2 settembre** dopo un'altra tornata di dialoghi, i partiti della maggioranza politica hanno presentato una prima bozza per il documento conclusivo a norma del quale si sarebbero organizzate le elezioni per aprile. Alcuni punti non erano ancora stati determinati integralmente e anche sulla data delle elezioni era stato lasciato un ampio margine tra il 3 e il 17 aprile.

Chiariti i punti rimasti in sospeso, il **18 settembre** il documento finale è stato presentato in Parlamento alla presenza dei mediatori europei. Le conclusioni dei partiti sono strutturate in 16 misure concrete e attuabili che riflettono le precedenti raccomandazioni del Parlamento europeo, della Commissione europea e dell'OSCE/ODIHR, nonché le conclusioni tratte dalle ampie consultazioni e discussioni svolte finora nel contesto del processo di dialogo. Tra i vari

miglioramenti concordati vi sono: l'istituzione di un organismo di supervisione temporanea nel campo del monitoraggio dei media, compresi i rappresentanti dell'opposizione; l'adozione di un regolamento vincolante per l'emittente pubblica nazionale; un cambiamento temporaneo della composizione permanente della Commissione elettorale della Repubblica, aggiungendo sei membri aggiuntivi dall'opposizione complessiva nel paese.

Il documento è stato poi firmato dal Parlamento il **29 ottobre** (v. *Serbia-Parlamento*).

Ma prima di aprile i cittadini della Serbia saranno chiamati al voto il 16 gennaio per decidere se approvare o meno le modifiche costituzionali relative alla riforma della giustizia.

Sostanzialmente gli emendamenti trasferiranno all'Alto Consiglio della Magistratura la nomina dei giudici, del Presidente della Corte Suprema e dei tribunali. La riforma è volta a depoliticizzare la magistratura ma le polemiche non sono comunque mancate. Secondo l'opposizione, infatti, non è neppure troppo prudente strutturare un sistema in cui sia sostanzialmente la magistratura a scegliere sé stessa (v. *Serbia-Parlamento*).

La ratifica finale spetterà comunque agli elettori che si esprimeranno nel referendum di gennaio rispondendo ai quesiti resi noti dalla Commissione Elettorale della Repubblica (REC) il **26 dicembre**.

La Serbia continua poi la sua politica di aiuti nei confronti dei serbi cittadini di altri Stati. E se Vučić ha deciso di fare un passo indietro per l'intronizzazione del Metropolita di Cetinje (v. *Introduzione-Montenegro*) con la Bosnia ed Erzegovina i rapporti restano sempre di pressante ingerenza.

Non solo la Serbia continua ad aiutare la Republika Srpska elargendo finanziamenti ma mantiene la sua posizione di garante dei serbi in sostituzione delle autorità bosniache.

In occasione della conferenza del **21 maggio** sui diritti di proprietà dei serbi residenti nella Federazione di Bosnia ed Erzegovina il presidente del Comitato per la diaspora dei serbi nella regione dell'Assemblea Nazionale, Milimir Vujadinovic ha ribadito la necessità di proteggere il suo popolo in tutti quei contesti in cui non essendoci istituzioni serbe i loro diritti non vengono pienamente garantiti. L'idea di base è che tutti i serbi in tutta l'area debbano godere della stessa condizione dei cittadini della Serbia e qualora ciò si realizzasse le autorità di Belgrado intervengono direttamente attraverso ausili di vario genere.

Sembrerebbe apparentemente una sorta di progetto di Grande Serbia realizzato con altri mezzi. Il controllo, l'egemonia e l'ingerenza sono gli strumenti con cui la Serbia mantiene ancora quel controllo centralizzato di tutta l'area.

La natura prevaricatrice si evince facilmente dal fatto che la Serbia non scende a compromessi e tutti gli accordi siglati sono generalmente frutto delle condizioni dettate da Belgrado.

La democrazia non gode di massima salute neppure in **Slovenia** dove il Governo di Janez Janša continua ad alimentare le proteste di piazza.

Le prime manifestazioni hanno avuto luogo nella primavera per esprimersi ai massimi livelli spesso anche con violenza a partire da maggio. I partecipanti richiedevano le dimissioni del Governo e il ritorno della democrazia in Slovenia.

L'episodio più significativo è quello del **25 giugno**, il giorno dell'indipendenza nazionale, quando alle solite contestazioni antigovernative si sono aggiunti anche i cosiddetti *Rumeni jopići* (giacche gialle) un gruppo riconosciuto come neo-nazista.

Lubiana è, ormai, settimanalmente presa d'assalto ma **a partire da settembre** le proteste hanno assunto una nuova forma e la violenza è diventata ordinaria. La nuova istanza dei manifestanti è quella del ritiro della politica del *Green Pass* e delle vaccinazioni obbligatorie per gli statali imposte dal Governo il **17 settembre** e rimaste in vigore **fino al 1° ottobre** (v. *Slovenia-Governo; Slovenia-Corte Costituzionale*)

Alla guida delle proteste c'è un *ex* poliziotto, Zoran candidato anche alle elezioni municipali nella città di Kranj nella quale è stato sconfitto al ballottaggio contro il candidato socialdemocratico.

Capace di una retorica trainante, Stevanović diffonde l'idea che il gioco politico del Governo stia cercando di sfaldare la società dividendo i cittadini in vaccinati e non vaccinati. I due gruppi, infatti, vivrebbero sostanzialmente in due ordinamenti diversi poiché solo i primi possono godere a pieno della vita pubblica e dei diritti costituzionalmente garantiti, si pensi alla libera circolazione e al lavoro, mentre gli altri vivrebbero come fossero in un regime a pieno titolo autoritario.

Stevanović è stato fermato dalla polizia in occasione delle proteste del **7 ottobre** contro i *summit* UE.

Al di là delle proteste, ciò che allarma anche la comunità internazionale e soprattutto l'Unione Europea relativamente alla salvaguardia dello Stato di diritto in Slovenia è l'atteggiamento del Governo nei confronti della stampa. Non solo Janša si è in più occasioni reso autore di commenti poco consoni alla sua posizione ma ha soprattutto minato l'indipendenza della stampa negando il pagamento all'emittente STA (v. [Cronache dei Balcani, settembre-dicembre 2020](#)).

In occasione della Giornata mondiale della libertà di stampa, il **3 maggio**, è stata lanciata una campagna di raccolta fondi per contribuire al sostegno dell'STA denominata "Za obSTAnek". Già nella prima settimana la cifra raccolta di 189.000 euro corrisponde al compenso mensile percepito generalmente dall'Agenzia.

Intanto sono iniziati ad arrivare anche i primi e più incisivi segnali dall'Europa. Il **5 giugno**, infatti, è stato pubblicato il [Memorandum](#) del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa Dunja Mijatović con il quale si esortavano le autorità slovene a porre fine al deterioramento della libertà di stampa. Non sono mancati nel documento anche riferimenti a quanto si accennava poco fa riguardo ai commenti inopportuni di Janša. Di tutta risposta il **giorno dopo** il Primo Ministro ha scritto su [Twitter](#) che Mijatovic era sfortunatamente parte del *network* delle *fake news*.

Anche la Commissione Europea ha manifestato le sue preoccupazioni per la libertà di stampa in Slovenia come ha espresso nel suo [Report](#) sullo Stato di diritto il **21 luglio**. Presentando il rapporto, il vicepresidente della Commissione europea Vera Jourova e il commissario alla giustizia Didier Reynders hanno invitato le autorità slovene a garantire un finanziamento stabile dell'STA in modo che i giornalisti possano svolgere il loro lavoro, ha affermato.

Reynders ha indicato potenziali misure sulla scia della mancata nomina da parte della Slovenia dei pubblici ministeri delegati europei in autunno (v. *Slovenia-Governo*).

La Commissione europea ha ribadito la sua posizione anche il **6 settembre** rispondendo ad una lettera ricevuta dal personale STA e indirizzata alle più alte cariche compresa la Presidente Ursula von der Leyen.

Intanto, il **1° giugno**, è ripreso il procedimento contro Janša relativo al Twitt con cui definiva due giornalisti come “prostitute lavate” (v. [Croanche dei Balcani, gennaio-aprile 2020](#)). Non si tratta dell'unico processo a carico del Primo Ministro tutt'ora in attivo dal momento in cui non è ancora risolto quello per l'accusa di abuso d'ufficio (v. [Cronache dei Balcani, maggio-agosto 2020](#)). Anche qui il comportamento di Janša è del tutto fuori luogo e quasi surreale. Infatti, **da maggio** il Tribunale distrettuale di Lubiana è ricorso all'assunzione di un investigatore per cercare di consegnare la posta del tribunale al Primo Ministro Janez Janša, che non sta ritirando la posta relativa al caso su un appezzamento di terreno nella Val Trenta che Janša ha acquistato nel 1992 e venduto nel 2005 per quasi nove volte il prezzo pagato. Per tale questione lo scorso autunno era stata intentata un'accusa contro lui e altri due imputati per abuso d'ufficio. Per quanto riguarda questi ultimi il Tribunale è riuscito a consegnare la documentazione senza problemi. Senza l'accettazione di Janša però il procedimento non può andare avanti poiché si tratta dei moduli per l'esclusione dei giudici.

Sul piano politico Janša, invece, ha subito una sconfitta a seguito del *referendum* confermativo [sulla legge sull'acqua](#) indetto per l'**11 luglio** dopo che in meno di due mesi le associazioni per l'acqua potabile, quelle che già nel 2016 erano riuscite a far inserire in Costituzione l'acqua potabile tra i diritti fondamentali, hanno raccolto le firme sufficienti per chiedere le abrogazioni alla legge ordinaria votate dalla maggioranza parlamentare a marzo.

Con la nuova legge voluta dal Governo si dava il via libera all'edilizia per costruire anche in prossimità di rive di laghi e fiume e in zone costiere. In questo modo, l'impatto sull'ambiente e sull'acqua potabile sarebbe tale quasi da azzerare le conquiste del 2016. Con l'articolo 70° la Slovenia è stata la prima a tutelare a livello costituzionale tale bene, dunque, l'abrogazione delle modifiche alla legge sull'acqua di marzo rappresenterebbe non solo una resistenza ambientalista ma anche una conquista democratica.

Il *referendum* è stato un grande successo per gli ecologisti che con una partecipazione di oltre il 45% hanno ottenuto l'86% di no.

Anche sul piano europeo alla seconda esperienza della Presidenza semestrale slovena, iniziata il **1° luglio**, non si può dare un bilancio positivo almeno dal punto di vista europeo.

Il programma proposto dalla Presidenza era incentrato sui piani nazionali di ripresa e resilienza e su *New Generation Eu*, grande spazio era poi dato alla conversione verde. Gli obiettivi della presidenza sono stati presentati al Parlamento europeo il **5 luglio** e in questa occasione, nel suo [discorso](#), Janša ha anche introdotto tra le priorità quelle dell'allargamento per i Balcani Occidentali. Inoltre, ha insistito particolarmente sulla lotta alla pandemia sottolineando l'importanza dell'azione responsabile di tutti i cittadini in particolare per quanto riguarda la vaccinazione.

Il **giorno dopo** il Parlamento ha risposto con dei messaggi approvati dalla sua maggioranza invitando la Slovenia a rispettare lo Stato di diritto ma Janša ha risposto su Twitter definendo molti dei deputati come “burattini di Soros”.

Il **6 dicembre**, gli europarlamentari si sono espressi anche sulle conclusioni del semestre dando un giudizio positivo solo al livello tecnico con cui è stata gestita la Presidenza da parte della Slovenia; tuttavia, non sono mancate le critiche soprattutto nei confronti dell'atteggiamento dei membri del Governo in particolare di Janša ma anche del suo ministro degli interni (v. *Slovenia-Presidenza*). Il Parlamento europeo non avrebbe particolarmente apprezzato il contesto che ha condizionato il semestre di presidenza. La mancata nomina dei procuratori delegati europei e lo stato in cui riversa l'agenzia di stampa STA non hanno dato un'impressione positiva. Anche le frizioni tra partiti e le proteste da parte della società civile non hanno permesso un giudizio positivo.

Il **17 dicembre** ha, poi, avuto luogo la cerimonia conclusiva a Bruxelles in occasione della quale i toni dei presidenti della Commissione e del Consiglio sono stati sostanzialmente pacati e conviviali. La Slovenia è infatti stata ringraziata per la gestione e l'organizzazione della presidenza. Si tratta della quarta in epoca Covid e la gestione logistica non è da dare per scontata. Inoltre, tutti i dialoghi sono stati affrontati in paniera proficua.

Janša, in conferenza stampa, ha aggiunto che nonostante i diversi imprevisti la Slovenia è riuscita a fronteggiare questa responsabilità con contezza e capacità.

Bosnia – Le ombre degli anni Novanta oscurano il patto di Dayton

PARTITI

LA DIRIGENZA SDP ANTICIPA LA MINACCIA SERBA

Il **22 ottobre**, in occasione del vertice della Presidenza dell'SDP è stata presa la decisione di richiedere all'Alto Rappresentante di inviare una richiesta per una sessione straordinaria dell'ONU dedicata alla situazione in Bosnia.

Prima ancora delle celebri dichiarazioni dell'Assemblea Nazionale della RS i dirigenti dell'SDP ha individuato nella creazione di un'agenzia per il farmaco a livello di Entità una violazione costituzionale. Poiché tale istituzione già esiste a livello nazionale la creazione sancita dall'Assemblea Nazionale costituirebbe una grave violazione delle competenze e di conseguenza una minaccia per l'ordine garantito da Dayton.

LA SOLUZIONE PANBOSGNACCA DELL'SDA

La risposta alle conclusioni dell'Assemblea Nazionale della RS da parte dell'SDA è arrivata direttamente dalle parole del suo leader Bakir Izetbegovic. Il **13 dicembre**, infatti, ha lanciato un appello a tutte le forze politiche bosniache rappresentate in Parlamento invitandole ad abbandonare gli interessi particolari e abbracciare l'idea di una coalizione bosgnacca per contrastare le spinte autonomiste che non provengono più solo dall'SNSD.

La proposta viene ufficializzata tra i 25 punti della dichiarazione conclusiva del Consiglio principale del partito tenutosi il **17 dicembre** presso la Casa della Cultura a Kakanj. Oltre al richiamo a partecipare congiuntamente alle elezioni del 2022 viene diffuso l'appello a creare un blocco parlamentare sin da subito.

I partiti filo-bosgnacchi, infatti, potrebbero contare sul più del 60% nella Camera dei Rappresentanti, una maggioranza che però avrebbe delle ripercussioni sul sistema non irrilevanti.

Lo schema politico basato su schieramenti etnici rischierebbe così di radicalizzarsi ulteriormente venendo privato di quegli elementi intermedi fino ad ora capaci di alleggerire il sistema e di rendere meno marcati o quanto meno efficaci i toni nazionalistici. Considerando poi che anche l'SDA negli ultimi anni ha spostata la sua proposta politica, che prima sosteneva uno Stato federale e multietnico, tesa ora alla realizzazione di un progetto per rendere la Bosnia uno Stato al massimo regionale con tutte le conseguenze di cui si è già detto (v. [Cronache dei Balcani, settembre-dicembre 2020](#)).

Il caso dell'SDA è un chiaro esempio di quali possono essere le conseguenze della posizione dei politici dell'RS. Qualora il progetto della secessione pacifica non dovesse andare in porto, si è comunque ormai innescato un meccanismo che porterà se non alla rottura sicuramente a gravi incrinature del patto di Dayton.

Tra i 25 punti c'è poi, ovviamente, la condanna verso l'Assemblea Nazionale della RS e un appello a tutte le organizzazioni internazionali a prendere provvedimenti e ad aumentare la loro presenza in Bosnia a protezione della Costituzione. La richiesta si è estesa anche all'Alto Rappresentante affinché invalidi i documenti emessi dall'Assemblea. Infine, si chiede ai deputati dell'SDA di presentare un'istanza alla Corte Costituzionale contro gli atti serbi.

Il paradosso di tali richieste va cercato nel fatto che anche qualora vengano presi provvedimenti provverranno da autorità che non godono della minima legittimazione nell'RS e le cui azioni avranno lo stesso effetto di tante leggi e, soprattutto, sentenze della Corte Costituzionali già disapplicate.

PARLAMENTO

ISTITUZIONE E ATTIVITÀ DEL GRUPPO DI LAVORO INTERDIPARTIMENTALE PER LE MODIFICHE ALLA LEGGE ELETTORALE

L'**11 maggio** il Parlamento della Bosnia ha istituito un gruppo di lavoro interdipartimentale per gli emendamenti alla legge elettorale. La normativa esistente deve essere urgentemente modificata al fine di condurre le elezioni del 2022 nel rispetto delle sentenze della Corte EDU, in primis la Sejdic-Finci che ha fatto da precedente per le altre, e le indicazioni dell'OSCE.

La [sessione inaugurale](#) del gruppo si è tenuta il giorno stesso e sono stati scelti il Presidente, Alma Čolo e i due Vice, Bariša Čolak e Sredoje Nović.

In questa occasione è stata anche discussa la metodologia del neocostituito organo e si è concluso che nel prossimo periodo il lavoro sarà dedicato esclusivamente alle modifiche della legislazione elettorale. A tal proposito, il Presidente ha infatti precisato che, comunque, toccare la materia elettorale e soprattutto la questione degli equilibri etnici risulta abbastanza difficile senza modificare anche la Costituzione.

Nella sessione del **26 maggio**, è stato invece [adottato il regolamento](#) interno al gruppo a norma del quale le decisioni vengono prese per consenso, qualora non sia raggiunta l'unanimità allora la deliberazione avverrà a maggioranza dei due terzi del numero complessivo dei componenti presenti, che deve contenere almeno due voti di ciascuno dei popoli costituenti.

Nel concreto il gruppo ha avviato i suoi lavori il **30 giugno** iniziando la [discussione sulla prima parte della legge elettorale](#). Inoltre, sono stati interpellati come esperti Pieter Van Nuffel della Commissione europea, Pierre Garrane e Michael Janssen della Commissione di Venezia e Raul Muresan dell'Ufficio OSCE per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR).

Il primo giro di lavori si è protratto per tutta l'estate e sono emerse sostanzialmente le diverse posizioni riguardo le parti più complesse della legge quali, ad esempio, l'ottava e la nona sulle elezioni dei Presidenti e del Parlamento. In particolare, sulle presidenziali già tempo erano state avanzate ipotesi di renderle indirette mentre per le politiche si è chiesto alla Commissione Elettorale Centrale una verifica degli elettori per ciascuna circoscrizione al fine di riproporzionare i candidati eleggibili nei diversi seggi.

In autunno, invece, i lavori del gruppo si sono orientati verso le consultazioni con gli esperti delle organizzazioni internazionali.

LA DICHIARAZIONE DEL FORUM INTERDIPARTIMENTALE PER L'INTEGRAZIONE EUROPEA

Il **3 giugno** si è tenuta la XII sessione del Forum interparlamentare per l'integrazione europea con il Presidente della Commissione mista parlamentare per l'integrazione europea e i suoi omologhi a livello locale. Al termine dell'incontro che si è tenuto a Brcko, è stata adottata una [dichiarazione congiunta](#) con cui si garantisce il mantenimento dei rapporti e dell'impegno la fine di realizzare il prima possibile le 14 priorità per l'ottenimento dello status di candidato.

LE RAGIONI SERBE AL BLOCCO DELLE ISTITUZIONI

Per discutere sulle ragioni del blocco dell'Assemblea è stata convocata [l'VIII sessione straordinaria](#) della Camera dei Popoli il **29 novembre** su richiesta di un gruppo di deputati. La conclusione serba non ha trovato la maggioranza interna a tutti i popoli per essere adottata ed è stata di conseguenza inviata alla Commissione per l'armonizzazione.

In particolare, i serbi assumono che le istituzioni sono bloccate per via dell'imposizione sulla penalizzazione del reato di negazione del genocidio proveniente dall'Alto Rappresentante (*v. Alto Rappresentante*) che in quanto organo straniero non dovrebbe avere alcuna giurisdizione all'interno del territorio bosniaco. Analogamente si contesta il ruolo e la validità delle sentenze della Corte Costituzionale per via della sua componente straniera e con particolare riferimento alla legge sulla proprietà (*v. [Croanche dei Balcani, maggio-agosto 2020](#)*). Le ragioni serbe sono sempre le stesse ovvero insistono sull'assenza della figura dell'Alto Rappresentante all'interno della Costituzione e sul carattere provvisorio dato alla presenza dei giudici "stranieri" nella Corte Costituzionale secondo Dayton.

GOVERNO

ANCHE IL GOVERNO SI IMPEGNA PER L'IMPLEMENTAZIONE DELLE SENTENZE EUROPEE

Il **21 giugno** il Consiglio dei Ministri ha approvato al punto 19 delle [sue conclusioni](#) il piano per l'implementazione delle sentenze della Corte EDU in particolare Sejdic-Finci, Pilav, e Pudarić. Ad ogni modo, il Governo prende atto che sono già in corso le riunioni del gruppo di lavori interdipartimentale per gli emendamenti alla legge elettorale (*v. [Bosnia – Parlamento](#)*) all'interno del quale sono compresi suoi membri scelti durante la [sessione](#) del **26 maggio**.

LA BOSNIA RIMANE SENZA BILANCIO PER IL SECONDO ANNO CONSECUTIVO

Il **30 dicembre** il Consiglio dei ministri della Bosnia-Erzegovina ha adottato la [Decisione sul finanziamento temporaneo delle istituzioni della Bosnia-Erzegovina e sugli obblighi internazionali della Bosnia-Erzegovina per il periodo gennaio-marzo 2022](#).

In quel periodo sono stati approvati fondi per un importo di 249 milioni di marchi o quasi 128 milioni di euro per il finanziamento delle istituzioni della Bosnia-Erzegovina. La Bosnia non ha adottato un bilancio per il 2021, né per il prossimo 2022. Alla sessione della Camera dei rappresentanti del **7 luglio**, l'ultima alla quale hanno partecipato rappresentanti di tutti i partiti dell'entità Republika Srpska, il progetto di legge sul bilancio per il 2021 è stato adottato ma solo in prima lettura.

PRESIDENTE

L'ARTICOLO 42 DEL REGOLAMENTO DELLA PRESIDENZA PREVIENE LO STALLO

Persiste il boicottaggio da parte del Presidente serbo Milorad Dodik che non presenzia nessuna nelle sessioni ordinarie dalla Presidenza.

Ad ogni modo conformemente all'articolo 42 [del Regolamento interno della Presidenza della Bosnia-Erzegovina](#) per mancanza di consenso, il Presidente della Presidenza inserisce il punto all'ordine del giorno della successiva sessione dove può essere approvato non all'unanimità ma a maggioranza dei membri. Tale articolo è stato oggetto di critiche da parte del Presidente Dodik in quanto ritenuto lesivo dell'interesse vitale dei popoli.

È risultato, comunque, valido ai fini dell'approvazione dell'Accordo internazionale con l'Unione Europea per l'implementazione del progetto di ricerca [Horizon Europe](#). Durante la sessione straordinaria convocata il **4 dicembre** dal Presidente Željko Komšić, infatti, l'assenza di Dodik aveva fatto saltare l'approvazione che ha dovuto attendere la sessione del **6 dicembre** durante la quale i voti favorevole del croato e del bosgnacco Šefik Džaferović sono stati sufficienti.

CORTE COSTITUZIONALE

RIGETTATO ANCHE IL RICORSO DI DODIK CONTRO LA LEGGE SULLA BANDIERA

Nel novembre 2019, Dodik aveva presentato ricorso alla Corte costituzionale con una richiesta di revisione della costituzionalità della [Legge sulla bandiera](#) così come emendata nel 2004. Il Presidente serbo, nella sua richiesta, non ha contestato l'aspetto e la forma della bandiera, o qualsiasi disposizione sostanziale della legge, ma ha contestato le procedure per l'adozione delle modifiche dal momento in cui non avrebbero compreso l'approvazione da parte della Presidenza. Ad ogni modo, per la Corte Costituzionale, come espresso nella [sentenza U 11/19](#) del **16 luglio** non vi sono irregolarità.

LA SENTENZA *CASUS BELLI* PER LA REPUBBLIKA SRPSKA

La Corte Costituzionale della Bosnia ed Erzegovina in sessione plenaria, nella sentenza [U 4/21](#) del **23 settembre** ha risolto la richiesta di sette membri del Consiglio dei Popoli della Republika Srpska che avevano impugnato la [Legge sulle foreste](#).

Ancora una volta, come per la legge sulle proprietà, la questione riguarda la gestione di territori che appartengono al demanio dello Stato e la cui competenza è dunque delle istituzioni centrali. Si tratta, dunque, di una materia che non può essere disciplinata a livello di Entità. Le disposizioni della legge impugnata si applicano a tutte le foreste e ai terreni forestali, indipendentemente dalla forma di proprietà. Ai sensi del suo articolo 2, le foreste e i terreni forestali sono beni naturali di interesse generale e godono di una cura e di una protezione speciali della Republika Srpska. I ricorrenti hanno, poi, evidenziato come attraverso l'articolo 3 di tale norma la RS abbia concesso titoli di proprietà là dove non ne era competente. La questione è la medesima della legge sulla proprietà già discussa dalla Corte ed è correlata al fatto che di tutti i diritti che derivano dalla successione dalla Jugoslavia è titolare la Bosnia-Erzegovina.

La reazione di Dodik alla sentenza è stata espressa in una dichiarazione nella quale ribadiva la mancanza di spazio per i serbi nella Bosnia di Dayton e di voler dunque far saltare il patto il prima possibile.

I due giudici serbi della Corte hanno confermato la loro volontà ad abbandonare l'istituzione dal momento in cui, numericamente, non erano comunque in grado di pesare sulle decisioni del *plenum*.

ALTO RAPPRESENTANTE

L'UTILIZZO DEI "POTERI DI BONN" MINACCIA L'INTEGRITÀ DEL PATTO DI DAYTON

Attraverso quelli che sono noti come i "Poteri di Bonn", che gli permettono di scavalcare il legislativo e le altre istituzioni della Bosnia, l'Alto Rappresentante uscente Valentin Inzko ha imposto il **7 luglio** le [modifiche al Codice penale](#) con cui si penalizzava il reato di negazione al genocidio.

La giustificazione dietro alla forza di tale intervento risiede nella minaccia proveniente da leader politici e personaggi pubblici rappresentata non solo dalla negazione del crimine in questione ma anche dall'apprezzamento di criminali di guerra.

Per tale ragione, il Codice penale comprende ora anche il reato di intitolare una piazza, via o altri luoghi pubblici a criminali internazionali o di distribuire premi o onori agli stessi con il rischio di tre anni di carcere.

Per chi invece distribuisce volantini o manifesta la propria negazione per il reato rischia un anno di reclusione.

La legge sugli emendamenti al Codice penale era la ragione per cui era iniziato il boicottaggio da parte dei rappresentanti serbi che sarebbe terminato solo con il ritiro del progetto di legge. Con l'imposizione da parte dell'Alto Rappresentante, un organo la cui legittimità non è riconosciuta dai serbi, il leader dell'SNSD Dodik ha dichiarato pronti tutti i rappresentanti serbi al ritiro definitivo dalle istituzioni bosniache e dalle forze armate. La minaccia si è concretizzata con le conclusioni dell'Assemblea Nazionale del **10 dicembre** (*v. Bosnia-Autonomia*)

AUTONOMIE

IN RS LE IMPOSIZIONI DELL'ALTO RAPPRESENTANTE NON HANNO PIÙ VALORE

Il **30 luglio**, in una sessione straordinaria tenutasi a porte chiuse, l'Assemblea Nazionale ha adottato una conclusione all'unanimità con cui ha adottato la legge sulla non applicazione della decisione dell'alto rappresentante Valentin Inzko (v. *Bosnia-Alto Rappresentante*) sulla proibizione del diniego del genocidio, la legge sulle modifiche al Codice penale della Republika Srpska, nonché la conclusione che respinge le decisioni dell'Alto Rappresentante.

LE CONCLUSIONI DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE DELLA RS

L'Assemblea Nazionale serba con 49 voti favorevoli e 3 contrari, ha approvato il **10 dicembre** una serie di conclusioni sul trasferimento delle competenze con cui avviare la secessione pacifica già annunciata da Dodik. In altre parole, si conferma il ritiro dei rappresentanti serbi da tutte le istituzioni comprese le Corti e anche dall'esercito della Bosnia. Conseguentemente la RS si doterà di un apparato istituzionale parastatale per prepararsi al distacco completo. Con le conclusioni si anticipa, quindi, l'istituzione di un esercito indipendente della Republika e di un Consiglio della Magistratura.

Durante la seduta dell'Assemblea, Dodik è intervenuto attraverso una lunga dichiarazione che sostanzialmente negava l'esistenza della Bosnia come Stato centrale come confermerebbe il fatto che anche tutti gli annessi degli Accordi di Pace di Dayton sono firmati dalle due Entità e non compare lo Stato centrale come autorità. Inoltre, secondo il leader dell'SNSD le decisioni prese a livello statale minerebbero gli interessi nazionali dei serbi impedendo loro lo sviluppo come popolo. Per tale ragione solo la Costituzione dell'Entità può essere valida dal momento in cui è l'unica che rappresenta, descrive e persegue gli interessi del popolo serbo. La presenza di istituti di diritto internazionale poi renderebbe la Bosnia lontana dall'essere uno Stato, l'accordo di Dayton è una realtà precaria secondo la sua interpretazione, e il distacco dalle autorità centrali è l'unico modo per non essere rovinosamente coinvolti dal prossimo e inevitabile fallimento dello Stato.

Il **23 dicembre** Dodik ha, infine, annunciato che a partire da gennaio l'Assemblea avrebbe varato una serie di leggi per rendere operativo ed effettivo il distacco dalle autorità centrali. I termini e i modi in cui queste leggi verranno varate non è ancora chiaro, ciò che però si teme è che anche l'intervento della giustizia centrale si sta rivelando inutile dal momento in cui i serbi non rispondono più all'autorità centrale.

APPROVATO IL BILANCIO DELLA RS

L'Assemblea Nazionale della RS ha approvato il bilancio per il 2022 per un importo di 4.024 miliardi di KM, durante la sessione speciale del **15 dicembre**.

Il ministro delle Finanze della RS Zora Vidovic, ha spiegato il Progetto di Bilancio per il 2022, sottolineando che si tratta in gran parte di un bilancio assistenziale, volto a proteggere la popolazione, vista l'inflazione mondiale, ma allo stesso tempo prevede un aumento dei salari dei lavoratori.

APPROVATA LA REVISIONE DI BILANCIO

Nella FBiH il bilancio è stato, invece, adottato dal Governo solo il **30 dicembre** mettendo a rischio ancora una volta la possibilità che venga approvato in tempi utili soprattutto considerando il persistente stallo istituzionale determinato dalle posizioni dei croati dell'HDZ. Secondo l'articolo 16 della [Costituzione della Federazione della BiH](#), il Presidente della Federazione scioglie entrambe le Camere quando non adottano il bilancio della Federazione prima dell'inizio dell'anno finanziario. L'ultima sessione del Parlamento è stata il **21 dicembre** quando ancora non era pronto il progetto di bilancio. La nuova legge prevede, comunque, un importo di 5.535.108.213 KM superiore di 53,8 milioni di KM rispetto al 2021. La struttura della proposta è, infine, caratterizzata da un aumento del gettito fiscale, in particolare dei contributi per l'assicurazione pensione e invalidità, e delle imposte indirette.

Croazia – Il conflitto istituzionale tra Plenković e Milanović impegna tutte le istituzioni

ELEZIONI

FINALMENTE ELETTO IL PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA

Le [elezioni locali](#) del **16 maggio** hanno rappresentato un test per il Governo a guida HDZ in un momento particolarmente delicato date le vicissitudini processuali di Plankovic e l'attrito con il Presidente Milanović per la nomina del Presidente della Corte Suprema. Al primo turno sono state ben 70 le città in grado di eleggere un sindaco. Tra questi primi vincitori 36 sono dell'HDZ ovvero 6 in meno rispetto al 2017, mentre 13 del SDP, ovvero uno in più rispetto al primo turno delle elezioni locali nel 2017.

Il sindaco eletto con maggior successo è stato l'indipendente Nikola Gospočić, che è stato rieletto per un altro mandato a Donja Stubica con l'83,01% dei voti. Nella legislatura precedente è stato membro dell'SD. Un altro sindaco indipendente, Dinko Burić, ha ottenuto l'82,15% del sostegno per il suo nuovo mandato di sindaco nella città orientale di Belišće.

Tra i partiti regionali, il Partito Democratico Istriano (IDS) rimane il più forte. Nel primo turno di votazioni, cinque suoi candidati sono stati eletti sindaci.

Il secondo turno del **30 maggio** è andato decisamente meglio per l'HDZ che ha vinto 15 su 20 mandati.

Per quanto riguarda Zagabria il **16 giugno** è stato firmato un accordo tra Možemo! del sindaco Tomislav Tomašević e il presidente del Partito socialdemocratico (SDP) Peđa Grbin per la maggioranza all'Assemblea cittadina. L'accordo contiene 28 obiettivi, comprese le politiche sociali e abitative, la protezione dell'ambiente, la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico e il drenaggio e il trasporto sostenibile. cultura, educazione.

PARTITI

HDZ CONTRO IL CAPO DI STATO

Lo scontro istituzionale tra il Primo Ministro Plenković e il Presidente Milanović ha coinvolto l'HDZ per intero. Infatti, il partito ha preso una netta posizione espressa nei social il **12 maggio** definendo il Capo dello Stato come "clown" con riferimento alla questione sulla nomina dei giudici della Corte Suprema (v. *Croazia-Giustizia*). Il commento arriva come risposta ad un post

pubblicato da Milanović in cui si rivolge a Plenković apostrofandolo “figlio adottivo del comunismo”. Milanović non è nuovo a commenti del genere nei confronti di Plenković o di altri membri dell’HDZ e già nel 2016 aveva avuto modo di utilizzare termini poco appropriati che non ha esitato a ripetere. La differenza è che nel 2016 non ricopriva la carica di garante dello Stato. Posizioni partigiane e di scontro rispetto al Governo e alle altre istituzioni stridono fortemente con il ruolo che la Costituzione attribuisce al Presidente che dovrebbe essere di collaborazione e controllo.

LA REAZIONE DELL’SDP ALLA SCONFITTA ELETTORALE

A seguito delle sconfitte elettorali il Comitato Centrale dell’SDP ha deciso, il **13 giugno**, di sciogliere le sezioni di Zagabria, Slavonski Brod e della contea di Međimurje. I voti con cui si è deliberato sono, nel caso di Zagabria, 57 membri a favore e 21 contrari e un astenuto; lo scioglimento del ramo di Slavonski Brod è stato sostenuto, invece, da 61 membri mentre 18 hanno votato contro, infine, del ramo della contea di Međimurje 62 membri a favore, 19 hanno contro e due astenuti.

Inoltre, il **28 luglio** la dirigenza dell’SDP ha anche espulso sei membri del partito. Si tratta del deputato ed *ex* ministro Ranko Ostojić, dei parlamentari ed *ex* segretari generali Zvane Brumnić e Nikša Vukas, della deputata Marina Opačak Bilić coinvolta in uno scandalo finanziario, e dell’*ex* capo della filiale di Zagabria Gordan Maras e di Tihomir Barišić. Le ragioni della loro espulsione sono di natura politica dal momento in cui è stato proprio il loro poco impegno e partecipazione attiva durante le elezioni ad aver pregiudicato il mantenimento della loro tessera.

Con questa decisione, però, l’SDP è rimasto senza quattro deputati e scende a 28 seggi nel Sabor a partire dal **2 ottobre** quando il comitato principale ha stabilito che l’estromissione era incompatibile implicava anche l’abbandono del gruppo parlamentare. Ciò è stato approvato con il voto favorevole di 58 e solo 8 contrari e 5 astenuti.

NUOVI LEADER PER ALCUNI PARTITI

Nel periodo in esame alcuni partiti minoritari hanno rinnovato la loro leadership

Il **26 giugno** il deputato rappresentante della minoranza ungherese al Parlamento croato, Robert Jankovics, è stato rieletto presidente dell’Unione democratica degli ungheresi della Croazia (DZMH) per altri quattro anni.

Il **6 settembre** anche il partito Istriano (IDS) ha eletto il suo Presidente scegliendo Dalibor Paus.

Infine, il **9 ottobre** anche del Movimento per la patria ha eletto all’unanimità l’unico candidato ovvero il sindaco di Vukovar Ivan Penava in occasione di un’Assemblea straordinaria del partito. Il nuovo presidente ha affermato di avere come scopo quello di rivendicare la Croazia da coloro che l’hanno persa e che quindi Movimento per la patria non dovrà avere più le sembianze di un partito ma di guida verso questo obiettivo. I toni nazionalisti e conservatori di Penava sono in piena linea con l’ideologia del partito.

PARLAMENTO

IL MINISTRO DELLA SALUTE AL BANCO DI PROVA PARLAMENTARE

Il **4 maggio** è stata presentata una mozione di sfiducia ai danni del Ministro della Sanità Beros. L’iniziativa è stata firmata da tutti i gruppi di opposizione ad esclusione dei sovranisti croati che hanno, però, annunciato che voteranno a favore. Tale mossa è stata giustificata sulla base dei

debiti accumulati nel sistema sanitario che hanno comportato la sospensione delle consegne di medicinali agli ospedali al culmine della pandemia. Sempre imputabile al Ministro, poi, la registrazione di grossi problemi anche con il sistema vaccinale. Inoltre, sembrerebbe che l'appalto per la piattaforma digitale per la prenotazione dei vaccini sia stata affidata ad una società vicina a Beros. Il Ministro ha comunque superato la prova parlamentare grazie ai 75 voti contro la mozione e solo 57 in favore.

IL SABOR VERSO LA NORMALITÀ

Dall'**8 giugno** il Sabor su dichiarazione del suo Presidente Gordan Jandroković aumenterà la sua capienza da 44 a 77 deputati, su 151 seggi, dal momento in cui la situazione epidemiologica era in fase di miglioramento. Della totalità dei deputati ammessi solo 71 potranno sedere nell'aula parlamentare gli altri seguiranno da altre stanze limitrofe.

UN NUOVO BLOCCO DI DESTRA

L'opposizione di destra in Croazia si tinge sempre più di toni nazionalistici e sovranisti e anche il dibattito e la composizione parlamentare ne vengono condizionati. Il **2 ottobre**, infatti, il Partito conservatore croato, Hrast e la Generazione del rinnovamento si sono uniti al gruppo parlamentare del Partito dei Sovranisti formando un unico blocco politico all'interno del Sabor.

APPROVATO IL REPORT DEL GOVERNO

Con 76 voti a favore e 41 contro il Sabor ha approvato il Report annuale del Governo il **29 ottobre**.

Secondo il documento a partire dal 1° gennaio il salario minimo sarà aumentato di un importo netto di 350 HRK da 3.400 HRK a 3.750 HRK, ovvero del 10,3% per 51.000 lavoratori.

Presentando il rapporto, Plenković ha ribadito l'importanza della demografia e ha annunciato che l'anno prossimo il Governo aumenterà l'indennità parentale a 7.500 HRK per i genitori dipendenti e autonomi, oltre a introdurre un congedo parentale di 10 giorni per i padri dipendenti e autonomi.

IL SABOR APPROVA EMENDAMENTI ALLA LEGGE SULLA RICOSTRUZIONE DI ZAGABRIA

Il Sabor ha modificato il **29 ottobre** la [Legge sulla ricostruzione dopo il terremoto](#) sul disegno di legge adottato dal Governo il **9 settembre**, aprendo la strada alla semplificazione e all'accelerazione della ricostruzione e rimuovendo le strozzature emerse nel processo di ricostruzione. Gli emendamenti sono stati approvati con 76 voti favorevoli, 7 contrari e 35 astensioni. Di conseguenza, i cittadini non saranno più tenuti a coprire il 20% del costo della ricostruzione strutturale. A Zagabria il Governo coprirà l'80% dei costi e il Comune il 20%, mentre nella regione di Banovina il costo sarà interamente coperto dal Governo.

IL BILANCIO PASSA CON IL VOTO DEL SABOR

L'**8 dicembre** il Sabor ha approvato il [Bilancio per il 2022](#) con proiezioni per il 2023 e il 2024, con il voto favorevole di 77 parlamentari, uno in più dei 76 richiesti, e 49 contrari. Tale maggioranza ha permesso che fosse accettata la richiesta del Governo di accogliere solo 9 dei 450 emendamenti presentati, 4 proposti dalla maggioranza e 5 dall'opposizione. Questi ultimi provengono dal blocco verde-sinistra, dal Partito democratico istriano (IDS) e dai parlamentari

Željko Lenart (Partito contadino croato), Vesna Vučemilović (sovraniisti croati) e Boška Ban Vlahek (Partito socialdemocratico).

Sulla base delle modifiche da loro richieste, sono stati aumentati i finanziamenti per la fornitura di alloggi per le vittime di violenza domestica, il rinnovamento di alcuni edifici di cultura. Si tratta in definitiva di 164,5 miliardi di HRK di entrate, quasi 174 miliardi di HRK di spese e un disavanzo di bilancio di oltre 9 miliardi di HRK.

IL SABOR SI ESPRIME SUL GREEN PASS E APPROVA LE SANZIONI

Il Governo croato ha approvato il **23 novembre** un disegno per emendare la [Legge sulle malattie infettive](#) ed introdurre sanzioni per chi non è provvisto di Green Pass dalle 30.000 alle 50.000 HRK.

Il progetto di legge è approdato in Parlamento il **2 dicembre** e la prima discussione è stata fissata per il **10 dicembre**. Il dibattito si è focalizzato sulla costituzionalità o meno del certificato poiché, secondo i deputati Most in particolare, si andrebbe a limitare la libertà di movimento creando anche delle forti discriminazioni tra i cittadini. I rappresentanti dell'HDZ hanno risposto che tale differenza e limitazioni non sussisterebbero se tutti si dotassero di Green Pass e che, comunque, si tratta di una scelta personale e non di un'imposizione.

Il **14 dicembre**, Sandra Benčić, deputata della coalizione dei Verdi, ha raccolto le 34 firme necessarie per presentare un'istanza dinnanzi alla Corte Costituzionale per verificare la costituzionalità dei certificati. Secondo i richiedenti, infatti, tutte le misure che incidono sui diritti fondamentali dovrebbero essere adottate con la maggioranza parlamentare dei due terzi in conformità con l'articolo 17 della Costituzione. Dunque, non si mette in dubbio tanto la legittimità del contenuto dei certificati quanto la procedura con cui sono state approvate le misure che lo hanno introdotto. Ad ogni modo, il **15 dicembre**, con 76 voti a favore e 27 contro, è passato il provvedimento sulle sanzioni per il mancato possesso del Green Pass.

GOVERNO

PIANO CROATO PER LA RIPRESA E LA RESILIENZA

L'**8 maggio** è stato trasmesso a Bruxelles il [Piano croato per la ripresa e la resilienza](#) (PCRR) che servirà alla gestione di un'enorme iniezione di 49 miliardi di HRK. Le oltre 1.100 pagine elencano 77 riforme e 152 investimenti che il Governo ha immaginato come trampolino di lancio dalla ripresa dall'attuale crisi determinata dal Covid-19 fino ad una vera e propria trasformazione dell'economia. Il piano prevede cinque componenti: 26,2 miliardi dell'importo totale (54%) dovrebbero essere versati nell'economia, 4,36 miliardi (10%) nella pubblica amministrazione, nella magistratura e nel demanio mentre 7,5 miliardi (15%) nell'istruzione, nella scienza e nella ricerca, poi, per il mercato del lavoro e la protezione sociale, altri 2,09 miliardi (4%) e, infine, per il sistema sanitario 2,56 miliardi (5%). Una grande quantità di questi fondi, 5,95 miliardi, è destinata ad iniziative di ristrutturazione edilizia.

L'effetto dovrebbe riflettersi nelle più ottimistiche delle ipotesi nella crescita del 5,2 per cento del PIL reale, che senza di essa si sarebbe fermata al 4,9 per cento. L'anno prossimo, la crescita dovrebbe raggiungere il 6,6% invece di quello che sarebbe stato il 5,2% senza un tale piano, nel 2023 dovrebbe raggiungere il 4,1% invece del 2,7%. Nel 2024 il PIL croato dovrebbe crescere del 3,4% invece del 2,5% e nel 2025 del 2,7% invece del 2,5%. Bruxelles ha comunque già avvertito che i pagamenti saranno subordinati al raggiungimento di obiettivi ben precisi.

LA CROAZIA VERSO L'EURO

Il **16 settembre** il Governo ha approvato una conclusione in cui si elencavano 118 leggi e 79 regolamenti da modificare entro il 15 luglio del 2022 al fine di rimanere sulla strada verso l'euro poiché il termine ultimo per aderire è il 2023. La lista è frutto del lavoro di diverse agenzie competente che nel mese precedente avevano intercettato tutte le norme che necessitavano di una modifica per poi rendicontare al Ministro delle Finanze Zdravko Marić.

Queste leggi sono state inglobate nel [piano sulle attività legislative del 2022](#) adottato dal Governo il **30 dicembre**. Nel progetto governativo sono previste 195 nuove leggi nei quali già sono compresi 78 disegni di legge relativi all'adozione dell'euro. Altre 11 leggi, invece, saranno destinate al PCRR croato.

INTRDOTTO IL GREEN PASS

Il **28 settembre** il Governo ha annunciato che secondo quanto stabilito dal Team per la gestione pandemica il Green Pass sarebbe stato obbligatorio a partire dal **4 ottobre** per tutto il personale medico sanitario. Il **14 novembre**, l'obbligo del certificato è stato esteso a tutti gli impiegati statali. Anche in Parlamento dal **15 novembre**, data dell'entrata in vigore del provvedimento, è stato possibile accedere solo se muniti di Green Pass. Il Presidente Gordan Jandroković ha confermato che i deputati sprovvisti potranno seguire i lavori d'Aula telematicamente.

PRESIDENTE

MILANOVIĆ NON CEDE SUL PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA

Il **4 maggio** il Presidente Milanović, nonostante la sentenza della Corte Costituzionale (v. [Cronache dei Balcani, gennaio-maggio 2021](#)) ha ribadito che il suo candidato come Presidente della Corte Suprema rimane il Professor Zlata Đurđević poiché la sua competenza e capacità e il suo programma per rinnovare l'intera giustizia è il più valido mai proposto. Milanović ha poi asserito, l'**11 maggio**, che l'HDZ non dovrebbe partecipare ad un'eventuale votazione per la nomina di Đurđević dal momento in cui a causa delle accuse e condanne di corruzione che gravano su Plenković e altri suoi membri si creerebbe un conflitto di interesse.

GIUSTIZIA

FINALMENTE ELETTO IL PRESIDENTE DELLA CORTE SUPREMA

Dopo che Milanović aveva spinto per la nomina a Presidente della Corte Suprema del suo protetto Zlata Đurđević il procedimento di candidature era stato riaperto dal Consiglio della Magistratura di Stato. Di conseguenza, il **18 maggio**, la Corte Suprema riunita in seduta generale ha valutato i cinque candidati senza esprimere un giudizio positivo su nessuno. Alla sessione hanno partecipato 33 dei 35 giudici totali di tutti i dipartimenti della Corte suprema. Zlata Đurđević, ha ricevuto un voto da tutti i giudici presenti alla sessione generale mentre gli altri candidati non ne hanno ricevuto nessuno.

Intanto il **25 giugno**, con 81 voti contro e 37 favorevoli il Sabor ha rigettato la nomina di Đurđević. Due giorni dopo il Consiglio della Magistratura di Stato ha deciso di convocare una terza chiamata.

Il **20 luglio** è anche ufficialmente scaduto il mandato del Presidente della Corte Suprema Đuro Sessa e gli è subentrato il vicepresidente Marin Mrčela come previsto dalla legge.

Il **7 agosto** è spirato il termine per presentare le candidature e il Consiglio della Magistratura ha raccolto cinque domande di cui non valida. Il **10 settembre** i candidati si sono presentati dinnanzi alla Commissione parlamentare per la giustizia che per più di 7 ore li ha interrogati. Nonostante ciò, dopo la seduta è stato annunciato il rinvio della delibera poiché un deputato dell'HDZ, Krunoslav Katičić, ha espresso la necessità di approfondire le indagini sul nuovo nome sostenuto da Milanović ovvero Radovan Dobronić.

La votazione si è tenuta il **6 ottobre** e Dobronić ha ottenuto l'approvazione unanime, anche il Presidente ad interim ha ottenuto un giudizio positivo. Il Sabor in seduta plenaria ha votato il **15 ottobre** nominando con 120 voti a favore e 3 contro Radovan Dobronić ponendo finalmente fine al lungo procedimento.

CORTE COSTITUZIONALE

ELETTO IL PRESIDENTE DELLA CORTE

L'**11 ottobre** la Corte Costituzionale ha confermato Šeparović alla guida del tribunale dopo la sua prima elezione nel 2016. Il suo nuovo mandato scadrà, invece, il 12 ottobre 2025. La procedura di voto avviene a porte chiuse con scrutinio segreto e per la scelta del Capo della Corte sono necessari 7 voti su 13.

LA CORTE SI ESPRIME SULLA QUESTIONE GREEN PASS

La Corte Costituzionale ha deciso il **21 dicembre**, a maggioranza dei giudici costituzionali, con dieci voti favorevoli e tre contrari, sulla costituzionalità dei certificati Covid (v. *Croazia-Parlamento*). Il sistema nazionale dei certificati adottato dal Governo ha una base scientifica e la sede è competente ad adottare queste misure. Il provvedimento è, poi, idoneo alla tutela della salute, non rappresenta un onere eccessivo per i destinatari e non vi è alcuna discriminazione perché non implica la vaccinazione obbligatoria. La sua validità deriva poi dal fatto di essere basata sul lavoro scientifico e professionale.

Macedonia del Nord - La crisi politica tra questione identitaria e delusioni in Europa

ELEZIONI

DALLE ELEZIONI LOCALI SI DECIDE IN DESTINO DEL GOVERNO

Nonostante la coincidenza con il [censimento](#), il Primo Ministro Zoran Zaev ha sciolto la riserva il **27 luglio** proponendo di rispettare le previsioni della [legge elettorale in materia di elezioni locali](#) e fissare il primo turno al **17 ottobre**. Ciò in considerazione del fatto che i precedenti turni del censimento si sono svolti in 20 giorni, in questo caso ne sono previsti 30 e dunque si auspica un certo anticipo sulla raccolta dei dati. La proposta è stata, comunque, poi ufficializzata dal presidente dell'Assemblea, Talat Xhaferi, che ha firmato l'atto di convocazione

l'8 agosto. Intanto, già da diverse settimane, le forze politiche avevano cominciato ad organizzarsi sondando il terreno per eventuali alleanze.

Per quanto riguarda i partiti al Governo la decisione è stata presa il **22 luglio** dopo un incontro tra Zaev e i leader di coalizione. Si è stabilito di mantenere saldo il patto di Governo e di concorrere quindi insieme. Tra SNSD e DUI si è, in particolare, pattuito di sostenere lo stesso candidato in alcuni casi già dal primo turno e in altri dal secondo. Il **30 luglio** l'SDSM ha allargato la sua rete di alleanze inserendo anche BESA dopo un colloquio con il suo leader Bilal Kasami, sul piano dell'azione politica i due partiti si trovano in linea e ciò rappresenta un potenziale da investire in termini elettorali.

Il **29 luglio** il partito di opposizione VMRO-DPMNE aveva lanciato un appello a tutti i partiti anti-governativi per costituire una coalizione. Ad ogni modo, il **16 agosto** Mickoski ha proceduto a rendere pubblica la lista dei candidati sindaci.

Dei più di 60 sindaci da eleggere ben 29 sono stati scelti al [primo turno](#) preannunciando una drammatica sconfitta per le forze governative. Infatti, VMRO-DPMNE ha vinto in ben 17 comuni contro i 9 di SNSD e 3 di DUI.

La sconfitta è stata confermata dal [secondo turno](#), celebratosi il **31 ottobre**, dopo il quale il maggior partito di opposizione ha ottenuto altri 20 comuni mentre SNSD solo 7 uguagliato da DUI.

La palese sconfitta non ha bisogno di grandi elaborazioni per essere facilmente interpretata. È ovviamente frutto delle aspettative disattese dinnanzi alla prospettiva europea e alla delusione per i troppi compromessi in termini identitari a cui il Governo ha ceduto senza neppure ottenere i risultati auspicati. La questione con la Bulgaria e il terrore che la lingua e la tradizione del popolo macedone possano essere messi in discussione per una possibilità di integrazione europea sono stati decisivi per il crollo dell'SNSD.

Il prezzo pagato dai macedoni per far parte del mondo occidentale è stato fino ad ora ritenuto troppo alto e le elezioni amministrative sono un'ottima occasione per dare l'avviso al Governo. Si potrebbe dunque trattare solo di un avvertimento, ma le forze moderate sono decisamente sotto scacco.

Non è dunque solo il fallimento oggettivo delle elezioni locali che condurrà Zoran Zaev a lasciare la leadership del partito e la guida del Governo, ma è anche la consapevolezza di aver fallito e deluso il proprio elettorato e che gli sforzi di mediazione non sono serviti alla pace sociale, anzi, hanno forse aperto una nuova faglia all'interno della comunità.

PARTITI

L'SDSM TENTA LA RINASCITA

Nel periodo in esame l'SDSM è stato soggetto ad una ristrutturazione del personale che ha coinvolto quasi tutti i livelli. In primis, il **16 maggio** in occasione del Congresso tenutosi telematicamente è stato eletto il nuovo Vicepresidente, Lukarevska scelto con 682 voti favorevoli e solo 2 contrari, e sono stati nominati anche i membri del Comitato Centrale e del Comitato Esecutivo. L'allora leader del partito Zoran Zaev aveva aperto il Congresso annunciando un cambio generazionale nella dirigenza del partito. L'occasione è stata colta anche per fare un bilancio sul partito elogiando i progressi registrati dalla Macedonia del Nord negli anni di Governo dell'SDSM dopo aver ricevuto l'eredità di un decennio di amministrazione VMRO-DPMNE. Zaev ha sostenuto che in questi anni le forze democratiche della Macedonia hanno dovuto combattere due battaglie contro i nemici esterni, evidentemente la Grecia e ora la

Bulgaria, ma anche contro avversari interni rappresentati proprio dal partito ultranazionalista VMRO-DPMNE orientato su linee anti-sistemiche.

Un'altra importante novità per il partito è arrivata il **30 ottobre** con le dimissioni da Primo Ministro e da leader del partito presentate da Zoran Zaev a seguito del fallimento contingente delle amministrative ma anche per via dello spettro del persistente blocco d'accesso all'Europa. L'annuncio è stato seguito dalle dimissioni dell'intera dirigenza in occasione della riunione di vertice del **5 novembre**. Il Consiglio centrale dell'SDSM ha formalizzato le sue dimissioni il **27 novembre** fissando anche le prossime elezioni per il successore di Zaev il giorno **12 dicembre**.

Come preannunciato con 37.000 preferenze su 44.000 voti ha prevalso l'ex Ministro delle Finanze Dimitar Kovacevski che è stato poi anche eletto candidato Primo Ministro in occasione della riunione del Consiglio centrale del **27 dicembre**.

IL RILANCIO DEL VMRO-DPMNE

Il maggiore partito di opposizione della Macedonia del Nord ha preso una netta e prevedibile posizione contro alle trattative del Governo con Sofia. La retorica nazionalista dell'VMRO-DPMNE viene in questo caso investita per mettere in guardia gli elettori da compromessi eccessivamente al ribasso in termini identitari. In concreto il leader Hristijan Mickoski ha promosso una serie di proteste a partire dall'**8 giugno** a Skopje e in altre 10 città del Paese chiedendo a Zaev che rendesse pubbliche le negoziazioni e l'accordo con il Governo provvisorio bulgaro. Le proteste hanno continuato a bloccare la capitale ed altre importanti centri urbani settimanalmente.

Con la crisi di Governo il VMRO-DPMNE ha cercato un suo spazio nella regia per la formazione del nuovo Esecutivo avanzando la proposta, ufficializzata il **17 dicembre**, di promuovere come nuovo Primo Ministro il leader di Alternativa Afrim Gashi. Ad ogni modo, Gashi ha declinato l'offerta affermando che al momento il partito è impegnato in altre questione interne e non può prendersi la responsabilità della guida del Governo.

Il giorno successivo, durante il XVII Congresso, Mickoski ha esposto il suo progetto del "Nuovo accordo-patriottismo comune" basato sulla stessa logica della proposta di risoluzione della questione bulgara (v. *Macedonia del Nord-Parlamento*) ovvero di formare una coalizione che comprenda il più ampio numero di forze politiche possibili e che metta dinnanzi a tutto la necessità di riaffermare la propria identità nazionale come punto di partenza per ristabilire la pace sociale nel Paese e recuperare la strada dello sviluppo economico e delle relazioni internazionali.

LA RISOLUZIONE PER LA QUESTIONE BULGARA PROPOSTA DAL VMRO-DPMNE

Durante la conferenza stampa del **2 luglio**, Mickoski ha anticipato la prossima azione parlamentare da parte del gruppo di VMRO-DPMNE ovvero la proposta al *plenum* di adottare all'unanimità un documento per la soluzione del caso bulgaro. La risoluzione sarebbe dovuta essere approvata necessariamente da tutte le forze politiche per rappresentare al meglio la posizione forte e incontrastabile della Macedonia del Nord nei confronti della sua identità. Si tratta di un documento che riporta gli studi e i pareri già pubblicate dall'Accademia delle scienze e delle arti macedone (MANU) e dall'Università "Cirillo e Metodio" di Skopje.

Alla base della risoluzione deve essere ribadito che l'accordo con la Bulgaria va preso osservando il diritto internazionale, senza alcuna condizione da una parte o dall'altra e nel rispetto della dignità del popolo macedone. È richiesto, poi, di considerare le conoscenze accertate e le teorie adottate nell'ambito della ricerca sugli studi slavi contemporanei, della linguistica, della storiografia e del diritto internazionale.

Su queste basi si assume primariamente che la lingua macedone e la sua diversità dialettale hanno una propria continuità spaziale e temporale. Riguardo alla sua identità deve ammettersi che trae la sua legittimità da molti secoli di tradizioni, costumi, memoria collettiva, lingua e consapevolezza articolata dell'unicità etnoculturale. Il tutto legato all'appartenenza a una particolare area geografica.

Inoltre, la posizione della Macedonia del Nord deve essere assunta tenendo conto delle Convenzioni internazionali universalmente accettate e delle Dichiarazioni delle Nazioni Unite sul diritto all'autodeterminazione e sui diritti umani e le libertà. Mickoski si è detto, comunque, pronto per un dibattito e per uno scambio di opinioni con le altre forze politiche rappresentate in Parlamento.

Il **5 luglio** è arrivata la risposta positiva da parte dell'SNSD che attraverso il suo portavoce Kostadin Kostadinov accettava i punti della risoluzione. Si aggiungeva solo la richiesta di far approvare la risoluzione nei limiti della Costituzione consegnando il testo a ciascun deputato affinché potesse esprimersi con cognizione di causa. Il **6 luglio** DUI ha chiesto una riformulazione dei termini del documento che garantisse l'inclusione anche della minoranza albanese. Il documento è arrivato in Aula l'**8 luglio** (v. *Macedonia del Nord-Parlamento*).

CONFERMATO ACCORDO DI GOVERNO

Il **16 dicembre**, il Primo Ministro, Zoran Zaev, il presidente dell'SDSM Dimitar Kovacevski e il presidente della DUI Ali Ahmeti si sono incontrati nell'ambito delle riunioni consultive sulle priorità del Governo, assumendosi la responsabilità di continuare a garantire la maggioranza parlamentare. Zaev, Ahmeti e Kovacevski hanno, poi, concordato sul fatto che il nuovo Governo sarà pienamente concentrato sullo sviluppo accelerato del Paese seguendo il percorso euro-atlantico e sul trovare soluzioni alle sfide nelle relazioni con la Bulgaria per avviare finalmente i colloqui di adesione all'UE.

PARLAMENTO

APPROVATI EMENDAMENTI ALLA LEGGE ELETTORALE

Durante l'estate il dibattito parlamentare si è concentrato sugli emendamenti alla [Legge elettorale](#) da adottare già per le elezioni locali calendarizzate per il **17 ottobre**.

Il **23 giugno** i partiti erano particolarmente vicino ad un accordo che avrebbe reso la legislazione macedone più vicina agli standard consigliati dall'OSCE e dall'ODHIR. In particolare, si è insistito molto sull'introduzione delle liste aperte. La proposta è arrivata da alcuni partiti minori e con il sostegno dell'SNSD. Si è poi discusso sull'adozione di regole per garantire la parità di genere. Tali modifiche hanno trovato anche l'accordo del VMRO-DPMNE soprattutto per quanto riguarda le liste aperte in quanto ritenute garanti di processi di selezione più trasparenti e democratici. La nuova norma ha trovato però il no di LDP e DOM non disposti a votare la legge senza l'approvazione degli emendamenti da loro proposti relativi alla soglia di sbarramento. I loro rappresentanti hanno, infatti, richiesto che la soglia del 3% venisse alzata al 10 se non persino abolita. Si chiedeva anche un riproporzionamento dei fondi a titolo di rimborso elettorale concesso ai partiti minori facenti parte di coalizioni. Su tali questioni il **28 luglio** il procedimento si è arenato e il **15 agosto** è arrivata la conferma da Zaev che sarebbe ripreso solo dopo le elezioni.

Dopo l'estate, però, la questione è improvvisamente tornata in auge e il **15 settembre** l'Aula ha ripreso a discuterne nonostante l'OSCE avesse richiesto l'approvazione di emendamenti alla materia elettorale non oltre i sei mesi prima di una competizione.

Gli emendamenti approvati alla legge elettorale riguardano sostanzialmente la propaganda politica a pagamento distribuita da emittenti televisive. La norma così modificata offre una base di nove minuti e mezzo per ciascun partito rappresentato in Parlamento e le prime forze sia di maggioranza che di opposizione possono far richiesta di un massimo di quattro minuti *extra* ma alle forze politiche non rappresentate, invece, viene concesso un minuto. Non viene risolta, dunque, la questione della disparità di trattamento tra grandi e piccoli partiti che era proprio alla base dello scontro di fine luglio.

Alcune nuove disposizioni, poi nel rispetto delle [indicazioni dell'OSCE](#) impongono ai candidati a qualsiasi carica elettiva di dichiarare alla Commissione Statale per la Prevenzione della Corruzione una serie di beni di cui sono in possesso al fine di prevenire il reato di corruzione. Anche il sistema sanzionatorio viene modificato in termini di severità. La legge regola, infine, anche le modalità di voto con impronta digitale, con documenti scaduti, nonché il mandato quinquennale della Commissione Elettorale Centrale (SEC).

ADOTTATE LE LINEE-ROSSE PER LA BULGARIA

L'**8 luglio** è approdata in Parlamento la risoluzione proposta da VMRO-DPMNE sulle cosiddette "linee-rosse" della Macedonia del Nord nei confronti della Bulgaria.

Il documento dovrebbe determinare la posizione della Macedonia rispetto alla Bulgaria e nelle sedi dei futuri colloqui con l'UE. Per la portata così ampia e generale il VMRO-DPMNE aveva auspicato l'approvazione unanime ma già a livello di dialogo tra partiti la speranza si era dissolta (*v. Macedonia del Nord-Partiti*).

La votazione del documento è avvenuta il **29 luglio**, durante la [47^a sessione parlamentare](#), l'ultima prima della chiusura. È spesso avvenuto, in Macedonia che in chiusura si approvassero tutte quelle leggi che in condizioni di maggiore calma non avrebbero avuto gli stessi numeri. Si tratta quindi spesso di provvedimenti presi al ribasso tra accordi e concessioni reciproche tra i partiti. In questo caso, però, la risoluzione è stata approvata con 95 voti a favore, nessun contrario e un'astensione. Prima del voto finale si erano registrati alcuni attriti con il partito di maggioranza, l'SNSD che ha preteso comparisse il nome costituzionale nel documento dal momento in cui nella proposta VMRO-DPMNE compariva solo "Macedonia".

BOICOTTATO IL VOTO DI SFIDUCIA A ZAEV

A seguito della sconfitta alle elezioni locali il Primo Ministro Zoran Zaev aveva assicurato le sue dimissioni. Dal momento in cui il **7 novembre** non erano ancora state presentate il leader del VMRO-DPMNE Mickoski ha annunciato la proposta di voto di sfiducia. Il giorno dopo 61 deputati dell'opposizione hanno presentato la richiesta in Aula ma il **10 novembre** 17 deputati si sono ritirati perché Alternativa aveva avanzato dei dubbi sulla possibilità di raggiungere i numeri necessari.

Il voto era calendarizzato per l'**11 novembre** ma alla sessione mattutina erano solamente 60 i presenti mentre nel pomeriggio il numero era sceso a 58. Il Governo è rimasto dunque in piedi senza tuttavia avere la maggioranza disponendo di soli 59 voti e di conseguenza l'opposizione ha potuto giocare la strategia della minaccia del blocco.

GOVERNO

ZAEV DIFENDE L'IDENTITÀ MACEDONE A BRUXELLES

Durante il suo viaggio a Bruxelles Zaeva ha avuto modo di confrontarsi per la questione bulgara. Il **10 maggio** accompagnato dal Vice Primo Ministro per gli Affari Europei Nikola Dimitrov, dal Ministro degli Affari Esteri Bujar Osmani e dal Capo della Missione Permanente della Macedonia presso l'Ue Agneza Rusi-Popovska, ha incontrato il Commissario Ue per la politica di vicinato e l'allargamento UE Oliver Varhej e successivamente il Presidente della Commissione Ursula von der Leyen. In entrambe le riunioni il Primo Ministro macedone ha ribadito le sue speranze nel nuovo Governo tecnico di Sofia e che comunque non scenderà ad alcun compromesso sul ridimensionamento dell'identità del suo popolo. La speranza è quella di avviare i primi colloqui durante la presidenza portoghese.

IL LUNGO ITER DELLE DIMISSIONI DI ZAEV

La [Costituzione](#) e il [Regolamento parlamentare](#) disciplinano la procedura in caso di dimissioni del Capo dell'Esecutivo. Zoran Zaev, il **30 ottobre**, ha annunciato le dimissioni dalla carica di Primo Ministro, nonché dalla posizione di leadership nell'SDSM dopo la sconfitta del suo partito alle elezioni locali. Zaev ha invitato i presidenti o vicepresidenti dei partiti dell'attuale maggioranza parlamentare per i primi colloqui sul suo successore e per la formazione di un nuovo Governo. Sarebbe poi dovuta essere anche decisa la sessione parlamentare per la discussione sulle dimissioni.

Secondo l'articolo 93 della Costituzione, infatti, le dimissioni del Primo Ministro, la sua morte o la sua incapacità permanente all'esercizio della sua funzione, comportano le dimissioni del Governo. Ai sensi dell'articolo 219 del Regolamento parlamentare, poi, le dimissioni del Governo o del Primo Ministro devono essere presentate al Presidente dell'Assemblea per iscritto e possono essere motivate. Le dimissioni sono immediatamente presentate dal Presidente dell'Assemblea ai membri del Parlamento e al Presidente della Repubblica. Inoltre, l'articolo 220 prevede che l'Assemblea nella sessione successiva concluda che il mandato del Presidente del Consiglio scade il giorno della sessione. I leader degli altri partiti di maggioranza hanno però rifiutato l'ipotesi delle dimissioni di Zaev ritenendola una soluzione eccessivamente istintiva ragione per cui il Primo Ministro non ha ufficializzato la sua richiesta accettando il rischio di sottoporsi alla sfiducia parlamentare (*v. Macedonia del Nord-Parlamento*). Ad ogni modo, non appena la procedura di selezione della nuova leadership (*v. Macedonia del Nord-Partiti*) si è conclusa, Zaev è rimasto di parola e il **23 dicembre** ha ufficialmente rassegnato le dimissioni.

IL PROGETTO DI BILANCIO APPRODA IN ASSEMBLEA

Il **15 novembre** il Ministro dell'Economia e Finanza Fatmir Besimi ha presentato il progetto di bilancio dinnanzi alla Commissione parlamentare per la finanza e il bilancio. Secondo il documento le entrate previste sono 238,9 miliardi di denari e sono superiori del 7,4% rispetto a quelle del 2021. La spesa totale è, invece, preventivata per un importo di 272,4 miliardi di dinari, ovvero l'1,4% in più rispetto all'anno passato. Il disavanzo dovrebbe assestarsi su un livello di 33,5 miliardi di dinari ovvero il 4,3% del PIL ed è inferiore di 2,2 punti percentuali rispetto al disavanzo stimato nel 2021. Davanti ai membri della Commissione, il Ministro Besimi ha sottolineato che la caratteristica principale di questo bilancio è la componente di sviluppo, che fornisce un finanziamento ininterrotto delle funzioni statali, nonché un forte sostegno finanziario per la ripresa economica e una crescita economica accelerata, inclusiva e sostenibile.

PRESIDENTE

DOPO 10 MESI IL LEADER DELL'OPPOSIZIONE RIAPRE IL DIALOGO CON IL CAPO DELLO STATO

Il **7 maggio** il Presidente Stevo Pendarovski ha incontrato il leader del VMRO-DPMNE Mickoski. L'incontro appare particolarmente significativo alla luce di una lunga interruzione dei rapporti tra il partito e la Presidenza perdurata 10 mesi. La ripresa di un dialogo è indubbiamente a vantaggio del funzionamento democratico e rappresenta un recupero, almeno parziale, del VMRO-DPMNE all'interno dei circuiti istituzionali. Il tema di discussione, oltre all'attualità del Paese, è quello degli eventi del 27 aprile 2017 per i quali Mickoski non ha chiesto un'amnistia ma almeno un giudizio di secondo grado per i rei. Per quanto, infatti, i condannati abbiano minacciato l'ordine costituzionale non possono essere esclusi da un equo processo.

Al termine dell'incontro, in [conferenza stampa](#), Pendarovski ha ribadito l'importanza della ripresa del dialogo politico. Anche i rapporti con l'UE e con la Bulgaria sono stati materia di discussione e il Presidente ha rassicurato Mickoski di aver già fatto il possibile a Bruxelles e di sperare di trovare interlocutori più moderati dopo le elezioni bulgare di aprile 2022.

Riguardo ai fatti del 27 aprile, Pendarovski ha ricordato che dal punto di vista giuridico il reato non è quello di terrorismo ma di attentato all'ordine costituzionale. Ma secondo il Presidente il vero problema per cui è ancora argomento di discussione va ricercato da un'ottica politica. C'è una parte di cittadini, infatti, che ritiene gli attentatori dei criminali al pari dei terroristi dell'ISIS o di Al Qaeda mentre un'altra parte li considera i veri difensori della Costituzione. Ci sono dunque due interpretazioni antitetico dell'ordinamento macedone che è necessario far convogliare. Pendarovski ha anche confermato che non potrà fare alcun tipo di pressioni sulla giustizia sia per lasciare l'organo indipendente sia perché, essendo lui stesso un deputato nel 2017, il suo coinvolgimento personale non gli permette di esprimere alcuna posizione.

PENDAROVSKI AFFIDA IL NUOVO INCARICO DI PRIMO MINISTRO

Dopo le dimissioni del Primo Ministro Zaev il **23 dicembre** (*v. Macedonia del Nord-Governo*), ai sensi dell'articolo 93 della Costituzione, l'intero Governo cessa il suo mandato. Secondo l'articolo 90, poi, il Presidente è obbligato ad affidare l'incarico per la composizione del Governo ai partiti che hanno la maggioranza in Assemblea entro 10 giorni. Il Primo Ministro designato sottopone un programma all'Aula e propone la composizione del Governo ed il programma entro 20 giorni dal giorno dell'affidamento del mandato per la ratifica parlamentare.

Pendarovski, nel rispetto delle norme, ha affidato l'incarico al nuovo leader dell'SMSD Kovacevski il **29 dicembre** presso la residenza presidenziale di Villa Vodno. Il presidente dell'Assemblea Talat Xhaferi ha assicurato che, considerando il tempo per la preparazione della compagine governativa e del programma, e la discussione parlamentare che può durare massimo due giorni, entro il 17 gennaio la Macedonia del Nord avrà un nuovo Esecutivo.

CORTE COSTITUZIONALE

POSITIVO IL BILANCIO DELLA CORTE A FINE ANNO

Durante la [conferenza stampa](#) di fine anno, il **30 dicembre**, il Presidente della Corte costituzionale Dobrila Kacarska ha colto l'occasione per fare un bilancio sull'operato dell'organo

durante il 2021. In particolare, l'intervento è valso per difendere la Corte da possibili accuse relative alla contaminazione politica nello svolgimento della sua funzione. Il Presidente ha confermato la ricezione di 148 e 173 risolti, il che significa che sono stati elaborati anche quelli pendenti dagli anni precedenti.

La maggior parte dei casi ricevuti quest'anno, informa Kacarska, si riferiscono alla valutazione di costituzionalità o legalità, dieci sono richieste di tutela dei diritti umani e delle libertà. Sono stati avviati 13 procedimenti, al termine dei quali sono state emesse quattro decisioni di revocazione, e nove casi sono tuttora in itinere.

Nel corso del 2021 si sono tenute 37 sessioni, due in più del 2020. Ma la volontà di un tempestivo e qualitativo miglioramento dell'operato della Corte si evince soprattutto dal fatto che negli ultimi due anni si sono svolte in tutto 8 sessioni preparatorie il che rappresenta una novità considerando che nei sette anni precedenti, dal 2013 al 2020, non se n'è mai svolta una. Si tratta di controversie su questioni di rilevanza sociale. In particolare, poi, sono state organizzate per le discussioni sulla legge sull'uso delle lingue, sulla legge sull'Accordo Prespa, sulla legge sulla Procura della Repubblica, e sul censimento.

Montenegro – Tra vecchi nazionalismi e nuovi slanci in economia

PARTITI

TRENT'ANNI DI DPS

Il **23 giugno** il DPS ha celebrato la sua 30° celebrazione dalla fondazione per la prima volta nella posizione di opposizione. Il discorso del suo Presidente e Capo di Stato Milo Đukanović ha evidenziato questa novità aggiungendo, però, che il partito sta continuando a difendere lo Stato e l'interesse generale. Anche gli obiettivi europei necessitano della mediazione del DPS. Inoltre, Đukanović apre a tutte le forze politiche contro l'attuale maggioranza per una possibile coalizione. Durante l'evento è stato trasmesso un cortometraggio contenente i momenti più importanti dell'attività del partito verso il Montenegro. La celebrazione, infine, è stata l'occasione per presentare il nuovo logo del partito.

FIRMATO UN MEMORANDUM PER LO SVILUPPO DEL MONTENEGRO

Il Movimento Civico URA, il Partito Socialista Popolare (SNP), il Partito Bosniaco (BS), l'Alternativa Albanese (AA), il Forza, Partito Democratico e CIVIS hanno firmato il **15 dicembre** un [Memorandum per la cooperazione e integrazione delle minoranze](#). Gli 8 punti su cui si sviluppa l'accordo puntano a fondare le basi per una riconciliazione della comunità montenegrina nel rispetto della Costituzione e anche nella prospettiva dell'integrazione europea. Lo scopo è anche quello di impegnarsi per garantire lo sviluppo economico del Paese. Si tratta di un tentativo di distogliere l'attenzione dalle profonde fratture della società individuando obiettivi comuni da perseguire. La strada da intraprendere è quella che punta al futuro senza rimuginare al passato svincolando la politica dalle logiche nazionaliste ed eliminando ogni traccia del suo rapporto con la criminalità organizzata.

PARLAMENTO

LEGGE SULLA PROCURA EMENDATA

Dopo il [parere della Commissione di Venezia](#) di marzo sulle due leggi sulla Procura il Governo ha rapidamente preparato un nuovo disegno pronto all'inizio di **maggio**. Rispetto al precedente progetto è stata eliminata la disposizione sul Procuratore per i crimini di corruzione dal momento in cui non presentava alcun tipo di differenza sostanziale rispetto alla figura del Procuratore Speciale che andava a sostituire.

Ciò che, invece, non è cambiato, e che la Commissione di Venezia ha nuovamente sottolineato nel [parere](#) del **10 maggio**, è il modo di eleggere i membri del Consiglio della Procura. Infatti, è stato confermato quanto deciso nel precedente disegno di legge per quanto riguarda il numero dei membri eletti dal Parlamento che passano da 4 a 5 e vengono approvati dalla maggioranza semplice. I membri togati, invece, scelti dai pari si riducono da 5 a 4. L'unica differenza rispetto alla precedente bozza è che uno dei 5 membri laici è scelto da alcune selezionate ONG con l'avallo parlamentare. Questo membro non partecipa però alle votazioni con gli altri non togati.

Secondo la Commissione di Venezia questa impostazione continua a legare eccessivamente le nomine alle maggioranze politiche. Ovviamente il progetto è così disegnato proprio per soddisfare il bisogno della coalizione al Governo di cancellare i trent'anni di egemonia dell'DPS all'interno di tutte le istituzioni.

Gli emendamenti alla legge sulla Procura hanno trovato l'approvazione parlamentare il **12 maggio** e per entrare in vigore necessitano della firma del Presidente, ai sensi dell'articolo 94 della [Costituzione](#), entro sette giorni. Superato tale termine la legge viene rinviata in Aula e una volta riapprovata viene promulgata dal Presidente. Quest'ultima ipotesi si è ovviamente, dati gli attriti politici, verificata e la legge è stata approvata nuovamente il **27 maggio** dalla maggioranza dei parlamentari.

Đukanović l'ha quindi promulgata il **5 giugno** inviando però al Parlamento alcune sue note prive di alcuna rilevanza costituzionale. Di conseguenza le modifiche alla legge hanno aperto la strada all'elezione di un procuratore supremo di Stato *ad interim* dopo che Ivica Stankovic si è ritirata il **21 giugno** e al licenziamento del procuratore speciale di Stato, Milivoje Katnic. Si tratta di due figure particolarmente e politicamente legate al DPS.

I LAVORI DELLA COMMISSIONE PER LA RIFORMA ELETTORALE TRA PROROGHE E FALSE PARTENZE

La Commissione per la riforma della legge elettorale ha avviato i suoi lavori nella primavera dopo essere stata istituita dal Parlamento a dicembre 2020 (v. [Cronache dei Balcani, settembre-dicembre 2020](#)) con il compito di provvedere all'aggiornamento della materia entro la fine del 2021, termine prorogato rispetto a quello originario del 30 giugno.

Dopo la sessione istitutiva del 31 marzo i lavori della Commissione, divisa in quattro gruppi di lavoro, sono iniziati il **12 maggio**.

Il **27 maggio** sono state [valutate le domande](#) di cinque ONG che le avevano presentate al fine di partecipare attraverso i propri membri ai lavori della Commissione. Di queste solo tre sono state selezionate. Infine, si è deciso di diffondere l'invito anche all'ODHIR affinché possa inviare suoi delegati dal momento in cui la futura legge deve omologarsi proprio alle sue direttive.

Da giugno ai primi di novembre i lavori della Commissione si sono arrestati per la persistente mancanza di *quorum*. Infatti, i membri dei partiti di opposizione hanno lasciato l'organo parlamentare a partire dai rappresentanti del DPS e poco dopo da quelli dei socialdemocratici, del Partito bosniaco e della Lista albanese. I parlamentari sono tornati ai lavori solo **i primi di novembre**. Di conseguenza, il **29 dicembre** con 77 voti a favore il plenum dell'Assemblea ha approvato l'estensione del mandato fino al 31 luglio 2022.

NOMINATO NUOVO CONSIGLIO DELLA PROCURA

Ai sensi dell'articolo 184 ter della [Legge sulla Procura dello Stato](#), il mandato dell'attuale Consiglio della Procura è terminato automaticamente con l'entrata in vigore della legge. Ai sensi del nuovo articolo 26 e dell'articolo 40 del [Regolamento parlamentare](#), la Commissione del sistema politico, giustizia e amministrazione ha pubblicato il **21 giugno** la [chiamata](#) per le candidature dei membri laici e di quello dell'ONG.

Il **26 luglio** ha poi pubblicato l'[elenco](#) di tutti coloro che hanno incontrato i requisiti necessari per essere eletti.

Il Consiglio dei procuratori è stato definitivamente eletto nella sessione del 29 dicembre. I membri laici sono Sinisa Gazivoda, Milos Vuksanovic, Borivoje Đukanović, Filip Jovic e il rappresentante dell'ONG Stevo Muk eletti con il sostegno dei 41 parlamentari della maggioranza.

NOMINATO NUOVO CONSIGLIO DELLA PROCURA

Su ispirazione dell'SNP il **18 novembre** è stata avanzata la proposta di mettere sotto accusa il Presidente Đukanović per aver istigato con una dichiarazione quanto mai partigiana il **28 agosto** con la quale ha annunciato la sua partecipazione alle future proteste dei primi di settembre a Cetinje per impedire l'intronizzazione del metropolita (v. *Introduzione*). Il Presidente ha, poi, effettivamente partecipato alle proteste del **4 settembre** soffermandosi poi a festeggiare con la dirigenza del suo partito e altri membri del partito. La proposta è stata votata il **giorno successivo** e ha trovato il favore dei 41 deputati della maggioranza contro 36 oppositori. Le imputazioni sono quelle di aver violato l'articolo 14 della Costituzione che stabilisce che le comunità religiose sono separate dallo Stato e che le sono tutte uguali e libere di compiere riti religiosi. È stato inoltre affermato che Đukanović avrebbe violato l'articolo 161 del [Codice penale](#) organizzando e chiedendo la prevenzione dei riti religiosi, attuata operativamente dal suo consigliere per la sicurezza Veselin Veljović il quale istigava con uno scritto del **15 agosto** i militanti alla protesta e le forze dell'ordine a non rispondere agli ordini delle autorità. La questione passa ora alla Corte Costituzionale alla quale è stata inviata l'istanza dal Presidente dell'Assemblea Aleksa Bečić.

DALLA SFIDUCIA ALLA RICHIESTA DI RIDUZIONE DEL MANDATO DELL'ASSEMBLEA

A **fine novembre**, 40 deputati dell'opposizione hanno presentato una mozione di sfiducia nei confronti del Governo. Nelle loro precedenti dichiarazioni, alcuni membri dell'opposizione avevano affermato di avere i numeri sufficienti per l'approvazione. Effettivamente il voto di sfiducia al Governo richiede il voto di 41 deputati, su un totale di 81 deputati.

Ad ogni modo, il **14 dicembre** la mozione è stata ritirata poiché i deputati del DPS si sarebbero mostrati favorevoli alla proposta del DF di abbreviare il mandato dell'Assemblea. Al momento, però, tale proposta non ha ancora trovato i numeri sufficienti per essere presentata e sono in corso le negoziazioni tra le forze politiche di maggioranza e opposizione.

ADOTTATO IL BILANCIO PER IL 2022 CON LE MODIFICHE DEI DEPUTATI

Il Parlamento del Montenegro il **29 dicembre** ha adottato la [legge di bilancio per il 2022](#) con leggi di accompagnamento che fanno parte del progetto “*Europe Now*”, salvo modifiche alla legge sulle accise e sui salari nel settore pubblico. Sono stati 42 deputati che hanno votato a favore, mentre 30 erano contrari. Oltre ai membri della maggioranza parlamentare, ha votato in favore anche il membro della lista albanese “All'unanimità”, Genci Nimanbegu.

Le entrate previste sono intorno ai 2,46 miliardi di euro. Il *deficit* di bilancio sarà di circa 275 milioni di euro dopo l'adozione degli emendamenti in sede parlamentare poiché è stato necessario compensare le mancate entrate per i comuni che sono stati parzialmente privati a causa del progetto "Europe Now".

Il Parlamento ha lasciato al Governo l'opportunità di prendere in prestito solo 70 milioni di euro, invece dei 500 milioni precedentemente previsti per il disavanzo. Fino a due giorni prima il Governo aveva cercato di far approvare il bilancio senza modifiche garantendo le dimissioni di tutto l'Esecutivo se entro giugno 2022 si fosse provata l'impossibilità di seguirlo.

GOVERNO

IL GOVERNO FA IL PUNTO SUI NEGOZIATI CON L'UE

La 44^a sessione del Governo, tenutasi il **28 ottobre**, è stata dedicata alla strategia di adesione europea. Sono stati, infatti, adottati i [Key Findings - Annual Report of the European Commission for Montenegro 2021](#). I gruppi di lavoro incaricati di preparare e condurre i negoziati sull'adesione del Montenegro all'Unione Europea avevano avuto il compito di rivedere tutti i risultati e le raccomandazioni del Rapporto della Commissione Europea sul Montenegro 2021 e di presentare la tabella di marcia per il raggiungimento dei parametri di riferimento finali entro il 1° dicembre 2021 per l'adozione. È stata, poi, approvata la Decisione sulla costituzione del Gruppo di lavoro per la preparazione e lo svolgimento dei negoziati per l'adesione del Montenegro all'Unione Europea nel campo dell'*acquis communautaire*, che fa riferimento al Capitolo 22 - Politica regionale e coordinamento degli strumenti strutturali.

Riguardo al capitolo 27 - Ambiente e cambiamenti climatici, è stata invece positivamente accolta la relazione conclusiva per il periodo di rendicontazione febbraio - luglio 2021 durante il quale era prevista l'attuazione di 112 misure, di cui 92 sono state effettivamente attuate.

EUROPE NOW

Il **4 novembre**, il Governo del Montenegro ha annunciato il programma [Europe Now](#) che fissa l'obiettivo strategico della politica economica del Montenegro ovvero raggiungere una crescita economica intelligente, sostenibile e inclusiva che contribuirà a migliorare la qualità della vita di tutti i suoi cittadini. Questo ambizioso piano mira ad aumentare il tenore di vita di tutti i cittadini, agevolando le condizioni imprenditoriali e di investimento. *Europe Now* si basa sulla volontà dello Stato di rinunciare a parte delle entrate a favore del lavoratore e del datore di lavoro.

Concretamente le misure implicano l'aumento del salario minimo da 250€ a 450€ netto; la riduzione dei costi per i datori di lavoro attraverso una minore pressione fiscale sul lavoro; l'introduzione della tassazione progressiva come modello di tassazione più efficiente e l'abolizione dell'obbligo contributivo per l'assicurazione sanitaria obbligatoria.

Durante l'incontro a Bruxelles l'**8 novembre** tra il Ministro dello Sviluppo economico Jakov Milatović e di quello delle Finanze e della previdenza sociale Miloško Spajić con il Commissario europeo all'Economia Paolo Gentiloni. La delegazione montenegrina ha ricevuto un forte messaggio di sostegno ai progetti di sviluppo, che comprendono, tra le altre cose, proprio *Europe Now*.

CORTE COSTITUZIONALE

LA CORTE COSTITUZIONALE CONTRO LA COSTITUZIONE

Il 1° aprile, la Corte costituzionale non ha informato la Commissione costituzionale che il giudice Dragoljub Drašković avrebbe terminato il suo mandato il **1° ottobre** poiché avrebbe raggiunto il limite di età di 66 anni e più di 15 anni di servizio, soddisfacendo così le condizioni per la pensione di vecchiaia previste dall'articolo 17 comma 1 della [Legge sull'assicurazione pensione e invalidità](#).

Infatti, in base all'articolo 154 della Costituzione, la funzione del Presidente e Giudice della Corte Costituzionale cessa prima della scadenza del mandato per il quale è stato eletto quando sussistono i requisiti per la pensione di vecchiaia. Il comma 3 del presente articolo prevede che la ricorrenza dei motivi di cessazione dalla carica o di revoca sia determinata dalla Corte Costituzionale e che poi sia informata l'Assemblea. Inoltre, l'articolo 7 comma 2 della Legge sulla Corte costituzionale prevede che la Corte informi l'organo che convalidò la nomina del giudice, in questo caso la Commissione costituzionale dell'Assemblea, sei mesi prima del verificarsi delle condizioni per l'esercizio del diritto alla vecchiaia o prima della scadenza del mandato.

Il **14 ottobre** la Commissione costituzionale ha chiesto alla Corte costituzionale di fornire una notifica formale il prima possibile in modo da poter indire un concorso per ricoprire tale posizione.

I portavoce della Corte hanno, però, risposto appellandosi all'articolo 164 della [Legge sul lavoro](#) che prevede il pensionamento a 67 anni, sarà ridotto a 66 con l'entrata in vigore delle nuove modifiche il 1° gennaio del 2022. Solo in quella data, quindi, il giudice Drašković avrà i requisiti per il pensionamento. La Corte ha anche risposto che nel luglio del 2020 erano state inviate due notifiche alla Commissione per il pensionamento di altri due giudici ma nessun bando per la loro sostituzione era stato pubblicato per più di un anno sostanzialmente per questioni di negligenza dell'Assemblea. La Corte stava dunque lavorando da più di un anno con un numero ridotto di giudici, la perdita di un terzo elemento avrebbe messo ancor più in discussione l'efficienza dell'organo costituzionale.

L'Assemblea ha provveduto ad una prima selezione per i due giudici pensionati nel 2020 a **luglio** ma non è stata raggiunta per nessuno la maggioranza dei due terzi necessaria per la nomina. È stato dunque bandito un nuovo annuncio il **1° settembre**.

La Corte è totalmente in blocco. Le dimissioni volontarie da parte di Drašković avrebbero potuto risolvere la questione ed evitare di screditare la Corte Costituzionale ma il giudice si è difeso affermando che l'inefficienza dell'organo non è sua responsabilità quanto del Parlamento incapace di eleggere i due giudici pensionati da tempo.

Ad aggravare la considerazione per la Corte è intervenuto il suo Presidente Budimir Šćepanović, rifiutandosi di partecipare a un'audizione consultiva presso la Commissione costituzionale, dove il **12 ottobre** avrebbe dovuto chiarire le ambiguità in merito alla cessazione del mandato di Drašković. Budimir ha dichiarato di non avere nessun tipo di vincolo alla partecipazione.

Tra **novembre** e **dicembre** sono proseguiti i colloqui per l'elezione dei due giudici in sostituzione dei pensionati del 2020, mentre la sostituzione di Drašković avverrà a partire dal 1° gennaio.

Serbia – Le istituzioni serbe si preparano alla riforma costituzionale

PARTITI

SNS SI UNISCE ALLA SPAS

Il **29 maggio** l'SNS ha approvato l'unificazione con la SPAS, l'Unione Patriottica serba. Da questo momento in base all'articolo 15 dello [Statuto](#) i membri della SPAS dovrebbero aderire al SNS nella sua interezza. Secondo il Presidente Vučić l'unione è stata possibile in base alla condivisione di importanti obiettivi in termini economici e di strategia sanitaria per il proseguimento della gestione della pandemia.

VITTORIE ALLE LOCALI PER L'SNS

Durante il periodo in esami si sono tenute alcune tornate di elezioni locali nelle quali l'SNS ha collezionato significative vittorie. Il **20 giugno** nelle elezioni per 13 consigli delle comunità locali nella città di Valjevo, tutti i mandati (83 su 83) sono stati vinti da candidati sostenuti dall'SNS.

Qualche mese dopo, il **17 ottobre**, ha ottenuto alle elezioni locali di Mionica e Negotin rispettivamente il 71,44% e il 75,44% dei voti aumentando il successo rispetto alla precedente competizione di circa 5 punti percentuale. Nonostante l'affluenza di Mionica sia stata quasi il doppio di Negotin, ovvero circa il 70% contro il 39% degli elettori, in entrambi i casi si tratta di un significativo risultato.

Il **28 novembre** poi ha conquistato la totalità dei 156 seggi dell'Assemblea locale del comune di Ub, e ne ha vinti 497 su 502 a Krisevac.

VUČIĆ SI AVVIA A TERMINARE LA SUA PRESIDENZA NELL'SNS

L'Assemblea elettorale dell'SNS ha deciso il **27 ottobre** di eleggere come unico candidato nuovamente Aleksandar Vučić. Il Presidente ha però affermato di non voler ripresentarsi ed è stata dunque raggiunta una soluzione compromissoria che ha prolungato il suo mandato fino alle elezioni del 3 aprile 2022, dopo quel momento si eleggerà un nuovo Presidente. Sono stati poi eletti Aleksandar Šapić e Ana Brnabić come nuovi vicepresidenti del SNS.

SPS E SERBIA UNITA RINNOVANO L'ACCORDO

Il **25 novembre** i presidenti dell'SPS e della Serbia Unita, Ivica Dacić e Dragan Marković hanno firmato il rinnovo del loro accordo valido per i prossimi appuntamenti elettorali della primavera del 2022. I due leader hanno deciso di confermare il loro patto per mettere fine a tutte quelle speculazioni per cui la loro alleanza sarebbe stata sul punto di terminare. Si tratta di uno dei blocchi storici in Serbia poiché concorrono insieme ormai da 13 anni, ovvero dalle presidenziali del 2008. Anche stavolta sosterranno lo stesso candidato alla Presidenza e presenteranno una lista congiunta alle parlamentari.

Intanto, già il **12 novembre** Dacić aveva confermato il suo appoggio al candidato presidenziale dell'SNS qualora si trattasse nuovamente di Vučić.

PARLAMENTO

MANCA SOLO IL SÌ DEL REFERENDUM PER LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA

Il **7 giugno** l'Assemblea nazionale ha approvato con la maggioranza qualificata dei due terzi ovvero, con 207 voti a favore sui 213 presenti, la proposta del Governo di modificare la [Costituzione](#).

Dal **23 giugno** presso la Commissione per gli affari costituzionali è stato costituito un Gruppo di lavoro per la redazione del testo definitivo composta anche da eminenti esperti del mondo del diritto e da giudici.

Il **3 settembre** il Gruppo ha discusso il nuovo testo. Dragana Boljevic, membro del Gruppo di lavoro in qualità di giudice della Corte d'appello di Belgrado e presidente onorario dell'Associazione dei giudici della Serbia, ha sottolineato che la versione del nuovo testo è stata migliorata rispetto al primo tentativo non portato a termine del 2018.

In occasione della 62^a sessione della Commissione affari costituzionali del **29 settembre**, i deputati hanno presentato il testo della legge agli esperti della Commissione di Venezia tramite riunione telematica ed anche in questo caso è stato riscontrato un decisivo miglioramento in termini di trasparenza e inclusività nel procedimento di redazione.

Il **30 novembre** il testo è stato presentato in Aula alla presenza di tutti i membri del Gruppo di lavoro ed è stato deciso di indire un *referendum*, da celebrarsi il 16 gennaio, per la conferma popolare ai sensi dell'articolo 203 della [Costituzione](#) per cui l'Assemblea può approvare un emendamento costituzionale con la maggioranza dei due terzi oppure può decidere direttamente di chiamare il popolo ad esprimersi. Data la delicatezza della materia e le discussioni sulla legittimità o meno dell'attuale Assemblea, in scadenza per via delle elezioni anticipate già fissate, è stato deciso di concludere comunque il procedimento con la conferma popolare.

Le modifiche che verranno eventualmente introdotte riguardano l'elezione e la nomina dei giudici affinché siano il meno possibile influenzate dalla politica. Si tratta di 29 emendamenti per altrettanti articoli. In base alla nuova disciplina, l'Assemblea nazionale eleggerebbe, dunque, solo quattro membri dell'Alto Consiglio della Magistratura, del Consiglio dell'Alto Procuratore e dell'Ufficio del Procuratore Supremo. Cinque membri del Consiglio superiore dei pubblici ministeri sarebbero eletti dai pubblici ministeri stessi, quattro dall'Assemblea nazionale su proposta della commissione competente con una maggioranza di due terzi. Il Procuratore Supremo e il Ministro della Giustizia saranno membri d'ufficio. Gli emendamenti, infine, prevedono anche il divieto per i giudici di condurre qualsiasi attività politica.

A conclusione della riforma della magistratura l'Assemblea ha anche approvato gli emendamenti ad alcune leggi collaterali. In particolare, il **22 giugno** ha votato a favore dei disegni di legge che modificano la legge sui giudici e quella sul Consiglio superiore della magistratura. L'opposizione rimane insoddisfatta sia dal punto di vista sostanziale, non ritenendo la modifica sufficiente a ridurre il grado di politicità interno alla giustizia, sia da quello formale poiché il procedimento soprattutto nell'indizione del *referendum* risulterebbe troppo precipitoso.

LA NUOVA LEGGE SUL CIRILLICO

Su un disegno di legge presentato il **2 settembre**, l'Assemblea ha deliberato il **12 settembre** in favore dell'emanazione di una nuova legge a tutela dell'alfabeto cirillico che viene così introdotto obbligatoriamente in tutti gli ambienti e i servizi pubblici a tutela della tradizione storica e culturale serba.

FIRMATO IL DOCUMENTO PER LA CELEBRAZIONE DELLE PROSSIME ELEZIONI

Il **29 ottobre** l'Assemblea Nazionale ha firmato il l'accordo sulle prossime elezioni. Il documento prevede che lo stesso giorno, ovvero il 3 aprile 2022, si tengano le elezioni presidenziali e parlamentari anticipate oltre che quelle dell'Assemblea della Città di Belgrado.

Inoltre, la legge sull'elezione dei deputati del popolo prevedrà che le prime elezioni successive del Presidente della Repubblica e dei deputati saranno condotte dalla mutata composizione permanente della REC (Commissione elettorale), che avrà 23 membri e 23 supplenti. Di questi, 17 membri e deputati sono eletti secondo il regolamento vigente, e i restanti 6 sono eletti dal Parlamento su proposta del Presidente dell'Assemblea che la trasmette dopo aver consultato i partiti di opposizione.

Inoltre, le prossime elezioni per il Presidente e per il Parlamento saranno condotte dalla mutata composizione permanente della Commissione seggi elettorale, che sarà composta da quattro membri e quattro supplenti, tre dei quali nominati secondo la normativa vigente, e un membro e vice sono nominati dalla REC unitamente ai partiti dell'opposizione. La stessa regola sarà applicata al referendum e alle prossime elezioni amministrative.

Con l'accordo è stato anche ridotto il numero di firme degli elettori necessarie per la consegna delle liste. Un'altra novità introdotta è l'istituzione di un Gruppo di Lavoro per il controllo esterno delle liste elettorali, composto da rappresentanti delle istituzioni e dei partiti di opposizione. Ogni membro del gruppo ha il diritto di richiedere la verifica dei dati. Si afferma, poi, che la legge sul finanziamento delle attività politiche dovrebbe modificare i criteri per la distribuzione dei fondi da fonti pubbliche destinati al finanziamento delle spese per la campagna elettorale in modo che il 30% dei fondi sia distribuito in egual misura ai candidati alle liste e il restante 70 alle liste che hanno vinto almeno un seggio. Infine, sarà formato l'organo di controllo del dialogo tra le parti responsabile del monitoraggio e dell'attuazione di queste disposizioni. Il mandato di tale organismo durerà fino all'annuncio dei risultati finali delle elezioni. Si prevede anche che i cittadini della Serbia in Kosovo e Metohija potranno esercitare il loro diritto di voto con l'assistenza e la cooperazione dell'OSCE.

APPROVATO IL BILANCIO PER IL 2022

L'Assemblea ha adottato il **23 novembre** la [Legge di Bilancio 2022](#) con 203 voti favorevoli e un'astensione. La legge prevede entrate per 1.516,9 miliardi di RSD, spese per 1.717 miliardi e un deficit di RSD 200,2 miliardi. Inoltre, ci si aspetta una crescita economica del 4,5% con la quota massima del debito pubblico nel PIL del 56,5%. Inoltre, a partire dal 1° gennaio è prevista una crescita delle pensioni del 5,5%, con un pagamento una tantum di 20.000 RSD a febbraio, una crescita media degli stipendi nel settore pubblico del 7,4%, oltre a accantonare RSD 486 miliardi per investimenti di capitale.

MAGGIORE INCISIVITÀ PER I REFERENDUM

Anche la [Legge sul referendum](#) ha subito alcune modifiche con il voto favorevole di tutti 193 i deputati presenti in aula il giorno della votazione del **10 dicembre**. La nuova norma elimina la tassa per la verifica della firma ma soprattutto introduce il divieto di indire un *referendum* sulla stessa materia in meno di quattro anni e, nello stesso periodo temporale, neppure l'Assemblea potrà mettere mani sulla legge.

GOVERNO

LA POLITICA SERBA DEL GREEN PASS

Dal **12 maggio** tutti i cittadini vaccinati o che hanno effettuato un tampone con esito negativo possono scaricare dalla piattaforma del Governo il Green Pass. Inoltre, a parte dal **23 ottobre** il certificato è obbligatorio per qualsiasi attività della vita pubblica a partire dalle 22.

Dal **23 novembre**, invece, il *pass* diventa obbligatorio per entrare negli ospedali e per tutto il personale medico sanitario che vi lavora a partire dalle ore 20:00.

PRESIDENTE

ANCORA AIUTI ALLA REPUBBLIKA SRPSKA

Il Presidente Vučić ha incontrato l'8 maggio a Kozarska Dubica i sindaci dei comuni di Kozarska Dubica, Kostajnica, Nevesinje e Drvar annunciando aiuti per un totale di 10 milioni di euro. Si tratta dei quattro comuni, 3 nella Repubblica Srpska e 1 nella FBiH, che riversano nelle condizioni economiche e di sviluppo peggiori. L'obiettivo di Vučić, come ha affermato, è quello di fornire aiuti direttamente nella comunità affinché i cittadini possano ambire ad un futuro migliore all'interno della loro patria. Parte dei fondi predisposti sarà elargita direttamente con denaro mentre la maggior parte avrà la forma di finanziamento ai progetti di sviluppo.

IL DISCORSO DI FINE ANNO DEDICATO AI GIOVANI

Il 29 dicembre presso il Palazzo "Serbia" si è tenuto l'annuale discorso di fine anno del Presidente Vučić seguito dalla consueta [conferenza stampa](#). L'argomento principale sul quale il Presidente ha voluto insistere è il sostegno alle generazioni più giovani. È stato, infatti, annunciato un aiuto una tantum dal valore di 100 euro per tutti i giovani dai 16 ai 30 anni prevista per il 1° febbraio. Secondo Vučić si tratterebbe di un atto di attenzione nei loro confronti dal momento in cui durante la pandemia sono stati una categoria molto spesso messa da parte e in qualche modo trascurata. La crisi dell'occupazione aggravatasi durante lo stato d'emergenza ha indubbiamente colpito i giovani più di chiunque altro. Inoltre, anche il modo in cui è stata organizzata l'istruzione ha gravato sulla stabilità di molti di loro togliendo risorse e possibilità.

Nell'ambito degli aiuti il Presidente ha promesso, invece, a gennaio anche un sostegno di circa 850 euro per tutto il personale sanitario. Da gennaio, ha ricordato Vučić, verranno anche aumentati i sussidi alle famiglie attraverso un assegno per ciascun figlio. Ulteriori aiuti alle madri verranno dati attraverso un decreto governativo che consentirà loro di ricevere in dono dallo Stato dal 10 al 50% del valore dell'edificio in cui vivono.

Il Presidente ha anche annunciato ulteriori emendamenti al Codice penale e ad altre leggi che introducono misure preventive ancora più forti nella lotta contro la violenza contro le donne. Vučić ha, poi, parlato dei successi in ambito economico e ha anticipato alcuni importanti investimenti infrastrutturali. Infine, ha lanciato un appello ai cittadini per promuovere l'adesione al referendum del 16 gennaio.

Slovenia – Janša sempre più lontano dall'Europa e dallo Stato di diritto

PARTITI

L'OTTAVA RIELEZIONE DI JANŠA COME LEADER DELL'SDS

Janez Janša ha vinto un altro mandato come leader del Partito Democratico (SDS) in occasione del 12° Congresso tenutosi a Slovenske Konjice il 19 giugno. La sua rielezione è stata votata da 650 dei 656 delegati presenti ed era l'unico candidato così come è avvenuto per le altre elezioni dal 1999 mentre alla prima, nel 1993, si scontrò con unico avversario.

Nel suo discorso dopo la votazione, Janša ha esposto le cinque risoluzioni di programma adottate dal Governo che sostanzialmente affrontano i problemi dei giovani e degli anziani e riconoscono la necessità di sforzi per la garanzia delle pari opportunità.

Il Congresso ha anche discusso una risoluzione intitolata "Per la difesa dei fondamenti costituzionali dello Stato sloveno" che mette in guardia dal pericolo degli estremisti della sinistra presagendo con termini eccessivamente drammatici la possibilità di una guerra civile in difesa dell'ordinamento contro la visione ritenuta antisistema di alcune forze politiche.

IL FUTURO INCERTO DELLE OPPOSIZIONI

L'opposizione di centrosinistra sta valutando la possibilità di estromettere il Governo Janez Janša dopo aver fallito con un voto di sfiducia a febbraio (v. [Cronache dei Balcani, gennaio-maggio 2021](#)) e un impeachment a maggio (v. *Slovenia-Parlamento*). Questa volta, eseguiranno il piano solo se saranno certi della loro maggioranza. Se l'opposizione raccoglierà 46 voti, presenterà una mozione di sfiducia come ha confermato il **14 luglio** il leader di SocDem Tanja Fajon dopo aver incontrato i leader di LMS, Levica, SAB e i parlamentari indipendenti. La possibilità di raggiungere l'obiettivo dipende dai deputati di DeSuS, da tempo ormai allo sbando, poiché sta vivendo delle gravi divisioni al suo interno soprattutto legate al riconoscimento della *leadershi*

Intanto, a **metà agosto** il leader dell'LMS Marjan Šarec ha lanciato l'idea di un accordo *post-elettorale* tra le opposizioni. Secondo il suo ideatore, il patto sarebbe necessario per riportare la Slovenia alla normalità dopo la parentesi del Covid-19 e soprattutto del Governo Janša che avevano sortito l'effetto di incrinare lo Stato di diritto e la democrazia.

Il **21 settembre** l'accordo si concretizza con il coinvolgimento anche dei Socialdemocratici (SD), Sinistra e il partito di Alenka Bratušek (SAB).

PARLAMENTO

DOPO LA SFIDUCIA JANŠA SUPERA ANCHE L'IMPEACHMENT

Il **26 maggio** l'Assemblea ha votato l'impeachment contro il Primo Ministro Janša la cui mozione era già stata presentata ad aprile da quattro partiti dell'opposizione. Alla base dell'iniziativa c'è la gestione della pandemia ritenuta insoddisfacente dall'opposizione soprattutto per quanto riguarda il numero dei vaccini sensibilmente inferiore a quanto necessario. Non in secondo piano viene anche la gestione dei rapporti con l'agenzia di stampa STA. In relazione a questi due punti in particolare l'atteggiamento di Janša è stato definito eccessivamente arbitrario e autoritario e privo di alcuna considerazione nei confronti della Costituzione e della salute della comunità. La mozione non è comunque passata e solo 42 deputati su 90 hanno votato a favore non raggiungendo la maggioranza richiesta.

È stato il settimo caso di *impeachment* in Slovenia e nessuno è mai andato in porto. Inoltre, Janša era già sopravvissuto, da poco, ad una mozione di sfiducia lasciando come unica salvezza quella delle elezioni.

DA ORA ANCHE IN SLOVENIA “SOLO SÌ VUOL DIRE SÌ”

Una grande vittoria per la democrazia sotto tanti punti di vista è stata l'approvazione all'unanimità degli emendamenti al [Codice penale](#) sul consenso sessuale votati dall'Assemblea il **4 giugno**. Le modifiche consistono nel ritenere come unica manifestazione di consenso all'atto sessuale l'esplicito “sì”, la volontà deve essere espressa non può essere intesa, interpretata o fraintesa. Non soltanto con le nuove disposizioni la Slovenia si mette in linea con i più alti standard di protezione, ma la sua approvazione andando oltre le gravi e profonde fratture politiche ed ideologiche ha dimostrato che la sede parlamentare è ancora la più opportuna e funzionale per difendere i valori e i diritti su cui si fondano le democrazie contemporanee.

Non ci sono stati voti strategici o contrattazioni interpartitiche, si è indubbiamente trattato di un consenso sociale e non politico.

La proposta arrivata dal partito MS su stimolo di diverse ONG, guidate dall'associazione "8 Marzo", ha superato il concetto di violenza intesa come atto di forza. La violenza sessuale, da questo momento, in Slovenia si configura come un atto avvenuto senza un esplicito consenso e l'utilizzo della forza, in termini penali, rappresenta ora un aggravante.

A SORPRESA IL VETO DEL CONSIGLIO NAZIONALE BLOCCA GLI EMENDAMENTI RICHIESTI DALLA CORTE COSTITUZIONALE

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale (v. *Slovenia-Corte Costituzionale*) l'Assemblea nazionale ha approvato il **7 luglio** con una maggioranza marginale di 44 a 42 gli emendamenti alla [Legge sulle malattie infettive](#).

L'atto modificato stabilisce che per alcune misure sono necessarie valutazioni di esperti e che alcuni indicatori devono essere presi in considerazione quando vengono adottate le restrizioni. Introduce inoltre limiti alla durata e all'area di implementazione delle misure. In caso di restrizioni che pregiudicherebbero fortemente i diritti umani e le libertà fondamentali, poi, si attiverà un meccanismo speciale in base al quale le misure in vigore per più di 90 giorni possono essere prorogate solo dall'Assemblea nazionale.

Le opposizioni avevano sin da subito sollevato alcune perplessità riguardo alla vaghezza e inconsistenza delle garanzie introdotte per limitare gli ampi poteri dell'Esecutivo.

In primo luogo, la previsione di consultare esperti esprime una vaghezza tale da non poter dare una misura dei limiti dell'arbitrarietà del Governo. E poi, seconda cosa, la maggioranza prevista per l'approvazione della proroga non è specificata quindi non può essere qualificata e corrisponderà di conseguenza a quella politica. Per tale ragione, ma a sorpresa di tutti, il **12 luglio** il Consiglio Nazionale ha posto il veto sugli emendamenti con il voto favorevole di 18 consiglieri e di 13 contrari.

In realtà, la Camera alta del Parlamento sloveno pone il veto solo su richiesta di un determinato gruppo di deputati ma dall'insorgere della pandemia agiva automaticamente sul controllo di tutte le leggi emanate dall'altro ramo.

Le opposizioni poste dal Consiglio Nazionale sono le medesime già affrontate in Assemblea ma per superarle serviranno alla maggioranza 46 deputati, un numero su cui non può contare.

APPROVATE LE REVISIONI DEL BILANCIO PER IL PROSSIMO BIENNIO

Alcune [modifiche al Bilancio](#) per il biennio 2022-2023 sono state approvate dall'Assemblea nella sua seduta del **18 novembre**.

La revisione per l'anno finanziario del 2022 prevede entrate per 11,47 miliardi di euro, il 4,2% in più rispetto al piano originale, e spese per 13,94 miliardi di euro, il 10,7% in più rispetto alla versione originale del *budget*. Il bilancio 2022 rivisto ha aumentato di 352 milioni di euro la spesa per i trasporti e le infrastrutture di trasporto e di 157 milioni di euro le spese per la tutela dell'ambiente. Le spese sanitarie sono aumentate di 115 milioni di euro, rispetto alla versione non rivista del *budget*.

Per quanto riguarda il 2023 sono previste entrate per un importo di 11,84 miliardi di euro, ovvero il 3,3% in più rispetto al bilancio modificato per il 2022. Le spese invece avranno il valore di 13,36 miliardi di euro di flusso di cassa, ovvero 580 milioni di euro in meno rispetto alla spesa prevista nel bilancio rettificativo per il 2022.

Le misure sono state varate nel contesto ancora incerto determinato dalla pandemia ed hanno quindi lo scopo di avviare una graduale ripresa attraverso l'attuazione di riforme strutturali per aumentare la resilienza dell'economia e di sostenere gli investimenti in aree chiave.

GOVERNO

SI DIMETTE IL TERZO MINISTRO

Il Ministro della Giustizia Lilijana Kozlovič ha rassegnato le dimissioni il **27 maggio** dopo la decisione del Governo di annullare la procedura di nomina dei due procuratori europei delegati e di pubblicare un nuovo invito a presentare candidature. Secondo l'ex Ministro non vi sarebbero ragioni a sostegno di questa presa di posizione dal momento in cui le nomine hanno seguito la legge e del decreto del Consiglio Ue.

Il Governo ha deciso di avviare da zero la procedura per la nomina dei pubblici ministeri delegati europei dopo che i due candidati proposti mesi fa dal Consiglio della Procura, Matej Ošir e Tanja Frank Eler, erano rimasti in attesa di ottenere il via libera dal Governo. Ufficiosamente, sono stati ritenuti inadatti dal Primo Ministro Janez Janša e dal suo SDS.

Kozlovič, il terzo ministro del Governo Janez Janša a dimettersi dopo che Aleksandra Pivec ha lasciato il ministero dell'Agricoltura lo scorso ottobre e Tomaž Gantar si è dimesso da ministro della Salute lo scorso dicembre.

La Procura europea è diventata, comunque, operativa il **1° giugno**. A parte la Finlandia, la Slovenia è l'unico altro dei paesi partecipanti all'ufficio che non ha presentato i suoi pubblici ministeri delegati nonostante i ripetuti inviti della Commissione europea a farlo.

I DIVERSIVI DEL GOVERNO PER IL FINANZIAMENTO ALLA STA

L'**8 giugno** è stata diffusa la prima bozza per la nuova regolamentazione per le emittenti pubbliche che avrebbe dovuto risolvere la questione della STA rimasta da diversi mesi senza finanziamento. La prima parte del nuovo decreto stabilisce che le rassegne delle notizie devono essere aperte al pubblico diversamente dal telegiornale che l'agenzia offre agli abbonati e che resta disponibile in una sezione separata della pagina web. La seconda serie di disposizioni riguarda il canone del servizio pubblico, introducendo il concetto di spese nette che l'agenzia sarebbe andata a sostenere nell'erogazione del servizio pubblico. Il canone di servizio pubblico sarebbe servito a coprire la differenza tra i costi totali e le entrate date dalle pubblicità. Il suo pagamento dovrebbe avvenire mensilmente e non dovrà essere fisso ma calcolato in base al volume di servizio pubblico svolto nel mese precedente.

Il decreto dispone, poi, che la STA riferisca trimestralmente all'Ufficio per le comunicazioni del Governo (UKOM) sulla realizzazione del piano aziendale e affinché valuti se la tariffa del servizio pubblico è inferiore o superiore ai costi netti.

La supervisione dell'UKOM implicherebbe anche l'accesso alle informazioni sulle pratiche finanziarie e contabili della STA. Ciò vuol dire che anche se il bilancio preventivato è quello di circa 2 milioni annui di canone, ovvero più o meno la stessa cifra elargita con il metodo precedente, ad ogni modo resta una cifra legata alla discrezione di un organo governativo.

Nella sostanza, quindi, la regolamentazione non risolve il problema ed è corretto quanto notato anche dall'opposizione che si tratta di un tentativo di bypassare le due leggi che obbligano il Governo ad emettere il pagamento degli arrestati.

IL PNRR SLOVENO ACCOLTO POSITIVAMENTE DALLA COMMISSIONE

Il **2 luglio** la [Commissione Europea ha approvato](#) il [PNRR](#) preparato dal Governo sloveno nel mese di **giugno**.

Il piano favorirà la crescita economica e creerà posti di lavoro, se ne prevedono circa 6000 in più, e, inoltre, aumenterà il PIL dall'1,1% all'1,7% entro il 2026.

Il programma sloveno punta ad una transizione verso un'economia verde e ad un'implementazione della digitalizzazione. Per tali obiettivi sono stati preventivati investimenti in diverse aree come quella dedicata alla costruzione di impianti che favoriscano la produzione di energia verde oppure anche nel settore dei trasporti per renderli più ecologici.

Diversi investimenti sono stati poi garantiti per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e per il sostegno agli strumenti informatici negli istituti scolastici.

Alcuni incentivi verranno dedicati anche alla sanità e, in particolare, per il potenziamento della Clinica per le Malattie Infettive di Lubiana e la costruzione di una nuova clinica a Maribor.

LE MISURE ANTI-COVID

Dal **6 agosto** anche in Slovenia come in molti Stati europei è entrato in vigore tramite decreto governativo l'obbligo di Green Pass per poter avere accesso a luoghi pubblici. La disciplina è stata aggiornata il **20 agosto** con l'introduzione dell'obbligo di esibire Green Pass o tampone rapido negativo anche nelle scuole e nei luoghi di lavoro pubblico. Ma la misura che ha più destato controversie e contestazioni è quella approvata il **17 settembre** e che sarebbe dovuta entrare in vigore il **1° ottobre** se non fosse stata sospesa a causa delle numerose proteste sindacali. Secondo il nuovo decreto infatti tutti i dipendenti pubblici erano obbligati a presentare un Green Pass che sarebbe considerato valido solo se rilasciato per vaccinazione o guarigione, non è quindi più valido il test rapido.

L'idea del Governo era quella di creare una sorta di *lockdown* per i non vaccinati sul modello austriaco ma, come ha fatto notare la Corte Costituzionale (v. *Slovenia-Corte Costituzionale*) mancava la base giuridica.

PRESIDENTE

PAHOR DIFENDE LA DIGNITÀ DELLA SLOVENIA DAI DISSACRANTI ATTEGGIAMENTI DEL GOVERNO

Il **30 maggio**, alla vigilia del semestre europeo sloveno, il Presidente Pahor aveva asserito con sicurezza che Janša si sarebbe comportato in maniera adeguata e consona e che il bilancio finale sarebbe stato certamente positivo. D'altronde, ha riflettuto il Presidente, la Slovenia è una democrazia stabile e consolidata la crisi attuale è fisiologica e non porterà nessuna conseguenza distrutturante.

Pahor è stato però immediatamente smentito a causa di un commento su Twitter, scritto il **26 giugno**, dal Ministro Aleš Hojs in cui si legge "non lasciare perle ai maiali" che per via delle circostanze è stata attribuita al Vicepresidente della Commissione Timmermans. Secondo Pahor la parola "maiali" non dovrebbe comparire in una frase e in un contesto che a che vedere con personalità di un certo calibro.

Il Capo di Stato, il **3 luglio**, ha invitato pubblicamente sia Hojs che Janša a porgere le loro scuse. Nei confronti di quest'ultimo, poi, Pahor ha rivolto un tacito appello affinché non mettesse in imbarazzo la Slovenia dinnanzi al Parlamento Europeo e l'unico modo era evitare di dire ciò che notoriamente pensa riguardo l'istituzione.

FALLISCE IL COLLOQUIO CON IL LEADER DEI MANIFESTANTI

Il Presidente Borut Pahor ha accettato un colloquio, il **5 ottobre**, con Zoran Stevanović il leader delle recenti e violente proteste con le quali a seguito delle delibere su vaccinazioni e Green

Pass si chiedono le dimissioni del Governo. Stevanović voleva che Pahor mediasse con il Governo ma ha ricevuto una risposta negativa.

Il Presidente, infatti, nonostante non condivida la politica e i modi del Governo ha comunque ribadito che il suo ruolo istituzionale è quello di collaborare con le altre istituzioni soprattutto su questioni di vitale importanza come quelle relative al tema della salute pubblica. L'incontro è stato, dunque, infruttuoso come ha anche confermato il Capo di Stato ribadendo la totale mancanza di dialogo con i manifestanti.

GIUSTIZIA

NUOVA CONFERMA PER IL CASO STA

Il **21 luglio** il Tribunale Amministrativo ha accolto la richiesta della STA di sospendere l'attuazione del regolamento adottato dal Governo nel mese di giugno (v. *Slovenia-Governo*) che introduce regole di dettaglio che disciplinano il servizio pubblico prestato dalla STA e il suo finanziamento, che l'agenzia stessa ha impugnato.

I giudici hanno deciso di sospendere l'esecuzione delle disposizioni in attesa di una decisione finale sulla causa portata avanti dalla STA contro il Governo in cui si ritiene che l'Agenzia stia subendo un danno da quest'ultimo. Il Tribunale ha riconosciuto che l'intervento dell'UKOM nella decisione sull'elargizione del canone rappresenta effettivamente un rischio di non ottenere le risorse economiche necessarie. Siccome poi senza i fondi la STA non può funzionare è necessario eliminare tale rischio frenando la regolamentazione del Governo.

È stato, poi, stabilito che con i soli proventi dei servizi commerciali, la STA non può coprire nemmeno le spese ordinarie rischiando l'insolvenza e infine il fallimento.

La Corte ha osservato che il finanziamento della STA è disciplinato dall'articolo 20 della legge dedicata e che quindi il Governo non può invocare il regolamento impugnato come mezzo con cui autorizzerebbe l'UKOM a fornire finanziamenti.

Il **6 settembre**, però la Corte Suprema ha annullato la decisione della Corte inferiore lasciando fermo l'obbligo del Governo di pagare la STA. Infatti, secondo i giudici la legalità o meno del regolamento governativo non condiziona la realtà dei fatti che è appunto quella per cui il Governo deve per legge provvedere ai finanziamenti dell'Agenzia. In altre parole, il tribunale ha accolto la richiesta del Governo di annullare la sospensione temporanea del regolamento affermando che la STA non ha dimostrato che avrebbe ottenuto il pagamento attraverso una mera sospensione del regolamento.

La Corte Suprema, tuttavia, non è d'accordo con il Governo sul fatto che il regolamento sia richiesto in quanto base legale per i pagamenti mensili per quest'anno dal momento in cui anche se non esiste un accordo per il 2021, per via della regolamentazione per il Covid-19, tutti i pagamenti del 2020 sono disposti senza ulteriori conferme anche per l'anno successivo.

LA CORTE SUPREMA DISCUTE SULL'OBBLIGO DI INDOSSARE LE MASCHERINE NEI LUOGHI CHIUSI

La Corte Suprema ha stabilito, l'**8 ottobre**, che l'imposizione di sanzioni per il mancato utilizzo della mascherina in spazi pubblici chiusi durante l'epidemia di Covid-19 come reato minore non ha fondamento giuridico.

La decisione riguarda un ricorso contro la decisione finale di un tribunale locale di emettere un avvertimento a una persona per un reato minore ai sensi della legge sulle malattie trasmissibili. Quello che doveva essere stabilito era, dunque, se tale infrazione potesse essere definita come

una violazione delle misure che proibiscono o limitano la circolazione delle persone nelle aree infette o direttamente minacciate ai sensi della legge sulle malattie trasmissibili. Il ragionamento giuridico della Corte parte dal fatto che i decreti governativi non possono essere considerati come norme che determinano il contenuto di reati minori. Quindi ha stabilito che l'ordine di indossare una mascherina differisca in modo decisivo nel suo contenuto dalle violazioni della libertà di movimento. Tale ordinanza non può essere intesa come una forma di divieto o restrizione alla circolazione delle persone in determinate aree, ma più che altro come un'autonoma violazione della libertà di agire, che richiedeva una base giuridica indipendente. Secondo il giudice, tale conclusione è avvalorata anche da interpretazioni di altre disposizioni della legge sulle malattie infettive, con cui il legislatore ha espressamente previsto l'uso dei dispositivi di protezione.

La decisione non è stata, comunque, presa all'unanimità ma il giudice Barbara Zobec ha fornito un parere dissenziente in cui ha affermato che la sentenza era un messaggio sbagliato che autorizzava la rimozione delle mascherine.

CORTE COSTITUZIONALE

PARZIALE ILLEGITTIMITÀ DELLA LEGGE SULLE MALATTIE INFETTIVE E DEI DECRETI GOVERNATIVI

Il **5 novembre** la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionali quelle parti della Legge sulle malattie infettive che consentono al Governo di limitare la circolazione annullando, di conseguenza, tutti i decreti governativi che si basavano su questa legge. L'Assemblea nazionale ha due mesi di tempo per revisionare le disposizioni cassate. In concreto sono stati tacciati di illegittimità tutti i decreti governativi che limitavano la circolazione dei cittadini come il coprifuoco notturno, il divieto di assembramento, il confinamento dei cittadini nelle proprie regioni o comuni durante l'epidemia. La Corte era stata interpellata perché le disposizioni della legge sulle malattie infettive in discussione concedevano effettivamente troppo potere nelle mani del Governo nell'ambito delle restrizioni.

Riguardo alla questione Covid-19 la Corte si è occupata anche del provvedimento governativo entrato in vigore il **1° ottobre** con cui si imponeva l'obbligo del certificato vaccinale o di guarigione per accedere ai luoghi di lavoro della pubblica amministrazione. Nonostante la norma fosse stata sospesa a causa dei numerosi interventi dei sindacati, tra cui quello della polizia da cui proviene il ricorso, il giudice delle leggi si è comunque espresso sulla questione con la sentenza del **6 dicembre**. La questione è determinata dal fatto che l'obbligo vaccinale deriva dalle disposizioni contenute negli articoli 22 e 25 della legge sulle malattie infettive ma l'imposizione del certificato del Governo non incontra i requisiti ivi elencati. Pertanto, la corte ha ritenuto che la norma fosse contraria all'articolo 120 della Costituzione, il quale prevede che le autorità amministrative svolgano il loro lavoro in modo indipendente nell'ambito e sulla base della Costituzione e delle leggi.

La Corte, ha precisato, non ha espresso un giudizio di merito ma ha semplicemente valutato l'assenza di una base giuridica costituzionalmente accettabile. Dunque, tale decisione non significa che la vaccinazione dei dipendenti come condizione per svolgere determinati lavori o professioni sarebbe una misura sproporzionata, ma ha affermato che tale misura dovrebbe essere prescritta sulla base della legge sulle malattie trasmissibili. È stato, inoltre, rilevato che la norma impugnata non poteva essere paragonata al provvedimento introdotto in Austria in quanto il legislatore austriaco aveva approvato una legge in cui creava una base legislativa esplicita e specifica per imporre tali misure. La soluzione austriaca, poi, era diversa in quanto mirava a

limitare principalmente una certa vita pubblica, mentre in Slovenia la norma è stata imposta da un regolamento emanato dall'Esecutivo esclusivamente per determinare l'accesso al posto di lavoro e solo per i dipendenti negli organi statali.

La sentenza è stata approvata con sei voti a favore e tre contro. I giudici Klemen Jaklič e Rok Svetlič hanno presentato pareri dissenzienti separati e Špelca Mežnar, Katja Šugman Stubbs, Rok Čeferin, Rajko Knez e Marijan Pavčnik hanno espresso pareri favorevoli. Sia Svetlič che Jaklič hanno affermato che la misura del Governo cercava di proteggere la vita e la salute umana come un diritto costituzionale fondamentale. Jaklič aggiungeva che affermava che il formalismo non avrebbe dovuto essere posto al di sopra delle vite umane e che ci sarebbero state diverse basi legali per cui il Governo poteva imporre tale misura tra cui la legge del Governo e la legge sulla sicurezza e salute sul lavoro ma anche senza ricorrere a queste sarebbe stato sufficiente il diritto alla vita e alla salute garantito dalla Costituzione.



Il fallimento della “scommessa” elettorale di Justin Trudeau: prosegue l’esperienza del Governo liberale di minoranza*

di **Andrea Fiorentino**** e **Chiara Spiniello*****

“**C**i avete rimessi al lavoro affidandoci un chiaro mandato: far sì che il Canada superi la pandemia”, sono queste le prime parole pronunciate da Justin Trudeau nella notte tra il **20** e il **21 settembre** per commentare i risultati elettorali che hanno posto le condizioni per prosecuzione del suo mandato di Primo ministro canadese, “non dimentichiamo il passato e i giorni bui che abbiamo vissuto insieme, ma guardiamo ancora di più al futuro, a tutto ciò che deve ancora venire e a tutto ciò che ci resta da costruire insieme. Sentiamo il calore di una nuova alba e, soprattutto, cogliamo la promessa di un giorno nuovo”.

La celebrazione dei “giorni radiosi dell’avvenire”, tuttavia, non è riuscita a far passare in secondo piano il dato elettorale: il Partito liberale ha sì ottenuto più seggi dei conservatori (160 rispetto ai 119 conquistati dal *Conservative Party*), ma comunque non abbastanza da raggiungere la maggioranza assoluta degli stessi e dunque il numero sufficiente di scranni (170) per poter formare un Governo maggioritario, determinando così di fatto la perdita della “scommessa” fatta dal politico di Montreal. Trudeau, infatti, il 15 agosto aveva richiesto ed ottenuto dalla Governatrice Generale Mary Simon lo scioglimento anticipato delle Camere, convinto che sarebbe stato premiato per la buona gestione dell’emergenza sanitaria e desideroso di sfruttare l’occasione per conquistare il numero di seggi mancanti per formare un Governo di maggioranza. Tuttavia, il Primo ministro deve aver fatto male i conti, non considerando che il perdurare dell’emergenza epidemiologica avrebbe avuto effetti significativi sulle scelte dell’elettorato; significativi al punto da sfociare (quasi) in un’eterogenesi dei fini: numerosi [sondaggi pre-elettorali](#), svoltisi sul territorio della federazione tra la fine di agosto e l’inizio di settembre, hanno

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Nel presente lavoro, l’introduzione riflette l’elaborazione comune degli Autori. Le Sezioni “Elezioni”, “Partiti” e “Corti” sono da attribuirsi alla Dott.ssa Chiara Spiniello. Le Sezioni “Parlamento”, “Governo” e “Province e Territori” sono da attribuirsi al Dott. Andrea Fiorentino.

** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

*** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

evidenziato come circa il 60% degli elettori era contrario allo svolgimento di elezioni in un periodo caratterizzato da un'emergenza sanitaria.

Il tasso di partecipazione elettorale, non a caso, si è attestato intorno a 62,5% (e più precisamente 17.209.000 elettori), una percentuale inferiore rispetto alle votazioni del 2019, quando gli aventi diritto recatisi alle urne erano stati il 69% (18 350 359). Di questo, 10.246.000 hanno votato il giorno delle elezioni presso il seggio elettorale di appartenenza o presso le strutture preposte; 5.995.000 elettori hanno votato in anticipo tra il venerdì e il lunedì precedente al giorno delle elezioni; 883.000 hanno utilizzato un voto "speciale" nel loro collegio di elettorale perché, ad esempio, ricoverati in ospedale; 158.000 hanno utilizzato uno scrutinio alternativo, ma al di fuori del loro collegio elettorale (soldati in missione e detenuti). Infine, 27.000 elettori residenti al di fuori del Canada hanno potuto esprimere la loro preferenza mediante gli strumenti preposti.

Tali dati mettono in evidenza uno degli aspetti più caratteristici della tornata elettorale del 2021: il notevole incremento del ricorso alle modalità di voto alternative alle urne elettorali, vale a dire il voto postale (*mail-in ballot*) ed il voto anticipato (*advance poll*). Pensato per consentire l'espletazione del diritto al suffragio ai militari in missione, il voto per corrispondenza è stato introdotto nell'ordinamento canadese per la prima volta nel 1917 per poi essere gradualmente esteso ad altre categorie nel corso del tempo: ai dipendenti pubblici nel 1970, al personale civile di supporto nelle basi delle forze canadesi nel 1977 e, infine, a tutti i cittadini canadesi in attuazione al [Bill C-114](#) del 1993. Tale disegno di legge ha stabilito, in particolare, che tutti gli aventi diritto al voto (ivi compresi i detenuti e i disabili mentali) possano esprimere la loro preferenza elettorale tramite un sistema di voto per posta, previa registrazione, purché non siano stati assenti dal Canada per più di cinque anni e abbiano intenzione di farvi ritorno. Analogamente, il voto anticipato – previsto nell'ordinamento canadese a livello federale, provinciale e altresì in diverse elezioni comunali – ha subito un'impennata nelle elezioni generali del 20 settembre.

Il frequente ricorso alle suddette modalità, acquista un significato ancora maggiore nell'ordimento canadese se si considera che il Paese rappresenta un laboratorio privilegiato per l'implementazione del voto elettronico, uno strumento oggi portato alla ribalta dalle esigenze correlate alla pandemia: il Canada vanta, in effetti, una robusta esperienza di votazione elettronica grazie alle sperimentazioni messe a punto nelle elezioni municipali già a partire dagli anni '90.

La suddetta non è, però, la sola anomalia registratasi nel corso delle ultime elezioni: la maggior parte dei seggi è stato attribuito al *Liberal Party* nonostante abbia ottenuto un numero minore di voti rispetto al Partito conservatore. Si tratta di un effetto tipico del sistema elettorale maggioritario a turno unico all'inglese, che tende a favorire il partito di maggioranza relativa nel singolo collegio, con la conseguente penalizzazione delle formazioni politiche i cui voti sono dispersi fra i vari collegi elettorali. Gli effetti distorsivi legati a questo sistema hanno fatto sì che negli anni venissero proposte diversi progetti di riforma elettorale, per lo più tutti ispiratesi al modello proporzionale personalizzato tedesco e sostanzialmente aventi ad oggetto il mantenimento dei collegi uninominali affiancati ad una quantità di seggi da assegnare mediante

liste concorrenti, secondo vari metodi e con diversa incisività della quota proporzionale. Tuttavia nessuna delle proposte formulate è attecchita ed è difficile immaginare che il rinnovato esecutivo *trudeauniano* si impegnerà nella realizzazione di un nuovo scrutinio, dal momento che tanto nelle ultime elezioni federali quanto nelle precedenti del 2019 il Partito liberale è stato il più diretto beneficiario degli effetti distorsivi prodotti dal sistema del *Firs-past-the post*.

Dal canto suo, nella notte post-elettorale, Trudeau ha sostenuto che “non ho assolutamente finito tutte le grandi cose che intendo continuare a realizzare con i canadesi [...]. Sono estremamente eccitato non solo per i giorni a venire, ma anche per gli anni a venire”, sebbene la sua *leadership* inizi ad esser messa in discussione dall’opinione pubblica e non solo. Diversi esponenti politici e accademici hanno, infatti, espresso un chiaro malcontento nei confronti di Trudeau, che sembrerebbe aver oramai raggiunto il tempo di durata massima di un *leader* a capo di un partito.

Le elezioni federali del 2021, d’altra parte, hanno aperto crisi anche in altre formazioni politiche: Annamie Paul, a capo del *Green Party of Canada*, ha formalmente abbandonato la guida del Partito, sulla scia delle lotte intestine avvenute in seno alla sua (ormai) *ex* formazione politica; mentre Erin O’Toole ha visto messa in discussione la sua posizione all’interno del *Conservative Party* da una proposta della senatrice conservatrice Denise Batters, la quale ha lanciato una petizione – rivolta ai sostenitori del fronte conservatore e sottoscrivibile in un arco temporale di sei mesi – per destituirlo dal ruolo.

Il risultato elettorale, se da un lato ha infranto l’aspirazione del *Liberal Party* a restaurare il *majority government* perduto a seguito della tornata elettorale del 21 ottobre 2019, dall’altro – restituendo in sostanza un Parlamento fotocopia del precedente – ha comunque reiterato le condizioni politiche per la continuazione del Ministero di Justin Trudeau. Per marcare in maniera sostanziale e anche simbolica l’intenzione di imprimere un deciso cambio di passo all’azione governativa, il Primo Ministro ha ampiamente rimaneggiato la composizione del suo Gabinetto monocolore. La nuova formazione è stata annunciata pubblicamente il **26 ottobre** a Rideau Hall, in occasione della cerimonia di giuramento dei ministri nelle mani di Mary Simon, la nuova Governatrice Generale del Canada entrata in carica lo scorso luglio (la prima indigena a ricoprire la carica di rappresentante vicereale della Corona: vedi le [Cronache del n. 2-2021](#), pp. 1 ss. e 14 s.).

È doveroso precisare che, dal punto di vista costituzionale, quello che la prevalente vulgata politica e mediatica ha descritto come un “nuovo” Gabinetto, altro non è, in realtà, che il frutto di un rimpasto (“reshuffle” o “refresh”) del medesimo Governo a guida Trudeau in carica ininterrottamente dal 4 novembre 2015, dal momento che la permanenza in carica dei Governi canadesi è legata a quella dei loro Primi Ministri e non alla vita dei Parlamenti, e che il *Premier* Trudeau, dal giorno del suo insediamento, non si è mai dimesso, né è stato mai revocato. Si tratta chiaramente di un equivoco (oltretutto ben noto anche ai sistemi di governo parlamentare al di qua dell’Atlantico) che promana da una lettura tanto diffusa quanto giuridicamente inesatta e svante delle elezioni come momenti di investitura a Primo Ministro del *leader* del partito che vince il più alto numero di seggi la notte delle elezioni, il quale per tale via riceverebbe un mandato popolare – revocabile solo mediante nuove consultazioni elettorali – a realizzare le promesse elettorali. È interessante, in proposito, la riflessione proposta del costituzionalista Philippe

Lagassé (P. LAGASSÉ, *The Constitutional Context of Cabinet-Making*, in *Policymagazine.ca*, October 20th, 2021), il quale, alla luce del contrasto tra narrazione politica e realtà costituzionale, si è chiesto quanto ancora possa durare la separatezza tra queste due sfere, arrivando a ritenere plausibile – nel presupposto che le regole attuali sono il prodotto di “long-expired political realities” – che l’assetto costituzionale vigente possa soccombere a “new ways of talking and thinking about politics”.

Il rinnovato *Cabinet* (v. *infra*) è formato da 38 ministri e, in linea con il precedente stabilito nel 2015 per volere dello stesso Trudeau, è composto da un uguale numero di uomini e di donne. Nel presentarlo, il Primo Ministro ha rilanciato le priorità del programma elettorale del Partito Liberale, affermando che il nuovo *team* “will finish the fight against COVID-19, deliver on \$10-a-day child care, help Canadians find a home of their own, tackle the climate crisis, and continue to advance reconciliation with Indigenous peoples”.

L’importanza primaria assegnata da Trudeau ad alcuni dei punti focali dell’agenda liberale si è riflessa sia nell’istituzione di nuovi portafogli e nella ristrutturazione di altri, sia nella scelta di determinate personalità alla guida dei ministeri chiave per la loro implementazione. È assai significativa, in questo senso, l’istituzione di un portafoglio per l’*Housing* (affidato ad Ahmed Hussen, precedentemente a capo del dicastero della Famiglia, dell’Infanzia e dello Sviluppo sociale), a significare la forte determinazione del *Cabinet* ad affrontare l’attuale emergenza abitativa causata dal vertiginoso rincaro dei prezzi degli alloggi. Costituisce una novità anche la creazione di un inedito portafoglio per la Salute mentale e le dipendenze (assegnato a Carolyn Bennet, già Ministro delle Relazioni Corona-Indigeni), a segnalare l’attenzione che l’Esecutivo intende riservare a una problematica acuita dalla situazione pandemica. Rilevante è anche la decisione di incorporare dal Ministero per lo Sviluppo economico (cui è stata preposta Mary Ng) le sette agenzie che presiedono allo sviluppo economico delle singole regioni (il Pacifico, le *Prairies*, il Nord, l’Ontario settentrionale, quello meridionale, il Québec e l’Atlantico), a ciascuna delle quali è stato preposto un diverso ministro, a voler indicare il passaggio da una gestione centralizzata e “distante” a un approccio di prossimità e di maggiore ascolto alle specifiche istanze locali. Riveste infine speciale significato politico la scelta del nuovo titolare del cruciale dicastero per l’Ambiente e il Cambiamento climatico, ricaduta su Steven Guilbeault, già Ministro per il Patrimonio, ma soprattutto un ambientalista molto critico nei confronti dell’industria petrolifera, finito persino sotto arresto, venti anni fa, per aver scalato in un *blitz* di *Greenpeace* la CN Tower di Toronto: una nomina che pare preannunciare una politica più intransigente sui delicati *dossier* della tutela dell’ambiente e della lotta al *climate change*, i quali rivestono assoluta centralità e importanza nel disegno politico del *Premier* liberale; ma anche una scelta che potrebbe inasprire i rapporti già tesi tra il Governo di Ottawa e la *leadership* conservatrice dell’Alberta (rappresentata dal *Premier* Jason Kenney, a capo dello *United Conservative Party of Alberta*), profondamente ostile nei confronti della legislazione ambientalista promossa dai liberali, percepita come una minaccia alla sopravvivenza del settore dell’estrazione degli idrocarburi – la principale fonte di prosperità della Provincia.

Proprio nel quadrimestre in esame, le tensioni con la Provincia occidentale si sono aggravate a causa dell’esito positivo di un *referendum*, indetto dal Governo di Edmonton per il **18 ottobre**, per l’abrogazione dal *Constitutional Act* del riferimento al principio della perequazione fiscale in

favore delle Province e dei Territori con minore capacità contributiva (vedi *infra*): un obiettivo chiaramente non perseguibile tramite lo strumento referendario, il ricorso al quale ha tuttavia costituito un atto di protesta volto ad alzare il livello dello scontro politico con un Esecutivo federale accusato di insensibilità nei confronti della *Western alienation* e – appunto – di voler infliggere un colpo mortale agli interessi economici strategici dell'Alberta.

Gli obiettivi programmatici del rinnovato Gabinetto sono stati annunciati formalmente dalla Governatrice Generale nel *Throne Speech* svoltosi il **23 novembre**, il quale ha dato il via alla 44^a legislatura del Parlamento (v. *infra*). La prima sessione è stata sospesa per la consueta pausa natalizia dopo poco più di tre settimane (il **17 dicembre**) e riprenderà il suo corso il 31 gennaio 2022. Nonostante la brevità del tempo a disposizione, il Governo di minoranza ha agevolmente superato le sue prime prove di tenuta parlamentare, conseguendo per tempo l'approvazione delle iniziative legislative protese a realizzare una prima parte delle promesse elettorali liberali (v. *infra*) e superando – con il fondamentale soccorso dei gruppi parlamentari del *New Democratic Party* e del *Bloc Québécois* – il suo primo *test* di fiducia (la sconfitta di un emendamento al *Throne Speech* presentato dal *Conservative Party*: v. *infra*).

Il 2022, col suo imponente carico di sfide – la prosecuzione della lotta alla pandemia, il rilancio dell'economica, l'emergenza sociale e quella climatica – si preannuncia un anno cruciale per misurare le future ambizioni politiche del Primo Ministro Trudeau, il quale, dopo la delusione elettorale di settembre e una lunga serie di scandali e *gaffe* che ne hanno offuscato la reputazione, dovrà dimostrare ai canadesi e all'opinione pubblica internazionale che la sua *leadership* è ancora ben lontana dal tramonto.

ELEZIONI

ELEZIONI FEDERALI DEL 2021: IL LIBERAL PARTY SI CONFERMA AL POTERE E DÀ VITA AD UN NUOVO GOVERNO (DI MINORANZA)

Con 160 seggi su 388, dieci in meno di quelli necessari per conseguire la maggioranza assoluta, il liberale Justin Trudeau si è confermato Primo ministro canadese sulla base del risultato delle elezioni per il rinnovo dei componenti della *House of Commons*, svoltesi il **20 settembre**.

L'avvio della quarantaquattresima legislatura canadese, [iniziata con due anni di anticipo](#) rispetto alla scadenza naturale della legislatura precedente – e dunque in deroga ai contenuti dell'*Act to Amend the Canada Elections Act* del 2007, che aveva introdotto nella legge elettorale la previsione di elezioni a data fissa, stabilendo che dovessero svolgersi ogni quattro anni – è stato, dunque, segnato dalla formazione del terzo governo liberale a guida Trudeau. Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto nel 2015, quando con una percentuale di voti del 39,47% (corrispondenti a 6,942,937), il *Liberal Party* era riuscito ad ottenere 184 seggi e dunque a dar vita ad un governo di maggioranza, i risultati delle elezioni del 2019 e del 2021 hanno determinato la formazione di governi minoritari.

Nel 2019, infatti, il Partito liberale ha conquistato soltanto 157 seggi (con il 33,10% ossia 6,018,728 preferenze) mentre i conservatori – i principali contendenti alla vittoria – si sono fermati a 121 scranni, nonostante avessero raggiunto una percentuale di voti pari al 34,44 (6,239,227 voti); analogamente lo scorso settembre nonostante il *Conservative Party* abbia

conseguito il 33,74% di preferenze (pari a 5,746,410 voti) è riuscito a conquistare solamente 119 seggi e cioè quarantuno in meno rispetto ai 160 raggiunti dal *Liberal Party* con una percentuale di voti del 32,62 (eguale a 5,566,629 suffragi).

Tale risultato si collega agli effetti propri dell'applicazione del *first past the post (FPTP)*, il sistema elettorale maggioritario a turno unico in uso in Canada sia per l'elezione dei membri del Parlamento federale sia per la designazione dei componenti delle Assemblee legislative provinciali. Non a caso, infatti, la distorsione tra la proporzione di voti espressi e seggi ottenuti è venuta in luce altresì in occasione delle elezioni provinciali: nelle consultazioni del settembre 2018 per il rinnovo dell'Assemblea legislativa del New Brunswick, ad esempio, il *Progressive Conservative Party* ha conquistato 22 seggi, uno in più rispetto al *Liberal Party*, nonostante quest'ultimo avesse raggiunto una percentuale di voti superiore (il 37,80 contro il 31,89 e dunque 143,791 preferenze contro 121,300).

Ma se il meccanismo del *FPTP* – che, in breve, consiste nell'assegnazione dei seggi in collegi uninominali senza recupero dei voti dei candidati non eletti – rappresenta una variabile costante delle elezioni canadesi, un elemento innovativo rispetto alle precedenti è emerso nel corso di queste ultime tornate elettorali: il significativo incremento del ricorso al voto postale (*mail-in ballot*) ed al voto anticipato (*advance poll*).

Per quanto già regolarmente utilizzato in passato — nella quarantaduesima elezione generale (2015), il numero degli elettori che vi hanno fatto ricorso è aumentato del 117% rispetto alle precedenti elezioni, coinvolgendo 619.000 canadesi; numero arrivato a circa 660.000 nelle 43^a elezione (2019), per una percentuale di elettori pari al 3,6; fino a raggiungere nell'ultima tornata elettorale quota 1.011.874, con un aumento del 35% rispetto alle consultazioni del 2019 – il voto per corrispondenza, la cui applicazione è stata estesa a tutti i cittadini canadesi nel 1993 col [Bill C-114](#), è stato il grande protagonista della stagione elettorale 2020-2021. Complice probabilmente la situazione disagevole causata dalla permanenza della crisi sanitaria, le elezioni svoltesi nelle Province tra il 2020 e il 2021 sono state caratterizzate da un'impennata nella percentuale di impiego del *mail-in ballot*: in questo senso la percentuale del voto postale nelle ultime elezioni provinciali della British Columbia è stata del 31,4 % (596.287 voti), una cifra di gran lunga superiore rispetto al 2017, quando si attestò intorno allo 0,3%.

Allo stesso modo, il ricorso al voto anticipato – previsto nell'ordinamento canadese a livello federale, provinciale e altresì in diverse elezioni comunali – ha conosciuto una crescita esponenziale nelle elezioni generali del 20 settembre: circa 5,78 milioni di canadesi hanno votato mediante questo sistema nei quattro giorni ad essa dedicati (dal 10 al 13 settembre), con un incremento del 18,46% rispetto alle passate elezioni, allorquando gli elettori che lo avevano utilizzato erano stati 4,48 milioni.

LA NUOVA MAPPA ELETTORALE FEDERALE

A partire dal 2024, il numero di seggi della *House of Commons* canadese passerà da 338 a 342, al fine di adeguare il numero dei membri della Camera elettiva del Paese ai cambiamenti registratisi nella popolazione canadese. Se le Province di Ontario, Alberta e British Columbia vedranno un aumento nel loro numero di seggi; il Québec sarà l'unico territorio a perdere uno scranno nella redistribuzione.

Secondo la [nuova ripartizione proposta da Elections Canada](#), infatti, la Columbia Britannica avrà 43 seggi; Alberta, 37; Saskatchewan, 14; Manitoba, 14; Ontario, 122; Québec, 77; Nuovo Brunswick, 10; Nuova Scozia, 11; Isola del Principe Edoardo, 4; Terranova e Labrador, 7; Yukon, 1; i Territori del Nordovest, 1; e Nunavut, 1. Conseguentemente, un seggio in più spetterà all'Ontario (da 121 a 122) e alla British Columbia (da 42 a 43). La Provincia di Alberta avrà diritto

ad altri 3 seggi, passando da 34 a 37. Il Québec, invece e come detto, che attualmente ne ha 78, ne perderà uno. Il numero dei posti a disposizione in Parlamento rimarrà, invece, invariato nell'Atlantico e nei territori.

Ai sensi della Costituzione canadese ([art. 51 Cost.](#)), le circoscrizioni devono essere ridisegnate ogni 10 anni, sulla base dei dati rilevati dal censimento della popolazione, in modo da riflettere i cambiamenti ivi rilevati. Il processo di ridefinizione dei confini circoscrizionali – che dovrebbe iniziare nel febbraio 2022 – sarà guidato in ciascuna delle dieci Province da Commissioni indipendenti e apartitiche (c.d. *Boundaries Commissions*), le quali nell'esercizio del compito loro assegnato dovranno tenere in considerazione la popolazione media di ciascuna circoscrizione. La nuova mappa elettorale federale dovrebbe essere completata nell'ottobre 2023, ma la sua entrata in vigore è stata procrastinata ad aprile 2024, successivamente alla prossima tornata elettorale.

Le modifiche dell'*electoral map*, in passato, sono state oggetto di forti contestazioni da parte dei partiti politici che ne hanno evidenziato diverse criticità (dal ritaglio iniquo dei confini dei collegi, allo smembramento delle comunità di riferimento a seguito della riorganizzazione, ai timori derivanti per una riduzione del numero di seggi); oggi la preoccupazione maggiore sembra essere rappresentata, principalmente, dalla “questione Québec”: la crescita della popolazione quebecchese ad un ritmo rallentato rispetto alla media delle altre Province ha determinato la perdita di un seggio in un territorio – qual è il Québec – scosso da tensioni significative nei confronti della federazione e, dunque, particolarmente sensibile al tema della rappresentanza di cui i cittadini della Provincia godono in seno al Parlamento canadese. Peraltro, dal 1996 è la prima volta in cui una Provincia perde (e non acquista) uno scranno a seguito della ridefinizione dei confini delle circoscrizioni.

“Per noi non è una semplice formula matematica [...]”, ha sostenuto Sonia LeBel, Ministro responsabile delle Relazioni canadesi e della Francofonia canadese in Québec, a proposito della redistribuzione elettorale. “Siamo l'unica provincia francofona del Québec, abbiamo uno *status* speciale, abbiamo una nazione da difendere”.

PARTITI

ERIN O'TOOLE NEL “MIRINO” (DI ALCUNI ESPONENTI) DEL SUO PARTITO

A seguito della disfatta elettorale del *Conservative Party*, il **16 novembre** il suo *leader* Erin O'Toole ha visto messa in discussione la sua posizione all'interno del Partito da una proposta della senatrice conservatrice Denise Batters, la quale ha lanciato una [petizione](#) – rivolta ai sostenitori del fronte conservatore e sottoscrivibile in un arco temporale di sei mesi – per destituire O'Toole dal suo ruolo.

Da sempre avversa alla linea politica *O'Tooleriana*, Batters ha attribuito al capogruppo dei *Tories* le cause della sconfitta del Partito conservatore, tanto alle elezioni federali quanto a quelle provinciali subite in Alberta, British Columbia e Grand Toronto storicamente appannaggio dei conservatori. Le ragioni della *debacle* sarebbero da individuarsi – a detta della senatrice – nella posizione assunta da O'Toole su questioni fondamentali come [le armi, il prezzo del carbonio e la libertà di coscienza per i medici e gli operatori sanitari](#), orientamenti lontani da quelli della sua formazione politica e sostanzialmente assimilabili alle posizioni del Partito liberale, rispetto al quale lo Stesso avrebbe condotto una campagna elettorale simile.

Secondo il [regolamento del Partito conservatore](#), la *leadership* del candidato *Premier* che non riesca ad ottenere il potere è automaticamente soggetta a un voto di fiducia al primo Congresso nazionale successivo alle elezioni, scadenza che – in questo caso – non arriverà prima del 2023.

Tuttavia, il suddetto regolamento prevede altresì la possibilità di indire un voto di fiducia anticipato qualora il 5% dei militanti firmi una petizione per farne richiesta in almeno cinque Province/Territori. Qualora il numero di sottoscrizioni venga raggiunto, la mozione, per essere approvata, deve ricevere il sostegno dei due terzi dei votanti nonché la maggioranza dei voti in ciascuna Provincia e Territorio.

Temendo di non conseguire un buon risultato nella votazione sulla sua *leadership* che avrebbe dovuto svolgersi ad aprile 2020, il predecessore di Erin O'Toole, Andrew Scheer – il quale aveva fatto guadagnare 121 seggi al Partito conservatore (2 in più rispetto agli attuali) nell'ambito delle elezioni del 2019 – [aveva scelto di dimettersi](#) a soli due mesi di distanza dalla formazione del “vecchio” esecutivo di Justin Trudeau.

Diversi parlamentari – come Michelle Rempel Garner e Gérard Deltell – hanno mostrato il loro scetticismo (se non, finanche, un'aperta contrarietà) nei confronti dell'approccio della senatrice della Saskatchewan, sostenendo che questo genere di azioni non facciano altro che favorire l'ascesa del *Liberal Party*. Eppure, questa non è la prima volta che il *leader* conservatore è oggetto di contestazioni per mezzo della presentazione di un'istanza: il **22 settembre**, pochi giorni dopo la sconfitta elettorale, Bert Chen, un consigliere dell'Ontario, ha lanciato una petizione virtuale utilizzando argomentazioni simili a quelle avanzate da Denise Batters.

ANNAMIE PAUL SI DIMETTE DALLA GUIDA DEL *GREEN PARTY OF CANADA*

A sei settimane dall'annuncio delle sue dimissioni, volontà manifestata all'indomani del risultato delle elezioni federali e più esattamente il **27 settembre**, Annamie Paul ha formalmente abbandonato la *leadership* del Partito verde canadese, sulla scia delle lotte intestine avvenute in seno alla sua (ormai) *ex* formazione politica.

Sebbene il *Green Party* sia riuscito a mantenere i due seggi in suo possesso nella precedente legislatura alla Camera dei Comuni, esso è stato in grado di raccogliere soltanto il 2,3% dei voti espressi, un crollo draconiano rispetto al 6,5% delle preferenze ottenute nel 2019.

In effetti, Paul, prima donna di colore di origine ebraica a guidare un partito politico federale dall'ottobre 2020, [data in cui era successa a Elizabeth May](#), è stata al centro di polemiche interne fin dalla scorsa primavera. In quell'occasione, in particolare, alcuni esponenti del Partito l'avevano contestata per non aver preso provvedimenti nei confronti di Noah Zatzman, suo principale consigliere, il quale aveva accusato i parlamentari verdi di discriminazione e antisemitismo a causa della loro condanna verso l'offensiva armata compiuta dalle forze israeliane sul territorio palestinese in risposta al lancio di razzi palestinesi su Israele. La contestazione aveva assunto toni drammatici al punto che la deputata di Fredericton Green Jenica Atwin – astro nascente del Partito, in prima linea nella condanna agli attacchi aerei a Gaza – ha annunciato che sarebbe passata al campo liberale, *Liberal Party* col quale è stato poi rieletta nelle elezioni di settembre.

Peraltro, i problemi di Annamie Paul col *Green Party* sembrerebbero aver riguardato anche l'ambito economico. [La CBC News ha, infatti, riferito](#) che le sue dimissioni hanno tardato a materializzarsi formalmente a causa dei negoziati relativi a controversie legali con il Partito, e nello specifico riguardanti un risarcimento per delle spese legali sostenute dalla *leader* in una controversia avverso coloro volevano rimuoverla dalla sua posizione prima delle elezioni generali. La suddetta trattativa, inoltre, avrebbe pure riguardato un'[ordinanza](#) – contestata da alcuni esponenti del Partito Verde dinnanzi al Tribunale dell'Ontario – che aveva permesso a Paul di restare in carica durante l'estate nonostante la proposta di sottoporre la *leadership* della Stessa ad un voto di fiducia.

“Quando sono stata eletta” – ha affermato nel suo discorso conclusivo – “sapevo di star rompendo un soffitto di vetro. Quello di cui non mi rendevo conto in quel momento è che

sarebbe caduto sulla mia testa, lasciando schegge di vetro su cui sarei caduta durante la mia permanenza nel ruolo di *leader* di Partito”.

IL BLOC QUÉBÉCOIS E LA “QUESTIONE FRANCESE”

Oltre quarant’anni sono passati dalla notte tra il **4 e il 5 novembre** 1981, quando nei corridoi dell’Hôtel du Château Laurier a Ottawa, nove *Premier* provinciali e il Primo ministro canadese Pierre Elliott Trudeau siglarono un [patto costituzionale](#) all’insaputa del Québec, eppure le rivendicazioni della Provincia francofona non (mai) hanno smesso di agitare il Paese.

Da ultimo, infatti, il *Bloc Québécois* ha ribadito la necessità di “salvaguardare” la lingua francese in vista della modernizzazione dell’[Official Languages Act](#), prevista per i primi 100 giorni del nuovo mandato del governo Trudeau e ribadita nel “Discorso del Trono” del **23 settembre**. In particolare, la formazione sovranista intendere riproporre l’applicazione della [Loi 101 \(Charte de la langue française\)](#) alle imprese a *charte fédérale* nel Québec.

Inoltre, il *Bloc Québécois* si è posto l’obiettivo, da un lato, di ripresentare il suo disegno di legge in base al quale è necessaria una conoscenza sufficiente del francese per ottenere la cittadinanza canadese in Québec e, dall’altro lato, di esercitare una pressione affinché venga rivisto il finanziamento federale ai gruppi di minoranze linguistiche in modo che il governo del Québec abbia voce in capitolo.

PARLAMENTO

L’INAUGURAZIONE DELLA 44^A LEGISLATURA: L’ELEZIONE DELLO *SPEAKER* E IL *THRONE SPEECH*

Il **22 novembre** il Parlamento canadese ha inaugurato la prima sessione della 44^a legislatura, dopo la pausa estiva e la *dissolution* del 15 agosto (si vedano le [Cronache del n. 2-2021](#), p. 9). Come da tradizione, la legislatura è iniziata con alcuni passaggi cerimoniali: dopo il voto sulle mozioni di preparazione del *Throne Speech*, il Capo del cerimoniale del Parlamento (l’*Usher of the Black Rod*) si è recato in rappresentanza del Senato presso l’*House of Commons* per invitarne i membri alla Camera alta; una volta che questi sono giunti sul posto, lo stesso li ha esortati a eleggere uno *Speaker* prima del discorso del Governatore Generale. I deputati sono quindi tornati nell’aula della Camera per eleggere lo *Speaker* a scrutinio segreto e con voto alternativo. La scelta è ricaduta come prevedibile sullo *Speaker* uscente Anthony Rota, esponente del *Liberal Party*, il quale ha ottenuto un secondo mandato prevalendo su altri sei candidati (Alexandra Mendès e Marc Dalton del *Liberal Party*; i conservatori Chris d’Entremont e Joël Godin; Carol Hughes, dell’*NDP*; la verde Elizabeth May). L’elezione è stata presieduta dal decano della Camera dei Comuni, Louis Pamondon, settantottenne in carica dal 1984 (prima nelle file dei conservatori e poi, dal 1900, del *Bloc Québécois*).

Il **23 novembre** i membri della Camera sono tornati in Senato per la lettura del [Throne Speech](#) da parte della Governatrice Generale Mary Simon. Il discorso è stato letto, oltre che in inglese e in francese, anche in *Inuktitut*, ossia nella lingua madre della nuova rappresentante viceregale della Corona, la quale, prima di enunciare l’agenda redatta dal Governo liberale, ha richiamato brevemente i temi centrali del suo discorso di insediamento (per il quale si rinvia alle [Cronache del n. 2-2021](#), pp. 1 ss. e 15), invocando «Action on reconciliation. Action on our collective health and well-being. Action on climate change». La parte programmatica del *Throne Speech*, intitolata “*Building a resilient economy: a cleaner & healthier future for our kids*”, ha ribadito i punti fondamentali

del manifesto elettorale del Partito Liberale: la prima priorità individuata dal Governo è quella di tenere sotto controllo la pandemia proseguendo la campagna vaccinale, e al contempo rafforzare il sistema sanitario canadese (“This is the moment to build a healthier today and tomorrow”); sul piano economico e sociale, l’Esecutivo ha promesso di erogare sostegni mirati per i settori in difficoltà e di contrastare l’aumento del costo della vita mediante politiche per rendere accessibili i prezzi delle abitazioni e per potenziare l’assistenza all’infanzia, (“This is the moment to grow a more resilient economy”); lo stesso ha assunto anche numerosi impegni sul fronte della transizione ecologica e della lotta al cambiamento climatico, muovendo dal presupposto che “growing the economy and protecting the environment go hand in hand” (“This is the moment for bolder climate action”). Tra le altre priorità enunciate nel discorso figurano il controllo sulle armi e il contrasto alla violenza di genere e al razzismo (“This is the moment to fight harder for safer communities”), la difesa e la promozione di diversità e inclusione a partire dal sostegno alle minoranze etniche e linguistiche e alla comunità LGBTQ2 (“This is the moment to stand up for diversity and inclusion”), la prosecuzione del cammino della riconciliazione con le popolazioni indigene (“This is the moment to move faster on the path to reconciliation”), e infine l’impegno sul piano internazionale a rafforzare pace, sicurezza, stato di diritto, democrazia, rispetto dei diritti umani, libero commercio, multilateralismo e cooperazione allo sviluppo (“This is the moment to fight for a secure, just, and equitable world”).

Dopo la presentazione di una mozione formale diretta a rivolgere al Governatore Generale un *Address in Reply to the Speech from the Throne* (“to offer our humble thanks [...] for the gracious speech which Your Excellency has addressed”), ai sensi dello *Standing Order* 50(1) sono seguiti sei giorni dedicati al dibattito sulla mozione e sugli emendamenti presentati. Il **13 dicembre** il Governo di minoranza ha superato il suo primo test di fiducia della legislatura: i parlamentari liberali, grazie al supporto del *New Democratic Party* e del *Bloc Québécois*, hanno sconfitto con un maggioranza di 215 voti contro 117 un emendamento al *Throne Speech* presentato dal *Conservative Party of Canada*, nel quale si criticava l’Esecutivo per non aver affrontato adeguatamente le questioni cruciali che minacciano la prosperità dei canadesi, tra le quali l’inflazione, la stagnazione economica, la crisi abitativa, la carenza di manodopera e la crisi dell’unità nazionale. L’approvazione di tale emendamento – scongiurata dal soccorso dei due partiti progressisti, che pure non avevano risparmiato critiche a un *Throne Speech* ritenuto generico e insufficiente – avrebbe avuto il significato di un voto di sfiducia verso il Governo, e avrebbe innescato quasi sicuramente nuove elezioni anticipate. La Camera dei Comuni deve ancora pronunciarsi in via definitiva sul testo del *Throne Speech*, in quello che sarà un ulteriore voto fiduciario.

La stessa si è aggiornata il **17 dicembre**. Tornerà a riunirsi il 31 gennaio 2022.

LA LIMITAZIONE DELL’ACCESSO ALLA CAMERA DEI COMUNI AI VACCINATI E LA REINTRODUZIONE DELLA MODALITÀ IBRIDA DI SVOLGIMENTO DEI LAVORI

In conformità con quanto è stato [deciso](#) il **19 ottobre** dal *Board of Internal Economy* (organo presieduto dallo *Speaker* e composto da nove parlamentari in rappresentanza di ciascun partito, eccetto i Verdi), dall’inizio della sessione (22 novembre) l’accesso al Parlamento è subordinato al requisito della completa vaccinazione contro il COVID-19: esso si applica a “any person who wishes to enter the House of Commons Precinct, including Members and their staff, political research office employees, Administration employees, members of the Parliamentary Press Gallery, parliamentary business visitors, contractors and consultants”. Sono esentati dalla misura, oltre ai bambini di età inferiore ai dodici anni, coloro che sono esonerati dalla vaccinazione per ragioni mediche, ai quali è consentito l’accesso previa esibizione del risultato negativo di un test

rapido antigenico. Contestualmente alla sua introduzione, sono state prorogate le precedenti misure di prevenzione, tra le quali l'obbligo di indossare la mascherina e la chiusura al pubblico del distretto parlamentare.

Il **25 novembre** la Camera dei Comuni ha votato a favore di una [mozione governativa](#) volta a reintrodurre (fino al 23 giugno 2022) la modalità ibrida di svolgimento dei lavori parlamentari sperimentata dal settembre 2020 al giugno 2021. In base a tale assetto organizzativo, i membri dell'*House of Commons* possono partecipare alle sedute plenarie e di Commissione sia in persona che in videoconferenza (i testimoni convocati dalle Commissioni sono obbligati a partecipare a distanza); coloro che prendono parte ai lavori da remoto sono considerati presenti ai fini del computo del *quorum* e possono esprimere il proprio voto attraverso un'apposita applicazione, purché si trovino all'interno del Canada e previa sottoposizione a una verifica visiva della loro identità; inoltre, è autorizzato il deposito di atti e documenti in via elettronica. La decisione è stata adottata con il voto favorevole dei parlamentari liberali e dell'*NDP* – uniti nel ritenerla necessaria per tutelare la salute dei rappresentanti più vulnerabili, ma anche per consentire ai neogenitori di prendersi adeguatamente cura dei figli – e con l'opposizione del *CPC* e del *Bloc Québécois* (180 voti contro 140). Il *leader* dei conservatori Erin O'Toole ha giustificato la contrarietà del suo partito al modello ibrido di svolgimento dei lavori ammonendo che avrebbe limitato l'*accountability* democratica (“[t]o hold the government to account as Canadians expect, we must be here in Ottawa working for Canadians”), che avrebbe riservato ai parlamentari un trattamento privilegiato rispetto al resto dei cittadini (“[m]illions of Canadians don't have the option of not showing up for work tomorrow, and neither should this government”), e che avrebbe consentito ai ministri liberali di rifiutarsi di comparire in aula (“[l]iberal ministers would happily come to Ottawa for press conferences, but now they refuse to show up in the House of Commons for their constituents”).

L'APPROVAZIONE DELLE PRIORITÀ LEGISLATIVE DEL GOVERNO NEL PRIMO MESE DELLA SESSIONE

Il giorno precedente il *Throne Speech* (**22 novembre**) il *leader* della Camera dei Comuni – il liberale Marc Hollad – aveva già delineato le quattro priorità legislative che il Governo aveva intenzione di far approvare prima della sospensione dei lavori parlamentari per la consueta pausa natalizia: l'introduzione di dieci giorni di congedo per malattia retribuito per i lavoratori regolamentati a livello federale, la progressiva riduzione di alcuni degli aiuti introdotti per fronteggiare gli effetti economici e sociali della pandemia, un progetto di legge per proteggere dalle aggressioni il personale sanitario e un'altro per vietare le terapie di “conversione” dell'orientamento sessuale e dell'identità o espressione di genere.

Il Governo ha conseguito per tempo l'approvazione di tutte le iniziative legislative necessarie a realizzare questa agenda. I progetti di legge di iniziativa governativa approvati nel primo mese della prima sessione della 44^a legislatura sono i seguenti: il *Bill C-2* ([An Act to provide further support in response to COVID-19](#)), presentato il **24 novembre** e promulgato il **17 dicembre**, il quale reca misure di sostegno economico più targhettizzate di quelle adottate in precedenza (definite “broad-based”), tra le quali si annoverano l'estensione del *Canada Recovery Hiring Program*, nuovi programmi a favore dei settori ancora in difficoltà (il *Tourism and Hospitality Recovery Program*, l'*Hardest-Hit Business Recovery Program*, il *Local Lockdown Program*) e misure di sostegno ai lavoratori (l'estensione del *Canada Recovery Caregiving Benefit* e del *Canada Recovery Sickness Benefit*, e l'introduzione del *Canada Worker Lockdown Benefit*); il *Bill C-3* ([An Act to amend the Criminal Code and the Canada Labour Code](#)), presentato il **26 novembre** e promulgato il **17 dicembre**, il quale ha introdotto dieci giorni di congedo retribuito per malattia per i lavoratori regolamentati a livello

federale, e ha emendato il Codice penale per rafforzare la protezione per gli operatori sanitari e per garantire a ciascuno un accesso sicuro e privo di ostacoli ai servizi sanitari; il *Bill C-4 (An Act to amend the Criminal Code (conversion therapy))*, presentato il **29 novembre** e promulgato l'**8 dicembre**, il quale ha apportato modifiche al Codice penale dirette a contrastare il ricorso alle cosiddette terapie di conversione. Quest'ultimo *Bill*, che in sostanza riproponeva il testo di due progetti identici presentati dal Governo nel corso della precedente legislatura (i *Bill S-202* e *C-6*), è stato approvato con il supporto di una parte dei parlamentari del *Conservative Party* (spaccato al suo interno sulla questione), ai quali Erin O'Toole ha concesso libertà di voto (il **1° dicembre** la Camera dei Comuni ha acconsentito *by unanimous consent* a una [mozione](#) proposta dal *Tory* Rob Moore diretta a considerare svolte tutte le rimanenti letture del progetto e a trasmetterlo direttamente al Senato, il quale lo ha approvato il **7 dicembre**).

LA RIPRESENTAZIONE DEL PROGETTO DI LEGGE GOVERNATIVO PER UN SENATO PIÙ INDIPENDENTE

Il **24 novembre** il Governo ha presentato in Senato un progetto di legge (*Bill S-2, An Act to amend the Parliament of Canada Act and to make consequential and related amendments to other Acts*, riprodotto di un [precedente progetto](#) approvato dal Senato e poi decaduto a causa dello scioglimento del Parlamento) che nell'ottica di rendere la "Red Chamber" "more independent and non-partisan" intende codificare in forma di legge alcune riforme già introdotte in seno a tale organo: in particolare, esso mira a estendere l'idoneità a percepire indennità annuali ai Senatori che occupano posizioni di *leadership* in partiti o gruppi parlamentari ulteriori rispetto a quelli di Governo e di opposizione, ad assicurare che tutti i partiti e i gruppi parlamentari riconosciuti siano consultati sulle nomine importanti (come quelle relative al *National Security and Intelligence Committee of Parliamentarians*, organo bicamerale di controllo [istituito con legge](#) nel 2017, i cui componenti sono nominati dal Governatore Generale su raccomandazione del Primo Ministro), e a emendare l'*Emergencies Act* al fine di garantire che ogni gruppo sia rappresentato nelle Commissioni parlamentari istituite in conformità ad esso. L'iniziativa del Governo si pone in linea di continuità con la sua precedente riforma del 2016, in virtù della quale i senatori sono designati dal Primo Ministro previa una raccomandazione non vincolante dell'*Independent Advisory Board for Senate Appointment*, incaricato di selezionare i candidati alla carica più indipendenti, qualificati e in grado di riflettere la diversità del Canada mediante un processo meritocratico e aperto a tutti i cittadini.

La Camera alta ha approvato il progetto di legge l'**8 dicembre**. L'*House of Commons* lo ha esaminato in prima lettura il **14 dicembre**.

LA CONVOCAZIONE DELLE COMMISSIONI DELLA CAMERA (CON UNA NOVITÀ PROCEDURALE)

Il **2 dicembre** la Camera dei Comuni ha approvato all'unanimità una mozione per convocare e rendere operative le Commissioni (fissando per il **3 dicembre** la prima riunione dello *Standing Committee on Procedure and House Affairs* (PROC), incaricato della nomina dei loro componenti, ai sensi degli *Standing Orders* 104 e 114) e che, contestualmente, ha modificato lo *Standing Order* 106(4), il quale consentiva a quattro esponenti di uno *Standing Committee* di richiedere e ottenere dalla presidenza dell'organo la convocazione di una riunione entro cinque giorni: in esito alla revisione regolamentare, per ottenere il medesimo risultato la richiesta deve provenire da quattro membri appartenenti a due gruppi parlamentari diversi (nella passata legislatura esponenti dell'opposizione conservatrice avevano fatto spesso ricorso a questa facoltà, quando hanno ritenuto che il Governo stesse evitando di sottoporsi al controllo parlamentare). Nel commentare

la modifica, il *leader* neodemocratico della Camera Peter Julian ha affermato che “In a cooperative, minority Parliament, this is a better approach”. La mozione approvata ha altresì stabilito che le nuove Commissioni devono essere composte da dieci membri, salvo quattro, formate da dodici membri (*Access to Information, Privacy and Ethics; Government Operations and Estimates; Public Accounts*), e un'altra di undici parlamentari (*Status of Women*). I membri delle Commissioni sono stati [nominati](#) il **9 dicembre**.

L'ISTITUZIONE DI UNA COMMISSIONE SPECIALE SULL'EVACUAZIONE DALL'AFGHANISTAN

L'**8 dicembre**, in occasione del primo *Opposition Day* della legislatura, la Camera dei Comuni ha approvato una mozione presentata dal *leader* del Partito conservatore Erin O'Toole diretta a istituire una [Commissione speciale](#) di dodici membri (sei liberali, quattro conservatori, un membro del *BQ* e uno dell'*NDP*) incaricata di indagare sugli eventi relativi al ritiro del canadese dall'Afghanistan. La mozione è stata approvata con i voti di *CPC*, *BQ*, *NDP* e anche di due esponenti liberali. Prima del voto finale è stato approvato un emendamento alla mozione del *Bloc Québécois*, il quale ha precisato che il principale obiettivo della Commissione dovesse consistere in “assessing the humanitarian assistance to be put in place by Canada to assist the Afghan people”, e ha anche abrogato una disposizione diretta a ordinare al Governo la produzione dei documenti sulla pianificazione dell'evacuazione. Riferendosi all'approvazione dell'emendamento, O'Toole ha affermato che i liberali hanno voluto “cover up documents that would tell the full story of their failure to act in the years and months leading up to the fall of Afghanistan”, ma al contempo si è felicitato del fatto che “[d]espite their best efforts to orchestrate another cover-up, Justin Trudeau and his Liberal government will now have to explain why they failed to act”.

Nella sua prima riunione (**13 dicembre**) la nuova Commissione ha proceduto all'elezione del suo presidente (Sukh Dhaliwal, *LP*) e di tre vice (Michael D. Chong, *CPC*; Alexis Brunelle-Duceppe, *BQ*; Jenny Kwan, *NDP*).

GOVERNO

LA COMPOSIZIONE DEL NUOVO GABINETTO LIBERALE

Il risultato delle elezioni federali del **20 settembre** ha posto le condizioni per la continuazione del Ministero di Justin Trudeau, il quale ha provveduto a rinnovare la composizione del suo Gabinetto monocolore liberale. La nuova composizione è stata annunciata dal Primo Ministro a Rideau Hall il 26 ottobre, in occasione della cerimonia di giuramento dei ministri nelle mani della Governatrice Generale Mary Simon. Il rinnovato *Cabinet* canadese è formato, oltre che dal Primo Ministro, da 38 ministri. In esso sono rappresentati paritariamente uomini e donne, e trovano adeguata espressione anche le minoranze etniche e linguistiche che riflettono la diversità canadese.

I ministri che lo compongono, con i rispettivi portafogli, sono i seguenti: Chrystia Freeland, confermata Vice Primo Ministro e Ministro delle Finanze; Omar Alghabra, rimasto Ministro dei Trasporti; Anita Anand, nuovo Ministro della Difesa nazionale (nei mesi precedenti, in qualità di *Receiver General for Canada Minister of Public Services and Procurement*, ha avuto un ruolo chiave nel determinare il successo del programma di acquisto di vaccini contro il COVID-19; subentra a Harjit S. Sajjan, dimostratosi incapace di gestire gli scandali sessuali che hanno investito gli alti comandi delle forze armate); Carolyn Bennett (già Ministro delle Relazioni Corona-Indigeni), nuovo Ministro per la Salute mentale e le dipendenze, e Ministro associato della Salute; Marie-

Claude Bibeau, confermata Ministro dell'Agricoltura e dell'Agroalimentare; Bill Blair, Presidente del *Queen's Privy Council for Canada* e Ministro per la Preparazione alle emergenze; Randy Boissonnault, nuovo Ministro del Turismo, nonché Ministro associato delle Finanze; François-Philippe Champagne, confermato Ministro dell'Innovazione, della Scienza e dell'Industria; Jean-Yves Duclos, nuovo Ministro della Salute; Mona Fortier, nuova Presidente del *Treasury Board*; Sean Fraser, Ministro dell'Immigrazione, dei Rifugiati e della Cittadinanza; Karina Gould, Ministro delle Famiglie, dell'Infanzia e dello Sviluppo sociale; Steven Guilbeault, Ministro dell'Ambiente e del Cambiamento climatico (già Ministro per il Patrimonio canadese); Patty Hajdu, Ministro per i Servizi agli Indigeni e Ministro responsabile dell'Agenzia federale per lo sviluppo economico dell'Ontario settentrionale; Mark Holland (prima *Chief government whip*), nuovo *Leader* del Governo alla Camera; Ahmed Hussen (in precedenza Ministro della Famiglia, dell'Infanzia e dello Sviluppo sociale), Ministro per gli Alloggi, la Diversità e l'Inclusione (la creazione del portafoglio per l'*housing* segnala la volontà del Primo Ministro di fare della questione una priorità del suo Governo: vedi *supra*); Gudie Hutchings, Ministro dello Sviluppo economico rurale; Marci Ien, Ministro per le Donne, l'Uguaglianza di Genere e la Gioventù; Helena Jacek, Ministro responsabile dell'Agenzia federale per lo sviluppo economico dell'Ontario meridionale; Mélanie Joly (prima Ministro per lo Sviluppo economico e le Lingue ufficiali, e Ministro responsabile dell'Iniziativa per lo Sviluppo economico dell'Ontario settentrionale), Ministro degli Affari esteri; Kamal Khera, Ministro degli Anziani; David Lametti, confermato Ministro della Giustizia e Procuratore generale del Canada; Dominic LeBlanc, Ministro per gli Affari intergovernativi, le Infrastrutture e le Comunità; Diane Lebouthillier, confermata Ministro delle Entrate nazionali (si tratta del solo Ministro ad aver conservato l'incarico ricevuto nel novembre 2015); Lawrence MacAulay, confermato Ministro per gli Affari dei veterani e Ministro associato della Difesa nazionale; Marco E.L. Mendicino (prima Ministro dell'Immigrazione, dei Rifugiati e della Cittadinanza), nuovo Ministro per la Pubblica sicurezza; Marc Miller (Ministro dei Servizi agli Indigeni nel precedente Gabinetto), Ministro delle Relazioni Corona-Indigeni; Joyce Murray, Ministro della Pesca, degli Oceani e della Guardia costiera canadese; Mary Ng, Ministro per il Commercio internazionale, la Promozione delle esportazioni, le Piccole imprese e lo Sviluppo economico; Seamus O'Regan Jr., Ministro del Lavoro; Ginette Petitpas Taylor, Ministro delle Lingue ufficiali e Ministro responsabile dell'Agenzia per le Opportunità del Canada atlantico; Carla Qualtrough, confermata Ministro dell'Occupazione, dello Sviluppo della forza lavoro e dell'Inclusione dei disabili; Pablo Rodriguez (in precedenza *Leader* del Governo nella *House of Commons*), nuovo Ministro per il Patrimonio, che resta anche Luogotenente del Québec; Harjit S. Sajjan (prima Ministro della Difesa nazionale), Ministro dello Sviluppo internazionale e Ministro responsabile dell'Agenzia del Canada per lo Sviluppo economico del Pacifico; Pascale St-Onge, nuovo Ministro dello Sport e Ministro responsabile dell'Agenzia del Canada per lo Sviluppo Economico delle Regioni del Québec; Filomena Tassi, Ministro della Pubblica amministrazione e degli Appalti; Dan Vandal, Ministro per gli Affari nordici, Ministro responsabile dello Sviluppo economico delle *Prairies* e anche Ministro responsabile dell'Agenzia per lo Sviluppo economico del Canada settentrionale; Jonathan Wilkinson, Ministro delle Risorse naturali.

L'INTRODUZIONE DELL'OBBLIGO VACCINALE PER I DIPENDENTI PUBBLICI FEDERALI E ALTRE CATEGORIE

Dando seguito a un suo annuncio del 13 agosto (per il quale si vedano le [Cronache del n. 2-2021](#), p. 13), nel quadrimestre in esame il Governo – anche per contrastare il sopravvenuto dilagare di una quarta ondata pandemica – ha iniziato a stabilire mediante fonti secondarie, per alcune categorie di persone, l'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19.

In ossequio a una [nuova politica](#) emanata ai sensi delle sezioni 7 e 11.1 del *Financial Administration Act* ed entrata in vigore il **6 ottobre** a seguito di un [annuncio](#) del Primo Ministro e della Vice Primo Ministro, i dipendenti pubblici federali della *Core Public Administration (CPA)*, compresi i membri e i riservisti della *Royal Canadian Mounted Police* (per un totale di oltre 267.000 persone), sono obbligati al completamento del ciclo vaccinale. Dal **15 novembre**, i dipendenti pubblici che rifiutano di rivelare il proprio *status* o di vaccinarsi sono collocati in congedo amministrativo senza stipendio (false dichiarazioni possono provocare sanzioni disciplinari fino alla cessazione del rapporto di lavoro), mentre possono richiedere e ottenere una diversa sistemazione i lavoratori che rifiutano il vaccino per controindicazioni mediche certificate, motivi religiosi o altre ragioni alle quali si applica il divieto di discriminazione ai sensi del *Canadian Human Rights Act* (sez. 3: “the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered”).

A partire dal **30 ottobre** l'obbligo vaccinale [è stato esteso](#) anche ai lavoratori nei settori del trasporto aereo, ferroviario e navale regolamentati a livello federale, nonché ai viaggiatori in partenza dagli aeroporti canadesi o in viaggio su treni VIA Rail e Rocky Mountaineer, o su navi passeggeri non essenziali per viaggi di durata pari o superiore a ventiquattr'ore. *Transport Canada*, in virtù dei suoi poteri di regolamentazione e di controllo, è l'autorità incaricata di vigilare – attraverso ispezioni e misure esecutive (tra cui l'applicazione di sanzioni pecuniarie amministrative) – sul rispetto dell'obbligo vaccinale, il quale deve essere implementato a cura dei datori di lavoro.

Il **7 dicembre** il Ministro del Lavoro Seamus O'Regan Jr. ha [annunciato](#) l'intenzione del Governo di emanare all'inizio del 2022 regolamenti ai sensi della Parte II del Codice del lavoro per rendere la vaccinazione obbligatoria in tutti i luoghi di lavoro regolamentati a livello federale, in esito a consultazioni con gli *stakeholder* (la misura è destinata a investire numerosi settori, come il trasporto aereo, ferroviario, stradale e navale, il settore bancario, postale, delle telecomunicazioni, ecc. per un totale di 955.000 lavoratori, pari al 6% della forza lavoro canadese).

L'ANNUNCIO DI TRE NUOVI *EARLY LEARNING AND CHILD CARE BILATERAL AGREEMENT*

Il Governo federale ha stipulato con alcuni Governi provinciali e territoriali nuovi accordi bilaterali necessari al raggiungimento del suo obiettivo – delineato nel [Budget 2021](#) – di istituire un “Canada-Wide Early Learning and Child Care System” (tali accordi si sono aggiunti a quelli conclusi nel periodo luglio-agosto, per i quali si rinvia alle [Cronache del n. 2-2021](#), p. 13 s.). Il piano del Governodi Ottawa – presentato lo scorso aprile dalla Ministra delle Finanze Chrystia Freeland – è diretto a ridurre le rette pagate dai genitori per l'assistenza all'infanzia del 50% in media entro il 2022, con l'obiettivo di arrivare a una media di 10 dollari al giorno entro il 2026 in tutto il Canada (con l'eccezione del Québec, col quale è stato raggiunto un accordo asimmetrico lo scorso agosto); per la sua realizzazione, il *Budget* ha stanziato circa 27 miliardi di dollari per i prossimi cinque anni e ha previsto finanziamenti da erogare regolarmente alle Province e ai Territori (cui compete l'amministrazione dei programmi di assistenza) sulla base di accordi intergovernativi bilaterali.

Il **15 novembre** è stata [annunciata](#) la conclusione di un accordo tra il Primo Ministro e il *Premier* dell'Alberta Jason Kenney (*leader* dello *United Conservative Party*), il quale contempla un finanziamento federale di 3,8 miliardi di dollari in cinque anni (che si aggiungono ai quasi 400 milioni di dollari investiti annualmente dalla Provincia), la creazione di 42.500 nuovi spazi per

l'assistenza all'infanzia entro la fine di marzo 2026, e anche l'istituzione di un *Canada-Alberta Implementation Committee* incaricato di sviluppare e proporre un piano di espansione e una struttura di controllo dei costi, e di monitorare i progressi compiuti in consultazione con gli *stakeholder*.

Il **13 dicembre** è stato [annunciato](#) un accordo tra il Primo Ministro Justin Trudeau e il *Premier* nel New Brunswick Blaine Higgs (*leader del New Brunswick Progressive Conservative Party*), il quale prevede un finanziamento federale di 493 milioni di dollari nei prossimi cinque anni (al quale si aggiunge un contributo finanziario provinciale di 53 milioni di euro), la creazione di 3.400 nuovi spazi per l'assistenza all'infanzia entro la fine di marzo 2026, e l'istituzione di un *Implementation Committee* con il compito di monitorare i progressi relativi agli impegni assunti in consultazione con le parti interessate.

Il **15 dicembre** è stata [annunciata](#) anche la stipulazione di un accordo tra il Primo Ministro canadese e la *Premier* dei Territori del Nordovest Caroline Cochrane, il quale prevede un investimento federale di 51 milioni di dollari in cinque anni (che si aggiungono a una spesa provinciale annuale di circa 10 milioni), la creazione di 300 nuovi spazi per l'assistenza all'infanzia e l'istituzione di un *implementation committee* con il compito di monitorare i progressi compiuti nell'attuazione dell'accordo in consultazione con le parti interessate.

Non hanno ancora firmato un accordo con il Governo di Ottawa gli Esecutivi dell'Ontario e del Nunavut.

LA PRESENTAZIONE DELL'ECONOMIC AND FISCAL UPDATE 2021

Il **14 dicembre** il Ministro delle Finanze Chrystia Freeland ha depositato in Parlamento e presentato in videoconferenza all'*House of Commons* l'[Economic and Fiscal Update 2021](#), recante una relazione sulla situazione finanziaria nazionale e un aggiornamento del piano del Governo per portare a termine la lotta contro il COVID-19, sostenere i cittadini e le imprese e assicurare una robusta ripresa economica. Il documento ha delineato una spesa di circa 30 miliardi di dollari per le misure recenti e future di contrasto alla pandemia; ha registrato un *deficit* di bilancio di quasi 328 miliardi di dollari canadesi nel 2020 e previsto un ulteriore disavanzo di 144 miliardi nell'anno fiscale in corso; lo stesso ha previsto anche un picco del rapporto debito/PIL pari al 48% nel 2021 e una sua graduale discesa fino al 44% entro l'anno fiscale 2026-2027; rispetto al *Budget* di aprile, il Governo ha previsto maggiori entrate per circa 127 miliardi di dollari in sei anni (grazie anche alla crescita dell'inflazione e alla spesa inferiore alle aspettative) e ha stabilito di destinare poco più della metà di questo importo a nuove spese; si documenta un ritorno dell'occupazione ai livelli pre-pandemia e un tasso di disoccupazione del 6%.

Il **15 dicembre** il Ministro delle Finanze ha presentato alla Camera dei Comuni il relativo progetto di legge di implementazione (*Bill C-8, [An Act to implement certain provisions of the economic and fiscal update tabled in Parliament on December 14, 2021 and other measures](#)*), il quale ha ricevuto la sua prima lettura.

CORTI

LA CORTE SUPREMA RICONOSCE LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL LOCAL GOVERNMENT IMPROVEMENTS ACT 2018 DELLA PROVINCIA DELL'ONTARIO

Il **1° ottobre**, la Corte Suprema si è espressa in senso positivo ([decisione 2021 CSC 34](#)) nei confronti della legittimità costituzionale della legge dell'Ontario che, durante le elezioni municipali del 2018, aveva ridotto il numero dei consiglieri comunali a Toronto. Il [Local](#)

[Government Improvements Act](#) del 2018, in particolare, ha abbassato il numero di circoscrizioni elettorali da 47 a 25, a pochi giorni dalla chiusura del deposito delle candidature per le elezioni.

Entrato in vigore il 14 agosto 2018, l'*Act* è stato impugnato dinanzi alle autoritarie giudiziarie ontariane perché ritenuto in contrasto con la libertà di espressione dei candidati ed elettori, e dunque in violazione dell'art. 2(b) della [Carta canadese dei diritti e delle libertà](#) nonché di alcuni principi costituzionali non scritti, quale quello democratico.

Ricevuto l'avallo dalla Corte Superiore dell'Ontario ([2018 ONSC 5151](#)), la questione è stata portata dalle istituzioni locali all'attenzione della Corte d'Appello del posto che si è pronunciata a favore della Provincia; una decisione contro la quale i cittadini del comune di Toronto – in cui nel mentre, in data 22 ottobre, si erano svolte le elezioni secondo la ripartizione delle 25 circoscrizioni – hanno attivato il sindacato di legittimità costituzionale della Corte Suprema canadese.

Ritenendo che il *Local Government Improvements Act* non impedisca ai candidati di esprimersi, dal momento che questi “e i loro sostenitori hanno avuto 69 giorni – più della durata della maggior parte delle campagne elettorali federali e provinciali – per reindirizzare i loro messaggi e parlare liberamente all'interno della nuova struttura circoscrizionale”, la *Supreme Court* ha respinto il ricorso.

In particolare, i giudici relatori della decisione di maggioranza, Richard Wagner e Russell Brown, pur avendo riconosciuto che i messaggi comunicati da alcuni dei candidati prima della riduzione potrebbero aver perso di rilevanza, hanno affermato che l'articolo 2(b) della Carta non garantisce l'efficacia o la pertinenza dei messaggi e dei materiali della campagna e che i principi costituzionali non scritti, come la democrazia, possono essere utilizzati per comprendere e interpretare meglio la Costituzione, ma non hanno il potere di invalidare le leggi.

Nel ribadire, infine, che l'articolo 92 (8) della Costituzione canadese riconosce alla Province la facoltà di approvare leggi che interessano i comuni, la Corte ha escluso che la competenza di queste ultime in materia di modifica del numero di circoscrizioni (senza previa consultazione del comune interessato) possa essere messa in discussione.

UNA DELIMITAZIONE DELLE COMPETENZE DEL TRIBUNALE PER I DIRITTI UMANI DEL QUÉBEC

Con la decisione [2021 CSC 43](#) del **29 ottobre** la Corte Suprema canadese ha attestato la non competenza del Tribunale per i diritti umani del Québec a giudicare sul caso del comico Mike Ward che si è fatto beffe, in un suo spettacolo televisivo andato in onda dal settembre 2010 al marzo 2013, di un giovane cantante diversamente abile, Jérémy Gabriel, in quanto l'offesa non costituisce una discriminazione contemplata dalla [Charte québécoise des droits et libertés de la personne](#).

Poiché il Tribunale quebecchese – a detta dei giudici di maggioranza, Wagner e Côté – aveva ritenuto che il signor Gabriel fosse stato il bersaglio delle battute del signor Ward a causa della sua notorietà e non della sua disabilità ([2016 QCTDP 18](#)), e che la notorietà non è un motivo di discriminazione precluso dalla Carta del Québec, il Tribunale di conseguenza non avrebbe avuto la giurisdizione, e dunque la facoltà, di esaminare il caso.

I giudici di maggioranza hanno poi spiegato il quadro normativo che si applica a un'azione per discriminazione che coinvolge il diritto alla dignità di un personaggio pubblico, da un lato, e la libertà di espressione di un comico professionista, dall'altro. Relativamente al primo aspetto si è detto che un individuo ragionevole non può considerare le parole del comico come un atto che induca gli altri a disprezzare o odiare il giovane. “Ridere delle caratteristiche fisiche di una persona

può essere ripugnante” – si legge nella motivazione della decisione – “lo è certamente quando la persona in questione è un giovane con una disabilità. Ma tali osservazioni non incoraggiano, solo perché ripugnanti, a odiare o disprezzare l’umanità della persona presa di mira”.

Per quel che concerne il secondo punto, la Corte Suprema ha affermato che una persona ragionevole non potrebbe ritenere i commenti in questione potenzialmente fautori di un trattamento discriminatorio nei confronti del soggetto offeso e che, di conseguenza, le osservazioni “sfruttano a torto a ragione il disagio con l’intento di intrattenere, ma fanno poco più”.

PROVINCE E TERRITORI

IL REFERENDUM SUGLI *EQUALIZATION PAYMENTS* IN ALBERTA

Il **18 ottobre**, nella Provincia di Alberta, si è svolto un *referendum* per l’abrogazione della sezione 36(2) del *Constitution Act*, la quale enuncia il principio degli *equalization payments*. Gli *equalization payments* costituiscono una forma di trasferimento finanziario dal Governo federale alle Province e ai Territori finalizzato alla perequazione fiscale, ossia a una redistribuzione delle entrate fiscali finalizzata a una compensazione, tramite una specifica formula, delle disparità di capacità contributiva esistenti tra varie entità federali. La consultazione referendaria ha fatto registrare una larga vittoria del “Yes”, il quale ha ottenuto 61,68%, contro il 38,32% dei “No”. L’affluenza è stata del 38,71%.

Il risultato del *referendum*, ratificato dall’Assemblea Legislativa, non ha avuto alcuna efficacia abrogativa, dal momento che una Provincia non può emendare unilateralmente la Costituzione, essendo necessaria, per conseguire una simile revisione, la procedura disciplinata dalla sez. 38 del *Constitution Act* (denominata “7/50 formula” in quanto prevede una maggioranza di sette Province che rappresenti almeno il 50% della popolazione canadese), ulteriormente aggravata dalle prescrizioni dell’*An Act respecting constitutional amendments* del 1996 (le quali attribuiscono un potere di veto preventivo a determinate Province). Secondo il Governo conservatore della Provincia, il quale lo ha promosso e organizzato, il *referendum* trova il suo fondamento giuridico nella celebre decisione della Corte Suprema sulla secessione del Québec (*Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217), nella quale si è affermato che “the clear repudiation of the existing constitutional order [...] would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire”, e che “[t]he corollary of a legitimate attempt by one participant in Confederation to seek an amendment to the Constitution is an obligation on all parties to come to the negotiating table”. Ad avviso della dottrina prevalente, tuttavia, l’obbligo di negoziare una revisione costituzionale stabilito dalla pronuncia non è applicabile al *referendum* sull’equalizzazione, riferendosi specificatamente alle richieste di secessione. In ogni caso, il principale obiettivo dei promotori è sembrato essere di natura politica: quello attirare l’attenzione del Governo federale sul crescente malcontento della ricca Provincia occidentale (parte di quella che è stata chiamata “Western alienation”), stabilmente nella posizione di contribuente netto del fondo di perequazione fiscale; in particolare, l’iniziativa è stata concepita come una forma di protesta contro i mancati progressi nella costruzione del *Trans Mountain Pipeline System* e per la modifica delle leggi sull’ambiente, che minacciano la principale fonte di prosperità della Provincia, ossia il settore estrattivo del petrolio e del gas. L’organizzazione del *referendum* figurava tra le priorità del programma con cui il partito di Governo – lo *United Conservative Party of Alberta* di Jason Kenney – si è presentato alle elezioni legislative dell’aprile 2019 (ma era stata già promessa da Kenney nel novembre 2017); essa è stata anche

inclusa tra le raccomandazioni al Governo della Provincia formulate nel [report](#) del [Fair Deal Panel](#) pubblicato il 31 maggio 2021 in esito a una consultazione pubblica.

Il *Premier* dell'Alberta ha commentato il risultato affermando che “Albertans are demanding to be respected. They’re demanding that the jurisdiction of this Province under the Canadian Constitution be respected [...] and we fully expect the Prime Minister to respect the constitutional amendment process and to sit down and negotiate with Alberta in good faith”.

LA RISPOSTA DELLE PROVINCE ALLA QUARTA ONDATA EPIDEMICA: CERTIFICATI VACCINALI E VACCINO OBBLIGATORIO PER ALCUNE CATEGORIE

Di fronte al minaccioso dilagare della quarta ondata epidemica, a partire dall'estate diversi Governi provinciali hanno annunciato l'implementazione di sistemi di certificazione vaccinale e l'intenzione di rendere il possesso del passaporto vaccinale una condizione per l'accesso a determinate attività (vedi le [Cronache del n. 2-2021](#), p. 16 ss.), allo scopo di tutelare la salute dei cittadini e al contempo di predisporre un forte incentivo ad aderire alla campagna vaccinale.

Nel quadrimestre considerato, hanno introdotto il requisito del possesso di un certificato vaccinale ai fini del godimento di una gamma variabile di servizi e attività sociali e ricreative non essenziali gli Esecutivi di tutte e dieci le Province canadesi: [Québec](#) (1° settembre), [Manitoba](#) (3 settembre), [British Columbia](#) (13 settembre), [Alberta](#) (20 settembre), [New Brunswick](#) (22 settembre), [Ontario](#) (22 settembre), [Saskatchewan](#) (1° ottobre), [Nova Scotia](#) (4 ottobre), [Prince Edward Island](#) (5 ottobre) e [Newfoundland and Labrador](#) (22 ottobre).

Parallelamente, in molte Province sono state adottate politiche di vaccinazione obbligatoria rivolte a determinate categorie di persone, seguendo l'analoga iniziativa intrapresa dal Governo federale (vedi *supra*). In Saskatchewan, un obbligo vaccinale per i [dipendenti pubblici](#) è in vigore dal 1° ottobre. In British Columbia è stato introdotto l'obbligo di vaccinazione per i dipendenti delle case di cura (dal 12 ottobre), per il personale sanitario (dal 26 ottobre) e [per i dipendenti pubblici provinciali](#) (dal 22 novembre). In Manitoba, dal 31 ottobre, gli [impiegati pubblici provinciali](#) devono essere vaccinati o, in alternativa, devono sottoporsi a tre test ogni settimana. Il Governo del Québec, dopo aver annunciato una politica di obbligo vaccinale per i lavoratori del comparto sanitario, il 3 novembre è tornato sui suoi passi per scongiurare la drastica riduzione di personale che quella avrebbe a suo giudizio provocato, decidendo di limitare l'obbligo soltanto ai nuovi assunti e di imporre al resto del personale di sottoporsi a tre test ogni settimana. Con motivazioni simili, il 3 novembre il Governo dell'Ontario ha fatto marcia indietro rispetto al suo preannunciato piano di introdurre l'obbligo per i lavoratori della pubblica istruzione e per il personale sanitario, con l'unica eccezione, dal 13 dicembre, per il [personale delle case di cura](#) (in materia di vaccinazione obbligatoria, si segnala la decisione con la quale il 9 novembre un giudice ha rigettato un reclamo contro la politica di vaccinazione obbligatoria adottata da un datore di lavoro, considerata ragionevole, attuabile e conforme sia all'*Ontario Human Rights Code* che all'*Occupational Health and Safety Act*: vedi [Paragon Protection Ltd. and UFCW Local 333](#)). In New Brunswick, gli impiegati provinciali hanno l'obbligo di essere vaccinati dal 20 novembre. In Alberta e in Nova Scotia l'obbligo vaccinale è stato introdotto per dipendenti pubblici e personale sanitario a partire dal 30 novembre. In Terranova e Labrador un obbligo vaccinale per i [dipendenti dell'amministrazione provinciale](#) è in vigore dal 17 dicembre.



I partiti e la corsa all'Eliseo tra decomposizione e ricomposizione del panorama politico francese*

di Paola Piciacchia**

Apoco più di due mesi dalle elezioni presidenziali francesi una delle questioni che hanno caratterizzato questo quadrimestre è senz'altro stata quella relativa all'individuazione dei candidati per la corsa all'Eliseo. Tra candidature ufficiali, implicite o presunte, è sulle dinamiche partitiche (o sulla loro assenza) in vista del più importante appuntamento elettorale per le istituzioni della V Repubblica, che si è andato componendo un quadro destinato ad avere un'incidenza non trascurabile sul futuro del prossimo quinquennato, e questo, indipendentemente dall'inquilino che abiterà a Rue du Faubourg-Saint-Honoré 55.

Le dinamiche interne ai diversi partiti rilevate in questi mesi sembrano, infatti, suggerire una certa crisi del sistema dei partiti francese che tra problemi identitari e di classe politica è stato protagonista in questi ultimi anni di una decomposizione e ricomposizione che ha fortemente contribuito a rimettere in discussione la logica bipolare su cui si è fondata la V Repubblica a partire dal 1962, anno in cui, come noto, si compì il cosiddetto *fait majoritaire*, uno degli elementi, insieme a istituzioni forti nel senso delineato da de Gaulle, su cui è costruita la fortuna della forma di governo francese.

Ad accelerare lo stato di crisi, era stato nel 2017 lo tsunami delle elezioni legislative che aveva portato alla vittoria schiacciante del nuovo partito del presidente LREM, nato dal nulla per volontà di Macron, in pochi mesi divenuto forza maggioritaria nel Paese. La nascita di questa nuova formazione partitica, dall'identità altamente eterogenea, forte del suo non collocarsi né a destra né a sinistra ha contribuito a mettere in crisi il sistema dei partiti francesi, che ha assistito al drastico ridimensionamento dei partiti tradizionali come il Partito Socialista e *Les Républicains*, erede del partito gollista, protagonisti da sempre della dinamica bipolare.

Tale stato di crisi rischia ora di riverberarsi sul sistema. Infatti, per quanto paradossale possa apparire, considerando il ruolo che la Costituzione francese assegna ai partiti politici all'art. 4

* Contributo sottoposto a *peer review*

** Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

Cost. relegandoli alla mera funzione elettorale, l'evoluzione del sistema dei partiti sarà, ancora sicuramente un fattore determinante per il prossimo quinquennato.

Contrariamente alla carica antipartitica con cui nel 1958, nacque per volontà del generale de Gaulle, la V Repubblica la configurazione del sistema dei partiti ha fornito da sempre alla logica delle istituzioni della V Repubblica un innegabile supporto affinché nella convergenza tra maggioranza presidenziale e parlamentare, nella sua compattezza, si potesse costruire la presidenzializzazione del sistema, con un presidente in grado di portare avanti l'indirizzo politico tracciato grazie alla saldatura tra le due maggioranze, saldatura senz'altro agevolata anche del ruolo cerniera svolto dal Primo Ministro. Forte della dinamica bipolare, è sul sistema dell'alternanza al potere (divenuta realtà nel 1981) che le istituzioni della V Repubblica hanno costruito la loro fortuna con una ben definita individuazione tra maggioranza e opposizione.

I partiti politici, come è nella logica delle istituzioni della V Repubblica, sono attratti nell'orbita presidenziale ed è naturale che nel momento dell'elezione della più alta carica dello Stato vengano immessi in una dinamica che li vede protagonisti per la scelta del candidato.

A sinistra, la prima forza politica ad aver intrapreso il cammino verso le presidenziali in questi mesi è stata quella del Partito Socialista con l'annuncio della candidatura alla Presidenza della Repubblica da parte di Anne Hidalgo. Lo stimato sindaco di Parigi il **12 settembre** ha scelto di fare il suo annuncio a Rouen, città simbolicamente e strategicamente eletta in quanto evocativa dei temi su cui la candidata socialista intende portare avanti la campagna elettorale, quali la deindustrializzazione e la transizione ecologica. Solo successivamente, il **14 ottobre**, la Hidalgo è stata designata dal 72% degli aderenti al Partito socialista. Quest'ultimo proprio pochi giorni dopo la dichiarazione della candidata, ha celebrato il **17 e 18 settembre** il suo 79° Congresso nazionale a Villeurbanne confermando alla sua testa Olivier Faure il quale ha immediatamente sostenuto il sindaco della capitale non senza suscitare tensioni tra gli aderenti, da un lato, per la sua governance ma, dall'altro, anche per le modalità con cui la candidatura è stata imposta.

La candidatura di Anne Hidalgo è tuttavia partita in salita, e anche un po' in sordina, con le previsioni dei sondaggi oscillanti tra il 4 e il 7 per cento e con alle spalle un partito che fa difficoltà a tornare protagonista sulla scena politica dopo che le elezioni politiche del 2017 ne hanno ridotto drasticamente l'importanza.

Sempre a sinistra un'area politica in primo piano negli ultimi quattro mesi è stata quella del "Polo ecologista" formato da *Alliance écologiste indépendante*, *Génération.s*, *Cap21*, *Europe Écologie Les Verts*, *le Mouvement des progressistes* e *Génération écologie* che nel mese di **settembre**, il **16** e il **28**, ha organizzato il primo e secondo turno delle elezioni primarie ecologiste on line per la selezione del candidato.

Il progetto del Polo ecologista era nato già alla fine del 2020 con lo scopo di creare le condizioni per la presentazione di liste ecologiste indipendenti in ogni regione in vista delle elezioni regionali e dipartimentali del 2021 e, prima ancora dello svolgimento delle elezioni locali, le cinque anime del Polo ecologista avevano organizzato il 12 aprile 2021 l'iniziativa "Les Écologistes 2022", con la realizzazione di una piattaforma partecipativa avente lo scopo di realizzare un progetto comune in vista delle elezioni presidenziali 2022 per "la costruzione di una

Repubblica ecologista”, democratica e sociale, animata dai valori di giustizia sociale, solidarietà, salvaguardia degli interessi generali. Tutti obiettivi confluiti nel progetto *Vivant 2022*.

Al primo turno delle primarie del **16 settembre** avevano partecipato Delphine Batho, deputata di Deux-Sèvres nonché Presidente di *Génération écologie*; Jean-Marc Governatori, consigliere municipale di Nizza e copresidente di *Cap écologie*; Yannick Jadot, deputato europeo di EÉLV (*Europe Écologie Les Verts*); Éric Piolle, sindaco di Grenoble del partito EÉLV e, infine, Sandrine Rousseau, ex portavoce dello stesso EÉLV. A prevalere al secondo turno è stato Yannick Jadot che con il 51,03% di voti si è imposto sul Sandrine Rousseau con la quale, all’esito del primo turno, si è confrontato al ballottaggio e che, invece, ha ottenuto il 48,97%.

L’altro partito che ha sicuramente occupato la scena in questi mesi è stato quello de *Les Républicains*. Forte delle conferme ottenute alle elezioni regionali e dipartimentali di giugno, e desideroso di recuperare il terreno perso alle elezioni del 2017, l’erede del partito gollista ha deciso di ricorrere anch’esso alle primarie per la selezione del candidato alla presidenza della Repubblica, riservando non poche sorprese. La decisione era maturata nel corso del Congresso tenutosi il **25 settembre** quando il partito aveva deciso di ricorrere all’organizzazione di una elezione primaria chiusa agli iscritti del partito a differenza di quanto avvenuto nel 2016 quanto le primarie aperte portarono all’affermazione, a sorpresa, come candidato alla Presidenza della Repubblica, dell’ex Primo Ministro, del quinquennio di Sarkozy, allora molto apprezzato, François Fillon che ottenne, giunto al ballottaggio con Alain Juppé - dopo aver sopravanzato al primo turno lo stesso Sarkozy - il 66,5% dei voti, favorito alle elezioni presidenziali.

Merita ricordare che nel 2017 proprio Fillon, non esente da critiche per il suo programma liberal conservatore fu protagonista di un “affaire” politico-giudiziario legato allo scandalo “parentopoli” alla francese che mise fortemente in discussione la legittimità della sua candidatura e non gli permise di giungere al ballottaggio posizionandosi al terzo posto con il 20% dei voti.

Da allora il partito *Les Républicains* ha oscillato tra l’attrazione nell’orbita presidenziale grazie al nuovo corso impresso da Macron (sostenuto al ballottaggio nel 2017 proprio da Fillon dopo la sua uscita di scena) nel paesaggio politico francese, determinato a fondare il suo consenso su un asse trasversale alla destra e alla sinistra – testimoniato dalla nomina a Primo Ministro prima di Edouard Philippe e poi di Jean Castex entrambi provenienti dalle file de *Les Républicains* – e la rivendicazione della propria identità.

Alle elezioni del 2017 il partito aveva subito un forte ridimensionamento con il raggiungimento di poco più di cento seggi all’Assemblea Nazionale e questo aveva aperto delle crepe e delle divisioni al suo interno – che avevano determinato diversi allontanamenti tra i quali ricordiamo quelli di Xavier Bertrand e Alain Juppé - tra coloro che si erano posti in una logica costruttiva nei confronti della maggioranza di governo (dunque dello stesso Governo Philippe e del Presidente Macron) e coloro che invece rivendicavano maggiore autonomia. Una contraddizione che comunque non ha impedito al partito di essere riconosciuto come il maggiore partito di opposizione all’Assemblea Nazionale. Il ruolo di partito di opposizione è stato ricoperto soprattutto al Senato, la cui composizione opposta a quella dell’Assemblea Nazionale ha fatto de *Les républicains*, il partito con il gruppo parlamentare più grande: ciò gli ha consentito di portare avanti numerose battaglie nella Camera alta durante l’iter di approvazione delle leggi nel tentativo

di affossare le riforme volute da Macron, battaglie come quella, ad esempio, che nei mesi scorsi – come si è già sottolineato nel n. 2/2021 di *Nomos* - avevano portato all'affossamento della legge costituzionale sulla protezione dell'ambiente volta ad introdurre all'art. 1 Cost. il principio di preservazione dell'ambiente intorno al quale si era giocata una vera e propria battaglia "semantica".

Le primarie de *Les Républicains* si sono dunque svolte nel corso del *Congrès pour la France* dal **1°** al **4 dicembre** in due turni e hanno visto contendersi la candidatura alla Presidenza della Repubblica, - dopo il raggiungimento delle 250 *parrainages*, richieste, di eletti appartenenti a LR in trenta dipartimenti - Michel Barnier, Xavier Bertrand, Éric Ciotti, Philippe Juvin e Valérie Pécresse. A prevalere su tutti al secondo turno con quasi il 61% delle preferenze – grazie anche al sostegno degli altri candidati eliminati al primo turno - è stata Valérie Pécresse, presidente della Regione dell'*Ile-de-France* al 2015, dopo che al primo turno aveva ottenuto il 25% dei voti contro il 25,59% raggiunto dal suo avversario Eric Ciotti con il quale era finita al ballottaggio. Grande sconfitto al primo turno, Xavier Bertrand, Presidente della regione Hauts-de-France, il quale dopo aver lasciato il partito nel 2017 in seguito all'elezione di Laurent Wauquiez alla sua guida e dopo essersi, negli ultimi mesi, auto candidato alla presidenza della Repubblica, aveva accettato di tornare ne *Les Républicains* e, non senza resistenze, dopo essersi opposto aveva infine accettato di partecipare alle primarie del Congresso dei Repubblicani.

La consacrazione di Valérie Pécresse, quale prima donna candidata ufficiale de *Les Républicains* alla Presidenza della Repubblica, - anche lei rientrata nel partito dopo averlo lasciato nel 2019 senza mai aver reciso i legami - ha rappresentato un elemento di novità e di prospettiva in un partito fortemente diviso al suo interno nel quale negli anni non sono mancati gli addii e le separazioni, ultima in ordine di tempo quella del **24 novembre** di Reanud Muselier presidente della regione Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA), che ha deciso di lasciare il partito in contrasto con la tendenza troppo a destra di uno dei candidati alle primarie Eric Ciotti.

Valérie Pécresse, che ha fatto ruotare la sua campagna elettorale per le primarie intorno ai temi della sicurezza, della giustizia, dell'educazione, della famiglia e dell'immigrazione, ha contribuito, negli ultimi mesi, a rompere il monolitismo a destra dato dalla candidatura di Marine Le Pen, leader del *Rassemblement National*, che fino a qualche mese fa era data per certa al ballottaggio con Macron, nel caso di riconferma della candidatura di quest'ultimo ma ha rivitalizzato le aspettative de *Les Républicains* anche in vista delle elezioni legislative di giugno 2022

Quanto a Marine Le Pen, sebbene la sua candidatura sia rimasta abbastanza salda nei sondaggi, negli ultimi mesi è stata tuttavia messa a dura prova dall'irruzione sulla scena politica del giornalista e saggista Eric Zemmour il cui richiamo a temi di estrema destra e xenofobi, a politiche securitarie e di lotta all'immigrazione, ha contribuito ad erodere lo spazio politico occupato dalla leader del *Rassemblement National*. Marine Le Pen invero aveva intrapreso nell'ultimo anno un percorso più moderato con l'obiettivo, a sua volta, di occupare uno spazio politico meno estremista, aprendo così una breccia per la contesa di una parte del suo elettorato. In effetti, dopo mesi di supposizioni relative all'effettiva discesa in campo di Eric Zemmour per le elezioni presidenziali, il **30 novembre**, quest'ultimo ha ufficializzato attraverso un video la sua candidatura. Con accenti a tratti drammatici, Zemmour ha spiegato la sua decisione con la volontà

di non accontentarsi più del ruolo di giornalista ma di scendere direttamente in campo: “Je me disais ”à chacun son métier, à chacun son rôle, à chacun son combat”. Je suis revenu de cette illusion”.

Diverso il discorso sul fronte del partito del Presidente *La République en marche*. In questi anni la formazione che ha garantito al Presidente una solida maggioranza in Assemblea Nazionale per portare avanti molte, non tutte, le iniziative presidenziali, sul piano politico non è riuscito a crescere. Lo scarso radicamento territoriale lo ha sempre penalizzato e si è visto sconfitto in occasione di ogni appuntamento con le elezioni locali; molti sono oggi gli interrogativi aperti sulla sua capacità di imporsi, come nel 2017, alle elezioni legislative.

Intanto, nonostante Macron non sia ancora ufficialmente candidato, nel partito c'è un certo fermento in vista della preparazione della campagna elettorale del Presidente per garantire le *parrainages* necessarie a sostenere la sua candidatura. A **novembre** ci sono stati intensi scambi tra la direzione del movimento LRem e i deputati all'Assemblea Nazionale per mobilitare i parlamentari della maggioranza il maggior numero di *parrainages* a favore di Macron il quale ambisce a raccoglierne più dei suoi avversari forte dei sondaggi che lo danno per favorito.

Accanto alla maggioranza presidenziale a mobilitarsi per la rielezione di Macron c'è anche l'ex Primo Ministro Edouard Philippe e sindaco di Le Havre il quale, - dopo aver pubblicato ad aprile 2021 il volume *Impressions et lignes claires*, una riflessione sugli anni a Matignon e sull'esercizio del potere, scritto con il suo consigliere Gilles Boyer suscitando più di un interrogativo sull'eventualità di una discesa in campo per le presidenziali del 2022 - , il **9 ottobre** ha presentato il suo nuovo movimento *Horizons* alla ricerca di uno spazio politico e ha comunque rimarcato il suo intento di costruire una linea di sostegno a Macron nella prospettiva della sua rielezione.

Dal canto suo Macron, sebbene, come si è detto, non abbia dichiarato apertamente la sua candidatura, l'ha comunque lasciata intendere in occasione di cui alcuni discorsi pronunciati con i quali ha parlato delle prospettive della riforma delle pensioni e della sua preferenza per il nucleare.

Lo scenario appena descritto induce sicuramente a riflettere su quanto il panorama politico francese si sia profondamente trasformato negli ultimi anni e sui possibili esiti della fluidità che contraddistingue oggi il sistema dei partiti francesi caratterizzato più che da un “bipartisme déséquilibré et imparfait” (Lazar, 2009) da una bipolarizzazione debole.

Uno scenario profondamente diverso rispetto al passato che rischia di non riconfermare quel nesso di causalità che ha sempre legato partiti e istituzioni nella V Repubblica, in una sorta di osmosi, andata ben al di là della stessa volontà del fondatore delle istituzioni del 1958. L'adattamento dei partiti alla logica presidenzialistica e maggioritaria sembra non essere messa in discussione, ci si interroga se ciò permetterà anche nei prossimi mesi il consolidamento del regime e il mantenimento della sua lettura gollista, riconfermando quella sorta di “imbrication étroite entre partis et sommets de l'État” (Portelli, 2008).

MODIFICA DELLA LEGGE ORGANICA RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ART. 13,5° C. DELLA COSTITUZIONE

Il **25 ottobre** è stata promulgata la legge organica [n. 2021-1381](#) di modifica della legge del 23 luglio 2010 relativa all'applicazione del quinto comma dell'art. 13 Cost. frutto della riforma costituzionale del 23 luglio 2008 che aveva introdotto il controllo parlamentare sulle nomine presidenziali. Il progetto di legge organica era stato presentato in prima lettura al Senato l'8 aprile con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata ed ivi approvato in prima lettura il 20 maggio. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato con modifiche il 25 giugno. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo il testo è stato definitivamente approvato da Senato e Assemblea Nazionale rispettivamente il 21 e il 29 settembre. Con la decisione [n. 2021-827 DC](#) del **21 ottobre** il Consiglio costituzionale ha dichiarato la legge conforme a Costituzione.

La legge ha proceduto a modificare la denominazione del Consiglio superiore dell'audiovisivo divenuto Autorità di regolazione della comunicazione audiovisiva e digitale, previsto dalla legge [n. 2021-1382](#) relativa alla regolamentazione e alla protezione dell'accesso delle opere culturali nell'era del digitale approvata sempre il 25 ottobre dichiarata parzialmente conforme a Costituzione dal *Conseil* con la decisione [n. 2021-826 DC](#). Proprio quest'ultima legge ha proceduto a regolamentare l'accesso alle opere intellettuali su internet con lo scopo di indirizzare gli utenti ad un uso responsabile degli strumenti digitali, soprattutto in relazione al rispetto delle regole sulla proprietà intellettuale. La legge ha anche previsto la fusione del *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) con l'*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet* (HADOPI) nell'*Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* (ARCOM) con l'obiettivo di rafforzare la protezione delle emittenti contro la riproduzione non autorizzata dei loro programmi e per migliorare la lotta contro la pirateria on line.

PROGETTO DI LEGGE COSTITUZIONALE RELATIVA ALLA MODIFICA DELL'ART. 38 COST.

Il **4 novembre** il Senato ha adottato in prima lettura quasi all'unanimità [la proposta di legge costituzionale n. 795](#) relativa alla modifica dell'art. 38 Cost. presentata a luglio con l'introduzione di regole chiare per la ratifica delle ordinanze. Tale proposta ha rappresentato la reazione del Senato all'indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 2020 dal Consiglio costituzionale in tema di ordinanze non ratificate, che ha aperto la via a considerare le ordinanze non ratificate allo spirare del termine dell'abilitazione atti di natura regolamentare. Il Senato si è mostrato molto attivo in questi mesi su questo fronte ritenendo che la giurisprudenza del *Conseil* stia portando ad un indebito indebolimento della funzione di controllo del Parlamento nella procedura dell'art. 38 in un contesto in cui, al contrario, l'aumento esponenziale delle ordinanze richiederebbe maggiori strumenti per il Parlamento per esercitare il controllo. Il Senato già il 1° giugno aveva approvato una modifica del Regolamento con la Risoluzione 119 che, tra le altre cose, aveva comportato il rafforzamento del monitoraggio del Senato sulle ordinanze dell'art. 38 Cost.

LEGGE SULLA VIGILANZA SANITARIA

Il **10 novembre** è stata approvata la legge [n. 2021-1465](#) sulla vigilanza sanitaria. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **13 ottobre**, ed ivi approvato, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il **20 ottobre**. Trasmesso al Senato, il testo era stato

adottato con modifiche il **28 ottobre**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e in assenza di un'intesa tra i due rami del Parlamento, si era proceduto ad una nuova lettura sia all'Assemblea Nazionale con conseguente adozione del testo il **3 novembre**, sia al Senato dove il testo era stato rigettato il **4 novembre**. In applicazione dell'art. 45, ult. c. Cost. il testo era stato infine adottato in via definitiva dalla sola Assemblea Nazionale il **5 novembre**. Il **9 novembre** il Consiglio costituzionale si è pronunciato il **9 novembre** sulla legge con la decisione [n. 2021-828 DC](#) dichiarando la legge solo parzialmente conforme a Costituzione.

Di fronte alla crisi sanitaria con un contesto ancora incerto, la legge ha prolungato fino al 31 luglio 2022 il regime di uscita dallo stato di urgenza sanitaria, termine inizialmente previsto per il **15 novembre 2021**. La legge ha autorizzato il Primo Ministro a prendere tutte le misure necessarie per il contenimento dell'epidemia anche limitative. Tra le misure possibili figura anche il *green pass* già introdotto dalla legge del 31 maggio 2021, il quale, tuttavia, può essere mantenuto “aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19” e sulla base di numerosi indicatori.

La legge ha, inoltre, previsto che il Governo presenti al più tardi entro il 15 febbraio 2022 un Rapporto al Parlamento sulle misure eventualmente adottate che potrà essere oggetto di un dibattito. La legge ha previsto altresì la presentazione di un ulteriore rapporto entro il 15 maggio 2022 e una serie di rapporti mensili che scandiranno le tappe delle misure intraprese fino a luglio 2022. Il Parlamento verrà così informato anche delle conseguenze economiche del *green pass*.

Per permettere al Governo di poter dichiarare in caso di necessità un ulteriore stato di urgenza sanitaria, la legge ha anche rinviato al 31 luglio la decadenza delle disposizioni del codice della salute relative al regime generale dello stato di urgenza sanitaria, che inizialmente previsto fino al 1° aprile 2021 era stato mantenuto in vigore fino al 31 dicembre 2021. Nella stessa ottica è stata rinviata a luglio 2022 la fine dell'utilizzo delle app “SIDEp” e “Contact Covid”.

Sono state inoltre rafforzate le sanzioni in caso di frodi sull'utilizzo del *green pass* e d'ora in poi l'assicurazione sanitaria controllerà tutti i certificati di esenzione dalla vaccinazione per evitare il rilascio di certificati falsi.

I parlamentari in sede di approvazione del testo hanno ottenuto l'esenzione dall'obbligo vaccinale del personale non medico di asili ed altri istituti per l'infanzia e di tutti coloro che non svolgono attività medica.

Tra le altre misure adottate dalla legge merita ricordare un'ulteriore autorizzazione al Governo ad emanare ordinanze ai sensi dell'art. 38 Cost. per definire il dispositivo di attività parziale di lunga durata che permette alle aziende in crisi di diminuire l'orario di lavoro dei dipendenti. Tuttavia tale abilitazione è stata censurata dal *Conseil* in quanto introdotta da emendamenti parlamentari, e non come prevede la Costituzione dal Governo.

RAPPORT PLaidoyer POUR UN PARLEMENT RENFORCÉ 25 PROPOSITIONS CONCRÈTES POUR RÉÉQUILIBRER LES POUVOIRS

Il **1° dicembre** la Presidente della Commissione Affari costituzionali dell'Assemblea Nazionale, ha reso pubblico un [Rapporto](#) *Plaidoyer pour un parlement renforcé 25 propositions concrètes pour rééquilibrer les pouvoirs* con il quale ha presentato 25 proposte concrete per riequilibrare i poteri e dare una risposta alla crisi democratica. L'intento è quello di agire nel senso di una razionalizzazione dei lavori parlamentari piuttosto che pensare a riforme più grandi: “Pour changer les choses, - ha spiegato *Yaël Braun-Pivet* - il ne suffit pas seulement de dire qu'on va remettre en place le septennat ou introduire la proportionnelle. Il faut rendre sa place au Parlement puisque les Français nous ont dit pendant la crise des “gilets jaunes” qu'ils n'y étaient pas représentés, que le Parlement était une chambre d'enregistrement, que nous n'exercions pas notre mission de contrôle sur le gouvernement”. Tre sono le direttrici intorno alle quali ruotano

le proposte: il rafforzamento delle iniziative parlamentari, il miglioramento dei dibattiti e l'implementazione del controllo sull'azione di governo. La presentazione di questo Rapporto ha alimentato un interessante dibattito intorno all'efficacia delle sole tecniche del diritto parlamentare per porre un rimedio all'endemica debolezza del Parlamento.

HAUT CONSEIL DES FINANCES PUBLIQUES E CONTROLLO PARLAMENTARE

Il **6 dicembre** è stata promulgata la legge [n. 2021-1577](#) sull'*Haut Conseil des finances* e sull'informazione del Parlamento. La proposta di legge era stata presentata il 5 maggio ed ivi approvata in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il 28 luglio. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **27 settembre**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, trovato l'accordo, la proposta di legge era stata approvata definitivamente da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **18** e il **24 novembre**.

La legge ha introdotto una serie di disposizioni relative all' *Haut Conseil des finances publiques* (HCFP), retto dalla legge organica del 17 dicembre del 2012, riguardanti la sua composizione, la sua audizione da parte delle commissioni delle Camere e il suo regolamento interno. Essa si ricollega anche alla legge organica del **28 dicembre**, la [n. 2021-1836](#) sulla modernizzazione della gestione delle finanze pubbliche che ha introdotto nuove disposizioni relative all'informazione del Parlamento.

LEGGI SULLA FIDUCIA NELL'ISTITUZIONE GIUDIZIARIA

Il **22 dicembre** sono state promulgate le legge organica [n. 2021-1728](#) e la legge ordinaria [n. 2021-1729](#) relative alla fiducia nell'istituzione giudiziaria.

I due progetti erano stati presentati il 14 aprile all'Assemblea Nazionale ed ivi adottati in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il 25 maggio. Trasmessi al Senato i due testi erano stati approvati con modifiche il **29 settembre**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo le due leggi erano state adottate da Assemblea Nazionale e Senato rispettivamente il **16** e il **18 novembre**. Il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge organica e sulla legge ordinaria rispettivamente con le decisioni [n. 2021-829 DC](#) e [n° 2021-830 DC](#) del **17 dicembre** con cui ha dichiarato l'incostituzionalità parziale della legge organica (con riserva d'interpretazione) e la costituzionalità della legge ordinaria.

Le due leggi hanno introdotto numerose misure volte a restituire ai cittadini fiducia nell'istituzione giudiziaria: dalla possibilità di registrazione delle sedute, alla durata delle indagini preliminari, dal riconoscimento del segreto professionale degli avvocati, alle misure sulla detenzione provvisoria.

GOVERNO

RIFORMA DELL'ALTA FUNZIONE PUBBLICA

Quattro gruppi politici del Senato hanno avviato un braccio di ferro con il Governo presentando una proposta di legge con la quale costringere l'esecutivo a rendere conto di fronte al Parlamento della riforma dell'ENA.

CAPO DELLO STATO

DISCORSO DEL PRESIDENTE DEL 9 NOVEMBRE

Il **9 novembre** di fronte alla recrudescenza della crisi sanitaria il Presidente Macron si è rivolto in televisione ai francesi lanciando un appello alla responsabilità per accelerare sulle vaccinazioni e per annunciare la necessità di una terza dose di vaccino per prolungare la validità del *green pass*.

“Tout cela – ha dichiarato il Presidente riferendosi alla situazione - doit nous conduire à la plus grande vigilance et nous pousser à agir. Parce que nous avons fait le nécessaire pour nous protéger, nous pouvons continuer à maîtriser la situation si chacun d'entre nous prend sa part.

Mon premier message est ainsi un appel. Un appel à l'esprit de responsabilité des six millions d'entre vous qui n'ont encore reçu aucune dose de vaccin. Vaccinez-vous. Vaccinez-vous pour vous protéger. La vaccination est ouverte à tous sauf aux enfants de moins de 12 ans. Je rappelle qu'une personne vaccinée a 11 fois moins de chances de se retrouver à l'hôpital en soins critiques. Je rappelle aussi que des milliards d'individus sur la planète ont déjà eu le vaccin et que nous avons maintenant déjà un certain recul. Vaccinez-vous pour pouvoir vivre normalement: avec le vaccin, il vous sera possible d'obtenir un pass sanitaire et ainsi de vous rendre librement dans les cafés, les restaurants, les lieux de culture, de sport, de loisirs sans tests PCR. Être libre dans une Nation comme la France implique d'être responsable et solidaire. Je compte donc sur vous”.

A pochi mesi dall'elezione presidenziale è stata questa l'occasione per affrontare anche altre questioni legate al suo quinquennato come la riforma delle pensioni e l'indennità di disoccupazione. In particolare sulla riforma delle pensioni il Presidente ha annunciato la sua volontà di rimandare la questione senza archivarla del tutto. “La situation sanitaire – ha detto il Presidente - que nous vivons et qui est en train de se dégrader partout en Europe, le souhait unanime exprimé par les organisations syndicales et professionnelles de concentrer les efforts sur la reprise, le besoin de concorde dans ce moment que vit notre Nation, font que les conditions ne sont pas réunies pour relancer aujourd'hui ce chantier. Pour autant, notre volonté de sauver notre modèle par répartition et d'en corriger les inégalités n'a pas changé. Ce 1^{er} novembre, la retraite minimale pour les agriculteurs, qui est attendue depuis si longtemps, est entrée en vigueur. Et dès 2022, il faudra, pour préserver les pensions de nos retraités et la solidarité entre nos générations, prendre des décisions claires. Elles feront légitimement l'objet de débats démocratiques indispensables. Mais elles devront suivre à mes yeux des principes simples”.

Macron ha, tra le altre cose, affrontato il tema del nucleare annunciando la costruzione di nuovi reattori nucleari e sottolineando i vantaggi di questo tipo di energia soprattutto dal punto di vista climatico, per garantire l'indipendenza energetica della Francia, il suo approvvigionamento di elettricità e raggiungere così la “neutralité carbone” nel 2050.

INTERVISTA TELEVISIVA DEL 15 DICEMBRE

Il **15 dicembre** su TF1 et LCI è stata diffusa un'intervista del Presidente Macron registrata qualche giorno prima. Uno dei principali annunci è stato quello della indiretta conferma dell'abbandono della riforma delle pensioni come era stata presentata prima della pandemia. Nelle

dichiarazioni del **9 novembre** Macron aveva annunciato l'idea di rinviarla a causa della recrudescenza della pandemia ai primi mesi del 2022. Il Presidente ha comunque manifestato la sua volontà di superare i regimi speciali esistenti riconoscendo tuttavia che l'idea di passare da 42 regimi a uno solo, secondo il progetto iniziale, fosse “trop anxigène”. Egli ha così specificato che “Il nous faut aller vers un système simplifié” consistente grosso modo in “trois grands régimes”, uno per la funzione pubblica, uno per i dipendenti del settore privato e uno per i liberi professionisti. “Contrairement au moment – ha detto - où j’ai été élu et où le Conseil d’orientation des retraites écrivait qu’il n’y avait pas de problème de financement des retraites, il y a maintenant un problème de financement. Et, donc, il est clair qu’il faudra travailler plus longtemps”.

CORTI

STATO DI EMERGENZA SANITARIA

Il **9 novembre** con decisione [n. 2021-828 DC](#) il Consiglio costituzionale si è pronunciato sulla legge relativa alla vigilanza sanitaria, in particolare su diverse disposizioni della legge per le quali era stato investito.

In primo luogo, il *Conseil* ha dichiarato conformi a Costituzione le disposizioni contestate della legge che prolungano fino al 31 luglio 2022 la possibilità per il primo Ministro di applicare il regime giuridico dello stato di urgenza sanitaria nell'ambito del quale egli può adottare le misure del regime di uscita dallo stato di urgenza sanitaria e applicare il sistema di informazioni utilizzato per la lotta alla pandemia. Il *Conseil* ha ribadito, infatti, che la Costituzione consente al legislatore di prevedere un regime di stato di urgenza sanitaria assicurando il bilanciamento tra l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute e il rispetto dei diritti e delle libertà riconosciute a tutti coloro che risiedono sul territorio della Repubblica. E, ha anche sottolineato che l'articolo 1 della legge sulla vigilanza sanitaria non ha lo scopo né di dichiarare né di prolungare lo stato di urgenza sanitaria, il quale, ricorda il *Conseil*, non può essere adottato che per un solo mese al di là del quale deve essere prorogato da una legge – sottoponibile al controllo di costituzionalità - che ne fissa la durata su parere del Comitato scientifico. Il *Conseil* ha inoltre ricordato che le misure che possono essere prese dal Primo Ministro sono solo quelle finalizzate a garantire la salute pubblica e debbono essere proporzionate ai rischi sanitari.

Quanto alla necessità di utilizzo del *green pass* per l'accesso ad alcuni luoghi o servizi, il *Conseil* ha ritenuto che il legislatore abbia voluto permettere ai pubblici poteri di adottare le misure per lottare contro la propagazione della pandemia e che lo abbia fatto sulla base di determinazioni del Comitato scientifico che hanno stimato il rischio di diffusione dell'epidemia a livello nazionale fino al 31 luglio 2022. In tal senso, il *Conseil* ha ricordato di non disporre di un potere generale di apprezzamento e di decisione pari a quello del Parlamento e che non gli spetta il compito di mettere in discussione le valutazioni del Parlamento del rischio dal momento che queste valutazioni, allo stato delle conoscenze, non sono manifestamente inadeguate alla situazione attuale. Inoltre, il *Conseil* ha sottolineato che le misure prese nel quadro di questo regime non possono essere adottate che nell'interesse della sanità pubblica e al solo fine di lottare contro la propagazione dell'epidemia e devono essere strettamente proporzionate ai rischi sanitari e alle circostanze potendo il giudice valutare l'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità alle finalità da perseguire. Il *Conseil* ha anche rilevato che nel caso tali misure dovessero essere applicate in periodo elettorale, la presentazione del *green pass* non può essere pretesa per l'accesso al seggio elettorale o alle riunioni e attività politiche, potendo costituire oggetto di ricorso volto ad assicurare il rispetto da parte del potere regolamentare del diritto di espressione collettiva delle

idee e delle opinioni. Il *Conseil* ha infine rilevato che, anche alla luce delle misure relative ai diritti di informazione del Parlamento, le disposizioni contestate non privano il Parlamento del diritto di riunirsi ai sensi degli artt. 28 e 29 Cost., né di legiferare e di controllare l'azione del Governo.

Alla luce di queste valutazioni il Consiglio costituzionale ha ritenuto che le disposizioni contestate sono conformi a Costituzione in quanto operano un bilanciamento equilibrato tra l'obiettivo di valore costituzionale di protezione della salute e il rispetto dei diritti e delle libertà.

Il *Conseil* ha invece dichiarato incostituzionale l'art. 9 della legge che permetteva ai direttori degli istituti scolastici di accedere alle informazioni mediche relative agli alunni e di procedere al loro trattamento per una durata che poteva eccedere la fine dell'anno scolastico in corso al fine di facilitare l'organizzazione delle campagne di screening e di vaccinazione e di garantire le condizioni di insegnamento che potessero premettere la prevenzione del rischio di propagazione del virus. Il *Conseil* ha innanzitutto ricordato l'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che implica il diritto al rispetto della vita privata per poi sottolineare come la raccolta delle informazioni a carattere personale debba essere giustificata da un motivo di interesse generale e applicata in modo adeguato e proporzionale agli obiettivi da raggiungere, soprattutto nel caso di dati di natura medica per i quali deve essere osservata una particolare vigilanza. Ciò premesso, il *Conseil* ha ritenuto che anche se il legislatore ha inteso prevedere misure per la lotta alla pandemia perseguendo l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute, nel caso di specie le misure comportano una violazione non proporzionata al diritto al rispetto alla vita privata.

Il Consiglio costituzionale è infine intervenuto su profili di procedura censurando gli artt. 13 e 14 della legge in quanto contrari all'art. 38 Cost. Tali articoli, infatti, avevano introdotto un'autorizzazione al Governo ad emanare ordinanze ma il *Conseil* ha rilevato che le misure introdotte, inizialmente in parte già presenti e in parte introdotte da emendamenti governativi, erano state soppresse e solo in un secondo momento, in nuova lettura, ripresentati attraverso emendamenti di origine parlamentare, condizione che la Costituzione vieta spettando l'iniziativa per la procedura dell'art. 38 Cost. al solo Governo.

LEGGE SULLA MODERNIZZAZIONE DELLA GESTIONE DELLE FINANZE PUBBLICHE

Il Consiglio costituzionale con decisione [n. 2021-831 DC](#) del **23 dicembre** si è pronunciato sulla legge organica relativa alla modernizzazione della gestione delle finanze pubbliche.

In primo luogo, il *Conseil* ha dichiarato contraria alla Costituzione la prima frase del secondo comma del 2° dell'art. 26 della legge di modifica dell'art. 57 della legge LOLF del 2001 che introduceva la possibilità anche per i funzionari pubblici designati dai presidenti e dai relatori delle commissioni finanze delle due camere di accedere a informazioni relative a statistiche pubbliche o raccolte dall'amministrazione fiscale.

Il *Conseil* ha infatti ritenuto che queste disposizioni, pur se adottate per rafforzare i poteri delle commissioni finanze di ogni ramo del Parlamento, per il controllo dell'esecuzioni delle leggi finanziarie e la valutazione di ogni questione relativa alle finanze pubbliche, non possono violare il rispetto al segreto istruttorio e al segreto professionale e che l'accesso alle informazioni può essere aperto ai presidenti e ai relatori delle commissioni finanze ma non può essere aperto “ tous les agents publics qu'ils désignent conjointement à cet effet ” senza portare un pregiudizio non proporzionato al diritto al rispetto alla vita privata.

Il Consiglio costituzionale ha giudicato conformi a Costituzione tutte le altre disposizioni della legge organica con l'enunciazione di una serie di riserve d'interpretazione.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

PROROGA DELLO STATO DI URGENZA SANITARIA NELL'OLTREMARE

L'**11 settembre** è stata promulgata la legge [n. 2021-1172](#) (J.O. del 12 settembre) sul prolungamento dello stato di urgenza sanitaria nell'Oltremare. Il progetto di legge era stato presentato il **1° settembre** all'Assemblea, dove, con adozione della procedura accelerata da parte del Governo, era stato adottato in prima lettura il **7 settembre**. Trasmesso al Senato, il testo non aveva subito modifiche ed era stato adottato il **9 settembre**. La legge, in considerazione dell'evoluzione della situazione epidemiologica nell'Oltremare, ha previsto la proroga dello stato di urgenza sanitaria fino al **15 novembre** incluso nei territori della Guyana, Réunion, Martinica, Guadalupa, Saint-Barthélemy, Saint-Martin e Polinesia. In quasi tutti, lo stato di urgenza sarebbe dovuto scadere il 30 settembre tranne che in Polinesia dove sarebbe scaduto il 12 settembre.

Anche per i territori della Mayotte, di Saint-Pierre-et-Miquelon, delle isole Wallis et Futuna e della Nouvelle-Calédonie la legge ha previsto, nel caso di proclamazione dello stato di urgenza sanitaria fino al 15 ottobre, il suo prolungamento al fino **15 novembre**

NUOVA CALEDONIA

Il **12 dicembre** si è tenuto in Nuova Caledonia il terzo (ed ultimo) referendum sull'autodeterminazione previsto dagli Accordi di Noumea del 1998 con il quale gli elettori sono stati chiamati a pronunciarsi sull'indipendenza dalla Francia. Con un'affluenza alle urne del 44% i no all'indipendenza hanno registrato una schiacciante vittoria. Circa il 96,50% dei voti espressi si è infatti pronunciato a favore dell'appartenenza della Nuova Caledonia alla Francia.

L'organizzazione del referendum era stata contrassegnata dalle tensioni sorte intorno alla richiesta degli indipendentisti di rinviare le elezioni a causa della pandemia da Covid-19 ma il miglioramento della crisi sanitaria aveva consentito il mantenimento della data prevista.

Dopo questo referendum si apre ora una fase di transizione per la redazione di un nuovo Statuto da sottoporre ad approvazione nel 2023.

CORSICA

Il **15 ottobre** è stato reso pubblico il [Rapporto](#) sull'evoluzione istituzionale dell'isola che il Presidente dell'Esecutivo corso, Gilles Simeoni aveva richiesto alla Professoressa Wanda Mastor nel quale oltre ad una ricostruzione sull'evoluzione dello statuto della Corsica sono contenute quindici proposte di riforma per garantire al sistema maggiore efficienza.



La crisi politica post-elettorale e la formula del Governo tricolore*

di Astrid Zei**

Il 26 settembre si sono svolte le elezioni per il rinnovo del Bundestag. La partecipazione al voto è stata pari al 76,6% dell'elettorato, apparentemente in linea con le precedenti consultazioni del 2017 (76,2%). L'affluenza alle urne, tuttavia, è stata minima: solo il 52,7% degli elettori si è recato ai seggi, mentre il 47,3% si è avvalso della possibilità di votare a domicilio nelle settimane precedenti, così come previsto dalla legislazione vigente.

Questa modalità di esercizio del voto è comunemente indicata come “voto postale” (“Briefwahl”), ma anche “voto domiciliare”, o “anticipato”, è disciplinata dal decreto sulle elezioni federali (*Bundeswahlordnung*) cui rinvia il § 52 della legge sulle elezioni del Bundestag. Il decreto stabilisce, al § 66, che la scheda elettorale, unitamente alla busta che la contiene, possa essere imbucata senza affrancatura in una qualsiasi cassetta postale, ovvero consegnata a mano presso il seggio indicato sulla busta, purché essa sia fatta pervenire per tempo prima della chiusura dei seggi.

Si tratta dunque di una opzione che semplifica molto la partecipazione alle consultazioni, anche se non garantisce il rispetto dei principi della personalità e della segretezza del voto, e solleva ulteriori problemi legati all'esercizio differito dello stesso.

Gli elettori tedeschi hanno avuto la possibilità di richiedere la scheda elettorale, ai sensi dei §§ 27 e 28 del decreto, a partire dalla prima settimana di agosto. A tal fine era sufficiente una mail al Comune di residenza, ovvero la compilazione di un apposito modello *online* che molti Comuni hanno predisposto.

Nei mesi precedenti il voto, in considerazione dei pericoli e delle incertezze legate alla diffusione della pandemia di Covid-19, le istituzioni e i partiti sono stati impegnati in una massiccia campagna di promozione del “voto postale”, che avrebbe permesso di scongiurare il rischio di una massiccia diserzione delle elezioni da parte dei cittadini, se non addirittura, nello scenario peggiore, di uno slittamento delle consultazioni, così come era avvenuto in Turingia (dove le elezioni per il rinnovo del Landtag originariamente fissate il 25 aprile 2021, sono state rinviate a data da definirsi).

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza, Università di Roma

Questa modalità di espressione del voto (*Briefwahl*) è prevista nell'ordinamento tedesco sin dal 1957 a livello federale, e in molti Länder a partire dai primi anni Sessanta. Se nel 1957 la percentuale di schede pervenute “per posta” era stata appena il 4,7% del totale, tale quota è cresciuta nel tempo, fino a aggiungere il 28,7% nelle penultime consultazioni del 2017.

Questo progressivo, ma lento, incremento dipende essenzialmente dal fatto che fino al 2008 l'esercizio del voto postale per le elezioni del Bundestag era subordinato alla sussistenza di particolari condizioni atte ad impedire, oppure ostacolare l'accesso ai seggi elettorali: l'elettore doveva infatti dichiarare di trovarsi al di fuori del suo collegio per importanti ragioni alla data delle elezioni, ovvero doveva addurre motivi professionali, di malattia, oppure invocare l'età avanzata e giustificare così la sua rinuncia a recarsi al seggio. Nelle elezioni politiche del 2005 ne fece richiesta il 18,7% dei votanti. Dopo la riforma elettorale del 17 marzo 2008 tale percentuale, come si accennava, è cresciuta lentamente fino a sfiorare il 29% dell'elettorato.

In vista delle elezioni del 26 settembre, in molti avevano previsto un ampio utilizzo del voto domiciliare, e ciò anche in forza dell'esperienza registrata durante la pandemia nei Länder chiamati al rinnovo delle assemblee regionali, dove fino a due terzi degli elettori si sono avvalsi del voto per posta (il 66% nelle votazioni del 14 marzo 2021 in Rheinland-Pfalz).

In base ai [risultati ufficiali](#) pubblicati dal *Bundeswahlleiter* – l'Ufficio federale preposto all'organizzazione e alla vigilanza sulle operazioni elettorali- infatti, l'affluenza ai seggi elettorali nella domenica del voto è stata bassa, specialmente in alcuni Länder: in Renania-Palatinato la percentuale delle schede giunte per posta ha superato il 61% e in Baviera la quota è pari al 62,4%. Anche in Baden Württemberg (50,3%), Hessen (51,1%), Hamburg (51,3%) più di un elettore su due si è avvalso del voto domiciliare. Tali percentuali, in generale, risultano più basse nei Länder orientali, ma comunque mai inferiori al 32,4% registrato in Turingia.

Questa vistosa alterazione del rituale democratico solleva molti punti di domanda, soprattutto per le dimensioni che ha assunto.

In passato l'istituto del *Briefwahl* era già stato oggetto del sindacato del Tribunale costituzionale, che ne aveva confermato la legittimità. All'epoca delle pronunce, tuttavia, la percentuale degli elettori che sceglieva di avvalersi di tale possibilità era decisamente limitata.

Pur ammettendo che il voto domiciliare non possa dare piena garanzia circa la libertà e la segretezza del voto, il giudizio si era basato su un'operazione di bilanciamento, nell'ambito della quale prevalevano il principio della generalità del voto e l'effetto inclusivo del voto domiciliare [[BVerfG 59, 119](#) e [21, 200](#)]. In una [sentenza del 9 luglio 2013](#) sulla legittimità delle norme che consentono agli elettori di avvalersi incondizionatamente del voto postale per le elezioni europee, vale a dire senza obbligo di motivazione, i giudici di Karlsruhe avevano riconosciuto al legislatore la facoltà di individuare un punto di equilibrio tra tutti i principi costituzionali cui si informano le elezioni, godendo a tal fine di un certo margine di discrezionalità politica, purché le eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali avvengano nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'evoluzione della disciplina del voto anticipato per posta, secondo il Tribunale costituzionale federale, del resto, darebbe conto della crescente mobilità che caratterizza la società odierna e del

radicale cambiamento nelle abitudini di vita individuali che si è verificato nel corso degli ultimi decenni.

Nel 2008 la decisione di generalizzare il ricorso al voto per corrispondenza, senza subordinarlo alla sussistenza di particolari impedimenti atti a determinare un'oggettiva difficoltà a recarsi alle urne, venne assunta dal legislatore essenzialmente per ragioni di carattere pratico, vale a dire prendendo atto dell'impossibilità di verificare, foss'anche a campione, la veridicità delle circostanze dichiarate dall'elettore.

Tra gli argomenti che il Tribunale costituzionale nella pronuncia del 2013 aveva considerato dirimenti, vi era in ogni caso anche la convinzione – condivisa con il legislatore - che le modifiche introdotte nelle leggi per l'elezione del Bundestag e del Parlamento europeo non avrebbero determinato un ricorso massiccio al voto postale (par. 16 della [sentenza del 9 luglio 2013](#)).

Nella [relazione illustrativa](#) della proposta di modifica della legge elettorale presentata al Bundestag il 17 dicembre 2007 si sottolineava, infatti, che nei Länder che avevano concesso all'elettore la possibilità di utilizzare incondizionatamente il voto postale (Nordrhein-Westfalen dal 1966, Berlino dal 1975 e Brandeburgo dal 2003), si erano registrate sino a quel momento percentuali sovrapponibili a quelle rilevate a livello nazionale, dove il voto postale era ancora subordinato ad una attestazione circa la sussistenza di circostanze ostative.

Il Tribunale aveva dunque accolto la prognosi formulata dal legislatore, ritenendo che non si prospettasse concretamente il pericolo di una vistosa diserzione delle urne.

In una [sentenza del 3 marzo 2009](#) il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato sulla legittimità del voto elettronico, subordinandola alla possibilità che l'elettore possa avere riscontro di tutti i passaggi essenziali relativi alle operazioni elettorali e al computo dei risultati. In quella pronuncia i giudici di Karlsruhe hanno altresì sottolineato la centralità dei principi della trasparenza e della pubblicità delle votazioni, intesi anche come fattori essenziali di un rituale democratico, posto che solamente “se l'elezione si svolge sotto gli occhi della collettività, allora viene garantita la fiducia del sovrano, che è essenziale per il funzionamento della democrazia e per la legittimità democratica delle decisioni dello Stato, circa il fatto che la composizione del Parlamento sarà rispettosa della volontà degli elettori” (par. 108 della pronuncia).

Nelle pronunce citate, in ogni caso, il Tribunale costituzionale federale non si è mai soffermato sul limite oltre il quale una massiccia diserzione delle urne in favore del voto domestico potrebbe risultare intollerabile, al punto da inficiare la validità delle elezioni.

Sebbene nel corso della campagna elettorale questo problema fosse stato sollevato a più riprese - al punto che il Bundestag aveva commissionato al suo Servizio Studi un dossier sui possibili limiti quantitativi al voto postale - all'indomani del voto non se ne è quasi più parlato: né sulla stampa, né nel dibattito tra i partiti, e neppure nell'ambito della dottrina.

I dati relativi all'utilizzo del voto postale, peraltro, sono stati resi noti dal *Bundeswahlleiter* quasi tre settimane dopo le elezioni.

Nessuno può escludere che la possibilità di votare “al tavolo della cucina” – un'espressione, questa, molto utilizzata durante la campagna elettorale – in un momento diverso rispetto alla data delle consultazioni abbia condizionato il risultato elettorale.

Confrontando le preferenze espresse nelle schede inviate anticipatamente per posta con le scelte formalizzate il **26 settembre** nel segreto dell'urna, si conferma peraltro la maggiore propensione per questa forma di espressione del suffragio da parte degli elettori che sostengono la CSU bavarese (voto nell'urna: 4,1%; voto per posta: 8,2%) e il partito dei Verdi (voto nell'urna: 12,3%; voto per posta: 15,8%). Al contrario, il partito della Sinistra (*Die Linke*) e *Alternativa per la Germania* (*AfD*) hanno avuto più successo tra gli elettori che hanno votato nel modo più tradizionale: *AfD*, in particolare, ha raccolto nei seggi una percentuale di voti più che doppia (13,4%) rispetto al voto postale (6,5%).

Il **26 settembre** le urne non hanno consegnato alle forze politiche in campo un chiaro mandato a governare.

Il partito socialdemocratico si è affermato come primo partito a livello nazionale, conquistando una percentuale di consensi pari al 25,7%, mentre i partiti dell'Unione (CDU/CSU) hanno registrato il peggior risultato di sempre (24,1%)

Il partito dei Verdi (14,8%) si imposto quale terza forza politica in campo, seguito dal partito dei liberali (*FDP*: 11,5%), da *Alternativa per la Germania* (*AfD*: 10,4%), e dal partito della Sinistra (*Die Linke*: 4,9%)

All'indomani del voto, non era chiaro, dunque, se i socialdemocratici (SPD), che pure si sono affermati quale partito di maggioranza relativa, conquistando 206 seggi nel Bundestag, sarebbero stati in grado di negoziare la formazione di un Governo con il partito dei Verdi, dei liberali (*FDP*), della Sinistra (*Die Linke*).

Alla fine di **settembre**, pertanto, tutti i partiti politici rappresentati nel Bundestag, ad eccezione della Sinistra (*Die Linke*) e di *Alternativa per la Germania* (*AfD*) – nei confronti del quale vige in ogni caso una *conventio ad excludendum* - hanno condotto una serie di colloqui esplorativi, senza escludere da subito l'ipotesi di una coalizione di Governo a guida CDU/CSU.

Dal momento che la formazione di un ennesimo Governo di “grande coalizione” era esclusa da principio, i Verdi e i liberali (*FDP*) si sono imposti assieme quali partner necessari del futuro Governo, quale che fosse: senza escludere a priori la possibilità di un Governo a guida socialdemocratica (SPD), ovvero cristiano-democratica (CDU/CSU), i Verdi ed i liberali (*FDP*) hanno portato avanti consultazioni riservate allo scopo di individuare una possibile linea di convergenza e delineare un programma comune, da collocare, in un secondo momento, sul tavolo dei negoziati con i potenziali partner di Governo.

Secondo molti osservatori, questa strategia avrebbe consentito ai partner minoritari della coalizione di negoziare i contenuti del programma politico da una posizione di maggiore forza, potendo sostanzialmente scegliere se dar vita ad un Governo a guida CDU/CSU o SPD.

Il **15 ottobre** le riserve sono state sciolte, e sono iniziati i negoziati per la formazione di un Governo formato dai Verdi, dai liberali e dal partito socialdemocratico.

Questa formula di governo tricolore costituisce un *novum* in Germania, almeno a livello nazionale.

Ciò, anzitutto, perché nel Dopoguerra, a partire dalla III legislatura, dal 1957, il Paese è stato sempre governato da coalizioni formate da due soli partiti politici.

Esperimenti simili si rivengono, semmai, nella storia istituzionale dei Länder, dove, anzi, le formule di governo tricolore messe in campo sinora sono plurime e a geometrie variabili.

I Media e i politici sono soliti riferirsi a queste diverse esperienze indicandole a seconda del colore che contraddistingue i partiti partner della coalizione.

L'importanza del colore prescelto dai partiti per la comunicazione politica costituisce infatti una peculiarità degli ordinamenti d'oltralpe, non solo di quello tedesco. In Germania, il partito cristiano-democratico (CDU) è contraddistinto dal colore nero, il partito cristiano-sociale (CSU) dal blu, i liberali (FDP) dal giallo, il partito della Sinistra (*Die Linke*) dal rosso scuro, i socialdemocratici (SPD) e i Verdi, ovviamente, dal rosso e dal verde.

I governi tricolore che riuniscono il partito socialdemocratico (SPD), i Verdi e i liberali (FDP) vengono pertanto indicati “coalizione semaforo” (e casomai, “semaforo verde” qualora si formasse un Governo guidato da un premier Verde, come si era prospettato nel 2018 nel Land Hessen).

La prima esperienza di questo tipo si registrò a Brema dal 1991 al 1995. Per un secondo esperimento, bisognerà attendere il 2016: da allora, infatti, in Renania-Palatinato vi è un Governo tricolore e tale scelta è stata confermata all'indomani delle ultime elezioni regionali del 14 marzo 2021.

L'ipotesi di un Governo tricolore a guida cristiano-democratica (CDU/CSU) viene indicata con il termine “Giamaica”, giacché i colori dei partiti partner corrispondono a quelli della bandiera dello Stato caraibico. Queste particolari coalizioni sono state al governo del Land Saarland, dal 2009 al 2012, e dello Schleswig-Holstein, nella penultima legislatura, a partire dal 2017, e poi, di nuovo, nella legislatura corrente.

In alcuni Länder (Sachsen-Anhalt, Turingia, Berlino, Brema) si è dato vita ad un Governo di coalizione rosso-rosso-verde, vale a dire formato dal partito socialdemocratico, dal partito della Sinistra (*Die Linke*) e dai Verdi. In Turingia, Bodo Ramelow nel 2014 è stato il primo *Ministerpräsident* espressione del partito della Sinistra (*Die Linke*), alla guida di una coalizione rosso-rosso-verde, e oggi è al suo secondo mandato.

Se dunque nei Länder si possono apprezzare geometrie variabili che hanno dato vita a differenti formule di governo, a livello federale, come si accennava, si è avviato un nuovo corso politico basato su un esperimento finora inedito.

Nonostante la distanza ideologica e programmatica tra gli interlocutori e la complessità delle tematiche affrontate, il **24 novembre** è stata resa nota la conclusione di un “contratto di coalizione” (“*Koalitionsvertrag*”).

Nell'ordinamento tedesco il *Koalitionsvertrag* consiste in un testo scritto che precisa dettagliatamente gli impegni assunti dai partner di Governo circa le misure da attuare nel corso della legislatura, l'organizzazione dell'esecutivo e i rapporti tra i gruppi parlamentari della maggioranza.

Benché nelle prime legislature del Bundestag gli accordi di coalizione fossero sostanzialmente segreti e talvolta piuttosto informali, col tempo essi hanno assunto carattere di doverosità, con una pretesa di completezza riguardo al novero dei provvedimenti da attuare, e la massima forma di pubblicità, attraverso la pubblicazione del testo nelle pagine web del Governo federale.

Benché questi “accordi di coalizione” esauriscano i loro effetti nella sfera della politica, senza sortire effetti giuridicamente vincolanti per le parti, la loro formalizzazione è considerata oggi alla stregua di una vera e propria convenzione costituzionale, atta a conferire certezza ai partner della coalizione circa le reciproche aspettative.

Tutti i *Koalitionsverträge*, dunque, esplicitano nel dettaglio il programma di Governo, e provvedono inoltre a ripartire i Ministeri e le cariche di Capo della Cancelleria e dei Sottosegretari tra i partiti partner della coalizione.

L'accordo intitolato “[Osare più progresso: lega per la libertà, l'equità e la sostenibilità](#)” è stato sottoposto all'approvazione dei partiti all'inizio del mese di dicembre. Il partito socialdemocratico (SPD) e i liberali (FDP) il **4** e il **5 dicembre** hanno convocato a tal fine le assemblee straordinarie dei delegati, che hanno assentito a larghissima maggioranza (la percentuale è stata, rispettivamente, pari al 99% e al 92%), mentre in seno al partito dei Verdi il **6 dicembre** è stata organizzata una consultazione con gli iscritti (“Urabstimmung”), che ha registrato un consenso ampio, ma comunque più limitato (86%).

Tradizionalmente gli Accordi di coalizione prevedono la costituzione di una “Commissione di coalizione” con funzioni di indirizzo e di coordinamento circa le attività del Governo e dei gruppi parlamentari, la cui composizione viene spesso rimessa ad apposite intese.

Rispetto al passato, l'accordo sottoscritto a dicembre disciplina però in modo più pervasivo gli organi e le sedi di coordinamento della coalizione.

Esso stabilisce anzitutto la composizione della “Commissione di Coalizione”, che viene definita come un collegio formato da “rappresentanti permanenti” dei partiti. Ne fanno parte, anzitutto, i Segretari di partito, nonché il Cancelliere e gli altri membri del Governo, compreso il Capo della Cancelleria, e i Capigruppo del Bundestag (cfr. p. 173).

Quanto alla cadenza delle riunioni, si stabilisce sin d'ora che, indipendentemente da eventuali richieste che potranno pervenire in qualsiasi momento, la Commissione dovrà riunirsi senz'altro almeno una volta al mese per discutere delle politiche del Governo prima che le questioni affrontate vengano formalizzate in seno al Consiglio dei Ministri (*ibidem*).

Il *Koalitionsvertrag* è stato sottoscritto il **7 dicembre** e il giorno dopo il Bundestag ha eletto Olaf Scholz (SPD) alla carica di Cancelliere con 395 voti a favore su un totale di 736 deputati.

ELEZIONI E AUTONOMIE

L'INGORGIO ELETTORALE BERLINESE

A Berlino il **26 settembre** si sono svolte contestualmente le elezioni politiche, le elezioni per il rinnovo dell'Assemblea di Berlino, per i Municipi (*Bezirke*) e un referendum sull'esproprio di certi fondi immobiliari e sul loro affidamento ad un *constituendo* ente di diritto pubblico (“Deutsche Wohnen & Co. enteignen”).

L'Ufficio elettorale preposto all'organizzazione e al coordinamento delle operazioni di voto nel Land Berlino (*Landeswahlleiter*) aveva mobilitato 34mila scrutatori e aveva incrementato il numero dei seggi, per un totale di 2257.

Ciò nonostante, in base al [rapporto](#) redatto dal *Landeswahlleiter* all'indomani delle votazioni, in ben 207 seggi si sarebbero registrate delle irregolarità. Anzitutto, vi sono stati dei ritardi e i seggi sono stati aperti oltre l'orario previsto delle 18.00. I rallentamenti sono stati determinati da diversi fattori, a cominciare dal numero delle schede che ogni elettore era chiamato a compilare, ben cinque, con la conseguenza che presso molti seggi si sono formate lunghe file di cittadini in attesa e le operazioni di voto sono durate più a lungo del previsto. A ciò si aggiunge che quella domenica gli spostamenti in Città erano più difficili per i numerosi transennamenti legati alla contestuale Maratona di Berlino.

In altri casi, le schede consegnate presso i seggi non erano abbastanza, o erano del tipo sbagliato, a causa di errori nella etichettatura degli imballi.

Sulla base delle informazioni pervenute, l'Ufficio elettorale federale il **19 novembre** ha presentato una [formale contestazione](#) dei risultati registrati in sei collegi della Città di Berlino per l'elezione dei deputati del Bundestag, sulla quale è ora chiamata ad esprimersi la Commissione del Bundestag per la verifica delle elezioni, le immunità e il regolamento.

Le elezioni per il rinnovo dell'Assemblea di Berlino non hanno consegnato una vittoria netta ai partiti politici in campo. I socialdemocratici (SPD) si sono confermati in strettissima misura quale partito di maggioranza relativa con il 21,4% dei voti. I Verdi (18,9%), la CDU (18,1%), la Sinistra (*Die Linke*: 14,1%), *Alternativa per la Germania* (AfD: 8%), i liberali (FDP: 7,2%), erano potenzialmente aperte allo svolgimento di negoziati per la formazione di un Governo. Dopo un primo ciclo di consultazioni tra i partiti, il **14 ottobre** sono state avviate le trattative per la formazione di un Governo rosso-rosso-verde. L'accordo di coalizione (*Koalitionsvertrag*) è stato sottoposto all'approvazione delle assemblee di partito, ed è stato successivamente sottoscritto il **21 dicembre**. Lo stesso giorno l'Assemblea di Berlino ha eletto Franziska Giffey (SPD) a capo della giunta cittadina.

LE ELEZIONI DEL 26 SETTEMBRE IN MECKLENBURG-VORPOMMERN

Il **26 settembre** nel Land Mecklenburg-Vorpommern si è votato anche per il rinnovo dell'Assemblea regionale. Il partito socialdemocratico (SPD) ha ottenuto il 39,6% dei voti, conquistando ben 9 punti percentuali rispetto alle precedenti consultazioni del 2016. *Alternativa per la Germania* (AfD) si afferma anche in questo Land come secondo partito più votato, con il 16,7% dei consensi. Il partito cristiano-democratico (CDU) ha ottenuto solamente il 13,3% dei voti. Gli altri partiti rappresentati nel Landtag sono quelli della Sinistra (*Die Linke*: 9,9%), dei Verdi (6,3%) e i liberali (FDP: 5,8%). Il *Ministerpräsident* uscente Manuela Schwesig (SPD) che dal 2017 era stata alla guida di una c.d. "grande coalizione" rosso-nera, il **15 novembre** ha ottenuto il suo secondo mandato formando un Governo di coalizione assieme al partito della Sinistra (*Die Linke*).

LA COALIZIONE C.D. "GIAMAICA" AL GOVERNO DEL LAND SCHLESWIG-HOLSTEIN

All'indomani delle elezioni del 6 giugno nel Land Schleswig-Holstein, le consultazioni tra i partiti rappresentati nel Landtag per la formazione del Governo si sono protratte a lungo. Le urne, infatti, hanno consegnato un'Assemblea fortemente divisa. Sebbene i cristiano-democratici (CDU) si siano confermati quale partito di maggioranza relativa, *Alternativa per la Germania* (AfD), nei confronti del quale nel Paese vige una *conventio ad excludendum*, con 23 deputati si è imposto quale secondo gruppo più numeroso del Landtag. Il terzo gruppo più numeroso (con 12 parlamentari) fa capo al partito della Sinistra (*Die Linke*) con cui risultava pressoché impossibile concepire un Governo di coalizione. Con queste premesse, i cristiano-democratici (CDU), i Verdi

e i liberali (FDP) hanno raggiunto un accordo circa la formazione di una coalizione tricolore, che nel linguaggio della politica e dei Media viene indicata “coalizione Giamaica”.

Sulla carta questa coalizione conta sul sostegno di 56 deputati su 97, tuttavia al momento dell’elezione Assembleare del *Ministerpräsident*, per la quale la Costituzione del Land prescrive la maggioranza assoluta, sono stati raccolti solamente 49 voti. Reiner Erich Haseloff (CDU) è stato rieletto alla carica di governatore del Land – il suo terzo mandato consecutivo di *Ministerpräsident* dal 2011– solamente in seconda votazione, il **16 settembre**, con una maggioranza di 53 deputati.

PARLAMENTO

LA RIFORMA ELETTORALE DI NUOVO AL CENTRO DELL’AGENDA POLITICA ?

Il XX Bundestag tedesco è formato da 736 deputati, vale a dire 27 in più rispetto alla precedente legislatura. L’obiettivo di approvare una riforma della legge elettorale atta a ridimensionare l’Assemblea mantenendo sostanzialmente invariata la formula proporzionale e il tipo di scelta finora utilizzati non è stato raggiunto, nonostante se ne discutesse da anni. L’ultima legge sulle elezioni del Bundestag approvata il 14 novembre 2020, in mancanza di un accordo sostanziale tra i maggiori partiti politici, si è limitata ad introdurre pochi correttivi, che forse hanno scongiurato la formazione di un’Assemblea formata da quasi novecento deputati, paventata da molti degli esperti che raccomandavano una riforma in vista delle elezioni del 2021, ma che sono attualmente sotto la lente del Tribunale costituzionale federale, il quale nei prossimi mesi dovrà pronunciarsi sulla legittimità delle nuove norme introdotte. Il ricorso è stato presentato a febbraio dai partiti dei Verdi, della Sinistra (*Die Linke*) e dai liberali (FDP) che denunciano, da un lato, una distorsione nella composizione proporzionale dell’Assemblea che è stata introdotta come rimedio atto a limitare il numero dei mandati assegnati, e dall’altro, la farraginosità e la scarsa intellegibilità delle norme sulla trasformazione dei voti in seggi nel loro complesso, tale da configurare una violazione del principio della chiarezza delle norme, essenziale in uno stato di diritto.

In un’intervista pubblicata il **1 novembre** nel settimanale “*Das Parlament*”, la nuova Presidente del Bundestag Bärbel Bas (SPD) ha sollecitato l’approvazione della riforma elettorale “in tempo utile”, vale a dire “non poco prima delle prossime elezioni”, auspicando una discussione al riguardo nell’ambito dei negoziati per la formazione del “contratto di governo”, che si stavano svolgendo nelle stesse settimane. Nonostante tale sollecitazione, il [Koalitionsvertrag](#) sottoscritto il **7 dicembre** dai partiti di Governo non reca alcuna indicazione circa i tempi e/o i contenuti di una possibile riforma elettorale.

ISTITUZIONE DELLA « COMMISSIONE PRINCIPALE » DEL BUNDESTAG

10 novembre - Nel corso della seconda seduta del Bundestag, riprendendo una prassi avviata all’indomani delle elezioni del 2013, l’Assemblea ha istituito una Commissione principale formata da 31 membri effettivi e altrettanti supplenti, destinata ad operare fino alla costituzione delle Commissioni parlamentari permanenti. La Commissione può istruire le proposte trasmesse dall’Assemblea e può formulare raccomandazioni da sottoporre al voto dell’Assemblea. Rispetto alle precedenti legislature si tratta tuttavia di un collegio meno numeroso, essendo formato solamente da 31 deputati a fronte dei 47 delle precedenti legislature. La [proposta](#) (20/26) è stata presentata dai gruppi della maggioranza.

ESCLUSIONE DEI DEPUTATI DI ALTERNATIVA PER LA GERMANIA DALLA PRESIDENZA DELLE COMMISSIONI PERMANENTI DEL BUNDESTAG

Riprendendo una regola già iscritta nel Regolamento del Reichstag weimariano, il § 12 del regolamento del Bundestag stabilisce che le cariche di Presidente di Commissione debbano essere ripartite tra i gruppi parlamentari in numero proporzionale alla loro consistenza numerica. A questo riguardo, il **10 novembre** l'Assemblea ha approvato l'applicazione della [formula St. Laguë/Schepers](#), precisando altresì che in via sussidiaria si sarebbe applicata la formula d'Hondt. In questa maniera si è stabilito che il gruppo parlamentare di AfD avrebbe presieduto tre Commissioni. Quanto alla scelta delle stesse, il § 58 del regolamento del Bundestag rinvia a tal fine ad una intesa da raggiungersi in seno al Consiglio degli Anziani (*Ältestensrat*). Quest'ultimo è il più importante organo di indirizzo dell'Assemblea. Tale collegio è formato dal Presidente e dai Vice-Presidenti del Bundestag ed inoltre da 23 deputati che si fanno portavoce dei rispettivi gruppi e sono scelti in numero proporzionale alla consistenza degli stessi. Tradizionalmente, qualora risulti difficile raggiungere un accordo, si applica un metodo di scelta "classico" nel diritto parlamentare tedesco (c.d. *Zugriffsrecht*), vale a dire che si lascia che i gruppi, uno dopo l'altro, in ordine di numerosità, esprimano una prima scelta, poi una seconda, e così via. Così il gruppo parlamentare di Alternativa per la Germania ha scelto di presiedere la Commissione parlamentare per gli Interni, la Commissione per la Salute e la Commissione per la cooperazione internazionale. Una volta concordato a quale gruppo debba essere assegnata la Presidenza di una Commissione, in assenza di ulteriori indicazioni da parte del Consiglio degli Anziani, la scelta del candidato per quella carica spetta in linea di principio allo stesso gruppo. Il § 58 del regolamento stabilisce che ciascuna Commissione "determina" il proprio Presidente in base all'intesa raggiunta in seno al Consiglio degli Anziani. Questa "determinazione" non comporta senz'altro la formalità dell'elezione, avendo invece un significato più generico, ma neppure la esclude. Il **15 dicembre** le tre Commissioni indicate dal gruppo Alternativa per la Germania (AfD) hanno scelto a maggioranza di procedere ad una votazione a scrutinio segreto. Martin Hess (AfD), candidato alla carica di Presidente della Commissione per gli Interni, ha ottenuto solamente 6 voti su 40 e anche gli altri candidati proposti dal gruppo AfD sono stati bocciati. I Commissari hanno anche rinunciato ad eleggere i vice-Presidenti di Commissione. Nell'ipotesi di una Commissione parlamentare acefala, il regolamento del Bundestag prevede che le funzioni di Presidente siano assunte dal deputato più anziano. Per il momento si è proceduto pertanto in questo modo. Poiché nella Commissione per gli Interni due deputati avevano la stessa anzianità, la scelta è andata a favore della deputata di maggiore età Petra Pau (*Die Linke*). Peraltro, è opportuno sottolineare che nella passata legislatura la Commissione per gli affari giuridici del Bundestag è stata acefala per molti mesi e le funzioni del Presidente sono state svolte a rotazione dai vice-Presidenti. Anche allora il problema fu determinato dall'indisponibilità delle forze politiche rappresentate nel Bundestag a collaborare con il gruppo AfD. Nel novembre 2019 i Commissari votarono la revoca dell'incarico al Presidente della Commissione Stephan Brandner (AfD) per indegnità. Brandner aveva affidato ai social media un commento irrispettoso e inopportuno con cui sminuiva e scherniva le manifestazioni di cordoglio delle altre forze politiche all'indomani di un attentato alla Sinagoga di Halle dove persero la vita due persone. Il **31 dicembre** il gruppo AfD ha sollevato un conflitto di attribuzioni dinanzi al Tribunale costituzionale federale teso ad accertare una eventuale violazione dei diritti di partecipazione delle minoranze. Contestualmente, è stata presentata la richiesta di una misura di cautelare, atta a tutelare le prerogative dei candidati alla carica di Presidente di Commissione presentati da AfD in vista delle prossime votazioni che si

terranno il 12 gennaio 2022. In un comunicato stampa, il deputato Stephan Brandner ha spiegato l'iniziativa affermando che al suo gruppo sarebbe stata negata la possibilità di partecipare a tutti i più importanti collegi del Bundestag in forza di "escamotage e con l'ostruzionismo, in spregio ad una prassi decennale e a convenzioni vincolanti".

ESCLUSIONE DEL GRUPPO ALTERNATIVA PER LA GERMANIA DALLA PRESIDENZA DEL BUNDESTAG

Il regolamento del Bundestag, al § 2, primo co., stabilisce che il Presidente e i vice-Presidenti del Bundestag siano eletti dall'Assemblea per la durata della legislatura, e prosegue, inoltre, garantendo ad ognuno dei gruppi parlamentari almeno un vice-Presidente. Il **25 ottobre** tutti i gruppi parlamentari, ad eccezione di AfD, hanno approvato una [mozione](#) che spiega in che modo debbano essere interpretate le norme del regolamento del Bundestag dianzi richiamate, riconoscendo ad ognuno dei gruppi del Bundestag solamente "il diritto di proporre una candidata o un candidato per l'Ufficio di vice-Presidente del Bundestag che gli spetta", senza poter pretendere che lo stesso venga senz'altro eletto. Il **26 ottobre** il deputato AfD Michael Kaufmann ha ottenuto solamente 118 voti. La sua candidatura è stata bocciata nuovamente il **9 dicembre**.

Si è pertanto creata, almeno per il momento, la stessa impasse che si era registrata nella precedente legislatura, nel corso della quale nessuno dei sei candidati proposti da Alternativa per la Germania aveva ottenuto i voti necessari.

SI VOTA SUL PRIVILEGIO DI SEDERE LONTANO DAL GRUPPO ALTERNATIVA PER LA GERMANIA (AfD)

14 dicembre - I gruppi parlamentari della maggioranza presentano una [mozione](#) atta a modificare la disposizione dei gruppi parlamentari all'interno dell'emiciclo del Bundestag. Nel 2017 i deputati di AfD erano stati collocati all'estrema destra della sala. Accanto a loro sedevano i deputati del gruppo dei liberali (FDP), i quali all'epoca chiesero inutilmente di cambiare posto. All'inizio della XX legislatura, all'indomani della formazione di un Governo di coalizione guidato dal partito social-democratico (SPD) assieme ai liberali e ai Verdi, l'istanza è stata ripresentata e in questo caso è risultato dirimente il nuovo status dei liberali, divenuti parte della maggioranza. I deputati dell'unione cristiano-democratica (CDU/CSU) hanno dovuto pertanto cedere i loro scranni ai liberali, accettando di sedere accanto ai deputati di AfD.

CORTI

SULLA LEGITTIMITÀ DEL *SUPER GREEN PASS* PER I DEPUTATI "FUORI SEDE"

Il **6 dicembre** il Tribunale costituzionale federale ha respinto il ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*) presentato da 11 deputati del Bundestag residenti fuori Berlino, i quali ritenevano che l'esercizio del mandato parlamentare fosse compromesso dall'obbligo vaccinale imposto per accedere alle strutture ricettive (c.d. regola 2G, che pretende la vaccinazione, ovvero la guarigione per l'ingresso). In particolare, i ricorrenti paventavano l'impossibilità di partecipare all'elezione del Cancelliere, calendarizzata l'8 dicembre, in quanto essi avrebbero dovuto necessariamente pernottare a Berlino.

La decisione dei giudici insiste anzitutto sulla necessità di esperire preventivamente tutti i rimedi offerti dall'ordinamento quale condizione per la procedibilità del ricorso. I ricorrenti

avrebbero pertanto dovuto preventivamente appellarsi al Tribunale ordinario, presentando eventualmente la richiesta di un'ordinanza cautelare.

Quanto al merito della questione sollevata, il Tribunale ha sottolineato che le limitazioni che sono al centro del ricorso, non sono tese di per sé a limitare i diritti dei deputati e il libero esercizio del mandato parlamentare. In questo senso, l'art. 48, secondo co., LF, che stabilisce che “a nessuno può essere impedito di assumere o di esercitare il mandato di parlamentare”, andrebbe inteso come un divieto che ricomprende qualsiasi misura che miri a quel fine, ma esclude quei provvedimenti che perseguono obiettivi completamente diversi, pur potendo incidere anche sulla libertà del deputato.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE SI PRONUNCIA SULLE “SCELTE TRAGICHE” IMPOSTE DALLA PANDEMIA DI COVID-19

Le conseguenze più drammatiche della pandemia di Covid-19 dipendono dalla difficoltà di ricoverare nei reparti di terapia intensiva e di assistere adeguatamente tutti i pazienti che potrebbero averne bisogno.

L'ipotesi di una scelta tragica, atta a stabilire a quali pazienti debbano essere assegnate le risorse disponibili, qualora si rivelassero scarse, purtroppo non è solo una speculazione, ma una questione concreta che solleva grandi problemi etici.

Al momento in Germania i medici si attengono alle “Raccomandazioni” formulate dall'Unione interdisciplinare per la medicina intensiva e di emergenza (abbr. DIVI), che consigliano di privilegiare i pazienti che presentano la prognosi migliore, quindi anche in considerazione di eventuali altre comorbidità che possano pregiudicare la guarigione.

Nel mese di maggio del 2020, nel corso della prima ondata della pandemia, nove pazienti c.d. “fragili” hanno presentato un ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*) al Tribunale costituzionale, lamentando l'assenza di un quadro normativo atto a stabilire quali criteri debbano seguiti e quali priorità accordate.

I ricorrenti hanno invocato il divieto di discriminare gli individui in base alla disabilità di cui sono portatori enunciato dall'art. 3, seconda frase, della Legge Fondamentale.

Con una [decisione](#) del **16 dicembre**, i giudici di Karlsruhe hanno accolto il ricorso, ricavando dalla Legge Fondamentale non solamente il divieto di discriminare attivamente i disabili e i malati cronici, ma anche l'obbligo di adottare le misure necessarie ad evitare che ciò possa avvenire. Ciò, a maggior ragione, quando si consideri che nel quadro della pandemia di Covid-19 la necessità di sottoporre un paziente ad una terapia salvavita potrebbe manifestarsi quando lo stesso è completamente incapace di difendersi.

Il vuoto normativo lasciato dal legislatore – secondo il Tribunale costituzionale federale – risulta pertanto eticamente inaccettabile e palesemente in contrasto con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 3, primo co., LF, inteso anche e soprattutto come obbligo di accordare la stessa tutela, senza discriminazioni, al bene supremo della vita e della dignità umana.

Il Tribunale costituzionale federale ha riconosciuto al legislatore un'ampia sfera di discrezionalità al riguardo, potendo questi scegliere se dettare i criteri da seguire qualora il medico dovesse trovarsi costretto a compiere una scelta, ovvero se prescrivere una particolare procedura da attuare al fine di garantire l'equità della decisione, basata, ad esempio, sulla condivisione o sulla collegialità.



Crescita e distribuzione. Il “nuovo capitalismo” di Kishida**

di Michele Crisafi*

Il **29 settembre** il sessantaquattrenne Kishida Fumio ha vinto (257 voti contro 170) il ballottaggio per la presidenza dell’LDP superando Kōno Tarō, che nel Gabinetto Suga ricopriva il ruolo di Ministro per le Riforme Amministrative e responsabile della campagna di vaccinazione anti Covid-19 in Giappone. Al primo turno, Kishida e Kōno hanno superato le candidate Takaichi Sanae e Noda Seiko, certificando l’impossibilità, in questa fase storica, di vedere trionfare una donna alla Presidenza del partito. Com’è noto, Suga, a sua volta successore di Abe, ha scelto di non candidarsi alla presidenza del partito, per arginare una temuta emorragia di consenso elettorale in ragione dell’insoddisfacente contenimento della pandemia, unitamente ad una ripresa economica giudicata stentata.

Dunque il **4 ottobre** Kishida ha formato la propria (prima) squadra di governo, in virtù di apposita Risoluzione della Dieta ai sensi dell’art. 67 della Costituzione. Tuttavia, essenzialmente sul piano formale, a causa dello scioglimento della Camera dei Rappresentanti avvenuto il **14 ottobre** (a soli dieci giorni di distanza dall’insediamento), il secondo Governo Kishida prende forma il **10 novembre**, dopo le elezioni generali del **31 ottobre**. Va precisato che la scadenza naturale della Camera dei Rappresentanti era comunque il **21 ottobre**, ma in questa sede preme soprattutto evidenziare l’interpretazione costituzionale degli artt. 7 e 54. Ai sensi del primo dei summenzionati articoli lo scioglimento della Camera dei Rappresentanti si consolida come atto formalmente imperiale, ma sostanzialmente in capo al Primo Ministro; in ossequio alle previsioni dell’art. 54, invece, la possibile data per le elezioni della Camera bassa variava dagli ultimi giorni di ottobre sino al termine massimo del 28 novembre, a seconda se si fosse proceduto ad uno scioglimento anticipato oppure si fosse prediletto mandare la Camera dei Rappresentanti a scadenza naturale. La circostanza che l’appuntamento elettorale sia stato celebrato già nel mese di **ottobre** denota l’urgenza di una legittimazione popolare da parte di Kishida, probabilmente denunciando anche la preoccupazione di un potenziale peggioramento della situazione pandemica che avrebbe potuto compromettere un buon esito alle urne per la coalizione governativa.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

* Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate, Sapienza Università di Roma.

Come si vedrà più oltre nel dettaglio, il binomio di Governo LDP-Kōmeitō ha retto decisamente bene al vaglio degli elettori, pur perdendo alcuni seggi – in valore assoluto – rispetto alla precedente tornata elettorale del 2017. Il campo dell’opposizione tradizionale, pur al netto di un “patto di non belligeranza” fra le sue varie anime per quanto concerne la competizione elettorale nei collegi uninominali (nel sistema elettorale giapponese, misto, convivono collegi uninominali e proporzionali), ha registrato un apprezzamento del *demos* che può definirsi frustrante, specie in considerazione delle gravi contingenze che hanno giocoforza logorato il consenso di entrambi i *partners* di Governo. Diversamente si registra l’*exploit* elettorale del *Japan Innovation Party* (*Nippon Ishin no Kai*), formazione partitica non distante da toni populistici, che può considerarsi ormai un partito nazionale non più relegato alla sola città di Osaka (giova ricordare che il partito in questione nasce nel 2015 con la denominazione di *Initiatives from Osaka*, od *Osaka Ishin no Kai*). Avendo quadruplicato i propri seggi, il *Nippon Ishin no Kai* è adesso il terzo gruppo parlamentare numericamente più consistente all’interno della Camera dei Rappresentanti.

Kishida eredita una situazione epidemiologica in netto miglioramento, al punto da consentire, dal **1 ottobre** (quindi con ancora in carica il Governo Suga) la [rimozione di ogni Dichiarazione](#) di stato di emergenza in tutte le parti del territorio nazionale. Viene conservata la raccomandazione all’impiego della mascherina e quella di evitare le c.d. 3C (*closed spaces with poor ventilation, crowded places and close contact situations*). Un panorama ancor più rasserenante è restituito dal [Situation Report](#) dell’OMS per la Regione del Pacifico Occidentale che, analizzando la settimana **22-28 dicembre** 2021, riporta poco più di duemila nuovi casi settimanali per il Giappone, pur a fronte di circa un milione e settecentomila positivi.

Certamente tra le ragioni dell’appiattimento della curva epidemiologica bisogna annoverare il successo della campagna vaccinale che, pur con un esordio tardivo rispetto ai Paesi occidentali, è stata incisiva soprattutto nella seconda parte del 2021, superando una tradizionale diffidenza, figlia di errori del passato, dei giapponesi rispetto ai vaccini. A **novembre** il tasso di vaccinazione giapponese (inteso con due dosi) era prossimo al 76%, il rapporto migliore fra i Paesi del G7. Ulteriore protezione per il Paese è costituita dall’insularità, che ha consentito un controllo capillare nei porti ed aeroporti (sebbene il summenzionato *Situation Report* indichi la presenza in Giappone di tutte le VoC – *Variants of Concern* – Omicron inclusa).

Una situazione più felice sul fronte della pandemia ha consentito al Giappone di tornare a guardare al di fuori di sé stesso ed in tale prospettiva le tensioni fra la Repubblica Popolare Cinese e Taiwan hanno giocato un ruolo che, paradossalmente, potrebbe definirsi quasi una boccata d’ossigeno per l’ordinamento giapponese. Nel “secolo del Pacifico” un Giappone forte, presente e proattivo rappresenta un fattore di stabilità per la regione dell’Asia-Pacifico, pur non trascurando la complessità delle sfide internazionali con cui il Paese è chiamato a confrontarsi. Il dinamismo cinese, la minaccia nord-coreana, il deterioramento dei rapporti con Seoul a causa sia della questione delle “*comfort women*” sia delle richieste di indennizzi formulate dalle Corti sudcoreane per i lavori forzati durante l’occupazione, le dispute ancora insolute con la Russia, con cui non si è tuttora riusciti a concludere un trattato di pace; in sostanza questi temi rientrano adesso recisamente nell’agenda politica nipponica, anche se la prima reazione offerta da Kishida non può definirsi rassicurante. In prima battuta, come Abe prima di lui ed altri Primi Ministri del

campo conservatore, ha compiuto una donazione rituale al santuario shintoista di Yakusuni, che ospita, tra gli altri, gli spiriti di alcuni criminali di guerra di classe A. Inoltre già nella [conferenza stampa](#) del **14 ottobre**, immediatamente successiva allo scioglimento della Camera bassa e che essenzialmente lanciava la sfida elettorale, Kishida affermava che “la situazione internazionale intorno al Giappone sta diventando sempre più grave. [...] Non possiamo affidare questo Paese ai vari partiti di opposizione, con cui abbiamo idee diverse persino riguardo alle fondamenta della nostra Costituzione od alla sicurezza, come il ruolo degli Accordi di Sicurezza con gli Stati Uniti o quello delle *Self-Defense Forces* (SDF). La cosa più importante è avere sinceri rapporti di fiducia con gli altri *leaders*”. Kishida si spingeva oltre, sino a lasciar prefigurare di tenere per sé la titolarità del Ministero degli Affari Esteri: “vorrei che il popolo affidasse quest’area a me, Kishida Fumio. Avendo servito come Ministro degli Affari Esteri per quattro anni ed otto mesi – un record nel dopo guerra – ho forgiato relazioni profonde e di fiducia con i *leaders* mondiali, con cui posso parlare chiamandoli per nome. Sono pronto a mobilitare la mia esperienza e le mie risorse per difendere la pace e la sicurezza di questa nazione sino all’ultimo”. La scelta per il vertice della diplomazia giapponese è poi ricaduta su Hayashi Yoshimasa, figura politica di lungo corso che ha ricoperto incarichi diversi in amministrazioni precedenti ed il cui padre è stato Presidente dell’Unione Parlamentare di Amicizia Giappone-Cina. Hayashi stesso si è dovuto dimettere, dopo la nomina, da un analogo gruppo di scambio ed amicizia fra i due Paesi.

L’opinione pubblica si è così interrogata su come conciliare la nomina di un Ministro degli Esteri generalmente ritenuto non ostile alla Cina con l’annuncio della presentazione di un bilancio della difesa che si attende superiore al 2% del PIL. Nel secondo dopoguerra l’aggancio del *budget* della difesa all’1% del PIL è stato una costante – quasi un feticcio – nella considerazione del Governo giapponese. Così questa prospettiva muscolare di Kishida è stata per lo più interpretata come una sfida ai tradizionali legacci del Paese, in tal senso rievocando l’ambizione di Abe Shinzō, il Primo Ministro più longevo della storia giapponese. L’approccio tanto da falco quanto da colomba di Kishida si evince ad esempio dal suo [speech](#) in occasione del settimo *Japan-China CEO Summit* del **21 dicembre**: se da un lato Kishida e Xi auspicano che marcherà il cinquantenario della normalizzazione delle relazioni diplomatiche fra Cina e Giappone – nel 2022 – costituisca un’occasione per il potenziamento dei rapporti bilaterali, d’altro canto Kishida sostiene che sia “essenziale che il mercato cinese si apra e che venga creato un giusto ed equo ambiente economico, mediante il rafforzamento della protezione della proprietà intellettuale e ponendo rimedio al trasferimento forzoso di tecnologia ed ai distorti sussidi industriali”.

Un discorso sul *business* pronunciato ad un *meeting* di attori del settore economico ed industriale ma che, a ben vedere, si connette alle parole chiave con cui Kishida e LDP hanno trionfato nelle elezioni per la Camera dei Rappresentanti: crescita e distribuzione. Se la sottolineatura sulla crescita appare scontata, il concetto di distribuzione si allaccia all’idea di un “nuovo capitalismo” – una *Abenomics* 2.0 – proiettata soprattutto all’aumento dei salari ed in generale della capacità d’acquisto della classe media. Lo strumento individuato è quello di una premialità fiscale nei confronti delle imprese che alzeranno gli stipendi, con un fondo di sostegno *ad hoc* pensato per quelle aziende in difficoltà che decideranno comunque di innalzare i salari.

Digitalizzazione, impegno contro il cambiamento climatico, stretta adesione alla non proliferazione nucleare, imprescindibile alleanza con gli Stati Uniti tanto bilaterale quanto in seno al QUAD (congiuntamente ad India ed Australia), crescita e distribuzione all’interno di un

“nuovo capitalismo”, lotta al Covid-19 (anche mediante [l’approvvigionamento](#) delle pillole Molnupiravir della Merck e con un programma di *test* gratuiti), revisione costituzionale. In estrema sintesi questa la piattaforma politica di Kishida, resa manifesta nel suo [policy speech](#) del **6 dicembre** in occasione della 207^a sessione della Dieta. In quale direzione si orienti la revisione costituzionale evocata dal Primo Ministro è certamente presto per intuirlo ma, in considerazione della importante conferma elettorale ricevuta dal *demos* – pur fra le innegabili difficoltà del campo conservatore, sia congiunturali che più specifiche ed individuali – pare lecito presumere che i prossimi mesi forniranno ulteriori chiarificazioni in argomento. Abe rimane dopotutto un importante *policy maker* e non è da escludere che il suo sogno di emendare la Carta del secondo dopoguerra – obiettivo mai conseguito da nessun gabinetto giapponese, giacché la Carta è tuttora immutata dal giorno della sua promulgazione – non venga realizzato da Kishida, con particolare attenzione nei riguardi della c.d. clausola pacifista di cui all’art. 9.

ELEZIONI

I RISULTATI DELLE ELEZIONI DI OTTOBRE DELLA CAMERA DEI RAPPRESENTANTI ED UNA BREVE ANALISI

L’affluenza alle urne è stata di poco inferiore al 56%, in rialzo di circa due punti rispetto al 53,68% del 2017. Cionostante è la terza affluenza più bassa del dopoguerra. All’interno dei 465 membri, il binomio di Governo LDP-Kōmeitō conta rispettivamente 263 e 32 eletti. 295 membri aggregati che restituiscono una comoda maggioranza nel solco della continuità. Il secondo gruppo più forte, la principale opposizione al secondo Governo Kishida, è quello del Partito Costituzionale Democratico del Giappone (CDPJ), che consta di 97 membri. Come anticipato il terzo gruppo più consistente è quello del *Japan Innovation Party* (*Nippon Ishin no Kai*), forte di 41 nuovi eletti. Il Partito Democratico Popolare ed il Partito Comunista Giapponese ottengono rispettivamente 11 e 10 seggi. I restanti 11 membri sono così suddivisi: 3 indipendenti, 8 a partiti nati dalla scomposizione del campo progressista e liberale. Le donne sono 45. Su 465 membri, si tratta di meno del 10%.

Una prima lettura immediata del voto dice che se Kishida mantiene il controllo della Camera dei Consiglieri nelle elezioni calendarizzate per il luglio 2022, il Primo Ministro ha sostanzialmente un triennio per attuare i propri propositi. Inoltre, diversamente dalla “manovra di palazzo” che ha insediato Suga dopo le dimissioni di Abe, Kishida ottiene l’investitura dopo un appuntamento elettorale (si può trascurare il primo Governo Kishida, in carica per un mese). La ricomposizione del fronte delle opposizioni non può ancora dirsi del tutto maturata. La stabilità si conferma un valore imprescindibile per l’elettorato giapponese, che tuttavia testimonia il desiderio di esplorare aggregazioni politiche nuove, come dimostrato dal successo del *Japan Innovation Party*, che passa da 11 a 41 seggi. Tale giovane formazione partitica si avvantaggia in maniera trasversale, posto che sia l’LDP che il CDPJ perdono alcuni seggi rispetto alla tornata elettorale del 2017. Come spesso accade – e la posizione geografico-diplomatica relativa del Giappone forse lo impone – il gioco di specchi fra ambiente domestico ed internazionale potrà rivelare se Kishida Fumio sarà in grado di lasciare o meno un segno tangibile della sua *leadership*.

FAMIGLIA IMPERIALE

IL MATRIMONIO DELLA PRINCIPESSA MAKO

Il **26 ottobre** la Principessa Mako, la figlia più grande del *Crown Prince* Akishino e della moglie Kiko, ha convolato a nozze con il *commoner* Komuro Kei, dopo aver compiuto trenta anni il **23 ottobre**. Le nozze hanno trovato amplissima eco presso l'opinione pubblica giapponese, in primo luogo a causa di una controversia economica della madre di Komuro che ha intaccato l'immagine dello sposo. Un prestito non saldato che ha indotto Mako a rinunciare alla somma *una tantum* che il Consiglio Economico della Casa Imperiale – una branca dell'omonima Agenzia – le avrebbe corrisposto in ossequio alla [Legge sulla Casa Imperiale](#).

La somma, ideata per consentire ad un *ex* membro della famiglia imperiale di “conservare la propria dignità”, è stata rifiutata dalla Principessa per scongiurare che il denaro pubblico andasse a sanare le difficoltà economiche della famiglia di Komuro. Mako Komuro, adesso non più membro della Famiglia Imperiale, seguirà probabilmente il neo marito negli Stati Uniti, alle prese con una carriera legale agli esordi.

Anche, ma non solo a causa della pandemia, la coppia è stata diversi anni nell'impossibilità di incontrarsi – erano sottese ragioni di Stato prossime al concetto di opportunità morale, e la vicenda ha toccato la percezione pubblica della Famiglia Imperiale nel suo complesso. Tradizioni immutate da secoli sono consustanzialmente in contrasto con la società, che invece muta con rapidità e soprattutto coordinate assai diverse. Nel caso della Principessa Mako l'ostilità alle nozze con Komuro è stata letta come lesiva dei diritti umani, ed in questo senso la storia ricorda l'appassionato messaggio televisivo con cui Akihito ha chiesto di potersi dimettere dal ruolo di Imperatore. Anche in quella circostanza si è dovuto attendere lunghi anni prima che un esercizio libero di volontà trovasse riuscisse a stratificarsi nell'opinione pubblica sino a diventare lecito e possibile.

CORTE SUPREMA

LA CONFERMA DEI GIUDICI DELLA CORTE SUPREMA AI SENSI DELL'ART. 79, CON QUALCHE OMBRA

Ai sensi dei parr. 2 e 3 dell'art. 79 della [Costituzione del Giappone](#), “la nomina dei giudici della Corte Suprema viene esaminata dal popolo alla prima elezione generale della Camera dei Rappresentanti successiva alla loro nomina, e sarà vagliata di nuovo alla prima elezione generale della Camera dei Rappresentanti dopo un intervallo di dieci anni, ed alla stessa maniera di seguito. [...] Nei casi menzionati nel precedente paragrafo, quando la maggioranza dei votanti sceglie la rimozione di un giudice, questi sarà rimosso”. Nella pratica questo non è mai accaduto nella storia giapponese post seconda guerra mondiale, e la tornata elettorale dell'autunno 2021 non ha fatto eccezione.

Tuttavia alcuni giudici hanno ricevuto percentuali di non gradimento particolarmente significative, sebbene distanti dal 15,17% del 1972 pagato da Shimoda Takezō. È interessante rilevare che il tasso di disapprovazione dei giudici si è modulato a seconda se questi si fossero

dichiarati favorevoli o contrari in occasione di un giudizio reso in merito alla legittimità costituzionale di una previsione del Codice Civile che impedisce alle coppie sposate di avere cognomi separati. Il tema è stato al centro del programma elettorale del variegato campo di opposizione all'LDP, ed il tasso di disapprovazione del corpo elettorale nei confronti di questi giudici che hanno confermato la legittimità costituzionale della previsione di cui sopra è stato di circa due punti percentuali superiore rispetto ai colleghi.

L'OBBLIGATORIETA' DEL CANONE DELLA NHK

La Corte Suprema ha confermato il giudizio dell'Alta Corte di Tokyo in merito all'obbligatorietà del pagamento del canone della televisione pubblica NHK (Nippon Hōsō Kyōkai). Nel giugno 2020 la Corte distrettuale di Tokyo aveva accolto la tesi della ricorrente, una donna che aveva argomentato di non poter essere costretta a stipulare un contratto con la NHK in quanto proprietaria di un apparecchio televisivo impossibilitato a trasmetterne i canali. La legge, secondo la Corte distrettuale di Tokyo, puntualizzava che l'obbligo al versamento del canone è collegata al possesso di apparecchi che possano trasmetterne i canali. Tuttavia nel febbraio 2021 l'Alta Corte di Tokyo ha capovolto il giudizio sostenendo che alla ricorrente sarebbe stato sufficiente dotarsi di un amplificatore di segnale per ricevere i canali della televisione pubblica.

Non è di secondaria importanza in argomento ricordare che in Giappone esiste e concorre alle elezioni di entrambe le camere il "Partito che protegge coloro che non pagano il canone della NHK" (*NHK kara Kokumin o Mamoru Tō*). Sebbene il massimo risultato conseguito sia stato la conquista di un seggio nel plurinominale per le elezioni della Camera dei Consiglieri nel 2019, la mera circostanza della sua esistenza, pur con una modesta capacità di penetrazione elettorale, testimonia un livello di insoddisfazione ed insofferenza nei confronti del principale *network* pubblico. Il partito ha cambiato diversi nomi dal proprio esordio nel 2013, il motto del suo fondatore, Tachibana Takashi, è "Distuggere l'NHK!" (*NHK wo bukewasu!*), con piattaforma politica la revisione della Legge sulle trasmissioni del 1950 che collega il pagamento obbligatorio del canone alla mera potenzialità di ricezione dei canali dell'NHK.



La traiettoria della “unlikely coalition” e lo stato di salute delle istituzioni*

di **Enrico Campelli****

“**U**nlikely Coalition”, “Change Coalition”, “Anti-Bibi Coalition”. Sono molte le etichette che gli analisti usano per provare a cogliere l'essenza dell'eterogenea maggioranza parlamentare che - non senza fatica e dopo molti anni - ha rimpiazzato Benjamin Netanyahu alla guida del paese.^a Il quadrimestre analizzato, che va da **settembre a dicembre 2021**, vede i membri della coalizione di Governo fare innanzitutto i conti con le proprie differenze e con la necessità di mantenere le promesse fatte in campagna elettorale. Provare a tracciare una traiettoria lineare del nuovo Esecutivo è però un obiettivo al momento poco prudente: l'ordinamento israeliano è entrato a tutti gli effetti in una fase nuova ed è forse prematuro proporsi di individuare dei tratti caratteristici dei nuovi equilibri, ancora del tutto in evoluzione.

La maggioranza guidata da Naftali Bennet (*Yamina*) è una creatura ancora da decifrare, non scevra di contraddizioni, e certamente figlia dell'assetto politico precedente, in particolare di una politica che negli ultimi 10 anni è stata senza dubbio segnata dalla figura del “re” Netanyahu, ora ingombrante capo dell'opposizione. I “regicidi” Bennet e Lapid si trovano a tenere le redini di una coalizione decisa a non lasciarsi sfuggire l'occasione di svincolarsi dall'ex Premier, ma che ancora non sembra aver trovato una linea comune. Nonostante alcuni innegabili successi, come l'approvazione della prima legge di bilancio dal 2019 - vera e propria prova di forza della coalizione che non poteva permettersi di perdere per strada nemmeno un voto - non mancano pesanti elementi di frizione nella maggioranza, come dimostrato dalla rottura di *Meretz* sul *Golan Plan*, o di tutti i partiti più a sinistra della coalizione (*Avodà* e *Meretz*).

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale – curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate, “Sapienza” Università di Roma

oltre al partito arabo *Ra'am*) sulla divisiva *Citizenship Law* (di cui si darà conto nel prossimo numero di questa rubrica).

In questo delicato scenario anche i due leader della maggioranza, Bennet (*Yamina*) e Lapid (*Yesh Atid*) non mancano di giocare la propria personale partita a scacchi, mostrando di rispettare i termini dell'Accordo di Rotazione ma, ad una analisi più attenta, non risparmiandosi stoccate, anche feroci. A questo proposito, il **28 dicembre**, il Ministro della Difesa Benny Gantz ha ospitato il Presidente dell'Autorità Palestinese Mahmoud Abbas nella sua residenza di Rosh Ha'ayin. L'incontro ha marcato il primo colloquio tenuto da Abbas con un alto funzionario israeliano in Israele dal 2010, fatta eccezione per la partecipazione del Presidente palestinese alla cerimonia funebre dell'ex Presidente dello Stato di Israele Shimon Peres nel 2016. Secondo il ministero della Difesa l'incontro è durato due ore e mezza e - benché fossero presenti il Coordinatore israeliano delle Attività Governative nei Territori (COGAT), il Mag. Gen. Rasan Alian e il Capo dell'Autorità Generale palestinese per gli Affari Civili, Hussein al-Sheikh - parte del meeting si è risolto in un colloquio privato tra i due leader. L'incontro è stato il secondo tra Gantz e Abbas da quando è stato formato il nuovo Governo israeliano a giugno e, oltre ad un tiepido tentativo di riaprire il canale diplomatico tra le parti, il colloquio rimarca un evidente tentativo di Lapid di distanziarsi da Bennet: quest'ultimo, infatti, si è rifiutato di incontrare il Presidente palestinese ed è apertamente contrario alla riapertura dei negoziati di pace. Dopo l'incontro, Gantz ha sottolineato la necessità di approfondire il coordinamento della sicurezza e prevenire il terrorismo e la violenza, per il benessere sia degli israeliani che dei palestinesi, e di intendere il regime di Abbas come l'unica alternativa possibile ad un eventuale presa di potere di *Hamas* in *West Bank*.

La difficile fase di transizione dell'ordinamento israeliano risulta evidente anche dall'analisi dei dati dell'[Israeli Democracy Index 2021](#), presentato personalmente al Presidente dello Stato di Israele Herzog da parte del Presidente dell'*Israeli Democracy Institute* (IDI), Yohanan Plesner e dalla Prof. Tamar Hermann, Direttrice del *Viterbi Family Center for Public Opinion and Policy Research* dell'IDI. Il report annuale - giunto alla sua diciannovesima edizione - è diviso in quattro sezioni ([Democratic values](#), [Legal system](#), [Trust](#) and [Local authorities](#)) e complessivamente rivela “a complex picture regarding the level of public trust in key institutions and officials, confidence in the country's civil service and the overall strength of Israeli democracy”, avvalorando la tesi di un progressivo deterioramento dello stato di salute generale delle istituzioni israeliane.

In linea con i sondaggi precedenti, le Forze di difesa israeliane godono del più alto livello di fiducia pubblica, nonostante la relativa percentuale scenda dal 90% del 2019 al 78% nel 2021, il livello più basso dal 2008. Il Presidente di Israele si attesta come la seconda istituzione per livello di fiducia pubblica, con il 58%, valore molto vicino al 56% registrato nel 2020. Sebbene si collochi al terzo posto, la Corte Suprema può vantare una percentuale di consensi solo minoritaria, e per di più in flessione, dal 42% del 2020 al 41% nel 2021. La polizia israeliana si trova al quarto posto con il 33,5%, in calo dal 41% nel 2020; i media, generalmente intesi, ottengono il 25%, e dunque un percepibile calo rispetto al 32% dell'anno precedente. In fondo alla lista, infine, la *Knesset* con il 21% e i partiti politici con il 10%.

In controtendenza rispetto al generale trend al ribasso delle istituzioni, il Governo mostra un lieve incremento dei consensi, salendo al 27% rispetto al 25% del 2020. Il report sottolinea inoltre come gli arabi israeliani abbiano meno fiducia nelle istituzioni e nei funzionari statali rispetto alla popolazione ebraica. Tuttavia, i livelli di fiducia nella comunità araba sono aumentati rispetto allo scorso anno, con la Corte Suprema al 49%, rispetto al 40% del 2020. Anche il Presidente ha guadagnato fiducia, passando dal 31% al 41%, così come l'Esercito che è passato dal 32% del 2020 al 36% attuale.

In linea con i dati generali della comunità araba, anche i partiti politici vedono aumentare la fiducia degli elettori arabi, con un attuale tasso del 22% rispetto al 14% nel 2020. La *Knesset* passa invece al 25% dal 17,5% dell'anno scorso. Il Governo, che per la prima volta nella storia istituzionale israeliana ora include un partito arabo, ha raddoppiato la fiducia degli elettori arabi israeliani, passando dal 14% del 2020 al 28% attuale. Calano invece la fiducia nella polizia, che passa dal 26% al 22% e quella verso i media, dal 36% al 32%.

Per quanto riguarda il tema delle autorità locali – molto importante nell'agenda politica del paese – è emerso che il 67% degli israeliani è favorevole a un maggior decentramento di poteri e di attribuzioni dai ministeri a queste ultime. Il sondaggio ha rilevato infatti che il 57% degli intervistati dichiara la fiducia nella propria leadership locale: una cifra – rileva esplicitamente l'IDI – relativamente alta e stabile nel tempo. Significativo anche il dato che vede oltre il 51% degli israeliani sostenere l'idea di istituire una rappresentanza regionale alle elezioni della *Knesset*. Il dato sulla fiducia nelle autorità locali, peraltro, vede un netto divario tra i cittadini ebrei (62%) e tra gli arabi (32%). Tuttavia, mentre la percentuale per la popolazione ebraica israeliana è prossima al 63% registrato nel sondaggio dell'anno precedente, tra gli arabi israeliani va segnalato un netto calo rispetto al 48% nel sondaggio del 2020. Il report dell'IDI suggerisce che una simile variazione sia legata all'insoddisfazione per il modo in cui le autorità arabe locali hanno gestito la pandemia di COVID-19 e le “gravi violenze in località con una vasta popolazione araba”.

Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico, l'indagine ha rilevato che il 56% ritiene che la Corte Suprema dovrebbe esercitare un chiaro ruolo di controllo di legittimità costituzionale sulle leggi della *Knesset* che contraddicono i principi democratici. In ragione del grande dibattito politico sull'argomento, va segnalato come nel 2010 questa opinione avesse raccolto un consenso minore, pari al 52,5%. Particolarmente interessante, a riguardo, la scomposizione analitica del dato, che mostra andamenti molto differenziati. Se infatti il 70% degli israeliani laici si dichiara d'accordo, la quota si riduce drasticamente al 22% per i *national religious* e solo al 17% per la popolazione ultraortodossa. Sull'argomento, il dato relativo alla comunità araba è chiaro e rilevante (74%).

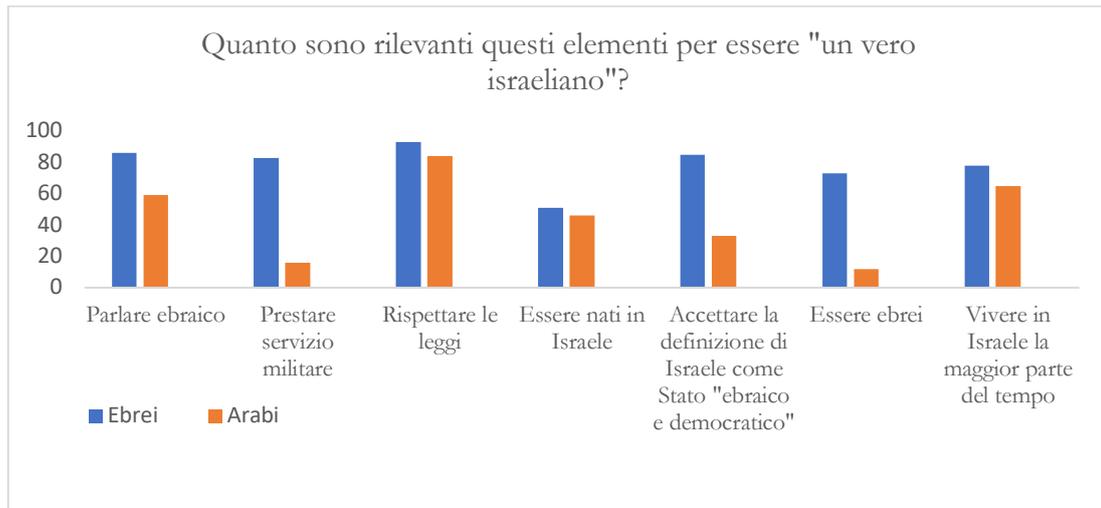
La maggioranza di coloro che si identificano come di elettori di sinistra (56%) o di centro (41%) ritiene che la Corte Suprema abbia attualmente la giusta quantità di potere, mentre la maggior parte degli elettori che si identifica a destra (57%) ritiene che la Corte eserciti troppo potere nell'ordinamento. Un quadro simile emerge sulla base della scomposizione del dato in base alla visione religiosa. La maggioranza degli israeliani laici ritiene infatti che la Corte Suprema abbia al momento l'opportuna misura di potere, laddove il 76% degli ultraortodossi

e il 70% dei *national religious* lo considerano invece eccessivo. Continuando nell'analisi, è poi interessante osservare - come significativo indicatore del clima politico - il fatto che solo una minoranza di israeliani, il 48% a sinistra e il 32% al centro, ritiene che i giudici della Corte Suprema prendano decisioni senza essere influenzati dalle proprie opinioni politiche personali, mentre il 51% di quelli di destra crede che le opinioni personali esercitino un peso cruciale nelle scelte dei Giudici della Corte. Infine, mentre l'80% degli elettori di sinistra e il 53% di quelli di centro respingono l'accusa che la Corte intervenga più del dovuto, il 69% degli elettori di destra ne lamentano al contrario l'eccessivo interventismo.

Certamente influenzato dalla formazione della nuova "unlikely coalition", il dato sulla corruzione delle istituzioni vede gli elettori di sinistra (73%) e di centro (52%), ritenere che l'ordinamento "non sia corrotto" o sia "solo parzialmente corrotto" mentre 61% degli elettori di destra ritiene che sia "abbastanza corrotto" o "molto corrotto". L'attuale situazione giudiziaria di Netanyahu pesa invece sulla rilevazione sul Procuratore Generale, con il 63% degli elettori di sinistra che ritiene che l'Ufficio del procuratore agisca "solo o principalmente" per considerazioni professionali (opinione condivisa dal 47% di quelli di centro), ed il 63% degli elettori di destra che si è espressa vedendo la Procura Generale agire "principalmente o esclusivamente su considerazioni politiche".

Come ulteriore questione rilevante - e in qualche misura sintetica - l'IDI ha infine esaminato i livelli di soddisfazione generale della popolazione. Risulta così che meno di un terzo degli israeliani (33% per la popolazione ebraica, 25% per quella araba) ritiene che la situazione di Israele sia "buona" o "molto buona": si è dunque raggiunta, in questo modo, la quota più bassa da un decennio. Tuttavia, il 63% si è detto ottimista sul futuro (67% ebrei e 42% arabi). Tra la popolazione ebraica, l'84% è orgoglioso di essere israeliano, mentre c'è stato un forte calo della popolazione araba: solo il 27,5% rispetto al 50% nel 2018. Nel complesso, tuttavia, il 76% degli ebrei e il 66% degli arabi vedono Israele come un buon posto in cui vivere. La maggior parte degli ebrei (70%) e degli arabi (81%) preferirebbero rimanere nel paese piuttosto che qualsiasi altro Stato occidentale.

Il sondaggio ha presentato agli intervistati una batteria di sette *items* su ciò che caratterizza un "vero israeliano" e ha identificato ampi, e prevedibili, divari tra ebrei e arabi israeliani, come mostra il grafico che segue:

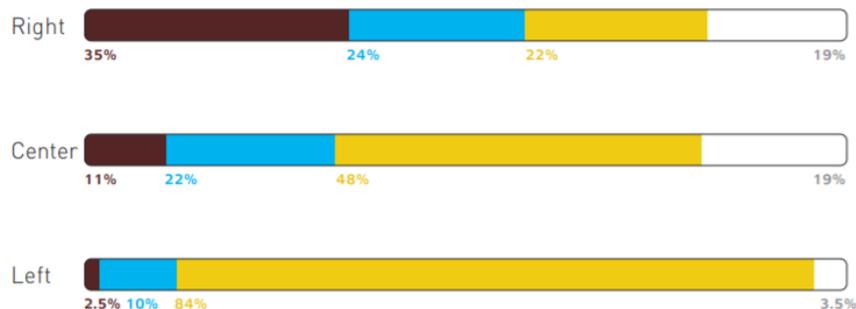


Elaborazione su dati IDI

Il servizio nell'IDF – obbligatorio per la popolazione ebraica – è considerato importante dall'83% degli ebrei, ma solo dal 16% degli arabi. Essere ebrei è ritenuto fondamentale dal 73% degli ebrei ma solo dal 12% degli arabi, mentre accettare la definizione di Israele come “uno Stato ebraico e democratico” è considerato fondamentale dall'85% degli ebrei e dal 33% degli arabi. Quest'ultimo item, in particolare, fa registrare un consenso considerevole da parte araba che va sottolineato, posto che si riferisce a una diade politicamente e giuridicamente essenziale nella storia del paese. Inversamente – come mostra il grafico che segue - è significativa la quota di elettori israeliani ebrei che ritengono l'aspetto ebraico di Israele troppo marcato: si tratta di un andamento che caratterizza vistosamente coloro che si collocano “a sinistra”, e che potrebbe costituire un indizio significativo di nuove processualità politiche negli anni a venire.

Israel is defined as a Jewish and democratic state. Is there a good balance between the two?

By political orientation (Jews)

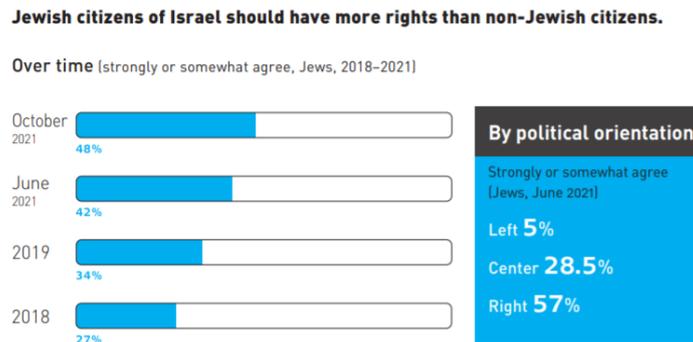


The Democratic component is too dominant
 There is a good balance between both components
 The Jewish component is too dominant
 Don't know

Alla domanda su quali fossero le tensioni sociali più gravi, il 46% dei partecipanti al sondaggio ha nominato quelle tra ebrei e arabi. Rispetto alla rilevazione del 2020, l'indicatore

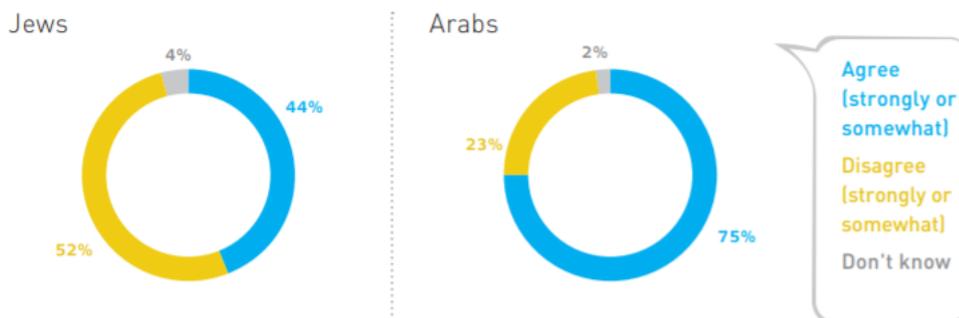
ha visto un forte aumento rispetto alla rilevazione del 2020, quando era stata indicata solo dal 28% delle risposte. Nel report del 2021, la risposta è sostenuta 64% di arabi e dal 42,5% di ebrei.

Da segnalare anche il dato che vede quasi la metà degli intervistati ebrei (42%) ritenere che i cittadini ebrei dovrebbero avere più diritti rispetto ai cittadini non ebrei. Tale posizione, nel 2018, era sostenuta solo dal 27% degli intervistati. Il valore è più alto tra coloro che si identificano come di destra (57%), mentre solo il 28% di quelli di centro e il 5% di quelli di sinistra si trovano d'accordo.



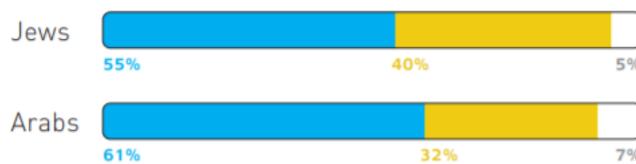
Il pubblico ha mostrato una significativa preoccupazione per la stabilità delle istituzioni democratiche israeliane, con il 44% degli ebrei israeliani e il 75% degli arabi che le considerano in pericolo.

The democratic system in Israel is in grave danger.



La rilevazione dell'IDI ha anche osservato che rispetto ai punteggi medi del periodo 2010-2019, Israele ha perso posizioni nella maggior parte delle classificazioni internazionali sui diritti politici, le libertà civili e la libertà di stampa. Da riportare è infine il dato che vede il 57% degli israeliani esprimersi favorevolmente nei confronti di “un leader forte che non tenga conto della *Knesset*, della stampa o dell'opinione pubblica”. Il valore è aumentato costantemente in ogni rilevazione annuale dell'IDI, a partire dal 41% nel 2014. Sorprendentemente però tale valore è più alto tra i cittadini arabi (61%), rispetto alla popolazione israeliana ebraica (55%).

To deal with its unique problems, Israel needs a strong leader who is not swayed by the Knesset, the media, or public opinion.



Agree (strongly or somewhat)
Disagree (strongly or somewhat)
Don't know

Nonostante quindi sia ancora troppo presto per individuare tratti specifici del nuovo Esecutivo, i [dati dell'Israel Democracy Index 2021](#) sono molto utili per ottenere un quadro generale dello stato di salute dell'ordinamento, non privo, peraltro, di ragioni di preoccupazione. Se da un lato la fiducia nel Governo è salita, si tratta evidentemente, almeno in parte, dell'effetto della mancanza di una maggioranza solida nel biennio precedente. Il dato sulla fiducia della popolazione araba israeliana verso i partiti politici, ancora lontano dall'essere soddisfacente, mostra invece gli effetti benefici della presenza al Governo di un partito arabo, elemento che certamente condiziona l'aumento della fiducia araba israeliana verso le istituzioni.

In generale però, il *report* mostra una preoccupante percezione delle istituzioni da parte dei cittadini, ritenute inaffidabili e poco trasparenti, ed una società politica sempre più divisa e polarizzata. Oltre ai dati sulla corruzione nelle istituzioni e sul tema divisivo dell'attivismo della Corte, particolarmente importanti, e allarmanti, sono quelli sull'emergente richiesta popolare di un "leader forte", i dati sul progressivo aumento del numero di cittadini ebrei che ritiene di dover avere più diritti dei cittadini arabi e quelli sulla generale preoccupazione per le condizioni dello stato di diritto in Israele.

PARTITI

L'OPPOSIZIONE INTERNA AL *LIKUD* E L'INTERVENTO DEL COLLEGIO DEI PROBIVIRI

Dopo essersi riunito per la prima volta il **19 dicembre**, il Collegio di probiviri del partito di opposizione *Likud* ha deciso, il **22 dicembre**, di espellere dal partito circa 1.000 membri affiliati alla corrente interna dei *Nuovi Likudniks* e di esaminare lo status di altri 7.000 membri, in una lotta intestina senza precedenti per la leadership del partito di centro-destra. Sebbene il Collegio abbia ritenuto schiacciante le evidenze per l'espulsione dei 1.000 membri, si è però pronunciato contro la richiesta del leader del partito Netanyahu di espellere l'intera corrente dei *Nuovi Likudniks*, stabilendo che i casi venissero affrontati individualmente. La decisione è stata oggetto di [ricorso](#) il **26 dicembre** da parte di Netanyahu ed i ministri del *Likud* Chaim Katz e Yariv Levin.

La corrente, formata nel 2011, si propone di riportare il partito ai suoi vecchi valori - all'onestà e all'integrità tipica del *Likud* e apparentemente distrutta dalla longeva leadership di Netanyahu. La corrente ha visto un'impennata di consensi all'inizio delle proteste nazionali contro Netanyahu sui suoi casi di corruzione, arrivando ad attirare diverse migliaia di iscritti, tra i 7.000 e i 12.000 secondo le stime. Il leader del partito ed i suoi alleati hanno però

ripetutamente accusato la corrente di cercare di spostare il partito verso sinistra e di danneggiare apertamente la leadership di Netanyahu, arrivando persino a suggerire insistentemente che i membri della corrente siano in realtà elettori di centro-sinistra e stiano cercando di sabotare il partito dall'interno (attraverso una fortissima [campagna comunicativa](#) che etichettava i *Nuovi Likudniks* come “quinta colonna” o “cavalli di Troia”).

La sentenza del Collegio arriva mentre il leader del partito Benjamin Netanyahu affronta un dissenso crescente sul modo in cui ha perso il potere a marzo e una incombente sfida alla sua leadership, finora quasi incontrastata negli anni. Sono molti, infatti, gli analisti che si aspettano che Israel Katz sfidi Netanyahu per la leadership del *Likud* quando si terranno le primarie, ma il potente ex Ministro delle Finanze e attuale Presidente della segreteria del partito non ha ancora sciolto la riserva. Nelle recenti settimane però il livello di scontro tra Netanyahu e Katz si è alzato esponenzialmente, con il primo che ha accusato Katz di [collaborare con la corrente “ribelle”](#) e con Katz apertamente critico nei confronti di Netanyahu, accusandolo di aver scelto di condurre il *Likud* all'opposizione piuttosto che lasciare che qualcun altro guidasse il partito e lo mantenesse al potere.

Finora, solo l'ex Ministro della Sanità Yuli Edelstein ha annunciato, l'**11 ottobre**, la sua [candidatura ufficiale](#) alle primarie del *Likud*, per cui non è però stata ancora fissata una data definitiva.

LA RIVALITÀ TRA NETANYAHU E BARKAT

Nonostante le turbolenze nel partito, il sostegno a Netanyahu rimane però molto forte e i suoi sfidanti non godono attualmente del sostegno necessario per immaginare un cambio nella leadership del *Likud*. Nel tentativo di mantenere l'attuale situazione, Netanyahu ha promosso nelle ultime settimane degli espliciti tentativi legislativi per impedire al membro del *Likud* Nir Barkat di usare il suo patrimonio personale per fare campagna elettorale all'interno del partito.

Attualmente, vale la pena ricordarlo, la legge israeliana impedisce ai candidati alle primarie di partito di usare risorse finanziarie personali per finanziare la propria campagna. La legge stabilisce a tal proposito limiti specifici per i contributi versati dagli individui ai fini elettorali, ma non è previsto nessun limite per le campagne effettuate fuori dalle elezioni primarie.

L'ex sindaco di Gerusalemme Barkat è il politico più ricco di Israele, ed il recente sondaggio del *Jerusalem Post* del **19 dicembre** lo colloca come il principale rivale di Netanyahu all'interno del partito. Secondo le proiezioni, una eventuale leadership di Barkat garantirebbe al *Likud* 29 seggi, pochi rispetto a quelli ottenuti da Netanyahu, ma l'eventuale capacità di Barkat di costruire una maggioranza parlamentare, missione non riuscita a Netanyahu nel recente biennio, è vista dai commentatori come un elemento cruciale nell'analisi complessiva della faccenda.

È in questa chiave che va analizzata la proposta di legge dell'ex ministro David Amsalem, stretto collaboratore di Netanyahu, che ha recentemente presentato un disegno di legge che fissa il tetto massimo delle somme raccogliabili per l'attività politica a 100.000 NIS all'anno (32.000 dollari). La legge è stata soprannominata la “[Barkat Bill](#)” (F/2608/24) ed il **27 dicembre**, il Comitato ministeriale della *Knesset* ne ha approvata una versione proposta da Sharan Hashakel (*Tikvâ Hadashâ*), portandola al voto dell'aula in prima lettura il **29 dicembre** ed approvandola con 64 voti favorevoli e 17 contrari.

LE ELEZIONIPRIMARIE DI YESH ATID

Il fondatore e presidente di *Yesh Atid*, il Ministro degli Esteri e co-Premier Yair Lapid, ha annunciato il **13 novembre** la [convocazione](#) per il **4 gennaio 2022** delle prime elezioni primarie nella storia del suo partito. La scadenza per la presentazione delle candidature è stata fissata al **21 dicembre**.

Lapid ha guidato *Yesh Atid* da quando ha fondato il partito all'inizio del 2012, esercitando da allora una forte leadership monocratica all'interno del partito e portandolo, attualmente, ad essere il secondo partito più grande nella *Knesset*. All'interno di *Yesh Atid* è infatti il suo leader a scegliere a chi affidare gli incarichi interni al partito e persino a selezionare i candidati per le elezioni parlamentari e il loro ordine nella lista. Quando la coalizione si è formata sei mesi fa, è stato ovviamente Lapid a decidere quali membri sarebbero stati nominati ministri e quali dicasteri avrebbero occupato. Giusto qualche mese fa, Ofer Shelah, ritenuto dai commentatori come il deputato più vicino a Lapid e n.2 di *Yesh Atid*, aveva chiesto pubblicamente delle elezioni primarie del partito che, nonostante l'accordo iniziale, non si sono mai svolte, spingendo Shelah a lasciare *Yesh Atid* e a fondare *Tnufab* (formazione che poi non si è presentata alle elezioni 2021). Proprio in ragione di tale stretto controllo sul partito, l'annuncio della convocazione delle primarie è stato accolto con scetticismo e cinismo dai media e, naturalmente, dal sistema politico in generale.

Il **20 dicembre**, il partito ha rilasciato una [dichiarazione ufficiale](#) secondo cui era scaduto il termine per presentare le candidature alla guida del partito. Poiché quella di Lapid è stata l'unica candidatura presentata, le primarie, previste per gennaio 2022, sono state annullate e la carica di Lapid come leader del partito è stata automaticamente rinnovata e annunciata nella convention del partito il **4 gennaio**.

L'INTERVISTA DI MANSOUR ABBAS (RA'AM) E LE REAZIONI DEGLI ALTRI LEADER ARABI ISRAELIANI (JOINT LIST)

“Lo Stato d'Israele è uno stato ebraico e rimarrà tale”. Una rottura chiara con il passato quella racchiusa nelle [parole del leader](#) del partito arabo israeliano *Ra'am*, Mansour Abbas. Sebbene Abbas non abbia riconosciuto esplicitamente la definizione legale ufficiale di Israele come “Stato ebraico e democratico” (sancita, tra le altre, dalla [Basic Law: Human Dignity and Liberty](#) e dalla [Basic Law: Freedom of Occupation](#)), contestata per decenni dai leader della popolazione arabo-israeliana, ha affermato che Israele è stato istituito nel 1948 come Stato ebraico. Intervistato dal giornalista di Canale 12 Muhammad Magadli, Abbas ha espresso una posizione molto diversa da quelle espresse dai partiti arabi del Paese fino ad oggi, distanziandosi ulteriormente dalle altre formazioni arabe israeliane. “Israele è nato come stato ebraico, questa è stata la decisione del popolo, e la questione non è quale sia l'identità dello stato - è nato così e rimarrà così”, “La questione è quale sia lo status del cittadino arabo nello Stato ebraico di Israele. Questa è la domanda. E questa sfida non sta solo di fronte a Mansour Abbas, ma di fronte alla comunità ebraica e al cittadino ebreo”, ha proseguito il parlamentare della *Knesset*, il cui partito, *Ra'am*, sostiene il Governo a guida Bennett-Lapid ed è il primo partito arabo della storia ad entrare in un Governo israeliano.

Gli ex partner politici di Abbas, la *Joint List* da cui *Ra'am* si è separato lo scorso febbraio, hanno ovviamente risposto immediatamente. Anche Ahmad Tibi, esponente di lunga data e uno dei principali volti della *Joint List*, è salito sul palco dello stesso evento, respingendo la dichiarazione di Abbas e sostenendo che la contestatissima *Basic Law: Nation State Law* del 2018, costituzionalizzando un diritto all'autodeterminazione esclusivamente ebraico abbia creato delle profonde disuguaglianze tra i cittadini e che questo sia inaccettabile. Il leader della *Joint*

List Ayman Odeh ha [twittato](#): “Né la Nation State Law né Mansour Abbas possono cambiare il fatto che non siamo sudditi di questo stato, siamo i figli di questa patria, i suoi cittadini di diritto, e continueremo a lavorare per uguaglianza e democrazia. La questione dell’identità dello stato dovrebbe interessare ogni cittadino – ebreo o arabo – che ha a cuore la pace e la democrazia”. Il MK Sami Abu Shehadeh, leader del partito Balad, anch’essa componente della coalizione della Joint List, è [intervenuto sui social](#) scrivendo: “la doppia personalità di Mansour Abbas sta fuorviando sia gli ebrei che gli arabi. C’è un Mansour in arabo e un Mansour in ebraico, e si contraddicono a vicenda. Solo uno Stato che sia davvero di tutti può portare alla giustizia e alla piena uguaglianza per tutti i cittadini”.

LA CADUTA DI DERI (*SHAS*) E LE SUE DIMISSIONI DALLA *KNESSET*

Il leader di *Shas*, Aryeh Deri, ha firmato il **23 dicembre** un patteggiamento (presentato dall’Ufficio del Procuratore Generale il **20 dicembre**) in relazione ai reati fiscali di cui è accusato. Oltre alle dimissioni dalla *Knesset*, l’accordo prevede anche una dichiarazione di colpevolezza da parte del leader del partito *haredi* (ultraortodosso), ed il pagamento di 180.000 NIS in cambio della sospensione della pena. Il Procuratore Generale Avichai Mandelblit, ha dichiarato che non chiederà l’aggravante della “turpitudine morale”, elemento che avrebbe causato automaticamente l’interdizione dai pubblici uffici per sette anni dell’ex Ministro degli Interni, ma, secondo quanto prescritto dalla legge israeliana, manterrà il diritto di farlo in futuro. Il controverso accordo ha suscitato critiche parlamentari trasversali, con molte voci critiche che ritengono l’accordo troppo “morbido”. Deri, da parte sua, manterrà la guida del partito *Shas*.

Nel 2000, Deri era già stato condannato a tre anni di carcere per corruzione e frode durante il suo mandato come Ministro degli Interni negli anni ‘90 e aveva subito l’interdizione dai pubblici uffici per 10 anni. Ha scontato 22 mesi di prigione, ma è tornato in politica nel 2011, ed è stato rieletto nella *Knesset* nel 2013, riprendendo le redini di *Shas* nello stesso anno.

KNESSET

IL LUNGO PERCORSO DI APPROVAZIONE DELLA LEGGE DI BILANCIO

L’approvazione del budget si è dimostrata, ancora una volta, una delle sfide più ardue per la maggioranza parlamentare israeliana, che ha visto nei mesi passati un Esecutivo cadere proprio per questo tema. L’ultimo bilancio statale approvato da Israele risale infatti al 2019, prima che il paese venisse coinvolto in uno stallo politico durato oltre due anni. Come riportato, nel Governo precedente, l’allora Primo Ministro Benjamin Netanyahu si era rifiutato di approvare un bilancio – strategia che gli ha permesso, in base all’accordo di rotazione, di indire le elezioni senza che il Primo Ministro alternato, il Ministro della Difesa Benny Gantz, diventasse immediatamente Primo Ministro.

Nonostante l’approvazione finale sia di novembre, il percorso di approvazione è partito molti mesi fa, con il Governo riunitosi il **1° agosto** per approvare definitivamente la bozza di bilancio statale in uno tra i più complessi test per la tenuta della nuova maggioranza.

Il bilancio 2021-2022 (822 milioni di NIS per il 2021, 928 milioni di NIS per il 2022) è stato in quella sede illustrato dal Ministro delle Finanze Avigdor Liberman a tutta la coalizione, dopo innumerevoli negoziazioni interne. La bozza di bilancio ha richiesto tutti i voti dell’esile

coalizione per essere approvata, con l'opposizione di anche un singolo deputato che avrebbe lasciato la “*unlikely coalition*” senza i numeri necessari per l'approvazione. A questo proposito, e come già sottolineato più volte, la composizione fortemente eterogenea e la fragilità del nuovo Esecutivo guidato dal Primo Ministro Naftali Bennett (ed in seconda battuta dal centrista Lapid) – ha decisamente complicato le negoziazioni tra le parti e il percorso di approvazione del testo.

Dopo le modifiche dell'ultimo minuto, con il Ministro della Sanità Horowitz (*Meretz*) che ha minacciato di votare contro la bozza qualora non fosse stata aumentata la spesa per la sanità pubblica, e nonostante le promesse di non aumentare le tasse, il bilancio include una serie di tasse indirette, tra cui una tassa sulle stoviglie monouso, aumenti del costo dell'elettricità e del trasporto pubblico. La bozza include anche alcune importanti riforme, come l'innalzamento dell'età pensionabile per le donne da 63 a 65 anni nei prossimi 11 anni. Un'altra importante novità della bozza riguarda la possibilità di importare frutta e verdura per abbassarne i prezzi. La scelta ha però causato le fortissime proteste del comparto agricolo, secondo cui la scelta sarebbe economicamente disastrosa.

Rilevante anche l'aumento del budget della difesa per il 2022 a 58 miliardi di NIS (17,8 miliardi di dollari), che secondo alcune fonti giornalistiche potrebbe essere motivato da un potenziale futuro attacco all'Iran.

Infine, va sottolineato come uno dei ruoli più rilevanti nel processo di approvazione della bozza sia stato esercitato da Mansour Abbas. Ago della bilancia per la formazione dell'Esecutivo, e senza essere Ministro, il leader di *Ra'am* è riuscito a ottenere un importante risultato, spingendo per lo stanziamento di importanti fondi strutturali per la comunità araba israeliana. L'enorme somma è infatti stimata intorno ai 16 miliardi di dollari, con circa 11 miliardi di dollari messi a disposizione in una prima fase, ed il resto con il passaggio di consegne tra Bennet e Lapid in base a quanto prescritto dall'accordo di rotazione. Lo stanziamento dei fondi, oltre ad una evidente rilevanza pratica, sancisce la prima volta in cui un partito arabo è stato parte integrante del processo decisionale nell'ordinamento israeliano. Va tuttavia rilevato come durante il voto del **4 e 5 novembre**, la *Joint List*, partito predominantemente arabo, abbia votato insieme alle altre opposizioni contro il disegno di legge.

La [Commissione Speciale per la Comunità Araba](#) della *Knesset* si è riunita l'**11 ottobre** per discutere il piano quinquennale di sostegno alla comunità previsto dal disegno di legge sul budget e alla discussione hanno partecipato la Ministra per l'equità sociale Meirav Cohen e la Direttrice Generale dello stesso Ministero, Yael Mevorach. Come riportato da [fonti parlamentari](#) in inglese, il Presidente della Commissione, Mansour Abbas (*Ra'am*), introducendo la discussione ha affermato: “The goal of discussing the economic five-year plan is to bring to the attention of the MKs the immense work done by the Government agencies, and to oversee their work and conduct a discussion before everything moves forward. This plan is the product of work done by the Government from the very first day. Under the leadership of the ministry, we are trying to finalize the last details of the plan. We will continue to monitor and make sure that all the resources that were allocated have indeed reached their destination. We have studied the difficulties and the barriers existing in the plans. I thank Minister Meirav Cohen, who is making efforts and leading the ministry in an excellent manner. We are working together to advance the plans. I hope we won't need a five-year plan in the coming years. We will reserve parts of the State budget that will give a response to the special needs of Arab society, and it will all become part of the base budget.”

La Commissione mista per il bilancio della *Knesset*, presieduta dal deputato Nir Orbach (*Yamina*), si è invece riunita il **25 ottobre** e [ha votato a favore](#) dell'approvazione della legge di

Bilancio, rimandando il testo all'aula per l'approvazione finale in seconda e terza lettura, arrivata con una serie di votazioni separate avvenute il **3, 4 e 5 novembre** e con cui il Parlamento israeliano ha definitivamente approvato il budget e i disegni di legge ad esso associati.

Lo [*State Budget Frameworks Bill \(Special Provisions for 2021 and 2022\) \(Legislative Amendments and Temporary Provision 2021\)*](#) è stato approvato il **3 novembre**, con l'opposizione che ha chiesto che il voto fosse considerato come un voto di sfiducia. Alla votazione nominale il disegno di legge è passato con una maggioranza di 62 favorevoli e 58 contrari. Il Plenum parlamentare ha successivamente approvato il disegno di legge [*Economic Efficiency Bill \(Legislative Amendments for Attaining Budgetary Objectives for 2021 and 2022 Budget Years, 2021\)*](#) in seconda e terza lettura. Anche in questo caso l'opposizione ha chiesto di considerare la votazione al pari di una mozione di sfiducia, e per appello nominale il disegno di legge è passato con una maggioranza di 61-59.

La mattina del **4 novembre** l'aula ha approvato in terza lettura il [*Budget Bill for 2021 Fiscal Year*](#) con una maggioranza di 61-59. Nel pomeriggio, dopo che tutte gli emendamenti delle opposizioni sono stati respinti, il Plenum della *Knesset* ha approvato in terza lettura il disegno di legge [*Economic Plan Bill \(Legislative Amendments for Implementation of Economic Policy for 2021 and 2022 Budget Years\)*](#). Il disegno di legge è stato approvato per appello nominale con una maggioranza di 61 voti favorevoli e 57 contrari.

Infine, il **5 novembre**, e con una maggioranza di 59 voti favorevoli e 56 contrari, la *Knesset* ha approvato in seconda e terza lettura il [disegno di legge di bilancio per l'anno fiscale 2022](#).

IL DISEGNO DI LEGGE SUL LIMITE DI MANDATO PER IL PREMIER

Nella seduta del **22 novembre**, con una maggioranza di 66 voti favorevoli e 49 contrari, il Plenum della *Knesset* ha approvato in prima lettura la proposta di emendamento alla [Legge Fondamentale: Il Governo \(emendamento n. 12\) \(Durata massima della carica di Presidente del Consiglio\)](#). Il disegno di legge è stato quindi inviato alla Commissione Costituzione, Legge e Giustizia della *Knesset* per la preparazione della sua seconda e terza lettura. Essendo un emendamento ad una Legge Fondamentale, il testo richiede una maggioranza di almeno 61 MK e vista l'assenza di un deputato della maggioranza (Yomtov Halfon, *Yamina*) per la sua approvazione in prima lettura sono stati fondamentali i 6 voti dei deputati della *Joint List* araba.

Il disegno di legge stabilisce che chiunque abbia ricoperto la carica di Primo Ministro per un periodo continuativo di otto anni non abbia più il diritto di ricoprire tale carica. Il testo stabilisce inoltre che un periodo si consideri continuativo se tra un mandato e l'altro non sono trascorsi più di tre anni. La proposta prevede altresì che la carica di Primo Ministro supplente in un Governo di rotazione non venga conteggiata come periodo di carica ai fini del conteggio. Infine, la sezione 3 del disegno di legge propone che l'emendamento non si applichi retroattivamente.

Durante [il dibattito](#) e presentando la proposta alla *Knesset*, il Ministro della Giustizia Sa'ar ha affermato che "prolonged rule of one person is a harmful thing. In the face of the dangers of excessive concentration of power, and the resulting corruption, we offer a better and more balanced arrangement that a large majority of Israeli citizens prefer to the threat of unlimited tenure."

Nonostante quanto stabilito dalla sezione 3 del testo, i deputati del Likud hanno compattamente votato contro l'accordo, accusando la maggioranza di portare avanti disegni di legge ad personam. Durante la discussione in aula, Miri Regev (Likud) ha infatti affermato che:

“this law, along with the other law that Gideon Sa’ar wants to pass, are personal laws that are attempting to prevent Benjamin Netanyahu from continuing to serve as Prime Minister as long as the public wants him. It’s completely clear that this Government has assembled only to prevent Netanyahu from continuing his leadership—leadership that is so lacking in Israeli society and in the State of Israel”.

KASHRUT REFORM BILL

Dopo molte decine di ore di dibattito, la Commissione parlamentare per i Progetti Infrastrutturali Nazionali Speciali e i Servizi Religiosi Ebraici, presieduta dalla MK Yulia Malinovsky (*Yisrael Beitenu*), ha approvato il **27 ottobre** il [Chapter 20 \(Increasing Efficiency of Kashrut System\)](#) dell'[Economic Plan Bill](#), rimandandolo in aula per la seconda e terza lettura, coincidenti con l’approvazione della Legge di Bilancio.

La legislazione proposta dal Ministro dei Servizi Religiosi Matan Kahana (*Yamina*), volta a riformare in modo significativo l’industria della certificazione *kosher* in Israele e ad indebolire il monopolio del Rabbinato sulla questione, ha affrontato settimane di intenso dibattito, con la Commissione che si è trovata a discutere migliaia di proposte di [emendamenti](#) (1000 solo quelli presentati dai membri di *UTJ*). I deputati *haredim* (ultraortodossi) della *Knesset* hanno ribadito la loro feroce opposizione al testo votando contro il disegno di legge e hanno organizzato diverse proteste pubbliche in tutto il territorio nazionale.

La proposta di Kahana, approvata in via definitiva insieme al bilancio il **4 novembre**, istituisce una serie di agenzie private che saranno autorizzate a rilasciare le certificazioni *kosher* a partire dal 1° gennaio 2023. Le agenzie saranno tenute a implementare e controllare il rispetto degli standard religiosi stabiliti dal Rabbinato, privando però quest’ultima istituzione dell’autorità esclusiva di emettere le certificazioni. La mossa ha lo scopo di aumentare la concorrenza per ridurre i costi per le aziende che decidono di munirsi di tali certificazioni. In base al testo di legge, le organizzazioni, guidate da rabbini certificati dal Rabbinato, potranno scegliere se operare secondo uno standard *Kosher* stabilito e indicato dal Rabbinato o secondo uno standard stabilito da almeno tre rabbini certificati dallo stesso. Le agenzie avranno l’obbligo di rendere pubblici gli standard adottati per fornire la certificazione. Infine, il testo prevede che il prezzo della certificazione *Kosher* per le imprese non sia uniforme e possa essere stabilito liberamente da ogni singola agenzia.

Infine, dal 1° gennaio 2022, la giurisdizione esclusiva delle sezioni locali del Rabbinato su un determinato territorio verrà abolita, permettendo quindi che un rabbino certificato possa fornire la supervisione in tutto il territorio nazionale e non solamente nella sua sezione di appartenenza originaria.

GOVERNO

LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ PER LE COPPIE OMOSESSUALI, I SINGLE E LE PERSONE TRANSGENDER

Il Ministro della Salute Horowitz (*Meretz*) ha annunciato il **31 dicembre** una [modifica alla Law on Agreements for Carrying Embryos \(Agreement and Status of the Newborn\)](#) che permetterà alle coppie dello stesso sesso di ricorrere alla surrogazione di maternità a partire dall’**11 gennaio**

2022. La modifica è arrivata a seguito della sentenza [HCJ 781/15 Itai Arad-Pinkas v. the Committee for the Approval of Agreements for Surrogacy](#) dell'**11 luglio 2021** da parte della Corte Suprema.

Nella sentenza la Corte ha sancito come incostituzionali alcune sezioni della legge sulla maternità surrogata [Surrogacy Agreements \(Approval of Agreement and Status of Newborn\) Law, 5756-1996 \(Surrogacy Law\)](#) e le disposizioni della [Egg Donations Law 5770-2010](#), che impedivano il ricorso alla surrogazione di maternità alle coppie omosessuali in tutto il territorio nazionale.

Già nel 2020, in risposta ad un precedente ricorso, la Corte si era espressa in merito affermando che la legge, che aveva ampliato l'accesso alle donne single ma escludeva le coppie gay, avesse danneggiato in modo sproporzionato il diritto all'uguaglianza e il diritto alla genitorialità. La Corte aveva quindi concesso al Governo dell'allora Primo Ministro Benjamin Netanyahu un anno per le modifiche legislative necessarie, ma l'Esecutivo, prima dell'ultima modifica, non aveva mai risposto alle richieste della Corte.

Il [Ministro Horowitz ha annunciato](#) che l'emendamento entrerà in vigore l'**11 gennaio** e ha affermato che la modifica permetterà l'accesso alla surrogazione di maternità anche a persone single e transgender.

IL PIANO GOVERNATIVO PER LE ALTURE DEL GOLAN

Il **26 dicembre**, il Primo Ministro israeliano, Naftali Bennett, ha annunciato l'approvazione di un [piano governativo per incoraggiare la crescita demografica ed economica nelle alture del Golan](#), area contesa con la Siria, conquistata da Israele nel 1967 e unilateralmente annessa 40 anni fa con una decisione considerata in contraddizione con il diritto internazionale dalla maggior parte della comunità internazionale.

Il Governo ha appositamente approvato lo stanziamento di un miliardo di NIS, corrispondenti a circa 280 milioni di euro da investire con l'obiettivo di sviluppare l'area nel nord del Paese e raddoppiare la popolazione della regione fino a raggiungere i 100 mila abitanti (sulle alture del Golan vivono attualmente circa 53.000 persone: 27.000 ebrei, 24.000 drusi e circa 2.000 alawiti, un gruppo etnoreligioso originario dell'Islam sciita a cui appartiene la famiglia regnante siriana, gli Assad). Il Governo prevede di approvare la costruzione di 3.300 nuove unità abitative nella città già esistente di Katzrin, la costruzione di circa 4.000 unità in tutto il Consiglio Regionale del Golan e la costruzione di 4.000 nuove abitazioni in due nuovi villaggi che saranno presto appositamente creati: Asif e Matar. Circa la metà dei fondi approvati dall'esecutivo (576 milioni di NIS) sarà destinata alla pianificazione e all'edilizia abitativa; altri 160 milioni di NIS aggiuntivi saranno impiegati per il potenziamento dei trasporti, servizi medici e istruzione e la promozione di nuovi alberghi. Secondo le stime del Governo, saranno almeno 2000 i nuovi posti di lavoro creati. Sarà istituito una speciale Commissione di pianificazione per accelerare la produzione di un piano nazionale di sviluppo generale e per eliminare la burocrazia per il rilascio dei permessi di costruzione.

Il Primo Ministro Bennett ha affermato che per la formulazione del piano hanno giocato un ruolo fondamentale il riconoscimento dell'amministrazione Trump della sovranità israeliana sul Golan e l'indicazione che l'amministrazione Biden non intenda ritornare su quella decisione, come lasciato intendere dal Segretario di Stato USA Antony Blinken a gennaio di quest'anno.

La decisione, illustrata dal Cabinet già il **12 ottobre**, è stata formalmente votata alla riunione settimanale del Gabinetto del **26 dicembre**, che si è svolta non a Gerusalemme, come di consueto, ma al Kibbutz Mevo Hama, sulle alture del Golan.

Pubblicando sui social network dopo l'incontro, Bennett ha significativamente postato un [messaggio](#) da molti considerato provocatorio: “Voi, israeliani che state cercando un posto dove costruire la vostra casa, le alture del Golan vi stanno aspettando; venite sul Golan”. Il Ministro degli Esteri Yair Lapid (*Yesh Atid*), secondo Premier nel Governo di rotazione, ha invece [twittato](#): “Il Governo israeliano è dalla parte del Golan”.

In segno di protesta, il Ministro della Cooperazione regionale Issawi Frej del partito di sinistra *Meretz* non ha partecipato all'incontro ma non tutti i Ministri appartenenti allo stesso partito hanno deciso di disertare la riunione. Ahmad Tibi, uno dei principali leader della Joint List araba all'opposizione, ha [risposto](#): “Non importa quante riunioni di gabinetto si tengono sul Golan, è territorio siriano occupato. Tutte i partiti della coalizione sono responsabili delle decisioni prese durante questa riunione di Governo, nonché dell'aumentare degli insediamenti e della violenza dei coloni”.

Alle opposizioni arabe ed ebraiche si aggiungono anche quelle locali, con la pressione sull'area che allarma profondamente gli ambientalisti, timorosi che uno sviluppo non controllato possa irrimediabilmente danneggiare l'ecosistema della regione.

LE NUOVE REGOLE PER CONTRASTARE L'EMERGENZA SANITARIA

Il **23 settembre** l'*Advisory Panel to Israel's Coronavirus Cabinet* ha chiesto al Governo di imporre maggiori restrizioni al pubblico, sostenendo che la politica del Cabinet israeliano di valutare la gravità della malattia solo in base al numero di pazienti gravi è pericolosa. Tra le limitazioni suggerite dal Panel, ed in vista delle feste ebraiche nel mese di ottobre, vi è il limite di 300 partecipanti agli eventi che si svolgono in spazi chiusi.

Il verbale afferma che, nonostante la speranza che la terza campagna di vaccinazione fermi la diffusione della malattia, “non è possibile e non è ragionevole” che il Governo continui il suo corso attuale. Gli esperti hanno affermato che la catena dell'infezione non si è fermata e le strategie utilizzate finora dal Governo “non sono applicabili in una fase in cui 8.000-10.000 persone vengono infettate quotidianamente”. Il verbale afferma inoltre che “non sarebbe plausibile continuare a fare affidamento sulla speranza che la diffusione del Covid-19 diminuisca nonostante il ritorno a scuola, per evitare di imporre restrizioni anche minime agli assembramenti”.

Il **21 ottobre**, Israele ha iniziato a offrire il vaccino Astrazeneca a coloro che non potevano ricevere i vaccini Pfizer o Moderna. Israele ha approvato dosi a misura di bambino del vaccino Pfizer il **10 novembre**. Il primo lotto di vaccini per bambini è arrivato il **20 novembre** e la vaccinazione dei bambini di età compresa tra 5 e 11 anni è iniziata il **22 novembre**. I primi casi della variante Omicron sono stati invece rilevati in Israele alla fine di **novembre**, raggiungendo [623 casi](#) il **28 dicembre**.

Con il rapido peggiorare della situazione sanitaria, Il Cabinet si è riunito il **27 novembre** e ha votato quasi all'unanimità delle nuove restrizioni valide per 14 giorni a partire dal **28 novembre**. Tra le misure più importanti, il divieto di ingresso nel paese per tutti i turisti, fatta eccezione per quelli con permessi speciali e la possibilità per lo *Shin Bet* di tracciare gli spostamenti dei cittadini in casi sospetti.

Di seguito si riportano le nuove regole approvate dal *Cabinet*, nella loro [versione ufficiale in inglese](#), così come comunicate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri:

- “The entry of all foreign nationals to Israel is prohibited, except for cases approved by the exceptions committee”.

- “Israelis defined as either vaccinated or recovered according to Health Ministry procedures, will undergo PCR tests upon arriving in Israel, after which they will enter home quarantine. Subject to undergoing a second PCR test on the third day with a negative result, they will be released from quarantine. Whoever does not undergo an additional test on the third day will be required to complete a full quarantine”.
- “The state will inform Israelis departing for overseas that the directives may change while they are abroad and that they will be responsible for adhering to the updated directives upon their return to Israel.
- “The Finance and Tourism ministries will formulate ways to assist the tourism sector accordingly”.
- “The Israeli Security Agency (ISA) will activate cellphone monitoring in order to track verified cases of the new ‘Omicron’ strain, locate them and cut the chains of infections”.
- “The foregoing will take effect upon approval of emergency regulations by the ministers of the Government. At the same time, legislation on the issue will be advanced.
- “The Green Pass will apply in closed spaces in which there are gatherings with over 50 participants (as opposed to the current 100).
- “Performances and activities over the Chanukah holiday will be unchanged, as per the plan that was approved last week, while strictly maintaining the Green Pass rules and implementing increased enforcement.”

L’unico membro del *Cabinet* a votare contro le restrizioni è stato il Ministro della Giustizia Sa’ar, che, commentando alla stampa, ha dichiarato di ritenerle eccessivamente severe.

Il **12 dicembre**, il *Cabinet* ha provveduto ad approvare [nuove linee guida](#) per i *green pass* e ad estendere le restrizioni per chi entra ed esce dal territorio israeliano per ulteriori 10 giorni. Nella stessa seduta, il Governo ha approvato l’estensione dello stato di emergenza fino al **20 febbraio 2022**, e l’estensione dei regolamenti che richiedono un test antigenico prima dell’arrivo in Israele ed un secondo test dopo l’arrivo nel territorio nazionale.

Il **15 dicembre**, Il Comitato per la Classificazione dei Paesi del Ministero della Salute ha presentato le sue [raccomandazioni](#) al Governo, che ha provveduto ad apportare delle modifiche alla *red list* entrate in vigore il **19 dicembre**.

Il [Comitato](#), ha provveduto lo stesso giorno ad un ulteriore aggiornamento della lista, entrato in vigore il **22 dicembre**. Un terzo aggiornamento è stato fatto il **27 dicembre**, con effetto a partire dal **30 dicembre**, mentre molti paesi sono stati tolti dalla *red list* e messi in [fascia “arancione”](#).

Il **26 dicembre 2021**, il Ministero della Salute israeliano ha approvato [l’uso del Paxlovid](#) di Pfizer per il trattamento del Covid-19. Lo stesso giorno, la figlia del Premier Naftali Bennet è risultata positiva, spingendo il Primo Ministro ad entrare in quarantena preventiva come previsto dalle linee guida ministeriali.

Il **29 dicembre**, su raccomandazione del Ministero della Salute, della Commissione parlamentare per la Salute Pubblica e del Procuratore Generale, ed in ragione di un rapido aumento dei casi, il Governo ha approvato [ulteriori restrizioni](#) entrate in vigore il **30 dicembre**, annunciando altresì il [ritorno all’obbligo di uso della mascherina](#) in presenza di più di 50 persone, a partire dal **30 dicembre**. Le Commissioni parlamentari per la Salute Pubblica e

quella per la Legge, la Giustizia e la Costituzione si incontreranno nelle prossime settimane per discutere delle disposizioni.

Il **30 dicembre**, il Ministro della Salute Horowitz (*Meretz*) e il Direttore Generale del Ministero della Salute, Prof. Nachman Ash, hanno infine annunciato l'inizio delle somministrazioni della [quarta dose vaccinale](#) per i soggetti a rischio, che verrà somministrata trascorsi almeno 4 mesi dalla dose precedente.

IL PROCESSO DELL'EX PRIMO MINISTRO NETANYAHU

[Come già riportato](#), Benjamin Netanyahu è attualmente incriminato in tre diversi casi. L'ex Premier è accusato di frode e abuso di potere nel caso *1000* e nel caso *2000* a cui si aggiunge l'accusa di corruzione nel caso *4000*.

In quest'ultimo caso, generalmente considerato il più grave, l'accusa è che Netanyahu abbia commercialmente favorito l'Amministratore Delegato della società di media *Bezeq*, Shaul Elovitch, in cambio di una copertura elettorale positiva sul popolare sito di notizie israeliano *Walla*, di proprietà di Elovitch. Analogamente, nel Caso *2000*, Netanyahu è accusato di aver tentato di raggiungere un accordo con l'editore del giornale *Yedioth Ahronoth* Arnon Mozes per una copertura mediatica positiva in cambio di un emendamento che indebolisse il quotidiano rivale *Israel Hayom*. Nel Caso *1000*, l'ex Premier è invece accusato di aver accettato regali per centinaia di migliaia di dollari da due miliardari: il magnate del cinema israeliano di Hollywood Arnon Milchan e l'australiano James Packer. Netanyahu ha fin qui negato tutte le accuse contro di lui e ha anzi affermato che siano state fabbricate da un Pubblico Ministero di parte, supervisionato da Procuratore Generale debole e ostile, in combutta con oppositori politici e media avversari.

Il **22 novembre** il processo, molto seguito dai media e dalla politica israeliana, ha visto l'importante testimonianza di un ex confidente e portavoce di Netanyahu, Nir Hefetz, che ha depresso contro l'ex Premier, confermando tutte le accuse e fornendo nuovi dettagli. La deposizione del teste, considerato centrale nel procedimento, è durata 5 settimane, concludendosi formalmente il **29 dicembre**, e ha visto il testimone apparire 17 volte presso la Corte Distrettuale di Gerusalemme.

Nonostante nelle ultime settimane di **dicembre** le voci a riguardo stiano crescendo su tutti i media nazionali, Netanyahu ha affermato più volte che il patteggiamento non sia una opzione possibile, aspettandosi essere pienamente scagionato e sostenendo che le accuse contro di lui sono inventate e prive di fondamento. Il mandato del Procuratore Generale Avichai Mandelblit terminerà tra cinque settimane ed è lecito pensare che qualora l'ex Premier, ora leader dell'opposizione, dovesse firmare un patteggiamento, dovrebbe farlo prima che Mandelblit termini il suo mandato, visto che il prossimo Procuratore Generale sarà con ogni probabilità poco disponibile ad un accordo proprio all'inizio del mandato, vista il grande consenso politico necessario ad una mossa simile.

PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

L'ATTIVITÀ DIPLOMATICA DEL PRESIDENTE HERZOG

Dopo aver inaugurato nel luglio scorso la prima ambasciata degli Emirati Arabi Uniti in territorio israeliano (Tel Aviv) insieme all'ambasciatore Mohamed Al Khaja, il Presidente

israeliano Herzog ha ospitato un evento diplomatico multiplo il **14 settembre 2021**, accettando le [credenziali di sei nuovi ambasciatori](#): Khaled Yousef al-Jalahma del Bahrain; Mauricio Escarero del Messico; Veikko Kala dell'Estonia; D. Manuel Gomez Acebo della Spagna; Kyriakos Loukakis della Grecia; e l'arcivescovo filippino Adolfo Tito Yllana, che è stato nominato da Papa Francesco nunzio apostolico in Israele e Cipro e delegato apostolico a Gerusalemme, Palestina e Gaza. Anche se l'ambasciatore del Bahrein è stato l'ultimo a presentare le sue credenziali, è stato quello con cui Herzog ha passato più tempo, dato che la sua presentazione è arrivata quasi esattamente al giorno del primo anniversario degli Accordi di Abramo, e che al-Jalahma è il primo ambasciatore del suo paese a servire in Israele.

L'Ufficio di presidenza ha successivamente rilasciato una nota a margine dell'incontro riportando alcune parole di Herzog: "Brave states take brave steps. The Abraham Accords were the fruit of both vision and power. The growing partnership between our countries is a model for the whole Middle East, and I hope that other states in our region will be inspired by your example." Il neo ambasciatore al-Jalahma ha risposto in una nota ufficiale: "Peace is the strategic choice of the Kingdom of Bahrain... His majesty the king believes that dialogue, understanding, and building confidence are lofty principles and main foundations for achieving cooperation between nations and peoples... I am confident that this historic step will lay a solid foundation for relations between our two countries, based on the values of tolerance and coexistence between peoples, beliefs, and religions."

Il **5 dicembre**, il Presidente Isaac Herzog ha [ricevuto le credenziali](#) del nuovo ambasciatore degli Stati Uniti d'America, S.E. Thomas R. Nides, in una cerimonia ufficiale presso la residenza del presidente a Gerusalemme, mentre il **16 dicembre** sono state [depositate le credenziali](#) dei nuovi ambasciatori di El Salvador, Malta, Costa Rica, Ecuador e Nauru per l'assunzione delle loro funzioni diplomatiche in Israele.

L'INAUGURAZIONE DELLA SESSIONE PARLAMENTARE INVERNALE

Il **4 ottobre**, Il Presidente dello Stato di Israele, Isaac Herzog, ha tenuto un [discorso al plenum della Knesset](#) inaugurando la sessione parlamentare invernale, e rivolgendosi a questo forum per la prima volta da quando è stato eletto alla sua carica il **2 giugno** scorso.

Questi i passaggi più salienti del discorso del Presidente, così come riportati dal sito ufficiale della *Knesset*: "At the start of the second session of the 24th Knesset, now more than ever, you, the Members of Knesset, have not a second chance, but a fourth. It is an opportunity that you must not miss, to build a better life for all of us in the State of Israel. I call upon you to take this opportunity with both hands". "We are at the start of a new year, at the start of a new Knesset session, during which the state budget—and the Government's work plan—will be presented to you, the elected representatives of the people, and brought before you for approval. The coronavirus, which is cruel and evasive, and has taught us all a great lesson in modesty, will also continue to accompany the life of the entire world. Vigorous activity and planning for the future can be seen in the Government ministries, and also in local authorities and in the non-profit sector, which is in urgent need of budgets". "This House too, with all its components, must find a way to quickly return to a respectful, fair and ongoing dialogue between coalition and opposition, and between opposition and coalition. In the course of this session, many complex issues will come before the Knesset Plenum. Fight for your positions, with determination and passion. This is your duty as elected representatives of the public and its emissaries to this House. But even in the heat of confrontation, don't forget: substantive debates—yes, legitimacy for belligerence—no. The Israeli public is looking at you and listening

to you, for better and for worse. The daily clashes in this House, the style, the outspokenness—that is what our children see, the young people of Israel, and they are our future. For each and every one of us, in our words and actions, influences the face of our State of Israel.” “I call upon you to choose anew, each day, Israeli *mamlachtiyut* (bene comune, NDT). As President of the State, I will do everything to strengthen the foundations of Israeli state responsibility and to stop the erosion of our internal national resilience, the *mamlachtiyut*, which is the bond that holds us together as a community, as a people and as a strong and thriving state. *Mamlachtiyut* gives us the ability to look beyond a group or sector and see the common good, the caring for others. When we permit ourselves to trample it—we are defeating ourselves. So I call upon you, my friends the Members of Knesset, to draw clear red lines for the discourse in the public sphere. To conduct debates that are about substance. To stop the displays of incitement, to serve as guides, instilling values and offering a role model.”

Relativamente alla recente ondata di violenza nella società araba-israeliana, il Presidente ha commentato: “Dealing with the violence in Arab society is a highly important and urgent national challenge, and I am certain that there a broad consensus on this issue here. We must not become accustomed to murders and killings, and we certainly cannot accept a daily reality of paralyzing civilian terrorism. This is a state of emergency, which requires us all to take firm action together.”

Congendandosi dallo *Speaker* della Knesset, e rivolgendosi ai deputati, il Presidente ha detto: “I wish you all a fruitful and effective Knesset session; a session in which the citizens of Israel, who wish for stability, growth and security, will find a source of pride and even hope. Along with you, I wish all the citizens of Israel good health. I am glad that we are successfully exiting the fourth wave of the coronavirus, and call upon everyone to continue to get vaccinated and act cautiously, and to continue to look after ourselves and others.”

CORTE SUPREMA

LA NUOVA PROROGA SULLA QUESTIONE DEL RECLUTAMENTO MILITARE DEGLI HAREDIM

Il **28 dicembre** l’Alta Corte di Giustizia ha concesso allo Stato fino al **19 gennaio** per fornire un aggiornamento sullo stato dei suoi sforzi per approvare un nuovo disegno di legge per risolvere la [controversia sugli *haredim* \(ultraortodossi\) nelle fila dell’esercito israeliano](#).

Alla luce di questa proroga, è plausibile immaginare che l’Alta Corte concederà allo Stato la proroga aggiuntiva di tre mesi richiesta il **21 dicembre**, o quanto meno un periodo aggiuntivo, per completare l’approvazione del nuovo disegno di legge. Nel luglio 2021, a causa della situazione di precarietà parlamentare dell’ordinamento, l’Alta Corte ha concesso allo Stato sei mesi per affrontare la questione, una delle questioni più scottanti della politica israeliana degli ultimi anni. In effetti, l’Alta Corte ha concesso a questo e ai precedenti Governi proroghe per affrontare la questione già dal 2017, quando ha annullato la legislazione precedente in materia. La controversia risale infatti addirittura alla legge Tal del 2002, il primo vero tentativo di gestire o riformare il fatto che gli *haredim* non prestino servizio nell’IDF o lo facciano in numero molto inferiore rispetto ad altri ebrei israeliani, generalmente arruolati su un base obbligatoria.

I POSTI VACANTI ALLA CORTE SUPREMA

Il Ministro della Giustizia Gideon Sa'ar ha annunciato il **28 dicembre** che riaprirà la lista dei candidati alla Corte Suprema, sulla scia dei disaccordi in seno al Comitato per le Nomine Giudiziarie. L'elenco rimarrà aperto fino al 6 gennaio.

L'*Israel Bar Association* sta cercando nuovi candidati dal settore privato, dopo che alcuni membri del Comitato per le Nomine Giudiziarie si sono opposti ai candidati presentati dall'organizzazione. Uno dei candidati dell'ordine degli avvocati, Yaacov Sharvit, è stato spostato dall'elenco dei candidati alla Corte Suprema all'elenco dei candidati per la divisione finanziaria del tribunale distrettuale di Tel Aviv. La Corte Suprema israeliana manca al momento di due giudici in seguito al pensionamento di Menachem Mazuz e Hanan Melcer. Il **2 dicembre** Sa'ar ha nominato giudice provvisorio il giudice Shaul Shohat, Vicepresidente del tribunale distrettuale di Tel Aviv, per un mandato di sei mesi. L'ultima nomina temporanea alla Corte Suprema risale al 2007, quando a Uzi Fogelman è stato concesso un mandato annuale, dopo il quale ha ricevuto un incarico a tempo indeterminato. Sa'ar e la Presidentessa della Corte Suprema, la giudice Esther Hayut, potrebbero valutare la possibilità di ricorrere ad un altro incarico temporaneo di sei mesi, astenendosi dal procedere solo se il Comitato dovesse raggiungere un accordo sulle nomine permanenti dei nuovi giudici in tempi ragionevoli.

La Commissione per le Nomine Giudiziarie avrebbe dovuto riunirsi a fine **novembre** per scegliere nuovi giudici permanenti, ma la riunione è stata posticipata a causa dell'aggravarsi della situazione pandemica e dei profondi disaccordi tra le parti. I motivi del contendere riguardano principalmente la nomina di candidati conservatori o liberali e la richiesta dell'ordine degli avvocati che uno dei quattro giudici da nominare provenga dal settore privato. Se da un lato, la Ministra dell'Interno Ayelet Shaked (*Yamina*) e il MK Simcha Rothman (*HaTzionut Hadatit*) sono decisi a nominare giudici conservatori nel nome di una critica di vecchia data ad una Corte giudicata troppo interventista, i giudici membri del Comitato, i rappresentanti dell'ordine degli avvocati e il MK Efrat Rayten (*Avoda*) sono contrari a selezionare giudici considerati eccessivamente conservatori.

Oltre a sostituire Mazuz e Melcer, il Comitato deve trovare sostituti per i giudici Neal Hendel e George Kara, che dovrebbero ritirarsi il prossimo anno. A questo proposito il Comitato è libero di procedere con le prime due nomine e aspettare per le altre o può optare per 4 nomine simultanee (con i sostituti di Hendel e Kara che si insedieranno solo al momento del pensionamento di questi due).

LA CONTROVERSIA DELL'ISRAEL PRIZE

Nella sua opinione ufficiale del **27 dicembre**, il Procuratore Generale ha riferito all'Alta Corte di giustizia che non esiste alcuna base giuridica valida a supporto della decisione del Ministro dell'Istruzione Yifat Shasha-Biton di non assegnare l'*Israel Prize* per la matematica e l'informatica a Oded Goldreich a causa delle sue opinioni politiche.

Ad agosto, l'Alta Corte aveva [annullato la decisione](#) (del giugno 2021) del predecessore di Shasha-Biton, Yoav Gallant, di non concedere il prestigioso premio a Goldreich, del Weizmann Institute of Science, a causa della sua opposizione alla cooperazione accademica con l'Università di Ariel (un insediamento israeliano in *West Bank*). I tre giudici del panel della Corte (Noam Sohlberg, Yael Wilner and Yitzhak Amit) hanno in effetti stabilito che qualsiasi affermazione che non rientri nel campo di competenza del destinatario del premio potrebbe essere presa in considerazione solo in circostanze attenuanti o estreme e, con questa premessa, ha rimandato la decisione a Shasha-Biton (*Tikva Hadasha*), nel frattempo nominata Ministra, affinché la riesaminasse. Il **18 novembre**, la nuova Ministra ha però [confermato la decisione](#)

del suo predecessore Gallant, sostenendo che il boicottaggio accademico di Goldreich costituisce motivo di esclusione dal premio. A seguito dell'opinione del Procuratore Generale, la Corte ha ora autorità per scavalcare la decisione ministeriale.

LA SELEZIONE PER IL PROSSIMO PROCURATORE GENERALE

La Commissione Costituzione, Legge e Giustizia, presieduta dal deputato Gilad Kariv (*Avodà*), ha [nominato](#) il **20 ottobre** il deputato Zvi Hauser (*Tikva Hadasha*) quale rappresentante della *Knesset* in seno al Comitato che propone i candidati alla carica di Procuratore Generale.

Il **13 dicembre**, il Ministro della Giustizia Gideon Sa'ar ha invece presentato una lista di tre candidati per il prossimo Procuratore Generale di Israele, riservandosi il diritto di aggiungere altri nomi alla lista prima della scadenza, fissata al **20 dicembre**. La lista è stata presentata all'ex giudice della Corte Suprema Asher Grunis, Presidente del Comitato predisposto alla ricerca di un sostituto del Procuratore Generale Avichai Mandelblit, il cui mandato terminerà il **1° febbraio 2022**, dopo sei anni.

L'elenco di Sa'ar include due degli attuali vice di Mandelblit: Roi Scheindorf, il Viceprocuratore Generale per il diritto internazionale, e Raz Nizri, Viceprocuratore Generale per gli affari costituzionali. La terza candidata è Gali Baharav-Miara, che in precedenza ha prestato servizio per otto anni come Procuratore Distrettuale di Tel Aviv per gli affari civili.

Il **20 dicembre**, con la chiusura definitiva della lista di candidati, il Comitato presieduto da Grunis ha ufficialmente iniziato il suo lavoro. Il Comitato comprende l'ex Ministro della Giustizia Dan Meridor, il deputato di *Tikva Hadasha* Zvi Hauser, il rappresentante della *Israel Bar Association* Tami Ulman e il professore di diritto Ron Shapira, presidente del *Peres Academic Center*.

A causa dell'importanza del ruolo di Procuratore Generale, è prassi che la nomina venga votata all'unanimità da tutti i membri del comitato e che il candidato selezionato possieda le qualifiche professionali necessarie per servire come Giudice della Corte suprema. La selezione dei membri del Comitato aveva però suscitato indignazione dopo che l'ex Ministro della Giustizia Meir Sheerit era stato inizialmente scelto come membro nonostante passate accuse di molestie sessuali. A causa delle forti proteste parlamentari, Sheerit si è dimesso ed è stato sostituito da Meridor.

Come anche riportato da [fonti della Knesset](#), nei mesi passati Sa'ar ha cercato di riformare la figura del procuratore Generale, ipotizzando che l'incarico venisse suddiviso tra due figure differenti: con una persona che assumesse le funzioni di consulente legale del Governo ed un'altra da Procuratore Generale dello Stato. Sa'ar e altri esponenti del centro-destra hanno infatti sostenuto che il duplice ruolo potesse creare un conflitto di interessi, poiché il Procuratore Generale ha il compito di sovrintendere le indagini nei riguardi dei membri del Governo di cui è anche consulente legale. Mandelblit, così come molti altri MK del centro sinistra (si veda, per esempio la leader di *Avodà* Merav Michaeli) si oppongono vigorosamente alla proposta di Sa'ar, con l'attuale Procuratore Generale che parlando il **4 novembre** ad una conferenza a Haifa l'ha definita come una minaccia alla democrazia. Questi alcuni passaggi dell'attuale Procuratore Generale sulla proposta di riforma, così come [riportati dal Times of Israel](#): "Israel is dangerously close to moving from a political system concerned with governance to one in which personal loyalty was paramount, which is in complete contradiction to the principle of loyalty to the public." "Over the past few years the threat against the ability of the

attorney general's office to maintain the rule of law has been tangible and real, a battle has taken place for the State of Israel's character as a country ruled by law.”



L'ultimo quadrimestre del 2021: tendenze ormai consolidate*

di Rosa Iannaccone**

Più volte queste Cronache costituzionali dall'estero sono state caratterizzate dall'analisi di temi legati alla questione di genere. Non si tratta di un *unicum* nel panorama latinoamericano, caratterizzato da enormi contraddizioni in questo ambito. È evidente una spiccata attenzione a temi come la violenza di genere – in cui rientra il tema della violenza politica –, l'inclusione, la parità, la giusta rappresentanza negli organi elettivi e non, e sicuramente il diffuso dibattito rispetto al tema dell'interruzione della gravidanza. Tali questioni, che spesso si sono tradotte in norme specifiche volte a tutelare le donne, in vari ambiti – sia pubblici che privati –, non sempre si sono rivelate efficaci.

Ripercorrendo gli eventi più significativi di quest'ultimo anno a proposito di tali tematiche si ricorda come, nel quadrimestre gennaio – aprile, nonostante nella [relazione sui primi 100 giorni del terzo anno di governo](#), presentata il **30 marzo** dal Presidente López Obrador, l'aumento dell'8,5% dei femminicidi era stato ricondotto dal capo dell'Esecutivo alla diversa classificazione del reato, ma le misure adottate, nello stesso periodo, sia dal potere legislativo – ossia le modifiche alla cd. *Ley Olimpia*, il **29 aprile**, al fine di tipizzare la violenza digitale e mediatica e di stabilire le garanzie per le vittime – che dal potere esecutivo – vale a dire il [piano contro la violenza di genere](#), presentato il **27 gennaio** dalla titolare della *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana* (SSPC) – davano la misura di quanto tale fenomeno continuasse ad essere molto diffuso. Nello stesso periodo mentre il [Congresso di Aguascalientes](#), il **12 febbraio**, ha approvato una serie di riforme volte a proteggere la vita dal suo concepimento, lo Stato di Michoacán è stato il primo ad approvare, il **2 marzo**, la [Ley de Menstruación Digna](#), affinché le ragazze adolescenti e le giovani studentesse abbiano libero accesso ai prodotti per l'igiene femminile, e due giorni dopo, il **4 marzo**, la [64a legislatura dello Stato di Hidalgo](#) ha approvato alcune riforme al Codice Penale statale per incorporare la cosiddetta Legge Olympia (*Cfr. Cronache 1/2021*). Questa ondata riformatrice ha caratterizzato anche il quadrimestre successivo – corrispondente ai mesi da maggio ad agosto – soprattutto a livello locale dove sono state

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

assunte rilevanti decisioni volte a combattere la discriminazione di genere. Il [Congresso dello Stato di Hidalgo](#), il **30 giugno**, e [quello dello Stato di Veracruz](#), il **20 luglio**, hanno approvato la depenalizzazione dell'aborto fino a 12 settimane di gestazione, come già previsto da Città del Messico (2007) e Oaxaca (2019). Inoltre, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, il 7 luglio, ha [concesso l'amparo](#) a una persona con grave paralisi cerebrale e in condizioni di povertà ed emarginazione, vittima di stupro quando era minorenni, alla quale il Direttore dell'Ospedale Generale di Tapachula (Chiapas) aveva negato la possibilità di interrompere la gravidanza derivante dal reato di cui era stata vittima, perché superato il periodo di 90 giorni dal concepimento, stabilito nell'articolo 181 del Codice Penale dello Stato, che la Corte ha dichiarato incostituzionale. Lo stesso giorno, la Corte Suprema ha concluso l'analisi del ricorso di incostituzionalità presentato dalla *Fiscalía General de la República* contro vari articoli del Codice Civile dello Stato di Tabasco, come modificato dal Decreto 265, pubblicato il 13 gennaio 2016, in materia di maternità surrogata invalidando le disposizioni discriminatorie nei confronti delle donne (Cfr. *Cronache* 2/2021).

Il tema dell'aborto e della sua depenalizzazione attraversa da anni ogni angolo della subregione latinoamericana. Basti pensare all'approvazione nella notte tra il 28 e il 29 dicembre 2020 in Argentina della *Ley no. 27.610* che ha garantito la libertà di interrompere una gravidanza entro 14 settimane dal concepimento e alle immagini, che hanno fatto il giro del mondo, delle donne argentine con i loro *pañuelos verdes*, simbolo di una battaglia iniziata almeno dal 2005, e dell'hashtag "es ley". Più recentemente, il 29 dicembre di quest'anno, la prima norma costituzionale popolare presentata nell'ambito del processo costituente cileno, che ha raggiunto le firme necessarie per essere inclusa nel dibattito costituzionale, è stata elaborata dall'*Asamblea Permanente por la Legalización del Aborto en Chile "Será Ley"*.

Il Messico, come già evidenziato, non è esente da un'evoluzione, graduale ma inarrestabile, in tale materia, soprattutto a livello statale. In questo quadrimestre (settembre – dicembre), però, particolarmente significativa e incidente – oltre la decisione del Legislativo di Baja California di approvare il **29 ottobre** una serie di riforme volte a depenalizzare l'aborto fino a 12 settimane di gestazione (Cfr. *Autonomie*) – è stata l'azione della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* che il **7 settembre** ha stabilito all'unanimità l'[incostituzionalità di criminalizzare l'aborto](#) e per la prima volta si è pronunciata a favore della garanzia del diritto delle donne a decidere, senza affrontare conseguenze penali. Dato che questa sentenza ha ottenuto una maggioranza superiore a otto voti, quanto stabilito in essa è vincolante per tutti i giudici del Messico, sia federali che locali, che dovranno considerare incostituzionali le norme penali delle entità federali che criminalizzano l'aborto. Il **9 settembre** vi è stata un'ulteriore [sentenza](#) della SCJN che, a proposito della Costituzione politica dello Stato di Sinaloa che stabiliva la protezione del diritto alla vita "desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte", ha stabilito che le entità federali non hanno la competenza per definire l'origine della vita umana, il concetto di "persona" e la proprietà dei diritti umani, poiché questo corrisponde esclusivamente alla Costituzione Generale. Inoltre, la Corte ha considerato incostituzionale il tentativo di concedere lo *status* di persona all'embrione o al feto e, su questa base, di adottare misure che limitano il diritto all'autonomia riproduttiva

delle donne e delle donne incinte. Per la Corte, non è ammissibile stabilire che l'embrione e il feto meritino la stessa protezione giuridica delle persone nate (*Cfr. Corti*).

Rileva particolarmente, a proposito della rappresentanza di genere negli organi federali, che lo scorso 28 agosto la [Camera Superiore](#) abbia revocato l'assegnazione della deputazione federale per la rappresentanza proporzionale a due candidati – un titolare e un supplente – del Partito Azione Nazionale (PAN), che non avevano dimostrato la loro appartenenza alla comunità indigena e ha deciso di attribuire il seggio ad una formula composta da due donne, in quanto ciò avrebbe avuto anche un impatto di parità sull'integrazione finale del Congresso dell'Unione. Lo stesso giorno, tale [organo](#) ha, altresì, deciso di modificare la formula, risultata eletta, presentata dal *Partido Verde Ecologista de México*, composta da uomini, per sostituirla con una formula composta da donne. Questo adeguamento ha permesso il raggiungimento della parità nella Camera dei deputati. Pertanto, la LXV legislatura risulta formata da 250 uomini e 250 donne (*Cfr. Cronache 2/2021*). Nonostante ciò, il **19 settembre** l'[INE](#) ha reso noto che, durante le elezioni del 2021, i partiti politici a livello locale non hanno stanziato 12.981.125,95 pesos per la presentazione di candidate. Secondo le linee guida per i partiti politici nazionali e per i partiti politici locali al fine di prevenire, affrontare, punire e sradicare la violenza politica di genere contro le donne, tutti i partiti devono destinare il 40% dei finanziamenti pubblici che ricevono alle loro candidate per le attività della campagna. Ciò però non è avvenuto nelle ultime elezioni, in cui a 91 candidate sono state assegnate risorse inferiori a quelle previste, di queste 22 erano candidate alle deputazioni locali e 69 per le presidenze comunali (*Cfr. Elezioni*). Significativa, però, è stata l'elezione da parte del Senato, il **23 novembre**, con un'ampia votazione, che ha superato di gran lunga la maggioranza qualificata dei 2/3 richiesta dalla Costituzione, dell'accademica e giurista [Loretta Ortiz Ahlf](#) come ministra della Corte Suprema di Giustizia della Nazione (*Cfr. Corti*).

Un altro tema che è stato molto ricorrente nelle analisi trimestrali a proposito dell'ordinamento messicano e degli eventi che maggiormente lo hanno caratterizzato è stato il contrasto tra la Presidenza e gli organi elettorali, e in particolare l'*Instituto Nacional Electoral*, accusati di far parte di un "*bloque conservador*" che vorrebbe impedire la Quarta Trasformazione ormai in corso e di cui il Presidente ha parlato anche nel [discorso](#) che ha tenuto per commemorare il suo terzo anno di mandato. Tale avversione nei confronti del Tribunale elettorale e dell'Istituto Nazionale Elettorale è stata presente anche nelle linee guida del programma legislativo per il prossimo triennio del Presidente, intenzionato a presentare una proposta di riforma alla legislazione elettorale volta principalmente ad innovare la composizione dell'INE, ridurre il suo bilancio e quello del TEPJF e ad eliminare i 200 seggi plurinominali della Camera dei Deputati. Ciò ha causato un alto grado di polarizzazione e conflittualità nel paese, evidente soprattutto nelle elezioni dello scorso 6 giugno (*Cfr. Cronache 1/2021; Cfr. Cronache 2/2021*). Nel quadrimestre in analisi tale avversione nei confronti dell'INE è emersa anche durante l'[audizione alla Camera dei Deputati del Consejero Presidente](#) dell'INE, tenutasi il **5 novembre**, quando i rappresentanti di Morena hanno accusato l'Istituto Nazionale Elettorale di cercare di costituirsi come quarto potere e hanno definito Lorenzo

Córdova Vianello “¡traidor!” e “obsesivo demencial”(Cfr. *Parlamento*). Durante l’incontro il Consigliere Presidente dell’Istituto Nazionale Elettorale ha invitato i legislatori a non tagliare i 3,83 miliardi di pesos richiesti per organizzare e realizzare il voto di revoca presidenziale – prevista dalla [Ley Federal de Revocación de Mandato](#) pubblicata sul *Diario Oficial de la Federación* (DOF) il **14 settembre** (Cfr. *Parlamento*). Nonostante, il **17 novembre** l’INE avesse dichiarato che avrebbe continuato il lavoro di organizzazione volto a garantire lo [svolgimento della consultazione per l’eventuale revoca del mandato](#) presidenziale, malgrado il taglio di bilancio imposto dalla Camera dei Deputati, il **17 dicembre** al termine di una [sessione straordinaria](#), il Consiglio Generale ha approvato, con sei voti a favore e cinque contrari, il rinvio temporaneo dell’organizzazione di questo referendum (Cfr. *Elezioni*). La reazione del Presidente López Obrador non si è fatta attendere e, durante la [conferenza stampa](#) del **22 dicembre**, ha accusato l’organismo autonomo di utilizzare il denaro come pretesto, ha evidenziato la possibilità di un licenziamento o sostituzione dei consiglieri per non aver svolto il compito costituzionale relativo al voto di richiamo e ha proposto, nel caso in cui le denunce alla magistratura sull’operato dell’INE non avessero avuto successo, di formare un comitato di cittadini in ogni comune, formato da persone di indiscutibile onestà, in modo che tutti possano partecipare alla consultazione per l’eventuale revoca del suo mandato (Cfr. *Presidenza*). Tale controversia è stata risolta, almeno per il momento, il **22 dicembre** dalla [Comisión de Receso della Suprema Corte](#), corrispondente al Secondo Periodo di Sessioni del 2021, che ha accettato di ammettere la controversia costituzionale 224/2021 promossa dalla Camera dei Deputati contro l’accordo approvato dall’Istituto Nazionale Elettorale in cui era stato determinato di rinviare l’organizzazione del processo di Revoca del Mandato 2021-2022. Di conseguenza, l’INE è stato obbligato a continuare con l’organizzazione e lo sviluppo di tutte le attività previste per il processo di richiamo, fino alla sua conclusione (Cfr. *Corti*).

Lo scorso **15 gennaio**, l’INE aveva provveduto alla [registrazione delle due coalizioni](#) che si sarebbero opposte alle elezioni, per la Camera dei Deputati e per alcuni governatorati, del **6 giugno**. Si trattava di “*Juntos Hacemos Historia*” formata dal Partito del Lavoro (PT), il Partito Ecologista Verde del Messico (PVEM) e Morena e “*Va Por México*”, di cui erano parte il Partito di Azione Nazionale (PAN), il Partito Rivoluzionario Istituzionale (PRI) e il Partito della Rivoluzione Democratica (PRD) (Cfr. *Cronache 1/2021*). Lo scorso quadrimestre, il **24 maggio** i presidenti nazionali dei partiti PAN, PRI e PRD, durante una [conferenza stampa](#), avevano mosso un primo passo per trasformare l’alleanza elettorale in una coalizione, a medio-lungo termine, accordando 10 obiettivi da raggiungere (Cfr. *Cronache 2/2021*). Ciò è effettivamente avvenuto l’**11 ottobre**, quando le leadership dei partiti *Revolucionario Institucional*, *Acción Nacional* e della *Revolución Democrática* hanno [ratificato la solidità della loro coalizione](#), non solo dal punto di vista elettorale ma anche legislativo, e hanno comunicato che avrebbero collaborato con l’organizzazione di estrema destra *Sí por México* (Cfr. *Partiti*).

In questo quadrimestre, questo non è stato l’unico evento degno di rilevanza a proposito di partiti politici. Infatti, i partiti politici *Encuentro Solidario*, *Fuerza Por México* e *Redes Sociales Progresistas*, il **9 dicembre** – dopo che il **30 settembre** il Consiglio Generale dell’INE ne aveva approvato all’unanimità la [perdita della registrazione](#) (Cfr. *Partiti*) e che tale decisione era

diventata definitiva in seguito ad una [sentenza del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación](#) (TEPJF) dell'**8 dicembre** (Cfr. *Corti*) – hanno annunciato la loro intenzione di formare un terzo blocco politico chiamato [Fuerza Solidaria Progresista](#), che parteciperà alle prossime elezioni del 2022 in cui saranno in gioco sei Stati, in quanto i partiti dispongono del necessario registro a livello locale (Cfr. *Partiti*).

Infine, essendo il quadrimestre in analisi l'ultimo dell'anno 2021 è stato caratterizzato dall'approvazione, il **14 novembre**, la [Camera](#) del progetto, [Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación](#) (PPEF) presentato dalla *Secretaría de Hacienda y Crédito Público* – con 273 voti a favore, 214 contrari e nessuna astensione, mentre il **26 ottobre** con 67 voti a favore – quelli di Morena e dei suoi alleati – e 43 contrari, la [plenaria del Senato della Repubblica](#) ha approvato il progetto di decreto che riforma varie disposizioni, tra altre, le leggi dell'Imposta sul reddito (ISR), dell'Imposta sul valore aggiunto (IVA), dell'Imposta speciale sulla produzione e sui servizi (IESP), dell'Imposta sulle auto nuove (ISAN) e del Codice fiscale della Federazione, la cosiddetta *Miscelánea Fiscal* (Cfr. *Parlamento, Governo*).

ELEZIONI

L'INE SANZIONA PT E MOREA

Il **9 settembre** il *Consejo General* del *Instituto Nacional Electoral* (INE) ha sanzionato il Partito del Lavoro e Morena per aver ricevuto finanziamenti irregolari.

In una [sessione straordinaria](#), l'autorità elettorale ha determinato che durante l'amministrazione di Delfina Gómez Álvarez come presidente comunale di Texcoco (2013-2015), è stato implementato un sistema di finanziamento parallelo, che ha apportato risorse, non rendicontate, che hanno di cui ha beneficiato Morena. La sanzione deriva da una denuncia presentata dal Partito Azione Nazionale (PAN) nel 2017 in cui denunciava “descuentos aplicados a los entonces empleados del municipio de Texcoco y del DIF municipal”, che avevano come obiettivo la formazione di Morena come partito politico e l'eventuale candidatura di Gómez Álvarez a deputata federale e al governatorato dello Stato del Messico.

LE CANDIDATE LOCALI NON RICEVONO IL GIUSTO FINANZIAMENTO

Il **19 settembre** l'[INE](#) ha reso noto che, durante le elezioni del 2021, i partiti politici a livello locale non hanno stanziato 12.981.125,95 pesos per la presentazione di candidate.

Secondo le linee guida per i partiti politici nazionali e per i partiti politici locali al fine di prevenire, affrontare, punire e sradicare la violenza politica di genere contro le donne, tutti i partiti devono destinare il 40% dei finanziamenti pubblici che ricevono alle loro candidate per le attività della campagna. Ciò però non è avvenuto nelle ultime elezioni, in cui a 91 candidate sono state assegnate risorse inferiori a quelle previste, di queste 22 erano candidate alle deputazioni locali e 69 per le presidenze comunali. L'entità con il maggior numero di casi di partiti che non hanno assegnato l'ammontare previsto di finanziamento per la campagna alle donne è stata Morelos, dove sono stati 14.

LA REVOCA DI MANDATO E IL TAGLIO DELLE RISORSE

Il **17 novembre** l'Istituto Nazionale Elettorale ha dichiarato che avrebbe continuato il lavoro e fatto tutto ciò che è in suo potere per garantire che l'esercizio di revoca del mandato si svolga nonostante il taglio di bilancio imposto dalla Camera dei Deputati. In una [sessione ordinaria](#) del Consiglio Generale dell'INE, il *Consejero Presidente*, Lorenzo Córdova Vianello ha sottolineato che il divario è di dimensioni tali che è molto difficile rettificarlo o generare risorse sufficienti per rispettare ciò che l'attuale legislatura della Camera dei Deputati e del Senato ha imposto come obbligo legale all'Istituto. Córdova Vianello ha garantito che l'aggiustamento non avrebbe influenzato i servizi che l'INE fornisce ai cittadini. Inoltre, ha affermato che sarebbe stato richiesto l'intervento della Corte Suprema di Giustizia della Nazione (SCJN) affinché possa stabilire se l'INE, a causa della scarsità di risorse, avrebbe potuto, legalmente e senza incorrere in responsabilità, violare quanto stabilito dal Congresso nella Legge sulla Revoca del Mandato e, di conseguenza, realizzare una votazione con un numero inferiore di seggi elettorali.

Un mese dopo, il **17 dicembre**, però, al termine di una [sessione straordinaria](#), il Consiglio Generale dell'INE ha approvato, con sei voti a favore e cinque contrari, il rinvio temporaneo dell'organizzazione del referendum sul mandato presidenziale, come conseguenza della mancanza di risorse dovuta al taglio di bilancio operato dalla Camera dei Deputati.

PARTITI

PRI, PAN E PRD RATIFICANO LA COALIZIONE

L'**11 ottobre** le leadership dei partiti *Revolucionario Institucional*, *Acción Nacional* e della *Revolución Democrática* hanno [ratificato la solidità della loro coalizione](#) “*Va por México*”, non solo dal punto di vista elettorale ma anche legislativo, e hanno comunicato che avrebbero collaborato con l'organizzazione di estrema destra *Sí por México*. Il segretario del PRI, Alejandro Moreno, ha sottolineato che la visione e la volontà delle organizzazioni coinvolte nella coalizione sarebbero state sempre dalla parte del popolo messicano, in quanto niente è più importante che difendere il Messico.

PARTIDO ACCIÓN NACIONAL (PAN)

Il controverso incontro tra Santiago Abascal, leader del partito spagnolo di estrema destra Vox, con un gruppo di senatori del Partito Azione Nazionale (PAN) è stato così politicamente dannoso che il **6 settembre** il partito messicano ha emesso un [comunicato ufficiale](#) in cui ha sottolineato che l'incontro tra alcuni militanti del PAN e alcuni membri di VOX, in cui era stato firmato un documento chiamato la “Carta Madrid”, si era tenuto a titolo personale e senza la rappresentanza ufficiale di Azione Nazionale. Pertanto, di fronte alla confusione e alle speculazioni generate, la Commissione Politica Nazionale del PAN ha dichiarato che la controparte ufficiale di *Acción Nacional* in Spagna è il Partito Popolare, con cui condivide l'appartenenza a diversi partiti internazionali. Di conseguenza, è stata evidenziata l'insussistenza di alcun tipo di relazione istituzionale con il partito VOX, sottolineando però che scopo del PAN è costruire un centro politico dove, sulla base dei propri principi e valori, la diversità venga accolta e celebrata.

IL PRI ESPELLE DUE MEMBRI

L'11 settembre, attraverso un [comunicato](#), la *Comisión de Justicia Partidaria* del PRI ha deciso all'unanimità di espellere dal partito Ulises Ruiz, ex governatore di Oaxaca, e Nallely Gutiérrez, ex segretaria delle relazioni sociali, per aver fomentato la divisione interna e screditato la leadership del PRI. I due ex membri avevano promosso l'occupazione delle strutture del partito lo scorso giugno, per chiedere la rimozione di Alejandro Moreno come *leader* del PRI, a causa degli scarsi risultati nelle elezioni.

TRE PARTITI PERDONO LA REGISTRAZIONE MA FORMANO UN NUOVO FRENTE

Il 30 settembre il Consiglio Generale dell'Istituto Nazionale Elettorale (INE) ha approvato all'unanimità la [dichiarazione di perdita della registrazione](#) dei partiti politici nazionali *Encuentro Solidario*, *Fuerza Por México* e *Redes Sociales Progresistas*, non avendo ottenuto almeno il 3% del voto valido nelle elezioni federali ordinarie del 6 giugno 2021. In una sessione straordinaria, il presidente del Consiglio, Lorenzo Córdova Vianello, ha dichiarato che dalla riforma elettorale del 2007-2008, "la porta per l'ingresso di nuovi partiti si apre solo ogni sei anni, mentre la porta per uscire dalla competizione si apre in ogni processo elettorale federale" e ha sottolineato che la decisione del Consiglio "è congruente con la volontà sovrana degli elettori espressa alle urne il 6 giugno scorso ed è una conseguenza del modo in cui il diritto di voto è stato esercitato"

Dopo che tale decisione è diventata definitiva in seguito ad una sentenza del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (Cfr. Corti), il 9 dicembre, i leader di *Fuerza por México* (FXM), Gerardo Islas, di *Redes Sociales Progresistas* (RSP), Fernando González, e di *Encuentro Solidario* (PES), Hugo Eric Flores, hanno annunciato la loro intenzione di formare un terzo blocco politico chiamato [Fuerza Solidaria Progresista](#), che parteciperà alle prossime elezioni del 2022 in cui saranno in gioco sei stati, in quanto i partiti dispongono del necessario registro a livello locale. Ilas ha anche evidenziato come, collettivamente, rappresentino più di 5 milioni di voti nel 95% del paese e ciò li rende la più grande forza regionale in Messico, in quanto indipendente dalle ideologie ciò che li unisce è il Messico.

MOVIMINETO DE REGENERACIÓN NACIONAL (MORENA)

Il 12 ottobre il Presidente Nazionale di Morena, Mario Delgado Carrillo, durante una [conferenza](#) con i membri del Comitato Esecutivo Nazionale (CEN), ha dichiarato che, di fronte alla più grande sfida che il Movimento avrebbe affrontato, nel marzo 2022, ovvero vincere, in modo clamoroso, la ratifica del mandato presidenziale, il compito principale del partito sarebbe stato quello di organizzare il popolo, i milioni di messicani che simpatizzano per il Presidente, Andrés Manuel López Obrador, che sono a favore del proseguimento della Quarta Trasformazione. A tal fine, ha fatto, a nome del CEN, un grande appello a tutto il popolo messicano perché partecipi a Morena come affiliato registrandosi attraverso la pagina web del partito "e maniera libre, voluntaria, pacífica, transparente, democrática, como lo señalan los estatutos de Morena".

Il mese successivo, il 9 novembre, però, il [Comitato Esecutivo Nazionale](#) ha approvato, a maggioranza, di sospendere temporaneamente il processo di affiliazione, ritenendo che Morena dovesse dare priorità all'affrontare i compiti più rilevanti per la Trasformazione del Paese e nello specifico mobilitare il popolo messicano a favore della sovranità elettrica e del consolidamento di un'autentica democrazia partecipativa, assicurando la ratifica del mandato del presidente della Repubblica, Andrés Manuel López Obrador. È stato sottolineato che tutte

le domande di adesione che il partito aveva ricevuto fino a quel momento sarebbero state salvaguardate fino al nuovo inizio delle attività di tesseramento, al fine di rispettare i diritti politici di tutti coloro che desiderano diventare membri di Morena.

PARLAMENTO

LEY FEDERAL DE REVOCACIÓN DE MANDATO

Il **14 settembre** è stata pubblicata sul *Diario Oficial de la Federación* (DOF) la [Ley Federal de Revocación de Mandato](#). Il testo prevede che solo i cittadini possano richiedere la revoca di mandato, mentre i partiti politici potranno promuovere il processo, che sarà organizzato dall'Istituto Nazionale Elettorale. Affinché il processo sia avviato, l'equivalente del 3% delle liste elettorali deve richiederlo, e affinché il risultato produca la rimozione del Presidente, almeno il 40% degli elettori deve partecipare al referendum. Se la maggioranza opta per la revoca del mandato presidenziale, la decisione finale sarà presa dal *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, che notificherà il risultato al Presidente, al Congresso dell'Unione e all'INE. La legge prevede che, se la revoca procede, il presidente del Congresso sostituirà temporaneamente, per 30 giorni, il Presidente mentre il Legislativo nominerà un Presidente sostituto per completare il mandato. La norma non specifica le scadenze per il computo distrettuale né specifica quando la Corte dovrebbe emettere la sentenza.

RIFORMA ALLA LEY GENERAL DE SALUD PER LA COVID-19

Il **29 novembre** è stata pubblicata nel DOF il [DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de la Ley de los Institutos Nacionales de Salud](#). La riforma ha incluso la Covid-19 tra le malattie che richiedono una sorveglianza epidemiologica per la prevenzione e il controllo nel paese. Gli obiettivi di tale misura sono: permettere l'individuazione precoce, l'isolamento, la diagnosi e la cura dei casi; monitorare le tendenze di mortalità; identificare i contatti e metterli in quarantena; di individuare e contenere i *cluster* e i focolai, in particolare nei gruppi di popolazione vulnerabili. La riforma, inoltre, è volta a consentire l'implementazione e l'adattamento di misure di controllo mirate, permettendo al contempo la ripresa sicura delle attività economiche e sociali, e a valutare le conseguenze della pandemia per il sistema sanitario e per la società.

AUMENTA IL NUMERO DELLE COMMISSIONI DELLA CAMERA

La *Junta de Coordinación Política* (Jucopo) della Camera ha deciso, il **22 settembre**, di aumentare il numero di commissioni ordinarie della Camera dei Deputati da 46 a 51. L'[accordo](#), che è stato votato dalla maggioranza dei coordinatori parlamentari, con l'astensione del PAN e di MC contro, è stato poi tradotto in una proposta di [riforma della Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos](#), votata dalla plenaria il **23 settembre**. Questo accordo, inoltre, ha previsto la creazione del Comitato di Amministrazione della Camera dei Deputati della LXV Legislatura, la cui presidenza sarà a rotazione e il primo gruppo parlamentare a dirigerlo sarà il PAN. La distribuzione delle presidenze delle commissioni ordinarie tra i sette gruppi parlamentari è stata effettuata "con una regola del tre", con Morena che in quanto

partito maggioritario presiederà il maggior numero di commissioni, anche se tra le sette che spettano al PRI, vi è quella di *Gobernación y Población*. Il **30 settembre** la plenaria ha votato i presidenti e i membri delle commissioni ordinarie, dei gruppi di amicizia, delle commissioni bicamerali e delle diverse commissioni della Camera dei deputati.

La riforma alla Legge Organica del Congresso è stata approvata, con i soli voti contrari di MC, anche dal [Senato](#) il **5 ottobre** e il testo è stato inviato all'Esecutivo federale per la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Federazione. Il giorno seguente, è stato emesso il [*DECRETO por el que se reforma el artículo 39 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos*](#).

IL GRUPO PARLAMENTARIO PLURAL DEL SENATO

Il **27 settembre**, cinque senatori di diversi partiti politici – ovvero Nancy De la Sierra Arámburo e Alejandra del Carmen León Gastélum, del Partito del Lavoro (PT); Emilio Álvarez Icaza Longoria, senza partito; Gustavo Enrique Madero Muñoz, del Partito Azione Nazionale (PAN); e Germán Martínez Cázares, del Movimento di Rigenerazione Nazionale (Morena) – hanno deciso di formare il *Grupo Parlamentario Plural* (GPP), che mira ad aprire il dialogo all'interno del Senato della Repubblica ed evitare la polarizzazione partitica. Attraverso le reti sociali, hanno pubblicato una [lettera](#) in cui hanno informato della decisione Ricardo Monreal, presidente della Jucopo della camera alta. Nel testo di legge che hanno preso questa decisione “en ejercicio de nuestra independencia, buscamos desempeñarnos de manera libre de cualquier formación partidista” e che sono “conscientes de que la gran mayoría de la ciudadanía en México no se siente bien representada, es que el Grupo Parlamentario Plural buscará con su conformación mantener en el Senado de la República sus aspiraciones y sentimientos en un grupo plural que busca el diálogo como herramienta para resolver las diferencias, que no confronte estérilmente a la sociedad mexicana y, sobre todo, que aporte a que el país sea un terreno donde reine la igualdad, sin privilegios indebidos para nadie”. I legislatori, inoltre, hanno sottolineato che la formazione di questi gruppi è comune in paesi come Spagna, Francia, Regno Unito e Cile. I senatori hanno fornito, inoltre, riferimenti alle legislazioni statali e alla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di gruppi parlamentari misti. In particolare, una figura omologa ai gruppi parlamentari misti è prevista, fin dal 2018, dal terzo comma dell'articolo 36 della [Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México](#) che recita che “Cuando de origen existan Diputadas o Diputados pertenecientes a diferentes partidos políticos y que no alcancen el número mínimo para constituir un Grupo Parlamentario, podrán asociarse a efecto de conformar una Asociación Parlamentaria con la denominación que acuerden previamente y siempre que la suma mínima de sus integrantes sea de dos”

IL PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN

La [Commissione Bilancio della Camera dei Deputati](#) il **14 ottobre** si è dichiarata in sessione permanente per analizzare il [Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación](#) (PPEF) presentato dalla *Secretaría de Hacienda y Crédito Público* e ha stabilito che i forum parlamentari aperti si sarebbero tenuti dal 22 al 28 ottobre. Esattamente un mese dopo, il **14 novembre** la [Camera](#) ha approvato tale progetto, in generale e in particolare – con 273 voti a favore, 214 contrari e nessuna astensione –, che prevede una spesa per l'anno fiscale 2022 di 7 mila miliardi 88.250,3 milioni di pesos (mdp), di cui il 74% corrisponde a spese programmabili e il restante 26% a spese non programmabili. Questo implica un aumento dell'8,6% in termini reali rispetto all'anno precedente. Il PEF 2022 presenta come priorità il rispetto delle spese obbligatorie

come il rimborso del debito, le pensioni, le risorse trasferite alle entità federali e ai comuni, e i trasferimenti alle entità direttamente controllate e alle imprese produttive statali. Prevalgono le assegnazioni ai programmi prioritari di Welfare e della *Secretaría de Trabajo y Previsión Social* (STPS) e alle opere infrastrutturali emblematiche dell'attuale amministrazione federale. Il [PRESUPUESTO de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022](#) è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Federale il **29 novembre**.

LA CD. MISCELÁNEA FISCAL

Con 67 voti a favore – quelli di Morena e dei suoi alleati – e 43 contrari, la [plenaria del Senato della Repubblica](#) ha approvato il **26 ottobre** il progetto di decreto che riforma varie disposizioni, tra altre, le leggi dell'Imposta sul reddito (ISR), dell'Imposta sul valore aggiunto (IVA), dell'Imposta speciale sulla produzione e sui servizi (IESP), dell'Imposta sulle auto nuove (ISAN) e del Codice fiscale della Federazione, la cosiddetta *Miscelánea Fiscal*. Tra le varie misure adottate vi sono la proposta di stabilire nel Codice Fiscale Federale che le persone di età superiore ai 18 anni debbano richiedere l'iscrizione nel Registro Federale dei Contribuenti, al fine di promuovere una cultura fiscale tra i giovani e facilitare il loro inserimento nel mercato del lavoro e una riduzione dell'aliquota IVA dal 16% allo 0% per assorbenti, tamponi e coppette mestruali.

La *resolución* – il cui scopo è quello di pubblicare annualmente, raggruppare e facilitare la conoscenza delle regole generali emesse dalle autorità fiscali su tasse, prodotti, benefici, contributi – della [Miscelánea Fiscal para 2022 y su anexo 19](#) è stata pubblicata sul DOF il **27 gennaio**.

IL CONTRASTO TRA MORENA E L'INE

Durante l'[audizione alla Camera dei Deputati del Consejero Presidente](#) dell'INE, tenutasi il **5 novembre**, Morena ha accusato l'Istituto Nazionale Elettorale di cercare di costituirsi come quarto potere e ha persino chiamato Lorenzo Córdova Vianello “¡traidor!” e “obsesivo demencial”. L'atteggiamento ormai tipo del Presidente nei confronti dell'organo elettorale e dei suoi rappresentanti (*Cfr. Cronache 1/2021, Cronache 2/2021*) ha caratterizzato, quindi, anche i deputati del partito presidenziale e i suoi alleati. Per quasi cinque ore, in quella che è stata la prima apparizione davanti alla plenaria di un Consigliere Presidente del Consiglio Generale dell'INE, i diversi gruppi hanno chiesto austerità all'organo elettorale, gli hanno rimproverato di arrogarsi poteri legislativi e Morena ha persino richiesto la dimissione immediatamente di Córdova Vianello. Il Consigliere ha invitato i legislatori a non tagliare i 3,83 miliardi di pesos richiesti per organizzare e realizzare il voto di revoca presidenziale. Inoltre, di fronte all'insistenza dei deputati di Morena e del PT affinché i consiglieri elettorali accettino una riduzione dei loro stipendi, Córdova ha ricordato che la stessa Camera aveva approvato una deroga per permettere ai consiglieri dell'INE di guadagnare più del Presidente.

CUENTA PÚBLICA 2019

Il **14 dicembre** la [Camera dei Deputati](#) ha approvato il parere relativo alla “*Cuenta de la Hacienda Pública Federal correspondiente al Ejercicio Fiscal 2019*”, chiedendone la pubblicazione nella [Gazzetta Ufficiale della Federazione](#) – avvenuta il **20 dicembre** – e la comunicazione all'*Auditoría Superior de la Federación* (ASF).

Il documento, approvato con 268 voti a favore, 221 contrari e due astensioni, stima che durante l'anno fiscale 2019 siano stati raggiunti gli obiettivi fiscali proposti, anche se vi è stato

un limitato dinamismo nell'economia. Aggiunge che il Conto Pubblico 2019 riflette un cambiamento nei programmi prioritari della politica sociale. In coordinamento con le priorità del governo federale e l'orientamento del Piano Nazionale di Sviluppo, si è osservata una ristrutturazione dei programmi sociali, favorendo i settori a basso reddito e i progetti d'investimento di carattere regionale accompagnati da una politica di controllo, austerità e disciplina nell'esercizio delle spese. Ritiene, inoltre, che il lavoro di *audit* realizzato dall'*Auditoría Superior de la Federación* relativamente al Conto Federale delle Finanze Pubbliche 2019 abbia rispettato i criteri di obiettività, regolamentazione e metodologia di selezione, analisi e presentazione.

CHIUSA DEL PERIODO ORDINARIO DEL SENATO

La [presidente del Senato](#), Olga Sánchez Cordero, durante la cerimonia di chiusura del periodo ordinario delle sessioni della camera alta, svoltasi il **15 dicembre**, ha evidenziato che si è trattato di un produttivo, in quanto sono state trattate 105 questioni legislative, tra cui due riforme costituzionali, sono state approvate sette leggi di nuova creazione, 79 riforme di varie ordinanze e 17 decreti. Allo stesso modo, sono state elaborate 21 pareri negativi e sei strumenti internazionali. Nel suo discorso, la presidente ha anche evidenziato la presentazione di quattro premi e l'approvazione di 381 nomine e ratifiche, il che, ha aggiunto, parla di un diverso tipo di lavoro che, anche se formalmente legislativo, comporta un lavoro politico e la valutazione dei profili coinvolti. Inoltre, ha evidenziato che sono stati approvati 121 pareri con punti di accordo, 26 accordi dell'Ufficio di presidenza e 54 della Giunta di Coordinamento politico (Jucopo).

Il [presidente del Jucopo](#), Ricardo Monreal, ha sottolineato che le questioni in sospeso lasciate da questo periodo ordinario sono state numerose, tra cui la legge per regolare la cannabis, la riforma costituzionale per vietare i matrimoni tra bambini – che sarà ripresa a gennaio, varie leggi su salute, finanza, cultura, benessere e istruzione.

GOVERNO

IL PACCHETTO ECONOMICO 2022

L'**8 settembre** il *secretario de Hacienda y Crédito Público*, Rogelio Ramírez de la O, ha consegnato alla Camera dei Deputati il [Pacchetto economico per il 2022](#), che mirava a consolidare la ripresa economica del paese dopo la pandemia da Covid-19 e ad affrontare le sfide associate alla disuguaglianza che ha causato, rispettando i principi di austerità, razionalità ed efficienza della spesa.

Le priorità della proposta erano i programmi sociali, la stabilità e la solidità delle finanze pubbliche e il sostegno ai progetti d'investimento regionali volti ad implementare lo sviluppo sociale. Dato il contributo del progresso delle vaccinazioni nel creare le condizioni per la ripresa economica, il bilancio di spesa prevedeva un aumento del 27,6% in termini reali della spesa della *Secretaría de Salud*, e per la funzione sanitaria, che raggruppava tutta la spesa pubblica in questo settore, la crescita prevista era del 15,1% in termini reali rispetto al 2021. Sono stati destinati 800 miliardi di pesos all'acquisto di vaccini e farmaci, alle cure mediche e alla crescita del personale sanitario per affrontare la pandemia. Per sostenere progetti regionali ad alto impatto, è stata proposta una cifra storica di quasi mille miliardi di pesos, o il 3,1% del prodotto interno lordo, mentre i governi locali, in base a quanto previsto nel Pacchetto, avrebbero

ricevuto più di 2 mila miliardi di pesos in spese federalizzate, un aumento del 4,9%. Queste misure sono state inserite con lo scopo di rafforzare gli Stati per permettergli di affrontare gli effetti della pandemia e sviluppare i propri progetti.

QUÉDATE EN MÉXICO

L'8 dicembre Messico e Stati Uniti hanno deciso di [riattivare il programma “Quédate en México”](#), nato sotto la presidenza Trump nel gennaio del 2019. Questo programma stabilisce che coloro che cercano rifugio negli Stati Uniti dovranno rimanere nel territorio nazionale messicano fino al completamento del processo relativo al loro status migratorio nel vicino paese. L'Istituto Nazionale delle Migrazioni messicano (INM) ha avvertito che non saranno accettate persone considerate vulnerabili, che non hanno una convocazione per presentarsi all'udienza presso il Tribunale dell'immigrazione nordamericano, o la cui domanda di rifugio non fosse già stata approvata. Sarebbe stato, inoltre, richiesto un documento relativo allo stato di salute dei richiedenti asilo che sarebbero rimasti nel paese, così come il loro certificato di vaccinazione da Covid-19.

Già il 2 dicembre, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM) hanno respinto il ripristino di questo controverso. In particolare, l'[UNHCR](#) ha sottolineato che le modifiche annunciate da entrambi i governi sono insufficienti per dare certezza e sicurezza a tutti i migranti trasferiti in Messico dopo aver chiesto asilo negli Stati Uniti.

PRESIDENZA

IL PRESIDENTE ATTACCA L'UNAM

Il Presidente Andrés Manuel López Obrador, in due *mañaneras*, il [21](#) e il [22 ottobre](#), ha espresso il proprio disappunto in quanto a sua detta l'Università Nazionale Autonoma del Messico (UNAM) sarebbe diventata, negli ultimi tempi, di destra dopo aver sottolineato però che tutte le istituzioni di istruzione superiore sono state sottoposte al pensiero neoliberale. Ha assicurato che non stava agendo in malafede, ma ha affermato che “sí se requiere una sacudida. Es una gran universidad, pero no estuvieron a la altura de las circunstancias, la crítica al neoliberalismo no surgió de la UNAM”. Ha anche sottolineato che il movimento giovanile “YoSoy132”, che si è manifestato nel contesto del processo elettorale del 2012, non era nato dall'UNAM, ma dall'*Universidad Iberoamericana*, un'istituzione privata, e che, di fronte a tutte le atrocità commesse durante il periodo neoliberale, il più grande saccheggio nella storia del Messico, l'UNAM non aveva giocato un ruolo fondamentale. Al contrario, molti accademici e intellettuali di questa Università si sarebbero dedicati a legittimare la privatizzazione, in quanto cooptati dall'ex Presidente Salinas de Gortari.

Le parole di AMLO hanno comportato l'ingresso nel discorso pubblico del tema dell'istruzione superiore e, in particolare, dell'UNAM e della sua autonomia, tanto che il [28 ottobre](#), durante una delle sue [conferenze stampa mattutine](#), il Presidente ha sostenuto che la sua critica all'Universidad Nacional Autónoma de México era rivolta al gruppo dominante che la “occupò” durante il periodo neoliberale e ha riconosciuto il merito dei suoi studenti, accademici e ricercatori. Il Presidente ha anche ribadito il suo rispetto per l'autonomia di questa istituzione, ma ha sottolineato la necessità che vi fossero dei cambiamenti significativi in questa università, che avrebbero potuto essere stimolati anche dall'interno.

ESECUZIONE DI PROGETTI E OPERE DI INTERESSE PUBBLICO

Il **22 novembre** il Presidente Andrés Manuel López Obrador, attraverso la *Secretaría de Gobernación*, ha pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Federazione un [accordo](#) che dichiara l'esecuzione di progetti e opere considerati di interesse pubblico e di sicurezza nazionale che sono considerati prioritari e/o strategici per lo sviluppo nazionale.

Questo decreto fa riferimento all'esecuzione di progetti di opere da parte del governo messicano associati alle infrastrutture relative a comunicazioni, telecomunicazioni, dogane, frontiera, acqua, ambiente, turismo, salute, ferrovie, energia, porti, aeroporti e a tutte quelle che per il loro scopo, caratteristiche, natura, complessità e grandezza sono rilevanti per lo sviluppo nazionale. Il decreto sottolinea che l'autorizzazione provvisoria – emessa dalle agenzie e dalle entità dell'amministrazione pubblica federale entro un massimo di cinque giorni lavorativi a partire dalla presentazione dell'autorizzazione corrispondente – sarebbe stata valida per 12 mesi dalla data del rilascio, durante i quali si dovrà ottenere l'autorizzazione definitiva, in conformità con le disposizioni applicabili.

IL MESSAGGIO PER I TRE ANNI DI GOVERNO DI AMLO

Il Presidente Andrés Manuel López Obrador nel suo [messaggio per i tre anni di governo](#), del **1 dicembre**, ha assicurato che molto presto finirà in Messico la crisi economica, ha affermato che grazie alle ingenti rimesse e alla distribuzione dei programmi sociali, che sono applicati dal basso, non vi è stata, nel paese, alcuna crisi dei consumi. Il Presidente ha spiegato che il suo ottimismo si basa su tre aspetti: il mancato ricorso al debito da parte del suo governo, il fatto che le entrate del tesoro pubblico non erano diminuite e pertanto sarebbe stato possibile mantenere le finanze pubbliche sane e sufficienti per continuare a promuovere la crescita e la creazione di posti di lavoro. E, infine, che ciò avrebbe permesso di continuare e completare le grandi opere pubbliche di questo governo – il Tren Maya, la nuova raffineria di Dos Bocas, due nuovi aeroporti, lo sviluppo dell'Istmo di Tehuantepec, la costruzione di autostrade, la promozione dell'estrazione di petrolio, la modernizzazione delle raffinerie e delle centrali idroelettriche, così come il salvataggio dell'industria elettrica nazionale – senza ricorrere all'indebitamento.

López Obrador ha dichiarato che il successo più importante era stato porre le basi per la trasformazione del paese. In questi tre anni, infatti, a detta del Capo dell'esecutivo, il suo governo avrebbe cambiato la mentalità del popolo, come non era mai avvenuto precedentemente, attraverso la rivoluzione delle coscienze. Il Presidente ha invitato il popolo a partecipare, il prossimo aprile, all'esercizio della revoca del suo mandato e ha affermato l'infondatezza della presunta militarizzazione del paese, sostenendo che le forze armate vengono dal popolo.

Infine, una menzione speciale in questo discorso lo hanno avuto le relazioni estere del paese, López Obrador ha evidenziato i legami del Messico con gli Stati Uniti e la sua partecipazione al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

UNA NUOVA CONTROVERSIA TRA LA PRESIDENZA E L'INE

Dopo che l'Istituto Nazionale Elettorale ha dichiarato, il **17 dicembre**, la sospensione delle procedure di organizzazione della consulta per la revoca del mandato (*Cfr. Elezioni*), il Presidente lo ha accusato di utilizzare il denaro come pretesto e nella [conferenza stampa](#) del **22 dicembre** ha sostenuto che i cittadini possono tenerlo, anche se i risultati non sarebbero

vincolanti. Ha anche sottolineato che, nel caso in cui i consiglieri elettorali avessero avuto informazioni su un suo basso livello di gradimento, sicuramente sarebbero già stati impegnati a promuovere la consultazione. Il Presidente ha evidenziato, inoltre, la possibilità di un licenziamento o sostituzione dei consiglieri per non aver svolto il compito costituzionale relativo al voto di richiamo, previsto per il 10 aprile, sostenendo che la democrazia è fatta dal popolo e non dall'apparato amministrativo. Ha sottolineato, inoltre, che di fronte a quelle che ha definito "tattiche dilatorie non molto serie" avrebbe aspettato la risoluzione della magistratura federale – alla quale appartiene il Tribunale Elettorale Federale – e della stessa società civile.

In fine, López Obrador ha evidenziato che la democrazia deve essere messa in pratica e, pertanto, non può essere rapita o subordinata a nessun gruppo o apparato burocratico. Proprio per tale motivo, ha proposto, nel caso in cui le denunce alla magistratura sull'operato dell'INE non avessero avuto successo, di formare un comitato di cittadini in ogni comune, formato da persone di indiscutibile onestà, in modo che tutti possano partecipare alla consultazione per l'eventuale revoca del suo mandato.

CORTI

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Il **7 settembre**, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha stabilito all'unanimità, con dieci voti, risolvendo l'*acción de inconstitucionalidad* 148/2017, l'[incostituzionalità di criminalizzare l'aborto](#), e per la prima volta si è pronunciata a favore della garanzia del diritto delle donne a decidere, senza affrontare conseguenze penali. La Corte ha dichiarato l'invalidità dell'articolo 196 del Codice Penale dello Stato di Coahuila, che stabiliva una pena detentiva per la donna che volontariamente praticava un aborto o per chiunque la avesse fatta abortire con il suo consenso, in quanto violava il diritto delle gestanti a decidere. La Corte Suprema ha sancito che il prodotto della gravidanza merita una protezione che aumenta nel tempo con il progredire della gravidanza. Tuttavia, ha specificato che questa protezione non può ignorare i diritti delle donne alla libertà riproduttiva. Pertanto, la Plenaria ha stabilito che la criminalizzazione assoluta dell'interruzione della gravidanza è incostituzionale. La SCJN ha esteso la sua decisione a parte dell'articolo 198, quando impediva alle donne di essere assistite dal personale sanitario in un aborto volontario, e dell'articolo 199 in quanto criminalizzava l'aborto e limitava la possibilità di abortire in caso di stupro, inseminazione o impianto artificiale dopo 12 settimane.

Dato che la sentenza ha ottenuto una maggioranza superiore a otto voti, quanto stabilito in essa è vincolante per tutti i giudici del Messico, sia federali che locali, che dovranno considerare incostituzionali le norme penali delle entità federali che criminalizzano l'aborto in modo assoluto, così come delle norme che non contemplano la possibilità di interrompere una gravidanza e di quelle che la prevedono come scusa assoluta, dato che in questi casi la condotta è classificata come reato, anche se non viene imposta alcuna sanzione.

Infine, la Corte ha invalidato la seconda sezione dell'articolo 224 del Codice penale locale, in quanto stabiliva una pena inferiore per il reato di stupro da parte di coniugi, conviventi e partner civili, rispetto alla pena prevista per lo stupro in generale, in quanto discriminatoria, soprattutto nei confronti delle donne.

Alla fine della sessione, il giudice presidente ha sottolineato che si è trattato di una decisione storica nella lotta per i diritti e le libertà delle donne, in particolare per le donne più vulnerabili.

Sulla stessa linea della decisione della SCJN appena trattata, il **9 settembre**, vi è stata un'ulteriore [sentenza](#) che ha invalidato la parte normativa dell'articolo 4° Bis A, sezione I, della Costituzione politica dello Stato di Sinaloa che stabiliva la protezione del diritto alla vita “desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley correspondiente, hasta su muerte”. La Plenaria ha considerato che le entità federali non hanno la competenza per definire l'origine della vita umana, il concetto di “persona” e la proprietà dei diritti umani, poiché questo corrisponde esclusivamente alla Costituzione Generale. Inoltre, la Corte ha considerato incostituzionale il tentativo di concedere lo *status* di persona all'embrione o al feto e, su questa base, di adottare misure che limitano il diritto all'autonomia riproduttiva delle donne e delle donne incinte. Per la Corte, non è ammissibile stabilire che l'embrione e il feto meritino la stessa protezione giuridica delle persone nate. Pertanto, ha affermato che i principali sforzi dello Stato per proteggere la vita in gestazione – come bene costituzionalmente prezioso – dovrebbero essere diretti a proteggere efficacemente i diritti delle donne e delle donne incinte assicurando, ad esempio, la continuità delle gravidanze desiderate, garantendo le cure prenatali; permettendo nascite sane e riducendo la mortalità materna.

Altra [sentenza](#) particolarmente significativa in questo ambito è stata quella del **21 settembre** in cui la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN) ha concluso l'analisi dell'articolo 10 Bis della *Ley General de Salud*, così come del secondo e terzo articolo transitorio del Decreto pubblicato l'11 maggio 2018, che aveva previsto in modo ampio l'obiezione di coscienza per il personale medico e infermieristico. La Plenaria in una sessione precedente aveva già stabilito che la legge non conteneva le linee guida e i limiti necessari affinché l'obiezione di coscienza potesse essere esercitata senza mettere a rischio i diritti umani degli altri, specialmente il diritto alla salute. Pertanto, aveva sancito l'invalidità degli articoli in questione. Al termine della discussione del 21 settembre, la Plenaria ha deciso di stabilire anche alcuni orientamenti minimi, sollecitando il Congresso dell'Unione a tenerne conto nella riforma della Legge in analisi.

Il **17 novembre** la Plenaria della SCJN, si è espressa su un tema completamente diverso ma notevolmente discusso in Messico (*Cfr. Cronache 1/2021; Cronache 2/2021*), ovvero l'estensione di due anni del mandato del Presidente della Corte Suprema, incarico ricoperto da Arturo Zaldívar, e dei consiglieri della magistratura. Nella [sentenza](#) la Corte ha dichiarato, all'unanimità, l'incostituzionalità del tredicesimo articolo transitorio del decreto del 7 giugno 2021 sulle riforme della giustizia federale, ritenendo tale estensione contraria agli articoli 97 e 100 della Costituzione, che stabiliscono le modalità di nomina e i termini del mandato del presidente della Corte Suprema e dei consiglieri, così come contraria ai principi di supremazia costituzionale, divisione dei poteri e autonomia e indipendenza giudiziaria. Pertanto, la Corte ha stabilito che tali funzionari avrebbero dovuto lasciare il loro posto secondo il termine originariamente stabilito al momento della loro nomina.

Il **23 novembre**, con un'ampia votazione, che ha superato di gran lunga la maggioranza qualificata dei 2/3 richiesta dalla Costituzione – considerando che ha ricevuto 92 voti a favore al primo turno e ne erano sufficienti 74 – l'accademica e giurista [Loretta Ortiz Ahlf è stata eletta](#) dal Senato come ministra della Corte Suprema di Giustizia della Nazione, ottenendo l'appoggio dei legislatori di tutte le forze politiche. La presidente dell'Ufficio di presidenza della camera alta, Olga Sánchez Cordero, ha affermato che si trattava di un giorno storico, poiché era stata eletta la quarta donna membro della SCJN e ha sottolineato come il Messico stesse trionfando nella lotta per l'uguaglianza, in quanto l'integrazione degli organi statali “no tiene por qué olvidar al género femenino”.

Il **22 dicembre** la [Comisión de Receso della Suprema Corte](#), corrispondente al Secondo Periodo

di Sessioni del 2021, ha accettato di ammettere la controversia costituzionale 224/2021 promossa dalla Camera dei Deputati del Congresso dell'Unione contro l'accordo approvato dall'Istituto Nazionale Elettorale (INE) in cui ha determinato di rinviare l'organizzazione del processo di Revoca del Mandato 2021-2022 (*Cfr. Elezioni*). Di conseguenza, l'INE è stato obbligato a continuare con l'organizzazione e lo sviluppo di tutte le attività previste per il processo di richiamo, fino alla sua conclusione. In tal modo, si favorisce la continuità di un esercizio democratico e civico. La SCJN ha evidenziato come il secondo paragrafo dell'articolo 29 della Costituzione stabilisca che i diritti politici non possono essere limitati o sospesi in modo generale, e quindi l'esecuzione dell'accordo INE mette a rischio l'esercizio tempestivo del diritto dei cittadini di decidere se revocare o meno il mandato.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Il **7 ottobre** [la Camera Superiore](#) del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación* (TEPJF) ha confermato le risoluzioni dell'Unità Tecnica di Revisione (UTF) dell'Istituto Nazionale Elettorale (INE) relative al procedimento amministrativo sanzionatorio in materia di revisione contabile contro il partito Morena, Pío Lorenzo López Obrador e altri.

La Camera Superiore ha respinto tutti gli argomenti presentati da Pío López Obrador per revocare le risoluzioni dell'UTF, così come la convocazione e la richiesta di informazioni al ricorrente, affinché l'indagine dell'organo di controllo dell'INE potesse continuare. Pío López Obrador ha sostenuto, tra le altre questioni, che i presunti fatti erano già prescritti dal 2018, quindi non era corretto che l'UTF li avesse ammessi e l'illegalità della prova costituita da una registrazione video. A questo proposito, il TEPJF ha considerato che lo scopo delle denunce non si limitava a considerare la presunta consegna di denaro come un atto illegale, ma a sollecitare l'autorità di controllo a indagare se era stato pagato a Morena, a qualcuno dei suoi candidati o li ha beneficiati in qualche modo nel contesto dei processi elettorali del 2018. Pertanto, ha stabilito che non vi era la piena certezza che i fatti fossero limitati al 2015 e che, in ogni caso, non potevano essere considerati prescritti al momento della presentazione delle denunce. Inoltre, per quanto concerne la determinazione della presunta illegalità delle prove il tribunale ha evidenziato che si trattava di una questione di analisi sostanziale, e pertanto non poteva essere invocata come motivo di inammissibilità.

Nel respingere le motivazioni presentate dal ricorrente, la Camera Superiore ha confermato le risoluzioni UTF contestate.

L'**8 dicembre** [la plenaria della camera superiore del Tribunale Elettorale](#) ha confermato la perdita della registrazione dei partiti *Fuerza por México*, *Encuentro Solidario* (PES) e *Redes Sociales Progresistas* (RSP) (*Cfr. Elezioni*), poiché non avevano raggiunto il 3% dei voti alle ultime elezioni. I magistrati, ad eccezione di Indalfer Infante Gonzales, hanno convenuto che la pandemia di Covid-19 non può essere una situazione straordinaria che potrebbe portare all'allentamento della norma costituzionale in materia, come richiesto dalle istituzioni politiche interessate.

AUTONOMIE

ESTADO DE CHIAPAS

Il **19 settembre** l'Esercito Zapatista di Liberazione Nazionale (EZLN) ha avvertito in un [comunicato](#) firmato dal Subcomandante Galeano, indirizzato al popolo del Messico, ai popoli

del mondo, alla *Sexta* Nazionale e Internazionale e all'Europa dal basso e alla sinistra, che il Chiapas era sull'orlo di una guerra civile. Nel comunicato l'EZLN ha sottolineato come il malgoverno di Rutilio Escandón stava facendo il possibile per destabilizzare lo Stato, ha accusato il presidente di “reprime con lujo de violencia a l@s normalistas rurales” e di sabotare gli accordi presi tra il sindacato democratico degli insegnanti e il governo federale, costringendo gli insegnanti a mobilitarsi radicalmente affinché questi accordi siano rispettati. Ha affermato, inoltre, che “le alleanze di Rutilio Escandón con i narcotrafficienti stavano costringendo le comunità indigene a formare gruppi di autodifesa, perché il governo non agiva per preservare la vita, la libertà e la proprietà degli abitanti” e che il governo del Chiapas non solo proteggeva le bande della droga, ma incoraggiava, promuoveva e finanziava i gruppi paramilitari come quelli che stavano attaccando continuamente le comunità di Aldama e Santa Martha.

ESTADO DE CHIHUAHUA

Il **17 dicembre**, la panista María Eugenia Campos Galván, governatrice dello Stato di Chihuahua, guidato ha comunicato che l'entità [lasciava l'Alleanza Federalista](#), formata lo scorso anno dal suo predecessore Javier Corral Jurado insieme ad altri governatori in opposizione a Morena (Cfr. *Autonomie, Cronache 1/2020 e ss.*), per tornare a partecipare alla Conferenza Nazionale dei Governatori (Conago) questo giovedì a Tabasco.

ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Il **29 ottobre** in una seconda votazione, il Legislativo Baja California ha approvato una serie di riforme per depenalizzare l'aborto fino a 12 settimane di gestazione. La decisione è arrivata dopo il voto su due iniziative. La [prima](#) era volta a riformare la Costituzione locale e rimuovere la clausola “vida desde la concepción” che non è stata approvata in quanto non ha raggiunto la maggioranza qualificata – erano presenti 23 legislatori, su un totale di 25, pertanto erano necessari 15 voti. La [seconda](#), che riforma il Codice penale della Baja California, così come la *Ley de Víctimas* y della *Ley de Salud*, che depenalizza l'interruzione della gravidanza fino a 12 settimane, è stato approvato a maggioranza semplice.

ESTADO DE NAYARIT

Il **5 dicembre**, con uno storico tasso di astensione dell'86,4%, si è tenuta [l'elezione straordinaria per un seggio del Senato corrispondente a Nayarit](#), vacante dal novembre 2020. La candidata dell'alleanza Morena, Partito Verde e PT, Rosa Elena Jiménez Arteaga, è risultata vincitrice con circa il 53% dei voti.

Questa elezione ha avuto luogo perché, nel luglio 2018, la Camera Regionale del Tribunale Elettorale di Guadalajara aveva determinato l'ineleggibilità della candidatura alternativa vincente, quella di Daniel Sepúlveda. Nel novembre 2020, il senatore Miguel Ángel Navarro ha chiesto un congedo a tempo indeterminato al fine di potersi candidarsi al governorato dell'entità, che ha vinto.

SEGUNDO INFORME DE LA CUENTA PÚBLICA 2020

Il **28 ottobre** nel *Salón Legisladores de la República* del Palazzo Legislativo di San Lázaro, il capo della *Auditoría Superior de la Federación* (ASF) ha presentato il [secondo rapporto sui risultati della revisione dei conti pubblici per l'anno 2020](#) ai coordinatori parlamentari dei diversi partiti. Il *segundo informe* riflette il disordine finanziario degli Stati: dei 12.252 milioni di pesos di

probabili recuperi di fronte alle irregolarità determinate dalla Corte dei conti federale (ASF), 10.480 milioni di pesos corrispondono ai governi locali. Gli stati con le maggiori anomalie nell'uso delle risorse federali sono stati Campeche, Sinaloa, Sonora, Michoacán, Coahuila, Chihuahua e Guerrero, che erano governati dal PRI, PAN e PRD al momento della revisione.



La nuova interpretazione illiberale della Costituzione come base per dichiararne l'incompatibilità con il diritto primario dell'Unione europea, nonché per affrontare in modo innovativo la crisi umanitaria al confine con la Bielorussia*

di Jan Sawicki**

La sentenza [K 3/21](#), del 7 ottobre 2021, con cui il Tribunale costituzionale è pervenuto al risultato inusitato di dichiarare l'incompatibilità con la Costituzione polacca di alcuni articoli del Trattato sull'Unione europea, costituisce solo il culmine di un lungo percorso di trasformazione dell'ordinamento interno paragonabile a una mutazione genetica sul piano politico e giuridico. Essa è cominciata nel 2015 con la conquista del potere esecutivo da parte del partito Diritto e giustizia (*Pravo i Sprawiedliwość* o PiS) e del Presidente della Repubblica Andrzej Duda, attivista di quel partito. I criteri di rinnovo delle cariche nel Tribunale costituzionale, con le basse maggioranze parlamentari richieste, hanno consentito nel giro di pochi anni di impadronirsi di fatto della totalità dell'organo, chiamato peraltro a custodire e interpretare una Costituzione, quella del 1997, cui i dirigenti del PiS sono sempre stati ostili, avendo votato contro di essa nel relativo referendum confermativo. Si è così creata una situazione per cui l'assenza di una maggioranza qualificata per modificare la Costituzione formale è stata compensata dalla facilità con cui si è potuto conquistare l'organo preposto a tutelarla, trasformandola di fatto in un documento largamente flessibile e pronò ad essere svuotato 'da dentro'.

Il caso accennato in esordio, il più eclatante probabilmente in decenni di 'dialogo' o confronto tra alte istanze giudiziarie nazionali e le due grandi Corti europee (CGUE e Corte EDU), conferma quanto sopra affermato meglio di qualunque altro. Esso è stato determinato infatti da un ricorso in via di azione dal Premier Mateusz Morawiecki come reazione a un'altra sentenza della Corte di giustizia (A.B. o [C-824/18](#)), resa su una domanda di pronuncia pregiudiziale della giustizia amministrativa statale. Tale sentenza, così come una successiva di luglio ([C-791/19](#)), vertono su questioni ormai cronicamente simili tra loro: in senso lato si tratta dell'indipendenza della magistratura giudicante, ma su un piano più specifico, al centro

*Contributo sottoposto a peer review.

** Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate

di queste ultime pronunce si erano venute a trovare la composizione dell'organo di 'autogoverno', il Consiglio nazionale della magistratura (KRS, *Krajowa Rada Sądownictwa*), così come la possibilità per alcuni giudici sconfitti nelle prove di selezione indette dallo stesso Consiglio per l'accesso a incarichi scoperti presso la Corte suprema (*Sąd Najwyższy*), di presentare ricorsi a tutela dei propri legittimi interessi. Si tratta di due argomenti su cui una sentenza del già conquistato Tribunale del 2019 ([K 12/18](#)) aveva attuato un paio di più o meno evidenti *revirements* rispetto a più risalenti sue decisioni le quali, invece, riconoscevano agli interessati quest'ultima facoltà e sancivano una composizione del Consiglio entro la quale i suoi componenti togati avrebbero dovuto essere selezionati tra i loro pari, con l'esclusione di un coinvolgimento politico-parlamentare come invece si è fatto dal 2017 in poi. Si dà il caso che si tratti di due aspetti assolutamente essenziali nell'economia delle ultime pronunce della Corte di Lussemburgo (ma anche di molte altre più risalenti), di modo che si può pacificamente affermare che ogni motivo di conflittualità tra l'ordinamento statale e quello europeo non sarebbe esistito in assenza di un mutamento giurisprudenziale interno, facendo perdere di significato pratico – almeno in queste specifiche vicende – ad ogni disputa sulla supremazia dell'uno o dell'altro ordinamento in caso di collisione inconciliabile e, di conseguenza, sui limiti alla sovranità nazionale o per converso ai poteri che uno Stato membro conferisce all'Unione europea in base ai Trattati e alla sua Costituzione nazionale.

Solo in parte diversamente si può collocare anche la successiva sentenza ([K 6/21](#)), del **24 novembre**, che ha portato a dichiarare contrastante con la Costituzione nientemeno che l'art. 6, primo comma, primo periodo, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (peraltro quasi testualmente coincidente con l'art. 45.1 della Costituzione nazionale, con il risultato di creare di fatto un'antinomia tra due regole quasi identiche). Questa decisione emessa a seguito di un ricorso del Procuratore generale nonché Ministro della giustizia, Zbigniew Ziobro, nonostante una [veemente memoria](#) in senso contrario del nuovo Commissario dei diritti civili (od ombudsman) Marcin Wiącek, ha preso le mosse dalla sentenza 4907/18 della Corte EDU (Prima sezione) nel caso *Xero Flor c. Polonia*, che ha rilevato l'illegalità dell'elezione di alcuni giudici dello stesso Tribunale costituzionale sotto il profilo della conformità al diritto a un giudizio reso da un tribunale indipendente costituito per legge, sancito appunto dall'art. 6 CEDU, ma anche con forti richiami al diritto interno (con un riferimento alla risalente sentenza K 34/15 del Tribunale costituzionale prima che questo fosse conquistato dall'attuale maggioranza politica). In ogni caso, l'asse portante del ragionamento svolto dal Ministro ricorrente – e condiviso dal Tribunale costituzionale – ruota intorno alla nozione di tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, che secondo l'art. 6 CEDU, soprattutto – verosimilmente – secondo un'interpretazione originaria e più restrittiva, era da riferirsi agli organi della giustizia ordinaria civile e penale e ai giudici comuni, mentre soltanto in virtù di una successiva giurisprudenza evolutiva avrebbe potuto essere estensivamente considerato come applicabile ad altri organi di giustizia o di garanzia in senso lato come una corte costituzionale. Invece, la dura risposta resa dal Tribunale costituzionale polacco lo scorso novembre intraprende un percorso interpretativo alquanto tradizionale – pur non privo di contraddizioni – all'esito del quale esso quale organo complessivamente inteso,

così come i suoi componenti, il loro status, le modalità della loro elezione, sono totalmente sottratti tanto alla Convenzione europea quanto, a maggior ragione, alla giurisdizione della relativa Corte, in quanto non risponderebbero alle caratteristiche generali di un organo di giustizia. Ciò a dispetto del fatto che il Tribunale costituzionale stesso, in Polonia, si pronunci anche su ricorsi individuali esperiti ai sensi dell'art. 79 della Costituzione – come peraltro è avvenuto nel caso che poi ha dato origine alla sentenza *Xero Flor c. Polonia* – e sulla base della premessa formalistica per cui proprio nel sistema polacco l'oggetto peculiare di un giudizio reso su ricorso individuale non è un concreto provvedimento giurisdizionale o amministrativo bensì la norma di legge che ne ha costituito fondamento, di modo che l'esito del giudizio non può consistere nell'annullamento diretto di quei provvedimenti ma tutt'al più nella revisione del procedimento che ne determinò l'applicazione. A nulla vale dunque il dato sostanziale che vi sia un legame diretto tra una decisione del Tribunale costituzionale e un diritto soggettivo (a torto o a ragione) vantato da un individuo: in Polonia il giudice delle leggi resta appunto un mero giudice del o sul diritto, né più né meno, e il suo ruolo non può essere ampliato fino a determinare le sorti di diritti soggettivi in capo a persone fisiche o giuridiche, restando quindi le sue decisioni insindacabili da ogni giurisdizione sovranazionale. Resta da rilevare la persistente rozzezza di uno stile e di un tono giudiziario che non riesce a trovare altro modo, per svincolare da qualche specifico obbligo l'ordinamento nazionale, che non sia quello che ne sancisca addirittura la più frontale e plateale incompatibilità al massimo livello, senza limitarsi a dichiarare *ultra vires* che cerchino almeno di salvare qualche apparenza di volontà di collaborazione.

A margine di questa conflittualità giudiziaria fatta di botte e risposte tra le giurisdizioni europee e la politica nazionale, che parla a sua volta attraverso la bocca di istanze giurisdizionali nelle quali si è insinuata e di cui si è in parte appropriata, si deve registrare una situazione di stallo per quanto attiene all'attuazione di un'ordinanza cautelare della Corte di giustizia dell'Unione europea, la C-204/21 R dello scorso 14 luglio. In estrema sintesi, tale ordinanza imponeva una volta di più la sospensione di ogni attività della nuova Sezione disciplinare istituita presso la Corte suprema, in quanto non indipendente per difetto di indipendenza dello stesso Consiglio nazionale della magistratura in composizione politicizzata a seguito delle riforme introdotte dal 2017 in poi. La Polonia decide di non ottemperare a questa pronuncia finendo per vedersi infliggere, il **27 ottobre**, una sanzione di ben [un milione di euro al giorno](#). La realtà interna è però più complicata. Negli ultimi mesi considerati, la maggioranza di destra che governa il Paese dalla fine del 2015 è venuta a spaccarsi in due fronti per quanto attiene allo scontro con l'Unione europea sulla giustizia e l'attuazione delle relative pronunce giudiziarie. Il Premier Mateusz Morawiecki, insieme al Presidente della Repubblica Duda, ritiene che i costi di questo scontro – ormai anche in termini strettamente finanziari, considerate sia le sanzioni sia il congelamento delle prime somme erogate nell'ambito del *Recovery Plan* – comincino a superare i benefici, comunque si vogliano intendere questi ultimi, e lasciano trapelare la disponibilità a sopprimere almeno la Sezione disciplinare come simbolo più evidente delle modifiche illiberali introdotte negli ultimi anni. Viceversa, il Ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, sempre più la punta di diamante di una piena *Polexit*, in questo

spalleggiato dal leader del PiS Jarosław Kaczyński, si dice pronto ad attuare la soppressione della Sezione disciplinare. Ma in un disegno di legge che pare già pronto, anche se non viene approvato dal Consiglio dei ministri né mai messo in discussione in Parlamento, pare che l'abrogazione di questa discussa istituzione sia solo parte di uno schema più generale di 'riforma della riforma' giudiziaria entro il quale l'intera Corte suprema sarebbe in prospettiva molto ridotta nella sua attuale composizione e nei poteri, al termine di un processo in cui tutti i suoi attuali membri – sia i 'vecchi' giudici sia i 'nuovi', selezionati dal Consiglio politicizzato – sarebbero sottoposti a un procedimento di verifica, non meglio precisato, ad opera dello stesso Consiglio della magistratura. Ciò significherebbe conferire al Consiglio, già ritenuto illegittimo nella sua attuale composizione da parte della CGUE, il potere di far decadere, mediante pensionamenti anticipati neanche legati a motivi di età come in precedenza, potenzialmente tutti i giudici entrati nei ranghi della Corte suprema negli anni precedenti, quando il funzionamento della giustizia in Polonia non suscitava preoccupazioni a livello europeo. Si crea così una situazione di stallo in cui il Premier e il capo dello Stato non hanno alcuna forza autonoma per approvare modifiche capaci di attenuare la contrapposizione con l'Europa, mentre il Ministro Ziobro, con il sostegno dietro le quinte di Kaczyński, potrebbe imporre una stretta legislativa ulteriore – magari camuffata nella forma di un'iniziativa parlamentare – ma incontrerebbe probabilmente un veto presidenziale insuperabile (come già accadde nell'estate del 2017). È difficile però spiegare in Europa che l'attuale stasi sia probabilmente migliore di un'ulteriore involuzione in peggio.

Fin qui gli sviluppi di questi mesi sul piano della contrapposizione della Polonia con l'Europa sul piano dello Stato di diritto. Ma il periodo è stato caratterizzato da ulteriori eventi di grande rilievo politico e costituzionale al tempo stesso. Il primo di questi, anche in ordine temporale, è quello che dalla fine dell'estate ha portato il Paese alla ribalta delle cronache internazionali, e si riferisce alla crisi umanitaria esplosa lungo il confine con la Bielorussia. Da fine agosto, infatti, in quest'area geografica si concentra un fenomeno migratorio inusuale proveniente dal medio oriente e dall'Asia, con voli appositamente organizzati fino a Minsk: con una probabilità che rasenta la certezza si tratta di un fenomeno istigato in persona dal Presidente bielorusso Lukashenko (e forse, ma senza alcuna prova al riguardo, incoraggiato da Mosca). Il Governo polacco, con moltissimi indizi, accusa infatti il regime bielorusso di orchestrare questo flusso migratorio – peraltro al momento su scala assai ridotta rispetto ad altri percorsi, non tale da superare le poche migliaia – illudendo le persone che ne sono parte di poter fare ingresso a partire dai confini orientali polacchi nel territorio dell'UE senza una base legale, con la conseguenza – gonfiata sul piano propagandistico – di usare questa forma di 'guerra ibrida' per mettere a rischio nientemeno che la protezione del territorio polacco, la sicurezza nazionale e di provocare una crisi migratoria paneuropea di dimensioni incontrollabili in prospettiva. Secondo questa ricostruzione, il regime bielorusso avrebbe inteso così vendicarsi per le sanzioni adottate dall'Unione europea, e fortemente caldegiate soprattutto dalla Polonia, a seguito delle elezioni presidenziali del 2020, sospette di pesanti brogli a favore dello stesso Lukashenko, e delle repressioni scatenate dallo stesso regime per tenere sotto controllo un movimento di protesta diffuso.

La crisi migratoria al confine polacco-bielorusso presenta aspetti complessi sul piano giuridico come su quello politico, sia dal punto di vista interno che da quello europeo. Per quanto riguarda considerazioni prettamente politiche, sul piano interno è appena il caso di rilevare l'opportunità che questa occasione ha offerto all'Esecutivo di risollevarle le proprie incerte sorti, usando e amplificando pericoli in grandissima parte fantasiosi di un'invasione aliena pericolosa per la pacifica convivenza nazionale, fino a evocare immagini del tutto improprie di una difesa del sacro suolo della patria dalla minaccia di un nemico immaginario. Nonostante tutto il peso enorme gettato dalla propaganda di Stato a favore di questa retorica, e un certo clima di psicosi artificiosamente alimentato almeno nelle prime settimane, a medio termine il ritorno di popolarità per l'Esecutivo pare, a dir molto, alquanto modesto. Sul piano esterno, l'enfasi quasi isterica posta sui pericoli del fenomeno ha coinvolto le autorità politiche dell'Unione europea, e tra i più importanti paesi membri soprattutto la Germania, con effetti in parte inaspettati. Mentre la precedente crisi migratoria proveniente soprattutto dal Sud del continente, esplosa nel 2015, sottopose la Polonia (insieme all'Ungheria, e in minor parte ad altri paesi) ad un fuoco di critiche per la mancanza di solidarietà mostrata in particolare nei meccanismi di allocazione di quote parte di immigrati, l'allarmismo esasperato dalle autorità polacche ha intimidito le voci critiche a livello propriamente eurounitario, mentre ha quasi irretito le posizioni ufficiali delle autorità della [Germania](#), vale a dire il Paese che verosimilmente sarebbe stato destinatario della maggior parte del flusso migratorio, tanto da impegnare l'Esecutivo uscente tedesco a [non accogliere rifugiati](#) dal confine polacco-bielorusso. Ciò in parte, forse, per un mutato atteggiamento della stessa opinione pubblica tedesca rispetto al fenomeno (nel contesto del cambiamento di Governo), e in parte per non sovraccaricare di ulteriori motivi di attrito i rapporti bilaterali con la Polonia che già per vari motivi attraversano una fase critica. In conseguenza di ciò, la linea politica sull'argomento è stata quasi integralmente monopolizzata dallo stesso Esecutivo polacco, nonostante le competenze dell'UE sui problemi migratori da paesi terzi siano forti sia sul piano normativo sia su quello operativo.

Sul piano giuridico la crisi migratoria ha prodotto un primo effetto nella dichiarazione dello stato di eccezione, proclamato dal Presidente della Repubblica Andrzej Duda con proprio decreto, emanato il **2 settembre**, su richiesta presentata dal Consiglio dei ministri, due giorni prima, ai sensi dell'art. 230 della Costituzione. Quest'ultima disposizione prevede una tale possibilità in caso di minaccia all'organizzazione dello Stato, alla sicurezza dei cittadini o all'ordine pubblico, e contempla la possibilità della sua introduzione anche solo su una parte del territorio dello Stato, come infatti avviene in questo caso, poiché la proclamazione si limita a soli 183 comuni ricompresi nei voivodati di Podlachia e di Lublino, lungo una linea di confine che misura 418 chilometri di lunghezza per una striscia larga 3 chilometri in media. Entro questo territorio, per tutta la durata dello stato di eccezione, è stato vietato tra l'altro organizzare riunioni o eventi pubblici, così come effettuare riprese o riprodurre immagini in ogni forma, portare armi, munizioni o materiale esplosivo di qualsiasi tipo, ma soprattutto è stata limitata a discrezione del comando delle guardie di frontiera la diffusione di notizie e informazioni di ogni tipo in merito alle operazioni effettuate. Quest'ultimo aspetto si è

dimostrato nelle settimane il più critico, perché ha consegnato di fatto nelle mani delle autorità bielorusse il monopolio dell'informazione soprattutto da parte di media di paesi terzi, cedendo a un regime compiutamente autoritario (e non solo illiberale) la facoltà di diffondere notizie ancor più tendenziose, e capaci di mettere la Polonia in una luce ancora peggiore di quella in cui si trova per limitazioni a diritti umani fondamentali (e non sono comunque mancate tragedie umanitarie per le pessime condizioni in cui versano i migranti, tragedie non ridotte nella gravità per il numero complessivamente limitato degli stessi). Lo stato di eccezione è stato introdotto per un periodo iniziale di trenta giorni, prolungato successivamente di altri sessanta (restando da questo punto di vista entro i limiti fissati dalla Costituzione). Un altro problema legale è quello della conformità al diritto internazionale, ma anche a quello interno (art. 56 della Costituzione) della prassi dei *pushback*, legittimata da una legge adottata dal Parlamento il **14 ottobre**.

I mesi autunnali del 2021 si concludono con almeno due altre vicende degne di rilievo. La prima è quella del rinnovato tentativo di porre fine alle trasmissioni del gruppo televisivo TVN, perlomeno del canale satellitare news TVN24, molto critico nei confronti del Governo, in base al pretesto della proprietà straniera del gruppo, da anni ceduta al colosso americano *Discovery*. Dopo l'enorme ritardo con cui la scorsa estate il Consiglio nazionale della radiofonia e televisione aveva rinnovato la licenza a TVN24, in Parlamento era stata incardinata una proposta di riforma dell'emittenza tale da privare delle necessarie licenze, con effetto retroattivo, le reti televisive di proprietà di soggetti estranei allo Spazio economico europeo (SEE), in modo da costringere *Discovery* a cedere le proprie quote a qualche gruppo, possibilmente nazionale e vicino all'Esecutivo, e così ricondurre anche questa emittente nel novero di quelle, sia pubbliche che private, che non sono disposte a impensierirlo con inopportune inchieste. La legge, respinta dal Senato il **9 settembre**, è stata riapprovata dal *Sejm*, con un voto a stretta maggioranza piuttosto inatteso, il **17 dicembre**, ma è stata di fatto definitivamente affondata dal rinvio operato dal Presidente Duda il **27 dicembre**, che il PiS non sarebbe in grado di superare essendo ben lontano dai tre quinti dei voti per farlo. La legge si è voluta fondare sul pretesto della difesa di interessi nazionali, in parte strizzando l'occhio a settori di estrema destra dell'opinione pubblica che vedono in TVN un veicolo per la diffusione di pericolosi valori liberaldemocratici, in parte poggiandosi sul rischio che in futuro altri gruppi esteri, magari di paesi autoritari o totalitari, possano rilevare quote di controllo di media operanti in Polonia. Sull'opposto piatto della bilancia, però, si collocano ovvie considerazioni di libertà di espressione del pensiero e di tutela del diritto di proprietà, che troverebbero nella Costituzione una protezione molto accentuata. In ogni caso, il veto di Duda, il quale ideologicamente non ha mai smesso di identificarsi con il partito di provenienza, è interpretato come un desiderio di affrancarsi dalla propria area politica ma probabilmente è anche il frutto di pressioni fortissime esercitate da quadri importanti dell'Amministrazione presidenziale americana di Biden (incluso il segretario di Stato Blinken), i quali non hanno esitato a lasciar intendere che la chiusura o la forzata cessione del gruppo TVN non avrebbe prodotto solo obblighi di risarcimento ma anche conseguenze politiche nei rapporti bilaterali (in una fase di crescenti tensioni soprattutto in Europa orientale). Ma per il PiS rimane aperta ancora una

strada: la possibilità per una frazione di suoi parlamentari di presentare un ricorso diretto di costituzionalità contro le norme legislative sulla radiotelevisione nella parte in cui non penalizzano sufficientemente gruppi come quello posseduto da *Discovery*. Si tratta di uno strumento di grande potenzialità, data la funzione effettiva attuale della giustizia costituzionale in Polonia e la notevole efficacia con cui essa viene perseguita. Anche la decisione del Presidente Duda, del resto, era attesa tra molte incognite: alcuni si aspettavano un ricorso preventivo al Tribunale costituzionale, come l'art. 122 della Costituzione gli avrebbe consentito di fare in alternativa alla promulgazione della legge o al veto. Ma Duda, più sensibile per ragioni personali ai rapporti con gli USA, può aver pensato che la strada del giudizio di costituzionalità fosse troppo rischiosa, e che in un momento decisivo i giudici tutti scelti dal PiS avrebbero potuto esprimere una decisione più favorevole alla sua componente parlamentare alla quale devono la propria elezione.

Il secondo evento di grande rilievo politico esplose nelle ultime settimane dell'anno, prima delle festività di Natale. Viene diffusa la notizia che qualche [esponente dell'opposizione](#), un importante avvocato vicino a personalità dell'opposizione, un pubblico ministero e diversi altri soggetti sarebbero stati oggetto di spionaggio con l'uso dello *spyware* Pegasus, di produzione della società israeliana NSO (nel caso dell'avvocato Roman Giertych sarebbe stato violato il segreto professionale). Pegasus in effetti rappresenta uno strumento di spionaggio particolarmente avanzato e insidioso, al punto da poter essere paragonato a un sistema d'arma, capace di inserirsi nel sistema operativo di diversi tipi di smartphone o altri strumenti elettronici, con la possibilità di effettuare ogni tipo di registrazione e di ripresa, anche al di fuori di qualsiasi conversazione ma nel pieno della vita privata, oltre che di effettuare operazioni di vario tipo (anche economico) all'insaputa del titolare dell'apparecchio. Non a caso la NSO ne venderebbe la licenza solo a Esecutivi di comprovata fede democratica. Esponenti del Governo in un primo momento negano che Pegasus sia a disposizione dei servizi, ma poi vengono [smentiti da Kaczyński](#) in persona che afferma che la tecnologia di spionaggio è in possesso dello Stato polacco fin dal 2019 allo scopo di fronteggiare minacce terroristiche e crimine organizzato transnazionale su larga scala. La tesi ufficiale è che forme di intercettazione sono sempre state autorizzate in modo proporzionale allo scopo e comunque con l'autorizzazione di un giudice competente per materia e per territorio, il che sembrerebbe smentire l'uso di Pegasus nei casi discussi, ma diventa sempre più difficile conciliare affermazioni di questo tipo con le attività ostili svolte su un certo numero di personalità, che sono provate in maniera incontrovertibile dal laboratorio *Citizen Lab* di Toronto. Le rivelazioni degli ultimi giorni del 2021 sono solo una prima anticipazione di ciò che si verrà a sapere in seguito.

PARLAMENTO

UNA LEGGE PER EFFETTUARE RAPIDI PUSHBACK

Il Parlamento approva in via definitiva il **14 ottobre** una legge per consentire al Governo e alla Guardia di frontiera di combattere più efficacemente l'immigrazione di massa alla [frontiera con la Bielorussia](#). In particolare, sarà più facile dal punto di vista amministrativo respingere una persona trovata ad attraversare illegalmente la frontiera; tali persone potranno presentare

ricorso contro l'espulsione al comandante della Guardia di frontiera, ma il provvedimento resterà esecutivo fino a decisione finale. In contrasto con il diritto internazionale, ma anche in dubbio rapporto con l'art. 56 della Costituzione, vengono inoltre semplificate le procedure volte a respingere domande di asilo presentate da persone che ne facciano richiesta dopo aver superato la frontiera, anche quando queste siano motivate da ragioni di persecuzione. La legge è (inutilmente) contestata dall'Ombudsman nazionale, dalla Commissione europea e dall'OSCE per non realizzare il giusto bilanciamento tra esigenze di sicurezza interna e rispetto dei diritti umani fondamentali.

DI NUOVO APPROVATA LA C.D. "LEX TVN"

Dopo l'opposizione del Senato, lo scorso agosto, il **17 dicembre** il *Sejm* torna ad approvare, a sorpresa e dopo una brevissima discussione notturna in commissione cultura e mass media, una controversa novella alla [legge sul sistema radiotelevisivo](#) che impone di cedere le proprie quote a tutti i soggetti operanti in detto sistema che abbiano la sede legale al di fuori dello Spazio economico europeo. La norma sembra avere carattere generale, ma in realtà tutti sanno che essa è finalizzata a obbligare (retroattivamente) il gruppo americano *Discovery* a cedere le proprie quote nell'azienda polacca TVN e in particolare nel canale all news TVN24, percepito come ostile al Governo e al PiS e vicina invece alle opposizioni, e in particolare alla Coalizione civica/Piattaforma civica. La rinnovata approvazione della legge dal Parlamento, stavolta definitiva, mette la Polonia in una posizione molto critica nei confronti degli Stati Uniti, mentre i suoi rapporti con numerosi paesi amici e alleati sono già in sofferenza per altri motivi (la legge è anche duramente criticata dalla [Commissione europea](#)). Si attende solo la parola finale del Presidente della Repubblica, Andrzej Duda.

GOVERNO

DAL CONFINE BIELORUSSO UNA MINACCIA PER TUTTA L'UE, SECONDO IL PREMIER MORAWIECKI

Il **6 settembre** il Premier Mateusz Morawiecki [difende al Sejm il decreto presidenziale sullo stato di eccezione](#), introdotto quattro giorni prima limitatamente a 183 comuni lungo i 418 chilometri del confine polacco-bielorusso. Morawiecki rivendica costantemente che la Polonia, con il recinto e lo schieramento di forze armate sulla frontiera, allo scopo di prevenire l'ingresso di alcune migliaia di immigrati soprattutto dall'Afghanistan e dal Kurdistan iracheno, difende non solo il suolo della patria polacca, ma anche l'intera Unione europea. Non esprime dubbi sul fatto che lo scenario migratorio sia "scritto a Mosca e a Minsk", evocando anche la possibilità di un collegamento con le [esercitazioni militari](#) russo-bielorusse *Zapad*.

IL PROGRAMMA "NUOVO ORDINE FISCALE"

Morawiecki presenta l'**8 settembre** la parte fiscale di un ampio programma governativo che va sotto lo slogan di ["nuovo ordine"](#) (*Nowy Ład*). Si tratta di un pacchetto di misure legislative, destinate a entrare in vigore nel 2022, che sotto l'aspetto considerato comporterebbero il completo esonero dall'imposta sul reddito delle persone fisiche per nove milioni di cittadini, l'innalzamento da 85.000 a 120.000 *złoty* annui (26.400 euro) della soglia minima di reddito a partire dalla quale si applica l'aliquota più alta del 32% (il sistema ne prevede solo un'altra al 17%), una facilitazione nell'accesso alla prima abitazione costruita in proprio se non destinata

a superare la superficie di 70 mq. Allo stesso tempo viene annunciata l'introduzione di un'imposta speciale sul reddito delle "grandi aziende", spesso frutto di investimenti esteri, di cui si afferma la necessità per fronteggiare l'evasione fiscale attribuita a questi operatori economici. I caratteri di questa imposta, e l'individuazione di quali aziende vi sarebbero sottoposti, non vengono però al momento specificati.

UNA POLEMICA LETTERA AI CAPI DI STATO E DI GOVERNO DELL'UE

Il **18 ottobre** viene resa pubblica dal Governo una lettera indirizzata dal Premier Morawiecki a tutti i capi di Stato e di Governo dell'Unione europea, ai Presidenti del Parlamento, della Commissione e del Consiglio europeo. La missiva, che anticipa un discorso assai più aspro nei toni tenuto il giorno successivo al Parlamento europeo, afferma che la Polonia intende restare un partner leale dell'UE, che rispetta il primato del diritto europeo, fatta salva la prevalenza della Costituzione che non può cedere neanche a quello. Il riferimento implicito ma evidente è alla recente sentenza nel caso K 3/21 del Tribunale costituzionale, resa su un ricorso dello stesso Morawiecki, che ha dichiarato l'incostituzionalità di alcuni articoli del TUE per come interpretati dalla Corte di giustizia nel senso di imporre alla Polonia un certo modello di organizzazione del giudiziario. Morawiecki rivendica una presunta continuità tra quest'ultima sentenza e altre, pronunciate nel 2005 e 2010 in riferimento ai rapporti tra ordinamento statale ed europeo, trascurando però come sia mutata nel contempo la politica dell'Esecutivo in tema di politica giudiziaria e come il Tribunale costituzionale stesso abbia avuto mutamenti di indirizzo sotto questo profilo. La lettera lamenta come di consueto un eccesso di potere da parte sia della Corte di giustizia sia degli organi politici dell'Unione, che vogliono imporre la propria visione del mondo *per fas et nefas*, superando le competenze spettanti all'UE in base al principio di attribuzione.

VERSO UN AUMENTO DELLE SPESE E DELLE STRUTTURE MILITARI

Il Vicepremier e presidente del comitato per la sicurezza nazionale e la difesa, Jaroslaw Kaczyński, e il Ministro della difesa Mariusz Blaszczak, presentano nel corso di una conferenza stampa il **26 ottobre** un disegno di legge di modifica organica del sistema della difesa nazionale, consistente di 720 articoli. Nel progetto, che però non viene ancora presentato in Parlamento, si prevede, giunti a regime, di elevare a 250.000 il numero di effettivi professionali nelle Forze armate nazionali, con 50.000 militari territoriali. Non è prevista la reintroduzione della leva militare, ma si vogliono incentivare le prospettive di carriera per coloro che intendono intraprendere questa carriera. Misure speciali sono previste per il rafforzamento della cybersicurezza.

CAPO DELLO STATO

PROCLAMATO LO STATO DI ECCEZIONE LUNGO LA FRONTIERA BIELORUSSA

Il Presidente Andrzej Duda emana il **2 settembre** il [decreto sullo stato di eccezione](#) – per crisi migratoria – lungo la frontiera polacco-bielorussa, richiesto alla fine di agosto dal Consiglio dei ministri. Il decreto, in vigore per 30 giorni, viene successivamente ratificato dal *Sejm*, e sarà ancora prorogato il **1 ottobre** per una durata terminale di altri 60 giorni.

IL 'VETO' PRESIDENZIALE SULLA LEGGE 'ANTI TVN'

Andrzej Duda annuncia il **27 dicembre** di aver deciso di rinviare al *Sejm* la legge contro il gruppo televisivo privato TVN recentemente approvata, in applicazione dell'art. 122, quinto comma, della Costituzione. Il superamento di questo rinvio, [detto 'veto'](#), è pressoché impossibile data la maggioranza richiesta di tre quinti dei voti, della quale il PiS, partito ostile al gruppo TVN non dispone. Il Capo dello Stato riconosce la difficoltà di fare un bilanciamento tra diversi interessi e principi in gioco, ma ritiene che debbano prevalere quelli volti alla tutela dei diritti acquisiti – che vieta in generale l'adozione di norme retroattive –, il diritto di proprietà e la libertà di espressione del pensiero. Si ritiene comunque che la decisione di Duda sarà causa di un notevole peggioramento dei rapporti con il suo partito di origine, al quale deve le due elezioni alla carica, nel 2015 e nel 2020, ma che al contrario possano migliorare le sue prospettive di ulteriore carriera internazionale al termine del secondo mandato presidenziale, e che questo sia il principale motivo della decisione (anche se alcuni considerano illusoria questa aspettativa).

CORTI

SONO (PARZIALMENTE) INCOSTITUZIONALI GLI ARTICOLI 1, 2, 4 E 19 DEL TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA

Dopo numerosi rinvii, fin dallo scorso luglio, il Tribunale costituzionale pronuncia la propria sentenza nella causa **K 3/21**, avviata a marzo 2021 dal Premier Morawiecki come reazione alle paventate conseguenze di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (C-824/18), su domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunale amministrativo supremo polacco (NSA). La sentenza, cui fa seguito una [durissima reazione della Commissione europea](#), accoglie pienamente tutti i rilievi formulati dal Premier e addirittura li aggrava, nel senso che ritiene sostanzialmente *ultra vires* ogni intromissione dell'Unione europea nei poteri statali di disciplina dell'ordinamento giudiziario ma lo fa in modo antitetico rispetto a tutte le decisioni di corti costituzionali o supreme di altri Stati membri quando hanno elevato i propri controlimiti. Anziché ignorare pronunce della CGUE in base a un'argomentazione *ultra vires*, ne accoglie formalmente il contenuto, accettando di considerarle tali da complementare il contenuto testuale di alcune disposizioni del TUE, e dichiara illegittimi, per contrasto con la Costituzione nazionale, gli articoli del TUE così come interpretati e integrati dalla CGUE. In attesa di conoscere le motivazioni (insieme a due opinioni dissenzienti annunciate), si può solo supporre che esse confermeranno il testo del lunghissimo ricorso presentato da Morawiecki, incluso il richiamo alle risalenti sentenze **XYZ** dello stesso Tribunale costituzionale – prima che esso fosse conquistato da forze originariamente ostili alla stessa Costituzione del 1997 – nelle quali si era affermato da un lato il primato indiscusso della Costituzione nazionale anche sul diritto europeo eventualmente primario, dall'altro l'assoluta improbabilità che un caso di contrasto del genere si potesse verificare, data la piena compatibilità tra i due ordinamenti (in particolare in uno di questi due casi era in discussione il Trattato di Lisbona). Secondo il Governo ricorrente, le numerose sentenze che hanno riconosciuto la non conformità al diritto europeo di gran parte della riforma polacca del giudiziario degli ultimi anni – in particolare alcune misure disciplinari, la politicizzazione dei criteri di elezione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) e l'istituzione di due nuove Sezioni presso la Corte suprema – non solo oltrepassano i poteri che gli Stati membri hanno attribuito all'UE con i trattati, ma pretendono di instaurare in Polonia un sistema giudiziario che è contrario nel merito al diritto costituzionale interno, con questo realizzando in concreto ciò che nel 2010 era stato evocato come ipotesi astratta e improbabile,

vale a dire una collisione tra i due ordinamenti. Ma nel far questo, l'Esecutivo – e il Tribunale costituzionale che gli dà ragione – trascura un paio di mutamenti giurisprudenziali interni, tra il 2017 e il 2019, in tema di elezione dei membri togati del KRS e di possibilità di ricorrere per i candidati sconfitti nelle prove di selezione per la Corte suprema, e sono proprio questi due cambiamenti legislativi – e gli *overruling* giurisprudenziali che li hanno legittimati – ad aver acceso un conflitto mai sanato con l'UE. Un [comunicato](#) rilasciato a margine della sentenza, inoltre, imputa alla Corte di giustizia europea di emettere decisioni formalmente normative, creative del diritto, e minaccia di conseguenza di poter annullare le stesse decisioni per il futuro.

ANCHE LA CONVENZIONE EUROPEA SUI DIRITTI DELL'UOMO È INCOSTITUZIONALE

Il **24 novembre** è la volta della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ad essere dichiarata [incostituzionale](#) (sent. [K 6/21](#)), sia pure con una sentenza – su ricorso stavolta del Ministro della giustizia Ziobro – che contesta un'interpretazione fornita dalla Corte EDU dell'art. 6 della Convenzione stessa, secondo la quale tale disposizione, concernente il diritto soggettivo a un giudice indipendente, imparziale e costituito per legge, sarebbe da applicarsi anche allo stesso Tribunale costituzionale polacco, la cui indipendenza è ora contestata dalla Corte di Strasburgo. Le pronunce al riguardo di quest'ultima Corte, al contrario, sono da considerarsi del tutto *ultra vires* secondo il Tribunale costituzionale, e in ogni caso anche quando esso si pronuncia, sia pure raramente, su ricorsi individuali, non lo fa mai per casi singoli e non è mai da ritenersi una giurisdizione civile né penale, un requisito necessario secondo un orientamento restrittivo in origine prevalente anche a Strasburgo. In ogni caso l'art. 6 CEDU coincide quasi testualmente con l'art. 45 della Costituzione polacca.



Incremento del potere esecutivo e fragilità del Premier: il paradosso del Governo Johnson*

di Giulia Caravale**

Il rapporto [*The Constitution in Review First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group*](#), pubblicato il **7 settembre** dall'*United Kingdom Constitution Monitoring Group* - un gruppo indipendente che, ogni sei mesi, presenterà un resoconto sull'evoluzione costituzionale del Regno Unito - ha criticato il Governo Johnson e il suo approccio alle riforme. Il rapporto ha espresso viva preoccupazione per i cambiamenti che l'Esecutivo sta apportando alla Costituzione Britannica, sia attraverso l'introduzione di nuove riforme, sia tramite il consolidamento di prassi che sembrano tutte andare nella direzione del rafforzamento del potere esecutivo. Come abbiamo avuto modo di evidenziare nelle precedenti *Cronache costituzionali dall'estero*, gli obiettivi politici del Premier Johnson sembrano convergere verso il potenziamento del Governo, e soprattutto del ruolo di Primo Ministro, la riduzione degli spazi di intervento del Parlamento e delle Corti e l'imposizione di un nuovo centralismo per arginare il processo centrifugo attivato dalla *devolution*. Molte sono state le riforme discusse o annunciate in questi ultimi mesi, come il *Dissolution and Calling of Parliament bill*, il *Judicial Review and Courts Bill*, la riforma dello *Human Rights Act*, il *Subsidy Control bill*, il *Police, Crime Sentencing and Courts Bill*, l'*Elections Bill*, il *Nationality and Borders Bill*, l'*Online Safety Bill* che appaiono assolutamente in linea con questi obiettivi.

Sotto il profilo del rafforzamento dell'Esecutivo, emblematiche risultano, poi, le conclusioni dei rapporti, entrambi pubblicati il **24 novembre**, da due Comitati parlamentari dei Lords. Il *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*, nel report [*Democracy Denied? The Urgent Need to Rebalance Power Between Parliament and the Executive*](#), ha criticato la "potentially serious threat to a cornerstone of our constitution — effective parliamentary scrutiny of legislation. Based upon Committee reports since its inception in 1992 and covering pre- and post-Brexit and the COVID-19 pandemic, we highlight a disturbing trend in the way in which bills are framed with the effect that they often limit or even avoid appropriate legislative scrutiny. We have concluded that it is now a matter of urgency that Parliament should take stock and consider

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore ordinario di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

how the balance of power can be re-set”. Il *Secondary Legislation Scrutiny Committee*, dal canto suo, nel rapporto [Government by Diktat: a Call to Return Power to Parliament](#), ha segnalato l’incremento dei poteri dell’Esecutivo a seguito della *Brexit* e della pandemia, auspicando un “re-set afresh” dell’equilibrio tra poteri. Nella sostanza si continua a denunciare che il controllo parlamentare su cui si fonda la forma di governo è stato fortemente compromesso dalla *Brexit* e dalla pandemia a causa della dilatazione del potere normativo dell’Esecutivo e dell’impossibilità pratica del Parlamento di riuscire ad esercitare adeguate forme di scrutinio.

Sotto il profilo, invece, dell’affermazione di un nuovo centralismo e della limitazione della *devolution* si segnala, in primo luogo, il *Subsidy Control bill* che è stato discusso dai Comuni e approvato il **13 dicembre** e che ora è all’esame dei Lords. Il *bill* disciplina una materia, quella degli aiuti di Stato, che era fortemente condizionata dalla normativa europea e, sulla scia dell’*Internal Market Act 2020*, attribuisce a Londra il potere di intervenire, allo scopo di garantire uniformità e di non alterare la libera concorrenza, in ambiti riservati ai Governi devoluti. Tale disegno di legge, ovviamente, è osteggiato dai Governi di Scozia e Galles che lo considerano un’ulteriore restrizione dei loro poteri. Il Governo britannico ha respinto le accuse e ritenuto che la legge conferirà maggior potere di controllo alle nazioni devolute rispetto al passato. Si ricorda che il Governo gallese aveva presentato ricorso contro la legge del 2020, ma questo era stato respinto nell’aprile 2021, poiché era stato considerato prematuro. L’Esecutivo gallese è ricorso in appello e la causa sarà discussa nei primi mesi del prossimo anno.

Un’interpretazione della *devolution* più restrittiva rispetto al passato è stata espressa in questi mesi anche dalla Corte suprema, la quale, il **13 ottobre**, ha dichiarato alcune disposizioni di due *bills* scozzesi - approvati, ma non ancora promulgati - al di fuori delle competenze dell’Assemblea. La sentenza, di cui parleremo in modo più approfondito in seguito, ha giudicato “incondizionata” la sovranità di Westminster, evidenziando così i limiti dei poteri delle Assemblee devolute. Infine, un ulteriore segnale della volontà di centralizzazione del potere può essere colto nell’istituzione, nel rimpasto governativo di **settembre**, di un nuovo Dicastero, il *Department for Levelling Up, Housing and Communities* guidato da Michael Gove, a cui è stata trasferita dal *Cabinet Office* la responsabilità dei rapporti intergovernativi nel Regno. L’obiettivo del *levelling up*, che è divenuto uno dei principali propositi del Governo conservatore e il cui slogan sembra aver ormai sostituito il *Get Brexit done!* degli anni passati, mira a ridurre le differenze tra le diverse zone del Paese. In un primo momento il programma si limitava solo alle parti economicamente meno sviluppate dell’Inghilterra, ora invece si estende anche a Scozia, Galles e Irlanda del Nord con la conseguenza di dilatare il controllo del Governo centrale sui territori devoluti.

Che il momento sia delicato e alta sia l’attenzione sul programma di riforme del Primo ministro appare evidente anche dal fatto che, proprio al fine di monitorare gli effetti e le conseguenze delle novità introdotte da quando Johnson è Premier, il **19 ottobre** il *Public Law Project* ha deciso di avviare un [UK constitutional reform tracker](#), in collaborazione con il *Bingham Centre for the Rule of Law*, il *Bonavero Institute of Human Rights*, il *Constitution Unit*, l’*Institute for Government*, e l’*UK Administrative Justice Institute*. Merita ricordare che uno degli impegni previsti nel *manifesto* presentato dal partito conservatore alle elezioni del dicembre 2019 era stato

l'istituzione di una *Commission on the Constitution, Democracy and Rights* che avrebbe avuto il compito di coordinare le diverse innovazioni costituzionali. Tuttavia, il Governo, complice forse anche l'emergenza pandemica, ha scelto di non istituirla e di procedere portando avanti separatamente le diverse modifiche.

Dal contesto ora delineato emerge tuttavia un paradosso. A fronte delle riforme e delle prassi che stanno conducendo verso un rafforzamento dell'Esecutivo, in questi mesi il Governo Johnson è apparso invece fragile, privo di una guida salda e non sempre all'altezza, anche morale, del compito chiamato a svolgere. Nel quadrimestre preso in esame molti sono stati, infatti, i momenti di difficoltà vissuti dall'Esecutivo, momenti che non hanno causato una crisi di governo solo grazie alla maggioranza solidissima su cui si fonda l'Esecutivo ai Comuni, ma che non hanno impedito di avviare una discussione sul futuro politico del Premier. Alcuni analisti hanno evidenziato come il Primo ministro, raggiunto l'obiettivo della *Brexit*, ha ormai esaurito il suo compito e dovrebbe dimettersi.

I problemi per Johnson sono iniziati subito dopo la pausa estiva quando il Premier, venendo meno all'impegno assunto nel *manifesto* elettorale, ha annunciato che avrebbe aumentato le imposte al fine di finanziare il servizio sanitario nazionale messo a dura prova dall'emergenza Covid. La notizia ha suscitato molto clamore e proteste interne alla maggioranza, anche perché uno dei principali slogan scelti da Boris Johnson, e dimostratosi vincente, durante la campagna referendaria del 2016 per convincere i cittadini a votare per il *Leave* era stato proprio quello per cui i soldi risparmiati dal Paese, una volta fuori dall'Europa, sarebbero stati investiti nel servizio sanitario nazionale. Nonostante l'opposizione interna, la misura - che prevede un incremento della tassazione pari al 1,25% dello stipendio per tutti i lavoratori a partire dal mese di aprile 2022 - è stata approvata con 319 Sì e 248 No, con una sessantina di deputati conservatori contrari. L'opposizione interna non è riuscita a bloccare l'aumento, ma ha invece spinto il Premier a fare marcia indietro e a ritirare il già annunciato piano che avrebbe portato all'introduzione del passaporto vaccinale per accedere ai locali e partecipare ai grandi eventi a partire dal **1 ottobre**.

Le critiche all'operato del Premier sono proseguite anche nei mesi successivi: un ulteriore cambio di programma è stato quello annunciato il **1 ottobre** dal Governo che si è visto costretto, a differenza di quanto previsto, a concedere, fino a marzo, visti di emergenza a lavoratori stranieri per contenere la scarsità di benzina e di beni alimentari nel Regno determinata dalle nuove regole introdotte dalla *Brexit*.

Ma lo scandalo che ha messo maggiormente in difficoltà l'Esecutivo è stato quello legato alla gestione del caso di *sleaze* che ha coinvolto il deputato conservatore Owen Paterson, accusato di aver svolto attività di lobby per due società di cui era consulente, approfittando della propria posizione di deputato. Il termine "sleaze" nel linguaggio corrente britannico è usato per definire l'immoralità politica e i casi di corruzione e di scandali nella vita pubblica. Molti episodi di questo genere erano esplosi nel 1994 ed avevano suscitato una diffusa richiesta da parte dell'opinione pubblica britannica di colpire i responsabili e di definire "standards di comportamento" per la vita dei ministri, dei parlamentari e dei funzionari pubblici. L'allora Premier Major aveva deciso di creare un comitato indipendente sotto la guida di Lord Nolan,

che esaminasse la condotta dei politici e presentasse raccomandazioni per garantire *the highest standards* nella vita pubblica. Il primo rapporto del Comitato Nolan aveva evidenziato la necessità di imporre a parlamentari, ministri e funzionari pubblici codici di comportamento basati sui principi di altruismo, integrità, obiettività, responsabilità, trasparenza, onestà e carisma. Da allora il *Committee on Standards in Public Life* ha continuato a lavorare e a presentare rapporti, l'ultimo dei quali all'inizio di **novembre**, [Upholding Standards in Public Life Final report of the Standards Matter 2 review](#) che, dopo 25 anni dal *Nolan Report*, propone di aggiornare i principi in esso contenuti.

Oltre al *Committee on Standards in Public Life* nel 1995 era stato istituito un *Parliamentary Commissioner for Standards* dei Comuni e uno *Standards and Privileges Committee*, il quale, nel 2013 è divenuto il *Committee on Standards*.

L'indagine che ha portato alle dimissioni del deputato conservatore Owen Paterson era iniziata nel 2019 per la presunta violazione dell'*House of Commons Code of Conduct* ed era stata condotta da Kathryn Stone, *Parliamentary Commissioner for Standards*. Quest'ultima, il 16 luglio 2021, aveva ritenuto che “Mr Paterson’s breaches of the lobbying were so serious and so numerous that they risked damaging public trust in the House and its members. They create the impression that companies with money at their disposal can pay Members of Parliament to lobby for their benefit” e aveva presentato le proprie osservazioni sul caso all'*House of Commons Committee on Standards*. Il Comitato parlamentare il **26 ottobre** aveva presentato il proprio rapporto [Mr Owen Paterson](#) proponendo la sospensione del deputato da 30 sedute di lavori parlamentari. Il Comitato ha ritenuto che Paterson avesse “repeatedly failed to perceive his conflict of interest and used his privileged position as a Member of Parliament to secure benefits for two companies for whom he was a paid consultant”. Secondo le regole introdotte nel 2015 per il *recall* dei deputati, tale sospensione avrebbe consentito di attivare la procedura di *recall* e di indire nuove elezioni nel collegio.

Non è la prima volta che i deputati o i ministri sono accusati di comportamenti scorretti e di violazione del codice di condotta. Ciò che ha reso più grave questo episodio è stata la discutibile scelta del Premier di schierarsi dalla parte di Paterson, costringendo i deputati del suo partito a votare un emendamento introdotto da Andrea Leadsom che avrebbe portato alla creazione di un nuovo Comitato, presieduto dal conservatore John Whittingdale, con il compito di riesaminare il giudizio del *Committee on standards*. La votazione si è tenuta ai Comuni il **10 novembre** e, anche in questo caso, è stata approvata grazie alla forte maggioranza su cui può contare il partito, con 250 voti a favore e 232 contrari. Molti MPs conservatori hanno deciso di ribellarsi all'imposizione del Premier e Andrew Bowie si è dimesso dalla carica di vice *chairman* dei *Tories* in segno di protesta. La votazione è stata occasione di un acceso dibattito e di uno scontro in Parlamento, dove si sono sollevate grida di vergogna nei confronti dell'Esecutivo. Dopo la *bagarre* esplosa a Westminster, il Premier è stato costretto ad una nuova marcia indietro che ha portato Paterson a dimettersi ed ha aumentato i malumori tra i conservatori per la maldestra gestione della vicenda. L'episodio ha avuto due conseguenze immediate: i laburisti, dopo anni, sono riusciti a superare i conservatori nei sondaggi e le

elezioni suppletive del collegio lasciato libero da Paterson, dove negli ultimi 200 anni avevano pressoché sempre dominato i *Tories*, sono state vinte dalla candidata liberal democratica.

I problemi del Premier sono proseguiti anche nei mesi successivi, caratterizzati da polemiche sempre relative al comportamento suo e dei Ministri giudicato troppe volte al di sopra delle regole da loro stessi imposte. Così le presunte violazioni delle direttive del *lockdown* introdotte lo scorso anno per organizzare momenti di svago ed incontri negli uffici del Governo hanno portato alle dimissioni del segretario di Gabinetto Simon Cave, incaricato dal Premier di indagare sulla vicenda. A questo si è aggiunto lo scandalo della mancata dichiarazione da parte del Premier di una donazione al partito usata per ristrutturare il suo appartamento di *Downing street*.

L'epilogo si è avuto il **14 dicembre**, giorno che ha segnato la più grande rivolta dei deputati conservatori da quando Johnson è Premier, contro la proposta di introdurre il c.d. *Covid pass* per cercare di contrastare la pandemia. Il voto sul [*Health Protection \(Coronavirus, Restrictions\) \(Entry to Venues and events\) \(England\) Regulations 2021*](#), regolamento emanato ai sensi della sezione 45R del *Public Health (Control of Disease) Act 1984*, ha registrato l'opposizione di 99 deputati conservatori, tanto che la misura è passata con 369 voti a favore e 126 contrari solo grazie al sostegno del partito laburista, favorevole al provvedimento. Questa approvazione ha spinto il **18 dicembre** Lord Frost, negoziatore per la *Brexit* e Ministro per la *Brexit*, a dimettersi dal Governo in polemica con il Premier e con le sue scelte politiche, anche di fronte ad uno stallo dei negoziati per la modifica del Protocollo sull'Irlanda del Nord.

Alla fine dell'anno molti analisti si interrogano sul punto di arrivo della parabola del Premier, mentre alcuni parlamentari conservatori avrebbero già inviato la richiesta di dimissioni del Premier a Sir Graham Brady, *chairman* del *1922 Committee*.

I primi mesi del 2022 saranno perciò cruciali per comprendere il destino politico di Boris Johnson.

ELEZIONI

BYELECTIONS

Il **2 dicembre** si sono tenute le elezioni suppletive nel collegio di *Old Bexley and Sidcup* dovute alla scomparsa, il **7 ottobre**, del deputato conservatore James Brokenshire. Si trattava di un seggio considerato sicuro per i Conservatori ed, infatti, il candidato *tory* Louie French è stato eletto, sconfiggendo il laburista Daniel Francis. Tuttavia, rispetto alle politiche del 2019, la percentuale di voti a favore del partito è diminuita del 13,06%. Un risultato condizionato senza dubbio dagli scandali degli ultimi mesi e dalla controversa leadership del Premier, fattori comunque che in questa occasione non sembrano essere stati tali da minare la tenuta elettorale del partito.

La volatilità dell'elettorato britannico, il peso degli scandali e il cambio rapido degli equilibri politici sono apparsi, invece, più evidenti il **16 dicembre** in occasione delle elezioni suppletive del collegio di *North Shropshire*, dovute alle dimissioni del deputato conservatore Owen Paterson, dopo le accuse di corruzione. Anche in questo caso si trattava di un seggio sicuro, in

cui i *Tories* hanno sempre vinto fin dalla sua istituzione nel 1834, con la sola eccezione del 1904. Paterson, nel 2019, aveva ottenuto il 62,7% dei consensi. In questa occasione, invece, la candidata liberal democratica Helen Morgan ha vinto con il 47,14% dei voti sul candidato conservatore che si è fermato al 31,59%. Il candidato laburista ha ottenuto solo il 9,68%.

Gli analisti politici hanno evidenziato come l'unico modo per evitare alle prossime elezioni una nuova vittoria dei Conservatori potrebbe essere un accordo di desistenza in alcuni seggi tra i Laburisti e i Liberal democratici.

BOUNDARY REVIEW

E' attualmente in corso un processo di ridefinizione dei collegi elettorali ad opera delle quattro *Electoral Commissions* nazionali, processo reso necessario per i cambiamenti della popolazione e per le nuove regole introdotte nel 2020 in merito all'omogeneità dei collegi. Tale processo porterà ad un aumento delle circoscrizioni inglesi a discapito di quelle scozzesi (che saranno due in meno) e gallesi (che saranno otto in meno). Nessuna modifica, in termini di numero, è prevista per le circoscrizioni nord irlandesi.

L'*Electoral Commission* per l'Inghilterra aveva presentato le proprie proposte già a giugno. In questi mesi sono state pubblicate le proposte delle altre: a **settembre** quelle della Commissione per il Galles e ad **ottobre** quelle per la Scozia e il Nord Irlanda. Le proposte sono state poi oggetto di una fase di consultazione pubblica.

La procedura di revisione dei collegi elettorali dovrà essere pronta per il prossimo appuntamento elettorale previsto per il maggio 2024. Secondo le nuove regole introdotte nel 2020 il Parlamento non sarà chiamato ad approvare la configurazione delle nuove *constituencies*.

PARTITI

CONFERENZE DI PARTITO

Tra **settembre** e **ottobre** si è tenuto il consueto appuntamento con le conferenze di partito, che quest'anno si sono svolte in presenza. I Laburisti, riuniti a Brighton dal **25 al 29 settembre**, hanno approvato la riforma proposta da Starmer sulle elezioni del leader, proposta che era stata contestata dalla vice Rayner. La nuova modalità attribuisce un peso maggiore ai deputati nella scelta del leader prevedendo per ogni candidato il sostegno non più del 10%, ma del 20% dei deputati. Starmer avrebbe voluto far approvare un sistema di elezione simile a quello in vigore fino al 2014, che prevedeva l'attribuzione dell'elettorato attivo per 1/3 ai deputati, 1/3 ai *local members* e 1/3 ai sindacati. Poiché tale progetto non avrebbe ottenuto il sostegno della conferenza, Starmer ha preferito appoggiare l'altro che è stato sostenuto dal 53,7% dei voti.

La conferenza ha anche deciso di dare il via ad un'inchiesta per indagare sulle accuse di razzismo interne al partito. Keir Starmer, nel suo lungo discorso, ha attaccato il Premier evidenziando gli errori di questo, ma ha anche preso le distanze dal suo predecessore Corbyn e dalla sua politica, giudicata priva di concretezza. In relazione alla Scozia il leader ha sottolineato la necessità di mantenere integro il Regno Unito.

Il partito conservatore si è riunito, invece, a Manchester dal **3 al 6 ottobre**. Il tema principale e il mantra ripetuto costantemente è stato quello del "levelling up". Si tratta infatti di uno dei principali obiettivi del Governo conservatore che mira a ridurre le differenze tra le diverse zone del Paese. Un obiettivo che, secondo i detrattori, appare in linea con la volontà del Premier di ridurre la *devolution* e aumentare il controllo del centro sulla periferia. Boris Johnson ha difeso

la scelta di aumentare le tasse per sostenere l'incremento delle spese del servizio sanitario nazionale dovute alla gestione della pandemia.

RESHUFFLE DEL GOVERNO OMBRA

Il **29 novembre** il leader laburista Starmer ha operato un rimpasto nel suo Governo ombra nominando, tra gli altri Yvette Cooper *shadow home secretary* e David Lammy *shadow foreign secretary*. Questi cambiamenti sono dovuti anche alle modifiche interne al Governo Johnson. Si ricorda che Starmer aveva già introdotto alcune novità nella struttura del suo Esecutivo ombra a maggio scorso dopo i deludenti risultati delle elezioni amministrative.

PARLAMENTO

DISSOLUTION AND CALLING OF PARLIAMENT BILL

Il [Dissolution and Calling of Parliament Bill](#) 2021 presentato il 12 maggio è stato approvato ai Comuni il **13 settembre** e poi è passato all'esame dei Lords. Il disegno di legge abroga il *Fixed-term Parliaments Act* 2011 e ripristina la prerogativa regia dello scioglimento anticipato, esclude l'intervento delle Corti in materia e fa partire il conto dei cinque anni della durata ordinaria della legislatura dalla prima riunione dell'Assemblea.

Molto interessante il dibattito politico e dottrinario sollevato dalla riforma (di cui si dà conto in modo più approfondito in G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, pubblicato in questo numero della Rivista) relativo sia alla possibilità di ripristinare una prerogativa regia precedentemente abrogata, sia all'opportunità di vietare per legge l'intervento delle Corti in materia di scioglimento anticipato.

Si ricorda che il *Select Committee on the Constitution* dei Lords ha pubblicato il rapporto [Dissolution and Calling of Parliament Bill](#) il **19 novembre**. Al rapporto ha fatto seguito il **13 dicembre** la risposta dell'Esecutivo [Government Response to the Lords' Constitution Committee Report – Dissolution and Calling of Parliament Bill \(Sixth Report of Session 2021-22\)](#).

ELECTIONS BILL

Un ulteriore *bill* governativo che in questi mesi ha suscitato dibattito ed interesse è l'*Elections Bill* presentato nel mese di luglio. Si tratta di un disegno di legge destinato a introdurre alcune novità nella legislazione elettorale di contorno del Paese e di "protect our electoral system for the future, with new measures to make it even more transparent, tackle intimidation and prevent foreign interference".

Il *bill*, che ha iniziato la seconda lettura il **7 settembre**, introduce – tra l'altro - l'obbligo di presentarsi al seggio muniti di un documento di identità, una riforma che ha sollevato clamore e proteste sulla scia delle polemiche che stanno investendo alcuni Stati negli USA. Anche nel Regno Unito, infatti, una riforma in tal senso è considerata dai detrattori come un tentativo dell'Esecutivo di introdurre misure che potrebbero dissuadere dal recarsi alle urne soprattutto i cittadini delle fasce più deboli della popolazione, limitando di fatto il loro diritto di voto. In modo particolare Cat Smith, *shadow minister for democracy* del partito laburista, ha affermato che: "The Conservative government's elections bill is a brazen attack on our democracy and the freedom of people to organise politically". Anche la *Electoral Reform Society* ha criticato questo aspetto della riforma proprio perché nel Regno Unito, al pari di quanto avviene negli USA, solo le fasce più agiate della popolazione possiedono un passaporto o una patente.

Il disegno di legge mira poi a ripristinare il voto dei cittadini britannici che risiedono all'estero con l'abrogazione della perdita del diritto di voto attualmente fissata dopo 15 anni di residenza fuori dal Paese. Si tratta di una riforma ispirata al principio che è stato definito nel *manifesto* conservatore come il "votes for life".

Controversa è anche la disposizione che prevede la ridefinizione delle competenze dell'*Electoral Commission*, l'organismo che svolge un ruolo essenziale nel controllo delle elezioni e delle spese in campagna elettorale. L'indipendenza di tale Commissione è garantita dal fatto che è stata istituita da una legge, è sottoposta al controllo parlamentare da parte dello *Speaker's Committee on the Electoral Commission*, dal *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni e dai Parlamenti devoluti. La proposta invece prevede l'introduzione di uno 'strategy and policy statement' del Governo che fisserà le priorità strategiche e politiche relative alle elezioni o ai referendum a cui la Commissione dovrà adeguarsi. Una novità che, secondo il partito laburista, finirà per minare l'indipendenza della Commissione e aprirà la strada ad un pericoloso conflitto di interessi. La riforma proposta non tiene conto delle raccomandazioni avanzate sul punto dal rapporto *Regulating Election Finance: report* pubblicato a luglio dal *Committee on Standards in Public Life*.

Il disegno di legge, inoltre, prevede nuove sanzioni per il reato di intimidazione di un candidato o di coloro che svolgono campagna elettorale, nuove regole in materia di voto per posta e per procura, di ineleggibilità e di finanziamenti delle campagne elettorali. Il *bill* interviene anche a regolamentare meglio le c.d. "notional expenditure" le spese sostenute da un partito in campagna elettorale per fare pubblicità priva di qualsiasi indicazione di voto nei confronti di un particolare candidato. La normativa attuale, risalente al *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, prevede limiti di spesa in campagna elettorale diversi per candidati e partiti. Questa distinzione continuerà ad essere presente, ma la normativa deve essere adeguata alla differente realtà in cui si svolgono ora le campagne elettorali e quindi allo sviluppo della tecnologia e dei social media, sviluppo che ha contribuito a sfumare sempre di più la divisione tra campagna locale e nazionale.

Un emendamento governativo introdotto durante l'esame ai Comuni ha poi modificato il sistema elettorale *Supplementary Vote*, fino ad ora usato per eleggere i sindaci e i *Police and Crime Commissioners* sia in Inghilterra che in Galles, con il *First Past the Post*, un sistema che risulta preferito dagli elettori.

Il disegno di legge riguarda anche Scozia e Galles e quindi prevede il consenso dei Parlamenti devoluti. Questi ultimi, tuttavia, hanno affermato che lo negheranno se non saranno introdotte modifiche.

DRAFT ONLINE SAFETY BILL

Un altro disegno di legge in esame in questi mesi in Parlamento è il *draft Online Safety Bill* il quale, presentato a maggio, è stato sottoposto ad una procedura particolare, vale a dire l'esame di un Comitato bicamerale costituito ad hoc, il *Joint Committee on the draft Online Safety Bill*. Il disegno di legge presentato in *draft* è una prima attuazione dell'*Online Harms white paper* pubblicato ad aprile 2019.

Pur rappresentando un primo passo verso una regolamentazione del settore, molti commentatori hanno osservato che il *bill* non sembra fornire una risposta adeguata al grave problema della disinformazione, dell'influenza e del condizionamento della rete sul corretto funzionamento del sistema democratico, soprattutto in occasione delle elezioni. Si tratta di questioni che erano state già evidenziate, con estrema chiarezza e lucidità, dall'*House of Lords Democracy and Digital Technologies Committee* nel rapporto pubblicato nel 2020.

Il **14 dicembre** il *Joint Committee on the draft Online Safety Bill* ha presentato il suo rapporto [Draft Online Safety Bill](#) che contiene ben 127 raccomandazioni. Nel rapporto il Comitato ha rimarcato come “Self-regulation of online services has failed” e ha evidenziato la necessità di reimpostare il *bill* rendendolo più comprensibile. Prioritaria è infatti l’esigenza di intervenire a regolamentare il settore con regole più rigide per gli operatori anche attraverso l’introduzione di nuovi reati legati alle violazioni che possono essere compiute sulla rete.

SUBSIDY CONTROL BILL

Il *Subsidy Control Bill* presentato il 30 giugno in Parlamento è stato in questi mesi oggetto di esame da parte dei Comuni dove è stato approvato il **13 dicembre** e inviato all’esame dei Lords. Si tratta di una riforma necessaria a regolamentare un settore, quello degli aiuti di Stato, che era fortemente condizionato dalla normativa europea. Il *bill* attribuisce a Londra il potere di intervenire, allo scopo di garantire uniformità e non alterare la libera concorrenza, in ambiti finora riservati ai Governi devoluti.

Il nuovo *bill*, sulla scia dell’*Internal Market Act 2020*, rafforza il ruolo del Governo centrale a discapito di quelli di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. In proposito si ricorda che l’articolo 52 dell’*Internal Market Act* aveva riservato al Regno Unito la gestione dei sussidi. La nuova normativa prevede che gli aiuti di Stato dovranno essere compatibili con una serie di “principi di controllo delle sovvenzioni” (elencati nell’Allegato 1 del disegno di legge) e che dovranno tenere conto degli effetti che potrebbero avere anche nel resto del Paese. In altre parole gli aiuti concessi alla produzione in una nazione non dovrebbero mai recare detrimento, in termini di concorrenza, all’analoga produzione che proviene da altre zone del Paese. Ne consegue che i ministri del Governo del Regno Unito potranno opporsi agli aiuti concessi in una nazione e deferire la questione ad un tribunale appositamente costituito.

Il nuovo regime attribuirà quindi all’Esecutivo un incremento di potere di controllo sulle sovvenzioni attribuite dai Governi devoluti introducendo di fatto un vincolo anche al potere legislativo dei Parlamenti di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Come abbiamo detto nell’introduzione il *bill* è considerato una minaccia per la *devolution*, al pari dell’*Internal Market Act 2020*, che tra l’altro ha attribuito al Governo britannico un ampio potere di spesa nelle materie di competenza delle nazioni.

JUDICIAL REVIEW AND COURTS BILL

Il *Judicial Review and Courts Bill*, presentato ai Comuni a luglio, ha iniziato la seconda lettura il **26 ottobre**. Il disegno di legge, a differenza delle aspettative e dei timori, non prevede una riforma radicale della materia e attribuisce alle Corti il potere di emanare, in determinati casi, *suspended quashing orders* e *prospective only remedies*. Il disegno di legge, poi, interviene per abrogare il principio introdotto nella sentenza *R (Cart) v The Upper Tribunal [2011] UKSC 28* la quale aveva impedito al giudice dell’*Upper Tribunal* di esaminare un ricorso del tribunale di primo grado.

I *quashing orders* sono uno strumento previsto nel *common law* e riconosciuto anche nella sec. 29 del *Senior Courts Act 1981* (un tempo erano noti come *orders of certiorari*). Si tratta di ordini attraverso cui le Corti annullano un atto regolamentare di un ministro o di una pubblica autorità ritenuti illegittimi. Con la nuova legge i giudici – a loro discrezione – potranno, invece, emanare ordini che non annullano immediatamente l’atto regolamentare, dando tempo al Governo di intervenire, o che limitano gli effetti retroattivi dell’annullamento.

POLICE, CRIME, SENTENCING AND COURTS BILL

Il *Police, Crime, Sentencing and Court bill* approvato dai Comuni a luglio è stato, in questi mesi, esaminato dai Lords. La rapidità di esame del *bill* alla *House of Commons* aveva suscitato numerose polemiche per la mancanza di adeguato scrutinio da parte della Camera bassa di un disegno di legge che appare di estrema rilevanza per l'ampiezza e l'eterogeneità dei temi che va a disciplinare. Inoltre il Governo, il **5 ottobre**, ha deciso di inserire, direttamente ai Lords, alcuni emendamenti, tra cui l'introduzione di nuovi reati legati alle manifestazioni politiche, sollevando immediate proteste da parte delle opposizioni.

RETAINED EU LAWS

L'*European Union (Withdrawal) Act 2018* aveva creato una nuova categoria di fonti, le *Retained EU laws* che comprende tutta la normativa di derivazione europea trasformata in normativa interna a seguito dell'uscita dall'Unione. Una categoria che manteneva uno *status* differente rispetto alle altre leggi a motivo della peculiare derivazione. Tali norme possono essere modificate direttamente dagli atti regolamentari dei Ministri per consentire l'adeguamento alla realtà fuori dell'Europa. Il Governo, tramite Lord Frost, il **16 settembre** ha comunicato di voler introdurre ulteriori modifiche alle *Retained Eu Laws* per consentire una più facile abrogazione o modifica di questi atti. L'annuncio ha suscitato preoccupazione perché potrebbe condurre ad un ulteriore incremento del potere normativo dell'Esecutivo, privo di adeguato controllo parlamentare.

COVID AND THE CRIMINAL LAW REPORT

Il *Justice Committe* della Camera dei Comuni ha presentato in Parlamento il **24 settembre** il rapporto [Covid-19 and the criminal law](#). Si tratta di un interessante rapporto sull'impatto della pandemia per il sistema di giustizia penale. Il Comitato ha auspicato che, in futuro, il Parlamento svolga un ruolo più rilevante nella definizione dei nuovi reati legati alla violazione delle normative emergenziali e che il Ministero della Giustizia vigili maggiormente sulle nuove fattispecie di reato introdotte. Ha inoltre sollecitato il Governo a procedere con l'istituzione di una *UK Health Security Agency* che affronti l'esame dell'efficacia dei nuovi reati previsti dalle misure introdotte per contrastare la pandemia per la concreta protezione della salute pubblica.

CITIZEN'S ASSEMBLY ON DEMOCRACY

Le esperienze di democrazia partecipativa sono sempre più diffuse nel Regno Unito e si realizzano anche attraverso le Assemblee dei cittadini. Per sei fine settimana dal **18 settembre** al **12 dicembre**, nell'ambito del progetto *Democracy in the UK after Brexit* organizzato dal *Constitution Unit*, si è riunita la [Citizens' Assembly on Democracy in the UK](#) composta da 74 cittadini selezionati in modo da essere un campione rappresentativo del Paese per genere, età, classe sociale, residenza, etnia, convinzioni politiche e religiose.

Obiettivo dell'Assemblea è stato quello di riflettere sul modello di democrazia del Regno Unito e sul ruolo che, secondo i cittadini, devono rivestire Governo, Parlamento, Corti.

OMICIDIO DI DAVID AMESS

Particolare sgoamento ha sollevato l'omicidio del deputato David Amess avvenuto il **15 ottobre**, mentre incontrava i suoi elettori nel collegio. Il responsabile, un giovane britannico di origini somale, già noto all'anti terrorismo, è stato arrestato.

Il grave episodio ha colpito profondamente e ha sollecitato una riflessione sul ruolo del parlamentare, sul rapporto con gli elettori, sulle fragilità della democrazia, sull'odio diffuso in rete.

PARLAMENTO E PANDEMIA

Nel mese di **settembre** le attività parlamentari sono riprese principalmente in presenza, con alcune eccezioni consentite esclusivamente per i deputati più fragili.

Alla Camera dei Lords le votazioni si svolgono ora tramite un'applicazione che può essere usata comunque solo all'interno del palazzo e non più da remoto, con la conseguenza di aver ridotto il numero dei partecipanti al voto. La maggior parte delle riunioni dei Comitati parlamentari però continua a svolgersi a distanza o in modalità ibrida.

COVID REPORT

Il **12 ottobre** è stato pubblicato il rapporto [Coronavirus: Lessons learned to date](#), frutto del lavoro congiunto del *Health and Social Care Committee* e del *Science and Technology Committee*, composti da deputati di tutti i partiti presenti in Parlamento. I Presidenti delle Commissioni sono i conservatori Jeremy Hunt, ex ministro della Salute, e Greg Clark per la Scienza

Il lungo rapporto ha criticato soprattutto la gestione delle prime fasi della pandemia da parte del Governo Johnson, che è stata giudicata il peggior disastro della storia della sanità del Paese, dato che molte vite avrebbero potuto essere salvate se ci fosse stato un intervento più tempestivo da parte dell'Esecutivo. Il rapporto ha valutato, infatti, in modo negativo soprattutto la strategia del Governo, all'inizio del 2020, di non intervenire con misure di chiusura per cercare di raggiungere l'immunità di gregge. Mentre un plauso è stato rivolto all'efficace campagna vaccinale intrapresa dalla fine del 2020.

In considerazione del c.d. "four nations approach" alla pandemia il rapporto si è concentrato soprattutto su quanto avvenuto in Inghilterra. Non sarà l'unica inchiesta sulla gestione della pandemia, dato che il Premier, nei mesi scorsi, aveva accolto la richiesta delle opposizioni e promesso l'avvio di un'inchiesta pubblica che prenderà il via a partire dalla primavera del 2022.

HOUSE OF LORDS

Tra le misure introdotte nel marzo 2020 per contrastare la pandemia c'era stata la sospensione delle elezioni suppletive per i pari ereditari alla Camera dei Lords. La sospensione era stata prorogata diverse volte fino alla primavera del 2021, quando si era deciso di introdurre il voto elettronico per facilitare le operazioni di voto. Cinque i posti che erano nel frattempo divenuti vacanti, dovuti alle dimissioni o alla scomparsa di alcuni Lords, le cui elezioni si sono tenute tra giugno e luglio.

A seguito poi della scomparsa del laburista Lord Simon si sono tenute nuove elezioni suppletive il **9** e il **10 novembre**, sempre tramite il voto elettronico. Lord Simon era uno dei 15 Lords eletti dall'intera Assemblea, con il voto singolo trasferibile. Il suo successore, l'ottantatreenne Lord Hacking, era uno dei Pari che avevano perso il seggio con la riforma del 1999.

In questi anni sono stati diversi i disegni di legge non governativi presentati per abrogare le *by-elections* dei Lords ereditari, ma nessuno di questi è stato approvato.

L'**8 dicembre** alla Camera dei Lords si è tenuto un interessante dibattito sul tema [Who runs the House?](#). Come noto la Camera dei Lords è "self-regulating", tanto che, ad esempio il *Lord Speaker* presiede i lavori della Camera senza, però, governare l'andamento delle sedute. Egli

non ha poteri di controllo sulle procedure parlamentari analoghi a quelle del suo omologo ai Comuni, non esercita alcuna autorità nei riguardi dei suoi colleghi e, infine, non ha il potere di selezionare gli emendamenti presentati ai disegni di legge. Dal dibattito è emersa una limitata conoscenza delle procedure e del funzionamento della Camera da parte dei suoi componenti.

UK-EU PARLIAMENTARY PARTNERSHIP ASSEMBLY

Con la mozione votata dalla Camera dei Comuni il **6 dicembre** e dalla Camera dei Lords l'**8 dicembre**, il Parlamento di Westminster ha approvato la composizione della rappresentanza di Londra all'*UK-EU Parliamentary Partnership Assembly* (PPA) organo previsto dall'articolo 11 del *Trade and Cooperation Agreement* che si riunirà due volte l'anno. Dell'organo faranno parte 35 rappresentanti di Westminster (21 dei Comuni e 14 dei Lords) e 35 del Parlamento Europeo. Molti deputati avevano richiesto che la delegazione britannica fosse composta non solo tenendo conto della distribuzione dei partiti in Parlamento, ma anche della provenienza territoriale, in modo da rappresentare le quattro nazioni. Tuttavia il Governo ha precisato che saranno i partiti a scegliere chi farà parte della delegazione senza vincoli di provenienza geografica.

La delegazione del Parlamento europeo si è riunita per la prima volta il **9 dicembre**, ed è stata presieduta da Nathalie Loiseau.

GOVERNO

RESHUFFLE

Il **16 settembre** il Premier ha operato un rimpasto nel suo Esecutivo nel quale, tra l'altro, ha nominato come *foreign secretary* Liz Truss al posto di Dominic Raab. Si tratta della prima donna a ricoprire questo incarico. Raab non è stato escluso dal Governo dato che è divenuto il nuovo Ministro di giustizia e vice Premier. Secondo i *rumors* riportati dalla stampa Raab si sarebbe opposto a tale cambiamento, ma l'ex Ministro degli esteri era stato criticato per il modo in cui si era svolto il ritiro dall'Afghanistan e per essere rimasto in vacanza in Grecia durante i giorni della presa di Kabul.

Michael Gove è stato nominato alla guida del nuovo *Department for Levelling Up, Housing and Communities* (DLUHC) il quale condividerà con il *Cabinet Office* la responsabilità dell'attuazione delle riforme in materia costituzionale.

La nuova squadra, secondo il Premier, dovrebbe consentire di ripartire dopo la pandemia, ravvivare e rilanciare il Governo la cui popolarità sembra ridotta.

REVISIONE DELLO HUMAN RIGHTS ACT 1998

Fin dal *manifesto* elettorale del 2010 il partito conservatore ha proposto la revisione dello *Human Rights Act* 1998. Si tratta di un obiettivo condiviso dal Premier Johnson che nel dicembre dello scorso anno aveva dato il via ad un *Independent Human Rights Act Review* presieduto da Sir Peter Gross.

L'*Independent Human Rights Act Review* ha pubblicato il suo lungo [rapporto](#) il **16 dicembre**. Contestualmente Dominic Raab, Ministro della giustizia, ha avviato una fase di consultazione che si concluderà ai primi di marzo su [Human Rights Act Reform: A Modern Bill Of Rights A consultation to reform the Human Rights Act 1998](#).

Nei prossimi mesi sarà possibile delineare meglio i contorni della riforma. Per ora i punti su cui sembra volersi concentrare l'attenzione del Governo sembrano essere: il rafforzamento del

ruolo del Parlamento, del suo potere legislativo e del *Joint Parliamentary Committee on Human Rights*; la prosecuzione del dialogo tra le Corti britanniche e la Corte di Strasburgo; il potenziamento del ruolo della Corte suprema del Regno Unito e in generale delle Corti nazionali a cui consentire di intervenire nelle cause relative ai diritti umani seguendo la tradizione di *common law* del Paese e delle altre nazioni appartenenti alla stessa famiglia giuridica; l'individuazione dei diritti considerati particolarmente radicati nella tradizione e nella cultura del *common law* inglese, come il *freedom of speech* o il *trial by jury* e il loro inserimento in un *British Bill of Rights* che, pur mantenendo l'elenco dei diritti presenti nella convenzione dei diritti dell'uomo, ne rafforzi alcuni.

Merita precisare che la riforma non è considerata necessaria da tutti. Lo stesso rapporto dell'*Independent Human Rights Act Review* ha evidenziato come non sia indispensabile introdurre una modifica e la *Law Society* ha invitato il Governo a prevedere una riforma solo se spinta da ragioni sostanziali e non politiche. La presidente Stephanie Boyce ha voluto evidenziare che la modifica non appare indispensabile dato che: "The powers government purports to introduce for the most part already exist. British judges deliver British justice based on British laws".

BREXIT

Mentre le trattative per la modifica del Protocollo dell'Irlanda del Nord, di cui parleremo in seguito, sono proseguite in questi mesi senza pervenire ad un accordo, il Governo il **16 dicembre** ha pubblicato i dettagli del *free trade deal* con l'Australia e il **22 dicembre** ha [annunciato](#) di aver raggiunto con l'Unione europea l'accordo annuale sulla pesca per il 2022.

CORTI

LA CORTE SUPREMA INTERVIENE SU DUE *BILLS* APPROVATI DAL PARLAMENTO SCOZZESE

Il **13 ottobre** la Corte suprema con il caso [United Nations Convention on the Rights of the Child \(Incorporation\) \(Scotland\) Bill Reference](#) è intervenuta su due disegni di legge che erano stati approvati nel mese di marzo dal Parlamento scozzese, l'*United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill* e l'*European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland) Bill* e ha dichiarato alcune disposizioni al di fuori delle competenze dell'Assemblea. In modo particolare le sezioni 19 (2) (a)(ii), 20(10)(a)(ii), 21(5)(b)(ii) dell'*UNCRC Bill*, perché contrarie alla *section 28(7)* dello *Scotland Act*. La *section 6* dell'*UNCRC Bill*, perché al di fuori delle competenze dell'Assemblea di Edimburgo. La Corte ha, poi, giudicato gli articoli 4(1A) e 5(1) dell'*European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland) Bill* contrari alla *section 28 (7)* dello *Scotland Act*.

La principale violazione individuata è stata, dunque, quella dell'articolo 28 (7) dello *Scotland Act 1998* il quale ribadisce il principio della sovranità di Westminster: esso afferma, infatti, che l'istituzione di un Parlamento in Scozia, dotato di competenza legislativa primaria, non circoscrive in alcun modo "the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland". Dunque le leggi del Parlamento scozzese non possono limitare il potere di Westminster di legiferare per la Scozia.

Il giudizio rappresenta uno dei casi più importanti di intervento della Corte suprema in materia di *devolution* perché, tra l'altro, torna sul tema della differenza tra la sovranità del Parlamento di Westminster e quella di Holyrood. Come abbiamo detto nell'introduzione, la

Corte sembra fornire un giudizio più restrittivo rispetto al rispetto alla giurisprudenza precedente in merito all'interpretazione delle leggi per la *devolution* e al riconoscimento di quello che la Corte ha definito come un 'unqualified power', un potere incondizionato, del Parlamento di Westminster di emanare leggi per la Scozia.

In questi anni la giurisprudenza della Corte suprema ha aiutato a comprendere e definire i caratteri della *devolution* e spesso ha riconosciuto la rilevanza della "sovranità politica" delle Assemblee. In questa sentenza, invece, la Corte ha fornito una interpretazione riduttiva dei poteri di queste specificando che anche se il Parlamento scozzese, in determinate circostanze, ha il potere di abrogare le leggi di Westminster negli ambiti di propria competenza, non ha comunque il potere di autorizzare le Corti a dichiarare che le "unrepealed Acts of Parliament have ceased to be law." I *bills* contestati, infatti, conferivano alle Corti scozzesi tali poteri, senza l'autorizzazione di Westminster. La Corte ha precisato che: "the Scottish Parliament cannot make the effect of Acts of Parliament conditional on decisions taken by other institutions, since to do so is to restrict Parliament's power to make laws for Scotland".

Il ricorso nei confronti dei due *bills*, approvati da Holyrood, ma non ancora promulgati, è stato presentato dagli *UK Law Officers* ai sensi dell'articolo 33 dello *Scotland Act* 1998. Entrambi i *bills* incorporavano nel diritto scozzese trattati internazionali ratificati dal Regno Unito (rispettivamente nel 1991 e nel 1998), ma non incorporati o solo parzialmente incorporati nel diritto britannico. I *bills* invece prevedevano una loro incorporazione relativamente ai settori e agli ambiti di competenza della Scozia.

RE NAPIER

Come segno di protesta contro il Protocollo dell'Irlanda del Nord il partito Dup ha deciso di boicottare gli incontri del *North-South Ministerial Council* il cui obbligo deriva dal *Northern Ireland Act* 1998.

La questione è stata affrontata dall'Alta Corte di Belfast la quale è intervenuta una prima volta l'**11 ottobre** con la sentenza [Re Napier](#) [2021] NIQB 86 nella quale ha giudicato illegittimo il comportamento degli esponenti del Dup che "frustrates, is contrary to, and is in breach of the legal duties and responsibilities contained within Part V of the Northern Ireland Act 1998 and, specifically, sections 52A and 52B".

Nonostante l'intervento della Corte però i ministri del Dup hanno continuato a non partecipare agli incontri. Così il **20 dicembre** la *High Court* è intervenuta con un nuovo [giudizio](#) nel quale ha ribadito l'illegittimità del rifiuto.

Tuttavia bisogna evidenziare che la Corte non si è spinta oltre e ha respinto la richiesta di imporre la partecipazione alle riunioni, attraverso un "mandatory order" indirizzato al *First Minister*, ritenendo che un intervento di tal guisa avrebbe coinvolto le Corti in questioni di natura meramente politica.

AUTONOMIE

SCOZIA

Il tema dell'indipendenza scozzese continua ad essere presente nel dibattito politico della nazione anche se, al momento, la sua attuazione concreta è stata rinviata a quando terminerà l'emergenza sanitaria. L'Esecutivo - che nell'estate ha stretto un accordo di governo con gli *Scottish Greens*, altro partito favorevole all'indipendenza - vorrebbe comunque tenere un

referendum entro il 2023. Resta da vedere quale sarà lo strumento normativo che potrà essere utilizzato per ottenere il diritto a tenere un referendum, in considerazione dell'opposizione del Governo Johnson alla richiesta.

In occasione dell'inaugurazione della sessione del Parlamento scozzese il **2 ottobre** la Regina ha voluto esprimere il suo affetto e il forte legame con la Scozia. Elisabetta ha lodato il Parlamento di Holyrood riunitosi di nuovo in presenza in modo sicuro e ha evidenziato come l'organo sia stato determinante per la risposta della Nazione alla pandemia.

Un'interessante ed originale ricerca pubblicata il **15 dicembre** da Kevin Orr della *University of St. Andrews* e Sabina Siebert dell'*University of Glasgow* dal titolo [*The Scottish Parliament: how the Parliament building shapes the workings of the institution*](#) ha voluto esaminare come, nei primi 20 anni di funzionamento delle istituzioni devolute, l'edificio del Parlamento scozzese abbia avuto un ruolo e abbia condizionato il lavoro parlamentare. Partendo dall'interrogativo "how do people shape the parliamentary spaces, how parliamentary spaces affect the practices, modes of working and people's interactions?" l'indagine ha condotto a riflettere sugli spazi in cui si svolge il lavoro dell'Assemblea, sulla loro capacità di favorire la collaborazione, di tutelare la sicurezza dei lavoratori, le tradizioni e le prassi del Parlamento, anche alla luce della pandemia e della necessità di lavoro da remoto. L'indagine ha preso in esame ulteriori tematiche come l'inclusività del personale, lo sviluppo tecnologico e l'impatto ambientale di Holyrood.

GALLES

Il **16 novembre** il Governo gallesse ha istituito l'[*Independent Constitutional Commission on the Constitutional Future of Wales*](#) una Commissione che avrà il compito di esaminare le future relazioni del Galles con il Regno Unito. La Commissione pubblicherà un primo rapporto alla fine del 2022 e quello definitivo alla fine del 2023. La Commissione è presieduta da Rowan Williams, già Arcivescovo di Canterbury, e dalla professoressa Laura McAllister, della *Cardiff University*. La Commissione esaminerà le riforme costituzionali tenendo conto di due scenari profondamente differenti: quello del Galles come nazione parte del Regno Unito e quello di un Regno Unito in cui Scozia e/o Nord Irlanda divenissero indipendenti. Uno scenario quest'ultimo in cui diventerebbe necessario discutere anche dell'indipendenza del Galles.

Il **1 dicembre** il partito laburista gallesse e il Plaid Cymru hanno raggiunto un [*Cooperation agreement*](#) in relazione a 46 aree in cui i due partiti lavoreranno in collaborazione. I due partiti, che in passato hanno governato insieme, questa volta non hanno dato vita ad una coalizione. La supervisione sarà attribuita ad un *Joint Oversight Board* presieduto dal *First Minister* in consultazione con il Leader del Plaid Cymru Adam Price, il quale ultimo ha definito la nuova posizione del suo partito come di 'co-opposition'.

L'accordo di cooperazione rappresenta una formula interessante anche dal punto di vista dei modelli di governo e comporta inevitabili conseguenze sul piano pratico. In proposito il Presidente dell'Assemblea (il *Senedd's Llywydd*) ha giudicato legittima la partecipazione dei membri designati dal Plaid Cymru e ha ritenuto possibile che il leader del Plaid Cymru possa continuare a confrontarsi con il *First Minister* nel *question time*. Il Presidente ha assicurato che, poiché si tratta di un accordo del tutto inedito, le eventuali problematiche saranno affrontate ogni qual volta si presenteranno.

Tra i punti dell'accordo si prevede di dar vita ad uno "strong Welsh Parliament" e di rafforzare la *devolution* dopo la *Brexit*. Inoltre i due partiti hanno concordato sul progetto di aumentare il numero dei deputati del *Senedd* dagli attuali 60 a 80-100, in considerazione dell'incremento delle competenze dell'Assemblea devolute e, forse, anche della futura

riduzione del numero dei deputati gallesi eletti nelle circoscrizioni di Westminster. Proprio per valutare le possibili riforme dell'Assemblea il **6 ottobre** era stato istituito anche uno [*Special Purpose Committee on Senedd Reform*](#) che entro il 31 maggio 2022 dovrà presentare le proprie conclusioni.

NORD IRLANDA

Ancora molte le questioni irrisolte in relazione al Protocollo per l'Irlanda del Nord. Il Regno Unito, a **settembre**, ha deciso di sospendere i controlli previsti dal Protocollo estendendo a tempo indeterminato il *grace period* che sarebbe dovuto scadere a **ottobre** e che era stato già prorogato in passato. La misura riguarda l'importazione dei prodotti freschi di origine animale che dalla Gran Bretagna arrivano in Irlanda del Nord.

In questi mesi i negoziati sono andati avanti senza però giungere ad una soluzione definitiva. Il **9 settembre**, il leader del Dup Donaldson ha affermato che la situazione di stallo in cui versa la questione del Protocollo potrebbe comportare conseguenze per la stabilità dell'Esecutivo nord irlandese dato che, per protesta, il Dup potrebbe decidere di ritirarsi dal Governo. Merita ricordare che sono soprattutto i due principali partiti unionisti, il Dup e l'*Ulster Unionist Party* (UUP) ad opporsi al Protocollo. Il Protocollo è stato stilato dal Premier nell'ottobre 2019 nell'ambito del nuovo accordo di recesso con l'Unione europea. Tuttavia Johnson e Lord Frost, responsabile delle trattative e ora Ministro per la *Brexit*, una volta realizzata la *Brexit*, si erano immediatamente opposti a quanto deciso e avevano criticato il contenuto del Protocollo. Lord Frost, in questi mesi ha minacciato più volte di sospendere unilateralmente alcune parti dell'accordo, invocando l'articolo 16 e ha criticato il Protocollo per i problemi che sta arrecando al Paese. Secondo quanto riferito da Dominic Cummings, ex consigliere del Premier e ora suo grande accusatore, Johnson aveva firmato l'accordo per il Nord Irlanda solo per chidere la *Brexit*, arrivare ad elezioni e sconfiggere i laburisti, ma con la volontà di stralciarlo al più presto.

Il dialogo tra Frost e il vice presidente della Commissione europea Maroš Šefčovič è proseguito in questi mesi e ha tenuto conto della proposta avanzata a luglio dal Governo britannico per una nuova ridefinizione del Protocollo. L'Europa, pur dimostrando disponibilità a trovare una soluzione, ha ribadito di voler rispettare quanto già affermato nel Protocollo e non procedere ad una sua revisione radicale. In particolare l'Europa ha chiesto al Regno Unito di garantire trasparenza su tutta la catena commerciale e logistica delle merci e ha insistito perché la Corte di Giustizia Europea rivesta un ruolo nelle dispute commerciali che possono sorgere in merito all'applicazione del Protocollo.

Il **12 ottobre** Frost, in un discorso tenuto a Lisbona, ha ribadito le proposte avanzate a luglio e la necessità di preparare un nuovo testo. Maroš Šefčovič dal canto suo è sembrato disponibile ad alcune modifiche, ma non a rinunciare alla giurisdizione della Corte europea.

Nel mese di **dicembre**, poi, Lord Frost e Maroš Šefčovič si sono incontrati due volte: in queste occasioni il Regno Unito ha mostrato alcune aperture nei confronti del riconoscimento di un ruolo per la Corte europea di giustizia. Il **17 dicembre**, tuttavia, Lord Frost ha [*espresso*](#) il suo disappunto per il mancato raggiungimento di un accordo entro Natale. Egli ha affermato che: "There has been some progress, but not as much, and not as quickly as we had hoped. Although we have worked with the proposals put forward by the Commission in mid-October, they do not solve the problems, and even in some aspects take us back from the current unsatisfactory status quo". Lord Frost ha poi concluso auspicando al più presto di pervenire ad una soluzione e rinnovando, ancora una volta, la minaccia di invocare l'articolo 16: "It is disappointing that it has not been possible to reach either a comprehensive or worthwhile interim agreement this year. A solution needs to be found urgently early next year. For as long

as there is no agreed solution, we remain ready to use the Article 16 safeguard mechanism if that is the only way to protect the prosperity and stability of Northern Ireland and its people”.

Come abbiamo detto, però, il giorno successivo, **18 dicembre**, Lord Frost si è dimesso per contrasti con la linea del Governo, tra cui le nuove misure introdotte contro il Covid. Le dimissioni sono state considerate un segno di debolezza dell'Esecutivo Johnson, ma anche una opportunità per riavviare i negoziati con l'Unione. Frost è stato sostituito da Liz Truss.



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



Le elezioni dell'8-9 ottobre mettono fine all'esperienza del Governo Babiš, mentre il sistema istituzionale subisce l'impatto delle condizioni di salute del Presidente della Repubblica Zeman*

di **Simone Benvenuti****

Nel terzo quadrimestre del 2021, le vicende costituzionali della Repubblica ceca sono state dominate dalle elezioni parlamentari dell'8 e del 9 ottobre. Queste hanno assunto rilevanza principalmente sotto due profili. Il primo è quello riguardante la formazione di una nuova maggioranza parlamentare e la conseguente nomina di un Governo non più guidato dal leader di ANO Andrej Babiš. Il secondo attiene a sua volta al fatto che, nel percorso che ha portato alla formazione del Governo, guidato ora da Petr Fiala, si sono ridefiniti gli equilibri istituzionali; il Presidente della Repubblica, complici le condizioni di salute di Miloš Zeman, è infatti risultato soccombente rispetto alla capacità della coalizione di maggioranza di mantenere ferma la propria volontà di mettere fuori gioco Babiš contro gli iniziali tentativi presidenziali, e nonostante il carattere eterogeneo della coalizione stessa.

Quanto al primo profilo, l'uscita di scena di Babiš può avere conseguenze importanti sui rapporti tra la Repubblica ceca e l'Unione europea – in un anno in cui la prima presiederà il Consiglio UE (luglio-dicembre 2022) – rappresentando un ulteriore elemento di conferma dell'affievolirsi del vento populista. Tuttavia, come ha [ammesso](#) il Primo ministro Petr Fiala, non sono da escludere difficoltà derivanti dalla scarsa coesione della nuova maggioranza di Governo, esito di un accordo tra due preesistenti coalizioni elettorali. Inoltre, la Repubblica ceca, come altri Paesi, sta attraversando una fase molto delicata, segnata dalle conseguenze sociali ed economiche del biennio epidemico e da una forte inflazione: problemi rispetto ai quali sarà necessario intervenire con prontezza, ma necessariamente sulla base di un compromesso tra le cinque anime che sostengono il Governo. Il rischio che comporta un Governo incapace di agire è non solo la rottura della coalizione di Governo ma ancor più il caos politico-istituzionale che potrebbe derivarne. A favorire questo scenario sono sia le esistenti debolezze dovute ai conflitti intracoalizione, riguardanti in particolare il Partito pirata (unico partito progressista della coalizione), sia lo stato di salute del partito che esprime il Primo ministro – ODS – la cui crisi

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

decennale non ha ancora avuto come esito un consolidamento interno. La stessa figura di Petr Fiala, pur avendo questi acquistato maggiore autorevolezza nel corso dell'ultimo anno, appare secondo alcuni molto debole rispetto ai notabili locali del partito.

A preoccupare è anche la possibilità di un ritorno di Andrej Babiš, leader di quello che rimane il primo partito per numero di voti e di seggi nella Camera dei deputati (72 su 200). Di fronte alle difficoltà della nuova maggioranza di Governo, Babiš, che [contrariamente a quanto annunciato prima delle elezioni](#) ha scelto di non abbandonare la politica nel caso in cui fosse finito all'opposizione, potrebbe riproporsi non tanto alla guida dell'esecutivo collegiale, quanto piuttosto come candidato favorito alla Presidenza della Repubblica al termine del mandato di Zeman (8 marzo 2022). Del resto, la “sconfitta” di ANO, che come si è detto rimane di gran lunga il partito con il maggior numero di preferenze, è stata resa possibile anche da eventi contingenti: in particolare, le fughe di [notizie](#) nei giorni immediatamente precedenti alle elezioni riguardanti nuove possibili [evidenze di corruzione](#), i [problemi dei settori economici produttivi](#), l'inflazione galoppante (il [dato più alto da tredici anni](#), arrivato al [6% a dicembre](#) - [in Italia è al 3,5%](#)), soprattutto per quanto riguarda i costi dell'energia.

Questa prospettiva potrebbe incidere sul nuovo equilibrio determinatosi, almeno provvisoriamente, tra Governo e Presidenza della Repubblica. Quest'ultima, nei nove anni di mandato di Miloš Zeman, ha infatti adottato un approccio assertivo nell'esercizio di poteri in diversi ambiti, ad esempio con riguardo alle nomine ai sensi degli articoli 62 e 63 della Costituzione o in materia di politica estera, finendo per costituire (a parere di chi scrive) un elemento di “disturbo” del sistema. Proprio in tale ambito si sono del resto manifestate le prime frizioni con il nuovo Governo (v. *infra*), che [ha ridefinito le proprie priorità](#) ponendo forte attenzione alla tutela dei diritti umani, con ciò che ne consegue quanto ai rapporti con le potenze dell'est (Russia e Cina) ma anche con l'Unione europea (nel senso di una loro normalizzazione). La formazione del Governo ha dimostrato, come si è detto, che l'ago della bilancia politica si è riorientato verso il Governo con il favore di dinamiche politiche e istituzionali interne e dei mutamenti geopolitici di quest'ultimo anno.

ELEZIONI

LE ELEZIONI PARLAMENTARI DELL'8-9 OTTOBRE

L'8 e il 9 ottobre si sono tenute le elezioni per la Camera dei deputati: le prime dopo la modifica della legge elettorale richiesta dalla Corte costituzionale nel febbraio scorso al fine di evitare una distorsione eccessiva nella ripartizione dei seggi in violazione del principio costituzionale della rappresentanza proporzionale. Esse hanno visto la sconfitta dei socialisti e dei comunisti, che, sorprendentemente e per la prima volta in poco più trent'anni di vita della Repubblica democratica, non sono riusciti a raggiungere la soglia del 5% dei voti per ottenere rappresentanza nella camera bassa. Con i socialisti e i comunisti, sono diversi altri i partiti che non hanno superato tale soglia, portando al 19% il numero di votanti che hanno sostenuto partiti senza rappresentanza. A partecipare è stato il 65.43% degli aventi diritto.

La coalizione conservatrice SPOLU (“Insieme”), guidata da Petr Fiala, composta dal Partito democratico civico (ODS), dai cristiano-democratici (KDU-ČSL) e dai conservatori di TOP 09

ha superato di pochi voti il partito guidato da Andrej Babiš, ottenendo il 27.79% (71 seggi, di cui 34 a ODS) contro il 27.12% di ANO (72 seggi). A sua volta, la coalizione composta dal Partito pirata e da STAN ha ottenuto il 15.62% (37 seggi) e il partito di estrema destra SPD il 9.56% (20 seggi). Particolarmente significativo è l'insuccesso elettorale del Partito pirata, che ha ottenuto solo quattro seggi (rispetto ai ventidue nella precedente legislatura e ai trentatré ottenuti dai loro alleati di coalizione), che conferma la crisi del campo progressista.

Al termine delle elezioni, Babiš si è congratolato con Fiala, dicendosi sorpreso di non esser risultato il polo più votato. Oltre a godere del sostegno del Presidente della Repubblica, Babiš prima delle elezioni aveva ricevuto l'appoggio di Orbán, ma [non quello dei partiti](#) europei del Gruppo parlamentare Renew Europe di cui ANO fa parte. Per [Otto Eibl](#), politologo e Direttore del dipartimento di scienza politica dell'Università Masaryk di Brno, il caso ceco dimostra (come potrebbe dimostrare quello ungherese) che il populismo può essere sconfitto solo attraverso la capacità di raggiungere compromessi ed evitare divisioni. Inoltre, proprio pochi giorni prima delle elezioni, le autorità di polizia ceche avevano annunciato [indagini](#) nei confronti di Babiš a seguito delle notizie che il **3 ottobre** si erano diffuse relativamente ad alcune sue proprietà offshore. In generale, Babiš, che nelle settimane preelettorali aveva tentato la carta degli aumenti delle [pensioni](#) e dei [salari del pubblico impiego](#), ha anche pagato lo [scontro con l'Unione europea nella vicenda Agrofert](#), che aveva portato alla fine dell'agosto scorso la Commissione europea a [minacciare](#) di sospendere l'erogazione di finanziamenti alle imprese in assenza di interventi sulla normativa relativa al conflitto di interessi. Di fronte al risultato elettorale, il passaggio all'opposizione permette tuttavia a Babiš di preparare la propria candidatura alla Presidenza della Repubblica, come dimostra il suo discorso post-elettorale durante il quale si è rivolto agli elettori dei partiti di sinistra (suoi ex alleati di Governo): proprio gli elettori non rappresentati tendono infatti a mobilitarsi più di altri in occasione delle presidenziali.

PARTITI

FIRMATA UN'INTESA TRA I PARTITI DI OPPOSIZIONE PER FORMARE IL NUOVO GOVERNO, SEGUITA DALLA FORMALIZZAZIONE DI UN ACCORDO DI COALIZIONE

Subito dopo le elezioni, il **10 ottobre**, i rappresentanti dei cinque partiti delle due coalizioni di opposizione, che dispongono di 108 seggi su 200, hanno firmato un'[intesa](#), chiedendo al Presidente della Repubblica di incaricare Petr Fiala di condurre le consultazioni per la formazione di un nuovo Governo. L'intesa segue le dichiarazioni a sostegno di Andrej Babiš fatte prima delle elezioni dal Presidente Zeman, che aveva lasciato intendere il proposito di non incaricare alla formazione del Governo nessun rappresentante dei partiti coalizzati, nell'ipotesi ANO avesse acquisito la maggioranza relativa dei suffragi. In effetti, il Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale ceco svolge un ruolo delicato in grado di determinare l'esito delle consultazioni post-elettorali, cosa che è del resto avvenuta nel [dicembre 2017](#). La preventiva intesa tra i partiti di opposizione, che escludono così ogni possibilità di negoziato con altri partiti, rende però stretti i margini di azione del Presidente, e si prospetta un Governo frutto di una [coalizione tra coalizioni](#). L'**8 novembre**, i cinque partiti hanno [firmato](#) un accordo di coalizione vincolante che esclude la possibilità per i partiti che la compongono di porre veti, pena l'esclusione dalla stessa.

REFERENDUM ONLINE DEL PARTITO PIRATA SULLA PARTECIPAZIONE AL GOVERNO FIALA

Il **16 novembre** la maggioranza degli iscritti al Partito pirata (82%, pari a 888 su 1082 aventi diritto di voto) ha [espresso](#) parere favorevole alla sua partecipazione al Governo guidato da Petr Fiala, approvando l'[accordo di coalizione](#) firmato la settimana precedente (per l'approvazione dell'accordo era richiesta la maggioranza di almeno il 60% degli iscritti). L'accordo prevede che nessuno dei partiti possa imporre un veto alle decisioni prese dalla coalizione. Il risultato del voto degli iscritti non era scontato, in considerazione della resistenza interna alla partecipazione al Governo. [Secondo il suo vicepresidente](#), la partecipazione al Governo del Partito pirata, che dispone solo di quattro seggi alla Camera dei deputati e non è essenziale per la nascita e la sopravvivenza dello stesso, presenta molti rischi per il partito, considerato l'orientamento ideologico degli altri partner di coalizione.

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

LA MALATTIA DEL PRESIDENTE ZEMAN

Il **10 ottobre**, il Presidente della Repubblica Miloš Zeman è stato trasferito nel reparto di terapia intensiva dell'ospedale militare di Praga, senza che tuttavia venissero diffuse notizie sulle sue condizioni di salute. Il Presidente aveva già subito un [primo ricovero](#) prime delle elezioni, dal **14 al 22 settembre**. L'improvvisa situazione venuta a crearsi ha posto una serie di [interrogativi](#) sul processo di nomina del nuovo Governo e sull'applicabilità nel caso di specie delle disposizioni costituzionali relative alla dichiarazione di incapacità del Presidente per ragioni di salute o per altri seri motivi, da realizzarsi per mezzo di una risoluzione parlamentare (articolo 66 della Costituzione). In tal caso, le responsabilità presidenziali sarebbero condivise tra il Primo ministro in carica e il Presidente della Camera dei Deputati. A quest'ultimo in particolare verrebbe affidato l'esercizio delle funzioni per la formazione di un nuovo Governo. Tuttavia, il recupero del Presidente Zeman nelle settimane successive, dopo che il **18 ottobre** erano state [rese finalmente note](#) le sue condizioni di salute, ha mantenuto a livello teorico tale discussione, e ciò nonostante la commissione affari costituzionali del Senato si fosse già [attivata](#) ai fini dell'approvazione di una risoluzione ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione. In un'[intervista](#) del **5 novembre**, giorno in cui la commissione del Senato avrebbe dovuto esprimersi, Zeman ha infatti dichiarato di essere nelle condizioni di concludere il proprio mandato, che verrà a scadenza nel marzo dell'anno prossimo. Nella stessa occasione, ha annunciato l'intenzione di nominare Fiala come Primo ministro. La breve interruzione delle funzioni presidenziali in un momento così delicato ha dato avvio a una breve [controversia](#) che ha coinvolto la cancelleria del Presidente della Repubblica attorno alla [firma del decreto di convocazione](#) della nuova Camera dei deputati, firmato da Zeman nei giorni subito successivi alle elezioni.

PARLAMENTO

IL PARLAMENTO APPROVA UNA RISOLUZIONE SULL'ENERGIA NUCLEARE

Il **17 dicembre** è stata [approvata](#) una risoluzione parlamentare con cui si chiede all'Unione europea di sostenere l'energia nucleare riconoscendole un ruolo nella strategia di riduzione dell'utilizzo dei combustibili fossili.

GOVERNO

IL GOVERNO APPROVA MISURE CONTRO L'AUMENTO DELLE TARIFFE ENERGETICHE

Il **20 ottobre**, il Governo ha [approvato](#) l'abolizione dell'IVA sulle tariffe energetiche a decorrere dal 1° gennaio 2022 per i privati cittadini (a esclusione delle imprese). La misura si è resa necessaria per fronteggiare gli imponenti costi che hanno determinato un deciso aumento dell'inflazione. La misura è tuttavia controversa perché in violazione delle norme europee. Il Ministro delle finanze Alena Schillerová ha perciò inviato una richiesta al Commissario europeo per gli affari economici e monetari per ottenere una deroga.

SI DISCUTE LA CREAZIONE DI UN MINISTRO PER GLI AFFARI EUROPEI

In vista della presidenza di turno ceca del Consiglio UE nel secondo semestre di quest'anno, il **27 ottobre** il Primo ministro *in pectore* Petr Fiala ha reso nota l'esistenza di una discussione in seno alla coalizione di maggioranza relativa alla [creazione di un Ministero per gli affari Europei](#). È probabile la nomina a tale carica di Mikuláš Bek, già presidente della commissione affari europei del Senato, che in un'intervista del **29 novembre** ha segnalato propria preoccupazione rispetto alla situazione dello stato di diritto in Ungheria, pur non esprimendosi con riguardo al ruolo che la Repubblica ceca dovrebbe tenere con riguardo all'attivazione del meccanismo di condizionalità. Del resto, la posizione dei partiti della coalizione di Governo nei confronti dell'Ungheria è eterogenea, con il Partito pirata oppositore dichiarato del Governo diretto da Orbán mentre gli altri partiti non hanno una posizione ben definita.

LA NOMINA DEL NUOVO GOVERNO DOPO POCO PIÙ DI DUE MESI DALLE ELEZIONI GENERA LE PRIME TENSIONI ISTITUZIONALI

Il **9 novembre**, il giorno dopo la firma dell'accordo che ha costituito la coalizione di governo, il Presidente della Repubblica ha formalmente [chiesto](#) al leader della coalizione conservatrice SPOLU di formare il nuovo Governo. In un primo tempo, il **10 ottobre**, Zeman si era [rivolto](#) ripetutamente al Primo ministro uscente che aveva però declinato l'offerta. La nomina è avvenuta con alcuni giorni di ritardo, rispetto a quanto previsto, a causa della [sopraggiunta positività](#) di Zeman al virus Covid-19. A seguito delle consultazioni tra Fiala e le forze rappresentate in Parlamento, Zeman ha nominato il nuovo Governo il **16 dicembre**. Il voto di fiducia è previsto per il prossimo 12 gennaio. Il nuovo Governo è il frutto di un accordo tra SPOLU e la coalizione composta da STAN e dal Partito pirata – quest'ultimo unico partito progressista tra i cinque che sostengono il Governo al quale sono stati [assegnati](#) il Ministero degli Esteri e il Ministero dello Sviluppo regionale. La formazione del nuovo Governo è stata l'esito di negoziati complessi – è la prima volta che un Governo è sostenuto da un numero tanto ampio di partiti – e di un confronto non semplice tra il Primo ministro incaricato e il Presidente della Repubblica, restio in particolare a nominare come Ministro degli esteri [Jan Lipavský](#) (Partito pirata), per via delle

[vedute molto diverse](#) su temi caldi come i rapporti con Israele e la cooperazione con gli altri Paesi del Gruppo di Visegrad, come riportato in un [comunicato](#) del **10 dicembre**. Fiala ha però rifiutato di modificare la rosa ministeriale proposta, arrivando a minacciare il [ricorso alla Corte costituzionale](#) in caso di opposizione alla formazione del nuovo Governo, con l'obiettivo di chiarire i poteri del Presidente nella nomina dei singoli ministri. Secondo il costituzionalista [Marek Antoš](#), il Presidente non ha il potere di rifiutare una nomina ministeriale, tranne nel caso della sussistenza di ostacoli formali. La questione in gioco non era peraltro solo l'orientamento specifico del Ministro, [ma il bilanciamento istituzionale tra Presidente e Governo](#), specialmente in materia di politica estera. Il nuovo Governo è composto da [diciotto ministeri](#), di cui tre di nuova creazione (Scienza, ricerca e innovazione, Affari europei e Legislazione: quest'ultimo per migliorare la qualità del drafting normativo). Oltre al Primo ministro, cinque ministeri, tra cui i Ministeri delle finanze e della giustizia, vanno a ODS, tre ai cristiano-democratici (tra cui il Ministero dell'ambiente), due a TOP09 (tra cui il Ministero della salute), quattro a STAN (tra cui il Ministero dell'interno) e tre al Partito pirata (tra cui il Ministero degli esteri).

IL GOVERNO DICHIARA LO STATO DI EMERGENZA

Il **24 novembre**, il Governo ha dichiarato nuovamente lo stato di emergenza e l'adozione di misure di contenimento epidemico, di fronte alla recrudescenza della diffusione del virus Covid-19.

IL FUTURO MINISTRO DELLA SALUTE CONTRARIO ALLA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA

Il **6 dicembre**, il Ministro della salute *in pectore* Marian Jurečka (KDU-ČSL) ha annunciato l'intenzione di annullare la misura assunta dal Governo Babiš e appoggiata dal Presidente Zeman, oltre che dall'Accademia delle Scienze, di imporre a partire da marzo la vaccinazione obbligatoria alle persone che abbiano più di sessant'anni. La decisione di imporre la vaccinazione obbligatoria era seguita alla scelta di non imporre il green pass ai lavoratori del settore pubblico e privato.

POLITICA CLIMATICA E TRANSIZIONE ENERGETICA ED ECOLOGICA

In un'intervista del **20 dicembre**, il Primo ministro Petr Fiala ha annunciato che la [politica climatica ed energetica](#) del nuovo Governo rimarrà, [in continuità con il precedente](#), favorevole al nucleare, pur mantenendo il Governo il proprio appoggio al [Patto verde europeo](#) che invece il Presidente Zeman ha invitato a ritirare. Fiala non ha mancato tuttavia di criticare alcune delle proposte della Commissione, come il divieto dei motori a combustione entro il 2035, ma intende [accelerare](#) l'eliminazione dei combustibili fossili.

CORTI

IL PROCURATORE GENERALE DI PRAGA CHIEDE LA REVOCA DELL'IMMUNITÀ PER BABIŠ

L'**11 novembre** il Procuratore generale di Praga ha [chiesto](#) la revoca dell'immunità parlamentare per Andrej Babiš in relazione alle indagini sulla vicenda Agrofert. La Camera dei deputati ha già revocato in due occasioni l'immunità al leader di ANO, nel settembre 2017 e poi nel gennaio 2018.

RAPPORTO DELLA CORTE DEI CONTI SULL'UTILIZZO DEI FONDI UE

Il **2 novembre** la [Corte dei conti](#) ha [reso pubblico](#) il rapporto che evidenzia problemi nella gestione e nella distribuzione dei fondi europei, sottolineandone in prospettiva i rischi per la corretta attuazione del piano nazionale di ripresa per un ammontare di sette miliardi di euro sotto forma di prestiti. Gli autori del rapporto hanno posto l'accento sulla debole architettura per la supervisione della gestione, sull'assenza di obiettivi chiari e sull'incapacità delle autorità preposte di valutare l'efficacia dei programmi. Il presidente della Corte, Miloslav Kala, ha ricordato che il rapporto è stato reso in un momento particolarmente delicato, immediatamente dopo le elezioni parlamentari, nel mezzo di una transizione della leadership politica, e in un frangente storico in cui la Repubblica ceca ha un disavanzo elevato senza precedenti e un indebitamento in forte aumento (il 43% rispetto al 30% pre-pandemia).



Gli esiti delle elezioni parlamentari russe di settembre e le prime iniziative della nuova legislatura*

di Ilmira Galimova**

L'ultimo quadrimestre in Russia è iniziato con l'evento più atteso del 2021. Tra il **17** e il **19 settembre** si sono tenute le elezioni alla Duma di Stato, oltre alle numerose consultazioni elettorali svoltesi a livello regionale e locale. Per la prima volta nelle elezioni parlamentari russe le operazioni di voto sono durate tre giorni, per garantire, durante la pandemia, una maggiore sicurezza ai cittadini. Grazie a questa novità, nonostante un diffuso disinteresse verso le elezioni dei deputati fra gli elettori russi, l'affluenza alle urne ha superato quella delle elezioni precedenti, attestandosi su un livello piuttosto [soddisfacente](#) per le autorità, pari al 51,72 %.

Per quanto riguarda i risultati delle elezioni, anche questa tornata si è conclusa senza sorprese. Il partito "Russia Unita" ha confermato la leadership: la sua lista [ha ricevuto il 49,82%](#) dei consensi superando di gran lunga i suoi principali avversari. In totale, il partito al potere ha ricevuto 324 dei 450 seggi nel Parlamento, la maggior parte dei quali (198) sono stati ottenuti nei collegi uninominali.

Il partito comunista, che era in testa dopo i primi conteggi conclusi nelle regioni dell'Estremo Oriente e in Siberia, secondo i dati definitivi ha ottenuto il 18,93% dei voti, un risultato comunque migliore rispetto al 2016. La lista del partito si è qualificata al primo posto nelle quattro regioni: Repubbliche dei Mari e Sacha-Jacuzia, circondario autonomo dei Nenec e territorio di Khabarovsk, con il livello dei consensi che oscilla tra [26 e il 36%](#).

Gli altri due Partiti dell'opposizione sistemica, LDPR e "Russia Giusta", hanno ottenuto risultati più o meno simili, [con rispettivamente il 7,55% e il 7,46%](#) dei voti nella competizione fra le liste. La più grande novità di queste elezioni è rappresentata dal partito "Nuova Gente", la cui lista ha ricevuto il 5,32% dei voti (corrispondente a 13 seggi nel Parlamento). Così, "Nuova Gente" è riuscito a superare la soglia di sbarramento ed è entrato nella Duma formando un gruppo parlamentare. Il partito, tra l'altro, si era piazzato al terzo posto nelle sei regioni, a dispetto

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, "Sapienza" Università di Roma.

dei due grandi partiti “vecchi” LDPR e “Russia Giusta”. Tale successo di un partito politico nuovo di zecca potrebbe essere interpretato come segnale di un forte desiderio fra gli elettori russi di rinnovamento dell’élite politica. Anche il Presidente Putin il **25 settembre** durante l’incontro con i leader dei partiti ha sottolineato il fatto che per la prima volta dopo le elezioni del 1999 un nuovo partito entrerà nella Duma di Stato [interpretandolo come segno di vivacità del sistema politico e di una “democraticità](#) delle regole e delle procedure elettorali” nel Paese.

Ora, guardando i risultati delle elezioni, potrebbe sorgere spontanea una domanda: com’è possibile che il partito la cui lista ottiene meno del 50% dei consensi totali riesca ad avere la ‘supermaggioranza’ in Parlamento (72% dei seggi)? Come si raggiunge tale risultato?

Gli esiti delle elezioni alla Duma sicuramente sono frutto di continui “aggiustamenti” del meccanismo elettorale e della legislazione in materia di voto.

Innanzitutto, le nuove norme sull’elettorato passivo introdotte negli ultimi anni hanno allargato significativamente il cerchio delle persone escluse dalle competizioni elettorali comportando la non ammissione di alcuni candidati dell’opposizione. Come ha scritto il portavoce del Dipartimento di Stato statunitense nel suo comunicato stampa: “The Russian government’s use of laws on “extremist organizations,” “foreign agents,” and “undesirable organizations” severely restricted political pluralism and prevented the Russian people from exercising their civil and political rights”. Si pensa, appunto, alle restrizioni introdotte ultimamente che impediscono a coloro che sono in qualche modo legati a organizzazioni riconosciute come “estremiste” di candidarsi a qualsiasi tipo di elezione e altri vari “filtri” (su questo punto, v. le Cronache dalla Russia, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n.2/2021).

In secondo luogo, la maggioranza costituzionale al Parlamento russo si ottiene soprattutto grazie ai seggi vinti nei collegi uninominali e non alla successo della lista partitica.

In terzo luogo, sull’esito delle elezioni influisce molto il contesto politico, in particolare il controllo dello spazio pubblico, dell’informazione (v. la [Relazione dell’ONG Golos “Campagna elettorale e mobilitazione amministrativa degli elettori nelle elezioni del 19 settembre 2021”](#) del **13 settembre**) e dei flussi finanziari che le autorità possono esercitare precludendo così la possibilità dei vari attori di competere alla pari. Si pensa, ad esempio, all’intervento dell’agenzia statale *Roskomnadzor* per il controllo delle comunicazioni che a ridosso delle elezioni [ha chiesto](#) a Google, Apple e Telegram di rimuovere «la App di Navalnyj» in cui erano disponibili i nominativi dei candidati sostenuti dall’opposizione non sistemica, mentre il tribunale arbitrale di Mosca [ha vietato](#) a Google e Yandex di emettere la *query* “voto intelligente” (*умное голосование*) nelle stringhe di ricerca.

Tuttavia, i principali punti di debolezza del sistema elettorale russo riguardano non soltanto gli effetti fortemente maggioritari della formula mista utilizzata per l’assegnazione dei seggi o le procedure altamente burocratizzate della nomina delle candidature, ma anche il rischio di manipolazione a cui sono sempre di più sottoposte le operazioni di voto.

Infatti, la decisione di introdurre il voto in più giornate – che ha comportato l’aumento del carico di lavoro dei membri delle commissioni elettorali, degli scrutatori e degli osservatori elettorali, insieme al maggiore utilizzo del voto a distanza e fuori seggio - ha anche esposto il meccanismo elettorale al pericolo delle frodi e manipolazioni. In particolare, è molto diffusa in

alcune regioni russe la prassi di mobilitazione amministrativa degli elettori (la coercizione nei confronti dei lavoratori statali). Si tratta delle regioni che presentano risultati anomali che si discostano dalle medie nazionali. Infatti, in questa tornata elettorale i risultati del partito “Russia Unita” nella competizione fra le liste hanno mostrato un *trend* peculiare dato che insieme all’aumento dell’affluenza è salita anche la percentuale di voti espressi per il partito. In particolare, le prime nove regioni per livello di affluenza sono nello stesso tempo i soggetti federati in cui il partito al potere ha ottenuto le percentuali più alte: ad esempio, in Cecenia con il livello di affluenza pari al 94,4% “Russia Unita” ha ricevuto il 96,1% dei voti, in Tuva il partito ha ottenuto l’85,3% mentre l’affluenza è registrata al livello dell’83,3% ecc. Secondo [le stime di Sergej Špil’kin](#), studioso di statistica elettorale, circa 13,8 milioni, cioè quasi la metà dei voti per Russia Unita, sono voti “anomali”, cioè potrebbero essere stati falsificati. È stato dunque stimato che il vero livello dei consensi del partito è pari al 31-33%, ed è la cifra che si avvicina ai livelli di sostegno registrati dai sondaggi pre-elettorali. In tal modo, ricalcolando i voti dei vari partiti, [secondo alcuni analisti](#), i due partiti più grandi, “Russia Unita” e partito Comunista, sarebbero avversari quasi alla pari in termini di livello di supporto.

L’ong *Golos* ha segnalato quasi 5.000 casi di manipolazioni dei voti e di irregolarità. Nella loro [Dichiarazione finale a seguito della missione di osservazione della giornata di votazioni](#) gli esperti hanno messo in dubbio la regolarità del processo elettorale, sottolineando che: “Le violazioni in corso di votazione e spoglio, le modalità di spoglio dei voti in alcune regioni durante le quali, a nostro avviso, si è verificata anche una significativa distorsione dei risultati non ci consentono di parlare di affidabilità dei risultati ufficiali”.

Gli osservatori hanno manifestato preoccupazione soprattutto nei confronti dei risultati del voto elettronico a distanza nella città di Mosca che, oltre ad essere pubblicate con un ritardo di 16 ore, hanno anche mostrato discrepanze poco plausibili tra i voti espressi nella piattaforma online e quelli cartacei per le candidature nei collegi uninominali. In particolare, sulla base dei risultati provvisori ottenuti dopo i conteggi delle schede elettorali, i candidati dell’opposizione erano in testa in nove distretti di Mosca, mentre dopo l’inserimento dei dati sul voto elettronico [la situazione è cambiata radicalmente](#): tutti i 15 seggi sono stati ottenuti dai candidati del partito “Russia Unita” sostenuti dal sindaco di Mosca Sergej Sobyanin. [Si è parlato pertanto della “ridistribuzione anomala”](#) dei voti a favore dei candidati del partito “Russia Unita”. Il partito Comunista della Federazione Russa, colpito maggiormente dalla vicenda, ha rifiutato di riconoscere i risultati del voto online a Mosca e li ha impugnati in tribunale ma senza successo. Si trattava quindi di circa 2 milioni di voti dei residenti della capitale che, secondo la definizione dei programmisti e membri del collegio elettorale per il voto a distanza, sono “finiti in una [scatola nera](#)“. Come è stato notato dagli esperti, data l’infrastruttura tecnica controllata dallo Stato (la stessa procedura della registrazione è stata organizzata sulla base della piattaforma del municipio di Mosca [mos.ru](#)), il voto elettronico ha comportato di fatto un accesso più ristretto per il monitoraggio elettorale indipendente. A seguito di queste segnalazioni, il **1° ottobre** un gruppo tecnico formato dalla Camera pubblica di Mosca per verificare i risultati del voto elettronico a distanza [ha emesso un rapporto](#) in cui ha negato l’esistenza di falsificazioni.

Dal canto suo, il **24 settembre** la Commissione elettorale centrale della Federazione Russa ha respinto tutte le denunce dell'opposizione ed [ha riconosciuto le elezioni come valide](#) (v. la [Risoluzione della CEC n. 61/467-8](#) “Sulla determinazione dei risultati delle elezioni dei deputati della Duma di Stato dell'Assemblea federale della Federazione Russa” del 24 settembre 2021) anche se non all'unanimità: il membro della Commissione Kolyushin ha allegato al protocollo la sua [Opinione dissenziente](#).

Già durante l'incontro con il Presidente Putin tenutesi il **20 settembre** sugli esiti preliminari delle elezioni, la Presidente della Commissione elettorale Centrale Ella Pamfilova [ha riferito](#) sull'andamento regolare del processo elettorale che i membri delle commissioni sono riusciti a garantire, nonostante “i numerosi attacchi alle risorse digitali e i tentativi di discriminare le elezioni”. Come [ha notato](#) Pamfilova, durante la riunione con il Presidente del **3 dicembre** “il numero di ricorsi e reclami che ha ricevuto la commissione finora è ai minimi rispetto agli anni precedenti”. Inoltre, un livello alto di trasparenza è stato garantito grazie al numero record degli osservatori (quasi 500 mila) e al sistema di videosorveglianza professionale che ha coperto quasi la totalità dei seggi.

Nello stesso tempo, gli esperti hanno sottolineato l'assenza delle missioni di monitoraggio elettorale internazionali nelle ultime elezioni e il fatto che il nuovo sistema di videosorveglianza a circuito chiuso preveda un accesso limitato alle registrazioni video. Inoltre, in questa tornata è stato registrato un numero particolarmente alto dei casi di voto fuori seggio “a casa” (il [14,4%](#) rispetto alla media del 6,5% degli anni precedenti) che sono difficili per quanto riguarda l'organizzazione del monitoraggio sulla regolarità dello spoglio.

Dal canto suo, la Presidente della CEC ha osservato che il lavoro delle Commissioni è stato efficace grazie anche all'utilizzo delle nuove tecnologie e la semplificazione delle procedure burocratiche (come ad esempio l'introduzione della procedura di raccolta elettronica delle firme): questo è dimostrato, come ha notato Pamfilova, dal numero minimo dei casi di rifiuto delle candidature in questa campagna elettorale. Secondo le stime della CEC, soltanto l'1,5% dei cittadini russi non hanno il diritto di voto passivo, cioè molto meno rispetto agli altri Paesi. Nonostante alcune problematiche poste dall'*e-voting* e riconosciute dalla Commissione elettorale centrale, tuttavia, questa innovazione, secondo Pamfilova, rappresenta un “meccanismo molto promettente”.

Infine, per quanto riguarda la composizione della nuova Duma di Stato, l'equilibrio delle forze non è cambiato significativamente. Al momento all'interno del Parlamento sono presenti cinque gruppi parlamentari: “Russia Unita” - 325 seggi, Comunisti - 57, “Russia Giusta - Per la verità” - 28, LDPR - 23, Nuova Gente - 15. Inoltre, due deputati non fanno parte di nessuna formazione. A seguito delle elezioni la composizione della Camera bassa è rinnovata per circa il 50%, su 450 deputati sono stati eletti alla Duma per la prima volta.

Si sono confermate inoltre le persone alla guida dei principali organi della Camera: il **12 ottobre** durante la prima seduta della Duma, i deputati hanno eletto l'ex *speaker* Vyacheslav Volodin come presidente della Camera. Inoltre, si sono confermate nelle sue cariche anche i Primi Vicepresidenti. Il numero delle commissioni parlamentari è aumentato, la maggioranza di loro (17 su 32) sarà guidata dagli esponenti di “Russia Unita”.

La posizione dominante del partito pro-Governo, indubbiamente, favorisce la pronta implementazione dell'indirizzo politico del Presidente russo. La maggioranza dei seggi parlamentari occupati dagli esponenti di "Russia Unita", così come la leadership negli organi camerali, rende quasi inutile per le altre forze ogni tentativo, anche congiunto, di impedire l'adozione di progetti di legge fortemente voluti dal Governo, dal Capo dello Stato o dalla stessa leadership di "Russia Unita".

Nello stesso tempo, la contrarietà espressa dal partito Comunista nei confronti dei progetti di legge si è dimostrata una strategia vincente in termini di popolarità. Come mostrano i risultati delle ultime elezioni, i comunisti, infatti, sono stati considerati il rivale principale del partito del potere proprio grazie alla sua posizione contraria ad una serie di riforme adottate recentemente, posizione che gli ha consentito di accrescere i suoi consensi, attirando il "voto di protesta". A conferma di questo vi sono anche i risultati delle ultime campagne elettorali per l'elezione dei consiglieri regionali. Nonostante la vittoria di "Russia Unita" in tutte le 39 consultazioni regionali, nelle Assemblee dei 30 soggetti federati i seggi vinti da Russia Unita sono in calo rispetto alla tornata precedente, mentre i comunisti hanno migliorato le loro posizioni in 33 regioni.

PARLAMENTO

LE PRIME INIZIATIVE DELLA VIII LEGISLATURA: VERSO LA COSTRUZIONE DEL SISTEMA UNITARIO DEL POTERE PUBBLICO

Nell'ultimo quadrimestre del 2021 i neoeletti deputati hanno continuato a lavorare sui progetti legati alla realizzazione della riforma costituzionale del 2020. La prima questione di cui si è subito occupata la nuova legislatura ha riguardato l'introduzione, a livello di legislazione primaria, del concetto di "potere pubblico". Si ricorda, pertanto, che gli emendamenti alla Costituzione russa hanno previsto la ricollocazione degli organi federali e regionali del potere statale, insieme agli organi di autogoverno locale, all'interno di un cd. "sistema unitario del potere pubblico", a discapito del principio di separazione verticale del potere e dell'autonomia locale (art. 12 Cost.). La concreta attuazione di questo nuovo modello del potere, tuttavia, non era chiara fin da subito, mentre le due leggi quadro - n. 186 del 1999 e n. 131-FZ del 2003 - che hanno regolato per circa due decenni l'organizzazione e il funzionamento degli organi dei soggetti federati e degli enti locali non erano del tutto conformi a questa visione altamente gerarchizzata del potere.

E' vero che entrambe le leggi sono state modificate tante volte per rispecchiare la tendenza alla centralizzazione che già dai primi anni '2000 ha segnalato le dinamiche istituzionali nella Federazione russa, tuttavia, nessuno di questi atti conteneva un riferimento all'unità del potere pubblico. E' vero, però, anche che, come da intento del legislatore federale di garantire l'omogeneizzazione tra i soggetti federati e gli enti locali, i due atti normativi si sono con il tempo arricchiti di norme sempre più dettagliate sui criteri di formazione degli organi territoriali e del loro scioglimento. Tuttavia, questa volta il legislatore federale ha deciso di procedere con l'elaborazione di nuovi atti che andrebbero a soppiantare del tutto la vecchia normativa.

In tal modo, il **27 settembre** alla Duma di Stato è stato presentato un disegno di legge [n. 1256381-7](#) "Sui principi generali dell'organizzazione dell'autorità pubblica nei soggetti della Federazione Russa". Come hanno spiegato i suoi autori, il deputato Pavel Krashennikov e il senatore Andrei Klishas, il progetto di legge "è stato elaborato in attuazione delle nuove

disposizioni della Costituzione su un sistema unitario di potere pubblico ed è volto a migliorare l'organizzazione del potere pubblico nei soggetti della Federazione Russa". Fra le più importanti innovazioni, rispetto alla legge del 1999, oltre all'introduzione del nuovo concetto di "potere pubblico" e dei suoi "livelli" (*urovni publicnoj vlasti*), spiccano l'eliminazione del limite alla rielezione per la carica del capo del soggetto federato e la nuova normativa sulla responsabilità dei governatori.

Infatti, la legge n. 186 prevedeva, in analogia con le disposizioni costituzionali sulla carica del Presidente russo in vigore fino alla riforma del 2020, il limite di due mandati consecutivi. E mentre il legislatore costituzionale ha introdotto un limite assoluto ai mandati presidenziali nel nuovo testo costituzionale, gli autori del disegno di legge in oggetto hanno eliminato del tutto qualsiasi riferimento alla previsione analoga per i Capi delle regioni. Il disegno stabilisce solo che al fine di garantire la stabilità del sistema delle autorità pubbliche, "la durata del mandato del capo del soggetto federato è fissata per 5 anni", lasciando a discrezione delle assemblee regionali la decisione di introdurre eventuali restrizioni. Su questo punto si sono espressi i deputati dell'assemblea della Repubblica Yakutia (v. [la Decisione sugli emendamenti al disegno di legge n. 125638-7](#)) sottolineando che "la disciplina che riguarda l'organizzazione del potere nei soggetti federati in Russia dovrebbe basarsi sugli stessi principi di formazione e funzionamento del potere statale federale, compresi l'eleggibilità e il rinnovo della carica, e quindi prevedere in analogia al limite di rielezione alla carica del Capo di Stato, anche il limite per gli eventuali mandati dei governatori".

Inoltre, la disciplina della cessazione anticipata dei poteri del Capo di un soggetto federato a causa della perdita di fiducia del Presidente è stata integrata con ulteriori misure di responsabilità quali: ammonizione, rimprovero, decadenza dall'incarico e sospensione temporanea dall'esercizio delle funzioni, che possono tutte essere adottate dal Presidente della Federazione Russa. Nello stesso tempo, il nuovo disegno di legge, a differenza della legge n. 184 (cfr. articolo 19, comma 1 lettera "g") non specifica i motivi validi che possono essere causa della perdita di fiducia del Presidente nei confronti di un governatore, lasciando troppa discrezionalità nelle mani del Capo dello Stato.

Il nuovo disegno riprende la norma già presente nella "vecchia" legge sull'impossibilità di utilizzare per la denominazione della carica del capo del soggetto federato la parola "Presidente". Tale decisione è stata altamente criticata dal parlamento della Repubblica del Tatarstan il quale, nel suo [parere](#) contrario all'approvazione del disegno, ha denunciato il tentativo del legislatore federale di "uniformare, muovendo in contrasto ai principi del federalismo, una serie di aspetti che riguardano l'autonomia degli organi regionali".

Tra le altre modifiche, va sottolineato che il disegno di legge prevede - al fine di garantire le procedure di conciliazione e di risolvere eventuali disaccordi tra gli organi federali e quelli dei soggetti - il diritto di ricorso al Consiglio di Stato. Inoltre, l'elenco dei soggetti del diritto di iniziativa legislativa nei parlamenti regionali viene integrato dai pubblici ministeri dei soggetti della Federazione Russa, mentre la prerogativa analoga non è prevista a livello federale per il Procuratore Generale.

Il disegno di legge è stato discusso e approvato in prima lettura il **9 novembre** e a distanza di 30 giorni richiesti dal Regolamento parlamentare anche in seconda lettura. Non sono mancati diversi commenti critici espressi dagli esponenti dei partiti di opposizione parlamentare. Così, il deputato del partito Comunista ha notato che "ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione, la regione stabilisce autonomamente il sistema dei propri organi, mentre il centro federale si limita a determinare i soli principi generali. Tuttavia, il disegno di legge proposto disciplina in dettaglio l'organizzazione dell'autorità regionale. Unificazione dei nomi, unificazione della durata dei

mandati, regolamentazione dettagliata anche di questioni procedurali: tutti questi sono elementi di uno stato unitario... Dov'è l'autonomia dei soggetti di cui parla l'articolo 77 della Costituzione?”. [Secondo un altro deputato](#), “questo disegno di legge ha posto l'ultimo chiodo nella bara del federalismo in Russia. Anche se non si può condividere del tutto tale allarmismo espresso in quest'ultima osservazione del deputato Mikhailov, difficilmente si può negare che questo disegno di legge si inserisce perfettamente in una sequenza di atti normativi approvati durante la presidenza di Putin che hanno mirato ad avvicinare l'assetto istituzionale russo ad un modello a sé, sempre più scostante dai dettami del federalismo. Il legislatore russo ha preferito applicare il principio di autonomia organizzativa dei soggetti federati in maniera piuttosto selettiva lasciando la decisione su alcuni aspetti del funzionamento e organizzazione del potere a discrezione delle assemblee regionali, mentre su altre questioni ha cercato di stabilire criteri e regole uniformi e validi per tutte le regioni.

Dunque, nell'argomentazione degli autori del disegno veniva spesso evocata la necessità di garantire l'applicazione di norme uniformi all'organizzazione del potere statale, alla sua formazione e ai termini previsti per il rinnovo delle cariche elettive nei soggetti della Federazione Russa, mentre tale uniformità risulta mancante tra i due livelli di potere, regionale e federale. Analizzando il documento difficilmente, quindi, si può parlare di una combinazione equilibrata dei principi costituzionali dell'unità del sistema di potere e dell'autonomia delle autorità regionali.

Il **14 dicembre** il disegno di legge è stato approvato definitivamente dalla Duma con [330 voti a favore e 89 contrari](#) (questi ultimi sono i voti contrari dei deputati del partito Comunista, “Russia Giusta” e di alcuni esponenti del partito “Nuova Gente”). Il documento è stato poi approvato anche dalla Camera alta e firmato dal Presidente il **21 dicembre** (v. [la legge n. 414-FZ](#)).

Già il **16 dicembre** sempre il deputato Krashenninikov e il senatore Klishas hanno presentato una nuova iniziativa che andrebbe a completare la nuova architettura istituzionale descritta nel disegno di legge di cui si è parlato in precedenza. Come sottolineato nella nota esplicitiva al disegno di legge [n. 40361-8](#), l'obiettivo principale della proposta è “garantire maggiore responsabilità all'autogoverno locale per la risoluzione delle questioni che direttamente influiscono sulla qualità di vita della popolazione e, in secondo luogo, coinvolgere le autorità locali nel processo decisionale sulle questioni statali e in attuazione dei progetti nazionali”.

Fra le novità più rilevanti, il documento propone l'ampliamento dei poteri delle autorità regionali nei confronti degli organi di autogoverno locale (in particolare, i governatori potranno ora selezionare i candidati alla carica di sindaco e dimettere i Capi dell'amministrazione municipale “per violazioni sistematiche” a seguito di “un'esecuzione impropria o di inadempimento di doveri”), nonché l'incorporamento degli insediamenti rurali e urbani in distretti municipali e urbani più grandi con l'eliminazione degli organi di autogoverno a livello territoriale più basso. Pertanto, secondo il documento, a livello locale gli organi opereranno solo nei distretti urbani e municipali e nei territori interurbani delle città di importanza federale. Si crea così un sistema “ad un livello” degli enti locali in rottura con il sistema precedente “a due livelli” sancita dalla legge federale n. 131-FZ del 2003 (il primo livello era costituito dagli insediamenti urbani e rurali, il secondo da distretti urbani e comunali).

Il nuovo disegno definisce l'autogoverno locale come una “forma di autorganizzazione dei cittadini garantita dalla Costituzione della Federazione Russa” e non più come una forma di democrazia (cfr. legge n. 131-FZ). Vediamo quindi un ripensamento del ruolo dell'autogoverno locale nella struttura di potere dello Stato russo, e in particolare la sua interpretazione come terzo livello di autorità pubblica. Considerando l'approvazione della legge federale “sulla pubblica autorità” a dicembre scorso, nonché la proposta di una riforma delle autonomie locali, si può

concludere che nella Federazione Russa si sta istituzionalizzando un nuovo modello organizzativo del potere che comprende una “verticale territoriale”.

GOVERNO

I NUOVI “AGENTI STRANIERI”: IL CASO DI “MEMORIAL”

Nel 2021 il Ministero della Giustizia ha inserito nei registri di “agenti stranieri” un numero record di giornalisti e testate. Nel solo periodo settembre-dicembre [l'elenco dei media “agenti esteri”](#) è più che raddoppiato (+64 organizzazioni e privati, e circa 100 enti in totale).

Anche alcuni attivisti per i diritti umani sono stati riconosciuti come “agenti stranieri”. In particolare, l'**8 novembre** il Ministero della Giustizia ha inserito per la prima volta gli avvocati nel registro dei media - agenti stranieri. Si tratta di attivisti che si sono occupati dei casi di persone accusate in spionaggio e che erano membri dell'associazione per i diritti umani “Team 29”, a sua volta riconosciuta ong “agente straniero” nel 2014 e liquidata in seguito.

In questa atmosfera di sempre maggiore pressione sulla società civile russa da parte dell'apparato statale, un'organizzazione molto rispettabile dei diritti umani russa è finita al centro di un processo. L'**8 novembre** i pubblici ministeri hanno avviato un ricorso ai tribunali sulla liquidazione delle due organizzazioni in precedenza riconosciute come “agenti stranieri”: si tratta dell'associazione storica, di beneficenza e per i diritti umani “International Memorial” e l'organizzazione “gemella”, il centro per i diritti umani “Memorial”. Entrambe le organizzazioni sono state accusate di ripetuta violazione della normativa che regola lo status degli agenti stranieri, in particolare le due organizzazioni hanno pubblicato più volte materiali senza il marchio “agente straniero” e sono già state multate di centinaia di migliaia di rubli per queste violazioni. Secondo l'accusa, “la mancanza di contrassegno ha reso impossibile ad un grande gruppo di persone di valutare con accuratezza le informazioni che l'ente fornisce diffondendo in tal modo *de facto* un'opinione negativa sulla struttura dello Stato”.

Bisogna precisare che l'associazione “Memorial” è una delle organizzazioni più longeve nella storia contemporanea della Russia; essa è stata fondata a Mosca già nel 1992 sulla base del circolo storico-educativo che si occupava della [conservazione della memoria di vittime dello stalinismo](#). L'organizzazione ha sempre giocato un ruolo importante nel consolidamento di una prospettiva più umana e meno stalinista del passato della Russia: questo centro conserva un gigantesco archivio di crimini passati e mantiene un registro delle vittime delle repressioni politiche. Il suo impegno è fondamentale per i cittadini che, grazie agli archivi di “Memorial”, possono ricostruire la storia dei loro antenati repressi.

L'importanza del lavoro dell'organizzazione è stata portata all'attenzione del Presidente russo, durante la riunione con il Consiglio per i diritti umani tenutasi il **9 dicembre**. Nel suo [intervento](#) il membro del Consiglio Svanidze ha difeso l'associazione e ha parlato delle accuse rivolte contro l'ente e ha sottolineato che “la componente principale di questo caso non è legale, ma umana. “Memorial” è un'organizzazione che ha importanza simbolica. La sua eliminazione sarà percepita come un insulto da milioni di discendenti delle vittime del terrore”. Nel suo comunicato pubblicato il **12 dicembre** il Consiglio per i diritti umani [ha espresso](#) preoccupazioni circa la situazione ed ha definito la sanzione applicata all'organizzazione sproporzionata rispetto alle violazioni commesse.

Tuttavia, il **28 dicembre** la Corte Suprema ha liquidato il “Memorial Internazionale”, mentre il **29 dicembre** la decisione di scioglimento forzato è stata emessa nei confronti del centro “Memorial” dal tribunale di Mosca.

Questo caso ha reso di nuovo acceso il dibattito sulla necessità di modificare la normativa sugli “agenti esteri”. Il **30 dicembre**, la Commissione di Venezia ha pubblicato un comunicato riportando l’attenzione alla non conformità della legislazione russa sugli “agenti stranieri”. Già nel 2014, la Commissione ha valutato la compatibilità della normativa sulle ONG etichettate come “agenti stranieri” (v. [parere](#)), invitando le autorità russe a rivedere la terminologia utilizzata nella legge e riconsiderare il regime creatosi nei confronti degli enti riconosciuti “agenti stranieri”, in quanto le sanzioni e i controlli risultano sproporzionati rispetto allo scopo di tali misure e alle violazioni commesse. Secondo gli esperti, “la liquidazione di una ONG dovrebbe essere riservata, come misura di ultima istanza, ai casi estremi di gravi violazioni e che minacciano la democrazia. Le semplici violazioni amministrative, anche se ripetute, non rappresentano un motivo valido per lo scioglimento di una ONG”. Nel parere del 2014 la Commissione si è espressa anche in modo molto critico per quanto riguarda la procedura di scioglimento della ONG prevista dalla normativa: “Enforced dissolution of a NGO may only be pronounced by an impartial and independent tribunal in a procedure offering all guarantees of due process, openness and a fair trial. The effects of the decision on dissolution should be suspended pending the outcome of judicial review”. Queste raccomandazioni, tuttavia, fino ad oggi non sono state seguite.

Oltre alle organizzazioni internazionali o agli attivisti, molti dei quali hanno insistito sulla completa abolizione di tutte le restrizioni (v. [Joint statement by Russian and international human rights groups in support of Memorial](#), o la [petizione](#) sul sito [change.org](#)), il Consiglio per i diritti umani ha proposto di apportare alcune correzioni. Il **14 ottobre** il Consiglio per i diritti umani e l’Unione dei giornalisti hanno inviato alla Duma di Stato la loro proposta di emendamenti alla legge sugli “agenti stranieri”. Inoltre, durante l’incontro del **9 dicembre** con il Presidente, il membro del Consiglio Gusev [ha parlato](#) dei punti critici della legge relativa allo status dei media “agente straniero” segnalando che questa normativa ha creato “un grande disastro per i giornalisti russi”. I maggiori difetti della normativa, secondo Gusev, riguardano la procedura stragiudiziale di riconoscimento dello status che non prevede né preavviso né avvertimento o la possibilità di ricorso avverso la decisione. Inoltre, come segnala Gusev, non esiste alcun meccanismo per la revoca dello status di “agente estero”. Oltre alle carenze di carattere procedurale, l’esperto ha notato la vaghezza del criterio utilizzato per l’assegnazione dello status. Come ha segnalato Gusev, un giornalista potrebbe finire nell’elenco degli “agenti stranieri” anche semplicemente “ricevendo un premio ad un congresso internazionale” che potrebbe essere interpretato, sulla base della normativa attuale, dalle strutture statali di controllo come finanziamento dall’estero.

Per quanto riguarda la reazione delle autorità russe alle richieste di modificare la normativa sugli “agenti stranieri”, il Presidente Putin [ha detto](#) che bisogna riflettere, insieme agli esperti, sulle possibili correzioni ma ha anche ribadito che tale normativa rappresenta uno strumento utile contro l’intervento delle forze straniere negli affari dello Stato: “dobbiamo proteggerci da chiunque utilizzi qualsiasi strumento all’interno del territorio russo per raggiungere i propri obiettivi, diversi dagli interessi nazionali”. Il Presidente ha sottolineato il fatto che anche alcuni giornalisti russi subiscono all’estero un trattamento non meno punitivo nei loro confronti. Anche durante la [conferenza stampa](#) tenutasi il **23 dicembre**, Vladimir Putin ha ribadito che “non sono state le autorità russe le prime ad introdurre tale normativa” e che la legislazione russa “è molto più liberale” anche rispetto a quella statunitense perché prevede soprattutto gli obblighi di *disclosure* sulle fonti di finanziamento e lo scioglimento viene disposto soltanto nei casi estremi. Il Presidente ha inoltre informato che il regime di “agente straniero” in Russia si applica soltanto

allo 0,034% delle ONG registrate nel Paese. Tuttavia, il Capo di Stato ha convenuto che alcuni piccoli correttivi sulle procedure e sui criteri possono essere apportati ai fini di rendere più mirata l'applicazione della legge.

Anche lo *speaker* del Consiglio della Federazione, Valentina Matvienko, ha ipotizzato qualche allentamento delle sanzioni previste dalla normativa, ma ha rifiutato del tutto l'idea di abolire la legge sugli "agenti stranieri".

Pertanto, due proposte di modifiche sono giunte al Parlamento nei mesi scorsi. In particolare, si tratta del disegno di legge n. [19728-8](#) presentato dai deputati di "Russia Giusta - Per la verità" il **17 novembre** contenente le modifiche ai criteri per il riconoscimento di una persona "come agente". Gli autori propongono di stabilire che per ottenere lo status di "agente straniero" sia necessario che il ricevimento del denaro debba essere avvenuto in maniera ripetuta e in quantità significativa, per non fare rientrare nel concetto di "finanziamento dall'estero" un piccolo trasferimento di denaro dall'estero. Inoltre, il documento prevede che la questione dell'assegnazione dello status di agente straniero debba essere decisa dal tribunale.

Il secondo disegno di legge presentato alla Duma il **9 dicembre** è stato elaborato dai deputati del partito "Nuova Gente" n. [35591-8](#). Anche questo documento prevede l'iter giudiziario per il riconoscimento delle ONG come "agenti stranieri" con la possibilità per le organizzazioni di presentare obiezioni.

Nessuno dei progetti è stato ancora discusso dalla Duma di Stato. Si può, pertanto, notare una certa riluttanza da parte delle autorità a modificare questa legislazione nella direzione di un allentamento del regime che attualmente regola in dettaglio l'attività degli enti "agenti stranieri".

AUTONOMIE

I QR CODE E LE ALTRE MISURE ANTI COVID

Nella seconda metà del mese di settembre in Russia è stata registrata una nuova impennata dell'incidenza dei casi di contagio da Covid-19; in alcune regioni si è cominciato a parlare di "nuova ondata". Se il **1° settembre** i casi di contagi giornalieri erano circa 19.000, questi sono raddoppiati nell'arco di un mese. Il **6 novembre** è stato registrato il livello record di incidenza di 41.335 casi di infezioni. Il **12 dicembre** il numero totale dei casi rilevati nel Paese ha superato i 10 milioni. Come in passato, circa il 30% dell'incidenza si è verificato nelle grandi regioni, come Mosca e San Pietroburgo.

La campagna di vaccinazione è proseguita con tempi lenti e, secondo i dati del Viceministro Golikova, il livello di immunità di gregge nel Paese al **10 novembre** è stato stimato al 48,4%. Ovviamente, si tratta di un livello medio registrato che non tiene conto delle diverse situazioni createsi nelle varie regioni. Alla fine di novembre il livello di immunità collettiva è salito solo di 2 punti, mentre alla fine dell'anno, [secondo le stime](#) del comitato operativo, questo tasso è salito al 61,8%.

Dopo il picco di **novembre**, già verso la fine di **dicembre**, l'incidenza del Covid-19 in Russia è diminuita in modo significativo, tornando ai livelli dei mesi precedenti con i 20.638 casi [registrati](#) il **30 dicembre**.

In quest'ultimo quadrimestre dell'anno la gestione della pandemia non ha subito cambiamenti importanti ed è rimasta sempre soprattutto nelle mani dei Governatori delle regioni. Le più importanti misure contro la diffusione dei contagi da Covid-19 introdotte dal governo federale hanno previsto l'annuncio della settimana delle "giornate non lavorative" nel periodo tra il **30**

ottobre e il **7 novembre** (v. il Decreto presidenziale n. 595 del **20 ottobre**). Ai Capi delle regioni è stato concesso il diritto, in base alla situazione epidemiologica nel territorio, di stabilire un periodo più lungo di giornate non lavorative. Diverse regioni hanno approfittato di questa opportunità, anticipando di alcuni giorni e(o) prorogando oltre il **7 novembre** l'introduzione di questo regime particolare.

Oltre a questa misura eccezionale di contenimento dei contagi, il centro federale ha sollecitato i Capi delle regioni a prevedere maggiori restrizioni e cercare di accelerare il processo di vaccinazione. Il **3 novembre** [sono stati proibiti](#) gli eventi di massa (con più di 3.000 persone) su tutto il territorio russo.

Una novità di questi ultimi mesi del 2021 è stato il sempre maggiore ricorso delle autorità regionali all'utilizzo dello strumento di pass vaccinale con il codice QR. Già a settembre 2021, a causa dell'aumento dei casi di Covid-19 in alcune regioni della Russia sono state introdotte misure restrittive che prevedevano l'utilizzo di codici QR sulla vaccinazione per l'accesso alle istituzioni culturali, i ristoranti e gli eventi di massa.

Il **5 ottobre**, durante una riunione del Presidente russo Vladimir Putin con i membri del governo, il vice primo ministro russo Golikova ha raccomandato alle autorità delle regioni di introdurre il sistema di pass. Tante regioni hanno seguito questa raccomandazione e alla data del **19 ottobre**, secondo quanto ha riportato il capo del *Rospotrebnadzor*, Anna Popova, i codici QR venivano richiesti nei 28 soggetti federati per visitare strutture di ristorazione pubblica, centri sportivi, piscine, parchi acquatici, centri commerciali e di intrattenimento, teatri o eventi sportivi. In seguito, entro il mese di ottobre, tutti i soggetti federati ad eccezione di *Oblast'* di Sachalin [hanno previsto](#) l'utilizzo del pass.

Ad esempio, il **18 ottobre** il governatore del San Pietroburgo Beglov ha emanato l'ordinanza [n. 766](#) che ha previsto una graduale introduzione dal **1° novembre** dell'utilizzo dei pass per l'accesso ai diversi luoghi pubblici. In particolare, dal **1° dicembre** il controllo del pass è stato introdotto nei ristoranti, bar e strutture di vendita al dettaglio (ad eccezione di farmacie, distributori di benzina, negozi di alimentari e negozi di beni di prima necessità). L'unica eccezione [è stata fatta](#) per la vigilia di Capodanno.

Dall'**8 novembre** i codici QR sono stati introdotti anche a Mosca per partecipare a eventi culturali, sportivi e pubblici con più di 500 persone (v. il decreto del sindaco di Mosca Sobyenin [n.62-UM del 21 ottobre](#)). Questa misura, insieme con l'introduzione dell'autoisolamento per gli over 60 e l'incentivo del lavoro agile, è stata tra i principali strumenti di lotta contro il Covid-19 ai quali si sono affidati le autorità di Mosca.

In contrasto, le restrizioni più severe sono state introdotte nella Repubblica del Tatarstan dove l'uso dei pass è stato molto più diffuso. La repubblica è stata il primo soggetto federato dove dal **22 novembre** è entrato in vigore l'obbligo di esibire il QR code sui mezzi pubblici. Questa decisione tuttavia ha provocato un forte malcontento tra i residenti del Tatarstan. Osservando la situazione nel Tatarstan, le autorità delle altre regioni hanno deciso di non correre con l'introduzione dei pass anche per i viaggi nel trasporto pubblico urbano temendo di causare con tale decisione, anche loro a sua volta, un'esplosione del malcontento.

Anche per l'autorità federale non è stato facile in questi mesi affrontare il tema dei codici QR. In particolare, il 12 novembre 2021 il governo della Federazione Russa ha presentato alla Duma di Stato progetti di legge sull'utilizzo dei codici QR nei luoghi pubblici e nei trasporti. Il governo ha descritto i progetti di legge come una misura di emergenza "intrapresa in considerazione della situazione difficile" causata dalla diffusione del COVID-19 in Russia.

Il primo disegno di legge [n. 17357-8](#) "Sui certificati obbligatori per l'accesso ai luoghi pubblici" propone di modificare la legge federale "Sul benessere sanitario ed epidemiologico della

popolazione” al fine di introdurre l’obbligo di esibizione del pass per partecipare agli eventi di massa, o visitare i vari luoghi pubblici. Invece, il secondo disegno [n. 17358-8](#) prevede l’uso dei codici QR nel trasporto ferroviario e aereo interurbano e internazionale.

Il primo è stato approvato in prima lettura il **16 dicembre**, mentre la seconda iniziativa, più controversa, non ha ancora avuto seguito nelle aule del Parlamento. La Duma ha invitato i rappresentanti della società russa ad un dialogo sulle misure proposte e non sembra avere fretta nell’adozione di questi due disegni.

Infine, bisogna notare che la gestione del Covid in Russia è stata fin da subito caratterizzata da una maggiore discrezionalità fornita agli organi dei soggetti federati sulle questioni riguardanti l’introduzione delle misure di contenimento dell’infezione. In tal modo, le restrizioni e gli altri disagi legati alla gestione della pandemia sono sempre stati associati *in primis* alle iniziative dei Capi delle regioni e non alla volontà del Cremlino. Anche nel caso di questi disegni di legge, il centro federale sembra voler continuare a delegare le decisioni impopolari e scomode alle autorità territoriali piuttosto che assumersi questa responsabilità.



La Slovacchia chiude un anno contrassegnato dall'instabilità, mentre il Presidente della Repubblica chiama i partiti al senso di responsabilità di fronte alla sfida della ripresa economica e sociale*

di Simone Benvenuti**

Il 2021 si chiude in Slovacchia in continuità con i mesi precedenti. Il sistema politico appare tuttora scosso dai contrasti interni alla coalizione di governo; i partiti che sostengono il Governo sono in difficoltà di fronte al consenso crescente per i due maggiori partiti di opposizione di segno populista: Smer e Hlas, guidati rispettivamente dagli ex Primi ministri Robert Fico e Peter Pellegrini. Tale difficoltà non è contrastata dai successi sul fronte della lotta alla corruzione promossa dal Governo in carica, che su questo fronte gode del pieno [sostegno](#) delle istituzioni europee, né dall'adozione di importanti riforme, tra tutte quelle del sistema sanitario e dell'università. Essa è al contrario acuita dal carattere controverso di tali riforme e dal loro potenziale impatto su alcuni diritti fondamentali e da vicende contingenti, come i [problemi organizzativi](#) lamentati in occasione della prima [visita papale](#) da diciotto anni.

Le difficoltà ora descritte appaiono ancor più significative nel contesto di recrudescenza pandemica che ha imposto il **25 novembre** l'introduzione di un [lockdown di due settimane](#), inizialmente limitato alle sole persone non vaccinate. Inoltre, l'agenda politica è dominata dalle modalità di attuazione del piano di ripresa. Sempre maggiori sono le preoccupazioni che il Governo in carica si dimostri [incapace](#) di realizzare quelle riforme rese necessarie dall'approvazione del Piano nazionale da parte della Commissione europea. Ciò metterebbe in discussione il trasferimento dei fondi e le possibilità di una ripresa a breve termine.

Nel quadro delle incipienti crisi economica e sociale, in presenza di un [debito pubblico crescente](#), una prospettiva del genere risulta particolarmente problematica. Se nel secondo quadrimestre si è registrata una forte [ripresa](#) del PIL e della produzione industriale (pur non raggiungendo questa i livelli pre-pandemia), nel terzo quadrimestre le [difficoltà di approvvigionamento](#) dei componenti essenziali nei settori da cui la struttura economica slovacca è maggiormente [dipendente](#) ha [rinnovato le difficoltà](#), mentre stagna un [piano di trasformazione e modernizzazione industriale](#). In tale contesto, al pari di altri paesi dell'area, la Slovacchia soffre

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

un forte aumento dell'inflazione, con i riflessi sociali che ne derivano. Alla metà di dicembre, questa era arrivata al 5.8%, il [livello più alto da diciassette anni](#).

La crescente sfiducia verso le istituzioni – inclusa quella presidenziale – è crescente e c'è chi ha evocato un vero proprio rischio di una loro “dissoluzione”. Questa situazione spiega il tentativo – sino ad ora senza successo – della Presidente Čaputová di ricreare forme di dialogo tra i partiti della coalizione della maggioranza e tra questi e i partiti dell'opposizione. Secondo gli analisti, appare però più concreta la [prospettiva delle elezioni anticipate](#), sebbene l'attuale configurazione del sistema partitico non permetta di essere ottimisti quanto alla soluzione ai problemi evocati.

PARTITI

I SONDAGGI PIÙ RECENTI DELINEANO UN PANORAMA PARTITICO ANCORA FLUIDO ED ETEROGENEO

Il sistema partitico slovacco, quale risulta dal [sondaggio AKO](#) del **15 dicembre**, appare ancora scarsamente consolidato e caratterizzato da un alto grado di eterogeneità. Il partito populista HLAS, guidato da Peter Pellegrini, risulta ricevere più consensi (19%), seguito da SaS e da Smer (rispettivamente 13.9% e 13.7%). Sopra la soglia del 5% si posizionano anche il Partito del Primo ministro, OĽaNO (9%), Slovacchia progressista (8.6%), Sme Rodina (6.5%), il Movimento cristiano-democratico (6%) e Republika (5.9%). Altri quattro partiti, tra cui il partner di Governo Za Ľudí, vittima di una recente scissione, non raggiungono tale soglia.

L'EX PRIMO MINISTRO FICO TRATETNUTO DALLA POLIZIA DURANTE UNA PROTESTA PROMOSSA DAL PARTITO SMER

Il segretario di Smer Robert Fico è stato [trattenuto](#), in occasione della manifestazione di protesta del **16 dicembre** contro il Governo e il Presidente della Repubblica. Fico, al quale è stata contestato la violazione del divieto di assembramento in vigore, ha criticato duramente l'operato della polizia per le misure prese nei confronti di un membro del Consiglio nazionale.

ARRIVA A UN PUNTO DI ROTTURA LA CRISI IN ZA ĽUDÍ

L'**8 settembre**, la [crisi deflagrata](#) nel partito minore della coalizione di governo, Za Ľudí, si è conclusa con la [scissione](#) innescata dai sostenitori del Ministro della giustizia Mária Kolíková, inclusi sei parlamentari, che hanno creato una nuova piattaforma politica unendosi al partito Sloboda a Solidarita (e al rispettivo gruppo parlamentare: determinando così la cessazione del gruppo parlamentare di Za Ľudí, rimasto composto da soli quattro parlamentari).

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

INCONTRO TRA IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA E I PARTITI DI MAGGIORANZA E OPPOSIZIONE

Il **28 settembre**, la Presidente della Repubblica si è [incontrata](#) con i rappresentanti dei partiti di maggioranza e di opposizione per discutere la tesa situazione sociale e politica a quasi due anni dall'esplosione pandemica. Nel corso della conferenza stampa a chiusura dell'incontro, la Presidente Čaputová ha sottolineato l'[importanza della stabilità](#) del Governo, richiamando al senso di responsabilità i partiti della coalizione di maggioranza, e ha ricordato ai rappresentanti dell'opposizione i rischi della diffusione di discorsi di odio.

PARLAMENTO

NON È APPROVATA LA RISOLUZIONE SULLA DISCRIMINAZIONE CONTRO LE MINORANZE

Il **21 settembre** è stata rigettata la [proposta di risoluzione](#), proveniente da un gruppo di parlamentari dei partiti OĽaNO e SaS, di condanna contro ogni discriminazione nei confronti delle minoranze presenti sul territorio slovacco. A votare a favore della risoluzione sono stati solo cinquantacinque parlamentari.

NON È APPROVATA LA LEGGE CHE LIMITA L'ACCESSO ALL'INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA

L'**11 novembre** il Consiglio nazionale ha votato in ultima lettura il [progetto di legge](#) presentato dalla parlamentare di maggioranza Anna Záborská (OĽaNO) sulla gravidanza volto a limitare l'[accesso all'aborto](#). Il testo tuttavia [non ha ottenuto](#) la maggioranza richiesta. Secondo alcuni [recenti sondaggi](#), solo il 10% degli intervistati sostiene la proposta di modifica legislativa, che il **19 ottobre** era stata [criticata](#) anche dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e aveva inoltre incontrato le [resistenze dei medici](#).

APPROVATA LA LEGGE CHE REGOLAMENTA I SONDAGGI ELETTORALI

Il **2 dicembre**, il Consiglio nazionale ha [approvato](#) la riforma che consente la diffusione dei risultati dei sondaggi elettorali fino a quarantotto ore prima dello svolgimento delle elezioni.

PRESENTATO UN DISEGNO DI LEGGE CHE INTRODUCE IL REATO DI DIFFUSIONE DI INFORMAZIONI FALSE

Il **3 dicembre**, il Ministro della giustizia ha presentato una [proposta di modifica del Codice penale](#) volta a introdurre un reato specifico di diffusione di informazioni false “che possano nuocere ad almeno una parte della popolazione». A seconda delle circostanze, tale reato è punibile con la detenzione da tre a dieci anni. Tuttavia, diversi esperti in materia ritengono che le norme esistenti siano sufficienti per fronteggiare il fenomeno, mentre la proposta del Ministro rischia di avere un impatto importante sull'esercizio della libertà di espressione.

APPROVATA LA LEGGE SULLA RESPONSABILITÀ STATALE PER GLI EFFETTI COLLATERALI DEL VACCINO CONTRO IL COVID-19

Il **10 dicembre**, il Consiglio nazionale ha [approvato](#) la legge che imputa direttamente al Ministro della sanità la responsabilità per gli effetti collaterali derivanti dai vaccini contro il Covid-

19. La legge, [che implica la costituzione di un fondo compensativo](#) speciale per far fronte ai risarcimenti, ha effetto retroattivo, applicandosi dal 26 dicembre 2020, giorno in cui è stato somministrato il primo vaccino, e mira a stimolare la popolazione a vaccinarsi. Prima dell'approvazione della legge, a rispondere degli effetti legati alla somministrazione, con l'unica eccezione per il vaccino Sputnik V, erano direttamente gli ospedali e i centri vaccinali.

RIFORMA DELLA LEGGE SUI PARCHI NAZIONALI

Il **14 dicembre**, il Consiglio nazionale ha approvato, [senza l'appoggio di Sme Rodina](#), la riforma della [legge sui parchi nazionali](#), che ne trasferisce la gestione al Ministero dell'ambiente a decorrere dal mese di aprile 2022.

RIFORMA DELLA SANITÀ

Il **14 dicembre** il Consiglio nazionale ha approvato, senza l'appoggio di Sme Rodina e dei partiti di opposizione, la [riforma del sistema sanitario](#) proposta dal Ministro Vladimír Lengvarský (OLaNO), che razionalizza la rete delle strutture ospedaliere. La riforma tenta la via del compromesso tra le esigenze della sanità e le limitate risorse a disposizione, collegandosi al contempo con il piano di ripresa che riserva alla riforma della sanità un miliardo di euro.

APPROVATA LA RIFORMA DELL'UNIVERSITÀ

Il **23 dicembre** è stata approvata la [riforma della legge sull'istruzione superiore](#) promossa nel novembre scorso dal Ministro dell'istruzione Branislav Gröhling (SaS) e che entrerà in vigore dal 1° aprile 2022. La riforma modifica il sistema di governance degli atenei al fine di una loro modernizzazione, attraverso un potenziamento del consiglio di amministrazione (composto per metà da membri nominati dal Ministro dell'istruzione) rispetto al senato accademico (ad esempio nella elezione del rettore, che a sua volta pure acquista maggior potere rispetto al senato accademico). Il testo introduce inoltre “contratti di performance” tra il Ministero e le università. La riforma è stata oggetto di [forti critiche](#) in [seno all'istituzione universitaria](#) (Conferenza dei rettori e Consiglio dell'istruzione superiore), nonostante il dialogo tentato dal sottosegretario all'istruzione Ľudovít Paulis. In seno alla coalizione di governo, perplessità erano state espresse da Za Ľudí e da alcuni parlamentari di OĽaNO. Secondo i critici, la riforma rappresenta una reale minaccia per l'autonomia delle università, oggetto peraltro negli ultimi tempi di alcune controversie di rilievo [nazionale](#) e [internazionale](#). La riforma dell'università si accompagna a una più ampia [riforma dell'istruzione](#) realizzata nell'autunno.

GOVERNO

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA ANNUNCIA UNA RIFORMA DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

A seguito della [vicenda](#) riguardante l'incriminazione dell'ex Direttore dell'Agenzia dei servizi segreti, il **2 settembre** il Ministro della giustizia ha [reso nota l'intenzione](#) di proporre la modifica dell'articolo 363 del Codice di procedura penale, che attribuisce al Procuratore generale il potere di annullare le decisioni di altri membri del corpo requirente.

DIFFICOLTÀ NELLA COALIZIONE DI GOVERNO

La scissione, l'8 settembre, del piccolo partito di coalizione Za Ľudí (v. *supra*), sfociata nell'adesione del gruppo dissidente, che include il Ministro della giustizia in carica, nel partito Sloboda a solidarietà, ha messo momentaneamente [in crisi gli equilibri della compagine governativa](#). Za Ľudí ha rivendicato infatti la sua posizione ministeriale, supportata dal leader di OĽaNO, Igor Matovič. La questione è complicata dal fatto che il Ministro della giustizia in carica ha avviato un importante processo di riforma della giustizia collegato al piano di ripresa.

Successivamente, difficoltà sono sorte tra il partito OĽaNO e il suo leader nonché Ministro delle finanze Igor Matovič, da un lato, e il leader di Sme Rodina e presidente del Parlamento Boris Kollár. Il 23 settembre, il primo ha [criticato la proposta di Kollár](#) in materia di edilizia pubblica, che rappresenta però un punto programmatico fondamentale per Sme Rodina al quale è subordinata la permanenza al Governo. Qualora Sme Rodina abbandonasse la coalizione di Governo, la maggioranza passerebbe da novantadue a settantacinque parlamentari – la metà di quelli di cui è composto il Consiglio nazionale. Le difficoltà della compagine governativa è stata dimostrata da ultimo dalla questione dell'[obbligatorietà del vaccino](#) (v. *infra*).

IL GOVERNO SI SCUSA PER LEGGI ANTIEBRAICHE

Il 9 settembre, in occasione dell'[ottantesimo anniversario](#) del decreto sullo status giuridico degli ebrei – noto anche come [Codice ebraico](#) – il Primo ministro Heger ha presentato le pubbliche scuse del Governo.

RECOVERY PLAN

L'11 novembre si è tenuto un [incontro](#) tra la Direttrice generale della sezione Recovery Plan presso il Ministero delle Finanze e il capo della [task force europea per la ripresa e la resilienza](#) (RECOVER), in cui è stata sottolineata l'urgenza di portare avanti le riforme pianificate, tra cui quella della giustizia, affinché si possa procedere al [trasferimento dei fondi](#), pari a circa sette miliardi di euro.

ISTITUITO PRESSO IL MINISTRO DELL'INTERNO UN CENTRO CONTRO LA GUERRA IBRIDA E LA DISINFORMAZIONE

Il 18 novembre, il Ministro dell'interno ha deciso di istituire una [unità per combattere la guerra ibrida e le fake news](#), considerate tra le cause del basso tasso di vaccinazioni nel Paese.

IL NODO DELLA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA

Il 18 novembre sono state annunciate [nuove misure di contrasto alla pandemia](#), alcune delle quali dirette alle sole persone non vaccinate. Il 6 dicembre, il Primo ministro Eduard Heger ha poi sostenuto [l'intenzione di promuovere l'obbligatorietà](#) della vaccinazione per gli ultrasessantenni, incontrando però la decisa opposizione di alcuni alleati di Governo, tra cui in particolare Sme Rodina e il suo leader e Presidente del Consiglio nazionale Boris Kollár, oltretutto dell'[opposizione](#). È allo studio l'idea di introdurre l'obbligo [attraverso ordinanza](#) del Direttore dell'Autorità per la salute pubblica. Di fronte a una forte recrudescenza della pandemia che ha colpito la Slovacchia a partire da ottobre, alla fine dicembre [solo il 50%](#) circa della popolazione è stata vaccinata.

IL GOVERNO A FAVORE DELL'ENERGIA NUCLEARE

Il 16 dicembre, il Primo ministro Eduard Heger ha [sollevato](#) con il suo omologo ceco, in occasione della riunione del Consiglio europeo, la questione dell'inclusione del nucleare tra le energie sostenibili ai fini della dismissione delle fonti fossili.

CORTI

SCADUTO IL TERMINE PER PRESENTARE CANDIDATURE AL RUOLO DI GIUDICE PRESSO IL TRIBUNALE UE

Il **14 settembre** è [scaduto](#) il termine per presentare al Consiglio della magistratura le candidature alla posizione di giudice presso il tribunale UE, senza che siano state presentate candidature. Il mandato dei giudici del Tribunale terminerà dunque dopo sei anni senza che la Slovacchia abbia mai nominato un proprio giudice.

INIZIATO IL PROCESSO NEI CONFRONTI DELL'EX PROCURATORE GENERALE

Il **6 settembre** ha avuto avvio il [processo](#) nei confronti dell'ex Procuratore generale Dobroslav Trnka, imputato per abuso di ufficio.

CONDANNATO L'EX PROCURATORE SPECIALE

Il **20 settembre**, l'ex Procuratore speciale Dušan Kováčik è stato [condannato](#) a [quattordici anni](#) di prigione per il reato di corruzione.

AVVIATA UN'INDAGINE NEI CONFRONTI DEL DIRETTORE DELLA BANCA CENTRALE

L'**8 ottobre**, la Procura speciale ha [indagato](#) per corruzione il Direttore della Banca centrale Peter Kažimír in una vicenda risalente al periodo in cui era Ministro delle finanze nel Governo Fico. Il **14 ottobre**, Kažimír ha [comunicato](#) di non avere l'intenzione di dimettersi, in risposta alla Presidente della Repubblica e al Primo ministro Matovič che suggerivano di agire in tal senso per proteggere la reputazione dell'istituzione.

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA COSTITUZIONALI LE DISPOSIZIONI SUI POTERI DELL'AUTORITÀ SANITARIA

Il **1° dicembre**, giudicando su ricorso del Procuratore Generale, la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionali le disposizioni che attribuiscono all'Autorità sanitaria (ÚVZ) il potere di emanare ordinanze con forza di legge, quali atti pubblicati nella Raccolta degli atti del Governo.

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA INCOSTITUZIONALI ALCUNE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI QUARANTENA

L'**8 dicembre**, su ricorso del Difensore pubblico dei diritti Mária Patakyová, la Corte costituzionale ha [dichiarato incostituzionali](#) alcune disposizioni della legge sulla tutela della salute relative alla disposizione in quarantena in strutture statali da parte del Ministro della salute e dell'Autorità sanitaria (ÚVZ), in quanto limitativa della libertà personale in assenza di garanzie procedurali.

RICONOSCIUTA LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NELLA VICENDA DELLA SCUOLA DI HERMANOVCE

Il **20 dicembre**, il tribunale distrettuale di Prešov ha reso una sentenza in un [caso](#) che coinvolgeva ragazzi di etnia rom assegnati a classi separate speciali per bambini con disabilità mentali lievi. Secondo il giudice, tale assegnazione era stata fatta sulla base dell'etnia, in violazione

del principio di non discriminazione, e non sulla base di una corretta diagnosi. È la prima sentenza di un tribunale slovacco che riconosce l'esistenza di forme di segregazione scolastica nei confronti di studenti di etnia rom, come già avvenuto in Ungheria in una recente vicenda che ha portato al conflitto tra Corti e Governo. Il caso è controverso anche perché a venire in evidenza è non solo la prassi di segregazione, ma anche l'utilizzo di diagnosi psicologiche non al fine di determinare i bisogni educativi da soddisfare in un ambiente inclusivo, bensì per disporre un processo educativo separato di studenti con disabilità mentali.



Governare in minoranza nell'emergenza sanitaria. Un bilancio di metà legislatura per il Governo di coalizione*

di **Laura Frosina****

Il 29 dicembre Pedro Sánchez ha operato dal Palazzo della Moncloa un bilancio di metà legislatura pienamente positivo presentando la terza edizione dell'*Informe Cumpliendo*. Nei primi due anni della legislatura più complicata di sempre, la XIV, segnata da un'emergenza sanitaria di portata epocale e dalla durissima crisi economica e sociale conseguente, il Governo di coalizione tra *Psoe* e *Unidas Podemos* è riuscito a portare a termine il 50,2% degli impegni assunti in sede di investitura dinanzi al Congresso dei Deputati. È riuscito, altresì, a dare attuazione al 44,4% degli obiettivi programmatici definiti nell'Accordo di coalizione progressista (Acp) e, infine, al 27,5% delle riforme previste nel quadro del Piano Nazionale di Ripresa, Trasformazione e Resilienza (PRTR). Sono questi i dati pubblicati nel terzo *Informe Cumpliendo*, che rappresenta uno strumento di controllo politico innovativo inaugurato nel mese di dicembre 2020 dal Governo Sánchez e utilizzato sistematicamente in questa prima parte della legislatura. Il Governo di coalizione si è servito di questo strumento per fornire periodicamente e pubblicamente un'informazione dettagliata, sistematizzata, e verificabile sul piano delle fonti, del suo operato politico e degli obiettivi conseguiti rispetto agli impegni assunti dinanzi al Parlamento e all'elettorato nelle diverse fasi della legislatura. La pubblicazione, in un'apposita sezione del sito della *Moncloa*, di rapporti periodici, nazionali, settoriali e territoriali, e di altra documentazione utile ai fini informativi, si è convertita in un canale fondamentale per verificare il livello di attuazione del programma politico e il grado di affidabilità del Governo in carica. E per questa ragione il Governo stesso lo ha definito come uno strumento che pone la Spagna all'avanguardia nella cd. *rendición de cuentas*, che ha contribuito a rafforzare la qualità democratica e la cultura della *governance* pubblica, nonché a diminuire quel fenomeno di disaffezione politica così largamente diffuso anche nel panorama comparato.

Dai dati pubblicati in questi documenti emerge come il Governo minoritario guidato da Sánchez sia riuscito a governare efficacemente in questa prima parte della XIV legislatura, nonostante la perdurante emergenza pandemica, la durissima crisi economica e sociale di questi

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Ricercatrice di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

anni, le dimissioni del vicepresidente del Governo, Pablo Iglesias, e, soprattutto, nonostante la presenza di uno dei Parlamenti politicamente più frammentati e divisi dell'ultimo quarantennio costituzionale.

In particolare, un traguardo di questi ultimi mesi è rappresentato dalla legge di Bilancio Generale per l'anno 2022. La legge, che è stata approvata con il sostegno di un elevato numero di gruppi parlamentari, ha rafforzato la solidità del patto coalizionale e, soprattutto, la stabilità del Governo in seno al Parlamento, ponendo più solide basi per affrontare questa seconda parte della legislatura. L'approvazione della legge di bilancio rappresenta -come noto- un importante momento politico in cui si misura il livello di fiducia e di collaborazione tra Esecutivo e Legislativo, e, per i Governi di minoranza, in particolare, costituisce una tappa fondamentale per verificare la loro stabilità e la capacità di stringere alleanze parlamentari anche in prospettiva. Il superamento di questo scoglio parlamentare è fondamentale al punto che, quando la votazione del bilancio riporta un esito negativo, il Governo può essere costretto a dimettersi e a ricorrere a nuove elezioni. A tal proposito, va ricordato che la nuova fase di profonda instabilità politica, apertasi nel 2015 con la crisi del bipartitismo imperfetto, ha avuto delle ripercussioni negative sulle politiche di bilancio dei Governi che si sono susseguite in questi anni. La mancata approvazione della legge di bilancio, entro il termine costituzionalmente contemplato dall'articolo 134 della Costituzione, ha portato in maniera ricorrente alla proroga del bilancio dell'esercizio precedente. Così è avvenuto con il bilancio del 2015, prorogato automaticamente negli anni 2016 e 2017, e così anche con il bilancio del 2017, che è stato prorogato negli anni 2019 e 2020. Nel 2021 il Governo aveva già posto fine a questa irregolare prassi della proroga dei conti pubblici, presentando una nuova ed espansiva manovra di bilancio, sulla quale aveva ottenuto, a seguito di onerose e complesse negoziazioni, una maggioranza più ampia di quella conseguita in sede di investitura (Per le negoziazioni e i contenuti di questa legge si v. L. Frosina, *La instable estabilidad del II Gobierno Sánchez nella perdurante emergenza sanitaria*, in questa Rivista, n. 3, 2020). E così anche in questi mesi il Governo ha raggiunto un importante traguardo con l'approvazione della nuova legge di Bilancio per l'anno 2022, che prevede investimenti *record* grazie anche al contributo dei fondi europei, dando attuazione, sul piano economico, ad alcuni punti fondamentali dell'accordo di coalizione e a taluni obiettivi prioritari del Piano Nazionale di Ripresa, Trasformazione e Resilienza. La legge si prefigge di realizzare una trasformazione e una dinamizzazione dell'economia senza precedenti, rivolte, soprattutto, a stimolare una crescita "giusta" in grado di superare le principali diseguaglianze economiche e sociali. Per la sua approvazione si è rivelata fondamentale la negoziazione con *Esquerra Republicana de Catalunya* e il *Partido Nacionalista Vasco*, partiti che hanno continuato a porsi come interlocutori parlamentari privilegiati del Governo minoritario nel corso della legislatura. La negoziazione ha obbligato il Governo a soddisfare le rivendicazioni avanzate da tali partiti, che hanno portato al riconoscimento ufficiale della lingua catalana nella legge in materia di audiovisivo e al trasferimento al Paese Basco della gestione dell'*Ingreso Mínimo Vital*.

Oltre alla legge di bilancio, va considerato anche il pacchetto di leggi in materia di previdenza e protezione sociale, che ha visto la luce in questo quadrimestre, con l'approvazione delle riforme in materia di pensioni, pubblico impiego e *Ingreso Mínimo Vital*. Quest'ultima riforma, in

particolare, rappresenta il fulcro del modello di protezione sociale che si aspira a costruire, in quanto introduce un sistema di prestazioni, economiche e di altra natura, rivolte a contrastare la povertà e la esclusione sociale e a reinserire i soggetti più vulnerabili nel tessuto economico e sociale del Paese.

Più difficile si sta rilevando, invece, la partita per l'approvazione della controversa riforma del mercato lavoro, che è stata adottata mediante decreto-legge (*Real Decreto 32/2021*), sulla base di un previo e laborioso accordo tra il Governo e le parti sociali, e necessita ora di essere convalidata dal Congresso dei Deputati entro il 31 gennaio. La riforma, che aspira nel complesso a superare la precarietà lavorativa e a migliorare la qualità del lavoro, ha sollevato diverse polemiche e opposizioni tra i principali soci parlamentari della investitura, che sembrano schierarsi contro di essa più per ragioni pretestuose che per i suoi reali contenuti. I partiti dimostrano un certo scetticismo verso una riforma che ritengono non sia in grado di scardinare quella introdotta da Mariano Rajoy nel 2012 e stanno alzando la posta in gioco nel quadro delle negoziazioni interpartitiche, rendendo incerta la convalida parlamentare di una riforma sulla quale il Governo, e prima tra tutti Yolanda Díaz, sta puntando molto per rinsaldare il suo consenso politico-elettorale.

A prescindere da quale sarà l'esito di tale riforma, i dati finora riportati nell'*Informe Cumpliendo* sono abbastanza confortanti per il Governo minoritario di coalizione ed evidenziano come sia riuscito a conseguire alcuni importanti obiettivi strategici legati all'attuazione del suo indirizzo politico, che hanno contribuito a stabilizzare la sua posizione nel contesto politico-costituzionale. Queste dinamiche politiche e legislative hanno favorito una rilegittimazione politica del Governo in carica e del patto di investitura, aumentando le possibilità concrete di portare a termine in condizioni di stabilità la XIV legislatura.

In questi mesi, tuttavia, il Governo minoritario di Sánchez non ha incassato soltanto successi politici, ma ha registrato anche alcune sconfitte a livello giurisprudenziale che incidono in maniera senz'altro negativa su questo bilancio di metà legislatura. Queste sconfitte si riferiscono ad una serie di pronunciamenti con cui il Tribunale Costituzionale ha demolito quasi interamente la strategia giuridica seguita dal Governo per affrontare l'emergenza sanitaria. I giudici costituzionali hanno sferrato in questi mesi quello che nella vulgata giornalistica è stato addirittura definito un *golpe* nei confronti dell'Esecutivo. A distanza di pochi mesi dalla storica sentenza sul primo stato di allarme, la n. 148/2021, del 14 luglio 2021, che tanto aveva fatto discutere perché aveva decretato la inadeguatezza costituzionale di questo stato d'eccezione, il Tribunale Costituzionale è intervenuto nuovamente, con altre due sentenze, a condannare la condotta dell'Esecutivo durante la vigenza sia del primo che del secondo stato di allarme. Va ricordato, innanzitutto, che nella storica sentenza sul primo stato di allarme i giudici costituzionali avevano considerato illegittima la decisione del Governo di decretare questo stato emergenziale in sostituzione di quello d'eccezione, ritenendolo inidoneo a legittimare costituzionalmente le restrizioni dei diritti fondamentali adottate durante il primo *lockdown* per affrontare l'esplosione della pandemia. Avevano giudicato, infatti, tali restrizioni di altissima intensità e, in quanto tali, sospensive (c.d. *vaciamento*) dei diritti fondamentali, ritenendo che per dare loro copertura giuridica sarebbe stata necessaria l'attivazione dello stato d'eccezione attraverso una previa autorizzazione parlamentare.

Nonostante questa sentenza avesse creato profonde divisioni tra i giudici costituzionali, così come aspre critiche a livello politico-dottrinale, nonché plurimi problemi giuridici conseguenti alla sua applicazione, in questi mesi il Tribunale Costituzionale ha continuato nella medesima direzione della piena censura della gestione della pandemia da parte dell'Esecutivo attraverso due sentenze di grande rilevanza e interesse costituzionale.

Con la sentenza n. 168/2021, del **5 ottobre**, il Giudice costituzionale, accogliendo il *recurso de amparo* (n. 2109-2020) presentato dal partito dell'estrema destra di Vox, si è pronunciato contro la decisione adottata dalla *Mesa* del Congresso dei Deputati a distanza di pochi giorni dalla decretazione del primo stato di allarme, con cui aveva sospeso temporaneamente ogni attività parlamentare e amministrativa in corso di svolgimento in seno a tale Camera. Il Tribunale ha sancito la incostituzionalità degli Accordi della *Mesa* che avevano decretato questa “ibernazione” temporanea dell'attività parlamentare, giudicandoli lesivi del diritto di partecipazione politica dei parlamentari, di cui all'articolo 23 della Costituzione, e, più in generale, della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati.

Il **27 ottobre** il Tribunale Costituzionale è intervenuto con la sentenza n. 183/2021, con la quale ha accolto un ricorso di incostituzionalità (n. 5342-2020) sollevato sempre dall'opposizione di Santiago Abascal, a dichiarare la incostituzionalità parziale del secondo stato di allarme istituito il 25 ottobre 2020, con il Real Decreto 926/2020, e prorogato fino al 9 maggio del 2021 con il Real Decreto 956/2020. In questo caso, in particolare, ha ritenuto irragionevole e infondata la proroga temporale semestrale accordata dal Congresso dei Deputati e la conseguente privazione della sua funzione di controllo politico sull'azione dell'Esecutivo nel quadro di tale stato emergenziale. Ha giudicato, altresì, altrettanto incostituzionale la delega piena di competenze concessa alle Comunità autonome, in qualità di autorità delegate a livello autonomico, per la gestione dello stato di allarme nel proprio territorio.

Il Giudice costituzionale ha insistito, soprattutto, sugli effetti incostituzionali della drastica contrazione dell'azione di controllo politico del Congresso dei Deputati risultante dall'applicazione congiunta della proroga temporale semestrale con la delega di competenze ai Presidenti autonomici. Le conclusioni di questa sentenza sono state piuttosto dure nei confronti dell'Esecutivo perché si è parlato di “una eliminazione del regime di controllo politico che, a garanzia dei diritti di tutti, corrisponde al Congresso dei Deputati durante la vigenza dello stato di allarme. Controllo parlamentare che si pone al servizio, anche, della formazione di un'opinione pubblica attiva e vigile che non può in alcun modo eliminarsi durante la vigenza di uno stato costituzionale in crisi”.

In definitiva, il Tribunale ha ampiamente chiarito, sia nella prima che nella seconda sentenza, la necessità della massima valorizzazione della istituzione parlamentare e della sua funzione di controllo politico durante la vigenza di uno stato emergenziale, come quello di allarme, dove si rafforza l'esigenza di preservare gli equilibri costituzionali tra i pubblici poteri, nonostante le alterazioni fisiologiche collegate alla sua attivazione, che non devono condurre, però, ad uno snaturamento della forma di Governo parlamentare.

Le dure pronunce di incostituzionalità, relative al primo e al secondo stato di allarme, hanno creato una conflittualità inedita nei rapporti tra politica e magistratura (sul punto si v. già le

considerazioni espresse in L. Frosina, *L'indulto e lo stato di allarme al centro del conflitto tra politica e magistratura*, in questa *Rivista* n. 2, 2021) e hanno iniziato ad avere una serie di conseguenze giuridiche allarmanti, a cominciare dalla valanga di ricorsi presentati contro lo Stato per il rimborso delle multe comminate per la violazione delle restrizioni imposte durante la prolungata vigenza dei rispettivi stati d'eccezione. Ciò ha contribuito a creare un preoccupante stato di incertezza giuridica generale nel Paese, le cui conseguenze sono ancora da verificare.

L'aumento della tensione tra il Governo e il Tribunale Costituzionale a maggioranza conservatore non ha impedito di concludere il faticoso accordo sul parziale rinnovo dell'organo di giustizia costituzionale, a distanza di ben due anni dalla scadenza del mandato di un terzo dei suoi membri. Il **21 ottobre** il Governo e il Pp hanno chiuso, rapidamente e inaspettatamente, l'accordo sui nomi dei quattro nuovi giudici costituzionali, che non hanno modificato in sostanza gli equilibri politici maggioritari in favore dei conservatori internamente all'organo di giustizia costituzionale, sollevando pertanto diverse polemiche tra i parlamentari del Psoe e di *Unidas Podemos*. Ciò significa che nel prossimo semestre il Tribunale Costituzionale, prima del suo nuovo rinnovo parziale nel mese di giugno, potrebbe intervenire, nella sua rinnovata composizione sempre a maggioranza conservatrice, a giudicare una serie di ricorsi determinanti presentati da Vox e Pp sulle riforme legislative chiave del Governo di coalizione, tra le quali spiccano la c.d. legge *Celaa* e la legge sull'*Eutanasia*.

Nei prossimi mesi, quindi, il Governo di coalizione potrebbe rischiare di trovarsi sotto la scure di nuovi giudizi di illegittimità costituzionale che, aggiungendosi alle sentenze sullo stato di allarme, inciderebbero negativamente sul suo operato legislativo e, più in generale, sulla sua credibilità politico-costituzionale. Il Governo, pertanto, sarà chiamato ad affrontare queste e altre sfide dando prova di grande stabilità politico-istituzionale, condizione tanto più necessaria nei prossimi due anni per portare avanti, con rigore e metodicità, il complesso delle riforme programmate nell'ambito del PNRTR, da cui dipende l'erogazione dei fondi europei. La esecuzione di tale Piano sta già dando pieni frutti e, secondo le previsioni stimate, dovrebbe condurre nel 2022 ad una iniziale svolta nella direzione di una crescita economica più solida, inclusiva ed equilibrata.

Ai rischi menzionati si aggiungono, poi, quelli di un possibile indebolimento politico-elettorale del Governo Sánchez, che potrebbero già palesarsi nelle elezioni del 13 febbraio del 2022 in *Castilla y León*, convocate anticipatamente nella regione in seguito alla cessazione del Governo di coalizione tra Pp e *Ciudadanos*. Le elezioni regionali *castillane*, a cui seguiranno quelle andaluse nel corso del 2022, rappresentano un test elettorale di metà legislatura molto importante, ma al tempo stesso rischioso, per il Psoe di Pedro Sánchez, che nelle ultime elezioni era risultato il partito vincitore nonostante non fosse riuscito a costituire il Governo nella Comunità autonoma.

A questi test elettorali si aggiungono, poi, una serie di incertezze legate a possibili cambiamenti riguardanti il sistema partitico, che in questi ultimi anni sembra orientarsi nella direzione di una frammentazione sempre maggiore e di una nuova riallocazione delle forze politiche. Una iniziativa politica degna di nota è quella portata avanti in questi mesi dalla Ministra del Lavoro e vicepresidente del Governo, Yolanda Díaz, che sta avviando i primi contatti politici per la

eventuale costruzione di una nuova piattaforma progressista, femminista ed ecologista, potenzialmente in grado di riscuotere un certo *appeal* nell'elettorato di sinistra.

PARTITI

VERSO UNA NUOVA ALLEANZA FEMMINISTA E PROGRESSISTA?

Il **13 novembre** la Ministra Yolanda Díaz, in forte crescita nelle preferenze del corpo elettorale, ha svolto a Valencia un incontro pubblico, *Otras Políticas*, con altre quattro donne politiche di riferimento nel panorama nazionale e locale per costruire una nuova alleanza politica femminista e progressista che si faccia portatrice di un nuovo progetto politico per il Paese. Alla Tavola rotonda, svoltosi nel teatro Olympia, hanno partecipato il sindaco di Barcellona, Ada Colau, una delle esponenti del partito regionale *Compromís*, Monica Oltra, la portavoce del Movimento per la dignità e la cittadinanza della Città autonoma di Ceuta, Fatima Hamed Hossein. Durante l'incontro non è stato chiarito se questi contatti sfoceranno nella costruzione di un partito o di un movimento, ma sono stati individuati degli obiettivi comuni sui quali le politiche dimostrano una chiarissima intesa. Così è stata sottolineata la esigenza di dare priorità ai servizi essenziali come la sanità, l'educazione, il lavoro, la cultura, soprattutto per i più giovani e le donne, e particolare enfasi è stata data al diritto alla casa, rispetto al quale la Ministra Díaz sta portando avanti una lotta per regolare il prezzo degli affitti nella *ley de vivienda*. Oltre a questi temi, grande importanza è stata data ai temi del cambio climatico e della transizione ecologica, insistendo sulla decarbonizzazione dell'economia e su una industria più ecologica.

Questo progetto in corso dà ancora più rilevanza alla Díaz che, da quanto è stata indicata da Iglesias come futura candidata alla presidenza del Governo, ha acquisito sempre maggiore consenso, ponendosi come punto di riferimento nell'area progressista alternativa a Sánchez

PARLAMENTO

LE PRINCIPALI LEGGI APPROVATE IN MATERIA DI PROTEZIONE SOCIALE

Durante questo quadrimestre le *Cortes Generales* hanno approvato diversi progetti di legge del Governo in materia di lavoro e protezione sociale concernenti, ad esempio, il sussidio minimo vitale, la riduzione della precarietà nel pubblico impiego e, infine, il sistema pensionistico.

La prima legge approvata in ordine cronologico dalle *Cortes Generales* è stata la [legge n. 19/2021, del 20 dicembre \(BOE n. 304, del 21 dicembre\)](#), che prevede e disciplina l'*Ingreso Mínimo Vital*. La legge introduce un reddito minimo vitale per le persone che si trovano in situazioni specifiche di debolezza economica e sociale. Nel preambolo si specifica come la crisi prodotta dal Covid-19 abbia avuto un forte impatto sull'economia, sfociando in una grave crisi che ha alimentato le disuguaglianze socio-economiche e incrementato il numero delle persone in situazione di vulnerabilità. Ciò ha creato la necessità di porre in marcia un meccanismo di prestazioni economiche, facente capo al Sistema di Sicurezza Sociale, rivolte ad aiutare le persone in difficoltà, che si trovano in condizioni di privazione ed esclusione, per reinserirsi a pieno nella vita economica e sociale del Paese. L'obiettivo delle prestazioni è quello della reintegrazione sociale degli individui che vertano in determinate condizioni di povertà e, quindi, l'entità della prestazione varia a seconda dei casi e può consistere in nuove opportunità educative, nel

reinserimento nel mercato del lavoro, o nella individuazione di una soluzione *ad hoc* per una specifica situazione sanitaria. Nella riforma legislativa approvata, l'*Ingreso mínimo vital* viene quindi concepito come una forma di sostegno economico-sociale, non per una determinata categoria di soggetti o gruppi di individui, ma per tutti coloro che ne abbiano bisogno in un determinato momento della propria esistenza, e ciò al fine più generale di proteggere in forma strutturale la società nella sua interezza.

La seconda legge è la [legge n. 20/2021, \(BOE n.312, del 20 dicembre 2021\)](#), recante misure urgenti per la riduzione della precarietà nel pubblico impiego. La riforma si prefigge, in generale, di migliorare la qualità del lavoro e i diritti dei lavoratori nel pubblico impiego. In particolare, aspira a semplificare e velocizzare le procedure di reclutamento del personale interno alla pubblica amministrazione, al fine di ridurre il numero di contratti a tempo determinato stipulati nel suo ambito.

Infine, la terza riforma approvata è la [legge n. 21/2021 \(BOE n. 312 del 29 dicembre\)](#), che introduce alcune modifiche nel sistema pensionistico. La legge garantisce il potere d'acquisto delle pensioni e altre misure per il rafforzamento della sostenibilità finanziaria e sociale del sistema pubblico delle pensioni. In particolare, recupera l'indice dei prezzi al consumo (IPC), come indice di rivalorizzazione, include nuove misure di pensionamento, e potenzia le entrate strutturali del Sistema di Sicurezza Sociale. La Ministra per la Politica Territoriale e portavoce del Governo, Isabel Rodriguez, ha commentato la riforma evidenziando come rappresenti il primo passo verso la modernizzazione del sistema pensionistico.

L'ITER PARLAMENTARE DELLA LEGGE DI BILANCIO 2022

Il **29 dicembre** le *Cortes Generales* hanno concluso l'iter di approvazione della [legge n. 22/2021 \(BOE n. 312, del 29 dicembre\)](#), di Bilancio Generale dello Stato per l'anno 2022 (per i cui contenuti v. *infra* Governo) Il **4 novembre** il progetto di legge del Governo ha superato il primo scoglio parlamentare in seno al Congresso dei Deputati. Il *Pleno* del Congresso ha respinto, a larga maggioranza, i sette emendamenti alla totalità presentati da Pp, Vox, Cs, Junts, la Cup, Foro Asturias e Coalición Canaria, con cui si richiedeva la restituzione dei conti pubblici al Governo. La prima importante votazione parlamentare si è chiusa a favore del bilancio generale, soprattutto grazie agli appoggi di Erc e del Pnv con cui il Governo era giunto previamente ad accordi. In particolare, con i repubblicani catalani il Governo si era impegnato a blindare la lingua catalana nell'ambito della legge sull'audiovisivo, riservando una quota per le produzioni catalane in alcune piattaforme digitali, e con i nazionalisti baschi si era impegnato a trasferire definitivamente la gestione dell'*Ingreso Mínimo Vital* al Paese Basco. Durante il dibattito, la Ministra delle Finanze e della Funzione Pubblica ha difeso il progetto di bilancio, definendolo un bilancio record in termini di investimenti grazie al sostegno dei fondi europei. Lo ha definito, altresì, un bilancio indispensabile per la ripresa economica e sociale del Paese, che deve essere soprattutto una ripresa giusta, in grado di estendersi a tutte le persone, i territori, i settori, compresi quelli più gravemente colpiti dalla pandemia. Ha insistito su questo aspetto evidenziando come si tratti di un bilancio giusto, che aspira a sostenere la classe media e lavoratrice, le categorie di soggetti più vulnerabili, e a superare le diseguaglianze sociali. Il **25 novembre** il Congresso ha approvato il bilancio con i 188 voti a favore di PSOE, Unidas Podemos, Erc, Pnv, EH Bildu, PDeCat, Más País, Compromís, PRC, Nueva Canarias e Teruel Existe. In questa votazione Sánchez ha così confermato la maggioranza della investitura come maggioranza di sostegno al suo Governo garantendosi la continuità della legislatura. Il progetto di legge è poi passato al Senato dove ha superato i cinque veti generali iniziali ed è stato definitivamente approvato, il **22 dicembre**, con l'aggiunta di un emendamento presentato da Compromís sulle lingue co-ufficiali. Il progetto di bilancio emendato è stato, dunque,

ripresentato al Congresso dei Deputati, ove è stato approvato definitivamente, il **28 dicembre**, con 281 voti a favore, 61 contrari e un'astensione. La legge di Bilancio è stata poi pubblicata nel BOE del 1 gennaio ed è entrata immediatamente in vigore. La votazione a larga maggioranza del Bilancio ha rappresentato un ottimo traguardo per il Governo, rafforzando il patto coalizionale tra Psoc/Unidas Podemos per il prosieguo della legislatura.

CERIMONIA PER IL 43° ANNIVERSARIO DELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA

Il **6 dicembre** si è celebrato davanti alla scalinata della *Puerta del Leones* l'atto istituzionale di commemorazione del 43° anniversario della Costituzione spagnola, a cui hanno preso parte, come di consueto, le più alte cariche dello Stato. La cerimonia si è aperta con il discorso della Presidente del Congresso dei Deputati, Meritxell Batet, che ha richiesto, prima di tutto, piena lealtà e rispetto per la Costituzione, ricordando ai partiti politici che tutti i suoi articoli devono essere rispettati. Ha sottolineato, poi, l'esigenza di evitare, per il futuro, dinamiche di scontro e conflitto politico, così come il fenomeno di cd. *judicialización* della politica. A tal proposito ha ricordato che il comportamento dei partiti è fondamentale per rafforzare la democrazia e il sistema costituzionale. Il Presidente del Governo, Pedro Sánchez, nel suo discorso celebrativo, ha insistito sulla necessità di rispettare e dare attuazione alla Carta Fondamentale, che ha portato in Spagna concordia, convivenza, democrazia, dopo la lunga fase dittatoriale, consentendo al Paese anche di entrare a far parte dell'Unione europea. Dal canto suo, Pablo Casado ha accusato il capo dell'Esecutivo di aver attaccato la Costituzione negli ultimi 40 anni, rammentando che la Costituzione non è il problema ma la soluzione a tutti i problemi attuali del Paese legati, in particolar modo, all'unità nazionale, al prestigio internazionale, all'indipendenza giudiziaria e al rafforzamento istituzionale. Si è dichiarato, pertanto, contrario ad una revisione costituzionale che non sia approvata con un consenso politico ampio e trasversale simile a quello che ha animato il processo costituente. Di avviso completamente contrario, invece, si è dimostrato il partito di *Unidas Podemos*, che, tramite il Presidente del suo gruppo parlamentare, Jaume Asens, ha insistito ancora una volta sulla necessità di una revisione costituzionale che possa rafforzare e blindare i diritti sociali, come la sanità pubblica o il diritto alla casa, ricordando come la Costituzione rappresenti un punto di partenza e non un punto di arrivo.

GOVERNO

PROGETTO DI LEGGE DI BILANCIO 2022

Il **7 ottobre** il Consiglio dei Ministri ha approvato, nel corso di una riunione straordinaria, il progetto di legge di bilancio generale dello Stato per l'anno 2022, in seguito all'accordo previamente conseguito in seno al Governo di coalizione. Il progetto di bilancio approvato cerca di promuovere una dinamizzazione e una trasformazione dell'economia senza precedenti, in grado di stimolare una crescita economica e sociale "giusta", tramite una dotazione finanziaria straordinaria nel campo degli investimenti pubblici e della protezione sociale. Nel bilancio è stata data priorità, soprattutto, alle risorse destinate ai giovani, alla scienza, all'innovazione, alla industria e alle piccole e medie imprese. In particolare, sono stati destinati 12.550 milioni per i giovani, quasi il doppio di quanto stanziato nel bilancio dell'anno precedente, prevedendo, ad esempio, aiuti diretti di 250 euro per facilitare l'accesso all'alloggio, un bonus di 400 euro per lo svolgimento di attività culturali, e una quantità record di borse di studio per un importo totale di 2.199 milioni. In questo ambito nel bilancio si prevede che il Ministero della Giustizia porrà in

marcia un sistema di borse di studio per aspiranti giudici o avvocati, o funzionari dell'amministrazione della giustizia.

Un altro comparto di investimenti senza precedenti è quello destinato alla scienza e alla innovazione, considerati i pilastri della crescita e dello sviluppo. Nello specifico sono stati stanziati 13.928 milioni di euro nel campo della ricerca, della innovazione e della digitalizzazione, una cifra senza precedenti che duplica l'investimento rispetto al bilancio del 2020. Un contributo notevole, pari a 27, 633 milioni di euro, provengono dai fondi europei legati al Piano Nazionale di Ripresa, Trasformazione e Resilienza, che rappresentano una opportunità storica -come ha dichiarato il Premier- per la modernizzazione dell'economia spagnola.

Per quanto concerne gli investimenti alle Comunità autonome, risaltano quelli stanziati per le Comunità autonome della Catalogna e dell'Andalusia, che, essendo le regioni più popolate, riceveranno, maggiori investimenti rispetto alle altre, in particolare rispetto a quelle di Valencia e Madrid.

La Ministra delle Finanze, Maria Jesus Montero, nel commentare il progetto di legge, ha precisato come una parte consistente degli investimenti programmati, circa il 60%, sarà destinata alla spesa sociale, e come in generale si tratti di un bilancio che sostiene l'occupazione, così come l'industria e le piccole e medie imprese.

Infine la Ministra ha assicurato che l'approvazione del bilancio rappresenta una conquista per tutti i cittadini, specialmente per la classe media e lavoratrice, che potrà contare su migliori servizi pubblici, nonché per i lavoratori autonomi e le piccole e medie imprese, che potranno beneficiare di solidi investimenti per modernizzarsi ed essere più competitivi nel mondo globalizzato.

Il **28 dicembre** il Presidente del Governo, in seguito all'approvazione del bilancio in seno al Congresso dei Deputati, ha espresso i suoi ringraziamenti alle forze politiche che l'hanno appoggiato, sottolineandone l'importanza per il pieno recupero dell'economia spagnola. Il Presidente ha esteso il ringraziamento anche agli attori sociali, i sindacati e gli imprenditori, con i quali il Governo ha raggiunto 12 accordi in due anni di legislatura, ricordando che il dialogo sociale è la migliore ricetta per approvare riforme strutturali inclusive e durature nel tempo. Infine, ha concluso il suo intervento esprimendo un ringraziamento a tutti gli spagnoli per l'impegno e la responsabilità dimostrati nella campagna di vaccinazione e, più in generale, per la solidarietà dimostrata durante l'emergenza nazionale.

RELAZIONI ESTERE

Il **28 ottobre** si è conclusa la XXXII Conferenza ispano-portoghese celebrata in *Extremadura*, che ha visto la partecipazione dei due capi di Governo, Pedro Sánchez e Antonio Costa, e di due ampie delegazioni ministeriali. Al termine dell'incontro, Sánchez ha operato un resoconto dei risultati conseguiti, ricordando: il rinnovo del Trattato di pace e amicizia che ha suggellato un percorso di collaborazione che dura ormai da 40 anni; la dichiarazione congiunta e i memorandum siglati da entrambe le delegazioni; la cooperazione transfrontaliera per le regioni ultraperiferiche; e la decisione di riunirsi con cadenza annuale. Sono stati moltissimi i temi affrontati, che vanno dalla digitalizzazione al cambio climatico, dalle sfide sanitarie alla lotta al terrorismo, sui quali i due Paesi hanno mostrato identità di vedute, così come molti sono gli obiettivi identificati nel corso della riunione che vedono uniti Spagna e Portogallo, come ad esempio la eguaglianza di genere, il lavoro del personale docente, le sfide demografiche e della mobilità. I due Paesi hanno deciso di rafforzare la collaborazione in diversi ambiti fondamentali dei piani e dei fondi europei, riguardanti, ad esempio, la transizione ecologica e digitale. In particolare, il Trattato di amicizia, la cooperazione transfrontaliera, e i progetti di mobilità, rappresentano le tre aree chiave delle presenti e delle future relazioni bilaterali tra i due Paesi.

RAPPORTI CON L'UNIONE EUROPEA

Nel quadro dell'Unione europea il Presidente spagnolo Pedro Sánchez ha partecipato, come di consueto, alle riunioni del Consiglio Europeo che si sono tenute in questi mesi, dimostrando un particolare impegno per il tema del mercato dell'energia, rispetto al quale ha formulato proposte concrete.

In particolare, il *Premier* ha preso parte alle riunioni del Consiglio europeo del 22 ottobre e del 16 dicembre, in cui i leader dei 27 Paesi dell'Unione hanno discusso dei temi legati alla evoluzione del Covid-19, alle relazioni esterne, allo Stato di diritto, alla sicurezza e alla difesa, alla migrazione, alla transizione digitale, al mercato dell'energia e alla fissazione dei prezzi dell'energia. Al termine di entrambi i Consigli, il *Premier* ha svolto delle conferenze stampa dinanzi alla Rappresentanza permanente davanti all'Unione europea, in cui ha operato un resoconto sintetico dei temi trattati e dei risultati conseguiti.

Rispetto al tema prioritario della evoluzione pandemica, Sánchez ha sottolineato i progressi conseguiti in seno all'Unione e, soprattutto, la volontà dell'Europa di mettere in marcia la più grande campagna vaccinale della sua storia e di convertirsi, grazie al meccanismo multilaterale COVAX, nel principale donatore di vaccini a livello mondiale. Per quanto riguarda la Spagna, il *Premier* ha sottolineato come, già a metà ottobre, fosse riuscita a vaccinare in forma completa il 90% della popolazione in età vaccinabile.

Un altro tema di grande interesse largamente discusso in queste ultimi vertici istituzionali è stato quello del mercato dell'energia e della fissazione dei prezzi dell'energia, tema peraltro inserito all'ordine del giorno proprio su proposta del Governo spagnolo.

In merito a questo aspetto, il Presidente Sánchez ha presentato una proposta ambiziosa, sostenuta anche da Italia e Francia, che non è riuscita però a prosperare nel vertice di dicembre per la mancanza di un consenso minimo. Con tale proposta, il *Premier* richiedeva un impegno chiaro per valutare il funzionamento del mercato elettrico e per fissare i prezzi dell'energia, dando priorità alle energie rinnovabili rispetto a quelle fossili, senza rinunciare al mantenimento di condizioni specifiche per alcuni Stati membri. Nello specifico aveva proposto di procedere ad un acquisto congiunto di gas e, in secondo luogo, di stabilire un sistema di fissazione dei prezzi dell'energia elettrica nel quadro dell'Ue, ritenendo il sistema dei prezzi vigente particolarmente penalizzante per le fonti di energia rinnovabili. Nella riunione di dicembre -come spiegato dal Presidente Sánchez, non si è giunti ad un accordo neanche sui contenuti minimi a causa della opposizione manifestata da diversi Paesi. Il *Premier* ha evidenziato, tuttavia, come i 27 leader abbiano, però, dimostrato un'apertura rispetto alla possibilità di un acquisto congiunto del gas e come la Commissione europea aspiri a porre in essere una strategia congiunta per il futuro su questi aspetti.

ATTUAZIONE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA, TRASFORMAZIONE E RESILIENZA

Il **14 dicembre** si è riunita la Commissione interministeriale per la Ripresa, la Trasformazione e la Resilienza, presieduta dal Presidente del Governo. Nella riunione è stato operato un bilancio sullo stato di attuazione del Piano, evidenziando come nel 2021 si siano poste le basi per la sua esecuzione attraverso l'attivazione di una serie di strumenti legislativi, istituzionali, finanziari e di *governance*. Nel corso della riunione è stato osservato come le riforme e gli investimenti previsti nel Piano conferiscano un ruolo rilevante alle Comunità autonome, che si riflette pienamente nelle decisioni relative alle assegnazioni finanziarie e alla gestione dei fondi europei. Un ruolo cruciale in tale ambito viene ricoperto dalle Conferenze Settoriali, organi di collaborazione

settoriale e orizzontale a cui partecipano tutte le Comunità autonome dove si stabiliscono in maniera consensuale gli obiettivi e i criteri comuni. In particolare, è stata creata una Conferenza settoriale specializzata su questi temi, unitamente ad una Mesa di Dialogo, incaricate di coadiuvare la Conferenze settoriali.

IL GOVERNO E LA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO

Il **28 dicembre** il Consiglio dei Ministri ha adottato il [Regio Decreto n 23/2021 \(Boe n.257, 27 ottobre 2021\)](#), recante misure urgenti per la riforma del lavoro, la garanzia della stabilità dell'occupazione e la trasformazione del mercato del lavoro. Il decreto-legge, che ha recepito i contenuti dell'importante accordo raggiunto il 23 dicembre con sindacati e imprese, introduce una serie di misure innovative rivolte a ridurre la precarietà lavorativa, a migliorare la qualità del lavoro e i diritti dei lavoratori.

In particolare la riforma tende a depotenziare le figure contrattuali a tempo determinato e a rafforzare i diritti dei lavoratori. Stabilisce che il contratto ordinario è quello a tempo indeterminato e sostituisce la figura del contratto d'opera, o servizio, con un'unica forma contrattuale, a tempo determinato, in cui la occasionalità della prestazione dovrà essere motivata ampiamente e dettagliatamente. Inasprisce, altresì, il sistema delle sanzioni per le imprese che compiano irregolarità contrattuali. Un'altra innovazione concerne i contratti di formazione che prevedono due modalità: formazione in alternanza e conseguimento della pratica professionale. I primi possono stipularsi con persone di qualsiasi età e per una durata massima di due anni, con vincoli specifici per quanto riguarda la retribuzione. I secondi potranno stipularsi fino ai tre anni successivi al conseguimento della certificazione e avranno una durata temporale che va dai sei mesi a un anno.

Queste sono soltanto alcune delle modifiche introdotte dalla riforma che, come indicato dalla Ministra del Lavoro, aspira nel complesso a eliminare i cd. contratti *basura*, a superare la precarietà, e a migliorare la qualità del lavoro.

BILANCIO DEL PRESIDENTE DEL GOVERNO DI METÀ LEGISLATURA

Il **29 dicembre** il Presidente del Governo ha pronunciato un discorso dal Palazzo della Moncloa per operare un bilancio di metà legislatura e dell'anno trascorso mediante la presentazione della terza edizione dell'[Informe Cumpliendo](#). Il Presidente ha innanzitutto chiarito che il suo Governo, insediatosi nel gennaio 2020, ha dovuto affrontare la emergenza sanitaria provocata dalla pandemia globale che ha reso necessario superare sfide prima di allora inimmaginabili. La risposta è stata quella di promuovere e portare avanti un'Agenda riformista molto ambiziosa per superare questa crisi ed avanzare principalmente nella direzione di una economia verde e digitale. Il *Premier* ha passato a rassegna tutte le principali riforme approvate in questi due ultimi anni, grazie alla negoziazione portata avanti con gli agenti sociali e l'appoggio ottenuto dai gruppi parlamentari in seno alle Camere. Ha menzionato la riforma del mercato del lavoro negoziata recentemente, la riforma per l'aggiornamento e la modernizzazione del sistema delle pensioni approvata qualche mese fa, la riforma del sistema educativo, quella relativa al rafforzamento del Sistema Sanitario Nazionale, quella contro la povertà infantile, con la creazione dell'*Ingreso Mínimo Vital*. Per quanto concerne la transizione verde e digitale, ha poi ricordato la Legge sul Cambio Climatico e le riforme approvate per promuovere la digitalizzazione del settore privato e delle amministrazioni pubbliche. Non ha mancato di ricordare, tra le riforme concernenti i diritti e le libertà, la legge sulla Eutanasia, che ha introdotto il diritto ad una morte degna nell'ordinamento spagnolo. Il *Premier* ha sottolineato come il Governo sia riuscito in questi

anni a soddisfare il 50,2% del totale degli impegni assunti in sede di investitura, nonostante si sia trovato a governare con un Parlamento particolarmente diviso e frammentato politicamente.

Ha insistito sul dialogo e l'accordo, come strumenti imprescindibili di negoziazione con i diversi attori politici e istituzionali con cui il Governo è chiamato a interloquire, e alla stabilità politica, come obiettivo prioritario per completare questo processo riformistico e di rinnovamento che il Governo dovrà realizzare anche attraverso l'ausilio dei fondi europei. Il Premier ha concluso il discorso ricordando l'impegno passato, presente e futuro del suo Governo per il superamento della pandemia, l'avanzamento di un processo di rigenerazione democratica, e infine per il rafforzamento di una Spagna unita nella diversità nel quadro di una Europa solidale.

CORONA

I RE SI RECANO IN VISITA UFFICIALE SULL'ISOLA DI LA PALMA

Il **23 settembre** il Re Felipe e la Regina Letizia si recano, insieme al Primo Ministro Sánchez, in visita ufficiale nell'isola di La Palma per incontrare i residenti colpiti gravemente dall'eruzione del vulcano e rimasti senza casa. Il Re ha visitato l'intera zona devastata dalla eruzione per avere contezza dei danni concreti e ha espresso ai cittadini piena solidarietà, promettendo tutti gli aiuti possibili da parte delle amministrazioni pubbliche per operare la ricostruzione. Il Re, pur riconoscendo la tragicità della situazione, ha promesso che la Palma avrà il sostegno necessario per ritornare alla normalità.

IL DISCORSO DI NATALE DI FELIPE VI

Il **24 dicembre** il Re Felipe VI ha pronunciato dal Palazzo della Zarzuela il tradizionale [discorso di Natale](#) al Paese. Ha anzitutto esortato le istituzioni ad essere un esempio di integrità pubblica e morale, rispettando e dando attuazione alle leggi e adempiendo ai rispettivi obblighi costituzionali. Ha ricordato l'importanza del rispetto della Costituzione, che è stata fondamentale per il progresso del Paese e per promuovere la unità, la collaborazione, il dialogo e per garantire una convivenza civica, serena e piena libertà. Il Monarca ha ribadito come le istituzioni debbano sempre dare priorità agli interessi e alle preoccupazioni dei cittadini e porsi al loro servizio, insistendo al contempo sulla necessità di difendere le istituzioni e la democrazia. Non ha fatto esplicito riferimento al padre, il Re emerito Juan Carlos, che si trova per il secondo Natale consecutivo ad Abu Dabi e nei confronti del quale sembra essersi allentata la tensione, in seguito alla scelta della Procura svizzera di archiviare la inchiesta aperta nei suoi confronti per diversi reati fiscali, e quella della stessa procura del Tribunale Supremo che, secondo alcune informazioni trapelate dai media, dovrebbe giungere ad una decisione analoga.

Il Monarca ha posto anche quest'anno al centro del discorso il tema della pandemia, invitando tutti a dimostrare una responsabilità individuale e collettiva per superare la crisi sanitaria, principalmente attraverso la vaccinazione, ed ha elogiato il lavoro encomiabile svolto dal personale sanitario.

Ha lanciato un messaggio di aiuto e piena solidarietà agli abitanti di La Palma, colpiti duramente dalla eruzione del vulcano, ricordando il compromesso di tutte le amministrazioni pubbliche per ricostruire la vita e l'economia nella isola.

Ha infine fatto riferimento a tutte le sfide globali che la Spagna è chiamata ad affrontare, quali, la trasformazione digitale, il cambio climatico, la inclusione, la uguaglianza tra uomini e donne e la necessaria solidità del *Welfare*. In tale contesto ha rimarcato l'importanza della appartenenza

all'Unione europea quale fattore di crescita economica, con particolare riferimento alle opportunità dei fondi europei per la modernizzazione strutturale dell'economia spagnola, che deve portare ad una economia sempre più verde, digitale e inclusiva.

Ha concluso il discorso evidenziando come in questi ultimi anni gli spagnoli abbiano dimostrato di reagire brillantemente alle avversità e si apprestino ora ad affrontare il futuro con una maggiore consapevolezza delle proprie possibilità.

La reazione dei partiti al discorso natalizio è stata differente. Partiti come il Psoe, Pp, *Ciudadanos*, hanno commentato molto positivamente il discorso regio e, soprattutto, la difesa della Costituzione, l'appello all'unità rispetto alla divisione e allo scontro. *Unidas Podemos* e alcuni partiti nazionalisti hanno invece biasimato la mancanza di autocritica e l'assenza di qualsiasi riferimento ai gravi scandali di corruzione legati al padre Juan Carlos. Il Presidente della Generalità, Pere Aragonés, ha definito il discorso regio vuoto e ha sostenuto l'importanza dei valori repubblicani. Il partito nazionalista basco ha criticato il riferimento alla Costituzione per legittimare la inviolabilità della Corona, rivendicando la necessità, per converso, di approvare una modifica costituzionale.

TRIBUNALI

RINNOVO PARZIALE DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Il **21 ottobre**, a distanza di due anni dalla scadenza del mandato di un terzo dei membri del Tribunale Costituzionale, il Governo di coalizione e il Pp hanno chiuso l'accordo sui nominativi dei quattro nuovi giudici dell'organo di giustizia costituzionale. Nell'accordo i partiti sono pervenuti anche ad una intesa sui nominativi del Difensore del Popolo, dei nuovi membri della Corte dei Conti e dell'Agenzia sulla protezione dei dati personali. È rimasto fuori dall'accordo il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, che attende da più di tre anni di essere rinnovato, nonostante i continui solleciti da parte del Governo e finanche delle istituzioni europee di procedere al rinnovo e di adempiere ai doveri costituzionali. Nonostante i partiti abbiano parlato di figure tecniche, di prestigio riconosciuto e con una lunga carriera professionale, i nuovi candidati designati per il rinnovo parziale dell'organo di giustizia costituzionale dimostrano un marcato profilo politico, attestato, secondo alcuni analisti, dal fatto che sono stati tutti e quattro membri del Consiglio Generale del Potere Giudiziario. Così, i candidati proposti dal Pp, Enrique Arnaldo Alcubilla, Professore di Diritto Costituzionale, e Concepción Espejel Jorquera, Presidente della Sala Penale dell'*Audiencia Nacional*, considerati troppo legati alla attività politica del partito proponente, così come i candidati in quota governativa, ossia i giudici Inmaculada Montalbán Huertas, magistrata del Tribunale Superiore di Giustizia dell'Andalusia, e Juan Ramón Sáez Valcárcel, magistrato della Sala Penale dell' *Audiencia Nacional*

L'**11 novembre** il Congresso dei Deputati ha eletto, con una maggioranza superiore ai 3/5, i quattro candidati indicati nell'accordo interpartitico. La votazione ha creato diverse polemiche principalmente attorno alla candidatura di Arnaldo presentata dal Pp, accusato di essere privo del requisito della imparzialità e della indipendenza, a causa del lungo impegno nella Fondazione Faes e, soprattutto, per essere stato imputato nel caso di corruzione Palma Arena, sebbene l'indagine nei suoi confronti sia stata archiviata. La votazione è stata disertata da diversi parlamentari del Psoe e di *Unidas Podemos*, e alcuni gruppi parlamentari hanno abbandonato il dibattito in segno di protesta. Defezioni ci sono state anche da parte dei componenti del gruppo parlamentare dei popolari. Nello specifico, Cayetana Álvarez de Toledo ha votato in bianco, motivando questa decisione con la politicizzazione eccessiva delle candidature presentate dal suo

partito, scelta ritenuta in piena contraddizione con la depoliticizzazione del Consiglio Generale del Potere Giudiziario rivendicata dal suo partito. È stata successivamente multata dal suo partito, con una multa di 500 euro, con l'accusa di aver violato gravemente gli statuti del partito e di essersi discostata dalla disciplina di voto.

Il *Pleno* del Tribunale Costituzionale ha verificato l'esistenza dei requisiti costituzionalmente richiesti per formalizzare la nomina dei nuovi magistrati costituzionali. Compiuta tale verifica, i magistrati neoeletti hanno, prima, prestato il giuramento dinanzi al Re Felipe VI e, poi, hanno partecipato alla cerimonia per la presa di possesso dell'incarico dinanzi al *Pleno* del Tribunale Costituzionale.

Il **19 novembre** il *Pleno* del Tribunale, nella sua composizione rinnovata, ha eletto all'unanimità Pedro González Trevijano come Presidente dell'organo, nonostante il suo mandato scada nel mese di giugno. Alla vicepresidenza è stato eletto, invece, Juan Antonio Xiol di orientamento progressista.

Il **15 dicembre** il *Pleno* del Tribunale Costituzionale ha respinto all'unanimità mediante [ordinanza](#) le istanze di ricusazione dei giudici Enrique Arnaldo, Concepción Espejel, presentate da parte di Oriol Junqueras e Carles Puigdemont nei giudizi relativi al processo indipendentista catalano. Il Tribunale Costituzionale, nella prima riunione plenaria successiva al suo rinnovamento parziale, ha difeso la legittimità di entrambi i giudici, evidenziando come le argomentazioni addotte dai ricorrenti, fondate sulla mancanza di imparzialità, fossero prive di qualsiasi sostanza e indimostrabili.

SENTENZE DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE LEGATE AGLI STATI DI ALLARME

Nel mese di ottobre il Tribunale Costituzionale ha adottato due importanti sentenze collegate agli stati di allarme che, unitamente alla sentenza sulla incostituzionalità del primo stato di allarme, hanno sanzionato definitivamente la gestione della pandemia da parte dell'Esecutivo, denunciando alcune sue condotte ritenute lesive di diritti e interessi costituzionalmente protetti. In particolare, la prima sentenza ha decretato la incostituzionalità della sospensione temporanea e parziale dell'attività parlamentare decretata dalla *Mesa* del Congresso dei Deputati durante la vigenza del primo stato di allarme. La seconda, invece, ha decretato la parziale incostituzionalità del secondo stato di allarme.

Il **5 ottobre** il Tribunale Costituzionale ha adottato, con sei voti a favore e cinque contrari (confluiti in tre *votos particulares*), [la sentenza n. 168/2021 \(BOE n. 268, del 9 novembre 2021\)](#), con cui ha accolto il *recurso de amparo* (n. 2109-2020) sollevato da Orinaldo Otegi e altri 51 deputati del gruppo parlamentare di Vox contro gli Accordi della *Mesa* del Congresso dei Deputati che avevano decretato, poco dopo l'attivazione del primo stato di allarme, una sospensione temporanea di ogni attività parlamentare in corso di svolgimento in seno a tale Camera. Il Tribunale ha annullato integralmente i due Accordi della *Mesa* che avevano sospeso per meno di un mese i termini regolamentari per lo svolgimento delle attività parlamentari e di quelle amministrative *in itinere*, in quanto ritenuti lesivi del diritto di partecipazione politica dei parlamentari ricorrenti e, più in generale, della funzione di controllo politico del Congresso dei Deputati. I giudici hanno concluso che, negando temporaneamente ai parlamentari l'esercizio di tale funzione, sia stato violato il nucleo essenziale del loro *ius in officium*, costituendo l'attività di controllo politico parte integrante e inscindibile di tale diritto. Hanno risaltato l'importanza di questa funzione quale *conditio sine qua non* per l'esercizio del diritto di partecipazione politica, anche e soprattutto nel quadro di uno stato giuridico eccezionale come quello di allarme, in cui si

rafforza l'esigenza di salvaguardare lo Stato di diritto e il regime dei diritti fondamentali dinanzi alle alterazioni costituzionali fisiologicamente legate alla sua attivazione

Il **27 ottobre** il Tribunale Costituzionale ha adottato, con sei voti a favore e quattro contrari, [la sentenza n. 183/2021 \(BOE n. 282, del 25 novembre 2021\)](#) con cui ha accolto parzialmente il ricorso incostituzionalità n. 5342-2020 presentato da Vox avverso il secondo stato di allarme. Con questa sentenza ha dichiarato la incostituzionalità parziale del secondo stato di allarme, istituito con Real Decreto 926/2020 e prorogato con il Real Decreto 956/2020, in relazione al carattere irragionevole e infondato della proroga temporale semestrale accordata dal Congresso dei Deputati ed alla conseguente privazione della sua funzione di controllo politico sull'azione dell'Esecutivo nel quadro di tale stato emergenziale. Ha giudicato altresì incostituzionale la delega piena di competenze concessa alle Comunità autonome, in qualità di autorità delegate a livello autonomico, ossia il regime di *co-governance* instaurato in tale fase, ritenendola contraria al protagonismo costituzionalmente riservato al Governo nazionale nell'attivazione e nella gestione dello stato di allarme. Per quanto concerne il primo aspetto, secondo i giudici costituzionali, è da ritenersi incostituzionale, non tanto la durata della proroga temporale di per sé, quanto il carattere irragionevole e infondato della stessa. Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, i giudici costituzionali hanno ritenuto incostituzionali tutti quegli articoli del decreto che indicavano le Comunità autonome autorità delegate competenti, delegandogli la facoltà di limitare e restringere i diritti fondamentali.

Queste sentenze hanno assestato un duro colpo al secondo stato di allarme decretato dal Governo Sánchez e, quindi, ad un altro tassello fondamentale della strategia portata avanti dall'Esecutivo per contrastare la seconda ondata pandemica. Vox ha celebrato la sentenza dichiarando la “deriva totalitaria” del Governo.

LA SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SULLA INCOSTITUZIONALITÀ DELLA IMPOSTA SULLE PLUSVALENZE MUNICIPALI

Il **3 novembre** il Tribunale Costituzionale ha adottato la [sentenza](#) con cui ha accolto la questione di costituzionalità n. 44330/2020 promossa dalla Sala del Contenzioso-amministrativo del Tribunale Superiore di Giustizia dell'Andalusia, di Ceuta e Melilla, relativa alla incostituzionalità dell'imposta sulle plusvalenze municipali. Nello specifico ha decretato l'incostituzionalità di una serie di articoli del *Texto refundido* della Legge sulle Finanze Locali, approvato con Real Decreto del 2/2004 (107.1, secondo comma, 107, 2 a), 107,4), che stabiliscono un metodo oggettivo per calcolare la base imponibile della Imposta sull'Incremento del Valore dei Terreni di Natura Urbana. Ne ha dichiarato la incostituzionalità perché ha ritenuto che questo sistema obbligatorio della base imponibile sia distante dalla realtà del mercato immobiliare e dalla crisi economica reale e, pertanto, lesiva del principio di capacità economica.

Gli *Ayuntamientos* delle principali città spagnole hanno reagito molto male a questa sentenza, affermando che l'annullamento decretato dal Tribunale Costituzionale priverà i municipi di una importante risorsa di finanziamento. Si tratta di una tassa che i privati versano agli enti locali ogni volta che si vende un immobile. Il Presidente della Federazione Spagnola dei Municipi e delle Province ha evidenziato come le finanze municipali subiranno una ingente perdita che rischia di corrispondere a 2.500 euro di milioni annuali. Le città più colpite saranno quelle con un mercato immobiliare più vasto. L'*Ayuntamiento* di Barcellona stima di perdere per l'anno futuro almeno 180 milioni di euro, quello di Madrid circa 500 milioni.

LA DIFFERENTE GESTIONE DELLE COMUNITÀ AUTONOME PER CONTENERE LA DIFFUSIONE DEL COVID-19

In questi mesi le Comunità autonome hanno continuato ad avere una gestione differenziata della pandemia e delle misure di contrasto al Covid-19. Prima delle vacanze natalizie, l'unica misura comune adottata a livello nazionale è stata quella dell'utilizzo obbligatorio della mascherina all'aperto. Per tutto il resto, ha continuato a mantenersi un elevato grado di differenziazione tra le misure adottate a livello territoriale, che ha spinto il Pp a richiedere un maggior coordinamento e finanche la costituzione di un'autorità sanitaria unica.

Così, per fare qualche esempio, può osservarsi come la Catalogna abbia chiuso le attività di svago notturne, limitato le riunioni a 10 persone massimo, e riproposto il coprifuoco all'interno della regione. La Galizia ha riproposto un coprifuoco, stabilendo un divieto di riunione tra le 3.00 e le 6.00 fino al 18 gennaio. La Comunità autonoma di Cantabria ha mantenuto chiuse le attività di svago notturne nella maggioranza dei municipi. Le Asturie hanno chiuso pub e discoteche. Dal canto loro, il Paese Basco, Navarra, Galizia, la Rioja, e Murcia, hanno imposto restrizioni orarie per lo svolgimento di attività di svago notturne. Oltre a queste Comunità autonome, che hanno reintrodotta misure più restrittive simili a quelle adottate durante la quinta ondata, altre Comunità autonome hanno stabilito misure più stringenti relative al *green pass* obbligatorio per lo svolgimento di alcune specifiche attività come la frequentazione di alberghi o ristoranti. Per quanto concerne il denominato *pasaporte Covid*, undici Comunità autonome, tra cui Catalogna, Aragona, Baleari, Valencia, Galizia, Murcia, Paese Basco, Navarra, Canarie, Andalusia, Cantabria, nonché Ceuta e Melilla, hanno optato per la sua obbligatorietà per lo svolgimento di alcune attività nei luoghi pubblici.

LA MESA DI DIALOGO TRA IL GOVERNO E LA GENERALITÀ CATALANA

Il **15 settembre** si è svolto al Palazzo della Generalità la prima riunione della *mesa* di dialogo tra le delegazioni del Governo spagnolo e di quello catalano, che è stata preceduta da un incontro di circa due ore tra i Presidenti del Governo e della Generalità. Nel corso della riunione i due capi di Governo, Pedro Sánchez e Pere Aragonès, hanno discusso prevalentemente della metodologia da impiegare per portare avanti il processo di negoziazione sulla questione catalana. Rispetto a tale questione, i due *leader* hanno ribadito che la *mesa* di dialogo rappresenta la soluzione migliore per promuovere la negoziazione e che il relativo processo sarà portato avanti senza fretta e senza l'imposizione di scadenze. Le posizioni politiche tra i due Governi continuano ad essere molto distanti. Mentre il Presidente della Generalità continua a rivendicare l'amnistia per i politici catalani e la facoltà di celebrare un referendum di autodeterminazione per decidere sul futuro politico della Catalogna. Il Premier Sánchez si è mantenuto fermo sulle sue posizioni, ribadendo che la Costituzione non permette la celebrazione di un referendum di autodeterminazione e che la società spagnola e catalana non possono permettersi fratture ulteriori. Nel corso dell'incontro il Premier si è soffermato, più che altro, ad illustrare i contenuti della proposta dell'*Agenda para el Reencuentro*, con cui aspira non soltanto a risolvere i problemi legati al futuro politico della Catalogna, ma anche a promuovere progetti che vadano nella direzione del superamento della pandemia e della ricostruzione economica e infrastrutturale, del miglioramento dei servizi sociali e della gestione della crisi ambientale, da compiere nel quadro della cornice unitaria dello Stato spagnolo.

Nella conferenza stampa successiva alla riunione, Sánchez ha sottolineato come la *mesa* di

dialogo sia stata riattivata dopo un anno e mezzo di paralisi e senza la presenza di *Junts* e come il dialogo rappresenti la via migliore per affrontare e ricomporre la questione catalana.

Il **26 dicembre** il Presidente della Generalità, Pere Aragones, ha dichiarato, nel messaggio istituzionale di fine anno, che la *mesa* di dialogo dovrà iniziare a conseguire dei risultati tangibili nel 2022 e che verranno seguite delle strade alternative se la negoziazione con lo Stato dovesse entrare in una fase di stallo. Ha affermato che l'indipendentismo dispone di una maggioranza solida, trasversale e sostenuta nel tempo e che se, da un lato, non si intende rinunciare ad una risoluzione del conflitto politico, dall'altro, non si intende rinunciare alla indipendenza della Catalogna. Le due richieste di tale movimento continuano ad essere l'amnistia e l'autodeterminazione. Il discorso è stato pronunciato dal Presidente della Generalità dalla Scuola Rossellò Porcel, il centro educativo dove iniziò ad applicarsi il modello di immersione linguistica, una scelta carica di simbolismo. Il Presidente ha detto infatti che l'obiettivo del suo Governo è quello "di potenziare la scuola, il modello linguistico, la sua capacità di coesione, e di generare opportunità" perché questo rappresenta "il nucleo della nazione catalana".

LA RICHIESTA DI UN NUOVO MODELLO DI FINANZIAMENTO AUTONOMICO

Il **23 novembre** i Presidenti di otto Comunità autonome (Galizia, Castilla y León, Castilla La Mancha, Aragona, Extremadura, Asturie, La Rioja, Cantabria), riuniti nel vertice di Santiago di Compostela, hanno firmato una dichiarazione istituzionale con la quale hanno rivendicato un nuovo modello di finanziamento autonomico che sia in grado di sanare le criticità dell'attuale sistema e che garantisca la qualità dei servizi pubblici in tutta la Spagna, specie in quella rurale e spopolata. Un nuovo modello di finanziamento, che dovrà essere il frutto del consenso multilaterale raggiunto nel prossimo Consiglio di Politica Fiscale e Finanziaria, e che dovrà garantire il mantenimento dei legittimi spazi bilaterali tra Governo statale e ciascuna Comunità autonoma. Le Comunità richiedenti ricomprendono il 62% del territorio e un 24% del totale della popolazione spagnola, ragione per la quale richiedono un modello che tenga conto della dispersione della popolazione e del costo reale dei servizi pubblici. Nella dichiarazione istituzionale i Presidenti autonomici chiariscono la volontà delle proprie Comunità di rispettare le esigenze e le specificità di tutte le altre Comunità e insistono sulla necessità di dare rilievo ai costi reali dei servizi pubblici, soprattutto in materia di educazione, sanità e servizi sociali, e ai fattori demografici quali, ad esempio, la dispersione della popolazione, la bassa densità e l'invecchiamento della popolazione. L'assegnazione delle risorse deve essere ispirata alla qualità dei servizi indipendentemente dal flusso delle entrate tributarie di ciascuna Comunità autonoma. Nel documento si chiarisce che l'obiettivo è quello di introdurre un modello di finanziamento che promuova il riequilibrio territoriale tra zone densamente popolate e altre in declino demografico e che garantisca la lealtà istituzionale e la sicurezza giuridica.

LA XXV CONFERENZA DEI PRESIDENTI

Il **22 dicembre** si è svolta in forma telematica, dalla sede del Senato, la XXV Conferenza dei Presidenti autonomici presieduta dal Presidente del Governo Sánchez. La Conferenza è stata convocata da Sánchez proprio allo scopo di rafforzare la *co-governance* e la cooperazione istituzionale con le Comunità autonome dinanzi all'avanzamento della sesta ondata. In questi mesi si è registrato un aumento esponenziale dei contagi principalmente a causa della propagazione della variante Omicron, che ha portato ad aumentare l'incidenza del Covid a 38 punti.

Il Presidente del Governo Sánchez ha operato, *in primis*, un resoconto sui dati e l'andamento della pandemia, e in particolare della variante Omicron, rimarcando l'importanza della

vaccinazione e della sua accelerazione, in particolare con la terza dose, per arrivare al traguardo del 70% della popolazione mondiale vaccinata entro la fine dell'estate. Per questa ragione la Spagna ha distribuito 48 milioni di dosi a Paesi terzi, convertendosi in uno dei principali donatori a livello mondiale. Ha chiarito che la strategia del Governo è quella di puntare soprattutto sulla prevenzione e, quindi, sul completamento della vaccinazione con la terza dose e l'uso esteso della mascherina.

Per quanto concerne le problematiche generali legate alla pandemia, ha specificato la necessità di rafforzare il Sistema sanitario nazionale, soprattutto il personale sanitario e le sue condizioni di impiego, come emerso anche dal Piano di Attenzione primaria approvato il 15 dicembre dal Consiglio Interterritoriale di Salute. Il bilancio generale del 2022 stanzierà per questo capitolo di spesa 292 milioni di euro, la maggior parte dei quali saranno trasferite alle Comunità autonome.

In merito alle misure restrittive adottate a livello autonomico, ha ribadito che l'incidenza della pandemia non è la stessa in ciascun territorio e che i Governi autonomici potranno applicare le restrizioni ritenute necessarie in funzione dell'andamento della situazione pandemica nel proprio territorio. Al termine della Conferenza, il Presidente ha espresso ai Presidenti autonomici la volontà di riunirsi ogni 10 giorni per monitorare congiuntamente l'andamento della pandemia.

I Presidenti delle Comunità autonome della Galizia, Andalusia, Paese Basco e Catalogna hanno replicato al Presidente Sánchez, affermando che l'utilizzo della mascherina all'esterno e la terza dose del vaccino non sono – a loro giudizio – misure sufficienti per frenare la sesta ondata. Inoltre i Presidenti della Galizia e della Andalusia hanno richiesto l'approvazione di una legge sulle pandemie, mentre il Presidente del Paese Basco, Iñigo Urkullu, ha reclamato maggiore sicurezza giuridica per le misure di contrasto alla pandemia che adottano le Comunità autonome. Egli ha richiesto nello specifico di fissare gli orari di chiusura degli alberghi e delle strutture recettive alle ore 11.30, e di stabilire per i ristoranti il limite di una capienza massima del 60% e di 10 persone per tavolo. Infine, Pere Aragonés, Alberto Nuñez Feijóo, e Juan Manuel Moreno, hanno richiesto l'attivazione di un Fondo Covid per far fronte alla spesa che stanno affrontando le regioni per combattere la pandemia.

FINE DEL GOVERNO DI COALIZIONE ED ELEZIONI ANTICIPATE IN *CASTILLA Y LEÓN*

Il **20 dicembre** il Presidente della Giunta di *Castilla y León*, Alfonso Fernández Mañueco, ha annunciato lo scioglimento delle Cortes e la convocazione di elezioni anticipate nella regione il 13 febbraio. La decisione è stata presa in seguito alle dimissioni della Consigliera della Sanità e soprattutto a causa della rottura del rapporto fiduciario tra i due soci di Governo, Pp e *Ciudadanos*, in vista della imminente approvazione della legge di bilancio. Il Pp ha parlato di tradimento da parte di *Ciudadanos* e di situazione insostenibile per il prosieguo della legislatura. Si tratta delle prime elezioni anticipate che si svolgeranno nella Comunità autonoma.

 **NOMOS**
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale



La flessione della democrazia e le minacce alla *rule of law* nell'ordinamento statunitense*

di Giulia Aravantinou Leonidi**

Da tempo si discute della crisi della democrazia americana. Una crisi dalle radici profonde le cui cause sono state spesso erroneamente individuate attribuendo gravi responsabilità esclusivamente ai governanti, mancando di osservare il fenomeno nella sua disarmante complessità. L'emergenza sanitaria che ha colpito negli ultimi due anni le nazioni mondiali ha approfondito le fratture nei sistemi costituzionali e politici che già da tempo si trovavano in palese difficoltà, evidenziandone le fragilità e aprendo la strada a nuovi dilemmi, relativi alla tenuta degli ordinamenti democratici e dello stato di diritto, che si dipanano dinanzi allo sguardo preoccupato dei giuristi come una ingarbugliata matassa. La democrazia negli Stati Uniti ha ceduto il passo all'autoritarismo, sperimentando una significativa flessione che si manifesta in diverse forme. La più rappresentativa di queste è senza dubbio la forte polarizzazione del sistema. Negli Stati Uniti la polarizzazione ha assunto soprattutto negli ultimi cinque anni contorni che destano preoccupazione e che ne evidenziano sempre più la forte radicalizzazione. La manifesta incapacità degli attori politici di affrontare il problema con efficacia ha comportato nel corso del tempo una progressiva erosione della legittimità istituzionale che sembra aver toccato il suo apice in occasione dell'attacco a Capitol Hill del 6 gennaio 2021. Sull'evento, evocativo quanto scioccante, indaga oggi non senza difficoltà una Commissione speciale istituita presso la Camera dei Rappresentanti e, naturalmente, la giustizia americana che ha già elargito condanne esemplari ad alcuni dei manifestanti, colpevoli di aver perpetrato il violento attacco al cuore della democrazia del Paese.

La radicalizzazione politica unita all'incertezza della pandemia e l'approfondimento delle fratture sociali, derivanti da un'economia ancora in via di stabilizzazione, minano le fondamenta dell'ordinamento democratico statunitense, pur essendo un fenomeno che ormai interessa, in numero sempre più crescente, la maggior parte degli ordinamenti democratici.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

**Resident Faculty Lecturer of the European Law and Governance School (EPLG)

L'annovero degli Stati Uniti nella lista delle cd. "backsliding democracies" giunge quale ulteriore monito della preoccupante evoluzione di questo ordinamento e della dichiarata perdita di un'egemonia che è stata considerata per oltre settant'anni come consolidata e inattaccabile.

I colpi sotto i quali si trova a sopravvivere oggi la *rule of law* negli Stati Uniti, sistematicamente sotto attacco da parte dei legislativi statali con l'ausilio e la connivenza di una Corte Suprema sbilanciata e fuori asse rispetto al sistema costituzionale di Filadelfia, sono un evidente sintomo e allo stesso tempo fattori causali dello scivolamento della democrazia americana. Ne è un esempio la decisione del mese di **dicembre** a favore della legge antiabortista del Texas con cui la Corte apre la strada agli Stati per riprendere e perfezionare lo schema del *Lone Star State* allo scopo di minare l'esercizio di qualsiasi diritto costituzionalmente garantito. La sentenza della corte sulla legge del Texas apre una breccia nel sistema costituzionale e federale degli Stati Uniti che chiama alla cautela rispetto ai passi che l'amministrazione Biden sceglierà di intraprendere nei prossimi mesi verso una riforma della Corte.

Una sessione complicata quella della Corte Suprema (2021-2022), iniziata il primo lunedì di ottobre 2021 e destinata ad essere una delle più importanti degli ultimi 50 anni. I giudici hanno già deciso di ascoltare le controversie riguardanti la legislazione sul controllo delle armi e il diritto all'aborto e probabilmente decideranno anche un importante caso di *affirmative action*. Dato che i Presidenti repubblicani che si sono avvicinati alla Casa Bianca hanno nominato sei dei nove giudici attuali, c'è poca suspense su come andranno a finire questi casi. La Corte probabilmente continuerà a limitare fortemente il diritto all'aborto, rafforzerà i diritti sulle armi e renderà molto più difficile o impossibile per i college e le università utilizzare criteri razziali per promuovere una maggiore diversità tra gli studenti.

La Corte Suprema oggi sempre più slegata da vincoli di responsabilità, incarna le preoccupazioni del politico antifederalista che con lo pseudonimo di Brutus scrisse nel 1787 queste profetiche parole "I question whether the world ever saw...a court of justice invested with such immense powers, and yet placed in a situation so little responsible. ... There is no power above them, to control any of their decisions. There is no authority that can remove them. ... they are independent of the people, of the legislature, and of every power under heaven. Men placed in this situation will generally soon feel themselves independent of heaven itself". Alexander Hamilton rispose a tali gravi preoccupazioni nel Federalist n.78 sostenendo a difesa della Corte che i giudici avrebbero dichiarato esclusivamente l'illegittimità delle leggi in assenza di una irrimediabile incompatibilità con la Costituzione e che i giudici avrebbero esercitato "judgment not will." Nel silenzio della Costituzione i giudici, secondo Hamilton, si sarebbero rivolti ai legislatori per colmare le lacune¹.

Oggi le preoccupazioni espresse da Brutus sembrano prendere sempre più piede e aver sconfessato l'ottimismo istituzionale di Hamilton. A tal punto da spingere l'amministrazione Biden a nominare una *Presidential Commission* per prendere in esame ipotesi di riforma

¹ E.J. SEAGALL, *Supreme Myths: Why the Supreme Court is Not a Court and its Justices are Not Judges*, Praeger 2012

dell'organo che coinvolgano anche valutazioni circa la durata del mandato degli *Old Nine*. La *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States* ha condotto uno studio accurato dal sapore fortemente accademico e ha pubblicato il suo [rapporto](#) finale nel mese di **dicembre**, manifestando tra i suoi membri un consenso bipartisan sulla possibilità di limitare il mandato dei giudici della Corte ad un massimo di 18 anni. La limitazione del mandato dei giudici è una delle prime e meno complicate riforme da attuare in quanto non è richiesto un emendamento costituzionale, il cui *iter* complesso comporterebbe una notevole dilazione dei tempi e risultati incerti. Tuttavia, resta al momento attuale il problema di una Corte Suprema che si prepara a divaricare, senza incontrare ostacoli, il torace del già compromesso tessuto sociale americano, decidendo di questioni altamente sensibili che dovrebbero più opportunamente essere rimesse alla valutazione del Congresso. I problemi della modernità quali il diritto all'aborto, il controllo delle armi, ecc. richiedono soluzioni e compromessi che difficilmente possono essere raggiunti da giudici ma che impongono alla politica di riappropriarsi dei propri spazi e dei propri argomenti riguadagnando al Congresso quel ruolo dal quale da tempo si trova ad aver abdicato. La Commissione istituita dal Presidente Biden si inserisce in questo contesto quale primo atto rivoluzionario nella direzione di riformare uno dei pilastri del sistema costituzionale statunitense, nel tentativo di arginare la flessione democratica e la destabilizzazione della *rule of law*. Se le conclusioni a cui è giunta la Commissione nel suo rapporto avranno un qualche esito formale non è dato ancora al momento attuale sapere, rimane tuttavia la convinzione che la salute della democrazia americana dipenda anche dal coraggio delle scelte che saranno fatte nei mesi che separano dalle elezioni di *mid-term* del 2022.

ELEZIONI

COMMISSIONE BIPARTISAN PER LA RIFORMA ELETTORALE

Il **20 ottobre** il Segretario di Stato repubblicano della Georgia Brad Raffensperger ha chiesto la formazione di una commissione bipartisan per una riforma elettorale a livello federale.

L'idea è di seguire il modello di quella istituita nel 2005 diretta dall'ex Presidente Jimmy Carter e dall'ex Segretario di Stato James Baker e con quanto espresso (anche) da esponenti della destra americana come Bill Kristol e Francis Fukuyama nella "Lettera in difesa della democrazia". In precedenza, lo stesso Raffensperger nel suo libro "Integrity Counts" aveva espresso dure critiche tanto alla candidata democratica Stacey Abrams, sconfitta nel 2018 da Brian Kemp in occasione delle elezioni per il ruolo di Governatore, tanto al Presidente Trump. Il Segretario Raffensperger ha infatti dichiarato come la decisione della Abrams di non riconoscere la sconfitta e di non definire Kemp Governatore legittimo (a dispetto di un'indagine dell'Atlanta Journal-Constitution che non ha trovato segni di tentativi di manipolare le elezioni), abbia creato un pericoloso precedente prontamente sfruttato da Donald Trump, il quale ha tentato in ogni modo di rovesciare l'esito delle elezioni nello Stato. Ambedue, a detta del funzionario, hanno minato la fiducia nella democrazia americana per il proprio tornaconto personale. Raffensperger è balzato agli onori della cronaca nel gennaio 2021 quando è stato pubblicato l'audio di una chiamata tra lui e il Presidente Trump, nel quale

quest'ultimo ha ripetutamente chiesto al Segretario di Stato della Georgia di "ricalcolare" i risultati delle elezioni, richiesta fermamente respinta dal funzionario. Raffensperger è attualmente in corsa per la rielezione come Segretario di Stato della Georgia e affronterà alle primarie GOP il trumpiano Jody Hice, noto per promuovere diverse teorie cospirazioniste sulle elezioni del 2020. Tali elezioni saranno essenziali per comprendere l'effettiva influenza di Trump sull'elettorato repubblicano.

ELEZIONI IN VIRGINIA

Il **2 novembre**, il candidato repubblicano Glen Youngkin ha vinto le *gubernatorial elections* nello stato della Virginia, divenendo nuovo Governatore. La vittoria del repubblicano Youngkin, descritta come un *upset* (definizione in parte errata dato il trend favorevole al candidato GOP nelle ultime settimane), impatterà profondamente sulla politica nazionale e sugli attori principali di quest'ultima. Il grande sconfitto è il Partito democratico nella sua interezza. Dopo essere arrivato al Governo, il Partito dell'Asinello non è finora riuscito a far passare la propria agenda legislativa, bloccata dal veto incrociato tra le anime progressiste e centriste. I democratici paiono divisi come non mai e la loro strategia di usare lo spauracchio di Trump come strumento di campagna elettorale pare ormai stantia e inadeguata di fronte all'elettorato. La combinazione tra il fallimento nell'approvare l'agenda legislativa di Biden e la difficoltà nel focalizzarsi su temi concreti (soprattutto a livello locale) hanno portato i democratici a perdere in uno Stato ormai stabilmente blu da diversi anni, rivitalizzando al contempo un Partito repubblicano che pareva decisamente scompaginato dopo i fatti del 6 gennaio.

CANDIDATURA DI O'ROURKE A GOVERNATORE DEL TEXAS

L'ex deputato Beto O'Rourke (D-Texas) ha annunciato il **15 novembre** la sua intenzione di sfidare il Governatore in carica del Texas, Greg Abbott (R), alle prossime elezioni previste per il novembre 2022. O'Rourke, che si era già candidato senza successo per il Senato sfidando Ted Cruz (R) nel 2018, ma con una campagna elettorale che lo ha portato ad un passo da una sorprendente vittoria, ha visto poi sfumare la sua stella politica dopo una fallimentare campagna per le primarie democratiche per la presidenza nel 2020.

CANDIDATURA PER LA CARICA DI GOVERNATORE DELLA GEORGIA

La Democratica Stacey Abrams ha annunciato la sua candidatura per la carica di Governatore della Georgia nel 2022 dopo aver perso le elezioni nel 2018 contro l'attuale governatore repubblicano Brian Kemp. Negli ultimi anni la Georgia è diventata uno degli Stati più competitivi e i Democratici, alle ultime elezioni, sono riusciti a vincere entrambi i seggi al Senato dello Stato. Abrams nel 2018 aveva perso per 1,4 punti percentuali e si era rifiutata di riconoscere la vittoria di Kemp accusandolo di aver sfruttato la *voter suppression* in qualità di Segretario di Stato per non far votare gli elettori afroamericani cancellandoli dalle liste. Kemp ha sempre negato le accuse.

IL VOTO AI NON CITTADINI

Il Consiglio comunale di New York ha deciso che anche gli immigrati che non sono cittadini americani potranno votare per le elezioni locali ed eleggere il sindaco, il consiglio comunale e

gli amministratori dei *borough*. La decisione è stata presa l'11 dicembre con trentatré voti a favore, quattordici contrari e due astensioni e varrà a partire dal 2023. Molto probabilmente ci saranno dei ricorsi in tribunale da parte del Partito repubblicano per impedire che la misura entri in vigore. Il provvedimento è stato supportato da numerosi gruppi che hanno sostenuto l'espansione del diritto di voto ai newyorkesi non cittadini, osservando che i non cittadini hanno pagato miliardi di dollari in tasse locali senza avere voce in capitolo. Un rapporto del 2018 dell'*Office of Immigrant Affairs* del sindaco di New York ha rilevato che 3,1 milioni di newyorkesi sono immigrati e che gli immigrati possiedono il 52% delle attività commerciali di New York City e contribuiscono con 195 miliardi di dollari al PIL della città. Inoltre, il rapporto ha rilevato che 660.000 newyorkesi sono residenti legalmente. Mentre [*l'Immigration and Nationality Act*](#) limita il diritto di voto alle elezioni federali ai cittadini statunitensi e quasi tutte le Costituzioni statali limitano il diritto di voto alle elezioni statali ai cittadini, molti Stati non vietano ai comuni di consentire ai non residenti di votare alle elezioni locali. San Francisco ha esteso il diritto di voto alle elezioni del consiglio scolastico ad alcuni non cittadini nel 2016, mentre Montpelier, VT, ha approvato un disegno di legge nel 2021 che consente ai residenti di votare alle elezioni comunali.

LE PRIMARIE PER IL SEGGIO VACANTE DELLA PENNSYLVANIA

Ennesima sorpresa dalle tormentate primarie repubblicane per il seggio al Senato della Pennsylvania che voterà il prossimo anno. David McCormick, ex Sottosegretario al Tesoro durante l'Amministrazione di George W. Bush e attuale CEO dell'*hedge fund* "Bridgewater Associates", starebbe seriamente prendendo in considerazione l'idea di candidarsi. Ex campione di lotta libera universitaria, David McCormick ha conseguito una laurea in ingegneria meccanica alla prestigiosa accademia militare di West Point, combatté durante la Guerra del Golfo con il grado di *executive officer* di una compagnia di genieri. Terminato il servizio militare attivo, conseguì un PhD in relazioni internazionali presso l'Università di Princeton e lavorò per tre anni come consulente presso la compagnia McKinsey & Co. Nominato Presidente e CEO, nel 2004 gestì la vendita della compagnia ad Ariba per 500 milioni, dove poi rimase come presidente. McCormick si dimise dal settore privato a seguito della nomina a Sottosegretario del Commercio dell'Amministrazione Bush. Nominato Vice Consigliere per la Sicurezza Nazionale e Negoziatore Personale del Presidente al G8, divenne in seguito Sottosegretario al Tesoro per gli affari internazionali. Durante lo svolgimento del mandato è stato lodato per aver supportato gli sforzi del Dipartimento del Tesoro per contrastare la crisi del 2008 attraverso la sua rete di relazioni con numerosi *policy makers*. Terminato il suo incarico pubblico a seguito della scadenza del mandato del Presidente Bush, entrò a far parte della *Bridgewater Associates*, uno dei più grandi *hedge fund* d'America, divenendone CEO nel 2016.

La candidatura di McCormick al Senato è fortemente caldeggiata da numerosi esponenti del Partito repubblicano in Pennsylvania. Le elezioni per il seggio Class-3 del Keystone State saranno tra le più decisive per determinare i futuri equilibri al Senato in seguito alle midterm del 2022. Tuttavia, se nel Partito Democratico il Vice Governatore John Fetterman pare (al momento) chiaramente favorito le primarie repubblicane sono state ben più turbolente. L'incumbent Senator Pat Toomey, uno dei sette Senatori repubblicani ad aver votato a favore dell'impeachment di Trump, ha infatti deciso di non ricandidarsi rendendo il seggio un "open seat". Le primarie del GOP sono state fin da subito caratterizzate dalla presenza di ben nove candidati, nessuno dei quali è stato in grado di emergere come front runner. Craig Snyder, unico candidato dichiaratamente anti trumpiano, è stato il primo a sospendere la campagna

elettorale a causa dello scarso sostegno ottenuto, è toccato poi a Sean Parnell, il candidato appoggiato da Donald Trump, il quale ha dovuto terminare la propria corsa a seguito dello scandalo sull'aggressione alla moglie e al figlio. I sette candidati repubblicani rimasti sono poco funzionali ad una vittoria alle elezioni. Carla Sands, ex Ambasciatore in Danimarca durante l'amministrazione Trump e Kathy Barnette Commentatrice presso Fox News, hanno espresso posizioni piuttosto controverse sulle elezioni presidenziali del 2020, mentre l'ex candidato vice governatore Jeff Bartos, pare non riuscire ad attirare un sostegno sufficiente. In conclusione, la candidatura di un personaggio come McCormick potrebbe portare all'emersione di un chiaro front runner in grado di creare una coalizione atta a vincere le elezioni nel 2022.

CONGRESSO

APPROVATO IL PACCHETTO SULLE INFRASTRUTTURE

Nella notte dell'**8 novembre** la Camera dei Rappresentanti ha approvato il pacchetto sulle infrastrutture da 1.000 miliardi di dollari dopo mesi e mesi di trattative nel Partito democratico tra progressisti e moderati. Essendo già stato approvato dal Senato ora manca solo la firma di Joe Biden. Hanno votato a favore 215 deputati democratici e 13 repubblicani e contro 6 democratici e 200 repubblicani. I sei democratici che hanno votato contro sono Jamaal Bowman, Cori Bush, Alessandria Ocasio-Cortez, Ilhan Omar, Ayanna S. Pressley e Rashida Tlaib. La legge sulle infrastrutture, tra le altre cose, destina 500 miliardi di dollari in 10 anni per sistemare strade, ponti e autostrade, migliorare l'accesso a Internet e modernizzare la rete elettrica nazionale e 50 miliardi di dollari per aiutare le amministrazioni locali ad affrontare incendi, inondazioni, tempeste e siccità.

SHUTDOWN FEDERALE

Il Congresso statunitense ha approvato nella notte del **2 dicembre** una legge che finanzia il Governo federale fino a metà febbraio evitando così lo *shutdown*. Negli Stati Uniti il Congresso deve stanziare periodicamente finanziamenti per le attività del Governo federale specificando l'allocazione dei fondi. Se non viene fatto si va incontro allo *shutdown* o sospensione del Governo federale. Il Governo deve limitare tutte le attività mandando a casa i dipendenti senza stipendio al fine di risparmiare il più possibile. La legge di finanziamento è passata alla Camera con 221 voti a favore (tutti democratici e un repubblicano) e 212 voti contrari. Al Senato è invece Stato approvato con 69 voti a favore (cinquanta Dem e diciannove Repubblicani) e 28 contrari. L'accordo è stato raggiunto dopo lunghe trattative tra Repubblicani e Democratici, ma fino all'ultimo c'erano dubbi sul fatto se sarebbe passato o meno.

NATIONAL DEFENSE AUTHORIZATION ACT

Il **7 dicembre** la Camera dei Rappresentanti ha approvato il *National Defence Authorisation Act* (NDAA), il disegno di legge annuale di spesa della Difesa e uno dei pochi atti legislativi bipartisan, che delinea come spendere 768 miliardi di dollari, tra cui 147 miliardi per comprare nuovo equipaggiamento. Il [provvedimento](#) è stato approvato anche dal Senato il **15 dicembre** con un voto bipartisan di 89 favorevoli e 10 contrari.

DEBITO PUBBLICO

La Camera e il Senato degli Stati Uniti hanno approvato il **15 dicembre** una misura che alza il tetto del debito a 2.500 miliardi di dollari evitando così il rischio di default, rimandando la battaglia sul debito a dopo le elezioni di metà mandato del 2022. Attualmente il debito pubblico degli Stati Uniti è pari a 29.000 miliardi di dollari e ora potrà salire di altri 2.500 miliardi. In America il Congresso deve approvare il limite massimo di debito che il Governo federale può contrarre e se non lo fa c'è il rischio di default, in quanto il nuovo debito serve a pagare il vecchio. Il Partito repubblicano si è inizialmente opposto alla decisione, ma alla fine si è accordato con il Partito democratico per modificare le regole del Senato in modo che i Democratici potessero votare a favore della legge da soli senza aver bisogno dei voti del GOP. Entrambi i partiti possono così dire di aver vinto la loro battaglia.

BUILD BACK BETTER ACT

La Camera dei Rappresentanti ha approvato il **19 novembre** in prima lettura con 220 voti a favore e 213 contrari il *Build Back Better Act*, il pacchetto di spesa sociale da 1,75 mila miliardi di dollari. Il risultato del voto ha visto 220 voti a favore (tutti i democratici ad eccezione di Jared Golden (D-Me.) e 213 contrari (212 repubblicani + Golden). Il voto in aula è arrivato dopo una maratona di interventi durata parecchie ore a causa dell'ostruzionismo dei repubblicani, con il leader repubblicano Kevin McCarthy che ha parlato per oltre 8 ore superando il record precedentemente detenuto da Nancy Pelosi. Tra i punti principali della proposta di legge approvata dalla Camera ci sono:

- un limite massimo alle spese sanitarie non coperte dall'assicurazione sanitaria pubblica Medicare per i più anziani
- un programma che consente a Medicare (dal 2025) di negoziare il prezzo di alcuni farmaci da prescrizione come l'insulina
- estensione dell'accesso a Medicaid, il programma di assistenza sanitaria pubblica per i più poveri, come previsto da ObamaCare anche per gli Stati che non hanno deciso di aderirvi
- instaurazione di 4 settimane di congedo parentale per le neo-mamme
- asilo gratuito per tutti i bambini di 3 e 4 anni
- maggiori fondi per aiutare le famiglie a coprire le spese per l'assistenza all'infanzia
- centinaia di miliardi di dollari per programmi contro il cambiamento climatico
- lato entrate, nuove tasse previste sui più ricchi e sulle grandi *corporation*

PRESIDENTE

NOMINE

Il **28 ottobre** il presidente Joe Biden ha nominato Jessica Rosenworcel a capo della *Federal Communications Commission*. Attualmente era la presidente *ad interim* e in questo modo diventerà, molto probabilmente, la prima donna a guidare l'agenzia. Se sarà confermata dal Senato, Rosenworcel guiderà un'agenzia le cui responsabilità includono garantire che milioni di americani abbiano accesso a Internet. La FCC promuove la concorrenza tra i fornitori, esamina le fusioni tra le società di telecomunicazioni e di trasmissione e regola le comunicazioni via radio, televisione, filo, satellite e cavo. Biden ha anche nominato Gigi B. Sohn al seggio della commissione della FCC lasciato libero da Rosenworcel quando è diventata presidente ad

interim. Sohn, una illustre docente del *Georgetown Law Institute for Technology Law & Policy*, ha lavorato dal 2013 al 2016 come consulente di Tom Wheeler, ex presidente della FCC. La nomina di Rosenworcel riflette l'impegno dell'amministrazione Biden per ripristinare le regole sulla neutralità della rete, un insieme di regole che promuovono la concorrenza impedendo ai provider di Internet di bloccare determinati contenuti, rallentandone la connessione o consentendo ai clienti di pagare di più per accedere a determinati siti più velocemente.

KAMALA HARRIS ASSUME I POTERI PRESIDENZIALI PER POCHE ORE

Il **19 novembre** il Presidente Joe Biden si è sottoposto ad una colonscopia programmata presso il *Walter Reed Medical Center* e così la Vicepresidente Kamala Harris ha assunto temporaneamente le funzioni di Presidente. Si tratta della prima volta nella storia americana che, seppure per breve tempo, una donna assume tecnicamente i poteri presidenziali negli Stati Uniti. La procedura seguita da Biden è comunque la medesima già seguita a suo tempo nel 2002 e nel 2007 dall'ex Presidente George W. Bush che aveva lasciato temporaneamente i poteri presidenziali all'ex Vicepresidente Dick Cheney durante interventi di questo tipo.

PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT

La Commissione nominata dalla Casa Bianca per prendere in esame una potenziale riforma della Corte Suprema ha reso noto il **7 dicembre** il suo [rapporto finale](#). Dal rapporto emerge un accordo condiviso tra i membri della commissione sulla necessità di introdurre limiti al mandato dei giudici, mentre persistono divergenze di opinione sulla possibilità che il Congresso intervenga sulla composizione della Corte, ampliandone il numero dei giudici. Come ha osservato il costituzionalista Laurence Tribe, le proposte che hanno ricevuto in seno alla commissione il maggior sostegno sono anche quelle logisticamente più difficili da attuare, mentre quelle che presentano la possibilità di un percorso costituzionale più diretto per l'attuazione sono state tra le meno apprezzate dai commissari. La commissione non aveva tra i suoi compiti quello di fornire idee o raccomandazioni politiche, un punto che è stato criticato dai riformatori sin da quando Biden ne ha annunciato l'istituzione ad aprile. Il Presidente, infatti, aveva richiesto ai commissari di produrre un resoconto del dibattito sul “ruolo e sul funzionamento della Corte suprema nel sistema costituzionale” statunitense e un’“analisi dei principali argomenti al centro del dibattito pubblico contemporaneo a favore e contro la riforma della Corte suprema”. Il documento risultante è più uno studio accademico che un piano d'azione. Il rapporto non giunge espressamente a delle conclusioni. Il primo capitolo ripercorre le vicende legate ai tentativi di riformare la Corte sin dalla fondazione degli Stati Uniti, offrendo in questo modo un contesto alle discussioni odierne e sottolineando come i dibattiti sulla riforma della Corte siano parte integrante della storia costituzionale del Paese. Il secondo capitolo riguarda l'ampliamento della Corte. I sostenitori di tale ampliamento, afferma il rapporto, ritengono che l'intervento sul numero dei giudici si rende necessario per affrontare le “gravi violazioni delle norme che regolano il processo di conferma e gli sviluppi preoccupanti nell'orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema che indeboliscono il sistema democratico”. Coloro che si oppongono all'ampliamento della composizione della Corte, sostengono che un intervento in tal senso “limiterebbe l'indipendenza e la legittimità [della Corte]” e potrebbe essere utilizzato da “qualsiasi futura forza politica come mezzo per esercitare pressioni o per intimidire la Corte”. Il terzo capitolo si occupa dei limiti di mandato, una riforma più popolare tra i commissari anche se potrebbe comportare la necessità di un emendamento costituzionale. Coloro che caldeggiavano tale riforma sostengono che i limiti di

mandato renderebbero la Corte più rappresentativa del clima politico del Paese. I membri della commissione che si sono dichiarati contrari all'introduzione di un limite al mandato dei giudici, sostengono che una riforma in tal senso potrebbe risultare lesiva dell'indipendenza della Corte politicizzando formalmente il processo di conferma in Senato. Il quarto capitolo del rapporto esamina le proposte relative alle questioni sociali, politiche e culturali che sono portate all'attenzione della Corte. L'ultimo capitolo riguarda, invece, le procedure e le pratiche giudiziarie. Il rapporto affronta le critiche al recente aumento del ricorso al cd. *shadow docket*, prendendo in esame anche il tema dell'etica giudiziaria e dell'accessibilità da parte del pubblico alle sedute della Corte tramite streaming audio o video.

VERTICE PER LA DEMOCRAZIA

Il 9 e 10 dicembre si è tenuto virtualmente il *Summit for Democracy* voluto dal Presidente. In questo incontro un “gruppo di democrazie mondiali” ha discusso di come difendersi dall'autoritarismo, della lotta alla corruzione e della promozione del rispetto dei diritti umani. L'*Economist* ha messo insieme la lista dei 110 paesi invitati e il punteggio che gli ha assegnato il gruppo *Freedom House* nel 2020 (si va da 0 a 100). Tra gli invitati ci sono quasi tutti i paesi considerati “liberi”, che possono tranquillamente essere considerati democrazie, salvo alcuni microstati europei. Ma un'altra tranche di invitati, come lo Zambia (52) e la Moldavia (61) sono considerati solo “parzialmente liberi” da *Freedom House*. Tre Stati – la Repubblica Democratica del Congo (20), l'Iraq (29) e l'Angola (31) – sono classificati come “non liberi”. Diversi Paesi che non sono stati invitati, come la Bolivia (66) e la Sierra Leone (65), si posizionano ben prima di altri che lo sono stati. A non essere invitati sono stati la Cina, la Russia e l'Arabia Saudita. Tra gli esclusi ci sono diversi Stati che negli ultimi anni hanno fatto passi indietro come la Turchia e l'Ungheria nonostante siano entrambi alleati della NATO. L'Ungheria è anche l'unico membro dell'Unione Europea che non è stato invitato.

ANNIVERSARIO DELLA DICHIARAZIONE DI GUERRA AL GIAPPONE

L'8 dicembre 1941 il Presidente degli Stati Uniti Franklin D. Roosevelt si rivolse al Congresso per chiedere ai legislatori di dichiarare guerra al Giappone dopo l'attacco a Pearl Harbor, la base navale alle Hawaii, in cui furono uccisi 2.459 americani. Roosevelt denunciò l'attacco come “un giorno che vivrà nell'infamia”. Il Senato approvò la dichiarazione di guerra con 82 voti a favore e 0 contrari e la Camera con 332 voti favorevoli e uno contrario. A opporsi fu Jeannette Rankin del Montana, la prima donna eletta al Congresso che già aveva votato contro l'ingresso degli Stati Uniti nella Grande Guerra. Roosevelt poco dopo il voto firmò la dichiarazione di guerra contro il Giappone. Mandò anche un messaggio al Primo ministro britannico Winston Churchill per informarlo della cosa; il Regno Unito aveva dichiarato guerra al Giappone nove ore prima in risposta agli attacchi alle colonie britanniche di Malesia, Singapore e Hong Kong. Inizialmente gli Stati Uniti dichiararono guerra solo al Giappone. L'11 dicembre arrivò anche la dichiarazione di guerra contro la Germania nazista dopo che Adolf Hitler dichiarò guerra agli Stati Uniti. Con questo atto, Hitler definì il suo destino inserendosi in una guerra su due fronti che non avrebbe potuto vincere. Da quel momento in poi la sua sconfitta divenne infatti solo questione di tempo. Il Presidente Biden ha adottato una *proclamation* per ricordare l'attacco a Pearl Harbor del 7 dicembre 1941 e ha reso omaggio ai caduti in una visita al *World War II Memorial* in Washington.

DECLASSIFICATI I DOCUMENTI SULL'ASSASSINIO DEL PRESIDENTE KENNEDY

Il Governo degli Stati Uniti ha declassificato il **15 dicembre** migliaia di documenti dell'FBI e della CIA in relazione all'assassinio di John F. Kennedy nel 1963. Secondo la conclusione ufficiale dell'indagine, il Presidente americano fu ucciso da Lee Harvey Oswald. I rapporti declassificati mostrano che gli inquirenti hanno indagato su molteplici piste, dai servizi segreti sovietici ai gruppi comunisti in Africa passando per la mafia italiana, per capire se Oswald avesse avuto un aiuto a pianificare e realizzare l'omicidio il 22 novembre 1963 a Dallas in Texas. Secondo i documenti, gli Stati Uniti hanno intensificato lo spionaggio e le attività di destabilizzazione sul regime cubano di Fidel Castro, con cui Oswald aveva contatti e che il governo Kennedy voleva rovesciare. I 1.491 documenti sono stati rilasciati sul sito web del *National Archives*, che contiene già decine di migliaia di file relativi alla morte di Kennedy e alle indagini che ne sono seguite. L'assassinio ha dato origine a numerose teorie del complotto, alimentate da centinaia di libri e film come quello di Oliver Stone, JFK (1991). Tutte queste teorie rifiutano quella ufficiale a cui era arrivata la Commissione d'inchiesta, nota come "commissione Warren", che aveva stabilito nel 1964 che Lee Harvey Oswald aveva agito da solo. Oswald fu ucciso il 24 novembre 1963 da Jack Ruby.

CORTI

DIRITTO DI VOTO

Il **4 novembre** il Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti ha citato in giudizio il Texas per la legge sul procedimento elettorale. In particolare, il Dipartimento sostiene che il provvedimento normativo sia lesivo dei diritti dei cittadini dello stato che non parlano inglese, delle persone con disabilità, degli elettori più anziani e di coloro che vivono al di fuori degli Stati Uniti. Il Dipartimento ritiene che la legge violi il *Voting Rights Act* limitando le possibilità di aiuto che chi lavora nei seggi può fornire agli elettori. Sostiene, inoltre, che la legge sia in contrasto con il *Civil Rights Act* dal momento che prevede la distruzione delle schede elettorali prive del numero di patente di guida o del numero di identificazione elettorale o del numero di previdenza sociale. Il provvedimento normativo del Texas, firmato dal governatore Greg Abbott a **settembre**, introduce stringenti limitazioni al voto postale. Sono diciannove gli Stati che finora hanno apportato modifiche al procedimento elettorale.

PROUD BOYS

Il **14 dicembre** il Distretto di Columbia (DC) ha intentato una [causa civile](#) contro *Proud Boys International, LLC e The Oath Keepers*, un'organizzazione senza scopo di lucro. Il DC chiede alle organizzazioni danni compensativi, legali e punitivi per il loro coinvolgimento nell'attacco del 6 gennaio al Campidoglio degli Stati Uniti. Il presunto scopo dell'attacco era impedire ai membri del Congresso e all'ex vicepresidente Pence di certificare il voto del Collegio elettorale. Il procuratore generale ha presentato cinque capi d'accusa contro il gruppo, inclusa la cospirazione allo scopo di violare lo 42 U.S.C. § 1985(1), la violazione di 42 U.S.C. § 1986, aggressione, percosse e procurato stress emotivo.

GERRYMANDERING

Un gruppo di elettori ha intentato [causa](#) il **17 dicembre**, chiedendo alla Corte federale della Pennsylvania di intervenire nel processo di riorganizzazione delle circoscrizioni statali del 2021. Nell'ultimo decennio, la popolazione della Pennsylvania è cresciuta più lentamente rispetto a quella di altri stati, registrando una flessione nella crescita demografica che si riflette nei dati del censimento del 2020 sulla base dei quali il legislatore della Pennsylvania è chiamato a disegnare una nuova mappa delle circoscrizioni elettorali entro il 24 gennaio 2022. Finora, non sono stati compiuti passi significativi verso l'approvazione di un piano condiviso dalle forze politiche. I ricorrenti sostengono che il ritardo da parte del legislativo dello Stato nel riorganizzare le circoscrizioni comporti una violazione della costituzione statale e di quella federale. In assenza di un intervento del legislativo, infatti, spetta alle corti l'obbligo di intervenire in materia. I confini distrettuali sono stati precedentemente ridisegnati a seguito di un intervento della corte federale dello Stato nel 2018, intervento che si è reso necessario in ragione delle diffuse preoccupazioni circa la possibilità di fenomeni di *gerrymandering*.

ABORTO

La Corte Suprema il **10 dicembre** [ha rigettato](#) per la seconda volta il caso contro il *Texas Senate Bill 8 (SB8)*, che vieta gli aborti già a sei settimane dall'inizio della gravidanza. La Corte ha mantenuto intatta la legge anti-aborto più restrittiva degli Stati Uniti e ha anche precluso la possibilità di ricorsi contro i funzionari della corte statale del Texas e il suo procuratore generale. La sentenza, redatta dal giudice Neil Gorsuch, ha suscitato aspri dissensi da parte del giudice John Roberts e del giudice Sonia Sotomayor e critiche da parte di commentatori accademici e giuristi. Il professore di diritto Stephen Vladeck dell'Università del Texas ha descritto la decisione come "radicale. Il provvedimento, entrato in vigore il **1 settembre**, rappresenta un deterrente concreto a qualsiasi azione di sostegno all'interruzione della gravidanza oltre i limiti stabiliti dal legislatore texano.

OBBLIGO VACCINALE

Tra sospensioni e ricorsi prosegue la battaglia legale sull'obbligo vaccinale. La Corte Suprema ha respinto il **14 dicembre** il ricorso contro il rifiuto da parte dello Stato di New York di consentire deroghe per motivi religiosi agli operatori sanitari all'obbligo vaccinale contro il Covid-19. Il ricorso è stato promosso da un gruppo di medici e infermieri cristiani e da un'organizzazione No-vax. La decisione è stata presa con sei voti a tre e ha rinviato la disputa legale ad una corte di grado inferiore. I ricorrenti hanno sostenuto che l'obbligo vaccinale costituisce una violazione del Primo Emendamento della Costituzione in materia di discriminazione religiosa da parte del governo e di una legge federale contro la discriminazione sul luogo di lavoro sulla base delle credenze religiose. Il **22 dicembre** la Corte Suprema [ha annunciato](#) che in gennaio terrà una seduta speciale per valutare la legalità di due provvedimenti federali adottati dall'amministrazione Biden che impongono la vaccinazione contro il Covid-19 sul posto di lavoro. L'audizione riguarderà casi che coinvolgono due dei tre provvedimenti presidenziali sui vaccini: quello emesso dall'amministrazione per la sicurezza e la salute sul lavoro (OSHA), che impone l'obbligo di vaccinazione ai dipendenti di imprese con 100 o più dipendenti; e quello emesso sotto forma di misura di emergenza dai *Federal Centers for Medicare and Medicaid Services* (CMS) che impone l'obbligo vaccinale agli operatori sanitari di tutte le strutture che assistono pazienti inclusi nel programma Medicare e/o Medicaid. Entrambi i

provvedimenti sono stati impugnati dinanzi alle corti federali in tutto il Paese. La Corte d'Appello degli Stati Uniti per l'Undicesimo Circuito ha recentemente [rigettato](#) una mozione della Florida che chiedeva un'ingiunzione contro il provvedimento del CMS.

TRASFERIMENTO DEGLI ARCHIVI PRESIDENZIALI NELL'AMBITO DELL'INDAGINE SUL 6 GENNAIO

Il **23 dicembre** l'ex Presidente Donald Trump ha presentato ricorso dinanzi alla Corte Suprema per bloccare il trasferimento di alcuni documenti alla [Commissione sul 6 Gennaio](#) della Camera dei Rappresentanti. Nel corso della sua indagine, la Commissione ha richiesto documenti presidenziali relativi agli eventi del 6 gennaio 2021 e alle accuse di frode elettorale mosse da Trump nel corso della campagna elettorale. La Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Distretto di Columbia in **novembre** [ha stabilito](#) all'unanimità che Trump “non ha fornito alcuna valida motivazione” alla corte per respingere la decisione del Presidente Biden. Ai sensi del [Presidential Records Act \(PRA\)](#), gli archivi nazionali degli Stati Uniti sono responsabili dei registri degli ex Presidenti. Gli archivi nazionali renderanno pubblici i documenti “richiesti dalla Camera del Congresso o da un comitato che agisce all'interno della sua giurisdizione” se le informazioni sono necessarie e non altrimenti disponibili. In [una petizione](#) di quasi 200 pagine Trump e i suoi avvocati sostengono che la richiesta della commissione della Camera dei rappresentanti viola le disposizioni costituzionali e il PRA. L'ex Presidente afferma che la richiesta del Congresso è “svincolata” da un “valido interesse legislativo”. La corte d'appello ha stabilito che il Congresso ha in realtà un “interesse unico e vitale” nell'indagare sulla rivolta del 6 gennaio 2021 e che la richiesta soddisfa pienamente i termini del PRA. Trump spera che la Corte Suprema scelga di esaminare il suo caso durante l'attuale sessione.

FEDERALISMO

IL DIRITTO AL CIBO

Il **3 novembre** gli elettori del Maine hanno approvato il primo emendamento costituzionale della Nazione sul “diritto al cibo”. Il referendum chiedeva agli elettori se erano favorevoli a un emendamento alla Costituzione del Maine “per dichiarare che tutti gli individui hanno il diritto naturale, intrinseco e inalienabile di coltivare, allevare, raccogliere, produrre e consumare il cibo di loro scelta per il proprio nutrimento sostentamento salute e benessere del corpo”. L'idea dietro al referendum è di garantire il diritto di coltivare ortaggi e allevare bestiame e impedire che le grandi *corporation* possano minacciare le proprietà locali. Il referendum è stato presentato come un'opportunità per i Mainers di riprendere il controllo della fornitura di cibo dai grandi proprietari terrieri e dai grandi rivenditori con pochi legami con la comunità.

LA SCOMPARSA DEL SENATORE DEL NEVADA

L'ex leader della maggioranza al Senato Harry Reid è morto il **29 dicembre** a 82 anni. Reid è stato senatore per cinque mandati ed ha avuto un ruolo cruciale nella politica americana. Ha guidato infatti l'opposizione contro George W. Bush e ha aiutato Barack Obama a far passare parti fondamentali del suo programma elettorale, come *l'Affordable Care Act*.

ARMI D'ASSALTO

Il Governatore Gavin Newsom ha dichiarato il **13 dicembre** che la California approverà una legge che scoraggi la produzione e la vendita di fucili d'assalto nello stato seguendo l'impostazione della legge contro l'aborto approvata dal Texas. La legge del Texas dichiara che è illegale eseguire un aborto dopo sei settimane di gravidanza, ma non dà allo stato alcun ruolo diretto nell'applicazione di tale divieto. Invece, autorizza azioni legali private nelle corti statali contro i medici o le cliniche che violano le disposizioni. In questo modo ha resistito, almeno per ora, ai controlli di costituzionalità. Newsom parlando di questa proposta ha fatto riferimento alla recente decisione di una Corte federale che annullando il divieto dello Stato sui fucili d'assalto ha paragonato le armi a un coltellino svizzero. Newsom ha sostenuto che se gli stati possono ora proteggere le loro leggi dalla revisione da parte delle corti federali che confrontano le armi d'assalto con i coltellini svizzeri, allora la California userà quell'autorità per proteggere la vita delle persone. La legge della California consentirà ai privati cittadini di citare in giudizio produttori o distributori di armi d'assalto.

SCONTRO TRA LEGISLATIVO E GOVERNATORE NEL MARYLAND SUL GERRYMANDERING

Si inasprisce lo scontro tra il legislativo del Maryland controllata dai democratici e il Governatore repubblicano Larry Hogan sulla definizione dei collegi elettorali nello Stato. Il legislativo democratico aveva infatti presentato una mappa pesantemente sbilanciata a favore del Partito dell'asinello, caratterizzata da un forte cambiamento nei confini del Distretto N-1 dello Stato, fortemente favorevole ai Repubblicani, rendendolo nettamente più competitivo senza intaccare la forte presa democratica negli altri sette distretti. Il Governatore aveva risposto istituendo, tramite ordine esecutivo, una Commissione composta da tre Repubblicani, tre Democratici e tre indipendenti incaricata di redigere una mappa elettorale maggiormente equa. La mappa redatta dalla Commissione, ha invece portato ad un cambiamento a favore dei Repubblicani, con il distretto N-8 classificato come "GOP Leaning". A dispetto della forte opposizione di esperti indipendenti ed elettori, il legislativo democratico ha approvato la mappa originariamente presentata. Il Governatore Larry Hogan ha posto il veto sulla misura adottata, ma il legislativo ha superato il veto il giorno stesso. Questo però non ha scoraggiato il Governatore, il quale ha già annunciato che presenterà un ricorso contro i tentativi di *gerrymandering*.



Ungheria: la prospettiva del conflitto costituzionale si affaccia dopo le primarie di coalizione, il cui esito mette in seria difficoltà la maggioranza Fidesz in vista delle vicine elezioni parlamentari*

di **Simone Benvenuti****

Il terzo quadrimestre del 2021 ha confermato la crescente difficoltà di Fidesz a neutralizzare la volontà delle opposizioni di mettere fine al corso orbaniano in occasione delle elezioni di aprile ormai prossime. A complicare la posizione della maggioranza è il contesto dell'attuale frangente storico: l'irrigidirsi del fronte europeo nell'utilizzo dell'arma finanziaria, il modificarsi della situazione globale rispetto a solo un anno fa (a partire, come si è già detto in altra sede, dalla conclusione di un lungo ciclo politico in Germania), l'acuirsi delle conseguenze sociali ed economiche della pandemia (ragion per cui il Governo si è rassegnato a [prendere parte nuovamente](#) al programma europeo di acquisto dei vaccini da cui si era invece tirato fuori solo pochi mesi fa).

La situazione dei fondi UE e il suo impatto a livello interno

Sul versante europeo, l'Ungheria di Orbán appare ormai sempre più isolata. Il **9 settembre**, il Parlamento europeo ha approvato una [risoluzione](#) sui diritti LGBTIQ dove, tra le altre cose, “[r]equests that the Commission address the discrimination suffered by the LGBTIQ community in Poland and Hungary in order to urge the Member States to correctly apply and respect the EU legislation on this matter; calls on the Council to resume discussions on proceedings against Poland and Hungary under Article 7 TEU, including on LGBTIQ rights; recalls its position of 17 September 2020 and calls on the Commission to make full use of the tools available to it, to address the clear risk of a serious breach by Poland and Hungary of the values on which the Union is founded, in particular expedited infringement procedures and applications for interim measures before the Court of Justice, as well as budgetary tools; calls

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato – Università Roma 3.

on the Commission to continue to keep Parliament regularly informed and closely involved”. Il Ministro della Giustizia ungherese Judit Varga ha [reagito](#) denunciando l’infondatezza della posizione politica espressa dalla risoluzione. Successivamente, il **30 settembre**, una [delegazione](#) di parlamentari europei si è recata a Budapest dove ha incontrato, oltre ai rappresentanti del Governo e di altre istituzioni, anche membri dell’opposizione (in particolare il sindaco di Budapest Karácsony), accademici, giornalisti e rappresentanti di organizzazioni non governative.

Ma è sul fronte dei rapporti con la Commissione in relazione all’erogazione dei fondi UE che i rapporti tra Governo e Unione europea si sono fatti più incandescenti. Il **28 settembre**, il Ministro degli Esteri Péter Szijjártó ha [definito](#) ricattatoria la decisione della Commissione europea di [ritardare](#) ulteriormente il trasferimento all’Ungheria dei fondi europei del piano per la ripresa, pari a trentaquattro miliardi in prestiti e poco più di sette miliardi in sovvenzioni, aggiungendo che la condizione finanziaria dell’Ungheria permette comunque di superare le difficoltà del momento: “We have way enough money to start those projects, which would have been covered by EU bonds. Yes, we can do it without [EU funds]”. A sua volta, il portavoce del Governo Zoltán Kovács, nel lamentare il carattere politico delle decisioni della Commissione, ha [sostenuto](#) che i fondi dovuti “are not aid-type donations, this money is due to Hungary, which should be provided by the European Union on a contractual basis, in the principle of mutual benefits”. Successivamente, in occasione della consueta [conferenza stampa](#) di fine anno tenutasi il **21 dicembre**, il Primo ministro Orbán ha definito la sospensione del trasferimento dei fondi del piano (che il leader del fronte delle opposizioni ha annunciato nel frattempo di voler [rinegoziare](#) in caso di vittoria elettorale) un “brutale sabotaggio”.

Peraltro, bisogna ricordare come la Commissione si sia sino ad ora astenuta dall’avvalersi del meccanismo di condizionalità, essendo per tale ragione oggetto il **29 ottobre** di un [ricorso in giudizio](#) del Parlamento europeo per tale omissione su [iniziativa](#) del Presidente Sassoli e della [Presidenza della commissione JURI](#). Tuttavia, il **19 novembre** la Commissione ha fatto un [primo passo](#) inviando all’Ungheria e alla Polonia [lettere informali di richiesta di informazioni](#) necessarie per l’attivazione del meccanismo, mentre in un’[intervista](#) del **14 dicembre** la vicepresidente della Commissione europea responsabile per le politiche sui valori e la trasparenza, Věra Jourová, ha affermato che la Commissione “has no doubt as to the full legality of the Budget Conditionality Regulation and has expressed this very clearly to the Court in the ongoing proceedings. But of course in our Union, which is based on the rule of law, the last word belongs to the Courts”.

In effetti, una delle ragioni della iniziale ritrosia della Commissione è il fatto che è in corso di fronte alla Corte di giustizia UE il giudizio sul ricorso per annullamento da parte di Ungheria e Polonia proprio del meccanismo di condizionalità, il cui esito è atteso per l’inizio del 2022. Il **2 dicembre**, l’Avvocato generale della Corte di giustizia UE Manuel Campos Sanchez-Bordona ha reso le [conclusioni](#) nel caso riguardante il meccanismo di condizionalità, rigettando il punto di vista di Ungheria e Polonia che ne richiedevano l’[annullamento](#). Nelle sue conclusioni, l’Avvocato generale, respingendo l’argomento che metteva in questione la

chiarezza della nozione di “violazione del rule of law”, ha ritenuto allo stesso tempo che il meccanismo “does not apply to all breaches of the rule of law, but only those that are directly linked to the implementation of the Union budget”.

La delicata situazione che va profilandosi, con le elezioni parlamentari all’orizzonte, sembrerebbe all’origine di alcune novità sul fronte della lotta alla corruzione. Nel quadrimestre in esame, si sono infatti moltiplicate le notizie relative a indagini su malversazioni da parte di membri del partito della maggioranza, più o meno vicini a istituzioni di governo. Il **28 settembre** è divenuta pubblica la notizia di indagini coinvolgenti il Presidente del centrale V Municipio di Budapest [Péter Szentgyörgyvölgyi](#), ma successivamente le conseguenze di altre indagini hanno colpito anche parlamentari come [István Boldog](#) o [György Simonka](#). Il caso che ha generato più clamore è però quello di [Pál Völner](#), sottosegretario al Ministro della giustizia e parlamentare la cui immunità è stata [revocata](#) il **7 dicembre**.

In effetti, la condizione delle finanze pubbliche è tra gli elementi cruciali che possono determinare le sorti delle elezioni di aprile, e non a caso la stessa opposizione l’**11 novembre** si è rivolta alle istituzioni europee [chiedendo](#) di sospendere i pagamenti all’Ungheria: dopo aver annunciato, il **20 settembre**, il [rimborso](#) di poco meno di due miliardi di euro di imposta sul reddito, nella prima metà di dicembre il Primo ministro Orbán ha promesso aumenti delle [pensioni](#) e dei salari di [agenti di sicurezza, militari](#) e [impiegati pubblici](#).

La sindrome di accerchiamento

L’irrigidimento europeo si realizza in un contesto globale particolarmente sfavorevole per il Governo ungherese, sin dalla uscita di scena ormai un anno fa di Trump (che ha [espresso](#) anche recentemente il proprio [appoggio pubblico](#) a Orbán; a sua volta Biden non ha invece invitato l’Ungheria – [unica tra i Pasi UE](#) – al [Summit for Democracy](#) tenutosi il **9 e il 10 dicembre**: l’esecutivo ungherese ha a sua volta posto il proprio [veto alla partecipazione dell’Unione Europea](#) al Summit). Quella che il Governo sta vivendo è insomma una vera e propria sindrome di accerchiamento in coincidenza con l’affievolirsi del vento populista.

Particolarmente significative sono le modalità attraverso cui si è svolta la visita del Papa in Ungheria il **12 settembre**: una breve visita di [sette ore](#) contro i quattro giorni riservati alla Slovacchia, durante la quale il Papa ha [sollecitato](#) i vescovi ad aprirsi alla diversità culturale. Il **14 settembre**, ormai in Slovacchia, il Papa ha poi [censurato](#) in maniera molto decisa l’utilizzo politico del crocifisso e dei valori cristiani. Queste prese di posizione sono particolarmente significative in un Paese dove le istituzioni religiose ricevono [finanziamenti generosi](#) dal Governo, aumentati sensibilmente nel corso dell’ultimo quadriennio, e costituiscono un potenziale bacino elettorale.

Come noto, poi, l’uscita di scena di Angela Merkel e l’elezione del suo “avversario” Friedrich Merz alla guida della CDU e le [elezioni federali](#) del settembre hanno comportato la perdita per il Governo ungherese di [importanti punti di riferimento](#) nel Paese più importante dell’Unione europea (ed essenziale partner economico), che in parte hanno garantito la sopravvivenza politica di Orbán in questi anni in Europa. Si pensi ancora di recente alla timidezza della ex

Cancelliera tedesca con riguardo alla [sospensione dei finanziamenti](#) all'Ungheria. Anche in seno al Gruppo di Visegrád, di cui Orbán ha sempre ricercato un'unità (pur sempre difficile) le elezioni ceche di ottobre hanno rappresentato la conclusione dell'esperienza di Governo dell'alleato Babiš e l'entrata in carica di un Governo “ostile”, mentre il **3-4 dicembre** è [fallito anche il tentativo](#) di rafforzare la cooperazione tra i partiti di estrema destra a livello europeo.

Da ultimo, si segnala la visita di Macron a Budapest in occasione del Summit del Gruppo di Visegrád del **14 dicembre**, durante la quale il Presidente francese intendeva raccogliere il sostegno dei Paesi del Gruppo in vista della Presidenza di turno francese. In tale occasione, il Presidente francese ha [incontrato](#) anche alcuni rappresentanti dell'opposizione (Péter Márki-Zay, Gergely Karácsony, Klára Dobrev e Anna Donáth). Nei colloqui con Viktor Orbán, Macron ha [affrontato](#) i nodi del rule of law, dei diritti delle minoranze e della corruzione. Peraltro, proprio durante la conferenza stampa congiunta per la prima volta Orbán è stato oggetto di [domande sullo scandalo Pegasus](#) da parte della stampa francese.

Le difficoltà economiche

Sono infine le difficoltà di natura economica e finanziaria a rendere accidentato il percorso del partito di maggioranza verso le elezioni della primavera. Il **9 novembre** è stata annunciata un [aumento dell'inflazione](#) (6,5%) poi ulteriormente incrementato a livelli mai raggiunti negli ultimi quattordici anni (7,4%), ciò che rischia di [erodere il consenso](#) per Fidesz. Il **14 novembre**, la Banca nazionale ha quindi deciso un [aumento dei tassi d'interesse](#) con l'obiettivo di fronteggiare l'inflazione ma con rischi sul fronte degli investimenti. A inizio gennaio, il Governo ha anche imposto un [tetto ai prezzi di alcuni alimenti](#). La gestione economico-finanziaria risulta dunque abbastanza complessa, anche in considerazione del [vertiginoso aumento del deficit di bilancio](#) dovuto in parte alle [scelte di spesa](#) nel periodo preelettorale (tale situazione aveva anche portato a un conflitto tra Governo e Banca centrale, [documentato in altra sede](#)), in parte ai [problemi riscontrati in settori produttivi cruciali](#) che scontano ritardi nella [gestione della catena di distribuzione](#), proprio nel momento in cui stavano contribuendo alla [ripresa dell'economia ungherese](#). Nell'insieme, si tratta di una congiuntura che può essere superata nel medio periodo ma crea problemi significativi nel breve periodo, coincidente con la campagna per le elezioni del 3 aprile.

La prospettiva del conflitto costituzionale e il nodo di un nuovo ordine costituzionale legittimato

Ciò rende più concreto un cambio di maggioranza, seppure sia poco se non per nulla probabile l'ottenimento dei due terzi dei seggi parlamentari da parte dell'attuale opposizione. Nell'[anno in cui ricorrono i dieci anni](#) dall'approvazione della Legge fondamentale (aprile 2011, con entrata in vigore il 1° gennaio successivo), si è sviluppato dunque un intenso conflitto politico e istituzionale sulle modalità di una sua revisione. L'**11 novembre**, Péter Márki Zay ha infatti [reiterato](#) durante una visita a Bruxelles l'intenzione di modificare la Legge Fondamentale senza rispettare i requisiti procedurali previsti dall'articolo S) della stessa, vale a dire l'approvazione a maggioranza dei due terzi dei deputati dell'Assemblea Nazionale. Secondo

Márky Zay, una vittoria delle opposizioni comporterebbe un [cambio di regime](#) e non un mero cambio di governo, poiché “[e]verything that Fidesz did in the last 10 years to make his power irreplaceable, to make Orbán undefeatable is invalid. [...] It doesn’t have anything to do with 51% or 67%. It’s a fact that it’s unconstitutional and of course we will have to come up with a new constitution, yes, and approve it by a referendum”.

Le reazioni alle parole di Márky Zay non si sono fatte attendere. Già il Presidente dell’Assemblea nazionale László Kövér, noto per le sue prese di posizione radicali, il **6 ottobre** aveva sostenuto che l’introduzione di modifiche all’ordinamento costituzionale senza il rispetto della maggioranza qualificata richiesta comporterebbe [conseguenze penali](#) in capo agli autori delle stesse. Ma a intervenire sono stati anche i rappresentanti degli organi di garanzia. In una irrituale [lettera](#) ufficiale “sulla tutela dello Stato di diritto” del **14 dicembre** diretta al Presidente della Repubblica, al Presidente dell’Assemblea nazionale e al Capo del Governo, il Presidente della Corte costituzionale Tamás Sulyok ha definito le proposte di modifica unilaterale della Legge Fondamentale (e gli effetti che se ne farebbero derivare per gli organi costituzionali, tra cui la stessa Corte) “attacchi diretti e seri allo stato di diritto e alla democrazia”, richiedendo ai rappresentanti dei poteri costituzionali di prendere le misure appropriate per garantire il corretto funzionamento della Corte costituzionale. In una successiva [intervista](#) del **19 dicembre**, Sulyok, pur dichiarando che i contenuti della costituzione possono essere oggetto di discussione, ha al contempo sostenuto che “[t]he alternative of constitutional order is uncertainty, a coup, and a political situation never seen before in Hungary”. A sua volta, in una [lettera](#) del **16 dicembre**, il Presidente della Kúria András Varga ha assicurato il proprio sostegno al Presidente della Corte costituzionale nella difesa dell’ordine costituzionale. Lo stesso giorno, si è attivato anche il [Procuratore generale](#) Péter Polt, anch’egli con una lettera indirizzata al Presidente della Corte costituzionale in cui ha affermato la volontà “[to] protect the constitutional order, as well as the citizens’ rights and security”. Infine, il **17 dicembre**, l’[Ombudsman](#) per i diritti fondamentali Ákos Kozma ha pure espresso preoccupazione per le parole di Márky Zay.

La prospettiva del conflitto costituzionale, suscettibile di sfociare secondo i più pessimisti in una vera e propria guerra civile, e la innegabile complessità dell’ingarbugliato quadro giuridico-costituzionale ungherese ha stimolato in questi mesi una discussione che ha coinvolto diversi giuristi ungheresi e non, [articlando il dibattito già impostato nei mesi scorsi](#) di cui si è dato conto nelle cronache costituzionali relative al [terzo quadrimestre del 2020](#) e al [secondo quadrimestre del 2021](#). In una lettera aperta dell’**11 novembre** su “[Restoring Constitutionalism](#)”, Andrew Arato e András Sajó hanno chiamato i propri colleghi allo sforzo intellettuale di sceverare le possibili vie da percorrere tra due estremi: quello della rottura della legalità con l’innesco di un nuovo processo costituente democratico o quello del rispetto delle regole costituzionali (anzitutto procedurali) il cui fondamento democratico è problematico.

In effetti, come peraltro si è già rilevato in altre occasioni, uno dei temi del dibattito sulla restaurazione dell’ordine democratico in Ungheria verte sulla possibilità o sulla opportunità (a seconda dei casi) di rompere l’ordinamento costituzionale esistente. In un intervento dell’**11**

dicembre dal titolo inequivocabile (“[La légalité nous tue](#)”), András Sajó considera sorprendente l’approccio formalista di molti giuristi ungheresi, laddove si accetti l’idea di un processo costituente. È il caso ad esempio di [András Jakab](#), che considera (con argomentazioni articolate che non è possibile rappresentare in questa sede) deleteria la scelta di violare la legalità. A conclusioni simili, timorose di una rottura della legalità, giungono altri, tra cui [Beata Bakó](#) (“During the last eleven years, the government has illustrated many times how repulsive it is when politics forms law in its own image. The promised “new transition” should not begin by repeating this failure”) e [Csaba Győry](#) (“Consciously breaking constitutional norms and deposing of constitutional organs would further deepen the divisions and more likely make a new constitution with cross-constituency legitimacy impossible even on the long term”). Peraltro, si segnalano anche proposte intermedie (come quella di [Kim Lane Scheppele](#)) che mirano a una preservazione formale della Legge Fondamentale ma al contemporaneo recupero degli standard democratici attraverso le opportunità offerte dall’incontrovertibile incardinamento della stessa Legge Fondamentale nel diritto europeo (articolo E(2), oggetto peraltro della importante decisione della Corte costituzionale che ha rifiutato la via del conflitto insanabile con l’ordinamento europeo percorsa dal Tribunale costituzionale polacco). Al contrario, secondo Sajó, solo “by getting rid of the shackles of legal formalism we can contribute to the intellectual liberation needed for the return to the much needed routine of legalism. Imagination is what animates change”.

Sul versante di tale “imagination”, si segnalano le posizioni di chi, ritenendo percorribile la via della rottura ordinamentale, non nega l’esigenza di sviluppare “a political movement for change powerful enough to overcome the charge of illegality” (in tal senso, [Mark Tushnet](#), ma si vedano anche gli interventi di [Gábor Halmai](#), che predica lo spostamento dell’attenzione dal “legal constitutionalism” a forme di “civic constitutionalism”, di [Renáta Uitz](#), di [András L. Pap](#), di [Johanna Fröhlich](#): nella diversità delle soluzioni proposte, tutti preoccupati di consolidare la legittimazione e la normatività del nuovo ordine costituzionale).

ELEZIONI

PRIMARIE: GERGELY KARÁCSONY SI RITIRA E PERMETTE LA SCELTA DI PÉTER MÁRKI-ZAY ALLA GUIDA DEL FRONTE DELLE OPPOSIZIONI

Il **16 ottobre**, al termine del secondo turno delle [primarie](#) del fronte delle opposizioni, che ha visto la partecipazione di 662.353 votanti, Péter Márki-Zay è stato indicato con il 56,71% dei voti quale candidato alla posizione di Primo ministro della coalizione, qualora questa dovesse uscire vincitrice alle elezioni dell’aprile prossimo. L’elezione di Márki-Zay è stata resa possibile dalla decisione del sindaco di Budapest Gergely Karácsony (Párbeszéd) di [ritirarsi](#) dalla competizione, dopo che al [primo turno](#) tenutosi **dal 18 al 28 settembre** era risultato il secondo tra i votati (27,30%), preceduto da Klára Dobrev (Demokratikus Koalíció (34,84%) e prima di Márki-Zay (20,40%).

La [scelta tattica](#) di Karácsony, volta a sfavorire Klára Dobrev, è particolarmente significativa perché consentendo l’elezione di Márki-Zay (56,71%) aumenta sensibilmente le chance

dell'opposizione di ottenere la maggioranza nelle elezioni di aprile. [Márki-Zay](#), è infatti di orientamento conservatore, favorevole a un approccio rigido anche se non populista al tema dell'[immigrazione](#), dichiaratamente cattolico e con posizioni personali contrarie all'aborto, ma allo stesso tempo sostenitore, con approccio convintamente laico, della separazione tra Stato e chiesa e tra convinzioni personali e politiche pubbliche. [Sindaco dal 2018 di Hódmezővásárhely](#), piccolo comune nel sud-est del Paese prima solidamente governato da Fidesz, Márki-Zay raccoglie consensi anche nelle zone rurali, che rappresentano un tradizionale bacino di consenso per Fidesz. Come ha [affermato](#) Karácsony, “[w]e have to accept political reality. It is not liberals or greens who can beat right-wing populists”, secondo il quale “[a] future government led by a churchgoing provincial mayor will obviously have different strategies than those I would pursue, [but] the important thing is to pick a candidate who can win against Orban”. Infine, l'elezione di Márki-Zay, che è una figura indipendente slegata dai partiti che compongono la coalizione, impegnato in politica da pochi anni e la cui campagna ha trovato l'appoggio di alcuni [ricchi imprenditori](#), è stata resa possibile come detto solo da una scelta operata da Karácsony tra il primo e il secondo turno delle primarie, cogliendo di sorpresa Fidesz, che aveva già impostato la propria campagna elettorale [contro i candidati progressisti](#) Karácsony e Dobrev. [Klára Dobrev](#), vice presidente del Parlamento europeo dal 2019, pur potendo vantare una maggiore esperienza e [proponendosi](#) come la prima donna candidata alla posizione di Primo ministro, era tuttavia [considerata un candidato divisivo](#) per il suo legame con l'ex Primo ministro socialista Ferenc Gyurcsány.

RESPINTA LA RICHIESTA DI AUMENTARE IL NUMERO DELLE SEZIONI ELETTORALI NEL REGNO UNITO IN VISTA DEL VOTO DI APRILE

Il **15 dicembre**, la Commissione elettorale nazionale ha respinto, rifiutandone l'iscrizione all'ordine del giorno ritenendola competenza del Governo, la richiesta di aumentare il numero delle sezioni elettorali per consentire agli ungheresi che vivono nel Regno Unito di esprimere il proprio voto in occasione delle elezioni generali ungheresi dell'aprile 2022. Per poco più di centocinquantamila votanti sono previste dunque solo due sezioni elettorali, a Londra e Manchester. I promotori della richiesta avevano proposto di istituire tredici sezioni elettorali distribuite su tutto il territorio britannico. Diversamente che per gli ungheresi residenti nei territori dei Paesi limitrofi (come Romania e Slovacchia), per gli ungheresi residenti nel Regno Unito non è ammesso il voto per corrispondenza. Il Governo ha chiarito attraverso il Ministro degli esteri Szijjártó di non essere intenzionato a intervenire per facilitare il voto nel Regno Unito.

FISSATA LA DATA DELLE ELEZIONI

Il **4 gennaio**, il Presidente János Áder ha annunciato che [le elezioni si svolgeranno il 3 aprile](#). Nello stesso giorno si svolgerà anche il referendum di iniziativa governativa in merito alla legge sulla protezione dell'infanzia e i diritti LGTBQ.

REFERENDUM

LA COMMISSIONE ELETTORALE NAZIONALE RESPINGE I QUESITI RELATIVI ALLA VICENDA PEGASUS

Il **24 settembre**, la Commissione elettorale nazionale (NVB) non ha accolto cinque quesiti referendari relativi alla vicenda Pegasus proposti su iniziativa di Miklós Hajnal (Momentum). Con riguardo al primo quesito (“Volete che i servizi di sicurezza nazionale possano raccogliere informazioni riservate solo previa autorizzazione giudiziaria?”), ha sostenuto che l’acquisizione di informazioni senza autorizzazione giudiziaria è generalmente correlata alla sicurezza nazionale e la raccolta di tali informazioni è il frutto di decisioni prettamente politiche che rientrano nella competenza dell’esecutivo; sarebbe perciò incostituzionale il trasferimento di tali decisioni agli organi del potere giudiziario. Il secondo quesito (“Volete che la raccolta di informazioni riservate a fini di sicurezza nazionale sia soggetta al raggiungimento di obiettivi specifici e a condizioni definite?”) peccherebbe invece della sufficiente chiarezza perché non esiste una definizione giuridica di “raccolta di informazioni riservate a fini di sicurezza nazionale”; il quesito è inoltre fuorviante perché dà l’impressione che la normativa vigente non circoscriva le finalità o le condizioni di applicazione; infine, non specificando quali siano i requisiti aggiuntivi richiesti, non sarebbe chiaro al legislatore, qualora l’elettorato si orientasse in senso affermativo, quali siano esattamente le nuove condizioni per la raccolta di informazioni da introdurre per legge. Il terzo quesito (“Volete che la riservatezza delle confessioni, il segreto della difesa e la dignità umana non siano violati durante la raccolta di informazioni riservate?”) è a sua volta fuorviante perché lascerebbe intendere che la normativa attuale consenta la violazione della dignità umana. Quanto agli ultimi due quesiti (“Volete che se il Servizio di sicurezza nazionale non ottiene una successiva autorizzazione giudiziaria per la raccolta già effettuata di informazioni riservate, l’interessato sia informato della sua sottoposizione a sorveglianza non autorizzata? Volete che il Parlamento richieda alla sua commissione permanente per la sicurezza nazionale di indagare sullo "scandalo delle intercettazioni Pegasus" e richieda al Ministro della giustizia di riferire sulle sue attività di autorizzazione nell’esercizio dei suoi poteri in materia di sicurezza nazionale?”) non sono stati infine accolti poiché, da un lato, oggetto del quesito è una materia su cui non è possibile tenere referendum; nell’altro perché il quesito lascia intendere che, qualora gli elettori dia risposta affermativa, il Parlamento abbia il potere di inoltrare una richiesta alla commissione”, che dispone al contrario di propri poteri discrezionali.

MODIFICATA LA NORMATIVA SUI REFERENDUM

Il **9 novembre**, il Parlamento ha [approvato](#), senza voti contrari, la proposta [presentata](#) il **6 settembre** dal partito di opposizione Párbeszéd di modifica della legge sul referendum, mirante ad abrogare il divieto di tenere referendum nei quarantuno giorni che precedono le elezioni parlamentari e in concomitanza con le stesse. La proposta aveva il dichiarato obiettivo di velocizzare permettere lo svolgimento del referendum sul campus dell’Università Fudan (v. *infra*) il giorno delle elezioni parlamentari di aprile.

ACCOLTI DUE QUESITI REFERENDARI PROPOSTI DAL SINDACO DI BUDAPEST

L’**8 dicembre**, la Kúria ha [accolto](#) in via definitiva due quesiti referendari [promossi](#) dal sindaco di Budapest relativi alla costruzione del campus dell’Università Fudan (“Volete che l’Assemblea nazionale abroghi la legge LXXXI del 2021 sulla Fondazione dell’Università Fudan Ungheria e sul trasferimento di beni alla Fondazione Università Fudan Ungheria?”) e all’estensione temporale del sussidio di disoccupazione (“Volete che la durata massima del sussidio di disoccupazione sia di 270 giorni?”). I promotori potranno ora procedere nei

successivi tre mesi alla raccolta delle duecentomila firme richieste, ma la speranza è di concludere la raccolta entro la metà di gennaio per permettere lo svolgimento del referendum in coincidenza con le elezioni del 3 aprile. Tuttavia, il **22 dicembre** i promotori del referendum hanno [accusato](#) la Commissione elettorale di aver ritardato senza motivo la consegna dei fogli autenticati necessari alla raccolta.

LA CORTE COSTITUZIONALE DICHIARA AMMISSIBILI I QUESITI DEL REFERENDUM SULLA LEGGE PER LA PROTEZIONE DELL'INFANZIA

A inizio gennaio la Corte costituzionale, decidendo all'unanimità, ha ritenuto legittima la decisione del Parlamento del **30 novembre** scorso di tenere un referendum su alcuni aspetti della legge per la protezione dell'infanzia approvata nel giugno scorso. Il referendum prevede [quattro quesiti](#) (Volete che le questioni relative all'orientamento sessuale rientrino tra gli oggetti di insegnamento dei minori negli istituti di istruzione pubblica senza che sia necessario il consenso dei genitori? Volete che sia possibile promuovere la terapia per il cambio di sesso dei minori? Sostenete l'esposizione illimitata dei bambini minorenni a contenuti mediatici sessualmente espliciti che potrebbero influire sul loro sviluppo? Sostenete la diffusione di contenuti multimediali sul cambio di sesso dei minori?). La Kúria aveva [annullato](#) un [quinto quesito](#) [poi ritenuto legittimo](#) dalla Corte costituzionale.

PARTITI

LE PRIMARIE PERMETTONO DI REGISTRARE I RAPPORTI DI FORZA TRA I PARTITI CHE COMPONGONO

Oltre a determinare i candidati alle elezioni dell'aprile prossimo, le primarie svoltesi tra settembre e ottobre, e in particolare il primo turno (**18-28 settembre**) hanno permesso di registrare lo [stato dei rapporti di forza interni alla coalizione](#), con alcune sorprese. Si segnalano anzitutto i risultati deludenti del candidato Jobbik alla posizione di Primo ministro, Péter Jakab, che ha ottenuto poco più del 14% di voti classificandosi primo tra i votati solo in quattro collegi e perdendo terreno in collegi dove il partito è tradizionalmente forte. Tuttavia, i candidati di Jobbik per i collegi uninominali hanno ottenuto buoni risultati. Ancor più deludente è stato il risultato del leader di Momentum, András Fekete-Győr, fermatosi al 3,4% dei voti (e costretto alle dimissioni dalla direzione del partito per tale ragione). Per quanto riguarda i candidati nei collegi uninominali, Coalizione democratica (DK, guidata da Klára Dobrev) ha ottenuto il maggior numero di candidati (trentadue), seguita da Jobbik (ventinove); i socialisti (MSZP) hanno ottenuto diciotti candidati, Momentum quindici, Párbeszéd (il partito guidato da Gergely Karácsony) sette, LMP cinque.

AVVICENDAMENTO NELLA LEADERSHIP DEL PARTITO DI OPPOSIZIONE MOMENTUM

A seguito della pesante sconfitta alle primarie delle opposizioni, in cui si è classificato come ultimo di candidati votati, il **6 ottobre** il Presidente del partito centrista Momentum András Fekete-Győr [ha rimesso il proprio mandato](#) alla volontà dell'assemblea del partito, che ha poi [eletto](#) il **22 novembre** la parlamentare europea Anna Donáth alla guida del partito.

PÉTER MÁRKI-ZAY RINUNCIA ALL'IDEA DI COSTITUIRE UN PROPRIO GRUPPO PARLAMENTARE DOPO LE ELEZIONI DI APRILE

Il **4 gennaio**, il leader del fronte unitario delle opposizioni ha [annunciato](#) di voler rinunciare all'idea di costituire, subito dopo le prossime elezioni parlamentari, un [proprio gruppo parlamentare](#) che riunisca i deputati dell'opposizione che non appartengano a nessuno dei sei partiti della coalizione, così come alla creazione di un proprio partito che raccolga anche i conservatori di destra disillusi da Fidesz. La ragione di tale rinuncia è nello stallo che tale progetto aveva portato nel fronte delle opposizioni dopo il successo delle primarie.

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

FIDESZ SCEGLIE IL PROPRIO CANDIDATO PRESIDENZIALE

Il **21 dicembre**, Viktor Orbán ha annunciato pubblicamente il [futuro candidato](#) di Fidesz alla Presidenza della Repubblica nella persona di Katalin Novák, Ministro della famiglia nell'attuale Governo e già vicepresidente di Fidesz. L'elezione del nuovo Presidente della Repubblica, che assumerà le funzioni a maggio, è prevista per la fine di gennaio.

PARLAMENTO

LA COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LA SICUREZZA NAZIONALE SEGRETA LA SEDUTA SULLA VICENDA PEGASUS

Il **20 settembre** la Commissione parlamentare per la Sicurezza nazionale ha secretato per cinquant'anni il verbale della seduta tenutasi lo stesso giorno sulla vicenda Pegasus. Alla riunione della commissione avevano partecipato cinque membri, di cui uno dell'opposizione (János Stummer, Jobbik) che aveva richiesto senza successo l'istituzione di una commissione d'inchiesta.

SANZIONATA LA PARLAMENTARE TÍMEA SZABÓ (PÁRBESZÉD)

Il **20 ottobre** l'Assemblea nazionale ha [irrogato](#) a maggioranza una sanzione pecuniaria di quasi dieci milioni di fiorini (27.000 euro, circa otto volte il trattamento economico mensile dei parlamentari) nei confronti di Tímea Szabó, parlamentare e co-presidente del partito di opposizione Párbeszéd, per aver turbato i lavori parlamentari in violazione del regolamento parlamentare. In occasione della seduta plenaria del 15 giugno scorso, Szabó aveva mostrato un drappo riportante la bandiera cinese e la scritta Fidesz, come forma di protesta contro l'accordo relativo alla costruzione del campus dell'Università Fudan a Budapest.

LA CORTE DI GIUSTIZIA UE SI ESPRIME IN MERITO ALLA LEGGE "STOP SOROS"

Il **16 novembre**, la Grande Camera della Corte di giustizia UE ha [reso](#) la [decisione](#) (C-821/19) relativa alla compatibilità con il diritto europeo delle modifiche alla [normativa in materia di immigrazione approvate nel giugno 2018](#), volta a regolamentare la procedura per la richiesta di asilo e a prevedere pene anche di natura detentiva per attività che mirino ad assistere i richiedenti protezione internazionale, qualora tali attività siano inquadrabili come promozione o sostegno all'immigrazione clandestina. Sotto il primo profilo, la Corte, ha ritenuto che “l'Ungheria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 33(2), della direttiva 2013/32, consentendo di respingere in quanto inammissibile una domanda di protezione internazionale con la motivazione che il richiedente è giunto nel suo territorio attraversando uno Stato in cui non è esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave, o in cui è garantito un adeguato livello di protezione”. Sotto il secondo profilo, essa ha invece rilevato l'incompatibilità con gli articoli 8(2) e 22(1) della direttiva 2013/32, nonché con l'articolo 10(4) della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (“recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale”), con la previsione della legge nazionale che punisce “il comportamento di qualsiasi persona che, nell'ambito di un'attività organizzativa, offra un sostegno alla presentazione o all'inoltro di una domanda di asilo nel suo territorio, qualora sia possibile provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che tale persona era consapevole del fatto che detta domanda non poteva essere accolta, in forza del succitato diritto”. Il **21 dicembre**, il Primo Ministro ha tuttavia [affermato](#) che non è prevista alcuna proposta di modifica della legge.

LA COMMISSIONE DI VENEZIA PUBBLICA IL PARERE SULLA LEGGE LXXIX RELATIVA ALLA PROTEZIONE DEI MINORI

Il **13 dicembre**, la Commissione di Venezia [ha reso pubblico](#) il [rapporto](#) sulla compatibilità con gli standard internazionali in materia di diritti umani della Legge LXXIX relativa alla protezione dei minori. La Commissione ha sollevato diverse critiche alla Legge, di ordine sia procedurale che sostanziale. Sotto il primo profilo, si è rilevata la eccessiva rapidità del processo di approvazione in assenza di consultazioni pubbliche trasparenti, che non ha permesso un dibattito democratico inclusivo. Alcune previsioni normative sono invece considerate “degrading, stigmatizing and discriminatory” nei confronti delle persone omosessuali o transgender e in conflitto con la libertà di espressione.

PROLUNGATO LO STATO DI EMERGENZA

Il **14 dicembre** l'Assemblea nazionale ha approvato l'estensione dello stato di emergenza fino al 1° giugno 2022. In base alla legge, vigente lo stato di emergenza non è possibile indire elezioni suppletive (secondo alcuni osservatori, non è escluso che un'ipotesi del genere possa verificarsi a seguito delle elezioni generali) né referendum locali.

GOVERNO

PROROGATO LO STATO DI CRISI IN RELAZIONE ALLA C.D. EMERGENZA IMMIGRAZIONE

Il **3 settembre**, il Governo ha nuovamente [prorogato](#) di sei mesi lo stato di crisi su tutto il territorio nazionale dichiarato nel marzo 2016 e poi reiterato a più riprese. L'estensione è stata

giustificata in considerazione del fatto che più di 60.000 migranti hanno attraversato le frontiere ungheresi nell'anno in corso, in particolare al confine con la Serbia.

CONSULTAZIONI NAZIONALI

Il **9** e il **10 settembre** il Governo ha reso pubblici i risultati delle consultazioni nazionali vertenti su una varietà di temi, tra cui l'immigrazione e la legge sulla protezione minori. Il 98% dei partecipanti (pari a poco più di un milione quattrocento mila cittadini) si è dichiarato contrario a qualunque forma di redistribuzione di migranti irregolari tra gli Stati dell'Unione europea e favorevole alle previsioni della controversa legge sulla protezione dei minori.

NOMINATO IL NUOVO SOTTOSEGRETARIO ALLA GIUSTIZIA DOPO LE DIMISSIONI DI PÁL VÖLNER

Il **10 dicembre**, il Presidente della Repubblica ha [nominato](#) Róbert Répássy sottosegretario al Ministero della giustizia dopo le dimissioni di Pál Völner, coinvolto in una [vicenda di corruzione](#) e privato dell'immunità parlamentare su richiesta del Procuratore generale.

AVVICENDAMENTO MINISTERIALE

Il **31 dicembre** il Ministro della famiglia Katalin Novák ha annunciato le proprie dimissioni a seguito dell'annuncio da parte di Viktor Orbán della sua candidatura al ruolo di Presidente della Repubblica. Al suo posto è stato [nominato](#) Gergely Gulyás, precedentemente a capo dell'Ufficio del Primo ministro.

AUTORITÀ INDIPENDENTI

NOMINA ALLA PRESIDENZA DELL'AUTORITÀ DELLE TELECOMUNICAZIONI

Il **3 dicembre** il Presidente János Áder ha nominato András Koltay, professore di diritto privato esperto in materia di libertà di espressione e di informazione e Rettore dell'Università nazionale della funzione pubblica, alla presidenza dell'Autorità delle telecomunicazioni.

CORTI

LA KÚRIA CHIUDE LA VICENDA KLÚBRADIO

Il **28 settembre**, La Kúria ha [rigettato](#) il ricorso dell'emittente radiofonica Klúbradio contro la decisione della corte municipale di Budapest del maggio precedente, che faceva salva la decisione dell'autorità per le telecomunicazioni (*Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság, NMHH*) tesa a privare tale emittente del diritto a utilizzare la frequenza. La suprema corte ungherese ha ritenuto del tutto legittima la decisione della NMHH, rilevando allo stesso tempo che alcune carenze nella originaria richiesta dell'emittente radiofonica hanno comportato l'invalidità della stessa, al di là di ogni decisione di merito della NMHH. La decisione, presa da un collegio di tre giudici tra i quali il presidente della Corte András Varga, è stata criticata dall'emittente radiofonica ed entra potenzialmente in conflitto con il punto di vista della Commissione

europea, che nel giugno scorso ha avviato una procedura di infrazione relativamente al rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione.

PRESENTATO UN DISEGNO DI LEGGE CHE MIRA A MODIFICARE LE MODALITÀ DI RIMOZIONE DEL PROCURATORE GENERALE

Il **14 ottobre**, il Ministro della giustizia Judit Varga ha presentato un [disegno di legge](#) con cui si prevede che il Procuratore generale possa essere destituito solo a seguito di un voto parlamentare a maggioranza dei due terzi. Secondo il Ministro, la ratio della proposta consiste nell'equiparare la disciplina di tale carica a quella di altre per la cui destituzione è pure prevista la maggioranza qualificata, come il presidente della Kúria, i membri dell'Ufficio giudiziario nazionale, il Commissario per i diritti fondamentali. Inoltre, il Governo ha anche sottolineato come il disegno di legge miri non tanto a introdurre una nuova norma ma a [chiarire](#), certificandola, l'esistenza della norma che impone la maggioranza qualificata per la rimozione del Procuratore generale, che si porrebbe in linea con la previsione della elezione a tale carica con la medesima maggioranza qualificata. La proposta assume tuttavia un forte rilievo politico in vista delle elezioni della primavera prossima. Nell'eventualità di una vittoria delle opposizioni, da più parti si è suggerito alla potenziale futura maggioranza di realizzare in prima battuta la sostituzione di tutte quelle cariche per cui non sia richiesta la maggioranza qualificata: tra tali cariche, proprio quella di Procuratore generale, che nel contesto ungherese e nell'attuale frangente assume un rilievo particolare con riguardo alle accuse di corruzione rivolte al c.d. "sistema di cooperazione nazionale". L'attuale Procuratore generale, Péter Polt, è stato [rieletto](#) nel 2019 per nove anni.

LA CORTE DI GIUSTIZIA CONDANNA L'UNGHERIA NELLA VICENDA DEL GIUDICE VASVÁRI

Il **23 novembre**, la Corte di giustizia UE ha reso la [sentenza](#) nella causa C-564/19, originante da un rinvio pregiudiziale del tribunale Tribunale centrale distrettuale di Pest. Della complessa vicenda, che tra le altre cose avva a oggetto un procedimento disciplinare nei confronti di un giudice per il fatto di aver presentato domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, si è dato conto in dettaglio nelle [cronache del primo quadrimestre](#) dell'anno, allorché l'Avvocato Generale aveva reso le proprie Conclusioni. Secondo la Corte, "l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un procedimento disciplinare sia avviato contro un giudice nazionale per il fatto che quest'ultimo ha presentato alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale".

LA CORTE COSTITUZIONALE DECIDE SUL RICORSO DEL GOVERNO CONTRO LA SENTENZA DELLA CGUE IN MATERIA DI ASILO

Il **7 dicembre**, la Corte costituzionale ha [deciso](#) sul ricorso governativo del febbraio scorso che richiedeva di valutare la conformità agli articoli E(2) e XIV(4) della Legge fondamentale (rispettivamente sulle limitazioni di sovranità necessarie alla partecipazione all'Unione europea e sul diritto di asilo, e di cui si richiedeva l'interpretazione) della [sentenza C-808/18](#) della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di asilo. Da questa deriverebbe infatti secondo il ricorrente un obbligo per uno Stato membro di consentire a uno straniero che si trovi illegalmente nel proprio territorio di rimanervi per un periodo indefinito.

Nella sua decisione, la Corte si è [limitata](#) ai profili più generali relativi all'interpretazione dell'articolo E(2) LF e all'esercizio congiunto di competenze tra UE e Stato membro,

sottolineando come la sua competenza non possa estendersi al controllo della legittimità della sentenza CGUE e a mettere in questione il primato del diritto europeo; a essa è consentito solo di valutare se e a quali condizioni l'esercizio di competenze concorrenti sia suscettibile di dar luogo a una violazione dell'articolo E(2) (in particolare laddove questo statuisce che “[the] [e]xercise of competences under this paragraph shall comply with the fundamental rights and freedoms provided for in the Fundamental Law and shall not limit the inalienable right of Hungary to determine its territorial unity, population, form of government and state structure”). Solo laddove l'esercizio delle competenze concorrenti da parte delle istituzioni dell'Unione Europea risultasse imperfetto, l'Ungheria ha il diritto, sulla base del principio di sovranità (“presumption of reserved sovereignty”), di esercitare le proprie prerogative nel relativo ambito di competenza non esclusivo dell'UE, ma solo fino a quando le istituzioni dell'Unione europea non adottino le misure necessarie per garantire l'efficace esercizio delle competenze concorrenti.

La decisione, attraverso un ragionamento articolato e a tratti barocco e [ambiguo](#), che non è stato condiviso da tutti i giudici e le cui conclusioni hanno incontrato l'opinione dissenziente di tre dei quindici giudici, appare particolarmente significativa, se comparata a quella recente del Tribunale costituzionale polacco, poiché con essa la Corte [rifiuta](#) di sconfessare il primato del diritto europeo. Politicamente, la soluzione adottata dalla Corte sembrerebbe evidenziare la volontà di riaffermare una propria indipendenza dal Governo, in un frangente storico particolarmente delicato in cui gli equilibri politici potrebbero sancire, dopo le elezioni della primavera prossima, la fine del c.d. Sistema di cooperazione nazionale costruito sull'egemonia orbaniana. In altri termini, la Corte [rifiuterebbe](#) di seguire il Governo (e la Corte costituzionale polacca) lungo la strada di un conflitto insanabile con l'Unione europea. Tuttavia, esponenti della maggioranza hanno dato alla sentenza una interpretazione affatto differente, vedendovi una legittimazione implicita alle politiche alle politiche del Governo in materia di immigrazione. [Secondo il Ministro della Giustizia](#) Judit Varga, “[t]he decision by the Hungarian Constitutional Court [...] focuses solely on migration, and nothing but migration. It is a milestone decision since it confirms the Hungarian approach to migration policy and underscores that Hungarians have the right to defend themselves and their borders”.



Dall'approvazione dei regolamenti all'inizio del dibattito sulle norme costituzionali:

prosegue il lavoro della *Convención Constitucional**

di Rosa Iannaccone**

SOMMARIO: 1. È finita la luna di miele? – 2. Il Regolamento, o meglio, i Regolamenti – 2.1 Il Regolamento generale: *Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional* – 2.2. Il Regolamento di etica: *Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo* – 2.3 Il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* – 2.4 Il Regolamento di partecipazione popolare: *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* – 3. L'inizio del dibattito e i primi temi trattati – 4. Il risultato delle elezioni generali e presidenziali: un banco di prova per la costituente – 5. Conclusioni: i prossimi passi della CC.

1. È finita la luna di miele?

Il quadrimestre in esame, **settembre – dicembre**, ha segnato una tappa fondamentale per il lavoro della Convenzione Costituzionale (CC). Molti sono stati i passi in avanti che quest'organo ha compiuto nel percorso intrapreso fin dal 25 ottobre 2019, volto a dare al Cile una nuova Costituzione. In questo quadrimestre, infatti, vi è stato il passaggio dalla fase di elaborazione delle norme di funzionamento dell'Assemblea costituente – il *Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional*, il *Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo*, il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* e il *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* – all'inizio del dibattito sulle norme che andranno a formar parte della futura legge fondamentale. Infatti, il **18 ottobre**, a due anni dalla rivolta sociale del 2019, le sette Commissioni tematiche hanno inaugurato il dibattito sul contenuto costituzionale. Si è trattato di un lungo percorso

* Contributo sottoposto a *peer review*.

** Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

iniziato, appunto, con l'*Estallido social*, continuato con la conclusione, il 15 novembre 2019, di un accordo politico, l'*Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución*, che ha reso possibile la riforma del capitolo XV della Costituzione del 1980, prevedendo lo svolgimento di un plebiscito, tenutosi il 25 ottobre 2020. In quella occasione, il 78,27% di 7.562.173 di votanti – che rappresentano il 50,9% degli aventi diritto – si è espresso a favore della redazione di un nuovo testo costituzionale, aprendo così la strada alla elezione di una “Convenzione Costituzionale”, costituita esclusivamente da membri eletti dal popolo, incaricata di redigere una nuova carta fondamentale¹.

La CC ha dichiarato, il **4 ottobre** – con 137 voti a favore, 3 contrari e 9 astensioni –, che avrebbe svolto la fase di scrittura del testo in “Estado de Emergencia Climática y Ecológica”. In tal modo, la plenaria ha deciso che la redazione della nuova legge fondamentale deve tener conto di un contesto di emergenza climatica ed ecologica e pertanto tutte le norme, che saranno discusse nelle 7 Commissioni permanenti, dovranno essere considerare elementi per salvaguardare la natura e le comunità dagli effetti negativi del cambiamento climatico, attraverso garanzie di educazione ambientale, prevenzione, non regressione, mitigazione, adattamento e trasformazione per affrontare la crisi del clima e dell’ecosistema. Tale decisione è molto più che simbolica, in quanto condurrà ad una Costituzione pioniera, che determina esplicitamente un’attenzione ambientale e che riconosce l’emergenza climatica come uno dei fondamenti intorno a cui deve essere elaborata la possibile nuova legge fondamentale cilena².

I mesi in analisi sono stati segnati anche da momenti difficili e da qualche sconfitta. Oltre alle divergenze relative al *quorum* di approvazione, prima del Regolamento e poi delle norme costituzionali – che saranno analizzate nel dettaglio successivamente –, i momenti di maggiore difficoltà hanno visto il coinvolgimento di Sebastián Piñera, allora Presidente della Repubblica. Il 20 agosto, in una lettera inviata al *Ministerio Secretaría General de la Presidencia* (SEGPRES), la Convenzione Costituzionale ha chiesto un aumento del bilancio per il 2021 da 6.708.253.000 di pesos a 8.820.282.000. Questo aumento – secondo il documento elaborato dalla Commissione del bilancio e dell’amministrazione interna – comprendeva tre voci di spesa: i costi iniziali per l’installazione e il funzionamento dell’Assemblea durante il primo mese di attività; i beni e i servizi utilizzati; e gli stanziamenti per i membri della Convenzione. Il documento affermava che il bilancio forniva un quadro austero e realistico per lo sviluppo delle diverse funzioni che sarebbero state svolte dai membri della CC. Per quanto concerne le assegnazioni, sottolineava che miravano a realizzare le funzioni inerenti al lavoro dei membri della costituente e che queste risorse pubbliche sarebbero state soggette ad un regime di controllo e di revisione esterno, amministrato da un apposito Comitato³. Il **22 settembre**, dopo che tale richiesta dell’Assemblea costituente era stata rifiutata, si è tenuta una riunione chiave tra i rappresentanti della Direzione del bilancio (DIPRES) e la Convenzione, al fine di sbloccare

¹ Per approfondimenti si consenta il rinvio a R. IANNACCONE, “Borrar todo tu legado será nuestro legado”: alle radici del plebiscito cileno del 25 ottobre 2020 e le prospettive future, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1/2021 e R. IANNACCONE, *La Convenzione Costituente cilena: un’importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 1/2021.

² Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 8/10/2021; Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención se declara en Estado de Emergencia Climática y Ecológica*, 4/10/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_ccconstitucional/convencion-se-declara-en-estado-de-emergencia-climatica-y-ecologica/).

³ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 3/09/2021.

le risorse di assegnazione richieste. La Presidente Loncon ha sottolineato la responsabilità di Piñera, che avrebbe dovuto appoggiare il lavoro dell'Assemblea e non ripetere quanto accaduto all'inizio dei lavori costituenti, quando il governo “nos dejó caer para no trabajar, no iniciar el proceso de la Convención Constitucional”. Sulla stessa linea, si è espresso anche il vice Presidente della CC, Jaime Bassa, che ha indicato l'importanza di tenere presente che la persona costituzionalmente responsabile del processo è il Presidente della Repubblica in quanto, come dice espressamente la Costituzione, deve fornire il sostegno amministrativo e finanziario necessario. Si è anche detto preoccupato per il “doppio discorso” presidenziale che in occasione dei suoi incontri istituzionali all'estero aveva più volte elogiato il successo del processo costituente portato avanti dal popolo cileno, mentre continuava a porvi ostacoli e ostruzioni⁴.

Inoltre, il **14 settembre** Piñera è stato il protagonista di una polemica che potrebbe essere descritta, soprattutto, come evitabile. Il Presidente attraverso il suo account Twitter ha criticato la maggioranza dei costituenti per un presunto mancato riconoscimento del dovere e diritto preferenziale dei genitori di educare i propri figli e della libertà di educazione, un tema particolarmente sensibile per il settore che gli è vicino, ovvero la destra cilena, e i cui sostenitori, all'interno della costituente, costituiscono una minoranza di meno di un terzo. Tale evento oltre ad essere falso, era completamente distante dai temi trattati dall'Assemblea costituente, dato che ancora non erano iniziati i lavori riguardo il contenuto o la struttura delle norme costituzionali⁵.

Tuttavia, la più grande sconfitta che la Convenzione ha dovuto affrontare, non solo nel quadrimestre in analisi, ma probabilmente fin dall'inizio dei suoi lavori, e che secondo alcuni esperti, congiuntamente al conflitto con l'esecutivo, ha portato alla fine della “luna di miele” tra la CC e il popolo cileno, è stato il “caso Rojas Vade”.

Il lavoro dell'Assemblea, infatti, è stato colpito duramente dalla dichiarazione del *convencional* e vice presidente della CC Rodrigo Rojas Vade che ha ammesso: “la enfermedad que yo tengo no es cáncer, es un diagnóstico que no pude reconocer hace ocho años por el estigma de la sociedad”. La sua situazione di salute è stata la bandiera di lotta Rojas Vade – uno dei suoi slogan era “No lucho contra el cáncer, lucho para pagar la quimio. Salud Digna para Chile” – permettendogli di essere uno dei leader dell'*Estallido* e un candidato eletto nella Convenzione. In anni di crisi e sfiducia nei confronti della politica e delle istituzioni, questo evento ha colpito fortemente la fiducia dei cittadini e l'immagine dell'Assemblea costituente, vista con speranza e come espressione di un nuovo ciclo, essendo costruita come luogo di incontro di una nuova pluralità, dove alcuni gruppi esclusi potessero, per la prima volta, apparire nello spazio pubblico⁶.

⁴ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Mesa llama a Primer Mandatario a dar apoyo decisivo a la Convención*, 22/09/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/mesa-llama-a-primer-mandatario-a-dar-apoyo-decisivo-a-la-convencion/)

⁵ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUENTE DE CHILE, *La undécima semana de la Convención Constitucional: el debate por los 2/3*, 21/09/2021 (https://observatorioconstituyentelatam.cl/index.php/2021/09/21/la-undecima-semana-de-la-convencion-constitucional-el-debate-por-los-2-3/#_ftnref8)

⁶ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°10: 2 meses de trabajo y la primera trizadura en la confianza depositada.*, 6/09/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/09/06/analisis-constituyente-n10-2-meses-de-trabajo-y-la-primera-trizadura-en-la-confianza-depositada/>).

In un breve comunicato, il **5 settembre**, la *Mesa Directiva*, dopo aver espresso il proprio rammaricato per l'accaduto, ha deciso di accettare le dimissioni di Rojas Vade da vice Presidente⁷. La Presidente della Convenzione ha chiesto rispetto per la situazione in quanto si tratta di una situazione di malattia e ha evidenziato che l'Assemblea stava rispondendo in modo adeguato agli eventi. Tuttavia, poiché le dichiarazioni hanno generato reazioni contrastanti, sia all'interno che all'esterno della CC, l'Ufficio di presidenza ha presentato il giorno seguente una denuncia contro Rojas Vade alla Procura del Centro Nord, in modo che potesse procedere a indagare se c'erano stati fatti che avrebbero potuto configurare un reato⁸. Infine, il **20 settembre**, Rojas Vade, attraverso una videoconferenza trasmessa sulle sue reti sociali, ha dichiarato: “no aceptaré dinero por los días que no trabajaré sin justificación. Tan pronto exista el mecanismo para presentar mi renuncia formal, haré uso del mismo. No trabajaré en la Convención y presentaré mi renuncia porque la nueva constitución debe reflejar un país digno donde quienes cometen errores los reconocen y asumen sus consecuencias”. La sua volontà di dimettersi, però, è rimasta in sospenso a causa dell'assenza di un meccanismo a tal fine. Ciò ha generato un dibattito su quale fosse l'organo titolare a disciplinare tale fattispecie: se potesse farlo la Convenzione attraverso il proprio regolamento o se fosse necessaria una riforma dell'attuale Costituzione. Si è aggiunto, inoltre, il dubbio sulla procedura di sostituzione in questo particolare caso, dato che Rojas Vade si era presentato come membro di una lista di indipendenti⁹. Si è tentato di risolvere questa controversia presentando alcuni progetti di riforma costituzionale al Congresso Nazionale, che però ancora non hanno avuto seguito¹⁰.

2. Il Regolamento, o meglio, i Regolamenti

Nel precedente quadrimestre, giugno – agosto 2021, dopo l'elezione il 15 e 16 maggio delle e dei *convencionales constituyentes*, vi era stato l'insediamento, il 4 luglio, della Convenzione Costituzionale con il mandato di elaborare una nuova Carta fondamentale. Al momento dell'installazione di questo organismo, senza precedenti nella storia cilena¹¹, non era prevista

⁷Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Declaración Pública*, 5/09/2021 (<https://twitter.com/convencioncl/status/1434608839605866500>).

⁸Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE CHILE, *La décima semana de la Convención Constitucional: la Constituyente bajo la lupa*, 14/09/2021 (https://observatorioconstituyentelatam.cl/index.php/2021/09/14/la-decima-semana-de-la-convencion-constitucional-la-constituyente-bajo-la-lupa/#_ftnref11); Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Mesa presentó oficio ante el Ministerio Público por caso de Rodrigo Rojas*, 6/09/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/mesa-presento-oficio-ante-el-ministerio-publico-por-caso-de-rodrigo-rojas/).

⁹ Bisogna ricordare che la Costituzione in vigore, a seguito della riforma costituzionale del 2019, ha stabilito all'articolo 134, relativo allo statuto dei membri della Convenzione Costituzionale, che sono applicabili le disposizioni degli articoli 51, ad eccezione del primo e secondo paragrafo; 58, 59, 60 e 61, che si riferiscono alla regolamentazione dei membri del Congresso nazionale. Il citato articolo 51, oltre a stabilire il meccanismo di sostituzione dei seggi vacanti per alcune delle cause stabilite dalla Costituzione nelle ipotesi ivi indicate, prevede che “i parlamentari eletti come indipendenti non sono sostituiti”. La legge n. 21.260, che ha introdotto con una disposizione transitoria la possibilità di presentare una “lista elettorale di indipendenti” per l'elezione dei membri della CC, non ha contemplato una procedura per la loro sostituzione.

¹⁰ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE CHILE, *La duodécima semana de la Convención Constitucional: aprobar reglamentos en tiempos de pandemia*, 28/09/2021 (<https://observatorioconstituyentelatam.cl/index.php/2021/09/28/la-duodécima-semana-de-la-convencion-constitucional-aprobar-reglamentos-en-tiempos-de-pandemia/>).

¹¹ Tra i processi che hanno portato alla nascita delle Costituzioni storiche più rilevanti (1828, 1833, 1925), solo la Costituzione liberale del 1828, influenzata da un precoce ed effimero liberalismo democratico sotto l'influenza francese,

alcuna regolamentazione specifica né sul suo funzionamento né in materia di organizzazione interna. Tali questioni, lasciate alla decisione sovrana dei membri della Convenzione, sono state risolte a partire dal 28 luglio, quando le Commissioni *Presupuestos y Administración Interior, Reglamento, Ética* (istituite il 14 luglio) e le Commissioni *Derechos Humanos, verdad histórica y bases para la justicia, reparación y garantías de no repetición, Comunicaciones, Información y Transparencia, Participación y Consulta Indígena, Participación popular y equidad territorial, e Descentralización, equidad y justicia territorial* (istituite il 21 luglio) hanno presentato le proprie proposte¹². Lunedì 30 agosto, la Commissione per il Regolamento, insieme ai coordinatori delle altre Commissioni e alla Segreteria dell'Ufficio di Presidenza, ha iniziato il lavoro di compilazione e sistematizzazione delle proposte al fine di presentare un progetto di Regolamento alla Plenaria¹³.

americana e della Costituzione di Cadice, può dirsi frutto di un potere costituente originario democratico, per gli *standard* dell'epoca che si manifestò in una Convenzione appositamente designata per redigere la Carta fondamentale. La Costituzione del 1833 – elaborata per volontà delle forze armate e di un settore dell'oligarchia (*peluconomismo-estancero*) attraverso la cosiddetta Grande Convenzione, composta da venti cittadini e sedici deputati, e la cui stesura finale fu affidata a un comitato di redazione composto da sette membri – fu concepita come una riforma alla costituzione del 1828, nonostante la presenza di una clausola che ne bloccava la revisione per otto anni (Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 482, 2014, 144; Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Editorial Universitaria, Santiago del Cile, 2020, 13-14). Allo stesso modo, anche la successiva Costituzione del 1925, risultato di un potere costituente relativamente democratico in quanto elaborata formalmente da una sottoCommissione di riforma designata dal Presidente Alessandri Palma, fu presentata come una riforma al testo costituzionale anteriore. Nonostante tale circostanza e l'approvazione tramite referendum del testo, è necessario tenere in considerazione che, da un lato, ebbe luce per la pressione dell'esercito e, dall'altro, aveva come obiettivo principale ristabilire l'ordine e l'autorità presidenziale (Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (a cura di), *Constitución Política de 1925*, reperibile al seguente indirizzo: https://www.bcn.cl/ecivica_restringido/const). Invece, come noto, la Costituzione vigente, la *Constitución Política de la República de Chile* (CPR) del 1980, è stata il culmine di una rivoluzione restauratrice di un capitalismo di nuovo tipo – opera di una dittatura di classe reattiva alla “*vía chilena al socialismo*” intrapresa dal governo popolare di Salvador Allende (1970-1973) – e proprio per questo sono stati concepiti “*enclavos autoritarios*” e *instituciones “contramayoritarias”* volti a mantenere inalterato lo *status quo* ereditato dal periodo dittatoriale (Cfr. R. IANNACCONE, “*Borrar todo tu legado será nuestro legado*”..., cit., n. 1/2021, 8).

¹² Per approfondimenti si consenta il rinvio a R. IANNACCONE, *I primi passi della Convención Constitucional cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, n. 2/2021.

¹³ Cfr. CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, *Reglamento de la Convención: qué es y cómo se aprueba*, 31/08/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/reglamento-de-la-convencion-que-es-y-como-se-aprueba/).

Nello specifico, il lavoro della Commissione per il Regolamento si è concentrato sull'articolazione della struttura, dell'organizzazione e del ruolo delle Commissioni tematiche o permanenti e nella definizione di alcuni concetti guida nell'elaborazione della nuova Costituzione, realizzando una *Propuesta de Reglamento de la Convención Constitucional* in cui, da una parte, è stato stabilito che le Commissioni permanenti sarebbero state sette (1. *Comisión sobre Derechos Fundamentales: Derechos Políticos, Civiles, Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; y *Sobre Derechos Colectivos de los Pueblos Naciones Indígenas Preexistentes al Estado*; 2. *Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía*; 3. *Comisión sobre Forma Jurídica del Estado, Equidad Territorial y Organización Fiscal, Política y Administrativa*; 4. *Comisión sobre Derechos Fundamentales: Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; y *sobre Derechos Colectivos de los Pueblos Naciones Indígenas Preexistentes al Estado*; 5. *Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Comunes y Modelo Económico*; 6. *Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional*; 7. *Comisión sobre Sistemas de Conocimiento, Ciencia y Tecnología.*) e, dall'altra, prevedendo già alcuni articoli e principi guida di quello che ufficialmente, di lì a poco, è stato nominato *Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional*. In particolare, ha elaborato una definizione concettuale della Convenzione e ha specificato il suo obiettivo principale: “*la Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente*”. Questo punto ha generato notevoli polemiche, soprattutto nei mezzi di comunicazione, in quanto non è incluso il concetto di Repubblica del Cile – come, invece, previsto dalla Legge 21.200. Come sottolineato da diversi costituenti, tale definizione non voleva essere definitiva ma solo determinare l'origine e la definizione della Convenzione, il che non significava che il concetto di Repubblica sarebbe stato eliminato dal testo costituzionale finale. Altri concetti guida definiti in questa fase e che sarebbero stati contenuti nel Regolamento sono: la preminenza dei diritti umani, l'uguaglianza, il divieto di discriminazione, l'approccio di genere con una prospettiva femminista e interculturale (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 27/08/2021).

Precedentemente, però, in seguito alla delibera e al voto durante la [sessione](#) del 26 agosto, la Commissione di Etica ha deciso che il “Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo” sarebbe stato presentato al *plenum* come un testo indipendente dal regolamento generale della Convenzione¹⁴. Tale decisione è stata assunta anche per il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* e per il *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*. La Commissione per il regolamento, infatti, da quanto riportato nell’[Informe de la Comisión de Reglamento](#) del **3 settembre**, ha approvato all’unanimità la proposta di considerare i testi normativi elaborati dalla Commissione Etica, dalla Commissione per la Partecipazione Popolare e l’Equità Territoriale e dalla Commissione per la Partecipazione e la Consultazione Indígena come documenti normativi separati dal Regolamento Generale.

Il processo di deliberazione¹⁵ del documento finale del Regolamento generale – composto da 110 articoli, 1 articolo transitorio e cinque capitoli e contenente, tra le altre materie, decisioni in merito al *quorum* di voto; alla creazione delle Commissioni tematiche e di armonizzazione; alcuni principi guida, come il carattere plurinazionale, la parità e i diritti umani – e degli altri regolamenti ha cominciato a prendere forma il **9 settembre**, quando la plenaria ha iniziato il dibattito sui testi regolamentari, ed è terminato con l’approvazione del [Regolamento generale](#) il **29 settembre**, di quello di [Etica](#) il giorno successivo, di quello sulla [partecipazione e consulta indigena](#) il **4 ottobre** e, infine, del regolamento relativo agli strumenti preposti per la [partecipazione popolare](#) il **7 ottobre**, superando gli iniziali problemi legati principalmente al *quorum* necessario per l’approvazione delle norme regolamentarie e allo svolgimento materiale delle sedute a causa della situazione pandemica¹⁶.

¹⁴ Vale la pena sottolineare che il testo proposto per questo regolamento era caratterizzato, tra le altre cose, da un elenco, con annessa spiegazione, dei principi che dovrebbero guidare il lavoro dei membri della Convenzione – per esempio, il principio di etica nell’esercizio delle funzioni; la trasparenza; l’uguaglianza, la prevenzione e la sanzione dei diversi tipi di discriminazione; la pluralità e l’interculturalità – e da una sezione dedicata ad alcune definizioni come quella di violenza di genere (*qualquier acción u omisión basada en género, que cause daño o sufrimiento físico o emocional a las mujeres o personas LGBTIQ+, tanto en el ámbito público como privado, debiendo además ser medianamente grave*); di discorso di odio (*toda comunicación, expresión verbal o de cualquier tipo, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo en razón de su origen étnico, raza, color, ascendencia, nacionalidad, credo, religión, espiritualidad u otro factor de identidad, con el objetivo de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia*); e di negacionismo (*toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 5 al 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a este. Así también, se entenderá como negacionismo toda acción u omisión, que justifique, niegue o minimice, las atrocidades y el genocidio cultural de las que han sido víctima los pueblos originarios y el pueblo tribal afrodescendiente a través de la historia, durante la colonización europea y a partir de la constitución del Estado de Chile*), ma anche di definizioni non legate strettamente alla violenza come quella di notizia falsa (*la expresión, a través de cualquier medio físico o digital, de un hecho que se presenta como real siendo falso*) o di lobby (*toda gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tenga por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar las y los convencionales constituyentes*).

¹⁵ In questa sede non sarà possibile, per motivi di spazio, analizzare nel dettaglio le discussioni e le votazioni che hanno caratterizzato il processo di approvazione del *Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional*, del *Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo*, del *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* e del *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*. Si rimanda, pertanto, al sito della *Convención Constitucional* e, in particolare, alla sezione *Noticias* (<https://www.chileconvencion.cl/noticias/>).

¹⁶ In particolare, lunedì 27 settembre, la Plenaria ha affrontato la grande sfida dello svolgimento di una sessione che mescolasse l’interazione presenziale, all’interno dell’edificio del Congresso Nazionale di Santiago, con il collegamento telematico a distanza, che almeno un centinaio di membri della Convenzione sono stati costretti a utilizzare a causa di un focolaio di contagio sorto all’intero dell’assemblea. (Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO

Dopo tre mesi e tre giorni la CC ha, quindi, approvato i quattro regolamenti che guideranno il lavoro di scrittura della futura Costituzione permettendo [l'inizio del dibattito costituzionale](#) nella simbolica data del **18 ottobre**.

Prima di passare ad analizzare, seppur brevemente, gli elementi salienti delle regole di funzionamento della Costituente, appare opportuno soffermarsi, in particolare, sulla questione relativa al *quorum*.

L'**8 settembre**, dopo diverse settimane di lavoro, è stata conclusa l'elaborazione delle proposte definitive di regolamento che sono state presentate all'Ufficio di presidenza. La sessione preista per la loro discussione, il giorno seguente, si è però rapidamente trasformata in una controversia.

Il segretario provvisorio della Convenzione, John Smosk, aveva inviato una comunicazione ai costituenti in cui si stabiliva che una serie di norme sarebbero state votate con un *quorum* di 2/3 (equivalente a 103 *convencionales*). Ciò riguardava sia il Regolamento generale che il Regolamento di partecipazione e consultazione indigena. La maggioranza dei rappresentanti dei popoli indigeni, sostenuti da membri del Partito Comunista¹⁷ e dal collettivo del Popolo Costituente, hanno sostenuto che tali norme non sarebbero dovute essere soggette al *quorum* di approvazione dei 2/3 in quanto norme procedurali e non sostanziali, oltre alla difficoltà che avrebbe comportato il raggiungimento di tale maggioranza¹⁸. Inoltre, hanno rafforzato tale posizione con l'argomento per cui richiedere il raggiungimento di questa soglia avrebbe implicato presumibilmente una violazione dei trattati internazionali ratificati dal Cile e in particolare, della Convenzione 169 dell'OIL, che stabilisce, nel suo articolo 6 lettera a), che qualsiasi misura adottata da uno Stato che influisca sui popoli indigeni residenti nel suo territorio deve essere sottomessa alla loro consultazione¹⁹.

Si ricorda che l'articolo 133 della Legge n. 21.200, intitolato "Del funcionamiento de la Convención", sancisce che la Convenzione "deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio" (c. 3)²⁰. Quindi, la regola básica per il funzionamento della Costituente è quella dei 2/3. Sulle motivazioni che hanno portato all'approvazione di tale maggioranza la dottrina non è concorde. Secondo alcuni, si tratta di un'eredità diretta dei lavori costituenti nordamericani ed è giustificata dal fatto che ogni Legge fondamentale, dato che determina le condizioni del patto sociale, deve riflettere il consenso più ampio possibile sulle linee guida per la convivenza

COSTITUENTE DE CHILE, *La decimotercera semana de la Convención Constitucional: dos reglamentos despachados*, 4/10/2021 ([La decimotercera semana de la Convención Constitucional: dos reglamentos despachados – Observatorio latinoamericano sobre el proceso constituyente de Chile \(observatorioconstituyentelatam.cl\)](#)).

¹⁷ È da sottolineare che il Partito comunista, non solo, non aveva partecipato alla conclusione dell'Accordo per la Pace sociale e una nuova Costituzione – concluso il 15 novembre 2019, in cui si concordò di uscire dalla crisi realizzando la pace e la giustizia sociale attraverso un'inoppugnabile procedura democratica (Cfr. O. ANSALDI, M. PARDO-VERGARA, *What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening*, in *Law and Critique*, n. 7/2020, 28) – che ha dato inizio al processo costituente ma si è sempre opposto al *quorum* dei 2/3.

¹⁸ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUENTE DE CHILE, *La décima semana de la Convención Constitucional: la Constituyente bajo la lupa*, 14/09/2021, cit..

¹⁹ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUENTE DE CHILE, *La décima semana de la Convención Constitucional: la Constituyente bajo la lupa*, 14/09/2021, cit.

²⁰ *Ley 21200 Modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia consultabile al seguente indirizzo <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>

politica, sociale ed economica²¹. Altri hanno messo in evidenza come tale decisione sia in linea con la consapevolezza, assunta in occasione dell'Accordo del 2019, di trovarsi in un momento costitutivo. I partiti di destra, infatti, non solo hanno appoggiato un referendum costituzionale, al quale si erano sempre opposti, ma hanno anche accettato di rinunciare al loro potere di veto unilaterale, sostituendolo con il veto reciproco implicito nella regola dei 2/3, chiaramente non per considerazioni legate all'ingiustizia insita nelle disposizioni precedenti, quanto per considerazioni prettamente politiche²².

Data l'impossibilità di procedere con i lavori, l'Ufficio di presidenza si è riunito per redigere un accordo volto a disciplinare la situazione. Tra le varie decisioni assunte²³, è stato specificato che sarebbe stata la maggioranza assoluta della Convenzione a decidere se sottoporre una norma ad una votazione separata a maggioranza dei due terzi²⁴.

L'Ufficio di presidenza ha, inoltre, ricordato che, indipendentemente dall'esito delle votazioni, le norme che non avrebbero raggiunto la maggioranza necessaria per l'approvazione in generale sarebbero potute essere ripristinate, mediante *indicaciones*, ed essere considerate nella discussione particolare e votate con il rispettivo *quorum*.²⁵

Scaduto il termine ultimo per presentare indicazioni su quali norme sarebbero state votate separatamente, la sola proposta presentata – quella dello schieramento di destra *Vamos por Chile*, che identificava un totale di 30 norme: 16 del regolamento generale, 4 del regolamento sulla partecipazione popolare e 10 del regolamento sulla partecipazione e consultazione indigena²⁶ – è stata votata il giorno successivo quando è stata respinta interamente. Di conseguenza, i

²¹ Cfr. A. M. GARCÍA BARZELATTO, E. NAVARRO BELTRÁN, *¿Hoja en Blanco? Hacia una nueva Constitución Chilena. Lo que debemos saber*, Editorial Universitaria, Santiago del Cile, 2020, 39-40.

²² Cfr. F. ATRIA, *Constituent Moment, Constituted Powers in Chile*, in *Law and Critique*, 3/2020, 56.

²³ È stato deciso che sarebbe stata convocata una sessione plenaria il successivo martedì **14 settembre** al fine di sottoporre le proposte di regolamento ad una votazione generale. L'accordo ha fissato al **10 settembre** il termine per presentare in forma scritta alla Segreteria della Convenzione la richiesta, firmata da almeno 30 costituenti, che alcune norme fossero approvate con il *quorum* dei 2/3. La Segreteria avrebbe, quindi, elaborato e trasmesso a tutti i membri della CC un testo unico contenente le norme indicate dai costituenti. Fino al **13 settembre**, almeno 15 *convencionales* avrebbero potuto chiedere la votazione separata di alcune delle norme contenute nel testo unico, qualora avessero considerato non necessaria l'approvazione a maggioranza dei 2/3.

²⁴ In questa ipotesi, sarebbero state realizzate tre votazioni. In primo luogo, si sarebbe deciso se escludere o meno la norma in questione dalla lista di quelle da approvare a maggioranza dei due terzi e, quindi, se approvarla con a maggioranza qualificata. Qualora la separazione fosse stata respinta, la norma sarebbe stata definitivamente votata a maggioranza dei 2/3. Sarebbero state votate prima le norme a maggioranza semplice e, successivamente, quelle a maggioranza dei due terzi. Nel caso in cui non fosse stata richiesta una votazione separata su nessuna delle norme contenute nel testo unico, si sarebbe proceduto a due votazioni: una votazione generale sulle norme proposte, escluse le norme con un *quorum* di 2/3, e una votazione generale a maggioranza dei 2/3.

²⁵ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Acta de la sesión 18ª, en jueves 9 de septiembre de 2021, de 10:05 a 20:42 horas, 9/10/2021* (<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/09/Acta-sesio%CC%81n-N%C2%B0-18-del-9-de-septiembre-%C2%B421.pdf>).

²⁶ Il documento relativo alla proposta – disponibile alla seguente pagina https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/09/Propuesta-calificacio%CC%81n-de-normas-dos-tercios-2_3.pdf – faceva riferimento, nello specifico, agli articoli 16 (*Votaciones*), 17 (*Aplazamiento de una votación*), 18 (*Determinación de quórum*), 19 (*Quórum para adoptar acuerdos*), 20 (*Votos válidos*), 21 inciso 1° (*Impedimentos*), 22 (*Formalidad y transparencia de las votaciones*), 34 inciso 3° literales f)-g) (*Composición y atribuciones*), 89 (*Votación en general de propuestas e indicaciones*), 90 (*Votaciones de propuestas e indicaciones*), 92 (*Lectura de informe en el Pleno*), 93 (*Debate de las propuestas de normas constitucionales*), 94 (*Aprobación de las normas constitucionales*), 95 (*Rechazo de una propuesta de norma constitucional*), 96 (*Cierre del debate*) e 101 inciso 1° (*Modificación reglamento de votación*) del Regolamento generale e agli articoli da 47 a 50 del Regolamento di partecipazione popolare in materia di plebisciti diretti intermedi.

regolamenti sono stati approvati in generale, e la Plenaria ha deciso che le votazioni articolo per articolo sarebbero state effettuate con la regola della maggioranza assoluta²⁷.

2.1 Il Regolamento generale: Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional

Il *Reglamento de funcionamiento y orgánica de la Convención Constitucional*, approvato il **29 settembre**²⁸, oltre a stabilire i principi, l'organizzazione, il funzionamento e le regole di procedura dell'organismo, garantisce la partecipazione dei cittadini al processo deliberativo, permettendo alla società civile di presentare proposte da incorporare nella nuova Costituzione²⁹, amplia il concetto di identità di genere e stabilisce che la parità sarebbe stata una norma in ogni istanza. Inoltre, l'articolo 90 stabilisce un meccanismo per integrare trasversalmente nel processo di discussione costituente i diritti umani, il genere, l'inclusività, la plurinazionalità, gli approcci socio-ecologici e di decentramento³⁰. Prevede anche meccanismi di trasparenza e comunicazione, stabilendo la creazione di un organismo – la *Secretaría de Comunicaciones, Información y Transparencia*³¹ – con la funzione principale di informare, in modo semplice e diretto, i cittadini del lavoro della Commissione e dei contenuti discussi. Il testo del

²⁷ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La undécima semana de la Convención Constitucional: el debate por los 2/3*, 21/09/, cit.

²⁸ Tra i punti più rilevanti della discussione appare opportuno segnalare i seguenti:

- Il rifiuto della proposta di *Vamos por Chile* di incorporare il concetto di “Repubblica di Cile” nel testo del Regolamento Generale.

- L'esplicito riconoscimento da parte della Plenaria – con 83 voti a favore e 69 contrari – del fatto che la Convenzione esercita un potere costituente “originario”, proposto da *Pueblo Constituyente, Movimientos Sociales Constituyentes, Chile Digno* e dai rappresentanti dei popoli indigeni. La costituente ha così risolto un dibattito particolarmente acceso – non solo tra l'opinione pubblica ma anche tra gli esperti di diritto costituzionale – che riguardava se il potere costituente esercitato dalla Convenzione fosse originario o derivato e ha riaffermato la sua autocomprensione come un potere costituente originario soggetto a procedure democratiche. Ciò presuppone la volontà politica del popolo di rompere con il sistema costituzionale in vigore per plasmarne e legittimarne uno nuovo.

- L'eliminazione della norma che considerava coloro che si astenevano nella votazione dell'articolato della nuova Costituzione come “non votanti”, su richiesta, da un lato, dei costituenti di *Vamos por Chile* e, dall'altro, di quelli di *Independientes Nueva Constitución* (ex *Independientes No Neutrales*), *Frente Amplio*, *Colectivo Socialista* e *Colectivo del Apruebo*. (Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La duodécima semana de la Convención Constitucional: aprobar reglamentos en tiempos de pandemia*, 28/09/2021, cit.

²⁹ In particolare, come stabilito nel capitolo IV del Regolamento, le iniziative per le norme costituzionali possono essere presentate non solo dai membri eletti della Convenzione, ma anche dai membri della società civile, dai popoli indigeni e dai popoli tribali afrodiscendenti, dai bambini e dagli adolescenti. A questo proposito, l'articolo 81 ha stabilito due tipi di iniziative: l'“*iniciativa convencional constituyente*” presentata dai membri della CC e l'“*iniciativa popular constituyente*” presentata dalla società civile, dai popoli indigeni e dai popoli tribali afrodiscendenti, dai bambini e dagli adolescenti. Le iniziative popolari devono essere presentate all'Ufficio di presidenza attraverso l'*Oficina de Partes de la Secretaría* dell'Ufficio di Presidenza. È stato stabilito che ad essere competente a stabilire il periodo preposto per la presentazione delle iniziative, non inferiore a sessanta giorni, sarebbe stato l'Ufficio di presidenza e che sarebbe seguito un processo di ammissibilità dell'iniziativa su questioni formali e vi sarebbe stata la successiva sistematizzazione del suo contenuto. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 15/10/2021).

³⁰ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención Constitucional aprobó su reglamento general*, 29/09/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/convencion-constitucional-aprobo-su-reglamento-general/).

³¹ La *Secretaría de Comunicaciones, Información y Transparencia* non sarà l'unica. Infatti, il Regolamento prevede una serie di segreterie tecniche ovvero organi collegiali, tecnici e principalmente distaccati o *ad honorem*, formati da professionisti esperti nelle materie di competenza dell'organismo, che dovranno accompagnare il lavoro dei e delle costituenti. Si tratta della *Secretaría de Dirección de Administración, Finanzas y transparencia*; della *Secretaría de Convención, Comisiones y Subcomisiones*; della *Secretaría de Comunicaciones, Información y Transparencia*; della *Secretaría Técnica*, del *Comité externo de asignaciones* e del *Comité de ética*. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 29/10/2021).

Regolamento Generale stabilisce le basi di funzionamento e il percorso che si deve seguire affinché un'idea diventi una norma costituzionale. Stabilisce la creazione di 7 commissioni tematiche³² con 81 contenuti costituzionali che formeranno la base degli articoli³³. L'istituzione delle Commissioni tematiche e i loro rispettivi contenuti mostrano l'indice della nuova Costituzione. Appare evidente come il nuovo testo sarà caratterizzato da una visione sociale dei diritti, da un nuovo modello di sviluppo economico che stabilisce la preminenza della natura e dell'ambiente, con cui l'economia dovrà conciliarsi. Così come è chiaro il percorso intrapreso verso le autonomie territoriali e indigene, che afferma una riconfigurazione del potere territoriale e la plurinazionalità come nuovo modello di stato. La partecipazione pubblica è un fattore di rilegittimazione, nuovi soggetti di diritto, nuovi diritti e l'istruzione irrompono con forza nella sfera costituzionale, e si è stabilito il cammino verso un nuovo regime politico che si lascia alle spalle l'iper-presidenzialismo disegnato dalla Costituzione del '80. A questo si deve aggiungere la creazione di meccanismi per l'integrazione della prospettiva di genere, dei diritti umani, della plurinazionalità, della socio-ecologia e del decentramento, che stabiliranno le linee guida per l'interpretazione del nuovo testo³⁴. Il Regolamento in quanto tale disciplina anche il funzionamento della Convenzione³⁵ e delle Commissioni – la loro creazione, composizione e

³² Le Commissioni sono le seguenti: 1. *Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral* (25 costituenti); 2. *Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía* (19 costituenti); 3. *Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal* (25 costituenti); 4. *Comisión sobre Derechos Fundamentales* (33 costituenti); 5. *Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico* (19 costituenti); 6. *Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional* (19 costituenti); 7. *Comisión sobre sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios* (15 costituenti). Il Regolamento stabilisce altresì che tutte le Commissioni avrebbero dovuto rispettare i principi di parità, plurinazionalità ed equità territoriale, pertanto stabilisce un numero fisso di seggi riservati in ogni Commissione. Inoltre, prevede che se una Commissione dovesse avere più *convencionales* interessati a farne parte del numero di posti disponibili, i membri effettivi saranno determinati per sorteggio. D'altra parte, se ci fossero meno membri registrati del numero prestabilito, sarà fatta una nuova chiamata e qualora i posti vacanti non fossero riempiti, le Commissioni funzioneranno solo con i membri registrati. È stato previsto che per sostituire un membro di una Commissione, se si tratta di una sostituzione permanente, il *convencional* stesso deve comunicare la sua sostituzione al Comitato di Coordinamento e a tal fine si applicano tutti i criteri di appartenenza. Invece, in caso di sostituzione temporanea, deve esserne informato il segretario prima dell'inizio della sessione (Cfr. CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, *Convención Constitucional aprobó su reglamento general*, 29/09/2021, cit.). Per quanto concerne la distribuzione dei costituenti in Commissione, si rileva che i più importanti *leader* politici, soprattutto del centro-sinistra e della sinistra, sono confluiti nella Commissione competente in materia di regime politico, sulla base dell'idea che la vera lotta per il potere si svolge nell'organizzazione costituzionale e soprattutto riguardo al regime politico. Il settore opposto, rappresentato principalmente da *Vamos por Chile*, oltre a distribuire i propri membri di rilievo in questa Commissione lo ha fatto anche nelle Commissioni principi costituzionali – che discuterà il modello statale – e ambiente e modello economico. In breve, possiamo affermare che ci sarà una disputa tra i modelli di Costituzione: quello che stabilisce la preminenza del politico e quello che fissa il suo asse guida sulla Costituzione economica. È da rilevare che della Commissione sulla forma di Stato sono membri anche esperti in materia di decentralizzazione e leadership politiche indigene e che nella Commissione sui diritti fondamentali le diverse visioni politico-ideologiche sui diritti coincidono in modo marcato (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°15: Fin de la primera etapa y los énfasis en la conformación de las comisiones*, 11/10/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/10/11/analisis-constituyente-n15-fin-de-la-primera-etapa-y-los-énfasis-en-la-conformacion-de-las-comisiones/>)).

³³ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UC Chile Constituyente*, 1/10/2021.

³⁴ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°14: Buenas noticias, desafíos y controversias en la aprobación del reglamento*, 9/10/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/10/09/analisis-constituyente-n14-buenas-noticias-desafios-y-controversias-en-la-aprobacion-del-reglamento/>)

³⁵ In particolare è da rilevare la volontà di coinvolgere nel lavoro della Costituente la popolazione e i territori. Infatti, oltre ad essere stata fissata una settimana territoriale al mese in cui i costituenti si recheranno presso il proprio distretto, è stato deciso che la Convenzione, le Commissioni, le sottoCommissioni e gli altri organismi avrebbero potuto operare in qualsiasi parte del paese; che la plenaria si sarebbe riunita almeno due volte non nella città di Santiago, dove hanno luogo i suoi lavori; e che le Commissioni avrebbero cercato di riunirsi almeno una volta al mese in un luogo diverso dalla sede della CC

lo svolgimento dei lavori³⁶ –, l'ordine del dibattito, i sistemi di voto nelle Commissioni e nelle sessioni plenarie³⁷. Prevede, inoltre, che la redazione finale degli articoli sarà realizzata da un organo finale, la Commissione di armonizzazione (Paragrafo VII), composta da 40 *convencionales constituyentes*, dei quali almeno 7 apparterranno ai seggi riservati, che avrà il compito di assicurare la coerenza del testo costituzionale dal punto di vista sostanziale, formale e stilistico

Il tema del *quorum* dei 2/3 e dell'interpretazione della previsione costituzionale non si è esaurito con la decisione presa in merito all'approvazione dei regolamenti, ma ha caratterizzato anche la discussione delle previsioni in materia del Regolamento generale. L'accordo del 15 novembre 2019 e la successiva riforma costituzionale dell'articolo XV dell'attuale Costituzione, come già ricordato, stabiliscono che le norme della nuova Carta fondamentale, dovranno essere approvate dai 2/3 dei membri della Convenzione, quindi da 103 voti su un totale di 155. Questa

o dal Palazzo Pereira, dando la priorità a luoghi al di fuori della Regione Metropolitana (Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención Constitucional aprobó su reglamento general*, 29/09/2021, cit.).

La discussione dei contenuti costituzionali, il cui inizio è stato previsto per il 18 ottobre, è stata preceduta dalla prima settimana territoriale sia è svolta dall'11 al 17 ottobre, quando i membri della Convenzione si sono recati nei loro rispettivi distretti. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 8/10/2021). Sotto forma di resoconti pubblici, attività con i cittadini e spazi di conversazione, i membri della Convenzione hanno spiegato ai cittadini il lavoro e i risultati della prima fase dei lavori della costituente e hanno ascoltato le idee, le proposte e i punti di vista di coloro che hanno partecipato alle varie attività (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°16: El inicio de una nueva etapa y la necesidad de observar el proceso*, 18/10/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/10/17/analisis-constituyente-n16-el-inicio-de-una-nueva-etapa-y-la-necesidad-de-observar-el-proceso/>)).

Come già detto, in base a quanto stabilito dal regolamento della Convenzione “il *plenum* nella sua interezza deve riunirsi almeno due volte fuori della città di Santiago”. Tale situazione si è verificata per la prima volta la settimana del 22 novembre, quando le 7 Commissioni tematiche si sono recate nella Regione del Biobío per svolgere il loro lavoro in diversi comuni della zona – Tomé, Talcahuano, Lota, Coronel, Curanilahue, Laja e Los Ángeles. L'obiettivo di tale iniziativa è permettere ai membri della Costituente di incontrare e visitare comunità e organizzazioni nei territori. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 12/11/2021).

³⁶ In base a quanto stabilito nel Regolamento, il primo compito dei membri delle sette Commissioni tematiche è elaborare un programma di lavoro da presentare all'Ufficio di presidenza, che deve includere, tra le altre cose, almeno una sessione in ciascuna delle macroaree del paese ed essere approvato dalla maggioranza assoluta dei membri della Commissione. Ogni Commissione tematica, inoltre, deve eleggere un coordinamento composto da due membri, con il compito di condurre il dibattito e di riferire all'Ufficio di presidenza sui progressi compiuti. I coordinatori dei vari comitati dovranno essere in contatto tra loro regolarmente, almeno due volte al mese, per tenersi reciprocamente informati sull'andamento dei lavori di ciascuna Commissione e per permettere la massima armonizzazione possibile nella discussione dei rispettivi temi. Inoltre, al fine di accelerare il dibattito, così come era stato previsto per la Commissione generale per il Regolamento, i coordinatori di ogni Commissione tematica, dopo l'approvazione della maggioranza assoluta dei membri, potranno chiedere alla plenaria di creare fino a due sottoCommissioni, operanti per un periodo di tempo stabilito e per scopi specifici. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 15/10/2021). Dopo avere eletto i propri coordinatori, il 20 ottobre (Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Comisiones temáticas eligen coordinadores*, 20/10/2020 https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/comisiones-tematicas-eligen-coordinadores/ e *Comisiones temáticas terminan de elegir coordinadores*, 20/10/2021 https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/comisiones-tematicas-terminan-de-elegir-coordinadores/), le Commissioni hanno scelto gli “*enlaces transversales*”, previsti dall'articolo 90 del Regolamento generale, che avranno il compito di assicurare che ogni Commissione sviluppi il proprio lavoro avendo un approccio volto ai diritti umani, al genere, all'inclusione, alla plurinazionalità, alla decentralizzazione e all'ecologia. Questi membri si riuniranno almeno una volta al mese per riferire sui dibattiti di ogni Commissione, con l'unico obiettivo di identificare eventuali duplicazioni, divergenze o assenze rispetto agli approcci definiti. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 29/10/2021).

³⁷ È stato sancito che affinché le Commissioni possano riunirsi e adottare risoluzioni, deve essere presente la metà dei membri in carica che fanno parte della rispettiva Commissione.

Per quanto riguarda l'adozione di norme costituzionali il Regolamento prevede che, dopo il dibattito sulle proposte delle rispettive Commissioni e la loro deliberazione in plenaria, la disposizione costituzionale viene messa ai voti e deve essere approvata dalla maggioranza dei due terzi dei membri della Convenzione. (Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención Constitucional aprobó su reglamento general*, 29/09/2020, cit.).

regola è stata messa in discussione da alcuni rappresentanti di PC, *Pueblo Constituyente* – ex *Lista del Pueblo*³⁸, *Movimientos Sociales Constituyentes* e dei seggi riservati, che hanno sostenuto che la Convenzione stessa avrebbe dovuto stabilire come votare, e non istanze precedenti alla sua origine. Alla fine, questa intenzione si è realizzata, poiché sono stati i membri della Convenzione a votare il *quorum*, ratificando i 2/3. L'indicazione all'articolo 93 del regolamento, che prevedeva di ridurre questa maggioranza ai 3/5 è stata respinta con 90 voti contro, 63 a favore e 1 astensione. A livello politico, è stata fondamentale la decisione del *Frente Amplio* di sostenere il rispetto dei 2/3. Per molti la questione era trascendentale, in quanto talora tale *quorum* fosse stato modificato sarebbe stato possibile ricorrere dinanzi alla Corte Suprema³⁹ per mancato rispetto della riforma costituzionale⁴⁰.

Particolarmente significative sono state le parole della Presidente della Convenzione, Elisa Loncon, a proposito dei 2/3. Loncon ha sottolineato come tale maggioranza implicasse la ricerca di un accordo ampio in seno alla Convenzione. In questo modo, ha attribuito un nuovo significato alla maggioranza dei 2/3, che non rappresenta più il meccanismo previsto dalla Costituzione degli anni '80 per sovrarappresentare una minoranza⁴¹, ma la necessità di dialogo e dibattito per elaborare una Costituzione realmente rappresentativa del popolo cileno.

2.2 Il Regolamento di etica: *Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo*

Nella [25a sessione](#) della Plenaria, tenutasi il **30 settembre**, è stato approvato il *Reglamento de ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y*

³⁸ La *Lista del Pueblo*, terza forza della Convenzione, ha subito un processo di disintegrazione che è culminato con 17 *convencionales* che hanno annunciato, il **1° settembre**, le loro dimissioni dalla Lista del Popolo. I 17 hanno aderito ad un nuovo collettivo chiamato Popolo Costituente. Questa decisione è stata presa, secondo quanto sostenuto dai costituenti coinvolti, in considerazione del percorso elettorale intrapreso dalla Lista del Popolo, che hanno detto di non condividere. (Cfr. LA NETA, *Boletín diario: ¿Qué pasó este miércoles 01.09 en la Convención Constitucional?*, 1/09/2021 (<https://laneta.cl/boletin-diario-que-paso-este-miercoles-01-09-en-la-convencion-constitucional/>))

³⁹ La legge n. 21.200 prevede la possibilità di interpellare la Corte Suprema in caso di violazione delle norme procedurali applicabili alla Convenzione, contenute nella legge e negli accordi generali dell'assemblea costituente (art. 136, c. 1). A farlo dovranno essere almeno ¼ dei suoi membri e a giudicare, entro 5 giorni, saranno cinque membri della Corte Suprema, estratti a sorte, in occasione di ogni ricorso (c. 2). La procedura per la presentazione e la risoluzione dei reclami sarà stabilita in un *Auto Acordado* adottato dalla Corte stessa, che non sarà soggetta al controllo stabilito dall'articolo 93 della CPR (c. 3), e la sentenza, che potrà solo eventualmente annullare l'atto, dovrà essere emanata entro dieci giorni dalla presentazione della questione. Infine, contro le decisioni di cui al presente articolo non è ammessa alcuna azione o ricorso. (c. 4) (Cfr. R. IANNACCONE, "Borrar todo tu legado será nuestro legado"... , cit., 8)

⁴⁰ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 1/10/2021.

⁴¹ La dottrina ha definito *enclaves autoritarias* quelle modalità istituzionali, previste dalla Costituzione del 1980, volte a consolidare l'ingerenza nel processo politico delle forze armate e a garantire, paradossalmente in un regime presidenzialista, un pareggio politico tra governo e opposizione, attraverso leggi con *quorum* speciali – tra cui le riforme in materia di plebiscito e quelle volte alla riduzione delle facoltà presidenziali e all'aumento di quelle del Congresso, che necessitavano dell'appoggio dei 2/3 delle camere (66,6%) e per cui non era possibile ricorrere ad un plebiscito e i progetti riguardanti le basi dell'assetto istituzionale, le forze armate e il *Consejo de Seguridad Nacional* (capitoli I, III, VIII, IX, XII e XV, CPR) che, oltre a necessitare l'approvazione dei 2/3 di entrambe le camere, dovevano essere approvate dalle due legislature successive, con lo stesso *quorum* – che incidevano sul dominio del principio maggioritario come regola di decisione parlamentare (Cfr. C. FUENTES, *Elites, opinión pública y cambio constitucional*, in C. FUENTES (a cura di), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Claudio Fuentes (editor), 2010, 48 e ss.; Cfr. M. ALCÁNTARA SÁEZ, *Sistemas políticos de América Latina - Volumen I América del Sur*, Editorial Tecnos, 2013, 176; Cfr. F. ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n. 482/2014, 97-98.).

distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo, che ha stabilito una serie di regole volte a disciplinare il comportamento interno ed esterno dei membri della Convenzione. In termini generali, questo regolamento – che si compone di 73 articoli – mira a definire principi, regole e parametri per guidare la convivenza all'interno dell'Assemblea costituente e per salvaguardare la dignità della carica di membro della Convenzione⁴².

Il testo discusso dal *plenum* è stato piuttosto moderato rispetto alle proposte realizzate in Commissione. Ad esempio, son state escluse questioni come i corsi di formazione obbligatori, la sospensione del diritto di parola o la pratica della “fraternità o sorellanza”. Tra i temi approvati, invece, vi sono stati: il rifiuto della violenza religiosa (art. 22), del negazionismo (art. 23) e della disinformazione (art. 24). È stata prevista, inoltre, una *Comisión de Ética y buen vivir*, composta da nove costituenti, con compiti eminentemente preventivi, e un *Comité de Ética, probidad, transparencia, prevención y sanción de las violencias* competente a risolvere le violazioni al regolamento e composto da cinque professionisti (di istituzioni statali, università o enti senza scopo di lucro), esterni, personalmente e professionalmente idonei, secondo criteri di parità, plurinazionalità e decentralizzazione. Sono stati determinati anche i suoi obiettivi, le sue competenze, i criteri di rimozione e le infrazioni specifiche che deve risolvere, così come il periodo di indagine, le misure cautelari e le sanzioni che può adottare – ovvero il rimprovero, la censura, multe dal 5 al 15% dell'indennità mensile, l'offerta di scuse pubbliche, la partecipazione a programmi di formazione e altre misure riparatrici per la vittima⁴³. Alcune delle azioni dei membri della Convenzione che possono essere soggette a sanzioni sono: realizzare qualsiasi discorso di odio; avere atteggiamenti negazionisti; compiere atti di violenza di genere; non rispettare i protocolli sanitari; presentare denunce infondate; non registrare le audizioni di lobbisti sulla rispettiva piattaforma; usare impropriamente le risorse alle quali ha accesso in qualità di membro della Convenzione; realizzare disinformazione⁴⁴.

A proposito del contenuto del Regolamento di Etica, l'*Observatorio Nueva Constitución* ha rilevato che, per quanto sia inoppugnabile che la Convenzione abbia bisogno di limiti etici, lo *standard* applicato riflette un impulso moralizzatore piuttosto che una norma che cerca di regolare l'esercizio del potere politico. In particolare ha contestato, da un lato, la previsione di sanzionare il negazionismo per omissione o disinformazione sottolineando come ciò comporti un alto grado di soggettività, dando alla Commissione etica il potere di inibire la discussione pubblica, assottigliando il principio deliberativo. Dall'altra, ha evidenziato che sanzioni come la partecipazione a programmi di formazione o le scuse pubbliche possono portare a situazioni in cui i diritti fondamentali dei membri della Convenzione potrebbero essere lesi perché non aderiscono alle idee del settore maggioritario. A detta di questo organismo, tale testo normativo correrebbe l'alto rischio di diventare lettera morta, indebolendo la Convenzione, e dimostra l'alto livello di sfiducia esistente nella società cilena, che ha comportato un'eccessiva regolamentazione degli aspetti del comportamento dei *convencionales*⁴⁵.

⁴² Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCbile Constituyente*, 1/10/2021.

⁴³ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La decimotercera semana de la Convención Constitucional: dos reglamentos despachado*, 4/10/2021, cit.

⁴⁴ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCbile Constituyente*, 1/10/2021.

⁴⁵ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°14: Buenas noticias, desafíos y controversias en la aprobación del reglamento*, 9/10/2021, cit.

La definizione di negazionismo contenuta nell'articolo 23 del Regolamento di Etica – che recita: “Se entenderá por negacionismo, toda acción u omisión que justifique niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a este” – ha generato un acceso dibattito tra la maggioranza che ha appoggiato la disposizione e coloro che sostenuto che questa norma rappresentava un “attacco” alla libertà di espressione, tra cui la lista *Vamos por Chile*, nonostante siano stati respinti alcuni emendamenti che prevedevano, ad esempio, l'inclusione della negazione della crisi climatica ed ecologica. Il dibattito, quindi, si basa sui limiti della libertà d'espressione, una discussione che trascende le sale della Convenzione e che presumibilmente riaffiorerà al momento di redigere il contenuto costituzionale di base⁴⁶.

2.3 Il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena*

Il *Reglamento de Participación y Consulta Indígena* che disciplina le modalità di partecipazione dei popoli indigeni al processo costituente è stato approvato con una sola indicazione accolta, su un totale di 126, il che ha causato il malessere di alcuni settori, come la lista *Vamos por Chile*. In termini generali, il Regolamento stabilisce l'istituzione di un sistema di partecipazione e consultazione indigena in conformità con “le norme internazionali sui diritti umani dei popoli indigeni, che sono stabilite, tra le altre fonti del diritto internazionale, in quelle menzionate nel presente regolamento, che la Convenzione assume come sovrane” (art. 1).

Le consultazioni dei popoli indigeni avranno un carattere vincolante, in quanto tutti gli accordi adottati nel processo saranno inclusi come norme costituzionali soggette a votazione, sia nelle rispettive Commissioni che nella plenaria. In questo modo, la partecipazione dei popoli indigeni si estende oltre i loro rappresentanti nell'organo costituente, cercando l'avallo dei popoli nel processo decisionale dei loro rappresentanti nei seggi riservati.⁴⁷

Il processo di consultazione “costituzionale” e partecipazione delle popolazioni indigene preesistenti allo Stato, in base a quanto previsto dal Regolamento oggetto d'analisi, conterà di sette fasi: 1) la diffusione e l'informazione sul processo di partecipazione e consultazione; 2) la preparazione del documento di base del processo di partecipazione e consultazione; 3) la fase di dialogo e deliberazione; 4) la ricezione e sistematizzazione dei risultati del processo di partecipazione e consultazione; 5) la preparazione di un rapporto sugli accordi raggiunti; 6) la fase di proposte normative; 7) l'informazione sui risultati. La *Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad*, composta dai 17 costituenti rappresentanti dei seggi riservati e da altri 8 costituenti, e la *Secretaría de Participación y Consulta Indígena*, organo collegiale di carattere tecnico, esecutivo e plurinazionale, avranno il compito di supervisionare e organizzare il processo di consultazione.

Un elemento degno di nota di questo Regolamento è il principio “pro-popoli” sancito, tra gli altri principi generali – come il principio di plurinazionalità e autodeterminazione dei popoli – dall'articolo 6. Nello specifico, la lettera g recita: “La salvaguarda de los derechos de los

⁴⁶ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 1/10/2021.

⁴⁷ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 8/10/2021.

pueblos indígenas es el fundamento de la consulta y todo el proceso está guiado por la protección más amplia a estos. La Convención, la Comisión y la Secretaría de Participación y Consulta deberán interpretar y preferir, en relación con el proceso de participación y consulta, la norma más amplia o la interpretación más extensiva o protectora de los derechos de los pueblos indígenas. Inversamente, cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos, deberá estarse a la norma o a la interpretación menos restrictiva de los derechos de los pueblos”. Si tratta, quindi, di una linea guida per il lavoro dell’intera Convenzione, che implica l’applicazione dei criteri più ampi possibili a beneficio dei popoli indigeni e l’interpretazione meno rigida in termini di restrizioni nei loro confronti⁴⁸.

2.4 Il Regolamento di partecipazione popolare: Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente

L’*Estallido social*, in quanto incontro sociale autorganizzato, ha rappresentato un cambiamento della cultura dei cileni e per questo, fin dall’inizio, il processo costituente è stato caratterizzato da un alto grado di partecipazione popolare deliberativa e, al fine di garantirla, il *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* ha previsto strumenti specifici. Le radici del processo costituente hanno portato, infatti, a proporre numerosi meccanismi come fattore di legittimità delle decisioni assunte dalla Convenzione. La realtà mostra, però, come non sia possibile deliberare e dispiegare la partecipazione popolare in ogni momento. In questo senso, la sfida che la Convenzione ha dovuto affrontare è stata quella di disegnare strumenti di democrazia deliberativa, con elevati *standard* partecipativi, che permettessero realmente alle persone di influenzare la discussione costituzionale⁴⁹.

Proprio per questo uno degli assi o principi che è stato una parte fondamentale e consistente della discussione delle norme regolamentari è stata la partecipazione dei cittadini, tanto che a tal fine sono state create due Commissioni ad hoc. Il dibattito è stato incanalato con un alto grado di consenso sul fatto che, al di là di ciò che è stato determinato dai membri della Convenzione, ci sarebbero dovute essere altre istanze reali ed efficaci per la partecipazione dei cittadini al processo⁵⁰.

Il *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente* disciplina le modalità di partecipazione popolare e, quindi, regola i molteplici meccanismi approvati a tal fine. È stato previsto, infatti, che il lavoro delle sette Commissioni della Convenzione sarebbe dovuto essere accompagnato da riunioni autoconvocate, giornate deliberative nazionali, riunioni comunitarie, *forum* deliberativi e plebisciti dirimenti, i cui risultati, una volta sistematizzati, dovranno avere un impatto sulle decisioni della Convenzione.

⁴⁸ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE CHILE, *La decimocuarta semana de la Convención Constitucional: el fin de la etapa reglamentaria y el frustrado intento de una reclamación*, 11/10/2021 (<https://observatorioconstituyentelatam.cl/index.php/2021/10/11/la-decimocuarta-semana-de-la-convencion-constitucional-el-fin-de-la-etapa-reglamentaria-y-el-frustrado-intento-de-una-reclamacion/>)

⁴⁹ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°12: Principales desafíos en las votaciones del Reglamento*, 20/09/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/10/09/analisis-constituyente-n12-principales-desafios-en-las-votaciones-del-reglamento/>)

⁵⁰ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UC Chile Constituyente*, 1/10/2021.

Nonostante alcuni esperti di partecipazione avessero suggerito la necessità di dare priorità solo ad alcuni meccanismi in funzione del tempo a disposizione, la Convenzione, in linea alle modalità con cui si è svolto il suo processo di negoziazione, ha optato per una modalità più ampia ovvero raccogliere tutte le proposte e dare loro coerenza e armonia alla fine⁵¹.

L'articolo 3 del Regolamento sulla Partecipazione Popolare, infatti, stabilisce che il processo deve includere una partecipazione incidentale e vincolante dei cittadini, che possono presentare le proprie iniziative normative attraverso assemblee cittadine o riunioni, e che devono essere votate allo stesso modo del resto dei regolamenti proposti dai membri della Convenzione. La questione in discussione in questo caso è stato il carattere vincolante o meno delle proposte popolari, che è stato infine approvato⁵². Inoltre, sono state ratificate le modalità di diffusione dei meccanismi di partecipazione e del programma di Educazione Popolare Costituente, è stata creata una *Secretaría Técnica de Participación*, composta da 16 membri, e sono state previste istanze di partecipazione per i cosiddetti “gruppi storicamente esclusi”, all'interno dei quali sono stati inseriti anche i bambini e gli adolescenti⁵³.

Nonostante l'importanza e la centralità della partecipazione popolare non sia mai stata fonte di disaccordo all'interno della Convenzione, il tema dell'introduzione di plebisciti dirimenti⁵⁴, volti a sottoporre parte del lavoro dei costituenti al corpo elettorale, è stato fortemente divisivo. Secondo *Vamos por Chile* e altri settori, infatti, l'introduzione di tale misure avrebbe permesso di non rispettare la regola de 2/3. In fine, è stato stabilito che le proposte di norme costituzionali per le quali non si otterrà il *quorum* di approvazione stabilito nel regolamento di voto – ovvero quello dei 2/3 –, ma che avessero ottenuto un voto uguale o superiore ai 3/5 dei membri dell'Assemblea costituente, potranno essere sottoposte, per la loro approvazione nel secondo scrutinio, ad un plebiscito⁵⁵. Potranno votare tutti coloro che avranno più di 16 anni, saranno escluse tutte le proposte di norme che non rispettino i trattati internazionali e la convocazione del plebiscito dirimente sarà a completa discrezione della Convenzione⁵⁶.

I “*plebiscitos intermedios dirimentes*”, previsti dal III Paragrafo del Regolamento di Partecipazione popolare, dovranno essere regolamentari dal Congresso Nazionale in quanto è necessaria a tal fine una riforma costituzionale del capitolo XV della Costituzione, materia che eccede le facoltà della Convenzione⁵⁷.

⁵¹ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°15: Fin de la primera etapa y los énfasis en la conformación de las comisiones*, 12/10/2021, cit.

⁵² Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 8/10/2021.

⁵³ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La decimocuarta semana de la Convención Constitucional: el fin de la etapa reglamentaria y el frustrado intento de una reclamación*, 11/10/2021, cit.

⁵⁴ Inizialmente, vi era stata la mancata incorporazione di plebisciti dirimenti intermedi. In un precedente lavoro (R. IANNACCONI, *I primi passi della Convención Constitucional cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti* (Nomos-LE *attualità nel diritto*, n. 2/2021, 17) si evidenziava come la rilevanza di questa decisione risiedesse, da un lato, nell'affermare il ruolo di rappresentanti dei membri della Convenzione in qualità di soli chiamati a forgiare l'accordo costituzionale e, dall'altro, nell'evitare l'incentivo a rinviare questioni difficili al corpo elettorale, riducendo così la responsabilità dei e delle *convencionales* e la densità della deliberazione costituzionale. Inoltre, si sottolineava come, generalmente, i cd. plebisciti “dall'alto”, ossia quelli convocati dall'autorità – in questo caso la costituente –, sono strumenti che cercano di condizionare o mobilitare i cittadini verso le posizioni di chi li indice piuttosto che un meccanismo in cui la democrazia viene esercitata direttamente dalla cittadinanza.

⁵⁵ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 1/10/2021.

⁵⁶ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La decimocuarta semana de la Convención Constitucional: el fin de la etapa reglamentaria y el frustrado intento de una reclamación*, 11/10/2021, cit.

⁵⁷ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 8/10/2021.

Il regolamento in analisi prevede, altresì, l’iniziativa popolare di norme costituzionali. Sia i cittadini che le organizzazioni hanno il diritto di presentare un’iniziativa, a condizione di raccogliere almeno 15.000 firme in 4 regioni diverse⁵⁸. Nello specifico, l’articolo 88 prevede una piattaforma di partecipazione popolare – “*Plataforma Popular de Norma*” – volta a permettere ai cittadini e alle organizzazioni di proporre iniziative di norme costituzionali che – dopo un processo di sistematizzazione – saranno sottoposte alle rispettive Commissioni e che seguiranno lo stesso procedimento di votazione delle norme proposte dai costituenti. Ogni persona fisica o giuridica può presentare fino a 7 iniziative individualmente o in modo organizzato e sostenerne fino a 7. Le iniziative che saranno ammissibili – dopo la valutazione della Segreteria tecnica e della Commissione per la partecipazione popolare – e che, successivamente, raggiungeranno un sostegno di 15.000 firme prima del 1° febbraio, provenienti da almeno quattro regioni diverse, saranno discusse dalla Convenzione. La “Piattaforma Popolare per le Norme” è attiva da lunedì **22 novembre** e lo sarà fino al 20 gennaio 2022⁵⁹.

Al fine di permettere una partecipazione informata e reale, il Regolamento di partecipazione popolare sancisce all’articolo 9 il principio di trasparenza stabilendo che “La Convención Constitucional deberá respetar, cautelar y promover el conocimiento y la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos que se encuentren relacionados con los distintos mecanismos de participación. Se dispondrá de un sistema de trazabilidad, que permita dar cuenta de la sistematización y la utilización de los insumos y orientaciones obtenidos a partir de los mecanismos de participación popular en los distintos niveles de toma de decisiones de la Convención Constitucional”. L’Ufficio di presidenza della Convenzione ha presentato, il **20 ottobre**, il *Portal de Transparencia de la Convención* per l’accesso all’informazione pubblica, realizzato in collaborazione con il Consiglio per la trasparenza. Si tratta di una piattaforma gratuita, accessibile dal sito della Convenzione, che contiene informazioni sui membri dell’Assemblea costituente e sulle attività dell’organo⁶⁰.

3. L’inizio del dibattito e i primi temi trattati

⁵⁸ Cfr. OBSERVATORIO LATINOAMERICANO SOBRE EL PROCESO COSTITUYENTE DE CHILE, *La decimocuarta semana de la Convención Constitucional: el fin de la etapa reglamentaria y el frustrado intento de una reclamación*, 11/10/2021, cit.

⁵⁹ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Ciudadanía ya puede presentar Iniciativas Populares de Norma*, 23/11/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/ciudadania-ya-puede-presentar-iniciativas-populares-de-norma/); Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención Constitucional aprobó la ampliación del plazo para presentar propuestas de Iniciativas Populares de Norma*, 22/12/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/convencion-constitucional-aprobo-la-ampliacion-del-plazo-para-presentar-propuestas-de-iniciativas-populares-de-norma/).

Nella sessione del **20 dicembre**, la Commissione di partecipazione popolare ha apportato una serie di modifiche alla piattaforma digitale preposta alla presentazione di norme costituzionali popolari, approvando l’avviso delle iniziative in esame per l’ammissibilità e l’aggiunta di un pulsante in modo che gli utenti possano avere una lista di preferiti per le proposte che sono interessati ad appoggiare, tenendo conto che è possibile sottoscrivere massimo sette iniziative. Inoltre, per non influenzare le decisioni delle persone, è stato rimosso come criterio di ricerca il numero di firme ottenuto. In questa data, erano già state presentate 905 iniziative presentate, di cui 750 erano in fase di revisione e 236 erano già state pubblicate (Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Modificaciones a plataforma de participación popular y audiencias públicas marcan el inicio de semana de la Convención Constitucional*, 20/12/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/modificaciones-a-plataforma-de-participacion-popular-y-audiencias-publicas-marcan-el-inicio-de-semana-de-la-convencion-constitucional/)).

⁶⁰ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención presenta plataforma de acceso a información pública*, 20/10/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/convencion-presenta-plataforma-de-acceso-a-informacion-publica/).

Come anticipato, dopo la definizione delle regole del gioco, il **18 ottobre** – precisamente due anni dopo l’inizio dell’*Estallido social* che ha dato avvio al processo costituente – sono iniziati i lavori della Convenzione relativi alla scrittura vera e propria del testo costituzionale. Nel suo intervento, durante la sessione di apertura del dibattito, la Presidente Loncon ha evidenziato come: “los pueblos de Chile nos hemos sentado en una misma mesa, en una mesa plural y en condiciones de igualdad y horizontalidad, a discutir y pensar un país donde la dignidad se haga costumbre” e il vice Presidente Bassa ha parlato dell’inizio di un processo politico, sociale e culturale che dimostra che altri mondi sono possibili⁶¹.

Fin dalla prima settimana di lavoro è apparso evidente che, come riportato nell’“[Observación n.5](#)” dell’*Observatorio Nueva Constitución*, la futuribile Costituzione cilena, sarà basata sul passaggio dalla sussidiarietà a uno Stato sociale di diritto, dall’iper-presidenzialismo a un equilibrio tra Presidente e Congresso⁶² e da uno Stato unitario centralizzato a uno Stato

⁶¹ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Inicio debate constitucional* (https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_copy5_of_chilenas-y-chilenos-eligieron-a-los-155-representantes-de-la-nueva-convencion-constitucional).

⁶² Per quanto riguarda il regime politico, vi è una chiara volontà di abbandonare l’iper-presidenzialismo e sono state avanzate proposte che vanno dall’attenuazione del presidenzialismo, al passaggio ad un presidenzialismo parlamentarizzato, al semipresidenzialismo o al parlamentarismo. Questi non sono necessariamente governati da una logica ideologica, ma piuttosto dai modi in cui gli attori politici intendono la distribuzione del potere politico (maggiore preminenza del presidente o del Congresso). Così, a destra e a sinistra, ci sono sostenitori del presidenzialismo (in misura diversa) e lo stesso vale per il semipresidenzialismo. Il parlamentarismo è particolarmente promosso dai costituenti e dai centri di studio del *Frente Amplio*. È da sottolineare, l’accordo generalizzato sulla necessità di rafforzare il sistema dei partiti, portando ad una riduzione del loro numero, e che il sistema politico sia in grado di generare governi di maggioranza. Il punto centrale del quadro che inizia a delinearci in seno alla Convenzione è il disegno della formula costituzionale per la formazione del governo, in particolare chi sarà il capo del governo/capo dello Stato e il ruolo della maggioranza nel Congresso. (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°19: Atisbos de un debate constituyente*, 8/11/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/11/07/analisis-constituyente-n19-atisbos-de-un-debate-constituyente/>)).

Le alternative che i 25 membri della Commissione Sistema Politico, Governo, Potere Legislativo e Sistema Elettorale hanno iniziato ad affrontare sono, quindi, parlamentarismo, presidenzialismo o semipresidenzialismo ed hanno realizzato vari audizioni su quale dovrebbe essere il sistema migliore per il Cile – il **23 dicembre**, ad esempio, è stata ascoltata la ex Presidente Bachelet, che si è detta contraria all’adozione di un sistema parlamentare in quanto potrebbe generare confusione nella cultura politica del paese, non si è espressa né a favore né in contro il bicameralismo, ha riconosciuto che quattro anni per un mandato presidenziale sono un periodo di tempo breve, ma non ha definito una formula, mentre si è espressa in modo favorevole alla costituzionalizzazione dei progressi realizzatisi in vista dell’elezione della Costituente in tema di parità di genere (Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Ex presidenta Bachelet se muestra contraria al parlamentarismo y pide reforzar paridad*, 23/12/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/ex-presidenta-bachelet-se-muestra-contraria-al-parlamentarismo-y-pide-reforzar-paridad/)). Su quale sia la forma di governo per il Cile, non ci sono, infatti, ancora posizioni chiare tra i membri della Convenzione: ci sono gruppi che sostengono la migrazione verso un sistema parlamentare, anche se, in base ai diversi interventi dei membri della Commissione, la maggioranza sarebbe a favore di un sistema presidenziale attenuato. In altre parole, c’è un consenso sulla necessità di stabilire un modello che conceda più poteri al Parlamento, incoraggiando la ricerca di maggioranze che garantiscano la governabilità e limitando i poteri del Presidente della Repubblica. (Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 19/11/2021).

Il **2 dicembre**, la Commissione sistema politico ha tenuto una deliberazione approfondita in cui i componenti hanno espresso pubblicamente le loro posizioni sul regime politico. Dieci di loro si sono espressi a favore del presidenzialismo attenuato, otto a favore del parlamentarismo, uno a favore del semipresidenzialismo attenuato, e gli altri hanno espresso il loro stato di riflessione sulla questione. Allo stesso tempo, è stato annunciato che un gruppo di membri della Convenzione presenterà un testo comune sulla forma di stato. Appare, quindi, evidente che non vi è una chiara maggioranza a favore di un particolare tipo di governo in termini di regime politico. La Commissione ha evidenziato che non è possibile parlare di modelli puri di forma di governo, in quanto i paesi stanno adottando modelli ibridi che permettono loro di raggiungere un accordo e di adattare le istituzioni alla loro realtà politica e sociale e alla loro storia (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°23: Primeros visos de norma constitucional*,

decentralizzato o regionale⁶³. Inoltre, la norma fondamentale sarà contraddistinta da un nuovo sistema di diritti fondamentali – comprendente diritti sociali e nuovi diritti come la protezione della natura⁶⁴ e delle risorse naturali –, dalla parità di genere e dalla plurinazionalità come modello di Stato.

Anche se le norme cominceranno ad essere discusse e deliberate a gennaio, in attesa del recepimento delle norme di iniziativa popolare e degli altri apporti della partecipazione dei cittadini, un gruppo trasversale di membri della Convenzione provenienti da vari settori ha presentato, il **10 novembre**, la prima norma alla Segreteria della Convenzione: *Iniciativa convencional constituyente que “consagra el derecho a una vivienda digna para los chilenos*. Il testo, partendo dai dati che dimostrano che in Cile ci sono 2.500.000.000 di persone senza alloggio, il che si riflette in un deficit abitativo di 730.000 case, afferma che “Los chilenos tienen derecho a acceder a una vivienda digna y poder participar en las decisiones que influyan en las propuestas de desarrollo y planificación de las comunas que habiten, y la ley determinará y regulará los mecanismos para hacer efectiva esta facultad”⁶⁵.

La seconda proposta è stata presentata il **15 novembre**, in occasione della Giornata Internazionale contro la Violenza sulle Donne, da un gruppo di 16 costituenti femministe, e sottoscritta da altri 40 membri dell’Assemblea, e si apre con l’affermazione che “El Estado reconoce el derecho de las mujeres, niñas, diversidades y disidencias sexogénicas a una vida libre de violencia de género en el ámbito público y privado”. Secondo la proposta lo Stato deve agire con la dovuta diligenza per “prevenire, investigare, punire, riparare e sradicare tutti i tipi di violenza di genere, senza discriminazione, sia essa commessa da privati, dallo Stato, dai suoi agenti o membri”. In questo senso, è stato proposto un ampio elenco di situazioni di “vulnerabilità o svantaggio” in cui si dovrebbe prestare particolare attenzione quali: età, stato civile, etnia, lingua, religione o credo, ideologia o opinione politica o di altro tipo, origine nazionale o sociale, affiliazione, stato socio-economico, condizione lavorativa, livello di istruzione, gravidanza, orientamento sessuale, identità ed espressione di genere, aspetto

7/12/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/12/07/analisis-constituyente-23-primeros-visos-de-norma-constitucional/>). Per approfondimenti si rimanda alla “Sistematización de la Jornada de Diálogo Comisión Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral” che raccoglie e presenta un’analisi descrittiva della giornata di dialogo tenutasi il 2 dicembre 2021 durante la 18a sessione della Commissione sul sistema politico, governo, potere legislativo e sistema elettorale (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=1899&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION).

⁶³ Per quanto riguarda il tipo di Stato, finora, l’idea di uno Stato regionale, inteso in termini semplici come caratterizzato da regioni dotate di una maggiore autonomia politica, amministrativa e finanziaria, sembra essere un tema di comune accordo tra i membri della Convenzione. Ciò che è ancora in sospeso la definizione di caratteristiche più effettive e l’armonia del nuovo modello con la forma di Stato, in particolare i poteri dell’esecutivo regionale, la presenza o meno di un legislatore regionale, il ruolo dei comuni, e quale sarà la relazione tra gli organi regionali-locali e il governo centrale. Vi è anche la necessità di individuare le modalità per risolvere i conflitti di competenze, le questioni legate alla responsabilità fiscale e alla partecipazione dei cittadini. Per di più, bisogna considerare la sfida di prevedere una transizione ordinata e responsabile dal modello attuale al nuovo modello. (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°19: Atisbos de un debate constituyente*, 8/11/2021, cit.).

⁶⁴ In particolare, i primi lavori della Commissione sull’ambiente e il modello economico hanno evidenziato il sostegno, sia da parte delle personalità ascoltate che dei membri stessi, del cambiamento del paradigma costituzionale, passando dalla preminenza della Costituzione economica ad una in cui la natura, l’istituzione di beni comuni, l’idea del *buen vivir* e l’approccio eco-sistemico siano l’asse centrale. Inoltre, nella discussione sono apparsi nuovi approcci anche alla costituzione economica, che mettendo in discussione il modello attuale, riconfigurano la libertà di impresa ed economica verso un suo nuovo approccio al ruolo pubblico. (Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°19: Atisbos de un debate constituyente*, 8/11/2021, cit.).

⁶⁵ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UCHile Constituyente*, 12/11/2021.

personale, stato di salute, migrazione, stato di rifugiato, ruralità, disabilità o qualsiasi altra condizione. Lo Stato dovrà assicurare un *budget* sufficiente per garantire questo diritto, generando politiche intersettoriali di promozione, prevenzione, formazione ed educazione al genere e ai diritti umani. Allo stesso modo, le istituzioni della giustizia dovranno garantire un'indagine efficace e tempestiva, un giusto processo con una prospettiva di genere, la protezione e i diritti delle vittime, e l'applicazione di misure o sanzioni, evitando la rivittimizzazione.

Particolarmente significativo è che, pochi giorni dopo, il **29 dicembre**, vi è stata la prima norma costituzionale popolare, proposta attraverso la *Plataforma Popular de Norma*, che ha raggiunto, le firme necessarie per essere inclusa nel dibattito costituzionale, elaborata dall'*Asamblea Permanente por la Legalización del Aborto en Chile "Será Ley"*. Questa iniziativa è stata pubblicata solo il 24 dicembre, quindi in sette giorni ha raggiunto i requisiti necessari ovvero, oltre le 15 mila firme, che i firmatari provenissero da almeno quattro regioni, e risulta che questa iniziativa ha avuto sostenitori in tutte le 16 regioni del Paese. È evidente, quindi, quanto sia una richiesta trasversale. Tale evento conferma che il testo della Costituzione sarà caratterizzato da misure volte ad una maggiore inclusione e tutela dei collettivi che fino a questo momento sono stati marginalizzati, come appunto le donne⁶⁶.

4. Il risultato delle elezioni generali e presidenziali: un banco di prova per la costituente

Il **21 novembre** in Cile ogni elettore che si è recato ai seggi ha ricevuto le schede elettorali corrispondenti alle elezioni del Presidente⁶⁷, dei deputati⁶⁸ e dei consiglieri regionali⁶⁹. In alcune regioni (Antofagasta, Coquimbo, O'Higgins, Ñuble, Biobío, Los Ríos, Los Lagos, Magallanes

⁶⁶ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Con apoyos en las 16 regiones del país: Primera iniciativa de norma logra 15 mil firmas*, 2°/12/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/con-apoyos-en-las-16-regiones-del-pais-primer-a-iniciativa-de-norma-logra-15-mil-firmas/).

⁶⁷ L'articolo 26 della Costituzione del 1980 stabilisce che il Presidente è eletto per voto diretto e a maggioranza assoluta dei voti validamente espressi. Questa elezione si deve tenere 90 giorni prima della fine del mandato del presidente in carica e qualora e nessun candidato ottenga più della metà dei voti, si terrà un'altra elezione 15 giorni dopo la rispettiva dichiarazione del Tribunale di qualificazione. (Cfr. F. QUINTERO NADER, *El sistema electoral en Chile*, 68)

⁶⁸ Durante la seconda presidenza Bachelet, con la Legge n. 20.840 del 2015, si pone fine al sistema elettorale binominale, anomalia del costituzionalismo pinochettista. La nuova legge elettorale prevede l'applicazione di un sistema proporzionale con formula D'Hont, l'aumento del numero dei parlamentari, la riduzione del numero delle circoscrizioni elettorali e l'abbassamento della soglia legale per la costituzione di un partito politico. La riforma comportò una riduzione del numero di distretti elettorali per i deputati, da 60 a 28, che avrebbero eletto 155 deputati, invece dei 120 esistenti a partire dal 1990, e ogni distretto avrebbe eletto da 3 a 8 deputati, a differenza dei 2 previsti precedentemente. (Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, Santiago, Sociedad de Políticas Públicas, 8-9).

⁶⁹ Ogni regione del Cile ha un governo regionale, composto dal governatore e dal consiglio regionale (CORE). Il Consiglio Regionale è un organo collegiale con poteri normativi, decisionali e di controllo, ed è stato creato dalla Legge Organica Costituzionale 19.175 sul Governo e l'Amministrazione Regionale. I consiglieri sono eletti a suffragio universale e con voto diretto, rimangono in carica per quattro anni e possono essere rieletti senza alcun limite. Il numero di consiglieri dipende da ogni regione – fino a 400.000 abitanti, sono eletti 14 consiglieri; tra 400.000 e 800.000 abitanti, 16; più di 800.000 abitanti e fino a 1.500.000, 20; più di 1.500.000 abitanti e meno di 4 milioni, 28 consiglieri; più di 4 milioni di abitanti, 34 consiglieri). Per determinare gli eletti, il Tribunale Elettorale Regionale dovrà seguire il sistema di ripartizione, applicato anche nell'elezione dei consigli comunali, che cerca di garantire attraverso un sistema proporzionale la rappresentatività dei vari patti, partiti e candidature indipendenti (Cfr. SERVEL, *¿En qué consiste el cargo de Consejera/o Regional?*, 29/10/2021 (<https://www.servel.cl/en-que-consiste-el-cargo-de-consejera-o-regional/>)).

e la Regione Metropolitana) si è votato anche per i rispettivi senatori⁷⁰, mentre i cittadini cileni residenti all'estero hanno votato solo per le presidenziali⁷¹.

L'elezione dei consiglieri regionali è stata un'elezione molto periferica e ciò è dipeso dal fatto che si sono tenute elezioni concomitanti, dove le questioni nazionali hanno sovrastato quelle regionali così come le campagne elettorali. Tale circostanza ha comportato anche numerose schede bianche in quanto molti cittadini, andati a votare principalmente per le elezioni presidenziali e congressuali, hanno ricevuto non solo schede numerose, ma anche caratterizzate da elenchi molto lunghi. Tali elementi, probabilmente, hanno difficoltàato il voto e spinto alcuni elettori a non compilare la scheda.

Per quanto riguarda, invece, i deputati che saranno in carica per il periodo 2022-2026, le elezioni hanno portato ad una Camera molto divisa. Secondo i risultati preliminari⁷², dei 155 seggi da eleggere la coalizione di destra, in quel momento al governo, *Chile Podemos Más*, ha ottenuto 55 seggi; il *Frente Social Cristiano*, la coalizione elettorale che include il Partito Repubblicano di estrema destra, ha ottenuto 15 seggi; mentre i blocchi di sinistra *Nuevo Pacto Social* e *Apruebo Dignidad* ne hanno ottenuti 37 ciascuno. I seggi del *Frente Social Cristiano* aggiunti a quelli di *Cile Podemos Más* anticipano un'articolazione della destra che le permetterebbe di aspirare alla maggioranza parlamentare. D'altra parte, il Partito Popolare, una formazione che è apparsa nella vita politica istituzionale con il suo candidato presidenziale, Franco Parisi – che ha svolto interamente la campagna elettorale dall'estero – ha ottenuto 6 seggi.

Nella Camera alta, invece, il conglomerato filo-governativo ha conquistato 22 seggi, diventando il partito più votato, seguito dall'alleanza di centro-sinistra *Nuevo Pacto Social* – in cui convergono la Democrazia Cristiana, il Partito Socialista, il Partito della Democrazia e il Partito Liberale – che ha ottenuto 17 seggi. Infine, il patto *Apruebo Dignidad*, che comprende i partiti del *Frente Amplio* e il Partito Comunista, ha ottenuto 5 seggi. Spicca l'appoggio ottenuto della candidata indipendente Campillai, nella Regione Metropolitana, che l'ha portata ad occupare un seggio nell'emiciclo. Campillai è conosciuta per essere una delle vittime emblematiche della repressione poliziesca avutasi in Cile durante le proteste del 2019, dopo aver ricevuto l'impatto di una bomba lacrimogena lanciata da un ufficiale dei *Carabineros* che l'ha lasciata cieca, senza gusto e olfatto. Anche il Fronte Social Cristiano, di estrema destra, ha ottenuto un seggio in rappresentanza della capitale.

⁷⁰ La Legge n. 20.840 del 2015 stabilì che il numero dei senatori sarebbe aumentato da 38 a 50. Queste sarebbero stati eletti in 15 circoscrizioni, che avrebbero territorialmente coinciso con le differenti regioni e avrebbero avuto un'ampiezza variabile da un minimo di 2 senatori ad un massimo di 5. (Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, Santiago, Sociedad de Políticas Públicas, 9).

⁷¹ Cfr. SERVEL, *Servel inició la jornada llamando a informarse por fuentes oficiales y no difundir noticias falsas*, 21/11/2021 (<https://www.servel.cl/servel-inicio-la-jornada-llamando-a-informarse-por-fuentes-oficiales-y-no-difundir-noticias-falsas/>).

⁷² Cfr. SERVEL, *Servel entregó el último boletín de resultados preliminares con el cien por ciento de las mesas escrutadas*, 22/11/2021 (<https://www.servel.cl/servel-entrego-el-ultimo-boletin-de-resultados-preliminares-con-el-cien-por-ciento-de-las-mesas-escrutadas/>); SERVEL, *Último Boletín de Resultados Parciales*, 22/11/2021 (<https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2021/11/Ultimo-Boletin-Parcial-Total.pdf>).

I dati emessi dal *Servicio electoral de Chile* non sono i risultati definitivi in quanto, in base a quanto previsto dall'articolo 90 della legge costituzionale sul *Tribunal Calificador de Elecciones*, è questo organo ad essere responsabile dello scrutinio generale delle elezioni del Presidente della Repubblica, dei deputati e dei senatori e dei plebisciti, e risolve anche i reclami presentati in relazione a queste materie. Ha il compito di verificare il risultato dei processi elettorali e plebiscitari (sia nazionali che comunali) e di proclamare gli eletti o il risultato del plebiscito. (Cfr. F. QUINTERO NADER, *El sistema electoral en Chile*, 70).

Le elezioni del Congresso, in particolare, impongono di riflettere su alcune questioni che saranno fondamentali non solo per il proseguimento dei lavori della Convenzione, ma anche per l'approvazione del testo che elaborerà.

In primo luogo è evidente che, mentre la sinistra dovrà cercare di riarticolarsi per creare un equilibrio in entrambe le camere, forgiando alleanze tra blocchi frammentati, la destra appare più compatta e ciò potrebbe costituire un serio freno alla costituente, in quanto, data la conformazione delle due camere, molte delle sue proposte saranno difficili da attuare.

È evidente, inoltre, la dissonanza tra le maggioranze sociali e quelle elettorali, che al contrario delle prime, almeno apparentemente, sono cambiate notevolmente rispetto al plebiscito e all'elezione della CC. Le elezioni del Legislativo, così come quelle dei consiglieri regionali, hanno evidenziato un appoggio per i partiti di destra. Tale situazione, che apparentemente potrebbe sembrare un cambiamento radicale rispetto ai risultati dei precedenti eventi elettorali, in realtà si spiegherebbe assumendo che parte del 78,27% degli elettori, che il 25 ottobre 2020 hanno votato a favore dell'*Apruebo* lo hanno fatto anche considerando che avrebbero potuto esprimersi contro la legge fondamentale elaborata, in occasione del plebiscito di uscita.

L'elezione della Camera dei Deputati, nello specifico, dimostra anche l'importanza della regola della parità applicata per l'elezione dell'Assemblea costituente⁷³. Al contrario di quanto avvenuto in questa occasione, nonostante la presenza di deputate si sia consolidata⁷⁴, il loro

⁷³ Il 24 marzo 2020, è stata promulgata la [Legge n. 21.216](#) che *Modifica la carta fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República*. Quest'ultima ha introdotto tre disposizioni transitorie con l'obiettivo di stabilire regole speciali volte a disciplinare i requisiti in materia di candidature indipendenti e di parità di genere. Per quanto riguarda il secondo aspetto regolamentato da questa legge è stato previsto che le liste dei partiti politici, dei patti elettorali o di quelli indipendenti, avrebbero dovuto indicare, nell'ordine dei candidati in ogni circoscrizione elettorale, come primo nominativo quello di una donna seguito da quello di un uomo e mantenere tale alternanza. Il sistema previsto per l'elezione della Convenzione è stato, quindi, orientato al raggiungimento della parità di rappresentanza tra uomini e donne, per cui nei distretti con un numero pari di seggi è stato eletto un numero uguale di uomini e donne, mentre nei distretti con un numero dispari di seggi, non è potuta risultare una differenza tra uomini e donne superiore ad un seggio (Cfr. R. IANNACCONE, *La Convezione Costituente cilena: un'importante possibilità per il costituzionalismo contemporaneo*, cit., 5). In questi ultimi, quindi, è stata prevista l'applicazione di una correzione se il risultato non era di per sé paritario, per cui i candidati del genere sovrarappresentato che hanno ricevuto meno voti sono stati sostituiti dai candidati del genere opposto – dello stesso partito, lista o patto – che avevano ricevuto più voti. La logica sottesa a questa misura è stata assicurare la presenza di più donne nella CC – auspicando l'adozione di un approccio di genere in tutte le parti della Costituzione. (Cfr. S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordinadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3.). Sorprendentemente, la correzione dinanzi illustrata è stata applicata in 11 casi a favore di uomini e solo in 5 casi a favore di donne. L'assemblea costituente, in fine, è risultata composta da 78 uomini e 77 donne. (P. POO, *Análisis del resultado de las elecciones a la Convención Constitucional. Un abordaje desde los bienes de la naturaleza*, Heinrich Böll Stiftung. Cono Sur, 2020, 7.). La Convenzione, infatti, rappresenta un *unicum* nello scenario comparativo per il suo carattere paritario. Per quantificare questa parità, la differenza massima proposta è stata il 45% di rappresentanti di un genere e il 55% a favore dell'altro, secondo i meccanismi di presentazione della lista e di successiva correzione degli eletti. Gli obiettivi perseguiti da questa misura sono stati legati al rafforzamento del carattere democratico e inclusivo del testo costituzionale, attuando così il principio di uguaglianza nel suo aspetto materiale e non solo formale. Infatti, la parità politica, tradotta nella possibilità per le donne di partecipare alle decisioni strategiche, richiede un nuovo patto sociale in cui si riconosca la necessità del contributo di entrambi i sessi. Di conseguenza, la decisione della maggioranza degli elettori cileni che hanno votato nell'ottobre 2020 è stata un impulso a ripensare la rappresentanza in modo dicotomico, chiedendo la partecipazione di uomini e donne nella redazione della Magna Carta. (S. RAGONE, J. I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordinadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, cit., 3.).

⁷⁴ La Legge n. 20.840 del 2015 perseguì una serie di obiettivi, tra i quali l'aumento della proporzionalità, cercando di migliorare la parità di voto, l'inclusione di nuove forze politiche e delle donne, l'aumento della concorrenza e la certezza dei risultati. In particolare, per quanto riguarda il tema della rappresentanza femminile venne introdotto un sistema di quote, per cui i partiti avrebbero dovuto avere almeno il 40% di candidate (Cfr. M. Á. FERNÁNDEZ, P. SIEGEL, *Análisis del cambio de sistema electoral en Chile*, cit., 9.).

numero non supera 1/3 del totale dei seggi il che dimostra quanto tale collettivo sia ancora notevolmente sottorappresentato nell'organo legislativo. Tale risultato, evidenzia, quindi quanto il tema della parità – tra i principi cardine dal lavoro costituente – dovrà essere effettivamente parte della futura legislazione elettorale.

L'ultimo elemento che viene in rilievo è la polarizzazione che ha caratterizzato queste elezioni e che è stata ancora più accentuata nelle elezioni presidenziali.

Il **21 novembre**, infatti, si sono svolte anche le elezioni per la presidenza, che sono terminate con un sostanziale pareggio tra due candidati di ideologie diametralmente opposte, ovvero José Antonio Kast dello schieramento di estrema destra *Frente Social Cristiano*, che ha ottenuto il 27,9%, e Gabriel Boric, candidato di tutt'altra afferenza politica (*Apruebo Dignidad*), che ha ottenuto il 25,8% dei voti. Gli altri partecipanti sono stati Franco Parisi (12,8%), Sebastián Sichel (12,8%), Yasna Provoste (11,6%), Marco Enríquez-Ominami (7,6%) e Eduardo Artés (1,5%).

Volendo tracciare brevemente i profili dei due candidati maggiormente sostenuti dalla popolazione cilena, che si sono poi contrapposti nel ballottaggio del **19 dicembre**, si evidenzia che Boric ha partecipato all'Accordo del 15 novembre e sostiene fortemente la tesi che l'ottobre 2019, il plebiscito del 2020 e le elezioni della Convenzione hanno segnato un nuovo scenario sociale e politico. Il suo sostegno al processo è esplicito e alcuni membri della costituente appartengono alla sua stretta cerchia politica. Al contrario, Kast rappresenta l'idea di adesione alla Costituzione in vigore, l'opzione "*Rechazo*" del plebiscito e l'opposizione al lavoro della maggioranza della Convenzione. Il 21 novembre, quindi, si sono aperti due scenari contrapposti per il futuro della CC, a seconda del risultato del ballottaggio, in quanto il Presidente ricoprirà un ruolo fondamentale per i lavori dell'Assemblea. Il capo dell'Esecutivo avrà, infatti, il compito di accompagnare e collaborare ai lavori della *Convención* anche se, in base al principio della separazione dei poteri, gli è vietato pronunciarsi su questioni di competenza della costituente⁷⁵.

Il secondo turno delle elezioni presidenziali si è concluso con la netta vittoria del candidato di *Apruebo Dignidad* che ha ottenuto il 55,81% dei voti, mentre Kast ne ha ottenuto il 44,19%. Gabriel Boric Font è così diventato il 34° Presidente della Repubblica del Cile e il più giovane nella storia del Paese, dato che quando entrerà in carica l'11 marzo 2022, avrà da poco compiuto 36 anni e l'età minima prevista dalla Costituzione per potersi candidare alla carica presidenziale è di 35 anni.

Particolarmente significativo è stato il fatto che, nonostante la tradizione repubblicana preveda che le prime visite protocollari di un Presidente eletto siano a i tre rami del governo: esecutivo, legislativo e giudiziario, Boric ha tenuto la sua seconda riunione ufficiale, il **21 dicembre**, nell'ex Congresso nazionale, dove opera la Convenzione. Questo evento potrebbe rappresentare una pietra miliare per il futuro del Cile, dimostrando un sostegno forte e reale al lavoro dei membri della costituente. Il futuro Presidente ha chiarito, tuttavia, che questo appoggio non significherà un suo intervento nelle funzioni dei *convencionales*:

⁷⁵ Cfr. OBSERVATORIO NUEVA CONSTITUCIÓN, *Análisis Constituyente N°24: Impacto de la elección presidencial en la Constitución (actual y futura)*, 14/12/2021 (<https://www.observatorionuevaconstitucion.cl/2021/12/14/analisis-constituyente-no24-impacto-de-la-eleccion-presidencial-en-la-constitucion-actual-y-futura/>).

Per la Convenzione inizia, sicuramente, una nuova relazione con La Moneda, rapporto che è fino a questo momento era stato difficoltoso, come si è detto all’inizio di questo articolo⁷⁶.

Tuttavia, lo scenario politico attuale rimane difficile da decifrare, poiché la politica ordinaria è andata in direzione opposta alla politica costituente. Le elezioni della CC hanno impostato la discussione costituzionale su un’agenda che si colloca a sinistra dello spettro politico e, per lo più al di fuori del sistema partitico⁷⁷. Al contrario, le elezioni dell’organo legislativo hanno dimostrato un ritorno al paradigma tradizionale della politica cilena e un significativo sostegno alle formazioni di destra e ad una destra conservatrice e restauratrice.

5. Conclusioni: i *prossimi passi della CC*.

La plenaria della Convenzione costituzionale ha approvato il **3 novembre** – con 124 voti a favore, 13 contrari e 11 astensioni – il [calendario](#) definitivo per lo svolgimento della nuova fase del processo costituente, che ha stabilito le date delle votazioni, che dovrebbero aver luogo durante la settimana del 7-11 febbraio. Il cronoprogramma, elaborato tenendo conto delle osservazioni presentate dai costituenti che rappresentano i collettivi, prevede un lasso di tempo maggiore per l’elaborazione delle iniziative costituzionali, aumentando il numero di sessioni plenarie per le votazioni da 12 a 21, e stabilisce il venerdì come giorno provvisorio di lavoro se dovesse essere necessario. Come già anticipato, per quanto concerne le iniziative popolari di legge, inizialmente, la presentazione era stata prevista dall’8 novembre al 6 gennaio 2022, ma è stata posticipata dal **22 novembre 2021** al **20 gennaio 2022**. In fine, è stato previsto che il plebiscito intermedio dirimente, per quelle norme che non otterranno 103 voti a favori ma superino i 93, si svolgerà il 28 maggio⁷⁸.

È possibile, quindi, identificare tre fasi che caratterizzeranno l’ultimo periodo di lavoro della Convenzione. La prima, che è già in corso e terminerà il 20 gennaio, è quella dell’insediamento delle Commissioni e della partecipazione popolare, in cui le diverse Commissioni riceveranno le proposte della cittadinanza attraverso audizioni, iniziative popolari e gli altri meccanismi stabiliti nei regolamenti. La successiva sarà quella di deliberazione e voto delle norme costituzionali, sia nelle Commissioni che nella plenaria, che durerà fino al 20 aprile. In fine,

⁷⁶ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UChile Constituyente*, 24/12/2021; Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Mesa de la Convención Constitucional recibe al Presidente electo Gabriel Boric*, 21/12/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/mesa-de-la-convencion-constitucional-recibe-al-presidente-electo-gabriel-boric/).

⁷⁷ Le elezioni della CC dello scorso maggio hanno rappresentato una novità anche rispetto all’appartenenza partitica dei e delle *convencionales constituyentes*, principalmente per il gran numero di seggi ottenuti dalle liste di indipendenti non legati a nessun partito politico. I candidati di queste liste hanno ottenuto, infatti, un totale di 48 seggi. È rilevante anche il risultato della lista “*Apruebo Dignidad*” – composta dal *Frente Amplio*, dal Partito Comunista e da altri conglomerati di sinistra – che ha ottenuto 28 seggi. I grandi perdenti in queste elezioni sono stati, invece, i partiti politici tradizionali. Da un lato, la lista *Chile Vamos* – che riunisce i partiti politici di destra e di centro-destra, che sostenevano il governo Piñera – ha ottenuto 37 seggi, molto al di sotto del terzo dei rappresentanti a cui questo gruppo aspirava, per influenzare in modo decisivo la Convenzione. Addirittura peggiore è stato il risultato ottenuto dai partiti della “*Ex Concertación*” – che hanno governato il paese tra il 1990 e il 2010, ora riuniti sotto il nome di “*Lista del Apruebo*” – che hanno ottenuto 25 seggi. (Cfr. R. IANNACCONI, *I primi passi della Convención Constitucional cilena, tra risultati inaspettati e decisioni rilevanti*, cit., 5-6; M. OÑATE SALAS, M. SANHUEZA GONZÁLEZ, *Las elecciones de Convencionales Constituyentes para la redacción de la nueva Constitución de Chile*, in *Dpce online*, n. 1/2021, 3.).

⁷⁸ Cfr. CONVENCION CONSTITUCIONAL, *Convención aprueba cronograma de trabajo constitucional*, 3/11/2021 (https://www.chileconvencion.cl/news_cconstitucional/convencion-aprueba-cronograma-de-trabajo-constitucional/).

L'ultima fase coinciderà con l'armonizzazione delle norme costituzionali. Sarà, a tal fine, formata la Commissione di armonizzazione, che avrà il compito di assicurare che ogni norma sia conforme al rango costituzionale, e saranno presentate le "indicazioni" alle norme. Questa fase durerà, in base al calendario, fino al 24 giugno, quando il testo costituzionale finale dovrebbe essere pronto per essere sottoposto al corpo elettorale nel plebiscito di uscita⁷⁹.

Saranno almeno tre le sfide di questa nuova fase. In primo luogo, vi è il dibattito in seno alla CC sulla scrittura del testo, che però, dopo l'approvazione dei regolamenti, almeno su alcuni argomenti, potrebbe non essere particolarmente divisivo. Vi è, poi, la necessità che il Congresso appoggi, attraverso la sua attività normativa, i lavori della Convenzione, soprattutto in materia di plebiscito dirimente e qualora dovesse essere necessario prolungare i lavori costituenti. Tuttavia, come già analizzato, dato il risultato delle elezioni dello scorso 21 novembre, tale collaborazione potrebbe essere molto difficoltosa. Infine, vi sarà sicuramente la sfida di render conto dell'impatto dei processi partecipativi nella redazione delle norme costituzionali. Come è stato anticipato, la partecipazione popolare e, in particolare, quella dei collettivi marginalizzati – come le donne, i popoli indigeni e gli studenti – è fondamentale per garantire la legittimità del processo costituente. Proprio per questo, sono stati previsti numerosi strumenti, ma della loro effettività sarà possibile saperne solo nei prossimi mesi.

⁷⁹ Cfr. V. H. MORENO SOZA, *Claves de esta semana en la Convención Constitucional*, in *UC Chile Constituyente*, 29/10/2021.



“Un autunno caldo”: le forze politiche si sfidano alle urne delle amministrative guardando al Quirinale*

di Marco Mandato** e Giuliaserena Stegher***

La ripresa di settembre non ha stemperato gli animi, ma al contrario ha visto il riacutizzarsi dello scontro tanto a livello politico quanto a livello sociale, nelle complesse cornici della pandemia e del semestre bianco che hanno accompagnato l'autunno e l'inverno 2021. A tal proposito, in ragione dell'obbligatorietà del cd. “Green pass”, certificazione che attesta l'avvenuta vaccinazione, ovvero guarigione o ancora la negatività a un tampone, il fronte di popolazione [no vax ha promesso di dare battaglia](#) già dai **primi giorni di settembre**, minacciando il blocco degli *hnb* portuali, aerei e delle stazioni. In ragione di ciò, il titolare del Viminale ha assunto la decisione di disporre un imponente schieramento delle forze dell'ordine.

A nulla sono valsi gli appelli per la ripresa in sicurezza delle attività dopo la pausa agostana, anche in considerazione dell'avvio dell'anno scolastico, per la cui preparazione si è attivato il Ministro Bianchi con il Piano scuola 2021/22, il [Protocollo d'intesa per la ripresa in sicurezza](#), nell'alveo delle misure recate dal [decreto legge 6 agosto n. 111](#).

A livello politico, nei **primi giorni di settembre** gli attori in gioco hanno cominciato a mostrare una certa insofferenza e un forte nervosismo, complici i due prossimi appuntamenti, quali quello delle elezioni amministrative previste per i primi di ottobre e l'elezione del Capo dello Stato previste a partire dal mese di gennaio 2022.

Lo scontro si è manifestato in particolar modo nel centro-destra, che ha visto una nuova ondata di critiche nei confronti della Ministra Lamorgese e una presa di posizione di Mara Carfagna che si è schierata apertamente a favore della campagna vaccinale e dell'integrazione europea. La tensione ha registrato un primo picco durante la [discussione degli emendamenti al decreto green pass](#) in commissione Affari Sociali della Camera, ove il **primo settembre Lega, Fdi e alcuni ex membri del gruppo pentastellato** hanno presentato e votato tali strumenti

* Nel presente lavoro, l'introduzione è da attribuirsi alla Dott.ssa Giuliaserena Stegher per i mesi di settembre e ottobre, al Dott. Marco Mandato per i mesi di novembre e dicembre. Per quanto riguarda invece le Sezioni: 'Partiti', 'Parlamento', 'Governo' sono da attribuirsi alla Dott.ssa Giuliaserena Stegher, 'Capo dello Stato', 'Corte costituzionale', 'Magistratura' e 'Autonomie' sono da attribuirsi al Dott. Marco Mandato.

** Consigliere parlamentare dell'Assemblea Regionale Siciliana. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

*** Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

modificatori confenzionati appositamente per l'abolizione del green pass. Le critiche non si sono fatte attendere, a maggior ragione per la discordanza di intenti palesata da una parte in Consiglio dei Ministri e dall'altra all'interno del Parlamento. Ad ogni modo, fallito il tentativo in Commissione, non è mancato l'intervento del Presidente del Consiglio Draghi che, in occasione di una conferenza stampa tenuta il **3 settembre**, ha anticipato che le intenzioni sarebbero state quelle di [procedere speditamente verso la ripresa attraverso il ricorso a una triade, basata su obbligo vaccinale, terza dose ed estensione del green pass](#). Nonostante la forte richiesta di chiarimento politico manifestata da alcuni esponenti del centro-sinistra, il Presidente Draghi ha rigettato l'invito, cercando di rimanere il più possibile estraneo al conflitto e appellandosi alle forze politiche per il raggiungimento di una ["convergenza e una stagione di disciplina"](#).

L'accordo è stato trovato a margine dell'approvazione del decreto green pass, dopo numerose tensioni e veti contrapposti. La convergenza si è basata sull'apertura del Governo nei confronti della Lega che, dopo aver [ritenuto imprescindibili i suoi 5 punti](#), ha abbandonato la posizione astensionista minacciata alla Camera e [ha approvato](#) il **10 settembre** il provvedimento di conversione recante l'obbligo del certificato per ristoranti al chiuso, piscine e palestre, musei, cinema e spettacoli. Il testo, che ha ottenuto nella camera bassa 259 voti favorevoli, 34 contrari e 2 astenuti, è stato trasmesso all'altro ramo per il relativo esame.

L'obbligo di certificazione verde, [inizialmente previsto per solo alcuni settori](#), è stato dapprima esteso alle scuole di ogni ordine e grado e alle università attraverso un decreto legge deliberato dal Consiglio dei Ministri, che hanno inserito anche la misura dell'obbligo vaccinale a tutti coloro che accederanno per servizio o lavoro a una residenza sanitaria assistita a partire dalla prima decade di ottobre. Lo stesso poi è stato esteso, sempre tramite decreto, ad altri soggetti, secondo un principio di gradualità progressiva, fino a ricomprendere in linea generica tutti i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche e del settore privato.

Nel frattempo, in attesa delle imminenti elezioni amministrative, i soggetti politicamente rilevanti hanno cominciato a tessere le fila. Se i redivivi usciti dal Movimento 5 stelle si sono raccolti e il **3 settembre** hanno dato vita a un nuovo soggetto politico quale ["Partecipazione Attiva"](#), con l'intenzione di raccordarsi con la componente creata all'interno del gruppo Misto de L'Alternativa C'è; le forze di maggioranza non sono rimaste a guardare.

Il Segretario del Partito democratico, dopo aver chiuso all'ipotesi di un congresso anticipato, la cui possibilità aveva cominciato a serpeggiare tra le diverse anime democratiche, il **13 settembre** [ha deciso di riunire la Direzione nazionale e ha lanciato un appello](#) ai suoi sodali per giungere compatti all'appuntamento elettorale.

Nella Lega di Salvini, impegnata oramai in una battaglia contro il Ministro dell'Interno Lamorgese per la gestione della sicurezza e della questione dei migranti, si è cercato invece di costruire una visione d'insieme e maggiormente condivisa per evitare di curvare verso un'eccessiva personalizzazione, lasciando Salvini come unica guida al comando.

Il Movimento 5 stelle, a guida di Giuseppe Conte, ha proseguito l'opera di autorinnovamento, tant'è che tra il **13** e il **16 settembre** è stato istituito il nuovo [Comitato di Garanzia](#), chiamato non solo ad assicurare la corretta applicazione delle disposizioni dello Statuto, ma anche a decidere sulla sussistenza dei requisiti per l'iscrizione al Movimento, a esprimere il parere sulla

compatibilità con i valori e le politiche del Movimento delle candidature a cariche, nonché per deliberare (all'unanimità dei suoi tre membri) la sfiducia al presidente o al garante. Gli iscritti pentastellati hanno espresso il voto sulla nuova [piattaforma telematica Skyvote](#), al cui scrutinio sono risultati eletti Luigi Di Maio, Roberto Fico e Virginia Raggi (rispettivamente con 11.748, 11.949 e 22.289). Nella stessa occasione, si è proceduto all'elezione di un componente del collegio dei probiviri. L'assemblea degli iscritti M5S ha stabilito che: a far parte del Collegio dei Probiviri, con Jacopo Berti e Fabiana Dadone, è Riccardo Fraccaro che ha ricevuto 21.097 preferenze

Pur avanzando la campagna di vaccinazione e le misure connesse e funzionali all'obiettivo di porre fine alla pandemia, il Governo non è riuscito ad approvare altre misure previste della *road map*. Difatti, nonostante il Consiglio dei Ministri avesse varato i decreti green pass, il Presidente Draghi ha ritenuto opportuno rinviare l'auspicata [riforma del fisco](#), in considerazione della forte spaccatura che ha visto fortemente contrari tanto la Lega quanto Forza Italia. Sul tema non ha mancato di far pervenire la propria posizione lo stesso Letta che, il **18 settembre**, ha rilanciato peraltro l'ipotesi di una [patrimoniale](#) a sostegno dei diciottenni.

Intanto, pur oramai ufficialmente nel pieno del Semestre bianco, il Presidente Mattarella ha assolto ad alcuni impegni internazionali. Dopo aver ospitato il [XVI vertice dei capi di Stato del Gruppo Arraiolos](#) il **15 settembre**, [il Capo dello Stato ha incontrato al Quirinale](#), il **16 settembre**, in separate udienze, il Presidente della Repubblica di Malta Vella, il Presidente della Finlandia Niinistö, il Presidente d'Irlanda Higgins e il Presidente di Ungheria Áder.

Intanto il Presidente del Consiglio Draghi, impegnato nel [Law Enforcement Forum organizzato dal Dipartimento della pubblica sicurezza e da Europol](#) del **21 settembre**, ha rassicurato sull'impegno del Governo nell'attività di controllo e repressione da qualsiasi tentativo di frode e di infiltrazione criminale nell'utilizzo dei fondi che finanziano il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Nonostante ciò, lo stesso Draghi, con un'informativa delegata a [Roberto Garofoli](#) e al ministro dell'Economia Daniele Franco, ha richiamato l'attenzione dei Ministri per il raggiungimento degli obiettivi del *Recovery plan*. Difatti, fino al **24 settembre** sono stati raggiunti solo 12 dei 51 obiettivi totali previsti.

Un nuovo scontro politico ha investito la Lega di Salvini. Da un lato aspre critiche sono pervenute dal Segretario del partito [Letta](#) che, in occasione della [Festa dell'Unità di Modena](#), ha nuovamente attaccato Matteo Salvini tanto con riguardo l'atteggiamento tenuto in occasione dell'approvazione dei decreti green pass, quanto per il sodalizio con le forze politiche sovraniste europee. Dall'altro, invece, rilevanti tensioni si sono ingenerate con [Forza Italia dopo le adesioni, concretizzate e annunciate, di forzisti](#) trasmigrati sia nel Consiglio della Regione Lombardia sia in Parlamento.

La tensione, accresciuta sino alla chiusura della campagna elettorale per le amministrative si è manifestata in maniera preponderante all'interno del centro-destra. Le indiscrezioni sulla rottura del patto politico sono state alimentate anche da imprevisti di spostamenti in occasione della chiusura della campagna elettorale del candidato al sindaco di Milano Bernardo. Difatti, dopo il [mancato incontro](#) tra Salvini e Meloni durante la conferenza stampa, i due leader si sono affrettati a far circolare una nota congiunta con cui hanno smentito la presenza di tensioni in essere.

Peraltro, dopo lo [scoppio del caso Morisi](#), ex portavoce della Lega dimessosi per presunta cessione di droga, il leader Salvini ha annunciato di voler avviare la stagione [dei congressi](#), interrotti per il diffondersi della pandemia. Nonostante ciò, il Segretario leghista ha rassicurato circa ipotetici tentativi di sfida interna che metterebbero in discussione la sua leadership, in particolar modo provenienti dal suo braccio destro Giorgetti.

Una filtra coltre di polemiche ha accompagnato i lavori del Governo, impegnato nel confezionamento della manovra economica nell'alveo di un quadro economico particolarmente favorevole. L'Esecutivo ha annunciato, per voce del Presidente del Consiglio, i passi successivi dopo aver varato la Nota di aggiornamento al documento di economia e finanza. È stata così stata annunciata la "fase 2" del [cronoprogramma del Governo](#), basata sulla riforma del fisco, mediante lo strumento della delega e da svolgersi in due scaglioni, del catasto, nonché il disegno di legge sulla concorrenza. Nonostante questa *road map* particolarmente serrata, il **29 settembre** il Governo ha prorogato i termini per la [raccolta delle firme sui referendum](#) sulla cannabis e su quello per l'abrogazione del green pass, concedendo un mese in più per il deposito in Cassazione delle 500mila firme necessarie. Dopo che a inizio **settembre** il Comitato promotore ha presentato i quesiti per depenalizzare la coltivazione di cannabis ed eliminare la pena detentiva per ogni condotta illecita connessa, il Governo ha deciso di accogliere la richiesta di proroga a seguito delle difficoltà da diversi Comuni di poter certificare entro il **30 settembre** tutte le oltre 600mila firme raccolte.

Tra una tensione e una crisi interna, gli attori politicamente rilevanti sono giunti agli appuntamenti elettorali delle elezioni amministrative del **3 e 4 ottobre**, delle elezioni amministrative nella Regione Siciliana, nella Regione Autonoma della Sardegna e nella Regione Autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol del **10 e 11 ottobre**.

[All'esito degli scrutini del primo turno](#), il centro-sinistra è riuscito a ottenere alcune delle [città](#) più importanti, quali Bologna, Milano e Napoli, mentre Roma e Torino hanno dovuto attendere i ballottaggi. In particolare, a Milano è stato confermato il sindaco uscente Beppe Sala, che ha ottenuto il 57,7% dei voti, mentre il candidato di centrodestra Luca Bernardo si è fermato al 32%. A Napoli invece il candidato Gaetano Manfredi, sostenuto dall'asse centrosinistra-M5S, ha ottenuto il 62,8% dei voti. Anche a Bologna è riuscito a vincere al primo turno il candidato di centro-sinistra che ha ottenuto il 61,9% delle preferenze.

Non avendo ottenuto un numero di voti sufficiente a vincere al primo turno, i candidati presentatisi a Roma e a Torino hanno dovuto attendere le due settimane necessarie per lo svolgimento dei ballottaggi. Proprio in considerazione del secondo turno, [i partiti hanno cercato di trovare accordi](#), anche in funzione del bacino elettorale rappresentato dai pentastellati, che avrebbe naturalmente costituito un fattore decisivo.

Perciò se da un lato il Partito democratico ha assunto un atteggiamento che può dirsi pressoché pacifico, anche in ragione della vittoria alle [suppletive per la Camera dei Deputati](#), altrettanto non può dirsi per il centro-destra, ove la tensione si è fatta sempre più forte all'esito del voto. Difatti, dopo l'inchiesta di una testata sul [possibile finanziamento illecito](#) della campagna elettorale di [Fratelli d'Italia](#) nelle città meneghina e l'*affaire* Morisi, il voto amministrativo ha rappresentato una

débâcle, su cui ha naturalmente inciso anche lo [scontro di vertice tra Salvini e Meloni](#) per la leadership della coalizione.

Il nervosismo leghista ha riverberato effetti anche sul Consiglio dei Ministri che, riunitosi per l'approvazione della riforma del fisco il **5 ottobre**, ha deliberato [il testo in assenza delle componenti leghiste](#). Il veto di Salvini al provvedimento, accolto come irrispettoso degli accordi presi, è stato manifestato con la mancata partecipazione dei Ministri Giorgetti, Garavaglia e Stefani.

A seguito della riunione del collegio ministeriale, il Presidente Draghi ha tenuto una [conferenza stampa](#) nel corso della quale non ha mancato di rimarcare come l'azione del governo fosse unita a prescindere dalle diverse vedute, cui è corrisposta una conferenza stampa di Salvini.

Al fine di ricucire lo strappo, il **7 ottobre**, [Draghi ha ricevuto Salvini](#), ma all'esito dell'incontro non sono state rilasciate dichiarazioni, ma solo brevi note di Palazzo Chigi e della Segreteria leghista. L'incontro tra i due si è tenuto nella sede della Presidenza, poco prima di una nuova riunione dei Ministri che ha deliberato il decreto riaperture, finalizzato ad allentare le misure restrittive previste per alcune sedi dove si esplica la socialità.

In concomitanza con gli incontri istituzionali a livello nazionale, Draghi è stato impegnato anche in un ciclo di incontri di ordine internazionale dapprima in sede europea con una cena di lavoro al termine del [Consiglio europeo informale](#) a Brdo in Slovenia il **5 ottobre**, e poi a Roma ove a ricevuto la [Cancelliera Uscente Angela Merkel](#) con un ultimo incontro bilaterale il **7 ottobre**. Una volta conclusasi la parentesi degli incontri, il Presidente del Consiglio ha dovuto affrontare una grave crisi istituzionale ingeneratasi a seguito degli scontri di piazza in occasione della manifestazione no vax del **10 ottobre**. Un manipolo di soggetti affiliati a Forza nuova ha infatti deviato dal percorso per recarsi dinanzi alla [sede della Cgil che è stata devastata](#). I disordini hanno infiammato il dibattito politico, già invaso da un clima febbrile per gli oramai prossimi ballottaggi, sul [possibile scioglimento di Forza nuova](#) chiesto da più parti (tramutatosi poi in 4 mozioni discusse in Senato il **20 ottobre**) e che [hanno investito Fratelli](#) d'Italia. Alle accuse eccessiva vicinanza al fascismo, la leader di Fratelli ha risposto rispedendo al mittente e affermando che le stesse fossero architettate appositamente quando la forza politica "diventa il primo partito italiano e rischia di vincere le elezioni comunali a Roma con il centrodestra". La *querelle* si è trasposta nella sede naturale del confronto parlamentare. Difatti, in Aula alla Camera, in occasione del *question time*, la Ministra Lamorgese è stata chiamata a rispondere ad alcune interrogazioni presentate e che hanno ingenerato un aspro botta e risposta tra la titolare al dicastero degli interni e Giorgia Meloni.

In prossimità dell'entrata in vigore dell'obbligo di green pass nel settore lavorativo, anche per i dipendenti degli organi costituzionali, il **12 ottobre** il Presidente del Consiglio ha emanato [alcuni Dpcm](#) per disciplinare il possesso della certificazione verde nella Pubblica amministrazione, nonché per la predisposizione di strumenti informatici per la loro verifica. In ragione di ciò, si sono sollevate molteplici polemiche sia a livello sociale, sia a livello politico. Nel primo caso, [i lavoratori portuali di Trieste hanno annunciato uno sciopero di 5 giorni](#), nel secondo invece i partiti si sono [scontrati sulla proposta di gratuità dei tamponi](#). Da un lato il centro destra si è diviso, giacché Lega e Fratelli d'Italia hanno chiesto in più occasioni i tamponi gratuiti,

mentre il leader di Forza Italia si è pronunciato a favore dell'introduzione dell'obbligo vaccinale. Se il Partito democratico si è schierato contro all'ipotesi leghista, il Movimento 5 Stelle ha chiesto una riduzione dei costi dei test.

La tensione politica non è scemata nei giorni successivi, anche in ragione degli esiti dei [ballottaggi](#) che hanno acclarato la vittoria del centro-sinistra. Difatti, sia la capitale sia la città di Torino sono andate al Partito democratico con la vittoria dell'ex Commissario europeo Gualtieri (che ha ottenuto il 60,2% delle preferenze) e di Stefano Lo Russo (che invece ha ottenuto il 59,2% delle preferenze). Il centro-destra, così come il Movimento 5 stelle, è uscito sostanzialmente sconfitto.

Dopo una fase di autocritica da parte della Meloni e di critica di Salvini, che imputato i risultati negativi non solo all'astensionismo ma anche al caso Morisi e alle accuse di filofascismo di Fratelli di Italia, il centrodestra si è riunito. [L'incontro tra i leader Berlusconi, Salvini e Meloni](#) si è incentrato sull'analisi del voto e delle cause e si è concluso con la decisione di calendarizzare incontri periodici a cadenza settimanale e con un patto sulla legge elettorale che rappresenta una chiusura rispetto a eventuali tentativi di modifica da apportare al meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, nel caso in cui questi non siano di ispirazione maggioritaria.

Nel frattempo Forza Italia ha dovuto fare i conti con questioni interne, dopo le critiche manifestate da Maria Stella Gelmini e condivise tanto da Mara Carfagna quanto da Renato Brunetta.

Il conflitto politico si è trasposto in Parlamento relativamente a una serie di questioni. Innanzitutto per quanto riguarda l'escalation no vax con infiltrazioni della manifestazione di Roma e per le manifestazioni a Trieste che hanno portato al blocco dell'hub portuale, per i quali il **19 ottobre** [il Ministro Lamorgese ha riferito in Parlamento con una informativa](#).

Un'altra occasione di scontro in Aula si è ingenerata al Senato in occasione del voto sul disegno di legge Zan contro l'omotransfobia, approvato nell'autunno dello scorso anno alla Camera, ma che ha subito gli effetti della cd. [tagliola e dei franchi tiratori](#). La Lega e Fratelli d'Italia, contrari al provvedimento, hanno presentato una richiesta di non passaggio agli articoli che combinata con il voto segreto, è stata approvata con 154 voti favorevoli.

Nel frattempo, il Consiglio dei Ministri non è rimasto inerme ma, dopo aver approvato la Nota di aggiornamento al Def, ha deliberato lo scheletro del disegno di legge di bilancio da presentare dapprima a Bruxelles e poi alle Camere. La manovra, fortemente ispirata tanto dal Presidente del Consiglio Draghi quanto dal Ministro dell'Economia Franco, si è palesata sin da subito particolarmente espansiva e basata sullo sviluppo e le riforme strutturali, al fine di un ridimensionamento al ribasso delle tasse, un forte incoraggiamento degli investimenti e tiene in debita considerazione il Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Negli stessi giorni, si è tenuto a Roma per la prima volta il Vertice del G20. L'impegno di assoluto rilievo ha visto la partecipazione non solo del [Presidente del Consiglio](#), che ha inaugurato i lavori del **30 e 31 ottobre** con un discorso, ma anche del Presidente del Consiglio europeo e del Presidente della Commissione europea. Al termine della riunione i leader del G20, dopo aver convenuto su molti punti (tra cui limitare il riscaldamento globale a 1,5 gradi rispetto ai livelli preindustriali, ribadire l'impegno dei paesi sviluppati in materia di finanziamenti per il clima,

varare nuove norme su un sistema fiscale internazionale più equo e più stabile, proseguire gli sforzi tesi a garantire un migliore e più tempestivo accesso ai vaccini contro la COVID-19 nei paesi a basso e medio reddito e istituire una task force congiunta Finanza-Salute del G20 per garantire il finanziamento adeguato della prevenzione, preparazione e risposta alle pandemie) hanno adottato una [Dichiarazione](#). Le discussioni al vertice si sono strutturate in tre sessioni di lavoro principali e due eventi collaterali dei leader.

Oltre alle questioni di rilevanza sovranazionale internazionali, gli **ultimi giorni di ottobre**, così come le settimane successive, sono stati caratterizzati dal riacutizzarsi dello scontro interno al centro-sinistra e al centro-destra, e che non ha lasciato indenne il Movimento 5 Stelle, in considerazione della sempre più prossima elezione del Capo dello Stato. In ragione di ciò, i leader di Fratelli d'Italia, Forza Italia e Lega si sono nuovamente incontrati per convergere sulla realizzazione di patto federatore proiettato tanto all'elezione del Presidente della Repubblica quanto alle elezioni politiche del prossimo anno. All'interno di Forza Italia, Berlusconi ha dovuto mediare tra le due ali coalizionista e moderata. Quest'ultima a trazione del *triumvirato* [Gelmini-Brunetta-Carfagna](#) che hanno chiesto maggiore chiarezza e una ridiscussione degli equilibri con gli alleati per rinsaldare gli accordi intorno al *pivot* azzurro sottolineandone la necessaria centralità.

Questione dominante nelle discussioni dei vertici delle ultime settimane però è stata la Presidenza della Repubblica: da un lato Salvini non ha mancato di sottolineare l'assoluta importanza del contributo leghista, dall'altro il centro-destra ha cominciato a discutere seriamente sulla "candidatura" di Silvio Berlusconi al soglio presidenziale. Nel frattempo, sulla questione ha cominciato a interrogarsi anche il Movimento 5 Stelle, incerti sulla strategia da seguire, vale a dire se far trapelare il proprio *endorsement* per un avvicendamento al Governo tra Franco e Draghi affinché quest'ultimo diventi l'Inquilino del Quirinale, ovvero su una temporanea attesa.

In questi mesi di continuo dibattito sul prossimo inquilino del Colle, il Movimento 5 Stelle a guida contiana è stato attraversato da confronti interni che hanno messo a dura prova le capacità politiche e di tenuta dell'ex Presidente del Consiglio. A fronte della pratica adottata dai Gruppi parlamentari pentastellati della Camera e del Senato di sostituire frequentemente i rispettivi Capigruppo, in ambedue i rami del Parlamento è iniziato il relativo dibattito. Tralasciando le diverse [fuoriuscite](#) dal Movimento, con deputati e senatori che hanno contribuito a rinfoltire il Gruppo misto, certificando le difficoltà politiche del Movimento grillino scosso dalle sue divisioni interne, a partire dai primi giorni del mese di novembre è iniziato il dibattito, non senza qualche [malumore](#), sui profili più adatti per essere eletti al vertice dei Gruppi parlamentari. E anche in questo caso, non sono mancate divisioni e polemiche. Al Senato, lo scontro si è fatto incandescente tra il Capogruppo uscente Licheri, considerato un contiano della prima ora, e la sfidante, l'*outsider* Castellone – [vicino](#) alle posizioni politiche del Ministro degli Affari esteri Luigi Di Maio – la quale intercetterebbe il disagio che si respira nel Gruppo circa il metodo di gestione del Movimento negli ultimi mesi, soprattutto in relazione alla scelta di sostenere il Governo Draghi. Il **3 novembre** si è tenuta la prima votazione all'esito della quale ambedue i candidati hanno ottenuto un [pareggio](#). L'*impasse* è stato risolto con la scelta di Licheri di [ritirarsi](#) dalla corsa. Ed è così che il **5 novembre**, il Gruppo del Movimento 5 Stelle al Senato ha [eletto](#) Mariolina Castellone nuovo Capogruppo. Sintomi di malesseri all'interno del Movimento sono stati causati

anche da una ulteriore [divisione](#) interna dovuta alla fuoriuscita del senatore Dessì, passato al Partito comunista e alla costituzione di un [partito alternativo](#) da parte dei parlamentari espulsi.

Un episodio con riflessi politicamente rilevanti è stata la nomina dei Direttori dei principali telegiornali della tv di Stato. Il **18 novembre**, a seguito di notti intense di [trattative](#) tra le forze politiche, su proposta dell'Amministratore delegato della Rai Carlo Fuortes, sono stati [nominati](#) i nuovi vertici delle testate giornalistiche. Ciò ha scatenato la veemente [reazione](#) di Giuseppe Conte, il quale ha accusato Fuortes di essere sfuggito al confronto opportuno nelle sedi istituzionali, lamentandosi che è avvenuta un'avvenuta esautorazione del Movimento, nonostante le [rassicurazioni](#) dello stesso Amministratore delegato il quale ha rivendicato la bontà e l'autonomia delle scelte compiute, sottolineando di aver avuto, comunque, un'interlocuzione con le forze politiche. Nonostante il Presidente del Consiglio Draghi, nel corso di una [telefonata](#), abbia tentato di chiarire a Conte le ragioni sulla scelta dei nominativi, l'accademico fiorentino ha annunciato alla stampa la [decisione](#) di non far presenziare alcun esponente del Movimento nelle trasmissioni della tv pubblica, nonostante la precedente [linea politica](#) adottata dal leader per la quale soltanto i vice presidenti avrebbero potuto partecipare nelle trasmissioni televisive. La suddetta decisione non è stata ben [accolta](#) dai parlamentari del Movimento, già in fibrillazione per la definizione dell'organigramma interno. Tuttavia, nel corso già qualche giorno dopo, il **23 novembre**, Conte ha [dichiarato](#) che la decisione di non far apparire gli esponenti del Movimento non è irreversibile, invocando, comunque, un cambiamento sui criteri di metodo e di merito da seguire per individuare le professionalità da destinare alle direzioni del servizio pubblico. Sulla vicenda è [intervenuto](#) anche il cofondatore Beppe Grillo che, in un convegno tenutosi al Senato sulle misure a sostegno delle comunità energetiche, ha ironizzato sottolineando come Conte sia specialista in penultimatum.

Un ulteriore aspetto politicamente divisivo è stato il possibile ingresso del Movimento 5 stelle nel gruppo dei socialisti europei. Fin dalle elezioni al Parlamento europeo, i pentastellati hanno aderito al Gruppo misto il quale, nel consesso di Strasburgo, ha un peso politico non particolarmente rilevante. Di qui l'inizio delle [trattative](#) e delle interlocuzioni tra i grillini e il Partito democratico. Il percorso politico per l'ingresso nella famiglia socialista non è stato, fin dai primi passi, facile in quanto fonti di tensioni interne sia al Movimento cinque stelle sia al Pd. Relativamente al primo, possibili [divisioni](#) sono nate intorno alla futura rielezione a vice Presidente del Parlamento europeo del grillino Fabio Massimo Castaldo su cui i democratici hanno avvertito di non poter garantirne la rielezione nel gennaio 2022, nel momento, cioè, in cui verranno rinnovate le cariche interne al Parlamento europeo. Sul fronte piddino, in un [incontro](#) dell'**11 novembre** di Letta a Bruxelles con la delegazione democratica, sono emersi [dubbi](#) e cautele da parte della vice segretaria Tinagli e dell'ex sindaco di Milano Pisapia a fronte delle passate posizioni europeiste del Movimento e dei suoi atteggiamenti giustizialisti. Il possibile ingresso dei pentastellati nel gruppo di S&D ha suscitato la [reazione](#) politica di Carlo Calenda che ha abbandonato il gruppo socialista chiedendo di aderire a quello liberale di Renew Europe in cui sono presenti la delegazione di Italia Viva e gli esponenti Sandro Gozi e Benedetto Della Vedova.

I motivi di tensione interna al Movimento non si sono esauriti. A fronte delle [difficoltà finanziarie](#) dovute al mancato versamento delle quote da parte dei parlamentari, nel corso di una

[riunione](#) tenutasi il **25 novembre** con i Gruppi parlamentari, il Presidente Conte ha annunciato la decisione di far votare gli iscritti per aderire al due per mille, in modo da rimpinguare le casse del partito. Ciò ha provocato tensioni con il garante Beppe Grillo il quale, secondo *rumors* giornalistici, si sarebbe [infuriato](#) per la decisione presa e per la mancata consultazione nonché per le [divisioni](#) all'interno dello stesso Movimento. In generale, il clima al suo interno, con riferimento ai rapporti tra Conte e Grillo non è dei migliori. Il garante avrebbe [declinato](#) l'invito a consentire ai vertici del Movimento di poter utilizzare il proprio blog per tentare di avvicinare al nuovo corso la vecchia base grillina a fronte delle recenti incomprensioni sulla decisione di accedere al due per mille e sul mancato coinvolgimento del cofondatore. Alcuni esponenti pentastellati si sono schierati a favore della decisione dell'assemblea dei parlamentari a fronte del taglio dei parlamentari che, inevitabilmente, avrà conseguenze anche finanziarie in termini di contributi degli eletti, mentre alcuni esponenti, fedeli alla vecchia ideologia del Movimento, si sono attestati sulle originarie posizioni che ne hanno caratterizzato la storia politica, fra le quali è sempre stato incluso il principio della differenza tra i grillini e le forze politiche 'tradizionali' che implicherebbe la capacità del Movimento di fare politica senza contare sulla disponibilità dei fonti pubblici. Tensioni non diminuite dalle [parole](#) del leader Conte il quale ha dichiarato che la scelta del finanziamento pubblico era liberamente rimessa agli iscritti, portatori del cambiamento e che, in caso di esito negativo, non sarebbe cambiato nulla per il Movimento. Dura, invece, la [reazione](#) dell'ex Di Battista il quale ha ricordato come, alle origini, il Movimento ha sempre rifiutato una parte di contributi pubblici, alimentando quella che era la sua vocazione originaria, ossia un Movimento che si proponeva di fare politica con piccoli contributi e donazioni, chiedendo la restituzione di quelli ricevuti dagli eletti. Del resto, l'ex parlamentare grillino, da sempre polemico e critico verso il nuovo corso del Movimento, spalleggiato da un altro ex, [Villarosa](#), non aveva escluso la possibilità di [costituire](#) un proprio movimento politico per colmare quello che egli stesso ha definito un vuoto politico.

Il **29** e il **30 novembre** sul [sito ufficiale](#) del Movimento cinque stelle è comparso [l'avviso di convocazione](#) degli iscritti per il voto sulla piattaforma *Skyvote* sulle restituzioni dei contributi ricevuti dagli eletti a determinati progetti e sull'accesso al fondo del due per mille. Proprio sulle restituzioni, i vertici del Movimento, temendo una [class action](#) degli eletti espulsi per ottenere indietro i contributi versati su un apposito conto, hanno previsto un accantonamento di una specifica somma per sostenere le eventuali spese legali.

Nonostante l'indicazione del [riferimento normativo](#) non fosse esatta, e le spiegazioni dell'ex reggente Vito Crimi che ha parlato di un mero refuso, con 24.360 sì, come attestato dal [sito ufficiale](#) del Movimento, gli iscritti si sono espressi favorevolmente all'accesso al finanziamento del due per mille. La questione del finanziamento pubblico e delle restituzioni ha costituito un ulteriore motivo di tensione nel gruppo pensatstellato, soprattutto a seguito delle dichiarazioni del tesoriere del Movimento, il quale ha [avvertito](#) che tutti eletti avessero il dovere di mettersi in regola con le quote da restituire a pena dell'esclusione da qualsiasi incarico di vertice. Avvertimento che, secondo alcuni grillini, è apparso come una minaccia, fonte di ulteriori dissidi tanto da provocare timori di scissioni e [fuoriuscite](#), al netto dell'incremento dei bonifici effettuati. Nonostante la [soddisfazione](#) del leader Conte che ha parlato di nuovo corso del Movimento, le

voci all'interno della galassia pentastellata non sono stati uniformi. Il Sindaco di Parma Pizzarotti, grillino della prima ora ed espulso qualche anno fa dal Movimento, ha [ritenuto](#) che l'accesso al finanziamento pubblico costituisca l'ultima svolta negativa diretta allo stravolgimento di tutti i principi ispiratori che hanno caratterizzato la nascita del Movimento cinque stelle, mentre l'ispiratore della legge sul finanziamento attraverso il due per mille, Gaetano Quagliariello, ha [dichiarato](#) che l'adesione dei grillini a tale forma di contributo certifica la loro trasformazione in partito vero e proprio.

Ulteriori vicende interne hanno caratterizzato l'attenzione politica sul Movimento cinque stelle. Il **5 dicembre**, sul sito del Movimento, è stato pubblicato [l'avviso di convocazione](#) degli iscritti per approvare le proposte di [nomine](#) dei cinque vice Presidenti di Conte e la formazione dei [comitati politici](#), ([Comitato nazionale progetti](#), [Comitato per la formazione e l'aggiornamento](#), [Comitato per i rapporti europei e internazionali](#), [Comitato per i rapporti territoriali](#), [Comitato per la salute](#), [Comitato per le politiche del lavoro](#), [Comitato per la legalità e la giustizia](#), [Comitato per l'economia e la finanza](#), [Comitato per la sicurezza](#), [Comitato per l'inclusione sociale](#), [Comitato per l'istruzione e la cultura](#), [Comitato per la transizione digitale](#), [Comitato per la transizione ecologica](#), [Comitato per le politiche di genere e per i diritti civili](#), [Comitato per gli enti locali](#), [Comitato per le politiche giovanili](#), [Comitato per le infrastrutture e la mobilità sostenibile](#)) titolari di compiti consultivi e propulsivi diretti a coadiuvare l'azione politica del Movimento nei diversi settori di competenza. Il **6 dicembre**, invece, il Gruppo parlamentare alla Camera si è riunito per eleggere il nuovo Capogruppo. Anche quest'elezione, come è stata quella del Capogruppo al Senato, è stata caratterizzata da un clima turbolento dovuto alle [divisioni](#) interne. Poco prima della scadenza del termine per la presentazione delle candidature, il deputato Tofalo ha ritirato la propria per non alimentare ulteriori divisioni. A seguito di ciò, l'unico candidato rimasto in corsa è stato il Capogruppo uscente Davide Crippa che è stato [rieletto](#) con 131 voti a favore su 147, 18 schede bianche e 3 nulle. Nella medesima giornata, il Presidente Conte ha [presentato](#) in conferenza stampa a Montecitorio i comitati politici. Il **9 e 10 dicembre** gli iscritti hanno [votato](#) sulla piattaforma Skyvote confermandone le decisioni.

Proprio in occasione della presentazione dei comitati politici, lo stesso Conte ha [respinto](#) la [proposta](#), pervenutagli dal segretario nazionale del Partito democratico Enrico Letta, di candidarsi alle elezioni suppletive della Camera nel collegio elettorale Roma 1 a seguito delle dimissioni presentate da Roberto Gualtieri, neo eletto Sindaco di Roma Capitale. La scelta di Conte è stata giustificata con la necessità di dedicarsi completamente al rilancio del Movimento cinque stelle. Da segnalare che l'offerta politica della candidatura nel collegio romano di Primavalle aveva scosso gli animi del centrosinistra, ad eccezione di Liberi e uguali, con Calenda e Renzi che avevano [criticato](#) la scelta del segretario democratico, negandone il sostegno. [Critiche](#) sono state avanzate anche dal segretario nazionale di +Europa, Benedetto Della Vedova per il quale la scelta del Partito democratico dovesse essere interpretata come una chiusura dei democratici verso l'area liberal democratica ed europeista dello scacchiere politico. Per frenare la candidatura dell'ex Presidente del Consiglio, il leader di Azione, Calenda, da sempre contrario ad un'alleanza politica tra Pd e Movimento cinque stelle, aveva pensato di poter [presentare](#) la propria candidatura, poi non più concretizzatasi. A ciò si aggiunga una dura [polemica](#) politica fra gli stessi Conte e Calenda

con il primo che ha accusato i propri avversari di farsi pubblicità sul suo nominativo, mentre il secondo aveva dichiarato che la scelta di Conte di non scendere in campo in prima persona era dovuta al timore di una sconfitta in un collegio elettorale non particolarmente favorevole al Movimento cinque stelle. A seguito della rinuncia di Conte, Letta ha [annunciato](#) che la candidatura sarebbe stata scelta dal Pd romano. Il segretario cittadino Andrea Casu ha convocato il **12 dicembre** la Direzione romana del partito al cui esito è stata decisa all'unanimità la [candidatura](#) di Cecilia D'Elia, mentre Italia Viva, che in un primo momento ha proposto il nome del Ministro della Famiglia [Elena Bonetti](#), successivamente ha [candidato](#) Valerio Casini. Il centrodestra, invece, il **13 dicembre** ha [annunciato](#) la candidatura di Simonetta Matone.

Nel mentre, grande eco mediatica ha avuto [l'inchiesta](#) della Procura di Firenze sul caso della Fondazione Open nel quale sarebbe coinvolto anche Matteo Renzi. Il **16 novembre**, in Giunta delle elezioni e delle immunità del Senato la relatrice di Forza Italia Fiammetta Modena ha [proposto](#) di sollevare conflitto di attribuzione a fronte del sequestro della corrispondenza elettronica di Renzi nel periodo in cui quest'ultimo era già stato eletto senatore. Il **24 novembre** il leader di Italia viva è intervenuto in Giunta [illustrando](#) le sue tesi difensive. Su questa vicenda c'è stato un botta e risposta tra Conte e Renzi con il primo che ha [adombrato](#) l'opportunità di una legge sul conflitto d'interessi per chi percepisce emolumenti da uno Stato estero, mentre il secondo ha [negato](#) qualsiasi tipo di imbarazzo per l'attività internazionale retribuita che svolge. Il **14 dicembre** la Giunta ha [approvato](#) la relazione conclusiva ritendendo che la Procura di Firenze avrebbe dovuto chiedere l'autorizzazione al Senato prima di intercettare le conversazioni di Renzi.

Il **26 novembre** è avvenuta una significativa novità nella politica estera italiana. Al Palazzo del Quirinale, alla presenza di Sergio Mattarella, il Presidente Draghi e il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron hanno [siglato](#) il "[Trattato per una cooperazione bilaterale rafforzata](#)" con cui i due Paesi hanno previsto una reciproca consultazione permanente dei settori di politica estera ed europea, politiche di difesa e sicurezza, politiche migratorie, economia, istruzione e cultura, cooperazione transfrontaliera. I contenuti sono stati illustrati alla [stampa](#) da Draghi e Macron in una conferenza tenutasi a Villa Madama.

Acque agitate anche in casa Lega. A seguito di [un'uscita](#) pubblica di Giorgetti, Ministro dello sviluppo economico e vice segretario federale del partito, il quale ha invitato Salvini ad istituzionalizzarsi e a compiere in politica estera quel passo decisivo per l'approdo del partito al gruppo dei popolari, sono emerse le tensioni fra i due. Già in passato si sono verificati [scontri](#), ma in quest'occasione il clima di tensione politica è indubbiamente salito alle stelle, tanto è vero che l'ex Ministro della giustizia Roberto Castelli ha [parlato](#) di scontro reale. Per stemperare i toni, il segretario della Lega Salvini, dopo un [incontro](#) in video conferenza con i Primi Ministri ungherese e polacco Orban e Morawiecki, con cui si è discusso di un nuovo gruppo al Parlamento europeo, ha [convocato](#) il Consiglio federale il **4 novembre**. Nelle quattro ore di [discussione](#), Salvini ha ribadito la propria linea di politica estera riproponendo il tema identitario, chiudendo le porte ad un futuro ingresso nel gruppo dei popolari europei giacché debole, mentre Giorgetti ha espresso soddisfazione per il confronto mostrando ottimismo per la capacità di Salvini di fare una intesa politica. Analoga la [posizione](#) dello stesso Salvini il quale ha sottolineato la bellezza del

confronto e l'assenza di polemiche con il suo vice con il quale non c'è mai stato un clima di 'guerra'. Nonostante le distanze politiche tra i due e la natura variegata della [galassia leghista](#) in cui, comunque, la gran parte degli esponenti e dei dirigenti sposa in pieno la piattaforma politica dell'ex Ministro degli interni, al termine della discussione, il Consiglio federale ha votato all'unanimità la linea politica del segretario.

Il confronto politico si è intensificato a seguito dell'appuntamento tradizionale di Fratelli d'Italia, la *convention* [Atreju](#) che si è svolta dal **6 al 12 dicembre** in Piazza Risorgimento a Roma ove sono stati presenti i principali leader politici i quali hanno discusso dei temi più svariati. [L'intervento](#) di Giuseppe Conte si è concentrato sull'opportunità di introdurre correttivi e meccanismi di razionalizzazione per garantire la stabilità di governo in modo da evitare che la durata degli Esecutivi possa essere limitata, invitando altresì le forze politiche a ragionare sull'opportunità di introdurre un sistema elettorale proporzionale. Enrico Letta ha [insistito](#) sul tema della legge elettorale, esprimendo la propria preferenza per una legge elettorale maggioritaria e sullo spinoso capitolo dell'elezione del prossimo Presidente della Repubblica, auspicando che Mario Draghi resti a Palazzo Chigi per garantire la tenuta della maggioranza. Sulla prossima elezione del Capo dello Stato è intervenuto anche Matteo Renzi il quale ha [messo in evidenza](#) come, per la prima volta, il centrodestra possiede un numero maggiore di deputati e senatori rispetto al centrosinistra, riconoscendo alla coalizione il ruolo di 'king maker'. Trasversale l'intervento del titolare della Farnesina Luigi Di Maio il quale ha [espresso](#) apprezzamento per la leader di Fratelli d'Italia Giorgia Meloni e la sua affidabilità, valutando positivamente l'apertura di Silvio Berlusconi verso il reddito di cittadinanza e dimostrandosi freddo sull'ipotesi di elezioni anticipate. In collegamento telefonico è [intervenuto](#) proprio il leader di Forza Italia il quale ha inviato un messaggio chiaro agli alleati, appellandosi alla compattezza del centrodestra e alla tenuta dello schema politico bipolare. Di Berlusconi ha parlato anche il leader della Lega Salvini il quale ha [auspicato](#) che il prossimo Presidente della Repubblica venga eletto a partire dall'unità del centrodestra il cui vero candidato è proprio il Cavaliere. Ha chiuso la *kermesse* Giorgia Meloni la quale ha [ribadito](#) la propria posizione favorevole sull'elezione diretta del Capo dello Stato, facendosi promotrice, ancora una volta, di una riforma costituzionale tesa ad introdurla. A proposito delle elezioni per il Quirinale, si è augurata che venga individuato un patriota, identificando quest'ultimo in Berlusconi.

Accese polemiche politiche hanno caratterizzato il varo della manovra finanziaria. Dopo le positive [stime](#) sulla crescita del Paese e [l'approvazione](#) in Consiglio dei Ministri delle [misure](#) nel disegno di legge di bilancio, il Presidente Draghi ha fatto [comprendere](#) alle forze politiche di maggioranza che, eventualmente, sarebbe stato solo il Parlamento a valutare l'introduzione di modifiche, stoppando ogni ulteriore discussione all'interno del Governo. I tanti delicati [temi](#) posti sul tavolo hanno fatto da sfondo alle tensioni politiche. Emblematico il voto al Senato sul decreto Capienze dove si è registrata una [convergenza](#) tra Forza Italia e Italia Viva sul voto di due emendamenti sui quali il Governo aveva dato parere contrario. Immediate le reazioni del [Pd](#) e del [Movimento cinque stelle](#) i quali hanno accusato il centrodestra di alimentare tensioni, chiedendo se si trova ancora nel perimetro della maggioranza. Clima non sereno anche sull'asse Partito democratico-Movimento 5 stelle dove, sempre al Senato, si è discusso sulla nomina del

[relatore](#) sulla manovra per il centrosinistra: Pd e Leu favorevoli a che il mandato a riferire venisse assegnato a Vasco Errani, contrario il Movimento cinque stelle.

La ricerca di un minimo comun denominatore tra le forze politiche di maggioranza ha indotto il Presidente Draghi a incontrare i relativi rappresentanti in convocazioni separate nelle quali le forze di governo hanno potuto manifestare al Presidente del Consiglio le proprie [proposte](#). Si è iniziato con la delegazione del movimento cinque stelle il **29 novembre**, il **30 novembre** sono stati ricevuti Forza Italia, Lega e Partito democratico, il **1° dicembre** le forze politiche minori. Il [Movimento cinque stelle](#) ha insistito molto sul reddito di cittadinanza chiedendo che non venga modificato. La [Lega](#) si è detta preoccupata per il caro bollette proponendo di recuperare risorse dal reddito di cittadinanza, manifestando, altresì, la necessità di intervenire sulle cartelle esattoriali e sullo snellimento della burocrazia. Il [Partito democratico](#) ha insistito sul miglioramento degli interventi per la scuola, di aumentare le risorse per le bollette e di dare maggiore attenzione al tema dell'autosufficienza. [Forza Italia](#) ha chiesto, invece, un taglio delle tasse, un maggior sostegno per famiglie e imprese nonché di garantire il bonus casa. Nella sostanziale diversità delle richieste avanzate dalle forze politiche di maggioranza, le stesse si sono mostrate [concordi](#) sulla necessità di adottare specifiche misure per fronteggiare il [caro bollette](#) e contribuire al taglio della pressione fiscale. Il **3 dicembre** in Consiglio dei Ministri, si è discusso sull'opportunità di introdurre un contributo di solidarietà contro il caro bollette per i percettori di reddito sopra i settantacinque mila euro. A fronte della [contrarietà](#) del centrodestra e di Italia Viva, il Presidente Draghi ha [rinunciato](#) alla misura.

Nella medesima giornata, ad essere [convocati](#) sono stati anche i sindacati. I rappresentanti di Cgil, Cisl e Uil sono stati ricevuti a Palazzo Chigi per discutere della distribuzione di otto miliardi di euro derivante dal taglio delle tasse e sulle politiche del Governo a sostegno delle fasce di popolazione più debole. Da segnalare che, data l'insoddisfazione sindacale, la discussione sulle misure da proporre è stata accesa dalla decisione dei direttivi della Cgil e della Uil, di [indire](#) per il **16 dicembre** uno sciopero generale a Roma per protestare contro i [contenuti](#) della manovra e per il metodo adottato dal Governo nel confrontarsi con le parti sociali. Non ha aderito la Cisl per la quale lo sciopero non trovava [comprensione](#). I sindacati hanno [accusato](#) il mondo politico di essere distante dalle reali necessità del Paese e contestato il metodo dell'Esecutivo nella conduzione delle trattative le quali si sarebbero svolte senza una reale condivisione delle misure e della distribuzione di otto miliardi di euro; le critiche si sono concentrate, inoltre, sull'insufficienza delle misure per il fisco, le pensioni, la precarietà del lavoro e per la modestia degli aiuti a coloro che vivono con redditi più bassi. Oggetto di critiche è stata soprattutto la [riforma fiscale](#) la quale, secondo la valutazione sindacale, sarebbe fonte di benefici soprattutto per coloro che vivono con un reddito medio-alto. [L'iniziativa](#) dello sciopero generale, sulla quale l'Autorità di garanzia sugli scioperi ha espresso il proprio [apprezzamento](#), accompagnata da ulteriori e imponenti [manifestazioni](#) in altre città italiane, ha [coinvolto](#) tutto il comparto dei trasporti, con esclusione del personale della scuola che aveva proclamato uno sciopero il 10 dicembre e di quello della sanità. La proclamazione dello sciopero ha inevitabilmente generato diverse [reazioni](#) politiche. Mentre il Governo ha [ritenuto](#), secondo fonti giornalistiche, incomprensibile la manifestazione indetta dai sindacati, le diverse forze politiche hanno

manifestato orientamenti diversi, soprattutto a sinistra. Enrico Letta ha [manifestato](#) tutto il proprio stupore invocando l'unità; tuttavia, [perplexità](#) e divisioni sono emerse all'interno dello stesso Partito democratico i cui esponenti politici hanno comunque, nella gran parte, stigmatizzato l'iniziativa, definita incomprensibile e immotivata. Da Giuseppe Conte, invece, è arrivato un [appello](#) ad alimentare il dialogo e ad ascoltare i sindacati, mentre Tajani ha parlato di [errore](#) da parte delle due organizzazioni sindacali. Molto dure le [reazioni](#) di Salvini e Calenda i quali, rispettivamente, hanno accusato i sindacati di bloccare il Paese e di aver condotto una strategia sbagliata la quale li porterà alla dissoluzione. Estremamente favorevole, invece, [l'opinione](#) del leader di Sinistra italiana Fratoianni che ha definito giusta e coraggiosa la manifestazione in quanto la manovra del Governo non combatterebbe le disuguaglianze.

Le varie questioni politiche hanno fatto da sfondo alla gestione del Covid-19 e al serrato dibattito sull'elezione del successore di Sergio Mattarella alla Presidenza della Repubblica.

In ordine al primo, il **3 novembre**, in un [incontro](#) a Palazzo Chigi, Giorgia Meloni, oltre ad avere affrontato svariati argomenti fra i quali il clima di dissenso nel Paese per i provvedimenti del Governo e aspetti fiscali in vista della manovra di bilancio, ha chiesto al Presidente Draghi di rivedere l'efficacia della misura del green pass rispetto all'opportunità di prorogare o meno lo stato di emergenza, in scadenza al 31 dicembre. Il dibattito all'interno del Governo è ruotato proprio su quest'[ipotesi](#): sia Draghi che l'ala rigorista dell'Esecutivo, rappresentata dal Ministro della salute Speranza, si è dichiarata favorevole alla proroga, ottenendo il *placet* trasversale delle forze politiche di maggioranza.

[L'aumento](#) del numero dei contagi e del tasso di positività in molte Regioni italiane ha spinto il Governo ad effettuare nuove valutazioni sulla campagna vaccinale e sul rafforzamento del green pass. In vista delle festività natalizie, il Governo ha [pensato](#) di ridurre a nove mesi la validità della certificazione verde e ventiquattr'ore quella dei tamponi rapidi, con un'accelerazione della campagna vaccinale, pur rimanendo inalterato il sistema delle fasce di colori per le Regioni le quali, attraverso la voce dei Presidenti appartenenti all'area politica del centrodestra, [hanno insistito](#) affinché il Governo stabilisse il lockdown solo per coloro che non hanno voluto somministrarsi le dosi di vaccino.

Nel mentre, il **24 novembre** sono stati [convocati](#) la cabina di regia e il Consiglio dei ministri per decidere il nuovo [decreto](#) con il quale si è cercato di evitare a guariti e vaccinati di subire le limitazioni di libertà e movimento in caso di esito positivo. Il testo varato dal Governo ha previsto la riduzione a nove mesi del green pass, ottenibile a seguito del completamento del ciclo vaccinale, consentendo di accedere nei luoghi pubblici (super green pass), mentre coloro che sono sottoposti a tamponi avrebbero ottenuto il green pass normale, utilizzabile solo per recarsi sul luogo di lavoro e per gli spostamenti quotidiani. Previsto anche l'obbligo vaccinale per i comparti sanità, scuola e forze dell'ordine dal 15 dicembre. In conferenza stampa, il Presidente Draghi, [illustrando](#) le nuove misure, ha dichiarato che valuterà se prorogare o meno lo stato di emergenza in ragione dell'obiettivo imprescindibile di mantenere operativa la struttura commissariale. Da segnalare che sul super green pass c'è stato qualche [dubbio](#) da parte della Lega, appoggiata da Fratelli d'Italia. Per questo, la tensione all'interno del gruppo leghista è deflagrata in uno [scontro fisico](#) tra due deputati appartenenti al Gruppo parlamentare alla Camera. La [decisione](#) sulle nuove

misure ha visto il forte attivismo del Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia e della Conferenza Stato-Regioni, il leghista Fedriga, molto favorevole ai contenuti del decreto per salvaguardare il Natale, mentre nel Consiglio dei Ministri si sono avuti momenti di tensione tra il Presidente Draghi e il Ministro dell'interno Luciana Lamorgese in merito alla necessità di effettuare controlli a campione sul rispetto delle nuove disposizioni del decreto. La stessa titolare del Viminale, dopo una riunione con i Prefetti e le forze dell'ordine, ha [disposto](#) l'incremento dei controlli sui trasporti pubblici locali in collaborazione con le aziende territoriali.

L'innalzamento del numero dei contagi dovuti alla variante Omicron ha provocato un ulteriore dibattito all'interno della [comunità scientifica](#) e del [Governo](#) sulla necessità di prorogare lo stato di emergenza. La decisione è arrivata direttamente dal Presidente Draghi il **14 dicembre** il quale ha proposto al Consiglio dei Ministri [l'approvazione](#) di un [decreto legge](#) con cui lo stato di emergenza viene prorogato fino al 31 marzo 2022, mentre continuano a rimanere in vigore le precedenti disposizioni sull'impiego del green pass e del green pass rafforzato e sui test antigenici rapidi gratuiti e a prezzi calmierati.

Per mettere in sicurezza le festività natalizie, il Presidente Draghi ha convocato per il **23 dicembre** la [cabina di regia](#) per rafforzare le misure di prevenzione dalla variante Omicron. Tra le diverse [ipotesi](#) al vaglio dell'Esecutivo, vi sono state quelle di limitare a sei mesi la validità della certificazione verde, prevedere il tampone anche per i vaccinati che vogliono recarsi agli stadi, ai concerti e alle discoteche, l'obbligo della mascherina all'aperto e l'estensione dell'obbligo di vaccinazione per ulteriori categorie. Tra le suggestioni del Governo, anche la possibilità di [introdurre](#) l'obbligo di tampone per i soggetti vaccinati; ipotesi che, però, non ha trovato condivisione né all'interno della [comunità scientifica](#) né all'interno del [Governo](#) né, infine, tra i [Presidenti di Regione](#). Al termine della riunione, il Consiglio dei Ministri ha [approvato](#) un nuovo [decreto legge](#) con cui, tra le altre, è stata accorciata a sei mesi la validità del green pass, [anticipati](#) i mesi per la somministrazione della terza dose e previsto l'obbligo di indossare mascherine FFP2 anche all'aperto e in zona bianca. Inoltre, su pressing delle Regioni e con il *placet* delle forze politiche, il **29 dicembre** il Comitato tecnico-scientifico è stato convocato per [discutere](#) della proposta di ridurre la quarantena per coloro che, vaccinati tre volte, hanno avuto contatti stretti con soggetti positivi. Nonostante il [parere](#) non favorevole del Cts che aveva ritenuto più opportuno eliminare la quarantena soltanto ai vaccinati impiegati nei servizi essenziali - purché indossassero obbligatoriamente la mascherina FFP2 per circa una settimana - e di ridurla a cinque giorni ai vaccinati con la dose booster, nella medesima giornata, il Consiglio dei Ministri ha [approvato](#) un [decreto legge](#) con cui è stato ampliato l'utilizzo del green pass, previsto un regime di auto sorveglianza per i soggetti vaccinati che nei centoventi giorni dal completamento del ciclo vaccinale primario, dalla guarigione e o successivamente aver ricevuto la terza dose hanno avuto contatti stretti con i soggetti positivi e disposta la capienza al 50% per le strutture all'aperto, 35% al chiuso. Nello stesso Consiglio dei Ministri si sono registrate [divisioni](#) all'interno dell'Esecutivo in ordine alla suggestione del Presidente del Consiglio di estendere l'obbligo del green pass per tutti i lavoratori: favorevoli si sono mostrati Forza Italia e Partito democratico, [contro](#) Lega e Movimento cinque stelle.

L'introduzione della certificazione verde per accedere ai luoghi di lavoro ha interessato anche la Camera dei deputati la quale, con una delibera dei deputati Questori, aveva previsto il relativo [obbligo](#) per l'accesso alla Camera. Il **18 novembre**, il collegio di appello in composizione monocratica della Camera dei deputati ha [accolto](#) la richiesta di sospensiva della deputata no vax Cunial in ordine alla delibera del Consiglio di giurisdizione che le aveva proibito di accedere alla sede della Camera perché sprovvista di green pass. Decisione [rovesciata](#) il **25 novembre** dal Consiglio di giurisdizione il quale ha ritenuto che non vi fossero motivi d'urgenza per sospendere la decisione dei deputati Questori di chiedere il Green pass per l'ingresso ai Palazzi della Camera. Un ennesimo colpo di scena si è avuto il **14 dicembre** quando il Collegio d'appello della Camera ha [accolto](#) il ricorso presentato dall'on. Cunial contro la delibera del Consiglio di giurisdizione e consentito alla deputata di seguire i lavori parlamentari dalla tribuna sopra l'Aula di Montecitorio. La vicenda si è conclusa il **15 dicembre** quando il collegio d'appello ha [rigettato](#) il ricorso contro l'obbligo del certificato verde perché non determina alcuna lesione evidente delle prerogative parlamentari. Dello stesso tenore due ordinanze della Corte costituzionale (*v. infra, sez. Corte costituzionale*) la quale, nel pronunciarsi su ricorsi per conflitto d'attribuzione sollevati da alcuni deputati e senatori, ne ha dichiarato l'inammissibilità in quanto la normativa primaria che ha introdotto l'obbligo del green pass, con riferimenti anche all'estensione dello stesso presso gli organi costituzionali, non ne lede l'autonomia costituzionalmente garantita né menoma le competenze attinenti l'esercizio del mandato parlamentare.

In ordine all'elezione del prossimo Presidente della Repubblica, le forze politiche si sono interrogate tra di loro e al loro interno per individuare un profilo comune e adatto. Il [dibattito](#) è ruotato naturalmente sul ruolo di Mario Draghi sul cui futuro politico e istituzionale il confronto velato ha mostrato un [andamento](#) poco lineare e indefinito, influenzato dalle logiche politiche quotidiane e contingenti che non consentono di fornire un quadro politico chiaro, come è stato fatto [notare](#) dallo stesso Matteo Salvini. La possibile elezione di Mario Draghi a Presidente della Repubblica non è questione puramente politica, ma anche [costituzionale](#) in quanto, per la prima volta nella storia della Repubblica, ci si troverebbe di fronte a un *unicum*, con un Presidente del Consiglio che traslocherebbe direttamente al Palazzo del Quirinale. Ciò potrebbe comportare le dimissioni di Draghi da Presidente del Consiglio nelle mani di Mattarella e il ricorso all'istituto della reggenza del Governo nelle mani del Ministro più anziano, in questo caso Brunetta, a fronte dell'impedimento previsto dall'articolo 8 della [legge n. 400/1988](#). Nel mentre, il dibattito politico è stato acceso dalla [presentazione](#) di un [disegno di legge costituzionale](#) del Pd al Senato che prevede il divieto di rielezione del Capo dello Stato e l'abolizione dell'istituto del semestre bianco. Nella cronaca politico-parlamentare, tale iniziativa è stata letta come un tentativo di influenzare Mattarella spingendolo ad accettare una nuova elezione a Capo dello Stato, in attesa dell'approvazione della riforma. Lettura prontamente e seccamente smentita dal diretto interessato il quale, attraverso il proprio ufficio stampa, ha fatto trapelare [stupore](#) e [irritazione](#) dimostrandosi non indisponibile a un bis.

Giuseppe Conte in una [dichiarazione](#) ha aperto all'ipotesi di un'elezione di Draghi nonostante dalle fonti di stampa sarebbero emerse non solo le [divisioni](#) all'interno del Movimento cinque stelle ma anche il [timore](#) del leader e di altri esponenti politici, soprattutto di coloro che, facendo

parte del Gruppo misto di Camera e Senato, avrebbero poche possibilità di essere [rieletti e di non usufruire del contributo pensionistico](#), di possibili elezioni anticipate nell'ipotesi in cui l'ex Governatore della Banca d'Italia si trasferisse al Palazzo del Quirinale a causa della difficoltà di tenere unita la maggioranza di governo. Ipotesi confermata anche dalla leader di Fratelli d'Italia Meloni la quale, pur non prendendo una [posizione netta](#), ha [auspicato](#) che con Draghi al Quirinale, la legislatura termini e si vada al voto anticipato. Ad alimentare il dibattito è stata una [proposta provocatoria](#) del Ministro dello Sviluppo economico Giorgetti per il quale Draghi sarebbe in grado di guidare l'azione di governo anche da Presidente della Repubblica, dando vita a un semipresidenzialismo di fatto. Idea subito [bocciata](#) dalle altre forze politiche le quali hanno messo in evidenza come la nostra Carta costituzionale non preveda un ruolo attivo nel circuito dell'indirizzo politico del Capo dello Stato.

Indubbiamente, il dibattito politico è stato profondamente influenzato dall'aspirazione di Silvio Berlusconi di poter essere considerato un candidato votabile, come dimostrano le [parole](#) del coordinatore azzurro Tajani per il quale sussisterebbero le condizioni affinché l'imprenditore milanese possa spuntarla nella sfida per il Colle e come dimostrerebbero anche le parole usate dall'ex Presidente del Consiglio nel corso di una riunione con i coordinatori azzurri dove ha [espresso](#) l'auspicio che Draghi rimanga al Governo fino al 2023. Tutto questo nonostante un possibile strappo nel centrodestra sulla convergenza della coalizione intorno a Berlusconi a seguito delle parole di Meloni la quale, accennando all'adesione dello stesso alla proposta lanciata dal Pd di un nome comune, ha [parlato](#) di un passo indietro. Dichiarazione che ha non poco irritato il Cavaliere com'è emerso una [telefonata](#) con Salvini nel corso della quale ha rinsaldato l'asse con il leghista. Ulteriore [irritazione](#) per il Cavaliere è emersa a seguito di un [incontro](#), inizialmente tenuto segreto, nonostante la [smentita](#) di Salvini, tra Meloni e l'Assessore per la salute della Regione Lombardia Letizia Moratti nel corso del quale si sarebbe parlato degli scenari per il Quirinale. Del resto, a ulteriore testimonianza dell'incertezza del quadro politico, va segnalata l'opinione nettamente [contraria](#) del Movimento cinque stelle verso una candidatura di Berlusconi e la [proposta](#) di Enrico Letta di rinviare il dibattito sulle elezioni presidenziali al mese di gennaio nonché di siglare un patto tra le forze di governo intorno ai contenuti della manovra di bilancio, posizione che ha creato qualche [malumore](#) tra i democratici per la mancata chiarezza della linea politica del segretario. Iniziativa [respinta](#) al mittente da Matteo Renzi per il quale legare la manovra alla 'partita' per il quirinale costituisce un errore politico. Lo stesso Letta, in un intervento a una trasmissione televisiva, ha [stoppatato](#) la candidatura del leader azzurro e auspicato che il prossimo Presidente della Repubblica venga eletto a larga maggioranza, pena la caduta del Governo.

L'avvicinarsi delle vacanze natalizie è coincisa con gli usuali saluti dei Presidenti delle Camere ai giornalisti. Il **14 dicembre**, il Presidente della Camera [Fico](#), augurando buone feste alla stampa, si è soffermato su singoli temi, quali lo stato di emergenza verso cui si è dimostrato favorevole, sull'opportunità che il Parlamento sia più responsabile nella trattazione di temi particolarmente sensibili oggetto di iniziative referendarie. Infine, ha dichiarato di essere favorevole a una legge *ad hoc* a tutela dei giornalisti. Analogamente, il **15 dicembre** il Presidente del Senato [Casellati](#) ha incontrato la stampa, soffermandosi soprattutto sulla centralità del Parlamento nell'approvazione

dei gran parte dei provvedimenti previsti nell'ambito del Pnrr, e su problemi comuni agli altri Paesi che l'Italia sta affrontando.

La prosecuzione del dibattito tra le forze politiche è coincisa con le strategie dei leader. Il **14 dicembre** Letta e Conte hanno [dichiarato](#) di far fronte comune sul metodo di individuazione di un candidato per il Quirinale con il coinvolgimento di tutti di modo che possa essere eletto a larga maggioranza e allontanare la tentazione di far votare candidati di parte. Per questo, il **21 dicembre** i due leader si sono [incontrati](#) insieme al Ministro della salute Roberto Speranza, in rappresentanza di Liberi e uguali, per concordare il metodo diretto a scegliere la personalità più confacente alla carica presidenziale. Dibattiti e incontri anche nel centrodestra con Tajani che, rispondendo alle parole di Letta, lo ha [invitato](#) a prendere seriamente in considerazione la candidatura di Berlusconi e Salvini che ha assunto il ruolo di [regista](#) delle 'operazioni' attraverso colloqui telefonici con tutti i leader nel quale ha proposto un incontro per un confronto diretto. Le tensioni nella coalizione, dovute [all'avvertimento](#) di Meloni circa la mancanza di numeri a sostegno di Berlusconi e al [timore](#) di quest'ultimo nel finire in mano ai franchi tiratori, hanno portato a [richieste](#) di vertici congiunti per discutere del capitolo Quirinale, ottenendo il [placet](#) di Salvini che ha aperto a un incontro tra i leader del centrodestra.

Il **22 dicembre** si è tenuta la tradizionale [conferenza stampa](#) di fine anno del Presidente del Consiglio nella quale, indubbiamente, erano attese osservazioni e suggestioni da parte di Draghi sui *rumors* che lo vogliono candidato al Colle. Tra le innumerevoli dichiarazioni esternate sull'azione di governo e sull'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, un passaggio centrale e denso di interpretazioni è stato quello in cui il Presidente del Consiglio ha detto che l'azione dell'Esecutivo sarebbe proseguita a prescindere da coloro che ci saranno, dichiarandosi un "[nonno al servizio delle istituzioni](#)" che non nutre particolari aspirazioni. Le parole di Draghi hanno creato [scompiglio](#) nel mondo politico, impegnato a ragionare sulle possibili conseguenze di un trasferimento del Presidente a Palazzo del Quirinale e sulle diverse strategie dei leader politici.

Infatti, il **23 dicembre** i principali esponenti della coalizione di centrodestra si sono [riuniti](#) nell'abitazione romana di Berlusconi convenendo un'azione comune in piena sintonia e rimandando ogni decisione su possibili candidature all'inizio del mese di gennaio, mentre si sono fatti sempre incessanti gli [scenari](#) di politici per l'individuazione di un nuovo nome per la successione di Draghi a Palazzo Chigi. In questo senso, stando ai [rumors](#) della stampa, sulla base del 'pallottoliere,' sarebbe sempre più forte la candidatura di Berlusconi, prospettiva non gradita al Partito democratico che [ritirerebbe](#) il suo sostegno al Governo Draghi. Sul versante pentastellato è giunto [l'appello](#) del leader Conte affinché il Parlamento in seduta comune voti una donna, mentre la possibile assenza di grandi elettori a causa dell'aumento dei contagi e della quarta ondata non hanno fatto tramontare del tutto l'ipotesi di [secondo mandato](#) per Mattarella.

Mentre il **24 dicembre** e il **30 dicembre**, rispettivamente il [Senato](#) e la [Camera](#) – [votata](#) la questione di fiducia – nonostante qualche [polemica](#) sul metodo data l'intoccabilità del testo pervenuto in ritardo dalla Camera alta hanno approvato la [legge di bilancio](#) e nel perdurare del dibattito politico sugli scenari futuri, il **31 dicembre** il Presidente Mattarella si è rivolto agli italiani nel consueto [messaggio augurale](#) di fine anno. Nel ricordare i 7 anni di mandato, ha espresso un

ringraziamento a quanti, appartenenti al mondo istituzionale e non, ha incontrato nel corso del suo mandato, lodando l'unità morale e istituzionale della Repubblica e la responsabilità di quanti, vaccinandosi, hanno contribuito al bene comune. Esortando i giovani ad essere responsabili nel prendersi il futuro e la società, ha rivolto gli auguri all'Italia e alla Repubblica, la quale rimane in attesa del Capo dello Stato che verrà.

PARTITI

MOVIMENTO 5 STELLE

Il **16 settembre** si è tenuta la votazione sulla nuova piattaforma Skyvote, con la quale l'Assemblea degli iscritti ha potuto esprimersi [sull'elezione del nuovo Comitato di Garanzia e sull'elezione di un componente del Collegio dei Proibiviri del Movimento 5 Stelle](#).

L'assemblea degli iscritti M5S, il cui risultato è stato [certificato da un notaio](#), ha dunque stabilito che il nuovo Comitato di Garanzia è composto da: Luigi Di Maio, Roberto Fico e Virginia Raggi e che Riccardo Fraccaro entrerà a far parte del Collegio dei Proibiviri.

L'Assemblea degli iscritti al movimento è stata chiamata nuovamente a esprimersi il **30 novembre**, questa volta [in merito alla destinazione delle restituzioni dei portavoce nazionali e alla approvazione della proposta di accesso al 2×1000 e al finanziamento privato in regime fiscale agevolato](#).

Gli iscritti sono stati convocati anche il **9 Dicembre** e il **10 Dicembre** per deliberare su diversi argomenti quali: 1) Approvazione della proposta del Presidente di nomina di cinque Vicepresidenti nelle persone di Michele Gubitosa, Riccardo Ricciardi, Paola Taverna, Alessandra Todde e Mario Turco; 2) Approvazione della proposta del Presidente di elezione dei componenti dei Comitati previsti dallo Statuto; 3) Approvazione della proposta del Presidente di istituzione di [Comitati previsti dallo Statuto in via facoltativa](#) e di elezione dei componenti.

PARTITO DEMOCRATICO

A seguito delle misure cautelari cui è stato sottoposto Carmine Valentino, il **30 settembre** il [Segretario Letta ha nominato il deputato Enrico Borghi](#) commissario del Partito Democratico della provincia di Benevento.

ITALIA VIVA

Dal **19** al **21 novembre** si è tenuta l'undicesima edizione della Leopolda. Se nella prima giornata, oltre all'intervento di Renzi hanno preso la parola, tra gli altri, il presidente del Coni Giovanni Malagò, il presidente della Regione Toscana Gianni, nonché il virologo Roberto Burioni, nei giorni successivi si sono riuniti i tavoli tematici, finalizzati a elaborare proposte su lavoro, esteri, ambiente, Mediterraneo e altre materie.

FORZA ITALIA

Dopo una serie di incontri, la cui cadenza è aumentata a seguito dell'esito elettorale poco entusiasmante, Silvio Berlusconi ha ospitato tutti i vertici di centro destra presso la sua residenza romana di [Villa Grande il 23 dicembre](#), nel corso della quale è stato fatto il punto della situazione e si è cominciato a ragionare sulla sua candidatura al Quirinale.

LEGA

Già dal **3 settembre** Salvini ha ripreso il Tour per promuovere il [referendum giustizia](#), mentre le tappe dell'”Orgoglio Italiano tour” e del “#PRIMALITALIA tour” sono state interrotte.

FRATELLI D'ITALIA

Il **18 settembre** si è tenuta a Roma [la manifestazione “L'Italia del riscatto”](#), organizzata da Fratelli d'Italia in occasione delle elezioni amministrative, cui hanno partecipato il presidente Meloni e il candidato sindaco del centrodestra Enrico Michetti.

Il **2 dicembre** il presidente nazionale di Fratelli d'Italia e dei Conservatori Europei (ECR Party Meloni) ha tenuto una [conferenza stampa](#) per presentare l'edizione 2021 di Atreju dal titolo “Il Natale dei Conservatori”. Due settimane dopo, più precisamente il **15 dicembre**, la Meloni ha incontrato [il presidente del gruppo ECR nel Comitato delle Regioni, Wladyslaw Ortyl](#).

PARLAMENTO

CRISI AFGHANA

In ragione della crisi in Afghanistan di agosto, nella seduta del 7 settembre si è svolta alla Camera dei deputati l'informativa urgente del Governo con la partecipazione del ministro degli Affari esteri Di Maio e del ministro della Difesa Guerini.

A seguito di ciò, le Commissioni Esteri e Difesa di Senato e Camera si sono riunite a partire dal 15 settembre per svolgere alcune [audizioni](#).

I DECRETI SULL'EMERGENZA COVID-19

Nella seduta del **6 settembre** si è svolta alla Camera dei deputati la discussione generale del disegno di legge di conversione del decreto 23 luglio 2021, n. 105, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche, cosiddetto decreto “Green Pass” (C. [3223](#)). L'esame è proseguito nelle giornate del **7 e 8 settembre**, ma il testo è stato poi approvato con 259 voti favorevoli (C. [3223-A](#)).

Il **14 settembre** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame del ddl n. [2382](#) di conversione, con modificazioni, del dl 105/2021. Il provvedimento, giunto all'esame del *plenum* senza la relazione è stato approvato il **15 settembre** con 189 voti favorevoli, 32 contrari e due astensioni dopo che il Governo vi ha posto la questione di fiducia.

Nel frattempo, la Camera ha esaminato il disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, recante misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti, “Green Pass Scuola e Trasporti”(C. [3264-A](#)). Il testo è stato approvato, dopo che il Governo ha posto la questione di fiducia, il **22 settembre** con 413 voti favorevoli e 48 voti contrari.

LA LEGGE EUROPEA 2019-2020 E RELAZIONE PROGRAMMATICA 2021 E CONSUNTIVA 2020

Il **22 settembre** la Commissione Politiche UE del Senato ha concluso l'esame congiunto, con esiti distinti, del ddl n. [2169](#), recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020. Nella stessa occasione ha approvato altresì il testo delle relazioni Programmatica 2021 (Doc. LXXXVI, n. [4](#)) e

Consuntiva 2020 (Doc. LXXXVII, n. 4), conferendo mandato al relatore a riferire favorevolmente all'Assemblea sulla legge europea 2019-2020 e approvando relazione sui Doc. LXXXVI, n. 4 e LXXXVII, n. 4.

IL DECRETO DI ESTENSIONE DEL GREEN PASS – DL 127/2021

Il **23 settembre** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame del disegno di legge n. [2394](#) di conversione in legge del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening. Dopo alcune audizioni informali, svoltesi tra il **5** e il **7 ottobre**, l'esame si è concluso in Commissione Affari costituzionali il **9 novembre**, mentre l'Aula ha approvato il testo il **10 novembre**.

La Camera dei deputati ha avviato la [discussione generale](#) del disegno di legge di conversione (C. [3363](#)). Dopo aver respinto le questioni pregiudiziali Cabras ed altri n. 1 e Lollobrigida ed altri n. 2 e dopo l'apposizione della questione di fiducia (votata con 453 voti favorevoli e 42 contrari), l'Aula ha approvato il testo in via definitiva nella [seduta del 17 novembre](#).

IL SUMMIT DECRETO DEI PRESIDENTI DEI PARLAMENTI DEL G20

Il **7** e l'**8 ottobre** si è tenuto presso il Senato il [7° Summit dei Presidenti dei Parlamenti del G20](#) (P20) dal titolo "Parliaments for People, Planet and Prosperity", è organizzata in collaborazione con la Camera dei deputati. I lavori si sono articolati in sessioni successive, vertenti sulla crisi sociale e occupazionale causata dalla pandemia da Covid-19, sul rilancio della crescita economica in un quadro di sostenibilità sociale e ambientale e sulla sostenibilità e la sicurezza alimentare dopo la pandemia. Ad inaugurare i lavori è stata la Presidente del Senato Casellati che ha tenuto un [discorso](#).

IL DECRETO SULLA RACCOLTA DEL VOTO NELLE CONSULTAZIONI 2021

La Camera dei deputati ha approvato, nella seduta del **5 ottobre**, il disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 17 agosto 2021, n. 117, recante disposizioni urgenti concernenti modalità operative precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali dell'anno 2021 (C. [3269](#)). Il provvedimento è stato trasmesso al Senato per il relativo esame. Qui il **13 ottobre** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha concluso l'esame del ddl n. [2405](#), di conversione del decreto-legge n. 117, recante disposizioni urgenti concernenti modalità operative precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali dell'anno 2021. È stato così conferito il mandato al relatore Parrini a riferire all'Assemblea sul provvedimento, che lo ha approvato nell'arco della stessa giornata.

IL VII SUMMIT DEI PRESIDENTI DEI PARLAMENTI DEL G20 (P20)

Il Presidente del Senato Casellati ha inaugurato i lavori del VII Summit dei Presidenti dei Parlamenti del G20. L'incontro "Parliaments for People, Planet and Prosperity", è stato ospitato dal Senato, in collaborazione con la Camera dei deputati, nei giorni **7-8 ottobre**. Dopo l'intervento della Casellati, è intervenuto anche il Presidente Fico che ha tenuto un breve [discorso](#).

L'INTESA CON LA CHIESA D'INGHILTERRA

Il **13 ottobre** l'Aula del Senato ha esaminato il ddl n. [2060](#), sulla regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Associazione "Chiesa d'Inghilterra", in attuazione dell'articolo [8](#), terzo comma, della Costituzione.

LE RIUNIONI DEL CONSIGLIO EUROPEO DI OTTOBRE E DICEMBRE 2021

In occasione delle riunioni del Consiglio europeo, il Presidente del Consiglio Draghi si è recato alle Camere per rendere comunicazioni.

La prima volta è intercorsa il 20 ottobre, in vista della riunione in sede europea dei giorni successivi. L'Assemblea del Senato ha approvato la proposta di risoluzione n. 2 della maggioranza sulle comunicazioni con 200 voti favorevoli, 22 contrari e tre astensioni, mentre è stata respinta la proposta di risoluzione n. 1 dell'opposizione. La Camera ha approvato la risoluzione Davide Crippa, Molinari, Serracchiani, Barelli, Colaninno, Marin, Fornaro, Lupi, Emanuela Rossini e Magi n. 6-00197 e respinto la risoluzione Lollobrigida ed altri n. 6-00198.

La seconda, invece, in vista del Consiglio europeo del 16 dicembre. Prima dell'evento in sede europea, il Senato ha approvato la proposta di risoluzione n. 2 della maggioranza sulle comunicazioni rese dal Presidente con 201 voti favorevoli, 31 contrari e quattro astensioni.

MOZIONI SULLE ORGANIZZAZIONI NEOFASCISTE

In attuazione del dettato costituzionale in materia di divieto di riorganizzazione del disciolto partito fascista sono state presentate alcune mozioni al Senato. Il **20 ottobre** l'Aula ha approvato l'ordine del giorno unitario G1 (sostitutivo delle mozioni nn. [422](#), [423](#), [424](#), [425](#)) e la mozione n. [428](#) (testo 3).

LA COMMISSIONE PERMANENTE DELL'ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA

Nelle giornate del **25** e **26 novembre**, in occasione dell'avvio del semestre di Presidenza italiana del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, [si è riunita la Commissione permanente dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa](#).

LEGGE EUROPEA 2019-2020 E RELAZIONE PROGRAMMATICA 2021 E CONSUNTIVA 2020

Il disegno di legge [2169](#) recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020 è stato approvato dal Senato nella seduta del **3 novembre**. Nel corso della stessa seduta, l'Aula ha anche approvato con proposta di risoluzione di maggioranza n. 1 integrata da tre emendamenti, i documenti: Relazione programmatica sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2021 (Doc. LXXXVI, n. [4](#)) e Relazione consuntiva sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, relativa all'anno 2020 (Doc. LXXXVII, n. [4](#)).

LE RIFORME COSTITUZIONALI ALL'ESAME DEL PARLAMENTO

Il **12 ottobre**, la Camera ha approvato in prima deliberazione la proposta di legge costituzionale: Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente (Approvata, in un testo unificato, in prima deliberazione, dal Senato) (C. [3156](#) e abb.). Il provvedimento è stato perciò trasmesso per la seconda lettura all'altro ramo. Qui, dopo che il **26 ottobre** la Commissione Affari costituzionali ha conferito il mandato al relatore a riferire al plenum sul disegno di legge costituzionale n. [83-B](#), sulla tutela costituzionale dell'ambiente, l'Aula

del Senato ha approvato il provvedimento in seconda deliberazione il **3 novembre**, con 218 voti favorevoli, nessun contrario e due astenuti. Dopo di ciò, la Commissione è stata impegnata nell'esame congiunto in sede referente, dei disegni di legge costituzionali n. [747](#) e n. [2262](#) in materia di sport in Costituzione.

IL DISEGNO DI LEGGE SULLA TUTELA GIURISDIZIONALE NEL PROCEDIMENTO PREPARATORIO PER LE ELEZIONI POLITICHE

La Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame del disegno di legge n. [2390](#) recante disposizioni in materia di tutela giurisdizionale nel procedimento elettorale preparatorio per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

LA MANOVRA ECONOMICA

Dopo l'approvazione della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza 2021 (Doc. LVII n. [4-bis](#)) avvenuta con 190 voti favorevoli, 37 contrari e una astensione il 6 ottobre, le camere sono state impegnate nell'approvazione della legge di bilancio 2022. L'iter, avviato con le audizioni preliminari in Commissioni congiunte 5a Senato e V Camera il 19 novembre, si è esaurito nel giro di pochi giorni. La Commissione Bilancio del Senato ha concluso ddl di Bilancio (A.S. n. [2448](#)) il **21 dicembre**, mentre l'Aula ha approvato il testo (emendamento interamente sostitutivo degli articoli della prima sezione del ddl) il 23 dicembre.

La Camera, dopo aver approvato il [29 novembre](#) la questione di fiducia posta dal Governo sull'approvazione dell'articolo 1 del disegno di legge di bilancio nel testo della Commissione con 414 voti favorevoli e con 47 voti contrari, identico a quello approvato dal Senato, ha approvato in via definitiva il disegno di legge nella seduta del [30 dicembre](#).

IL DECRETO CAPIENZE E IL DECRETO ESTENSIONE GREEN PASS

L'esame del disegno di legge n. [2409](#), di conversione del decreto-legge n. 139/2021, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali si è concluso in Commissione il **17 novembre**. L'Aula del Senato ha approvato con modifiche il testo nella seduta del **18 novembre**, con 174 voti favorevoli, 20 contrari e nessun astenuto.

Il testo del D-l n. 127/2021 - estensione *green pass* a luoghi lavoro pubblico e privato, invece, è stato approvato il 10 novembre. Il testo è stato però nella versione interamente emendata dal Governo, con 199 voti favorevoli, 38 contrari e nessuna astensione. La Camera, una volta ricevuto il testo, ha avviato la discussione generale (C. [3374](#)), nella seduta del **29 novembre**. Il Ministro per i Rapporti con il Parlamento ha posto la questione di fiducia il 30 novembre e, nella seduta del primo dicembre, l'Aula ha approvato in via definitiva il disegno di legge di conversione.

ELEZIONI CONTESTATE

L'elezione del senatore Adriano Cario (Circoscrizione Estero - Ripartizione America meridionale) è stata oggetto di contestazioni. Per questo la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari ha discusso a partire dal **9 novembre** la questione. I documenti definiti dalla Giunta ([doc. III, n. 5](#)), insieme a quelli delle elezioni contestata nella regione Campania ([doc. III, n. 3](#)), nella regione Puglia ([doc. III, n. 4](#)) e sulla questione del seggio vacante nella regione Veneto ([doc. XVI, n. 7](#)) sono stati discussi dal *plenum* nella seduta del **2 dicembre**.

IL CONSUETO INCONTRO CON LA STAMPA PARLAMENTARE

In vista delle imminenti festività natalizie, dapprima il 14 e poi il 15 dicembre [il Presidente della Camera](#) e la [Presidente del Senato](#) hanno incontrato i giornalisti dell'Associazione Stampa parlamentare per il tradizionale scambio di auguri.

IL DECRETO 172/2021 IN MATERIA DI OBBLIGHI VACCINALI

Il **30 novembre** la Commissione Affari costituzionali del Senato ha avviato l'esame, in sede referente, del ddl n. [2463](#) di conversione in legge del decreto-legge 26 novembre 2021, n. 172, recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali (cd. *decreto super green pass*).

I LAVORI DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Dal momento che il **22 settembre** la Conferenza dei Presidenti di Gruppo ha convenuto di inserire nell'agenda dei lavori l'esame delle modifiche regolamentari in relazione all'andamento dei lavori della Giunta, questo organo si è [riunito](#) il **20 ottobre**. Il Presidente Fico ha inaugurato i lavori per fare il punto sullo stato dei lavori del Comitato ristretto, da tempo incaricato di svolgere un'istruttoria in merito agli adeguamenti regolamentari da predisporre in conseguenza della riforma costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari. Appurato però che non c'è stato un avanzamento del lavoro istruttorio, pur essendo state presentate proposte di modifica, il Presidente Fico ha sollecitato i componenti a riflettere su come giungere in tempi ristretti all'elaborazione di un testo di riforma da presentare all'Assemblea. Considerato che spetta in via esclusiva alla Giunta proporre all'Assemblea le modifiche al Regolamento (art. 16, co. 3 RC) l'organo monocratico a proposto che il lavoro possa proseguire in sede plenaria.

Per questo, nella [riunione](#) del **27 ottobre**, il Presidente Fico ha deciso di nominare due relatori che, in tempi brevi, elaborino una proposta condivisa

A disposizione dei relatori e dei membri della Giunta sono state messe non solo le tre proposte presentate (n. 19 Baldelli e altri, n. 22 Giorgis e altri e n. 24 Davide Crippa e altri), nonché il testo a fronte fra il Regolamento della Camera e le corrispondenti disposizioni di quello del Senato, con l'evidenziazione delle modifiche approvate dal Senato nel 2017.

Due giorni dopo, più precisamente il **29 ottobre**, è stata presentata una proposta di modificazione al Regolamento (Articoli 109, 109-Bis E 109-Ter: Modifica Della Disciplina In Materia Di Petizioni) D'iniziativa Dei Deputati Madia, Gribaudo, Quartapelle Procopio, Sensi, Orfini, Ceccanti ([doc. II n. 25](#))

I LAVORI DELLA GIUNTA PER IL REGOLAMENTO DEL SENATO

Il **3 novembre** si è riunita la [Giunta per il Regolamento](#) del Senato al fine di verificare l'andamento delle proposte di modifiche regolamentari conseguenti all'approvazione del disegno di legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari. Ricordando come la linea maggioritaria fosse a favore di una modifica puntuale degli aspetti più direttamente connessi alla riduzione del numero dei senatori, il Senatore Calderoli ha evidenziato come la proposta di modifica del Regolamento Doc. II, n. 6, sia indirizzata in tal senso, fatta eccezione per la ridefinizione del numero e delle competenze delle Commissioni. Dopo aver condiviso l'ipotesi di giungere alla predisposizione di una formale proposta di modifica del Regolamento condivisa da tutti i Gruppi, che dovrebbe essere adottata dalla Giunta stesa, il collegio ha concordato di istituire un Comitato ristretto.

Il **18 novembre** è stata presentata dai senatori Perilli, Maiorino e Donno una proposta di modifica del Regolamento, recante novità ai Capi I, II, III, IV, V, VI, VII, X, XI, XII, XV, XVI,

XVII, XVIII, XIX, XXII e XXIV, nonché introduzione del Capo XXXIII-bis del Regolamento del Senato. Il documento riformatore ([Doc. II n. 11](#)), che si presenta come necessario dopo la legge costituzionale 19 ottobre 2020, n. 1, in materia di riduzione del numero dei parlamentari, introduce però ulteriori novità.

IL 150° ANNIVERSARIO DELLA PRIMA SEDUTA DELLA CAMERA DEI DEPUTATI A PALAZZO MONTECITORIO

Dopo quasi due anni di chiusura a causa dell'emergenza pandemica, sono state riaperte le porte di Palazzo Montecitorio in occasione del 150° anniversario della prima seduta della camera dei deputati. Difatti, proprio il 27 novembre 1871 venne inaugurata la prima sessione parlamentare nella nuova sede romana, allestita in breve tempo dall'Ing. Comotto. In suffragio dell'evento, il Presidente della Camera ha ricordato l'occasione con un [breve discorso](#).

IL SODALIZIO ITALO-FRANCESE

Dopo la conclusione del Trattato del Quirinale da parte del Presidente della Repubblica francese Macron e del Presidente del Consiglio dei Ministri italiano Draghi intercorsa il 26 novembre, il **29 novembre** è stato concluso un protocollo d'intesa interparlamentare per la cooperazione e la concertazione tra la Camera dei deputati e la Assemblea nazionale francese. L'accordo è finalizzato al consolidamento dei legami esistenti attraverso lo svolgimento di vertici parlamentari e la promozione di incontri tra le omologhe commissioni.

Qualche giorno dopo, più precisamente il **9 dicembre**, le Commissioni riunite Esteri di Camera e Senato hanno svolto l'audizione del Ministro degli Affari esteri Di Maio, sul Trattato tra la Repubblica italiana e la Repubblica francese.

IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA GIUNGE ALLE CAMERE

Il **17 dicembre** la Camera dei deputati ha svolto la discussione sulle linee generali del disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose (C. [3354-A](#)). È solo però nel corso della seduta del **20 dicembre** che il Governo ha posto la questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti, subemendamenti ed articoli aggiuntivi, dell'articolo unico del disegno di legge di conversione. La fiducia è stata approvata con 414 voti favorevoli e 47 voti contrari nella seduta del **21 dicembre**.

LO SCAMBIO DI AUGURI CON LE ALTE CARICHE

Il **20 dicembre** è stato ripreso in presenza il tradizionale scambio degli auguri con le Alte cariche presso il Quirinale. In [questa occasione](#), la Presidente del Senato ha tenuto un discorso con cui ha ringraziato il Presidente della Repubblica per il ruolo di supremo garante svolto in una fase delicata di *transizione sanitaria, economica e sociale*, pur in un momento di recrudescenza della diffusione del virus. La stessa poi, oltre a ringraziare i cittadini che hanno aderito alla campagna vaccinale e il personale medico per l'inedefesso compito svolto, ha richiamato l'attenzione sulla delicata fase di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, evidenziando come il fattore tempo sia determinante. In questo senso, nel ricordare come sia imprescindibile un bilanciamento equilibrato tra confronto pluralistico e certezza dei tempi, l'organo monocratico ha sottolineato come "la centralità del Parlamento, cuore pulsante della democrazia, non è un ostacolo alla rapidità e all'efficienza delle decisioni."

IL CONSIGLIO DI GARANZIA DEL SENATO REINTEGRA I GRILLINI ESPULSI

Il [Consiglio di garanzia del Senato](#), su ricorso di sei parlamentari dal gruppo del Movimento 5 (Barbara Lezzi, Elio Iannutti, Rosa Silvana Abbate, Luisa Angrisani, Margherita Corrado e Fabio di Micco) [si è pronunciato a favore di una loro reintegrazione nel rispettivo gruppo parlamentare, dichiarando la nullità del provvedimento](#). I Senatori, espulsi perché avevano votato contro la fiducia al governo Draghi, sono stati reintegrati giacché il provvedimento era stato assunto non solo in violazione di quanto sancito dal Regolamento parlamentare, ma anche in contrasto con la Costituzione ex artt. 67 e 49.

GOVERNO

RIUNIONI DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

La [prima riunione](#) del Consiglio dei Ministri del quadrimestre è intercorsa il **2 settembre**. Dopo l'incontro di fine agosto, i Ministri hanno ripreso le attività e si sono incontrati per condividere tanto il testo del decreto contenente Disposizioni per il contrasto degli incendi boschivi e altre misure urgenti di protezione civile (cd. "decreto incendi"), quanto il testo del decreto recante Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali. Nel primo caso, il provvedimento assurge all'arduo compito di rafforzare la capacità operativa delle componenti statali impegnate nelle attività di lotta attiva contro gli incendi boschivi, in ragione dei numerosi quanto estesi episodi manifestatisi nel corso dell'estate. Il secondo provvedimento, invece, è finalizzato a introdurre migliorie ai servizi di trasporto e per agevolare gli investimenti in infrastrutture, anche in ragione della perdurante emergenza pandemica. Inoltre, in ragione dell'emergenza in Afghanistan, il Consiglio dei Ministri ha deliberato una modifica della deliberazione del Consiglio dei Ministri del 17 giugno scorso, relativa alla prosecuzione nel 2021 delle missioni internazionali e delle attività già autorizzate per il 2020 e alla partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali per l'anno 2021 (articoli 2, comma 1, e 3 comma 1, della legge 21 luglio 2016, n. 145).

I Ministri si sono [incontrati la settimana successiva](#), più precisamente il **9 settembre**, in ragione di diverse questioni pendenti di particolare importanza. Innanzitutto, tema centrale della riunione è stato il provvedimento recante Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza da COVID-19 in ambito scolastico, della formazione superiore e socio sanitario-assistenziale. Il decreto legge, finalizzato a estendere l'ambito di applicazione della certificazione verde vaccinale fino al 31 dicembre prossimo alla scuola, a tutti coloro che accedono alle strutture delle istituzioni scolastiche, educative e formative, (fatta eccezione per i bambini, gli alunni e gli studenti nonché ai frequentanti i sistemi regionali di formazione), a chiunque accede alle strutture del sistema nazionale universitario e a tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture residenziali, socio-assistenziali, sociosanitarie e hospice (RSA, strutture per anziani, ecc.). I Ministri hanno anche approvato una norma che adegua le procedure di cessione già delineate dal legislatore alle sopravvenute esigenze connesse ai tempi di adozione della decisione europea della vicenda Alitalia. Inoltre, i Ministri hanno ascoltato il sottosegretario alla presidenza, Roberto Garofoli che ha presentato la quarta relazione sul monitoraggio dei provvedimenti attuativi.

Anche la [riunione](#) del **16 settembre** ha avuto principalmente ad oggetto il tema del green pass. Difatti, Il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening. Il possesso della certificazione verde spetta altresì al personale delle Amministrazioni pubbliche (comprese Autorità indipendenti, Consob, Covip, Banca d'Italia, enti pubblici economici e organi di rilevanza costituzionale, nonché i titolari di cariche elettive o di cariche istituzionali di vertice). Gli organi costituzionali, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, adeguano il proprio ordinamento alle nuove disposizioni sull'impiego delle Certificazioni Verdi. Oltre a valere per il personale del settore pubblico, le misure del dl sono state estese anche a coloro che svolgano attività lavorativa nel settore privato. Inoltre, in considerazione del fatto che l'introduzione dell'obbligo di possedere la certificazione non debba comportare un surrettizio obbligo alla vaccinazione, è stata altresì previsto il calmieramento dei tamponi, introducendo un obbligo per le farmacie di somministrare i test antigenici rapidi applicando i prezzi definiti nel protocollo d'intesa siglato dal Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, d'intesa con il Ministro della salute. I Ministri hanno anche approvato quattro disegni di legge di ratifica ed esecuzione di altrettanti accordi internazionali: a) ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Ghana in materia di cooperazione nel settore della difesa, fatto ad Accra il 28 novembre 2019; b) ratifica ed esecuzione dell'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, fatto a Bruxelles il 5 maggio 2020; c) ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra il Governo della Repubblica italiana e l'Istituto forestale europeo riguardante lo stabilimento in Italia di un ufficio sulla forestazione urbana, con Allegato, fatto ad Helsinki il 15 luglio 2021; d) ratifica ed esecuzione dell'Accordo di sede tra la Repubblica italiana e l'Ufficio europeo per il sostegno all'asilo relativo allo stabilimento di un ufficio operativo in Roma, fatto a Roma il 22 novembre 2017, con Dichiarazione interpretativa congiunta fatta a Roma il 1° luglio 2021 e a La Valletta il 13 luglio 2021.

Nella [riunione](#) del **23 settembre** sono stati trattati diversi argomenti, tra cui il decreto energia, monitoraggio dell'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza e la composizione del governo. Per quanto riguarda il primo punto, i Ministri hanno deliberato l'approvazione delle misure urgenti per il contenimento degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico e del gas naturale e abrogazioni e modifiche di disposizioni di legge in ragione degli aumenti previsti e per evitare di andare eccessivamente ad incidere sulle risorse economiche delle famiglie italiane già messe sufficientemente alla prova dall'emergenza. Per quanto riguarda invece la seconda questione, il Consiglio dei Ministri, ha ascoltato la prima informativa in merito al monitoraggio e allo stato di attuazione delle misure previste dal PNRR. Nello specifico, i target da raggiungere (sia per quanto riguarda le riforme sia per quanto riguarda gli investimenti) per l'anno in corso sono 51, di cui sono 13 gli obiettivi già raggiunti. Inoltre, sarà necessario definire non solo un preciso piano di adozione delle riforme e di compiuta realizzazione degli interventi (cd. cronoprogramma), ma determinare anche proposte di norme attuative abilitanti ritenute necessarie, secondo le rispettive competenze, per proseguire nell'attuazione del PNRR, nonché la convocazione delle Cabine di regia settoriali con la partecipazione di Ministri individuati in base agli ambiti da approfondire. Nell'ambito della stessa riunione, il Consiglio dei Ministri ha approvato due decreti legislativi di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino Alto Adige: il primo relativo alle norme di attuazione dello Statuto speciale per il Trentino Alto Adige/Südtirol recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 26 gennaio 1980 n. 197, in materia di igiene e sanità; il

secondo relativo alle norme di attuazione dello Statuto Speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol recante modifiche e integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1976, n. 752 (Norme di attuazione dello Statuto Speciale della Regione Trentino-Alto Adige in materia di proporzione negli uffici statali siti nella provincia di Bolzano e di conoscenza delle due lingue nel pubblico impiego). Il Consiglio dei Ministri è stato sentito sulla proposta di completamento della squadra di governo, in ragione della nomina del prof. avv. Federico Freni a Sottosegretario di Stato per l'economia e le finanze. Ai sensi dell'articolo 10 della legge n.400 del 1988, la nomina spetta al Presidente della Repubblica che adotta un decreto su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il **29 settembre** i Ministri hanno [deliberato](#) sia la Nota di aggiornamento al documento di economia e finanza 2021 (NADEF) sia il decreto legge “giustizia e proroghe”. Oltre a tenere in considerazione il miglioramento degli indicatori di crescita e deficit, la Nota definisce il perimetro di finanza pubblica nel quale si iscriveranno le misure della prossima Legge di Bilancio, che avrà come obiettivo quello di sostenere la ripresa dell'economia italiana nel triennio 2022-2024, in stretta coerenza con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Invece, il decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia di giustizia e disposizioni di proroga in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP introduce novità in tema di tabulati telefonici, referendum, proroga il termine di presentazione delle domande per l'assegno temporaneo domande di assegno temporaneo per i figli e rinvia il termine per la regolarizzazione del versamento relativo al saldo Irap 2019 ed al primo acconto Irap 2020. Al termine della riunione, il Presidente del Consiglio Draghi, e il Ministro dell'economia e delle finanze Franco, hanno illustrato una [conferenza stampa](#) la Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza (NADEF) 2021 appena approvata.

Dopo la [riunione del 5 ottobre](#), nel corso della quale è stato approvato il disegno di legge delega per la revisione del sistema fiscale pur in assenza delle componenti leghiste, i Ministri si sono [incontrati di nuovo](#) il **7 ottobre** per l'approvazione del testo del decreto “capienze”. Il provvedimento, recante Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali è finalizzato ad apportare modifiche per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali.

In considerazione dei numerosi incidenti sul lavoro, il Consiglio dei Ministri è intervenuto in materia attraverso il decreto fiscale, approvato nella [riunione](#) del **15 ottobre**. Il provvedimento, recante misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili interviene in diversi ambiti: innanzitutto sul tema della sicurezza sui luoghi di lavoro, introducendo norme finalizzate a consentire interventi maggiormente efficienti contro le imprese che non rispettano le misure di prevenzione o che utilizzano lavoratori in nero. Il provvedimento, inoltre, modifica le condizioni necessarie per l'adozione del provvedimento cautelare della sospensione dell'attività imprenditoriale in caso di violazioni, inasprisce le sanzioni nel caso in cui vengano accertate gravi violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro, estende le competenze di coordinamento dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro e rafforza il Sistema Informativo Nazionale per la Prevenzione nei luoghi di lavoro (SINP). In tema di fisco, invece sono adottate alcune norme volte a tutelare i contribuenti maggiormente in difficoltà, come il differimento del versamento delle rate delle definizioni agevolate dei carichi affidati alla riscossione (cosiddetti “rottamazione-ter” e “saldo e stralcio”), il prolungamento del termine per l'adempimento spontaneo delle cartelle di pagamento ed estende il piano di rateizzazione. Il provvedimento introduce altresì disposizioni per il rinnovo del parco auto, per le misure adottate

al fine dell'equiparazione della quarantena per Covid 19 alla malattia, introduce il congedo parentale per i lavoratori dipendenti o autonomi genitori di minori di 14 anni nel caso in cui sia sospesa l'attività didattica o educativa del figlio per tutta o in parte la durata dell'infezione o per la quarantena disposta dalle autorità competenti; nonché prevede misure di sostegno al reddito per i lavoratori di Alitalia in amministrazione straordinaria e la Cassa Integrazione prevista per i datori di lavoro che sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi connessi all'emergenza COVID-19.

Dopo l'approvazione del "[Documento programmatico di bilancio per il 2022](#)", che illustra le principali linee di intervento che verranno declinate nel disegno di legge di bilancio e gli effetti sui principali indicatori macroeconomici e di finanza pubblica, approvato nella [riunione del 19 ottobre](#), il Consiglio dei Ministri si è riunito nuovamente il 27 ottobre. [In quella occasione il collegio ha approvato](#) due provvedimenti (un decreto-legge e un disegno di legge) che hanno come obiettivo quello di raggiungere ulteriori 8 dei 51 milestone e target il cui conseguimento é previsto, secondo il PNRR, entro il 31 dicembre prossimo. Nel corso della stessa riunione sono stati approvati, in esame definitivo, due decreti legislativi di attuazione di norme europee: Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (UE) n. 528/2012 relativo alla messa a disposizione sul mercato e l'uso dei biocidi e Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al regolamento (UE) n. 2017/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017, sul mercurio.

Oltre ad approvare dieci decreti legislativi di attuazione di norme europee, la riunione del **28 ottobre** si è incentrata sulla manovra di bilancio. Difatti, i Ministri hanno discusso e condiviso il testo del disegno di legge recante il bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022 – 2024. Il principale provvedimento economico prosegue in linea con le coordinate delineate dalla Nota di aggiornamento al Def, che prevedono la prosecuzione di una politica di bilancio espansiva al fine di sostenere l'economia e la società nelle fasi di uscita dalla pandemia da Covid-19 e di aumentare il tasso di crescita nel medio termine, rafforzando gli effetti degli investimenti e delle riforme previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Al termine della riunione, il Presidente Draghi e i Ministri Franco e Orlando hanno tenuto una [conferenza stampa](#) presso la Sala Polifunzionale della Presidenza del Consiglio.

obbligazioni garantite e che modifica la direttiva 2009/65/CE e la direttiva 2014/59/UE, e per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2019/2160, che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda le esposizioni sotto forma di obbligazioni garantite. Modifiche alla legge 30 aprile 1999, n. 130; l'attuazione della direttiva (UE) 2020/262 del Consiglio del 19 dicembre 2019, che stabilisce il regime generale delle accise; l'attuazione della direttiva (UE) 2019/770, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; l'attuazione della direttiva (UE) 2019/771, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

La [successiva riunione](#) del collegio ministeriale si è tenuta il **4 novembre**, nel corso della quale ha ottenuto l'approvazione il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, in ragione degli obiettivi assunti in merito al Piano nazionale di ripresa e resilienza. Oltre a norme relative a diversi settori quali l'energia, i trasporti, i rifiuti, prevede anche novità in tema di procedure di selezione dei presidenti e dei componenti delle Autorità amministrative indipendenti

Dopo la [riunione del 10 novembre](#), in cui sono state approvate Misure urgenti per il contrasto alle frodi nel settore delle agevolazioni fiscali ed economiche e in tema di infrastrutture e unione doganale, i Ministri si sono incontrati [nuovamente il 18 novembre](#). In quella occasione è stata

approvata, nella forma del decreto legislativo, l'istituzione dell'assegno unico e universale, in attuazione della delega conferita al Governo ai sensi della legge 1° aprile 2021, n. 46. Inoltre, Il Ministro per le pari opportunità e la famiglia Elena Bonetti ha svolto un'informativa sul Piano Strategico Nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2021-2023, che fa seguito al precedente Piano relativo al triennio 2017-2020. Il Consiglio dei Ministri ha altresì deliberato la nomina di Mauro Nori a Segretario generale dello stesso CNEL.

Nella riunione del **24 novembre**, i Ministri hanno adottato un decreto ribattezzato "Covid", perché recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali. Il provvedimento prevede una serie di misure di contenimento della "quarta ondata" della pandemia Sars-Cov2 in quattro ambiti: obbligo vaccinale e terza dose; estensione dell'obbligo vaccinale a nuove categorie; istituzione del Green Pass rafforzato; rafforzamento dei controlli e campagne promozionali sulla vaccinazione.

Inoltre, in ragione delle dimissioni di Gualtieri, neo Sindaco della Capitale, è stata individuata nel 16 gennaio 2022 la data per lo svolgimento delle elezioni suppletive della Camera dei deputati nel collegio uninominale 01 - Roma - Quartiere Trionfale della XV Circoscrizione Lazio 1.

A seguito della riunione, il Presidente Draghi e i Ministri Speranza e Gelmini hanno tenuto una [conferenza stampa](#) per illustrare i contenuti del decreto.

Nella [riunione](#) del **3 dicembre** è stato condiviso un testo, che ha ottenuto l'approvazione, finalizzato a introdurre disposizioni per la prevenzione e il contrasto del fenomeno della violenza nei confronti delle donne e della violenza domestica. In particolare, il testo contiene un insieme di misure volte ad arricchire il vigente quadro normativo in materia di prevenzione contro le forme di violenza di genere, comportando la modifica al codice penale, al Codice di procedura penale, al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159) e ad alcune leggi speciali. A seguito della riunione, il Presidente del Consiglio Draghi, con le Ministre Bonetti (Pari opportunità e famiglia), Lamorgese (Interno), Cartabia (Giustizia), Gelmini (Affari regionali ed Autonomie), Carfagna (Sud e Coesione territoriale), Dadone (Politiche giovanili) e Stefani (Disabilità) e Messa (Università e Ricerca), ha tenuto una [conferenza stampa](#) per illustrare i contenuti del provvedimento.

Se nella [riunione del 9 dicembre](#), il collegio ministeriale ha approvato, tra le altre cose, un decreto-legge che introduce misure urgenti finanziarie e fiscali (cd. "decreto fisco"), nella riunione del **14 dicembre** ha approvato un decreto-legge che prevede la proroga dello stato di emergenza nazionale e delle misure per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 fino al 31 marzo 2022.

La riunione prima della pausa natalizia si è articolata su due giorni. Dapprima il **23 dicembre**, quando [i Ministri](#) hanno approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali. Con tale provvedimento, oltre a ridurre la durata del green pass vaccinale da 9 a 6 mesi a partire dal 1° febbraio 2022, è stato ridotto il periodo minimo per la somministrazione della terza dose da 5 a 4 mesi. Inoltre, è stato esteso l'obbligo di indossare le mascherine anche all'aperto e anche in zona bianca, l'obbligo di indossare le mascherine di tipo FFP2 in occasione di eventi (spettacoli aperti al pubblico che si svolgono all'aperto e al chiuso in teatri, sale da concerto, cinema, locali di intrattenimento e musica dal vivo, etc.) e introdotto il cd. green pass rafforzato. Il Consiglio dei Ministri ha altresì approvato in via definitiva il decreto legislativo che istituisce l'assegno unico e universale nonché il cd. "decreto proroghe" recante disposizioni urgenti in materia di termini legislativi. Nel corso della stessa riunione sono state approvate modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 luglio 2021, n. 128 recante il regolamento di organizzazione del Ministero della transizione ecologica. Al termine

dell'incontro il Ministro della Salute Speranza, il coordinatore del Cts Locatelli e il portavoce del Cts Brusaferrò hanno tenuto una [conferenza](#) per illustrare il contenuto del decreto green pass.

Successivamente, i Ministri si sono nuovamente riuniti il **24 dicembre** per [approvare con sollecita urgenza](#) la Nota di variazioni al bilancio di previsione dello Stato per il triennio 2022-2024 che recepisce le modifiche al disegno di legge di bilancio approvate in prima lettura dal Senato della Repubblica e contiene i prospetti contabili analoghi a quelli del disegno di legge di bilancio, distinti per unità di voto e allegati tecnici per capitoli.

L'ultima riunione dell'anno si è tenuta nella serata del **29 dicembre**. I Ministri hanno approvato, tra le altre cose, un provvedimento, nella veste del decreto-legge, recante misure urgenti per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria. L'atto, ridenominato "green pass rafforzato" ha introdotto nuove misure in merito all'estensione del Green Pass e in merito alle quarantene per i vaccinati.

I PRINCIPALI INTERVENTI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Il **7 ottobre** il Presidente Draghi è intervenuto alla [7^a Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dei Paesi del G20](#). In quella occasione, ha tenuto un discorso, nel quale ha evidenziato i molteplici ruoli che le Assemblee parlamentari sono chiamate a svolgere. Non solo un luogo di rappresentanza e di mediazione tra i diversi interessi e gruppi (anche al fine di garantire libertà e sicurezza, profitto e solidarietà, e di promuovere il progresso, lo stato di diritto e le libertà fondamentali), ma altresì il ruolo di motore di sviluppo economico e civile. In occasione del vertice europeo del 26-27 ottobre, Il Presidente Draghi ha reso [Comunicazioni](#). In particolare ha affrontato diverse questioni quali pandemia e vaccini; transizione digitale; costo dell'energia; migrazioni; commercio estero; impegni internazionali e in particolare la COP26.

Il Presidente del Consiglio, Mario Draghi, ha reso prima alla Camera dei Deputati e poi al [Senato della Repubblica](#) le [Comunicazioni](#) in vista del Consiglio europeo del 16 dicembre. Il vertice in sede sovranazionale ha previsto la trattazione di diversi argomenti, tra cui la pandemia; il prezzo dell'energia; la gestione condivisa delle crisi; la difesa comune; le migrazioni; dei rapporti con Paesi esteri, in particolare Bielorussia e Ucraina. Oltre al Consiglio europeo, il Presidente ha partecipato all'Euro Summit, in cui verrà trattata la ripresa economica, l'unione bancaria, l'unione dei mercati dei capitali.

Il **23 dicembre** il Presidente Draghi ha annunciato [che l'Italia ha raggiunto i 51 obiettivi previsti entro l'anno dal Piano nazionale di ripresa e Resilienza](#) nell'ambito della Cabina di regia sul 'Pnrr - Italia Domani'. Nel corso della riunione, è stata illustrata la [prima Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del Piano](#), trasmessa alle Camere.

CAPO DELLO STATO

IL PRESIDENTE ESERCITA IL POTERE DI GRAZIA

Il **2 settembre** e il **9 dicembre**, il Presidente ha concesso, rispettivamente, [due](#) e [sette](#) provvedimenti di clemenza, ai sensi dell'articolo [87](#), comma 11 Cost, alla luce del parere favorevole del Ministro della giustizia.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DEL FORUM AMBROSETTI

Il **4 settembre**, in occasione del Forum Ambrosetti, il Presidente della Repubblica ha inviato un [messaggio](#) in cui ha sottolineato la forte capacità di reazione dell'Unione europea nella gestione

della pandemia nonché l'opportunità di un'azione coordinata e condivisa. Il Capo dello Stato ha evidenziato come lo sforzo comune debba procedere anche nella direzione di garantire la pace e la sicurezza nel contesto internazionale con le dinamiche della globalizzazione che condizionano la diffusione e l'esercizio dei diritti ai fini del consolidamento del progetto europeo.

IL PRESIDENTE PARTECIPA ALLA XVI RIUNIONE DEL GRUPPO ARRAIOLOS

Il **15 settembre**, il Presidente ha [partecipato](#) alla XVI riunione del Gruppo Arraiolos in cui ha ricordato l'importanza dell'azione dell'Unione europea che richiede radici solide, avendo come riferimento il Next generation Eu per la cui attuazione è imprescindibile l'autonomia strategica dell'Unione tutta. Mattarella ha ritenuto fondamentale che vi sia una credibilità maggiore delle istituzioni europee per la politica estera e di sicurezza comune grazie anche all'impegno congiunto della Nato e dei Paesi Ue al fine di favorire la pace internazionale e tutelare gli interessi dei popoli.

IL PRESIDENTE PRESENZIA AL 70° ANNIVERSARIO DELLA NATO IN ITALIA

Il **17 settembre**, Sergio Mattarella ha partecipato alla celebrazione del 70° anniversario della Nato in Italia [ricordando](#) l'importanza strategica della stessa per la difesa collettiva intorno ai valori di libertà e del rispetto dei popoli. Il Capo dello Stato ha sottolineato come la Nato sia di fondamentale importanza per l'Italia per la salvaguardia della pace e della sicurezza internazionale, anche attraverso un coordinamento con l'Unione europea.

IL PRESIDENTE INCONTRA ALCUNI MINISTRI

Il **20 ottobre** il Capo dello Stato ha [incontrato](#) alcuni Ministri per discutere di alcuni temi oggetto del Consiglio europeo.

INTERVENTO DEL PRESIDENTE AL PRANZO IN ONORE DEI CAPI DI STATO E DI GOVERNO IN OCCASIONE DEL G20

Il **30 ottobre** il Presidente è [intervenuto](#) in occasione del pranzo in onore dei Capi di Stato e di Governo e delle altre personalità partecipanti al vertice G20 nel quale ha rammentato le urgenze non procrastinabili imposte dalla pandemia che richiedono di essere affrontate con uno sforzo comune, in un'ottica cooperativa e multilaterale. Proprio il multilateralismo, ricorda Mattarella, ha improntato i rapporti internazionali e favorito la pace. Ha messo in evidenza, infine, quali siano stati gli assi portanti della Presidenza italiana (persona, pianeta e prosperità) rispetto ai quali è necessario approntare un'azione coordinata e congiunta a livello internazionale per offrire alle generazioni future un pianeta senza conflitti, nell'ottica della collaborazione e della responsabilità.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DEL GIORNO DELL'UNITÀ NAZIONALE E DELLE FORZE ARMATE

Il **4 novembre**, in occasione del giorno dell'unità nazionale e delle Forze armate, Mattarella, in un [messaggio](#), ha ricordato la sofferenza di coloro i quali hanno combattuto per la libertà e la democrazia, consentendo al Paese e alle Forze armate di stringersi in una fratellanza foriera di virtù civiche, coesione e responsabilità. Ha ricordato, inoltre, l'impegno costante dei militari, la cui professionalità è posta a garanzia della pace in un quadro internazionale in cui l'Italia opera per la stabilità a tutela dei valori di libertà, giustizia e cooperazione.

IL PRESIDENTE RICORDA GIOVANNI LEONE

L'11 novembre il Presidente, commemorando Giovanni Leone, ne ha [ricordato](#) la saggezza e gli sforzi per favorire la comprensione reciproca in una fase politica difficile, apprezzandone, al contempo, coraggio e generosità nell'esercizio delle funzioni presidenziali. Mattarella ha ricordato come Leone avesse un profondo senso di legalità ancorato alla Costituzione e una grande sensibilità verso la pace sociale, arma per combattere tutte le violenze. Ha menzionato, altresì, l'impegno accademico e scientifico nonché le sue posizioni sulle libertà del cittadino e in materia di giustizia espresse alla Costituente. Il Presidente, infine, ha evidenziato come Leone fosse favorevole a una riforma costituzionale che preveda l'eliminazione del semestre bianco e la non rieleggibilità del Capo dello Stato.

IL PRESIDENTE INCONTRA MACRON

Il 26 novembre il Capo dello Stato ha [incontrato](#) il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron per la firma del Trattato bilaterale sulla cooperazione rafforzata.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DELL'ASSEMBLEA DELL'UNIONE NAZIONALE COMUNI, COMUNITÀ ED ENTI MONTANI

Il 13 dicembre, in occasione dell'Assemblea dell'unione nazionale Comuni, comunità ed enti montani, Sergio Mattarella ha inviato un [messaggio](#) ricordando il ruolo importante delle autonomie locali – in tutte le loro forme – alla realizzazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza nell'ambito delle condivisioni delle responsabilità per ridurre, tra le altre, le disuguaglianze economiche e territoriali. L'Assemblea, ha ricordato il Presidente, rappresenta un'occasione per favorire il dialogo e la partecipazione in modo da conseguire in modo coeso gli obiettivi prefissati.

INTERVENTO IN OCCASIONE DELLO SCAMBIO DI AUGURI DI FINE ANNO CON I RAPPRESENTANTI DELLE ISTITUZIONI, DELLE FORZE POLITICHE E DELLA SOCIETÀ CIVILE

Il 20 dicembre, il Presidente Mattarella è [intervenuto](#) alla [cerimonia](#) di fine anno per lo scambio di auguri con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile. Il Capo dello Stato ha ripercorso l'anno trascorso che ha messo a dura prova anche il nostro Paese a causa dell'emergenza pandemica rispetto alla quale ha tracciato un bilancio positivo: grazie ai progressi scientifici che hanno consentito di avere i vaccini, alla responsabilità della stragrande maggioranza degli italiani e all'impegno delle istituzioni sono stati fatti importanti progressi per tentare di superare la pandemia. Mattarella ha lodato il rapporto di collaborazione tra lo Stato e le Regioni, ringraziando le forze politiche per avere consentito la nascita di un Governo di emergenza, sottolineando come la ricostruzione è frutto dell'impegno di tutti. Il Presidente ricorda segnali incoraggianti come le prospettive di crescita del Pil e il miglioramento dei ritmi produttivi con l'innalzamento dei consumi, non dimenticando le tante criticità da affrontare nel comune contesto europeo in cui, attraverso la cooperazione e la multilateralità, ha auspicato che si sposi un modello di sviluppo sostenibile a livello ambientale e sociale.

MESSAGGIO DI FINE ANNO

Il 31 dicembre, il Presidente Mattarella con il consueto [messaggio](#) di fine anno rivolto agli italiani, ha ricordato il periodo pandemico, le vittime, gli sforzi fatti dai cittadini encomiando la responsabilità e i progressi della scienza che hanno consentito di avere a disposizione i vaccini. Mattarella ha compiuto un piccolo sunto del suo settennato in cui, sostiene il Presidente, ha percepito il senso di comunità e solidarietà degli italiani, sintomatici di un'unità morale e

istituzionale della Repubblica. Infine, Mattarella si è soffermato proprio sul ruolo del Capo dello Stato, di come deve essere interpretato: lontano da qualsiasi senso di appartenenza precedente con cura esclusivamente dell'interesse generale. Ha espresso un ringraziamento a tutte le istituzioni con cui ha collaborato nell'esercizio del suo mandato, sollecitando il Paese a coltivare l'innovazione tecnologica e digitale, spronando e incoraggiando le giovani generazioni a prendersi il futuro.

CORTE COSTITUZIONALE

PREROGATIVE PARLAMENTARI E ATTI ISPETTIVI

Con [ordinanza n. 193/2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dal senatore Lannutti nei confronti della Presidenza del Senato in merito ai criteri di redazione degli atti ispettivi, oggetto di specifiche direttive presidenziali (cfr. [resoconto stenografico della Seduta n. 34 dell'11 settembre 2018](#)). Il ricorrente lamentava l'omessa pubblicazione di interrogazioni parlamentari presentate e la trasmissione di alcune in un testo diverso da quello presentato, ritenendo lese le proprie prerogative – connesse allo status di parlamentare – di esercitare il potere di controllo nei confronti del Governo, in considerazione della forma di governo parlamentare vigente in Italia. Il Giudice delle leggi ha evidenziato che il singolo parlamentare, per poter sollevare un conflitto di attribuzione, è tenuto ad indicare la chiara menomazione delle proprie prerogative costituzionale e che la Corte non può sindacare questioni concernenti violazioni o scorrette applicazioni dei Regolamenti parlamentari e delle prassi delle Camere. Ciò, anche in considerazione del fatto che le direttive presidenziali costituiscono diretta interpretazione degli articoli [145](#) e [146](#) del Regolamento del Senato, sottratte, pertanto, al sindacato della Consulta.

SULLA NATURA DEI DECRETI DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Con [sentenza n. 198/2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile e non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli, rispettivamente 1, 2, 3 e 4 del [decreto legge n. 6/2020](#) sollevate dal Giudice di pace di Frosinone. Secondo il remittente, le norme avrebbero delegato la funzione legislativa per il contenimento della pandemia da Covid-19 al Governo attraverso gli atti amministrativi del Presidente del Consiglio dei Ministri, in violazione degli articoli [76](#), [77](#) e [78](#) Cost., alterando il principio di tipicità delle fonti. La Consulta ha ritenuto che la tipizzazione delle misure di contenimento del virus è stata accompagnata da garanzie sia per quanto riguarda il rapporto Governo-Parlamento sia sul versante della certezza dei diritti. A ciò si aggiunga il richiamo, nel decreto legge censurato, ai parametri di adeguatezza e proporzionalità nell'adozione delle ordinanze di contenimento. Il Giudice delle leggi ha ricordato, infine, che il carattere tassativo delle misure urgenti di contenimento comporta che le stesse vengano emesse in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto, ritenendo i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri atti amministrativi che danno esecuzione alle norme primarie.

LA CORTE RIBADISCE LA NATURA GIURIDICA DELLA SOSPENSIONE DI DIRITTO DAL MANDATO ELETTIVO

Con [sentenza n. 230/2021](#) la Corte costituzionale ha respinto, dichiarandole non fondate, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Catania avverso l'articolo 11, comma 1, lett. a) e l'articolo 4 del [decreto legislativo n. 235/2012](#). Il Giudice *a quo* riteneva lesi i principi di difesa e di effettività della tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica

amministrazione poiché le norme censurate non avrebbero consentito all'autorità giudiziaria di sindacare la proporzionalità tra la condanna definitiva e la sospensione dalla carica elettiva, accertando in concreto l'entità del pregiudizio arrecato a seconda della tipologia di reato. Secondo la Consulta, l'istituto della sospensione dal mandato elettorale non è giustiziabile in quanto non si tratta di una sanzione, ma di una misura cautelare volta ad evitare che i condannati pregiudichino il buon andamento dell'amministrazione. La violazione del diritto di difesa, ritiene la Corte, sussiste solo quando viene preclusa la possibilità di far valere in giudizio il proprio diritto o se vi sia un impedimento allo svolgimento dell'attività processuale.

A PROPOSITO DEL PROCEDIMENTO ELETTORALE DELLE CITTÀ METROPOLITANE E DELLE PROVINCE

Con [sentenza n. 240/2021](#) la Corte costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Catania sugli articoli 13, comma 1 e 14 [della legge della Regione siciliana n. 15/2015](#) e dell'[articolo 1, comma 19 della legge n. 56/2014](#). Il tribunale aveva ritenuto che, dal combinato disposto delle norme citate, emergerebbe un meccanismo di identificazione, in ragione dell'ufficio ricoperto, tra il Sindaco del Comune capoluogo e quello della Città metropolitana, ledendo il principio democratico e di ragionevolezza in quanto i cittadini del Comune capoluogo della Città metropolitana eleggono sia l'organo rappresentativo del Comune che quello dell'ente mentre i cittadini di un Comune non capoluogo no. Ciò anche per quanto concerne l'elezione degli organi di governo di un ente di area vasta provinciale. Secondo la Corte, l'intero procedimento elettorale disciplinato dalle norme di riferimento ha un effetto previsto direttamente dalla legge, quale l'elezione del Sindaco del Comune capoluogo i cui cittadini, in realtà, si limitano ad eleggere gli organi del Comune. Il Giudice delle leggi chiarisce che le logiche sottese al funzionamento della forma di governo della Città metropolitana e delle Province sono diverse espressione della discrezionalità del legislatore tale per cui, ragionando diversamente, la Corte interverrebbe impropriamente con un intervento manipolativo.

SULLA NATURA DEL DIRITTO DI PETIZIONE ALLE CAMERE

Con [ordinanza n. 254/2021](#) la Corte ha dichiarato inammissibile un conflitto di attribuzione sollevato da 27.252 cittadini appartenenti al mondo della scuola avverso il [decreto legge n. 111/2021](#) recante "Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti" che prevede l'obbligo di certificazione verde, a seguito dell'omesso esame da parte delle Camere di un'apposita petizione. I ricorrenti, chiedendo di essere esonerati dal rispetto dell'obbligo data la garanzia cui agli artt. [33](#) e [34](#) Cost., e ritendendo che l'esercizio del diritto cui all'art. [50](#) Cost. si configuri come espressione della partecipazione del cittadino alla formazione della volontà dello Stato, ricollegandosi al potere di iniziativa e di emendamento, hanno ritenuto che non sia stata presa in considerazione "la comune necessità" dettata dall'incidenza del green pass sulle loro libertà fondamentali. La Corte, non accogliendo le osservazioni contenute nel ricorso, ha specificato che le sole attribuzioni suscettibili di legittimare un ricorso sono soltanto quelle previste della parte II della Costituzione, che l'esercizio del diritto di petizione non è una funzione attribuita dalla Costituzione, bensì un diritto dei singoli e che, infine, non vi è alcun obbligo per le Camere di esaminare e discutere le petizioni presentate.

SULLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL GREEN PASS PER L'ACCESSO ALLE CAMERE

Con le ordinanze nn. [255/2021](#) e [256/2021](#), la Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevate da alcuni deputati e senatori avverso, rispettivamente, le

delibere dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati e dei Collegio dei senatori questori, che hanno introdotto l'obbligo, anche per i componenti del Parlamento, di esibire la certificazione verde per l'accesso a Palazzo Montecitorio e a Palazzo Madama, sulla scia di quanto disposto dal [decreto legge n. 127/2021](#) contenente "Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening". I ricorrenti hanno lamentato che, la previsione dell'adeguamento da parte degli organi costituzionali a quanto disposto dal decreto legge, seppur nel rispetto dell'autonomia costituzionalmente garantita, comprimerebbe l'esercizio del mandato parlamentare, ledendo l'autonomia del Parlamento. I ricorrenti, inoltre, hanno ritenuto che la previsione del suddetto obbligo avrebbe dovuto essere introdotto con una modifica del Regolamento generale. La Corte, nel ribadire che i singoli componenti delle Camere possono sollevare ricorso per conflitto di attribuzione esclusivamente in caso di manifesta violazione delle loro prerogative, non ha accolto le argomentazioni dei ricorrenti, poiché tali ricorsi non possono riguardare scorrette applicazioni del Regolamento parlamentare, che l'autonomia degli organi costituzionali non può essere condizionata da un decreto legge e, infine, che manca una dimostrazione per cui la certificazione verde costituisca un effettivo impedimento all'esercizio del mandato parlamentare.

ELEZIONE DI UN NUOVO GIUDICE COSTITUZIONALE

Il **15 dicembre** il Consiglio di Stato ha [eletto](#) a Filippo Patroni Griffi nuovo Giudice costituzionale.

MAGISTRATURA

LETTERA AL PRESIDENTE DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI

Il **15 ottobre**, in una [lettera](#) indirizzata al Presidente dell'Associazione nazionale Magistrati, Mattarella ha espresso parole di elogio per l'iniziativa editoriale di curare un Commentario della Magistratura per favorire il dibattito istituzionale e dare concretezza ai valori costituzionali. Il Capo dello Stato ha ricordato come la Magistratura debba sempre agire tenendo sempre presente il contesto in cui opera, in considerazione dell'indipendenza e della trasparenza che devono caratterizzare la condotta degli operatori di giustizia.

MESSAGGIO IN OCCASIONE DEL DECENNALE DELLA SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Il **24 novembre**, il Presidente Mattarella si è [recato](#) a Scandicci in occasione del decennale della Scuola superiore della Magistratura, nel corso del quale ne ha lodato l'attività formativa per favorire il consolidamento delle professionalità, anche al fine della realizzazione degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, con il rafforzamento – negli uomini e nei mezzi – dell'Ufficio del processo. Il Capo dello Stato ha ricordato come la Scuola debba improntare le condotte degli allievi all'etica, all'indipendenza e all'imparzialità, auspicando, altresì, una riforma del Consiglio superiore della Magistratura per il funzionamento dell'organo di autogoverno, anche sotto l'aspetto del sistema elettorale.

AUTONOMIE

LE ELEZIONI REGIONALI IN CALABRIA

Il **3 ottobre** si sono tenute le elezioni regionali per il rinnovo del Presidente e del Consiglio per la Regione Calabria. Rispetto al totale degli elettori, pari a 1.890.732, i votanti sono stati 838.691 (44,36 %) mentre le schede bianche pari a 20.559 e le schede non valide, incluse quelle bianche, pari a 45.983.

A seguito dello spoglio elettorale, è risultato eletto alla carica di Presidente il candidato della coalizione di centrodestra Roberto Occhiuto con 431.675 voti (54,46 %) mentre il candidato di centrosinistra Amalia Cecilia Bruni è stato eletto alla carica di consigliere con 219.389 voti (27,68 %).

Si riportano di seguito i risultati:

Candidati Presidenti e Liste	Voti	Percentuali	Seggi
Roberto Occhiuto	431.675	54,46	
Forza Italia	131.882	17,31	7
Fratelli D'Italia	66.277	8,70	4
Lega Salvini Calabria	63.459	8,33	4
Forza azzurri	61.828	8,11	2
Coraggio Italia	43.159	5,66	2
Unione di centro	34.923	4,58	1
Noi con l'Italia	23.138	3,04	/
Totale coalizione	424.666	55,72	20
Bruni Amalia Cecilia	219.389	27,68	
Partito Democratico	100.437	13,18	5
Movimento cinque stelle	49.414	6,48	2
La Calabria sicura	28.733	3,77	/
Tesoro Calabria	17.358	2,28	/
P.S.I.	7.024	0,92	/
Europa verde	3.755	0,49	/
Partito animalista-democratici progressisti	2.259	0,30	/
Totale Coalizione	208.980	27,42	7
De Magistris Luigi	128.204	16,17	
De Magistris Presidente	39.338	5,16	2
Dema	25.929	3,40	/
Un'altra Calabria è possibile	18.235	2,39	/
Uniti con De Magistris	12.390	1,63	/
Per la Calabria con De Magistris	10.547	1,38	/
Calabria resistente e solidale	9.175	1,20	/
Partito animalista-democratici progressisti	2.259	0,30	/
Totale Coalizione	115.614	15,17	2
Oliverio Gerardo Mario	12.838	1,68	/
Totale	12.838	1,68	/

Fonte: a cura dell'autore sulla base dei dati pubblicati sul sito <https://elezionistorico.interno.gov.it/index.php?tpel=R&dtel=03/10/2021&tpa=I&tpc=R&lev0=0&levsut0=0&levsut1=1&es0=S&es1=S&ms=S&ne1=18&lev1=18>



Sport di fine anno: il cerchio si chiude (male) attorno a un settore di nuovo stremato*

Di Maria Francesca Serra**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I provvedimenti dell'ultimo quadrimestre del 2021.* – 3. *L'insegnamento delle scienze motorie nella scuola primaria.* – 4. *La tutela delle atlete e la promozione del professionismo femminile.* – 5. *La riforma societaria.* – 6. *Considerazioni conclusive.* – 7. *Appendice normativa (settembre/dicembre 2021).*

1. *Premessa*

Il sistema sportivo italiano, negli ultimi anni, è stato al centro di importanti dibattiti che hanno evidenziato alcune serie criticità e una necessità di svecchiamento del settore più rispondente al contesto attuale³²¹⁶. Tale processo, come noto, è iniziato nel 2019 con la L. 86³²¹⁷, con la quale si delegava il Governo ad attualizzare la materia “sport” attraverso decreti di riforma da adottarsi entro 12 mesi dalla sua entrata in vigore. Questo slancio, mosso da consapevolezze oramai acquisite e non più solo dibattute, sembrava tuttavia destinato a cadere nel nulla o, quanto meno, relegato in secondo piano. Nessun cenno di manovre di riforma, infatti, è stato operato fino all'avvento della pandemia la quale, per lo sport è stata sia “croce” sia “delizia”.

“Delizia” perché, come si è avuto modo di osservare altrove³²¹⁸, il necessario *lockdown* che ha provocato la sospensione di ogni attività sportiva (e non solo) ha fatto emergere con violenza e urgenza la situazione in cui versa(va)no gli operatori del settore non professionistico e dilettantistico, rimasti privi di sostentamento e di mezzi previdenziali adeguati³²¹⁹. La pandemia

* Contributo sottoposto a *peer review*.

**Docente a contratto di Diritto sportivo presso Unicusano- Roma.

³²¹⁶ Sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *L'autonomia sportiva ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 1/2020 e ID., *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2021 dove si sottolinea il cambiamento dello sport da fenomeno prettamente ludico a attività lavorativa, *business* e valore.

³²¹⁷ L. 8 agosto 2019, n. 86, *Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*, in G.U., Serie Generale n. 191, del 16 agosto 2019.

³²¹⁸ Sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, cit.

³²¹⁹ Si ricorda, infatti, che i settori professionistici di fatto e dilettantistici sono esclusi dalle previsioni di cui alla L. 23 marzo 1981, n. 91 sul professionismo sportivo, il cui art. 2 pone stringenti limiti soggettivi di applicabilità: “Ai fini dell'applicazione della presente legge, sono sportivi professionisti gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico sportivi e i preparatori atletici, che esercitano l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguono la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali, secondo le norme emanate dalle federazioni stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica”. Da tale

ha quindi rinnovato la visibilità del settore sportivo e dato impulso a quello slancio del 2019 che era rimasto sopito, convincendo il legislatore a intervenire concretamente non soltanto sul fronte legato all'emergenza ma anche con provvedimenti di più ampio respiro e riformatori, appunto, di alcuni concetti, categorie e istituti del diritto sportivo³²²⁰.

“Croce” perché l'emergenza sanitaria ha, comunque, pregiudicato il settore dal momento che lo sport non può ricorrere facilmente, per natura, a metodologie alternative per il suo svolgimento. La crisi pandemica si è tradotta, per lo sport, in fortissima crisi economica che rischia di compromettere l'intera sopravvivenza del settore o di gran parte di questo.

“Delizia” perché i provvedimenti riformatori sono effettivamente arrivati e in gran numero, anche se con i ritardi legati al contesto pandemico, nei primi mesi del 2021³²²¹. La Riforma, così come pensata, seppur non scevra da possibili criticità, ha acceso i riflettori sul settore sportivo visto come vera e propria attività economica a tutti i livelli e ha effettivamente ridisegnato i contorni della materia in chiave attuale.

“Croce” perché, dopo questa impennata iniziale, l'entrata in vigore della Riforma è stata più volte rivista³²²² e perché, soprattutto, i successivi interventi si sono diradati progressivamente fino quasi a scomparire, fatta eccezione per quelli legati al persistere e alla recrudescenza della pandemia.

2. I provvedimenti dell'ultimo quadrimestre del 2021.

disposizione discende, inevitabilmente, che i soggetti facenti parte di Federazioni che non hanno istituito il settore professionistico, a prescindere da qualsiasi considerazione di natura sostanziale, non possono essere considerati “lavoratori”.

³²²⁰ Il riferimento è ad istituti come il vincolo sportivo, all'intera disciplina del lavoro sportivo e al settore sportivo femminile, dove si registra un'ulteriore disparità di trattamento anche nell'ambito di Federazioni professionistiche. Sul punto, sia consentito il rinvio a M.F. SERRA, *La discriminazione di genere: il valore paradigmatico di una discriminazione sui generis*, in *Giustizia sportiva.it*, 1/2018.

³²²¹ Dopo una prima proposta, naufragata, relativa alla stesura di un Testo Unico per lo Sport, sono stati approvati in via definitiva 5 decreti legislativi contenenti la tanto attesa Riforma: D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, Attuazione dell'articolo 5, recante *riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, Attuazione dell'articolo 6, recante *misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso e esercizio della professione di agente sportivo*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67. D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, Attuazione dell'articolo 7, recante *misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, recante *semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi*; D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, Attuazione dell'articolo 9, recante *misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68.

³²²² Dapprima, con D.L. 22 marzo 2021, n. 41 (in G.U. 22 marzo 2021, n. 70, cd. Decreto Sostegni) veniva stabilita l'entrata in vigore della Riforma alla fine del 2022. Successivamente, in sede di conversione ad opera della L. 21 maggio 2021, n. 69 (in G.U., Serie Generale n. 120, del 21 maggio 2021), l'operatività della nuova disciplina veniva rinviata: i D.Lgs. 37-38-39-40 al 31 dicembre 2023 mentre il D.Lgs. 36 a date diverse a seconda della materia (1° gennaio 2022 per le disposizioni generali e quelle in materia di ASD e SSD, tesseramento, discipline con impiego di animali, sostegno delle donne e pari opportunità, nonché disabilità e 31 dicembre 2023 per la materia lavoro sportivo. Poco tempo dopo, la legge di conversione del Decreto Sostegni-bis (D.L. 25 maggio 2021, n. 73, in G.U., Serie Generale n. 123, del 25 maggio 2021), la L. 23 luglio 2021, n. 106 (in G.U., Serie Generale n. 176, del 24 luglio 2021) anticipava nuovamente la Riforma, confermando però l'entrata in vigore differenziata per materia (il D.Lgs. 36, l'ambito relativo a enti e lavoro sportivo effettivo dal 1° gennaio 2023; disposizioni sul riconoscimento ai fini sportivi, sul fondo per il passaggio al professionismo femminile, sulla tutela per lo sport femminile e sulla promozione della parità di genere e delle pari opportunità dal 1° gennaio 2022, così come il D.Lgs. 40; D.Lgs. 37 e 38, dal 1° gennaio 2023; D.Lgs. 39 dal 31 agosto 2022). Si veda anche M.F. SERRA, *L'estate dello sport: tra slanci, confusione e dubbi*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2021.

Una volta varata la tanto attesa Riforma e stabilita la data per la sua entrata in vigore, gli interventi che hanno interessato il mondo sportivo a partire dalla fine dell'estate sono stati quasi tutti legati a una ripartenza in sicurezza in connubio con una ripresa economica delle attività del settore. Si è intervenuti, quasi esclusivamente, sui protocolli per il contenimento e la diffusione del contagio tra gli atleti e sulle condizioni di riapertura degli impianti al pubblico.

Con D.L. dell'8 ottobre 2021 n. 139³²²³, venivano stabilite le misure di accesso del pubblico agli eventi sportivi. Per le zone bianche, tale accesso non poteva superare il 75% della capienza massima per gli eventi all'aperto e il 60% per quelli al chiuso, mentre per la zona gialla le percentuali scendevano rispettivamente al 50% e al 35%. In entrambi i casi, l'accesso era consentito solo ai possessori di certificazione verde³²²⁴ e nel rispetto dei protocolli e delle Linee guida emanate dal Dipartimento per lo Sport, sentita la FMSI e il Comitato Tecnico scientifico.

L'obbligatorietà della certificazione verde era stata, peraltro, già estesa agli sportivi con D.L. 21 settembre 2021, n. 127³²²⁵, proprio nell'ottica di consentire la ripresa delle attività fisiche in sicurezza e verificare anche l'andamento dell'epidemia nel loro svolgimento. Naturalmente, le società e associazioni erano tenute a verificare la regolarità della certificazione verde all'ingresso degli impianti, in aggiunta alle misure di controllo già previste precedentemente (come rilevazione temperatura corporea e tracciamento presenze).

Tuttavia, la recrudescenza della pandemia e l'aumento dei casi di positività hanno indotto a rivedere le misure adottate cercando, al contempo, di non inibire lo svolgimento delle attività e dei campionati.

Il D.L. 26 novembre 2021, n. 172³²²⁶ ha introdotto, infatti, il cd. Super Green Pass, estendendone il possesso obbligatorio anche per l'accesso allo sport praticato. In ottemperanza a tale decreto, quindi, la fruizione dei servizi sportivi e l'accesso a palestre e simili poteva avvenire solo in caso di avvenuta guarigione o di conclusione del ciclo vaccinale (con dose *booster*) ad eccezione dei minori di anni 12 e dei soggetti esenti dalla somministrazione del vaccino, senza differenze tra zona gialla e zona bianca e togliendo ogni validità al green pass base (ottenibile con un tampone periodico, ad esempio).

Il 24 dicembre 2021, stante l'ennesimo aumento dei casi di positività, veniva ulteriormente prorogato lo stato di emergenza fino al 31 marzo 2022 e venivano poste ulteriori misure per il contenimento dei contagi³²²⁷. Per assistere ad eventi sportivi veniva sancita anche l'obbligatorietà dell'uso di mascherine di tipo FFP2 e veniva vietato il consumo di cibi e bevande al chiuso.

Misure poi inasprite anche con D.L. 30 dicembre 2021, n. 229³²²⁸ con cui si ponevano nuove limitazioni. L'accesso alle competizioni sportive veniva fissato nella misura del 50% della capienza massima per gli eventi all'aperto e del 35% per quelli al chiuso con conferma del necessario

³²²³ D.L. 8 ottobre 2021, n. 139 (cd. "Decreto Capienze"), in G.U., Serie Generale n. 241, dell'8 ottobre 2021, convertito, con modificazioni, in L. 3 dicembre 2021, n. 205, in G.U., Serie Generale n. 291, del 7 dicembre 2021.

³²²⁴ Ottenibile, in quel momento, solo a seguito della somministrazione della prima dose del vaccino (dopo 15 giorni) o del completamento del ciclo vaccinale, del possesso di un tampone antigenico negativo effettuato nelle ultime 48 ore, della guarigione dall'infezione nei 6 mesi precedenti.

³²²⁵ D.L. 21 settembre 2021, n. 127, in G.U., Serie Generale n. 226, del 21 settembre 2021 convertito, con modificazioni, in L. 19 novembre 2021, n. 165, in G.U., Serie Generale n. 277, del 20 novembre 2021.

³²²⁶ D.L. 26 novembre 2021, n. 172, in G.U., Serie Generale n. 282, del 26 novembre 2021.

³²²⁷ D.L. 24 dicembre 2021, n. 221, in G.U., Serie Generale n. 305, del 24 dicembre 2021.

³²²⁸ D.L. 30 dicembre 2021, n. 229, in G.U., Serie Generale n. 309, del 30 dicembre 2021.

possesto del Green Pass rafforzato³²²⁹. Inoltre, si rivedevano anche i criteri legati a quarantena e isolamento³²³⁰.

Sul fronte della regolamentazione prettamente sportiva, i protocolli di accesso a sedute di allenamento e competizioni sono stati rivisti e aggiornati periodicamente, così come rivisto e aggiornato è stato anche il protocollo di ripresa dell'attività sportiva agonistica a seguito di guarigione da COVID-19³²³¹.

Nel frattempo, però, stante i numerosi rinvii delle gare ufficiali legate al superamento del numero di positivi stabiliti nei vari protocolli nell'ambito dei gruppi squadra, sono state sospese gran parte delle competizioni a partire dalle serie cadette³²³² e fatta salva la massima categoria, dove, comunque, continuano a registrarsi ogni settimana molteplici rinvii con ovvie conseguenze in punto di compromissione della regolarità dei campionati.

È opportuno sottolineare anche un altro aspetto. La previsione dell'obbligatorietà di Green Pass rafforzato e le nuove disposizioni in materia di quarantena e isolamento hanno, di fatto, "svuotato" le palestre. Tra timori, positività, scetticismo sul vaccino per i più giovani e quarantene, difatti, i gruppi squadra risultano oggi decimati, al punto di dover ricorrere spesso alla cancellazione di intere sedute di allenamento per "mancanza di partecipanti". A questo, si aggiunga anche che molte istituzioni scolastiche, in ragione di misure di prevenzione, hanno interdetto l'accesso alle palestre alle associazioni che le avevano in concessione. Entrambe queste circostanze non possono che incidere negativamente sulla condizione del settore di base. D'altro canto, parliamo di un settore che si autofinanzia attraverso i contributi degli iscritti e che si ritrova a non avere più i numeri (già diminuiti) registrati nella prima parte della stagione e che, anche dove riesca a raggiungere i suddetti numeri, non è spesso in grado di garantire la continuità dell'attività per indisponibilità degli impianti. E ancora: al *deficit* di iscritti e di palestre vanno aggiunte anche le spese per l'approvvigionamento dei DPI, dei tamponi e simili. E anche le massime serie soffrono: oltre ai rinvii delle gare, la riduzione del numero di spettatori incide ovviamente sul bilancio.

3. *L'insegnamento delle scienze motorie nella scuola primaria*

Accanto a questi provvedimenti, come detto tesi esclusivamente a contenere la diffusione del contagio, si è intervenuti parallelamente anche su altri fronti.

³²²⁹ A far data dal 10 gennaio 2022. Si veda anche l'avviso del Dipartimento per lo sport del 31 dicembre 2021, su <https://www.sport.governo.it/it/emergenza-covid-19/avviso-del-31-dicembre-2021/>.

³²³⁰ Si veda la circolare del Ministero della Salute del 30 dicembre 2021.

³²³¹ Cd. "Return to play", la cui versione definitiva, approvata dalla FMSI è stata varata il 7 gennaio 2021 e prevede esami specifici per gli atleti risultati positivi e guariti da COVID-19 per un rientro in sicurezza all'attività agonistica e per consentire uno studio efficace sulle possibili complicanze dell'infezione. Il documento è consultabile al sito: https://www.fmsi.it/wp-content/uploads/protocollo_rtp_ago_rev.20220107-def.pdf.

³²³² Si vedano, ad esempio, il Comunicato Ufficiale FIGC – Campionati giovanili n. 068 del 28 dicembre 2021, seguito poi dal Comunicato Ufficiale 101/SGS del 10 gennaio 2022 e quelli della FIPAV, la quale con ultima disposizione ha disposto la sospensione dei campionati fino al 6 febbraio 2022 (Comunicato federale 4 gennaio 2022 e 19 gennaio 2022).

In particolare, si sono mossi i primi passi nella direzione del riconoscimento professionale di alcune figure operanti nel settore che da tempo rivendicavano la mancanza di qualificazione giuridica adeguata.

Il 28 ottobre 2021 è stata infatti raggiunta l'intesa, nell'ambito della bozza della Legge di Bilancio 2022, sull'insegnamento dell'educazione fisica nelle scuole primarie a partire dall'anno scolastico 2022/23.

Il progetto è stato confermato anche in sede di approvazione della Finanziaria³²³³ e prevede l'inserimento di due ore settimanali di educazione fisica (non più una) nelle classi quinte, con estensione progressiva anche alle altre classi negli anni successivi. L'insegnamento sarà affidato esclusivamente a soggetti specializzati (non più, dunque, al maestro unico), laureati appunto in Scienze motorie, con istituzione di una apposita classe di concorso, consentendo quindi l'inquadramento professionale di tale categoria, grande "dimenticata" della Riforma 2021.

L'importanza di tale provvedimento è notevole sotto diversi punti di vista. Da un lato, infatti, l'inserimento dello sport anche nella scuola primaria risponde a quell'idea di sport come valore e come strumento educativo fondamentale³²³⁴. Risponde anche alle esigenze di incoraggiare la pratica sportiva in termini di promozione della salute. Dall'altro lato, affidare l'insegnamento a categorie specializzate ha duplice valenza. Una legata alla dichiarazione dell'importanza dello sport nei termini di cui sopra, per cui ne va "specializzato" l'insegnamento al pari delle altre discipline. Un'altra, correlata alla qualificazione giuridica dei professionisti del settore, fino a oggi mancante, che andrebbe a dotare il docente di scienze motorie del medesimo *status* giuridico ed economico riconosciuto agli altri docenti del medesimo grado di istruzione. Tuttavia, la concreta realizzazione di tale progetto e l'istituzione della apposita classe di concorso sono rimesse all'emanazione di decreti interministeriali e previste, comunque, nel "limite delle risorse finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente nonché di quelle di personale"³²³⁵. La vaghezza di tale "limite"³²³⁶ lascia trasparire il timore di una "svolta solo di principio" e, comunque, di una sua non completa attuazione o di una sua non uniformità, poiché questa è direttamente subordinata a molti (troppi) parametri, uno tra tutti pensionamenti ed esuberi che, per loro natura, non sono i medesimi nelle diverse scuole.

4. La tutela delle atlete e la promozione del professionismo femminile.

Sotto altro fronte, come ben sappiamo, la parte del D.Lgs. 36/2021³²³⁷ relativa al fondo per il passaggio al professionismo femminile (art. 39), alla tutela per lo sport femminile (art. 40) e alla

³²³³ L. 30 dicembre 2021, n. 234, in G.U., Serie Generale n. 310, del 31 dicembre 2021.

³²³⁴ Rispondendo così anche a quanto contenuto nel PNNR che, al punto 1.3, prevedeva l'obiettivo di "potenziare le infrastrutture per lo sport e favorire le attività sportive a cominciare dalle prime classi delle scuole primarie" al fine di valorizzare le competenze legate all'attività motoria e sportiva nella scuola primaria, promuovendo nei giovani l'adozione di comportamenti e stili di vita tesi a una crescita armoniosa, a salute, benessere psico-fisico e pieno sviluppo della persona.

³²³⁵ Art. 109, comma 2, Legge di Bilancio 2022.

³²³⁶ La versione in bozza, all'art. 109, comma 8, recava importi precisi: **29,1 milioni per l'anno 2022; 116 milioni di euro nel 2023; 169,49 milioni nel 2024; 171,94 milioni nel 2025 andando sempre più ad aumentare fino al 2033.**

³²³⁷ D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, in G.U., Serie Generale, n. 67, del 18 marzo 2021.

promozione della parità di genere e delle pari opportunità (artt. 43-50) entra in vigore il 1° gennaio 2022.

Secondo il decreto, le Federazioni potranno deliberare il passaggio al professionismo femminile entro il 2 marzo 2022, per poi diventare effettivo entro la fine dell'anno. Se opteranno per questa scelta, avranno titolo per accedere al Fondo per il professionismo negli sport femminili che ha una dotazione complessiva di 10,7 milioni³²³⁸.

Allo stato, chiaramente, non ci sono elementi che consentano di esaminare le scelte federali che sarà interessante monitorare anche per valutare se alla promozione dello sport femminile “di principio” risponde anche l'interesse “di fatto” delle Federazioni³²³⁹.

Sul punto, va comunque sottolineato l'atteggiamento delle Federazioni degli ultimi mesi che, a prescindere dalla scelta per la quale opteranno, hanno comunque dato il via a una serie di interventi propedeutici per la “svolta” del settore femminile che lasciano ben sperare per il futuro. Per esempio, si sono “rivitalizzati” i provvedimenti relativi al sostegno delle atlete in maternità. Tale sostegno era stato già previsto dalla legge di bilancio 2018³²⁴⁰, confermato nel 2019³²⁴¹ e rinnovato nel 2021³²⁴² e, oggi, possiamo assistere a nuove iniziative a firma federale. Una di queste è quella della Fipav che, dopo aver approvato l'istituzione del fondo “Maternità è di tutti”³²⁴³, ne ha effettivamente rispettato l'operatività: dal 1° gennaio 2022 le atlete potranno attivare la procedura telematica³²⁴⁴ per l'accesso al contributo, che sarà integrativo rispetto a quello già previsto dall'Ufficio per lo sport dal 2018, così da poter mantenere una certa continuità retributiva per il periodo della maternità.

In tema di parità di genere, inoltre, il testo del D.Lgs. 36 affidava alle Regioni, alle Province autonome e al Coni la promozione della parità di genere a tutti i livelli e in ogni struttura, favorendo l'inserimento delle donne nei ruoli di gestione e di responsabilità delle organizzazioni sportive e al proprio interno. A tal fine, al Coni veniva demandato il compito di fissare, con regolamento, i principi informativi degli statuti delle Federazioni sportive nazionali, delle discipline sportive associate e delle associazioni benemerite indicando sia le varie aree e ruoli in

³²³⁸ 2,9 milioni per il 2020, 3,9 milioni per il 2021 e per il 2022.

³²³⁹ Come sappiamo, le Federazioni hanno da sempre avuto ampia autonomia in materia di professionismo. Una autonomia giustificata dalla specificità del settore. Tuttavia, non è tanto la scelta sull'istituzione di un settore professionistico a creare in sé discriminazione, quanto piuttosto il mancato superamento della distinzione professionismo di fatto/professionismo e la mancanza di disposizioni chiare riguardanti il passaggio al professionismo degli atleti. Al contempo, la specificità dello sport non può contrastare né con i principi costituzionali, né con i dettami del CIO, né con la normativa dell'UE (sia consentito il rinvio alle considerazioni operate da M.F. SERRA, *La discriminazione di genere: il valore paradigmatico di una discriminazione sui generis*, cit.). Oggi, le nuove disposizioni tendono a correggere proprio questo punto nevralgico, non intaccando l'autonomia federale in materia ma, al tempo stesso, qualificando la prestazione sportiva in base alla sostanza dei rapporti e non solo con riguardo alla loro forma. Si tratta, evidentemente, di una svolta importante anche perché risolve ogni problema di contrasto tra le federazioni, la normativa lavoristica nazionale e le determinazioni dell'UE. Sarà importante, a questo punto, vedere i nuovi statuti delle Federazioni che dovranno conformarsi alla normativa e ai principi guida del CONI, soprattutto sul punto del riconoscimento del lavoro, dal momento che, a tutt'oggi, in quasi tutti gli statuti federali è presente una norma che esclude ogni forma di lavoro, sia autonomo che subordinato.

³²⁴⁰ Art. 1, comma 369, L. 27 dicembre 2017, n. 205, in G.U., Serie Generale n. 302, del 29 dicembre 2017, istitutivo del *Fondo unico a sostegno del potenziamento del movimento sportivo italiano presso l'Ufficio per lo Sport, con lo scopo specifico di stanziare risorse finalizzate a finanziare anche iniziative a sostegno della maternità delle atlete non professioniste.*

³²⁴¹ DPCM 26 Febbraio 2019, artt. 2 e 5.

³²⁴² DPCM 20 aprile 2021, artt. 2 e 4.

³²⁴³ Comunicato Federale del 19 giugno 2021.

³²⁴⁴ Per ulteriori dettagli e per i requisiti e procedura si rinvia al sito <https://www.federvolley.it/la-maternita-di-tutti>.

cui promuovere l'incremento della partecipazione femminile, sia le misure volte a favorire la rappresentanza delle donne nello sport.

Già nel settembre 2021, il Presidente del Coni, Giovanni Malagò aveva dichiarato “Penso che ci saranno sempre più donne protagoniste e sono felice di questo percorso di crescita e di formazione, c'è una classe dirigente che giustamente spinge e incalza. Nessuno può sottrarsi alle dinamiche elettorali ma è importante che si possano candidare le persone nello stesso identico modo”³²⁴⁵. Queste dichiarazioni sono state poi confermate a dicembre durante la riunione del Consiglio Nazionale del CONI, quando Malagò ha annunciato appunto la riforma dei Principi Fondamentali³²⁴⁶ e seguono la scia di altri provvedimenti³²⁴⁷, sui quali la discussione, dal carattere decisamente concreto, è ancora in corso e che andranno monitorati nei loro sviluppi futuri.

5. *La riforma societaria.*

Per ciò che concerne l'ambito societario, anche qui, per il momento, non possiamo che “monitorare”. La Riforma aveva previsto, a partire dal 1° gennaio 2022, l'operatività delle norme relative al riconoscimento ai fini sportivi delle società e associazioni sportive da parte del nuovo Registro delle attività sportive tenuto dal Dipartimento sport della Presidenza del Consiglio dei Ministri³²⁴⁸. Tuttavia, non si può non registrare un po' di confusione in materia: il decreto contenente la disciplina del nuovo Registro entrerà in vigore solamente il 31 agosto 2022, poiché in tal data è prevista l'operatività dell'art. 17 del D.Lgs. 39/2021³²⁴⁹. Il che vuol dire che, nei fatti, per il momento “nulla si muove”.

A muoversi sono solo (almeno!) i contributi a fondo perduto in favore delle ASD e SSD, la cui erogazione continua. Il decreto attuativo del decreto Sostegni-bis è stato infatti registrato a ottobre³²⁵⁰ e ha consentito l'avvio delle procedure per le richieste dei contributi di cui al Fondo unico per il sostegno delle associazioni e società sportive, finalizzato all'adozione di misure di sostegno e ripresa dei soggetti operanti nel settore sportivo danneggiati dalla sospensione delle attività.

³²⁴⁵ Dichiarazione resa nell'ambito del Convegno “Atleti nello sport tra FSN e DSA: la peculiarità della figura femminile” organizzato in collaborazione con il Comune di Trieste e con il patrocinio di ANCI il 13 settembre 2021.

³²⁴⁶ 286° Consiglio Nazionale, seduta del 16 dicembre 2021.

³²⁴⁷ Per ciò che concerne la Regione Lazio, la discussione è ancora in atto sulla proposta di legge n. 298 del 14 giugno 2021, a firma del Presidente della Commissione Lavoro, formazione, politiche giovanili, pari opportunità, istruzione, e diritto allo studio, Eleonora Mattia. La finalità di tale proposta è quella di intervenire nell'ambito delle pari opportunità sottolineando il *deficit* di figure femminili di spicco e cercando di ridurre il *gap* esistente anche a livello retributivo.

³²⁴⁸ D.Lgs. 36/2021, art. 10.

³²⁴⁹ D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, in G.U., Serie Generale n. 68, del 19 marzo 2021.

³²⁵⁰ Decreto del 20 settembre 2021, registrato dalla Corte dei Conti il 6 ottobre 2021, nel quale sono state stanziare risorse per un ammontare di 90 milioni di euro, destinate alle ASD/SSD già beneficiarie dei contributi nel 2020. Si rinvia al testo integrale del decreto e al sito www.sport.governo.it per precisazioni.

6. *Considerazioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni svolte in questa sede e in occasioni precedenti³²⁵¹, possiamo provare ad effettuare un bilancio “di fine anno”. Un bilancio che, in realtà, è espressione di un biennio, segnato dall'emergenza sanitaria - che non accenna a rientrare -, e che rende una “fotografia” molto particolare per tutti i settori, soprattutto per quello sportivo.

Ci è piaciuto definire la pandemia come “croce e delizia” dello sport. Il 2020 ha, infatti, portato alla luce con prepotenza le criticità esistenti e dato impulso alla realizzazione concreta degli obiettivi di riforma contenuti nella L. 86/2019. Il settore, seppur in un contesto particolare, ha avuto dunque la visibilità richiesta da tempo e le speranze degli operatori si sono potute riaccendere. Già il semplice riconoscimento di sostegni economici per l'interruzione forzata della propria attività, definita espressamente come non lavorativa, è stato un primo indice del cambio di rotta nei confronti dello sport.

Cambio di rotta che, seppur rallentato dall'emergenza sanitaria, è stato confermato con successivi provvedimenti e dichiarazioni di principio che hanno portato la materia sportiva in primo piano, non solo in termini di visibilità e risoluzione delle problematiche attuali, ma che hanno confermato il ruolo dello sport come valore e come veicolo di valori, come strumento di promozione della salute e del benessere³²⁵².

E il 2021 sembrava non esser da meno. L'anno appena concluso si è aperto con la tanto attesa Riforma che ha messo mano a tutto l'impianto normativo esistente realizzando una svolta epocale: il nuovo volto del lavoro sportivo, il riconoscimento dell'esistenza di una impresa sportiva, la promozione del professionismo femminile e delle pari opportunità, la tutela della disabilità e dell'inclusione sono solo alcuni degli ambiti che attendevano da tempo una rivisitazione e un riconoscimento in termini non dissimili da quello accordato ai settori extrasportivi.

Però poi questo slancio iniziale, che pareva proiettare lo sport verso una nuova dimensione, si è frenato gradualmente. Anzitutto, il rinvio continuo dell'entrata in vigore della Riforma ha suscitato perplessità circa l'effettivo posto riservato allo sport, senza dubbio non prioritario³²⁵³. Inoltre, i provvedimenti degli ultimi mesi, fatta eccezione per ciò che concerne l'inserimento dell'insegnante di scienze motorie nelle scuole primarie – che comunque, come abbiamo sottolineato, era stato il “grande assente” nei decreti di riforma – e per poche iniziative a firma federale, sono tutti legati al contenimento dei contagi e, di fatto, riportano lo sport alla situazione di partenza.

Allo stato attuale, lo sport si trova fortemente condizionato dai protocolli e dai provvedimenti che limitano il normale svolgimento delle attività sportive, non potendo adottare sistemi alternativi. Se pure, formalmente, l'attività sportiva continua, nei fatti l'attività sportiva si sta fermando. E il riferimento non è unicamente alla sospensione (si spera solo) provvisoria dei

³²⁵¹ M.F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, cit.; ID., *L'estate dello sport: tra slanci, confusione e dubbi*, cit.; ID., *La Riforma dello sport tra luci e ombre e un futuro incerto*, in *Lancillotto e Nausicaa*, 2021.

³²⁵² Il riferimento è alle dichiarazioni contenute nel PNNR.

³²⁵³ Sul punto, si vedano le considerazioni svolte in M.F. SERRA, *L'estate dello sport: tra slanci, confusione e dubbi*, cit.

campionati delle serie cadette della maggior parte degli sport. Ci si intende riferire al “vuoto” che si registra nelle palestre, legato a quarantene e isolamenti o a paure e dubbi nei confronti del famigerato Green Pass rafforzato, oramai obbligatorio per prendere parte alle attività. E ci si riferisce anche alla mancanza di palestre e impianti scolastici in concessione, la cui disponibilità è stata revocata da molte scuole in ragione di prevenzione e contenimento della diffusione del virus.

Calano le presenze e le possibilità di utilizzare gli impianti e quindi calano le iscrizioni e, con esse, diminuiscono le capacità di autofinanziamento dell'intero sport di base, il quale, oltretutto, deve anche inserire tra le proprie uscite quelle legate all'approvvigionamento dei DPI e dei tamponi per lo *screening* degli atleti.

Anche lo sport di vertice risente delle disposizioni del momento, per via sia dei rinvii delle gare sia delle limitazioni della capienza massima di accesso agli eventi sportivi.

Eppure, nonostante sembri un dato di fatto che lo sport stia interrompendo o fortemente riducendo la propria attività³²⁵⁴, non c'è traccia né previsione di ulteriori ristori. I contributi a fondo perduto in favore delle ASD e SSD sono stati erogati anche nel 2021, certo, ma a questi non si sono accompagnate misure economiche di sostegno agli operatori che, con la Riforma, dovrebbero esser diventati lavoratori a tutti gli effetti, anche se tale qualificazione giuridica sarà operativa solo dalla fine del 2023. Sembra evidente che la visibilità acquisita e accordata con la Riforma e con i fatti, a prescindere dall'effettiva entrata in vigore delle nuove disposizioni sul punto, non si sia tradotta in altrettanti interventi concreti, nemmeno per far fronte a esigenze “del momento”.

Le stesse considerazioni valgono anche per l'insegnante di scienze motorie: corretta, dovuta e doverosa la sua introduzione, ma decisamente vaghi i termini della sua attuazione. E anche sotto altro profilo, in previsione dell'entrata in vigore di quella parte di Riforma “graziata” dai rinvii e valutata, pertanto, come “urgente”, non molto si è fatto nemmeno da parte delle istituzioni sportive. I nuovi principi informativi del Coni, che dovrebbero ispirare la rivisitazione di quelli degli statuti federali, sono stati solo annunciati ma non ancora realizzati, ad esempio. Le Federazioni, per parte loro, non hanno posto in essere iniziative significative³²⁵⁵ che possano esser definite “propedeutiche” alle nuove disposizioni in vigore dal 1° gennaio 2022.

Sembra quindi di assistere a una svolta a metà, molto lenta e “solo su carta”, che vede la “croce” superare la “delizia” e che chiude il cerchio, per il momento, quasi al punto di partenza.

7. *Appendice normativa (settembre/dicembre 2021)*

L. 8 agosto 2019, n. 86, *Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione*, in G.U., Serie Generale n. 191, del 16 agosto 2019;

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, *Attuazione dell'articolo 5, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici nonché di lavoro sportivo*, in G.U. 18 marzo 2021, n. 67;

³²⁵⁴ Criteri questi che hanno giustificato l'erogazione dei sostegni e dei contributi nel 2020.

³²⁵⁵ Eccezione fatta per il progetto “Maternità di tutti” a firma FIPAV.

D.Lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, Attuazione dell'articolo 8, recante *semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi*, in G.U. 19 marzo 2021, n. 68;

D.L. 22 marzo 2021, n. 41, “*Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*”, in G.U. 22 marzo 2021, n. 70;

L. 21 maggio 2021, n. 69, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, recante misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19*”, in G.U., Serie Generale n. 120, del 21 maggio 2021;

D.L. 25 maggio 2021, n. 73, “*Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”, in G.U., Serie Generale n. 123, del 25 maggio 2021;

L. 23 luglio 2021, n. 106, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, recante misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali*”, in G.U., Serie Generale n. 176, del 24 luglio 2021;

D.L. 8 ottobre 2021, n. 139, “*Disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali*”, in G.U., Serie Generale n. 241, dell'8 ottobre 2021;

L. 3 dicembre 2021, n. 205, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 ottobre 2021, n. 139, recante disposizioni urgenti per l'accesso alle attività culturali, sportive e ricreative, nonché per l'organizzazione di pubbliche amministrazioni e in materia di protezione dei dati personali*”, in G.U., Serie Generale n. 291, del 7 dicembre 2021;

D.L. 21 settembre 2021, n. 127, “*Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*”, in G.U., Serie Generale n. 226, del 21 settembre 2021;

L. 19 novembre 2021, n. 165, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening*”, in G.U., Serie Generale n. 277, del 20 novembre 2021;

D.L. 26 novembre 2021, n. 172, “*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*”, in G.U., Serie Generale n. 282, del 26 novembre 2021;

D.L. 24 dicembre 2021, n. 221, “*Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*”, in G.U., Serie Generale n. 305, del 24 dicembre 2021;

D.L. 30 dicembre 2021, n. 229, “*Misure urgenti per il contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19 e disposizioni in materia di sorveglianza sanitaria*”, in G.U., Serie Generale n. 309, del 30 dicembre 2021;

L. 30 dicembre 2021, n. 234, “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024*”, in G.U., Serie Generale n. 310, del 31 dicembre 2021;

L. 27 dicembre 2017, n. 205, “*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*”, in G.U., Serie Generale n. 302, del 29 dicembre 2017.



Il *Position Paper* dell'Italia sull'applicabilità del diritto internazionale nel cyberspazio, la sentenza del Tribunale UE nel caso Google Shopping e l'Oxford Statement sulla regolamentazione internazionale degli attacchi *ransomware**

di **Flavia Zorzi Giustiniani****

Il 4 novembre scorso l'Italia ha pubblicato la sua posizione sul diritto internazionale e il cyberspazio³²⁵⁶. Il documento è stato realizzato dal Ministero degli Affari Esteri in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero della Difesa. Così facendo il nostro Paese si colloca tra gli Stati che, dando seguito alle raccomandazioni espresse in tal senso dall'ONU, ha espresso la sua visione sul tema³²⁵⁷.

Nel suddetto documento l'Italia intende presentare la sua opinione su molteplici aspetti riguardanti l'applicazione del diritto internazionale nel cyberspazio. Il *Paper* esordisce facendo proprie le conclusioni raggiunte dal Gruppo di esperti governativi delle Nazioni Unite (GGE) e dal Gruppo di lavoro aperto (OEWG) sulla sicurezza informatica, secondo cui "il diritto internazionale e in particolare la Carta delle Nazioni Unite nella sua interezza, è applicabile ed è essenziale per mantenere la pace e la stabilità e promuovere un ambiente ICT aperto, sicuro, stabile, accessibile e pacifico"³²⁵⁸. Il documento evidenzia poi come le nozioni di pace e di sicurezza internazionale trascendano la mera dimensione militare, con la conseguenza che le norme di diritto internazionale applicabili nel cyberspazio non sono soltanto quelle relative al divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali. Quanto poi al diritto internazionale

*Contributo sottoposto a *peer review*.

** Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Link Campus University

³²⁵⁶https://www.esteri.it/MAE/resource/doc/2021/11/italian_position_paper_on_international_law_and_cyberspace.pdf.

³²⁵⁷ Sull'analogo *Position Paper* della Germania sia permesso il rinvio alla rassegna disponibile al link <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/06/ZorziRassegnaNomos-Maggio-21.pdf>.

³²⁵⁸ Cfr. *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/68/98, 24 giugno 2013, par. 20; *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc. A/70/174, 22 luglio 2015, par. 24; *Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications technologies in the context of international security*, UN Doc. A/75/816, 18 marzo 2021, par. 7.

umanitario (DIU), ovvero lo *jus in bello*, l'Italia lo considera restrittivo in quanto mira a limitare la condotta dei belligeranti che colpiscono civili e obiettivi civili in un conflitto armato. Pertanto, il riconoscimento della sua applicabilità al cyberspazio non equivale a incoraggiare o consentire l'uso della forza come strumento di aggressione e/o come mezzo per la risoluzione delle controversie internazionali.

Con riguardo alla tutela della sovranità, l'Italia attribuisce un'importanza fondamentale al principio di sovranità nel cyberspazio e ritiene che nel mondo digitale si applichino sia gli aspetti interni che gli aspetti esterni della sovranità. Al riguardo, il documento fa riferimento in particolare ad azioni di influenza come la manipolazione delle elezioni o la manomissione delle infrastrutture sanitarie³²⁵⁹.

Il documento dedica poi un'intera sezione al diritto della responsabilità degli Stati nel cyberspazio³²⁶⁰. Qui si affronta in primis la questione – spinosa – dell'attribuzione degli attacchi informatici. Secondo l'Italia l'attribuzione, come pure la decisione di renderla pubblica, è una prerogativa nazionale e come tale dovrebbe fondarsi su prove sufficientemente affidabili quanto alla fonte delle attività in questione e all'identità dei responsabili. L'Italia assegna una particolare importanza, al riguardo, alla trasparenza, pur consapevole che la stessa non sia oggetto di un preciso obbligo di diritto internazionale. Il Paese concorda poi con l'opinione che la materia è governata dalle norme consuetudinarie sulla responsabilità degli Stati come codificate nel relativo Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite del 2001.

In tema di *due diligence*, il documento esordisce affermando che i relativi obblighi si applicano nel cyberspazio, per cui gli Stati, come affermato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso di scuola *Corfu Channel* del 1949, non devono permettere che il loro territorio sia utilizzato per atti contrari al diritto di altri Stati, né tantomeno che la loro infrastruttura ICT (*Information and Communication Technology*) sia impiegata per la condotta di attività cibernetiche illecite da parte di attori statali o non statali³²⁶¹. Viene tuttavia ricordato che il dovere di diligenza è un obbligo di condotta e che pertanto uno Stato, fintantoché compie tutti gli sforzi possibili, non può essere ritenuto responsabile se alla fine non è in grado di prevenire, mitigare o porre termine ad attività informatiche illecite avviate o in transito attraverso il suo territorio.

Con riguardo alle contromisure³²⁶², l'Italia ritiene che uno Stato ha il diritto di ricorrere a siffatte misure in risposta ad operazioni cibernetiche che costituiscono un illecito internazionale al di sotto della soglia del conflitto armato. Il *Paper* sottolinea tuttavia che nella specie l'adozione di contromisure potrebbe rivelarsi problematica, tra l'altro, per la difficoltà di individuare il responsabile degli attacchi. Inoltre, adempimenti preventivi quali la previa notifica potrebbero risultare inapplicabili laddove una reazione immediata fosse necessaria per far valere i diritti dello Stato leso e impedire danni ulteriori. In ogni caso le contromisure devono essere proporzionate al danno patito e non possono consistere nella minaccia o nell'uso della forza.

³²⁵⁹ Cfr. la parte I del documento.

³²⁶⁰ Cfr. la parte II del documento.

³²⁶¹ Cfr. la sezione II b).

³²⁶² Cfr. la sezione II c).

Le operazioni cibernetiche sono soggetto al generale divieto di uso della forza nella relazioni internazionali di cui all'art. 2 par. 4 della Carta delle Nazioni Unite³²⁶³. L'Italia considera un'aggressione cibernetica equivalente ad un attacco armato, che in quanto tale giustifica una reazione in legittima difesa ex art. 51 della Carta ONU, solo allorché le sue dimensioni e i suoi effetti sono comparabili, con conseguenti danni a proprietà, lesioni a persone o perdita di vite umane. Sono specificamente incluse quelle operazioni che, come il recente attacco informatico alla Regione Lazio³²⁶⁴, possono determinare l'interruzione di servizi essenziali pur non causando un danno fisico. La decisione su quando un'operazione cibernetica che equivale a un attacco armato conduca all'autodifesa collettiva sarà presa caso per caso.

Con specifico riguardo all'uso della forza nel cyberspazio, il *Paper* riconosce poi l'applicabilità dello *jus in bello* – il cosiddetto diritto internazionale umanitario (DIU) – e, nei conflitti armati internazionali, del diritto della neutralità. Ne consegue, tra l'altro, che uno Stato non potrebbe fornire o negare l'accesso alla sua infrastruttura ICT a una sola parte.

L'Italia ritiene che il diritto internazionale dei diritti umani si applichi nel cyberspazio allo stesso modo in cui si applica nel mondo reale³²⁶⁵. In particolare, ogni Stato deve tutelare siffatti diritti, a cominciare dalla libertà di opinione e di espressione, il diritto all'accesso alle informazioni e il diritto alla privacy. Al riguardo l'Italia riconosce poi la responsabilità (*accountability*) anche del settore privato, conformemente ai *Guiding Principles on Business and Human Rights* delle Nazioni Unite del 2011.

La cooperazione è uno strumento essenziale nel dominio cibernetico³²⁶⁶. Non a caso, nel documento si afferma che l'Italia promuove la cooperazione internazionale per migliorare la resilienza cibernetica e la stabilità internazionale, facendo leva anzitutto sulle misure di rafforzamento della fiducia tra Paesi e sulla condivisione delle informazioni, nonché assegnando un particolare rilievo alla cooperazione a livello regionale e bilaterale. Considerato il ruolo di primo piano degli stakeholders privati nel cyberspazio, l'Italia considera essenziale la cooperazione pubblico-privato, al fine precipuo di garantire la sicurezza informatica e un efficace rafforzamento delle capacità (*capacity-building*)³²⁶⁷.

Il **10 novembre** scorso il Tribunale dell'Unione europea si è pronunciato nella Causa T-612/17, *Google LLC, in precedenza Google Inc. e Alphabet, Inc. contro Commissione europea*, sul ricorso volto all'annullamento della decisione con cui la Commissione aveva sanzionato *Google LLC* e la sua società madre *Alphabet Inc.* (di seguito “Google”) per aver violato l'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e l'art. 54 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (Accordo SEE)³²⁶⁸. Con tale decisione Google era stato condannato al pagamento di 2,42 miliardi di euro per aver trattato più favorevolmente, sia in termini di posizionamento sia di

³²⁶³ Cfr. la sezione III.

³²⁶⁴ Tale attacco è avvenuto il 30 luglio 2021 (v. <https://www.regione.lazio.it/notizie/attacco-hacker>).

³²⁶⁵ Cfr. la sezione IV.

³²⁶⁶ Cfr. la sezione VI.

³²⁶⁷ Cfr. la sezione V.

³²⁶⁸ Si veda la decisione della Commissione C(2017) 4444 final del 27 giugno 2017.

visualizzazione nelle sue pagine generali dei risultati di ricerca, il proprio servizio di comparazione degli acquisti rispetto ai servizi dello stesso genere offerti da operatori concorrenti. La sentenza del Tribunale, che qui si riassume per sommi capi, è di indubbio rilievo pur non brillando per chiarezza e sinteticità³²⁶⁹.

Il Tribunale ha anzitutto confermato che la condotta tenuta da Google debba qualificarsi come anticoncorrenziale giacché il ricorrente ha reso praticamente impossibile la concorrenza nel mercato dei servizi di comparazione. Per giungere a tale conclusione i giudici europei hanno tenuto conto del traffico di dati generato da Google, del comportamento degli utenti i quali si soffermano in genere sui primi risultati forniti dal flusso di dati che è stato deviato dai servizi di comparazione concorrenti, e last but not least della “vocazione universale” di Google³²⁷⁰. A quest’ultimo riguardo il Tribunale ha rimarcato come la promozione di un solo tipo di risultati specializzati – i propri – costituisce una chiara “anormalità” per un motore di ricerca programmato per indicizzare i risultati delle ricerche di ogni genere, e contraddice la natura stessa di Google come infrastruttura aperta. Il Tribunale UE ha poi confermato l’approccio della Commissione secondo il quale Google deve essere considerato alla stregua di una infrastruttura essenziale (*essential facility*) fintantoché nel mercato non saranno disponibili delle infrastrutture alternative. Tuttavia ha rigettato la tesi di Google volta a giustificare la sua condotta sulla base della giurisprudenza *Bronner*³²⁷¹. Il precedente *Bronner*, risalente al 1998, concerne un “rifiuto di fornire un servizio” e precisa quali condizioni debbano essere soddisfatte perché una condotta possa definirsi abusiva. Siffatta giurisprudenza non è stata ritenuta rilevante perché nel caso di specie l’abusività, come precisato dal Tribunale, non riguarda un rifiuto di fornitura di servizi bensì il carattere discriminatorio della preferenza assegnata da Google ai propri servizi di comparazione³²⁷².

Il Tribunale UE ha poi confermato gli effetti negativi per la concorrenza prodotti dalla condotta in esame. Giova ricordare al riguardo che la fattispecie di abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 102 TFUE richiede la dimostrazione della semplice idoneità della condotta de qua a limitare la concorrenza. Secondo il Tribunale, nel caso di specie la Commissione nella sua Decisione aveva sufficientemente dimostrato gli effetti anticoncorrenziali della condotta di Google. In particolare la Commissione aveva dimostrato che il traffico di dati dirottato dalle pagine dei risultati generali di Google verso Google Shopping aveva una entità notevole e non poteva essere efficacemente sostituito da altre fonti di traffico quali le pubblicità (*AdWords*) o le applicazioni di comparazione, né tantomeno dalle piattaforme commerciali (una per tutte Amazon), che fanno parte di un mercato diverso. Pur confermando in larga parte l’analisi della

³²⁶⁹ “We would not expect the judgments to have the elegance of Justice Cardozo, the verve of Lord Denning or the lucidity of Lord Hoffmann. But producing something more accessible and clear has to be possible” (cfr. G. Monti, *The General Court’s Google Shopping Judgment and the scope of Article 102 TFEU*, 14 novembre 2021, p. 15, disponibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3963336).

³²⁷⁰ Cfr. il par. 176 della sentenza.

³²⁷¹ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia europea resa nella causa C-7/97 il 26 novembre 1998.

³²⁷² Cfr. i par. 212-249 della sentenza.

Commissione, il Tribunale ha tuttavia statuito che la stessa non aveva fornito evidenza del fatto che la condotta di Google abbia avuto effetti sul mercato dei servizi di ricerca generica³²⁷³.

Al fine di giustificare la propria condotta da un punto di vista oggettivo, Google aveva asserito anzitutto che l'esibizione dei prodotti raggruppati (*Product Universals*) e degli annunci pubblicitari su tali prodotti (*Shopping Units*) si fondasse su presunte caratteristiche pro-concorrenza della condotta, data la sua capacità di migliorare la qualità del servizio. Secondo Google vi erano poi dei vincoli tecnici che impedivano di garantire lo stesso trattamento ai servizi dei terzi. Il Tribunale ha respinto dette argomentazioni sottolineando che il trattamento discriminatorio non poteva giustificarsi in virtù di presunti caratteri pro-concorrenziali della condotta quali la capacità di migliorare la qualità del servizio. Google inoltre non avrebbe fornito prove sufficienti a dimostrare che la sua condotta avesse determinato incrementi di efficienza che controbilanciassero gli effetti anticoncorrenziali³²⁷⁴. Con riguardo ai vincoli tecnici, egualmente secondo il Tribunale Google non ha dimostrato che gli stessi avrebbero impedito di utilizzare dei processi e metodi ai risultati di ricerca atti ad assicurare un trattamento non discriminatorio, in termini di posizionamento ed esibizione, dei servizi di comparazione degli acquisti di Google e dei terzi.³²⁷⁵

Il Tribunale ha infine affermato la legittimità sia dell'irrogazione della sanzione che della relativa quantificazione effettuata dalla Commissione. Circa il primo aspetto³²⁷⁶, il Tribunale ha ritenuto che Google abbia tenuto una condotta intenzionalmente anticoncorrenziale. La Commissione, inoltre, aveva piena discrezionalità nel decidere se seguire una procedura standard o una procedura con impegni, come pure di passare dall'una all'altra in corso d'opera. Il fatto poi che il ricorrente avesse offerto rimedi durante la procedura non rendeva illegittima l'irrogazione della sanzione. Per quanto riguarda l'ammontare della sanzione, il Tribunale ha confermato la legittimità di quanto deciso dalla Commissione, rimarcando la particolare gravità della violazione, dovuta tra l'altro all'intenzionalità della condotta tenuta da Google³²⁷⁷.

Un altro sviluppo degno di nota è costituito dall'*Oxford Statement on International Law Protections in Cyberspace: The Regulation of Ransomware Operations*, pubblicato il **4 ottobre**³²⁷⁸. L'intento del documento, come pure degli *Statements* che l'hanno preceduto, è quello di individuare regole e principi di diritto internazionale applicabili in subiecta materia e sollecitare tutti gli Stati e gli altri attori internazionali a conformarvisi³²⁷⁹. Come il precedente, quest'ultimo Statement concerne una tipologia specifica di operazioni cibernetiche.

Il termine *ransomware*, derivante dalla crasi di *ransom* (riscatto) e *malware* (programma malevolo), fa riferimento ad un virus attraverso il quale viene realizzata un'estorsione informatica. Il recente proliferare degli attacchi *ransomware* anche contro infrastrutture essenziali degli Stati, uno fra tutti

³²⁷³ Cfr. i par. 456-459 della sentenza.

³²⁷⁴ Cfr. il par. 572 della sentenza.

³²⁷⁵ Cfr. i par. 576, 578-9 della sentenza.

³²⁷⁶ Cfr. i par. 605-639 della sentenza.

³²⁷⁷ V. in particolare i par. 680 e 704 della sentenza.

³²⁷⁸ Il testo è disponibile al seguente link: <https://www.ejiltalk.org/the-oxford-process-on-international-law-protections-in-cyberspace-the-regulation-of-ransomware-operations/>.

³²⁷⁹ Sul terzo e quarto Statement sia permesso rinviare alle precedenti rassegne (qui <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/01/Cronache-dal-cyberspazio-3-2020.pdf> e qui <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/cronache-dal-cyber-spazio/la-normalizzazione-della-sorveglianza-di-massa/>).

L'attacco all'azienda USA specializzata in oleodotti Colonial Pipeline del maggio 2021, non fa che confermare la necessità di un chiarimento del quadro giuridico applicabile a livello internazionale.

Lo *Statement*, partendo dalla premessa che le condotte realizzate attraverso le tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni sono disciplinate dal diritto internazionale, identifica una serie di obblighi posti dal diritto internazionale sugli Stati. Questi ultimi devono anzitutto astenersi dal condurre, dirigere, autorizzare o aiutare e assistere operazioni di *ransomware* che violano i principi di sovranità e non ingerenza negli affari interni di uno Stato o che costituiscono una minaccia o un uso proibito della forza ai sensi della Carta ONU. Più in particolare, gli Stati devono astenersi da quelle operazioni che mirano o comportano un'interruzione dei sistemi elettorali, dell'assistenza sanitaria, delle reti elettriche, dei sistemi di distribuzione dell'acqua e delle centrali nucleari³²⁸⁰. Egualmente gli Stati devono astenersi dal condurre, dirigere, autorizzare o aiutare e assistere operazioni di *ransomware* che comportino violazioni dei diritti umani delle persone che rientrano nella loro giurisdizione, come il diritto alla vita, alla salute, alla vita privata, all'istruzione, alla proprietà, alla libertà di pensiero e di opinione, alla libertà di espressione, compresa la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni tipo³²⁸¹.

Gli Stati non devono poi permettere, allorché ne hanno o dovrebbero averne conoscenza, che il loro territorio o le infrastrutture poste sotto la loro giurisdizione o controllo siano utilizzate per operazioni *ransomware* contrarie ai diritti di altri Stati³²⁸². A tal fine gli Stati devono adottare misure appropriate quali lo svolgimento di indagini, l'adozione di misure legali e tecniche, nonché la cooperazione con altri Stati. Tali misure devono essere comunque conformi al diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale dei diritti umani³²⁸³.

Gli Stati devono altresì prendere misure per proteggere i diritti umani delle persone che si trovano nella loro giurisdizione da operazioni *ransomware*, ad esempio vietandole per legge, indagando e punendo i responsabili, nonché prevenendo e annullando nella misura del possibile il pagamento di riscatti. Laddove tali misure di protezione interferiscano con altri diritti, le stesse devono essere conformi ai requisiti legali applicabili quali scopo legittimo, legalità, necessità, proporzionalità e non discriminazione³²⁸⁴.

Lo *Statement* conferma poi l'applicabilità del diritto internazionale umanitario allorché il *ransomware* sia utilizzato durante un conflitto armato³²⁸⁵. Infine, stabilisce che l'applicazione delle regole in esso enunciate non pregiudica l'applicazione di qualsiasi altra norma internazionale che protegga da *ransomware* e attività connesse³²⁸⁶.

³²⁸⁰ Cfr. il punto 2 dello *Statement*.

³²⁸¹ Cfr. il punto 3 dello *Statement*.

³²⁸² Cfr. il punto 4 a) dello *Statement*.

³²⁸³ Cfr. il punto 4 b) dello *Statement*.

³²⁸⁴ Cfr. il punto 5 dello *Statement*.

³²⁸⁵ Cfr. il punto 6 dello *Statement*.

³²⁸⁶ Cfr. il punto 8 dello *Statement*.



G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione, partecipazione, contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2021, pp. 301*

Con “*Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*”, Giuseppe Bergonzini offre un puntuale lavoro di ricerca (e incalzanti riflessioni) circa il delicato tema dell’accessibilità, da parte degli addetti ai lavori e della società civile tutta, alle attività della Corte costituzionale.

Un volume necessario, alla luce delle più recenti aperture sia comunicative (dal 2016 è attivo il profilo Ig e dal 2018 il canale *YouTube* della Corte), sia processuali (diversi i nuovi istituti partecipativi introdotti con delibera dell’8 gennaio 2020) che hanno interessato la Corte negli ultimi anni.

Un testo utile, come si cercherà di spiegare, per comprendere come il giudice delle leggi italiano abbia preso coscienza dell’esigenza, non più procrastinabile, di modificare le sue modalità di dialogo con l’esterno (addetti ai lavori e società civile tutta); un’istantanea che immortalata gli strumenti di cui la Corte si è voluta dotare per adeguare la propria posizione di organo costituzionale innanzi alle mutate esigenze di una società contemporanea sempre più complessa.

La trattazione, che si compone di quattro capitoli (oltre alle considerazioni conclusive), muove, dunque, da un preliminare esame sulle tesi favorevoli e contrarie alle aperture (comunicative e processuali) della Corte. A fronte delle valutazioni positive espresse su quanto fatto sino ad ora dal più giovane degli organi costituzionali della Repubblica per ampliare e rafforzare le proprie modalità comunicative con il mondo esterno, diverse sono le tesi mosse in senso contrario che vedrebbero dietro questa nuova veste che la Corte si è data (più vicina al cittadino) alti profili di rischio. Tra tutti, il pericolo di un’eccessiva svalutazione del ruolo giurisdizionale della Corte la quale, secondo questa prima impostazione, non avrebbe alcun bisogno di una legittimazione dal basso (con il coinvolgimento di cittadini, centri organizzati di interesse, *lobbies* e movimenti politici), derivando la propria legittimazione esclusivamente dalla Costituzione e dai suoi valori.

Tuttavia, la sintesi a cui perviene l’Autore, che appare pienamente condivisibile, è che la Corte non può sottrarsi alle grandi sfide che la società contemporanea pone (società sempre più complessa se si considerano le grandi opportunità che i mezzi di comunicazione e le nuove tecnologie oggi consentono), pena lo svilimento dell’Istituzione stessa che risulterebbe incapace

* Contributo sottoposto a *peer review*.

di rapportarsi con il molteplice. D'altronde, come a più riprese l'Autore evidenzia, se la Corte si riducesse a comunicare con l'esterno per il tramite della sola pubblicazione delle sue sentenze, altri soggetti (magari politicamente più compromessi, come i mass media) diverrebbero gli esclusivi interpreti delle decisioni della Corte con il pericolo di manomissioni o fraintendimenti del significato dei dispositivi (mal) veicolati. Anzi, l'Autore giunge ad affermare, che le aperture al mondo esterno concorrono al rafforzamento dell'autorevolezza della Corte che trae, quindi, la propria legittimazione non solo dal dettato costituzionale, ma anche dal consenso di cui gode presso l'opinione pubblica con la quale ha l'onere (nonché la convenienza) di dialogare.

L'analisi diventa successivamente matura per passare in rassegna gli strumenti (alcuni più recenti, altri meno) di cui la Corte si è dotata nel tempo per aprirsi maggiormente al mondo esterno. A tale proposito nel testo si parla di aperture *oltre il e intorno al giudizio* e di aperture *nel giudizio*.

Per aperture *oltre il e intorno al giudizio* si intendono quelle attività funzionali ed extra-funzionali utili alla Corte per *conoscere e farsi conoscere* grazie ad iniziative come “*Viaggio nell'Italia*” (operazione che ha visto i giudici della Corte entrare nelle scuole e nelle carceri per promuovere la cultura della Costituzione), il rinnovamento del sito internet, la creazione di annessa app (strumenti che diventano fondamentali non solo per gli addetti ai lavori, ma anche per la generalità dei consociati), l'utilizzo dei *social media* e la predisposizione di comunicati stampa dai quali possono scaturire effetti diversi a seconda della tipologia usata.

Per aperture *nel giudizio* si intendono, invece, quelle aperture processuali alle quali la Corte ha acconsentito (alle volte anche positivizzando prassi giurisprudenziali) nella consapevolezza che gli apporti esterni possono riflettersi, con esiti positivi, sul funzionamento dei giudizi costituzionali. Tra questi diversi e altri strumenti si annoverano: l'intervento dei terzi, il possibile deposito di opinioni scritte degli *amici curiae* e la convocazione di esperti di chiara fama.

Nella rinnovata strategia comunicativa della Corte, si collocano, dunque, tanto le recenti modifiche e integrazioni che hanno interessato il sito internet (che è oggi consultabile sia nella visualizzazione da *personal computer* sia nella visualizzazione da dispositivo mobile), quanto la creazione di un'apposita app scaricabile su *smartphone*. Se dal sito, nota l'Autore, è possibile consultare una molteplicità di informazioni, sia quelle funzionali (*id est* calendario lavori, decisioni, massime), sia quelle extra-funzionali (si pensi alla sezione *Viaggio in Italia*), l'app che, ad oggi, sembra avere come principali utenti per lo più gli addetti ai lavori (che possono ricevere notifiche sugli ultimi aggiornamenti in punto di decisioni e massime) dovrebbe cercare di avere un'utilità differente e autonoma. Dovrebbe rappresentare uno strumento differenziato (rispetto alla consultazione del sito da dispositivo mobile) e in quanto tale andrebbe ulteriormente ottimizzato e reso personalizzabile a seconda degli interessi prevalenti di chi decide di utilizzarlo.

Il secondo capitolo del volume dedica ampio spazio ai comunicati stampa, i più significativi mezzi di comunicazione diretta di cui si serve la Corte per dialogare con l'esterno. Tra questi vi sono quelli anticipatori, quelli accompagnatori e quelli inerenti l'Agenda dei lavori. I primi, detti anche *ante sententiam*, hanno lo scopo di anticipare, dopo lo svolgimento della Camera di consiglio, ma prima della pubblicazione della sentenza, il contenuto essenziale di quest'ultima. Ciò al fine

di evitare fenomeni di distorsione e mala interpretazione della successiva sentenza da parte di soggetti diversi dalla Corte che, in via mediata (non immediata), darebbero conto dei dispositivi.

L'Autore, tuttavia, non trascura alcune criticità circa l'utilizzo di tale strumento. In particolare, il fatto che il comunicato stampa venga reso pubblico a prescindere dalla redazione della sentenza per esteso implica una auto-limitazione dei giudici costituzionali (*self-restraint*) i quali, in fase di redazione di deliberazione collegiale, non potranno discostarsi dal dispositivo così come succintamente già veicolato dal comunicato stampa. In tale contesto, evidenzia l'Autore, acquistano particolare rilievo sia l'inserimento, già nel comunicato stesso, della motivazione che sorregge il *decisum* (per quanto succintamente indicata), sia la condivisione collegiale dell'*iter* argomentativo in fase di predisposizione del comunicato stampa. Ciò al fine di assicurare la corrispondenza tra quanto previamente espresso nel comunicato anticipatorio e il contenuto della successiva sentenza.

Quanto agli effetti dei comunicati stampa anticipatori, diverse le riflessioni che sono state espresse dalla dottrina e che l'Autore ha fedelmente riportato. In primo luogo, occorre rilevare che, sebbene tali comunicati non abbiano rilevanza giuridica in senso stretto, comunque non si esclude che siano produttivi di effetti in concreto.

Così, ad esempio, dal momento in cui viene diramato il comunicato stampa anticipatorio, i giudici a cui sono stati assegnati giudizi, la cui risoluzione dipende dalla declaratoria di incostituzionalità della norma sottoposta all'esame della Corte, sono gravati tanto di oneri in senso positivo, quanto di oneri in senso negativo.

Questi, infatti, sia non potranno adottare provvedimenti che possano compromettere la piena attuazione della decisione costituzionale, sia, al contrario, potranno emanare provvedimenti in grado di modificare la realtà giuridica dei soggetti interessati per tutelare, in via anticipata, le situazioni giuridiche soggettive che dipendono dalla decisione della Corte.

Tuttavia, l'Autore non manca di notare come di questa concreta anticipazione degli effetti della sentenza preannunciata (ma non ancora redatta per esteso) si possano giovare solo quei giudizi rispetto ai quali la Corte abbia deciso di procedere con la pubblicazione del comunicato stampa anticipatorio (scelta rimessa di volta in volta alla sola discrezione del collegio), con conseguente possibile violazione del principio di uguaglianza, sia in senso formale che in senso sostanziale. Pertanto, stante l'assenza di una disciplina regolamentare *ad hoc* che disciplini tanto le modalità procedurali che portano all'adozione dei comunicati stampa anticipatori quanto i loro effetti, ciò che l'Autore auspica è un utilizzo ragionato e misurato di tale strumento comunicativo da parte della Corte.

Non le stesse problematiche presentano le altre due tipologie di comunicati stampa, largamente utilizzate dalla Corte ovvero i comunicati stampa accompagnatori, anche detti *propter sententiam* e i comunicati stampa relativi all'agenda dei lavori.

Quanto ai primi questi hanno la funzione appunto di "accompagnare" la sentenza della Corte alla quale si riferiscono, contenendo in sintesi dispositivo e la relativa motivazione. Risultano, quindi, scevri dai rischi di disomogeneità e difformità rispetto al testo della decisione (a differenza di quelli anticipatori, vengono redatti dopo la deliberazione e approvazione collegiale) pur

correndo il rischio di scadere in una eccessiva semplificazione nel tentativo di rendere il dispositivo comprensibile per un ampio pubblico.

Quanto ai secondi, questi sono i comunicati (con principali destinatari i giornalisti) che consentono alla Corte di creare un certo interesse diffuso su alcune delle questioni più rilevanti sottoposte alla sua attenzione. A differenza delle precedenti tipologie di comunicati stampa (anticipatori ed accompagnatori), la produzione di questa terza tipologia di comunicato è rimessa al solo Ufficio Stampa della Corte, senza l'intervento di alcuno dei giudici costituzionali. L'Autore rileva come si tratti di un *“potere che trova collocazione e limite nella strategia comunicativa complessiva della corte nella quale importanza preponderante sembrano assumere gli altri comunicati rispetto ai quali il coinvolgimento diretto del collegio, del presidente e del giudice relatore redattore appare già garantito”*.

Prima di passare ad analizzare le aperture processuali della Corte, l'Autore si sofferma su una rilevante riflessione circa l'effettiva trasparenza organizzativa e amministrativa di questo organo costituzionale. Per quanto sul sito siano presenti alcune informazioni inerenti la composizione della Corte, il Presidente e il collegio in carica, manca del tutto la sezione *“Amministrazione trasparente”* che siamo soliti trovare sui siti ufficiali delle pubbliche amministrazioni. La Corte, infatti, come ha avuto modo di precisare l'Anac, con Delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016, è sottratta a tale obbligo: ai sensi dell'art. 2-bis, che individua l'ambito soggettivo di applicazione del d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33, la Corte, in quanto organo costituzionale, non è tenuta al rispetto degli obblighi della trasparenza in capo alle pp.aa.

L'Autore, tuttavia, non trascura che la sottrazione della Corte agli obblighi di trasparenza non risulta giustificata. Anzi, proprio in virtù della sua posizione nel sistema costituzionale e le esigenze di autorevolezza presso l'opinione pubblica, i tre obiettivi fondamentali di tutte le democrazie costituzionali, come la nostra, ovvero *accountability, participation e legitimacy* dovrebbero essere maggiormente perseguiti dalla Corte.

Il capitolo terzo (il più corposo del volume) dedica ampio spazio alle aperture processuali alla luce dei nuovi istituti processuali introdotti con delibera della Corte in sede non giurisdizionale dell'8 gennaio 2020, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 17 del 22 gennaio 2020. Occorre, in primo luogo, premettere che tutti e tre gli istituti, quello dell'intervento dei terzi (art. 4, co. 7), quello delle opinioni scritte da parte degli *amici curiae* (art. 4-bis e 4-ter) e la convocazione degli esperti di chiara fama (art. 14-bis) sono tutti ispirati al principio di utilità processuale.

In particolare, analizzando più nello specifico i singoli strumenti processuali di cui la Corte si è voluta munire per *“meglio decidere”*, occorre rilevare che, con riferimento all'intervento dei terzi nei giudizi di costituzionalità in via incidentale, la Corte abbia sì formalizzato, in norma regolamentare espressa, un precedente indirizzo giurisprudenziale, senza, tuttavia, risolvere problematiche già emerse, tra cui il difetto partecipativo.

Secondo l'art. 4, co. 7 delle vigenti norme integrative, infatti, *“nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio”* con la conseguenza che, ancora oggi, le parti di un diverso processo pendente in cui possa avere effetto la decisione che verrà pronunciata sulla questione rimessa da altro giudice, si troverebbero a subirne le conseguenze, senza aver avuto la possibilità di partecipare al giudizio di costituzionalità. Tale difetto partecipativo sembrerebbe parzialmente temperato dalla

possibilità che oggi hanno gli *amici curiae* di depositare loro opinioni scritte nei giudizi innanzi la Corte. Tuttavia, il temperamento risulta limitato in quanto non vi è coincidenza tra i due istituti sia da un punto di vista soggettivo, (rientrando nella categoria degli *amici curiae* solo le formazioni sociali senza scopo di lucro, i soggetti istituzionali e i portatori di interessi collettivi o diffusi), né da un punto di vista oggettivo (gli *amici curiae* a differenza dei terzi intervenienti non hanno accesso al fascicolo del giudizio, né possono partecipare all'udienza).

L'audizione degli esperti di chiara fama di cui all'art. 14-*bis*, co. 1 delle Norme integrative, anch'esso introdotto con la delibera 8 gennaio 2020, rappresenta lo strumento di istruttoria formale di cui la Corte può giovare al fine di arricchire il quadro probatorio per raccogliere tutti gli elementi utili per giungere ad una decisione più matura.

L'Autore non manca, tuttavia, di notare come tale strumento sia caratterizzato da ampi e non immediatamente controllabili spazi di discrezionalità della Corte in ordine all'individuazione degli esperti in assenza di contraddittorio iniziale con le parti, nonché della mancanza dell'udienza pubblica.

Tali strumenti per quanto volutamente snelli per consentire alla Corte una significativa libertà di manovra presentano un evidente difetto di trasparenza, difetto che può trovare un sicuro argine nell'inserimento in sentenza dei percorsi argomentativi e motivazionali che richiamino gli apporti offerti sia dai terzi che dagli *amici curiae* che, infine, dagli esperti di chiara fama.

Sotto il profilo della trasparenza dell'agire processuale della Corte viene in rilievo anche l'attuale impossibilità di esprimere all'interno del collegio opinioni dissenzienti, il ricorso alle quali valorizzerebbe, invece, gli apporti partecipativi e fungerebbe da stimolo per un proficuo (soprattutto ai fini della redazione della sentenza) dibattito che porterebbe ad una decisione maggiormente condivisa piuttosto che, come è al momento, appiattita su una decisione univoca.

Per concludere, l'Autore guarda con positività alle aperture della Corte non senza rilevare che alcuni miglioramenti possono essere apportati sia con riferimento alle aperture *oltre il e intorno al* giudizio, sia con riferimento alle aperture *nel giudizio*, al fine di rendere la Corte sempre più in grado di fronteggiare le sfide del presente ed assolvere in tal modo pienamente al suo ufficio.

Azzurra Baggieri



M. R. RICCI, *La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano. Percorsi istituzionali e profili di criticità*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 225 *

«**L**o studio della Città metropolitana è stato, in passato, e continua ad essere oggi tutt'altro che facile. Quando poi l'indagine si concentra sul piano giuridico l'impresa, più che semplificarsi, invero si complica, non foss'altro perché impone la definizione di categorie e di concetti al cui chiarimento non sempre contribuisce l'intervento del legislatore». Con questa riflessione si apre il volume: «La Città metropolitana nell'ordinamento giuridico italiano. Percorsi istituzionali e profili di criticità» di Maria Rosaria Ricci.

L'opera ha come obiettivo quello di indagare l'ente metropolitano dall'origine fino ai suoi più recenti sviluppi cercando di offrire al lettore tutti gli strumenti per potersi rapportare ad una tematica che per più di un trentennio ha acceso il dibattito politico e dottrinario, senza mai sopirlo.

Partendo da un'analisi terminologica e semantica finalizzata a offrire una definizione giuridica di Città metropolitana è nel primo capitolo: «Nozione e origine della Città metropolitana», che l'Autrice pone le basi ontologiche dell'oggetto di ricerca. Dopo un primo inquadramento etimologico della denominazione scelta dal legislatore viene evidenziata la motivazione che ha condotto alla nascita del nuovo ente, per poter comprendere cosa debba intendersi per «città» e come qualificare al meglio l'aggettivo «metropolitana» (pp.14-19).

I grandi centri urbani avevano urgenza di fronteggiare una dimensione organizzativa sempre più ampia; alle richieste nazionali facevano eco quelle mosse in ambito europeo che auspicavano una soluzione innovativa atta a gestire quella serie di interrelazioni e funzioni ormai proprie delle grandi aree metropolitane. Tali contesti non potevano più essere gestiti secondo i crismi dei tradizionali modelli di governo locale (p. 20).

Ripercorrendo velocemente le tappe più significative della storia giuridica e i rispettivi dettati normativi, fulcro di analisi del secondo capitolo, si evince come manchi una definizione esplicita da parte del legislatore su cosa l'interprete debba intendere per Città metropolitana.

L'Autrice guida il lettore nel tentativo di una ricostruzione definitoria che prende le mosse dalle caratteristiche proprie dell'ente riconducendolo anzitutto nell'alveo degli enti locali (p. 24), per poi addentrarsi nella disamina dei livelli di territorialità che lo caratterizzano: area vasta

* Contributo sottoposto a *peer review*.

ed area metropolitana. Nel riferirsi alla Città metropolitana come ente di area vasta ne vengono evidenziate le peculiarità che la caratterizzano, soprattutto sotto l'aspetto funzionale, superando dunque la mera ricostruzione territoriale ed affermando come secondo le previsioni della legge n. 56 del 2014 possa risultare opportuno riferirsi alle neocostituite città metropolitane come «enti a cui sono attribuite funzioni di area vasta».

In tal senso l'Autrice riflette su come la definizione «area vasta» meglio si presti ad una ricostruzione basata sulle competenze attribuite al soggetto che le esercita, piuttosto che alla dimensione territoriale e geografica nella quale lo stesso è inserito (p. 28). In riferimento agli aspetti funzionali la Città metropolitana potrà attuare il «principio di sussidiarietà» costituzionalmente previsto (art. 118 Cost), il cui spettro incide sulle stesse per mezzo della legge cost. n. 3 del 2001 che le ha costituzionalizzate. Il nuovo ente può avvalersi pertanto di ulteriori funzioni diverse da quelle comunali riconducibili ad un ambito territoriale superiore, quello dell'area metropolitana.

La stessa è da configurare come un'estensione territoriale individuata topograficamente, in cui si instaura un sistema economico-funzionale caratterizzato dalla continua sussistenza di scambi ed interrelazioni derivanti dalle diverse attività svolte in quello specifico territorio, che può includere al suo interno, se necessario, anche città ed aree urbane diverse (p. 35).

Il richiamato profilo funzionale proprio degli enti di area vasta, nel cui novero rientra la Città metropolitana, consente dunque all'Autrice di fornire ai lettori una qualificazione giuridica dell'ente identificandolo quale: «soggetto di programmazione, con una *mission* volta allo sviluppo strategico del territorio, alla promozione dei servizi, delle infrastrutture e delle reti, alla proiezione sulle connessioni esterne, anche a livello europeo» (p. 31), configurandolo come un punto di snodo nevralgico sia per le istanze di prossimità, quanto per l'intero sistema regionale (almeno sulla carta).

Chiaramente la definizione giuridica della Città metropolitana non può esaurirsi qui. Alla luce di una sintesi delle istanze mosse dall'A. si scorge la configurazione di un ente caratterizzato da autonomia: funzionale, normativa, finanziaria e patrimoniale ai sensi degli artt. 114, 117 e 119 della Cost; che ha la finalità di rappresentare nell'ordinamento un nuovo modello di governance (sia su livelli *top down*, che *bottom up*). Lo stesso è preposto all'amministrazione del territorio metropolitano e si contraddistingue per le sue peculiarità sotto molteplici aspetti soprattutto attraverso l'esercizio delle funzioni proprie, in quanto ente di area vasta.

L'Autrice non manca di esporre già in questa sede le molteplici criticità presenti a livello operativo nelle quale si muovono i neoistituiti enti, afferenti soprattutto a problemi interpretativi ed applicativi connessi alla definizione del relativo assetto istituzionale (p. 39), soffermandosi nel dettaglio sulle disposizioni riferite all'elezione di secondo grado degli organi della Città metropolitana. Tali aspetti problematici verranno poi ripresi nel corso della trattazione.

Dopo aver posto le basi per una definizione giuridica più minuziosa dell'oggetto di ricerca, nel secondo capitolo: «La Città metropolitana dalla legge n. 142/1990 al progetto di legge Delrio», viene proposto un inquadramento storico-giuridico in materia di Città metropolitana per osservarne gli sviluppi normativi.

La ricostruzione prende le mosse dalla legge 8 giugno 1990, n. 142 recante «Ordinamento delle autonomie locali» tramite cui per la prima volta fa l'ingresso nel nostro ordinamento un nuovo ente: la Città metropolitana, all'epoca già previsto in diverse esperienze europee. Il legislatore non ne definisce tuttavia i caratteri limitandosi solamente ad indicare: le aree territoriali nelle quali avrebbe dovuto identificarsi (art.17) e i livelli nei quali si sarebbe articolata l'amministrazione locale, oltre che le norme che avrebbero dovuto conformarla ossia quelle provinciali (art.18), configurando all'interno dell'area metropolitana la Provincia quale autorità metropolitana che assume la denominazione di Città metropolitana (art. 17, comma 4). Da questa sovrapposizione concettuale trae origine il problematico rapporto tra vecchio ente (Provincia) e nuovo (Città metropolitana), ancora oggi dibattuto (pp.43-45). Le disposizioni previste dalla norma in questione restarono inattuato per oltre un ventennio sancendo l'insuccesso della legge 142/1990, ma non facendone venir meno le esigenze che ne erano alla base.

L'A. ricorda come il primo intervento significativo in merito alla procedura istitutiva della Città metropolitana sia avvenuto dopo quasi dieci anni ai sensi della legge n. 265 del 1999 (c.d. legge Napolitano-Vigneri), la quale riscrivendo, fra gli altri, gli artt. 17, 18 e 19 della precedente disciplina ha puntato ad offrire uno spessore maggiore alle iniziative Comunali per garantire soluzioni differenziate ai diversi contesti metropolitani, spostando sul piano istituzionale il momento decisionale riferito alla delimitazione territoriale dell'area metropolitana. Riformulando l'art. 17, la novella ha posto in capo alle Regioni il compito di delimitare territorialmente le aree metropolitane assumendosene la decisione entro 180 giorni, «su conforme proposta degli enti locali interessati». Viene evidenziato però come alla perentorietà della delimitazione territoriale, si contrapponga l'eventualità della Città metropolitana ai sensi del novellato art. 18, tanto che restava in capo al Comune capoluogo e agli altri Comuni la possibilità di costituirsi in Città metropolitana, configurando in tal senso l'ente come “non necessario” o “a costituzione eventuale” (p. 50). Offrendo un bilancio della suddetta riforma si scorge come anch'essa non sia riuscita a consentire il superamento delle criticità e dei limiti rinvenibili nell'attuazione delle norme sulle Città metropolitane. Tale missione, come sottolineato dall'A., non è riuscita neppure al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali, il quale si è limitato a trasporre negli artt. da 22 a 25 le norme contenute negli artt. da 17 a 20 della l. 142/1990, riformulate come esposto in precedenza.

L'analisi normativa si sofferma successivamente sulla legge costituzionale n.3 del 2001, la quale novella gli art. 114, 117 e 118 della Carta fondamentale e costituzionalizza le Città metropolitane, annoverandole fra gli enti costitutivi della Repubblica (art.114 Cost.).

La riforma attribuisce loro al pari dei Comuni e delle Province potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e delle funzioni attribuitele (art. 117, comma 6) ed inoltre inserisce l'ente fra i soggetti titolari di funzioni amministrative proprie (art.118). Ciononostante, neppure la riforma del Titolo V, analizzata nel volume solamente in merito ai profili inerenti alla Città metropolitana, ha offerto un'accelerazione al processo costitutivo dell'ente.

Nelle pagine successive vengono proposti i vari tentativi messi in atto dal legislatore nel corso degli anni per dare seguito alle nuove disposizioni costituzionali, ma nessuna di esse è riuscita a offrire un concreto iter di attuazione alle stesse.

L'A. offre inoltre una lettura in merito a due disegni di legge rispettivamente del 2009 e del 2011, che seppur non trasformati in legge provarono ad offrire nuovi spunti al dibattito in merito alla distribuzione delle funzioni fondamentali fra Comuni, Province e Città metropolitane ed alla soppressione degli enti intermedi. Fa riflettere come di lì a poco il Governo Monti, dando avvio ad una serie di riforme finalizzate a traghettare il nostro Paese fuori dalla crisi economico-finanziaria, presentò il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, cosiddetto decreto «Salva Italia», il quale non prevedeva nulla circa l'attuazione delle Città metropolitane, ma svuotava fortemente le Province delle proprie prerogative per esigenze di natura economico-finanziaria, trasformandole in enti di secondo livello (p. 70). Risulta superfluo in questa sede approfondire la scelta deprecabile del legislatore di intervenire sull'assetto organizzativo della Repubblica tramite decretazione d'urgenza; tuttavia, le non poche critiche alla scelta effettuata spinsero il Governo di lì a poco a tornare sulla tematica per mezzo del D.L. 95/2012 (cosidetto *Spending Review*) poi convertito con modificazioni in legge n. 135 del 2012.

La norma con la chiara esigenza di contenere la spesa pubblica ha saputo imprimere un'importante spinta al riordino delle Province prevedendo anche in maniera precettiva l'istituzione delle Città metropolitane.

Gli interventi apportati dal Governo Monti fecero sollevare diverse eccezioni di costituzionalità davanti alla Corte Costituzionale, sulle quali la Consulta si espresse tramite la sent. n. 220/2013 che sottolineò soprattutto l'inadeguatezza dell'utilizzo della decretazione d'urgenza di cui si avvalese il Governo, come accennato pocanzi, lasciando tuttavia insoluti diversi interrogativi agli interpreti, soprattutto in merito alla trasformazione delle Province in enti di secondo grado ed all'indicazione dei limiti entro cui lo Stato potesse circoscriverne le funzioni (p.84). Si giunge così poco dopo all'A.C. 1542 (disegno di legge Delrio) finalizzato all'istituzione delle Città metropolitane e al contempo alla contrazione delle funzioni provinciali; stavolta pur seguendo intenti simili a quelli del Governo Monti, si seguirono le indicazioni della Corte scegliendo lo strumento della legge ordinaria.

Rimane comunque singolare la scelta di presentare parallelamente al suddetto un progetto di revisione costituzionale avente ad oggetto l'abolizione delle Province, che ne avrebbe costituito così il fisiologico compimento. Tuttavia, tale previsione non giunse al termine sperato lasciando aperti numerosi quesiti in merito alla necessità o meno di un ulteriore intervento a fronte di una configurazione non completamente omogenea.

Da questa sezione si può comprendere pienamente la perpetua difficoltà di attuazione della Città metropolitana nata con il proposito di razionalizzare il sistema degli enti locali, ma che nei fatti ha prodotto nell'ordinamento non poche complicazioni operative ed interpretative.

La ricostruzione storico-normativa del secondo capitolo oltre a fornire dati importanti al lettore per comprendere la complessità della tematica ha anche lo scopo di condurre inevitabilmente al cuore del volume, frutto di trattazione del capitolo III: «L'istituzione delle Città metropolitane ad opera della legge n. 56/2014».

L'A. in questa sede svolge un'accurata disamina relativa alla legge Delrio, agli organi preposti al governo della Città metropolitana e alle funzioni in capo alla stessa, offrendo anche un esame della sent. 50/2015 della Corte Costituzionale evidenziandone le maggiori criticità, sostenute anche da gran parte della dottrina. Prendendo le mosse dalla dinamica di presentazione congiunta del d.d.l C-1542 e del d.d.l costituzionale C-1543, l'analisi porta alla luce fin da subito come l'iniziale «coerenza» dei due provvedimenti sia presto venuta meno a causa dei due iter differenti che hanno dovuto seguire. Il primo, infatti, si è presto trasformato in legge formale (l. 56/2014), mentre il secondo è stato sottoposto ad un andamento più lento culminato con la mancata approvazione del referendum popolare.

Dopo questa breve introduzione lo studio si sposta nel merito della norma, descivendone la struttura, o meglio la suddivisione dell'unico articolo, fornendo una breve spiegazione metodologica su come l'analisi verterà prettamente sui commi relativi alle Città metropolitane e proponendo una notazione conclusiva riguardo alla questione, ancora aperta, del rapporto fra Città metropolitane e Province. A differenza di tutte le norme precedenti in questo caso «l'istituzione delle Città metropolitane assume, *ex se*, peculiare rilievo e significato, poiché avviene *hic et nunc* ad opera della legge, senza, cioè il ricorso a procedure particolari e/o iniziative di altri enti» (p.95).

L'A. rileva la discrasia temporale generata dalla lettura del combinato disposto dei commi 12 e 16 dell'unico articolo, che si è ripercossa inevitabilmente sui consigli delle Città metropolitana eletti a ottobre 2014 ai sensi del comma 12, ma divenuti concretamente operativi dal 1° dicembre 2015, ai sensi del comma 16, potendo lavorare in quest'arco temporale solamente all'adozione dei relativi statuti, da approvare entro il 31 dicembre 2014 (p. 96). Pur riconoscendo la speditezza del metodo di attuazione prescelto dal legislatore, l'A. non può non far luce sui dubbi di costituzionalità in merito a tale operazione domandandosi se l'istituzione dell'ente in questione rientri nella potestà statale ai sensi degli art. 114 e 117, comma 2, lett. p) Cost., oppure debba essere ricondotta alla competenza residuale delle Regioni come prescritto dall'art. 117, comma 4, della Carta fondamentale. Questo tema verrà affrontato approfonditamente nell'analisi della sentenza n. 50 del 2015 della Corte Costituzionale (p. 97).

La riforma nel definire i compiti delle Città metropolitane non stravolge totalmente le disposizioni previgenti, ma non si limita neanche come in passato a prevederne il mero subentro alle Province preesistenti; tuttavia, è sulla delimitazione territoriale delle stesse che viene fatto coincidere il territorio metropolitano, dando la possibilità ai Comuni insistenti su quel territorio di modificare le circoscrizioni provinciali (art. 133 Cost) aderendo così alla Città metropolitana (attivando in tal modo una procedura che richiede comunque il parere della Regione interessata) (p.101).

L'A. esprime in questa sede le sue perplessità portando il lettore a ragionare nuovamente sulle competenze tra Stato e Regioni, questa volta in tema di perimetrazione territoriale. Mettendo in rilievo la maggiore novità della legge Delrio attinente alla configurazione e all'elezione degli organi di governo della Città metropolitana, veniamo posti di fronte ad una serie di quesiti rispetto ai quali ancora oggi non si è avuta risposta, ma su cui permane la necessità di interrogarsi al fine di garantire gli opportuni livelli di rappresentatività ad enti di particolare rilevanza nel mosaico istituzionale.

In tale contesto, lo Statuto diviene dunque lo strumento cardine per stabilire la forma di governo che ogni Città metropolitana decide di attribuirsi ed è in questo che si riscontra la piena attuazione del principio di differenziazione, che sembra porsi come criterio guida dell'intero impianto della riforma tagliando dunque i ponti con tutte quelle esperienze passate che cercarono di uniformare contesti fra loro divergenti (pp.113-114). Proprio lo Statuto potrebbe divenire col tempo sede per l'identificazione più precisa delle funzioni dell'ente.

Nello scandagliare le competenze attribuite alle Città metropolitane viene fatta notare l'importanza che può assumere la pianificazione strategica in questo nuovo quadro ridisegnando il concetto di pianificazione di area vasta quale generatrice di «effetti conformativi su tutto il territorio e con effetti prescrittivi rispetto anche alle politiche urbanistiche dei singoli comuni» (p.129).

Proprio in tal senso l'ente dimostra, con i necessari aggiustamenti, di poter possedere le potenzialità ideonee per consentire ottimi livelli di sviluppo del territorio e dei servizi offerti alle proprie comunità, che ne farebbero - a parere di chi scrive - la dimensione più idonea per far progredire lo sviluppo delle *Smart Cities* all'interno del contesto nazionale.

Lo studio, dunque, dopo aver indagato i tratti maggiormente innovativi, oltre che le evidenti criticità della legge 52/2014, offre un'analisi della sent. 50/2015 della Corte Costituzionale nella quale la stessa rigettando tutte le eccezioni di costituzionalità sollevate, sostiene la piena legittimità della legge Delrio. L'A., come in altre circostanze nel corso della trattazione, espone la sua posizione esprimendo le perplessità generate dalle posizioni assunte dai Giudici e dalle argomentazioni riportate soprattutto per quanto attiene la previsione dell'elezione di secondo grado degli organi di governo delle Città metropolitane.

Questo è forse uno degli elementi sul quale il legislatore dovrebbe agire al più presto, poiché anche a fronte di livelli sempre più bassi di partecipazione elettorale risulta particolarmente discutibile la scelta di prevedere un'elezione di secondo grado per organi di governo così incisivi sulle comunità interessate, senza considerare la convergenza automatica fra la carica di sindaco del Comune capoluogo e quella di sindaco metropolitano che esclude automaticamente la possibilità di elezione dello stesso a tutti quei cittadini afferenti ad altri Comuni, che non siano il capoluogo, creando in tal senso una deprecabile carenza del principio di rappresentatività.

Nella parte finale del capitolo viene fornita una riflessione sull'attuale ruolo delle Province, che dopo la naufragata riforma costituzionale del 2016, persistono nell'ordinamento facendo interrogare gli esperti e non solo, sull'identità da attribuire alle neoistituite Città metropolitane, auspicandosi nel minor tempo possibile un intervento del legislatore.

L'ultimo capitolo: «Gli statuti delle Città metropolitane e l'attuazione della legge n. 56/2014 a livello regionale. Il caso di Roma», riprende le considerazioni mosse nella parte precedente sull'importanza attribuita allo Statuto nel sistema delle fonti locali, sia in quanto base giuridica per definire la forma di governo adottata dall'ente, sia perché esso stesso contribuisce a definire il ruolo che l'ente assumerà all'interno dell'ordinamento locale.

L'analisi mostra come un tessuto normativo comune alla base degli stessi abbia consentito di differenziarsi senza generare eccessi che avrebbero potuto generare effetti disgregatori all'interno del sistema. Significativo appare il richiamo nelle fonti statutarie al territorio, inteso quale «elemento costitutivo dell'area metropolitana e, nel contempo, quale sfera d'azione del

relativo ente di governo» (p. 171). Il terreno più fertile di sperimentazione giuridica è rinvenibile, dall'analisi dell'Autrice, intorno ai principi generali che ispirano gli Statuti, mentre spesso viene restituito un quadro di riproduzione normativa delle disposizioni di legge per quanto pertiene l'articolazione delle competenze degli organi di governo, a cominciare dal consiglio metropolitano. Disposizioni diversificate sono state attuate in merito alla conferenza metropolitana concernenti i *quorum* per l'adozione delle relative delibere, ma anche l'ampiezza del potere consultivo attribuito all'organo prevedendo pareri obbligatori o facoltativi, oltre a quelli già previsti per legge (p.176). Parte del capitolo è riservata ad una snella disamina delle leggi regionali di disciplina e rioridino delle funzioni cosiddette non fondamentali, ossia non assegnate agli enti di area vasta oppure non allocate a livello regionali, che dovranno pertanto essere attribuite ai Comuni (p.180), esplorando l'operato delle singole Regioni.

Infine, l'Autrice offre un focus sul caso di Roma in quanto in essa si riscontra la duplice dimensione di: Città metropolitana e Capitale, che tuttavia la legge Delrio non inquadra in maniera differenziata, trattandola alla stregua delle altre Città metropolitane e generando, in tal senso, non poche difficoltà spesso evidenziate dalla dottrina.

Per concludere, l'analisi portata avanti da Maria Rosaria Ricci, oltre ad arricchire l'ampia letteratura sul tema, sa offrire al lettore notevoli spunti di riflessione in merito alla complessità della materia trattata, accompagnandolo con acutezza lungo le criticità che hanno minato il percorso di sviluppo della Città metropolitana. Un percorso che ancora oggi non sembra essere minimamente concluso, ma solo parzialmente iniziato, rispetto al quale un ulteriore passo è stato ultimamente compiuto tramite la sent. n. 240 del 2021 della Corte Costituzionale, a riprova del fatto che il volume non ha la volontà di porsi quale punto di arrivo, bensì come punto di partenza.

Luca Di Domenico



U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi, 2021, pp. 80*

Il diritto dell'emergenza si è imposto, negli ultimi tempi, come nuova frontiera all'interno del quale ricercare ed elaborare le soluzioni di ingegneria costituzionale più idonee per poter efficacemente contrastare la pandemia da COVID-19. La comunità scientifica nazionale si è interrogata sull'individuazione delle più corrette procedure da seguire per l'adozione della nuova normativa. Secondo l'Autore del testo preso in esame i tentativi elaborati all'interno del nostro ordinamento giuridico originano dalla «evidente lacuna esistente nella nostra disciplina legislativa per il contrasto e la riduzione di eventi emergenziali particolarmente gravi» (p. 7). L'opera del Prof. Ugo De Siervo - Presidente emerito della Corte costituzionale - costituisce una sicura bussola nell'elaborazione teorica sulle fonti del diritto al cospetto dell'odierno regime emergenziale. Sul tema l'Autore richiama anche U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020 n. speciale e M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020.

Il testo si compone di ottanta pagine, strutturate in sei paragrafi, ed è riprodotto in formato tascabile. Lo stile è scorrevole e asciutto, e rende il testo di immediata comprensione. Occorre precisare, inoltre, il contesto temporale in cui si inserisce l'opera, il febbraio 2021, dunque in epoca precedente al cambio di paradigma operato dal nuovo Governo.

L'Autore evidenzia, in apertura di testo, l'assenza di una specifica disciplina costituzionale in materia emergenziale, così come l'esistenza di una scarsa legislazione sulla protezione civile. Su questo si innesta la sua riflessione, in base alla quale si è reso necessario dedurre principi e procedure dall'ordinamento giuridico ordinario. Ciò ha portato, come conseguenza, una poderosa integrazione da parte del Governo (e, successivamente, del Parlamento tramite la conversione in legge dei decreti-legge, del T.U. di protezione civile). Tali decreti-legge hanno notevolmente integrato la previgente legislazione, tipizzando le tipologie di limitazioni attuabili ed attribuendo la loro specificazione ad atti, appositamente riformati, del Presidente del Consiglio dei Ministri. Rispetto a tali innovazioni sono state sollevate critiche che si appuntano sul rispetto del principio di legalità, della rigidità costituzionale e della forma di governo. Il

* Contributo sottoposto a *peer review*.

problema è in particolar modo quello della derogabilità della normativa ordinaria e dello stesso testo costituzionale ad opera di fonti adottate in contesti emergenziali.

Si è aperto, pertanto, un vivace dibattito in sede parlamentare e nel sistema di informazione giornalistica, di critica circa la legittimità costituzionale di tali operazioni. L'Autore perviene ad una serrata contestazione rispetto alle opinioni più radicali espresse dalla dottrina. Tale dialettica rappresenterà una costante nell'opera che si esamina. L'impostazione dottrinale criticata poggia le basi sulla netta contestazione dello strumento utilizzato, ossia il D.P.C.M. Il Prof. De Siervo evidenzia, in primo luogo, come tali decreti siano atti del Presidente del Consiglio, anche a contenuto normativo, spesso utilizzati per disciplinare ambiti tipicamente regolamentari. La dottrina appunta la propria riflessione sulla considerazione per cui il D.P.C.M. sarebbe stato utilizzato in via del tutto dominante rispetto all'uso della decretazione d'urgenza durante il periodo pandemico. L'Autore supera, nella sua elaborazione, tale elemento di critica, evidenziando come, nella prassi emergenziale, il decreto-legge abbia disciplinato molte più materie tramite disposizioni stabili nel tempo, mentre il D.P.C.M. abbia attuato disposizioni meramente attuative ed effimere, e ciò sarebbe confermato dalle clausole di temporaneità previste in tutti i decreti succedutisi nel periodo emergenziale. Si è imposta, peraltro, una estrema rapidità ed urgenza nel provvedere, obiettivo non compatibile con i tempi lunghi necessari all'adozione di un decreto-legge e alla sua conversione in legge. Non solo, l'Autore rimarca come siano stati alcuni decreti-legge stessi a prevedere che, nell'ambito di una serie di settori, i D.P.C.M. potessero o dovessero attuare discipline temporanee di deroga alla legislazione vigente e, perfino rispetto ad alcune disposizioni costituzionali. Il *punctum crucis*, come sottolineato dall'Autore, «andrebbe spostato sulla possibilità o meno che fonti primarie come i decreti-legge e le relative leggi di conversione possano prevedere la temporanea derogabilità di normative ordinarie o costituzionali tramite atti posti in essere da organi governativi, pur nell'ambito di situazioni emergenziali» (p. 15). Secondo l'Autore tali decreti legge hanno previsto «la possibilità di porre limiti sicuramente estranei al nostro dettato costituzionale», quali quelli relativi a riunioni in luoghi privati od aperti al pubblico, alle libertà associative o di culto, alla possibile chiusura di tutte le attività commerciali e degli uffici pubblici, alla sospensione dei servizi di trasporto pubblici e privati, alla sospensione o limitazione delle attività lavorative. Ad avviso dell'Autore ci si trova di fronte non ad una delega legislativa, bensì all'affidamento ai Decreti del Presidente del Consiglio di «un'opera doverosa di specificazione ed attuazione di quanto consentito in norme di rango primario». Egli sottolinea, a riprova della tipicità formale di tali D.P.C.M., rispetto agli ordinari decreti del Presidente del Consiglio, che questi siano stati adottati su proposta del Ministro della Salute e sentiti quindici Ministri, nonché il Presidente della Conferenza delle Regioni. Ulteriormente il Presidente del Consiglio risulta essere affiancato da un Comitato tecnico-scientifico per la valutazione dei profili tecnici.

Dinanzi alla gravità del pericolo ed alla necessità di incidere su vasta scala su comportamenti tenuti dalla totalità della popolazione, chiamata a sopportare forti limitazioni nella vita personale e sociale, a parere dell'Autore, correttamente si è ritenuto insufficiente l'utilizzo del solo potere di ordinanza ad opera del Dipartimento per la protezione civile. Si è infatti valutato che tale organo fosse non adeguato in termini di forza politica, anche quando operasse su

indirizzo del Presidente del Consiglio ai sensi dell'art. 8 T.U. Quindi si è prevista la specificazione degli interventi ad opera di particolari decreti del Presidente del Consiglio, di cui si prescrive nel D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 - apposita norma sulla produzione normativa - anche una speciale procedura di adozione ed una «netta supremazia rispetto alle ordinanze regionali e dei Sindaci, previste nella previgente legislazione».

Del tutto minoritaria (A. Celotto, *Necessitas non habet legem?*, Modena, Mucchi, 2020) è l'opinione di chi ritiene si possa far fronte all'emergenza sanitaria mediante l'attivazione dell'art. 78 Cost., che è disposizione speciale e relativa ad una situazione del tutto tipica, come lo stato di guerra, e che pertanto «non pare estensibile in via analogica al caso dell'emergenza sanitaria».

L'Autore non manca di segnalare come fossero tuttavia fondati i dubbi di costituzionalità relativi al D.L. 6/2020 laddove questo prevedeva all'art. 1.1 che le autorità competenti potessero adottare ogni misura di contenimento adeguata all'evolversi della situazione, ed all'art. 2 ogni ulteriore misura di contenimento e gestione dell'emergenza ulteriore rispetto a quelle elencate (p. 30). L'Autore rimarca come si trattasse di norme del tutto indeterminate nell'attribuire un potere all'amministrazione, in spregio al principio di legalità ed alla derogabilità dello stesso dettato costituzionale. Egli, parimenti, sottolinea la dubbia costituzionalità della previsione generalizzata della sanzione penale ex art. 650 c.p. per punire il mancato rispetto delle misure, anche ulteriori, di contenimento, in violazione della riserva di legge in materia penale. Infine, Egli rileva come sia del tutto assente una prescrizione di provvisorietà delle misure da adottare.

Il Prof. De Siervo prosegue nell'elaborazione, pervenendo alla conclusione per la quale i successivi decreti-legge abbiano consentito di superare le obiezioni avanzate, riconducendo il quadro ad una piena compatibilità con il principio di legalità, in termini di tassatività-determinatezza. Il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, in particolare, ha previsto ben ventinove tipologie di misure di contenimento e contrasto: solo all'interno di questo elenco le autorità avrebbero potuto adottare una o più misure, sempre tra quelle elencate, per periodi determinati non superiori a trenta giorni. Si prevede poi un pesante apparato di sanzioni amministrative, oltre che il richiamo ad una specifica fattispecie penale, l'art. 260 R.D. 1265/1934 in via aggravata. Quanto ai limiti temporali, si perimetra il potere emergenziale legandolo alla scadenza della dichiarazione di emergenza, con ciò obbligando il Governo a dichiararne la proroga solo con atto normativo di rango primario. Un ulteriore recupero della caduta della legalità sostanziale avviene prevedendo che il Presidente del Consiglio comunichi previamente le linee di attuazione contenute nell'emanando D.P.C.M. al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi formulati dalle Camere.

L'Autore segnala, poi, come già il T.U. protezione civile, all'art. 25, nel testo previgente alle modifiche intervenute mediante i decreti-legge sopracitati, consenta alle ordinanze di protezione civile, durante lo stato di emergenza, di disporre in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti indicati dalla delibera dello stato di emergenza, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme unionali. Di più, gli atti di proclamazione dello stato di emergenza e le relative proroghe sono stati adottati in applicazione delle disposizioni del T.U. protezione civile.

La riflessione dell'Autore, in chiusura, ci consegna la fotografia di «un'indubbia sovrapposizione di disposizioni diverse, espressive di una vita collettiva profondamente diversa da quella presupposta dal nostro sistema costituzionale. Tuttavia, si tratta solo di una parziale e temporanea sovrapposizione che non fa venir meno il nostro ordinamento costituzionale e legislativo, che continua a sussistere pienamente al di fuori di quanto previsto dai decreti-legge presi in considerazione». Il canone di legittimità rispetto alle misure adottate, che dovrà guidare l'interprete nello scrutinio di costituzionalità, avvisa l'Autore, è scolpito all'art. 2 D.L. 19/2020, il quale richiama il rispetto dei principi di adeguatezza e responsabilità.

L'Autore conclude rammentando la sicura impugnabilità dei provvedimenti adottati dinanzi agli organi della giustizia ordinaria ed amministrativa, nonché innanzi alla Corte costituzionale, in sede di conflitto di attribuzione, od in via incidentale.

Successivamente alla pubblicazione del testo preso in esame, è significativamente mutata la strategia utilizzata dal decisore politico per fronteggiare la pandemia da Covid-19. In particolare, si è assistito ad un ritrovato protagonismo della decretazione d'urgenza, che è la *sedes materiae* propria tramite la quale operare in «casi straordinari di necessità e d'urgenza». Difatti fuoriusciti dall'ambito proprio del contenimento e della gestione della pandemia, al fine di fornire risposte efficaci anche sul versante della parallela emergenza economica, il decreto-legge ha riacquisito la sua autonomia, venendo meno la necessità che fosse affiancato da norme di stretta attuazione, come quelle contenute nei D.P.C.M.

Le premesse alla base del mutamento di paradigma sono differenti rispetto a quelle accolte nel testo esaminato. In particolare, l'Autore principia dall'assunto secondo cui vi fosse una lacuna ordinamentale che impedisse di poter efficacemente fornire risposte nella condizione emergenziale. Invece, il decisore politico, dal febbraio 2021, ha fatto proprio l'uso di strumenti già previsti dall'ordinamento e, segnatamente, della decretazione d'urgenza, evitando l'uso di fonti del diritto che potessero condurre a fenomeni di frizione con il principio di legalità. Non priva di problematiche, tuttavia, è anche tale strategia, laddove si consideri che si tratta di introdurre misure destinate, per lo più, a scadere prima del termine per la conversione in legge, opponendo in tal modo effetti non reversibili per certi versi (si pensi ai casi di limitazione della libertà personale, di circolazione, di riunione) in ipotesi di mancata conversione. Il coinvolgimento delle Camere, in queste ipotesi è, verosimilmente, ancora più blando rispetto alla preventiva illustrazione, davanti ad esse, dei contenuti del D.P.C.M., risolvendosi nella sola sanatoria ex art. 77 Cost., anche per far salvi eventuali provvedimenti sanzionatori medio tempore adottati.

Rocco Ermidio



P. NORTON, *Governing Britain. Parliament, Ministers and our Ambiguous Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 2020, pp. 216*

«**T**he constitution is thus contested, but the way forward is unclear and uncertain» (p. 16). L'osservazione, con cui si chiude il primo capitolo – dedicato proprio alla *uncodified constitution* britannica – del recente lavoro di Philip Norton, insigne costituzionalista inglese, *peer* conservatore della Camera dei Lord e professore all'Università di Hull, esemplifica il clima di incertezza e, in un ordinamento ossequioso alla stabilità costituzionale come quello britannico, persino di smarrimento, che ha investito l'Accademia, ma anche il mondo politico-istituzionale d'Oltremania da (almeno) un lustro.

Ponendosi, per esplicita intenzione dell'Autore, in ideale continuazione con un agile volume edito da Geoffrey Marshall e Graeme Moodie alla fine degli anni '50 (*Some Problems of the Constitution*, Hutchinson & Co., 1959), *Governing Britain. Parliament, Ministers and our Ambiguous Constitution* (Manchester University Press, 2020) si propone non come un lavoro di *constitutional theory*, ma piuttosto come un'epitome che intende dare contezza del variegato spettro di problematiche che ha investito l'ordinamento costituzionale britannico negli ultimi anni. Questioni che «*in some measure break the silence of the constitution*» (p. VIII), ossia che fanno perdere alla Costituzione non scritta del Regno Unito il suo carattere di stabilità, rendendo, in altre parole, ciò che era «*settled [...] to being unsettled and, indeed, uncertain*» (p. 15). Norton dispone i dodici capitoli della sua opera, ognuno dedicato ad una diversa questione di rilevanza costituzionale (dal ruolo delle *constitutional conventions* alla scelta del Primo Ministro, dai rapporti tra *rule of law* e sovranità parlamentare alla questione afferente al tipo di Stato), come le tessere di un mosaico, in modo che ciascun argomento, pur nella sua compiutezza, contribuisca a disegnare l'immagine di una Costituzione «ambigua», che perde il suo «*totemic status*» per essere continuamente messa in discussione, anzitutto dall'azione degli attori politici.

Del resto, secondo l'Autore, quella *ambiguous constitution* richiamata nel sottotitolo del volume è il risultato non tanto della natura stessa, malleabile, sedimentata, dell'ordine giuridico nazionale, ma piuttosto (e specialmente): *a*) del *modus operandi* con cui i governi che si sono susseguiti negli ultimi decenni hanno condotto le riforme costituzionali, allegate in «*constitutional silos, each reform taking place largely independently of the others*» (p. 15), e *b*) dell'immensa mole di sconvolgimenti che la frattura della Brexit ha comportato in un sistema che, dopo essersi progressivamente e intrinsecamente legato all'ordinamento europeo, si è di colpo trovato a fare

* Contributo sottoposto a *peer review*.

i conti con l'azione livellatrice dello strumento referendario, «*not obviously compatible with the Westminster system of government*» (p. 67), e con quella democrazia diretta che, «*in practice if not formally, it denies the discretion afforded Parliament*» (p. 77).

I due motivi appena accennati, le modalità di conduzione delle riforme e la scia lunga della Brexit sulla tenuta costituzionale dell'ordinamento, sono alla base di molte delle questioni trattate nel volume, rappresentando un vero e proprio *leitmotiv* all'interno del variegato mosaico tracciato dall'Autore, e meritano pertanto di essere ulteriormente specificate. È indicativo, anzitutto, che Norton riconduca a questi due aspetti l'incertezza che caratterizza, oggi, il dibattito intorno alla Costituzione britannica. Nel primo capitolo del volume, dopo aver sinteticamente riassunto le tappe che hanno condotto, nel XX secolo, alla formazione di un ordine costituzionale «*stable and well regarded*» (p. 6), l'Autore constata come la *uncodified constitution* del Regno Unito sia, oggi più che mai, «*under pressure*» e «*contested*» (p. 8). Ebbene, questo processo di *deminutio* della reverenza nei confronti del modello costituzionale britannico vede ai suoi estremi (cronologici, ma anche logici) proprio i due motivi poc'anzi specificati. Anzitutto la gestione delle riforme di valenza costituzionale, che a partire dall'ingresso nelle Comunità europee, fino alla stagione riformatrice blairiana e a quella (di minor respiro) inaugurata dal Gabinetto di coalizione Cameron-Clegg nel 2011, sono state manchevoli di «*any intellectual coherence*» (p. 11), essendo spesso più un prodotto di «*political expediency*» che di implementazione organica delle regole costituzionali. In secondo luogo, la Brexit, che ha comportato, tra l'altro, l'exasperazione dei rapporti tra le Nazioni interne al Regno Unito e l'inasprimento dei conflitti politici (inter e infra-partitici) e istituzionali (tra poteri dello Stato), con la conseguente richiesta della codificazione delle regole costituzionali in un documento scritto per scongiurare l'implosione del sistema. L'uscita del Paese dall'Ue ha rappresentato, in definitiva, «*the tipping point making the case for a codified constitution*» (p. 13), ed è proprio la richiesta della codificazione delle regole costituzionali che il conservatore Norton, ossequioso alla tradizione nazionale della *uncodified constitution*, ritiene un punto di arrivo poco auspicabile in quanto, nonostante salutato «*as a response to constitutional conflicts in recent years, it is unclear as to how a codified constitution would be a solution to those conflicts*» (p. 14).

Il secondo capitolo, dedicato ai *twin pillars* dell'architettura costituzionale britannica, vale a dire la *rule of law* e la sovranità parlamentare, tratta due temi di fondamentale importanza e di stretta attualità: la mancanza di consenso sulla definizione del primo principio, e la (problematica) possibilità di risoluzione di eventuali conflitti tra i due – entrambi fondamentali, almeno nella visione di Dicey – assiomi costituzionali. Sul primo punto, è da notare come l'Autore voglia ancora una volta porre in evidenza come una certa conduzione delle riforme costituzionali possa, invece di far luce, contribuire a rendere più nebulosa una questione già di per sé dibattuta. Senza indagare nel dettaglio la discussione dottrinarica presente tra i costituzionalisti britannici per addivenire ad una definizione univoca di *rule of law*, Norton nota come neppure la cristallizzazione del termine in un atto del Parlamento, e nello specifico nel *Constitutional Reform Act 2005*, abbia condotto ad una definitiva risoluzione del caso. Nel sancire che il Lord Chancellor, nell'assumere il suo ruolo, giura di rispettare la *rule of law*, la sezione 17 della legge rimane «*silent as to the meaning of the term*» (p. 22), per cui, nonostante «*[t]he concept of the rule of law is [...] accepted as a key tenet of the British constitution, [...] the precise contours remain*

unclear» (p. 22), dimostrando ancora come le modalità di conduzione di una riforma sia spesso importante quanto il contenuto della stessa. Sulla seconda questione, quella relativa ad un possibile conflitto tra i due *constitutional pillars*, l'Autore si limita a tracciare un breve, ma comunque accurato *excursus*, sulle posizioni dottrinarie che l'Accademia e la giurisprudenza esprimono a riguardo, senza entrare personalmente nel merito della questione.

Il tema della gestione delle riforme di rilevanza costituzionale viene toccato dall'Autore anche nel terzo capitolo del volume, dedicato alle *conventions of the constitution*, che nell'ordinamento britannico svolgono un ruolo assolutamente sostanziale negli ingranaggi istituzional-costituzionali. In particolare, Norton, dopo aver velocemente passato in rassegna le principali convenzioni della Costituzione britannica e averne esaminato la natura e le caratteristiche, osserva come la codificazione dell'istituto convenzionale all'interno della legislazione sia il più delle volte imperfetto, quando non fallace. Attraverso l'analisi delle modalità con cui il *Fixed-Term Parliaments Act 2011* ha tentato di cristallizzare le convenzioni afferenti alle prerogative, in precedenza esercitate di fatto dal Primo Ministro, riguardanti lo scioglimento anticipato del Parlamento, e quelle con cui il *Constitutional Reform and Governance Act 2010* ha riorganizzato le convenzioni inerenti il *treaty-making power*, l'Autore giunge alla conclusione che l'istituto della codificazione «*has had no discernible effect*» (p. 45), e ha ricordato come «*the process has been described by the House of Lords constitution committee as 'limited and flawed'*» (p.45).

Il quarto capitolo, dedicato ai rapporti tra Costituzione britannica, Unione europea e Brexit, è interessante soprattutto per la valida e precisa panoramica sull'evoluzione delle sfide poste dall'appartenenza dell'ordinamento ad un'istituzione sovranazionale come quella comunitaria, concretizzatasi dapprima in un parziale trasferimento del *law-making power* alle istituzioni europee, e in seconda battuta con la creazione di una nuova *juridical dimension* tanto incisiva quanto inedita per l'ordinamento britannico. La seconda parte del capitolo è anch'essa una veloce rassegna, con riguardo però ad alcune problematiche sollevate dalla volontà del Regno Unito di recedere dall'Unione. Il capitolo seguente, cui si è già accennato introducendo il tema Brexit, tratta del rapporto tra democrazia diretta e rappresentativa, quest'ultima considerata la sola a poter garantire quella *accountability* che costituisce «*the heart of the Westminster system*» (p. 81). Del resto, che la sovranità parlamentare sia messa a repentaglio da uno smodato utilizzo dello strumento referendario – «*the more referendums there are, the more people come to expect them*» (p. 78), e ancora «*[s]o long as the circumstances of each [referendum] are seen as 'unique', there will be no certainty as to when they will be held*» (p. 78) – è espresso chiaramente dall'Autore, in quanto, seppure «*Parliament is not bound constitutionally to implement the result. Politically, it is largely unavoidable*» (p. 80).

Il sesto capitolo del volume, dedicato al rapporto tra poteri dello Stato, e in special modo tra giudiziario da una parte, e legislativo ed esecutivo dall'altra, è probabilmente uno di quelli in cui il contributo di Norton si fa più personale. L'Autore nota anzitutto come, durante il XX secolo, i rapporti tra Corti, Parlamento e Governo si sia risolto all'insegna di una *respective autonomy*, ognuno di essi operando essenzialmente in modo indipendente dagli altri. Norton ritiene che, negli ultimi decenni, almeno tre sconvolgimenti (legati ancora una volta all'azione riformatrice e alla Brexit) abbiano cambiato questo stato di cose: anzitutto l'instaurazione del tipo di Stato devoluto, che ha condotto, a seconda dei casi, da un lato, «*the senior courts serving in*

effect as constitutional courts for the devolved nations» (p. 86), potendo rendere invalidi gli atti legislativi devoluti viziati per eccesso di competenza e, dall'altro, le Corti ad accordare *«the devolved legislatures a margin of appreciation by virtue of the fact that they are elected»* (p. 86). La seconda riforma che ha modificato i rapporti tra poteri dello Stato, rafforzando ulteriormente il giudiziario, è quella introdotta con lo *Human Rights Act 1998*, che notoriamente ha permesso alle Corti di emanare una *declaration of incompatibility* per la *primary legislation* che non può essere interpretata alla luce dei diritti contenuti nella CEDU; sebbene, nel corso degli anni, tali dichiarazioni siano state numericamente esigue, l'Autore nota come *«the courts attracted criticism for adhering too closely to the 'mirror principle' and following the interpretation of the European Court of Human Rights [...] at Strasbourg»* (p. 85). Comprensibilmente, la terza causa di modifica delle relazioni tra poteri dello Stato è legata al *post* Brexit, per cui sembra bastare la citazione dei due casi per cui è stata adita la *Supreme Court* (essa stessa frutto di una riforma costituzionale), ossia gli ormai celeberrimi *Miller I* e *Miller II* (o *Cherry-Miller*). Norton ritiene che, in particolar modo la sentenza legata al secondo caso, *«holding that the advice to prorogue [the Parliament] was unlawful, constituted arguably [the Supreme Court's] most important judgment since it came into being»* (p. 85), in quanto ha contribuito a ricondurre i rapporti tra poteri dello Stato da un modello di *respective autonomy* ad un doppio modello di *democratic dialogue*, instauratosi tra Corti e Parlamento, e di *competing authority* tra giudiziario ed esecutivo. L'interessante punto di vista di Norton, che esprime appieno anche la sua visione costituzionalistica di fondo, è quello per cui, nonostante il raggiungimento di alcuni effetti desiderabili *«there are tensions arising from the greater judicial activism and constitutional reforms of recent decades»* (p. 98).

Senza voler analizzare dettagliatamente gli altri capitoli del volume, ché si esulerebbe dall'obiettivo del presente scritto, ossia la suggestione di alcuni temi di fondo in una, pur variegata e, potremmo definire "musiva" ricostruzione dottrinarica, appare comunque interessante toccare alcuni punti esaminati dall'Autore in altre parti del suo lavoro, sempre tenendo a mente la sua considerazione sui temi della *Brexit* e della conduzione delle riforme costituzionali.

Con riguardo a quest'ultimo motivo, quella che può davvero considerarsi, nell'opinione di Norton, la *summa* di come una riforma costituzionale *non* debba essere concepita (e scritta), è senza dubbio quella introdotta con il *Fixed-Term Parliament Act 2011*, tra l'altro oggetto di dure critiche da ampia parte del mondo accademico e istituzionale (oltre che politico), le quali hanno condotto a redigere un *bill* di abrogazione della legge del 2011 attualmente (dicembre 2021) in esame a Westminster. Anzitutto, rileva Norton, occorre registrare lo scarto, anche di principio, tra *«the immediate concern of the coalition government that it should continue for five years and the long-term issue of fixed-term parliaments»* (p. 123), ossia tra le necessità, squisitamente politiche, che il Gabinetto Cameron-Clegg aveva di continuare l'azione di governo, e gli effetti, giuridici e istituzionali, di una simile codificazione delle convenzioni in materia. Riprendendo le parole del *Political and Constitutional Reform Committee* dei Comuni, l'Autore rimarca come *«[t]he bill was [...] ill thought through and rushed»* (p. 123) e come *«[t]he effects of the act did not work out as intended»* (p. 120), molte delle previsioni ivi contenute – come quella che prevede che, entro il quattordicesimo giorno da un *vote of no confidence* si tengano nuove elezioni in mancanza di una nuova *confidence motion*, senza però specificare chi possa richiedere la votazione su quest'ultima

mozione né le modalità di conteggio dei quattordici giorni – avendo dimostrato di essere ricche di «*ambiguities or difficulties*» (p. 123).

Se il *Fixed-Term Parliaments Act 2011* può ritenersi un perfetto esempio delle considerazioni di Norton sull'apporto del *modus operandi* dei governi in tema di riforme costituzionali nel rendere la Costituzione britannica da *settled* ad *ambiguous*, due altre questioni trattate nel volume vengono strettamente legate ai riflessi della Brexit (come assodato, il secondo *leitmotiv* dell'opera) sull'ordine giuspubblicistico nazionale. Nominalmente: la «*Ministerial responsibility, both individual and collective*» (p. 165), la quale «*has come under increasing strain in recent years [...] not least as a result of Brexit*» (p. 165) e, in secondo luogo, il tipo di Stato, in quanto «*Devolution and Brexit have added to, rather than dissipated, tensions within the union*» (p. 180). In particolare, con riguardo alla *collective responsibility* dell'esecutivo, vale a dire la convenzione che prevede il supporto pubblico dei ministri ad una politica governativa, una volta che sia stata adottata dal *Cabinet*, Norton avverte come essa, nonostante costituisca «*the defining feature at the heart not only of relations between ministers and civil servants, but also between government and Parliament*» (p. 165) e dunque tra Governo e cittadinanza, sia stata sostanzialmente «*disintegrated*» (p. 164) a seguito dei forti dissidi interni al Gabinetto May sulle modalità di conduzione della Brexit, con l'acme del processo raggiunto il 14 marzo 2019, quando ben otto ministri, incluso il Segretario per la Brexit, hanno votato contro una mozione governativa sull'estensione dell'art. 50 TUE, esprimendo pubblicamente il loro dissenso verso la politica governativa.

Comprensibilmente, l'Autore non può esimersi da alcune considerazioni finali sul tipo di Stato; l'ultimo capitolo del volume è quindi dedicato ai rapporti tra le Nazioni costitutive del Regno Unito. In questo caso, ad essere poste sotto la lente d'ingrandimento sono tanto le modalità con cui è stata condotta la riforma che ha portato all'introduzione della devoluzione alla fine degli anni '90, per cui si lamenta, fatto ormai assodato dalla dottrina giuspubblicistica, una rilevante labilità nelle architetture di coordinamento introdotte per regolamentare le relazioni intergovernative tra le *devolved Nations* di Scozia, Galles e Irlanda del Nord, e il Governo centrale di Londra, quanto i riflessi dell'uscita del Regno dall'Unione europea, anche questo tema ampiamente discusso dalla dottrina, con Norton che mette in guardia sul fatto che «*[a]s the situation stands, the sum of the part of the United Kingdom is in danger of being greater than the whole*» (p. 181).

In definitiva, il merito principale dell'ultima monografia di Philip Norton è da ricercarsi nella capacità con cui il Professore è riuscito a dare contezza, con scrupolo scientifico ma stile divulgativo, di un'ampia serie di problematiche inerenti alla Costituzione britannica che, negli ultimi anni, hanno catalizzato l'attenzione della dottrina giuspubblicistica nazionale (e non solo). Un colpo d'occhio assolutamente utile quanto necessario che, pur non volendo avere, nelle intenzioni esplicite dell'Autore, un carattere prescrittivo, restituisce al lettore consapevolezza sulla complessità e la ricca varietà di tematiche che investono attualmente l'ordinamento costituzionale britannico, permettendone, in definitiva, una più chiara visione d'insieme.

Emanuele Gabriele



F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. SÁNCHEZ BARRILAO (a cura di), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Navarra, Thomson Reuters, 2020, pp. 549*.

Dalla seconda metà del secolo scorso, la società è caratterizzata dal rischio – da cui “società del rischio” – ovvero dal potenziale dell’origine umana di generare danni gravissimi a interessi e beni collettivi della massima rilevanza per l’umanità, e che, se si concretizzano, sono difficili o impossibili da riparare. Di fronte alle varie manifestazioni capaci di generare tali danni, si può parlare di rischi (al plurale). Questi non agiscono isolatamente, ma insieme e dialetticamente e danno origine a loro volta a nuovi rischi, con i quali la società si sviluppa e convive, provando a gestirli nel tentativo di limitarli e/o contenerli. Questo fenomeno si sviluppa, inoltre, parallelamente ad altri due fenomeni propri di questo secolo, ovvero il progresso tecnologico e la globalizzazione, che agiscono da motori e amplificatori del primo. Da una parte, la tecnologia fornisce le risorse che generano gran parte del rischio, permettendo in misura sempre maggiore all’umanità di affrontare le sfide e raggiungere soluzioni e risposte a problemi e necessità, ma al prezzo di metterla a sua volta in uno stato di pericolo. La globalizzazione, dall’altra, interagendo con la tecnologia stessa, amplia il quadro di azione del rischio, sia nei suoi effetti che nelle sue origini rendendo i rischi “globali” (J. F. Sánchez Barrilao, *Riesgos y seguridad a comienzos del siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del Covid-19)*, pp. 311-312).

In questo contesto, lo scopo del volume “Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado”, a cura di Francisco Balaguer Callejón, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López e Juan Francisco Sánchez Barrilao, si pone l’obiettivo di riflettere sulle crisi che il costituzionalismo sta affrontando. Come evidenziato da Balaguer Callejón, nel suo contributo “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas”, non si tratta solo delle crisi classiche – ovvero la crisi dello Stato liberale e quella della democrazia rappresentativa –, ma anche di crisi inedite che hanno comportato la crisi dello Stato e della democrazia *tout court*.

Divengono, allora, concetti assolutamente cruciali nel presente e nel futuro del costituzionalismo, le nozioni di “economia”, e – forse soprattutto – di “sicurezza”: due grandezze capaci di determinare nuove dinamiche nel diritto costituzionale e, nello specifico, in uno dei suoi aspetti chiave ovvero i diritti fondamentali. In effetti, in questo momento di riconfigurazione degli Stati – caratterizzati sempre più da processi di concentrazione del potere privato e di

* Contributo sottoposto a *peer review*.

deconcentrazione del potere pubblico, dovuto allo sviluppo, anche se discontinuo, di strutture sovranazionali – il significato dato ai costrutti “economia” e “sicurezza” condiziona il corso adottato dagli eventi (E. Guillén López, *La anfibia constitución del concepto de seguridad*, pp. 292-293). La sicurezza, in particolare, gioca un ruolo del tutto determinante nelle politiche pubbliche e gli Stati risultano spaventati e assediati, avendo perso una buona parte del controllo e della sovranità che esercitavano, a causa di quel processo di offuscamento dei confini chiamato “globalizzazione”, che l’Unione europea accentua nel quadro regionale europeo. In questo contesto, la questione della salute collettiva è entrata a far parte dell’eccezionale quotidianità a cui sembra dovremo abituarci in un mondo globalizzato. Oggigiorno, le minacce alla salute pubblica a livello internazionale non possono essere fermate o prevenute con i mezzi della sanità di frontiera e del contenimento, e le principali azioni preventive sono la cooperazione e la solidarietà. La salute pubblica, quindi, non può essere garantita senza considerare l’azione internazionale come parte integrante della politica nazionale. Inoltre, l’*intelligence* e la difesa possono essere efficaci di fronte ai rischi reali derivanti dalla diffusione di epidemie dovute tanto a malattie trasmissibili, quanto alla deliberata azione umana – come nel caso delle armi biologiche. Le crisi sanitarie, infatti, asserisce Pérez Miras, devono essere viste come crisi di sicurezza (A. Pérez Miras, *Las crisis sanitarias como crisis de Seguridad*, pp. 394-395) e, nel contesto della società del rischio e dell’incertezza, è necessario articolare una nuova sistematizzazione del binomio normalità-eccezionalità, con l’obiettivo di sviluppare un modello comune decentralizzato di sicurezza, in grado di affrontare situazioni di crisi estreme, caratterizzate da una rottura dell’ordine giuridico costituito (V. Faggiani, *Normalidad y excepcionalidad en el derecho constitucional europeo*, p. 343).

A rendere interessante la lettura di “Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado” è il fatto che ogni singolo capitolo rappresenta un microcosmo a sé stante, con una propria struttura, un proprio sviluppo e innumerevoli spunti di riflessione. Allo stesso tempo, però, l’intero testo non perde mai di coerenza. La divisione in sezioni – “Constitucionalismo, crisis y derecho fundamental”, “Crisis económica y territorial”, “Crisis de seguridad” e “Derecho comparado” – è indubbiamente una linea guida fondamentale, ma il lettore può agevolmente tracciare la propria strada. A titolo esemplificativo, il secondo capitolo “Tres crisis europeas” scritto da Azpitarte Sánchez che tratta la crisi economica, quella di sicurezza e quella politica, nonostante si trovi nella prima sezione, può essere seguito sia da quello elaborato da Arjona ovvero “Crisis ¿Qué crisis?” che da quello di Stéphane Pinon, “La crise du vivre ensemble en France. La cuestión de la “Laïcité” en Droit”. Nel primo caso si percorrerà la “strada” della crisi economica in quanto il contributo di Arjona, che apre la seconda parte del volume, si sofferma sulla questione finanziaria in un contesto caratterizzato da innumerevoli crisi. Nel secondo caso, invece, la “strada” è quella della crisi della politica, caratterizzata dal classico conflitto della ridefinizione del *demos*. Allo stesso modo, il contributo di Aguilar Calahorra “El TJUE como garante (o no) de los derechos ante las crisis del proceso de integración” – che si trova nella seconda parte – è in perfetta continuità con la ricostruzione elaborata da Gregorio Cámara Villar a proposito “dei diritti fondamentali come categoria essenziale del costituzionalismo” e con il contributo “Los derechos fundamentales en el olvido” di Tomás Requena López, entrambi posti nella prima sezione.

Altro merito di questo volume, è aver colto la sfida posta dall'improvvisa diffusione della Covid-19 e di trattare la pandemia e i suoi effetti per quello che rappresentano ovvero una delle crisi del costituzionalismo del XXI secolo, di metterla a sistema con le sue altre crisi – e in particolare quella economica, politica e territoriale –, e di analizzarla attraverso la lente della crisi di sicurezza, senza dimenticare l'importanza della dimensione europea e di quella comparativa.

È possibile incontrare rilevanti spunti di riflessione a proposito della pandemia in molteplici contributi, che hanno il pregio di offrire una diversa lente di analisi su quest'argomento. Tale argomento è trattato, infatti, non solo, nei già citati capitoli “Las crisis sanitarias como crisis de seguridad” di Pérez Miras e “Riesgos y seguridad a comienzos del siglo XXI (y una coda al respecto de la crisis del Covid-19)” di Sánchez Barrilao, ma vi è dedicato interamente l'epilogo del volume: “La crisis sanitaria originada por el Covid-19 y el real Decreto 463/2020 declarando el Estado de alarma para abordarla”, realizzato da Sánchez Barrilao e Guillén López. La disamina della pandemia, non si esaurisce però nei sopramenzionati capitoli, ma è presente anche in contributi quali: “Administración local y crisis económica. La dimensión local de una crisis global” di Oliver León, in cui viene trattata la crisi sanitaria in ambito locale, e, a livello comparativo, sia in “Un anno vissuto pericolosamente: l'Italia e il “populismo di governo”” di Schillaci che in “Crisis del constitucionalismo, transformación constitucional y derechos fundamentales: el caso portugués” di Rodríguez Canotilho.

Non mancano di essere trattati temi di indubbia attualità e interesse come la democrazia digitale. In “El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas”, Balaguer Callejón evidenzia come la globalizzazione accelerata del XXI secolo ha portato a una crescente perdita di legittimità della democrazia rappresentativa, a causa delle limitazioni che ha creato al potere statale e alle istituzioni democratiche dello Stato, e lo sviluppo tecnologico ha aperto aspettative di progresso verso una democrazia diretta digitale, senza mediatori o rappresentanti (p. 35). Ci sono molte aree in cui la democrazia digitale può contribuire ad aumentare la qualità, non solo in termini di partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico o ai processi elettorali. Tuttavia, gli sviluppi degli ultimi anni sono stati molto negativi in quanto i canali di comunicazione e partecipazione sono stati concentrati in modo monopolistico in poche aziende globali controllate da grandi aziende tecnologiche con un interesse economico. L'Autore, allora, rileva che, per fare progressi in termini di democrazia digitale, sarà necessario introdurre profondi cambiamenti nell'attuale struttura dei processi di comunicazione e nelle aziende tecnologiche che li controllano e ciò richiederà un'azione a tutti i livelli – internazionale, sovranazionale e nazionale – e in tutti i settori – dai diritti fondamentali alle misure antitrust e anche nell'educazione digitale dei cittadini. Il punto è, tuttavia, che queste misure non sono necessarie solo per progredire nella democrazia digitale, ma anche per recuperare la democrazia rappresentativa e costituzionale, che sta subendo una grave involuzione, anche a causa del mondo digitale (pp. 38-39).

Allo stesso modo, non viene dimenticata l'importanza della dimensione territoriale, considerando quanto lo Stato spagnolo sia sensibile alla dinamica dei rapporti tra centro e periferia e tra le “periferie” stesse. Il mai sopito dibattito a proposito della necessità di riforma della Camera alta, nel senso di una Camera rappresentativa delle istanze territoriali, è trattato da Porrás Ramírez nel capitolo “El Senado de España como fallida cámara de representación

territorial. Una propuesta de reforma”, mentre gli effetti della crisi economica sui rapporti centro-periferia, non solo a livello statale ma anche europeo, sono analizzati in “Federalismo y crisis económica” da Galera Victoria.

Appare evidente, da questa breve disamina, come il volume “Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado”, attraverso varie tematiche e prospettive, analizzi i problemi che si sono presentati al diritto costituzionale e ai diritti fondamentali in un contesto di crisi permanente e si ponga l’obiettivo di offrire risposte che guardino alla società contemporanea, alle sue necessità costituzionali e al suo futuro.

L’emergenza sanitaria, come già detto, non è l’elemento attorno al quale ruota il composito volume, ma uno degli innumerevoli aspetti che vi sono trattati e assume il ruolo di loro banco di prova. Come sottolineato nella “Presentazione” del volume, le tendenze che la globalizzazione ha definito nel corso del XXI secolo e che hanno generato importanti progressi scientifici, combinati però, in larga misura, con non meno trascendenti battute d’arresto, sembrano, infatti, svilupparsi e consolidarsi con la crisi sanitaria. Quest’ultima non sembra essere, come pure è stato teorizzato, il punto di partenza di una de-globalizzazione, che porrebbe nuovamente lo Stato nazione ad essere il punto di riferimento all’interno del contesto globale ma, il rinnovato protagonismo statale, è in realtà il sintomo di una malattia finora incurabile, vale a dire l’assenza di una *governance* globale. Ed è proprio a tale mancanza a cui si può, secondo i curatori, imputare la diffusione dell’epidemia nel mondo. Se tale *governance* globale fosse esistita, infatti, non ci sarebbe stato bisogno di chiudere le frontiere, l’economia non sarebbe stata bloccata, non ci sarebbero stati così tanti morti e l’epidemia non si sarebbe diffusa così tanto rapidamente. L’epidemia avrebbe potuto essere controllata nelle sue fasi iniziali se tutti gli Stati avessero dovuto seguire regole globali chiare e precise – le uniche che permettono di risolvere un problema globale –, rispettare linee guida omologhe e sottoporsi a severi controlli da parte di autorità globali indipendenti.

L’impossibilità di risolvere una crisi globale a partire dallo Stato nazionale ha, quindi, aggravato la crisi e ha fatto sì che l’intervento statale sia stato, necessariamente, così pervasivo e con conseguenze così terribili. Ciò non rappresenta il successo dello Stato nazione, ma, al contrario, il suo fallimento e rende evidente l’estremo indebolimento di un costituzionalismo, costruito intorno allo Stato e per lo Stato, che continua ad essere attaccato a schemi concettuali sempre più difficili da adattare alle nuove realtà globali.

Balaguer Callejón, Azpitarte Sánchez, Guillén López e Sánchez Barrilao sottolineano come molti dei bei concetti formulati dal costituzionalismo moderno, per adempiere alle sue funzioni essenziali di controllo del potere e di garanzia dei diritti nei confronti dello Stato, dovrebbero essere ripensati e rielaborati, se non sostituiti da altri più appropriati, proprio al fine di adempiere alle medesime funzioni, ma nel contesto della globalizzazione e della “società del rischio” (pp. 17-18).

Rosa Iannaccone



R. BAUBÖCK, M. HALLER (eds.), *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives*, Vienna, Austrian Academy of Sciences Press, 2021, pp. 317*

Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives, curato da Rainer Bauböck e da Max Haller, pone un accento specifico sul “fenomeno proliferante” della doppia cittadinanza («the proliferating phenomenon of dual citizenship», p. 17) a livello mondiale, come programmaticamente affermato dallo stesso Haller nel capitolo introduttivo (pp. 17-29) e come evidente dalla scelta del titolo da parte degli Autori.

Il volume esplora dunque l'impervio sentiero che ha portato gli Stati dall'iniziale resistenza diffusa contro la nazionalità multipla fino all'accettazione della doppia cittadinanza come una nuova norma a livello globale, raccogliendo i contributi di quindici autori - Professori, ricercatori e avvocati - articolati in quattordici capitoli, attraverso i quali si indagano gli atteggiamenti degli Stati e si analizza, in chiave comparata, la situazione in diversi paesi dell'Unione europea, pur focalizzandosi maggiormente sul caso austriaco (Sezione III. *Austrian Citizenship at Home and Abroad*, pp. 205-317). Il progetto che ha guidato le traiettorie di ricerca nasce dall'idea di Bauböck, Professore presso il Centro *Robert Schuman* dell'Istituto universitario europeo di Firenze e Presidente della *Kommission für Migrations- und Integrationsforschung* della *Österreichische Akademie der Wissenschaften* (ÖAW), e di Haller, Professore emerito di Sociologia presso l'Università *Karl-Franzens* di Graz e Vicepresidente della *Kommission für Migrations- und Integrationsforschung* della ÖAW, i quali hanno deciso di riflettere sulla proposta del precedente governo federale austriaco (2017-2019) di offrire la cittadinanza austriaca agli abitanti di lingua tedesca e ladina dell'Alto Adige, in aggiunta alla cittadinanza italiana. I curatori anticipano nella prefazione (pp. 13-15) che uno di loro, Haller, essendo egli stesso cittadino italiano e austriaco, ha ritenuto che questa offerta di cittadinanza austriaca extraterritoriale potesse compromettere la coesistenza pacifica del gruppo linguistico tedesco con quello italiano in Alto Adige, che rappresenta circa un quarto della popolazione della provincia autonoma. Il secondo curatore di *Dual Citizenship and Naturalisation: Global, Comparative and Austrian Perspectives* è invece un cittadino austriaco tornato dall'Italia dopo undici anni di insegnamento e dopo aver realizzato *GLOBALCIT*, un osservatorio online sulla cittadinanza globale presso l'Istituto universitario europeo.

* Contributo sottoposto a *peer review*.

Plauso dunque ai due Autori per aver tracciato un'indagine capillare proponendo all'*apollis* - Istituto di ricerca sociale e demoscopia di Bolzano di intervistare un campione di altoatesini rappresentativo dei tre i gruppi linguistici autoctoni - tedesco, italiano e ladino - sulle loro idee e intenzioni in relazione a tale proposta. Con l'aiuto di Hermann Atz, Max Haller illustra successivamente nella sezione conclusiva del libro (*Chapter 14 Does Dual Citizenship Endanger Ethnic Cohabitation? How the South Tyrolean Population Views a Supplementary Austrian Citizenship*, pp. 293-317) i risultati di questo sondaggio, realizzato nella primavera 2019, che ha potuto giovare del supporto di Hermann Atz (*apollis* - Istituto di ricerca sociale e demoscopia di Bolzano), Francesco Palermo (*Eurac Research* di Bolzano e Università degli Studi di Verona) e Günther Pallaver (*Società Michael Gaismair* di Bolzano e Università *Leopold-Franzens* di Innsbruck) nella elaborazione delle domande e dei metodi di studio.

Multiformi riflessioni sono contenute nel volume che combina tre prospettive sulla doppia cittadinanza esaminando sinteticamente le tendenze e i modelli globali (Sezione I. *Citizenship and Utility in Global Perspective*, pp. 31-117), guardando poi da vicino una serie di casi al fine di affinare la visione comparata (Sezione II. *Dual Citizenship in Comparative Perspective*, pp. 119-203) e, infine, entrando più nel dettaglio per quanto riguarda la peculiarità dell'Austria (Sezione III. *Austrian Citizenship at Home and Abroad*, pp. 205-317), le cui leggi e politiche sulla cittadinanza sollevano importanti riflessioni. Questo processo di «zooming in» (p. 20) fornisce al lettore una lente di ingrandimento per leggere al meglio il caso austriaco e lo aiuta, al contempo, ad inquadrarlo in una prospettiva più ampia e del tutto innovativa in quanto non è presente nei dibattiti pubblici sulla cittadinanza.

Un approccio interdisciplinare permea dunque le pagine del libro. Infatti, «Citizenship is a multi-faceted concept» (p. 17) ed è uno *status* giuridico determinato dal diritto nazionale, vincolato da norme giuridiche internazionali ed europee. Per questo, sicuramente l'analisi giuridica è un punto di partenza indispensabile. Tuttavia, la scienza politica è necessaria per comprendere i motori e gli attori delle politiche di cittadinanza, nonché l'importanza dei sistemi politici nazionali e dei processi internazionali di diffusione delle norme, al fine di spiegare percorsi divergenti o tendenze locali. Altrettanto essenziale è la prospettiva sociologica, che indaga l'effettiva rilevanza della cittadinanza per le condizioni di vita dei migranti o delle minoranze etniche e l'atteggiamento della popolazione verso la concessione di nuove cittadinanze.

La recente evoluzione della cittadinanza come collettore di diritti è stata la conseguenza di due grandi mutamenti. In primo luogo, le rivoluzioni tecnologiche dei trasporti e delle comunicazioni hanno prodotto una «world society» (p. 19) favorendo la mobilità di massa attraverso i confini internazionali. La più frequente mobilità globale ha cambiato il carattere della migrazione in quanto oggi molte persone si spostano in un altro Stato esclusivamente per un tempo limitato, tornando al loro paese di origine o proseguendo verso un altro. In secondo luogo, «citizenship has not only become partly deterritorialised but has also moved up to supranational levels» (p. 19). Unioni regionali di Stati hanno introdotto forme distinte di cittadinanza strettamente connesse alla libera circolazione e alla rappresentanza politica in America Latina, Europa e Africa occidentale. Emblematica in tal senso è l'Unione europea che figura come un

nuovo tipo di entità politico-economica a carattere sovranazionale, creatura di Stati indipendenti e interdipendenti.

Nel *Chapter 2 (Dual) Citizenship and National Identity in a Globalised World: Sociological Perspectives* (pp. 33-58) Max Haller mette in luce come l'appartenenza a uno Stato e la cittadinanza possano costituire una componente centrale dell'identità di un individuo che viene dipinta dall'Autore come latente in quanto essa si palesa nel momento in cui si viaggia in un altro paese o quando si incontra un altro individuo che parla una lingua diversa. Pertanto, secondo l'opinione dell'Autore, chi vive in un solo Stato per tutta la vita è influenzato da un «banal nationalism» (p. 35). La migrazione, al contrario, richiede una significativa ridefinizione dell'identità del migrante, il quale, dopo l'arrivo in un altro paese, pur mantenendo la fedeltà alla propria identità originaria, svilupperà identità nazionali multiple. I dati empirici dell'*International Social Survey Program* (p. 39) mostrano tassi di naturalizzazione sorprendentemente bassi nei paesi d'immigrazione a conferma del doppio legame che i migranti di prima generazione possiedono sia con i loro paesi d'origine, sia con quelli di destinazione. Una «dual loyalty» (p. 52) nient'affatto problematica per Haller, la cui tesi principale è che «citizenship involves a symbolic-identitarian and an instrumental-utilitarian meaning» (p. 50). Più precisamente l'Autore, pur riconoscendo la rilevanza che continuano a rivestire, anche nel mondo globalizzato, i valori e i sentimenti legati indissolubilmente all'identità nazionale e alla cittadinanza, comprende come le scelte alla base delle naturalizzazioni scaturirebbero da considerazioni utilitaristiche. Agli occhi di Haller l'interesse ad acquisire la cittadinanza di un paese varierà significativamente a seconda delle caratteristiche dei paesi di origine e di destinazione. Di conseguenza, viene riproposta la teoria sviluppata in *Cittadinanza*, Bologna, il Mulino, 2020 da Dimitry Kochenov, secondo il quale gli immigrati si identificano maggiormente con i paesi ben sviluppati, ricchi e democratici. Quindi la naturalizzazione risulta essere certamente collegata a molti benefici tangibili, come il diritto alla residenza illimitata e al ritorno incondizionato, il pieno accesso tanto al mercato del lavoro e all'assistenza sociale, quanto alla maggior parte dei paesi del mondo. In questo modo, la decisione di rinunciare alla cittadinanza del paese di nascita e/o dei genitori e di acquisirne una nuova può essere determinata da entrambi i fattori. Infatti, un numero crescente di persone provenienti da paesi poveri e in conflitto è altamente interessato ad ottenere la cittadinanza del proprio paese di residenza. Al contrario, per molti migranti, soprattutto quelli interni all'Unione europea, il conseguimento di una nuova cittadinanza non ha alcuna priorità dato che già beneficiano di ampi diritti civili e sociali nel loro nuovo paese di residenza, come il diritto di circolare e di stabilirsi permanentemente e di scegliere liberamente il proprio lavoro.

Questo concetto di «strategic citizenship» (p. 37) è ribadito poi a più riprese da Yossi Harpaz nel *Chapter 5 Strategic Dual Citizenship: Global Dynamics of Supply and Demand* (pp. 97-117). L'Autore sostiene che la doppia cittadinanza è parte di una tendenza mondiale verso un utilizzo sempre più strumentale della cittadinanza. Harpaz dimostra come la crescente tolleranza della doppia cittadinanza cambi le regole di base che governano l'attribuzione della cittadinanza. In questo capitolo, l'Autore descrive uno schema domanda-offerta che regola le naturalizzazioni, incluse le appartenenze sovrapposte e l'appartenenza a distanza. Secondo il suo parere, la legittimazione della doppia cittadinanza porterebbe all'adozione di valutazioni strategiche da parte degli

individui idonei - «the demand side» (p. 97) - così come da parte degli Stati - «the supply side» (p. 97) - in una dinamica di interconnessioni legali tra individui e Stati. Da un lato, gli individui cercano di espandere il loro ambito di diritti e opportunità richiedendo una seconda cittadinanza che è posizionata più in alto nella gerarchia globale rispetto al valore della cittadinanza originaria. Dall'altro lato, molti Stati utilizzano le politiche di doppia cittadinanza al fine di selezionare nuovi cittadini con caratteristiche desiderabili, i quali non vivono sul loro territorio e non intendono trasferirsi o rinunciare alla loro cittadinanza, offrendo loro una seconda cittadinanza, senza pretendere né l'immigrazione né la rinuncia alla cittadinanza precedente. La così designata «long-distance acquisition of ancestry- or ethnicity-based dual citizenship» (p. 109) riguarda i discendenti degli emigranti - ad esempio i discendenti italiani in Sud America a cui viene ora offerta la cittadinanza italiana -, i co-etnici transfrontalieri - come gli ungheresi etnici che vivono in Slovacchia e nell'Ucraina occidentale o i rumeni in Serbia e Ucraina - e le persone abbienti provenienti dai paesi in via di sviluppo che possono ora - anche tramite investimento - acquisire la cittadinanza di uno Stato in cui non si sono mai recati. Da questo punto di vista, si indeboliscono i tradizionali legami tra cittadinanza e identità nazionale a cui fa riferimento Haller nel primo capitolo, e in questo sistema, secondo Peter J. Spiro, uno dei massimi esperti di doppia cittadinanza, lo *status civitatis* «came to be considered a bane of the international system» (p. 84). Spiro osserva come la tolleranza della doppia cittadinanza indichi il modo in cui la globalizzazione abbia irrimediabilmente degradato il valore della cittadinanza stessa.

Il secondo curatore del volume, Bauböck, sottolinea come sia ben consolidato all'interno della letteratura scientifica «a global trend towards a growing toleration of dual citizenship» (p. 59). Pertanto, egli decide, in maniera inedita, di dedicare la sua attenzione ai limiti di questa tendenza nel *Chapter 3 The Toleration of Dual Citizenship: A Global Trend and its Limits* (pp. 59-79). L'Autore indaga distintamente le motivazioni che hanno spinto i due Stati più grandi in termini di popolazione - Cina e India - ad aderire ad una inflessibile politica di non tolleranza della cittadinanza e, conseguentemente, a bloccare l'accesso alla doppia cittadinanza a più di un terzo della popolazione mondiale. Egli reputa Cina e India paesi oltremodo rigidi poiché tentano di impedire completamente la doppia cittadinanza sia alla nascita sia attraverso le naturalizzazioni multiple per preoccupazioni legate alla sicurezza e alla sovranità nazionale.

Nel panorama europeo, la stessa politica restrittiva è seguita dai Paesi Bassi, in cui continua ad essere negata l'accettazione della doppia cittadinanza, come sostenuto da Floris Peters e Maarten Vink nel *Chapter 6 Dual Citizenship Acceptance and Immigrant Naturalisation Propensity in the Netherlands: The Relevance of Origin- and Destination-Country Rules* (pp. 121-140). I Paesi Bassi quindi sono andati controcorrente introducendo nuovamente delle restrizioni. Infatti, nel febbraio del 1993 venne introdotta una proposta per emendare formalmente il *Dutch Nationality Act (DNA)*, in vigore dal 1° gennaio 1985, e abolire il requisito della rinuncia alla precedente cittadinanza in caso di naturalizzazione. Tuttavia, il disegno di legge incontrò una crescente resistenza politica. L'opposizione principale, da parte della destra e del centro-destra, si concentrò sull'idea che il possesso di cittadinanze multiple avrebbe compromesso la lealtà dei cittadini e minato l'integrazione socio-culturale di gruppi già a rischio di segregazione all'interno della società. Quindi l'*iter* parlamentare della legge si arenò a causa di questi disaccordi e, soprattutto, non venne

approvato dal Senato nel novembre 1996, con il conseguente ritiro. Successivamente, il requisito della rinuncia alla doppia cittadinanza fu ripristinato nel giugno 1997.

Tuttavia, il rifiuto di alcuni paesi di riconoscere la cittadinanza multipla risulta essere anacronistico secondo il parere degli Autori. La maggior parte delle obiezioni contro la doppia cittadinanza in passato sono state inquadrata in una prospettiva di sovranità statale. La preoccupazione principale degli Stati era rappresentata dalla perdita del controllo sui loro cittadini, i quali avrebbero potuto dimostrare fedeltà ad un altro Stato, e sul loro territorio, nell'ipotesi in cui un altro Stato avesse esercitato poteri coercitivi all'interno della loro giurisdizione. Spiro afferma che lo stesso termine «“naturalisation” implies an individual rebirth (to make natural), the only way the mechanism could be rationalised with perpetual allegiance» (p. 84). A confermare questa attitudine, «the idea that an individual could belong to two countries was perceived as an anomaly, even an abomination» (p. 97), fino a quando la tolleranza della doppia cittadinanza è diventata la norma globale dagli anni '90 - «about 50 per cent of countries in Western Europe shifted their policy in a permissive direction between 1990 and 2016» - (p. 99).

Spiro sostiene inoltre che, solo con la globalizzazione e l'indebolimento delle identità nazionali, gli Stati sono passati dalla tolleranza della doppia cittadinanza all'accettazione della stessa (*Chapter 4 The Past and (Post-COVID) Future of Dual Citizenship*, pp. 81-95). La cittadinanza multipla è stata normalizzata, secondo l'Autore, quando si è raggiunta la piena consapevolezza dei privilegi di mobilità nei paesi terzi. «Dual citizenship now becomes a kind of global health insurance as well as a way to protect mobility rights, even for those already holding premium passports. For transnational elites, these newly surfaced advantages will magnify incentives to secure investment citizenship» (p. 81).

Spiro (p. 82) e Harpaz (p. 112) ritengono che la doppia cittadinanza sia diventata oramai in diversi contesti uno «status symbol» che bisogna pubblicizzare piuttosto che celare. Ad esempio, gli Stati dell'Europa orientale sperimentarono, per la prima volta alla fine del Novecento, le politiche di doppia cittadinanza in uscita all'interno dei progetti post-comunisti di costruzione della nazione. Szabolcs Pogonyi illustra (*Chapter 7 Kin Citizenship in Eastern Europe*, pp. 141-156) come in questi paesi la via preferenziale di concessione della cittadinanza per ragioni etniche, basata quindi sulla parentela con minoranze di individui residenti oltre i confini, in realtà servisse a scopi geopolitici. Anche la Danimarca - seppur nella sua lentezza - dopo l'inizio del nuovo millennio riformò la sua legge sulla cittadinanza avviando un percorso conclusosi nel dicembre 2014 con l'adozione di una legge sull'accettazione della doppia cittadinanza che entrò in vigore il 1° settembre 2015, insieme agli effetti della denuncia danese al primo capitolo della Convenzione di Strasburgo del 1963 sulla riduzione dei casi di cittadinanza multipla e sugli obblighi militari in caso di cittadinanza multipla (*Chapter 8 The Danish Turn Towards Dual Citizenship*, pp. 157-182, di Eva Ersbøll). L'Italia invece dimostra più di cento anni di continuità nella tolleranza della doppia cittadinanza. La legge sulla cittadinanza italiana del 1912, n. 555, venne sostituita dalla Legge del 5 febbraio 1992, n. 91, *Nuove norme sulla cittadinanza*, attualmente in vigore, la quale conserva ancora elementi della precedente e si basa su quattro principi: il trasferimento della cittadinanza per discendenza (*ius sanguinis*); l'acquisizione della cittadinanza italiana per nascita sul territorio

italiano (*ius soli*) solo in casi molto specifici; la tolleranza generale della doppia cittadinanza e il diritto degli individui di chiedere l'acquisizione o la rinuncia della cittadinanza italiana. Come la Danimarca, l'Italia fu uno Stato firmatario della Convenzione europea del 1963 sulla riduzione dei casi di multipla cittadinanza e sugli obblighi militari in caso di cittadinanza plurima. Tuttavia, l'Italia ne denunciò formalmente la prima parte nel 2009 con effetto dal 4 giugno 2010. In aggiunta, con successive modifiche e integrazioni alle Legge del 1992 - nel 2000, 2006 e 2009 - venne pienamente riconosciuto il diritto di possedere contemporaneamente più cittadinanze. Questo vale per le norme riguardanti i discendenti degli ex cittadini austro-ungarici e per i discendenti degli jugoslavi italiani, che non richiedevano la rinuncia alla loro attuale cittadinanza straniera come condizione per la concessione della cittadinanza italiana. Infatti, Günther Pallaver e Guido Denicolò evidenziano (*Chapter 9 Dual Citizenship in Italy: An Ambivalent and Contradictory Issue*, pp. 183-203) un consenso unanime degli schieramenti politici italiani nel coltivare il mito de «l'Altra Italia» (p. 190) fuori dai confini della Repubblica.

Dal quadro appena delineato (nella Sezione II. *Dual Citizenship in Comparative Perspective*, pp. 119-203) emerge, in prospettiva comparata, che «Austria represents a case of high immigration with high barriers to citizenship» (p. 20) ed è in controtendenza rispetto alla quasi totalità degli Stati membri dell'Unione. L'Austria, secondo le ricerche condotte da Rainer Bauböck e Gerd Valcharsal (*Chapter 10 Non-Tolerance of Dual Citizenship in Austria*, pp. 207-227), apparterebbe al 18% dei paesi del mondo che non tollerano la doppia cittadinanza né attraverso le naturalizzazioni in uscita - per gli austriaci che acquisiscono volontariamente un'altra cittadinanza - né attraverso quelle in entrata - per i candidati alla naturalizzazione in Austria che devono rinunciare a tutte le cittadinanze precedenti -. Pur prevedendo eccezioni, l'Austria sembra essere più rigorosa in questo senso rispetto a paesi europei comparabili, i quali contemplanò nelle loro legislazioni la tolleranza non simmetrica, come Germania e Paesi Bassi, dove la doppia cittadinanza è attualmente accettata in più del 60% di tutte le naturalizzazioni in entrata (*Chapter 6 Dual Citizenship Acceptance and Immigrant Naturalisation Propensity in the Netherlands: the Relevance of Origin- and Destination-Country Rules* di Floris Peters e Maarten Vink, pp. 121-140). Le politiche sulla cittadinanza in Austria sono contraddistinte da requisiti di naturalizzazione sempre più restrittivi, dall'assenza di diritto di nascita per gli immigrati di seconda generazione nati da genitori immigrati e da una ritrosia generale a riconoscere la doppia cittadinanza sia per gli immigrati che per gli emigrati.

La Sezione III. *Austrian Citizenship at Home and Abroad* (pp. 205-317), l'ultima del volume, spiega dunque che «The case of Austria is a curious one» (p. 208) partendo dalle elaborazioni statistiche di Stephan Marik-Lebeck (*Chapter 11 The Potential for Naturalisation in Austria: A Statistical Approximation*, pp. 229-252), passando per l'analisi sociologica di Raimund Haindorfer e Max Haller sul livello di integrazione degli immigrati in Austria (*Chapter 12 Does Citizenship Promote Integration? An Austrian Case Study of Immigrants from Former Yugoslavia and Turkey*, pp. 253-273), fino ad arrivare alla presentazione dei risultati di un sondaggio mondiale sulla doppia cittadinanza tra gli austriaci residenti all'estero, condotto nel 2019 da Florian Gundl (*Chapter 13 The Views of Expatriate Austrians on Dual Citizenship: The Results of a Worldwide Survey*, pp. 275-291). La maggioranza degli intervistati, selezionati dell'*Auslandsösterreicher-Weltbund* (AÖWB) -

un'associazione di supporto agli austriaci che vivono all'estero -, non è disposta a rinunciare alla cittadinanza austriaca in favore della cittadinanza del paese di residenza.

Diametralmente opposto il risultato del sondaggio illustrato da Haller e Atz all'interno dell'ultimo capitolo (*Chapter 14 Does Dual Citizenship Endanger Ethnic Cohabitation? How the South Tyrolean Population Views a Supplementary Austrian Citizenship*, pp. 293-317) sulla proposta di concedere la cittadinanza austriaca "supplementare" a una parte della popolazione dell'Alto Adige. Il tema centrale di questa proposta fu quello di rafforzare il rapporto storico-culturale tra le minoranze etniche dell'Alto Adige e l'Austria, la loro "patria protettrice" («fatherland» or «protecting nation», p. 293). Va riconosciuto agli Autori il merito di aver avuto l'intuizione di indagare la reazione della popolazione altoatesina a questa proposta. Un'analisi innovativa caratterizzata da una prospettiva inesplorata che anzi ha confutato gran parte del pensiero di politici e commentatori sull'atteggiamento degli altoatesini nei confronti della possibilità di acquisire la doppia cittadinanza austriaca. I risultati inaspettati dello studio sono rappresentati dal prevalere dello scetticismo degli altoatesini sulla proposta di una cittadinanza austriaca aggiuntiva e dal fatto che le differenze nelle percezioni e negli atteggiamenti riguardo alla proposta sono molto lievi tra gli altoatesini di lingua italiana, quelli di lingua ladina e i germanofoni. Gli Autori ipotizzano che lo scarso interesse per la doppia cittadinanza mostrato in questo studio sia dovuto ai pochi vantaggi concreti che essa offrirebbe nel caso dell'Alto Adige. Infatti, l'appartenenza all'Unione europea dei due Stati in questione - Italia e Austria - e l'alto livello di protezione delle minoranze di cui godono le popolazioni di lingua tedesca e ladina attraverso l'autonomia speciale (*ex art. 116 Cost. e Statuto della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol del 1972*) potrebbero essere la causa di questo risultato, insieme all'esistenza di una robusta identità regionale rispetto a quella di una minoranza parentale fuori dai confini della Repubblica italiana. Secondo gli Autori, la popolazione altoatesina non necessita dunque di un passaporto aggiuntivo, quanto di una frontiera aperta a reali opportunità di scambio nella sfera politica, economica, sociale e culturale.

Eleonora Iannario



S. ANGIOI, S. CAPPABIANCA (a cura di), *Norme giuridiche e prassi sanitaria. Diritto internazionale e diritto interno alla prova del Covid-19. Temi scelti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 256*.

Risulta sicuramente poco agevole rendicontare criticamente in poche pagine una vasta opera collettanea estremamente ricca di contenuti e che offre molteplici spunti di riflessione innovativi su una tematica di grande attualità e rilevanza, quale la pandemia da Covid-19 in una prospettiva interdisciplinare. Anzitutto, nella sua dimensione propriamente internazionale, che spazia dalla disamina dell'IHR (Regolamento sanitario internazionale) e dal ruolo dell'OMS nella gestione delle emergenze sanitarie alla navigazione marittima in tempi di Covid-19, attraversando anche il settore organizzativo interno alle Nazioni Unite e quello relativo all'attività di autoregolamentazione della CIG in costanza della pandemia, e annoverando infine nel catalogo la tematica relativa alla legittimità internazionale di un eventuale obbligo vaccinale anti Covid-19, offrendo altresì diverse considerazioni sulla scottante tematica delle c.d. *fake news*, che chiudono la prima parte dedicata agli aspetti di diritto internazionale.

Nella seconda parte emergerà anche l'altra anima dell'opera, quella legata all'analisi della normativa interna sull'organizzazione sanitaria italiana, della quale si è avuto modo di evidenziare le fragilità anche più latenti, così come la sovrapposizione tra competenze regionali e statali ingenerata dalla riforma del Titolo V della Costituzione, lasciando anche spazio per la trattazione dell'artificioso bilanciamento tra tutela della salute pubblica e diritto all'autodeterminazione individuale. Vengono altresì incluse nella terza ed ultima parte, le tematiche penalistiche della sospensione della prescrizione e della responsabilità dei medici nell'ambito della vaccinazione, (c.d. scudo penale) interrogandosi, infine, sulla fattibilità di configurare i vaccini come beni comuni per la salute. L'obiettivo precipuo degli AA. è quello provare a fornire soluzioni giuridiche ricche di interessanti spunti di riflessione, con riferimento alla questione di *global concern*, rappresentata dall'attuale emergenza sanitaria.

Nel primo saggio di S. Angioi, dopo un raffronto storico con i c.d. *international sanitary regulations* e una presa d'atto dei limiti strutturali (finanziari e istituzionali) insiti nell'OMS, si è approfondito il ruolo ricoperto dalla stessa organizzazione e dal Regolamento sanitario internazionale quale "*strumento chiave per la protezione contro la diffusione internazionale delle malattie*", istitutivo di un sistema di sorveglianza e di controllo, sorretto da un insieme di norme che obbligano gli Stati interessati

* Contributo sottoposto a *peer review*.

dai focolai a notificare informazioni sulle caratteristiche del virus, numeri delle persone colpite e le misure adottate a livello interno entro 24 ore all'OMS per evitare la propagazione della malattia in tutto il globo e scongiurare pertanto il verificarsi di un'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale (c.d. PHEIC). Proprio tali obblighi informativi, ai sensi degli articoli 5 e 6 IHR hanno costituito, nel caso del Covid-19, il teatro di un acceso dibattito che vedrebbe le autorità statali cinesi come responsabili della violazione di queste norme, impreparate nel prevenire il virus e ree, secondo l'ex Presidente degli USA D.J.Trump, di non aver adottato sin da subito le misure necessarie a frenare l'impennata dei contagi all'interno del territorio nazionale, consentendo così la propagazione del virus SARS-COV-2 su scala globale, ossia pandemica. Peraltro, una grande fragilità dell'IHR, condivisa dall'Autrice, è causata dalla discrezionalità degli Stati membri, sicché in caso di inosservanza della raccomandazione (atto di *soft law* non vincolante) da parte dello Stato membro in esame, mancherebbe un meccanismo sanzionatorio repressivo che imponga coattivamente allo Stato membro di uniformarsi ad una determinata condotta di *facere* o non *facere*. In conformità con l'articolo 56 IHR (soluzioni pacifiche), si è intanto proceduto ad istituire una commissione di inchiesta chiamata a verificare se ed eventualmente in che termini la Cina abbia violato gli obblighi dettati dall'IHR. È ugualmente curiosa l'osservazione avanzata dall'Autrice, la quale si chiede come sia stato possibile che l'epidemia si sia inizialmente sviluppata e prontamente diffusa all'interno di uno Stato (la Cina) tutt'altro che sottosviluppato e “teoricamente dotato[o] degli strumenti di risposta” (p. 26), il quale, *a contrario*, nonostante abbia dimostrato di “poter mobilitare le risorse necessarie a contrastare l'epidemia” (p. 26) e sia teoricamente dotato[o] degli strumenti di risposta” (p. 26) non è riuscito a contenere l'emergenza in questione, causando, com'è noto, una pandemia. L'Autrice, tra l'altro, ha sottolineato in modo condivisibile la gravità dell'attuale emergenza sanitaria, il cui impatto devastante sulla quasi totalità dei settori della comunità ha indotto gli Stati ad adottare misure caratterizzate da “una notevole varietà” (p. 26) (si pensi all'iniziale operato dell'esecutivo del Regno Unito in contrapposizione al modello italiano, più prudente, che ha guadagnato il plauso dell'OMS) traslando così il dibattito sull'efficacia delle stesse misure, adottate a livello interno per controllare e ridurre la portata della crisi sanitaria. Ci si trova anche d'accordo, infine, con l'assunto che sottolinea che la capacità globale di gestire le emergenze sanitarie internazionali dipende in larga misura dalla capacità e rapidità della risposta da parte del primo sistema nazionale interessato dai contagi e quindi dalla sua efficienza (*core capacities*) prevenzione, individuazione, cura e controllo dei casi sospetti o confermati. Così come il sentito bisogno di un sistema di condivisione multilaterale: con l'obiettivo di rendere più resiliente l'organizzazione sanitaria nazionale preposta alla sorveglianza auspicando un tanto atteso “futuro trattato” (p. 31) in materia di emergenze sanitarie pubbliche di rilevanza internazionale.

Passando al secondo saggio, proprio sul versante degli scambi commerciali, spicca il settore della navigazione marittima, cruciale soprattutto nei giorni nostri per assicurare il trasporto delle merci essenziali via nave. Più che mai arduo, come evidenzia I. Caracciolo nel secondo saggio, stabilire se il Covid-19 costituisca o meno condizione per le navi straniere per invocare il *distress* e poter accedere alle acque interne dello Stato costiero e ivi ricevere assistenza in caso di membri con gravi sintomi. Così come quantificare il margine di discrezionalità attribuito al legislatore statale per limitare la navigazione marittima in nome degli interessi nazionali alla tutela della salute

pubblica. Sotto l'aspetto delle misure, sono note le restrizioni adottate dai vari Stati per l'accesso ai porti nazionali da parte delle navi straniere: dall'esito negativo del tampone a periodi di quarantena non superiori ai 14 giorni, fino ad includere in casi estremi il divieto di accesso al porto. Queste misure, seppur consentite in linea di principio dalla Convenzione di Montego Bay del 1982 e dalla giurisprudenza prevalente, come testualmente rilevato dall'A., hanno conseguenzialmente pregiudicato i diritti degli stessi lavoratori marittimi, costretti a trascorrere in nave la quarantena, in assenza di assistenza sanitaria. Al netto dei conti, si condivide l'opinione dell'A., secondo la quale, il Covid-19 ha costituito occasione per le autorità nazionali di un ritorno all'unilateralismo, che pregiudica l'esigenza di cooperazione internazionale, a giustificazione della foga e della fretta di prendere provvedimenti a tutela della salute pubblica.

L'impatto devastante della pandemia da Covid-19 si è rilevato anche sul settore del lavoro, laddove la sempre più incontrollata diffusione dei contagi ha costretto persino i vertici delle Nazioni Unite ad adottare lo *smart working* come modalità generale di lavoro e l'attività in presenza come eccezione (come rendicontato da Francesco Gaudiosi). Come sottolinea l'A., l'attenzione per i lavoratori onusiani ha avuto riguardo anche agli aspetti legati all'assicurazione sanitaria completa (garantita attraverso l'*Health Insurance Plan*) e a tutte le cure mediche richieste dalle circostanze, tra cui in particolare i vaccini che, in base alle priorità delineate nell'apposito piano c.d. *Covid-19 vaccination programme for UN personnel*, erano prioritariamente destinati ai funzionari onusiani più esposti al rischio dell'infezione da Sars-Cov-2. L'adozione di modalità di lavoro da remoto ha interessato anche la branca della giustizia delle NU e cioè le modalità di funzionamento della Corte Internazionale di Giustizia, la quale, come sottolineato da F. Gaudiosi, pur avendo deciso in prima battuta di rinviare le udienze e il dibattimento fino al 31 maggio 2020, in un secondo momento, in ragione della tutela della salute pubblica, ha deciso di tenere per la prima volta nella storia un'udienza in videochiamata, disponendo transitoriamente per le successive udienze il funzionamento dell'apparato giudiziario in modalità mista, attraverso modifiche al Regolamento della Corte stessa (*In view of the COVID-19 pandemic, the ICJ Has Adopted Measures to Ensure the Continuous Fulfilment of its mandate*, ICJ, Press Release, n. 2020/9, 20 March 2020). Tali misure hanno, pertanto, consentito “*alla Corte, a partire dal mese di giugno, di riprendere con efficienza il lavoro di buona parte delle proprie udienze nonché di pronunciarsi su alcuni casi pendenti?*” (p. 75), grazie anche all’ “*autonomia organizzativa e [al]la necessaria attività di autoregolamentazione delle Nazioni Unite?*” (p. 78).

Nel frattempo, come accennato nel quarto saggio di Annachiara Rotondo, le case farmaceutiche, grazie alla continua ricerca e perseveranza negli studi condotti, sono riuscite ad individuare vari vaccini, ritualmente approvati dai rispettivi enti regolatori preposti a questo scopo. In questa sede, pertanto, l'Autrice si è interrogata circa la compatibilità di un obbligo di vaccinazione sancito dal legislatore italiano con il diritto internazionale ed in particolare con le norme a tutela dei diritti umani. Nello specifico, si è analizzato il rilievo di tali preparati, i quali, secondo il Comitato sui diritti del fanciullo, costituiscono una componente fondamentale del più ampio diritto al raggiungimento del migliore livello di salute possibile “*contro le malattie infantili più comuni?*” (p. 84). L'A. ha anche constatato la nebulosità del concetto stesso di ‘salute’, che, secondo l'interpretazione del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali dell'art.12 PIDESC si estrinseca in una doppia anima: la prima, preventiva, che si sostanzia per lo Stato nel dovere di

monitorare, istituendo un sistema sanitario adeguato di sorveglianza contro possibili malattie infettive e la seconda, invece, più tecnicamente ‘operativa’, che fa leva sul dovere in capo allo Stato di immunizzare la rispettiva popolazione mediante l’adozione delle misure necessarie per garantire l’accesso universale ai vaccini (CESCR, *Statement on Universal and Equitable Access to Vaccines for COVID-19*, E/C.12/2020/2, 27 November 2020, par. 3). Tutto ciò perché, come evidenziato dalla Rotondo, solamente con una massiccia adesione alla vaccinazione globale potrà risultare più agevole debellare il virus ed interrompere la catena di circolazione dello stesso, e, dunque, più fattibile raggiungere l’immunità di gregge, ossia “*la protezione indiretta da una malattia infettiva che si verifica quando una popolazione è immune attraverso la vaccinazione o l’immunità sviluppata attraverso una precedente infezione*” (WHO, *Coronavirus disease (COVID-19): Herd immunity, lockdowns and COVID-19*, 31 December 2020) che si risolve, secondo l’opinione dell’A., in una “*resistenza all’agente patogeno da parte della collettività*” (p. 80). Ci si è così addentrati nell’ambito del delicato bilanciamento tra tutela della salute pubblica e diritto all’autodeterminazione individuale, con la caratteristica più saliente che è rappresentata dal lapalissiano consenso informato per la sottoposizione ai trattamenti sanitari, ai sensi dell’art. 5 Convenzione di Oviedo. I profili di compatibilità dell’obbligo vaccinale previsto dal legislatore interno rispetto alla CEDU sono stati ripetutamente affrontati dalla Corte EDU, che è, peraltro, come evidenziato dall’A., intervenuta recentemente sul tema con la sentenza n. 116/2021, con la quale ha ritenuto legittime le dieci vaccinazioni infantili (introdotte dal legislatore ceco) rispetto all’articolo 8 CEDU previste per l’accesso a scuola in quanto volte a tutelare i fanciulli da un grave danno alla salute (*best interest of the child*). Tale prescrizione era protettiva del fine legittimo della tutela della salute pubblica, in quanto “*misura necessaria in una società democratica*” e giustificata da una “*pressante esigenza sociale*”, in conformità agli art. 2 e 8 CEDU, essendo tali vaccini considerati come sicuri ed efficaci nella rispettiva comunità scientifica (*Vavříčka and Others v. the Czech Republic*). Ciò unitamente alla nostra giurisprudenza costituzionale, la quale induce a ritenere che una tale previsione se giustificata dall’evidenza scientifica e dalle “*attuali condizioni epidemiologiche e conoscenze scientifiche*” consentirebbe un provvedimento normativo del genere, che, come l’A. ha cura di specificare, deve consistere in una legge statale, come anche precisato dalla Consulta (sent. n. 5/2018). Si condividono, pertanto, le considerazioni conclusive dell’A., la quale sostiene che “*la proposta di rendere obbligatoria la vaccinazione per il Covid-19 risponde alla necessità di porre fine ad una emergenza sanitaria globale[...] sembra[ndo] ragionevole presumere il perseguimento di un fine legittimo*” (p. 94), ritenendo le acquisizioni scientifiche e le condizioni epidemiologiche quali uniche bussole in grado di legittimare l’obbligo di vaccinazione anticovid, ragionevole e compatibile con la CEDU, qualora la campagna di vaccinazione volontaria non “*sia sufficiente a raggiungere e mantenere l’immunità di gregge*” (Corte Edu, sent. cit.).

La parte internazionalistica della raccolta recensita si chiude con il saggio di Pierluigi Salvati sull’infodemia, nel quale l’A. ha esposto nuove riflessioni atte a contrastare la diffusione delle sempre più imperversanti *fake news*, che negli ultimi tempi, anche grazie al costante utilizzo dei *mass media* e dei *social network*, continuano ad imperversare, rimanendo talvolta incensurate in nome della libertà di espressione. Interessante la distinzione tra misinformazione e disinformazione: l’Autore intende la prima come diffusione di una notizia in parte errata o incerta,

senza l'intenzione di ingannare il pubblico, e la seconda, invece, come diffusione premeditata di notizie non veritiere, etichettate efficacemente dall'A. come *“verità alternative”* (p. 99) con l'intenzione di trarre in inganno l'opinione pubblica, in grado, pertanto, soprattutto se riguardante il Covid-19 di arrecare un grave danno alla salute pubblica. Alcune di queste, molto pericolose per la salute pubblica e ben evidenziate dall'Autore, non sono state contrastate, ma addirittura agevolate da alcune autorità statali, come l'ex presidente Usa D.J. Trump, che, in assenza di qualsiasi evidenza scientifica, aveva pubblicamente propagandato *“un detergente per acquari[...] come possibile cura al virus”* (p. 102), ovvero autoproclamare il Turkmenistan come Stato Covid-free in violazione dell'art. 15 PIDESC sotto il profilo del diritto di ottenere *“un'informazione medicalmente fondata”* (p. 106), strumentale a proteggere la salute pubblica. È per questo motivo che nel prosieguo l'A. si è chiesto se ed eventualmente in che termini, il Governo possa limitare la diffusione delle *“bugie virali”* (p.99) compatibilmente con il Patto Internazionale sui diritti civili e politici delle NU. L'articolo 4 PIDCP consente, infatti, in via straordinaria agli Stati membri, di adottare misure necessarie e proporzionate in deroga agli obblighi del Patto in caso di *“pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della nazione”*, sempre, però *“nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga”* e purché tali misure siano in linea con gli altri obblighi internazionali imposti agli Stati. La giustificazione, per l'adozione di tali misure, pregevolmente evidenziata dall'A. è quella non solo di immunizzare la collettività nei confronti del SARS-COV-2, ma anche quella di *“immunizzare i cittadini contro la disinformazione”* (p. 121). Non è affatto agevole operare un ragionevole bilanciamento tra la libertà di espressione art. 19 PIDESC e tutela della salute pubblica art. 12 PIDESC, potendo verificarsi il rischio, condiviso dall'A., che l'emergenza sanitaria costituisca pretesto per lo sviluppo di derive autoritarie repressive in contrasto con il canone di proporzionalità CEDU. Un'altra strategia più sostenibile e seguita, invece, dall'OMS è quella di rafforzare il monitoraggio e la verifica delle fonti di informazione (eventualmente provvedendo alla rimozione del sito web, come evidenzia l'A.) sui *social network*, che, oltre a presenziare sui *social media* con continuo interventismo, ha anche pubblicato su un sito web online una lista riepilogativa di tutte le fake news pubblicate nel corso della pandemia da Covid-19. I Governi, conclude l'A., per contrastare il fenomeno dell'infodemia potrebbero adottare un auspicabile approccio che consenta ai cittadini di discernere le notizie false da quelle vere c.d. *“autodisciplina”* (p. 126), che sia improntato al *“self-regulate fake content”*, strategia dottrinale vincente, seguita peraltro da UE ed OMS (M. De Arcos Tejerizo, *Wash your hands often... and your newsfeed even more: disinformation in Covid-19 times*, 20 Aprile 20, in *Leidenlawblog*).

Nella seconda parte, il sesto contributo di Cappabianca, Grassi, e Pasceri riesce a fungere da *trait d'union* tra gli aspetti del Covid-19 trattati a livello internazionale e il diritto interno, e ad evidenziare le fragilità (anche quelle più latenti) del sistema dell'amministrazione sanitaria italiana (di cui si auspica una riforma della stessa), acuite dalla riforma del Titolo V della Costituzione, (nota per avere, da un lato, ampliato le funzioni normative e regolamentari delle Regioni e, dall'altro, per averle generalizzate dando vita però a manifeste sovrapposizioni tra le competenze assegnate rispettivamente allo Stato e alle Regioni) e rese ancor più chiaramente visibili alla luce dell'attuale crisi sanitaria connessa al Covid-19. Quanto detto ha contribuito alla creazione di modelli regionali totalmente frammentari e differenziati tra loro (come sottolineato dagli AA.),

molti dei quali sono stati messi a dura prova dall'emergenza Covid-19, laddove si arriva a ritenere che ogni Regione abbia un modello di sanità a sé stante. Il punto evidenziato nel saggio è chiaro: date le dimensioni globali dell'emergenza sanitaria e preso atto dell'imperversare del fenomeno pandemico anche in tutto il nostro territorio nazionale, si rende necessario garantire un'unica disciplina statale per uniformarsi più agevolmente ai programmi di profilassi, che rientrano, ex art.117 Cost., tra i *“vincoli derivanti dal diritto comunitario e [...] dagli obblighi internazionali”*. Va, infatti, considerato che la tutela della *“profilassi internazionale”* ai sensi dell'art.117 Cost., *a fortiori* nel contesto di una pandemia, si configura quale materia espressamente riservata alla competenza del legislatore statale (Corte cost., sent. n. 37/2021). Considerazione che è dettata anche dall'art.117 lett. m) che attribuisce competenza esclusiva allo Stato in materia di *“[...] determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”*, strumentali a garantire prestazioni minime a tutti i soggetti presenti sul territorio nazionale. Anche sul versante sanitario, rilevano gli AA., non tutte le Regioni si sono conformate alla legislazione statale (DPCM e decreti legge), giungendo anzi una di queste (Valle d'Aosta) ad edificare un modello prettamente divergente, alternativo e in netta contrapposizione rispetto a quello auspicato dalla normativa statale, che esigeva, invece, restrizioni ben più incisive e la limitazione o chiusura di determinate attività in considerazione degli elevati contagi su base nazionale (Corte cost., sent. n. 37, cit.). L'opinione del saggio in linea con gli orientamenti della Corte, è contraria, invece, all'attuale criterio di ripartizione delle competenze, che attribuisce alle Regioni il potere di legiferare in tutte le materie non espressamente riservate al legislatore statale; si critica in particolare, il modello di federalismo regionale istituito con disegno di legge dal Governo D'Alema (successivamente sottoposto a referendum nel 2001 con esito positivo) *“nonostante l'ampio decentramento amministrativo [che era] già [stato] ottenuto dalle Regioni”* (p. 133). Stante l'importanza di misure uniformi dettate dallo Stato per contenere la pandemia, rileviamo che, durante l'emergenza sanitaria, alcune Regioni e Città metropolitane, anche per via delle loro caratteristiche ambientali, hanno necessitato di misure *ad hoc* particolari e straordinarie, più restrittive delle stesse leggi nazionali in vigore per contenere l'avanzata del virus in base al numero di contagi su base locale; misure non sempre in armonia con la normativa statale. Si condivide, infine, il suggerimento degli AA. di finanziare ulteriormente i livelli essenziali di assistenza (LEA), rendere inderogabili le competenze esclusive dello Stato sulla *“legislazione sanitaria, tutela della salute ed organizzazione del servizio sanitario”* nel comma 2 dell'art. 117 Cost. e, di conseguenza abrogare la nozione di *“tutela della salute”*, per evidenziare che si tratta di un tutt'uno, onde evitare fraintendimenti.

La tematica relativa ai conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni è ripresa da Laura Lamberti, che dà conto dell'abile opera del giudice delle leggi, il quale, con la già menzionata sentenza n. 37/2021, ha dichiarato l'incostituzionalità della maggior parte delle disposizioni della legge regionale della Valle d'Aosta n. 11/2020, sancendo altresì il divieto per le Regioni di interferire con la disciplina statale in materia di profilassi internazionale, potendo semmai le Regioni, ai sensi dei decreti legge n. 19 e 33 del 2020, meglio specificare la disciplina del legislatore statale attraverso l'adozione di *“misure ulteriormente restrittive”* in armonia con le disposizioni statali. La questione della profilassi internazionale e quella, connessa, del raggiungimento, attraverso una

vaccinazione globale, di una diffusa refrattarietà al virus SARS-COV-2 in nome della tutela della salute (che si sostanzia, secondo l'A. in un diritto positivo di ricevere le cure e di usufruire dei servizi sanitari e in uno negativo di rifiutarle, come “*garanzia della libertà di cura*” p. 150) intesa nella sua anima collettiva si scontra necessariamente con il diritto all'autodeterminazione individuale, rafforzato dalle ultime conquiste legislative fondate sul consenso informato nell'ambito dei trattamenti sanitari. Si condivide in pieno il pensiero conclusivo di L. Lamberti, che, data la natura eccezionale e straordinaria della pandemia ed il suo impatto in ogni tessuto della comunità organizzata, unitamente all'esigenza di tutelare i più fragili con la vaccinazione, ritiene, pertanto, sacrificabili le svariate istanze individualistiche in nome del solidarismo e sempre che siano assicurati (nel caso di provvedimenti restrittivi della libertà individuali) i canoni della proporzionalità, adeguatezza e necessità; in conformità ai doveri inderogabili di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost.

Nel saggio di Cappabianca, Pasceri e Reginelli non sono mancate considerazioni di carattere etico e morale, termini talvolta erroneamente invocati come sinonimi e che nella pratica professionale devono anche fare i conti con il progresso scientifico, argomento su cui sono intervenuti anche il Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) e il Comitato Nazionale per la Biosicurezza le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNBBSV), evidenziando che il rapporto medico-paziente si fonda su una “*relazione di cura*” (*Intelligenza artificiale e Medicina: Aspetti Etici*, 29 maggio 2020) e che, pertanto, la prestazione sanitaria non può ridursi ad una “*standardizzazione delle conoscenze scientifiche*” (G. Pasceri, *Intelligenza Artificiale, Algoritmo e Machine Learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, Milano, 2021, 130-133). Quanto sopra è avvalorato dall'osservazione che ogni paziente presenterebbe peculiarità che, secondo gli AA., necessitano di un'attenta osservazione e conoscenza scientifica da parte del medico. Sul punto seguono interessanti e condivisibili spunti sull'importanza del ruolo costituito dal consenso informato anche nella sua accezione internazionale (relativa alla Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina, del 4 aprile 1997), come forma di rispetto per il paziente e opportunità per quest'ultimo di ricevere pienamente contezza circa il suo stato di salute e, di conseguenza, scegliere i trattamenti sanitari più congrui, ma anche per intensificare e stimolare la consapevolezza professionale ed il rapporto di fiducia tra medico e paziente da coniugare ragionevolmente (anche alla luce dell'esperienza Covid-19) con il progresso scientifico, costituito dalla “[...] *introduzione di sistemi avanzati o dotati di intelligenza artificiale*” (p. 164).

Questo concetto assume maggior rilevanza sul piano delle vicende connesse alle malattie rare, fenomeno del quale si sta progressivamente prendendo coscienza e per il quale sta emergendo una disciplina tanto a livello interno - attraverso il Registro Nazionale delle Malattie Rare D.M. del 18 maggio 2001, n. 279 - quanto a livello europeo, con l'emanazione della direttiva 2011/24/UE che ha dato impulso alle Reti di Riferimento Europee (ERN) al fine di raggiungere l'obiettivo comune dell'assistenza transfrontaliera sul settore delle malattie rare. Servizi e prestazioni specialistiche che però, come evidenziato da Roberta Riccio, durante la prima fase dell'emergenza Covid-19 sono stati sospesi o comunque limitati dalle restrizioni dell'Esecutivo italiano per ridurre la circolazione del virus sul territorio nazionale portando a indicibili afflizioni per i pazienti affetti da patologie rare, lasciati a se stessi. Come ben rimarca l'A., di fronte alla

tumultuosa crescita di richieste di ospedalizzazione connesse al coronavirus, “*molte strutture ospedaliere sono state dedicate in parte, o completamente, ai pazienti Covid-19*” (p. 182), compromettendo così “*la capacità di diagnosi [...] l’accesso alle cure e [...] [le] terapie domiciliari*” (p. 184) relativi alle malattie rare, in danno dei pazienti che soffrono di questo gruppo di patologie. Il legislatore ha, infatti, solo in parte risposto al problema con il decreto legge c.d. Cura Italia n. 18/2020, contenente misure “*volte alla tutela dei cittadini più fragili affetti dalla malattia rara*” (p. 182) disponendo, come segnalato dall’A., l’estensione di permessi legge 104/1992 e, in alcuni casi, attraverso richieste di ospedalizzazione tramite strumenti di telemedicina, con evidenti ritardi e malfunzionamenti nelle visite diagnostiche concernente il campo delle malattie rare.

Come emerge nel saggio di Pietro Cappabianca, la rapida avanzata del virus su tutto il territorio nazionale ha anche reso necessaria l’adozione di misure restrittive in ambito processuale “*urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*” (D.L. n. 18/2020). Misure introdotte attraverso varie modifiche, tra cui il tanto discusso D.L. Cura Italia 17 marzo 2020, n. 18. All’art. 83, commi 1 e 2, il decreto prevedeva, da un lato, il rinvio generalizzato di tutte le udienze pendenti e la sospensione dei termini processuali dal 9 marzo al 15 aprile 2020 (successivamente prorogati); dall’altro, la sospensione del corso della prescrizione e dei termini massimi, rispettivamente della custodia cautelare in carcere (art. 303 c.p.p.) e delle misure diverse dalla custodia cautelare (art. 308 c.p.p.) sollevando diverse censure di legittimità costituzionale in riferimento al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole al reo e del principio di sufficiente determinatezza della norma penale (attinente in questo caso all’assenza di conoscibilità delle norma penale) art. 25 Cost. comma 2 e art. 159 c.p. sulla prescrizione. Secondo la ricostruzione dell’A., la sospensione del corso della prescrizione, istituto di diritto sostanziale si tradurrebbe così ad avviso della dottrina, in un’eccessiva discrezionalità dello Stato nell’esercitare la potestà punitiva sull’imputato *ad libitum*, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo e frustrando la natura stessa della prescrizione che nasce come istituto “*neutrale*” di diritto sostanziale (B. Andò, come citato da P.Cappabianca) e che risponde all’esigenza di civiltà giuridica di riconnettere “*al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena*” (C. cost n. 143/2018). Sulla scorta di queste argomentazioni (art. 25 comma 2 Cost., art. 7 CEDU e art. 159 c.p.), i Tribunali di Roma, Spoleto e Siena, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale, chiedendo alla Corte se l’emergenza Covid-19 a base dell’art.83 comma 4 del Decreto Cura Italia rientrasse o meno come causa generale di sospensione della prescrizione ex art.159 c.p. Il giudice delle leggi ha risposto con sentenza n. 278 del 23 dicembre 2020, dichiarando clamorosamente non fondate le questioni di legittimità rispetto all’art. 25 comma 2 Cost. e inammissibili le questioni relative all’art. 7 CEDU. La Consulta, infatti, riconnette in via generale la sospensione del corso della prescrizione disposta ex art. 83 comma 4 D.L. 18/2020 alla sospensione dei processi, operativa dal 9 marzo all’11 maggio 2020. Ciò le ha consentito, pertanto, di qualificare l’emergenza sanitaria come causa generale di sospensione della prescrizione ex art. 159 c.p. che appunto, grazie alla “*cerniera*” costituita dal predetto articolo, può operare ogniqualvolta la sospensione del processo penale sia prevista da una apposita norma (nella specie, l’art. 83 commi 2 e 3, cit. sulla sospensione dei procedimenti). In altri termini, la sospensione della prescrizione art. 83, comma 4, D.L. Cura

Italia si autolegittima grazie all'art.159 c.p. e scatta generalmente qualora la sospensione del processo sia stata espressamente prevista da un'apposita norma, con limitate eccezioni. Non solo: la Corte ha anche statuito che la temporanea e predefinita stasi del processo prevista dal D.L. Cura Italia, giustificata dalla imperante esigenza di tutela della salute collettiva alla luce della pandemia, non è in contrasto con la ragionevole durata del processo in ragione della breve durata della sospensione (C.Cost sent. n. 278/2020). Peraltro, come rilevato dall'A., l'art. 83 co.1 e 2, che ha disposto una sospensione temporanea dei processi *“solo apparentemente...retroattiva”* (p. 207) dal 9 marzo al 17 marzo, trova fondamento e si autolegittima ai sensi di una previgente normativa che l'autorizza: l'art.1 d.l. n. 11/2020, abrogato sì, dall'art. 1 della legge n. 27 del 2020, che però *“[...]ne ha fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo, unitamente a quelli oggetto del precedente d.l. n. 9 del 2020 anteriore al 9 marzo”* (C. cost sent., cit.). Il decimo contributo chiude così la delicata questione della sospensione della prescrizione causata dall'emergenza Coronavirus, affermando in conclusione che l'attento operato della Corte non abbia *“dato vita ad una nuova causa di sospensione del corso della prescrizione, ma, ad una più attenta analisi, ha provveduto ad integrare una causa sospensiva già prevista al momento del fatto”* (p. 209).

Per Giovanni Stile, la pandemia ha anche messo a dura prova i coefficienti generali della causalità e della colpa connessi soprattutto ai reati di lesioni colpose ed omicidio colposo, coefficienti, che, alla luce del pensiero dell'A., andrebbero rivalutati tenendo conto dell'intero contesto nel quale si inseriscono e delle peculiari situazioni che vi fanno capo. Viene qui in rilievo l'art. 590-*sexies* c.p. (modificato dalla L. 8 marzo 2017, n. 24), che esclude la punibilità degli operatori sanitari relativamente ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose nell'esercizio della professione, quando tali eventi si verificano *“a causa di imperizia”* (ma non in caso di accertata negligenza o imprudenza, come sostenuto dall'A.) e siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida (o le *best practice*); sempre che le raccomandazioni medesime siano *“adeguate alle specificità del caso concreto”*, il che rende ancora più farraginoso l'accertamento colposo. Le criticità si sono anche evidenziate, alla luce del contesto pandemico, nell'ambito relativo alla somministrazione dei vaccini, aspetto potenzialmente in grado di dar vita ad una *“pandemia giudiziaria”* (p. 214) e che ha conseguenzialmente portato il legislatore ad adottare misure limitative della responsabilità degli operatori sanitari, come il c.d. scudo penale, introdotto dal D.L. n. 44/2021. Il decreto, pertanto, all'art. 3 esclude la punibilità degli esercenti le professioni sanitarie in ordine ai reati di lesioni personali colpose e omicidio colposo nell'ambito della somministrazione di vaccini anticovid autorizzati, *“quando l'uso è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della Salute relative alle attività di vaccinazione.”* Appare, dunque condivisibile l'assunto dell'A., secondo il quale *“è in larga parte giustificata, la preoccupazione che medici ed operatori sanitari – che per mesi hanno operato in condizioni estreme – finiscano per ritrovarsi coinvolti in una sorta di caccia alle streghe, travolti in ondate di denunce e di inchieste giudiziarie miranti a trovare ad ogni costo colpevoli...per i decessi avvenuti”* (p. 216). Si sarebbe, piuttosto, potuto prevedere l'esclusione della punibilità per gli operatori sanitari dai reati di omicidio colposo o lesioni personali colpose commessi nel corso di tutta l'emergenza sanitaria. Il legislatore, infatti, solo più avanti ha corretto il tiro, ampliando la portata dello scudo penale a favore degli esercenti le professioni sanitarie,

con l'introduzione dell'art. 3-bis D.L. n. 44/2021 che dispone che *“Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19”* gli operatori sanitari *“nell'esercizio di una professione sanitaria”* potranno essere chiamati a rispondere dei reati di omicidio colposo o lesioni personali colpose (*“che trovano causa nella situazione di emergenza”*) solo in caso di *“colpa grave”*. Nell'attenuazione della colpa, si può tenere conto della *“limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate [...] [e del] minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”*. Si auspica che, alla luce delle osservazioni di attenta dottrina, il termine 'emergenza' sarà interpretato in senso ampio dalla giurisprudenza, in modo da far rientrare nell'ambito di applicazione non solo il Covid-19, ma qualsiasi altra situazione che costituisca un pericolo per la salute pubblica come sostenuto da P. Piras, citato da G. Stile. Non manca, infine, chi ha parlato di *“impunità di gregge”* (P. Biondani, *Impunità di gregge*, in *Espresso*, 15 giugno 2021): preoccupazioni che fanno leva, secondo alcuni magistrati, sull'accentuata difficoltà di contestare una colpa *“in una situazione con un virus sconosciuto alla scienza, norme incerte, mascherine introvabili, attrezzature inesistenti o inadeguate”*. Si giunge dunque, alle proposte finali avanzate dall'Autore, che richiede in definitiva una chiara definizione di colpa grave in ambito medico oltre ad un'attenuazione della responsabilità per il personale sanitario anche in relazione al reato di epidemia colposa.

Chiude la raccolta il saggio di A. Vivarelli, dedicato all'accessibilità ai vaccini, tanto nei suoi aspetti produttivi quanto in quelli distributivi e proprietari intellettuali, sostenendo infine l'A., l'opportunità di considerare i medesimi quali beni pubblici globali per la tutela della salute pubblica. Come dimostra l'A., particolarmente farraginoso in quest'area è proprio la regolamentazione del mercato farmaceutico, quale emerge non solo a livello statale interno e internazionale, ma soprattutto dalle volontà delle imprese farmaceutiche, le quali, in considerazione dei loro costanti progressi nella ricerca e nello sviluppo, riescono a proporre (talvolta imporre) con estrema semplicità le condizioni contrattuali ai propri clienti, dando vita al fenomeno di veri e propri *“regolamenti privati”* che si innestano in un nuovo panorama caratterizzato dal c.d. pluralismo giuridico (G. Teubner, citato dall'A.). Alla luce dell'attuale crisi sanitaria, l'approvazione di nuovi vaccini come strumenti di prevenzione e contrasto al virus stesso, ha riaperto il dibattito circa il ragionevole bilanciamento tra proprietà intellettuale nella veste di tutela dell'innovazione scientifica (a nostro avviso pur sempre recessiva), da un lato, e tutela della salute pubblica, volta a configurare i vaccini come beni pubblici globali, dall'altro. *“Al punto che l'accesso [generalizzato] ad essi [...] necessita la loro sottrazione a condotte lucrative speculative da parte delle imprese farmaceutiche”* per realizzare la funzione sociale solidarista relativa alla fruizione collettiva di tali strumenti ex art.2, 3 e 42 Cost. (A. Vivarelli). Si sono così elaborate nello scenario internazionale alcune proposte, tra cui quella di un'eventuale deroga agli accordi TRIPs sotto l'egida dell'OMC, (condivisa anche dall'Autrice) ai sensi del 'nuovo' art. 31-bis TRIPs (c.d. clausola di flessibilità). Il predetto articolo consentirebbe ai Paesi membri OMC esportatori di autorizzare la concessione di licenze obbligatorie a favore di altri Paesi con difficoltà produttive (importatori), sì da estendere l'approvvigionamento vaccinale su scala mondiale e combattere l'avanzata del virus. Ciò con efficacia naturalmente transitoria, eventualmente fino al raggiungimento dell'immunità di gregge, come rimarcato dall'A. Aggiungeremmo che

bisognerebbe rilevare le difficoltà procedurali e temporali che seguirebbero nel caso di sospensione temporanea dell'accordo TRIPs o di ricorso all'art. 31, dato che all'interno del Paese membro importatore sarebbe richiesta la presenza di un ente che si assuma il rischio di assicurare la produzione del farmaco oggetto del brevetto in tutto il territorio nazionale, insieme ad altri pressanti requisiti, ad esempio: la durata temporanea, l'obbligo di notificare al Consiglio TRIPs ed altri ostacoli di natura prettamente operativa, connessi alla carenza di beni essenziali, quale l'energia elettrica in una moltitudine di Paesi africani. Considerato che - nel momento in cui si scrive - si versa in una crisi emergenziale di dimensioni globali (con milioni di persone che hanno perduto la vita), rispetto alla quale siamo al sicuro solo se tutti sono al sicuro, pare ragionevole e condivisibile secondo l'Autrice, il sacrificio della "*logica di mercato*" per garantire un accesso equo, ampio e generalizzato ai vaccini anticovid nel mondo e incanalare così la proprietà verso una dimensione "*depatrimonializzata*".

Si chiude così la terza ed ultima parte del volume.

In conclusione, nel complesso dell'esperienza di lettura e analisi, non si può non apprezzare la pertinenza del titolo dell'opera rispetto agli argomenti trattati, tutti interessanti e delicati, esaminati a volte in modo molto dettagliato e non sempre collegati tra di loro, ma che contribuiscono a contrassegnare l'originalità del lavoro stesso e ad assicurarsi verosimilmente future adesioni. L'obiettivo di formulare osservazioni suggestive, seppur di carattere transitorio, e di censurare determinate scelte giuridiche effettuate dai vari legislatori nel contesto pandemico, sembra dunque pienamente realizzato. Non si può, infine, non riconoscere la difficoltà di aggiornamento in una materia così magmatica ed in costante e tumultuosa evoluzione quale quella della pandemia da Covid-19, che continua a minacciare lo scenario globale e che ha davvero messo a dura prova non solo l'ordinamento giuridico interno e internazionale, ma le nostre stesse esistenze.

Armando Saitta



A. CANTARO, *Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 178*

«**S**e prima di tutto potessimo sapere dove siamo e dove stiamo andando, potremmo meglio decidere cosa fare e come farlo». Con queste parole, il 16 giugno 1858, Abraham Lincoln aprì l'*House divided speech* – uno dei suoi più celebri discorsi pubblici – ed è con le medesime parole che può essere descritto l'afflato che unisce i sette *pensieri* contenuti nell'ultimo volume di Antonio Cantaro, professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Urbino "Carlo Bo".

Quello in commento è un saggio che, come si può riscontrare sin dal prologo, si prefigge l'ambizioso quanto riuscito obiettivo di indagare il delicato tema di «come, per quali fini e sulla base di quale orizzonte di senso i governanti si prendono cura dei cittadini» (p. 107) nelle società contemporanee. Prendendo le mosse, infatti, dal confinamento imposto nella prima fase della pandemia – che ha costretto la popolazione ad un lungo periodo di “assenza” dalla vita sociale – l'Autore si sofferma su un'altra assenza, di ordine squisitamente politico-costituzionale, ovvero «l'assenza di coloro che hanno la responsabilità di *prendersi cura* delle fragilità, dei bisogni, delle domande dei *governati*» (p. 2). L'analisi, svolta nel solco del «pessimismo dell'intelligenza, ottimismo della volontà» (p. 8), ha il pregio di mettere in evidenza, alla luce degli insegnamenti ereditati dall'«irruzione del catastrofico» (p. 18), contraddizioni e limiti dei processi di globalizzazione e digitalizzazione, caratterizzati, da una parte, da «strabilianti e potenzialmente benefiche innovazioni», ma, dall'altra, «anche [da] inquietanti forme di schiavitù salariale, sociale e tecnologica» (p. 8).

L'opera di Cantaro non si limita a fotografare il presente, bensì rappresenta, invero, un *caveat* e, al tempo stesso, un invito «a riprendere il cammino interrotto del *costituzionalismo dei governati*», un costituzionalismo, si precisa, «al servizio della giustizia sociale e della verità, quale che sia lo specifico e precipuo significato che ciascuno di noi attribuisce a queste impegnative parole che rendono la nostra esistenza collettiva degna di essere vissuta» (p. 8). “Riprendere il cammino”, dunque, è la sfida più grande che si troverà ad affrontare il costituzionalismo moderno, «inteso come scienza della *fondazione* e della *limitazione* del potere legittimo (G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021, p. 19), in particolar modo quando l'umanità approderà – si spera, al più presto – nell'epoca della postpandemia.

Il volume, lo si accennava poc'anzi, si articola in sette capitoli, che corrispondono ad altrettanti *pensieri* dell'Autore, il quale, partendo da vocaboli e locuzioni che sono entrate a buon diritto nel

* Contributo sottoposto a *peer review*.

“lessico” del periodo pandemico (stato di eccezione, ripartenza, resilienza, digitalizzazione, pandemia, sindemia ecc.), passa in rassegna alcune tendenze, affermatesi prima ancora dell’irruzione dell’emergenza sanitaria, su cui il costituzionalismo moderno dovrebbe porre particolare attenzione. Tendenze, queste, che segnano un «radicale cambio di paradigma rispetto all’idea di uomo veicolata dal costituzionalismo moderno e contemporaneo»: una «rivoluzione passiva» (p. 9). Per Cantaro, quindi, è bene prendere molto sul serio questo cambio di paradigma, soprattutto nei suoi sviluppi post-pandemici.

Il primo capitolo del volume, denominato “Stato di eccezione/Stato di normalità”, pone al centro dell’indagine il tema del «ritorno alla normalità esistenziale» (p. 11) dopo la fine del “confinamento”, imposto dal legislatore emergenziale per salvaguardare – ovvero, aderendo ad una suggestione lessicale fatta propria anche dalla comunicazione istituzionale, *curare* – la salute «come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.). Più in dettaglio, l’Autore pone due questioni, spesso trascurate nel dibattito pubblico intorno alla pandemia ed alla post-pandemia, che sono quelle della «*desiderabilità* e la *riproducibilità* della *normalità neoliberale*, delle sue leggi. O, all’opposto, la *desiderabilità* e *producibilità* di una ‘nuova normalità’, con le sue nuove ‘leggi’» (p. 11).

Prima di tratteggiare una risposta a questo primo interrogativo, tuttavia, è d’uopo interrogarsi, sotto un profilo di teoria generale, su cosa debba intendersi per “normalità”. Tema, quest’ultimo, spesso trascurato dalle scienze sociali, a cagione del diffuso pregiudizio «che la normalità coincida con la banalità. Una sfera considerata estranea alla normatività» (p. 12). A questa “disattenzione” non è immune neppure la scienza giuridica, la quale, in periodi emergenziali, è più incline a soffermare la propria attenzione sulla situazione straordinaria, piuttosto che sulla normalità. L’Autore attribuisce questa dimenticanza ad una lettura minimalista della celeberrima espressione schmittiana secondo cui “sovrano è chi decide sullo stato di eccezione”. Invero, il lascito del giurista tedesco andrebbe letto in un’ottica epistemologica, anziché ontologica, ovvero sia «[s]ovrano è chi decide quando esiste uno “stato di eccezione”. Ma, altresì, sovrano è chi decide quando lo stato di eccezione è cessato e si può tornare allo “stato di normalità”. O ad una “nuova normalità» (p. 12). Lo stato di eccezione, pertanto, non riveste un ruolo fondativo dello stato di normalità, bensì costituisce una sorta di *stress test* della normalità medesima.

Il rapporto tra diritto e normalità, si osserva, consiste nel fatto che la norma giuridica è, da una parte, canone che regola una serie indefinita di casi, ma, al tempo stesso, ricalca una certa omogeneità, una «normalità *statistica*» (p.15). La normalità, quindi, preesiste alla norma giuridica e, sotto certi aspetti, ne costituisce un fondamento di legittimazione. Per dirla con le parole dell’Autore, «[q]ualsivoglia proposizione normativa deve tener conto della realtà quotidiana che preesiste la sua creazione e validità» (p. 17). In questo contesto, l’evento catastrofico è visto come una «*apocalisse culturale* durante la quale la normalità è sospesa in ‘fattiva’ attesa di una sua ricostituzione, se non dell’instaurazione di una nuova normalità» (p. 19). E, in quest’ottica, «[è] il senso che viene dato al fatto a fondare lo *stato di eccezione*. Prima della sua ‘dichiarazione’ non esiste un fatto eccezionale in sé» (p. 22). A sostegno delle considerazioni suesposte, l’Autore richiama, poi, le riflessioni di Santi Romano in ordine allo stato di necessità: «[q]uesto, come la consuetudine, è un “fatto” che, a certe condizioni, si fa norma: non una forma eccezionale di

produzione del diritto, bensì una *modalità originaria di emergenza e di vigenza*. [...] La necessità quale levatrice della normatività. Non è *il fatto in sé* il fondamento di legittimazione del diritto, ma il “senso” che vi viene attribuito» (pp. 21-22). Sotto questo profilo, quindi, lo *stato di eccezione* dell’insegnamento schmittiano non sarebbe altro che il naturale sviluppo della dottrina romaniana sullo *stato di necessità*, ovverosia del nesso tra fatto e qualificazione dogmatica del fatto medesimo. Il rapporto che intercorre tra “fatto” e “senso del fatto”, spiega anche la dialettica *stato di eccezione* e *stato di normalità*: la deroga a quest’ultimo – giustificata da circostanze eccezionali – non è una negazione senza ritorno, bensì una sua sospensione funzionale a ripristinare uno stato di normalità e il fisiologico rapporto normalità-normatività.

Tornando, poi, al tema della normalità, viene messo in luce che il legame tra quest’ultima e la normatività non si risolve solo in un «rapporto di presupposizione: la normatività, per essere effettiva, deve affondare le proprie radici in un *concetto forte di normalità*» (p. 25), cioè deve rinviare ad una fattispecie “condivisa” di cosa sia una situazione normale, corrispondente all’*id quod plerumque accidit*. Da ciò, conseguentemente, ne discende che non esiste una normalità idealtipica, bensì innumerevoli “normalità”, tante quante le epoche storiche prese in considerazione nel saggio in commento: la normalità aristocratico-borghese che informa lo statuto dogmatico schmittiano, l’uomo normale della *middle class*, l’uomo del fordismo, l’*homo civilis* degli anni ’60 e ’70 e la normalità dell’uomo neoliberale, che non risponde ad uno «specifico “tipo”, veicolo di una normalità/normatività tipica di una classe, di una cultura ‘particolare’ quantunque egemone». (p. 26). L’uomo neoliberale, si osserva, si ritiene dotato di una «razionalità *tout court*», universale, che si sostanzia nella razionalità economica; una «razionalità totalitaria che estende la logica normativa dell’interesse, della massimazione dell’utile, a tutte le condotte umane, ergendola a codice unico di intelligibilità del mondo». L’uomo neoliberale è diverso dall’uomo del liberalismo classico: mentre quest’ultimo è un uomo che, sebbene sia animato dalla logica dello scambio, non esaurisce in quell’attività le sue relazioni e la sua umanità, per l’uomo neoliberale «la più alta qualità umana è vivere in una condizione di competizione permanente» (p. 27).

Tale statuto della normalità neoliberale, che l’Autore definisce uno «stato di eccezione fittizio» (p. 29), ha delle ricadute rilevanti sul piano della dogmatica giuridica: non si tratta più solo di riconoscere a livello costituzionale la proprietà, la libertà di impresa e, più in generale, l’economia di mercato, bensì di «rendere universalmente cogente *la logica normativa della massima performance e del godimento estremo*» (p. 27).

L’Autore, inoltre, osserva come nella fase acuta della pandemia, quella del confinamento, «questo credo fondamentale, questa ‘religione’ [sia] finita temporaneamente in *quarantena*. [...] La *globalizzazione neoliberale* “ostruita”» (pp. 30-31). Ed è in questa occasione che in alcuni «si è insinuato il dubbio sulle “magnifiche e progressive sorti” dello stato di normalità pre-Covid», ovverosia della normalità neoliberale. Stiamo assistendo ad una rivincita dell’*homo civilis* – si interroga l’Autore – oppure «alla fine prevarrà un modello social-darwinista di regolazione della vita lavorativa e sociale, una radicalizzazione all’ennesima potenza del precedente stato di normalità?» (p. 32).

I due scenari, hanno un medesimo grado di plausibilità: da una parte, infatti, si avverte «il desiderio di una *cesura* con il modo di produzione neoliberale», dall’altra, si fanno sempre più

insistenti le istanze volte ad intraprendere un cammino volto ad una «rapida e completa *ripartenza*» (p. 32).

Ad ogni buon conto, il saggio prosegue sostenendo che oggi il contributo della scienza giuridica necessita di essere contestualizzato al *dopo confinamento*, cioè alla successiva fase che si è aperta al venir meno delle restrizioni alle libertà civili che hanno caratterizzato la “prima fase” della pandemia. Occorre, quindi, focalizzarsi sulla «tutt’altro che peregrina percezione di larga parte della popolazione di essere precipitata nel mezzo di una catastrofe economica e sociale» (p. 33). Ed è su questo terreno che deve intervenire l’opera di qualificazione del fatto – di cui si è fatto cenno poc’anzi – su cui la scienza giuridica del Novecento ha posto particolare attenzione. Non sappiamo cosa ci riserverà il futuro – se una “normalità neoliberale” o una “nuova normalità” – tuttavia, prima ancora di interrogarci su quale sarà la normalità del domani, occorre soffermarsi sul nostro presente e su quella «mistica della ripartenza, della resilienza» (p. 34) fatta propria dallo *storytelling* con cui i poteri pubblici (e privati) illustrano ai governati come sarà il mondo dopo la pandemia.

Al tema da ultimo esposto, l’Autore dedica il secondo capitolo del volume (“Ripartenza/Resilienza”). In proposito, anche all’osservatore più disattento non sarà sfuggito che oggi *ripartenza* è la parola d’ordine per eccellenza del post-confinamento: «[u]na ipocrita retorica dei buoni sentimenti, diranno i pochi sbigottiti superstiti intellettuali umanisti che ancora esercitano il vetusto diritto di critica. In ogni caso, una narrazione da prendere sul serio» (p. 41), specie se si pone mente al lessico utilizzato nel *Piano nazionale di ripresa e resilienza* (P.N.R.R.). Cantaro nota, infatti, come nel pur articolato documento programmatico la parola “Costituzione” non vi ricorra una volta; poco o nulla vi è relativamente alle parole “sindacati”, “contrattazione”, “uguaglianza”, “solidarietà”, ed altre – come “equità economica e sociale” – che pure nella nostra Carta fondamentale rivestono un ruolo essenziale per lo sviluppo dell’individuo, nel P.N.R.R. vengono associate ai benefici della competizione tra imprese (p. 44). Ben altra sorte è stata riservata, invece, alle parole “concorrenza”, “produttività”, “impresa”, “modernizzazione” ed “ammodernamento”.

Questi rilievi, lungi dal rappresentare un mero esercizio stilistico del costituzionalista purista, mettono chiaramente in evidenza come il Piano dia luogo ad un processo di *de-costituzionalizzazione*, nel senso di porre l’azione di governo dei prossimi anni «fuori dalla lente con la quale la Costituzione Repubblicana legge i conflitti, la condizione dei lavoratori, le domande di emancipazione sociale dei cittadini. Non è un dettaglio» (p. 45).

Nulla di incostituzionale – ci tiene a precisare l’Autore – tuttavia, per quale ragione gli estensori del P.N.R.R. ritengono che si possa fare a meno della «grammatica dei beni comuni – principi, valori, speranze di riscatto ed emancipazione sociale e territoriale – scritti nella *legge fondamentale della Repubblica?*» (p. 46). Forse, si osserva criticamente, perché si fa affidamento su un’altra legge fondamentale: quella, di cui si è fatto cenno poc’anzi, della *razionalità economica universale*. Ma – ci ricorda l’Autore – «*modernizzazione* [...] non equivale a *civilizzazione*» (p. 47).

Altro pilastro della sovrastruttura assiologica che informa il P.N.R.R. – accanto a quello della ripresa – è quello della *resilienza*: questa si identifica con la capacità della collettività, e degli individui che la compongono, di adattarsi di fronte alle vulnerabilità della vita, come la perdita

del lavoro, la povertà e l'emarginazione sociale. Un concetto, tuttavia, dal significato indefinito, non rivelato, imperscrutabile, una «formula magica [...], il carburante, in senso figurato, della ripartenza. [...] Il fatto della resilienza diventa una *universale norma di condotta*» (pp. 48-49).

Ad avviso di chi scrive, un passaggio della ricostruzione di Cantaro degno di particolare pregio è quello in cui viene messa in rilievo la dialettica *vulnerabilità/resilienza*, affrontata anche in un recente saggio del filosofo sudcoreano Byung-chul Han (B. HAN, *La società senza dolore*, Torino, 2021). Infatti, mentre le scienze umane nel corso del Novecento avevano dato particolare attenzione alla «caducità della dimensione terrena [...], [postulando] una sorta di superiorità gerarchica della vulnerabilità rispetto alla resilienza» (p. 51), il discorso neoliberale ha capovolto quest'ordine di idee, sancendo, come regola, la resilienza e la vulnerabilità come eccezione. La nostra Carta fondamentale, invece, non incita i lavoratori alla resilienza, ad adeguarsi solipsisticamente alle leggi del mercato, bensì stabilisce, all'opposto, che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione adeguata a garantirgli un'esistenza libera e dignitosa (art. 36, comma 1, Cost.).

Conclude il secondo capitolo, poi, una riflessione sulla *rivoluzione passiva* a cui stiamo assistendo, già anticipata nel prologo dell'opera. Una rivoluzione che fa leva innanzitutto sul sapiente uso di un linguaggio, omologante e pervasivo, che nega qualsivoglia idea di conflitto sociale. In un mondo in cui si preannuncia l'epoca felice che verrà, il nuovo rinascimento, il nuovo umanesimo e nuovi beni comuni, non c'è più spazio per il pensiero critico.

Tra gli esempi paradigmatici di queste «narrazioni della salvezza», l'Autore cita la transizione ecologica e quella digitale: due temi facili da comunicare, moderni, etici e politicamente corretti, progressisti e, sotto il profilo della teoria economica, keynesiani. Tuttavia, dietro alcuni imperativi cogenti derivanti dalla crisi climatica – come il processo di decarbonizzazione a cui dovrebbe fare da contraltare la massiccia elettrificazione dei consumi – si celano implicazioni «assai meno innocenti» (p. 59), a partire dal fatto che il tema dell'approvvigionamento energetico è solo una delle questioni inerenti alla tutela dell'ambiente. A ciò, si aggiunga, poi, che la transizione verso le *low carbon energy technologies* richiederà uno sfruttamento massiccio dei suoli per reperire le risorse materiali necessarie allo scopo, «[c]on il paradossale ma concreto rischio di salvare l'aria, l'atmosfera, al prezzo di condannare l'acqua».

Insomma, ci sono troppi «non detti» nella narrazione del capitalismo verde» (p. 60) ed analoghe riserve suscitano nell'Autore le narrazioni legate alla transizione digitale («protagonista» del quinto e del sesto capitolo, sui quali ci si soffermerà *infra*).

Nel terzo capitolo («Politica/Tecnocrazia»), l'Autore spende interessanti considerazioni in ordine al dibattito, apertosi in Occidente a seguito della pandemia da Covid-19, sul ritorno dell'intervento pubblico e della statualità, dopo decenni in cui l'opinione maggioritaria aveva salutato con favore l'indebolimento dei poteri pubblici tradizionali, i quali avrebbero dovuto cedere il passo ad una *governance* globale, multilivello, dal basso (*recte*: fondata sulla capacità di auto-regolamentazione degli operatori economici globali e delle associazioni che li rappresentano), ispirata al c.d. *soft power*. Con la pandemia, invece, «il sacro trittico della politica economica dei decenni scorsi, apertura dei mercati, ritiro dello Stato, privatizzazioni» è sparito dalle agende dei governi di tutto il mondo e in Europa si sta progressivamente assistendo alla c.d. «*crisi dell'ordine*

di *Maastricht*» (p. 66): la sospensione dei limiti del Patto di stabilità, le deroghe alle disposizioni in materia di aiuti di Stato ed il varo del programma *Next generation EU* ne sono un fulgido esempio.

L’augurio dell’Autore è che, sulla scorta dell’esperienza pandemica, prenda forma la tendenza alla «*politizzazione delle tecnocrazie europee*» (p. 82): un “ritorno al politico” all’insegna dell’autonomia strategica europea, consistente nel «[r]ispondere con il linguaggio della potenza all’altrui mercantilismo». Insomma, per dirla con formula icastica ed al contempo efficace: «[d]al globalismo al *mercantilismo geostrategico*» (p. 76). Ritorno del politico, quindi, inteso come sovvertimento della logica che ha governato la dialettica politica/tecnocrazia nell’epoca di Maastricht: alla politica, oggi, spetta il compito di selezionare i fini da perseguire; alla tecnocrazia, quello di determinare i mezzi per raggiungere gli obiettivi prefissati.

È ancora prematuro giungere a delle conclusioni sul futuro di questo cambio di paradigma, dal momento che, allo stato, non è agevole affermare quanto tasso di occasionalismo ci sia dietro certe scelte e quanto, invece, sia destinato a segnare il futuro dell’Europa. Di certo, tuttavia, ci sono alcuni segnali incoraggianti lanciati dai principali attori istituzionali dell’UE e delle cancellerie del Vecchio continente.

Il quarto capitolo (“Prendersi cura/Governare”) riprende il *fil rouge* che lega i sette pensieri contenuti nel volume, cioè quello del prendersi cura, da parte dei governanti, delle vulnerabilità dei governati. Governare, infatti, «è sì regolare senza posa gli ingranaggi dell’amministrazione, ma prima ancora è ascolto e cura degli amministrati» (p. 105). In questa sede, inoltre, l’Autore riprende il discorso sul rapporto tra politica e tecnica, attingendo alla metafora platonica del “re tessitore”: «[è] il tessitore che comanda al cardatore i fili appropriati alla sua arte, e non, viceversa, il cardatore che impone al tessitore di adattare la tessitura ai fili da lui prodotti [...]. Il primato spetta, dunque, alle “tecniche d’uso” e non alle “tecniche di produzione”» (p. 103). Ritorna, quindi, anche nelle pagine che compongono il quarto capitolo, il tema della *actio finium regundorum* tra politica, da una parte, e tecnocrazia, dall’altra.

I temi dell’ascolto dei governati e della dialettica politica/tecnocrazia, infatti, assumono un rilievo dirimente al fine di comporre i conflitti sociali sorti in occasione dell’adozione delle misure di contenimento dei contagi (dal primo *lockdown* all’odierno *super green pas*). A tal riguardo, l’Autore ammonisce che, ad alimentare le tensioni nelle piazze «v’è la legittima inquietudine per dei pubblici poteri che alle ragioni dei governati (paure, passioni, interessi), alle ragioni della politica e del diritto, antepongono le ragioni scientifiche, senza valutare se le loro conseguenze siano o meno socialmente accettabili e concretamente accettate». Tuttavia, fa notare lucidamente Cantaro, «[i]l limite profondo della narrazione “negazionista” è l’intima subalternità e complicità a quest’ordine del discorso». Difatti, queste rivendicazioni non si traducono nella richiesta, ai governati, di maggiore ascolto, cura o protezione sociale, bensì innalzano la «bandiera anarchico-libertaria» (p. 108) della “cura di sé”, negando in radice il fondamento delle teorie contrattualistiche. In questi termini, si spiega, quindi, la ragione per cui l’Autore ritiene che queste forme di “negazionismo pandemico” siano il prodotto dell’etica e dell’antropologia liberale dell’assenza di limiti, dell’individualismo esasperato e della «*performance assoluta*» (p. 109).

Il quinto (“De-costituzionalizzazione/Digitalizzazione”) ed il sesto capitolo (“Libero arbitrio/Libero sfruttamento”) si occupano del tema della digitalizzazione – della quale, per usare

un termine di strettissima attualità, la pandemia si è rivelata un *booster* – e le sue ricadute sul piano del diritto costituzionale.

In primo luogo, l'Autore mette in rilievo che, parallelamente al processo di globalizzazione neoliberale, negli ultimi anni stiamo assistendo ad un processo di de-costituzionalizzazione, il quale, si badi, non è mero disordine, bensì il precipitato di una sempre più esplicita ricostituzionalizzazione da parte di nuovi poteri costituenti, che convivono e condizionano i tradizionali poteri costituiti. Gli esempi più evidenti di questi nuovi poteri sono le grandi imprese digitali e le loro piattaforme (Facebook-Meta, Apple, Amazon, Google ecc.). Questi, sebbene siano soggetti privati che svolgono attività di impresa, si presentano sempre di più come «Stati negli Stati» (p. 118), detentori di un patrimonio informativo – i c.d. *big data* – superiore a quello delle amministrazioni fiscali, sanitarie e statistiche degli Stati nazionali; e non è un caso se, sempre più di frequente, le autorità pubbliche si trovano costrette a ricorrere alla collaborazione di tali soggetti per la gestione ed il supporto dei *server* di polizia, difesa, sanità, fisco e previdenza. La vocazione “costituzionale” di tali piattaforme è, peraltro, sovente confermata dalle dichiarazioni pubbliche dei loro azionisti o dagli atti ufficiali delle società di capitali a cui si riferiscono. L'Autore cita esemplificativamente il caso di Facebook che, nel 2017, «rilasciava un lungo comunicato da cui emergeva una complessiva visione di *policy-making* globale in cui trovano spazio temi, un tempo di ordine prettamente politico-costituzionale, quali la lotta alle disuguaglianze, la tutela delle fasce più deboli, la libertà di espressione». Nel mentre, il colosso del *web* iniziava a porre le basi della sua cripto-valuta, spendibile nel nuovo “metaverso”. In un'epoca storica in cui le istituzioni costituzionali dell'ordine globale del XX secolo appaiono agli occhi dei cittadini «sempre più screditate a causa della vistosa distanza tra l'astratto “dover essere” delle carte dei diritti e il concreto “essere” del diritto internazionale» (p. 119), le *Big Tech* hanno gioco facile nell'accreditarsi come i nuovi attori “istituzionali” del mondo globalizzato.

In secondo luogo, l'Autore si sofferma sulla crescente importanza che hanno assunto gli algoritmi nelle nostre vite quotidiane, quale naturale corollario del processo di digitalizzazione. In tal senso, è emblematico il fenomeno dell'emersione di rapporti di lavoro regolati, in tutto e per tutto, dall'algoritmo, che ormai agisce alla stregua del “vecchio” datore di lavoro, il quale, ad esempio, può decidere di interrompere il rapporto con un semplice distacco dell'*account*, senza alcun tipo di presidio garantistico.

Il pensiero non può non correre alla vicenda dei *rider* – a lungo tempo descritti dalla narrazione ideologica neoliberale come imprenditori di sé stessi – che solo di recente, a seguito del moltiplicarsi di rivendicazioni sindacali, hanno iniziato ad ottenere, in via pretoria, le prime (ed effettive) forme di tutela mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto positivo. I giudici del lavoro, infatti, hanno iniziato prendere atto che non ci troviamo al cospetto di lavoratori «emancipati» che, per passione e per amore della libertà decidono *liberamente* di farsi sottopagare, di sottomettersi a ritmi infernali, di esporsi continuamente al rischio di incidenti» (p. 142), bensì di fronte a persone che non hanno alternative concretamente praticabili, spesso proprio a causa della perdita di un precedente lavoro, che, peraltro, la Costituzione italiana tutela “in tutte le sue forme” (art. 35 Cost.).

Nel settimo, ed ultimo, capitolo (“Pandemia/Sindemia”), l’Autore riprende il tema dell’emergenza sanitaria, spendendo poi considerazioni conclusive sul futuro del costituzionalismo moderno. Si osserva, infatti, come sebbene il virus sia stato inizialmente definito “democratico”, dal momento che ha colpito indistintamente la popolazione mondiale senza distinzioni di classe ed etniche, invero «le conseguenze più gravi sono state disuguali» (p. 154). Non solo ricoveri e decessi hanno colpito in modo particolarmente drammatico i soggetti con determinate malattie croniche, ma anche le condizioni di vita come la qualità abitativa, la tipologia di lavoro svolto ed il *digital divide* (che hanno influito sulla possibilità di lavorare in *smart working*) hanno influito non poco sulle probabilità individuali di contagio. Pertanto, «[l]a probabilità di esposizione alla malattia ed i suoi impatti sono, dunque, legati ad un insieme di condizioni economiche e sociali» (p. 156). Più che di pandemia, quindi, si dovrebbe parlare, più correttamente, di *sindemia* (dall’inglese *synergy* ed *epidemic*), «volendo così sottolineare che la principale causa della diffusione del virus è da ricercare in una *sinergia di fattori* e che il virus colpisce con modalità ed intensità asimmetriche» (p. 157). Tale locuzione, peraltro, è stata recentemente fatta propria anche dalla comunicazione istituzionale delle autorità sanitarie del nostro Paese. Tra i fattori che incidono sulla nascita di nuove varianti del virus - e che, quindi, ostacolano inevitabilmente la fine della pandemia - v’è senza ombra di dubbio la distribuzione diseguale dei vaccini, acuita dalla regolamentazione internazionale della proprietà intellettuale.

Conclude il saggio l’auspicio dell’Autore affinché si inauguri una «nuova stagione del costituzionalismo globale», da rintracciare nel «“valore razionale della solidarietà”, nella sua intrinseca idoneità a tenere insieme gli interessi di tutti» (p. 169). La pandemia, infatti, ha prepotentemente riportato al centro del dibattito la necessità di costituire una sfera pubblica globale che sia in grado di sottrarre alla logica del mercato e a quella della geopolitica la tutela dei diritti fondamentali, riconosciuti ad ogni individuo dalle costituzioni figlie del costituzionalismo moderno.

Luca Amedeo Savoia



E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 287*

Il volume monografico *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia* di Entela Cukani, ricercatrice di diritto pubblico comparato all'Università del Salento, muove da una constatazione di fatto ampiamente denunciata in sede sia dottrinale che politica: la crisi dello Stato di diritto in alcuni Paesi all'interno dello spazio giuridico europeo e il suo rapporto con la condizionalità interna ed esterna ai confini europei.

L'opera, dunque, si presenta come una valida e attenta ricostruzione sistemica del concetto di *rule of law* e condizionalità servente a definire le coordinate principali della ricerca, volta a delineare le caratteristiche principali delle derive illiberali di due Paesi europei (Ungheria e Polonia) e di un Paese non europeo (Turchia). L'obiettivo è quello di offrire al lettore una visuale concreta e dinamica delle attuali tendenze in atto in questi Paesi che l'Autrice definisce di "giustizia illiberale".

Già in premessa allo studio viene ben chiarita la significativa importanza dello Stato di diritto, come patrimonio irrinunciabile europeo e garanzia assoluta dei diritti fondamentali. Per tale ragione, la condizionalità ha rappresentato – e continua a rappresentare – il canale privilegiato dei rapporti tra Unione Europea e Stati candidati. Nelle relazioni esterne l'UE promuove, attraverso le condizionalità, il complesso dei principi e valori europei (elencati encomiabilmente nell'art. 2 TUE) che danno forma al modello di democrazia liberaldemocratica.

In questo senso, la *rule of law* si atteggia, insomma, ad un complesso di garanzie volte al temperamento del potere e si lega a doppio filo con il concetto di costituzionalismo, prevedendo *latu sensu*: 1) la presenza di una Costituzione rigida; 2) indipendenza del potere giudiziario da ogni forma di influenza politica; 3) garanzia dei diritti fondamentali attraverso una Corte costituzionale in grado di tutelare l'individuo da ogni forma di lesione. Questi elementi rappresentano il patrimonio comune a tutti gli Stati membri e si ergono a parametro per valutare da un lato se un Paese ha il potenziale per potere entrare a fare parte dell'UE e dall'altro, per "monitorare" lo stato di salute delle democrazie di alcuni Paesi membri, tra cui ad esempio Ungheria e Polonia.

L'Autrice declina il rapporto tra condizionalità e *rule of law* lungo due direttrici di ricerca: la prima attraversa la contrapposizione tra istituzioni europee e Ungheria e Polonia, analizzando da vicino l'involuzione del sistema giudiziario interno a seguito delle riforme costituzionali

* Contributo sottoposto a *peer review*.

approvate negli ultimi anni, che hanno radicalmente fornito ai due Paesi oggetto di indagine un assetto illiberale; sul secondo versante, invece, l'A. analizza il caso dell'assetto istituzionale della Turchia per definire da vicino, nella prospettiva della condizionalità dell'adesione europea, le modalità adoperate dall'Unione per valutare l'idoneità dell'assetto democratico e costituzionale del Paese candidato con i valori e i principi fondanti dell'UE.

Ne consegue una ricerca encomiabile che si cercherà di approfondire adeguatamente nel corso della presente recensione.

Muovendo dal ruolo della giustizia costituzionale nelle democrazie liberaldemocratiche, approfondito attraverso una rigorosa analisi del conflitto tra Kelsen e Schmitt sul tema del rapporto tra giustizia e pluralismo nelle Costituzioni moderne, lo studio di Entela Cukani si pone l'obiettivo principale di delineare il rapporto tra condizionalità europea e giustizia illiberale *from outside to inside* all'Unione Europea, che da diversi anni mina le fondamenta del costituzionalismo liberaldemocratico. Tali dinamiche, definite anche «*democratic backsliding*» o «*democratic erosion*», destano a livello europeo molta preoccupazione, anche perché sono dotate di una virulenta forza espansiva che ha portato Paesi vicini a seguire le medesime tendenze involutive (vedi, ad esempio, il caso della Romania).

Il volume si compone di quattro capitoli, di cui l'ultimo è interamente dedicato alle considerazioni conclusive. I capitoli sono organizzati all'interno del saggio monografico nel seguente modo: il primo ruota interamente attorno alla dinamica della condizionalità economica europea, partendo dalle origini sino ad arrivare alla costituzionalizzazione della condizionalità in ambito interno all'Unione; il secondo capitolo, suddiviso in sezioni per ogni Paese, si concentra sull'analisi e sulla evoluzione dei sistemi di giustizia in Ungheria, Polonia e Turchia, con un efficace metodo storico-comparativo che permette all'Autrice di collocare l'analisi all'interno di un particolare contesto ideologico di riferimento; il terzo capitolo, strettamente connesso al precedente, analizza da vicino gli strumenti (politici e giuridici) di cui dispongono le istituzioni europee per contrastare le tendenze involutive illiberali degli ordinamenti oggetto di analisi, connotate da un poderoso controllo del potere politico su quello giudiziario. Il quarto e ultimo capitolo è invece dedicato alle riflessioni conclusive, in cui l'A. denuncia l'assenza di effettivi ed efficaci poteri federali che sono intimamente connessi, ad avviso dello scrivente, all'espansione del modello di "giustizia illiberale" *inside* all'Unione.

Di seguito si proverà a esaminare, in maniera quanto più esaustiva, i contenuti principali riscontrati nei singoli capitoli sopra brevemente esposti.

Nel merito, dunque, il primo capitolo, avente ad oggetto la ricostruzione in chiave diacronica del concetto e della portata della condizionalità europea, quale strumento di disseminazione dei valori europei di democrazia, permette al lettore anche meno esperto di ripercorrere le principali tappe evolutive della condizionalità e di come essa sia divenuta, nel corso degli anni, sempre più imprescindibile nei rapporti tra istituzioni europee e Paesi membri.

Partendo dalle origini, in generale, della condizionalità quale strumento dal carattere squisitamente politico, «in base al quale si subordina la concessione di incentivi di natura economica, finanziaria e politica al soddisfacimento di determinati criteri da parte degli Stati riceventi» (p. 27), l'A. si sofferma sulla distinzione tra due tipi di condizionalità: la prima positiva,

riconducibile al riconoscimento di una serie di benefici finalizzati al raggiungimento di determinati obiettivi condizionanti; una seconda negativa che prevede l'attivazione di clausole sanzionatorie, qualora lo Stato beneficiario venga meno agli accordi prestabiliti.

Dopo una breve, quanto esaustiva, ricostruzione del principio della condizionalità nell'ambito del Piano Marshall e della c.d. dottrina Truman, in cui gli aiuti finanziari erano strettamente connessi alla creazione di uno spazio di libertà, pace e sicurezza contrapposto ai paesi del blocco sovietico, Cukani si sofferma sulla ricostruzione del principio di condizionalità in ambito europeo.

L'analisi diacronica risulta di grande rilievo per comprendere i passi compiuti dall'Unione con riferimento alla condizionalità. L'A. ripercorre tutti gli strumenti convenzionali che dal 1975 (*Lomè I*) e, più nel dettaglio, a partire dagli anni '90, hanno subordinato la concessione di sussidi economici al rispetto dei diritti umani prima e dello Stato di diritto successivamente.

L'Autrice nel corso del primo capitolo riconosce, anche grazie al supporto di un notevole apparato bibliografico, l'importanza della condizionalità per gli interessi strategici ed economici dell'Unione, ricordando come proprio l'art. 3, co. 4 del TUE, incentiva e promuove la circolazione del modello liberaldemocratico. Orbene, dal principio di condizionalità deriverebbe la posizione dell'UE quale «attore globale» (p. 33) in grado di disseminare i valori europei servente al tempo stesso a garantire la stabilità interna europea.

Il principio di condizionalità, inoltre, non è adoperato *sic et simpliciter* in ogni forma di relazione esterna. A tal proposito, infatti, l'A. distingue due forme di condizionalità: la condizionalità definita della «futura adesione» e la condizionalità con i Paesi esterni regolata dall'art. 21 TUE (compresi i Paesi limitrofi).

Il primo tipo di condizionalità merita maggiore attenzione, se non altro, perché è quella che nel corso degli anni ha subito le più importanti evoluzioni. Per i Paesi «aspiranti membri», infatti, la condizionalità è stata sottoposta a una serie di rigidi criteri formali (definiti dal Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993), tra cui il criterio politico, economico e dell'*acquis communautaire*, definito dall'A. come «l'attitudine necessaria per accettare gli obblighi derivanti dall'adesione e gli obiettivi dell'Unione politica, economica e monetaria» (p. 37). Di grande pregio scientifico, assolutamente condivisibile, lo sguardo di insieme fornito da Entela Cukani dei complessivi rapporti (interni ed esterni) europei, i quali risultano intimamente connessi alla *governance* economica europea. Nello specifico, si ritiene che il processo di europeizzazione e di promozione dei valori europei, visto con la lente del funzionalismo e del neo-funzionalismo, innesca virtuosi processi di interdipendenza.

Rimandando alla monografia per i dovuti approfondimenti circa l'evoluzione della condizionalità europea in rapporto agli Stati terzi (quelli cioè non interessati a fare parte dell'UE), si ritiene necessario, in questa sede, dare conto della condizionalità europea di adesione a partire dai primi allargamenti. Questo ci consentirà di comprendere le attuali dinamiche di *democratic blaksliding*.

La prima stagione di adesione all'Unione europea, risalente agli anni '60 con l'ingresso del Regno Unito, si caratterizzava per una condizionalità che potremmo definire *ex post*. L'allora Comunità Europea prevedeva infatti, in questa prima fase embrionale di allargamento, che il

Paese si adeguasse solo successivamente agli obblighi e ai diritti europei, concedendogli un adeguato spazio di tempo.

A partire dalla seconda metà degli anni '70, con l'ingresso dei Paesi fuoriusciti dai regimi autoritari (Grecia, Spagna e Portogallo), si ha un cambio di rotta; vengono definite, infatti, nuove clausole con cui si condiziona l'ingresso dei suddetti Paesi al rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, tale condizionalità è esercitata dalle istituzioni europee solo attraverso un controllo esclusivamente formale, riconducibile all'approvazione di nuove Costituzioni rigide post-regime autoritario. Non abbiamo ancora, quindi, controlli certosini volti a verificare effettivamente che in quei Paesi vi fosse un reale e concreto rispetto dei diritti fondamentali. Lo stesso discorso vale per l'allargamento degli anni '90 (Austria, Svezia, Norvegia), in cui il controllo è incentrato su valutazioni che attengono prevalentemente la sfera economica (p. 54).

Un decisivo passo in avanti, come ampiamente documentato all'interno del saggio, si ha a partire dalla firma del Trattato di Maastricht nel 1992, che ha inaugurato l'inizio di un'Unione politica. Tale periodo coincide, come è noto, con la fuoriuscita dall'ex blocco comunista dei paesi dell'Est Europa e, quindi, con il c.d. "quinto allargamento" (p. 55). L'avvio dell'ingresso di questi Paesi è stato contraddistinto da una spinta in avanti della condizionalità europea. Le Conclusioni di Copenaghen del 1993, infatti, vanno nella direzione di un controllo più incisivo, già in fase di preadesione, delle Istituzioni europee verso i paesi candidati. Uno scrutinio che valuta se il Paese rispetti i tre criteri sopracitati, cioè quello economico, politico e dell'*acquis* comunitario in fase di preadesione, condizionando i sussidi economici e il relativo supporto tecnico al rispetto dei principi democratico-liberali.

L'Autrice, a questo punto dell'analisi, muovendo da una autorevole dottrina (come De Vergottini e Mezzetti) sulla nota distinzione tra transizioni «formali» e «sostanziali» (p. 59), conduce a una prima importante conclusione servente alla trattazione empirica dei successivi capitoli e quindi che si è trattato di transizioni che a partire dagli anni '90 hanno consacrato in Carte costituzionali principi e valori europei dal sapore complessivamente formali.

Il primo capitolo si chiude con un importante paragrafo interamente dedicato alla "costituzionalizzazione" della condizionalità economico-finanziaria a partire dalla crisi del 2008.

L'Autrice, tra i tanti spunti di riflessioni e in connessione con l'approvazione nel 2012 del Meccanismo europeo di stabilità, evidenzia come a partire da questo momento, la condizionalità economica sia divenuta un elemento strutturale della *governance* economica europea, che ha prodotto cessioni di notevoli quote di sovranità dei Paesi maggiormente colpiti dalla crisi, introducendo, sostiene Cukani, «un rilevante fattore di simmetria in una costruzione che fino a quel momento si reggeva sulla eguale sovranità degli Stati membri» (p. 76). Tale dinamica ha prodotto, all'interno dei confini europei, una situazione di parallelismo tra Stati che maggiormente hanno retto l'urto della crisi (*winners*) e Stati in *bail out* (*losers*) che avendo chiesto assistenza finanziaria si sono trovati «costretti», sotto una severa sorveglianza, ad attuare misure di *austerità* con pesanti ricadute sull'effettiva garanzia dei diritti sociali.

Da questo punto di vista risulta -a nostro avviso- condivisibile l'idea secondo cui nella gestione della crisi del 2008 e del 2012 sia prevalsa, in seno all'Unione Europea, una logica volta a tutelare

gli interessi finanziari a detrimento della *Eu rule of law*, della sovranità statale e dei diritti fondamentali.

Il secondo capitolo dell'opera, intitolato *Dall'Europeanization tramite la condizionalità dell'adesione alle c.d. "democrazie illiberali": i casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, in piena continuità e armonia con il primo capitolo, indaga l'involuzione "illiberale" dei sistemi di giustizia dei suddetti Paesi, evidenziando come lo studio di questi sistemi «funga da cartina di tornasole sia per l'intero processo di transizione costituzionale e democratica dei singoli ordinamenti, sia per testare successi e insuccessi della condizionalità europea di adesione» (p. 96).

Il metodo scientifico adoperato dall'A. nel presente capitolo è quello del *system approach* ripreso dal pensiero di Jaakko Husa. Lo studio, dunque, dei sistemi di giustizia negli ordinamenti in esame non trascura il contesto ideologico di riferimento, in quanto, sostiene ragionevolmente l'Autrice, separare l'analisi dal quadro ideologico di riferimento «renderebbe impossibile cogliere le sfumature del rapporto tra la sfera giuridica e quella politica» (p. 96).

Lo studio critico della torsione illiberale dei sistemi di giustizia dell'Ungheria e della Polonia, da un lato, e della Turchia dall'altro, evidenzia come a partire dal "quinto allargamento", l'Unione si sia adoperata per irrigidire e rendere più incisivi i parametri di valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità dei sistemi di giustizia, ritenuti formante imprescindibile della forma di Stato liberaldemocratica.

All'interno del secondo capitolo, l'Autrice ripercorre in tre distinte sezioni le vicende che hanno condotto via via alla retrogressione costituzionale di Ungheria, Polonia e Turchia; tre ordinamenti che sebbene, come già accennato, si collocano in contesti storico-ideologici differenti, possono essere ascritti all'interno del modello di «democrazia illiberale».

La prima sezione è dedicata all'analisi dell'ordinamento magiaro. L'Autrice, dopo avere ripercorso minuziosamente tutte le più importanti tappe storico-costituzionali dell'evoluzione del potere giudiziario e della giustizia costituzionale, si concentra sulle dinamiche politiche che hanno provocato l'ascesa al potere di Viktor Orbán.

A partire dalla caduta del regime comunista, l'ordinamento ungherese ha seguito una transizione democratica senza l'adozione formale di una Costituzione nuova. Infatti, i maggiori partiti politici del Paese, riuniti attorno a diverse Tavole rotonde, hanno preferito mantenere la Carta fondamentale del 1949, dando però avvio a un processo di revisione che ha previsto la strada della democrazia. Le revisioni successive al 1989 hanno assicurato al Paese magiaro un ordinamento basato su elezioni libere, sulla tutela dei diritti fondamentali e su un sistema di *check and balance* efficiente.

Nonostante l'encomiabile processo di transizione democratica post-comunista, a partire dal 2010 l'ordinamento magiaro si è gradualmente allontanato, come testimoniato da Entela Cukani, dagli standards previsti dal costituzionalismo e dall'*acquis* comunitario che lo avevano fatto diventare membro dell'Unione nel 2004. La vittoria elettorale della coalizione di destra, guidata dal leader Orbán, ha immediatamente dato seguito a una serie di riforme, culminate con l'adozione della nuova Legge Fondamentale nel 2011, tutte volte a dare forma concreta alla c.d. «democrazia illiberale», intesa come «la realizzazione di un sistema politico nel quale i valori

conservatori della patria e dell'identità culturale hanno la precedenza sull'identità individuale» (p. 113).

Ne è conseguita una progressiva erosione dei principi fondanti lo Stato liberaldemocratico, che hanno indebolito il principio della separazione dei poteri, spostando l'ago della bilancia a favore dell'Esecutivo e ridotto al minimo il corretto funzionamento dei pesi e contrappesi istituzionali.

La consegna dei 2/3 dei seggi del Parlamento monocamerale al partito FIDESZ alle elezioni del 2010 ha inaugurato la stagione illiberale di Orbán, slegando di fatto l'ordinamento da ogni tipo di garanzia istituzionale nei confronti della maggioranza politica.

Prima l'approvazione delle leggi cardinali e, poi, l'approvazione nel 2012 della nuova "Legge fondamentale" hanno dirottato il Paese verso un nuovo scenario costituzionale, caratterizzato da una Corte costituzionale svilita *in toto* delle sue funzioni di garanzia e da una magistratura strettamente controllata dal potere politico.

La cattura politica della Corte costituzionale, nella forma di *court packing*, ha rappresentato uno dei primi passi compiuti dalla destra illiberale di FIDESZ all'indomani della vittoria del 2010. Importanti modifiche di ordine sistemico, tratteggiate dall'A. in un apposito paragrafo, hanno riguardato la composizione dell'organo (da 11 a 15 membri), le modalità di nomina dei suoi membri e le sue competenze. I giudici della Corte costituzionale vengono adesso nominati da una apposita Commissione non più formata da un membro per ogni forza politica presente in Parlamento, ma solo «dai deputati dei partiti rappresentati in Parlamento, proporzionalmente al loro peso in Parlamento» (p. 119). Un meccanismo quest'ultimo che ha permesso a FIDESZ, che detiene la maggioranza dei 2/3 in Parlamento, di avere il pieno controllo politico della Consulta e di ridimensionare fortemente il suo ruolo.

Si tratta, in definitiva, di un ordinamento in cui la maggioranza parlamentare è riuscita man mano a dominare l'edificio costituzionale e imporre l'indirizzo politico di maggioranza con paurose riforme costituzionali che, *de facto*, legittimano il potere politico di Orbán e rendono i diritti fondamentali indifendibili.

L'analisi dell'ordinamento polacco segue la stessa impostazione metodologica dell'ordinamento magiaro. L'Autrice, quindi, dopo avere ripercorso le radici storico-culturali del Paese e dopo essersi soffermata, nello specifico, al periodo della c.d. sovietizzazione delle istituzioni e del potere giudiziario che, in coerenza con il *soviet model*, dipendeva dall'autorità politica e da questo era capillarmente controllato, analizza tutti i passaggi più importanti che hanno dirottato la Polonia verso il regime illiberale.

In Polonia, a differenza dell'Ungheria, nel 1997 venne approvata, dopo una lunga fase di gestazione e all'esito di un procedimento referendario, una nuova Costituzione democratica fondata sui principi dello Stato di diritto, della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura dal dominio politico. La Costituzione del 1997 consegnò al Paese un assetto democratico e di garanzia rilevanti; venne, infatti, rafforzato il ruolo del Tribunale costituzionale (istituito già nel 1982 con funzioni molto limitate) idoneo ad esercitare un controllo sia in via astratta che preventiva, senza la possibilità per il *Sejm* di esercitare il diritto di veto e venne sancita l'indipendenza dei Tribunali e dei giudici rispetto agli altri poteri dello Stato.

In segno di rottura con il passato, alla nuova Corte costituzionale si riservò un ruolo di garanzia mai riconosciuto fino ad allora. Sotto questo punto di vista, venne ampliata la gamma dei soggetti legittimati a ricorrervi, prevedendo l'accesso diretto dinanzi alla Corte da parte del Presidente della Repubblica e dell'opposizione parlamentare e la possibilità del ricorso individuale da parte dei cittadini.

Una apposita Legge venne approvata lo stesso giorno di entrata in vigore della Costituzione del 1997, volta a regolare composizione (15 membri) e durata del mandato (9 anni senza la possibilità di rielezione), sì da evitare che l'elezione dei giudici possa coincidere con quella dei membri del *Sejm*. Venne prevista, sempre in segno di rottura con il passato, una maggioranza assoluta e non più relativa da parte del *Sejm* per l'elezione dei giudici della Corte.

Dopo una breve parentesi che va dal 2005 al 2007, con l'ingresso in Parlamento, a partire dal 2015, del movimento di contestazione PiS, guidato dal leader carismatico Jaroslaw Kazynski, ha inizio quel processo che l'Autrice nel paragrafo 5 denomina di «trasfigurazione dell'indipendenza del potere giudiziario» (p. 140). Il movimento politico PiS, come autorevolmente sostenuto in dottrina, afferma il proprio dominio politico in polemica contro la transizione dal regime comunista al regime democratico e si pone l'obiettivo di instaurare una «quarta repubblica polacca» [il richiamo è al saggio di G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *dpce/online*, 4/2020].

Il 2015, come accennato, è l'anno di svolta per il PiS, che riesce a conquistare la maggioranza dei seggi in Parlamento. A differenza dell'Ungheria, però, il movimento politico PiS non ottiene il *quorum* dei 2/3 utile per modificare la Costituzione in senso illiberale. Tuttavia, l'analisi di Entela Cukani dimostra come con una serie di modifiche legislative, «pur rimanendo intatta la Costituzione, nell'ordinamento polacco si è interamente riformata l'amministrazione della giustizia, risultando il quadro finale molto distante dalle previsioni ancora in vigore della Carta fondamentale» (p. 143).

Da una parte si è provveduto a dominare l'organo di giustizia costituzionale attraverso leggi che hanno permesso di designare giudici favorevoli all'indirizzo politico del PiS e, dall'altra parte, sempre in coerenza con una logica di “giustizia illiberale”, la Corte suprema e il Consiglio nazionale della Magistratura sono stati sottoposti al pieno dominio politico.

L'analisi critica condotta da Cukani evidenzia plasticamente come il dominio politico sugli organi di garanzia costituzionale non necessiti di modifiche costituzionali volte a legittimare la maggioranza. Bastano anche modifiche legislative a mutare il quadro costituzionale di un Paese, financo a mutarne la forma di Stato in senso illiberale.

L'ultima parte del capitolo tratteggia i caratteri dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale turco; ordinamento, quest'ultimo, caratterizzato da una “doppia anima” (p. 155) per il fatto di contenere al suo interno elementi della civiltà cristiana e della cultura musulmana.

L'Autrice, dopo una attenta ricostruzione storica del costituzionalismo turco del 1982, si sofferma sulle tendenze che, a partire dall'ascesa al potere del movimento di Erdogan nel 2002, hanno trasformato l'impianto costituzionale secondo il prototipo della democrazia illiberale. A tal proposito, l'Autrice ci tiene a ribadire che «nel caso della Turchia vi è una chiara etero e

autoidentificazione della natura che tale ordinamento ha assunto negli ultimi anni all'interno della categoria delle c.d. "democrazie illiberali" (p. 161).

Più nel dettaglio, Entela Cukani sottolinea le tre principali riforme costituzionali avanzate dal capo carismatico del Partito per la Giustizia e lo Sviluppo (AKP), che hanno dato forma ad un assetto antidemocratico: la prima nel 2007, seguita dalla riforma del 2010 e, infine, quella del 2017.

Tali riforme hanno consegnato al Paese una forma di Stato "presidenziale" accompagnata dalla mancanza di adeguate garanzie costituzionali, che è finita «per privilegiare una spropositata concentrazione del potere nelle mani di un *leader* carismatico» (p. 165), sradicando quei valori del Kemalismo ampiamente riconosciuti nella Costituzione del 1982.

Solo formalmente l'indipendenza e l'inamovibilità dei giudici sono rimasti inalterati a seguito, soprattutto, di un preminente controllo politico sul Consiglio supremo dei giudici e dei pubblici ministeri, mentre il ruolo di garanzia della Corte costituzionale è stato in gran parte svilito rispetto all'assetto originario. Infatti, l'A. evidenzia come, da un lato, l'eliminazione delle corti militari poste a presidio dei valori del kemalismo e, dall'altro, il mutamento del procedimento di nomina dei giudici costituzionali (ora ad esclusivo appannaggio del Presidente della Repubblica e della sua maggioranza) abbiamo legato intimamente il potere politico alle garanzie costituzionali, dando pienamente forma e sostanza al modello illiberale.

Giustizia illiberale e reazioni europee è il titolo del III capitolo di cui si compone l'opera di Entela Cukani. L'obiettivo posto dall'Autrice, in questo capitolo, è quello di mettere in relazione gli strumenti giuridici e politici a disposizione delle istituzioni europee per reagire alle derive illiberali di Ungheria e Polonia e della Turchia.

Orbene, se è vero, come ampiamente dimostrato, che il rispetto dello Stato di diritto e, più nello specifico, della garanzia dell'indipendenza e della inamovibilità dei giudici rappresentano il formante del Costituzionalismo liberal-democratico, risulta di fondamentale importanza analizzare, nel concreto, la «cassetta degli attrezzi» adoperata dalle istituzioni europee per fronteggiare le torsioni illiberali.

Dall'analisi sino a qui proposta da Cukani emerge con evidenza come lo Stato di diritto e il rispetto di uno dei suoi principi cardine, l'indipendenza del potere giudiziario, rappresentino la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale contemporanea.

Questa consapevolezza conduce l'Autrice, nel corso del terzo capitolo, a riflettere sugli strumenti utili a porre un argine alle pericolose violazioni realizzate negli ultimi anni.

Un primo gruppo di strumenti può essere individuato in tutte quelle procedure di natura squisitamente politica tra gli organi di vertice UE – in particolare la Commissione europea – e i singoli Paesi. Tra questi rientra il *Quadro per rafforzare lo stato di diritto* adottato nel 2014, il quale si presenta come un valido (seppur debole) strumento di *pressing* politico-istituzionale volto a dissuadere, tramite Raccomandazioni, gli Stati membri dal perpetuare misure lesive della *Rule of Law*. Un secondo strumento, definito con la locuzione "*nuclear option*", è quello definito dall'art. 7(1) del TUE. Ritenuto dall'Autrice come uno «strumento di natura eccezionale» (p. 180), esso consente alla Commissione di attivare un canale di mediazione e di confronto attivo allorché «uno Stato presenti un evidente rischio di violazione grave dei valori di all'art. 2 [TUE]» (cfr. art.

7 TUE). In tale circostanza, il Consiglio europeo è tenuto ad ascoltare le ragioni dello Stato interessato. Il 2 paragrafo dell'art. 7, invece, prescrive un meccanismo di tipo sanzionatorio, prevedendo la possibilità di sospendere a maggioranza qualificata i diritti nascenti dall'adesione, previo accertamento con voto unanime del Consiglio. Quest'ultimo strumento, come ampiamente tratteggiato nei paragrafi 3 e 4, è stato adoperato in sole due occasioni: nel 2017 da parte della Commissione nei confronti della Polonia (*com. Comm. Eur. COM (2017) 835 final*) e nel 2018 da parte del Parlamento contro l'Ungheria (*ris. Parlam. Eur. P8_TA (2018)0340*).

Sebbene lo strumento sanzionatorio a norma del par. 2 e 3 dell'art. 7 TUE si sia rivelato più incisivo rispetto agli strumenti di *moral suasion*, dalla lettura del saggio di Entela Cukani è evidente che tale meccanismo abbia presentato notevoli difficoltà, in quanto la regola dell'unanimità favorisce vicendevolmente i due Paesi coinvolti nelle palesi violazioni dello Stato di diritto ponendo, di fatto, il Consiglio in una situazione di stallo.

Con riferimento agli strumenti giurisdizionali previsti per la difesa dello Stato di diritto, l'Autrice interpreta le vicende giurisprudenziali, citando autorevole dottrina, «come un nuovo momento costituzionale per lo stato di diritto europeo» (p. 199). Grazie agli artt. 258 e 259 TFUE, infatti, tanto i singoli Stati quanto la Commissione europea possono attivare in seno alla Corte di giustizia una procedura di infrazione contro qualsiasi Stato che abbia violato uno degli obblighi previsti dai Trattati.

Inoltre, il rinvio pregiudiziale ex art. 267 permette ai singoli Stati di adire la Corte di giustizia in via preventiva sull'interpretazione dei caratteri dello Stato di diritto. L'A. ricorda come questo strumento ha visto protagonista la Polonia nel celebre caso LM ampiamente trattato all'interno del paragrafo 3.1 del terzo capitolo. L'analisi del caso LM permette al lettore di riflettere sul ruolo dei giudici nazionali nella difesa dello Stato di diritto. A seguire, l'Autrice passa in rassegna in un apposito paragrafo (3.2.) tutti i deferimenti ex art. 258 TFUE della Polonia alla CGUE contro tutte quelle misure legislative che, in varia misura, minavano l'indipendenza della Corte suprema in palese violazione con l'art. 19 (1) TUE e l'art. 49 della Carta europea dei diritti fondamentali.

Le importanti pronunce di condanna della Polonia da parte della CGUE – a cui si rimanda al testo per i dovuti approfondimenti – conducono a due importanti conclusioni, che in questa sede meritano di essere evidenziati: la prima che in seguito a una interpretazione estensiva dell'art. 19 TUE, si viene a concretizzare lo Stato di diritto affermato dall'art. 2 TUE, ben potendo giudici nazionali e Corte «garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri» (Cfr. CGUE, sentenza Commissione/Polonia (C-619/18); la seconda che sebbene gli Stati siano legittimati a configurare come meglio credono l'intero apparato della giustizia, quest'ultimo non può porsi in violazione degli obblighi derivanti dal diritto europeo..

L'ultimo paragrafo del terzo capitolo è, infine, interamente dedicato alle reazioni delle istituzioni europee nei confronti della Turchia. L'Autrice, in particolare, si sofferma su tutti i Reports annuali stilati dalla Commissione che evidenziano come l'ordinamento turco abbia subito una forte involuzione illiberale (si pensi ai diritti fondamentali, all'indipendenza della magistratura e al funzionamento in generale del sistema sanitario).

La ricerca condotta dall'A. dimostra che il dialogo Turchia-Europa ha risentito molto delle aporie del “quinto allargamento” definito, a ragione, troppo frettoloso (p. 217), permettendo allo

stesso tempo all'UE di rafforzare la condizionalità europea di adesione negativa, volta a garantire in maniera emblematica i valori sanciti dall'art. 2 TUE da quella che oggi sembra più che una democrazia illiberale una "democrazia avanzata" lontana anni luce dai valori e dagli ideali europei di democrazia pluralista.

Il quarto capitolo dell'opera è dedicato alle riflessioni conclusive tratte dall'Autrice a valle del percorso di ricerca.

L'A. ripercorre le principali coordinate della ricerca focalizzando l'attenzione al diverso ruolo che assume l'apparato giurisdizionale nelle democrazie illiberali. Nel ribadire le fondamenta dello Stato costituzionale, associa ad una visione schmittiana il ruolo della giustizia nelle democrazie illiberali in netta contrapposizione alla visione kelseniana.

Cukani chiude il volume con un importante paragrafo (*From outside to inside: la rule of law come formante della "seconda generazione" della condizionalità economica interna dell'Unione?*) in cui, sottolineando similitudini e differenze tra la condizionalità esterna e la condizionalità interna, emerge un netto cambio di paradigma a livello europeo nell'esercizio della condizionalità economica, soprattutto rispetto alla c.d. "prima stagione" riferita al periodo delle crisi economico-finanziarie del 2008 e del 2012.

L'A. mette in rilievo il fatto che mentre nell'operatività esterna delle condizionalità l'Unione ha espresso un'attenzione crescente verso la tutela formale e sostanziale dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto, così non è stato in riferimento alla "prima stagione" della condizionalità *inside*. Questa prima fase, come è noto, si caratterizza per un'attenzione molto forte da parte delle istituzioni europee verso la stabilità finanziaria dell'Unione, che si è tradotta con l'imposizione di misure molto stringenti che hanno compromesso la tenuta dei diritti sociali (sono noti, a tal riguardo, i casi di Grecia, Spagna, Irlanda, Portogallo e Italia).

Tuttavia, Entela Cukani, richiamando i fatti di stringente attualità legati all'evoluzione della crisi pandemica in atto, riscontra verso la condizionalità *inside* un importante cambio di paradigma. A sostegno di tale tesi, l'A. porta come esempio le conclusioni della Risoluzione *sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze*, ove si legge che "gli interessi finanziari dell'Unione sono tutelati in conformità dei principi generali sanciti dai Trattati dell'Unione, in particolare i valori di cui all'art. 2 TUE".

Sebbene vi sia ragione di pensare che le due democrazie illiberali dell'Ungheria e della Polonia continuino il loro indirizzo antidemocratico, la speranza è quella di un più incisivo intervento del Consiglio, soprattutto nell'ambito del nuovo meccanismo europeo di condizionalità finanziaria approvato il 1° gennaio 2021, verso la sospensione dei fondi europei. Si auspica che questo strumento non si traduca in mero atto formale volto a consentire ai paesi di stampo illiberale di vincere la partita contro l'affermazione e la tutela dei valori europei di democrazia e pluralismo.

Giunti al termine sono doverose alcune considerazioni.

Lo studio monografico di Entela Cukani rappresenta, senza alcun dubbio, non solo una valida e attenta ricostruzione di principi chiave del costituzionalismo contemporaneo, ma anche uno strumento per riflettere e osservare con occhio critico le degenerazioni dei movimenti populistici che mal digeriscono il pluralismo, la difesa dei diritti fondamentali e il corretto funzionamento dei contropoteri di garanzia.

Il libro si offre come valido spunto per ragionare attorno a un dato di fatto largamente diffuso: la crisi della democrazia rappresentativa.

Come è noto, il dibattito attorno alla crisi della democrazia rappresentativa ruota attorno ai concetti di populismo e sovranismo. Entrambi si pongono in conflitto strutturale con le dinamiche e i valori propri del costituzionalismo, svilendone la portata storica e culturale.

Sembra oggi che il fenomeno delle democrazie illiberali svuoti la vera essenza dei valori per cui i nostri predecessori hanno lottato per affermare con forza quei principi che sono l'anima del nostro costituzionalismo.

Senza la pretesa di volere essere esaustivo mi permetto, a conclusione di queste brevi riflessioni, di avanzare alcune proposte che reputo imprescindibili per la difesa dei valori e dei principi della liberaldemocrazia.

In primo luogo, è quanto mai doveroso procedere a un rafforzamento delle istituzioni rappresentative tutte, a cominciare dal ruolo dei Parlamenti nazionali che, come noto, sono stati declassati a meri esecutori di scelte prese altrove e in modo frettoloso. L'inizio dell'emergenza pandemica e poi la sua continua evoluzione ha posto il ruolo dei Legislativi quasi in chiave accessoria, trascurando il fatto che sono loro che meglio possono esprimere le sollecitazioni provenienti dalla società civile e quindi garantire la tenuta dello Stato costituzionale. (Cfr. P. Piciacchia, *Parlamenti e costituzionalismo contemporaneo. Percorsi e sfide della funzione di controllo parlamentare*, Napoli, 2017; Id, *Parlamenti e Corti nella tutela e nella promozione dei diritti umani: l'esperienza inglese dello Human Rights Act 1998 e della Joint Committee on Human Rights*, in *dpceonline*, 4/2019).

Il cammino verso la difesa delle garanzie costituzionali deve tenere conto di un fatto nient'affatto scontato, cioè che la democrazia costituzionale, come prodotto della storia, necessita di essere costantemente alimentata attraverso un processo di valorizzazione delle formazioni sociali e di promozione degli enti posti a metà strada tra istituzioni e società civile. Non basta rafforzare il ruolo degli organi di contrappeso e di garanzia, è necessario ripartire dal basso, dalla scuola, dalle università, da tutti quei luoghi in cui può nascere un pensiero critico, sì da avere una società attenta, consapevole e vigile dei rischi che si possono correre se una democrazia valoriale viene svuotata dei suoi principi fondamentali.

Rosario Strabone



A. PIN, *Il rule of law come problema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 203*.

Il volume del Professore A. Pin prende in esame un tema notoriamente complesso e articolato come il *rule of law*, ripercorrendo la sua storia, la sua fortuna e quindi la sua espansione, arrivando a concepire la nozione non solo come risorsa, ma anche come problema costituzionale, attraverso alcuni snodi critici che hanno messo alla prova la sua integrità e adattabilità.

L'obiettivo è quello di sottolineare le potenzialità e le molteplici sfaccettature del termine inglese che raccoglie valori fondamentali come la certezza del diritto, l'uguaglianza individuale e la tutela giurisdizionale dei diritti. Tuttavia, come ci ricorda il titolo del libro, lo scopo è anche quello di imparare a riconoscere e definire i limiti della diffusa nozione.

La crescita dell'importanza dell'espressione all'interno del diritto costituzionale comparato e del diritto internazionale, ha fatto sì che, nel tempo, venissero associati al concetto di *rule of law* altri concetti, come *Etat du droit* e *Reichtstaat*. Si indentificano nel principio di *rule of law* i valori essenziali per l'ordinamento giuridico, tra cui quello della certezza del diritto, finendo per assumerlo a veicolo di valori giuridici universali e, quindi, a parametro di valutazione del grado di civiltà giuridica (pp. 14-15).

La conseguenza di questo successo è stata quella di rendere «incerti non solo i contorni, ma il nucleo e persino il funzionamento di tale nozione» (p. 14) con il risultato che, negli ultimi decenni non solo è cresciuta la complessità del concetto, ma anche l'urgenza di distinguerne i tratti essenziali (p. 16).

Con l'obiettivo di chiarire i contorni della nozione, la prima parte del volume permette al lettore di ripercorrere brevemente le fasi storiche del principio del *rule of law* e della sua formazione ed evoluzione, all'interno della realtà costituzionale in cui si inserisce. In questo, ruolo fondamentale è svolto da Albert Venn Dicey, padre dell'espressione, il quale ne descrive i contenuti, disegnanone dei contorni ancora oggi sottoposti a interpretazione.

Tra gli elementi fondanti inseriti da Dicey, nel XIX secolo, troviamo: la necessità di un regolare procedimento giudiziario per qualsiasi conseguenza giuridica su beni e persone, ossia una tutela giurisdizionale, il principio di «eguaglianza giuridica» sia sul piano dei diritti, sia in riferimento al giudice competente, e la tutela dei diritti individuali, già difesa dal *common law*, attraverso l'affermazione dell'esistenza di un *corpus* di diritti individuali, sostenuta dalla costituzione (p. 27).

* Contributo sottoposto a *peer review*.

A partire da Dicey la fortuna del concetto genererà una discussione continua sui contorni e sulle caratteristiche del *rule of law*. L'Autore effettua una distinzione fra tre grandi letture: l'approccio formalista, al quale si collega l'approccio procedurale e l'approccio sostanzialistico.

Il primo approccio, e in parte quindi anche il secondo, poiché nasce proprio dalle sue premesse, presentano una lettura contenuta della nozione di *rule of law*, soffermandosi sui caratteri strutturali del sistema giuridico e mettendo al centro la certezza del diritto (par 3.1). Si evidenzia quindi l'esigenza di un ordinamento stabile e prevedibile. Resta estraneo al concetto del *rule of law* in questi termini il sistema delle fonti del diritto, sia che esse siano prodotte attraverso un processo democratico, sia che siano frutto di un processo di carattere autoritario. Allo stesso modo non rileva neanche se l'ordinamento giuridico sia o meno destinato a tutelare i diritti delle persone, un elemento che verrà invece introdotto in seguito, dalla visione sostanzialistica.

Il filone formalista con Waldron introduce un nuovo elemento, creando la concezione procedurale: viene inserita l'idea di un apparato rimediale e giudiziario; il *rule of law* necessita di un sistema di corti indipendenti. A partire da questo momento, la nozione di *rule of law* insisterà molto sull'indipendenza dei giudici, alla quale si aggiungerà la necessità di un'uguaglianza di trattamento di fronte alla legge e la possibilità per ciascun cittadino di adire un giudice imparziale per la tutela dei propri interessi. Ancora non viene fatto riferimento a quali siano gli interessi da dover tutelare e bilanciare con gli altri (p. 33).

Alla lettura formalista e procedurale, Bingham aggiunge una serie di riflessioni, interpretando l'approccio sostanzialistico al *rule of law*. In primo luogo, l'ordinamento deve tutelare dei diritti – i diritti fondamentali – anche attraverso un apparato giurisdizionale in grado di far fronte agli eventuali abusi dell'autorità politica. Dunque, la struttura del *rule of law* si va arricchendo, dall'elemento della certezza del diritto, verso l'idea della tutela dei diritti.

Quest'idea non tollera l'ipotesi che all'interno dello stesso ordinamento si possano introdurre delle differenziazioni e dunque non contempla come alcune situazioni giuridiche soggettive possano ricevere un trattamento differenziato. In questo senso, non ha rilevanza il piano etico o religioso, ma esclusivamente quello individuale, si tratta, per tanto, di un'uguaglianza individuale, che non ha niente a che vedere con l'appartenenza o meno ad un gruppo.

Tra le riflessioni successive, sempre relative alla dimensione individuale del *rule of law*, l'elemento interessante aggiunto da Barber, secondo un approccio che considera il costituzionalismo che discende dal *rule of law*, è quello della concezione di individualizzata uguaglianza (p. 52), ossia l'ammissione di differenziazioni nel trattamento giuridico, al solo fine di alleviare le discriminazioni sociali di cui possono essere vittima le minoranze.

L'ottica è quella d'integrazione delle singole vedute dei cittadini affinché portino tutte beneficio allo Stato, in forza di un'attenzione al rapporto istituzioni-cittadino, che nasce proprio intorno ai principi del *rule of law* (p. 59).

In effetti, secondo l'Autore, se il *rule of law* era partito come l'obiettivo da raggiungere, grazie al quale erano state giustificate anche le politiche espansionistiche del primo Novecento, ora si trasforma in un elemento imprescindibile per lo sviluppo dei nuovi ordinamenti (p. 37). Una convinzione rafforzata dall'adesione al *rule of law* del diritto internazionale e dalla centralità della nozione nel processo di integrazione europea.

La diffusione del concetto ha reso, pertanto, sempre più difficile stabilirne i contorni e la sua fluidità ne ha permesso applicazioni controverse.

Nel secondo capitolo del volume, viene messa in evidenza l'evoluzione del principio all'interno della compagine europea. In particolare, emerge, con molta chiarezza, il ruolo fondamentale svolto dai giudici nazionali, attraverso la loro disponibilità ad utilizzare il rinvio pregiudiziale per rivolgere questioni interpretative alla Corte di Giustizia, per poi disapplicare il diritto nazionale, aiutando l'integrazione con quello europeo.

Tuttavia, gli avvenimenti in Polonia e Ungheria, costituiscono un primo snodo critico per la tenuta del *rule of law* all'interno del sistema Europa e vengono sottolineati dall'Autore nel portare alla luce delle debolezze intrinseche: nei Paesi citati, il ricambio forzato dei giudici attraverso brusche sostituzioni e con decisioni discrezionali nel prolungarne invece il servizio o il pre-pensionamento, sembrano volte a minare la vitale connessione per la sopravvivenza del *rule of law* all'interno dell'Unione.

Poiché il sistema sanzionatorio non può che restare paralizzato, in quanto i due Stati impediscono vicendevolmente l'applicazione delle sanzioni, al fine di promuovere l'applicazione del *rule of law*, le istituzioni europee hanno subordinato l'accesso alle risorse contro la pandemia al rispetto del principio stesso, fornendo, contestualmente, una definizione del *rule of law*, come certezza del diritto, tutela della giustizia e separazione dei poteri, andando ulteriormente a costituire un momento di sintesi costituzionale, già in parte sottolineata dal dettato dell'articolo 2 TUE (p. 65).

Se l'UE appare quindi in grado di monitorare il rispetto del *rule of law*, non sembra di essere in grado di assicurarne l'applicazione (p. 88), esprimendosi più tramite persuasione che obblighi ed imposizioni (p. 71). Allo stesso tempo, la stessa Corte di Giustizia si è concentrata principalmente sulla protezione degli interessi economici (p. 75), mentre il condizionamento al finanziamento per la ripresa potrebbe apparire, nell'ottica dell'Autore, come poco efficiente e vagamente distorsivo, all'interno del processo d'integrazione.

Secondo l'Autore, si rivela più che mai necessaria la creazione di strumenti rimediali che possano affiancare l'attività collaborativa e spontanea dei giudici nazionali, certamente vitale in un processo d'integrazione che deve poter essere volontario, ma che rischia di rimanere privo di tutela.

Il secondo laboratorio di prova per la tenuta del *rule of law* viene presentato nel capitolo terzo, dove l'Autore riprende la vicenda giuridica della Brexit.

Il caso evidenzia la problematicità del rapporto tra diritto internazionale e sovranità parlamentare, in particolare nell'ambito dei diritti. Questo poiché il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha comportato, secondo quanto stabilito proprio dalle sentenze *Miller*, la perdita di alcuni diritti acquisiti da parte dei cittadini britannici.

Il diritto internazionale, infatti, ha nel tempo acquisito sempre più spazio nel perimetro del *rule of law*, (p. 119) soprattutto nell'ambito della tutela dei diritti che ha caratterizzato l'affermazione di quest'ultimo a partire dagli anni successivi al secondo dopoguerra (p. 183). Contestualmente, la sovranità parlamentare rappresenta il fulcro centrale della Costituzione

britannica, nonché perno della riflessione di Dicey. All'epoca, infatti, l'influenza della sovranità parlamentare si distingueva dall'ambito della tutela dei diritti, protetta dal *common law*.

L'integrazione del Regno Unito ai sistemi sovranazionali ha comportato l'acquisizione di nuovi diritti per i cittadini britannici, riconducibili al diritto internazionale. Ciò ha riportato a galla il controverso rapporto tra sovranità parlamentare, diritto internazionale e diritti individuali, questi ultimi integrati ormai nel principio di *rule of law*.

Un caso di sintesi e di equilibrio, riportato dall'Autore, è rappresentato dallo *Human Rights Act del 1998*, che ha previsto un ruolo formalmente centrale per il Parlamento, permettendo un adeguamento agli impulsi di Strasburgo che passasse per *Westminster*.

Durante la vicenda Brexit, un primo snodo fondamentale è rappresentato dalla decisione della Corte nella sentenza *Miller*, di imporre un passaggio parlamentare per attivare la procedura di recesso dall'Unione, alla luce della perdita di diritti che avrebbe comportato l'uscita dall'Europa. In generale, tutta la vicenda Brexit è ascrivibile ad un tentativo di recupero della sovranità parlamentare che, almeno da un punto di vista sostanziale, aveva perso vigore già nel caso culminato nello *Human Rights Act* (p. 121).

Un'altra iniziativa di questo tipo è quella del Governo Johnson che, nel dicembre 2020, propone di agire in forza della sovranità parlamentare, attraverso un atto unilaterale, in contrapposizione a quanto stabilito dal Protocollo dell'Irlanda del Nord. Un'azione di questo tipo avrebbe comportato una deroga al diritto internazionale (p. 95), nonché un grave precedente. Perciò, sebbene mai messa in pratica, grazie al raggiungimento di un accordo, l'ipotesi ha aggiunto instabilità al precario equilibrio tra il principio del *rule of law*, in particolare il rispetto del diritto internazionale, e il principio della sovranità parlamentare.

Nell'ultimo capitolo l'Autore analizza scenari più lontani, che raccontano come, nel processo di ricostruzione dell'infrastruttura costituzionale di Iraq e Afghanistan, l'alleanza anglo-americana abbia tentato di far attecchire il principio di *rule of law*, in maniera simile a quanto sia avvenuto in Egitto, attraverso influenze e spinte occidentalizzanti (p. 59).

In generale, la resistenza mostrata da questi tre Paesi è stata interpretata come un tentativo di autoconservazione ma, nell'analisi dell'Autore, emergono alcuni punti di contatto tra le tre esperienze: in primo luogo, la presenza di una radicata disuguaglianza e pluralismo giuridico, caratterizzanti soprattutto il tessuto sociale afgano, e incompatibili con le premesse di uguaglianza di Dicey. Anche realtà meno composite, come l'Iraq, sono state caratterizzate da forze disgregatrici in particolare durante il regime di Saddam Hussein, mentre in Egitto la difficoltà è ascrivibile alla mancanza di unità dell'ordinamento, ancora più fragile e spinto da forze contrapposte dopo l'era di Mubarak (p. 140).

Un ulteriore elemento è costituito dal diverso rapporto dell'individuo con le istituzioni, che tende a svilupparsi attraverso la comunità di appartenenza, un elemento distintivo soprattutto del diritto musulmano (p. 142) che comporta una declinazione del principio di uguaglianza in termini collettivi e non individuali.

Questo ha delle conseguenze anche in merito al trattamento necessariamente distinto che i diversi gruppi etnici ricevono, gruppi che costituiscono l'ordinamento e che sono funzionali all'esistenza stessa di quest'ultimo (p. 145).

In definitiva, secondo l'Autore, il *rule of law* rimane «lontano, se non antitetico a culture, come quella mediorientale, che suddividono la sfera pubblica in aree giuridiche distinte, imperniate intorno all'elemento comunitario sia esso di caratterizzazione etica o religiosa» (p. 187) la sua applicazione, al di fuori di realtà con forti punti di contatto, rischia di apparire come una forzatura.

Attraverso queste ultime considerazioni l'Autore arriva alla conclusione che il *rule of law* possa configurarsi come un problema. Questo alla luce della necessità di un apparato politico e sociale il più possibile conforme ai suoi punti solidi, alla luce della mancanza di strumenti istituzionali che lo tutelino quando il sistema entra in difficoltà, come nel caso dell'Unione, e alla luce dei suoi limiti nei rapporti con altri principi costituzionali- vedi la sovranità parlamentare- che lasciano intendere delle zone grigie e conflittuali e che, probabilmente, non troveranno mai una soluzione definitiva.

Ciononostante, il libro riesce a fornire un'immagine chiara del principio del *rule of law* che attraverso la critica diventa più riconoscibile al lettore. L'Autore, infatti, non si concentra sulla circoscrizione di un termine che difficilmente può essere tradotto, in quanto figlio di un sistema non abituato a definire, ma analizza le conseguenze della sua applicazione in situazioni tangibili. Evidentemente, il volume è denso di riferimenti, ma anche grazie alla sua sintesi riesce ad individuare degli elementi di riflessione puntali, lasciando aperto un dibattito sul nostro sistema di valori, sulla necessità di ricordarne la contingenza nell'assumerli a modello e sull'importanza di saperli difendere, ancora prima di cercare di esportarli.

Valeria Vanacore